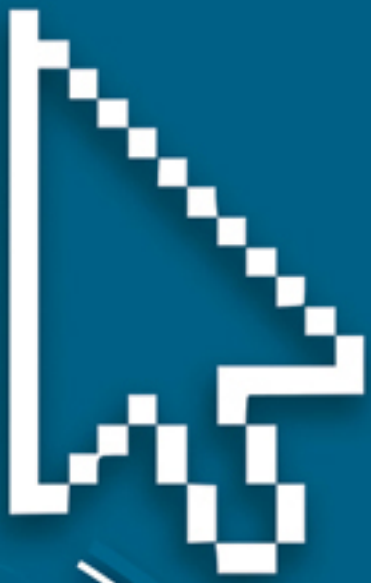
Dr. Mehmet Bedii Kaya

İNTERNET HUKUKU

Mevzuat & İçtihat



İnternet Hukuku: Mevzuat & İçtihat

İÇİNDEKİLER

- Kanunlar
- Yönetmelikler
- Tebliğler
- Gerekçeler
- Bakanlar Kurulu Kararları
- Genelgeler
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Karaları
- İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler
- Yargıtay Kararları
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararları
- Danıştay Kararları
- Anayasa Mahkemesi Kararları
- Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları
- Avrupa Birliği Düzenlemeleri
- Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları
- Uluslararası Sözleşmeler
- Muhtelif Ülke Düzenlemeleri ve İçtihatları
- Avrupa Konseyi İnternet Yönetişimi Belgeleri
- Muhtelif İnternet Yönetişim Belgeleri

v2.1

www.mbkaya.com

Güncelleme Geçmişi

v2.1 : 21 Nisan 2020

- 5651 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler eklenmiştir.
- Anayasa Mahkemesi'nin internet hukukuna ilişkin tüm bireysel başvuru kararları eklenmiştir. Ayrıca, tüm kararların özet künyesi güncellenmiştir.
    - Anayasa Mahkemesi - 26 Aralık 2019 - Wikimedia Foundation Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2020 - Aykut Küçükkaya Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 27 Kasım 2019 - Cahit Yiğit Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Eğitim-Sen Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 19 Nisan 2018 - Kemal Gözler (1) Başvurusu
    - Anayasa Mahkemesi - 10 Aralık 2019 - Kemal Gözler (2) Başvurusu
    - Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Kemalettin Bulamacı Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (4) Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 3 Temmuz 2019 - Medya Gündem (3) Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Savaş Kılıç Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 28 Kasım 2019 - Tahsin Kandamar Kararı
    - Anayasa Mahkemesi - 12 Haziran 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (2)
    - Anayasa Mahkemesi - 26 Eylül 2019 - Baransav Kararı
- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yapılan değişiklikler eklenmiştir.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2016/16612 E. eklendi.
- AİHM - Tamiz v. Birleşik Krallık (19 Eylül 2017) eklendi.
- Kesinleşmiş AİHM kararları tespit edilerek, son halleri eklenmiş ve eski versiyonları kaldırılmıştır.
- AB Adalet Divanı - C-18/8 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019 eklendi.
- AB Adalet Divanı - C-18/18 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar eklendi.
- AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 eklendi.
- AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar eklendi.
- AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 eklendi.
- AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar eklendi.
- Madde 29 Çalışma Grubu - Unutulma Hakkı Tavsiye Kararı eklendi.
- AİHM - ML ve WW v. Almanya - 28 Haziran 2018 (İngilizce) eklendi.
- Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Muhtelif İnternet Yönetişim Belgeleri kısmına "United Nations - Human Rights Committee - General comment No. 34 - Article 19: Freedoms of opinion and expression - 12 Eylül 2011" eklendi.
- Muhtelif İnternet Yönetişim Belgeleri kısmına "Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, 21 December 2005" eklendi.

- Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings eklendi.
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society CM(2005)56 - 13 Mayıs 2005 eklendi.
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment eklendi.
- Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives eklendi.

v2.0 : 18 Kasım 2019

- Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı (Başvuru Dilekçesi) eklendi.
- Cumhurbaşkanlığı Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri Genelgesi (2019/12) eklendi.
- 464 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 22 Mayıs 2019 - Birgün İletişim ve Yayıncılık Kararı eklendi.

v.1.9

- Anayasa Mahkemesi - 14 Nisan 2019 - Barış Yarkadaş Kararı eklendi.

v1.8 - 13 Mayıs 2019

- Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2019 - Naif Şaşma Kararı eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ufuk Çalışkan Kararı eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - IPS İletişim Vakfı Kararı (2) eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ş.Y. Kararı eklendi.
- AİHM - Kablis v. Russia - 30 Nisan 2019 kararı eklendi.
- AİHM - Jankovskis v. Lithunania - 17 Ocak 2017 eklendi.
- AİHM - Hoiness v. Norveç - 19 Mart 2019 eklendi.
- Avrupa Konseyi - İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberi - CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı ve Açıklayıcı Memorandum eklendi.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - Esas No: 2013/15738 Karar No: 2014/5119 kararı eklendi.
- 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Gerekçesi eklendi.
- 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri eklendi.
- 5070 Elektronik İmza Kanunu eklendi.
- Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ eklendi.
- Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği eklendi.

- 4207 sayılı Tütün Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun eklendi.
- 1117 Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu eklendi.
- Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Bilgi Sistemlerinin Yönetimine ve Denetimine İlişkin Tebliğ eklendi.
- Yönetişim Belgelerine Türk Yargı Etiği Bildirgesi eklendi.

v1.7 - 21 Şubat 2019

- 5651 sayılı Kanun güncellendi.
- Kanunlar ve yönetmelikler güncellendi.
- Anayasa Mahkemesi tamamen revize edildi; norm denetim kararlarıyla birysel başvuru kararları ayrıldı ve güncel tüm kararlar eklendi.
- Avrupa Birliği - E-Ticaret Direktifi eklendi.
- Muhtelif Ülke Düzenlemeleri ve İçtihatları isimli yeni bir bölüm açıldı.
    - Almanya - Sosyal Medya Kanunu (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) eklendi.
    - Almanya - Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) eklendi.
    - Almanya - Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 5 Aralık 2011 tarihli Kararı (1 BvR 1248/11) eklendi.
    - Kanada - Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC, 2018 SCC 38 eklendi.
    - Kanada - Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824 eklendi.
    - Kanada - Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269 eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Public Relations Consultants Association Ltd - 5 June 2014 eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - L'Oréal and Others - 12 July 2011 eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - L'Oréal and Others - 12 July 2011 – Opinion of Advocate General Jääskinen eklendi.
- AİHM - Affaire M.L. ET W.W. c. Allemagene - 28 Haziran 2018 eklendi.
- AİHM - Akdeniz v. Turkey - 11 Mart 2014 eklendi.
- AİHM - Kalda v. Estonia - 19 Ocak 2016 eklendi.
- Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse eklendi.
- Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi eklendi.
- Muhtelif Yönetişim belgelerine EU Code of Practice on Disinformation eklendi.
- Avrupa Konseyi Yönetişim Belgeleri şeklinde müstakil bölüm açıldı ve muhtelif Avrupa Konseyi metinleri eklendi:
    - Avrupa Konseyi - Guide to Human Rights for Internet Users - Recommendation CM/Rec(2014)6 and explanatory memorandum
    - Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries
    - Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom

- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to member States on the free, transboundary flow of information on the Internet
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2014)6 and explanatory memorandum
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers - 7 Aralık 2011
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media
- Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles - 21 Eylül 2011
- Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings - 21 Eylül 2011
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the management of the Internet protocol address resources in the public interest - 29 Eylül 2010
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality - 29 Eylül 2010
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet - 20 Şubat 2008
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet
- Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment
- Avrupa Konseyi - Declaration on freedom of communication on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies)

  - Avrupa Konseyi - Recommendation Rec (2001) 8 of the Committee of Ministers to member states on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services)
  - Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states for the protection of privacy on the Internet Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways which may be incorporated in or annexed to codes of conduct
- Yönetişim belgelerine Hekimler İle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz eklendi.
- Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik eklendi.
- Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Elektronik Ticarette Güven Damgası Hakkında Tebliğ eklendi.
- Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi ve Bildirim Yükümlülükleri Hakkında Tebliğ eklendi.
- Veri Depolama Kuruluşunun Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik eklendi.
- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu güncellendi.
- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu eklendi.
- 5326 sayılı Kabahatler Kanunu eklendi.
- 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu eklendi.
- Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği eklendi.
- Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği eklendi.
- Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği eklendi.
- 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun eklendi.
- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2015/353 Esas, 2015/372 Karar eklendi.
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararları eklendi.
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 16. HD., E. 2018/2427 K. 2018/1862 T. 19.9.2018 eklendi.
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İzmir BAM, 4. HD., E. 2017/378 K. 2017/373 T. 25.4.2017 eklendi.
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Ankara BAM, 25. HD., E. 2017/447 K. 2017/441 T. 25.4.2017 eklendi.
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 7. HD., E. 2018/692 K. 2018/706 T. 19.4.2018 eklendi.
- Danıştay 13. Dairesi Kararı - E. 2009/5972 eklendi.

v1.6 - 6 Kasım 2017

- 5651 sayılı Kanunda son yapılan değişiklikler işlendi.
- Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü güncellendi.
- İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği eklendi.
- Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği güncellendi.

- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik güncellendi.
- İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti Sunan İşletmecilere İlişkin Hizmet Kalitesi Tebliği güncellendi.
- Türk Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler işlendi.
- 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yapılan değişiklikler işlendi.
- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda yapılan değişikliker işlendi.
- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
- 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu eklendi.
- Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname eklendi.
- 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda yapılan değişiklikler işlendi.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/15427 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/902 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi - 2015/43589 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/2376 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/7834 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/18163 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2009/14941 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 18. Ceza Dairesi - 2015/10377 E. kararı eklendi.
- Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2002/23720 E. kararı eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 1 Mart 2017 Bireysel Başvuru Kararı (Tepeli Kararı) eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli ESB Kararı eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli ESB Kararı (Başvuru Kararı) eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 3 Mart 2016 tarihli Bireysel Başvuru Kararı (Unutulma Hakkı Kararı) eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 2 Ekim 2014 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı (Yürütmenin Durdurulması) eklendi.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu - İtiraz No 2015/301 kararı eklendi.
- AİHM - MTE and INDEX.HU ZRT v. Hungary - 2 February 2016 kararı eklendi.
- AİHM - Rolf Anders Daniel Pihl v. Sweden - 9 March 2017 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Pirate Bay - 14 June 2017 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Pirate Bay - 14 June 2017 - Opinion of Advocate General Szpunar kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Breyer - 19 October 2016 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Breyer - 19 October 2016 - Opinion of Advocate General Campos Sanchez-Bordona kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Mc Fadden - 15 September 2016 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Mc Fadden - 15 September 2016 - Opinion of Advocate General Szpunar kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - GS Media BV - 8 September 2016 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - GS Media BV - 8 September 2016 - Opinion of Advocate General Wathelet kararı eklendi.

- AB Adalet Divanı - CJEU - Papasavvas - 11 September 2014 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Telekabel - 27 March 2014 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Telekabel - 27 March 2014 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Google Case (Right to be Forgotten) - 13 May 2014 - Opinion of Advocate General Jaaskinen kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Scarlet Extended S.A v SABAM - 24 November 2011 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Google France - 23 March 2010 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Google France - 23 March 2010 - Opinion of Advocate General Poiares Maduro kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - LSG - 19 February 2009 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Promusicae - 29 January 2008 kararı eklendi.
- AB Adalet Divanı - CJEU - Promusicae - 29 January 2008 - Opinion of Advocate General Kokoti kararı eklendi.

v1.5

- 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda 671 sayılı KHK ile yapılan değişiklikler işlendi.

v1.4

- 5651 sayılı Kanunda 671 sayılı KHK ile yapılan değişiklikler işlendi.
- Anayasa Türkçe ve İngilizce güncellendi.
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu güncellendi.
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği güncellendi.
- Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik güncellendi.
- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik güncellendi.
- İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti Sunan İşletmecilere İlişkin Hizmet Kalitesi Tebliği güncellendi.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - E. 2014/56 (Unutulma Hakkı Kararı) eklendi.
- Danıştay 12. Dairesi - 2011/1830 E. Eklendi.

v1.3

- 5651 sayılı Kanun'da yapılan iptaller işlendi.
- Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği eklendi.
- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliği eklendi.

- Başbakanlık - Kamu Kurum ve Kuruluşları için IPv6'ya Geçiş Planı (Genelge: 2010/25) eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı (Dava Dilekçesi) eklendi.
- Anayasa Mahkemesi - 11 Kasım 2015 karar tarihli Bireysel Başvuru Kararı eklendi.
- AİHM Delfi As v. Estonia kararı güncellendi.
- AİHM Cengiz and Others v. Turkey (İngilizce Özet) eklendi.

v.1.2

- Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü eklendi.
- 5651 sayılı Kanunun İngilizce tercümesinde kısmi güncellemeler yapıldı; son değişiklikler kısmen işlendi.
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği eklendi.
- Sağlık Beyanı İle Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik eklendi.
- Yargıtay 5. Ceza Dairesi - E. 2015/6847 kararı eklendi.
- AİHM kararı Delfi As v. Estonia eklendi.
- AİHM kararı Ahmet Yıldırım v. Türkiye'nin İngilizce tam metni eklendi.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 16 Şubat 2012 tarihli SABAM v Netlog NV kararı eklendi.

v.1.1

- 5651 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler işlendi.
- 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununda yapılan değişiklikler işlendi.
- Güvenli İnternet Hizmetine ilişkin ilgili BTK Kararları eklendi.
- Anayasa Mahkemesi kararlarının İngilizce tercümeleri eklendi.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 tarihli Google Unutulma Hakkı Kararı'nın Türkçe tercümesi eklendi.

İnternet Hukuku: Mevzuat ve İçtihat

İnternet Hukuku: Mevzuat&İçtihat çalışmasının güncellemesini tamamlamış bulunmaktayım. İlk versiyonunu 2009 yılında hazırladığım ve belirli aralıklarla güncellemeye devam ettiğim çalışmamın tek amacı İnternet Hukuku alanındaki kaynaklara pratik şekilde erişmek. Umarım çalışmam bu amaca hizmet ediyordur ve birilerine faydalı oluyordur.

İnternet hukuku, bilişim ve teknoloji hukuku ana bilim dalının en temel alt dalıdır. İnternet içerik hukuku (Internet content law) ve İnternet usul hukuku (procedural law) şeklinde bir ayrımı da farklı hukuk sistemlerinde yapılmaktadır. Bu çalışmada, İnternet ortamındaki içeriğe uygulanan, İnternet aktörlerinin hukuki, cezai, idari ve mali sorumluluğunu ilgilendiren, İnternet ortamındaki içeriğe erişimin engellenmesi, içeriğin kaldırılması gibi usuli konuları düzenleyen yerli ve yabancı hukuk kaynakları bir araya getirilmeye çalışılmıştır.

Bu güncellemde AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının derlenmesine öncelik verilmiştir. Bir sonraki güncellemede Yargıtay'ın internet hukukuna ilişkin tüm kararlarına yer verilecektir.

Belge içerisinde rahat gezinti sağlanması amacıyla PDF dosyası oluşturulurken her bir bölüm için "*Bookmarks Panel*" ayarları yapılmıştır. "*Bookmarks Panel*" görünümü dosya ilk açıldığında otomatik olarak görünmektedir. Sorun yaşamanız durumunda "*Show/Hide* > *Navigation Panes* > *Bookmarks*" sekmelerini takip ederek paneli açabilirsiniz.

Çalışmada şüphesiz eksiklikler ve hatalar vardır. Çalışmayı daha iyi bir hale getirmek için değerli katkılarınızı, yorumlarınızı ve eleştirilerinizi lütfen benimle paylaşınız. Bu vesileyle daha önce katkı yapmış herkese teşekkür etmek isterim.

İletişim için e-posta adresim: **mehmet@mbkaya.com**

Çalışmamın hem doktrine hem de uygulamaya faydalı olmasını temenni ederim!

Yeni bir versiyonda buluşmak dileğiyle…

Mehmet Bedii Kaya

Nisan 2020, İstanbul

www.mbkaya.com/hukuk/internet-hukuku.pdf

İçindekiler

Güncelleme Geçmişi ..... **ii**

İnternet Hukuku: Mevzuat ve İçtihat ..... **x**

İçindekiler ..... **xi**

5651 sayılı Kanun **1**

5651 sayılı Kanun 2
5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 19
Law on Regulation of Broadcasts via Internet and Combating Crimes Committed by Means of Such Publications 46

Tüzükler **64**

Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü 65

Yönetmelikler **80**

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 82
Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 93
İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik 103
MÜLGA - İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik 111
Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı İnternet Geliştirme Kurulu Yönetmeliği 117
İnternet Alan Adları Yönetmeliği 125
Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik 142
Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği 161
Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik 179
Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği 191
Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği 226
Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 242
Sağlık Beyanı İle Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik 255
Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği 262
Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 285
Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik 315
Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik 327

Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliği 330
Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği 365
Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik 402
Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği 416
E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 438
Veri Depolama Kuruluşunun Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik 448
Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 458
Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik 470
Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik 479
Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 492
Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 503
Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 511

Tebliğler 525

İnternet Alan Adları Tebliği 526
İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği 545
İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti Sunan İşletmecilere İlişkin Hizmet Kalitesi Tebliği 557
Elektronik Ticarette Güven Damgası Hakkında Tebliğ 565
Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi ve Bildirim Yükümlülükleri Hakkında Tebliğ 573
Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ 578
Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Bilgi Sistemlerinin Yönetimine ve Denetimine İlişkin Tebliğ 584
464 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 596

Gerekçeler 601

5651 sayılı Kanunun Gerekçesi 602
6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Gerekçesi 608
5237 sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde Gerekçeleri 620

Bakanlar Kurulu Kararları 642

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı 643

Genelgeler 647

Cumhurbaşkanlığı Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri Genelgesi (2019/12) 648
Başbakanlık - Kamu Kurum ve Kuruluşları için IPv6'ya Geçiş Planı (Genelge: 2010/25) 652

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararları 655

Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - Konsolide Metin.....656
İnternetin Güvenli Kullanımı - BTK 2011/DK-10/91.....662
Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2011/DK-14/410.....669
Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2011/DK-14/461.....680
Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2012/DK-14/31.....692
Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslarda Değişiklik. - BTK 2012/DK-14/93 693
Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2012/DK-14/295.....695

İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler.....696

Anayasa.....698
5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.....777
5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.....792
6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun.....803
5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu.....810
Electronic Communications Act no. 5809.....870
1117 Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu.....925
5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun.....930
5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun.....931
7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun.....940
4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.....942
4207 sayılı Tütün Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun.....943
6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu.....946
5411 sayılı Bankacılık Kanunu.....948
633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.....950
1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu.....955
6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.....957
5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.....965
5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu.....966
6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu.....969
5187 sayılı Basın Kanunu.....971
6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.....982
6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun.....988
5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu.....990
213 sayılı Vergi Usul Kanunu.....996
2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu.....998
2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu.....1005
6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ...1023

6698 sayılı Kişisel Verilerin Koruması Kanunu.....1072
5326 sayılı Kabahatler Kanunu 1096
Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.....1115
MÜLGA Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 1155
5070 Elektronik İmza Kanunu.....1184

Yargıtay Kararları 1194

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2016/16612 E.....1195
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 2014/56 E.....1197
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 2013/1138 E.....1206
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2013/15738 E.....1218
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/15427 E.....1221
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/902 E.....1224
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2013/11855 E.....1227
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi - 2015/43589 E.....1229
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/2376 E.....1234
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/7834 E.....1236
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/18163 E.....1238
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/12487 E.....1240
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/7417 E.....1243
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/13534 E.....1246
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/6581 E.....1249
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/2045 E.....1252
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/944 E.....1255
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2011/2042 E.....1257
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2009/14941 E.....1259
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2009/8571 E.....1261
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2008/5680 E.....1263
Yargıtay 18. Ceza Dairesi - 2015/10377 E.....1265
Yargıtay 13. Ceza Dairesi - 2011/26435 E.....1267
Yargıtay 12. Ceza Dairesi - 2011/20072 E.....1270
Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2002/23720 E.....1274
Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2011/12034 E.....1276
Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2007/18386 E.....1277
Yargıtay 5. Ceza Dairesi - 2015/6847 E.....1279
Yargıtay 2. Ceza Dairesi - 2012/3490 E.....1282

Bölge Adliye Mahkemesi Kararları.....1284

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 16. HD., E. 2018/2427 K. 2018/1862 T. 19.9.2018 1285

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İzmir BAM, 4. HD., E. 2017/378 K. 2017/373 T. 25.4.2017 1288
Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Ankara BAM, 25. HD., E. 2017/447 K. 2017/441 T. 25.4.2017 1308
Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 7. HD., E. 2018/692 K. 2018/706 T. 19.4.2018 1328

Anayasa Mahkemesi Kararları (Norm Denetimi Kararları) 1332

Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı.....1333
Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı (Başvuru Dilekçesi).....1366
Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2017 tarihli 5651 sayılı Kanun - BTK Kararı.....1388
Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2017 tarihli 5651 sayılı Kanun - BTK Kararı (Başvuru Dilekçesi).....1415
Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - OHAL KHK Değişiklikleri Kararı 1421
Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - OHAL KHK Değişiklikleri Kararı (Başvuru Dilekçesi).....1435
Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 8/A Kararı.....1460
Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 8/A Kararı (Başvuru Dilekçesi).....1529
Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - ESB Kararı 1638
Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - ESB Kararı (Başvuru Dilekçesi).....1648
Anayasa Mahkemesi - 28 Ocak 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 2014 Değişiklikleri Kararı 1654
Anayasa Mahkemesi - 28 Ocak 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 2014 Değişiklikleri Kararı (Başvuru Dilekçesi) 1724
Anayasa Mahkemesi - 30 Aralık 2015 tarihli MİT Kanunu Kararı 1773
Anayasa Mahkemesi - 30 Aralık 2015 tarihli MİT Kanunu Kararı (Başvuru Dilekçesi) .1855
Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı 1989
Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı (Başvuru Dilekçesi) 2099
Anayasa Mahkemesi - 2 Ekim 2014 tarihli 5651 sayılı Kanun - Trafik Bilgisi Kararı.....2194
Anayasa Mahkemesi - 2 Ekim 2014 tarihli 5651 sayılı Kanun - Trafik Bilgisi Kararı (Yürütmenin Durdurulması Talebi).....2300
Anayasa Mahkemesi - 9 Nisan 2014 tarihli Elektronik Haberleşme Kanunu Kararı.....2305
Anayasa Mahkemesi - 22 Kasım 2012 tarihli İnternet Geliştirme Kurulu kararı 2313
Anayasa Mahkemesi - 29 Ocak 2009 tarihli TİB Kararı.....2449

Anayasa Mahkemesi Kararları (Bireysel Başvuru Kararları) 2482

Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2020 - Aykut Küçükkaya Kararı 2484

Anayasa Mahkemesi - 26 Aralık 2019 - Wikimedia Foundation Kararı.....2511
Anayasa Mahkemesi - 10 Aralık 2019 - Kemal Gözler (2) Başvurusu.....2555
Anayasa Mahkemesi - 28 Kasım 2019 - Tahsin Kandamar Kararı.....2568
Anayasa Mahkemesi - 27 Kasım 2019 - Cahit Yiğit Kararı.....2581
Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (4) Kararı.....2595
Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Savaş Kılıç Kararı.....2606
Anayasa Mahkemesi - 26 Eylül 2019 - Baransav Kararı.....2618
Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Kemalettin Bulamacı Kararı.....2639
Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Eğitim-Sen Kararı.....2653
Anayasa Mahkemesi - 3 Temmuz 2019 - Medya Gündem (3) Kararı.....2666
Anayasa Mahkemesi - 12 Haziran 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (2).....2679
Anayasa Mahkemesi - 22 Mayıs 2019 - Birgün İletişim ve Yayıncılık Kararı.....2700
Anayasa Mahkemesi - 14 Nisan 2019 - Barış Yarkadaş Kararı.....2730
Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - IPS İletişim Vakfı Kararı (2).....2743
Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ufuk Çalışkan Kararı.....2757
Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ş.Y. Kararı.....2776
Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2019 - Naif Şaşma Kararı.....2791
Anayasa Mahkemesi - 26 Aralık 2018 - Yaman Akdeniz Kararı.....2812
Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2018 - Hulusi Özkan Kararı.....2819
Anayasa Mahkemesi - 31 Ekim 2018 - Özgen Acar ve Diğerleri Kararı.....2832
Anayasa Mahkemesi - 30 Ekim 2018 - IPS İletişim Vakfı Kararı.....2847
Anayasa Mahkemesi - 13 Eylül 2018 - Yeni Gün Haber Ajansı Kararı.....2860
Anayasa Mahkemesi - 12 Eylül 2018 - AA Kararı.....2873
Anayasa Mahkemesi - 18 Temmuz 2018 - Miyase İlknur ve Diğerleri Kararı.....2880
Anayasa Mahkemesi - 17 Temmuz 2018 - Hakan Gençosmanoğlu Kararı.....2893
Anayasa Mahkemesi - 19 Nisan 2018 - Kemal Gözler (1) Başvurusu.....2902
Anayasa Mahkemesi - 5 Nisan 2018 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Kararı.....2933
Anayasa Mahkemesi - 15 Mart 2018 - C.K. Kararı.....2942
Anayasa Mahkemesi - 19 Aralık 2017 - Burhan Kuzu Kararı.....2964
Anayasa Mahkemesi - 26 Ekim 2017 - Ali Kıdık Başvurusu.....2978
Anayasa Mahkemesi - 5 Ekim 2017 - Fahri Göncü Kararı.....3004
Anayasa Mahkemesi - 5 Ekim 2017 - Gözde Yiğit Kararı.....3015
Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - G.D. (2) Kararı.....3026
Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - Aslı Alp ve Şükrü Alp Kararı.....3037
Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - Asım Bayar ve Veysel Bayar Kararı.....3047
Anayasa Mahkemesi - 1 Mart 2017 - N.B.B. Kararı (2).....3056
Anayasa Mahkemesi - 1 Mart 2017 - Tepeli Kararı.....3063
Anayasa Mahkemesi - 16 Şubat 2017 - Medya Gündem Kararı (2).....3074
Anayasa Mahkemesi - 22 Eylül 2016 - Fethullah Gülen Kararı (2).....3100
Anayasa Mahkemesi - 20 Nisan 2016 - Korkut Duman Kararı.....3111
Anayasa Mahkemesi - 14 Nisan 2016 - Tansu İşler Kararı.....3124

Anayasa Mahkemesi - 23 Mart 2016 - Aziz Yıldırım Kararı (5) 3143
Anayasa Mahkemesi - 3 Mart 2016 - N.B.B. Kararı 3158
Anayasa Mahkemesi - 11 Kasım 2015 - Medya Gündem Kararı 3185
Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2014 - F.Ö. Kararı 3206
Anayasa Mahkemesi - 29 Mayıs 2014 - Youtube Kararı 3216
Anayasa Mahkemesi - 29 Mayıs 2014 - Youtube Kararı (İngilizce Tercüme) 3252
Anayasa Mahkemesi - 2 Nisan 2014 - Twitter Kararı 3289
Anayasa Mahkemesi - 2 Nisan 2014 - Twitter Kararı (İngilizce Tercüme) 3307

Danıştay Kararları 3322

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu - İtiraz No:2015/301 3323
Danıştay 12. Dairesi Kararı - 2011/1830 E. 3330
Danıştay 13. Dairesi Kararı - E. 2009/5972 3336

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları 3347

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2015/353 Esas, 2015/372 Karar 3348
Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/298 Esas, 2013/19 Karar 3360
Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/281 Esas, 2012/274 Karar 3368
Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/94 Esas, 2012/220 Karar 3376
Uyuşmazlık Mahkemesi - 2011/253 Esas, 2012/22 Karar 3384
Uyuşmazlık Mahkemesi - 2011/170 Esas, 2011/272 Karar 3393
Uyuşmazlık Mahkemesi - 2009/92 Esas, 2010/8 Karar 3404

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları 3411

AİHM - Kablis v. Russia - 30 Nisan 2019 3412
AİHM - Hoiness v. Norveç - 19 Mart 2019 3456
AİHM - Magyar Jeti Zert v. Hungary - 4 Aralık 2018 (İngilizce) 3484
AİHM - ML ve WW v. Almanya - 28 Haziran 2018 3531
AİHM - Tamiz v. Birleşik Krallık - 19 Eylül 2017 3569
AİHM - Rolf Anders Daniel Pihl v. Sweden - 9 Mart 2017 (İngilizce) 3598
AİHM - Jankovskis v. Lithunania - 17 Ocak 2017 3611
AİHM - MTE and INDEX.HU ZRT v. Hungary - 2 Şubat 2016 (İngilizce) 3635
AİHM - Kalda v. Estonia - 19 Ocak 2016 3668
AİHM - Delfi As v. Estonia - 16 Haziran 2015 (Türkçe) 3694
AİHM - Delfi As v. Estonia - 16 Haziran 2015 (İngilizce) 3798
AİHM - Cengiz ve Diğerleri v. Türkiye - 1 Aralık 2015 (Türkçe) 3893
AİHM - Cengiz and Others v. Turkey - 1 Aralık 2015 (İngilizce) 3922
AİHM - Akdeniz v. Turkey - 11 Mart 2014 3951
AİHM - Ahmet Yıldırım v. Türkiye - 18 Aralık 2012 (Türkçe) 3962
AİHM - Ahmet Yıldırım v. Türkiye - 18 Aralık 2012 (İngilizce) 4000

Avrupa Birliği Düzenlemeleri 4038

Avrupa Birliği - E-Ticaret Direktifi.....4039
Madde 29 Çalışma Grubu - Unutulma Hakkı Tavsiye Kararı.....4070

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları.....4093

AB Adalet Divanı - C-18/8 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019 4095
AB Adalet Divanı - C-18/18 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar 4109
AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 4136
AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar 4164
AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 20194194
AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar.....4220
AB Adalet Divanı - C-610/15 - Pirate Bay - 14 June 2017.....4242
AB Adalet Divanı - C-610/15 - Pirate Bay - 14 June 2017 - Opinion of Advocate General Szpunar 4257
AB Adalet Divanı - C-582/14 - Breyer - 19 October 2016 4277
AB Adalet Divanı - C-582/14 - Breyer - 19 October 2016 - Opinion of Advocate General Campos Sanchez-Bordona.....4295
AB Adalet Divanı - C-484/14 - Mc Fadden - 15 September 2016.....4322
AB Adalet Divanı - C-484/14 - Mc Fadden - 15 September 2016 - Opinion of Advocate General Szpunar 4348
AB Adalet Divanı - C-160/15 - GS Media BV - 8 September 2016.....4378
AB Adalet Divanı - C-160/15 - GS Media BV - 8 September 2016 - Opinion of Advocate General Wathelet.....4396
AB Adalet Divanı - C-291/13 - Papasavvas - 11 September 2014 4421
AB Adalet Divanı - C-360/13 - Public Relations Consultants Association Ltd - 5 June 2014 4436
AB Adalet Divanı - C-314/12 - Telekabel - 27 March 2014.....4448
AB Adalet Divanı - C-314/12 - Telekabel - 27 March 2014 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon 4465
AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Unutulma Hakkı Kararı - 13 Mayıs 2014 4494
AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Case (Right to be Forgotten) - 13 May 2014 4523
AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Case (Right to be Forgotten) - 13 May 2014 - Opinion of Advocate General Jaaskinen 4557
AB Adalet Divanı - C-360/10 - SABAM v Netlog NV - 16 February 2012.....4598
AB Adalet Divanı - C-70/10 - Scarlet Extended S.A v SABAM - 24 November 2011 ...4615
AB Adalet Divanı - C-70/10 - Scarlet Extended S.A v SABAM - 24 November 2011 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon.....4632

AB Adalet Divanı - C-324/09 - L'Oréal and Others - 12 July 2011 4680
AB Adalet Divanı - C-324/09 - L'Oréal and Others - 12 July 2011 - Opinion of Advocate General Jääskinen 4695
AB Adalet Divanı - Joined Cases C-236/08 to C-238/08 - Google France - 23 March 2010 4745
AB Adalet Divanı - Joined Cases C-236/08 to C-238/08 - Google France - 23 March 2010 - Opinion of Advocate General Poiares Maduro 4778
AB Adalet Divanı - C-557/07 - LSG - 19 February 2009 4820
AB Adalet Divanı - C-275/06 - Promusicae - 29 January 2008 4834
AB Adalet Divanı - C-275/06 - Promusicae - 29 January 2008 - Opinion of Advocate General Kokoti 4858

Uluslararası Sözleşmeler 4889

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4890
Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (Çeviri v1) 4925
Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (Çeviri v2) 4959
Council of Europe - Convention on Cybercrime 4985
Council of Europe - Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems 5013
Council of Europe - Convention on Cybercrime - Explanatory Report 5021
Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol 5109
Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 5120
Convention on the Rights of the Child 5139
Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography 5161
Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse 5173
Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi 5198

Muhtelif Ülke Düzenlemeleri ve İçtihatları 5223

Almanya - Sosyal Medya Kanunu (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) 5224
Almanya - Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) 5231
Almanya - Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 5 Aralık 2011 tarihli Kararı (1 BvR 1248/11) 5239
Kanada - Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC, 2018 SCC 38 5249
Kanada - Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824 5283
Kanada - Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269 5315

Avrupa Konseyi İnternet Yönetişim Belgeleri 5357

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries 5359
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom.....5367
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality.....5378
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to member States on the free, transboundary flow of information on the Internet.....5383
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2014)6 and explanatory memorandum 5389
Avrupa Konseyi - İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberi - CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı ve Açıklayıcı Memorandum 5432
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services 5478
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines 5487
Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers - 7 Aralık 2011.....5496
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet.....5499
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media 5504
Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles - 21 Eylül 2011 5541
Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings - 21 Eylül 2011 5545
Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the management of the Internet protocol address resources in the public interest - 29 Eylül 2010.....5549
Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality - 29 Eylül 2010 5552
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment 5555
Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet - 20 Şubat 2008 5560
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters.....5563

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet 5571
Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment.....5582
Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment 5589
Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society CM(2005)56 - 13 Mayıs 2005 5593
Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings 5605
Avrupa Konseyi - Declaration on freedom of communication on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies) 5621
Avrupa Konseyi - Recommendation Rec (2001) 8 of the Committee of Ministers to member states on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services) 5630
Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives 5635
Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states for the protection of privacy on the Internet Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways which may be incorporated in or annexed to codes of conduct 5639

Muhtelif İnternet Yönetişim Belgeleri.....5646

EU Code of Practice on Disinformation.....5647
NETmundial Multistakeholder Statement.....5662
Türk Yargı Etiği Bildirgesi.....5672
Hekimler İle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz 5678
OECD Council Recommendation on Principles for Internet Policy Making.....5683
United Nations - Human Rights Committee - General comment No. 34 - Article 19: Freedoms of opinion and expression - 12 Eylül 2011.....5694
Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, 21 December 2005.....5710

5651 sayılı Kanun

- 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun
- Law on Regulation of Broadcasts via Internet and Combating Crimes Committed by Means of Such Publications

5651 sayılı Kanun

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

DİPNOTSUZ – SADE VERSİYON

Numarası **:** 5651

Kabul Tarihi **:** 04.05.2007

Resmi Gazete Sayısı : 26530

Resmi Gazete Tarihi: 23.05.2007

Amaç ve kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Tanımlar

MADDE 2- (1) Bu Kanunun uygulamasında;

a) Bakanlık: Ulaştırma Bakanlığını,

b) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/20 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/17 md.)**

c) **(Değişik: 15/8/2016-KHK-671/20 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/17 md.)** Başkan: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanını,

ç) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

d) Erişim: Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

g) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

ğ) İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri,

h) İzleme: İnternet ortamındaki verilere etki etmeksizin bilgi ve verilerin takip edilmesini,

ı) **(Değişik: 15/8/2016-KHK-671/20 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/17 md.)** Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

i) Toplu kullanım sağlayıcı: Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayanı,

j) **(Değişik: 26/2/2014-6527/15 md.)** Trafik bilgisi: Taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini,

k) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

l) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,

m) Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri,

n) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,

o) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini,

ö) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** İçeriğin yayından çıkarılması: İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılmasını,

p) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** URL adresi: İlgili içeriğin internette bulunduğu tam internet adresini,

r) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** Uyarı yöntemi: İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini,

ifade eder.

Bilgilendirme yükümlülüğü

MADDE 3- (1) İçerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcısına Başkan tarafından iki bin Türk lirasından elli bin Türk lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) **(Ek: 6/2/2014-6518/86 md.)** Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir.

(4) **(Ek: 26/2/2014-6527/16 md.; Değişik: 10/9/2014-6552/126 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.)**

İçerik sağlayıcının sorumluluğu

MADDE 4- (1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.

(3) **(Ek: 6/2/2014-6518/87 md.)** İçerik sağlayıcı, Kurumun bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim eder ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri alır.

Yer sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 5- (1) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(2) **(Değişik: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür.

(3) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

(4) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilir ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilirler.

(5) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcı, Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(6) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkan tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 6- (1) Erişim sağlayıcı;

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

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

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

ç) **(Ek: 6/2/2014-6518/89 md.)** Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla,

d) **(Ek: 6/2/2014-6518/89 md.)** Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla,

yükümlüdür.

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

(3) Birinci fıkranın (b), (c), (ç) (…) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkan tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

Erişim Sağlayıcıları Birliği

MADDE 6/A- (Ek: 6/2/2014-6518/90 md.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri

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

(2) **(Değişik: 6/2/2014-6518/91 md.)** Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) **(Değişik: 6/2/2014-6518/91 md.)** Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(4) **(Ek: 6/2/2014-6518/91 md.)** Bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.

Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

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

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

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

c) **(Ek:25/3/2020-7226/32 md.)** 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. **(Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.)** Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

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

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde ve (c) bendinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkan tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayı-cısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

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

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

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, **(Ek: 17-10-2019-7188/36 md.)** hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Kuruma gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda **(Ek: 17-10-2019-7188/36 md.)** mahkemece hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle, beraat kararının bir örneği Kuruma gönderilir.

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

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

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

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

(13) **(Ek: 5/11/2008-5809/67 md.)** İşlemlerin yürütülmesi için Kuruma gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Kurum tarafından itiraz edilebilir.

(14) **(Ek: 12/7/2013-6495/47 md.)** 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Kuruma gönderilir.

(15) **(Ek: 26/2/2014-6527/17 md.)** Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.

(16) **(Ek: 10/9/2014-6552/127 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.)**

(17) **(Ek:17/10/2019-7188/36 md.)** Bu maddenin ikinci, dördüncü ve ondördüncü fıkraları kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik

olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi

MADDE 8/A- (Ek: 27/3/2015-6639/29 md.)

(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(2) Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkan tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara Başkan tarafından elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir.

İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi

MADDE 9- (Değişik: 6/2/2014-6518/93 md.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

MADDE 9/A- (Ek: 6/2/2014-6518/94 md.)

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Kuruma doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

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

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

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

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

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

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

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

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

İdarî yapı ve görevler

MADDE 10- (1) Kanunla verilen görevler, Kurum tarafından yerine getirilir.

(2) Bu Kanunla ekli listedeki kadrolar ihdas edilerek Kurumun hizmetlerinde kullanılmak üzere 5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanununa ekli (II) sayılı listeye eklenmiştir. **(Mülga ikinci ve üçüncü cümle: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**

(3) Kuruma Kanunla verilen görevlere ilişkin olarak yapılacak her türlü mal veya hizmet alımları, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbi olmaksızın Kurum bütçesinden karşılanır.

(4) Kanunlarla verilen diğer yetki ve görevleri saklı kalmak kaydıyla, Kurumun bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkileri şunlardır:

a) Bakanlık, kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve bu Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye, internetin güvenli kullanımını sağlamaya, bilişim şuurunu geliştirmeye yönelik çalışmalar yapmak, bu amaçla, gerektiğinde, her türlü giderleri yönetmelikle belirlenecek esas ve usûller dahilinde Kurumca karşılanacak çalışma kurulları oluşturmak.

b) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, bu Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak bu Kanunda öngörülen gerekli tedbirleri almak.

c) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemek.

ç) Kurum tarafından işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülkî idare amirlerince ticarî amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemelere yönelik esas ve usûlleri belirlemek.

d) İnternet ortamındaki yayınların izlenmesi suretiyle bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde sayılan suçların işlenmesini önlemek için izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak veya kurdurmak, bu altyapıyı işletmek veya işletilmesini sağlamak.

e) İnternet ortamında herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemek.

f) Bilişim ve internet alanındaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

g) Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik imkânları dahilinde gereken her türlü yardımda bulunmak ve koordinasyonu sağlamak.

(5) **(Değişik: 6/2/2014-6518/95 md.)** Kurum; Bakanlık bünyesinde 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca oluşturulan İnternet Geliştirme Kurulunca internetin yaygınlaştırılması, geliştirilmesi, yaygın ve güvenli kullanılması gibi konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları alır.

(6) **(Ek: 6/2/2014-6518/95 md.)** Kurum, ulusal siber güvenlik faaliyetleri kapsamında, siber saldırıların tespiti ve önlenmesi konusunda, içerik, yer, erişim sağlayıcılar ve ilgili diğer kurum ve kuruluşlarla koordinasyon sağlar, gerekli tedbirlerin aldırılması konusunda faaliyet yürütür ve ihtiyaç duyulan çalışmaları yapar.

(7) **(Ek: 6/2/2014-6518/95 md.)** Kurum kanunlarla kendisine verilen görevlerin ifası amacıyla araştırma ve geliştirme merkezleri kurabilir.

Yönetmelikler

MADDE 11- (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülüklerine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır.

İlgili kanunlarda yapılan değişiklikler

MADDE 12- (1) (4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(2) (4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(3) (5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(4) (1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

EK MADDE 1 - (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.)

(1) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**

(2) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**

(3) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**

(4) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**

(5) **(Ek: 6/2/2014-6518/97 md.)** 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar kurumlarının, hâkim ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Kurum emrinde görevlendirilebilir. Bu kapsamda görevlendirilen personel sayısı Kurumun kadro sayısının yüzde yirmisini geçemez. Bu personel kurumlarından izinli sayılır. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam eder ve bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılır.

(6) **(Ek: 6/2/2014-6518/97 md.; Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**

(7) Bu Kanunla ekli (V) sayılı cetveldeki kadrolar ihdas edilerek Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı hizmetlerinde kullanılmak üzere 5651 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı listeye eklenmiştir.

EK MADDE 2 - (Ek: 6/2/2014-6518/99 md.)

Kuruma verilen görevlerin yürütülmesi için, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına dair hükümlerine bağlı kalınmaksızın özel bilgi ve ihtisas gerektiren konularda Kurumda sözleşmeli personel çalıştırılabilir. Bu suretle çalıştırılacakların unvanı, sayısı, süresi, ücretleri ve diğer hususlar Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak hizmet sözleşmesi esaslarına göre tespit edilir. Bunlara ödenecek ücret, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının beş katını, çalıştırılabilecek toplam sözleşmeli

personel sayısı ise ikiyüzelliyi geçemez ve bu fıkrada belirtilen ücret dışında herhangi bir ödeme yapılamaz.

EK MADDE 3- (Ek: 15/8/2016-KHK-671/22 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/19 md.)

(1) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmıştır.

(2) Diğer mevzuatta Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, Telekomünikasyon İletişim Başkanına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanına yapılmış sayılır.

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Başkanlığın kuruluştaki hizmet binasının yapımı, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbi olmaksızın Kurum bütçesinden karşılanır.

(2) Halen faaliyet icra eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde 7 nci maddeye göre alınması gereken izin belgesini temin etmekle yükümlüdürler.

(3) Halen yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra eden kişilere, Kurum tarafından, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla bir yetkilendirme belgesi düzenlenir.

GEÇİCİ MADDE 2 - (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.)

(1) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kadrolarında bulunan personelden ek 1 inci maddede belirtilen öğrenim şartlarını haiz olanlar; kamuda üç yıllık hizmet süresini tamamlamaları, KPDS'den en az 60 veya uluslararası geçerliliği olan sınavlardan muadili puan almaları ve hazırlayacakları tezin kabul edilmesi halinde bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren beş yıl içerisinde iletişim uzmanı kadrosuna atanabilirler. Bu personelden; diğer kamu kurum ve kuruluşlarında özel mevzuatları uyarınca yarışma sınavına tabi tutularak mesleğe alınan ve yeterlik sınavını vererek veya tezi başarılı bulunarak kariyer meslek kadrolarına atanmış olanlar yabancı dil şartını karşıladıklarında; yüksek lisans veya doktora öğrenimini tamamlamış olanlardan, hazırladıkları yüksek lisans veya doktora tezlerinin konularının Kurumun veya Başkanlığın görev alanı ile ilgili olduğunun yapılacak inceleme sonucu belirlenenlerden doktora öğrenimini tamamlamış olanlar doğrudan, yüksek lisans öğrenimini tamamlamış olanlar yabancı dil şartını karşıladıklarında, iletişim uzmanı olarak atanabilirler.

(2) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı personelinden dört yıllık fakülte mezunu olanlar, kamuda üç yıllık hizmet süresini tamamlamaları, çıkarılacak yönetmelikte öngörülen şartları

taşımaları ve buna ilave olarak hazırlayacakları tezin kabul edilmesi veya tezli yüksek lisans veya doktora yapmaları halinde, bu Kanunun yayımı tarihinden beş yıl içinde öğrenim alanına göre teknik uzman veya idarî uzman kadrosuna atanabilirler.

GEÇİCİ MADDE 3 - (Ek: 6/2/2014-6518/100 md.)

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

(2) **(Değişik: 27/3/2015-6639/30 md.)** Birlik, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.

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

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

GEÇİCİ MADDE 4- (Ek: 15/8/2016-KHK-671/23 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/20 md.)

(1) Telekomünikasyon İletişim Başkanının görevi bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer ve hakkında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 18 inci maddesi hükümleri uygulanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görevli daire başkanlarının görevleri bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Bunlardan daha önce İletişim Uzmanı unvanını ihraz etmiş olanlar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda Bilişim Uzmanı kadrolarına atanmış sayılırlar.

(2) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görevli olup terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmadığı değerlendirilen personelden İletişim Uzmanı ve İletişim Uzman Yardımcıları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda bulunan Bilişim Uzmanı ve Bilişim Uzman Yardımcısı kadrolarına, diğer personel ise Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda bulunan aynı unvanlı kadrolara başka bir işleme gerek kalmaksızın halen bulundukları kadro derecesiyle atanmış sayılırlar. Bunların atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek

kalmaksızın kadroları ihdas edilmiş ve ilgili mevzuatı uyarınca Kurum kadro cetvellerine eklenmiş sayılır. Bu şekilde atananların Uzman ve Uzman Yardımcılığında geçirdiği süreler atanmış sayıldıkları Kurum kadrolarında geçmiş sayılır.

Yürürlük

MADDE 13- (1) Bu Kanunun;

a) 3 üncü ve 8 inci maddeleri, yayımı tarihinden altı ay sonra,

b) Diğer maddeleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 14- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

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

Numarası : 5651

Kabul Tarihi : 04.05.2007

Resmi Gazete Sayısı : 26530

Resmi Gazete Tarihi: 23.05.2007

Amaç ve kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Tanımlar

MADDE 2- (1) Bu Kanunun uygulamasında;

a) Bakanlık: Ulaştırma Bakanlığını,

b) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/20 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/17 md.)**[1]

c) **(Değişik: 15/8/2016-KHK-671/20 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/17 md.)** Başkan: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanını,[2]

ç) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

d) Erişim: Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

[1] İlga edilen hüküm: "*Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını,*"
[2] Değişiklik öncesi: "*Başkan: Telekomünikasyon İletişim Başkanını,*"

g) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

ğ) İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri,

h) İzleme: İnternet ortamındaki verilere etki etmeksizin bilgi ve verilerin takip edilmesini,

ı) **(Değişik: 15/8/2016-KHK-671/20 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/17 md.)** Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,[3]

i) Toplu kullanım sağlayıcı: Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayanı,

j) **(Değişik: 26/2/2014-6527/15 md.)**[4] Trafik bilgisi: Taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini,

k) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

l) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,

m) Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri,

n) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,

o) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini,

ö) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** İçeriğin yayından çıkarılması: İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılmasını,

p) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** URL adresi: İlgili içeriğin internette bulunduğu tam internet adresini,

r) **(Ek: 6/2/2014-6518/85 md.)** Uyarı yöntemi: İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini,

---

[3] Değişiklik öncesi: "*Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu,*"

[4] Değişiklik öncesi: "*j) Trafik bilgisi: İnternet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişime ilişkin olarak taraflar, zaman, süre, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi değerleri,*"

ifade eder.

Bilgilendirme yükümlülüğü (1)

MADDE 3- (1) İçerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcısına Başkan tarafından iki bin Türk lirasından elli bin Türk lirasına kadar idarî para cezası verilir.[5] [6]

(3) **(Ek: 6/2/2014-6518/86 md.)** Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir.

(4) **(Ek: 26/2/2014-6527/16 md.; Değişik: 10/9/2014-6552/126 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.)**[7]

İçerik sağlayıcının sorumluluğu[8]

MADDE 4- (1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.

---

[5] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde, 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde ve "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde değiştirilmiştir.

[6] 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 126 ncı maddesiyle, bu fıkrada yer alan "ikibin Yeni Türk Lirasından onbin Yeni Türk Lirasına" ibaresi "iki bin Türk lirasından elli bin Türk lirasına" şeklinde değiştirilmiştir.

[7] Söz konusu İptal Kararı 1/1/2015 tarihli ve 29223 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
İptal öncesi: "*(Değişik: 10/09/2014-6552/126 md.) (Ek: 26/2/2014-6527/16 md.) Trafik bilgisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilir.*"
Değişiklik öncesi: "*Trafik bilgisi ancak bir suç soruşturması ve/veya kovuşturması kapsamında mahkemelerce talep edilmesi hâlinde Başkanlık tarafından içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve/veya erişim sağlayıcıdan alınarak verilir.*"

[8] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde, 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde ve "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde değiştirilmiştir.

(3) **(Ek: 6/2/2014-6518/87 md.)** İçerik sağlayıcı, Kurumun bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim eder ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri alır.[9] [10]

Yer sağlayıcının yükümlülükleri[11]

MADDE 5- (1) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(2) **(Değişik: 6/2/2014-6518/88 md.)**[12] Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür.

(3) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

(4) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilir ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilirler.

(5) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcı, Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür.[13] [14]

---

[9] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde, 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde ve "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde değiştirilmiştir.

[10] 28.1.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 8/12/2015 Tarihli ve E: 2014/87, K: 2015/112 Sayılı Kararı ile bu Kanunun 4. Maddesine eklenen (3) numaralı fıkra iptal edilmiş, söz konusu iptal hükümleri Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş, ancak yürürlüğe girmeden iptal olan hüküm, 671 sayılı KHK ile değiştirilmiş olup söz konusu değişiklik 6757 sayılı Kanun ile yasalaşmıştır.

[11] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin beşinci fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve aynı maddenin altıncı fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir.

[12] Değişiklik öncesi: "*(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür.*"

[13] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin beşinci fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve aynı maddenin altıncı fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir.

[14] 28.1.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 8/12/2015 Tarihli ve E: 2014/87, K: 2015/112 Sayılı Kararı ile bu Kanunun 4. Maddesine eklenen (3) numaralı fıkra iptal edilmiş, söz konusu iptal hükümleri Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş, ancak yürürlüğe girmeden iptal olan hüküm, 671 sayılı KHK ile değiştirilmiş olup söz konusu değişiklik 6757 sayılı Kanun ile yasalaşmıştır.

(6) **(Ek: 6/2/2014-6518/88 md.)** Yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkan tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.[15]

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 6- (1) Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde (…)[16] erişimi engellemekle,

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

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

ç) **(Ek: 6/2/2014-6518/89 md.)** Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla,

d) **(Ek: 6/2/2014-6518/89 md.)** Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla,[17][18]

yükümlüdür.

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

[15] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin beşinci fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve aynı maddenin altıncı fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir.

[16] 6518 sayılı Kanunun 89 uncu maddesiyle bu bentte yer alan "ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde" ibaresi çıkartılmıştır.

[17] 28.1.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesinin 8/12/2015 Tarihli ve E: 2014/87, K: 2015/112 Sayılı Kararı ile bu Kanunun 6. Maddesine eklenen (1) numaralı fıkrasının (d) bendi ve (d) bendi nedeni ile uygulama alanı kalmayan (3) numaralı fıkrada yer alan "… ve (d) …" ibaresi iptal edilmiş, söz konusu iptal hükümleri Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş, ancak yürürlüğe girmeden iptal olan hüküm, 671 sayılı KHK ile değiştirilmiş olup söz konusu değişiklik 6757 sayılı Kanun ile yasalaşmıştır.

[18] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu bentte yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde değiştirilmiştir.

(3) Birinci fıkranın (b), (c), (ç) (…)[19] bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkan tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. [20] [21] [22]

Erişim Sağlayıcıları Birliği

MADDE 6/A- (Ek: 6/2/2014-6518/90 md.)

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

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

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

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

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

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

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

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

(9) Birliğin gelirleri, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşur. Alınacak ücretler, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirlenir. Bir üyenin ödeyeceği ücret, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirlenir. Üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer

[19] Anayasa Mahkemesi'nin 8/12/2015 tarihli ve E:2014/87, K:2015/112 sayılı Kararı ile, bu fıkrada yer alan "..ve (d)…" ibaresi iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 28/1/2016 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.
[20] Anayasa Mahkemesi'nin 8/12/2015 tarihli ve E:2014/87, K:2015/112 sayılı Kararı ile, bu fıkrada yer alan "..ve (d)…" ibaresi iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 28/1/2016 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.
[21] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan ""Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir.
[22] 6518 sayılı Kanunun 89 uncu maddesiyle bu bentte yer alan "(b) ve (c)" ibaresi "(b), (c), (ç) ve (d)" şeklinde değiştirilmiştir.

hususlar Birlik Tüzüğünde belirlenir. Süresinde ödenmeyen ücretler Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edilir.

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

Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri

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

(2) **(Değişik: 6/2/2014-6518/91 md.)**[23] Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) **(Değişik: 6/2/2014-6518/91 md.)**[24] Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(4) **(Ek: 6/2/2014-6518/91 md.)** Bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.

Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

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

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

---

[23] Değişiklik öncesi: *"(2) Ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.*"

[24] Değişiklik öncesi: "*(3) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahallî mülkî amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*"

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

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

c) **(Ek:25/3/2020-7226/32 md.)** 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. **(Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.)** Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Kuruma gönderilir.[25]

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde ve (c) bendinde yazılı

[25] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkan tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayı-cısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir. [26] [27] [28]

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.[29]

(6) Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkan tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.[30]

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, **(Ek: 17-10-2019-7188/36 md.)** hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle,[31] kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Kuruma gönderir. [32]

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda **(Ek: 17-10-2019-7188/36 md.)** mahkemece hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle,[33] beraat kararının bir örneği Kuruma gönderilir.

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

---

[26] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

[27] 6518 sayılı Kanunun 92 nci maddesiyle bu fıkrada yer alan "(2) ve (5)" ibaresi "(2), (5) ve (6)" şeklinde değiştirilmiştir.

[28] 25/3/2020 tarihli ve 7226 sayılı Kanunun 32 nci maddesiyle bu bentte yer alan "(6) numaralı alt bentlerinde" ibaresi "(6) ve (7) numaralı alt bentlerinde ve (c) bendinde" şeklinde değiştirilmiştir.

[29] 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 127 nci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "yirmi dört saat" ibaresi "dört saat" şeklinde değiştirilmiştir.

[30] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

[31] 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunun 36 ncı maddesiyle yedinci fıkraya "Cumhuriyet savcısı,", sekizinci fıkraya "mahkemece" ibarelerinden sonra gelmek üzere "hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle," ibaresi eklenmiştir.

[32] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

[33] 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanunun 36 ncı maddesiyle yedinci fıkraya "Cumhuriyet savcısı,", sekizinci fıkraya "mahkemece" ibarelerinden sonra gelmek üzere "hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle," ibaresi eklenmiştir.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.[34]

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkan tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde (…) [35] Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.[36]

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla (…) [37] Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.[38]

(13) **(Ek: 5/11/2008-5809/67 md.)** İşlemlerin yürütülmesi için Kuruma gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Kurum tarafından itiraz edilebilir.[39]

(14) **(Ek: 12/7/2013-6495/47 md.)** 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin

[34] 6518 sayılı Kanunun 92 nci maddesiyle bu fıkrada yer alan "altı aydan iki yıla kadar hapis cezası" ibaresi "beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası" şeklinde değiştirilmiştir.
[35] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.
[36] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin üçüncü, yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.
[37] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve ondördüncü fıkrasında yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına" ibaresi "Kuruma" şeklinde değiştirilmiş ve onikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık veya" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.
[38] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve ondördüncü fıkrasında yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına" ibaresi "Kuruma" şeklinde değiştirilmiş ve onikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık veya" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.
[39] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve ondördüncü fıkrasında yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına" ibaresi "Kuruma" şeklinde değiştirilmiş ve onikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık veya" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Kuruma gönderilir.[40]

(15) **(Ek: 26/2/2014-6527/17 md.)** Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.

(16) **(Ek: 10/9/2014-6552/127 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.)[41]**

(17) **(Ek:17/10/2019-7188/36 md.)** Bu maddenin ikinci, dördüncü ve ondördüncü fıkraları kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi[42]

MADDE 8/A- (Ek: 27/3/2015-6639/29 md.)

(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara

[40] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8 inci maddenin onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve ondördüncü fıkrasında yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına" ibaresi "Kuruma" şeklinde değiştirilmiş ve onikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık veya" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

[41] Söz konusu İptal Kararı 1/1/2015 tarihli ve 29223 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
İptal öncesi: "(Ek: 10/09/2014-6552/127 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

[42] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddenin beşinci fıkrasına "yer sağlayıcılara" ibaresinden sonra gelmek üzere "Başkan tarafından" ibaresi eklenmiştir.

bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.[43][44]

(2) Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.[45][46]

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkan tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.[47]

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara Başkan tarafından elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir.[48]

---

[43] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddenin beşinci fıkrasına "yer sağlayıcılara" ibaresinden sonra gelmek üzere "Başkan tarafından" ibaresi eklenmiştir.

[44] 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 181 inci maddesiyle bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "Başbakanlık" ibareleri "Cumhurbaşkanlığı" şeklinde değiştirilmiştir.

[45] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddenin beşinci fıkrasına "yer sağlayıcılara" ibaresinden sonra gelmek üzere "Başkan tarafından" ibaresi eklenmiştir.

[46] 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 181 inci maddesiyle bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "Başbakanlık" ibareleri "Cumhurbaşkanlığı" şeklinde değiştirilmiştir.

[47] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8/A maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiş; beşinci fıkrasına "yer sağlayıcılara" ibaresinden sonra gelmek üzere "Başkan tarafından" ibaresi eklenmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[48] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 8/A maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiş; beşinci fıkrasına "yer sağlayıcılara" ibaresinden sonra gelmek üzere "Başkan tarafından" ibaresi eklenmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi[49]

MADDE 9- (Değişik: 6/2/2014-6518/93 md.)[50]

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

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

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

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

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

---

[49] Bu maddenin başlığı "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" iken 6518 sayılı Kanunun 93 üncü maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

[50] Değişiklik öncesi: "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı
Madde 9 - (1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.
(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.
(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.
(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

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

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

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

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (…)[51] başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

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

Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi[52]

MADDE 9/A- (Ek: 6/2/2014-6518/94 md.)

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Kuruma doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.[53]

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

(3) Başkan, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.[54]

---

[51] 28/1/2016 tarihli ve 29607 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 8/12/2015 tarihli ve E:2014/87, K:2015/112 sayılı Kararı ile bu fıkrada yer alan "…veya aynı mahiyetteki yayınların…" ibaresi iptal edilmiştir.

[52] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, üçüncü ve altıncı fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde ve sekizinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiş, dokuzuncu fıkrasında yer alan "Başkanlık tarafından," ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

[53] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[54] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

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

(5) Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Kuruma gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.[55]

(6) Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkan tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.[56]

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

(8) Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Kurum tarafından yapılır.[57] **(Mülga cümle: 26/2/2014-6527/18 md.)[58]**

(9) **(Ek: 26/2/2014-6527/18 md.)** Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, (…) [59] yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.[60]

---

[55] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[56] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, üçüncü ve altıncı fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde ve sekizinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiş, dokuzuncu fıkrasında yer alan "Başkanlık tarafından," ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

[57] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde, sekizinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiş ve dokuzuncu fıkrasında yer alan "Başkanlık tarafından," ibaresi yürürlükten kaldırılmış olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[58] (Ek: 6/2/2014-6518/94 md.) ile eklenen ve (Mülga cümle: 26/2/2014-6527/18 md.) ilga edilen cümle "Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir."

[59] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, üçüncü ve altıncı fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde ve sekizinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiş, dokuzuncu fıkrasında yer alan "Başkanlık tarafından," ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

[60] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde, sekizinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiş ve dokuzuncu fıkrasında yer alan "Başkanlık tarafından," ibaresi yürürlükten kaldırılmış olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

İdarî yapı ve görevler[61]

MADDE 10- (1) Kanunla verilen görevler, Kurum tarafından yerine getirilir.[62]

(2) Bu Kanunla ekli listedeki kadrolar ihdas edilerek Kurumun hizmetlerinde kullanılmak üzere 5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanununa ekli (II) sayılı listeye eklenmiştir.[63] **(Mülga ikinci ve üçüncü cümle: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**[64]

(3) Kuruma Kanunla verilen görevlere ilişkin olarak yapılacak her türlü mal veya hizmet alımları, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbi olmaksızın Kurum bütçesinden karşılanır.[65]

(4) Kanunlarla verilen diğer yetki ve görevleri saklı kalmak kaydıyla, Kurumun bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkileri şunlardır:[66]

a) Bakanlık, kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve bu Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye, internetin güvenli kullanımını sağlamaya, bilişim şuurunu geliştirmeye yönelik

[61] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "bünyesinde bulunan Başkanlıkça" ibaresi "tarafından" şeklinde, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığın" ibareleri "Kurumun" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde değiştirilmiştir.

[62] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "bünyesinde bulunan Başkanlıkça" ibaresi "tarafından" şeklinde, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığın" ibareleri "Kurumun" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[63] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "bünyesinde bulunan Başkanlıkça" ibaresi "tarafından" şeklinde, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığın" ibareleri "Kurumun" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde değiştirilmiştir.

[64] İlga edilen cümle: "Başkanlık bünyesindeki iletişim uzmanlarına, Kurumda çalışan Telekomünikasyon Uzmanlarına uygulanan malî, sosyal hak ve yardımlara ilişkin hükümler uygulanır. İletişim Uzmanı olarak Başkanlığa atanan personelin hakları saklı kalmak kaydıyla, kariyer sistemi, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

[65] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "bünyesinde bulunan Başkanlıkça" ibaresi "tarafından" şeklinde, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığın" ibareleri "Kurumun" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde değiştirilmiştir.

[66] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "bünyesinde bulunan Başkanlıkça" ibaresi "tarafından" şeklinde, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığın" ibareleri "Kurumun" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde değiştirilmiştir.

çalışmalar yapmak, bu amaçla, gerektiğinde, her türlü giderleri yönetmelikle belirlenecek esas ve usûller dahilinde Kurumca karşılanacak çalışma kurulları oluşturmak.[67]

b) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, bu Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak bu Kanunda öngörülen gerekli tedbirleri almak.

c) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemek.

ç) Kurum tarafından işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülkî idare amirlerince ticarî amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemelere yönelik esas ve usûlleri belirlemek.

d) İnternet ortamındaki yayınların izlenmesi suretiyle bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde sayılan suçların işlenmesini önlemek için izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak veya kurdurmak, bu altyapıyı işletmek veya işletilmesini sağlamak.[68]

e) İnternet ortamında herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemek.

f) Bilişim ve internet alanındaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

g) Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik imkânları dahilinde gereken her türlü yardımda bulunmak ve koordinasyonu sağlamak.

(5) **(Değişik: 6/2/2014-6518/95 md.)**[69] Kurum; Bakanlık bünyesinde 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

---

[67] 6518 sayılı Kanunun 95 inci maddesiyle bu bentte yer alan "yayınları önlemeye" ibaresinden sonra ", internetin güvenli kullanımını sağlamaya, bilişim şuurunu geliştirmeye" ibaresi eklenmiştir.

[68] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "bünyesinde bulunan Başkanlıkça" ibaresi "tarafından" şeklinde, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığın" ibareleri "Kurumun" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde değiştirilmiştir.

[69] Değişiklik öncesi: "*(5) Başkanlık; Bakanlık tarafından 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesi uyarınca, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, çocuk, kadın ve aileden sorumlu Devlet Bakanlığı ile Kurum ve ihtiyaç duyulan diğer bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları ile internet servis sağlayıcıları ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasından seçilecek bir temsilcinin katılımı suretiyle teşkil edilecek*

Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca oluşturulan İnternet Geliştirme Kurulunca internetin yaygınlaştırılması, geliştirilmesi, yaygın ve güvenli kullanılması gibi konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları alır.[70]

(6) **(Ek: 6/2/2014-6518/95 md.)** Kurum, ulusal siber güvenlik faaliyetleri kapsamında, siber saldırıların tespiti ve önlenmesi konusunda, içerik, yer, erişim sağlayıcılar ve ilgili diğer kurum ve kuruluşlarla koordinasyon sağlar, gerekli tedbirlerin aldırılması konusunda faaliyet yürütür ve ihtiyaç duyulan çalışmaları yapar.[71]

(7) **(Ek: 6/2/2014-6518/95 md.)** Kurum kanunlarla kendisine verilen görevlerin ifası amacıyla araştırma ve geliştirme merkezleri kurabilir.[72]

Yönetmelikler

MADDE 11- (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir.[73] Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülüklerine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır.[74]

İnternet Kurulu ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlar; bu Kurulca izleme, filtreleme ve engelleme yapılacak içeriği haiz yayınların tespiti ve benzeri konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları alır."

[70] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde; beşinci, altıncı ve yedinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Kurum" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[71] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde; beşinci, altıncı ve yedinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Kurum" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[72] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde; beşinci, altıncı ve yedinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Kurum" şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[73] 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 181 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan "Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık" ibaresi "Cumhurbaşkanı"şeklinde değiştirilmiştir.

[74] 6/2/2014 tarihli ve 6815 sayılı Kanunun 96 ncı maddesiyle bu fıkrada yer alan "yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine" ibaresi "yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülüklerine" şeklinde değiştirilmiştir.

İlgili kanunlarda yapılan değişiklikler

MADDE 12- (1) (4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(2) (4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(3) (5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(4) (1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile ilgili

olup yerine işlenmiştir.)

EK MADDE 1 - (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.)[75]

(1) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**[76]

(2) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**[77]

(3) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**[78]

(4) **(Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**[79]

[75] 6518 sayılı Kanunun 97 nci maddesiyle bu maddenin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere (5) ve (6) numaralı bentler eklenmiş ve bu bentte buna göre teselsül ettirilmiştir.

[76] İlga edilen fıkra "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilen görevlerin gerektirdiği asli ve sürekli görev ve hizmetler, iletişim başuzmanı, iletişim uzmanı, teknik uzman ve idarî uzman ile iletişim, teknik ve idarî uzman yardımcılarından oluşan meslek personeli ve diğer personel eliyle yürütülür. Başkanlıkta; başkan, daire başkanı, müşavir ve meslek personeli kadrolarında çalışanların; mühendislik alanında elektronik, elektrik-elektronik, elektronik ve haberleşme, endüstri, fizik, matematik, bilgisayar, telekomünikasyon ve işletme mühendisliği fakültelerinden veya bölümlerinden, sosyal bilimler alanında siyasal bilgiler (bilimler), iktisadi ve idarî bilimler, iktisat, hukuk, işletme, iletişim fakülteleri veya bölümlerinden veya bu fakülte ve bölümlere denkliği yetkili makamlarca kabul edilmiş yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmaları ya da belirtilen bölümlerden mezun olmamakla birlikte sayılan fakülte ve bölümlerde yüksek lisans veya doktora yapmış olmaları, uzman unvanlı kadrolarda çalışanların en az dört yıllık fakültelerden mezun, diğer personelin ise en az lise ve dengi okul mezunu olmaları gerekir. Daire başkanı kadrolarına Güvenlik Bilimleri Fakültesinden mezun olanlar da atanabilir. (Ek cümle: 24/10/2011-KHK-661/80 md.) Telekomünikasyon İletişim Başkanı müşterek kararname ile atanır. Başkanlık personelinden; daire başkanları Telekomünikasyon İletişim Başkanının teklifi ve Kurul Başkanının uygun görüşü üzerine Kurul, diğer personel Telekomünikasyon İletişim Başkanının önerisi üzerine Kurul Başkanı tarafından atanır."

[77] İlga edilen fıkra "Uzman yardımcılığına atanabilmek için; yukarıdaki fıkrada sayılan fakülte veya bölümlerden mezun olmak, merkezî yarışma sınavına katılmak, belirlenecek yabancı dillerden en az birini istenen seviyede bilmek, Kurum alan sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının ilk gününde otuz yaşını doldurmamış olmak ve bu sınavda başarılı olmak gerekir."

[78] İlga edilen fıkra "Uzman yardımcılığına atananlar; en az üç yıl çalışmak ve olumlu sicil almak kaydıyla hazırlayacakları tezin kabul edilmesi ve yeterlik sınavında başarılı olması halinde ilgisine göre iletişim uzmanı, teknik uzman veya idari uzman olarak atanırlar. Bunlara bir defaya mahsus olmak üzere bir derece yükseltilmesi uygulanır. Tez savunmasında ve yeterlik sınavında iki defa başarılı olamayanlar uzman yardımcılığı unvanını kaybederler ve mükteseplerine uygun kadrolara atanırlar."

[79] İlga edilen fıkra "Uzman ve uzman yardımcılarının giriş ve yeterlik sınavları, çalışma usul ve esasları ile ilgili diğer hususlar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

(5) **(Ek: 6/2/2014-6518/97 md.)** 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar kurumlarının, hâkim ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Kurum emrinde görevlendirilebilir. Bu kapsamda görevlendirilen personel sayısı Kurumun kadro sayısının yüzde yirmisini geçemez. Bu personel kurumlarından izinli sayılır. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam eder ve bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılır.[80]

(6) **(Ek: 6/2/2014-6518/97 md.; Mülga: 15/8/2016-KHK-671/21 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/18 md.)**[81]

(7) Bu Kanunla ekli (V) sayılı cetveldeki kadrolar ihdas edilerek Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı hizmetlerinde kullanılmak üzere 5651 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı listeye eklenmiştir.[82]

EK MADDE 2 - (Ek: 6/2/2014-6518/99 md.)[83]

Kuruma verilen görevlerin yürütülmesi için, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına dair hükümlerine bağlı kalınmaksızın özel bilgi ve ihtisas gerektiren konularda Kurumda sözleşmeli personel çalıştırılabilir. Bu suretle çalıştırılacakların unvanı, sayısı, süresi, ücretleri ve diğer hususlar Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak hizmet sözleşmesi esaslarına göre tespit edilir. Bunlara ödenecek ücret, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının beş katını, çalıştırılabilecek toplam sözleşmeli personel sayısı ise ikiyüzelliyi geçemez ve bu fıkrada belirtilen ücret dışında herhangi bir ödeme yapılamaz.

EK MADDE 3- (Ek: 15/8/2016-KHK-671/22 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/19 md.)

---

[80] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin beşinci fıkrasında yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiştir.

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

[82] 6518 sayılı Kanunun 97 nci maddesiyle bu maddenin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere (5) ve (6) numaralı bentler eklenmiş ve bu bentte buna göre teselsül ettirilmiştir.

[83] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 21 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, "Başkanlıkta" ibaresi "Kurumda" şeklinde ve "yetmiş beşi" ibaresi " ikiyüzelliyi " şeklinde değiştirilmiştir.

(1) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmıştır.

(2) Diğer mevzuatta Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, Telekomünikasyon İletişim Başkanına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanına yapılmış sayılır.

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Başkanlığın kuruluştaki hizmet binasının yapımı, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tâbi olmaksızın Kurum bütçesinden karşılanır.

(2) Halen faaliyet icra eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde 7 nci maddeye göre alınması gereken izin belgesini temin etmekle yükümlüdürler.

(3) Halen yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra eden kişilere, Kurum tarafından, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla bir yetkilendirme belgesi düzenlenir.

GEÇİCİ MADDE 2 - (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.)

(1) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kadrolarında bulunan personelden ek 1 inci maddede belirtilen öğrenim şartlarını haiz olanlar; kamuda üç yıllık hizmet süresini tamamlamaları, KPDS'den en az 60 veya uluslararası geçerliliği olan sınavlardan muadili puan almaları ve hazırlayacakları tezin kabul edilmesi halinde bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren beş yıl içerisinde iletişim uzmanı kadrosuna atanabilirler. Bu personelden; diğer kamu kurum ve kuruluşlarında özel mevzuatları uyarınca yarışma sınavına tabi tutularak mesleğe alınan ve yeterlik sınavını vererek veya tezi başarılı bulunarak kariyer meslek kadrolarına atanmış olanlar yabancı dil şartını karşıladıklarında; yüksek lisans veya doktora öğrenimini tamamlamış olanlardan, hazırladıkları yüksek lisans veya doktora tezlerinin konularının Kurumun veya Başkanlığın görev alanı ile ilgili olduğunun yapılacak inceleme sonucu belirlenenlerden doktora öğrenimini tamamlamış olanlar doğrudan, yüksek lisans öğrenimini tamamlamış olanlar yabancı dil şartını karşıladıklarında, iletişim uzmanı olarak atanabilirler.

(2) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı personelinden dört yıllık fakülte mezunu olanlar, kamuda üç yıllık hizmet süresini tamamlamaları, çıkarılacak yönetmelikte öngörülen şartları taşımaları ve buna ilave olarak hazırlayacakları tezin kabul edilmesi veya tezli yüksek lisans veya doktora yapmaları halinde, bu Kanunun yayımı tarihinden beş yıl içinde öğrenim alanına göre teknik uzman veya idarî uzman kadrosuna atanabilirler.

GEÇİCİ MADDE 3 - (Ek: 6/2/2014-6518/100 md.)

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

(2) **(Değişik: 27/3/2015-6639/30 md.)** Birlik, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.[84]

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

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

GEÇİCİ MADDE 4- (Ek: 15/8/2016-KHK-671/23 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/20 md.)

(1) Telekomünikasyon İletişim Başkanının görevi bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer ve hakkında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 18 inci maddesi hükümleri uygulanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görevli daire başkanlarının görevleri bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Bunlardan daha önce İletişim Uzmanı unvanını ihraz etmiş olanlar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda Bilişim Uzmanı kadrolarına atanmış sayılırlar.

(2) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görevli olup terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmadığı değerlendirilen personelden İletişim Uzmanı ve İletişim Uzman Yardımcıları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda bulunan Bilişim Uzmanı ve Bilişim Uzman Yardımcısı kadrolarına, diğer personel ise Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda bulunan aynı unvanlı kadrolara başka bir işleme

[84] 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 30 uncu maddesiyle bu fıkrada yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresi "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirilmiştir.
Değişiklik öncesi "*Birlik, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.*"

gerek kalmaksızın halen bulundukları kadro derecesiyle atanmış sayılırlar. Bunların atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın kadroları ihdas edilmiş ve ilgili mevzuatı uyarınca Kurum kadro cetvellerine eklenmiş sayılır. Bu şekilde atananların Uzman ve Uzman Yardımcılığında geçirdiği süreler atanmış sayıldıkları Kurum kadrolarında geçmiş sayılır.

Yürürlük

MADDE 13- (1) Bu Kanunun;

a) 3 üncü ve 8 inci maddeleri, yayımı tarihinden altı ay sonra,

b) Diğer maddeleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 14- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

(1) SAYILI LİSTE[85]
İHDAS EDİLEN KADROLAR
KURUMU: TELEKOMÜNİKASYON KURUMU
TEŞKİLATI: MERKEZ

ÜNVANI	SINIFI	KADRO ADEDİ
1. DERECE		
Daire Başkanı	GİH	3
Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri	GİH	1
İletişim Uzmanı	GİH	5
İletişim Uzmanı	TH	8
Tekniker	TH	2
Teknisyen	TH	2
3. DERECE		
İletişim Uzmanı	GİH	4
İletişim Uzmanı	TH	5
Uzman	GİH	5
Uzman	TH	10
Tekniker	TH	2
5. DERECE		
Uzman	GİH	7
Uzman	TH	7
Teknisyen	TH	2
Sekreter	GİH	1
6. DERECE		
Uzman	GİH	7
Uzman	TH	8
Teknisyen	TH	2
Kaloriferci	YH	1
GENEL TOPLAM		**82**

[85] 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Kanunun 67. maddesiyle, 2813 sayılı Kanuna eklenen Geçici 9. maddesinin "*2813 sayılı Kanuna 1/3/2006 tarihli ve 5467 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle eklenen ekli (II) sayılı liste ve bu listeye 5651 sayılı Kanunun 10 uncu maddesiyle ilave edilen kadrolar, anılan Kanun ekinden çıkarılarak 5651 sayılı Kanuna (I) sayılı liste olarak eklenmiştir.*" şeklindeki hükmüne istinaden sözü edilen listeler bu Kanunun Eki olarak alınmıştır.

KURUMU: TELEKOMÜNİKASYON KURUMU
TEŞKİLATI: MERKEZ

İHDAS EDİLEN KADROLARIN

SINIFI	ÜNVANI	KADRO ADEDİ
	1.DERECE	
GİH	Daire Başkanı	1
GİH	Hukuk Müşaviri	1
GİH	İletişim Uzmanı	5
TH	İletişim Uzmanı	5
	3.DERECE	
GİH	İletişim Uzmanı	10
TH	İletişim Uzmanı	10
	5.DERECE	
GİH	İletişim Uzmanı	8
AH	Avukat	3
TH	İletişim Uzmanı	8
GİH	Mütercim	1
TH	Tekniker	2
GİH	Sekreter	2
	6.DERECE	
GİH	Uzman	15
TH	Uzman	5
AH	Avukat	2
GİH	Mütercim	2
GİH	Bilgisayar İşletmeni	10
TH	Teknisyen	2
GİH	Sekreter	1
	TOPLAM	**93**

(Ek: 5/11/2008-5809/67 md.)
İHDAS EDİLEN KADROLARIN

KURUMU: BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU
TEŞKİLATI: MERKEZ

SINIFI	ÜNVANI	DERECESİ	KADRO ADEDİ
GİH	İletişim Uzman Yardımcısı	8	25
	TOPLAM		**25**

(Ek: 6/2/2014-6518/98 md.)
(2) SAYILI LİSTE

KURUMU: BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMU
TEŞKİLATI: MERKEZ

SINIFI	ÜNVANI	DERECESİ	KADRO ADEDİ
GİH	Daire Baskanı	1	4
GİH	Hukuk Müsaviri	3	6
TH	Mühendis	3	10
TH	Mühendisi	6	10
GİH	Bilgisavar İsletmeni	9	10
GİH	Memur	9	5
	TOPLAM		**45**

5651 SAYILI KANUNA EK VE DEĞİŞİKLİK GETİREN MEVZUATIN VEYA ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İPTAL EDİLEN HÜKÜMLERİN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞ TARİHİNİ GÖSTERİR LİSTE

Değiştiren Kanunun/KHK'nin/ İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararının Numarası	**5651 sayılı Kanunun değişen veya iptal edilen maddeleri**	**Yürürlüğe Giriş Tarihi**
5809	8, Ek Madde 1 ve Geçici Madde 2, (I) Sayılı Liste	10/11/2008
KHK/661	Ek Madde 1	2/11/2011
6495	8	2/8/2013
6518	2, 3, 4, 5, 6, 6/A, 7, 8, 9, 9/A, 10, 11, Ek Madde 1, Ek Madde 2, (I) sayılı liste, Geçici Madde 3	19/2/2014
6527	2, 3, 8, 9/A	1/3/2014
6552	3, 8	11/9/2014
Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/14(Yürürlüğü Durdurma) sayılı Kararı	3,8	9/10/2014

Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı	3, 8	1/1/2015
6639	8/A Geçici Madde 3	15/4/2015 19/2/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde (15/4/2015)

Değiştiren Kanunun/KHK'nin/ İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararının Numarası	**5651 sayılı Kanunun değişen veya iptal edilen maddeleri**	**Yürürlüğe Giriş Tarihi**
Anayasa Mahkemesi'nin 8/12/2015 tarihli ve E:2014/87, K:2015/112 sayılı Kararı	9	28/1/2016
	4, 5, 6	28/1/2016 tarihinden başlayarak bir yıl sonra (28/1/2017)
KHK/671	2, 3, 4, 5, 6, 8, 8/A, 9/A, 10, EK MADDE 1, EK MADDE 2, EK MADDE 3, GEÇİCİ MADDE 4	17/8/2016
6757	2, 3, 4, 5, 6, 8, 8/A, 9/A, 10, EK MADDE 1, EK MADDE 2, EK MADDE 3, GEÇİCİ MADDE 4	24/11/2016

Law on Regulation of Broadcasts via Internet and Combating Crimes Committed by Means of Such Publications

(UNOFFICIAL TRANSLATION)

SON GÜNCELLEMELER KISMEN İŞLENMİŞTİR!

No : 5651

Date of Ratification : 04.05.2007

Official Gazette Date : 25.03.2007

Official Gazette No : 26530

Purpose and Scope

ARTICLE 1- (1) The purpose and scope of this Law is; to regulate the obligations and responsibilities of content providers, hosting providers, access providers and mass use providers, and the principles and procedures of prevention of crimes committed on the internet through content, hosting and access providers.

Definitions

ARTICLE 2- (1) For the application of this Law;

a) Ministry means Ministry of Transportation,

b) (Former: 15/8/2016-SD-671/20 art.; Adopted exactly : 9/11/2016-6757/17 art.)

c) (Amendment: 15/8/2016-SD-671/20 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/17 art.) President means President of Information Technology and Communication Authority,

ç) Information means the meaningful form of data,

d) Access means to connect and be able to use the internet,

e) Access Provider means real or legal persons who produce, modify, and provide any kind of information or data presented to the users over the internet,

f) Content Provider means real persons or legal entities that create, amend or provide all kinds of information or data presented to users on the Internet.

g) Internet Medium means any medium created on the internet that is open to the public except for communication and personal or corporate computer systems,

ğ) Broadcast on the internet medium means data that can be accessed by an unlimited number of people on the internet,

h) Monitoring means monitoring information and data without affecting the internet,

ı) (Amendment: 15/8/2016-SD-671/20 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/17 art.) Authority means Information and Communication Technologies Authority,

i) Mass use provider means providing people the possibility to use the internet in a specific place and for a certain time period,

j) (Amendment: 26/2/2014-6527/15 art.) Traffic information means IP address related to the parties, starting, and ending time of the service given, type of the service, the amount of data transferred and if available subscriber ID information,

k) Data means any value that can be processed by the computer,

l) Broadcasting means broadcasting on internet,

m) Hosting Provider means real or legal entities that provide or operate systems that host services and content,

n) (Appendix: 6/2/2014-6518/85 art.) Association means The Access Providers Association

o) (Appendix: 6/2/2014-6518/85 art.) Blocking Access means blocking access from the domain, blocking access from the IP address, blocking access to the URL, and blocking access by using similar methods,

ö) (Appendix: 6/2/2014-6518/85 art.) Content removal means removing content from servers or provided contents by content or hosting providers,

p) (Appendix: 6/2/2014-6518/85 art.) URL address means the internet address on which the related internet content is available,

r) (Appendix: 6/2/2014-6518/85 art.) Warning method means a notification procedure to be conducted through the contact address of the content provider in the first place, in order to remove the content from publication by the person claiming that the rights are violated because of the publication content made on the internet.

Disclosure Requirements

ARTICLE 3 - (1) The Content, Hosting and Access Providers are obliged to keep their identifier information on the basis of the principles and procedures determined by the regulations in a manner that is accessible to the users on the internet and in an up-to-date manner.

(2) The President shall grant administrative penalties up to fifty thousand Turkish Liras from two thousand Turkish Liras to the content, place or access provider that fails to fulfil the obligation specified above.

(3) (Appendix: 6/2/2014-6518/86 art.) Those who carry out the activities covered by this Law from within or outside the country may be notified via electronic mail or other communication tools through information obtained from sources such as communication tools on internet pages, domain names, IP addresses and similar resources.

(4) (Appendix: 26/2/2014-6527/16 art.; Amendment: 10/9/2014-6552/126 art.; Repealed: with the Decision of the Constitutional Court dated 2/10/2014 and numbered E.: 2014/149, K.: 2014/151)

Responsibilities of Content Provider

ARTICLE 4- (1) The Content provider is responsible for all content that is available on the internet.

(2) The Content provider is not responsible for the content that belongs to someone else. However, if it is clear from the format of the presentation that the content it links to is embraced and intended by the user to reach the content in question, it is responsible according to the general provisions.

(3) (Appendix: 6/2/2014-6518/87 art.) The Content provider, within the scope of his / her duties given by this Law and other laws, shall submit the requested information to the Authority in the requested form and shall take the measures notified by the Authority.

Responsibilities of Hosting Providers

ARTICLE 5- (1) The Hosting provider is not obligated to check the content it provides or to investigate whether it is an illegal activity.

(2) (Amendment: 6/2/2014-6518/88 art.) The Hosting provider is obliged to remove the content that is against to law if it is notified according to the 8th and 9th articles of this Law.

(3) (Appendix: 6/2/2014-6518/88 art.) The Hosting provider is obliged to keep traffic information for the services it provides for a period of not less than one year and not more than two years, to be determined in the regulation, and to ensure the accuracy, integrity and privacy of this information.

(4) (Appendix: 6/2/2014-6518/88 art.) The Hosting providers can be classified according to the nature of the work they perform within the framework of the procedures and principles to be determined by regulation and can be differentiated according to their rights and obligations.

(5) (Appendix: 6/2/2014-6518/88 art.) The Hosting provider is obliged to deliver the requested information to the Authority in the requested form and to take the measures as notified by the Authority.

(6) (Appendix: 6/2/2014-6518/88 art.) The Minister shall be entitled to administrative punishment from ten thousand Turkish Liras to one hundred thousand Turkish Liras on the Hosting provider who is not included in the declaration of the provision of place or fails to fulfil his/her obligations in this Law.

Responsibilities of Access Provider

ARTICLE 6- (1) Access provider,

Is obliged to block access to illegal content published by any of its users if informed in accordance with the provisions of this Law,

Is obligated to keep traffic information specified in the regulation for the provided services for a period of not less than six months and not more than two years, and to ensure the accuracy, integrity, and privacy of such information,

Is obliged to inform the Authority, Content providers and customers at least three months before the termination and submit the records of traffic information to the Authority in accordance with the principles and procedures provided in the regulation,

(Appendix: 6/2/2014-6518/89 art.) Is obliged to take preventive measures against alternative access routes with respect to publications for which access blocking is decided,

(Appendix: 6/2/2014-6518/89 art.) Is obliged to deliver the Authority's requested information to the Authority in the requested manner and to take the measures notified by the Authority.

(2) The Access provider is not obliged to check whether the content of the Information accessed through herself/himself is unlawful and requires liability.

(3) To the Access provider who fails to fulfil one of the obligations stated in articles (b), (c) and (d) of the first paragraph, The President shall give administrative fine from ten thousand Turkish Liras up to fifty thousand Turkish Liras.

Association of Access Providers

ARTICLE 6/A - (Appendix: 6/2/2014-6518/90 art.)

The Access Providers Association has been established to enforce the prohibition of access which is not covered by Article 8 of this Law.

The Association is a private legal entity. The centre of the Association is Ankara.

The procedure and principles of the Association shall be determined by the statute that shall be approved by the Authority. Amendments to the statutes are subject to the approval of the Authority.

The Association shall start the activity after it has been examined and approved by the Authority.

The Association is an organization that is formed and coordinated with the participation of all internet service providers authorized under the Electronic Communication Law dated 5/11/2008 and numbered 5809 and other operators providing internet access services.

Decisions on denial of access outside the scope of Article 8 of this Law shall be carried out by the access providers. All hardware and software required for the implementation of the decisions are provided by the access providers themselves.

By operation of the access blocking decisions except in scope of Article 8 of this Law shall be sent to the Association. In this scope, the notification made to the Association shall be also made to the access provider.

The Association may object to decisions which it considers inappropriate to the legislation submitted to it

The income of the Association consists of the fees to be paid by the members. The fees to be paid are determined at the amount that will meet the costs of the Association. The fee that a member will pay is determined by the net sales of that member in the total net sales amount of the members. The payment periods of the members, when will the new participating members start to pay, and other matters related to the payments will be determined in the Association Statute. Unclaimed wages shall be collected with the legal interest of the Association.

The Service Providers that are not members of the Association cannot operate.

Responsibilities of Mass Use Providers

ARTICLE 7 - (1) Mass use providers who provide mass use in a commercial manner are obliged to obtain a permission document from the local district official. Information on the permit shall be notified to the Authority by the local district official within thirty days. Their supervision is

carried out by local district official. The principles and procedures regarding the issuance of the authorization document and the supervision shall be regulated by the regulation.

(Amendment: 6/2/2014-6518/91 art.) Regardless of whether it is for commercial purposes, all internet mass use providers are obliged to take measures determined by the regulation in order to prevent access to the contents constituting the crime and to keep access records for use

(Amendment: 6/2/2014-6518/91 art.) Mass use providers who provide mass use in a commercial manner are obliged to take the measures specified in the regulation in order to protect the family and minors, prevention of the crime and determination of the criminals.

(Appendix: 6/2/2014-6518/91 art.) Mass use providers having commercial purposes who violate the liabilities specified in this article shall be sanctioned one of the penalties of a warning, an administrative fine from thousand Turkish Liras to fifteen Turkish Liras, or a suspending of their commercial activities for up to three days, by the local district official according to the degree of the violation and within the scope of the procedures and grounds set by the bylaw.

Access Blocking Decision and Execution of Such Decision

ARTICLE 8- (1) It is decided to prevent access to publications that are made on the internet medium and that has adequate reason for suspicion that the content constitutes the following offenses:

a) Entered in the Turkish Penal Code dated 26/9/2004 and numbered 5237;

1) Encouragement of suicide (Article 84),

2) Sexual abuse of children (Article 103, first paragraph),

3) Facilitate the use of drugs or stimulants (Article 190),

4) Hazardous substance for health (Article 194),

5) Obscenity (Article 226),

6) Prostitution (Article 227),

7) Providing space and facilities for gambling (Article 228),

crimes.

b) Offenses pertaining to the crime committed against Atatürk dated 25/7/1951 and numbered 5816.

c) (Appendix:25/3/2020-7726/32 art.) the crimes regulated under the Law on Regulation of Betting and Games of Chance in Football and Other Sports Competitions (“Law No. 7258”)

(2) The decision to prevent access is given by the judge in the case of the investigation and by the court in the case of prosecution. In case of any delay in the investigation, the public prosecutor may decide to prevent access. In this case, the public prosecutor's decision shall be submitted to the judge's approval within twenty-four hours, and the judge shall make his decision within twenty-four hours at the latest. If the decision is not approved within this period, the measure shall be removed immediately by the public prosecutor. (Appendix: 6/2/2014-6518/92 art.) The decision to block access can also be given for a limited time period if it appears to be purposeful. Access blocking decision granted as a protective precaution may be objected in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure numbered 5271 dated 4/12/2004.

(3) A copy of the decision to block access given by the judge, the court or the public prosecutor shall be sent to the Authority for the further action.

(4) If the access or hosting provider that provides the content crimes stated in the first paragraph is abroad or even in the country, the decision of access blocking shall be given by the President ex officio about the crime of content written in the sub-clauses (2), (5), and (6) of the subparagraph (a) of the first paragraph and (7) of the subparagraph (c). This decision shall be stated to the access provider and requested to be fulfilled.

(5) Access blocking decision shall be executed immediately and no later than four hours as of the notifications of the decision.

(6) In the case of identification by the President of the persons broadcasting the content that is subject of access blocking, The President shall file a criminal complaint to the public prosecutor's office.

(7) If a decision is made that there is no need for prosecution as a result of the investigation, the access blocking decision is invalid spontaneously. In such case, the public prosecutor sends a copy of his decision of not to prosecute to the Authority.

(8) In the case of acquittal decision in the case of prosecution, the decision of access blocking is spontaneously void. In such case, the court sends an example of the acquittal decision to the Authority.

(9) In case the content constituting the offenses listed in the first paragraph is removed from the publication; the denial of access is removed by the public prosecutor in the course of the investigation and is removed by the court in the course of the prosecution.

(10) The responsibilities of the place or access providers that fail to comply with the precautionary prohibition of access, if the offense does not constitute another offense which requires heavier punishment, it shall be punished with fine from five hundred days up to three thousand days.

(11) In the event that the decision to prevent the access given as an administrative measure is not fulfilled, the President shall be given administrative fines to the access provider up to ten thousand Turkish Liras from a hundred thousand Turkish Liras. If the decision is not fulfilled within twenty-four hours after the administrative penalty is given, the Authority may decide to cancel the authorization.

(12) Against the fines by Authority because of wrongdoings defined in this Law, the persons shall go to law with the provisions of the Administrative Procedure Law numbered 2577 and dated 6/1/1982.

(13) (Appendix: 5/11/2008-5809/47 art.) An appeal may be lodged by the Authority in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure No. 5271 dated 4/12/2004 for judge and court decisions sent to the Authority for carrying out the operations.

(14) (Appendix: 12/7/2013-6495/47 art.) Institutions and organizations defined in subparagraph (ç) of the first paragraph of Article 3 of the Law Regarding the Arrangement of Taxes, Funds and Shares Accepting Revenue of Chance Games dated 14/3/2007 and numbered 5602, may take the decision of blocking access to these publications in case they detect that the offenses entered into their own duty area are processed in the internet environment. Decisions to block access are sent to the Authority for implementation.

(15) (Appendix: 26/2/2014-6527/17 art.) According to this article, the decision of judge given at the stage of investigation and the decision of judge given according to 9th and 9/A are given by the criminal courts of peace determined by the Supreme Council of Judges and Prosecutors at places where there is more than one criminal court of peace.

(16) (Appendix: 10/9/2014-6552 / 127 art.; Cancellation: With the Decision of the Constitutional Court dated 10/2014 and E.: 2014/149, K.: 2014/151.)

(17) (Annex: 17/10/2019-7188 / 36 art.) Decisions on blocking access under the scope of the second, fourth and fourteenth paragraphs of this article are granted by the methods of blocking access to the content in the form of a publication, section, part (URL, etc.) of the violation. However, if the infringement cannot be prevented by technically banning access to the infringing content or preventing access to the related content, it may be possible to block access to the whole website.

Removal of content and/or blocking access in non-delayable cases

ARTICLE 8/A- (Appendix: 27/3/2015-6639/29 art.)

(1) In cases related to one or more of the following: the protection of the right to life and individuals' right to life and property, protection of national security and public order, prevention of crimes being committed, or the protection of general health; the judge or in, non-delayable cases, the President or where Ministries related to protection of national security and public order, the prevention of crimes being committed, or the protection of general health request it, the decision of blocking access and/or removing content on broadcasting on internet may be given by the President. The decision shall be communicated by the President to the access provider and to the relevant content and location providers immediately. The decision to remove the content and / or block access is implemented within four hours of the date of immediate and latest notification of the decision.

(2) The decision of the Presidency given upon the requests of the Prime Ministry or the ministries concerned to remove the content and / or ban the access shall be presented by the President within twenty-four hours to the approval of the judge of the criminal court of peace. The judge clarifies his decision within forty-eight hours; otherwise, the decision is invalidated automatically.

(3) Decisions on the denial of access granted under this article are made by the methods of blocking access to the content in the form of a publication, section, part (URL, etc.) of the violation. However, if the infringement cannot be prevented by technically banning access to the infringing content or preventing access to the related content, it may be possible to block access to the whole website.

(4) A criminal complaint shall be filed against those who make and disseminate internet content that constitutes a crime in the scope of this article by the President to the Chief Public Prosecutor's Office. The information necessary to reach the factions of these offenses is given to judicial authority by the content, location, and access providers upon the judge's decision. Responsibility for content, hosting, and access providers that do not provide such information is punishable by a fine from three thousand days up to ten thousand days if the act does not constitute another offense requiring more severe punishment.

(5) Administrative penalties from fifty thousand Turkish Liras up to five hundred thousand Turkish Liras are given by the President to the content providers and hosting providers about access providers that fail to comply with the decision to remove the content and / or prevent access in accordance with this article.

Removal of Content from Broadcasting and Access Blocking

ARTICLE 9 - (Amendment: 6/2/2014-6518/93 art.)

The real and legal persons, institutions and organizations claiming that the personality rights are violated due to the content published on the internet may ask to the content provider, or to the hosting provider if they cannot reach the content provider, to exclude the contents from the broadcasting by the warning method, and may also request to prevent access to the content by applying directly to the judge of the court of peace.

Requests of persons claiming violations of personality rights due to content published on the Internet are responded by the content and / or hosting provider within twenty-four hours at the latest.

Due to the contents of the publication made on the internet, judges may decide to prevent the access to the content mentioned in the scope of this article in the direction of the requests of those who have violated their personality rights.

The judge shall make his or her decision to deny access under this article mainly by means of denying access to the content in the form of a publication, section, part (URL, etc.) in which the infringement of the right of personality takes place. Unless it is compulsory, it cannot be decided to prevent access to the entire publication on the website. However, if the judge believes that the infringement cannot be prevented by means of blocking the access by specifying the URL address, he may also decide to prevent access to the entire website on the internet, provided that the reason is stated.

Decisions by the judge to block the access under the scope of this article are sent directly to the Association.

The judge concludes the application made under the scope of this article at the latest within twenty-four hours without making a hearing. Objections can be made against this decision in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure numbered 5271 dated 4/12/2004.

The judge's decision is automatically void if access to the subject matter is removed from broadcasting.

The decision of blocking access to the content by the Association to the access provider shall be fulfilled by the access provider immediately within four hours at the latest.

If the publication of the violation of the subject personality right is also published on other internet addresses in the decision of prohibition of access given by the judge within the scope of this article, the present judgment shall also apply to those addresses if the person is applied to the Association.

The responsible person who does not fulfil the decision of the judge of the court of peace in accordance with the conditions stated in this article and duration of his case, shall be punished with fine up to three thousand days from five hundred days.

Blocking Access to Content Due to the Right to Privacy of Personal Life

ARTICLE 9/A-(Appendix: 6/2/2014-6518/94 art.)

(1) Persons claiming violation of the confidentiality of private life due to the contents of the Internet can ask the Authority to implement the measure to prevent access to the contents.

(2) This request contains the full address (URL) of the publication that caused the violation, a description of which aspects the violation was made on, and information to prove identity information. If the information is deficient, the request cannot be processed.

(3) The President shall immediately notify the Association of such request to be implemented, the access providers shall immediately fulfil this request within four hours at the latest.

(4) Blocking access is implemented by blocking access to the content (in the form of URL) about the broadcast, section, part, picture, video that violates privacy.

(5) The judge shall disclose his / her decision by evaluating whether the privacy of private life has been violated because of the content published on the internet within forty-eight hours at the latest

and send it directly to the Authority; otherwise, the measure of the access blocking is abolished automatically.

(6) The President may object against this decision rendered by the judge accordance with the provisions of Law numbered 5271.

(7) The judge's decision is automatically void if access to the subject matter is removed from broadcasting.

(8) In non-delayable cases subject to the violation of the privacy of the private life, the Authority shall block access directly by the order of the President. (Former sentence: 26/2/2014-6527/18 art.)

(9) (Appendix: 26/2/2014-6527/28 art.) in the scope of eighth subparagraph of this Article, the President's decision to block access shall be presented to the judge of the court of peace within twenty-four hours. The judge will declare his/her decision in forty-eight hours.

Administrative Structures and Duties

ARTICLE 10 - (1) The duties assigned by law are fulfilled by the Authority.

(2) The following staffs attached to this Law, have been created and added to the list (II) attached to the Wireless Code numbered 2813 dated 5/4/1983 for use in the services of the Authority. (Former second and third sentence: 15/8/2016-SD-671/21 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/18 art.)

(3) Purchases of any goods or services to be made in relation to the duties assigned to the Authority by the Law are subject to the provisions of the Public Procurement Law numbered 4734 dated 4/1/2002 and the Public Procurement Contracts Law dated 5/1/2002 and numbered 4735, excluding the prohibition works from penalties and tenders, are paid from the Authority's budget.

(4) On the condition that without prejudice to any other authorities and duties assigned by law, the Authority's duties and authorities under this Law are:

a) To prevent the activities and publications which have been made in the internet medium and constitute the crimes that fall within the scope of this Law by establishing coordination between the Ministry, the law enforcement agencies, the relevant public institutions and organizations and the content, the hosting and the access providers and the relevant civil society organizations, to ensure the safe use of the Internet, to do studies to improve the consciousness of knowledge, for

this purpose, to create working committees that will be covered by the Authority in accordance with the principles and procedures to be determined by regulation when necessary,

b) To take necessary precautions foreseen in this Law to prevent access to these publications in case of the detection of crimes committed within the scope of this Law by watching the contents of publications made on the internet,

c) To determine the level, time, and style of watching the contents of broadcasts made on the internet,

d) To determine the principles and procedures for the systems and the regulations to be used in filtering and blocking the permits to be given to the mass user providers who provides mass use in a commercial way, on the part of the Authority by the authorization of operators and administrators of the local authorities,

e) To determine the minimum criteria for hardware production or software construction on the basis of filtering, screening and monitoring to be done in various open to public services on the internet,

f) To determine the minimum criteria for hardware production or software construction on the basis of filtering, screening and monitoring to be done in various open to public services on the internet,

g) To provide cooperation and coordination with international institutions and organizations in the field of informatics and internet,

h) To assist the authorized police forces and investigation authorities in preventing promotion, import, possessing, leasing and selling of any products with visual, written or audible content, subject of which is committing crimes listed under the first paragraph of the Article 8 of this Law; within technical possibilities, to provide all kinds of help and to maintain the coordination.

(5) (Amendment: 6/2/2014-6518/95 art.) The Authority makes any decisions or measures necessary to make proposals such as dissemination, development, widespread and safe use of the internet with The Internet Development Board established in accordance with the provisions of the Decree Law on the Organization and Duties of the Ministry of Transport, Maritime Affairs and Communications dated 26/9/2011 numbered 655 within the Ministry.

(6) (Appendix: 6/2/2014-6518/95 art.) Within the scope of national cyber security activities, the Authority coordinates activities with content, hosting, access providers and other related

institutions and organizations regarding the detection and prevention of cyber-attacks, conducts activities on taking necessary measures and carries out the necessary activities.

(7) (Appendix: 6/2/2014-6518/95 art.) The Authority may establish research and development centres for the purpose of carrying out duties assigned to it by law.

Regulations

ARTICLE 11- (1) The principles and procedures concerning the implementation of this Law shall be governed by the regulations to be issued by the Prime Ministry, taking the views of the Ministries of Justice, Home Affairs and Transport. These regulations shall be issued within four months from the date of entry into force of the Law.

(2) Regardless of whether or not the person who intends to operate as a hosting or access provider has the authorization document about communication via telecommunication, the principles and procedures regarding the obligations of the providers of location, access and mass use shall be regulated by the regulation to be issued by the Authority.

Amendments on Relevant Laws

ARTICLE 12- (1) (Related to the Telegram and Telephone Law dated 4/2/1924 and numbered 406 and it has been processed in its place.)

(2) (Related to the Police Duties and Authority Law dated 4/7/1934 and numbered 2559 and it has been processed in its place.)

(3) (Related to the Radio Law dated 5/4/1983 and numbered 2813 and it has been processed in its place.)

(4) (Related to the State Intelligence Services and National Intelligence Organization Law dated 1/11/1983 and numbered 2937 and it has been processed in its place)

ADDITIONAL ARTICLE 1 - (Appendix: 5/11/2008-5809/67 art.)

(Former: 15/8/2016-SD-671/21 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/18 art.)

(Former: 15/8/2016-SD-671/21 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/18 art.)

(Former: 15/8/2016-SD-671/21 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/18 art.)

(Former: 15/8/2016-SD-671/21 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/18 art.)

(Appendix: 6/2/2014-6518/97 art.) Employees in the public institutions and organizations that were counted in the second article of the Decree Law on the Establishment and Duties of the State

Personnel Presidency dated 8/6/1984 and numbered 217, with the assent of their institutions, judges and prosecutors, on the other hand, with their own assent, may be temporarily assigned to the office of the Authority on the condition that monthly, allowance, all kinds of raise and compensations and other financial and social rights and benefits paid to their institutions.

(Appendix: 6/2/2014-6518/97 art.; Former 15/8/2016-SD-671/21 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/18 art.)

The staffs in the cadre numbered (V) annexed to this Law have been created and added to the list (I) attached to the Law numbered 5651 for use in Telecommunication Communication Presidency services.

ADDITIONAL ARTICLE 2 - (Appendix: 6/2/2014-6518799 art.)

In order to carry out the duties assigned to the Authority, contracted personnel may be employed in the Authority in accordance with the provisions of the Civil Servants Law no. 657 dated 14/7/1965 and other laws concerning the employment of contracted personnel. By this means, the title, number, duration, fees, and other particulars of the persons to be employed shall be determined according to the terms of service contract to be enacted by the Council of Ministers. The salary to be paid to them shall not be more than five times the ceiling of the contract fee applied for those who are employed pursuant to the subparagraph (B) of the Article 4 of the Law No. 657, the total number of contracted personnel that can be employed shall not exceed two hundred and fifty and no payment shall be made except for the fee stated in this paragraph.

ADDITIONAL ARTICLE 3- (Appendix: 15/8/2016-SD-671/22 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/19 art.)

Telecommunication Communication Presidency has been closed.

In other legislation, the references made to the Telecommunication Communication Presidency are considered to have been made to the Information Technologies and Communication Authority, and the references made to the to the President of the Telecommunication Communication are considered to have been made to the President of Information Technologies and Communication Authority.

TEMPORARY ARTICLE 1- (1) Expenses to be made for construction of the foundation building to be used by the Presidency shall be paid from the budget of the Authority without being subject to the provisions of Public Tender Law.

(2) Mass use providers who provide mass use in a commercial manner are obliged to obtain the permission document to be obtained according to the 7th article within six months from the date of entry into force of this Law.

(3) A certificate of authorization shall be issued by the Authority to persons acting as a place or access provider, for the purpose of carrying out its activities as a place or access provider, irrespective of whether or not the Authority is authorized to communicate by telecommunication.

TEMPORARY ARTICLE 2 - (Appendix: 5/11/2008-5809/67 art.)

(1) Those who have been taken to the profession by being subjected to a competition examination in accordance with their specific legislation in other public institutions and who have been given a proficiency examination or who have been appointed to the career profession by being successful in the thesis; satisfy the foreign language condition, may be appointed as communication specialists. Those who have completed their doctoral studies from those who have completed master's or doctoral studies and who have completed the graduate or master's thesis preparations which are related to the subject matter of the Institution or the Presidency, may be directly appointed as communication specialists. Those who have completed master's degree may be appointed as communication specialists if they meet the foreign language requirement.

(2) Those who are personnel of Telecommunication Communication Presidency and who have graduated from a four-year faculty are required to complete the period of three years of service in the public and carry out the requirements stipulated in the Regulation to be issued and additionally prepare a thesis or prepare a master's degree or doctorate with a thesis, may be assigned to expert cadre or executive expert cadre.

TEMPORARY ARTICLE 3 - (Appendix: 6/2/2014-6518/100 art.)

The foundation of the association shall be completed within three months from the date of publication of this Law.

(Amendment: 27/3/2015-6639/30 art.) Internet service providers and operators providing access services who have not yet become members of the Association must complete their membership within one month at the latest after the establishment of the association.

In case the Association cannot complete the establishment for the specified period, administrative fines shall be applied by the Authority to the internet service providers and to the other operators who provide internet access services at a rate of one percent of the net sales of the previous calendar year.

Administrative fines shall be imposed by the Authority on the non-member internet service providers or other operators providing internet access services within one month following the establishment of the Association at a rate of one percent of the net sales of the previous calendar year.

TEMPORARY ARTICLE 4 - (Appendix: 15/8/2016-SD-671/23 art.; Agreed as same: 9/11/2016-6757/20 art.)

The task of the Telecommunication Communication Commission shall expire on the date on which this Article enters into force and the provisions of Additional Article 18 of the Decree on the Law numbered 375 shall apply. The duties of the heads of department in the Telecommunication Communication Presidency shall come to an end on the date this article enters into force. Those who have previously captured the title of Communication Specialist are considered to be appointed to the positions of the Information Technology Specialists in Information Technology and Communication Authority.

Communication Experts and Communication Expert Assistants who are in charge of Telecommunication Communication Presidency and who are not evaluated as members, connection or affiliation to the structures, formations or groups that are determined to be active against the terrorist organizations or against the national security of the state that are decided by the National Security Council of the State Security, are assigned to Information Technologists and Communication Experts and the Assistant Specialist Assistant. As of the date on which they are deemed to have been appointed, staff have been created without regard to the provisions of the other laws and without any further procedure, and the Authority is deemed to have been added to the cadres in accordance with the relevant legislation. The time spent in the Expert and Expert Assistant shall be deemed to have been passed on to the staff of the Authority that they have been assigned.

Entry into Force

ARTICLE 13- a) Article 3 and Article 8 of this Law enter into force within six months as of the date of promulgation of this Law,

b) Remaining articles of this Law enter into force at the date of promulgation of this Law.

Execution

ARTICLE 14- (1) The Council of Ministers executes the provisions of this Law.

Tüzükler

- Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü

Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Birliğin Adı ve Merkezi

Madde 1- (1) 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 6/A ve Geçici 3 üncü maddesi çerçevesinde, merkezi Ankara'da bulunan, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerden oluşan Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur.

2) Birlik Ülke içinde gerekli teşkilatı kurabilir.

Tanımlar

Madde 2- Bu Tüzük'te geçen,

a) Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,

b) Erişim: Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

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

d) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

e) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

f) İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri,

g) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

h) Kanun: 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun,

i) Tüzük: Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğünü,

j) Yetkilendirme: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesini,

k) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi,

l) URL adresi: İlgili içeriğin internette bulunduğu tam internet adresini,

m)Yayın: Internet ortamında yapılan yayını

ifade eder.

Birliğin Amacı

Madde 3 - (1) Birliğin amacı, Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır.

Birliğin Faaliyete Geçmesi

Madde 4 - (1) a) 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununa dayanılarak hazırlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin erişim sağlayıcılığı tanımı kapsamındaki; İSS, GSM, GMPCS, IMT-2000/UMTS, SMŞH, HT-GSM 1800 MTH işletmecisi ile uydu ve kablo hizmetlerine ilişkin görev sözleşmesi sahibi işletmeciler,

b) İmtiyaz sözleşmesi kapsamında çeşitli telekomünikasyon hizmetleri sunan işletmeci dâhil erişim sağlayıcı olan işletmeciler,

Birliğe üye olmak, bu Tüzük hükümlerine uymak ve Birliğin yetkili organlarının alacağı kararları uygulamak zorundadır.

2) Birlik, mevcut internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Tüzüğün, Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar.

3) Birden fazla yetkilendirme türüne sahip olan işletmecilerin aynı tüzel kişilik altında yalnızca bir üyelik hakkı vardır.

4) Tüzüğü imzalayan erişim sağlayıcıların ticari unvanları, Kurumdan alınan yetki belgeleri, ticaret sicil kaydı ile adresleri ekli listede yer almaktadır. (EK-1)

Birliğin Faaliyetleri

Madde 5 - (1) Birlik amacına ulaşmak için, mevzuat çerçevesinde aşağıdaki faaliyetlerde bulunur:

a) Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki hükümlerden ve diğer özel kanunlardan kaynaklanan erişimin engellenmesi kararlarının, Birlik üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlayarak uygulanmasını sağlamak. Bu amacın gerçekleştirilmesi amacıyla hükümsüzlüğün tespiti ve benzer içerik uygulamasına ilişkin uygulama esasları aşağıdaki şekildedir:

aa-) 5651 sayılı kanunun 9/7 maddesi gereğince mahkeme kararının hükümsüzlüğünün tespiti:

Hâkim kararının hükümsüz hale geldiğinin tespiti için içerik veya yer sağlayıcısının Birliğe bildirimde bulunması esastır. Mahkeme kararına konu içeriğin çıkarıldığı veya engellendiğine dair bildirimin Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne, içerik veya yer sağlayıcısı tarafından Kanunun 3/3 maddesinde belirtilen usullerde yapılması halinde, kararın kendiliğinden hükümsüz hale gelmesi sebebiyle erişimin engellenmesi kararı uygulanmaz veya uygulanmış ise engelleme kaldırılır. İçerik veya yer sağlayıcısının beyanı ilgili mahkemeye yazı ile bildirilir.

bb-) **(DEĞİŞİKLİK)** 5651 sayılı kanunun 9/9 maddesi gereğince benzer içeriğin tespiti:[1]

(DEĞİŞİKLİK) Kişilik hakkının ihlaline dair Hâkimin verdiği erişim engelleme kararına konu yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda; ilgili kişi tarafından Birliğe ıslak veya güvenli elektronik imzalı müracaatı halinde, Birlik tarafından mevcut karar bu adresler için de uygulanır.[2]

b) Erişimin engellenmesi ve erişimin engellenmesinin kaldırılması kararlarının üyelere zamanında gönderilmesine yönelik gerekli her türlü donanım ve yazılımı sağlamak ve işletmek,

c) Erişimin engellemesi ve erişimin engellenmesinin kaldırılması kararlarının merkezi olarak tutulacağı bir veri tabanı altyapısını işletmek,

d) Mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz etmek,

e) Birliğin kamuoyu tarafından tanınmasını sağlamak ve bu konuda kamuoyunu bilinçlendirmek,

f) Üyelerden alınacak ücretleri belirlemek ve tahsil etmek,

g) Üyeler arasında iletişim ve dayanışmayı sağlamak,

h) Üyelerinin ve sektörde faaliyet gösteren kişilerin bilgi ve yeterliliklerini geliştirmek üzere konferans, panel, kurs, seminer ve benzeri eğitim faaliyetlerinde bulunmak, kitap ve süreli yayınlar hazırlamak veya hazırlatmak,

[1] Değişiklik öncesi: "5651 sayılı kanunun 9/9 maddesi gereğince benzer içeriğin tespiti:"
[2] Değişiklik öncesi "Kişilik hakkının ihlaline ilişkin hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararı ile aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yapılması üzerine, ilgili kişinin Birliğe yazılı olarak başvurması halinde, yapılan başvuru karar mahkemesine sorularak hakim kararına göre işlem yapılır."

i) Birliğin amaçları doğrultusunda ilgili diğer faaliyetlerde bulunmak,

(2) Birlik faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla menkul ve gayrimenkuller iktisap edebilir, kiralayabilir, satın alabilir veya satabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Birlik Üyeliği

Üyelerin Hak Ve Yükümlülükleri

Madde 6 - (1) Birlik üyeleri, genel kurula katılma, temsil edilme ve Birlik faaliyetlerine katılma haklarına sahiptir.

(2) Üyelerin tamamının bir önceki yıl net satış tutarı toplamının %90'lık kısmını oluşturan Birlik üyeleri, genel kuruldaki toplam oy hakkı içinde %50'lik paya sahiptir. Üyelerin tamamının bir önceki yıl net satış tutarı toplamı içinde geriye kalan %10'luk kısmını oluşturan Birlik üyeleri ise, genel kuruldaki toplam oy hakkının diğer %50'lik payına sahiptir. Her bir grup içindeki üyelerin oy hakkı dağılımı ise, her bir üyenin bir önceki yıl net satış tutarının, söz konusu grup içerisindeki üyelerin tamamının bir önceki yıl toplam net satış tutarı toplamına oranlanarak belirlenir.

(3) Birlik üyelerinin yükümlülükleri şunlardır:

a) Erişimin engellenmesi kararlarını uygulamak,

b) Giderleri kendilerine ait olmak üzere, erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik gerekli her türlü donanım ve yazılımı sağlamak,

c) Kanunda belirtilen yöntemle hesaplanan ücretleri Tüzük çerçevesinde ödemek,

d) Güncel iletişim bilgilerini ve Kayıtlı Elektronik Posta adresini bildirmek.

Üyeliğinin Sona Ermesi Ve İlişkilerin Tasfiyesi

Madde 7 - (1) Üyelik, tüzel kişiliğin sona ermesi veya Kurum tarafından verilen yetki belgesinin iptal edilmesi durumunda, tüzel kişiliğin sona erdiği veya yetki belgesinin iptal edildiği tarihte kendiliğinden sona erer.

(2) Üyeliliğin sona ermesi halinde, açıklaması da yapılarak yönetim kurulu kararıyla üyelik kaydı defterden silinir.

(3) **(DEĞİŞİKLİK)** Üyeliği herhangi bir nedenle sona eren üyenin, Birliğe ödemiş olduğu aidatlar kısmen veya tamamen iade edilmez.[3]

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Birlik Organları

Birlik Organları

Madde 8 - (1) Birliğin zorunlu organları şunlardır;

a) Genel Kurul

b) Yönetim Kurulu

c) Denetim Kurulu

d) Genel Sekreterlik

(2) Birlik amaçlan ve ihtiyaçları doğrultusunda gerekli iş ve işlemleri yerine getirmek, altyapı ve sistemleri kurmak ve işletmek üzere, genel kurul kararıyla ihtiyari organlar oluşturabilir; teknik, idari, hukuki alt birimler ve uzmanlık grupları kurabilir.

(3) Birlik, Tüzük değişikliklerini Kurumun onayına sunmak zorundadır.

Genel Kurul

Madde 9 - (1) Genel kurul, üyelik aidatı ödeyen tüm üyelerden oluşur. Her bir üye, genel kurulda bir asil ve bir yedek olmak üzere yetkili temsilcisi tarafından temsil edilir. Üyeler genel kurul toplantısından en geç üç (3) gün önce yazılı olarak Birliğe bildirmek kaydıyla temsilcilerini değiştirme hakkına sahiptir.

(2) Genel kurul olağan ve olağanüstü olmak üzere iki türlü toplanır. Olağan genel kurul toplantıları yılda en az bir defa ve hesap döneminin bitiminden itibaren üç (3) ay içinde, yönetim kurulunun karar ve çağrısı üzerine yapılır. Olağanüstü genel kurul, yönetim kurulunun çağrısı veya üyelerin madde 6/2'ye göre hesaplanan oy hakkı kapsamında dörtte bir oy hakkına sahip üyelerin yazılı başvurusu üzerine yapılır.

(3) Genel kurulun toplantı yeter sayısı; madde 6/2'ye göre hesaplanan oy hakkının en az yarısından fazlasına sahip olan üyelerin sayısı kadardır. Yeter sayı sağlanamadığı takdirde, genel kurul ikinci defa, toplantının geri bırakılması sebepleriyle birlikte üyelere bildirilerek toplantıya çağrılır ve

[3] Değişiklik öncesi "Üyeliği herhangi bir nedenle sona eren üyenin, Birliğe ödemiş olduğu aidatlar kısmen veya tamamen iade edilemez."

toplantıda hazır bulunan üyelerin salt çoğunluğu ile toplantı gerçekleştirilir. İkinci toplantının, geri bırakılma tarihinden itibaren en geç iki (2) ay içinde yapılması zorunludur.

Genel Kurul Kararları

Madde 10 - (1) Üyelerin oy hakkı, Tüzüğün 6/2 maddesi uyarınca hesaplanır. Genel kurulda kararlar, hazır bulunan üyelerin oy hakkına göre hesaplanacak oy çokluğu ile alınır ve tüm üyeler için bağlayıcıdır.

(2) Genel kurulda, Tüzüğün 17 inci maddesi gereğince yönetim kurulu üyeleri üye gruplarına göre ayrı ayrı seçilir.

(3) Üyelerden birinin şahsını, firmasını veya temsil ettiği firmayı ilgilendiren bir hususun müzakeresinde, ilgili üyenin oy hakkı yoktur.

(4) Genel kurulda oylar açıktır. Yalnızca seçimlerde ve aksine genel kurulca karar verilen hususlarda gizli oya başvurulabilir.

(5) Görüşme tutanakları ve kararlar başkan, başkanvekili ve kâtipler tarafından imzalanarak saklanır. Genel kurul kararlarının birer örneği ve seçim sonuçları, en kısa sürede Kayıtlı Elektronik Posta aracılığı üyelere ve bilgilendirme amacıyla yazılı olarak da Kuruma gönderilir.

Genel Kurul Listesinin Hazırlanması

Madde 11 - (1) Genel Sekreterlik, genel kurul toplantısına katılacak üyelerin;

a) Biten hesap yılı itibariyle Birliğe borcu bulunup bulunmadığını,

b) Üyeler tarafından, genel kurul ilk toplantı tarihinden en az üç (3) iş günü önce genel sekreterlik kayıtlarına geçmiş olması kaydıyla verilecek, örneği ekli vekâletnamelerin gerçeğe uygun olup olmadığını,

c) Genel kurula katılacak kişilerin genel kurul ilk toplantı tarihinden en az üç (3) iş günü önce genel sekreterlik kayıtlarına geçmiş olması kaydıyla verilecek temsil belgelerinin ilgili mevzuata uygun olup olmadığını,

araştırarak, genel kurula katılma hakkına sahip üyelerin ve oy oranlarının tespiti ile hazirun cetvelinin hazırlanması işlemlerini buna göre yürütmekle görevlidir.

(2) Genel Sekreterlik, vecibelerini yerine getirmiş üyeleri, oy oranlarını ve aidat borçlarını havi listeyi toplantı tarihinden on beş (15) gün önce Birlik merkezinde ilan ederek yedi (7) gün boyunca üyelerin incelemesine sunar. İnceleme süresi içinde listeye yapılacak itirazlar genel sekreterlikçe incelenir ve karara bağlanır.

(3) Borcu olan üyelerin, ilk toplantı tarihinden en geç üç (3) iş günü öncesi mesai saati sonuna kadar, borçlarına ilişkin ödeme dekontlarını, genel sekreterliğe ibrazı gerekmektedir. Bu tarihten sonra yapılan borç ödemeleri genel kurul toplantısına katılma hakkı vermez.

(4) Genel kurula katılma hakkını haiz üyeleri ve oy oranlarını gösterir kesinleşmiş liste, toplantı tarihinden iki (2) gün önce birlik merkezinde ilan edilir.

Genel Kurula Davet

Madde 12 - (1) Genel kurula çağrı toplantının tarih, yer, saat ve gündemi ile birlikte, toplantı tarihinden en az on beş (15) gün önce Birlik üyelerine bildirilir.

(2) Toplantı yeter sayısı sağlanamadığı takdirde, genel kurula çağrı ikinci defa yine aynı usul ile toplantı tarihinden en az on beş (15) gün önce Birlik üyelerine bildirir.

Hazirun Cetveli

Madde 13 - Hazirun Cetveli, toplantı saatinden uygun bir süre önce imzaya açılır. Genel kurula katılma hakkını haiz üye ve temsilciler kimlik kartlarını ibraz ederek hazirun cetvelini imzalar ve toplantıya giriş ile oy kullanma kartlarını alarak toplantı salonuna girerler.

Hazirun Cetvelinin Kapatılması

Madde 14 - (1) Yönetim kurulu üyelikleri seçimi öngörülen genel kurul toplantılarında, ilan edilen toplantı saati geldikten ve gerekli nisap sağlandıktan sonra toplantı açılabilir. **(DEĞİŞİKLİK)** Hazirun cetveli ise seçimlere geçilinceye kadar açık tutulur.[4]

(2) Diğer genel kurul toplantılarında, ilan edilen toplantı saati geldikten ve gerekli nisap sağlandıktan sonra hazirun cetveli kapatılarak toplantıya başlanır.

(3) Gerekli nisap sağlanamadığı takdirde, ilan edilen toplantı saatinden itibaren bir (1) saat beklenir. Nisap sağlanamaması halinde durum bir zabıtla tespit edilir.

Toplantının Açılması, Toplantı Nisabı ve Divan Heyeti

Madde 15 - (1) Genel kurul toplantıları, gerekli kontroller yapıldıktan ve gerekli nisap sağlandıktan sonra, yönetim kurulu başkanı tarafından açılır.

(2) Genel kurul, toplantıda bulunan üyeler arasından açık oylama ile bir divan Başkanı ve iki divan katibi seçer. Divan başkanı, genel kurul toplantısının Kanun, yönetmelik, Tüzük ile sair mevzuat ve diğer talimat hükümlerine göre yürütülmesinden sorumludur.

[4] Değişiklik öncesi "Hazirun cetveli ise seçimlere gidinceye kadar açık tutulur."

(3) Yönetim Kurulu başkanı ve yönetim kurulu asil üyeleri ile genel kurulda yönetim kurulu üyeliklerine aday olanlar başkanlık divanına seçilemezler.

Genel Kurulun Görev ve Yetkileri

Madde 16 - Genel kurulun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Yönetim Kurulu üyelerini 17 inci madde 1-a fıkra uyarınca belirlemek ve 1-b fıkrası uyarınca seçmek,

b) Üç (3) asil ve üç (3) yedek denetim kurulu üyesini seçmek,

c) Yönetim kurulunca veya genel kurula katılan üyelerin 6/2'ye göre hesaplanan oy hakkı kapsamında en az üçte biri tarafından usulüne göre genel kurul gündemine ilave edilmesi önerilen hususlar hakkında karar vermek,

d) Birliğin bütçe tasarısını görüşmek ve karara bağlamak,

e) Yönetim kurulunca öngörülen raporları incelemek ve karara bağlamak,

f) Birliğin hesaplarını incelemek ve Yönetim Kurulunu ibra etmek,

g) Taşınmaz mal alınması ve satılması, bunlar üzerinde ayni haklar tesis edilmesi için yönetim kuruluna yetki vermek,

h) Birlik tüzüğündeki değişiklik önerilerini karara bağlamak ve Kurumun onayına sunmak üzere yönetim kuruluna yetki vermek,

i) Yönetim Kurulu üyelerinin, huzur hakkı ve ücretlerini belirlemek,

j) Mevzuat ve Tüzük ile verilmiş diğer görevleri yapmak.

Yönetim Kurulu

Madde 17 - (1) Yönetim kurulu on bir (11) üyeden oluşur.

Birlik Yönetim Kurulu'nda tüzel kişinin üyeliği esastır. Yönetim Kurulu'na katılan tüzel kişi Birlik üyesi, kendisini Yönetim Kurulu'nda Birliğe temsilci olarak bildirdiği bir kimse ile temsil ettirebilir. Üyeler, temsilcisinin ölümü, istifası, iş ilişkisinin sona ermesi halleri dışında yılda iki defayı geçmemek kaydı ile diledikleri zaman temsilcisini değiştirebilir.

a) Yönetim kurulunun dokuz (9) üyesi; Birlik üyeleri arasından bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz (9) Birlik üyesi tarafından belirlenir.

b) Geriye kalan iki (2) yönetim kurulu üyesi, bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz (9) Birlik üyesinin dışında kalan diğer Birlik üyelerinin olduğu grup tarafından, bu üyeler

arasından seçilir. Bu seçimde, bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz (9) üye oy kullanamaz.

(2) Seçilen üyeler, seçimi izleyen üç (3) gün içinde aralarında görev dağılımı yaparak, yönetim kurulu üyeleri arasından yönetim kurulu başkanı ile bir başkan yardımcısı ve bir de üst düzey finansal işlerin koordinasyonundan sorumlu sayman üyeyi seçer. Başkanın her hangi bir nedenle görevden ayrılması durumunda yönetim kurulu başkan yardımcısı başkan olarak atanır ve ilk yönetim kurulu toplantısında yeni bir başkan yardımcısı seçilir.

(3) Yönetim Kurulu, Birliğin amaçlarını gerçekleştirilebilmesi için kendisine düşen görevleri genel sekreterlik aracılığıyla yapar.

Yönetim Kurulunun Görev Süresi

Madde 18 - (1) Yönetim kurulunun görev süresi, seçildikleri olağan genel kurul ile bundan sonra yapılacak olan ikinci olağan genel kurul arasındaki iki dönemi kapsar.

(2) Yönetim Kurulu üyesi şirketin tüzel kişiliğinin veya Birliğe üyeliğinin sona ermesi durumunda yönetim kurulu üyeliği başkaca herhangi bir işleme gerek kalmaksızın sona erer.

(3) Yönetim Kurulu üyesinin mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya katılmaması durumunda o kişinin yönetim kurulu temsilciliği kendiliğinden düşer ve yerine aynı birlik üyesi tarafından belirlenen temsilci atanır. Yerine gelen temsilcinin de üst üste 3 defa mazeretsiz devamsızlığı olması durumunda temsil olunan şirketin yönetim kurulu üyeliği bir sonraki genel kurula kadar düşer.

Yönetim Kurulunun Seçilememesi

Madde 19 - Görev süresi sona eren yönetim kurulunun yerine yenisinin seçilememesi halinde yapılacak ilk genel kurula kadar Birlik işleri, mevcut yönetim kurulu tarafından yürütülür.

Yönetim Kurulu Toplantı Ve Karar Yeter Sayısı

Madde 20 - (1) Yönetim kurulu ayda en az bir (1) kez olmak üzere yönetim kurulunun belirleyeceği yer ve zamanda salt çoğunluk ile toplanır. Kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Oylarda eşitlik olması halinde, başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur. Yönetim kurulu toplantılarında her üye bir oy hakkına sahiptir.

(2) Yönetim Kurulu toplantılarına yönetim kurulu başkanı başkanlık eder. Başkanın bulunmadığı yönetim kurulu toplantılarına, yönetim kurulu başkan yardımcısı başkanlık eder. Başkan yardımcısının da bulunmadığı durumda, hazır bulunan üyeler, kendi aralarından birini, başkanlığı yürütmesi için belirleyebilirler.

Yönetim Kurulunun Görev Ve Yetkileri

Madde 21 - Yönetim kurulunun görev ve yetkileri aşağıda gösterilmiştir:

a) Genel sekreteri, Kurumun da görüşünü alarak atamak,

b) Genel sekreter yardımcılarını atamak,

c) Genel sekreter ve genel sekreter yardımcılarına ödenecek ücretleri belirlemek,

d) Bütçeyi genel kurul onayına sunmak,

e) Taşınmaz mal alınması, satılması ve kiralanması ile bunlar üzerinde ayni haklar tesis edilmesi için gerekli onayları vermek.

f) Birlik faaliyetleri kapsamında görevlendirilecek personelin özlük, ücret ve sosyal haklarını belirlemek.

g) Denetim Kurulu üyelerinin Kanun ve diğer yasal mevzuat çerçevesinde, Birliğin denetimiyle ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri, resmi yazışmalara ilişkin gizlilik ve bilgi güvenliği koşulları ihlal edilmeden vermek.

h) Birliği sorumluluk altına sokacak evraklarda ikiden az olmayacak müşterek imzaya yetkili imza sahiplerini karara bağlamak.

i) Birlik tüzük değişikliklerini, genel kurulun ve genel kurul tarafından onaylanmasını takiben Kurumun onayına sunmak.

j) Olağan ve olağanüstü genel kurul toplantılarının gündemini hazırlamak ve üyeleri toplantıya çağırmak.

k) Birliğin gelir ve gider belgelerinin saklanma usulünü belirlemek.

l) Birliğin mali denetim raporunu genel kurula sunmak.

m) Kanun, ilgili mevzuat ve Tüzükle verilen diğer işleri yapmak.

Denetim Kurulu Ve Görevleri

Madde 22 -

1) Denetim kurulu üç (3) üyeden oluşur.

2) Birliğin faaliyetlerini ve hesaplarını denetlemek amacıyla, genel kurul tarafından genel kurula iştirak hakkını haiz Birlik üyeleri arasından, iki yıl süre ile üç (3) asil ve üç (3) yedek üye belirlenir.

3) Denetim Kurulu asil üyeliğinde herhangi bir şekilde boşalma olması halinde yerine, her üyenin kendisi için belirlenen yedek üyesi geçer.

4) Denetim Kurulu üyelerinin Kanun çerçevesinde Birliğin denetimine ilişkin işlemlerle ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler, resmi yazışmalara ilişkin gizlilik ve bilgi güvenliği koşulları ihlal edilmeden ilgilisi tarafından sağlanır.

5) Denetim kurulunun görevi; ilgili mevzuat ve genel kurul kararları çerçevesinde, Birliğin hesap, işlem ve faaliyetlerini denetleyip raporlar hazırlamak veya bağımsız denetim şirketi aracılığı ile denetim sürecini takip etmektir.

Genel Sekreterlik

Madde 23 - (1) Genel Sekreterlik, bir genel sekreter, üçten fazla olmamak üzere genel sekreter yardımcısı ile yeteri kadar Birlik personelinden oluşur.

(2) Genel sekreter, birlik işlerinin sevk ve idaresiyle görevli ve yetkili amirdir.

(3) Birliğin faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilecek olan idari, teknik ve hukuki işler; genel sekreterlik bünyesinde oluşturulacak olan birimler vasıtasıyla yürütülür.

(4) Birlik muhasebesi ve muhasebe defterleri ile diğer defterler ve bütün yazışmalar Genel Sekreterlikçe tedvir edilir.

(5) Bilgi güvenliği kriterleri çerçevesinde, Birliğin faaliyetleri kapsamında tüm önlem ve tedbirlerin Genel Sekreterlikçe alınması sağlanır.

(6) Genel sekreter; mevzuat, genel kurul veya yönetim kurulu tarafından kendisine verilen görev ve yetkileri veya bunların bir kısmını yardımcılarına veya birim amirlerine devredebilir. Görevli veya izinli olduğu süre için yardımcılarından birini, genel sekreter yardımcısının bulunmadığı hallerde ise birim amirlerinden birini vekil tayin eder.

Genel Sekreterin Görev Ve Yetkileri

Madde 24 - (1) Genel Sekreterin görev ve yetkileri aşağıda gösterilmiştir:

a) Birlik işlerinin yürütülmesini sağlamak,

b) Birliğin faaliyetleri için gerekli yapıyı, çalışma usul, yöntem ve esaslarını belirlemek,

c) Yönetim Kurulu kararı doğrultusunda, Birlik faaliyetleri için gerekli, bina, arsa, teknik yazılım ve donanımlar da dahil olmak üzere her türlü taşınır ve taşınmaz mal/ürün/hizmet alınması, satılması, kiralanmasına yönelik işve işlemleri gerçekleştirmek,

d) Birlik faaliyetleri için gerekli kadro tespiti çalışmalarını yapmak, Yönetim kurulu kararı doğrultusunda Birlik'te çalışacak personeli istihdam etmek ve görevlendirmek, görevlerine son vermek, çalışma usul ve esasları ile diğer hususları belirlemek,

e) Kanun ve ilgili mevzuat çerçevesinde verilecek talimatların ve alınan kararların uygulanmasını sağlamak,

f) Denetim Kurulu üyelerinin Kanun ve ilgili diğer yasal mevzuat çerçevesinde Birliğin denetimine ilişkin işlemlerle ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri, resmi yazışmalara ilişkin gizlilik ve bilgi güvenliği koşulları ihlal edilmeden sağlamak,

g) Genel kurulun zamanında toplanabilmesi için her türlü hazırlıkları yapmak, genel kurul gündeminin yönetim kurulu tarafından düzenlenebilmesi için gerekli hazırlık ve çalışmaları yaparak, duyurunun bu Tüzüğün ilgili maddelerinde belirtilen şekilde Birlik üyelerine usulüne uygun olarak yapılmasını sağlamak, genel kurul ile yönetim kurulu kararlarının üyelere duyurulmasını ve uygulanmasını sağlamak,

h) Yönetim Kurulu toplantılarına katılmak, alınan kararları takip etmek, sonuçlandırmak ve kararların gereğinin zamanında yerine getirilmesini sağlamak,

i) Genel kurula sunulmak üzere Birliğin bir yıllık faaliyeti hakkında yönetim kurulunca hazırlanacak raporun zamanında tanzimi için gerekli her türlü tedbiri almak,

j) Kamu kurum ve kuruluşlarınca bilgi istenilen konularda gerekli çalışmaları yapmak ve gereğini yerine getirmek, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gerekli koordinasyonu sağlamak,

k) Birliğin yıllık gelir ve gider bütçesine ilişkin çalışmalar yaparak yönetim kuruluna sunmak,

l) Birliğin her kademedeki personelinin çalışmalarına nezaret etmek;

m) Birliğin her türlü evrak ve belgelerinin, gerekli süreler boyunca muhafaza edilmesini sağlamak,

n) Genel kurul ve yönetim kurulu tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek

Yönetim Kurulu Üyelerinin, Genel Sekreterin, Genel Sekreter Yardımcılarının Ve Birim Amirlerinin **Nitelikleri**

Madde 25 - (1) Genel sekreter, genel sekreter yardımcısı ve birim amiri olarak atanabilmek ve Yönetim kurulu üyesi seçilebilmek için;

a) Yönetim Kurulu üyelikleri hariç olmak üzere, dört (4) yıllık fakülte mezunu olmak,

b) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas,

ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkum olmamak,

gerekmektedir.

Birliğin Temsili

Madde 26 - Birlik, yönetim kurulu başkanı tarafından, olmadığı durumlarda başkan vekili, başkan vekilinin de bulunmadığı durumlarda başkanın yazılı olarak yetki vereceği bir yönetim kurulu üyesi veya genel sekreter tarafından temsil edilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Mali Hükümler

Hesap Dönemi

Madde 27 - (1) Birliğin ilk hesap dönemi, birliğin kurulduğu günden başlar, içinde olunan yılın son günü sona erer.

(2) Birliğin hesap dönemi, Ocak ayının birinci gününden başlamak üzere bir (1) takvim yılıdır. Birlik dilerse, hesap dönemi olarak başka tarih aralıklarını da seçebilir.

Birliğin Gelirleri

Madde 28 - (1) Birliğin gelirleri üyelerinden alınacak ücretlerden oluşur. Alınacak ücretler, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirlenir. Bir üyenin ödeyeceği ücret, üyelerin tamamının net satış toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirlenir. Üyelerin net satış tutarı, bir önceki mali yılın gelir tablosu dikkate alınarak belirlenir. Üyelerin ödeyecekleri ücretler, her yılın Mayıs ayının 15 inci gününe kadar veya hesap dönemi farklı belirlenen durumlarda ise dönem başından itibaren 5 inci ayın 15 inci gününe kadar hesaplanan ücretler izleyen ayın 15'ine kadar ödenir.

(2) Birliğin gelirleri banka yoluyla ile toplanır. Bankadaki hesaplara yatırılan paralar karşılığında bankalarca verilen makbuz veya dekontlar alındı makbuzu hükmündedir.

(3) Yönetim Kurulu, Birlik malî işlerinden ve bu konu ile ilgili defter ve kayıtların tutulmasından genel sekreterlik ile birlikte sorumlu olup, yönetim kurulundan alınacak genel yetkiyle, genel sekreterlik tarafından belgeye dayalı olarak harcama yapabilir.

(4) Süresinde ödenmeyen ücretlere, gecikilen her bir gün için, kanuni faiz oranı üzerinden hesaplanacak gecikme faizi uygulanır. Süresinde ödenmeyen ücretler, Birlik tarafından kanuni yollarla tahsil edilir.

Kurul Üyelerine Ve Görevlilere Yapılacak Ödemeler

Madde 29 - (1) Yönetim kurulu üyelerine her toplantı günü için, toplantıların sonunda düzenlenecek tutanak esas alınarak huzur hakkı, toplantının yapılacağı yer dışından gelen üyelere ayrıca yolluk ve gündelik de verilir.

(2) Huzur hakkı, yolluk ve gündeliklerin miktarı genel kurul kararı ile belirlenir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli Hükümler

Defter ve Kayıtlar

Madde 30 - (1) Birlik, aşağıda gösterilen defterleri tutmak zorundadır.

a) Üye defteri,

b) Genel Kurul karar defteri,

c) Yönetim Kurulu karar defteri,

d) Gelen ve giden evrak defterleri,

e) Yevmiye defteri,

f) Envanter defteri.

2) Birlik çalışmalarının ve hizmetlerinin gerektirdiği başka defter ve kayıtların tutulmasına, elektronik defter tutulmasına yönetim kurulunca karar verilebilir.

3) Defterlerin sıra numarası taşıması ve noterce onaylanması veya elektronik defter olması zorunludur.

ALTINCI BÖLÜMÜ

Son Hükümler

Birliğin Denetimi

Madde 31 - (1) Birlik, alacağı Yönetim Kurulu Kararı ile mali açıdan bağımsız denetim şirketlerine denetlettirilebilir.

(2) Bağımsız denetçilerin hazırladığı mali denetim raporu talep eden üyelere gönderilir

İlgili Mevzuat

Madde 32 - Tüzükte hüküm bulunmayan hallerde 5651 sayılı Kanun, 5809 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır.

Yürürlük

Madde 33 - Tüzük, Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip yürürlüğe girer.

Geçici Hükümler

Geçici Madde 1 - 30.04.2014 tarihinde Tüzüğün Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu tarafından onaylanmasına dair kararın Danıştay tarafından yürütmesinin durdurulması nedeniyle Kurum onayına sunulan işbu tüzüğün onaylanmasına müteakip Erişim Sağlayıcıları Birliği mevcut hali ile faaliyetlerine **(MÜLGA)**[5] devam eder

Geçici Madde 2 - Bu tüzüğün 17. maddesi ile düzenlenen tüzel kişi yönetim kurulu üyeliği çerçevesinde, mevcut yönetim kurulu üyeleri, ilgili üye tarafından yerlerine yeni temsilci bildirilene kadar, aday gösterildikleri tüzel kişinin temsilcisi olarak görevlerine devam ederler.

EK-1

Tüzüğü imzalayan erişim sağlayıcıların ticari unvanları, Kurumdan alınan yetki belgeleri, ticaret sicil kaydı ile adreslerini gösteren liste.

[5] İlga edilen ifade "kaldığı yerden".

Yönetmelikler

- İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik
- MÜLGA - İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik
- Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı İnternet Geliştirme Kurulu Yönetmeliği
- İnternet Alan Adları Yönetmeliği
- Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği
- Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği
- Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği
- Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Sağlık Beyanı İle Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik
- Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği
- Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik
- Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik
- Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliği
- Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği
- Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği
- E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Veri Depolama Kuruluşunun Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik
- Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

- Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik
- Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik
- Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
- Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
- Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

NOT: 5651 sayılı Kanun'da yapılan son değişiklikler doğrultusunda bu bölümde yer alan bazı Yönetmelikler kısmen güncelliklerini yitirmiştir.

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 30.11.2007

Resmi Gazete Sayısı : 26716

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Tanımlar ve İlkeler

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; içerik sağlayıcıların, yer sağlayıcıların ve erişim sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik; 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Abone: Herhangi bir sözleşme ile erişim sağlayıcılarından internet ortamına bağlanma hizmeti alan gerçek veya tüzel kişileri,

b) Başkan: Telekomünikasyon İletişim Başkanını,

c) Başkanlık: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını,

ç) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

d) Dosya bütünlük değeri: Bir bilgisayar dosyasının içindeki bütün verilerin matematiksel bir işlemden geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapılıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,

e) Erişim: Herhangi bir vasıtayla internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

f) Erişim sağlayıcı: İnternet toplu kullanım sağlayıcılarına ve abone olan kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan işletmeciler ile gerçek veya tüzel kişileri,

g) Erişim sağlayıcı trafik bilgisi: İnternet ortamında yapılan her türlü erişime ilişkin olarak abonenin adı, kimlik bilgileri, adı ve soyadı, adresi, telefon numarası, sisteme bağlantı tarih ve saat bilgisi, sistemden çıkış tarih ve saat bilgisi, ilgili bağlantı için verilen IP adresi ve bağlantı noktaları gibi bilgileri,

ğ) Faaliyet belgesi: Erişim sağlayıcı veya yer sağlayıcı olarak faaliyette bulunabilmek için Kurum tarafından verilen Kanun kapsamındaki yetkilendirmeyi içeren belgeyi,

h) IP adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,

ı) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

i) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

j) İzleme: İnternet ortamındaki verilere etki etmeksizin bilgi ve verilerin takip edilmesini,

k) Kanun: 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunu,

l) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın internet ortamından yararlanan gerçek veya tüzel kişileri,

m) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu,

n) Sabit IP adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, zamana, oturuma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresini,

o) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı: İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

ö) Vekil sunucu trafik bilgisi: İnternet ortamında erişim sağlayıcı tarafından kullanılan vekil sunucu hizmetine ilişkin talebi yapan kaynak IP adresi ve port numarası, erişim talep edilen hedef IP adresi ve port numarası, protokol tipi, URL adresi, bağlantı tarih ve saati ile bağlantı kesilme tarih ve saati bilgisi gibi bilgileri,

p) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

r) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,

s) Yer sağlayıcı: İnternet ortamında hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri,

ş) Yer sağlayıcı trafik bilgisi: İnternet ortamındaki her türlü yer sağlamaya ilişkin olarak; kaynak IP adresi, hedef IP adresi, bağlantı tarih ve saat bilgisi, istenen sayfa adresi, işlem bilgisi (GET, POST komut detayları) ve sonuç bilgileri gibi bilgileri,

ifade eder.

İlkeler

MADDE 4 – (1) Yayınlar;

a) İnsan onuruna, temel hak ve hürriyetlere saygılı olmalıdır.

b) Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlakî gelişimini zedeleyecek türden içeriklere yer vermemelidir.

c) Ailenin huzur ve refahını sağlayan hususlara zarar verecek nitelikte olmamalıdır.

ç) Kişileri, uyuşturucu madde bağımlılığı, fuhuş, müstehcenlik ve kumar gibi kötü alışkanlıklara teşvik edici olmamalıdır.

(2) Herkesin kendisine yönelik haklarını ihlal eden internet yayınlarının içeriklerinden dolayı cevap ve düzeltme hakkı olmalıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

İçerik Sağlayıcıları, Yer Sağlayıcıları ile Erişim Sağlayıcılarının Sorumluluk ve Yükümlülükleri

Bilgilendirme yükümlülüğü

MADDE 5 – (1) Ticari veya ekonomik amaçlı içerik sağlayıcıları, yer sağlayıcıları ve erişim sağlayıcıları, aşağıda belirtilen tanıtıcı bilgilerini, kendilerine ait internet ortamında, kullanıcıların ana sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde ve iletişim başlığı altında, doğru, eksiksiz ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür:

a) Gerçek kişi ise; adı ve soyadı, tüzel kişi ise; unvanı ve sorumlu kişiler, vergi kimlik numarası veya ticaret sicil numarası,

b) Yerleşim yeri, tüzel kişi ise merkezinin bulunduğu yer,

c) Elektronik iletişim adresi ve telefon numarası,

ç) Sunduğu hizmet, bir merciin iznine veya denetimine tabi bir faaliyet çerçevesinde yapılıyor ise, yetkili denetim merciine ilişkin bilgiler.

(2) Ticari veya ekonomik amaçlı içerik sağlayıcı, birinci fıkradaki bilgilerle birlikte, yer sağlayıcıya ilişkin tanıtıcı bilgileri, doğru, eksiksiz ve güncel olarak ana sayfasında bulundurmakla yükümlüdür.

İçerik sağlayıcının sorumluluğu

MADDE 6 – (1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise, genel hükümlere göre sorumludur.

Yer sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 7 – (1) Yer sağlayıcı;

a) Yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişiler tarafından haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla,

b) Sunucu barındırma hizmeti dâhil, yer sağlamakla ilgili hizmetlerinde (a) bendindeki hükümlere uymakla,

c) Yer sağlayıcı trafik bilgisini altı ay saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte saklamak ve gizliliğini temin etmekle,

yükümlüdür.

(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 8 – (1) Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre, Başkanlıkça haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak en-gelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle,

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin olarak, Başkanlığın Kanunla ve ilgili diğer mevzuatla verilen görevlerini yerine getirebilmesi için; erişim sağlayıcı trafik bilgisini bir yıl saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte muhafaza etmek ve gizliliğini temin etmekle, internet trafik izlemesinde Başkanlığa gerekli yardım ve desteği sağlamakla, faaliyet belgesinde yer alan Başkanlığın uygun gördüğü bilgileri talep edildiğinde bildirmekle ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar için belirli bir IP bloğundan sabit IP adres planlaması yapmakla ve bu bloktan IP adresi vermekle,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce, durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmekle, Kuruma bildirilen kapanma tarihinden geriye doğru bir yıllık süredeki trafik bilgilerine ilişkin bütün kayıtları metin dosyası olarak, log formatlarını açıklamalarıyla birlikte, abone kütük bilgilerini Başkanlığa cd, dvd gibi optik medya ortamında teslim etmekle,

ç) Faaliyete başlamasından itibaren her ay düzenli olarak, her erişim yöntemine ilişkin kullanacağı erişim numaralarını ve toptan hizmet verdiği abonelere ilişkin bilgileri Başkanlığa göndermekle,

d) Başkanlık ile aralarındaki bağlantıdan erişimi engellenecek adreslere ilişkin gönderilecek bilgileri kendi sistemlerinde derhal uygulanabilmesi için, gerekli olan donanım ve yazılımı kurarak lazım olan düzenlemeleri yapmakla,

e) Kullanıcılarına vekil sunucu hizmeti sunuyor ise; vekil sunucu trafik bilgisini bir yıl saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte muhafaza etmek ve gizliliğini temin etmekle,

yükümlüdür.

(2) Erişim sağlayıcı, verdiği hizmeti kullananlara ilişkin bilgilerin başkaları tarafından elde edilmesini ilgili mevzuatta belirlenen esas ve usullere uygun olarak engeller.

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

İdari para cezaları

MADDE 9 – (1) Bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı veya erişim sağlayıcıya Başkanlık tarafından ikibin Yeni Türk Lirasından onbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) Bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına, Başkanlık tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Cevap Hakkı

İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı

MADDE 10 – (1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcıya, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcıya, internet ortamından veya bizzat başvurarak, kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı, kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere, hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik sağlayıcıya veya yer sağlayıcıya tebliğinden itibaren iki gün içinde, içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına, kullanıcıların ana sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde ve tekzip başlığı altında başlanır.

Cezai yaptırım

MADDE 11 – (1) Sulh ceza hâkiminin kararını, 10 uncu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Erişimin Engellenmesi

Erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan suçlar

MADDE 12 – (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

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

Koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı

MADDE 13 – (1) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

(2) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara, Başkanlıkça ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ilgililer tarafından itiraz edilebilir.

İdari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararı

MADDE 14 – (1) İçeriği 12 nci maddede belirtilen suçları oluşturan yayınlarda, içerik sağlayıcının veya yer sağlayıcının yurt dışında bulunması halinde veya içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa bile, içeriği Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan çocukların cinsel istismarı veya aynı Kanunun 226 ncı maddesinde yer alan müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesine Başkanlıkça re'sen karar verilir. Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan çocukların cinsel istismarı veya aynı Kanunun 226 ncı maddesinde yer alan müstehcenlik suçlarını

oluşturan yayınlara ilişkin olarak içerik veya yer sağlayıcının yurt içinde bulunması durumunda bu karar, yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur ve hâkim kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Başkanlık tarafından derhal kaldırılır ve erişim sağlayıcılara bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(2) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Başkanlık, suç duyurusuna esas teşkil edecek verilerin elde edilebilmesi için kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge talep edebilir.

Erişimin engellenmesi kararında belirtilmesi gerekli hususlar

MADDE 15 – (1) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararında;

a) Kararı veren merciin adı,

b) Karar tarihi ile soruşturma numarası veya kovuşturmaya geçilmişse mahkeme esas numarası,

c) Tedbirin hangi suç için istendiği, bu suça ilişkin yeterli şüphe sebeplerinin neler olduğu,

ç) "URL adresi: http://www.abcd.com/abcdefgh.htm" şeklinde örneklenen, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresi,

d) "www.abcd.com" şeklinde örneklenen, hakkında tedbir uygulanacak internet yayınlarının alan adı,

e) Hakkında tedbir uygulanacak internet yayınlarının bulunduğu yer sağlayıcıya ait IP adresi,

f) Alan adı veya IP adresi olarak erişim engelleme yöntemi,

belirtilir.

Erişimin engellenmesi usulü

MADDE 16 – (1) Yönetmeliğin 13 üncü maddesi gereğince, hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı Başkanlığa gönderilir. Kararlar, doğrudan erişim sağlayıcılara gönderilemez. Başkanlık, kararlara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(2) Kişiler veya kurumlar tarafından Başkanlığın kurduğu bilgi ihbar merkezine yapılan ihbarlar, teknik ve hukuki incelemeye alınır. Söz konusu içerikte bu suçlardan birisinin oluştuğu konusunda yeterli şüphe sebebi tespit edildiği takdirde, 14 üncü maddeye göre işlem yapılır. Suça ilişkin yeterli şüphe sebebi tespit edilemediği takdirde işlem yapılmaz.

(3) 13 üncü ve 14 üncü maddeler kapsamındaki erişimin engellenmesi kararlarına ilişkin bilgiler, Başkanlıkça ilgili erişim sağlayıcılara elektronik ortamda bildirilir ve kararların gereği erişim sağlayıcılar tarafından derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir. 13 üncü maddeye göre erişimi engellenen yayınlar, Başkanlık tarafından hazırlanan ve mevcut sayfa yerine kararı veren merciin adı ile karar tarih ve sayısını belirten uyarı sayfasına yönlendirilir.

(4) Erişim sağlayıcılar, Başkanlık ile aralarındaki bağlantıdan aktarılacak erişimin engellenmesi kararlarının, kendi sistemlerinde derhal uygulanabilmesi için gerekli olan donanım ve yazılımı kurarak lazım olan düzenlemeleri yapar.

(5) Erişimin engellenmesi kararı kapsamında, erişimin engellenmesi kararına konu olan suçun oluştuğu konusunda yeterli şüphe sebebinin tespiti sürecinde, erişim engellenmeden önceki yayının durumu elektronik ortamda Başkanlıkça arşivlenir.

(6) Gerektiğinde Başkanlık, erişimin engellenmesi kararlarına konu olan içeriğin yayından kaldırılmasını, 7 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca yer sağlayıcıdan isteyebilir.

Erişimin engellenmesinin hükümsüz kalması

MADDE 17 – (1) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(2) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(3) Başkanlıkça resen verilen erişimin engellenmesi kararı, hâkim tarafından onaylanmadığı takdirde hükümsüz sayılır. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

Erişimin engellenmesinin kaldırılması

MADDE 18 – (1) Konusu bu Yönetmeliğin 12 nci maddesinde sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır. Bu kararın bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(2) Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bu kararın bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

İdari ve cezai yaptırımlar

MADDE 19 – (1) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından faaliyet belgesinin iptaline karar verilebilir.

(2) Soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme; soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Kanun yolu

MADDE 20 – (1) Bu Yönetmelikte tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

Çalışma kurulları

MADDE 21 – (1) Başkanlık, Ulaştırma Bakanlığı, kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak amacıyla çalışma kurulları oluşturabilir. Çalışma kurulları, Başkanın görevlendireceği personelin başkanlığında çalışmalarını

yürütür. Kurulların çalışma usul ve esasları Başkanlıkça belirlenir. Çalışma kurullarının her türlü giderleri Kurum tarafından karşılanır.

(2) Başkanlık bu Yönetmelikle verilen görevlerini yerine getirirken danışman kullanma, hizmet satın alma, tanıtma, kiralama gibi faaliyetlerde bulunabilir.

İşbirliği ve koordinasyon çalışmaları

MADDE 22 – (1) Başkanlık, bilişim ve internet alanındaki gelişmeleri izlemek amacıyla, uluslararası kurum ve kuruluşlarla, gerek Türkiye'de gerekse yurt dışında, giderleri Kurum tarafından karşılanan işbirliği ve ortak çalışmalar yapar.

(2) Başkanlık, Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik imkânları dahilinde gereken her türlü yardımda bulunur veya koordinasyonu sağlar. Bu doğrultuda Başkanlık, soruşturma mercileri ile yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri tarafından intikal ettirilen talepleri inceler, değerlendirir ve Kanunda öngörülen suçların önlenmesini teminen gerekli tedbirlerin alınmasını sağlayabilir.

(3) Başkanlık, İnternet Kurulu ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlar; bu Kurulca izleme, filtreleme ve engelleme yapılacak içeriği haiz yayınların tespiti ve benzeri konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları alır. Başkanlık görevlerinin yerine getirilmesi amacıyla, Başkan veya görevlendireceği daire başkanı ile ilgili daire başkanları İnternet Kurulu toplantılarına katılır. İnternet Kurulu, Başkanlığın Kanundaki görevlerine ilişkin hususlarda Başkanlığın görüşünü alarak karar verir.

Yürürlük

MADDE 23 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 24 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Başbakan yürütür.

Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 24.10.2007

Resmi Gazete Sayısı : 26680

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç ve Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; Telekomünikasyon Kurumu tarafından erişim sağlayıcılara ve yer sağlayıcılara faaliyet belgesi verilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (ç) bendi, 11 inci maddesinin ikinci fıkrası ve Geçici 1 inci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında,

a) Abone: Herhangi bir sözleşme ile erişim sağlayıcılarından internet ortamına bağlanma hizmeti alan gerçek veya tüzel kişileri,

b) Başkanlık: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını,

c) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

ç) Dosya bütünlük değeri: Bir bilgisayar dosyasının içindeki bütün verilerin matematiksel bir işlemden geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapılıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,

d) Erişim: Herhangi bir vasıtayla internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

e) Erişim sağlayıcı: 5651 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde tanımlanan erişim sağlayıcıyı,

f) Erişim sağlayıcı trafik bilgisi: İnternet ortamına erişime ilişkin olarak abonenin adı, adı ve soyadı, adresi, telefon numarası, abone başlangıç tarihi, abone iptal tarihi, sisteme bağlantı tarih ve saat bilgisi, sistemden çıkış tarih ve saat bilgisi, ilgili bağlantı için verilen IP adresi ve bağlantı noktaları gibi bilgileri,

g) Faaliyet Belgesi: Erişim sağlayıcı veya yer sağlayıcı olarak faaliyette bulunabilmek için Kurum tarafından verilen 5651 sayılı Kanun kapsamındaki yetkilendirmeyi içeren belgeyi,

ğ) Genel izin: Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Kurum tarafından işletmecileri belirli genel şartlara ve Kurum nezdinde kayıt yaptırılmasına tâbi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlemi,

h) IP Adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,

ı) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

i) İmtiyaz sözleşmesi: İşletmeci tarafından söz konusu imtiyaz sözleşmesinde belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Kurum ve işletmeci arasında yapılan sözleşmeyi,

j) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

k) İşletmeci: Kurum ile yapılan bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ve/veya Kurumdan alınan bir telekomünikasyon ruhsatı ya da genel izin kapsamında yapılan bir kayıtlanma uyarınca telekomünikasyon hizmetleri yürüten ve/veya telekomünikasyon altyapısı işleten bir sermaye şirketini,

l) İzleme: İnternet ortamındaki verilere etki etmeksizin bilgi ve verilerin takip edilmesini,

m) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmadan internetten yararlanan gerçek veya tüzel kişileri,

n) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu,

o) Kurul: Telekomünikasyon Kurulunu,

ö) Sabit IP Adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların ağ üzerinden birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları, zamana, oturuma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresini,

p) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı: İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayanı,

r) Telekomünikasyon ruhsatı: İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Kurum tarafından verilen ruhsatı,

s) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

ş) Yer sağlayıcı: İnternet ortamında hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri,

t) Yer sağlayıcı trafik bilgisi: İnternet ortamındaki her türlü yer sağlamaya ilişkin olarak; kaynak IP adresi, hedef IP adresi, bağlantı tarih-saat bilgisi, istenen sayfa adresi, işlem bilgisi (GET, POST komut detayları) ve sonuç bilgisi gibi bilgileri,

u) Yetkilendirme: Kurum tarafından, telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi ve/veya altyapısının kurulması ve işletilmesi için sermaye şirketlerine verilen lisans veya genel izin ile bunların verilmesi işlemini

ifade eder.

(2) Bu Yönetmelikte geçen ve yukarıda yer almayan tanımlar için, ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Faaliyet Belgesi

Faaliyet belgesi

MADDE 4 – (1) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde erişim sağlayıcı olmak isteyen sermaye şirketleri ile yer sağlayıcı olarak faaliyet göstermek isteyen gerçek veya tüzel kişiler, hizmet vermeye başlamadan önce Kurum tarafından düzenlenecek faaliyet belgesini almakla yükümlüdür.

(2) Faaliyet belgesi; erişim sağlayıcı faaliyet belgesi ve yer sağlayıcı faaliyet belgesi olmak üzere iki şekilde düzenlenir.

(3) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde, yer sağlayıcı faaliyet belgesi almaksızın yer sağlayıcılığı faaliyetinde bulunanların internet erişim hizmeti, Başkanlık kararıyla ilgili erişim sağlayıcı tarafından durdurulur.

Faaliyet belgesi süresi

MADDE 5 – (1) Erişim sağlayıcı faaliyet belgesi, erişim sağlayıcının Kurum tarafından telekomünikasyon hizmeti sunma konusunda yetkilendirildiği süre kadar geçerlidir.

(2) Yer sağlayıcı faaliyet belgesi, düzenlendiği tarihten itibaren beş yıl süreyle geçerlidir.

Başvuru ve faaliyet belgelerinin ayrıştırılması

MADDE 6 – (1) Erişim sağlayıcısı olmak isteyen sermaye şirketleri ile yer sağlayıcısı olmak isteyen gerçek veya tüzel kişiler faaliyet belgesi için ayrı ayrı başvuru yapar ve faaliyet belgesi alırlar.

Erişim ve yer sağlayıcıların ilan edilmesi

MADDE 7 – (1) Kurum, erişim sağlayıcıları ve yer sağlayıcılarının listesini, Kurumun internet sitesinde güncel olarak ilan eder.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar

Başvuru sahibinde bulunması gereken şartlar

MADDE 8 – (1) Erişim sağlayıcısı faaliyet belgesi için başvuru yapacak sermaye şirketi olan tüzel kişilerin hisselerinden en az yüzde beş (%5)'ine sahip ortaklarda ve tüzel kişiliği idare ve temsile yetkili kişilerde 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda belirtilen suçlar ile 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan Millete ve Devlete karşı işlenen suçlardan hürriyeti bağlayıcı ceza ile hüküm giymiş olmaması şartı aranır.

(2) Yabancılar bakımından, yer sağlayıcı faaliyet belgesi için başvuru yapacak gerçek veya tüzel kişilerde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı yetkili kişi aracılığıyla başvuru yapması şartı aranır.

Faaliyet belgesi başvuru usulü

MADDE 9 – (1) Erişim sağlayıcı olmak isteyen başvuru sahibi, telekomünikasyon hizmetine ilişkin yetkilendirme başvurusunu yaparken, erişim sağlayıcı faaliyet belgesini de almak için Ek 3'te yer alan başvuru dilekçesi ve bu dilekçeye ekleyeceği Ek 4'te yer alan başvuru formunu Kurumun internet adresinden doldurarak elektronik ortamda gönderir. Başvuru sahibi söz konusu

belgeleri bir hafta içinde Kuruma elden teslim etmek ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla göndermekle yükümlüdür.

(2) Yer sağlayıcı olmak isteyen başvuru sahibi, yer sağlayıcılığı faaliyetine başlamadan önce Ek 5'te yer alan başvuru dilekçesi ve bu dilekçeye ekleyeceği Ek 6'da yer alan başvuru formunu Kurumun resmi internet adresinden doldurarak elektronik ortamda göndermek suretiyle bildirim yapar. Başvuru sahibi söz konusu belgeleri bir hafta içinde Kuruma elden teslim etmek ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla göndermekle yükümlüdür.

(3) Kurum, bu başvurular kapsamında ilgili eklerde belirtilenlerin yanı sıra gerekli gördüğü başka bilgi ve belgeleri de isteyebilir.

Faaliyet belgesi verilmesi usulü

MADDE 10 – (1) Erişim sağlayıcı ve/veya yer sağlayıcı olmak isteyen başvuru sahibinin aynı zamanda telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirme için Kuruma başvuru yapmış olması halinde, telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirme başvurusu ile faaliyet belgesi başvuruları birlikte değerlendirilerek Ek 1 ve Ek 2'de yer alan ilgili faaliyet belgesi Kurum tarafından düzenlenerek işletmeciye gönderilir.

(2) Erişim sağlayıcı olmak isteyen başvuru sahibinin aynı zamanda Kablolu ve Kablosuz İnternet Servis Sağlayıcılığı kapsamında kayıtlanması halinde, bu kayıtlama bildirimi erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesi yerine de geçecek olup ayrıca bir belge düzenlenmez.

(3) Yer sağlayıcı olmak isteyen başvuru sahibinin telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik olarak Kurum tarafından yetkilendirilmiş veya yetkilendirilmesi gereken bir işletmeci olmaması halinde, faaliyet belgesine ilişkin yapacağı eksiksiz bildirimi müteakip bir ay içerisinde faaliyet belgesi ilgiliye gönderilir.

Faaliyet belgesinin devri

MADDE 11 – (1) İşletmeci, telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirmesini devretmek istemesi durumunda erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesini de devretmekle yükümlüdür.

(2) İşletmeci, erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesini devralacak şirketin, 8 inci maddede yer alan şartları taşıdığına dair bilgi ve belgelerin yanı sıra Kurumca istenecek diğer bilgi ve belgelerle birlikte devir izni için başvurur.

(3) Erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesi, Kurumun telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirmenin devrini uygun bulduğuna yönelik yazılı izin vermesi halinde, bu izni

müteakip bir ay içerisinde telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirmenin devredileceği şirket adına düzenlenir.

Faaliyet belgesinin yenilenmesi

MADDE 12 – (1) Telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirmesi sona erecek erişim sağlayıcının, yeniden yetkilendirme başvurusunda bulunması üzerine, başvurunun eksiksiz olduğunun tespitini müteakip, Kurum tarafından yetkilendirilmesi ile birlikte faaliyet belgesi de düzenlenir.

(2) Yer sağlayıcısı, faaliyet belgesinin süresinin sona ermesinden en az bir ay önce Ek 5'te yer alan başvuru dilekçesi ve bu dilekçeye ekleyeceği Ek 6'da yer alan başvuru formunu Kurumun resmi internet adresinden doldurarak elektronik ortamda göndermek suretiyle bildirim yapar. Başvuru sahibi söz konusu belgeleri bir hafta içinde Kuruma elden teslim etmek ya da iadeli taahhütlü posta yoluyla Kuruma göndermek suretiyle başvuru yaparak faaliyet belgesini yenilemekle yükümlüdür.

Faaliyetlerin sona ermesi

MADDE 13 – (1) Erişim sağlayıcı, faaliyetlerini sona erdirmek istemesi halinde, faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirmesinin ve faaliyet belgesinin iptal edilmesi için Kuruma başvurmakla yükümlüdür.

(2) Yer sağlayıcı, faaliyetlerini sona erdirmek istemesi halinde, faaliyetine son vermeden en az üç ay önce faaliyet belgesinin iptal edilmesi için Kuruma başvurmakla yükümlüdür.

(3) Faaliyetini sona erdiren erişim sağlayıcı, internet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişim hizmetine ilişkin olarak son bir yıla ait erişim sağlayıcı trafik bilgilerini Kuruma teslim etmekle yükümlüdür.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Erişim ve Yer Sağlayıcıların Yükümlülükleri

Bilgilendirme yükümlülüğü

MADDE 14 – (1) Erişim sağlayıcıları ve yer sağlayıcıları aşağıda belirtilen tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında, kullanıcıların ana sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde, iletişim başlığı altında, doğru, eksiksiz ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür.

a) Gerçek kişi ise; adı ve soyadı, tüzel kişi ise unvanı ve sorumlu kişiler, vergi kimlik numarası veya ticaret sicil numarası,

b) Yerleşim yeri, tüzel kişi ise merkezinin bulunduğu yer,

c) Elektronik iletişim adresi ve telefon numarası,

ç) Sunduğu hizmet bir merciin iznine veya denetimine tabi bir faaliyet çerçevesinde yapılıyor ise yetkili denetim merciine ilişkin bilgiler.

(2) Yer sağlayıcı faaliyetini sona erdirmek istediğinde Kuruma yapacağı bildirimi müteakip, hizmetlerine son vereceğini kullanıcıların ulaşacağı şekilde ana sayfasından duyurur.

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 15 – (1) Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, 5651 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlıkça haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle,

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin olarak, Başkanlığın Kanunla verilen görevlerini yerine getirebilmesi için; erişim sağlayıcı trafik bilgisini bir yıl saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşan verilerin dosya bütünlük değerlerini (hash) zaman damgası ile birlikte muhafaza etmek ve gizliliğini temin etmekle, Başkanlığın 5651 sayılı Kanunla verilen görevleri yerine getirebilmesi için yapacağı trafik izlemesinde Başkanlığa gerekli yardım ve desteği sağlamakla, faaliyet belgesinde yer alan Başkanlığın uygun gördüğü bilgileri talep edildiğinde bildirmekle ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar için belirli bir IP bloğundan sabit IP adres planlaması yapmakla ve bu bloktan IP adresi vermekle,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce, durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmekle, Kuruma bildirilen kapanma tarihinden geriye doğru bir yıllık süredeki trafik bilgilerine ilişkin bütün kayıtları metin dosyası olarak, log formatlarını açıklamalarıyla birlikte, abone kütük bilgilerini Başkanlığa cd, dvd gibi optik medya ortamında teslim etmekle,

ç) Faaliyete başlamasından itibaren her ay düzenli olarak, her erişim yöntemine ilişkin kullanacağı erişim numaralarını ve toptan hizmet verdiği abonelere ilişkin bilgileri Başkanlığa göndermekle,

d) Başkanlık ile aralarındaki bağlantıdan erişimi engellenecek adreslere ilişkin gönderilecek bilgileri kendi sistemlerinde derhal uygulanabilmesi için, gerekli olan donanım ve yazılımı kurarak lazım olan düzenlemeleri yapmakla

yükümlüdür.

(2) Erişim sağlayıcı, verdiği hizmeti kullananlara ilişkin bilgilerin başkaları tarafından elde edilmesini ilgili mevzuatta belirlenen esas ve usullere uygun olarak engeller.

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

Yer sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 16 – (1) Yer sağlayıcı;

a) Yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, 5651 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişiler tarafından haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla,

b) Sunucu barındırma hizmeti dâhil, diğer bütün hizmetlerinde (a) bendindeki hükümlere uymakla,

c) Yer sağlayıcı trafik bilgisini altı ay saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşan verilerin dosya bütünlük değerlerini (hash) zaman damgası ile birlikte saklamak ve gizliliğini temin etmekle

yükümlüdür.

(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Bilgilerin güncellenmesi

MADDE 17 – (1) Erişim sağlayıcı veya yer sağlayıcı Ek 4 ve Ek 6'daki bilgilerinde meydana gelen değişiklikleri en geç bir ay içerinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Yaptırımlar

İdari para cezaları

MADDE 18 – (1) 5651 sayılı Kanun gereğince, 14 üncü maddede belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen erişim sağlayıcıya veya yer sağlayıcıya Başkanlık tarafından ikibin Yeni Türk Lirasından onbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 15 inci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına, Başkanlık tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

Faaliyet belgesinin iptali

MADDE 19 – (1) İşletmecinin erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesinin 5651 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca iptali halinde, bu işletmecinin Kablolu ve Kablosuz İnternet Servis Sağlayıcısı olması halinde, bu telekomünikasyon hizmeti sunumuna yönelik genel izni Kurum tarafından iptal edilir. İşletmecinin, bunun dışında bir telekomünikasyon hizmeti sunumuna yönelik yetkilendirme ile erişim sağlayıcılığı hizmeti sunuyor olması halinde ise, yetkilendirmesi kapsamındaki erişim sağlayıcılığı hizmetleri askıya alınır. Bu durumda işletmeci erişim sağlayıcı faaliyetlerini derhal durdurmakla yükümlüdür.

(2) Erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesinin iptali, yeniden telekomünikasyon hizmetleri sunumuna yönelik yetkilendirme ve faaliyet belgesi başvurusu yapmaya engel teşkil etmez.

(3) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki yerleşik yer sağlayıcısının bu Yönetmelikteki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde faaliyet belgesi Kurum tarafından iptal edilebilir. Bu durumda, Başkanlık kararıyla ilgili yer sağlayıcının almakta olduğu internet erişim hizmeti erişim sağlayıcı tarafından durdurulur.

ALTINCI BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 20 – (1) Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde 26/8/2004 tarih ve 25565 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği uygulanır.

Mevcut erişim ve yer sağlayıcılar

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Halen yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra eden kişilere, Kurum tarafından, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirmesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla bir faaliyet belgesi düzenlenir.

(2) Erişim sağlama yetkisi bulunan mevcut işletmecilere, bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren bir ay içerisinde erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesi, Kurum tarafından resen düzenlenerek gönderilir. Mevcut Kablolu ve Kablosuz İnternet Servis Sağlayıcılığı kapsamında kayıtlanmış işletmecilere ise aynı süre zarfında ayrıca erişim sağlayıcı faaliyet belgesi düzenlenmeksizin bu yetkiye sahip olduğu yazı ile bildirilir.

(3) **(Değişik:RG-1/3/2008-26803)** Mevcut yer sağlayıcılar, bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren dokuz ay içerisinde bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Kuruma başvuru yapmak suretiyle yer sağlayıcılığı faaliyet belgesi almakla yükümlüdürler.[1]

(4) Kurumla görev sözleşmesi imzalamak suretiyle hizmet sunan işletmeciler bakımından 8 inci maddedeki şartlar aranmaz.

Yürürlük

MADDE 21 – (1) Bu Yönetmelik yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 22 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Telekomünikasyon Kurulu Başkanı yürütür.

[1] Eski hali "Mevcut yer sağlayıcılar, bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren üç ay içerisinde 9 uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca Kuruma başvuru yapmak suretiyle yer sağlayıcılığı faaliyet belgesi almakla yükümlüdürler."

İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 11.04.2017

Resmi Gazete Sayısı : 30035

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, internet toplu kullanım sağlayıcıları ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri ve sorumlulukları ile denetimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulamasında;

a) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

b) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

c) Erişim: Herhangi bir vasıtayla internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

ç) Erişim sağlayıcı: İnternet toplu kullanım sağlayıcılarına ve abone olan kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan işletmeciler ile gerçek veya tüzel kişileri,

d) Filtreleme sistemi: İnternet ortamında web adresi, alan adı, IP adresi, kelime ve benzeri kriterlere göre erişimi engelleyen yazılımları ve donanımları,

e) Erişim kayıtları: Kendi iç ağlarında dağıtılan IP adres bilgilerini, kullanıma başlama ve bitiş zamanını ve bu IP adreslerini kullanan bilgisayarların tekil ağ cihaz numarasını (MAC adresi) gösteren bilgileri, hedef IP adresi, bir veya birden fazla IP adresinin portlar aracılığı ile kullanıcılara paylaştırılması yöntemi ile sunulan internet erişim hizmetinde kullanıcıya tahsis edilen gerçek IP ve port bilgilerini,

f) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

g) İnternet toplu kullanım sağlayıcı: Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan gerçek ve tüzel kişileri,

ğ) İşyeri: Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılan ve işletilen umuma açık yeri,

h) İzin belgesi: Mülki idare amiri tarafından bu Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinin açılıp faaliyet göstermesi için verilen izni,

ı) Kanun: 5651 sayılı Kanunu,

i) Mülki idare amiri: İllerde valiyi, büyükşehir belediyesi hudutları içinde kalanlar dahil ilçelerde kaymakamı,

j) Sabit IP adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların ağ üzerinden birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, zamana, oturuma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresini,

k) Sorumlu müdür: İzin belgesi sahibinin işinin başında bulunmadığı zamanlarda onun yerine yetkili olan kişiyi,

l) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı: İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişileri,

m) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

n) Denetim komisyonu: Mülki idare amirinin onayı ile valilik veya kaymakamlıklarda bilgi işlem şube müdürlüğü, şefliği veya bu birimlerin bulunmadığı ilçelerde yazı işleri müdürlüğü başkanlığında sorumluluk bölgelerine göre emniyet veya jandarma, belediye başkanlığı veya il özel idaresi, milli eğitim müdürlüğü, sağlık müdürlüğü temsilcilerinden oluşan beş üyeli komisyonu,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Yükümlülükler ve Sorumluluklar

İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri

MADDE 4 – (1) İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini kullanmak.

b) Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak.

c) Kamuya açık alanlarda internet erişimi sağlayan toplu kullanım sağlayıcılar, kısa mesaj servisi (sms) ve benzeri yöntemlerle kullanıcıları tanımlayacak sistemleri kurmak.

(2) İnternet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sisteminin yanı sıra, ilave tedbir olarak güvenli internet hizmeti de alabilirler.

Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri

MADDE 5 – (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak,

b) Ailenin ve çocukların korunması ile konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak amacıyla içerik filtreleme sistemini ve güvenli internet hizmetini kullanmak,

c) Kullanılan içerik filtreleme sistemini aktif ve güncel halde bulundurarak, herhangi bir müdahale ile devre dışı kalmasını önlemek,

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak, sabit IP kullanmak ve sabit IP değişikliklerini on beş gün içerisinde mülki idare amirliklerine bildirmek,

d) Erişim kayıtlarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek ve iki yıl süre ile saklamak,

e) (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri iki yıl süre ile saklamak,

f) 14/7/2005 tarihli ve 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğe göre işyerinin kapatılmasının veya devrinin on beş gün içinde yetkili mülki idare amirliğine bildirmek ve izin belgesini teslim etmek.

İşyerlerinin açılması

MADDE 6 – (1) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet göstermek isteyen gerçek ve tüzel kişiler, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte belirtilen usule uygun olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı aldıktan sonra mülki idare amirliklerine bir dilekçe ile başvurur.

(2) İşyerlerinin faaliyette bulunması için mülki idare amirleri tarafından Ek-1'de yer alan izin belgesi verilir.

(3) İşyerlerinin açılması hususundaki başvurular mülki idare amirlikleri tarafından on beş gün içinde sonuçlandırılır.

İzin alınmadan açılan işyerleri

MADDE 7 – (1) Mülki idare amirlerinden izin alınmadan açıldığı tespit edilen işyerleri, mülki idare amirlikleri tarafından sebebi bir tutanakla belirlenmek ve mühürlenmek suretiyle resen kapatılır.

İzin belgesi sahibi ve sorumlu müdür

MADDE 8 – (1) İzin belgesi sahibinin tüzel kişi olması durumunda, işyerini idare etmek üzere bir sorumlu müdür görevlendirilir. Gerçek kişiler de işyerinde sorumlu müdür görevlendirebilir. Sorumlu müdür mülki idare amirliklerine bildirilerek izin belgesinde belirtilir.

(2) İzin belgesi sahibi veya sorumlu müdürlere, mülki idare amirliklerince yılda en az bir kez bilgilendirme eğitimi verilir. Eğitimin içeriği, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından, İçişleri Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ve Kurumun görüşü alınarak belirlenir.

(3) Bilgilendirme eğitimi valilik ve kaymakamlıkların bilgi işlem şube müdürlükleri, şeflikleri veya olmayan yerlerde yazı işleri müdürlüğü bünyesinde yürütülür.

İşyerlerinde uyulması gereken kurallar

MADDE 9 – (1) İşyerlerinde uyulması gereken kurallar şunlardır:

a) 12 yaşından küçükler, ancak yanlarında veli veya vasileriyle işyerlerine girebilirler.

b) 15 yaşından küçükler yanlarında veli veya vasileri olmadan saat 20.00'den sonra işyerlerine alınmazlar.

c) İşyerlerinde tütün ve tütün mamulleri içilemez, içilmesine müsaade edilmez. Hükme aykırılığın tespiti halinde ilgililer hakkında 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun uygulanır.

ç) İşyerlerinde 21/6/1927 tarihli ve 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa aykırı hareket edilemez.

d) İşyerlerinde 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanununun 19 uncu maddesi gereğince alkollü içecek satılması, bulundurulması veya sunulması yasaktır.

e) İşyerlerinde 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan hakların ihlal edilmesinin önlenmesi için gerekli tedbirler alınır.

f) İşyerlerinde elektronik ve mekanik oyun alet ve makineleri bulunamaz.

g) İşyerlerindeki bilgisayarlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, müstehcenlik, fuhuş, şiddet, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden ve 18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimine olumsuz etkisi olabilecek çevrimiçi ve çevrimdışı (online-offline) oyunlar oynatılamaz.

ğ) Güvenlik amacıyla işyerlerinin giriş ve çıkışlarını görecek şekilde yüksek çözünürlüklü (en az 3 mega piksel) ve "IR" (gece görüşlü) kamera kayıt sistemi kurulur. Bu sistem aracılığıyla elde edilen kayıtlar doksan gün süreyle saklanır ve bu kayıtlar yetkili makamlar haricindeki kişi ve kuruluşlara verilemez.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Denetleme ve Cezalar

Denetleme usul ve esasları

MADDE 10 – (1) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar;

a) Mülki idare amirlikleri bünyesinde oluşturulan denetleme komisyonu tarafından, 5 ve 9 uncu maddelerde yer alan yükümlülükler ve şartlar açısından denetlenir. Denetim yapılırken komisyonda bulunan görevlilerden en az üç üye hazır bulunur. Denetim sonucunda tutanak düzenlenerek hazır bulunanlar tarafından yerinde imza altına alınır. Tutanağın bir sureti denetlenen işyerinin sahibi veya sorumlu müdürüne imza karşılığında verilir.

b) Kolluk tarafından genel güvenlik ve asayiş yönünden denetlenir ve tespit edilen hususlar gereği yapılmak üzere mülki idare amirliklerine bildirilir.

İdari yaptırımlar

MADDE 11 – (1) 5 inci maddenin birinci fıkrasındaki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından ilk ihlalde yazılı olarak uyarma; ihlalin devamı halinde üç güne kadar kapatma; ihlalin tekrarı halinde ise bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.

(2) 9 uncu maddeye aykırılık halinde mülki idare amiri tarafından, 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır.

İdari para cezasının tespitinde göz önünde bulundurulacak ölçütler ve cezanın hesaplanması

MADDE 12 – (1) İdari para cezasının miktarı aşağıda sayılan ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin varlığı ve etkisi göz önünde bulundurularak tespit edilir.

(2) Ağırlaştırıcı nedenler şunlardır:

a) İhlal sonucunda elde edilen ekonomik kazancın büyüklüğü,

b) İhlalin devam etmesi,

c) Tekerrürün varlığı.

(3) Hafifletici nedenler şunlardır:

a) İhlal sonucunda herhangi bir ekonomik kazanç elde edilmemiş olması veya elde edilmişse önem derecesinin düşüklüğü,

b) İşyerinin kurallarına uymada geçmiş dönemde gösterdiği olumlu tutum.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Uygulamaya ilişkin işlemler

MADDE 13 – (1) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara verilen izin belgelerine ilişkin işlemler; valiliklerde bilgi işlem şube müdürlükleri, kaymakamlıklarda bilgi işlem şeflikleri, bilgi işlem şefliği bulunmayan ilçelerde yazı işleri müdürlükleri bünyesinde yürütülür.

(2) İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mülki idare amiri tarafından Kuruma elektronik ortamda veya yazılı olarak bildirilir.

(3) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcıların faaliyetlerinin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde durum üç gün içinde mülki idare amiri tarafından Kuruma elektronik ortamda veya yazılı olarak bildirilir.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 14 – (1) 1/11/2007 tarihli ve 26687 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

MADDE 15 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 16 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı yürütür.

EK-1

……VALİLİĞİ
……KAYMAKAMLIĞI
TİCARİ AMAÇLA İNTERNET TOPLU KULLANIM SAĞLAYICI İZİN BELGESİ

İŞYERİ VE SAHİBİ HAKKINDAKİ BİLGİLER

1. İzin Belge Numarası	2. İşyeri Sahibinin Soyadı	3. İşyeri Sahibinin Adı
4.İşyeri Sahibinin T.C. Kimlik No ve Vergi Kimlik No	5. İşyerinin Ünvanı	6. İşyerinin Sınıfı
7. Faaliyet Konusu	8. Telefon	9. Faks
10. E-posta Adresi	11. İnternet Sitesi Adresi	12. İşyerinin Adresi
13. İşyerinin Ticaret Sicil Nosu	14. İşyerinin İşletme Adı	15. İşyerinin Ticaret Unvanı

16. SORUMLU MÜDÜRÜN
Soyadı Adı

T.C. Kimlik No: Telefon Faks E-posta adresi

ALT YAPI İLE İLGİLİ BİLGİLER

17. Kullanılan Filtreleme Yazılımı	18. Kullanılan Filtreleme Donanımı	19. Kullanılan Sabit IP'ler

20. İNTERNET BAĞLANTI TÜRÜ

□ Dial-up	□ ADSL	□ Metro Ethernet
□ Diğer (BELİRTİNİZ.)		

21. İnternet Bağlantısının Bant Genişliği	22. İnternet Erişim Sağlayıcının Adı
23. İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatının Alındığı Makam	24.İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatının Tarih ve Sayısı
25. İzin Belgesinin Veriliş Tarihi	26. Mülki İdare Amirinin Onayı (Kaşe ve Mühür)

MÜLGA - İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 01.11.2007

Resmi Gazete Sayısı : 26687

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 - (1) Bu Yönetmeliğin amacı; internet toplu kullanım sağlayıcıları ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri ve sorumlulukları ile denetimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 - (1) Bu Yönetmelik, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 - (1) Bu Yönetmeliğin uygulamasında;

a) Başkanlık: Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını,

b) Bilgi: Verilerin anlam kazanmış biçimini,

c) Erişim: Herhangi bir vasıtayla internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

ç) Erişim sağlayıcı: Internet toplu kullanım sağlayıcılarına ve abone olan kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan işletmeciler ile gerçek veya tüzel kişileri,

d) Filtreleme yazılımı: İnternet ortamında web adresi, alan adı, IP adresi, kelime ve benzeri kriterlere göre erişimi engelleyen yazılımları,

e) İç IP Dağıtım Logları: Kendi iç ağlarında dağıtılan IP adres bilgilerini, kullanıma başlama ve bitiş tarih ve saatini ve bu IP adreslerini kullanan bilgisayarların tekil ağ cihaz numarasını (MAC adresi) gösteren bilgileri,

f) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

g) İnternet toplu kullanım sağlayıcı: Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan gerçek ve tüzel kişileri,

ğ) İşyeri: Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılan ve işletilen umuma açık yeri,

h) İzin belgesi: Mülki idare amiri tarafından bu Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinin açılıp faaliyet göstermesi için verilen izni,

ı) Kanun: 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunu,

i) Mülki idare amiri: İllerde valiyi, Büyükşehir belediyesi hudutları içinde kalanlar dahil ilçelerde kaymakamı,

j) Sabit IP Adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların ağ üzerinden birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, zamana, oturuma göre değişmeyen ve sistem yöneticisi tarafından belirlenip tanımlanan ve değiştirilebilen IP adresini,

k) Sorumlu müdür: İzin belgesi sahibinin işinin başında bulunmadığı zamanlarda onun yerine yetkili olan kişiyi,

l) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı: İnternet salonu ve benzeri umuma açık yerlerde belirli bir ücret karşılığı internet toplu kullanım sağlayıcılığı hizmeti veren veya bununla beraber bilgisayarlarda bilgi ve beceri artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki oyunların oynatılmasına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişileri,

m) Veri: Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Yükümlülükler ve Sorumluluklar

İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri

MADDE 4 - (1) İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

b) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri

MADDE 5 - (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak.

b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak ve kullanmak.

d) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

e) Başkanlık tarafından verilen yazılım ile, (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri bir yıl süre ile saklamak.

İşyerlerinin açılması

MADDE 6 - (1) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet göstermek isteyen gerçek ve tüzel kişiler, 14/7/2005 tarihli ve 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte belirtilen usule uygun olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı aldıktan sonra mülki idare amirliklerine bir dilekçe ile başvurur.

(2) İşyerlerinin faaliyette bulunması için mülki idare amirleri tarafından Ek-1'de yer alan izin belgesi verilir.

(3) İşyerlerinin açılması hususundaki başvurular mülki idare amirlikleri tarafından onbeş gün içinde sonuçlandırılır.

İzin alınmadan açılan işyerleri

MADDE 7 - (1) Mülki idare amirlerince izin alınmadan açıldığı tespit edilen işyerleri, mülki idare amirlikleri tarafından sebebi bir tutanakla belirlenmek ve mühürlenmek suretiyle re'sen kapatılır.

(2) Mülki idare amirlikleri, izin alınmadan açıldığı için kapatılan işyerlerini en geç üç gün içinde elektronik ortamda veya yazılı olarak Başkanlığa bildirir.

İzin belgesi sahibi ve sorumlu müdür

MADDE 8 - (1) İzin belgesi sahibinin tüzel kişi olması durumunda, işyerini idare etmek üzere bir sorumlu müdür görevlendirilir. Gerçek kişiler de işyerinde sorumlu müdür görevlendirebilir. Sorumlu müdür mülki idare amirliklerine bildirilerek izin belgesinde belirtilir.

(2) İzin belgesi sahibi veya sorumlu müdürlere, mülki idare amirliklerince yılda bir kez bilgilendirme eğitimi verilir. Eğitimin içeriği, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından, İçişleri Bakanlığı, Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü ve Başkanlığın görüşü alınarak belirlenir.

İşyerlerinde uyulması gereken kurallar

MADDE 9 - (1) İşyerlerinde uyulması gereken kurallar şunlardır:

a) 12 yaşından küçükler ancak, yanlarında veli veya vasileriyle işyerlerine girebilirler.

b) 15 yaşından küçükler yanlarında veli veya vasileri olmadan saat 20.00'den sonra işyerlerine alınmazlar.

c) (Değişik:RG-5/8/2009-27310) Tütün ve tütün mamulleri içilemez.

ç) İşyerlerinde 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa aykırı hareket edilemez.

d) İşyerlerinde 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanununun 19 uncu maddesi gereğince alkollü içecek satılması, bulundurulması veya sunulması yasaktır.

e) İşyerlerinde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan hakların ihlal edilmesinin önlenmesi için gerekli tedbirler alınır.

f) İşyerlerinde elektronik ve mekanik oyun alet ve makineleri bulunamaz.

g) İşyerlerindeki bilgisayarlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, müstehcenlik, fuhuş, şiddet, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden ve 18 yaşından küçüklerin psikolojik ve fizyolojik gelişimine olumsuz etkisi olabilecek oyunlar oynatılamaz.

ğ) İşyerlerine giren ve çıkanların tespiti amacıyla gerekli kamera kayıt sistemi kurulur. Bu sistem aracılığıyla elde edilen kayıtlar yedi gün süreyle saklanır ve bu kayıtlar yetkili makamlar haricindeki kişi ve kuruluşlara verilemez.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Denetleme ve Cezalar

Denetleme usul ve esasları

MADDE 10 - (1) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar;

a) Mülki idare amirlikleri tarafından, bu Yönetmeliğin 5 ve 9 uncu maddelerinde yer alan yükümlülükler ve şartlar açısından denetlenir.

b) Kolluk tarafından genel güvenlik ve asayiş yönünden denetlenir ve tespit edilen mevzuata aykırı hususlar mülki idare amirliklerine gereği yapılmak üzere bildirilir.

İdari para cezaları

MADDE 11 - (1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Uygulamaya ilişkin işlemler

MADDE 12 - (1) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara verilen izin belgelerine ilişkin işlemler, mülki idare amirliklerinin yazı işleri müdürlükleri bünyesinde yürütülür.

(2) İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mülki idare amiri tarafından Başkanlığa elektronik ortamda veya yazılı olarak bildirilir.

(3) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcıların faaliyetlerinin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde durum üç gün içinde mülki idare amiri tarafından Başkanlığa elektronik ortamda veya yazılı olarak bildirilir.

Başkanlığın bilgi talebi

MADDE 13 - (1) Başkanlık, Kanunla verilen görevleri dolayısıyla ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara ilişkin gerekli gördüğü bilgileri doğrudan ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılardan veya mülki idare amirliklerinden talep edebilir.

(2) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar Başkanlığın taleplerini derhal yerine getirir.

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Halen faaliyet icra eden ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde alınması gereken izin belgesini temin etmekle yükümlüdürler.

Yürürlük

MADDE 14 - (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 15 - (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Başbakan yürütür.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı İnternet Geliştirme Kurulu Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 14.12.2013

Resmi Gazete Sayısı : 28851

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç ve Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, internet ortamının sağlıklı gelişebilmesi ile ilgili çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı İnternet Geliştirme Kurulunun oluşumu, görevleri, gündemi, toplanması, çalışma usul ve esasları ile Kurul üyelerinde aranacak şartlarla ilgili diğer esasları düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü, 29 uncu ve 34 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Bakan: Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanını,

b) Bakanlık: Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığını,

c) Kurul: İnternet Geliştirme Kurulunu,

ç) Kurul başkanı: İnternet Geliştirme Kurulu başkanını,

d) Kurul üyesi: İnternet Geliştirme Kurulu üyesini,

e) Sekretarya: Kurulun çalışmalarıyla ilgili konularda ihtiyaç oluşması halinde araştırma, inceleme ve danışmanlık hizmetleriyle sınırlı olmak üzere mal ve hizmet satın almak, Kurul çalışanlarının yolluk, yol gideri ve diğer mali haklarıyla ilgili işleri yürütmekle görevli ve yetkili Bakanlık Destek Hizmetleri Daire Başkanlığını,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

İnternet Geliştirme Kurulunun Oluşumu, Görevleri ve Kurulun Toplanma Usulleri

İlkeler

MADDE 4 – (1) Kurul, internetin sağlıklı gelişmesi ve bu kapsamda ülkemizde internet ortamının toplumsal faydasının en üst düzeye çıkarılması için temel öneriler oluşturmak amacıyla aşağıdaki ilkeler çerçevesinde görev yapar:

a) İnternetin sağlıklı gelişmesinin izlenmesi ve değerlendirilmesi.

b) İnternet kullanımının verimli ve daha faydalı hale getirilebilmesi için gerekli politikaların belirlenmesine katkıda bulunulması.

c) İnternete ilişkin etkinliklerin düzenlenmesinde işbirliğinin sağlanması.

ç) Güvenli internet ile ilgili politikalar oluşturulması için öneriler verilmesi.

d) Ulusal içerik zenginliği, araştırma ve geliştirmenin teşviki ile ilgili çalışmalar yapılması amacıyla öneriler verilmesi.

e) Çocuklarla ilgili konularda ilgili kurumlarla ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde toplumsal bilincin artırılması yönünde gerekli çalışmaların yapılması.

İnternet Geliştirme Kurulunun oluşumu

MADDE 5 – (1) Kurul, internet ortamı ile ilgili çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere Bakanlık, kurum ve kuruluş, üniversite, sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve konuyla ilgili çalışmalarıyla temayüz etmiş kişiler arasından Bakan tarafından seçilecek toplam yedi üyeden oluşur. Kurulun görev süresi dört yıldır. Üyeliği sona erenler yeniden seçilebilir. Başkan ve üyeler, Bakan oluruyla atanır. Süresi bitmeden ayrılan üyenin yerine kalan süreyi tamamlamak üzere yeni üye seçilir.

(2) Kurul başkanı, Bakan tarafından belirlenir. Kurul Başkanı, görev süresince aynı zamanda Kurulun daimi üyesidir.

(3) Kurul, Başkan ve üyelerin başlama tarihleri ve tebellüğ ettiklerine ilişkin yazının Bakanlığa bildirildiği tarihte göreve başlar.

(4) Kurul üyesi olarak görevlendirileceklerin 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımaları zorunludur. Kurul üyelerinin belirtilen şartları

kaybettiklerinin öğrenilmesinden itibaren en geç onbeş gün içinde Kurul Başkanı tarafından kurul üyeliğinin sonlandırılması için Bakan oluru alınır ve üyenin Kurulla ilişiği kesilir.

(5) Kurul hizmetlerinde yeterli sayıda personel görevlendirilebilir.

(6) Kurul başkanı, Kurulu temsil eder. Gerekli gördüğü zamanlarda görev alanı ile ilgili olarak açıklama yapabilir, görüş bildirebilir ve Kurul adına toplantılara katılabilir.

(7) Kurul Başkanı veya görevlendireceği üye veya üyeler tarafından Kurul adına basın açıklaması yapılır.

(8) Kurulun çalışma merkezi Ankara'dır. Gerektiğinde Ankara dışında da Kurul toplantıları düzenlenebilir.

Kurulun görevleri

MADDE 6 – (1) Kurulun görevleri şunlardır:

a) İnternet ortamının ekonomik, ticari ve sosyal hayat ile bilim, eğitim ve kültür alanında etkin, yaygın, kolay erişilebilir olarak kullanımını teşvik edecek politika ve strateji önerileri hazırlamak ve Bakana sunmak.

b) Türk Kültürü, Türk Tarihi ve Türk Dünyasıyla ilgili bilgilerin internet ortamında daha fazla yer alması ve bunların tanıtılması hususunda çalışmalar yapmak, yaptırmak ve öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

c) İnternet ortamının güvenli, serbest, özgür ve faydalı kullanımı ile katma değer üretmesine yönelik öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

ç) İnternet kullanımının faydaları konusunda toplumsal farkındalığın oluşturulmasını sağlamak.

d) İnternete ilişkin etkinliklere katılmak, etkinliğin ve verimliliğin sağlanabilmesini teminen üniversite, kamu, özel ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapmak.

e) İnternet üzerinden yapılan yayınlar ve hizmetlerle ilgili olarak toplumu bilgilendirmek için yöntemler tespit etmek, yapılacak projeler hakkında görüş bildirmek ve Bakana önerilerde bulunmak.

f) Devlet uygulamalarının yaygınlaştırılması, kamu kuruluşlarının birbirleri ile olan ilişkilerinde ve vatandaşa sundukları hizmetlerde internet ortamının daha yaygın kullanımı konusunda çalışmalar yaparak önerilerde bulunmak.

g) İnternetin güvenli kullanımı ve güvenli internet hizmeti konusunda araştırmalar yaparak uygun politikaların belirlenmesi, bu konuda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Telekomünikasyon

İletişim Başkanlığıyla koordineli bir çalışma içerisinde uygulamaya esas alınacak güvenlik kriterlerinin tespiti ve benzeri konularda önerilerde bulunmak.

ğ) İnternet ortamının güvenli, serbest, özgür ve faydalı kullanımı ile katma değer üretmesine yönelik eğitim etkinliklerini desteklemek.

h) Çocuklar ve gençler başta olmak üzere bireylerin ve toplumun internet üzerinden yapılan zararlı yayınlardan korunmasına yönelik olarak ulusal bazda yazılım programları hazırlanması konusunda çalışmalar yapmak ve önerilerde bulunmak.

ı) Çocuklar ve ailelerde internet kültürünün artırılması, internet üzerinden istismar ve şiddet içerikli oyunların etkileri ve derecelendirilmesi gibi konularda ilgili kurumlarla ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde toplumsal bilincin artırılması yönünde gerekli çalışmalar yapmak, yaptırmak ve önerilerde bulunmak.

i) İnternet içerik ve yer sağlayıcılığının yaygınlaştırılması ve ulusal arama motoru teşkili konusunda gerekli çalışmalar yapmak üzere önerilerde bulunmak.

j) Bilgi ve iletişim teknolojilerinde kullanılan tüm ürünler için araştırma ve geliştirme desteği ile yerli üretimin artırılmasına yönelik önerilerde bulunmak.

k) Ulusal ve uluslararası sayısal uçurum olarak adlandırılan farklılıkların giderilmesi ve bilgi toplumu ve bilgi ekonomisi oluşumuna katkıda bulunmak amacıyla projeler ve öneriler belirlemek, uygulanabilirliklerini değerlendirmek, risk analizlerinin yapılması ve kabul gören tekliflerin gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak ve uygulama planlarının oluşturulması için Bakana öneride bulunmak.

l) İnternet ile ilgili mevzuat için, uluslararası kuruluşlarca kabul gören uygulamaları ve Avrupa Birliği'nin bu alandaki mevzuatı ile uyumlu olmasına özen gösterilmesi için önerilerde bulunmak.

m) İnternete erişim sağlayan işletmeciler arasında birlikte veya ayrı ayrı olarak görüşmek, sektörel sorunları tespit etmek, sorunların çözümü hususunda tavsiyelerde bulunmak.

n) Görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak üzere kamu kurum ve kuruluşları, meslek odaları, sivil toplum kuruluşları, özel sektör temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla çalıştay yapmak, çalışma grupları ve geçici komisyonlar oluşturmak.

o) Kamu ile internete erişim sağlayan işletmecilerle görüşmek, sektörel sorunları tespit etmek ve sorunların çözümü hususunda tavsiyelerde bulunmak.

ö) Siber güvenliğin sağlanması için internet üzerinden alınması gereken tedbirlere ilişkin önerilerde bulunmak.

p) Bakanlık politikalarının belirlenmesine katkı sağlamak amacıyla, Bakan tarafından talep edilen benzer konularda çalışma ve araştırmalar yapmak.

Kurul başkanının görev ve yetkileri

MADDE 7 – (1) Kurul Başkanının görev ve yetkileri şunlardır:

a) 6 ncı maddede belirtilen görevlerin yürütülmesini sağlamak.

b) Kurula başkanlık etmek.

c) Kurul toplantılarına ilişkin gündemi belirlemek, toplantıları yönetmek.

ç) Gerektiğinde Kurul üyelerini toplantıya çağırmak.

d) Kurul faaliyetlerini denetlemek ve çalışmalarını düzenlemek.

e) Yurt içi görev olurlarını vermek.

f) İnternet ortamının ekonomik, ticari ve sosyal hayat ile bilim, eğitim ve kültür alanında etkin, yaygın, kolay erişilebilir olarak kullanımı konusunda icracı birimlerle toplantılar yapmak.

g) Kurul tarafından karara bağlanan raporları ilgili yerlere göndermek.

ğ) Üyeler arasından çalışma grupları seçmek.

h) Kurulun çalışmalarına ait yıllık faaliyet raporunu Bakana sunmak.

ı) Kurul üyeleri ve uzmanların yurt içi ve yurt dışı geçici görev yolluk bildirimlerini imzalamak.

i) Kurul çalışanlarının izinlerini vermek.

j) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Kurulun toplanması usulü

MADDE 8 – (1) İnternet Geliştirme Kurulunun, Başkanın davetiyle, uygun göreceği yer ve tarihte toplanması esastır. Kurul Başkanı, gerek gördüğü takdirde veya asgari dört üyenin talebi halinde kurulu toplantıya çağırır.

(2) Kurul başkanı, toplantı yeri olarak toplantıların konusu ve gündemin niteliğine uygun olan yeri belirler. Toplantı yeri dışında başka bir adreste toplantı düzenlenmesi halinde, toplantı yeri sekretarya tarafından Kurul üyelerine önceden bildirilir.

(3) Kurul işleyişinde, üyeler ve sekretarya arasındaki iletişim, elektronik ortamda yapılır.

(4) Kurulun gündemi, Kurul Başkanı tarafından hazırlanır. Toplantı gündemi, Kurul Başkanı tarafından toplantı tarihinden en az beş gün önceden varsa bilgi ve belgelerle birlikte Kurulu

oluşturan üyelere gönderilir. Gündem gönderildikten sonra da Kurul Başkanı tarafından gerekli görüldüğü hallerde gündem değişikliği yapılabilir.

(5) Kurul, en az dört üye ile toplanır. Çoğunluk sağlanamazsa Başkan, belirleyeceği bir tarihte Kurulu yeniden toplantıya çağırır. Bu toplantıda çoğunluk aranmaz. Başkanın bulunamaması durumunda, Başkanın görevlendireceği bir üye Kurula Başkanlık eder. Kurul, gündemindeki konuları görüşerek karara bağlar. Kurul kararlarını toplantıya katılan üyelerin çoğunluğu ile alır. Oyların eşit olması halinde, Başkanın bulunduğu taraf çoğunluk sayılır. Ancak bu sayı hiçbir zaman dörtten az olamaz.

(6) Kurul, gündemine alınan konular üzerinde detaylı çalışmalar yapmak rapor ve rapor taslakları hazırlamak üzere, gerektiğinde üyeler arasından çalışma grupları oluşturabilir. Çalışma grupları, başkan ve raportörlerini belirler. Hazırlanan raporların sonuç bölümü, maddeler halinde Grup Başkanınca Kurulun onayına sunulur. Kurul Başkanı, takip eden Kurul toplantısında yapılan çalışmalar hakkında Kurulu bilgilendirir.

(7) Kurul kararları, yazılarak Başkan ve üyelerce imzalanır. Kurul kararlarına ek oluşturacak proje ve belge olması halinde, bu belgeler de Kurul üyelerince paraflanarak karar dosyasında saklanır.

(8) Kurulda alınan kararlar, toplantıyı takip eden otuz gün içerisinde Kurul üyelerine elektronik ortamda, ilgili kuruluşlara ise yazılı olarak bildirilir. Kurul, toplantı sonuç ve önerilerini en fazla üç aylık dönemler halinde düzenlenecek faaliyet raporu ile Bakana sunar.

Sekretaryanın görevleri

MADDE 9 – (1) Kurulun sekretarya hizmetleri, Bakanlık Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı tarafından yürütülür.

(2) Bakanlık Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Kurulun görev ve yetki alanı dâhilinde mal ve hizmet satın alabilir.

(3) Bakanlık Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı tarafından, Kurul çalışanlarının yolluk ve diğer mali haklarıyla ilgili işleri yürütmek üzere yeterli sayıda büro personeli görevlendirilir.

(4) Görevlendirilen büro personeli tarafından, Kurulun çalışmalarıyla ilgili her türlü kayıt ve dosyalar tutulur.

(5) Büro personeli Kurul Başkanı tarafından verilen diğer işleri yapar.

(6) Büro personeli, görevleri dolayısıyla edindikleri bilgileri açıklayamazlar. Evrak, defter, rapor ve benzeri belgeleri, Kurul Başkanının izni olmaksızın, hiçbir makam ve kişiye gösteremezler ve veremezler.

(7) Kurul, çalışmalarıyla ilgili konularda ihtiyaç oluşması halinde araştırma, inceleme ve danışmanlık hizmetleriyle sınırlı olmak üzere hizmet alımı yapar. Hizmet alımı ödemeleri, Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi bütçesinden karşılanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Yolluk ve diğer haklar

MADDE 10 – (1) Kurulda görev alan Bakanlık ve Bakanlık kuruluşları personeline herhangi bir ödeme yapılmaz. Ancak, Kurulun Bakanlık ve Bakanlık Kuruluşları dışındaki kamu personeli olan üyelerine 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu üyelerine ödenen aylık ücretin %25'i, diğer üyelerine ise %50'si tutarında ödeme yapılır. Bu ödeme Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi bütçesinden karşılanır.

(2) Üyelere görevlerinin karşılığında her ayın sonunda ödeme yapılır. İlgili ayda yapılan toplantılara katılmayan üyelere yapılacak ödeme, yapılan toplantı sayısı ile orantılı olarak katılmadıkları toplantı sayısı kadar eksik ödenir.

(3) Kurulda görev yapan üyelerin, Kurul hizmetlerinde görevlendirilen personelin yurt içi ve yurt dışı harcırahları 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi bütçesinden karşılanır. Yurt dışı görevlendirmeler bakımından Bakan onayı aranır.

(4) Kurul üyelerinin Kurul çalışmalarıyla ilgili olarak uçak, otobüs ve trenle yaptıkları seyahatlerinin yol giderleri sunacakları bilet karşılığında kendilerine ayrıca ödenir.

Kimlik belgesi

MADDE 11 – (1) Bakanlıktan veya 657 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesi hükmüne istinaden Bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarından Kurul hizmetlerinde geçici görevlendirilen personele Kurul Başkanı ve Bakan imzalı kimlik belgesi verilir.

Yürürlük

MADDE 12 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 13 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanı yürütür.

İnternet Alan Adları Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 07.11.2010

Resmi Gazete Sayısı : 27752

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak, Tanımlar ve İlkeler

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; ".tr" uzantılı İnternet alan adları yönetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 5 inci, 34 üncü ve 35 inci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Alan adı: ".tr" uzantılı İnternet alan adını,

b) Bakanlık: Ulaştırma Bakanlığını,

c) CENTR: Avrupa Ulusal Üst Düzey Alan Adı Kayıt Kurumları Konseyini,

ç) ICANN: İnternet Tahsisli Adlar ve Sayılar Kurumunu,

d) İnternet alan adı: İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya İnternet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan İnternet protokol adresini tanımlayan adları,

e) İnternet alan adı sistemi: Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan İnternet protokol adresini bulan ve kullanıcıya veren sistemi,

f) İnternet protokol adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,

g) Kanun: 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununu,

ğ) Tahsise kapalı adlar listesi: Alt alan adları ile mevzuata, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olma gibi sebeplerle tahsisine izin verilmeyen alan adlarından oluşan listeyi,

h) Tahsisi kısıtlı adlar listesi: Tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş alan adlarından oluşan listeyi,

ı) Kayıt Kuruluşu (KK): Başvuru, yenileme, iptal gibi alan adları ile ilgili işlemlerin yapılmasına aracılık eden tarafı,

i) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

j) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

k) Rehber: Tahsisli alan adlarına ilişkin alan adı sahibinin iletişim bilgileri ile alan adının tahsis süresinin başladığı ve bittiği tarihler gibi bilgileri içeren bir veritabanını,

l) Rehberlik hizmeti: Rehberde bulunan verilerin kamuoyunun erişimine açık tutulması hizmetini,

m) RIPE NCC: RIPE Şebeke Koordinasyon Merkezini,

n) .tr ağ bilgi sistemi (TRABİS): ".tr" uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veritabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistemi,

o) Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcı (UÇHS): Alan adları ile ilgili ihtilafların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, üniversiteleri veya uluslararası kuruluşları,

ifade eder.

(2) Bu Yönetmelikte geçen ve yukarıda yer almayan tanımlar ve kısaltmalar için, ilgili mevzuatta yer alan tanımlar ve kısaltmalar geçerlidir.

İlkeler

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında aşağıda belirtilen temel ilkeler gözetilir:

a) Objektif nedenler aksini gerektirmedikçe niceliksel ve niteliksel devamlılık, ayrım gözetmeme, düzenlilik, verimlilik, nesnellik, orantılılık, şeffaflık, kaynakların etkin kullanılması ve teknoloji bağımsız davranılması,

b) Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması,

c) Tüketici haklarının korunması,

ç) Hizmet kalitesinin yükseltilmesinin teşvik edilmesi,

d) Uluslararası uygulamaların ve standartların dikkate alınması,

e) Alan adlarına yönelik uygulamaların ülke koşullarına uygun, etkin ve uzun vadeli çözümler olması,

f) Makul koşullarda, kolaylıkla faydalanılabilecek uygulamaların teşvik edilmesi,

g) Gerçek ve tüzel kişilerin talep ettikleri hizmet dışında herhangi bir hizmeti satın almak zorunda bırakılmaması,

ğ) Üçüncü kişilerin haklarının korunması.

İKİNCİ BÖLÜM

Alan Adlarının Yapısı ve İlgili İşlemler

Alan adlarının yapısı

MADDE 5 – (1) Alan adlarının yapısı "a.b.tr" ve "a.tr" şeklindedir. Her iki yapıya özel hususlar bu Yönetmeliğin ekinde düzenlenmiştir.

Başvurulabilecek alan adları

MADDE 6 – (1) Başvuruda bulunulabilmesi için bir alan adının "a" kısmının;

a) Yalnız harfler (a-z), rakamlar (0-9) ve tire (-) işaretinden oluşması,

b) En az iki en fazla altmışüç karakter uzunluğunda olması,

c) Tire (-) işareti ile başlamaması ve/veya bitmemesi,

ç) Yalnızca üçüncü ve dördüncü karakterlerin birlikte tire (-) olmaması,

d) Başkasına tahsisli olmaması,

e) Tahsise kapalı adlar listesinde yer almaması

gerekmektedir.

Alan adı başvurusu

MADDE 7 – (1) Alan adına sahip olmak üzere gerçek veya tüzel kişiler başvurabilirler. Birden fazla alan adı için başvuruda bulunulabilir.

(2) Bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde yer alan koşulları karşılamayan alan adları için yapılan başvurular kabul edilmez.

(3) Kişiler başvuru için Kurumun İnternet sitesinde yer alan KK'lardan birini tercih ederler. Kişiler, tercih ettikleri KK'nın İnternet sitesinde yer alan başvuru formunu doldurmak suretiyle başvuruda bulunurlar. Başvuru formunun tam ve doğru olarak doldurulmaması halinde alan adı başvurusu kabul edilmez.

(4) Kişiler, başvuru sırasında, yanlış bilgi verme, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etme gibi fiillerin hukuki sonuçları konusunda genel olarak bilgilendirilirler.

(5) Kişiler, başvuru sırasında, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyeceklerini, alan adını hukuka aykırı bir şekilde kullanmayacaklarını ve iptal veya feragat durumunda bu işlemlerin kendi lehlerine bir hak doğurmayacağını kabul ettiklerini beyan ve taahhüt ederler.

(6) KK, alan adı başvuru talebini almasını müteakip TRABİS üzerinden gerekli işlemleri yapar.

Alan adı tahsisi

MADDE 8 – (1) Alan adı tahsisleri belgeli veya belgesiz olarak iki yöntemle yapılır.

(2) Belgesiz alan adı tahsisi "ilk gelen ilk alır" kuralının geçerli olduğu tahsislerdir. İlk gelenin tespitinde, alan adı başvurusunun TRABİS'e ulaştığı zaman kaydı esas alınır.

(3) Belgeli alan adı tahsisi, ilgili bilgi ve/veya belgelerin başvuru sahibi tarafından KK'ya verilmesini ve bu bilgi ve/veya belgelerin TRABİS'e ulaştırılmasını müteakip yapılan tahsislerdir. Belgeli olarak tahsis edilecek alan adları bu Yönetmeliğin ekinde düzenlenmiştir.

(4) KK'ların, TRABİS üzerinden başvuru işlemlerini tam ve doğru olarak tamamladıkları ve ücretini ödedikleri alan adları, başvuru sahiplerine tahsis edilir.

(5) Alan adı bir defada en az bir en fazla beş yıl süre için tahsis edilir.

Yenileme

MADDE 9 – (1) KK, alan adının tahsis süresinin bitmesine asgari üç ay kala alan adı sahibini asgari elektronik posta yoluyla bilgilendirir ve alan adı sahibinden yenileme işlemini gerçekleştirmesini talep eder.

(2) Sahip olduğu alan adının tahsisini yenilemek isteyen kişi, bu üç aylık süre içinde alan adının tahsisini yenilemek üzere bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinin ilgili hükümleri çerçevesinde başvuruda bulunur. Bu talep doğrultusunda KK'nın TRABİS üzerinden gerekli işlemleri tamamlamasını ve yenileme ücretini ödemesini müteakip alan adı tahsisi yenilenir.

(3) Tahsis süresinin sonuna kadar yenileme işlemi tamamlanmayan alan adının kullanımı iki ay süre ile durdurulur. Bu süre içinde alan adı sahibinin başvurusu üzerine alan adı tahsis işlemi yenilenir. Aksi halde alan adı yeniden tahsise açılır.

(4) Yenileme sonrası tahsis süresi beş yılı aşamaz. Bu beş yılın sonunda sahip olunan alan adının tahsisi bu madde çerçevesinde yenilenebilir.

Feragat

MADDE 10 – (1) Kendisine tahsisli alan adını tahsis süresi bitmeden kullanmaya son vermek isteyen alan adı sahibi, alan adından feragat edebilir.

(2) Alan adı sahibi hizmet almakta olduğu KK'ya ait İnternet sitesinde yer alan ilgili formu tam ve doğru olarak doldurarak feragat talebini iletir. KK'nın TRABİS üzerinden gerekli işlemleri tamamlamasını müteakip feragat talebinin gereği yapılır.

(3) Alan adından feragat, alan adı sahibi lehine bir hak doğurmaz.

(4) Feragat edilen alan adı yeniden tahsise açılır.

İptal

MADDE 11 – (1) Alan adı tahsisi aşağıda belirtilen durumlarda alan adı sahibi ve ilgili KK bilgilendirilerek TRABİS vasıtasıyla iptal edilir:

a) Alan adı sahibinin verdiği bilgilerin tam ve/veya doğru olmadığının tespit edilmesi,

b) Alan adının tahsise kapalı adlar listesine alınması,

c) Alan adı tahsisinin iptali ile ilgili UÇHS tarafından Kuruma iletilen hakem ya da

hakem heyeti kararının bulunması ve kararın uygulanması için Kurum tarafından belirlenen gerekli şartların mevcut olması,

ç) Alan adı tahsisinin iptaline yönelik bir mahkeme kararının bulunması.

Yeniden tahsis

MADDE 12 – (1) Bu Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde yenileme için belirtilen sürenin sonunda yenileme için bir talep gelmemesi halinde ilgili alan adı yeniden tahsise açılır ve bu alan adının tahsise açıldığı bilgisi Kurumun İnternet sitesinde yayımlanır. Ancak yeniden tahsise açılan bu alan adları için bir ay süre ile başvuru talebi alınmaz.

(2) Alan adının kara listeye alınma gerekçesi dışında başka bir gerekçeyle iptal edilmesi ve sahibinin alan adından feragat etmesi gibi durumlarda ilgili alan adı yeniden tahsise açılır ve bu

alan adının tahsise açıldığı bilgisi Kurumun İnternet sitesinde yayımlanır. Ancak yeniden tahsise açılan alan adları için üç ay süre ile başvuru talebi alınmaz.

(3) Yeniden tahsise açılan alan adları için başvuruların alınması ve bu alan adlarının tahsisi bu Yönetmeliğin 7 nci ve 8 inci maddeleri çerçevesinde yapılır.

Satış ve devir

MADDE 13 – (1) Alan adları satılabilir veya devredilebilir.

(2) Satış veya devir işleminin gerçekleşmesi için hizmet alınan KK'nın İnternet sitesinde yer alan ilgili formun tam ve doğru olarak doldurulması gerekir. KK'nın, TRABİS üzerinden gerekli işlemleri tamamlaması halinde alan adının satışı veya devir işlemi doğrultusunda ilgili alan adı sahibi değişikliği gerçekleştirilir.

(3) Gerçek kişilerin ölüm, gaiplik, gaiplik karinesi gibi durumlarında alan adı yasal mirasçılara devredilebilir.

(4) Satılan veya devredilen alan adının kullanım süresi değişmez.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Kurumun Görevleri ve Yetkileri

Kurumun görevleri

MADDE 14 – (1) Kurumun görevleri aşağıda yer almaktadır;

a) TRABİS'i kurmak ve işletmek veya belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde TRABİS'in üçüncü bir tarafça kurulması ve işletilmesini sağlamak,

b) UÇHS'leri ve KK'ları belirlemek ve bunların iletişim bilgilerini İnternet sitesinde yayımlamak,

c) Alan adı tahsis ve yenilemesine ilişkin ücretler ile uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesi ile ilgili işlemlere ilişkin ücretleri belirlemek ve gerektiğinde değişiklik yapmak,

ç) Tahsise açılacak veya kullanımına son verilecek alt alan adlarını belirlemek,

d) Belgeli tahsis edilen alt alanların tahsisinde istenecek belgeleri belirlemek,

e) Bu Yönetmelikte belirtilen veya Kurul tarafından belirlenen hallerle sınırlı olmak kaydıyla KK niteliğinde faaliyet yürütmek,

f) Alan adı ihtilaflarına ilişkin kendisine iletilen mahkeme kararlarını, UÇHS'nin kendisine ilettiği ihtilafa konu olan alan adları ile hakem veya hakem heyeti kararlarını İnternet sitesinde güncel olarak bulundurmak ve bu kararların gereğini yerine getirmek,

g) Kendisine iletilen talep ve şikâyetleri değerlendirmek ve mevzuat çerçevesinde gerekli tedbirleri almak,

ğ) Her yıl Nisan ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait faaliyet raporunu hazırlayarak Kurumun internet sitesinden ve gerekli olduğu hallerde diğer uygun araçlarla kamuoyuna duyurmak,

h) ICANN, RIPE NCC, CENTR gibi kuruluşlar nezdinde gerekli çalışmaları yürütmek.

Kurumun yetkileri

MADDE 15 – (1) Kurum, bu Yönetmelik çerçevesinde görev alanına giren hususlara ilişkin olarak;

(a) Gerekli gördüğü düzenlemeleri yapmaya,

(b) İlgili mevzuat çerçevesinde KK'ları ve UÇHS'leri denetlemeye

yetkilidir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Kayıt Kuruluşları

Kayıt kuruluşu

MADDE 16 – (1) Kurum, KK'ların taşıması gereken nitelikleri, uyması gereken kuralları ve diğer hususları tespit eder ve bunları internet sitesinden ve gerek olduğu hallerde diğer uygun araçlarla kamuoyuna duyurur.

(2) KK olmak isteyen taraflar Kurum'a başvuruda bulunurlar. Kurum tarafından gerekli şartları taşıdığı tespit edilen taraflara KK olarak faaliyette bulunabilmelerini teminen faaliyet belgesi düzenlenir.

Kayıt kuruluşlarının yükümlülükleri

MADDE 17 – (1) KK'lar;

a) İlgili mevzuata uymakla,

b) Kullandıkları cihaz ve sistemler ile sundukları hizmetlerin erişilebilirliğini, güvenliğini, güvenilirliğini, bütünlüğünü sağlamakla,

c) Sundukları hizmetlerin kalitesi ve sürekliliği ile ilgili bir aksamanın yaşanmamasını sağlamakla ve bunun için yeterli sayıda nitelikli personel çalıştırmak ve gerekli teknik donanıma sahip olmakla,

ç) Kişilere sundukları hizmetlere 7 gün 24 saat eşit erişim imkânı sağlamakla,

d) Alan adı başvurusu ve diğer işlemler sırasında kişilerden tam ve doğru bilgiler almakla; bu bilgilerin güvenliğini ve gizliliğini sağlamakla; bu bilgileri güncellemekle, asgari yıllık olarak teyit etmekle, bilgi değişikliklerini TRABİS üzerinden Kuruma derhal bildirmekle, bu bilgileri Kurum ve yasal olarak yetkili kılınan taraflar haricinde hiçbir tarafa vermemekle ve alınma amaçları dışında kullanmamakla,

e) Kendilerine yapılan alan adına ilişkin tahsis, yenileme, iptal gibi talepleri gerçek zamanlı ve TRABİS'te uygulanan yazılım standartlarına uygun olarak TRABİS'e iletmekle,

f) TRABİS üzerinden yürüttükleri alan adına ilişkin işlemleri yerine getirirken gerekli özeni göstermekle,

g) Kendilerinden hizmet alan ve almak isteyen kişileri; alan adına ilişkin başvuru, tahsis, yenileme, iptal, transfer gibi işlemlerle ilgili olarak bilgilendirmekle,

ğ) Rehberlik hizmetine kendi İnternet siteleri üzerinden ücretsiz erişim imkânı sağlamakla,

h) Alan adı ile ilgili işlemler dolayısıyla elde ettiği bilgi ve belgeleri alan adının kullanımının herhangi bir nedenle sona ermesinden itibaren en az 10 yıl süre ile saklamakla,

ı) Faaliyetleri sona ereceği zaman KK'lar arası transfer işlemleri çerçevesinde gerekenleri yapmakla ve elindeki ilgili bilgi ve belgeleri Kuruma tam ve doğru olarak zamanında teslim etmekle,

i) Her yıl Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait faaliyet raporunu Kuruma sunmakla,

j) Tanıtıcı bilgilerini, ilgili mevzuatı ve başvuru formunun örneğini kendisine ait ".tr" uzantılı alan adına sahip İnternet sitesinde ilgili tarafların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla,

yükümlüdür.

Kayıt kuruluşlarının faaliyetlerine son vermesi

MADDE 18 – (1) KK'lar, faaliyetlerini sona erdirecek olmaları halinde Kurumu asgari üç ay önceden bilgilendirirler.

(2) Kurum, bilgilendirilmesini müteakip KK'lar arası transfer işlemlerini derhal başlatır.

(3) KK'lar, faaliyetlerine son verecek olmaları dolayısıyla sebep olabilecekleri zararlardan sorumlu olur.

Kayıt kuruluşlarının faaliyetlerine son verilmesi

MADDE 19 – (1) KK'nın ilgili mevzuat hükümlerine uymaması, yükümlülüklerini yerine getirmemesi, aranan nitelikleri yitirmesi gibi hallerde faaliyetlerine Kurum tarafından son verilebilir.

(2) Bu durumda Kurum derhal KK'lar arası transfer işlemlerini başlatır.

(3) KK'lar, faaliyetlerine son verilecek olması dolayısıyla sebep olabilecekleri zararlardan sorumlu olur.

Kayıt kuruluşları arası transfer

MADDE 20 – (1) Alan adı sahipleri, talep etmeleri halinde, hizmet aldıkları KK'yı değiştirebilirler.

(2) Bir KK'nın faaliyetlerine son vermesi veya son verilmesi durumunda faaliyet gösteren diğer bir KK'ya zorunlu transfer gerçekleştirilir.

(3) KK'lar arası transfer işlemlerine ilişkin hususlar Kurum tarafından düzenlenir.

(4) KK'lar arası transfer işlemleri ile ilgili uyuşmazlıklar Kurum tarafından değerlendirilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Alan Adı Sahibinin Hak ve Yükümlülükleri

Alan adı sahibinin hakları

MADDE 21 – (1) Alan adı sahibi;

a) Alan adını tahsis süresi boyunca kullanma,

b) Alan adı tahsisini yenileme,

c) Alan adından feragat etme,

ç) Hizmet aldığı KK'yı değiştirme

haklarına sahiptir.

Alan adı sahibinin yükümlülükleri

MADDE 22 – (1) Alan adı sahibi;

a) İlgili mevzuata uymakla,

b) KK'ya tam ve doğru bilgiler vermekle; bu bilgilerde meydana gelen değişiklikleri derhal hizmet aldığı KK'ya bildirmekle,

c) Üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmemekle,

ç) KK'lar arası zorunlu transfer hallerinde bilgilendirilmesini müteakip gereken işlemleri yapmakla

yükümlüdür.

ALTINCI BÖLÜM

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Uyuşmazlık çözüm mekanizması

MADDE 23 – (1) Alan adları ile ilgili ihtilaflar alternatif olarak UÇHS'ler tarafından işletilen uyuşmazlık çözüm mekanizması vasıtasıyla çözülür. Uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesine ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından düzenlenir.

Uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcı

MADDE 24 – (1) Kurum, UÇHS'lerin taşıması gereken asgari nitelikleri, uyması gereken kuralları ve diğer hususları tespit eder ve bunları internet sitesinden ve gerek olduğu hallerde diğer uygun araçlarla kamuoyuna duyurur.

(2) UÇHS olmak isteyen taraflar Kurum'a başvuruda bulunurlar. Kurum tarafından gerekli şartları taşıdığı tespit edilen taraflara UÇHS olarak faaliyette bulunabilmelerini teminen faaliyet belgesi düzenlenir.

(3) UÇHS'lerin, ihtilafların çözümü sürecini başarıyla yönetebilecek, idari ve teknik yetkinliği haiz olmaları ve olası ihtilaf konularında uzman yeterli sayıda hakemi listelerinde bulundurabilmeleri gerekir.

(4) Bu Yönetmelik veya Kurum tarafından belirlenen düzenlemeler çerçevesinde görev ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya UÇHS olmak için aranan asgari nitelikleri kaybeden UÇHS'ler hakkında faaliyetlerine son vermek de dahil olmak üzere Kurum tarafından gerekli tedbirler alınır.

(5) UÇHS'ler en az bir ay önceden Kuruma bildirimde bulunmaları halinde ve hakemleri aracılığıyla yürütmekte oldukları uyuşmazlık çözüm süreçlerini karara bağlamak şartıyla faaliyetlerine son verebilirler. UÇHS'ler faaliyetlerine son vermeleri dolayısıyla sebep oldukları zararlardan sorumludurlar.

Uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru

MADDE 25 – (1) Uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru için;

a) İhtilaf konusu alan adının, sahip olunan ya da ticarette kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması ve

b) Alan adını tahsis ettiren tarafın bu alan adı ile ilgili yasal bir hakkı ya da bağlantısının olmaması ve

c) Bu alan adının alan adı sahibi tarafından kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması

gerekmektedir.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan üç şartın birlikte sağlandığını iddia eden şikâyetçi, uyuşmazlığın çözümü için UÇHS'lerden birini tercih ederek başvurusunu yapar. Şikâyetçi başvuruda bulunduğu UÇHS'nin kendisine kesin bir karar bildirmesine kadar aynı hususta başka bir UÇHS'ye başvuruda bulunamaz.

Hakemler

MADDE 26 – (1) UÇHS'lerin listelerinde yer alacak hakemlerin fikri mülkiyet hakları hukuku, marka hukuku, ticaret hukuku veya bilişim hukuku alanlarında uzman olması gerekir.

(2) Hakemler, uyuşmazlık konusu alan adına ve taraflarına ilişkin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını gösterir yazılı beyanlarını UÇHS'ye sunmalarını müteakip çalışmaya başlarlar.

(3) Hakemlerin çalışmalarını kendilerine iletilen bilgi, belge ve delillerden oluşan dosya üzerinden yapmaları esas olup, gerek görülmedikçe, taraflar şahsen dinlenmez.

Kararın alınması

MADDE 27 – (1) Hakem veya hakem heyeti, ilgili mevzuat, içtihatlar ve yargı kararlarını da göz önüne alarak, şikâyetçi tarafın talebi doğrultusunda alan adlarının iptaline, şikâyetçi tarafa devrine veya şikâyetçi tarafın talebinin reddine karar verir. Hakem kurulunun kararları basit çoğunlukla alınır, çekimser oy kullanılamaz.

(2) UÇHS, kendisine iletilen kararı bir gün içinde Kuruma ve şikâyetle ilgili taraflara bildirir ve İnternet sitesinde yayımlar.

YEDİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Ücretler

MADDE 28 – (1) Alan adları ile ilgili işlemler ve uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesi ile ilgili işlemler ücreti mukabili gerçekleştirilir.

(2) Alan adı tahsis ve yenilemesine ilişkin ücretler KK'lar tarafından Kuruma ödenir. Bu ücretler Kuruma gelir olarak kaydedilir.

(3) KK'lar, Kurumca belirlenen ücretleri göz önüne alarak, alan adları ile ilgili olarak kişilerden alacağı işlem ücretlerini belirler.

(4) Kurum, sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanmasını ve tüketici haklarının korunmasını teminen, gerektiğinde, KK'ların alan adları ile ilgili işlem ücretlerini de düzenleyebilir.

(5) UÇHS'ler, Kurumca belirlenen ücretleri üst sınır olarak esas alıp uygulayacakları işlem ücretlerini belirlerler. Kurum, gerektiğinde uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesi ile ilgili işlem ücretlerine ilişkin alt sınırı da belirleyebilir.

(6) Alan adının iptali veya alan adından feragat edilmesi hallerinde ödenen ücretler iade edilmez.

(7) Uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru esnasında ödenen ücretler iade edilmez.

Rehberlik hizmeti

MADDE 29 – (1) Rehberlik hizmeti bilgilendirme amaçlıdır. Rehberde yer alacak bilgiler Kurum tarafından belirlenir.

(2) Rehberde sadece alan adı ile sorgulama yapılabilir.

(3) Rehberde sorgulama yapan kişiler edindiği bilgileri istem dışı elektronik posta göndermek, ticari faaliyette bulunmak gibi amaçlarla kullanmayacağını taahhüt eder.

(4) KK'lar rehberde yer alan bilgilerin istek dışı elektronik posta göndermek, ticari faaliyette bulunmak gibi amaçlarla kullanılmasını engellemek için mevcut teknolojik imkânlar çerçevesinde gerekli tedbirleri alırlar.

Yeni alt alan adlarının tahsise açılması

MADDE 30 – (1) Kurum tarafından tahsise açılmasına karar verilen yeni alt alan adları Kurumun İnternet sitesinden ve gerek olduğu hallerde diğer uygun araçlarla kamuoyuna duyurulur. Duyuruda alan adı tahsisinin belgeli ya da belgesiz yapılacağı da belirtilir.

(2) Belgeli tahsis edilecek yeni alt alan adlarının tahsisine ilişkin hususlar Kurum tarafından düzenlenir.

Tahsise kapalı adlar listesi

MADDE 31 – (1) Tahsise kapalı adlar listesine alınacak ve bu listeden çıkarılacak alan adları Kurum tarafından, gerekli görülmesi halinde konuyla ilgili uzmanların görüşüne de başvurularak belirlenir.

(2) Alan adının tahsise kapalı adlar listesine alınması ve bu listeden çıkarılması hallerinde varsa alan adı sahibi ve ilgili KK bilgilendirilir.

(3) Alan adının tahsise kapalı adlar listesinden çıkartılması halinde alan adı varsa sahibine iade edilir.

Tahsisi kısıtlı adlar listesi

MADDE 32 – (1) Tahsisi kısıtlı adlar listesine alınacak ve bu listeden çıkarılacak alan adları ile bu alan adlarının tahsisinin yapılacağı taraflar ve tahsiste istenecek bilgi ve/veya belgeler Kurum tarafından, gerekli görülmesi halinde konuyla ilgili uzmanların görüşüne de başvurularak belirlenir.

(2) Tahsisi kısıtlı adlar listesine alınan alan adının tahsisinin uygun taraflara yapılmadığı tespit edilirse alan adı ilgili taraflar bilgilendirilerek iptal edilir.

(3) Alan adının tahsisi kısıtlı adlar listesinden çıkartılması halinde alan adı varsa sahibine iade edilir.

Geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmelik çerçevesinde TRABİS faaliyete geçene kadar mevcut işleyiş devam eder.

(2) Bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren en geç iki yıl içerisinde TRABİS faaliyete geçirilir.

(3) Orta Doğu Teknik Üniversitesi bünyesinde bulunan Nic.tr (".tr" Alan Adları Yönetimi) TRABİS'in en kısa sürede faaliyete geçmesi için gerekli desteği sağlamakla ve ilgili tüm bilgi ve belgeleri Kuruma aktarmakla yükümlüdür.

(4) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsisli olan, bu tarihten TRABİS'in faaliyete geçmesine kadarki sürede tahsis edilen ve asgari bir KK faaliyete geçene kadarki sürede tahsis edilen alan adları tahsis sürelerinin sonuna kadar kullanılmaya devam eder.

(5) Mevcut işleyişte Orta Doğu Teknik Üniversitesi bünyesinde bulunan Nic.tr (".tr" Alan Adları Yönetimi) tarafından kayıt operatörü olarak belirlenmiş bulunan taraflardan KK olmak isteyenler TRABİS'in faaliyete geçmesinden sonraki altı ay içinde bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde gerekli işlemleri tamamlayarak KK olarak faaliyete başlarlar. Gerekli işlemleri tamamlamadığı için KK olamayan veya KK olmak istemeyen kayıt operatörleri bu süre sonunda faaliyetlerini durdururlar ve daha önce tahsis, yenileme ve benzeri işlemlerine aracılık etmiş oldukları alan adlarına ilişkin bilgi ve belgeleri Kuruma aktarırlar.

(6) Bu maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrasında belirtilen alan adlarının sahipleri, TRABİS'in faaliyete geçmesinden sonra ve istemeleri halinde ilgili alan adının tahsis süresinin sona ermesinden önce veya tahsis süresinin sona ermesinden sonra sahip oldukları alan adına ilişkin işlemleri yapmak üzere, Kurumun İnternet sitesinde yer alan KK'lardan birini tercih ederler. Başvuru yapılan KK, ilgili bilgi veya belgeleri de temin ederek bu alan adı sahiplerini kimlik doğrulama dâhil gerekli işlemleri yapmak suretiyle sistemine kaydeder.

(7) Kişilerin alan adlarına ilişkin işlemleri asgari bir KK faaliyete geçene kadar TRABİS vasıtasıyla yerine getirilir.

Geçiş sürecinde satış ve devir

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süre boyunca alan adları satılamaz ancak aşağıda belirtilen durumlarda başkalarına devredilebilir;

a) Gerçek kişilerin ölüm, gaiplik, gaiplik karinesi gibi durumlarında alan adı yasal mirasçılara devredilebilir.

b) Tüzel kişiler, sahip oldukları alan adını birleşme, devralma gibi sebeplerle devredebilirler.

c) Marka ve/veya patent sahibi gerçek ve/veya tüzel kişiler bu marka ve/veya patent ile ilgili haklarını devretmeleri durumunda sahip oldukları marka ve/veya patente ilişkin alan adlarını da devredebilirler.

ç) Fikir veya sanat eserlerinin kayıt ve tescilini yaptırmış olan gerçek ve/veya tüzel kişiler bu fikir veya sanat eserleri ile ilgili haklarını devretmeleri durumunda sahip oldukları fikir veya sanat eserlerine ilişkin alan adlarını da devredebilirler.

(2) Devir talebi hizmet alınan KK'nın İnternet sitesinde yer alan ilgili formun tam ve doğru olarak doldurulması suretiyle yapılır. KK'nın, TRABİS üzerinden gerekli işlemleri tamamlaması halinde alan adının devri gerçekleştirilir.

(3) Devredilen alan adının kullanım süresi değişmez.

"a.tr" yapısındaki alan adlarının ilk tahsisi

GEÇİCİ MADDE 3 – (1) "a.tr" yapısındaki alan adlarının ilk tahsisi belgeli olarak Kurum tarafından düzenlenecek çerçevede yapılır.

(2) "a.tr" yapısındaki alan adlarının ilk tahsisinde alınacak başvuru ücretleri Kurum tarafından belirlenir.

(3) İlk tahsis işlemlerinde, sırasıyla, kamu kurum ve kuruluşlarına, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait kuruluşlara, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarına, kamuya yararlı dernekler ve vakıflar ile işçi ve işveren meslek kuruluşlarına öncelik verilir.

Yürürlük

MADDE 33 – (1) Bu Yönetmeliğin;

a) 13 üncü maddesi TRABİS'in faaliyete geçmesinden üç yıl sonra,

b) 14 üncü, 15 inci ve 24 üncü maddeleri ile Geçici Madde 1'i yayımı tarihinde,

c) Geçici Madde 3'i TRABİS'in faaliyete geçmesinden oniki ay sonra,

ç) Diğer maddeleri TRABİS'in faaliyete geçtiği tarihten itibaren

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 34 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Ulaştırma Bakanı yürütür.

EK

Alan Adlarının Yapısı ve Belgeli Tahsis Edilen Alt Alanlar

1. Tanımlar

"a.b.tr" ve "a.tr" yapısındaki İnternet alan adlarında;

tr Ülkemizin ISO (International Organization for Standardization -Uluslararası Standardizasyon Örgütü) 3166 standardı ile belirlenen ve İnternet alan adlarında kullanılan kodunu

b ".tr" uzantılı İnternet alan adları altında tanımlanan alt alan adlarını

a Bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde kişilerin serbestçe belirlediği alanı

ifade eder.

2. Alt Alanlar

".tr" altında tanımlanan alt alanlar aşağıda belirtilmiştir.

".com"	".net"	".biz"	".info"	".bbs"
".name"	".org"	".web"	".gen"	".av"
".tv"	".dr"	".k12"	".tel"	".bel"
".gov"	".edu"	".pol"	".tsk"	

3. Belgeli Tahsis Edilen Alt Alan Adları

Aşağıda yer alan alt alanlar belirtilen taraflara Kurumun belirleyeceği belgeler karşılığında tahsis edilir.

Alt Alan	**Tahsis Edilecek Taraf**
".av"	Türkiye Barolar Birliğine kayıtlı serbest avukatlar, hukuk büroları ve avukatlık ortaklıkları

“.bel”	İçişleri Bakanlığı kayıtlarında yer alan belediyeler
“.dr”	Türk Tabipler Birliğine kayıtlı tıp doktorları, doktor ortaklıkları, hastaneler ve Sağlık Bakanlığı birinci basamak sağlık kuruluşları
“.edu”	T.C. Yüksek Öğretim Kurumu (YÖK) tarafından tanınan yüksek eğitim kurumları
“.gov”	Kamu kurum ve kuruluşları
“.pol”	Emniyet Genel Müdürlüğü ve bünyesindeki birimler
“.k12”	Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) tarafından onaylanmış okul öncesi eğitim veren kreş, anaokulu, ilköğretim, lise ve dengi öğretim kurumları
“.tsk”	Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde yer alan birimler

Radyo, Televizyon ve İsteğe Bağlı Yayınların İnternet Ortamından Sunumu Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 01.08.2019

Resmi Gazete Sayısı : 30849

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan:

RADYO, TELEVİZYON VE İSTEĞE BAĞLI YAYINLARIN İNTERNET ORTAMINDAN SUNUMU HAKKINDA YÖNETMELİK

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin internet ortamından sunumuna, iletimine, medya hizmet sağlayıcılara yayın lisansı, platform işletmecilerine de yayın iletim yetkisi verilmesine ve söz konusu yayınların denetlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin internet ortamından sunumu ile bu yayın hizmetlerini internet ortamından sunan özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşları ve bu yayın hizmetlerinin iletimini sağlayan platform işletmecilerini kapsar.

(2) Kurumun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla;

a) Bireysel iletişim hizmetleri, bu Yönetmeliğin kapsamında değerlendirilmez.

b) Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini internet ortamından iletmeye özgülenmemiş platformlar ile,

c) Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerine yalnızca yer sağlayan gerçek ve tüzel kişiler,

bu Yönetmeliğin uygulanmasında platform işletmecisi sayılmaz.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik; 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 19 uncu, 27 nci, 29 uncu, 29/A nıncı, 32 nci, 33 üncü, 37 nci, 42 nci ve 44 üncü maddeleri ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8/A nıncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Bireysel iletişim: Kişiler arası görsel-işitsel etkileşim ve iletişimi sağlama yolunu,

b) Editoryal sorumluluk: Programların içeriği ve seçimi ile radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde bir yayın akış çizelgesi, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ise bir katalog içinde sunulmasına ilişkin düzenleme ve kontrol yetkisine sahip olmayı,

c) Erişim: Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını,

ç) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

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

e) Eş zamanlı yayın: Bir radyo veya televizyon yayınının internet ortamı yanında diğer iletim ortamlarından da aynı anda ve içeriğinde değişiklik yapılmaksızın iletimini,

f) Geçici yayın hakkı: 6112 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, Üst Kurulca sıralama ihalesi yapılıp, karasal yayın lisansları verilene kadar geçecek süre içerisinde, sadece mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun geçici 6 ncı maddesi uyarınca karasal ortamda yayında olan radyo ve televizyon kuruluşlarının, Üst Kurulca yayın yapmalarına müsaade edilmiş olan yerleşim yerleri ile sınırlı olmak kaydıyla, yayınlarına devam edebilmelerini,

g) İçeriğin yayından çıkarılması: İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılmasını,

ğ) İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliği: 15/6/2011 tarihli ve 27965 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlar ile Platform ve Altyapı İşletmecilerinin Uymaları Gereken İdari ve Mali Şartlar Hakkında Yönetmeliği,

h) İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı,

ı) İnternet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti: Bireysel iletişim hizmetleri dışında, programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak ve doğrudan veya koşullu erişim yoluyla internet ortamından izlendiği veya dinlendiği yayın hizmetini,

i) İnternet ortamından yayın iletim yetkisi: İnternet yayın platform işletmecisi kuruluşların radyo, televizyon ve/veya isteğe bağlı yayın hizmetlerini internet ortamından ve/veya mobil uygulamalar vasıtasıyla iletebilmeleri için Üst Kurulca verilen yetkilendirme belgesini,

j) İnternet ortamından yayın lisansı: Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, mobil uygulamalar dâhil internet ortamından tümleşik televizyon alıcısı, bilgisayar, akıllı telefon, tablet ve benzeri cihazlarla alınabilecek şekilde radyo, televizyon ve/veya isteğe bağlı yayın yapabilmeleri için Üst Kurulca verilen izin belgesini,

k) İnternet radyo yayını: Bireysel iletişim hizmetleri dışında, programların bir yayın akış çizelgesine dayalı internet ortamından yapılan ses ve veri yayınını,

l) İnternet televizyon yayını: Bireysel iletişim hizmetlerinin dışında, programların bir yayın akış çizelgesine dayalı olarak izlenebilmesi amacıyla bir medya hizmet sağlayıcı tarafından sunulan şifreli veya şifresiz görsel-işitsel yayın hizmetinin internet ortamından yayınlanmasını,

m) İnternet yayın platform işletmecisi: Çok sayıda radyo, televizyon ve/veya isteğe bağlı yayın hizmetini internet ortamından kendilerine ait bir URL adresi ve/veya mobil uygulamalar vasıtasıyla iletimini sağlayarak, doğrudan ve/veya koşullu erişim yoluyla tümleşik televizyon alıcısı, bilgisayar, akıllı telefon, tablet veya benzeri cihazlarla alınabilecek şekilde kullanıcıların hizmetine sunan kuruluşu,

n) İsteğe bağlı yayın hizmeti: Programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve/veya münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak izlendiği veya dinlendiği yayın hizmetini,

o) Koşullu erişim: Yayın hizmetlerine abonelik veya başka bir yöntemle önceden izin verilmesi yoluyla koşullu olarak erişimi sağlayan her türlü teknik tedbir ve düzenlemeyi,

ö) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın internet ortamında radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi,

p) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

r) Medya hizmet sağlayıcı: Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi,

s) Mobil uygulama: Yayın içeriklerinin bilgisayar, akıllı televizyon, telefon, tablet gibi cihazlardan alınmasının sağlanması amacıyla özel olarak kodlanmış ve tasarlanmış yazılımları,

ş) Net satış: 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 37 nci maddesinde tanımlanan net satışları,

t) URL adresi: İlgili içeriğin internette bulunduğu tam internet adresini,

u) Üst Kurul: Radyo ve Televizyon Üst Kurulunu,

ü) Yayın hizmeti: Medya hizmet sağlayıcının editoryal sorumluluğu altında ve temel amacı kamuoyunu bilgilendirmek, eğlendirmek veya eğitmek üzere elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sunmak olan, bireysel iletişim hariç olmak üzere, televizyon yayın hizmeti, isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticarî iletişim ile radyo yayın hizmetini,

v) Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri,

ifade eder.

(2) Bu Yönetmelikte geçen ancak birinci fıkrada tanımlanmayan kavramlar ve kısaltmalar için ilgili mevzuatında yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Lisans İşlemleri ve Yayın İletim Yetkisi

İnternet ortamından yayın lisans tipleri ile internet yayın iletim yetki belgesi

MADDE 5 – (1) Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, bu hak ve lisansları ile yayınlarını 6112 sayılı Kanun ve 5651 sayılı Kanun ile bu Yönetmeliğin ilgili hükümlerine uygun olarak internet ortamından da sunabilirler.

(2) Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini sadece internet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcılar Üst Kuruldan internet ortamından yayın lisansı almak zorundadır.

(3) Bu Yönetmelikte belirtilen şartları sağlayan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan internet ortamından radyo yayını sunmak için talepte bulunanlara İNTERNET-RD yayın lisansı, internet ortamından televizyon yayını sunmak için talepte bulunanlara İNTERNET-TV yayın lisansı,

internet ortamından isteğe bağlı yayın hizmeti sunmak için talepte bulunanlara İNTERNET-İBYH yayın lisansı verilir.

(4) Aynı medya hizmet sağlayıcı kuruluş ancak bir radyo, bir televizyon ve bir isteğe bağlı yayın hizmeti sunabilir ve bu hizmetler için ayrı ayrı yayın lisansı almak zorundadır.

(5) Medya hizmet sağlayıcı kuruluş internet ortamından yayın lisansı kapsamında sadece internet ortamından sunduğu yayınlarını kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan da sunmak istemesi halinde her bir yayın tekniği ve ortamına ilişkin olarak ayrı ayrı yayın lisansı almak zorundadır.

(6) Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini internet ortamından iletmek isteyen platform işletmecileri Üst Kuruldan internet ortamından yayın iletim yetkisi almak zorundadır.

(7) Bu Yönetmelikte belirtilen şartları sağlayan kuruluşlardan talepte bulunanlara internet yayın platform işletmecisi olarak faaliyet gösterebilmeleri için internet ortamından yayın iletim yetkisi verilir.

(8) İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunmasına rağmen, Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu Üst Kurulun görev alanına ilişkin uluslararası antlaşmalar ve 6112 sayılı Kanun hükümlerine aykırı yayın yaptığı Üst Kurulca tespit edilen bir başka ülkenin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılarının veya platform işletmecilerinin yayın hizmetlerinin internet ortamından iletimi ile internet ortamından Türkçe olarak Türkiye'ye yönelik yayın yapan veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte Türkiye'ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren yayın kuruluşlarının yayın hizmetleri hakkında da bu Yönetmelik hükümleri uygulanır. Bu kuruluşların internet ortamındaki yayınlarına devam edebilmeleri için Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki diğer kuruluşlar gibi Üst Kuruldan internet ortamından yayın lisansı, bu kapsamdaki platform işletmecilerinin de internet ortamından yayın iletim yetkisi alması zorunludur.

Diğer ortamlardan yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar

MADDE 6 – (1) Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile bu Yönetmeliğin yayımından sonra, karasal, uydu, kablolu (sadece kablolu ortamdan tek il için yayın lisansı bulunanlar hariç) veya diğer ortamlardan ilgili mevzuata uygun olarak Üst Kuruldan yayın lisansı alan kuruluşlar, lisans süreleri ile sınırlı olmak ve yayınlarını sunacakları URL adresi ve/veya yayınlarının iletimini gerçekleştirecek platform işletmecisini Üst Kurula bildirmek ve Üst Kurulca kayıt altına alınmak kaydıyla yayınlarını internet ortamından sunabilirler.

(2) Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar radyo ve televizyon yayın hizmetlerini internet ortamından da sunmaları halinde, bu yayınlarda değişiklik yapmadan diğer ortamlarla eş zamanlı olarak yayınlamak; isteğe bağlı yayınlarını ise aynı program kataloğuna bağlı olarak sunmak zorundadır.

İnternet ortamından yayın lisansı başvurusu

MADDE 7 – (1) İnternet ortamından yayın lisansı münhasıran radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sunmak amacıyla Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan anonim şirketlere verilir.

(2) İnternet ortamından yayın lisansı başvuruları, Üst Kurula muhatap talep dilekçesiyle birlikte Üst Kurulca hazırlanan internet ortamından yayın lisans başvuru formları doldurulup imzalanmak ve aşağıdaki belgeler de eklenmek suretiyle yapılır:

a) Ana sözleşme ve varsa değişikliklerine ilişkin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi.

b) 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 332 nci maddesinde öngörülen en az sermaye tutarının tamamının ödendiğini gösterir mali müşavir raporu.

c) Ortak, yönetim kurulu üyeleri, genel müdür ve sorumlu müdür ile varsa genel müdür yardımcısına ait T.C. kimlik numarası, yerleşim yeri beyanı ve adli sicil kaydı olmadığına dair beyan, yabancı uyruklu kişiler için pasaportun noter onaylı örneği.

ç) Kullanılacak logo ve/veya çağrı işaretine ilişkin yönetim kurulu kararı ile bu konudaki başvuru ve/veya hak sahipliğini gösterir belgelerin örneği.

d) Temsile yetkili kişilere ait imza sirküleri.

(3) Diğer ortamlardan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşların, 6 ncı madde uyarınca internet ortamından sundukları radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri dışındaki internet ortamından radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri için başvurularında; talep dilekçesini ve ilgili yayın hizmetine ilişkin doldurulup imzalanmış internet ortamından yayın lisans başvuru formlarını Üst Kurula iletmeleri yeterlidir.

(4) Bu Yönetmelikte aranan şartların sağlanması ve istenilen bilgi ve belgelerin Üst Kurula ibrazı halinde, internet ortamından yayın lisansı başvuruları Üst Kurul tarafından 6112 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı uyarınca değerlendirilir ve uygun bulunanlara internet ortamından yayın lisansı verilir.

(5) Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar yayın akış çizelgesinde yer alan görsel işitsel hizmetleri eş zamanlı olmadan arşivden

veya depodan yayınlamak istemeleri halinde internet ortamından isteğe bağlı yayın lisansı almak zorundadırlar.

İnternet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusu

MADDE 8 – (1) İnternet ortamından yayın iletim yetkisi Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan limited veya anonim şirketlere verilir. Yayın iletim yetkisi verilmesi için Kurum tarafından elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak üzere yetkilendirilmiş bulunma şartı aranmaz.

(2) İnternet ortamından yayın iletim yetkisi başvuruları, Üst Kurula muhatap talep dilekçesiyle birlikte Üst Kurulca hazırlanan internet ortamından yayın iletim yetkisi başvuru formları doldurulup imzalanmak ve aşağıdaki belgeler de eklenmek suretiyle yapılır:

a) Ana sözleşme ve varsa değişikliklerine ilişkin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi.

b) Ortak, yönetim kurulu üyeleri, genel müdür ve varsa genel müdür yardımcısına ait T.C. kimlik numarası, yerleşim yeri beyanı ve adli sicil kaydı olmadığına dair beyan, yabancı uyruklu kişiler için pasaportun noter onaylı örneği.

c) Temsile yetkili kişilere ait imza sirküleri.

ç) Koşullu erişim sistemine ilişkin bilgi ve belgeler.

(3) Bu Yönetmelikte aranan şartların sağlanması ve istenilen bilgi ve belgelerin Üst Kurula ibrazı halinde, internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusu Üst Kurul tarafından 6112 sayılı Kanun ve ilgili mevzuatı uyarınca değerlendirilir ve uygun bulunanlara internet ortamından yayın iletim yetkisi verilir.

Gerçeğe aykırı beyan ve gerçeğe aykırı belge sunumu

MADDE 9 – (1) 7 nci ve 8 inci maddeler uyarınca beyanda bulunduğu hususların ve sunduğu belgelerin gerçeğe aykırı olduğu tespit edilenlerin başvurusu geçersiz sayılır. Bunların başvuruları kabul edilmiş olsa dahi iptal edilir. Bunlar hiçbir hak talep edemezler. Gerçeğe aykırı belge sunduğu veya beyanda bulunduğu tespit edilenler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanmak üzere Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

İnternet ortamından yayın lisansı almadan yapılan yayın hizmetleri

MADDE 10 – (1) Üst Kurul tarafından resen ve/veya şikâyet üzerine internet ortamından yayın lisansı bulunmayan yayın hizmetlerinin sunulduğunun tespiti halinde, bu durum Üst Kurulun

internet sitesinde duyurulur. Bu duyuruda söz konusu yayın hizmetlerini sunan gerçek veya tüzel kişiye;

a) Bu Yönetmelik uyarınca internet ortamından yayın lisansı başvurusunda bulunabileceği, başvuru talebini içeren dilekçesi ve eki taahhütname ile birlikte üç aya tekabül eden yayın lisans ücretini peşin olarak ödemesi halinde üç ay süresince yayınlarına devam edebileceği,

b) Belirtilen süre içerisinde internet ortamından yayın lisansı verilmesi işlemlerinin tamamlanmaması ve bu süre için de hesaplanacak yayın lisansı ücretini peşin olarak ödemesi halinde ilave üç ay daha yayın hizmetlerini sunabileceği,

c) Başvuru talebini içeren dilekçesiyle birlikte taahhütnameyi sunmaz ve üç aya tekabül eden yayın lisans ücretini peşin olarak ödemez veya yayın hizmetlerine bu duyuruyu müteakiben yetmiş iki saat içerisinde son vermez ise Üst Kurul tarafından 6112 sayılı Kanunun 29/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sulh ceza hâkiminden söz konusu yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi talebinde bulunulacağı ve ayrıca aynı Kanunun 33 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulacağı

ihtar edilir.

(2) Bu ihtar Üst Kurulun internet sitesinde yayımlanır.

(3) İhtar üzerine;

a) Bu maddeye uygun olarak internet ortamından yayın lisansı başvurusunda bulunanlar yayın lisansı verilmesi işlemleri tamamlanıncaya kadar bu maddede belirtilen süre ve koşullarla yayın hizmetlerini sunmaya devam edebilirler.

b) Bu maddeye uygun olarak internet ortamından yayın lisansı başvurusunda bulunulmaması halinde, Üst Kurul tarafından;

1) 6112 sayılı Kanunun 29/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, söz konusu yayınla ilgili olarak sulh ceza hâkiminden içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi talep edilir.

2) 6112 sayılı Kanunun 33 üncü maddesi uyarınca, yayın yapan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü hakkında suç duyurusunda bulunulur.

(4) Bu madde uyarınca işlemleri tamamlanarak internet ortamından yayın lisansı verilen kuruluşların bu maddeye uygun olarak internet ortamından yayın lisansı başvurusunda bulundukları tarihten itibaren geçen süre internet ortamından yayın lisansı sürelerinden mahsup edilir.

İnternet ortamından yayın iletim yetkisi almadan yapılan yayın hizmetleri

MADDE 11 – (1) Üst Kurul tarafından resen ve/veya şikâyet üzerine internet ortamından yayın iletim yetkisi bulunmayan platform işletmecilerince yayın hizmetlerinin iletiminin gerçekleştirildiğinin tespiti halinde, bu durum Üst Kurulun internet sitesinde duyurulur. Bu duyuruda söz konusu yayın hizmetlerini ileten platform işletmecilerine;

a) Bu Yönetmelik uyarınca internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusunda bulunabileceği, başvuru talebini içeren dilekçesi ve eki taahhütname ile birlikte üç aya tekabül eden yayın iletim yetkilendirme ücretini peşin olarak ödemesi halinde üç ay süresince yayın hizmeti iletimine devam edebileceği,

b) Belirtilen süre içerisinde internet ortamından yayın iletim yetkisi işlemlerinin tamamlanmaması ve bu süre için de hesaplanacak yayın iletim yetkilendirme ücretinin peşin olarak ödenmesi halinde ilave üç ay daha yayın hizmetlerini iletebileceği,

c) Başvuru talebini içeren dilekçesiyle birlikte taahhütnameyi sunmaz ve üç aya tekabül eden yayın iletim yetkilendirme ücretini peşin olarak ödemez veya yayın hizmetlerinin iletimine bu duyuruyu müteakiben yetmiş iki saat içerisinde son vermez ise Üst Kurul tarafından 6112 sayılı Kanunun 29/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sulh ceza hâkiminden söz konusu yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi talebinde bulunulacağı

ihtar edilir.

(2) Bu ihtar Üst Kurulun internet sitesinde yayımlanır.

(3) İhtar üzerine;

a) Bu maddeye uygun olarak internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusunda bulunanlar yayın iletim yetkisi verilmesi işlemleri tamamlanıncaya kadar bu maddede belirtilen süre ve koşullarla yayın hizmetlerini iletmeye devam edebilirler.

b) Bu maddeye uygun olarak internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusunda bulunulmaması halinde, Üst Kurul tarafından 6112 sayılı Kanunun 29/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, söz konusu yayınla ilgili olarak sulh ceza hâkiminden içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi talep edilir.

(4) Bu madde uyarınca işlemleri tamamlanarak internet ortamından yayın iletim yetkisi verilen kuruluşların bu maddeye uygun olarak internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusunda bulundukları tarihten itibaren geçen süre internet ortamından yayın iletim yetkisi sürelerinden mahsup edilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yayın Lisans ve Yayın İletim Yetkilendirme Ücreti, Lisans Süresi, Yenilenmesi ve Değerlendirme

İnternet ortamından yayın lisans ücreti ve mali yükümlülükler

MADDE 12 – (1) İNTERNET-RD yayın lisansı ücreti 10.000,00 Türk lirası; İNTERNET-TV yayın lisansı ücreti 100.000,00 Türk lirası; İNTERNET-İBYH yayın lisansı ücreti 100.000,00 Türk lirasıdır.

(2) İnternet ortamından tele alışveriş konulu tematik yayın lisans ücretleri birinci fıkradaki bedellerin beş katı olarak hesaplanır.

(3) Yayın hizmetlerini abone ve/veya kullanıcılara ücret karşılığında ve koşullu erişim yoluyla sunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar yıllık net satışlarının binde beşini izleyen yılın Nisan ayı sonuna kadar Üst Kurula öderler.

(4) İnternet ortamından yayın lisans ücreti peşin veya taksitle ödenebilir. Yayın lisans ücretini taksitle ödemek isteyen kuruluşlar, birinci taksitini lisans belgesinin verilmesinden önce ödemek koşuluyla, altı taksit miktarı tutarında tedavüldeki Türk parası cinsinden nakdi teminat veya Üst Kurula muhatap düzenlenmiş ve Üst Kurul tarafından belirlenen örneğe uygun on yıl süreli banka teminat mektubu sunmak zorundadır.

(5) İnternet ortamından yayın lisans ücretleri Üst Kurul tarafından 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca ilan edilen yeniden değerleme oranında arttırılmak suretiyle belirlenerek Üst Kurulun internet sitesinde yayınlanır ve takip eden Ocak ayı başından itibaren uygulanır ve internet ortamından yayın lisans belgesinin düzenlendiği tarihte geçerli olan tarifeye göre ödenir.

İnternet ortamından yayın lisans ücretinin iadesi

MADDE 13 – (1) 18 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında ve 6112 sayılı Kanunun 7 nci ve 32 nci maddelerinde sayılan nedenlerle internet ortamından yayın lisansı iptal edilen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan alınmış olan internet ortamından yayın lisans ücreti iade edilmez.

(2) 18 inci maddenin üçüncü fıkrasında sayılan nedenlerle internet ortamından yayın lisansı sonlandırılan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan alınmış olan internet ortamından yayın lisans ücretleri, kuruluşların yazılı talepleri üzerine kalan lisans süresi hesaplanmak suretiyle iade edilir.

İnternet ortamından yayın lisans süresi ve yenilenmesi

MADDE 14 – (1) İnternet ortamından yayın lisansı on yıl süreyle verilir. İnternet ortamından yayın lisans süresinin başlangıcı belgenin düzenlendiği tarihtir.

(2) Sürenin bitimine en az iki ay kala, Üst Kurula başvuruda bulunularak internet ortamından yayın lisansının yenilenmesi talebinde bulunulabilir. Bu durumda, internet ortamından yayın lisans ücretinin taksitle ödenmek istenmesi halinde banka teminat mektubu sunma şartı aranmaz.

(3) Sürenin bitiminden sonra yapılan başvurular ancak yeni başvuru olarak değerlendirilir.

İnternet ortamından yayın iletim yetkilendirme ücreti

MADDE 15 – (1) İnternet ortamından yayın iletim yetkilendirme ücreti yıllık 100.000,00 Türk lirasıdır. Koşullu erişim sağlayan internet yayın platform işletmecileri bu ücrete ilave olarak, yıllık net satışlarının binde beşini, izleyen yılın Nisan ayı sonuna kadar Üst Kurula öderler.

(2) İnternet ortamından yayın iletim yetkilendirme ücreti, peşin veya yayın iletim yetkisi verilmesini müteakip altı ay içerisinde eşit taksitle ödenebilir. İnternet ortamından yayın iletim yetkilendirme ücretinin taksitle ödenmek istenilmesi halinde, birinci taksiti yayın iletim yetkisi verilmesinden önce ödemek koşuluyla, dört taksit miktarı tutarında tedavüldeki Türk parası cinsinden nakdi teminat veya Üst Kurula muhatap düzenlenmiş ve Üst Kurul tarafından belirlenen örneğe uygun banka teminat mektubu sunulması zorunludur.

(3) İnternet ortamından yayın iletim yetkilendirme ücreti takvim yılı esasına göre belirlenir. Yıl içinde yayın iletim yetkilendirme belgesi verilmesi halinde yetkilendirme ücreti yılın kalan kısmı için kıst olarak hesaplanır.

(4) İnternet ortamından yayın iletim yetkilendirme ücretleri Üst Kurul tarafından 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca ilan edilen yeniden değerleme oranında arttırılmak suretiyle belirlenerek Üst Kurulun internet sitesinde yayınlanır ve takip eden ocak ayı başından itibaren uygulanır ve internet ortamından yayın iletim yetkilendirme belgesinin düzenlendiği tarihte geçerli olan tarifeye göre ödenir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşların ve İnternet Yayın Platform İşletmecilerinin Yükümlülükleri

Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yükümlülükleri

MADDE 16 – (1) İnternet ortamından yayın lisansı verilen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar;

a) Üst Kurula beyanda bulunduğu hususlarda ve sunduğu belgelerde meydana gelen değişiklikleri Üst Kurula bildirmekle, bu bilgi ve belgelerin güncelliğini sağlamakla,

b) 5651 sayılı Kanun ve 6112 sayılı Kanunlarda, bu Yönetmelikte, ilgili diğer mevzuatta ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda öngörülen yükümlülükleri yerine getirmekle,

c) Üst Kurulca 6112 sayılı Kanun kapsamında uygun bulunmayan ihlale konu isteğe bağlı yayın hizmetlerini program kataloğundan çıkarmakla,

ç) Şirket ve ortaklık yapısına, programlarına, yayınlarını ileten platform işletmecilerine ve varsa koşullu erişim sağladığı kullanıcı sayısına ilişkin Üst Kurul tarafından istenilen her türlü bilgi ve belgeyi belirtilen süre içerisinde vermekle,

d) Üst Kurulca yayın hizmetlerinin izlenmesini ve değerlendirilmesini teminen, yayın hizmetinde kullanılan ses ve görüntü dosyalarına Üst Kurulun erişimine izin vererek uzaktan izlenmesi ve gerekmesi halinde Üst Kurulun kayıt sistemine kaydedilmesi amacıyla Üst Kurulun talep ettiği sayıda abonelik hakkını, gereken yazılım ve donanımları her türlü lisans ve kullanım hakkı ile Üst Kurula vermekle,

e) Şifreli yayınlarda görüntü ile birlikte sesi de anlaşılmayacak şekilde şifrelemekle,

f) Yayın hizmetinin sunulacağı internet adreslerini, künye bilgilerini, adres ve kayıtlı elektronik posta adresini, sorumlu müdür ve izleyici temsilcisinin adını ve iletişim bilgilerini ve bunlarla ilgili değişiklikleri Üst Kurula bildirmek ve internet sitelerinde yayınlamakla,

g) Yayın kayıtlarını yapıldığı tarihten itibaren bir yıl süreyle muhafaza etmekle,

ğ) Üst Kurulca istenen yayın kaydının bir kopyasını, buna ilişkin yazının kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren on gün içinde Üst Kurula ulaştırmakla,

h) Yayının herhangi bir şekilde soruşturma veya kovuşturma konusu yapılması halinde bu işlemlerin sonuçlandığının yetkili mercilerce ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşa yazılı olarak bildirilmesine kadar soruşturma veya kovuşturma konusu yayın kaydını saklamakla,

ı) Koruyucu sembol sistemi kullanarak izleyicileri program hizmetlerinin içeriği hakkında sesli veya yazılı olarak bilgilendirmekle,

i) İsteğe bağlı yayınlar için program kataloglarını Üst Kurula bildirmekle,

j) 26/8/2011 tarihli ve 28037 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşların Elde Ettiği Ticari İletişim Gelirlerinin Denetimi ve Bu Gelirler Üzerinden Alınacak Üst Kurul Paylarının Beyan ve Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre elde ettiği ticari iletişim gelirlerini beyan etmekle ve buna isabet eden Üst Kurul payını ödemekle,

k) Yayın hizmetlerini abone ve/veya kullanıcılara ücret karşılığında ve koşullu erişim yoluyla sunmaları halinde yıllık net satışlarının binde beşini izleyen yılın Nisan ayı sonuna kadar Üst Kurula ödemekle,

yükümlüdürler.

(2) Üst Kurul tarafından yayın içerikleri nedeniyle uygulanan program durdurma, yayın durdurma ve lisans iptali yaptırımları medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayın yaptığı bütün iletim ortamlarını kapsar.

İnternet yayın platform işletmecilerinin yükümlülükleri

MADDE 17 – (1) İnternet yayın platform işletmecileri;

a) Üst Kurula beyanda bulunduğu hususlarda ve sunduğu belgelerde meydana gelen değişiklikleri Üst Kurula bildirmekle, bu bilgi ve belgelerin güncelliğini sağlamakla,

b) 5651 sayılı Kanun ve 6112 sayılı Kanunlarda, bu Yönetmelikte, İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliğinde, ilgili diğer mevzuatta ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda öngörülen yükümlülükleri yerine getirmekle,

c) Yayın lisansı olmayan, yayın lisans süresi sona eren veya yayın lisansı iptal edilen medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayınlarını iletmemekle,

ç) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara tarafsızlık ve hakkaniyet ölçülerinde, makul ve ayrımcılık içermeyecek koşullarda hizmet vermekle,

d) Koşullu erişim sağladığı kullanıcı sayısını her yıl Aralık ayı başında ve Üst Kurulca talep edildiğinde Üst Kurula bildirmekle,

e) İlettiği yayınları Üst Kurulca talep edilmesi halinde Üst Kurulun kayıt sistemine kayıt edilebilecek şekilde Üst Kurula ulaştırmakla, Üst Kurulun talep ettiği sayıda abonelik hakkını, bu amaçla gereken yazılım ve donanımları ile birlikte Üst Kurula vermekle,

f) Yayınlarda kullanılan ses ve görüntü dosyalarına Üst Kurulun erişimine izin vererek uzaktan izlenmesi ve gerekmesi halinde Üst Kurulun kayıt sistemine kaydedilmesini sağlamakla,

g) Yayınlarının iletimini sağladığı medya hizmet sağlayıcı kuruluşların unvanı, adresi, telefon numarası, logo/çağrı işareti, lisans tipi ve lisansını aldığı ülke ve yayın dili, bilgilerinin yer aldığı listeyi her yılın Ekim ayı başında; bunlarla ilgili her türlü değişikliği ise değişikliğin olduğu tarihten itibaren en geç bir ay içerisinde Üst Kurula bildirmekle,

ğ) Koşullu erişim sağlamaları halinde yayın iletim yetkilendirme ücretine ilave olarak, yıllık net satışlarının binde beşini izleyen yılın Nisan ayı sonuna kadar Üst Kurula ödemekle,

h) Yayın hizmetinin iletileceği internet adreslerini, künye bilgilerini, adres ve kayıtlı elektronik posta adresini ve bunlarla ilgili değişiklikleri Üst Kurula bildirmek ve internet sitelerinde yayımlamakla,

yükümlüdürler.

(2) İnternet yayın platform işletmecileri medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan talep edecekleri hizmet bedeli tarifelerini, benzer konumdaki kuruluşlar arasında haklı olmayan nedenlerle ayrım gözetilmemesi, rekabet ortamının ve çoğulculuğun güvence altına alınması, yoğunlaşmanın önlenmesi, kamu menfaatinin korunması, adil ve şeffaf olması, mümkün olduğunca ilgili hizmetlerine ilişkin maliyetleri yansıtması ilkelerine uygun olarak hazırlayıp Üst Kurulun onayına sunarlar.

(3) İnternet yayın platform işletmecileri, Üst Kuruldan internet ortamından yayın lisansı bulunmayan veya internet ortamından yayın lisansı iptal edilen medya hizmet sağlayıcılar ile Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu Üst Kurulun görev alanına giren uluslararası antlaşmalar ve 6112 sayılı Kanun hükümlerine aykırı yayın yaptığı Üst Kurulca tespit edilen bir başka ülkenin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin iletimini, Üst Kurul kararının tebliğini müteakiben durdurur. Tebliğe rağmen yayın hizmetlerinin iletimini durdurmayan veya diğer yükümlülüklerini Üst Kurulca verilen süre içinde yerine getirmeyen platform işletmecisinin yayın iletim yetkisi iptal edilir ve bu durum Kuruma bildirilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

İdari ve Adli Yaptırımlar

İnternet ortamından yayın lisansının iptali

MADDE 18 – (1) İnternet ortamından yayın lisansı verilmesi için aranan şartlardan birinin kaybedilmesi ve 6112 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşa gerekli şartları yerine getirmesi için otuz günlük süre verilir. Verilen süreye rağmen söz konusu şartı yerine getirmeyen kuruluşun yayınları üç ay süreyle durdurulur. Bu süre zarfında şartın yerine getirilmemesi halinde ise ilgili kuruluşun internet ortamından yayın lisansı iptal edilir.

(2) İnternet ortamından yayın lisansının verilmesi için gerekli şartlara uygunluğunu hile ile elde ettiği tespit edilen kuruluşun internet ortamından yayın lisansı iptal edilir.

(3) Mücbir sebep veya Üst Kurulca kabul edilecek diğer sebeplerle internet ortamından yayın hizmetini yerine getiremeyen medya hizmet sağlayıcı kuruluşun talebi halinde internet ortamından yayın lisansı sonlandırılabilir.

İçeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi ve suç duyurusu

MADDE 19 – (1) Bu Yönetmeliğe aykırı olarak internet ortamından yayın hizmetlerinin sunulduğunun Üst Kurul tarafından resen ve/veya şikâyet üzerine tespiti halinde, 10 uncu madde hükümleri uygulanır.

(2) Ancak, geçici yayın hakkı ve/veya lisansı Üst Kurul tarafından iptal edilmesine rağmen, yayın hizmetlerinin internet ortamından iletildiği Üst Kurulca tespit edilen gerçek ve tüzel kişilerin yayınları hakkında 10 uncu madde hükümleri uygulanmaksızın 6112 sayılı Kanunun 29/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, söz konusu yayınla ilgili olarak sulh ceza hâkiminden içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi talep edilir ve ayrıca 6112 sayılı Kanunun 33 üncü maddesi uyarınca, yayın yapan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü hakkında suç duyurusunda bulunulur.

(3) Sulh ceza hâkimi tarafından erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL ve benzeri şeklinde) içeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Sulh ceza hâkimi, kararı gereği yapılmak üzere Kuruma gönderir. Bu karar Kurum Başkanı tarafından erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçeriğin yayından çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara Kurum Başkanı tarafından 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen idari para cezası uygulanır.

ALTINCI BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Teknik şartlar

MADDE 20 – (1) İnternet ortamından yayın hizmetlerinin sunumuna ve iletimine ilişkin teknik kriterler, ulusal ve uluslararası standartlar ile teknolojik gelişmeler göz önünde bulundurularak Üst Kurulca belirlenebilir. Bu halde, internet ortamından yayın lisansı ve internet ortamından yayın iletim yetkisi verilmesinde ve bu faaliyetlerin yürütülmesinde Üst Kurulca belirlenen teknik kriterler esas alınır.

Çocukların korunması

MADDE 21 – (1) İnternet ortamından yayın lisansı verilen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile yayın iletim yetkisi verilen internet yayın platform işletmecileri, çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek türde yayınlara ebeveyn kontrolünü sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür.

(2) Çocuğun üye olamayacağı ve kişiye özel üyelik sistemi ile hizmet veren internet ortamından yayın lisansı verilen medya hizmet sağlayıcılar ile internet yayın platform işletmecilerine, 6112 sayılı Kanundaki ve bu Yönetmelikteki çocukların korunması amacına yönelik hükümler uygulanmaz.

Müşterek hükümler

MADDE 22 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasına ilişkin hususlarda; Üst Kurul ve Kurum işbirliği yapabilir. Bu işbirliği, imkânları ölçüsünde Kurumun teknik imkân ve altyapısının kullanılmasını, bu Yönetmelik hükümlerine aykırı yayın hizmetlerinin mevcudiyetine ilişkin ihbar veya şikâyetlere ilişkin karşılıklı bilgi paylaşımını da kapsar.

(2) İnternet ortamından radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin denetlenmesine ilişkin merkez, mülkiyeti Üst Kurula ait olmak üzere, Üst Kurul ve Kurum tarafından müştereken kurulabilir.

(3) Üst Kurul ve Kurum arasında ihtiyaç duyulduğunda 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 25 inci maddesi kapsamında karşılıklı olarak personel değişimi yapılabilir.

İnternet ortamındaki mevcut yayın hizmetleri

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinde;

a) Karasal, uydu, kablolu veya diğer ortamlardan ilgili mevzuata uygun olarak Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan ve bu yayınlarını internet ortamından da sunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar bir ay içerisinde 7 nci maddenin üçüncü fıkrasında istenilen bilgi ve belgelerle birlikte 6 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca Üst Kurula başvuruda bulunmaları halinde yayınlarına internet ortamından da devam edebilirler.

b) Karasal, uydu, kablolu veya diğer ortamlardan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunmadığı halde internet ortamından radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sunan gerçek ve tüzel kişiler bir ay içerisinde internet ortamından yayın lisansı başvurusunda bulunmaları halinde yayın lisansı verilmesi işlemleri tamamlanıncaya kadar yayın hizmetlerini

sunmaya devam edebilirler. Bu süre içerisinde internet ortamından yayın lisansı başvurusunda bulunmamaları veya başvuruda bulundukları halde Üst Kurulca verilecek süre içerisinde eksikliklerini tamamlamamaları halinde, Üst Kurul tarafından;

1) 6112 sayılı Kanunun 29/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, söz konusu yayınla ilgili olarak sulh ceza hâkiminden içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi talep edilir.

2) 6112 sayılı Kanunun 33 üncü maddesi uyarınca, yayın yapan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü hakkında suç duyurusunda bulunulur.

3) Bu bent uyarınca işlemleri tamamlanarak internet ortamından yayın lisansı verilen kuruluşların internet ortamından yayın lisansı başvurusunda bulundukları tarihten itibaren geçen süre internet ortamından yayın lisansı sürelerinden mahsup edilir.

c) İnternet ortamından yayın hizmetlerinin iletimini gerçekleştiren platform işletmecileri yayın iletim yetkisi almak için bir ay içerisinde Üst Kurula başvurmak zorundadır. Bir ay içerisinde internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusunda bulunmaları halinde yayın iletim yetkisi verilmesi işlemleri tamamlanıncaya kadar yayın hizmetlerinin iletimini yapmaya devam edebilirler. Bir ay içerisinde internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusunda bulunmamaları veya başvuruda bulundukları halde Üst Kurulca verilecek süre içerisinde eksikliklerini tamamlamamaları halinde Üst Kurul tarafından,

1) 6112 sayılı Kanunun 29/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, söz konusu yayınla ilgili olarak sulh ceza hâkiminden içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi talep edilir.

2) Bu bent uyarınca işlemleri tamamlanarak internet ortamından yayın iletim yetkisi verilen internet yayın platform işletmecilerinin internet ortamından yayın iletim yetkisi başvurusunda bulundukları tarihten itibaren geçen süre internet ortamından yayın iletim yetkisi süresinden mahsup edilir.

Başvuru formları ve taahhütname

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) İnternet ortamından yayın lisans ve internet ortamından yayın iletim yetkisi başvuru formları ile 10 uncu ve 11 inci maddelerin birinci fıkralarının (a) bendinde öngörülen taahhütnameler bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinde Üst Kurulca onaylanarak Üst Kurulun internet sitesinde yayımlanır.

Yürürlük

MADDE 23 – (1) Bu Yönetmeliğin 10 uncu ve 11 inci maddeleri yayımından bir ay sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 24 – (1) Bu Yönetmeliğin 19 uncu maddesinin dördüncü fıkrası hükmünü Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı, 22 nci maddesi hükmünü müştereken Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanı, diğer hükümlerini Radyo ve Televizyon Üst Kurulu yürütür.

Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 28.10.2017

Resmi Gazete Sayısı : 30224

TÜKETİCİ HAKLARI YÖNETMELİĞİ

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, elektronik haberleşme sektöründe tüketici hak ve menfaatlerini korumaya yönelik usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, elektronik haberleşme sektöründe tüketici hakları ile işletmeci yükümlülüklerini kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununa dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi,

b) Abonelik sözleşmesi: İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşmeyi,

c) Elektronik haberleşme: Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını,

ç) Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını,

d) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi,

e) Kampanya: İşletmeci tarafından sunulmakta olan elektronik haberleşme hizmetlerinin, ilave edimler dâhil özel şartlarla ve belirli bir süre için sunulmasını,

f) Kişisel veri: Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek veya tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri,

g) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

ğ) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

h) Tüketici: Elektronik haberleşme hizmetini ticari veya mesleki olmayan amaçlarla kullanan veya talep eden gerçek veya tüzel kişiyi,

ifade eder.

(2) Bu Yönetmelikte geçen ancak bu maddenin birinci fıkrasında tanımlanmayan kavramlar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Başlıca Haklar ve Yükümlülükler

Tüketici hakları

MADDE 5 – (1) Elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan tüketiciler asgarî olarak aşağıda sıralanan haklara sahiptir:

a) Benzer konumdaki tüketicilerin hizmetlere eşit şartlarda erişebilme ve ayrım gözetmeyen adil ücretlerle hizmetlerden yararlanma hakkı,

b) Tüketicilerin elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeciyle sözleşme yapma hakkı,

c) Abonelerin kişisel verilerinin kamuya açık rehberlerde yer alıp almamasını talep etme hakkı,

ç) Rehbere ayrım gözetilmeksizin kaydolma ve rehber hizmetinden ücretli ve/veya ücretsiz yararlanma hakkı,

d) Acil arama hizmetleri hakkında bilgilendirilme ve bu hizmetlere ücretsiz erişebilme hakkı,

e) Abonelerin ayrıntılı fatura talep edebilme hakkı,

f) İşletmecinin sunacağı elektronik haberleşme hizmetinin kapsamı hakkında bilgi alabilme hakkı,

g) Abonelere sunulan hizmet için uygulanacak tarifeler/kampanyalar konusunda açık, detaylı ve güncel bilgilere erişebilme hakkı ile tarifelerdeki/kampanyalardaki değişiklikler yürürlüğe girmeden önce bilgilendirilme hakkı,

ğ) Abonelerin katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri de dâhil olmak üzere kısa mesaj, müşteri hizmetleri, internet ve benzeri yöntemlerle katıldıkları tarife, kampanya ve benzeri kapsamda sunulan tüm hizmetlerden başvurduğu yöntem ya da basit bir yöntem ile vazgeçme hakkı,

h) Arızaların giderilmesinde, sağlık, yangın, afet, güvenlik ve benzeri acil durum ve güvenlikle ilgili kurum ve kuruluşlar ile ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, benzer konumdaki tüketiciler arasında ayrım gözetmeme temelinde bir uygulamayı talep etme hakkı,

ı) Uluslararası standartlar ile Kurumun belirleyeceği standartlara uygun kalitede hizmetten yararlanma hakkı.

Şeffaflık ve bilgilendirme

MADDE 6 – (1) İşletmeciler, sundukları elektronik haberleşme hizmetlerine erişim ve bu hizmetlerin kullanımı ile ilgili olarak asgari aşağıdaki bilgiler olmak üzere, özellikle hizmetler arasında seçim yapılırken ve abonelik sözleşmesi kurulurken tüketicilerin karar vermelerinde etkili olabilecek hususlar ile dürüstlük kuralı gereğince bilgilendirilmelerinin gerekli olduğu her durumda talep olmaksızın tüketicileri bilgilendirmekle ve bu bilgilere kolayca ulaşılabilmesini sağlamakla yükümlüdür:

a) İşletmecinin adı, unvanı ve adresi,

b) Sunulacak hizmete ilişkin olarak; hizmetin tanımı ve kapsamı, hizmete erişim ve hizmetin kullanımı konusunda genel hüküm ve şartlar, hizmet için uygulanacak tarifeler ve varsa abonelik paketleri, tarifelerin içerdiği vergi türleri ile bu vergilerin tarifeler hesaplanırken tarifelere yansıtılma oranı, doğru tüketici algısının oluşması amacıyla tarifelerin yalnızca tüm vergiler dahil değeri, abonelik tesisi dolayısıyla alınacak diğer ücretler, tarife ücreti ile birlikte telsiz kullanım ücreti yansıtılacağına dair abonenin doğru değerlendirme yapabileceği açıklıkta bilgi,

c) Taahhütnamelere ilişkin şartlar, sunulan bakım/onarım hizmetlerine ilişkin genel bilgi ve standart sözleşme şartları ile geri ödeme şartları ve/veya işletmecinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen hizmet kalite seviyesinin sağlanamaması halinde zararın giderilmesine ilişkin bilgi,

ç) Tüketici şikâyetlerinin çözüm usul ve süreçlerine ilişkin bilgi.

(2) İşletmeci, Kurum düzenlemelerine uygun internet sitesi kurmak veya mevcut internet sitesini bu düzenlemelere uygun hale getirmekle yükümlüdür. İşletmeciler internet sitelerinden şikâyet başvurularının iletilebilmesini ve tüketicinin tam ve gereği gibi bilgilendirilmesini sağlar. İnternet sitelerinde tarife, kampanya ve diğer ücretler ile arıza giderilmesine ilişkin genel hususlar ve fesih gibi hizmet sunum koşulları başta olmak üzere gerekli bilgilere yer verilir.

(3) Bu Yönetmelik kapsamında abonelere yapılacak bilgilendirme yöntemlerinde Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde değişiklik yapılabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Abonelik Sözleşmesinin Şekli, İçeriği ve Uygulanması

Abonelik sözleşmelerinin kuruluşu ve içeriği

MADDE 7 – (1) İşletmecinin dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği durumlarda tarafların birbirine uygun karşılıklı rızası ile abonelik sözleşmesi yapılır. Abonelik sözleşmeleri, elle atılan imza ve güvenli elektronik imza ile yapılabilir. Sözleşmenin kuruluşu ve uygulanması sürecine ilişkin tüm tedbirlerin alınmasına yönelik sorumluluk işletmecide olmak şartıyla Kurum tarafından belirlenecek usuller ile elektronik ortamda abonelik sözleşmesi akdedilebilir. Kurum abonelik sözleşmeleri ile ilgili işletmecilere ilave yükümlülükler getirebilir.

(2) İşletmeciler, abonelik sözleşmelerinde asgari aşağıdaki bilgilerin yer almasını sağlamakla yükümlüdür:

a) Sözleşmenin konusu,

b) Sözleşmenin yapıldığı yer ve tarih,

c) Sözleşme taraflarının isim, unvan ve açık adresleri ile hizmet numarası gibi aboneliği tanımlayıcı bilgi,

ç) Tarafların yükümlülükleri,

d) Sözleşmenin süresi, feshi ve yenilenmesine ilişkin şartlar,

e) Sunulacak hizmetlerin tanımı, hizmet kalitesi seviyeleri ve ilk bağlantının gerçekleştirileceği süre,

f) Sunulacak bakım/onarım hizmetlerine ilişkin genel bilgi,

g) Uygulanacak tarifelerin içeriği ve tarifelerdeki değişiklikler hakkında güncel bilgilerin hangi yollardan öğrenilebileceği,

ğ) İşletmecinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen hizmet kalitesi seviyesinin sağlanamaması halinde zararın giderilmesi ve/veya geri ödemeye ilişkin prosedür,

h) Abonenin fatura bedelini süresi içerisinde ödememesi durumunda; hizmet sunumunun ne şekilde ve asgari olarak ne kadar süre içerisinde durdurulabileceğine/kısıtlanabileceğine ilişkin bilgi ile hukuki sonuçlara (temerrüt, yasal takip ve benzeri) ilişkin bilgi,

ı) Abone tarafından sözleşme tarihinde tercih olunan tarife ve abonelik paketi,

i) Abone ile işletmeci arasında uzlaşmazlık çıkması halinde yargı yolu da dâhil olmak üzere uygulanacak çözüm prosedürü,

j) Abonenin hizmetten yararlanabilmesi için gerekli olan teknik ekipman, cihaz ve donanıma ilişkin bilgi,

k) Hizmetten yararlanılması sırasında oluşabilecek güvenliği tehdit eden durumlara karşı işletmeci ve abone tarafından alınacak ya da alınması gereken tedbirler,

l) Onaylanması gereken abonelik sözleşmelerinin Kurum tarafından onaylandığı tarih,

m) Cihaz temini içeren hizmetlerde işletmecinin de cihazın ayıbından sorumlu olduğuna ilişkin bilgi,

n) Tüketiciden güvence, depozito veya teminat adı altında bir ücret alınması söz konusu ise bu ücretin tutarı ve aboneliğin sona ermesi durumunda tüketiciye ne kadar süre içerisinde ve ne şekilde iade edileceğine ilişkin bilgi,

o) Sözleşmenin feshedilmesi halinde, modem, telefon, uydu alıcısı ve benzeri cihazların işletmeciye iadesi öngörülüyorsa iade sürecine ve cihazın arızalanması halinde izlenecek sürece ilişkin bilgi.

(3) Abonelik sözleşmelerinin en az on iki punto ile hazırlanması, aboneye yükümlülük getiren hususların açık, sade ve anlaşılabilir şekilde siyah koyu harflerle belirtilmesi ve tip abonelik sözleşmelerinin kolay erişilebilir bir şekilde işletmecilerin internet sitelerinde yayınlanması zorunludur.

(4) İşletmeci bu Yönetmeliğe uygun şekilde düzenlenmiş abonelik sözleşmesinin eksiksiz tanzim edilmesiyle yükümlüdür.

(5) İşletmeci, abonelik sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile kurulması halinde kimlik belgesi örneğini temin etmekle yükümlüdür.

(6) Abonelik sözleşmelerinin elle atılan imza ile kurulması halinde, işletmeci abonelik sözleşmesinin yanında;

a) Bireysel aboneliklerde T.C. Kimlik Numarası ile kimlik belgesinin,

b) Kurumsal aboneliklerde yetkili kişinin T.C. Kimlik Numarası ve kimlik belgesi ile temsile yetkili olduğuna dair belge ile imza sirkülerinin,

c) Yabancı uyrukluların aboneliklerinde geçerlilik tarihi uygun pasaport, uluslararası geçerliliği olan muadili belge veya ulusal geçerliliği olan kimlik muadili belgenin,

birer örneğini almakla yükümlüdür. Abonelik tesisi için gerekli kimlik belgesi veya muadili belgelerin aslının ibrazı istenir. İşletmeci tarafından bu belgelerin örneği asılları üzerinden ve yalnızca uygun elektronik ortama aktarılarak alınır.

(7) İşletmeciler, abonelik sözleşmelerini ve sözleşmenin tesisi için gerekli bilgi ve belgeleri kuruluş şekline uygun olarak muhafaza etmekle yükümlüdür.

(8) Abonenin hattının kullanıma açılabilmesi için, abonelik sözleşmesinin tesisine ilişkin belgelerin tam olduğu ve söz konusu belgelerdeki bilgilerin doğruluğu işletmeci tarafından kontrol edilerek gerekli teyit işlemi İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü Kimlik Paylaşımı Sisteminden yapılır.

(9) Akdedilen abonelik sözleşmelerinin bir nüshası, abone tarafından aksi belirtilmedikçe sözleşmenin kuruluş şekline göre kâğıt üzerinde veya uygun elektronik ortamda aboneye verilir.

(10) Abonelik sözleşmesi yapılırken rehber hizmetleri için, aboneden bu rehberlerde kişisel verilerinin yer alıp almayacağına ilişkin tercihleri alınır.

(11) İşletmeciler görme engelli olan tüketicilerin talep etmesi halinde abonelik sözleşmelerini ve faturalarını asgari olarak Braille alfabesi ya da sesli olarak dinleterek ücretsiz sunarlar.

Abonelik sözleşmelerinin uygulanması

MADDE 8 – (1) Abonelik sözleşmesinin tesisini müteakip, hizmete ilişkin ücretlendirme, hizmetin aboneye fiilen sunulmasıyla başlar.

(2) İşletmeci sunmadığı veya abonenin talep etmediği/onay vermediği hizmet için aboneye ücret yansıtamaz.

(3) İlgili mevzuat uyarınca kapalı olması esas olan numaralar hariç olmak üzere, abonelik sözleşmesi tesis edilirken ya da daha sonra abone hattının hizmet türüne göre hangi numara gruplarına kapalı olacağı hususunda işletmeciler abonenin talebi uyarınca işlem yapar.

(4) İşletmeci tarafından yapılan bilgilendirmelerde ve abone talebi/onayı ile tesis edilen tüm işlemlerde ispat yükü işletmecidedir.

(5) Abonenin hizmetten yararlanması için işletmeci tarafından kurulumu yapılan teknik ekipman, cihaz veya donanımda işletmeciden kaynaklanan bir sebeple değişiklik gerekmesi halinde işletmeci bunu ücretsiz olarak gerçekleştirmekle yükümlüdür.

(6) İşletmecinin cihaz temin ettiği hizmetlerde işletmeci de cihazın ayıbından sorumludur.

(7) İşletmeciler; abonelik sözleşmeleri, taahhütname gibi adlar altında aboneden yazılı olarak alınan ve mali sorumluluk doğuran işlemlere ait irade beyanlarına Kurum düzenlemelerine uygun olarak çevrimiçi işlem merkezi üzerinden erişim imkânı sağlar.

(8) İşletmeciler abonelik kayıtlarının güncel ve doğru tutulmasını sağlar.

(9) Abonenin onayının alınması, abonenin yapılan işlemlere dair kabulünü gösteren ispatlanabilir irade beyanı veya belgesinin sağlanması şeklinde yorumlanır.

(10) İşletmeciler tarafından pazarlama veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla yapılacak haberleşmelerde abone ve kullanıcıların izinlerinin alınması esastır. İşletmeciler sundukları hizmetlere ilişkin abone ve kullanıcıları ile siyasi propaganda içerikli haberleşme yapamazlar. Kurum bu hükmün uygulanmasına ilişkin düzenleme yapmaya yetkilidir.

(11) Kurum kıst ücret uygulamasına ilişkin düzenleme yapmaya yetkilidir.

(12) İşletmeciler, teknolojik yeniliklerin kullanılması dâhil olmak üzere engelli kullanıcıların, diğer kullanıcılarla benzer koşullarda hizmet alabilmesine yönelik özel ihtiyaçlarını dikkate alır. Kurum, engelli kullanıcılara yönelik hizmetlere ilişkin işletmecilere yükümlülük getirmeye yetkilidir.

Abonelik sözleşmelerinin incelenmesi ve Kurum onayı

MADDE 9 – (1) Kurum, re'sen veya şikâyet üzerine abonelik sözleşmelerini işletmecilerden isteyebilir. Kurum, işletmeciler ile tüketiciler arasında imzalanan abonelik sözleşmelerini inceler ve değiştirilmesi uygun görülen hususları işletmeciye bildirir. İşletmeci, söz konusu değişiklikleri on beş gün içinde yerine getirir. Kurum gerekli gördüğü hallerde işletmeciye ek süre tanıyabilir.

(2) Onayı mevzuat gereği zorunlu kılınan ve/veya Kurum tarafından gerekli görülen abonelik sözleşmeleri Kurum onayına tabidir.

Abonelik sözleşmelerindeki haksız şartlar ve sözleşmenin yorumu

MADDE 10 – (1) İşletmecinin aboneyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak abonelik sözleşmesi, taahhütname veya kampanyalara koyduğu ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler yazılmamış sayılır. Abonelik sözleşmesinde yer alan kaydın açık ve anlaşılır bir biçimde kaleme alınmamış olması veya birden çok anlama gelmesi halinde de, abonenin mağduriyetine neden olduğu kabul edilir ve bu durumda abone lehine yorum esastır.

(2) Abonelik sözleşmesinde yer alan bir kayıt, dayanağı olan düzenlemenin temelinde yatan asli düşünceye aykırı düşüyorsa veya sözleşme doğasından gelen temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırıyorsa, bu kaydın dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak abone aleyhine olduğu kabul edilir.

(3) Hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre, abonenin hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki sözleşme şartları, sözleşme kapsamına dâhil sayılmaz.

(4) Abonelik sözleşmesinde yer alan bir kayıt, bu maddenin birinci fıkrasına göre yazılmamış sayılır ise sözleşme, kalan muhtevası ile geçerlidir. Bu gibi durumlarda sözleşme içeriği düzenlemelere göre tayin edilir. Sözleşme içeriğinin bu şekilde belirlenmesiyle meydana gelen değişiklik, abone için beklenemeyecek sonuçlar doğuruyorsa sözleşme bütünüyle geçersiz hale gelir.

(5) Bu Yönetmeliğin EK-1'inde abonelik sözleşmelerinde yer alan ve haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesi yol göstermek ve sınırlayıcı mahiyette olmamak üzere yer almaktadır.

(6) Yönetmeliğin bu maddesinin uygulanmasında abonelik sözleşmesi ifadesi, taahhütnameler, abonelik sözleşmesine yapılan her türlü ek ile sözleşmedeki değişiklik, tarife ve kampanya şartlarını kapsar.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İşletmecilerin Yükümlülükleri

Tarife ve kampanyalar

MADDE 11 – (1) İşletmeciler, tüketicileri tarife/kampanya hakkında; şartları, süresi, hedef kitlesi, yurtdışında geçerli olup olmadığı ve varsa cayma bedeli uygulanmasına ilişkin hususlar başta olmak üzere tarifeden ve/veya kampanyadan yararlanılan süre boyunca kolaylıkla erişilebilecek şekilde asgari olarak internet sitelerinden bilgilendirmekle yükümlüdür.

(2) İşletmeciler, tarife/kampanyalarda yapılacak değişikliği, yürürlüğe girmesinden makul bir süre öncesinde kısa mesaj, arama veya faturada belirtmek suretiyle ilgili tarife/kampanyadan faydalanmakta olan aboneye bildirmekle yükümlüdür. İşletmeci tarife/kampanya değişikliklerini abonelerinin kolayca erişebileceği şekilde kendi internet sitesi üzerinden de duyurmakla yükümlüdür. Kampanya kapsamında, işletmecilerce taahhüt edilen edimlerde abone aleyhine değişiklik yapılamaz.

(3) Süresi bir ayı geçen kampanyalarla ilgili olarak, aboneler dâhil oldukları kampanyanın bitiminden makul bir süre önce kampanyanın hangi tarihte biteceği ve asgarî olarak kampanyadan sonra uygulanacak tarife konusunda, mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler tarafından kısa mesaj, diğer işletmeciler tarafından kısa mesaj, elektronik posta, arama veya fatura yöntemlerinden biri ile bilgilendirilir.

(4) Abonenin seçmiş olduğu tarife/kampanyayı değiştirmek istemesi durumunda, söz konusu değişiklik talebinin alınmasını müteakip, değişikliğin yürürlüğe gireceği tarihe ilişkin bilgi; mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler tarafından kısa mesaj, diğer işletmeciler tarafından kısa mesaj, elektronik posta veya arama yöntemlerinden biri ile aboneye bildirilir.

(5) Kampanya kapsamında taahhüt ettikleri edimler ile ilgili olarak herhangi bir tüketicinin mağdur olduğunun tespit edilmesi halinde, işletmeciler, kampanyadan yararlanan ve benzer şekilde etkilenen tüm tüketicilerin mağduriyetini giderir.

(6) İşletmeciler, tarife/kampanya dâhilinde taahhüt ettikleri tüm edimleri zamanında, tam ve gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür.

Taahhütlü abonelikler

MADDE 12 – (1) Taahhütlü aboneliklerde taahhüt süresince taahhütname koşullarında abone aleyhine değişiklik yapılamaz.

(2) Taahhütnamede; taahhüdün geçerlilik süresi ile taahhüt konusu hizmet ve cihaz nitelikleri, tarifenin taahhütsüz aylık fiyatı, indirimli aylık fiyatı, cihazın bedeli ve aylık cihaz ücreti, cayma bedeline konu olabilecek diğer tüm tutarlar ve taahhüdün süresinden önce sonlandırılması durumunda abonenin ödeyeceği bedelin hesaplanma yöntemi yer almak zorundadır.

(3) Taahhüdün sesli iletişim araçları kullanılmak suretiyle verilmesi durumunda, işletmeci ikinci fıkrada yer alan bilgileri, taahhüdün verilmesinden önce aboneye aynı ortamda bildirmekle yükümlüdür. Taahhüdün kısa mesaj ile verilebilmesi için, taahhüdün verilmesinden önce tarifenin taahhütsüz ve indirimli fiyatları, cihazın bedeli ve aylık cihaz ücreti kısa mesaj ile aboneye iletilir. Taahhüdün sesli iletişim araçları veya kısa mesaj ile verilmesi durumunda ikinci fıkrada yer alan

bilgiler çevrimiçi işlem merkezi veya elektronik posta aracılığı ile yedi gün içerisinde aboneye iletilir.

(4) Taahhütnamede, taahhüt konusu hizmetin bedeli aynı hizmetin taahhütsüz abonelikler kapsamında talep edilen bedelinden daha yüksek gösterilemez.

(5) Taahhüt bitiminden önce taahhüde aykırılığın oluşması halinde, işletmecinin talep edeceği bedel, taahhüde aykırılığın oluştuğu döneme kadar; aboneye sağlanan indirimler ile cihaz veya diğer faydaların bedellerinin tahsil edilmemiş kısmının toplamı ile sınırlı kalmak zorundadır. Ancak, aboneden taahhüt kapsamında, taahhüde son verilmesinden taahhüt bitimine kadar olan dönem aralığında tahsil edileceği belirlenen bedellerin henüz tahakkuk etmemiş kısmının toplamının daha düşük olması halinde, düşük olan tutar esas alınır.

(6) Mobil elektronik haberleşme hizmetleri dışındaki taahhütlü aboneliklerde abonenin yerleşim yerinin değişmesi ve taahhüt konusu hizmetin aboneye yeni yerleşim yerinde aynı nitelikte sunulmasının fiilen imkânsız olması durumunda abone tarafından, yerleşim yeri değişikliğinin belgelendirilmesi halinde herhangi bir cayma bedeli ödenmeksizin taahhütlü abonelik feshedilebilir. Bu hüküm uyarınca cihazın abonede kaldığı hallerde işletmeci, cihazın kalan ücretini aboneden talep edebilir.

(7) Taahhüt konusu hizmetin aboneye yeni yerleşim yerinde farklı nitelikte sunulmak durumunda kalınması halinde; abonenin onayını almak kaydıyla yeni yerleşim yerindeki hizmetin taahhütlü bedeli üzerinden kalan taahhüt süresi tamamlanır.

(8) Mobil elektronik haberleşme hizmetleri dışındaki taahhütlü veya taahhütsüz aboneliklere ilişkin nakil talepleri;

a) Kendi şebekesi üzerinden hizmet sunan işletmeciler tarafından, nakil talep edilen adreste elektronik haberleşme şebekesinin olmadığı durumlar hariç olmak üzere, talep tarihinden itibaren,

b) Diğer işletmecinin şebekesi üzerinden hizmet sunan işletmeciler tarafından, nakil talep edilen adreste elektronik haberleşme şebekesinin olmadığı durumlar hariç olmak üzere, şebekesi üzerinden hizmet sunulacak işletmecinin şebeke ve sistemlerini ilgili mevzuat gereği hazır hale getirmesini müteakip,

aksi Kurum tarafından belirlenmediği sürece bir takvim yılı içerisindeki taleplerin yüzde doksanı yedi gün içinde, tamamı ise on gün içinde yerine getirilir.

Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri

MADDE 13 – (1) Katma değerli elektronik haberleşme hizmetinin sunulması öncesinde, hizmetin tanımı, koşulları, ücreti ve iptal edilme yöntemi başta olmak üzere hizmetin kapsamına ilişkin olarak tüketiciler ücretsiz olarak bilgilendirilir. Katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin arama yöntemi ile alınması durumunda ise ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak işletmeci tarafından hizmetin sunulmasından önce asgari olarak hizmetin tanımı, koşulları, ücreti ile ücretlendirmenin başlayacağı zamana ilişkin açık ve anlaşılır olacak şekilde ücretsiz bilgilendirme anonsu yapılır.

(2) İlgili mevzuat hükümlerine uygun olarak, hizmetin satın alınması sürecinde bilgilendirmelerin sağlanması ve hizmetin abonenin talebi ve onayı ile alındığına ilişkin ispat yükümlülüğü işletmeciye aittir.

(3) İşletmeciler, abone hatlarının katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerine açılmasına ve kapatılmasına yönelik abone taleplerini karşılamakla yükümlüdür. Abone hatlarının, 900 alan koduna kapalı olması esas olup, abonelerin yazılı beyanı ile hatları bu hizmetlere açık hale getirilir.

(4) Katma değerli elektronik haberleşme hizmet numaraları ve 118XY kısa numaraları üzerinden sunulan katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri bakımından mevzuatta yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi numaranın tahsisli olduğu işletmecinin sorumluluğundadır. Diğer katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri bakımından mevzuatta yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi hizmetin bedelini abonenin faturasına/ön ödemeli hattına yansıtan işletmecinin sorumluluğundadır.

Uluslararası dolaşım hizmeti

MADDE 14 – (1) Uluslararası dolaşım hizmetinden yararlanılan durumlarda, asgari olarak ses, kısa mesaj ve veri hizmetini içeren uluslararası tarife bilgisi mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler tarafından aboneye kısa mesajla bildirilir. Görme engelli aboneler için bu bilgi abonenin talebi doğrultusunda sesli mesaj olarak iletilir.

İnternetin güvenli kullanımı

MADDE 15 – (1) İşletmeciler, internetin güvenli kullanımına ilişkin olarak tüketicileri bilgilendirmekle, Kurum tarafından belirlenen yasadışı ve zararlı içeriklere karşı tüketicilerin korunmasına yönelik altyapı seviyesindeki hizmetleri ek ücret olmaksızın seçenekli olarak sunmakla yükümlüdür.

Hizmet kalitesi

MADDE 16 – (1) Kurum, işletmecilerin sundukları elektronik haberleşme hizmetlerinin kalite seviyelerine ilişkin olarak tüketicilerin kapsamlı, yeterli ve anlaşılabilir bilgilendirilmesini sağlamak amacıyla, güncel bilgilerin yayımlanmasına ilişkin yükümlülük getirebilir.

(2) İşletmeciler hizmet kalitesine ilişkin bilgileri talep üzerine belirlenen süre içerisinde Kuruma sunmakla yükümlüdür.

Hizmetin kısıtlanması ve durdurulması

MADDE 17 – (1) Mücbir sebepler dışında işletmeciler tarafından hizmetin kesintisiz olarak sürdürülmesi esastır. Faturanın son ödeme tarihinde ödenmemesi halinde, hizmetin sunumu abone bilgilendirilerek kısıtlanabilir ya da durdurulabilir. Söz konusu bilgilendirmede açma kapama ücreti uygulanacak durumlar için asgari yedi gün önce olacak şekilde borcun ödenmemesi halinde kısıtlama ya da durdurma işleminin yapılacağı tarih bilgisine ve alınacak açma kapama ücreti tutarına yer verilir. Ödeme yapıldıktan sonra en geç yirmi dört saat içinde hizmetin sunumuna devam edilir. Ancak, faturanın son ödeme tarihinde ödenmemesi nedeni ile hizmetin durdurulması durumunda, hizmetin durdurulduğu tarihten itibaren aboneye herhangi bir hizmet bedeli yansıtılmaz. Kurum tarafından, faturanın son ödeme tarihinde ödenmemesi nedeni ile bu madde kapsamında öngörülen usullere ve hizmetin kısıtlanması/durdurulmasına ilişkin düzenleme yapılabilir.

(2) Hukuka aykırı ya da hileli bir faaliyetin varlığı konusunda kuvvetli bir şüphenin bulunması ve/veya tüketici menfaatinin korunması amacıyla hizmetin mutat kullanım düzeyinin çok üzerinde olduğunun tespiti durumlarında aboneye bilgi verilerek hizmetin sunumu kısıtlanabilir veya durdurulabilir. Aboneye bilgi vermenin mümkün olmadığı ve kısa süre içerisinde müdahale edilmesi gereken hallerde tüketici menfaatinin korunmasını teminen aboneye bilgi verilme zorunluluğu aranmayabilir.

(3) İşletmeci tarafından, abonenin faturasını ödememesi nedeni ile hizmetin kısıtlanması/durdurulması ve hattın tekrar hizmete açılması durumunda, bir takvim yılındaki ilk açma-kapama işlemi için aboneye herhangi bir ad altında ücret yansıtılamaz.

(4) İşletmeciler, öngörülebilir herhangi bir nedenle hizmet sunumunda kesinti yapılacak olması halinde, makul bir süre öncesinde bu durumun başlangıç ve bitiş zamanını kısa mesaj, elektronik posta, uyarı görseli, arama veya sesli yanıt sistemi yöntemlerinden biri ile aboneye bildirir. İşletmeciler tarafından kesintiye ilişkin bilgiler internet sitesinden de duyurulur.

(5) Kurum, kullanım miktarı sınırlı hizmetler ile fatura üst sınırı uygulamasına ilişkin olarak abonelerin bilgilendirilmesi ve hizmetlerin kısıtlanması/durdurulması hususlarında işletmecilere yükümlülük getirebilir.

Tüketici şikâyetleri çözüm mekanizması ve Kurumun yetkisi

MADDE 18 – (1) İşletmeciler, tüketici şikâyetlerinin cevaplanmasında şeffaf, hızlı ve kolay uygulanabilir bir çözüm mekanizması oluşturmakla yükümlüdür.

(2) Tüketici şikâyetleri ve bu şikâyetlere verilen cevaplar işletmeciler tarafından kayıt altına alınır ve bu kayıtlar güvenlik tedbirleri alınarak asgari iki yıl süre ile muhafaza edilir.

(3) Kurum, işletmecilerin tüketici şikâyetleri çözüm mekanizması oluşturmasına ilişkin asgari hususları belirleyebilir.

(4) Kurum, tüketici şikâyetlerinin tasnifi neticesinde belirli bir konuya ilişkin şikâyetlerin yoğunlaştığı ve şikâyet konusunun abone mağduriyetine yol açtığına kanaat getirmesi halinde, konuyu inceleyerek konu hakkında düzenleme veya denetleme yapabilir.

(5) Kurum, işletmeciler tarafından tüketicilere yapılacak iadelere ilişkin yöntem belirleyebilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Faturalara İlişkin Esaslar

Fatura gönderme yükümlülüğü

MADDE 19 – (1) İşletmeciler, abonenin ispatlanabilir beyanı doğrultusunda; mali mevzuata uygun olarak düzenlenen faturayı posta veya elektronik posta yöntemlerinden birisini kullanarak veya asgari olarak fatura tutarı ve son ödeme tarihini içeren fatura bilgilerini kısa mesaj yöntemi ile son ödeme tarihinden önce abonelere ulaşacak şekilde ücretsiz olarak göndermekle yükümlüdür. Fatura veya fatura bilgisinin, elektronik posta veya kısa mesaj ile gönderilmesi durumunda söz konusu gönderme işlemi son ödeme tarihinden en az yedi gün önce aboneye ulaşacak şekilde ücretsiz olarak gönderilir.

(2) Aboneler her zaman fatura gönderilmesine ilişkin tercihlerinde değişiklik yapma hakkına sahiptir.

(3) İşletmeciler, abonenin talebi üzerine posta veya elektronik posta aracılığı ile kullanım detayı/ayrıntılı fatura bilgilerini iletmekle yükümlüdür. İşletmeci elektronik ortamda gönderilen ayrıntılı fatura için aboneden ücret talep edemez.

(4) İşletmeciler güvenliği sağlamak kaydıyla Kurum tarafından ayrıca belirlenmediği sürece, abonelerin asgari altı aylık fatura ve kullanım detayı/ayrıntılı fatura bilgilerine çevrimiçi işlem alanı üzerinden ücretsiz olarak erişebilmelerini temin eder.

(5) Mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler ön ödemeli hatlarda her bir hizmetin kullanımını müteakip sunmuş oldukları hizmete yönelik kullanım miktarı, kullanım tutarı, kalan tutar ve kalan miktarı gösteren bilgiyi ücretsiz olarak sağlamakla yükümlüdür.

(6) Fatura bedelinin ödenmemesi halinde, işletmeci borcun takibi için yasal işlemleri başlatmadan makul bir süre öncesinde, abonenin borcunu ifa etmesi gerektiği aksi takdirde borcun yasal yollarla tahsil edileceği hakkında tüketiciye son uyarıyı yapar.

Faturalandırma dönemi

MADDE 20 – (1) İşletmeci tarafından uygulanacak faturalandırma dönemleri, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça bir aydır. Fatura dönemi boyunca tahakkuk eden borç tutarının, belirli bir tutarın altında gerçekleşmesi durumunda mali mevzuata da uygun olacak şekilde faturalandırma bir sonraki dönem veya dönemlerde yapılabilir.

(2) Sözleşmeye konu hizmetin faturalandırma dönemi değiştirilerek tüketici faydası kısıtlanamaz.

Faturalarda bulunması zorunlu hususlar

MADDE 21 – (1) Abonelere gönderilecek faturalarda mali mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydı ile asgari aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:

a) İşletmecinin adı, unvanı ve iletişim adresi,

b) İşletmecinin müşteri hizmetleri numarası, faks numarası ve internet adresi,

c) Abonenin adı, soyadı, hizmet numarası ile iletişim adresi,

ç) Faturanın ait olduğu dönem, kesim ve düzenleme tarihi,

d) Uygulanan tarifenin/kampanyanın adı, içeriği, paket içi ve paket dışı ücretler, cihaz bedelleri, dönem içerisindeki değişiklikler,

e) Bir sonraki fatura kesim ve son ödeme tarihi ile ödeme şekilleri ve ödeme merkezleri,

f) Ödenmemiş fatura ve borç bilgisi,

g) Son ödeme tarihinde ödemenin yapılmaması halinde uygulanacak gecikme faizi oranı,

ğ) Bir önceki dönemde geç ödenen faturaya uygulanmış gecikme faizi oranı ve tutarı, varsa geçmiş döneme ilişkin abone alacak tutarı,

h) Sabit ücret ve/veya diğer aylık ücretler,

ı) Bağlantı/kurulum ücreti gibi bir kez alınan ücretler,

i) Mobil telefon aboneliklerinde ücretlendirme periyodu, şebeke içi, şebeke dışı, uluslararası, rehberlik hizmetleri gibi ve sabit telefon aboneliklerinde ücretlendirme periyodu, şehir içi, şehirlerarası, uluslararası, rehberlik hizmetleri gibi yararlanılan her bir hizmetin toplam ücreti,

j) Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri ve ücreti fatura kanalı ile tahsil edilen diğer hizmetlerin adı, ücreti,

k) Varsa faturalandırmaya konu diğer mal ve/veya hizmetlerin adı ve ücreti,

l) Abone tarafından taahhüt verildiği durumlarda taahhüdün kaçıncı ayında olduğu ve bitiş tarihi,

m) Vergi türleri ve diğer yasal kesintiler,

n) Vergi türlerini de içeren toplam fatura ücreti.

(2) Ayrıntılı faturalarda ise, yukarıdaki hususlarla birlikte asgari aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:

a) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde aranan her numara ve numaranın ait olduğu işletmeci adı, işletmeci adı bilinmiyorsa “diğer işletmeci” ifadesi,

b) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde aramanın yapıldığı tarih ve saat, her bir arama için arama süresi ve arama ücreti,

c) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde arama yöntemi (sesli, görüntülü ve benzeri),

ç) Mobil ve sabit telefon aboneliklerinde toplam arama sayısı ve toplam konuşma süresi,

d) Mobil telefon hizmeti aboneliklerinde uluslararası dolaşımda ve yurtdışına doğru yapılan çağrılarda, sabit telefon hizmeti aboneliklerinde ise yurtdışına doğru yapılan çağrılarda aranan numaranın yanında aranan ülkeye ilişkin ülke adı/kodu gibi açıklayıcı bilgi ile mobil telefon hizmeti aboneliklerinde uluslararası dolaşımda aramanın başlatıldığı ülke bilgisi,

e) Veri iletim yöntemi, veri aktarımının boyutu, süresi ve ücreti.

Faturalama anlaşmaları

MADDE 22 – (1) Abonelere ait faturalama bilgisi bulunan sabit ya da mobil telefon hizmeti sunan işletmeci ile bu işletmecinin şebekesi üzerinden hizmet veren diğer işletmeciler arasında, abonenin birden fazla fatura almasını önlemek amacıyla, tüketiciye ek yük getirmeyecek şekilde, faturalama anlaşması yapılabilir.

(2) Kurum, abonelere ait faturalama bilgisi bulunan sabit ya da mobil telefon hizmeti sunan işletmecilere ücreti karşılığında vergi ve benzeri yükümlülükleri ayrıştırılarak ve tüketiciye ek yük getirmeyecek şekilde faturalama hizmeti sağlama yükümlülüğü getirebilir veya yükümlülüğe ilişkin muafiyet tanıyabilir. Tarafların anlaşamaması durumunda, Kurum uzlaşmazlığa ilişkin hüküm ve şartları belirleyebilir.

ALTINCI BÖLÜM

Abonelik Sözleşmesinin Feshi ve İşletmeci Değişikliği

Fesihte takip edilecek usul ve feshin sonuçları

MADDE 23 – (1) Aboneler abonelik sözleşmelerini her zaman ücretsiz olarak sona erdirebilir. Aboneler, abonelik sözleşmelerini feshetmek istedikleri takdirde bu taleplerini;

a) İşletmeci ya da adına abonelik sözleşmesi yapmaya/işlemlerini yürütmeye yetkili temsilcisine yazılı olarak yapmak,

b) Teyit edilmiş olmak kaydıyla işletmecinin faks numarasına imzalı olarak göndermek,

c) Güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler kullanmak,

ç) Kurum tarafından belirlenebilecek diğer yöntemleri kullanmak,

suretiyle işletmecilerine iletirler. Fesih taleplerinde abonenin kimlik belgesi kontrol edilerek fesih taleplerinin her şartta alınması sağlanır.

(2) İşletmeci fesih bildirimlerinde, fesih talebine ilişkin bildirimin yapıldığı andan itibaren yirmi dört saat içinde fesih talebinin alındığı bilgisini aboneye iletir/verir ve ücretlendirmeyi durdurur. Ücretlendirmenin durdurulması ile birlikte hizmet kısıtlanabilir veya durdurulabilir.

(3) İşletmeci, abonenin fesih talebinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren yedi gün içinde fesih işlemini gerçekleştirmek ve posta, kısa mesaj, elektronik posta veya arama yöntemlerinden birini kullanarak abonelik sözleşmesinin feshedildiğini ve varsa mülkiyeti işletmeciye ait cihaz/donanım/modem/kart ve benzeri ekipmanların iade edilmesi gerektiği bilgisini aboneye iletmekle yükümlüdür.

(4) İşletmeci, hizmet sunumuna ilişkin ekipmanların iade veya değişim amaçlı tesliminin kendisine ya da adına abonelik sözleşmesi yapmaya/işlemlerini yürütmeye yetkili temsilcisine yapılabilmesini sağlamakla yükümlüdür.

(5) Fesih işleminden sonra işletmeci geri kalan alacakları için borcu olan abonelere abonenin fesih talep tarihinden sonra en geç dört ay içinde son fatura gönderir. Bu süre sınırı, son faturaya uygulanan gecikme faizi ve yasal takipten doğan faturalar için geçerli değildir.

(6) Fesih durumunda aboneden daha önce alınan depozito, avans gibi ücretler veya abone alacakları var ise, mahsuplaşmayı müteakip kalan tutar on beş gün içinde işletmeci tarafından aboneye iade edilir.

İnternet servis sağlayıcısı değişikliği

MADDE 24 – (1) İnternet servis sağlayıcısı değişikliği sürecinde abonenin aldığı hizmette yaşanabilecek kesintinin asgari seviyede olması esas olup bu durumun sağlanması için işletmeciler işbirliği içinde hareket etmek ve gereken her türlü tedbiri almakla yükümlüdür.

(2) Değişiklik süreci, abonenin talebi üzerine abonesi olmak istediği internet servis sağlayıcı tarafından yürütülebilir. Abonenin talebi, imzalı talep formu ya da abonelik sözleşmesinde vereceği onay şeklinde olabilir.

(3) Bu madde kapsamında abone onayının alınması, abonenin yapılan işlemlere dair kabulünü gösteren ispatlanabilir irade beyanı veya belgesinin sağlanması şeklinde yorumlanır.

(4) Kurum, gerekli gördüğü takdirde işletmeci değişikliği esnasında yaşanabilecek kesinti süresi dâhil bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar belirleyebilir.

YEDİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

İdari para cezaları ve diğer yaptırımlar

MADDE 25 – (1) İşletmecilerin bu Yönetmelik ile belirlenen yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde 15/2/2014 tarihli ve 28914 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği hükümleri uygulanır.

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 26 – (1) Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde, bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak veya bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde düzenleme yapılabilir.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 27 – (1) 28/7/2010 tarihli ve 27655 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

Atıflar

MADDE 28 – (1) Mevzuatta, 22/12/2004 tarihli ve 25678 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği ile Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğine yapılan atıflar bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.

Mevcut düzenlemelerin durumu

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği ile Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğine dayanılarak yapılan usul ve esaslar, alınan Kurul Kararları ile diğer idari işlemlerin bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümleri konuya ilişkin yeni bir işlem yapılana kadar geçerliliğini muhafaza eder.

Yürürlük

MADDE 29 – (1) Bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci ve dokuzuncu fıkraları Yönetmeliğin yayımı tarihinde, diğer hükümler Yönetmeliğin yayımından itibaren 6 ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 30 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 24.07.2012

Resmi Gazete Sayısı : 28363

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi, saklanması ve gizliliğinin korunması için elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.

(2) Haberleşmenin içeriğine ilişkin verilerin saklanması bu Yönetmeliğin kapsamına dâhil değildir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 4, 6, 12 ve 51 inci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi,

b) Acil yardım çağrıları: Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kabul görmüş yangın, sağlık, doğal afetler ve güvenlik gibi acil durumlarla ilgili olarak itfaiye, polis, jandarma, sağlık ve benzeri kuruluşlara yardım talebiyle yapılan çağrıları,

c) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Anonim hale getirme: Kişisel verilerin, belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek ya da tüzel kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesini,

ç) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Gerçekleşmeyen arama: Başarılı bir şekilde bağlantı kurulmasına rağmen haberleşmenin gerçekleşmemesini,

d) Hücre kimliği: Mobil telefon çağrısının başladığı ya da sona erdiği hücrenin kimliğini,

e) IMEI: Uluslararası mobil cihaz kimliğini,

f) IMSI: Uluslararası mobil abone kimliğini,

g) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) İşlem kaydı: Kişisel verilere erişen kişiler tarafından yapılan işlemin ileriki bir tarihte tanımlanabilmesini teminen asgari olarak işlem, işlemin detayı, işlemi yapan kişi, işlemin yapıldığı tarih ve zaman ile işlemi yapan kişinin bağlandığı nokta bilgilerini içeren elektronik kayıtları,

ğ) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi,

h) Kişisel veri: Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri,

ı) Kişisel veri ihlali: İstem dışı, yetki dışı ya da yasa dışı olarak; kişisel verilerin tahrip edilmesine, kaybolmasına, iletilmesine, değiştirilmesine, depolanmasına veya başka bir ortama kaydedilmesine, işlenmesine, ifşa edilmesine ve söz konusu verilere erişilmesine neden olan güvenlik ihlalini,

i) Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlanması amacıyla işaretlenmesi, tasniflenmesi veya kullanılmasının engellenmesi gibi bu veriler üzerinde gerçekleştirilen işlem ya da işlemler bütününü,

j) Konum verisi: Kamuya açık elektronik haberleşme hizmeti kullanıcısına ait bir cihazın coğrafi konumunu belirleyen ve elektronik haberleşme şebekesinde veya elektronik haberleşme hizmeti aracılığıyla işlenen belirli veriyi,

k) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi,

l) Kullanıcı kimliği: İnternet erişim hizmetlerine ya da internet haberleşme hizmetlerine abonelik ya da kayıt esnasında tahsis edilen tek ve kişiye özel tanımlamayı,

m) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

n) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

o) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) NAT: Şebekede taşınan IP paketlerindeki IP adres bilgisi yanında port bilgileri de kullanılarak aynı IP'lerin birden çok abone tarafından kullanılmasını sağlayan teknolojiyi,

ö) Rıza: İlgili kişinin kendisine ait kişisel verisinin işlenmesine yönelik, verinin işlenme amaç ve kapsamı dâhilinde, verinin işlenmesi öncesinde özgür iradesiyle verdiği ispatlanabilir kabul beyanını,

p) Trafik verisi: Bir elektronik haberleşme şebekesinde haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi,

r) Veri: Abone ya da kullanıcıyı teşhis etmek için yararlanılan trafik verisi, konum verisi ya da ilgili diğer bilgileri,

ifade eder.

(2) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Bu Yönetmelikte geçen ancak birinci fıkrada tanımlanmayan kavramlar ve kısaltmalar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Uygulama Esasları

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler

MADDE 4 – (1) Kişisel verilerin;

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmesi,

b) İlgili kişinin rızasına dayalı olarak işlenmesi,

c) Elde edilme amacıyla bağlantılı, yeterli ve orantılı olması,

ç) Doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi,

d) İlgili kişilerin kimliklerini belirtecek biçimde ve kaydedildikleri veya yeniden işlenecekleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi

esastır.

(2) (Ek:RG-11/7/2013-28704) Kişisel veriler yurt dışına çıkarılamaz.

(3) (Ek:RG-11/7/2013-28704) Kişisel verilerin işlenmesi kapsamında abone tarafından işletmeciye verilen rıza, sadece alınan hizmete özgü olmak koşuluyla, kişisel verilerin işletmeci tarafından yetkilendirilen taraflar marifetiyle işlenebilmesini de kapsar.

(4) (Ek:RG-11/7/2013-28704) İşletmeci tarafından yetkilendirilen taraflarca bu Yönetmelik hükümlerinin ihlal edilmesi de dâhil olmak üzere kişisel verilerin gizliliğinin, güvenliğinin ve amacı doğrultusunda kullanılmasının temininden işletmeci sorumludur.

Güvenlik

MADDE 5 – (1) İşletmeciler, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak güvenlik politikası belirler. İşletmeciler şebekelerinin, abonelerine/kullanıcılarına ait kişisel verilerin ve sundukları hizmetlerin güvenliğini sağlamak amacıyla uygun teknik ve idari tedbirleri alır. Söz konusu güvenlik tedbirleri, teknolojik imkânlar göz önünde bulundurularak muhtemel riske uygun bir düzeyde sağlanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen tedbirler, asgari istem dışı, yetki dışı ya da yasa dışı olarak; kişisel verilerin tahrip edilmesi, kaybolması, değiştirilmesi, depolanması veya başka bir ortama kaydedilmesi, işlenmesi, ifşa edilmesi ve söz konusu verilere erişilmesine karşı kişisel verilerin korunmasını içerir.

(3) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) İşletmeciler, kişisel verilere sadece yetkili kişiler tarafından erişilebilmesini ve kişisel verilerin saklandığı sistemlerin ve kişisel verilere erişim sağlamak için kullanılan uygulamaların güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.

(4) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) İşletmeciler, kişisel verilere ve ilişkili diğer sistemlere yapılan erişimlere ilişkin işlem kayıtlarını saklamakla yükümlüdür.

(5) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Kurum, gerekli gördüğü hallerde işletmecilerden, kişisel verilerin saklandığı sistemlere ve alınan güvenlik tedbirlerine ilişkin tüm bilgi ve belgeleri isteme, ayrıca söz konusu güvenlik tedbirlerinde değişiklik talep etme hakkını haizdir.

Riskin ve kişisel veri ihlalinin bildirilmesi

MADDE 6 – (1) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) İşletmeci, şebekenin ve kişisel verilerin güvenliğini ihlal eden belirli bir risk olması durumunda bu risk hakkında Kurumu ve Kurum tarafından gerekli görülmesi halinde abonelerini/kullanıcılarını etkin ve hızlı bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür.

(2) Bu riskin işletmeci tarafından alınan tedbirlerin dışında kalması halinde, söz konusu riskin kapsamı, giderilme yöntemleri ve yaklaşık maliyeti hakkında abonelerin/kullanıcıların etkin ve hızlı bir şekilde bilgilendirilmesi sağlanır.

(3) İşletmeci, kişisel veri ihlali olması durumunda söz konusu ihlalin niteliği ve sonuçları hakkında abonelere/kullanıcılara yapılacak bilgilendirmenin detayları ve ihlalin giderilmesi için alınan tedbirlere ilişkin olarak Kurumu bilgilendirir.

(4) Kişisel veri ihlalinden abonelerin/kullanıcıların olumsuz yönde etkilenme ihtimalinin bulunması halinde işletmeci, kişisel veri ihlalinin niteliğine, daha fazla bilginin elde edilebileceği iletişim noktalarına ve ihlalin olası olumsuz etkilerini azaltmak için aboneler/kullanıcılar tarafından alınabilecek önlemlere ilişkin olarak aboneleri/kullanıcıları ücretsiz olarak bilgilendirir.

(5) İşletmeci, gerçekleşen kişisel veri ihlallerine ilişkin olarak söz konusu ihlalin sebeplerini, etkilerini ve çözüme yönelik tedbirleri içeren bilgileri gizliliğini ve bütünlüğünü sağlayarak kaydetmekle yükümlüdür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Verilerin İşlenmesi ve Saklanması

Haberleşmenin gizliliği

MADDE 7 – (1) Elektronik haberleşme ve ilgili trafik verisinin gizliliği esas olup, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve gözetimi yasaktır.

(2) Elektronik haberleşme şebekeleri, haberleşmenin iletimini gerçekleştirmek dışında abonelerin/kullanıcıların terminal cihazlarında bilgi saklamak veya saklanan bilgilere erişim sağlamak amacıyla işletmeciler tarafından ancak ilgili kullanıcıların/abonelerin verilerin işlenmesi hakkında açık ve kapsamlı olarak bilgilendirilmeleri ve rızalarının alınması kaydıyla kullanılabilir.

Trafik verisinin işlenmesi

MADDE 8 – (1) İşletmeciler, sundukları hizmetin kapsamı dışındaki amaçlar için trafik verisini işleyemez.

(2) Trafik verisi, ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak, trafiğin yönetimi, arabağlantı, faturalama, yolsuzluk tespitleri ve benzeri işlemleri gerçekleştirmek veya tüketici şikâyetleri ile arabağlantı ve faturalama anlaşmazlıkları başta olmak üzere, uzlaşmazlıkların çözümü amacıyla işlenir ve bu uzlaşmazlıkların çözüm süreci tamamlanıncaya kadar gizliliği ve bütünlüğü sağlanarak saklanır.

(3) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Elektronik haberleşme hizmetlerini pazarlamak veya katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri sunmak amacıyla ihtiyaç duyulan trafik verileri anonim hale getirilerek veya ilgili abonelerin/kullanıcıların işlenecek trafik verileri ve işleme süresi hakkında bilgilendirilmelerinden sonra rızalarının alınması kaydıyla, alınan rızaya uygun olarak sadece katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin, pazarlama faaliyetlerinin ve benzer hizmetlerin gerektirdiği ölçü ve sürede işlenebilir.

(4) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Abonelere/kullanıcılara ait işlenen ve saklanan trafik verileri, bu verilerin işlenmesini ve saklanmasını gerekli kılan faaliyetin tamamlanmasından sonra silinir veya anonim hale getirilir.

(5) İşletmeciler, abonelerin/kullanıcıların, kısa mesaj, çağrı merkezi, internet ve benzeri yöntemlerle vermiş oldukları rızayı aynı yöntem ya da basit bir yöntem ile her zaman ücretsiz olarak geri almalarına imkân sağlar.

Trafik verisini işleme yetkisi

MADDE 9 – (Değişik:RG-11/7/2013-28704)

(1) Trafik verisini işleme yetkisi; trafik yönetimi, arabağlantı, faturalama, yolsuzluk tespitleri, tüketici şikâyetlerinin değerlendirilmesi, elektronik haberleşme hizmetlerinin pazarlanması veya katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması hususlarında işletmeci ve işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlıdır.

Trafik verisinin bildirilmesi

MADDE 10 – (1) Trafik verisi, arabağlantı ve faturalama anlaşmazlıkları başta olmak üzere, uzlaşmazlıkların çözümü, tüketici şikâyetlerinin değerlendirilmesi ve denetim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla yazılı olarak talep edilmesi halinde kanunların yetkili kıldığı mercilere verilir.

Konum verisinin işlenmesi

MADDE 11 – (Değişik:RG-11/7/2013-28704)

(1) Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri sunmak amacıyla ihtiyaç duyulan ve trafik verisi niteliğinde olmayan konum verileri, anonim hale getirilerek veya ilgili abonelerin/kullanıcıların işlenecek konum verileri, işleme amacı ve süresi hakkında bilgilendirilmelerinden sonra rızalarının alınması kaydıyla, alınan rızaya uygun olarak sadece katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin gerektirdiği ölçü ve sürede işlenebilir.

İşletmeciler trafik verisi niteliğinde olmayan konum verilerinin işlenmesinde abone/kullanıcılara geçici olarak bu verilerin işlenmesini reddetme imkânı sağlar.

(2) İşletmeciler, abonelerin/kullanıcıların trafik verisi niteliğinde olmayan konum verilerinin işlenmesi için, kısa mesaj, çağrı merkezi, internet ve benzeri yöntemlerle vermiş oldukları rızayı aynı yöntem ya da basit bir yöntem ile her zaman ücretsiz olarak geri almalarına imkân sağlar.

(3) İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, ancak afet ve acil durum halleri ile acil yardım çağrıları kapsamında abonenin/kullanıcının rızası aranmaksızın konum verisi ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işlenebilir.

Konum verisini işleme yetkisi

MADDE 12 – (Değişik:RG-11/7/2013-28704)

(1) Konum verisini işleme yetkisi, katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması hususunda ya da afet ve acil durum halleri ile acil yardım çağrıları kapsamında işletmeci ve işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olup, bu yetki söz konusu hizmetlerin gerektirdiği kapsamda kullanılır.

Saklanacak veri kategorileri

MADDE 13 – (1) Bu Yönetmelik kapsamında saklanması öngörülen veri kategorileri, aşağıda belirtilmiştir.

a) Haberleşmenin takibi ve kaynağının tanımlanması için:

1) Sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; gerçekleşmeyen aramalar da dâhil olmak üzere haberleşmenin başlatıldığı hatta ait telefon numarası, abonenin adı ve adresi, hattın hangi tarihte hangi aboneye tahsis edildiğine ait bilgi.

2) İnternet ortamına erişim, elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; tahsis edilmiş kullanıcı kimliği ve/veya telefon numarası, haberleşmenin gerçekleştiği andaki internet protokol adresi, abonenin/kullanıcının adı ve adresi.

b) Haberleşmenin sonlandırılacağı noktayı belirlemek için:

1) Sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; haberleşmenin sonlandırıldığı/sonlandırılacağı numara veya numaralar, çağrı iletme ve çağrı transferi gibi ek hizmetlerin olması durumunda çağrının yönlendirildiği numara veya numaralar, abonelerin adı ve adresi.

2) Elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; elektronik posta alıcılarına ait kullanıcı kimliği, internet telefonu ile aranan alıcılara ait kullanıcı kimliği veya telefon numarası, internet telefonu veya elektronik posta alıcılarının adı ve adresi.

c) Haberleşmenin tarihi, zamanı ve süresini belirlemek için:

1) Sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; haberleşmenin başlangıç ile bitiş tarih ve zamanı.

2) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) İnternet erişimi, elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; internet erişimi ile ilgili oturum açma, kapatma tarihi ve zamanı, tahsis edilen dinamik veya statik internet protokol adresi, NAT kullanılan şebekelerde internet protokol adresi yanında port bilgisi, abone/kullanıcı kimliği, elektronik posta veya internet telefonu ile ilgili oturum açma ile kapatma tarihi ve zamanı.

ç) Haberleşmenin türünü tanımlamak için:

1) Sabit ve mobil telefon hizmetleriyle ilgili olarak; kullanılan elektronik haberleşme hizmeti.

2) Elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; kullanılan internet hizmeti.

d) Kullanıcıların haberleşme cihazlarını veya bunların ekipmanlarını tanımlamak için:

1) Sabit telefon hizmetiyle ilgili olarak; haberleşmenin başlatıldığı ve sonlandırıldığı telefon numaraları.

2) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Mobil telefon hizmetiyle ilgili olarak; haberleşmenin başlatıldığı ve sonlandırıldığı telefon numaraları, haberleşmenin başlatıldığı ve/veya sonlandırıldığı tarafa ait IMSI ve IMEI numaraları; abone kaydı olmayan arama kartlı hizmetlerin olması durumunda hizmetin aktif hale getirildiği tarih ve zaman ile hizmetin aktif hale getirildiği hücre kimliği.

3) İnternet ortamına erişim, elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak; çevirmeli ağ erişimi için arayan telefon numarası, sayısal abone hattı numarası ya da haberleşmenin kaynaklandığı diğer nokta.

e) İlgili mevzuatın öngördüğü hallerde mobil haberleşme cihazının konumunu tespit etmek için; haberleşmenin başladığı hücre kimliği, haberleşme verilerinin saklandığı sürede hücre kimlikleri ile ilgili olarak hücrelerin coğrafi konumlarını tanımlayan veri, hücre adresi ve hücre kimliğinin o adrese atanma ve kaldırılma tarihleri.

(2) Bu Yönetmelik kapsamında, elektronik posta ve internet telefonu ile ilgili olarak verilerin saklanmasına ilişkin getirilen yükümlülükler, sadece işletmecilerin kendilerinin sundukları hizmetler ile sınırlıdır.

İşletmecilerin veri saklama süreleri

MADDE 14 – (Değişik:RG-11/7/2013-28704)

(1) 13 üncü madde kapsamında tanımlanan veri kategorileri, haberleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl, gerçekleşmeyen aramalara ilişkin kayıtlar ise üç ay süre ile saklanır.

(2) Soruşturma, inceleme, denetleme veya uzlaşmazlığa konu olan kişisel veriler, ilgili süreç tamamlanıncaya kadar saklanır.

(3) Kişisel verilere ve ilişkili diğer sistemlere yapılan erişimlere ilişkin işlem kayıtları dört yıl süre ile saklanır.

Saklanan verinin korunması ve güvenliği

MADDE 15 – (1) Bu Yönetmelik kapsamında saklanması öngörülen veriler için işletmeciler asgari olarak;

a) Saklanan veriler ile şebekedeki diğer verilerin aynı kalite, güvenlik ve koruma özelliklerine tabi olmasını,

b) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Verilerin yurt içinde saklanmasını,

c) Saklanan verilerin, istem dışı, yetki dışı ya da yasa dışı, erişim, tahrip, kayıp, değişiklik, depolama, işleme ve ifşasına karşı uygun teknik ve idari tedbirlerin alınmasını,

ç) Verilerin sadece özel yetkilendirilmiş kişiler tarafından erişilebilir olmasının sağlanması için uygun teknik ve idari tedbirlerin alınmasını,

d) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) İşlenen ve saklanan verinin, saklama süresinin bitiminden itibaren en geç bir ay içinde imha edilmesi veya anonim hale getirilmesi ve bu işlemlerin tutanakla veya sistemsel olarak kayıt altına alınmasını

sağlamakla yükümlüdür.

(2) İşletmeciler sundukları hizmetler kapsamında elde ettikleri verilerin güvenliğini, bütünlüğünü, gizliliğini ve erişilebilirliğini her aşamada sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük işletmeci tarafından yetkilendirilmiş kişiler marifetiyle yapılan işlemleri de kapsar.

(3) İşletmeciler, kanunların yetkili kıldığı mercilerce talep edilmesi halinde, saklanan veri ve söz konusu veriye ilişkin gerekli tüm bilgileri gecikmeksizin sağlamakla yükümlüdür.

İstatistikî bilgilerin verilmesi

MADDE 16 – (1) İşletmeciler son bir yıl içerisinde;

a) Yetkili merciler tarafından ilgili mevzuatı çerçevesinde talep edilen verilerin kategorileri ve talep edilme sayılarına,

b) Verinin saklanmaya başlandığı tarih ile yetkili merciler tarafından talep edildiği tarih arasında geçen süreye,

c) Veri talebinin karşılanamadığı durumlara,

ilişkin istatistikî bilgileri saklamakla ve talep halinde Kuruma göndermekle yükümlüdür.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen istatistikî bilgiler, kişisel verileri içermez.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Sağlanan İmkânlar

Numaranın gizlenmesi

MADDE 17 – (1) İşletmeci, arayan numaranın görünmesine imkân sağladığı durumlarda;

a) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) Arayan kullanıcıya basit bir yöntemle ve ücretsiz olarak numarasını gizleme imkânı sağlamakla,

b) Aranan aboneye basit bir yöntemle ve ücretsiz olarak, gelen aramalarda arayan numaranın gösterilmesini engelleme imkânı sağlamakla,

c) Arayan kişinin numarasını gizlemesi halinde, aranan abonenin/kullanıcının isteğine bağlı ve ücretsiz olarak, gelen aramaların abone/kullanıcı tarafından reddedilmesine imkân sağlamakla

yükümlüdür.

(2) (Değişik:RG-11/7/2013-28704) İşletmeci, bağlanılan numaranın görünmesine imkân sağladığı durumlarda, bağlanılan aboneye basit bir yöntemle ve ücretsiz olarak, bağlanılan numaranın arayan kullanıcıya gösterilmesini engelleme imkânı sağlamakla yükümlüdür.

(3) İşletmeci, bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen hizmet imkânları hakkında abonelerini/kullanıcılarını kısa mesaj, internet, basın, yayın organları, posta veya benzeri araçlarla ücretsiz olarak bilgilendirmekle yükümlüdür.

(4) Arayan numaranın gizlenmesi imkânı, acil yardım çağrıları için geçerli değildir.

Otomatik çağrı yönlendirme

MADDE 18 – (1) (Mülga:RG-11/7/2013-28704)

(2) İşletmeciler tarafından başka bir numaraya veya otomatik mesaj sistemine yapılan yönlendirmelerin ücretli olması halinde abonenin/kullanıcının rızası alınır.

Aboneler için hazırlanan rehberler

MADDE 19 – (1) Aboneler, basılı ve/veya elektronik abone rehberlerinin, yayımlanma amaçları ve bu rehberlerde yer alacak kişisel veriler ile bu rehberlerin elektronik sürümlerinde olabilecek sorgulama seçenekleri ve kullanım imkânları hakkında rehbere kaydedilmeden önce ücretsiz olarak bilgilendirilirler.

(2) Kamuya açık rehberlerde yer alan kişisel veriler, rehberlik hizmetinin amaç ve kapsamına uygun olarak belirlenir.

(3) Abone rehberlerinde yer almayı kabul eden aboneler, rehberlerde yer alan kişisel verilerinin düzeltilmesini, teyit edilmesini ve/veya çıkarılmasını ücretsiz ve basit bir yöntemle talep edebilirler.

(4) Rehberlik hizmeti kapsamında yapılacak sorgulamalarda, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri ile ilgili 27 nci maddesi kapsamında yapılan düzenlemeler esastır.

Ayrıntılı faturalarda gizlilik

MADDE 20 – (1) İşletmeciler, ayrıntılı fatura gönderdikleri abonelerin talep etmeleri halinde, fatura ayrıntısında yer alan telefon numaralarının bazı rakamlarının gizlenmesini sağlar.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

İdari para cezaları ve diğer yaptırımlar

MADDE 21 – (1) İşletmecilerin bu Yönetmelik ile belirlenen yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde 5/9/2004 tarihli ve 25574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanır.

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 22 – (1) Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde, Tebliğ veya Kurul Kararı ile düzenleme yapılır.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 23 – (1) 6/2/2004 tarihli ve 25365 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Atıflar

MADDE 24 – (1) Mevzuatta 6/2/2004 tarihli ve 25365 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğe yapılan atıflar bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.

Mevcut düzenlemelerin durumu

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğe dayanılarak yapılan usul ve esaslar, alınan Kurul Kararları ile diğer idari işlemlerin bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümleri konuya ilişkin yeni bir işlem yapılana kadar geçerliliğini muhafaza eder.

Yürürlük

MADDE 25 – (Değişik:RG-11/7/2013-28704)

(1) Bu Yönetmeliğin;

a) 4 üncü maddesinin ikinci fıkrası 1/1/2014,

b) diğer hükümleri 24/7/2013,

tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 26 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı yürütür.

Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 28.05.2009

Resmi Gazete Sayısı : 27241

BİRİNCİ KISIM

Genel Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, elektronik haberleşme hizmet, şebeke ve altyapılarına ilişkin yetkilendirmeye yönelik usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya altyapısı kurup işletmek isteyen şirketlerin yetkilendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (Değişik:RG-23/9/2011-28063)

(1) Bu Yönetmelik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6, 8, 9, 10, 11,12 ve 60 ıncı maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi,

b) Acil yardım çağrı hizmetleri: Yangın, sağlık, doğal afetler ve güvenlik gibi acil durumlara ilişkin bilgilerin itfaiye, polis, jandarma, sağlık kuruluşları gibi ilgili kuruluşlara en hızlı ve en uygun şekilde iletilmesini,

c) Arabağlantı: Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını

teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısını,

ç) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Bakanlık: Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığını,

d) Bölgesel alan: Türkiye coğrafi bölgeleri dâhilinde kalan ya da Kurumun belirleyeceği sınırları belirli alanı,

e) Brüt satışlar: İşletmecinin faaliyetleri çerçevesinde satılan mal ya da hizmetler karşılığında alınan veya tahakkuk ettirilen toplam değerleri kapsayan ve gelir tablosunda "60. Brüt Satışlar" hesabında kaydedilmiş olan tutarları,

f) (Ek:RG-9/6/2011-27959) CLI: Arayan hat bilgisini,

g) Elektronik haberleşme: Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını,

ğ) Elektronik haberleşme altyapısı: Elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünleyici parçalarını,

h) Elektronik haberleşme altyapısı işletimi: İlgili altyapıya ilişkin gerekli elektronik haberleşme tesislerinin kurulması, kurdurulması, kiralanması veya herhangi bir surette temin edilmesiyle bu tesisin diğer işletmecilerin veya talep eden gerçek veya tüzel kişilerin kullanımına sunulmasını,

ı) Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını,

i) Elektronik haberleşme şebekesi: Bir veya daha fazla nokta arasında elektronik haberleşmeyi sağlamak için bu noktalar arası bağlantıyı teşkil eden anahtarlama ekipmanları ve hatlar da dâhil olmak üzere her türlü iletim sistemleri ağını,

j) Elektronik haberleşme sektörü: Elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım - onarım hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili sektörü,

k) Elektronik haberleşme şebekesi sağlanması: Elektronik haberleşme şebekesi kurulması, işletilmesi, kullanıma sunulması ve kontrolünü,

l) Elektromanyetik girişim (Enterferans): İlgili mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılan her türlü elektronik haberleşmeyi engelleyen, kesinti doğuran veya kalitesini bozan her türlü yayın veya elektromanyetik etkiyi,

m) Erişim: Kanunda belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme şebekesi, altyapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulmasını,

n) İdari ücret: Kurumun; pazar analizi, düzenlemelerin hazırlanması ve uygulanması, işletmecilerin denetlenmesi, teknik izleme ve denetleme hizmetleri, piyasanın kontrolü, uluslararası işbirliği, uyumlaştırma ve standardizasyon çalışmaları ve diğer faaliyetleri ile her türlü idarî giderlerinden kaynaklanan masraflara katkı amacıyla işletmecinin bir önceki yıl net satışlarının binde beşini geçmemek üzere, uluslararası yükümlülükler de dikkate alınarak Kurum tarafından belirlenecek ücreti,

o) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve altyapısını işleten şirketi,

ö) Kanun: 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununu,

p) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri: İçeriği, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleriyle veya başka surette işlem yaparak aboneye/kullanıcıya ek, farklı ya da yeniden yapılandırılmış bir ses veya veri ileten ya da eğlence, oylama, yarışma, katılım, bilgi verme, cinsel içerik veya benzeri amaçlı içeriklere erişimi sağlayan elektronik haberleşme hizmetlerini,

r) Kontrol unsuru: Ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs ve/veya işletmeci üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan hakları,

s) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi,

ş) Kullanım hakkı: Frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hakkı,

t) Kullanım hakkı ücreti: Kanunun 11 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre belirlenen asgari değerden az olmamak üzere, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasına gerek olmayan hallerde Kurumca belirlenen, sayının sınırlandırılması gereken hallerde ise, yapılacak ihale neticesinde oluşacak ücreti,

u) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

ü) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

v) Net satışlar: Brüt satışlardan, satış indirimlerinin düşülmesi sonucu kalan tutarı,

y) Rehber hizmeti: Abonelerine numara tahsis eden işletmecilerin rehberde yer almayı kabul eden abonelerine ilişkin Kurum tarafından belirlenen bilgilerinin basılı, elektronik veya teknolojik

açıdan mümkün olan diğer yöntemlerle yayımlaması ile telefon dahil tüm yöntemlerle sunulan sorgulama hizmetini,

z) Satış indirimleri: Net satış hâsılatına ulaşabilmek için brüt satışlardan indirilmesi gereken satıştan iadeler, satış iskontoları ve diğer indirimleri,

aa) Telefon hizmeti: Elektronik Haberleşme şebekelerindeki bir noktadan başlayan ve/veya bu şebekelerdeki bir noktada sonlanan ve kamuya ticarî olarak sunulan ses hizmetlerini,

bb) Yerel alan: En fazla bir ilin coğrafi alanının tamamını kapsayan alanı,

cc) Yetkilendirme: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesini,

çç) Yetkilendirme alanı: İşletmecilerin yetkilendirildikleri ulusal, bölgesel ya da yerel alanı,

dd)Yetkilendirme ücreti: İdarî ücretler ve/veya kullanım hakkı ücretlerini

ee) (Ek:RG-11/6/2016-29739) IP adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,

ff) (Ek:RG-11/6/2016-29739) Kullanıcı bilgisi: Kullanıcının internet ortamına bağlandığı IP adresi, port aralığı, kullanıcı kimlik bilgisi, kullanım için oluşturulan hesap adı, oturuma ilişkin başlama ve bitiş zamanını,

ifade eder.

(2) (Ek:RG-11/6/2016-29739) Bu Yönetmelikte geçen ancak birinci fıkrada tanımlanmayan kavramlar ve kısaltmalar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ KISIM

Yetkilendirmenin Usul ve Esasları

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Esaslar

Genel ilkeler

MADDE 5 – (1) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Bakanlığın strateji ve politikaları da dikkate alınarak Kurumca yapılacak yetkilendirmeyi müteakip işletmeci tarafından, elektronik

haberleşme hizmeti sunulabilir ve/veya elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı kurulup işletilebilir.

(2) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Yetkilendirme, bildirim veya bildirimle birlikte kullanım hakkının verilmesi yoluyla yapılır.

(3) Şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya kurup işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymuyorlar ise bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslara uygun bildirim ile; kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise, bildirimi müteakip Kurumdan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler.

(4) İşletmeci, yetkilendirildiği kapsamda elektronik haberleşme hizmeti sunabilir ve/veya elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı kurup işletebilir.

(5) Hizmet kalitesi ve çeşitliliğinin arttırılması, sürdürülebilir bir rekabet ortamının tesisi ile herkesin, makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi, yeni teknolojilerin geliştirilmesi ve kullanılması ve yatırımların teşvik edilmesi amacıyla yetkilendirme yapılabilir.

(6) Kurum yetkilendirmelerde Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan ilkeleri göz önüne alır.

(7) (Ek:RG-11/6/2016-29739) Kurum, yetkilendirme başvurularına ilişkin olarak ilgili Kurumların görüşü de alınmak suretiyle milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, genel sağlık ve kamu yararı gereklerinden kaynaklanan sebeplerle, söz konusu yetkilendirme taleplerini reddedebilir.

(8) (Ek:RG-11/6/2016-29739) Kurum, yetkilendirme başvurularının değerlendirilmesi sürecinde, kamu kurum ve kuruluşlarından alınan belgeler haricinde başvuru kapsamında bildirilen bilgi ve belgelerin doğruluğunun tespiti amacıyla ilgili şirketleri denetleyebilir.

Yetkilendirmeye tabi olmayan elektronik haberleşme hizmet, şebeke ve altyapıları

MADDE 6 – (1) İhtiyaç duyulan elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısının öncelikle Kurumca yetkilendirilmiş işletmecilerden karşılanması esastır. Ancak,

a) Bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dâhilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasıran şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir ticari amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları,

elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısı yetkilendirmeye tabi değildir.

(2) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan şartları taşımayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin münhasıran şahsi veya kurumsal ihtiyaçlar için, üçüncü şahıslara herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmamak, sağlanmasında herhangi bir ticari amaç gütmemek ve kamu kullanımına açık olarak sunulmamak kaydıyla, yetkilendirmeye tabi olmaksızın ihtiyaç duyulan elektronik haberleşme hizmetinin karşılanmasına ve/veya şebekesi veya altyapısının kurulup kullanılmasına imkan tanıyacak şekilde kaynak tahsisi talebinde bulunmak üzere başvurması halinde öncelikle hizmet talep edilen faaliyet alanında, talep edilen hizmete ilişkin Kurum tarafından yetkilendirilmiş işletmecinin olup olmadığı Kurum kayıtlarından kontrol edilir. Yapılan kontrol sonucunda;

a) Söz konusu hizmet ihtiyacı, talep edilen alanda Kurum tarafından yetkilendirilmiş işletmeci tarafından sunuluyor ise talep sahibi bu işletmeciye yönlendirilir.

b) Söz konusu hizmet talep edilen alanda, talep edilmiş hizmete ilişkin Kurum tarafından yetkilendirilmiş işletmecinin bulunmaması veya işletmeci olmakla birlikte bu işletmeciler tarafından talep edilen hizmetin sunulmaması veya bu ihtiyacın ilgili işletmeciler tarafından karşılanamayacağının Kurumca tespit edilmesi halinde, talep sahibine Kurum tarafından gerekli kaynak tahsisi yapılmak suretiyle talebe göre en fazla iki yıl süreli, izin verilebilir. Söz konusu süre içerisinde izin verilen alanda bir işletmecinin talep edilen hizmeti sunmaya başlaması halinde bile söz konusu izin, süresi sonuna kadar devam eder.

(3) Kurum bu şebeke veya altyapıların bu maddedeki esaslara ve kullanılan teçhizatın ilgili teknik düzenlemelere uygunluğunu denetlemeye, uygun olmayanların kaldırılmasını sağlamaya ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemeye yetkilidir.

Yetkilendirme başvuru şartları

MADDE 7 – (1) Bildirim veya bildirimle birlikte kullanım hakkı verilmesi suretiyle yetkilendirilmek için Kuruma başvuru yapan şirkette aşağıdaki şartlar aranır:

a) Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre, yalnızca yetkilendirmeye tabi faaliyetleri veya bununla birlikte yetkilendirme konusu hizmeti yerine getirirken gerekli ve/veya ilgili olan cihaz satış, kurulum, bakım-onarım ve danışmanlık gibi faaliyetleri yürütmek üzere anonim veya limited şirket statüsünde kurulmuş olması,

b) Şirketin tescil ve ilan olduğu Ticaret Sicil Gazetesinde yer alan ana sözleşmesinde faaliyet alanı kapsamında "elektronik haberleşme hizmeti/telekomünikasyon hizmeti sunulması ve/veya şebekesi veya altyapısı kurulup işletilmesi" ifadesine veya yetkilendirilmeyi talep ettiği elektronik haberleşme faaliyetine yer verilmiş olması,

c) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Şirket hisselerinden en az yüzde onuna sahip gerçek kişi ortaklar ve tüzel kişiliği idare ve temsile yetkili kişiler ile şirket hisselerinden en az yüzde onuna sahip tüzel kişi ortakların hisselerinin en az yüzde onuna sahip gerçek kişi ortakların, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Üçüncü Kısım Onuncu Bölümünde sayılan bilişim alanındaki suçlardan hürriyeti bağlayıcı ceza ile hüküm giymiş olmaması, taksirli suçlar hariç olmak üzere, ağır hapis veya 5 yıldan fazla hapis cezalarından biri yahut özel hayata veya hayatın gizli alanına karşı işlenmiş suçlar, basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, görevi kötüye kullanma, inancı kötüye kullanma, hileli iflas ve konkordato, kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım-satımlara fesat karıştırma, kara para aklama, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına iştirak suçlarından dolayı hüküm giymiş olmaması,

ç) (Ek:RG-30/12/2014-29221) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Ödenmiş sermayesinin en az, Kurum tarafından belirlenen asgari tutar kadar olması,

d) (Ek:RG-11/6/2016-29739) Kurum tarafından belirlenen bildirim ve/veya kullanım hakkı başvuru formunda istenen bilgi ve belgeleri Kuruma göndermesi,

gerekmektedir.

(2) Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkına ilişkin yetkilendirmelerde, birinci fıkranın (a) bendi hariç olmak üzere diğer başvuru şartları aranır. Ayrıca;

a) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Geçici 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü saklı kalmak üzere, başvuru sahibi şirketin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yalnızca yetkilendirme kapsamındaki faaliyetleri veya bununla birlikte yetkilendirme konusu hizmeti yerine getirirken gerekli ve/veya ilgili olan cihaz satış, kurulum, bakım-onarım ve danışmanlık gibi faaliyetleri yürütmek üzere anonim şirket statüsünde kurulmuş ya da ilgili ihale şartnamesinde belirtilen süre içerisinde kurulacak olması,

b) Anonim şirket hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması,

c) İlgili mevzuat ve/veya ihale şartnamesinde öngörülen koşulları sağlaması,

gerekmektedir.

(3) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen şartları sağlamayan ve/veya noter onaylı imza sirkülerine uygun yapılmayan başvurular geçersiz kabul edilir.

(4) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) İşletmecinin yetkilendirme süresi boyunca Kurum düzenlemeleri saklı kalmak kaydıyla, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen şartları sağlaması zorunlu olup; bu şartları kaybetmesi veya söz konusu şartları sağlamadığının daha sonra tespit edilmesi halinde, kendisine Kurum tarafından durumun niteliğine göre uygun bir süre verilerek, gerekli şartların yerine getirilmesi bildirilir. Süre sonunda durumun düzeltilmemesi halinde yetkilendirme iptal edilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Bildirim ve Kullanım Hakkı

Bildirim

MADDE 8 – (1) Elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya altyapısı kurup işletmek isteyen ve 7 nci maddedeki koşulları sağlayan şirket, faaliyete başlamadan önce, Kurum tarafından belirlenen bildirim formunu doldurmak suretiyle Kuruma bildirimde bulunur. Bildirim yazılı olarak veya elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile yapılır.

(2) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Kaynak tahsisi gerektirmeyen elektronik haberleşme hizmetini sunmak, şebekesini veya altyapısını kurup işletmek için bildirimde bulunan şirket, yetkilendirme şartlarını sağlamış olduğunun Kurum tarafından kendilerine bildirildiği tarih itibariyle yetkilendirilmiş sayılarak işletmeci statüsü kazanır ve Kurum tarafından belirlenen ve Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanan Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerindeki Bildirim Kapsamında Sunulan Kaynak Tahsisi İçermeyen Hizmetler bölümünde yer alan hükümler çerçevesinde ilgili hizmetin sunumuna başlayabilir. Kurum resmi internet sitesinde güncel olarak yayımlanan işletmeci listesinde söz konusu işletmeciye ilişkin gerekli bilgileri yayımlamak suretiyle kayıtlama işlemini gerçekleştirir. Kayıtlama işletmecinin Kuruma kayıtlı olduğu süre boyunca geçerlidir.

(3) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Kurum, bildirimin bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapıldığını teyit eden ve işletmecinin hak ve yükümlülüklerini içeren bir yazıyı işletmeciye gönderir.

(4) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Kurum kayıtlarına giren bildirim başvuru formunda eksiklik/uygunsuzluk tespit edilen işletmeciye, söz konusu eksiklik/uygunsuzlukları gidermesi hususu bildirim başvuru formunun Kurum kayıtlarına girmesinden itibaren en geç onbeş gün içinde yazılı olarak bildirilir.

(5) Eksiklik/uygunsuzluğun, işletmeci tarafından tebellüğ edilmesini müteakip bir ay içinde giderilerek Kuruma bildirilmemesi halinde, Kanunun 60 ıncı maddesi uyarınca idari para cezası veya diğer yaptırımlar uygulanır.

(6) Başvurunun ilgili mevzuata uygun olmaması nedeniyle doğabilecek her türlü zarardan işletmeci sorumludur.

(7) (Mülga:RG-11/6/2016-29739)

(8) Milli Frekans Planı kapsamında serbest kullanıma yönelik olarak ayrılan frekans bantları kullanılmak suretiyle sunulacak olan elektronik haberleşme hizmeti veya kurulup işletilecek olan şebeke ve altyapıları bildirim ile yetkilendirilir.

(9) Sabit ve mobil uyduya çıkış (up–link) cihazının yayıncı kuruluşları ve haber ajansları tarafından kendi faaliyetleri dışında, üçüncü şahıslara elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılması ve/veya ticari amaç güdülmesi halinde yetkilendirmeye tabi olur.

Kullanım hakkı

MADDE 9 – (1) Kurum, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasını tespit eder.

Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması gereken haller

MADDE 10 – (1) Kullanım hakkı sayısı, ancak kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını teminen sınırlandırılabilir. Kurum, bu kapsamda sektördeki muhtemel işletmeci sayısını belirlemek için kullanıcılar ve tüketiciler dahil ilgililerin görüşlerini temin etmek amacıyla uluslararası uygulamaları ve sektöre yönelik koşulları da göz önünde bulundurarak kamuoyu görüşü alır. Bu tespite istinaden Kurum, ilgili mevzuat kapsamında yetkilendirme alanlarında tahsis edilecek frekans aralıklarını, numara bloklarını ve uygulamaya ilişkin diğer usul ve esasları belirler. Kurum, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasına ilişkin kararını gerekçeleriyle resmi internet sitesinde yayımlar. Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması halinde;

a) Uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını içeren ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslar Bakanlık tarafından belirlenir ve Bakanlığın Kanunda belirtilen görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, yetkilendirme Kurum tarafından yapılır.

b) (a) bendinde belirtilen hususların dışında kalan ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından verilecek olan elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasına ve/veya elektronik haberleşme şebeke ve altyapısının kurulması ve işletilmesine ilişkin gerekli işlemler Kurum tarafından yürütülür.

(2) Kurum, kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacıyla Bakanlığın görüşüne başvurarak gerekli tedbirleri alır ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler. Kurum ve birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen hallerde Bakanlık, kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi değildir. Kurumun yapacağı ihalelerde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

(3) Kurum, bir hizmete ilişkin olarak sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı vermesini müteakip sektör koşullarını dikkate alarak yeniden aynı hizmete yönelik sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verebilir.

Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması gerekmeyen haller

MADDE 11 – (1) Kurum tarafından kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmeti sunmak, şebekesi ve/veya altyapısını kurup işletmek isteyen ve 7 nci maddede yer alan şartları haiz işletmeci adayları, Kurum tarafından belirlenen bildirimi de içeren kullanım hakkı başvuru formunu eksiksiz doldurmak suretiyle Kuruma başvurur.

(2) Kullanım hakkı başvurusu, elektronik haberleşme hizmet, şebeke ve/veya altyapısına yönelik olarak ayrı ayrı yapılır.

(3) Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmeti, şebekesi ve/veya altyapısı için, bu tespitten sonraki bir tarihte yapılacak ikinci bir tespitte kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması gerektiği sonucu ortaya çıkarsa, Kurum bu tespite istinaden sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı verebilir.

Kullanım hakkına yönelik başvuruların incelenmesi

MADDE 12 – (1) Kurum, kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği haller için yapılan kullanım hakkı başvurusunu değerlendirir, belgelerinde eksiklik bulunan başvuru sahibine bu eksiklikleri gidermesi gerektiği yazılı olarak bildirilir. Eksikliklerin, Kurum tarafından başvuru sahibine tebliğ edilmesini müteakip üç ay içinde tamamlanmaması halinde, başvuru işlemden kaldırılır. Anılan belgelerde eksiklik bulunan şirketin Kullanım hakkı ücretini ödemiş olması, kullanım hakkı kazandığı anlamına gelmez.

(2) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) İlgili mevzuatta ve 7 nci maddede belirtilen şartları taşıyan ve Kurum tarafından belirlenen belgeleri eksiksiz olarak sağlayan başvuru sahibinin başvurusu,

Kurum tarafından Ulusal Numaralandırma Plânı, Millî Frekans Plânı ve ilgili mevzuat çerçevesinde kaynakların tahsisinin uygun görülmesi halinde kabul edilir. Aksi takdirde başvuru sahibine, kendisine kullanım hakkı verilemeyeceği bildirilerek başvurusu reddedilir.

(3) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Kurum tarafından başvurusu kabul edilen şirkete, muhtemel ödeme tarihleri esas alınarak şirketin başvurduğu yılın sonuna kadar kıst olarak hesaplanan ilgili kullanım hakkı ücretini Hazineye gelir kaydedilmek üzere muhasebe biriminin veznesine veya ilgili banka hesabına yatırması bildirilir. Kurum tarafından kullanım hakkı ücretinin ödenmesine ilişkin başvuru sahibinin bilgilendirildiği Kurum yazısı tarihinden itibaren iki ay içinde ödemenin yerine getirilmemesi halinde, başvuru işlemden kaldırılır.

(4) Kurum, kullanım hakkı verilmesi taleplerini, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, tahsis edilmesi gereken kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterlik şartlarının sağlanmaması sebepleriyle reddedebilir.

Kullanım hakkının verilmesi

MADDE 13 – (1) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmet, şebeke ve/veya altyapıları için kullanım hakkı ücretinin ilgili hesaba yatırıldığını belgeleyen dekontun aslının veya Banka onaylı suretinin Kuruma sunulmasını müteakip başvuru sahibine Kurum tarafından belirlenen ve üzerinde ve/veya Ek'inde tahsis edilen kaynakların yer aldığı kullanım hakkı yetki belgesi düzenlenir. Usulüne uygun başvuru, 12 nci madde hükümlerine uygun olarak eksiksiz başvuru yapılmış ve kullanım hakkı ücretinin ilgili hesaba yatırıldığını belgeleyen dekontun aslının veya Banka onaylı suretinin Kuruma sunulmuş olmasını kapsar. Başvurular usulüne uygun başvuru kapsamındaki bilgi ve belgelerin tamamlandığı ve bu kapsamdaki en son bilgi ve belgenin Kurum evrakına girdiği tarih sırasına göre öncelik sırası alır. Kendisine kullanım hakkı kapsamında yetki belgesi düzenlenen işletmeci kullanım hakkı yetki belgesi tarihi itibariyle Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanan "Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerindeki Sayısı Sınırlandırılmamış Kullanım Hakkı Kapsamında Sunulan Kaynak Tahsisi İçeren Hizmetler" bölümünde yer alan hükümler çerçevesinde ilgili hizmetin sunumuna başlayabilir.

(2) Başvuru sahipleri, yetkilendirmeye tâbi olan elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısına yönelik olarak ayrı ayrı kullanım hakkı yetki belgesi düzenlenmek suretiyle yetkilendirilirler.

(3) Kullanım hakkı kapsamında verilen frekans, numara ve uydu pozisyonu gibi kaynaklara ilişkin olarak tahsis, tescil, ulusal ve uluslararası koordinasyon, iade, iptal, geri alım gibi konularda ilgili Kurum düzenlemeleri uyarınca işlem yapılır.

(4) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Sayısı sınırlandırılan kullanım hakkı, Kurum veya Bakanlık tarafından yapılacak ihalenin üzerinde bırakıldığı ve ihale şartnamesindeki yükümlülükleri yerine getiren şirkete/şirketlere verilir. Bu kapsamda yetkilendirmeye ilişkin süreç, bildirim formunu içeren kullanım hakkı başvuru formu, ekinde işletmecilerin hak ve yükümlülüklerinin yer aldığı hizmete özel olarak hazırlanacak sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı yetki belgesi ile yetkilendirme için Kuruma sunulacak diğer bilgi ve belgeler, ilgili ihale şartnamesinde düzenlenir.

Kullanım hakkı süresi

MADDE 14 – (1) Kullanım hakkı süresi, aksi Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerinde belirtilmediği sürece şebeke ve hizmetin niteliği ile başvuru sahibinin talebi de dikkate alınmak suretiyle belirli aralıklarla gözden geçirilmeye tabi tutularak, yirmi beş yıldan fazla olmamak üzere Kurum tarafından belirlenir.

(2) Sayısı sınırlandırılmayan kullanım hakkını yenilemek isteyen işletmeci, kullanım hakkı süresinin bitiminden oniki ve altı ay önceki tarihler arasında, Kurum tarafından belirlenen bildirim formu ve kullanım hakkı başvuru formunda yer alan bilgi ve belgeler ile kullanım hakkının yenilenmesi için Kuruma başvurabilir. Kurum, yenileme talebini değerlendirerek kullanım hakkını yenileyebilir.

(3) Sayısı sınırlandırılan kullanım hakkının yenilenmesine ilişkin usul ve esaslar ilgili ihale şartnamesinde düzenlenir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yetkilendirme Ücreti

Yetkilendirme ücreti

MADDE 15 – (1) Yetkilendirme ücreti, idarî ve kullanım hakkı ücretlerinden oluşur.

İdari ücret

MADDE 16 – (Değişik:RG-11/6/2016-29739)

(1) İşletmeci, her yıl bir önceki yıla ait gelir tablosunda yer alan net satışlarının on binde otuz beşi tutarında idari ücret öder. Bu ücrete esas olan matrah, işletmecinin yetkili olduğu döneme ait net satışlarıdır.

(2) Kurum, pazar analizi, düzenlemelerin hazırlanması ve uygulanması, işletmecilerin denetlenmesi, teknik izleme ve denetleme hizmetleri, piyasanın kontrolü, uluslararası işbirliği, uyumlaştırma ve standardizasyon çalışmaları ve diğer faaliyetleri ile her türlü idarî giderlerinden kaynaklanan masraflara katkı amacıyla uluslararası yükümlülükler de dikkate alınarak, işletmecilerden alınacak anılan idarî ücret oranını işletmecinin bir önceki yıl net satışlarının binde beşini geçmemek üzere arttırmaya veya azaltmaya yetkilidir.

(3) İdari ücret, aksi Kurum tarafından belirlenmedikçe, yetkilendirmenin yapıldığı yılı takip eden her yılın Haziran ayının son gününe kadar Kurumun banka hesabına yatırılır.

(4) İdari ücrete konu yıl içinde ilk defa yetkilendirme almış olan işletmecilerin, yetkilendirilmeye sahip oldukları döneme ilişkin net satış tutarlarını içeren vergi dairesi, imza atmaya yetkili serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavir onaylı gelir tablolarını, yetkilendirmenin yapıldığı yılı takip eden yılın mayıs ayı sonuna kadar Kuruma göndermeleri gerekir. Bununla birlikte, söz konusu işletmecilerin anılan belgeleri yetkilendirmenin yapıldığı yılı takip eden yılın mayıs ayı sonuna kadar Kuruma göndermemeleri halinde; işletmecinin yetkilendirmeye sahip olduğu tarihler dikkate alınarak Kurumlar Vergisi Beyannamesinde ve/veya Geçici Kurumlar Vergisi Beyannamelerinde yer alan net satış tutarları esas alınarak idari ücret hesaplanır. İşletmeci, idari ücret ödemesini hesaplanan bu tutar üzerinden yapar.

(5) Tüm yetkilendirmeleri iptal edilen/devredilen işletmeciler, iptal/devir tarihinden itibaren bir ay içerisinde ödemede bulunmamışlar ise, bir önceki yılın net satışları ile yetkilendirmenin iptal/devir edildiği tarihe kadar geçen döneme ait net satışları üzerinden birinci fıkrada belirtilen oran esas alınmak suretiyle idari ücret öder.

(6) Beşinci fıkrada anılan işletmeciler, idari ücretin ödenmesine esas döneme ait vergi dairesi, imza atmaya yetkili serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavir onaylı gelir tablosu, Kurum tarafından istenen diğer onaylı mali tablolar ile yapılan ödemeye ilişkin makbuzu iptal/devir tarihinden itibaren bir ay içerisinde Kuruma göndermekle yükümlü olup anılan belgelerin iptal/devir tarihinden itibaren bir ay içerisinde Kuruma gönderilmemesi halinde, işletmecinin yetkilendirmeye sahip olduğu tarihler dikkate alınarak Kurumlar Vergisi Beyannamesinde ve/veya Geçici Kurumlar Vergisi Beyannamelerinde yer alan net satış tutarları esas alınarak idari ücret hesaplanır. İşletmeci, idari ücret ödemesini hesaplanan bu tutar üzerinden yapar.

(7) Üçüncü ve beşinci fıkralarda öngörülen son ödeme tarihine kadar, idari ücretin işletmeci tarafından ödenmemesi halinde, bu tarihten itibaren 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme

Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirlenen usule göre hesaplanacak gecikme zammı oranı kadar faiz uygulanır.

(8) İşletmecilerden, haziran ayı sonu itibari ile uygulanacak söz konusu faiz ile birlikte alınacak idari ücreti eylül ayının son gününe kadar kısmen veya tamamen ödemeyenlerin yetkilendirmesi herhangi bir işleme gerek kalmaksızın eylül ayı sonu itibari ile iptal olmuş kabul edilir. İdari ücretin eksik yatırıldığının daha sonra Kurumca tespit edilmesi halinde, tespit edilen eksik miktarı, Kurum tarafından bildirilmesinden itibaren bir aylık süre içerisinde faizi ile birlikte ödemeyen işletmecilerin yetkilendirmesi, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal olmuş kabul edilir. Ancak Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin bu fıkrada yer alan gerekçelerle iptali hakkında Bakanlığın görüşünü alarak karar verir.

(9) Beşinci ve sekizinci fıkralarda belirtilen sürelerde kısmen veya tamamen ödenmeyen idari ücret tutarları, Kurumun bildirimi üzerine, faiziyle birlikte 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ilgili vergi dairesi tarafından tahsil edilir ve Kuruma gelir kaydedilir.

(10) Aksi ilgili ihale şartnamesinde belirtilmedikçe, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı ile yetkilendirilen işletmeciler, idari ücret bakımından bu maddedeki yükümlülüklere tabidir.

(11) Kurumla görev veya imtiyaz sözleşmesi imzalayarak Kurum masraflarına katkı payı ödeme yükümlüsü olan işletmeci ayrıca idari ücret ödemez.

Kullanım hakkı ücreti

MADDE 17 – (1) Kullanım hakkı verilmesine ve söz konusu kaynakların etkin bir şekilde kullanılmasının teminine yönelik olarak kullanım hakkı ücreti alınır.

(2) Kullanım hakkı ücretlerinin asgari değerleri, Kanunun 11 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre belirlenir.

a) Sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı ücretleri, asgari değerlerden az olmamak kaydıyla Kurul tarafından belirlenen ücretlerdir. Kurulun, gerekli gördüğü hallerde, bu ücreti yeniden değerlendirme ve belirleme hakkı saklıdır. Kullanım hakkı ücretinin tarafsız, şeffaf ve orantılı olması esastır.

b) Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı ücretleri ise yapılacak ihale sonucunda oluşan ve Kurul tarafından onaylanan ücretlerdir.

(3) Kullanım hakkı ücretleri, 16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla Hazineye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimine yatırılır. Zamanında ödenmeyen kullanım hakkı ücretleri, Kurumun bildirimi üzerine, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, ilgili vergi dairesince tahsil olunur.

(4) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Kullanım hakkı kapsamında tahsis edilen kaynakların bir kısmının veya tamamının Kuruma iade edilmesi veya Kurumca geri alınması ya da kullanım hakkının herhangi bir nedenle iptali/feshi veya sona ermesi durumunda tahsil edilmiş kullanım hakkı ücreti kısmen ya da tamamen iade edilmez.

Kullanım hakkı ücretinin ödenmesi

MADDE 18 – (1) Sayısı sınırlandırılan kullanım hakkı ücretleri, ilgili ihale şartnamesinde belirtilen şekilde ödenir.

(2) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Sayısı sınırlandırılmayan kullanım hakkı ücretlerine yönelik olarak işletmeci, Kurumca belirlenmiş kullanım hakkı ücretini (Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere), en geç her yılın Ocak ayı sonuna kadar Hazineye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimine yatırmakla ve dekontun aslını veya Banka onaylı suretini Kuruma göndermekle yükümlüdür.

(3) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Kurum ile imtiyaz sözleşmesi imzalamış işletmeciler kendilerine yapılan numara ve frekans tahsislerinden doğan kullanım hakkı ücretlerini (Katma Değer Vergisi dahil olmak üzere) her yılın Ocak ayı sonuna kadar Hazineye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimine yatırmakla ve dekontu Kuruma göndermekle yükümlüdür.

(4) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) İşletmeci yıllık kullanım hakkı ücretini her yıl Ocak ayının sonuna kadar öder. Ocak ayının bitimini takip eden iki aylık sürenin sonuna kadar kullanım hakkı ücretini (Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen gecikme zammı oranı kadar faiziyle birlikte yatırmaması durumunda kullanım hakkı, söz konusu iki aylık sürenin sonu itibariyle herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal olmuş kabul edilir. Bununla birlikte;

a) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) İşletmecinin, kullanım hakkının devam ettiği her yıl Ocak ayının bitimini takip eden iki aylık süre içinde kullanım haklarını kısmen veya tamamen Kuruma iade etmesi halinde, iade edilen söz konusu kaynaklara ilişkin olarak mevcut mevzuat hükümleri uyarınca kıst ücret ve 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen gecikme zammı oranı kadar gecikme faizi alınır.

b) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) İşletmecinin söz konusu iki aylık süre içerisinde kullanım hakkı ücretlerini ödememesi neticesinde kendisine tahsisli tüm kullanım haklarını yitirmesi halinde, anılan sürenin sonuna kadar işletmecinin Kuruma ilettiği talebi üzerine ve ilgili hizmet bildirim kapsamında sunulabiliyor ise sadece bildirim kapsamında kaydı devam eder, talebin olmaması halinde ilgili yetkilendirmesi iptal olmuş sayılır.

c) İşletmecinin, söz konusu iki aylık süre içerisinde kullanım hakkı ücretini eksik ödemesi durumunda, sadece ödemediği kullanım hakkı ücretine karşılık gelen frekans ve/veya numara kullanım hakları iptal edilir.

ç) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) İşletmecinin, söz konusu iki aylık süre içinde eksik ödeme yapması durumunda, hangi frekans ve/veya numara kaynağına ilişkin ödeme yapıldığının belirsiz olması ve bu durumun işletmeci ile yapılan yazışmalar neticesinde de açıklığa kavuşturulamaması halinde, ödemesi eksik yapılan frekans ve/veya numara kullanım haklarının tamamına ilişkin kullanım hakkı ücreti ödenmemiş kabul edilerek söz konusu frekans ve/veya numara kaynaklarının tamamının kullanım hakları iptal edilir. Bu durumda anılan sürenin sonuna kadar işletmecinin Kuruma ilettiği talebi üzerine ve ilgili hizmet bildirim kapsamında sunulabiliyor ise sadece bildirim kapsamında kaydı devam eder, talebin olmaması halinde ilgili yetkilendirmesi iptal olmuş sayılır.

(5) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) İptal edilen kullanım hakkına ilişkin olarak Ocak ayı başından itibaren üç aylık dönem için hesaplanacak kullanım hakkı ücreti (Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere), bu ücretin 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen gecikme zammı oranı kadar faiziyle birlikte Kurumun bildirimi üzerine ilgili vergi dairesince tahsil olunur.

(6) Yıllık kullanım hakkı ücretini ödemiş olan işletmeciden, kullanım hakkının verildiği tarihten itibaren her bir yıllık süre içinde bu ücretlerin Kurul tarafından yeniden tespiti halinde, söz konusu bir yıllık dönemlerde meydana gelebilecek kullanım hakkı ücreti değişikliklerine ilişkin ek bir ücret talep edilmez.

(7) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Yıl içerisinde yapılan kaynak tahsisine ilişkin kullanım hakkı ücreti, kıst olarak tahsil edilir.

(8) (Ek:RG-23/9/2011-28063) Yetkilendirmenin sona erdiği yıla ait kullanım hakkı ücreti, kıst olarak ödenir.

(9) (Ek:RG-23/9/2011-28063) Kıst uygulamalarında ay hesabı dikkate alınır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Hak ve Yükümlülükler

İşletmecilerin hak ve yükümlülükleri

MADDE 19 – (1) İşletmeciler; Kurum düzenlemeleri, ilgili mevzuat ve Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerinde öngörülen şartlara ve aşağıda yer alan kayıt, kural ve yükümlülüklere uygun olarak elektronik haberleşme hizmetini sunma hakkına sahiptir.

a) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Kuruma bilgi ve belge verilmesi: İşletmeci, Kurum tarafından yetkilendirmesi kapsamında istenen veya düzenli olarak gönderilmesi talep edilen bilgi, belge ve veriyi doğru ve eksiksiz olarak Kurumca istenen süre içerisinde vermekle yükümlüdür. İşletmeci, yetkilendirme başvurusunda istenen bilgi ve belgelerden;

1) Ticaret sicil gazetesinde yer alan ana faaliyet alanındaki değişiklikleri,

2) İşletmecinin unvanı, resmi yazışma adresi, elektronik tebligat yapmaya elverişli kayıtlı elektronik posta adresi, ücretsiz aranabilen tüketici çağrı merkezi numarası, vergi dairesi ve numarasındaki değişiklikleri,

3) İşletmeciyi Kurum nezdinde idare ve temsile yetkili kişilerde meydana gelen değişiklikleri,

4) Şirket hisselerinden en az yüzde onuna sahip ortaklar ve tüzel kişiliği idare ve temsile yetkili kişilerin adli sicil belgelerindeki değişiklikler ile söz konusu ortakların ve temsile yetkili kişilerin değişmesi halinde yeni ortakların ve temsile yetkili kişilerin adli sicil belgeleri,

5) Şirket hisselerinden en az yüzde onuna sahip tüzel kişi ortakların hisselerinin en az yüzde onuna sahip gerçek kişi ortakların adli sicil belgelerindeki değişiklikler ile söz konusu ortakların değişmesi halinde yeni ortakların adli sicil belgeleri,

ve değişiklikleri tevsik eden belgelerin asıllarını ya da noter onaylı örneklerini; resmi yazışma adresi ve elektronik tebligat yapmaya elverişli kayıtlı elektronik posta adresindeki değişikliklerin yapılmasını müteakip bir hafta içerisinde, diğer değişikliklerin yapılmasını müteakip bir ay içerisinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür. Kurum nezdinde şirketi idare ve temsili yetkili kişilerde değişiklik olması halinde güncel imza sirküleri veya noter onaylı imza beyannameleri ile birlikte söz konusu kişilerin yetkilerini belirtir gerekli belgelerin Kuruma iletilmesi gerekir. Ayrıca, işletmeci, bildirim veya sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı başvuru formunda yer alan bilgileri her yıl Mayıs ayı sonuna kadar; söz konusu formların ekinde yer alan belgeleri ise 2020 yılında başlamak üzere her beş yılda bir, ilgili yılın Mayıs ayı içerisinde Kuruma tekraren göndermekle yükümlüdür.

b) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Yetkilendirmenin devri: İşletmeci, yetkilendirmesini devretmek istemesi halinde, ekinde yetkilendirmeyi devralacak olan ve 7 nci maddede öngörülen

şartları taşıyan şirketin dolduracağı, Kurum tarafından belirlenen bildirim formunun ve gerektiği hallerde kullanım hakkı başvuru formunun yanı sıra Kurumca istenecek diğer bilgi ve belgelerle birlikte yetkilendirmenin devir izni için Kuruma başvurur. Yetkilendirmeyi devralacak şirketin işletmeci olması durumunda ise bildirim formuna veya kullanım hakkı başvuru formuna gerek bulunmamaktadır. Kurumun yetkilendirme devrini uygun bulduğuna yönelik yazılı izin vermesi halinde, bu izni müteakip bir ay içerisinde yetkilendirmenin devredileceği şirket adına yetkilendirme türüne göre kullanım hakkı belgesi düzenlenir veya ilgili şirket bildirim kapsamında kayıtlanır. Kurum yetkilendirme devirlerine ilişkin incelemelerinde, yetkilendirmesi devredilen işletmecinin faaliyette olduğu pazar koşullarını, rekabet şartlarını, işletmecinin pazar payını ve diğer ilgili hususları dikkate alır. Yetkilendirmenin devri halinde, yetkilendirme tarihi olarak, eski tarihli yetkilendirilmiş olan işletmecinin yetkilendirme tarihi esas alınır.

c) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Hisselerin devri: İşletmeciler, yüzde on ve üzeri hisse devir, edinim ve hareketleri işlemlerinden önce Kurumdan izin almak zorundadır. Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı kapsamında yetkilendirilen işletmeci, yüzde ona kadar olan hisse devri, edinimi ve hareketleri halinde Kurumu en geç iki ay içerisinde bilgilendirir.

1) Bildirim veya kullanım hakkı kapsamında yetkilendirilmiş işletmecilerin hisselerine sahip olan şirketlerde hisse sahibi olan gerçek veya tüzel kişilerin sahibi bulunduğu hisselerin devri ile ilgili hususlarda Kuruma bilgi verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

2) Hisselerin devredildiği gerçek kişilerin 7 nci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen şartları taşıması esastır.

3) Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkına sahip işletmecinin şirket hisselerinin sermaye piyasasına ilişkin mevzuata göre halka arzı durumunda 7 nci maddenin ikinci fıkrasının (b) bendi hükmü aranmaz.

ç) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Birleşme ve devralma: İşletmecinin 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde başka bir şirketle birleşmesi ya da başka bir şirkete devrolmak istemesi halinde; bünyesinde birleşilecek veya devir olunacak şirketin 7 nci maddede belirtilen şartları taşıması esas olup, birleşme veya devralma işlemi Kurum iznine tabidir. Birleşme veya devralma işlemi işletmeci haricinde bir başka şirket bünyesinde gerçekleşecek ise, Kurum tarafından belirlenen bildirim formu ve gerektiği hallerde kullanım hakkı başvuru formu ile, birleşme veya devralma işletmeci bünyesinde gerçekleşecek ise, ilgili bilgi ve belgelerle birlikte ilgili işletmeci, şirket devrine veya birleşmesine ilişkin izin verilmesi için Kuruma başvurur. Kurum şirket birleşme ve devralmalarına ilişkin incelemelerinde, birleşen

veya devir olunan işletmecinin faaliyette olduğu pazar koşullarını, rekabet şartlarını, işletmecinin pazar payını ve diğer ilgili hususları dikkate alır.

1) Kurum tarafından birleşmeye veya devralmaya izin verilmesi halinde, söz konusu izin bir ay içerisinde ilgililere bildirilir. Birleşme veya devralma işlemi, işletmeci haricinde bir başka şirket bünyesinde gerçekleşmiş ise, şirket birleşme veya devir tarihinden itibaren bir ay içerisinde Kuruma bildirilir. Bu bildirimi takip eden bir ay içerisinde, yeni şirket adına kullanım hakkı yetki belgesi düzenlenir veya yeni şirket bildirim kapsamında kayıtlanır.

2) Bu Yönetmelikte belirtilen usullere uyulmaksızın işletmecinin başka bir şirkete devrolması veya başka bir şirketle birleşmesi halinde; Kurumun idari para cezası ve diğer idari müeyyide ve tedbirleri uygulama hakkı saklı kalmak kaydıyla, devralan veya bünyesinde birleşilen şirketin, ilgili mevzuatta yer alan şartları Kurumca belirlenen süre içerisinde sağlaması halinde yeni şirket adına kullanım hakkı yetki belgesi düzenlenir veya yeni şirket bildirim kapsamında kayıtlanır, aksi halde söz konusu yetkilendirme iptal edilir.

3) Birleşme ve devralmaya izin verilmesi halinde, ilgili hizmet türüne ilişkin yetkilendirme tarihi olarak, birleşen veya devrolan/devralan işletmecilerden eski tarihli yetkilendirilmiş olan işletmecinin yetkilendirme tarihi esas alınır.

d) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Elektronik haberleşme şebekelerinin bütünlüğünün idame ettirilmesi: İşletmeciler, afet halleri dahil kamuya açık elektronik haberleşme hizmetleri ve/veya şebekeleri arasındaki zararlı elektromanyetik girişimin önlenmesi ve acil yardım çağrı hizmet numaralarına ilgili mevzuat çerçevesinde kesintisiz olarak ulaşılabilmesi başta olmak üzere, elektronik haberleşme şebekelerinin bütünlüğünün idame ettirilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Kurum tarafından acil yardım çağrı hizmet numaralarına erişim zorunluluğu getirilen işletmeciler, söz konusu hizmeti kullanıcılarına para, jeton, ön ödemeli kart ve benzeri araç gerekmeksizin ücretsiz olarak sağlamakla ve bu hizmetin verilebilmesi için gereken teçhizat ve sistemleri kurmakla yükümlüdür.

e) Gerekli izinlerin alınması: İşletmeci, yetkilendirme kapsamında faaliyet yürütmek için gerekli olan diğer izinleri ilgili kurumlardan almakla, ilgili mevzuata uymakla ve gerekli işlemleri yerine getirmekle yükümlüdür.

f) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Trafik bilgilerinin muhafaza edilmesi: Erişim sağlayıcı olan veya telefon hizmeti sunan işletmeci, taraflara ilişkin IP adresi, port aralığı, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı, kullanıcı sayısı ve abone kimlik bilgileri ile altyapısı üzerinden gerçekleşen görüşmelere ait trafik bilgilerini iki yıl

süreyle; kullanıcı bilgilerini ise ilgili mevzuatta belirtilen zamanaşımı süresi boyunca muhafaza etmekle yükümlüdür.

g) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Hizmetin devamlılığı: İşletmeci, yetkilendirildiği kapsamda sunduğu elektronik haberleşme hizmetini ve/veya kurduğu şebeke ve altyapısının işletimini durdurmadan veya hizmeti sunmakla yükümlü olduğu yetkilendirme alanından geri çekmeden önce abonelik sözleşmelerindeki yükümlülüklerini ifa ettiğini ve hizmetin durdurulması veya sunulan alandan geri çekilmesine ilişkin objektif nedenleri Kuruma bilgi ve belgeleriyle bildirir. Kurum tarafından gerekli görülmesi durumunda ilave bilgi ve belge istenebilir ve/veya yerinde tespit yapılabilir. İşletmeci, hizmetin kesintisiz olarak sunulması için gereken tedbirleri almakla yükümlüdür.

ğ) Telsiz ücretleri: İşletmeci, kendi sistemine dâhil her türlü abonenin Kanun uyarınca Kuruma ödemek zorunda olduğu telsiz ücretlerini abonelerinden Kurum adına tahsil ederek, Kurum tarafından belirlenecek usuller çerçevesinde, Kurumun hesaplarına aktarmakla yükümlüdür. Ayrıca İşletmeci, elektronik haberleşme hizmet, şebeke veya altyapısı için kurduğu telsiz cihaz ve sistemleri ile ilgili ücretleri Kuruma öder.

h) Abonelik ilişkisi: İşletmeci, Kurumca belirlenen usul ve esaslara aykırı olmamak üzere sistemine abone kaydetmekte serbesttir.

ı) İdari ücret: İşletmeci, 16 ncı maddede öngörülen idari ücreti ödemekle yükümlüdür.

i) Muhasebe kayıtlarının ayrımı: İşletmeci, her bir hizmet türü için sahip olduğu yetkilendirme kapsamında yürüttüğü faaliyetlere ilişkin muhasebe kayıtlarını ayrı tutar. Sabit ve mobil hizmetleri tek bir yetkilendirme altında sunan İşletmeci, sabit ve mobil hizmetlere ilişkin muhasebe kayıtlarını ayrı ayrı tutmakla yükümlüdür.

j) Evrensel hizmet: İşletmeci, evrensel hizmetler ile ilgili olarak 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine uymakla yükümlüdür.

k) Terminal cihazlarının sisteme bağlanması: İşletmeci, ilgili teknik düzenlemelere uygun olan terminal cihazlarını kendi sistemine bağlamak veya bağlanmasına izin vermekle yükümlüdür.

l) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Yetkilendirmenin feshi veya iptali: Kurum tarafından yetkilendirilen işletmeci, iptal ettirmek için talepte bulunduğu yetkilendirme kapsamında halihazırda elektronik haberleşme altyapısı işletmediğini, hiçbir aboneye sahip olmadığını veya aboneleriyle ilişkisini kestiğini ve abonelerine geçmişte hizmet sunduğu tarih aralığını beyan ederek yetkilendirmenin iptal edilmesi için Kuruma yazılı talepte bulunabilir. Bu talepten sonra Kurum tarafından işletmeciden abonelerine hizmet sunduğu son beş yıllık döneme ilişkin

kayıtları, abone kütük bilgilerini ve hizmet sunumuna ait donanımı (harddisk ve benzeri) Kurumun belirlediği şekilde gönderir. Ayrıca, Kurum tarafından gerekli görülmesi durumunda ilave bilgi ve belge istenebilir ve/veya yerinde tespit yapılabilir. Kurum, uygun görmesi halinde söz konusu yetkilendirmeyi iptal edebilir. İşletmecinin herhangi bir mevzuata uymaması sonucu yetkilendirmesinin iptali halinde, işletmeci Kurumun abone mağduriyetini gidermek için aldığı tedbirlere uymakla yükümlüdür. Söz konusu iptal hallerinde, Kurum, abonelere hizmet sunulan son beş yıllık döneme ilişkin kayıtları, abone kütük bilgilerini ve hizmet sunumuna ait donanımı yetkilendirmesi iptal edilen işletmeciden talep eder. Kurum, bu Yönetmelikte yer alan hallerin yanı sıra, sayısı sınırlandırılmış yetki belgesinde iptale ilişkin yer alan durumlarda da işletmecinin yetki belgesini iptal edebilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından yayın iletim yetkisi iptal edilen işletmecilerin ilgili yetkilendirmeleri Kurum tarafından iptal edilebilir.

m) Altyapı kurma: İşletmeci, yetkilendirildiği hizmet kapsamında gereken yazılım ve cihazları kendisi kurabilir. Bunların dışında kalan tüm altyapıyı aksi Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süresinde belirtilmedikçe ilgili mevzuata uygun olarak diğer işletmecilerden temin edebilir ve/veya ilgili yetkilendirmeyi alıp kendi altyapısını kurabilir. Ayrıca işletmeci altyapılarını, gelişen teknolojilere göre geliştirmek ve ilgili mevzuat çerçevesinde diğer işletmecilere kullandırmak hakkına sahiptir.

n) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Uydu kullanımı: İşletmeci, uydu üzerinden sunulan elektronik haberleşme hizmetlerinde frekans bandlarının kullanımına yönelik Kurum tarafından belirlenebilecek usul ve esaslara uymakla yükümlüdür. İşletmeci, hizmet sunumuna yönelik uzay kesimi uydu kapasite ihtiyaçlarını, ilgili kuruluşlardan serbestçe temin etme hakkına sahiptir. Elektronik haberleşme hizmetinin sunumunda uydu istasyonu kullanan işletmeci, kurulacak her uydu yer istasyonu için ayrı ayrı doldurulmuş ilgili formu ve sistemde kullanılacak uydu yer istasyonuna ilişkin bilgileri Kuruma vermekle yükümlüdür. Ayrıca,

1) İşletmeci, Türkiye Cumhuriyetine kayıtlı hava taşıtlarında, ilgili yetkilendirmeleri kapsamındaki hizmetlerin sunulması amacıyla ihtiyaç duyulan elektronik haberleşme altyapısını, yurtdışında faaliyet gösteren şirketlerden temin edebilir.

2) Uydu üzerinden elektronik haberleşme hizmeti sunan ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ile irtibatlı gerekli teknik altyapıyı kurmakla yükümlü işletmeciler, kullanıcılarına ait trafiği Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde kurulmuş uydu yer istasyonları üzerinden geçirmekle yükümlüdür.

o) Faturalandırma: İşletmeci ilgili mevzuat uyarınca aboneye fatura göndermekle yükümlü olup, söz konusu mevzuat kapsamında diğer işletmecilerle faturalama hizmeti sağlama hususunda anlaşma yapabilir.

ö) Acentelik ve diğer iş modelleri: İşletmeci, yetkilendirildiği hizmete ilişkin sorumluluk kendisine ait olmak üzere yaygın ve verimli pazarlamaya yönelik olarak acentelik, bayilik, tek satıcılık verebileceği gibi, servis sağlayıcılığı, çözüm ortaklığı, servis dağıtıcılığı ve benzeri taşeronluk hizmetleri de alabilir. Bununla birlikte İşletmeci, sunduğu elektronik haberleşme hizmetini kendi ad ve hesabına vermekle yükümlü olup, söz konusu hizmeti başka kişi veya şirket adına sunulacak veya sunulduğu izlenimi edinilecek şekilde veremez. İşletmecinin acenteleri aracılığıyla sunduğu elektronik haberleşme hizmetlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, aşağıdaki usul ve esaslar uygulanır.

1) İşletmeci, elektronik haberleşme sunulmasına yönelik kendi ad ve hesabına faaliyette bulunmak üzere üçüncü kişilere acentelik verebilir. Ancak söz konusu kapsamdaki acenteler alt acentelik veremez.

2) Elektronik haberleşme sunulması için gerekli olan altyapı ihtiyaçları, ilgili altyapı işletmecilerinden İşletmeci veya İşletmeci ad ve hesabına olmak üzere acenteleri tarafından talep edilmek zorundadır.

3) İşletmeci, acentelerinin faaliyetlerinin yetkilendirme kapsamında bulunmasını sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede acentelerin yetkilendirmeye ilişkin ilgili mevzuat hükümlerini ihlal etmeleri durumunda, söz konusu ihlalden İşletmeciler sorumludur.

4) İşletmeci, tüketici mağduriyetlerinin yaşanmaması amacıyla, acentelerin ilgili mevzuat çerçevesinde hareket etmeleri için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

5) İşletmeci, uygulayacağı iş modellerinde, vergilendirme ve faturalama gibi hususlarda ilgili mevzuat çerçevesinde faaliyet göstermek durumundadır.

p) Güvenlik ve müdahalelerin önlenmesi: İşletmeciler, haberleşme mahremiyeti ve güvenliği ile şebeke güvenliğinin sağlanması ve korunması için, her türlü tedbiri almakla, altyapı ve sistemlerinde teknolojik uyumu sağlamakla, elektronik haberleşmeye ilişkin bilgi, belge ve verilerin gerek korunmasında, gerekse iletilmesinde gizlilik hükümlerine uymak ve kanunla yetkilendirilmiş merci dışında başkasının bu bilgileri elde etmesini önlemekle yükümlüdür. İşletmeci, vereceği elektronik haberleşme hizmeti, şebeke ve altyapısında kullanılacak cihazlara, yetkisiz kişilerin erişimini ve bozucu/değiştirici müdahalelerini önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

r) Yetkisiz girişimin önlenmesi: İşletmeci, kullanıcılarının internet üzerindeki yetkisiz ve rahatsız edici girişimlerine meydan verilmemesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

s) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Erişim sağlayıcılığı: İSS, GSM, GMPCS, IMT–2000/UMTS, IMT, SMŞH, HT-GSM 1800 MTH işletmecisi ile uydu ve kablo hizmetlerine ilişkin görev sözleşmesi sahibi işletmeciler gibi erişim sağlayıcı olan işletmeci, yetkilendirildiği hizmet kapsamındaki faaliyetlerini yürütürken 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve ilgili mevzuatta yer alan erişim sağlayıcılığı ile ilgili hükümlere uymakla yükümlüdür.

ş) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Arama kartları: Yalnızca yurtiçinde sunulacak elektronik haberleşme hizmetlerinde kullanılacak arama kartlarının üzerinde hizmeti sunan işletmecinin ticaret unvanı, müşteri hizmetleri numarası, İnternet adresi, kartın geçerli son kullanma tarihi, TL-Kr tutarı, kartın kullanım talimatı ile seri numarası bilgilerinin açık ve anlaşılır biçimde belirtilmesi zorunludur. Ayrıca, işletmeciler internet sitelerinde, arama yapılacak işletmeciye ve ülkeye göre belirlenmiş dakika bilgisini ücretsiz olarak kullanıcının bilgisine sunmakla yükümlü olup, söz konusu bilginin işletmecinin internet adresinde yer aldığı hususunun arama kartı üzerinde belirtilmesi zorunludur. Yurtiçi ile birlikte, birden fazla ülkede kullanılmak üzere hazırlanmış olan arama kartlarında yukarıda belirtilen bilgilerde değişiklik yapılması hususu Kurumun iznine tabidir.

t) Mücbir sebepler: Mücbir sebepler; doğal afetler, kanuni grev ve lokavt, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer hallerdir. Belirlenen mücbir sebeplerin yetkilendirme alanındaki hizmetlerin bütününü veya çok sayıda kullanıcıyı etkileyecek nitelikte olması, işletmecinin kusuru ve ihmalinden kaynaklanmamış olması, işletmecinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemesi, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen 20 gün içinde işletmecinin bu durumu Kuruma yazılı olarak bildirmesi ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi esastır.

u) (Değişik:RG-30/12/2014-29221) 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen yükümlülükler: İşletmeciler, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden millî güvenlikle, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik altyapıyı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurumca belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendine ait olmak üzere kurmak ve güncellemekle yükümlüdür. Halen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler de; söz

konusu teknik altyapıyı, Kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmak ve güncellemekle yükümlüdürler. Söz konusu sistemleri kurmayan ve güncellemeyen işletmeciler; abonelere ve diğer işletmecilere hizmet sunamaz; diğer işletmeciler de söz konusu sistemleri kurmayan ve güncellemeyen işletmecilere hizmet sunamaz. İşletmeciler, 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili olarak, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere; ilgili mevzuat gereği verilmesi gereken bilgi, belge ve veriyi Kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda eksiksiz ve zamanında kanunen yetkili mercie teslim etmekle, her türlü sistemin işletilmesi bakımından, altyapı kullanımının sağlanması ile söz konusu sistemlerin çalışır vaziyette tutulması için gerekli donanım, yazılım, bakım, onarım, teknik destek gibi gerekli tedbiri almakla ve bunları etkileyen donanım, yazılım, altyapı ve şebekeye ilişkin değişiklikleri Kurum onayını alarak yapmakla yükümlüdürler.

ü) Değişen şartlar: İşletmeci, yetkilendirildiği tarihte öngörülemeyen ancak daha sonra ortaya çıkan şartlar çerçevesinde Kurum tarafından belirlenecek düzenlemelere uymakla yükümlüdür.

v) (Mülga:RG-23/9/2011-28063)

y) (Ek:RG-9/6/2011-27959) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) CLI'a ilişkin yükümlülükler:

1) CLI, boş, eksik ve başta acil yardım çağrı hizmetlerine ve/veya güvenlik güçlerine tahsisli kısa numaralardan oluşacak şekilde veya bir başka aboneye tahsisli numaraların kullanılmasında olduğu üzere yanlış veya yanıltıcı bir biçimde oluşturulamaz. Yurtdışından gelen çağrılarda CLI bilgisi olarak acil yardım çağrı hizmetlerine ait numara kullanılamaz.

2) CLI'ı boş ve eksik oluşturulmuş yurt içi kaynaklı çağrılar taşınamaz ve sonlandırılamaz. CLI'ı boş olan, alfanümerik karakter içeren veya ulusal numaralandırma planında yer alan numaralardan (acil yardım çağrı hizmetlerine ait numaralar dahil) oluşan yurtdışı kaynaklı çağrılar taşınamaz ve sonlandırılamaz. Ancak, yurtdışından gelen ve CLI'ı dolaşımdaki mobil numaralardan oluşan çağrılar istisnadır.

3) Kurum bu yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile hizmete özel durumları belirleyebilir.

(2) Ayrıca işletmeciler;

a) Yetkilendirmeye konu hizmetin birbiriyle uyumlu çalışabilmesini ve bu kapsamda söz konusu hizmetler için şebekelerarası arabağlantıyı tam ve gereği gibi sağlamakla,

b) Son kullanıcılara ulusal numaralandırma planındaki numaralardan erişim sağlamakla,

c) Ortak yerleşim ve tesis paylaşımı ile ilgili düzenlemelere uymakla,

ç) Kişisel verilerin gizliliğinin korunmasına ilişkin düzenlemelere uymakla,

d) Hizmet kalitesi ve tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemelere uymakla,

e) Kanunlarla yetkili kılınan ulusal kurumlarca yasal dinleme ve müdahalenin yapılmasına teknik olanak sağlamakla,

f) Afet durumlarındaki haberleşmenin kesintisiz devam edebilmesi için gerekli tedbirleri almakla,

g) Elektronik haberleşme şebekelerinden kaynaklanan elektromanyetik alanlara kamu sağlığını tehdit edecek şekilde maruz kalınmasının engellenmesi ile ilgili önlemleri Kanun ve ilgili mevzuat çerçevesinde almakla,

ğ) Erişimle ilgili düzenlemelere uymakla,

h) (Mülga:RG-23/9/2011-28063)

ı) İlgili ulusal ve uluslararası teknik ve güvenlik standartlara ve spesifikasyonlarına uyumluluk sağlamakla,

i) Geçiş hakkına ilişkin düzenlemelere uymakla,

j) İlgili mevzuat uyarınca Kurum tarafından istenen hizmetleri yerine getirmekle,

yükümlüdür.

Kullanım hakkı sahibi işletmecilerin hak ve yükümlülükleri

MADDE 20 – (1) Kullanım hakkı sahibi işletmeciler, 19 uncu maddede belirtilen hak ve yükümlülüklere ilave olarak,

a) Frekans kullanım hakkının verildiği hizmet ya da şebeke türü ile numara kullanım hakkının verildiği hizmetin kapsamı çerçevesinde hizmet sunmakla,

b) Frekans ve numaraları etkin ve verimli kullanmakla,

c) Zararlı elektromanyetik girişimi önlemekle,

ç) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Numaralandırma ve numara taşınabilirliğine ilişkin düzenlemelere uymakla,

d) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Abonelerine numara tahsis eden işletmeciler, abonelerinin kayıtlı olduğu bilinmeyen numaralar danışma sistemini kurmak suretiyle rehber hizmeti sunma hakkına sahip olup, rehber veritabanlarını kurmakla ve rehberlik hizmetlerinin sunulabilmesi

amacıyla söz konusu veritabanlarını rehberlik hizmeti işletmecileri ile ücreti mukabilinde paylaşmakla,

e) Yetkilendirme süresine uymakla,

f) Hak ve yükümlülüklerin devrine ilişkin hükümlere uymakla,

g) Kullanım hakkı ücretlerini eksiksiz ve zamanında ödemekle,

ğ) İhale sürecinde üstlenilen taahhütleri yerine getirmekle,

h) Frekans ve numara kullanımları ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesindeki hükümlere uymakla,

yükümlüdür.

(2) Bağlantı sağlama hakkı: Frekans kullanım hakkı sahibi olan ve birden fazla coğrafi bölgede yetkilendirme almış işletmeci, yetkilendirildiği farklı coğrafi bölgeler arasında bağlantı sağlama hakkına sahiptir. Kurum, işletmecinin bağlantı sağlamaya yönelik frekans tahsis talebini, Milli Frekans Planı ve diğer düzenlemeler çerçevesinde değerlendirmek suretiyle izin verebilir. Ancak birbirine sınır komşusu olmayan coğrafi bölgeler arasında bağlantı sağlarken, söz konusu bağlantıyı varsa o bölgede yetkilendirilmiş işletmecilerden temin eder.

(3) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) Kullanım Hakkı çerçevesinde hak ve yükümlülük devri: İşletmecinin sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı kapsamında kullandığı frekansın ve numaranın tamamını devretmek istemesi halinde, ekinde söz konusu kaynakları devralacak olan ve 7 nci maddede öngörülen şartları taşıyan şirketin dolduracağı, Kurum tarafından belirlenen kullanım hakkı başvuru formunun yanı sıra Kurumca istenecek diğer bilgi ve belgelerle birlikte devir izni için Kuruma başvurur. Frekans ve numaraların tamamını devralacak şirketin işletmeci olması durumunda ise kullanım hakkı başvuru formuna gerek bulunmamaktadır. Kurumun kaynakların devrini uygun bulduğuna yönelik yazılı izin vermesi halinde, bu izni müteakip bir ay içerisinde devir alacak şirket adına kullanım hakkı yetki belgesi düzenlenir. Kurum söz konusu devirlere ilişkin incelemelerinde, ilgili pazar koşullarını, rekabet şartlarını, işletmecinin pazar payını ve diğer ilgili hususları dikkate alır. İşletmecinin sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı kapsamında kullandığı frekansın bir kısmını spektrum ticareti çerçevesinde devretmek istemesi halinde, devralacak olan şirketin aynı hizmete yönelik Kurumca yetkilendirilmiş işletmeci olması durumunda her iki işletmecinin birlikte Kuruma yapacakları başvurunun Kurumca onaylanmasını müteakip devir işlemi gerçekleştirilir. Devralacak olan şirketin işletmeci olmaması halinde ise 7 nci maddede öngörülen şartları taşıması ve bu şirketin dolduracağı, Kurum tarafından belirlenen kullanım hakkı başvuru formunun yanı sıra Kurumca istenecek diğer bilgi ve belgelerle birlikte

frekansın devir izni için Kuruma başvurması gerekir. Kurumun devri uygun bulduğuna yönelik yazılı izin vermesi halinde, bu izni müteakip bir ay içerisinde frekansın devredileceği şirket adına kullanım hakkı yetki belgesi düzenlenir. Kullanım hakkının devri halinde, yetkilendirme tarihi olarak, eski tarihli yetkilendirilmiş olan işletmecinin yetkilendirme tarihi esas alınır. Numara kaynağının bir kısmının devir edilmek istenmesi halinde, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca işlem yapılır.

(4) Katma değerli elektronik haberleşme hizmetleri sadece söz konusu hizmetleri sunmaya yetkili işletmecilerce Kurum tarafından bu hizmetlerin sunulması için belirlenmiş numaralar üzerinden sunulur.

(5) Sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı sahibi işletmeci, bu Yönetmelikte yer alan hak ve yükümlülüklere ek olarak araştırma–geliştirme, kapsama alanı yükümlülüğü gibi ilgili ihale şartnamesinde ve sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı yetki belgesinde yer alan koşulları sağlamakla ve düzenlemelere uymakla yükümlüdür.

(6) (Mülga:RG-23/9/2011-28063)

ÜÇÜNCÜ KISIM

Hizmet Sunumu ve Çeşitli Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Hizmet Sunumuna İlişkin Hükümler

Hizmet sunumunun engellenmesi ve işletmenin askıya alınması (Değişik başlık:RG-11/6/2016-29739)

MADDE 21 – (1) Kurum, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gereklerinden kaynaklanan sebeplerin tespiti halinde, şirketlerin elektronik haberleşme alanında faaliyete geçmelerini veya elektronik haberleşme sağlamalarını gerektiğinde Bakanlığın görüşünü de alarak engelleyebilir.

(2) (Ek:RG-11/6/2016-29739) Kurum; savaş, genel seferberlik ve benzeri durumlarda, kamu güvenliği ve ulusal savunma için gerekli görüldüğü takdirde, sınırlı veya sınırsız bir süreyle işletmecinin işletme faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını askıya alabilir ve doğrudan doğruya şebekeyi işletebilir. Bu durumda geçecek süre, yetkilendirme süresinin sonuna eklenir.

Yetkisiz hizmet sunumu

MADDE 22 – (Değişik:RG-23/9/2011-28063)

(1) Kurumun idari yaptırım ve tedbirlere yönelik olarak Kanunda ve ilgili mevzuatta düzenlenen diğer yetkileri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme hizmeti, şebekesi ve/veya altyapısı için Kanunun 10 uncu maddesi çerçevesinde Kurum tarafından verilen deneme izinleri hariç olmak üzere, Kurum tarafından yetkilendirilmeksizin, elektronik haberleşme tesisi kuran, işleten veya elektronik haberleşme hizmeti verenlerin tesisleri Kurumun talebi üzerine ilgili mülki idare amirlerince kapatılarak faaliyetlerine son verilir.

Deneme izni

MADDE 23 – (1) Kurum, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş sermaye şirketleri, araştırma–geliştirme kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının, test ve/veya deneme ve/veya gösterim amaçlı olarak kurmak ve kullanmak istedikleri elektronik haberleşme altyapı ve hizmetlerine geçici süre ile izin verebilir.

Geçici süreli kullanımlar

MADDE 24 – (1) Kanunun 10 uncu maddesi kapsamında verilen deneme izinleri hariç olmak üzere; geçici olarak düzenlenen fuar, sergi, konferans, konser, spor, araştırma, geliştirme ve benzeri faaliyetlerde kullanılacak telsiz cihaz ve sistem izinleri ilgili mevzuat uyarınca verilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

İdari yaptırımlar

MADDE 25 – (Değişik:RG-23/9/2011-28063)

(1) İşletmeci faaliyetlerinin yetkilendirme kapsamındaki yükümlülüklere ve ilgili mevzuata aykırı olması durumunda, işletmeciye Kanun ve ilgili diğer mevzuat uyarınca idari para cezası veya diğer yaptırımlar ile tedbirler uygulanır.

İşletmecilerin ilan edilmesi

MADDE 26 – (1) Kurum, işletmecilerin gerekli bilgilerini içeren listeyi resmi internet sitesinde güncel olarak ilan eder.

İlgili metinler

MADDE 27 – (1) Bildirim Formu, Kullanım Hakkı Başvuru Formu, Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Süreleri, Sayısı Sınırlandırılmamış Kullanım Hakkı Yetki Belgesi örneği ile ilgili diğer metinler Kurul kararı ile belirlenir.

Hak iddiasında bulunulamayacağı

MADDE 28 – (1) Bu Yönetmeliğe göre yapılacak yetkilendirme, Kurumca tahsis edilen frekans, numara ve uydu pozisyonu üzerinde işletmeciye yetkilendirme kapsamı dışında bir hak doğurmaz.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 29 – (1) 26/8/2004 tarihli ve 25565 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) İlgili mevzuatta Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğine yapılan atıflar, bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile yetkilendirilmiş olan işletmeciler, bu Yönetmelik uyarınca Kuruma bildirimde bulunmuş veya gerekli olduğu durumlarda yetkilendirmelerindeki süre ile sınırlı olarak kullanım hakkı almış sayılırlar.

(2) Bu kapsamda, Karasal Hatlar Üzerinden Veri İletim Hizmetine ilişkin olarak Kurumdan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler, Altyapı İşletmeciliği Hizmetine yönelik olarak Kuruma bildirimde bulunmuş sayılırlar. İşletmecinin aynı zamanda Altyapı İşletmeciliği Hizmeti yetkilendirmesinin olması halinde, Karasal Hatlar Üzerinden Veri İletim Hizmeti yetkilendirmesi kendiliğinden iptal olmuş sayılır.

(3) Kablo Platform Hizmetine ilişkin olarak Kurumdan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler, Altyapı İşletmeciliği Hizmeti, İnternet Servis Sağlayıcılığı ve Kablolu Yayın hizmeti için Kuruma bildirimde bulunmuş sayılırlar. Telefon hizmeti sunmak isteyen Kablo Platform Hizmeti işletmecilerinin ise, Sabit Telefon Hizmetine yönelik olarak Kuruma bildirimde bulunmaları ya da Kullanım Hakkı için ayrıca başvuruda bulunmaları gerekir.

(4) Uzak Mesafe Telefon Hizmetine ilişkin olarak Kurumdan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler, numara tahsis durumlarına göre Sabit Telefon Hizmetine yönelik Kuruma bildirimde bulunmuş ya da Kurumdan kullanım hakkı almış sayılırlar.

(5) Kablolu ve Kablosuz İnternet Servis Sağlayıcılığı kapsamında Kurumdan genel izin almak suretiyle kayıtlanmış olan işletmeciler, İnternet Servis Sağlayıcılığı için Kuruma bildirimde bulunmuş sayılırlar.

(6) Uydu Telekomünikasyon Hizmetine ilişkin olarak Kurumdan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler Uydu Haberleşme Hizmeti; Uydu Platform Hizmetine ilişkin olarak Kurumdan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler ise Uydu Platform Hizmetine yönelik Kuruma bildirimde bulunmuş sayılırlar.

(7) Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti ve Rehberlik Hizmetine ilişkin olarak Kurumdan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler, aynı hizmetlere yönelik Kurumdan kullanım hakkı almış sayılırlar. Aynı yetkilendirme alanında analog ve sayısal olarak birden fazla Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti yetkilendirmesine sahip olan işletmecilere, yetkilendirme süresi en uzun olan dikkate alınarak teknolojiden bağımsız olarak tek bir kullanım hakkı yetki belgesi düzenlenir.

(8) Altyapı İşletmeciliği Hizmeti ve GMPCS Mobil Telefon Hizmetine ilişkin olarak Kurumdan 2. Tip Telekomünikasyon Ruhsatı almış olan işletmeciler, numara ve frekans kullanma durumlarına göre aynı hizmetlere yönelik Kuruma bildirimde bulunmuş ya da Kurumdan kullanım hakkı almış sayılırlar.

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) İşletmecilerden 2010 yılında tahsil edilecek 2009 yılına ait idari ücretlerin hesaplanmasında, yetkilendirme süresi esas alınmak kaydıyla, 1/1/2009–31/12/2009 dönemindeki, İnternet Servis Sağlayıcısı olan işletmecilerin ise 10/5/2009–31/12/2009 dönemindeki net satışları dikkate alınır.

GEÇİCİ MADDE 3 – (1) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Kurum ile imtiyaz sözleşmesi imzalamış işletmeciler ile Altyapı İşletmeciliği Hizmeti ve Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti sunan işletmeciler, bu Yönetmeliğin yürürlük tarihine kadar kendilerine yapılmış olan numara, Radyolink (R/L) ve frekans tahsislerinden doğan ve yetkilendirme yıldönümlerine kadar geçecek süre için kıst olarak hesaplanacak 2009 yılı kullanım hakkı ücretlerini, kullanım hakkı ücretlerinin Resmî Gazete'de yayımlanmasını müteakip 10 Mayıs 2009 tarihinden itibaren yetkilendirme yıldönümlerine kadar olan kıst ücretlerini işletmeciye tebliğini takip eden en geç bir ay içerisinde ödemekle yükümlüdürler. İmtiyaz sözleşmesi sahibi işletmeciler için yetkilendirme yıldönümü olarak her yılın 1 Ocak tarihi esas alınır.

(2) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce yetkilendirilmiş ve bu maddenin birinci fıkrasında zikredilenler dışında kalan işletmeciler, yetkilendirme tarihlerine tekabül eden tarihe kadar 2009 yılı kullanım hakkı ücretlerini ödemekle yükümlüdürler.

(3) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce yetkilendirilmiş işletmecilerin, bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen sürelerin bitimini takip eden iki aylık sürenin sonuna kadar kullanım hakkı ücretini (Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen gecikme zammı oranı kadar faiziyle birlikte yatırmaması durumunda kullanım hakkı/ek kaynak tahsisi, söz konusu iki aylık sürenin sonu itibariyle herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal olmuş kabul edilir. İptal edilen kullanım hakkına/ek kaynak tahsisine

ilişkin söz konusu iki aylık dönem için hesaplanacak kullanım hakkı ücreti (Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere) ve bu ücretin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen gecikme zammı oranı kadar faiz Kanunun 11 inci maddesinin altıncı fıkrası uyarınca Kurumun bildirimi üzerine ilgili vergi dairesince tahsil olunur.

GEÇİCİ MADDE 4 – (1) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Görev ve İmtiyaz Sözleşmesi sahibi işletmeciler, sözleşmelerindeki hükümler yanında 19 uncu ve 20 nci maddelerdeki hak ve yükümlülüklere tabidirler. Görev ve imtiyaz sözleşmesi sahibi işletmecilerin bunlara ek olarak tabi olduğu özel hususlar aşağıdaki şekildedir:

a) Yetkilendirmeye ilişkin kısıtlama: İmtiyaz ve görev sözleşmesi ile yetkilendirilmiş işletmeciler, ilave bir yetkilendirme alamaz. Ancak, bu işletmecilerin, sayısı sınırlandırılmış kullanım hakkı kapsamındaki hizmet ve altyapılara ilişkin ihalelere girip giremeyecekleri ilgili mevzuat ve ihale şartnamesinde belirtilir. Söz konusu belirleme yapılırken, ihale konusu hizmet ve altyapının, imtiyaz veya görev sözleşmesi sahibi işletmecinin ilgili imtiyaz veya görev sözleşmesi kapsamında yetkilendirildiği hizmetin devamı ve gelişmişi niteliğinde olup olmadığı dikkate alınır.

1) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) GSM İmtiyaz Sözleşmesinin süresi sonunda yenilenmemesi halinde İmtiyaz Sözleşmesinin "işletmenin devri" başlıklı hükmü uyarınca Kuruma devri gereken tesislerden, IMT–2000/UMTS ve IMT hizmetinin verilmesi için gerekli olanların kullanılmasına, Kurumun belirleyeceği bedel ve şartlarda Kurum tarafından izin verilebilir.

2) (Değişik:RG-11/6/2016-29739) İşletmecinin GSM hizmetlerine ilişkin imtiyaz sözleşmesinin herhangi bir nedenle feshedilmesi halinde, Kurum tarafından tarafı olduğu IMT–2000/UMTS hizmetine dair imtiyaz sözleşmesi feshedilebilir, IMT hizmetine ilişkin Sayısı Sınırlandırılmış Kullanım Hakkı Yetki Belgesi iptal edilebilir."

b) İmtiyaz sözleşmesinin devri: Kurumla İmtiyaz sözleşmesi imzalayan işletmeci, imtiyaz sözleşmesini devretmek istemesi durumunda, imtiyaz sözleşmesini devralacak şirketin 7 nci maddede yer alan şartları taşıdığına dair bilgi ve belgelerin yanı sıra Kurumca istenecek diğer bilgi ve belgelerle birlikte Kuruma devir izni için başvurur. İmtiyaz sözleşmeleri; Kurumun imtiyaz sözleşmesinin devrini uygun bulduğuna yönelik yazılı izin vermesi halinde, Danıştay görüşünün alınmasını müteakip bir ay içerisinde imtiyaz sözleşmesini devralacak şirketle yenilenir. İmtiyaz sözleşmesi ile yetkilendirilen işletmeci, bu yetkilendirmeyi Türkiye'de aynı hizmet ve altyapıya ilişkin yetkilendirme almış olan şirketlere, bu şirketlerin ortaklarına veya bu şirketlerin ortaklarının doğrudan veya dolaylı bir biçimde hisse sahibi oldukları ya da başka yollarla kontrolleri altında bulundurdukları şirketlere ve iştiraklerine ve bunların tamamının

yöneticileri ile birinci ve ikinci dereceden kan ve kayın hısımlarına hangi surette olursa olsun devredemez.

c) Görev ve imtiyaz sözleşmesi sahibi işletmecilerin hisse devri: Kurumla Görev ve İmtiyaz sözleşmesi imzalayan işletmeciye ait hisseler, ilgili mevzuat ve imtiyaz sözleşmesi hükümleri çerçevesinde devredilebilir. Hisseleri alacak kişilerin, 7 nci maddede belirtilen şartları taşıması gerekmektedir. Görev ve İmtiyaz sözleşmesi sahibi işletmeci, her türlü hisse devri, edinimi ve hareketleri halinde Kurumu en geç bir ay içerisinde bilgilendirir. Görev ve imtiyaz sözleşmesi sahibi işletmeciler bakımından kontrol unsurunun el değiştirmesine yol açan hisse devir, edinim ve hareketleri, Kurumun yazılı izni ile gerçekleştirilir. Hisselerin bu Yönetmelikte belirtilen usullere uyulmaksızın devredilmesi veya edinilmesi halinde; Kurumun idari para cezası ve diğer idari müeyyide ve tedbirleri uygulama hakkı saklı kalmak kaydıyla, anılan devrin Kurumca uygun bulunmaması ve Kurumca belirlenen süre içerisinde uygun hale getirilmemesi halinde söz konusu yetkilendirme Kurum tarafından iptal edilir. Hisseleri borsaya arz edilen İşletmecilerin, borsada gerçekleşen hisse devirleri bu hükmün dışındadır.

ç) Ek kaynak tahsisi: İşletmecilerin münhasıran imtiyaz ve görev sözleşmeleri konusu hizmetlerin verilmesi amacıyla yetkilendirmesi kapsamında bulunan kaynaklar dışında ek kaynak tahsisine ihtiyaç duymaları halinde o kaynağa karşılık gelen kullanım hakkı ücretini ödemek suretiyle ilgili mevzuat uyarınca Kurum tarafından kaynak tahsisi yapılabilir. Sözleşme sahibi işletmeciler, imtiyaz ve görev sözleşmelerinin ilk imza tarihinden sonra kendilerine yapılan numara ve frekans tahsisleri için bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinden itibaren kullanım hakkı ücreti ödemekle yükümlüdür.

d) Kaynağın geri alınması ve değişiklik yapılması: Görev ve imtiyaz sözleşmeleri bakımından, tahsis edilen frekans ve numara kaynağının geri alınması ve değişiklik yapılması konularında, ilgili ihale şartnamesi ve/veya sözleşmesinde belirtilen usul ve esaslar dâhilinde işlem yapılır.

(2) (Değişik:RG-26/4/2013-28629) Kurumla görev veya imtiyaz sözleşmesi imzalamış olan işletmeci, her yıl görev veya imtiyaz sözleşmesinde belirtilen ilgili matrah üzerinden ve söz konusu sözleşmede belirtilen oranda ve tarihte Kurum masraflarına katkı payı öder. Söz konusu işletmeciler, Kurum masraflarına katkı payı ödenmesine esas döneme ait vergi dairesi, imza atmaya yetkili serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavir onaylı gelir tablosu, Kurum tarafından istenen diğer onaylı mali tablolar ile yapılan ödemeye ilişkin makbuzu en geç her yılın Mayıs ayının son gününe kadar, imtiyaz veya görev sözleşmelerinin iptal/devrolması halinde ise iptal/devir tarihinden itibaren bir ay içerisinde, Kuruma göndermekle yükümlüdür. Kurum masraflarına katkı payının süresi içerisinde ödenmemesi halinde Amme Alacaklarının

Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesine göre hesaplanacak gecikme zammı oranı kadar faiz uygulanır.

(3) Kurum ile Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü arasında imzalanmış olup, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılan Görev Sözleşmesindeki hizmetler ile Kanunla Telsiz İşletme Müdürlüğüne verilen görevler herhangi bir yetkilendirmeye tabi olmaksızın yürütülmeye devam eder.

(4) (Değişik:RG-23/9/2011-28063) Kurumla imzalanmış olan imtiyaz sözleşmeleri ve Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme A.Ş. ile imzalanmış olan görev sözleşmesi; süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirirler. 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 1 inci maddesinin son fıkrasında yer alan tanımlar ilgili olduğu sözleşmenin konusu itibariyle bu fıkra uygulamasında geçerliliklerini sürdürürler.

(5) Kurumla imtiyaz sözleşmesi imzalamış olan GSM ve IMT–2000/UMTS hizmeti sunan işletmeciler, imtiyaz sözleşmelerine ek olarak, sunmakta oldukları hizmete ilişkin Elektronik Haberleşme Hizmet, Şebeke ve Altyapılarının Tanım, Kapsam ve Sürelerinin, Sayısı Sınırlandırılmış Kullanım Hakkı Kapsamında Kaynak Tahsisi İçeren Hizmetler bölümünde yer alan hak ve yükümlülüklere tabidirler.

GEÇİCİ MADDE 5 – (Ek:RG-8/6/2011-27958) (Değişik:RG-18/11/2011-28116)

(1) CLI olarak numara kullanılması gereken hizmetleri sunacak Sabit Telefon Hizmeti işletmecileri, 9/12/2011 tarihine kadar Sabit Telefon Hizmetine ilişkin numara almak için gerekli yükümlülükleri yerine getirir. Söz konusu işletmeciler numara almak istememeleri halinde, aynı süre zarfında yetkilendirmelerini devretmek ve abone mağduriyetini önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler. Belirtilen süre sonunda numara almak için gerekli yükümlülükleri yerine getirmemiş veya yetkilendirmesini devretmemiş olan Sabit Telefon Hizmeti işletmecilerinin yetkilendirmeleri, Kurum tarafından iptal edilir. Konuya ilişkin olarak doğabilecek her türlü abone mağduriyetinin önlenmesi için gerekli tedbirler işletmeci tarafından alınır.

GEÇİCİ MADDE 6 – (Ek:RG-23/9/2011-28063)

(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yıllık kullanım hakkı ücretini ödemiş olan işletmeciler, maddenin yayımlandığı yılı takip eden yılın yetkilendirme yıl dönümünden o yılın sonuna kadar olan kullanım hakkı ücretini, yetkilendirme yıl dönümünden itibaren bir ay içinde kıst olarak öder.

(2) Yetkilendirme yıl dönümleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraya rastlayan işletmeciler, yetkilendirme yıl dönümlerinden maddenin yürürlüğe girdiği yılın sonuna kadar olan kullanım hakkı ücretini, yetkilendirme yıl dönümlerinden itibaren bir ay içinde kıst olarak öder.

(3) Bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirlenen kullanım hakkı ücretlerinin ödenmesine ilişkin sürelerin bitimini takip eden iki aylık sürenin sonuna kadar olan kıst kullanım hakkı ücretinin (Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere) 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen gecikme zammı oranı kadar faiziyle birlikte ödenmemesi durumunda kullanım hakkı, söz konusu iki aylık sürenin sonu itibariyle herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal olmuş kabul edilir. İptal edilen kullanım hakkına ilişkin söz konusu iki aylık dönem için hesaplanacak kullanım hakkı ücreti (Katma Değer Vergisi dâhil olmak üzere), bu ücretin 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen gecikme zammı oranı kadar faiziyle birlikte Kurumun bildirimi üzerine ilgili vergi dairesince tahsil olunur.

Geçiş hükümleri

GEÇİCİ MADDE 7 – (Ek:RG-30/12/2014-29221)

(1) Hâlihazırda Sabit Telefon Hizmeti sunmak üzere yetkilendirilmiş işletmecilerin bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen sermaye şartını sağladıklarını gösterir belgelerle birlikte bu fıkranın yürürlüğe girmesinden itibaren 3 ay içerisinde Kuruma başvurmaları gerekmektedir. Anılan tarihe kadar sermaye şartını sağlayamayan şirketlerin yetkilendirmeleri kendiliğinden iptal olmuş sayılır.

(2) Bu Yönetmeliğin19 uncu maddesinin birinci fıkrasının (u) bendinde belirtilen teknik altyapıyı kurmayan Sabit Telefon Hizmeti yetkilendirmesine sahip işletmecilere, bu yetkilendirme kapsamında hizmet sunan diğer işletmecilerin, bu fıkranın yürürlüğe girmesinden itibaren 2 ay içerisinde hizmet sunumlarına son vermeleri gerekmektedir.

Başvuru şartlarına ilişkin geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 8 – (Ek:RG-11/6/2016-29739)

(1) Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti işletmecileri haricindeki bildirim veya bildirimle birlikte sayısı sınırlandırılmamış kullanım hakkı verilmesi suretiyle yetkilendirilmiş hâlihazırdaki tüm işletmecilerin 7 nci maddenin birinci fıkrasının (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen şartları sağladıklarını gösterir belgelerin yanı sıra 7 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde istenilen ve işletmeciye ilişkin Kurum kayıtlarında bulunmayan bilgi ve belgelerle birlikte bu fıkranın yürürlüğe girmesinden itibaren dört ay içerisinde Kuruma başvurmaları gerekir.

(2) Ortak Kullanımlı Telsiz Hizmeti işletmecilerinin, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgelerle birlikte 30/12/2016 tarihine kadar Kuruma başvurmaları gerekmektedir.

(3) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen süreler içerisinde istenilen bilgi ve belgelerle Kuruma başvurmayan işletmecilerin yetkilendirmeleri kendiliğinden iptal olmuş sayılır.

Arayan numara bilgisi ve uydu hizmetlerine ilişkin geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 9 – (Ek:RG-11/6/2016-29739)

(1) 19 uncu maddenin birinci fıkrasının (n) bendinin (2) numaralı alt bendi bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra, aynı fıkranın (y) bendinin (2) numaralı alt bendi bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay sonra uygulanmaya başlar.

Yürürlük

MADDE 30 – (1) Bu Yönetmelik 10/5/2009 tarihinden geçerli olmak üzere (3) yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 31 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Kurul Başkanı yürütür.

(1) 5/3/2010 tarihli ve 27512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliği;

a) sadece kontörlü kart kullanılan ankesörlü telefon uygulamaları bakımından 1/1/2011 tarihinde,
b) diğer kontör uygulamaları bakımından ise 1/4/2010 tarihinde yürürlüğe girer.

(2) 9/6/2011 tarihli ve 27959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliği ile 4 üncü maddesinin birinci fıkrasına (f) bendi eklenmiş ve diğer bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.

(3) Danıştay Onüçüncü Dairesinin Esas No:2009/5212 , Karar No: 2015/3361 sayılı kararı ile Yönetmeliğin 30 uncu maddesinde yer alan ''...10/5/2009 tarihinden geçerli olmak üzere...'' ibaresinin iptaline karar verilmiştir. Daha sonra Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 11/4/2018 tarihli ve Esas No:2016/1664; Karar No:2018/1650 sayılı kararı ile Yönetmeliğin 30 uncu maddesinde yer alan ''...10/5/2009 tarihinden geçerli olmak üzere...'' ibaresinin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına karar verilmiştir.

Elektronik Haberleşme Sektöründe Şebeke ve Bilgi Güvenliği Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 13.07.2014

Resmi Gazete Sayısı : 29059

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak, Tanımlar ve Kısaltmalar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, şebeke ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak işletmecilerin uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunması, bu Yönetmelik kapsamı dışındadır.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (l) bendi, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (n), (ş) ve (v) bentlerine, 12 nci maddesinin ikinci fıkrasının (i) ve (j) bentlerine ve 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Belgelendirme kuruluşu: TS ISO/IEC 27001 veya ISO/IEC 27001 standardına göre belgelendirme yapmak üzere akredite edilmiş kurum veya kuruluşu,

b) BGYS standardı: TS ISO/IEC 27001 veya ISO/IEC 27001 standardını,

c) Bilgi güvenliği yönetim sistemi (BGYS): Bilginin gizliliğini, bütünlüğünü ve erişilebilirliğini sağlamak üzere sistemli, kuralları koyulmuş, planlı, yönetilebilir, sürdürülebilir, dokümante edilmiş, işletmecinin yönetimince kabul görmüş ve uluslararası güvenlik standartlarının temel alındığı faaliyetler bütününü,

ç) Bilgi sistemi: İşletim sistemlerinin, veritabanlarının, sunucuların, altyapının, iş uygulamalarının, kullanıma hazır ürünlerin, donanımların, yazılımların ve hizmetlerin tamamını,

d) Bütünlük: Varlıkların doğruluğunu ve tamlığını koruma özelliğini,

e) Donanım: Elektronik haberleşme altyapısı, bilgisayarlar, veri kaydetmek için kullanılan taşınabilir veya sabit diskleri,

f) Dos: Hizmet dışı bırakmayı,

g) Ddos: Dağıtık hizmet dışı bırakmayı,

ğ) Erişilebilirlik: Yetkili bir varlık tarafından talep edildiğinde erişilebilir ve kullanılabilir olma özelliğini,

h) Gizlilik: Bilginin yetkisiz kişiler, varlıklar ya da süreçler tarafından erişilememesini, kullanılamamasını, değiştirilmemesini, depolanmamasını, başka bir ortama kaydedilmemesini veya ifşa edilmemesini,

ı) IP adresi: İnternet protokol adresini,

i) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi,

j) Köle bilgisayar: Herhangi bir amaçla kullanılmak üzere, zararlı yazılımlar veya kötü niyetli kişiler tarafından uzaktan yönetilen internete bağlı bilgisayarı,

k) Kritik bilgi: Değiştirilmesi, bozulması, kaybolması, kötüye kullanılması veya yetkisiz bir şekilde ifşa edilmesi durumunda şebeke ve bilgi güvenliği açısından zararlara yol açacak bilgiyi,

l) Kritik sistem: İşletmecinin kontrolü altında yer alan elektronik haberleşme altyapısı ile işlevselliğinin bozulması halinde veya maruz kalacağı etkiler neticesinde şebeke ve bilgi güvenliğini zafiyete uğratabilecek sistemleri,

m) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

n) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

o) Risk değerlendirme: Risklerin analizi, seviyelerinin tanımlanması, derecelendirilmesi ve tahmin edilmesi ile kabul edilebilir risk seviyesinin belirlenmesini,

ö) Risk işleme: Riski azaltmaya yönelik önlemlerin seçilmesi ve uygulanması ile kabul edilen risklerin gerekçelerinin belirlenmesini,

p) Risk temelli değerlendirme: Abone sayısı, yıllık net satış, müşteri beklentileri, yasal ve düzenleyici yükümlülükler, hizmet verilen yerleşim alanları, işletilen altyapının kritikliği veya büyüklüğü gibi kriterler dikkate alınarak Kurum tarafından yapılan değerlendirmeyi,

r) Siber Güvenlik Kurulu: 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun EK 1 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında kurulan kurulu,

s) SOME: Siber olaylara müdahale ekibini,

ş) USOM: 20/6/2013 tarihli ve 28683 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2013/4890 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın ekinde yer alan Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve 2013-2014 Eylem Planı'nın 4 üncü maddesi gereğince kurulan ulusal siber olaylara müdahale merkezini,

t) Varlık: İşletmeci için değeri olan herhangi bir şeyi,

ifade eder.

(2) Bu Yönetmelikte geçen ve birinci fıkrada yer almayan tanımlar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

İlkeler

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında aşağıda belirtilen temel ilkeler gözetilir:

a) İşletmecilerin yükümlülüklerinin belirlenmesinde, şebeke ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirlerin tespitinde ve uygulanmasında mümkün olduğu ölçüde risk temelli değerlendirmelerin yapılması.

b) Tüketici haklarının korunması.

c) Hizmet kalitesinin yükseltilmesi.

ç) Ulusal düzenleme ile ulusal ve/veya uluslararası standartların dikkate alınması.

d) Güvenlik ile kullanılabilirlik arasında denge kurulması.

e) Azami ölçüde milli kaynakların kullanılması.

İşletmecilerin yükümlülükleri

MADDE 5 – (1) İşletmeciler şebeke ve bilgi güvenliği ile ilgili olarak üçüncü bölümde yer alan hükümler kapsamında temel tedbirleri almakla yükümlüdür.

(2) Aşağıdaki yetkilendirme tiplerine sahip işletmecilerden yıllık net satışları Kurul Kararı ile belirlenen değer ve üzerinde olanlar, birinci fıkrada belirtilen yükümlülüklerin yanı sıra, dördüncü bölümdeki hükümler kapsamında şebeke ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin ilave tedbirleri almakla yükümlüdür.

a) Altyapı işletmeciliği hizmeti.

b) Çeşitli telekomünikasyon hizmetleri (imtiyaz sözleşmesi).

c) GMPCS mobil telefon hizmeti.

ç) GSM/IMT-2000/UMTS (imtiyaz sözleşmesi).

d) Hava taşıtlarında GSM 1800 mobil telefon hizmeti.

e) İnternet servis sağlayıcılığı.

f) Sabit telefon hizmeti.

g) Sanal mobil şebeke hizmeti.

ğ) Uydu haberleşme hizmeti.

h) Uydu ve kablo tv hizmetleri (görev sözleşmesi).

(3) Kurul gerekli görmesi halinde işletmecilerin ilgili yükümlülüklerinde farklılaştırma yapabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Şebeke ve Bilgi Güvenliğinin Sağlanmasına İlişkin Temel Yükümlülükler

BGYS'nin kurulması, kapsamı ve yönetimi

MADDE 6 – (1) İşletmeci, yetkilendirmesine ilişkin tüm hizmetleri ve kritik sistemleri kapsayacak şekilde BGYS kurar.

(2) İşletmeci BGYS'nin kurulması, uygulanması ve sürekliliğinin sağlanması amacıyla bir yönetim mekanizması işletir.

BGYS politikası

MADDE 7 – (1) İşletmeci, yönetimi tarafından onaylanmış bir bilgi güvenliği yönetim sistemi politikası tanımlar, dokümante eder, tüm çalışanlarının ve ilgili tarafların söz konusu politikaya ilişkin farkındalığını sağlar.

(2) Bilgi güvenliği yönetim sistemi politikası asgari olarak aşağıdaki hususları içerir:

a) İşletmeci açısından bilgi güvenliğinin tanımı, genel amaçları ve kapsamı.

b) Yönetimin bilgi güvenliği hedeflerinin yerine getirilmesi ve ilgili faaliyetlerin desteklenmesine ilişkin taahhüdü.

c) Risk değerlendirmesine ilişkin esasları.

ç) Varlıkların sınıflandırılması.

d) Uygulanan güvenlik politikaları, prosedürleri, kuralları, prensipleri ve standartları hakkında genel bilgileri.

Bilgi güvenliği grubu ve faaliyetleri

MADDE 8 – (1) Bilgi güvenliği faaliyetleri, işletmecinin yönetimi tarafından yetkilendirilmiş temsilcilerin katılımıyla oluşturulan bir grup marifetiyle veya işletmecinin kaynaklarının elvermediği durumlarda bir yönetici tarafından koordine edilir.

(2) Bilgi güvenliği grubu faaliyetleri aşağıdaki hususları kapsar:

a) Faaliyetlerin, BGYS politikasına uygun olarak yürütülmesinin sağlanması.

b) BGYS politikasına ilişkin uygunsuzluklarda yapılacak işlemlerin tanımlanması.

c) Bilgi güvenliğine ilişkin metot ve prosedürlerin onaylanması.

ç) Bilgiye ve bilgi sistemlerine yönelik tehditlerin ve açıkların belirlenerek çözüm yollarının tanımlanması.

d) Bilgi güvenliğinin sağlanması amacıyla alınan tedbirlerin uygulanması ve yeterliliğinin değerlendirilmesi.

e) Bilgi güvenliği farkındalığının artırılmasına yönelik eğitimlerin ve çalışmaların planlanması ve uygulanması.

f) Bilgi güvenliği olaylarının izlenmesi ve gözden geçirilmesi sonucunda elde edilen verilerin değerlendirilmesi ve uygun önlem ve faaliyetlerin belirlenmesi.

g) BGYS dokümanlarının güncel şekilde tutulması.

Varlık yönetimi sınıflandırması

MADDE 9 – (1) İşletmeci, sahip olduğu varlıkları ve bu varlıkların sorumlularını dokümante ederek bir varlık envanteri oluşturur. Birçok varlığın belirli bir fonksiyonu yerine getirmek üzere birlikte kullanıldığı karmaşık bilgi sistemleri tek bir varlık olarak kabul edilebilir.

(2) Varlık envanteri asgari olarak varlığın adı, tipi, yeri, yedekleme bilgisi, kuruluş açısından değeri, varlık sorumlusu ve varsa lisans veya kimlik bilgisini içerir. Mevzuata uyum ve Kuruma karşı sorumluluk, varlık sorumlusundan bağımsız olarak işletmeciye aittir.

(3) İşletmeci, bilgi güvenliği ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde varlıklarının gizlilik sınıfını; kritiklik derecesi, yasal gereksinimler ve verinin hassasiyeti kriterlerine göre belirleyerek varlıklarını uygun biçimde etiketler.

(4) Her bir gizlilik sınıfı için erişim, kullanım, depolama, iletim, imha, paylaşım ve dağıtım kuralları işletmeci tarafından belirlenir.

(5) Varlık envanteri yazılım, donanım, personel gibi envanteri oluşturan varlıklarda değişiklik olması durumunda güncellenir.

Risk değerlendirme ve işleme

MADDE 10 – (1) İşletmeci, bilgi güvenliğine ilişkin tehditlerin tanımlanmasını, söz konusu tehditlerin gerçekleşme olasılıklarını ve oluşturabilecekleri olumsuz sonuçları niteleyen ve risklerin sınıflandırılmasını içerecek şekilde yılda en az bir defa risk değerlendirmesi yapar.

(2) Risk değerlendirmesi sonuçları dikkate alınarak risklerin kabul edilme kriterleri tanımlanır.

(3) Tüm riskler için bir risk işleme kararı alınır. Risk işleme kararı,

a) Riskin azaltılmasına yönelik tedbirlerin uygulanması,

b) Belirlenen kabul edilme kriterleri çerçevesinde riskin kabul edilmesi,

c) Riskin oluşmasına neden olan faaliyetlerin durdurularak riskten kaçınılması,

ç) Riskin sigorta, sözleşme ve anlaşma gibi yöntemlerle diğer ilgili taraflara aktarılması

şeklinde olur.

(4) Risk değerlendirme ve işleme metotları dokümante edilir ve bu metotlara göre yapılan işlemler kayıt altına alınır.

İş sürekliliği

MADDE 11 – (1) İşletmeci, yetkilendirmesine ilişkin tüm hizmetlerin ve kritik sistemlerin doğal afetler, çevresel tehditler, kazalar, donanım arızaları, kasti eylemler veya siber saldırılar sonucunda kesintiye uğramasını önlemek ve sahip olduğu varlıklarda oluşabilecek kayıpları en aza indirmek amacıyla iş sürekliliği planları yapar ve uygular.

(2) Planlarda asgari olarak; iş süreçlerini kesintiye uğratabilecek olayların tanımları, söz konusu olayların gerçekleşmesi durumunda yapılacak faaliyetler, her bir faaliyetten sorumlu personel, planın devreye alınması için gerekli koşullar, plan kapsamında kullanılacak ekipman ve malzeme yer alır.

(3) Planlar tatbikat, simülasyon gibi tekniklerle her yıl test edilir ve test sonuçları kayıt altına alınır. Test sonuçlarına göre ya da planları etkileyebilecek yazılım, donanım, personel değişiklikleri gibi durumlarda iş sürekliliği planları güncellenir.

Bilgi güvenliği ihlal olaylarının ve güvenlik açıklarının yönetimi

MADDE 12 – (1) Bilgi güvenliği ihlal olaylarının ve güvenlik açıklarının mümkün olduğunca kısa sürede raporlanmasını sağlamak üzere bir raporlama ve geri bildirim mekanizması kurulur.

(2) Hazırlanacak raporlar asgaride, olayın gerçekleşme zamanını, niteliğini ve olaydan etkilenen varlıkların neler olduğunu kapsar.

(3) Raporlanan bilgi güvenliği olaylarına en kısa sürede müdahale edilerek ihlal ve güvenlik açıklarının giderilmesi amacıyla yapılması gereken işlemleri ve bu işlemlerin sorumlularını içeren prosedürler tanımlanır.

(4) Gerçekleşen bilgi güvenliği ihlal olaylarına ilişkin bilgiler kayıt altına alınır, değerlendirilir ve BGYS'nin geliştirilmesi amacıyla yapılan çalışmalarda girdi olarak kullanılır.

İç denetim

MADDE 13 – (1) İşletmeci bu Yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla yaptığı faaliyetleri ve işletmekte olduğu BGYS'yi iki yılda en az bir defa iç denetim yaparak denetler veya bu hizmeti veren taraflara denetlettirir. İç denetimlerde denetçilerin kendi çalışmalarını denetlememeleri sağlanır.

(2) İşletmeci tespit edilen uygunsuzluklarla ilgili gerekli düzeltici ve önleyici faaliyetleri yerine getirir. Denetim sonuçları ve yapılan düzeltici ve önleyici faaliyetler kayıt altına alınır.

Personel ve istihdam

MADDE 14 – (1) İşletmeci istihdam ettiği personelin, yetkilendirme kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin şebeke ve bilgi güvenliğine, milli güvenliğe ve kamu düzenine aykırı davranışta bulunmaması için her türlü önlemi alır.

(2) İstihdam edilecek personel hakkında adli sicil kaydı belgesi istenir, muhafaza edilir ve ilgili personelin görevlendirilmesinde dikkate alınır.

(3) Bilgi güvenliğine ilişkin rol ve sorumluluklar, istihdam edilen personele işe alım sürecinde açık bir şekilde ifade edilir ve imzalattırılarak muhafaza edilir.

(4) İstihdamın sonlandırılmasında veya görev değişikliklerinde; varlıkların iadesi ve erişim haklarının kaldırılması veya güncellenmesi işlemlerine ilişkin, asgari olarak aşağıdaki hususları içeren bir prosedür oluşturulur, dokümante edilir ve uygulanır:

a) İlgililere istihdam sonlandırılmasında veya görev değişikliği sonrasında da devam eden bilgi güvenliğine ilişkin sorumlulukları ve yükümlülükleri.

b) İlgililerin işletmeci tarafından kendilerine söz konusu görevle ilgili tahsis edilmiş olan ekipman, yazılım, doküman, mobil cihazlar, kredi kartları ve erişim kartları da dahil olmak üzere tüm varlıkları iade etmesi ve kendilerine tanımlanmış erişim haklarının, üyeliklerin, kullanıcı hesaplarının kaldırılması.

c) İlgililerin kendi mülkiyetlerinde bulunan ekipman kullanmaları durumunda işletmeciyle ilgili tüm bilgilerin iadesi ve güvenli bir şekilde silinmesi.

Disiplin prosedürü

MADDE 15 – (1) İşletmeci, şebeke ve bilgi güvenliğine ilişkin kuralların ihlal edilmesi durumunda, ilgililere yaptırım uygulanmasını sağlamak üzere bir disiplin prosedürü oluşturur, dokümante eder ve tüm personelin konu ile ilgili farkındalığını sağlar.

Eğitim

MADDE 16 – (1) Personelin, konusunda yeterliliğe sahip ve gerekli eğitimleri almış olması, alınan eğitimlerin personelin rol ve sorumluluklarına uygun olması esastır.

(2) Tüm personelin iki yılda en az bir defa, bilgi güvenliği farkındalık eğitimi alması sağlanır.

(3) Personelin aldığı eğitimlere ilişkin kayıtlar muhafaza edilir.

Fiziksel erişim

MADDE 17 – (1) İşletmeci, bina ve tesislerinde, yetkisiz erişime ve istenmeyen fiziksel etkilere karşı gerekli tedbirleri alır.

(2) Kritik sistemlerin bulunduğu alanlara giriş ve erişim yetkisi sadece yetkili kişilerle sınırlandırılır, bu yetkiler düzenli olarak gözden geçirilerek güncellenir ve gerekli değilse iptal edilir. Kritik sistemlerin bulunduğu alanlara giriş ve çıkış bilgileri takip edilir ve kayıt altına alınır. Söz konusu kayıtlar en az 2 yıl süreyle muhafaza edilir.

(3) Ziyaretçi giriş ve çıkışlarında gerekli kontroller yapılarak, tarih, saat ve kimlik gibi bilgiler kaydedilir. Ziyaretçilere yalnızca ziyaret amacına uygun giriş ve erişim yetkileri verilir. Gerekli durumlarda işletmeci personelinin refakati sağlanır.

(4) Teslimat alanları, yükleme alanları veya depo gibi üçüncü tarafların bina ve tesislere girişinin söz konusu olabileceği alanlar, kritik sistemlerin bulunduğu alanlardan ayrılır.

(5) Elektronik haberleşme altyapısını içeren bina, kule, dolap ve kutu gibi güvenlik riski oluşturabilecek altyapı bileşenlerine erişim kontrol altında tutulur ve bu bileşenler yetkisiz kişilerin kolaylıkla erişim sağlayamayacağı şekilde tesis edilir.

Çevresel tehditlere karşı korunma

MADDE 18 – (1) İşletmeci; yangın, su baskını, deprem, yıldırım, patlama ve diğer çevresel tehditlere karşı gerekli önlemleri alır.

(2) İşletmeci, bilgi sistemlerine gelen haberleşme ve elektrik hatlarının mümkün olduğunca yer altında olmasını veya kesinti ve zarar görmesini engelleyecek şekilde korunmasını sağlar.

Ekipman ve çalışma ortamı güvenliği

MADDE 19 – (1) İşletmeci kullandığı ekipmanın; çevresel tehditler, elektrik, su, kanalizasyon, iklimlendirme ve havalandırma sistemleri gibi destek sistemlerinin fonksiyon kaybı veya eksikliklerinden kaynaklanabilecek olumsuz etkilere ve yetkisiz erişime karşı korunması amacıyla gerekli tedbirleri alır.

Elektronik ortam yönetimi

MADDE 20 – (1) İşletmeci elektronik ortamda tutulan bilgilerin yetkisiz olarak erişilmesine, bu bilgilerin yetkisiz olarak değiştirilmesine, silinmesine ve zarar görmesine karşı gerekli önlemleri alır.

(2) Kullanımdan kaldırılması veya başka amaçlarla yeniden kullanılması planlanan ekipmanda veya elektronik ortamda yer alan kritik bilgilerin yedekleri ile birlikte geri döndürülemez şekilde silinmesi sağlanır. Silme işleminin mümkün olmaması durumunda söz konusu bilgi depolayan parçalar kullanılamaz hale getirilir.

(3) Taşınabilir ortamlardan veya mobil cihazlardan kaynaklanabilecek güvenlik zafiyetlerine yönelik tedbirler belirlenir; söz konusu ortam ve cihazlarda yer alan kritik bilgilerin yetkisiz erişim, değiştirme ve ifşa edilmeye karşı korunması amacıyla önlemler alınır ve çalışanların bunlara uymaları sağlanır.

(4) Kritik bilgiler içeren dokümanlar veya sayısal kayıtları içeren ortamlar kullanımda olmadıkları zamanlarda kilitli dolaplarda veya şifre koruması altında tutulur.

Şebeke güvenliği

MADDE 21 – (1) İşletmeciler, şebekelerinin tehditlerden korunması ve şebekeleri kullanan sistem ve uygulamaların güvenliğinin sağlanması amacıyla gerekli önlemleri alır.

Aboneye yönelik tedbirler

MADDE 22 – (1) İşletmeci, kendisine tahsisli bir IP adresi kullanılarak şebekesine dışarıdan paket gönderilmesini engellemeye yönelik gerekli önlemleri alır.

(2) İşletmeci, abonelerinin kendisine atanmamış bir IP adresi kullanarak paket göndermelerini engellemeye yönelik gerekli önlemleri alır.

(3) İşletmeci, abonelerini bilinçlendirmek ve gerekli önlemlerin alınmasını sağlamak amacıyla zararlı yazılımlar, köle bilgisayar ağları ve muhtemel siber tehditler ile ilgili olarak bilgilendirir.

Değişim yönetimi

MADDE 23 – (1) İşletmeci sahip olduğu kritik sistemlere ilişkin tesis, ekipman, yazılım ve prosedürlerde değişiklik yapılmasının söz konusu olduğu durumlarda uygulanmak üzere gerekli kuralları belirler.

(2) Söz konusu kurallar asgari olarak aşağıdaki hususları içerir:

a) Değişikliklerin tanımlanması ve kayıt altına alınması.

b) Değişikliklerin planlanması ve test edilmesi.

c) Değişikliklerin etkilerinin analiz edilmesi.

ç) Önerilen değişikliklerin onaylanması.

d) Değişikliklerin yetkili kullanıcılar tarafından yapılmasının sağlanması.

e) Değişikliğe ilişkin bilgilerin ilgililere bildirilmesi.

f) Başarısız değişikliklerle ve öngörülemeyen sonuçlarla karşılaşılması durumunda yapılacak işlemleri.

Görevlerin ve ortamların ayrılması

MADDE 24 – (1) İşletmeci, kritik sistemlere yetkisiz erişimin, bu sistemler üzerinde yetkisiz değişiklik yapılmasının veya bu sistemlerin yetkisiz kullanımının önüne geçilmesi amacıyla;

a) Kritik sistemlerde yapılacak işlemlerin başlatılması ve onaylanması süreçlerini birbirinden ayırır,

b) Kritik sistemlerde işlemleri gerçekleştiren kişiler ile ilgili işlemlerin kayıt dosyalarını yöneten kişileri ayrıştırır,

c) Gerçek sistemleri, geliştirme ve test ortamlarından ayırır,

ç) Yazılımların geliştirme ortamından gerçek ortama aktarılmasına ilişkin kuralları tanımlar ve dokümante eder,

d) Gerekli olmadıkça derleyici, editör ve diğer geliştirme araçlarının veya sistem araçlarının gerçek sisteme erişimine imkân vermez,

e) Geliştirme ve test kullanıcılarının gerçek sistemlere erişimine izin vermez, geliştirme ve test faaliyetlerinin test verisi üzerinden yapılmasını sağlar.

Sistem planlama ve kabulü

MADDE 25 – (1) İşletmeci, kapasite ihtiyacının karşılanması amacıyla bilgi sistemlerinde kaynak kullanımının planlanmasını yapar ve takip eder.

(2) İşletmeci, yeni bilgi sistemlerinin, sistem güncellemelerinin ve yeni sürümlerin, kullanıma alınmadan önce mevcut sistemlere ve güvenlik gereksinimlerine uygunluğunun test edilmesini sağlar.

Zararlı kodlara karşı korunma

MADDE 26 – (1) İşletmeci, bilgi sistemlerinde yer alan bilgilerin ve yazılımların gizliliğinin, bütünlüğünün ve erişilebilirliğinin korunması amacıyla bilgisayar virüsleri, solucanlar, truva atları gibi zararlı kodlara karşı gerekli önlemleri alır.

(2) İşletmeci BGYS politikasına aykırı ve lisanssız yazılım kullanımına izin verilmez.

(3) Dış ağlar aracılığıyla dosya veya yazılım indirilmesi ve kullanılmasında uygulanacak güvenlik önlemleri belirlenir.

Yedekleme

MADDE 27 – (1) İşletmeci, bir felaket veya hata durumunda ihtiyaç duyulacak bilgi ve yazılımların kurtarılmasına imkân verecek şekilde yedek alınmasını sağlar.

(2) İşletmeci, yedeği alınacak sistemleri ve bu sistemlere ilişkin yedekleme periyodunu, yedekleme türünü, saklama zamanını iş ihtiyaçlarına ve yedeği alınacak sistemlerin kritiklik seviyesine uygun olacak şekilde belirler.

(3) Yedekleme işlemlerinde aşağıdaki hususlar yerine getirilir.

a) Yedek kopyaların kaydı tutulur.

b) Yedekler gerçek bilgi ve yazılımların bulunduğu yerleşkede meydana gelebilecek felaketlere maruz kalmayacak ve gerçek bilgi ve yazılımların bulunduğu yerleşkeyle aynı riskleri taşımayacak şekilde tutulur ve yedekler için gerçek bilgi ve yazılımlarla aynı düzeyde güvenlik önlemleri uygulanır.

c) Yedekler periyodik olarak test edilerek kullanıma hazır halde tutulur.

Zaman senkronizasyonu

MADDE 28 – (1) İşletmeci, bünyesinde kullanılan tüm bilgi sistemlerinin belirlenen tutarlı bir zaman kaynağına göre ayarlanmasını ve senkronize şekilde çalışmalarını sağlar.

Sistem kayıt dosyalarının tutulması

MADDE 29 – (1) İşletmeci, istenmeyen bilgi işleme faaliyetlerinin önlenmesi ve bilgi güvenliği ihlal olaylarının tanımlanması amacıyla kritik sistemleri izler ve asgari aşağıdaki hususların uygulanabilir olanlarını içeren kayıt dosyalarını en az 2 yıl süreyle tutar:

a) Kullanıcı kimlikleri.

b) Oturum açma/kapatma, veri ekleme/silme/değiştirme gibi işlemlerin tarihi, zamanı ve açıklamaları.

c) Bağlantı sağlanan ekipmanın kimliği ve yeri.

ç) Başarılı ve reddedilen sistem, veri ve diğer kaynaklara erişim girişimlerinin kayıtları.

d) Sistem ayarlarındaki değişiklikleri.

e) Kullanılan özel izinleri ve ayrıcalıkları.

f) Sistem araçlarının ve uygulamalarının kullanımı.

g) Erişilen dosyalar ve erişimin tipi.

ğ) Ağ adresleri.

h) Erişim kontrol sistemi tarafından üretilen alarmlar.

ı) Anti virüs yazılımı, güvenlik duvarı gibi güvenlik sistemlerinin aktif ve pasif hale getirilmeleri.

i) Sistem güvenlik ayarlarına ve kontrollerine ilişkin değişiklikler veya değişiklik girişimleri.

j) Sistem yöneticileri tarafından yapılan işlemler.

k) Kullanıcı veya sistem programları tarafından rapor edilen bilgi işlem ve haberleşme sistemlerine ilişkin hatalar.

(2) Sistem yöneticilerinin kendi işlemlerine ilişkin kayıt dosyalarını silmelerini veya değiştirmelerini engelleyecek önlemler alınır.

(3) Kayıt dosyaları değişikliğe ve yetkisiz erişime karşı korunur.

Kritik sistemlerde kullanıcı erişim yönetimi

MADDE 30 – (1) İşletmeci, kritik sistemlerde kullanıcıların, kendileri ile ilişkilendirilebilecek ve yaptıkları işlemlerden sorumlu olmalarını sağlayacak nitelikte ayırt edilebilir ve eşsiz kullanıcı adı kullanmalarını sağlar.

(2) Kullanıcılara verilen erişim yetkisinin kapsamı, ilgili işin amaçlarından daha geniş olamaz.

(3) Bir hizmeti kullanmaya veya bir sisteme erişmeye yetkili tüm kullanıcı adlarının kaydı tutulur.

(4) Erişim yetkileriyle ilgili imtiyazlar, yalnızca gerekli durumlarda verilir. Erişim yetkileriyle ilgili imtiyazların kullanılması durumunda;

a) İşletim sistemi, veritabanı yönetim sistemi ve uygulamalar gibi her bir sistem elemanı için erişim imtiyazlarının verilmesi gerekli olan kullanıcılar tanımlanır,

b) Erişim imtiyazları devreye alınmadan önce onaylanır ve tanınan imtiyazların kaydı tutulur,

c) Erişim imtiyazları, ilgili kişiye, mümkün olduğu ölçüde kısa süre için ve normalde kullandıkları kullanıcı adından farklı bir kullanıcı adıyla tanımlanır.

Parola yönetimi

MADDE 31 – (1) İşletmeci, kritik sistemlerde kullanılan kullanıcı parolaları ile ilgili olarak aşağıdaki hususları uygular:

a) Parola atanması, mevcut parolanın değiştirilmesi veya geçici parola alınması gibi durumlarda kimlik doğrulaması yapılması,

b) Kullanıcıların belirledikleri parolaları belirli aralıklarla değiştirmeleri, fiziksel ve elektronik ortamda korunmasız olarak bulundurmamaları ve eski parolaları belirli süre yeniden kullanmamaları,

c) Sistem ve yazılımların tedarikçileri tarafından atanmış olan varsayılan parolalarının, kurulumun ardından derhal değiştirilmesi.

(2) Bu maddede belirtilen güvenlik gereksinimlerini karşılaması şartıyla kullanıcı parolaları yerine biyometrik doğrulama, akıllı kart gibi sistemler de kullanılabilir.

Gizlilik sözleşmeleri

MADDE 32 – (1) İşletmeci, çalışanlarıyla ve mal veya hizmet alış verişinde bulunduğu üçüncü taraflarla yapacağı sözleşmelerde gizlilik hükümlerine yer verir ve imzalanan sözleşmeleri muhafaza eder.

(2) Gizlilik hükümleri veya sözleşmeleri asgari olarak aşağıdaki hususları içerir:

a) Gizli veya korunması amaçlanan bilginin tanımı.

b) Sözleşmenin geçerlilik süresi.

c) Sözleşme şartlarının ihlali halinde tesis edilecek işlemler.

ç) İmzalayan tarafların sorumlulukları.

d) Gizli bilginin kullanılabileceği durumlar ve sözleşmeyi imzalayanların gizli bilginin kullanılmasına ilişkin hakları.

(3) İşletmecinin, çalışanlarıyla ve mal veya hizmet alış verişinde bulunduğu üçüncü taraflarla yaptığı sözleşmeler bu Yönetmelik kapsamındaki yükümlülüklerine ilişkin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Sistem ve yazılım temini veya geliştirilmesi

MADDE 33 – (1) İşletmeci, temin edeceği veya geliştireceği bilgi sistemleri ve yazılımlar için uygun güvenlik gereksinimleri belirler ve uygular.

Bakım ve onarım

MADDE 34 – (1) İşletmeci, gerçekleşen arıza ve hatalar ile yapılan düzeltici ve önleyici bakım ve onarım faaliyetlerini kayıt altına alır.

(2) Bakım ve onarım faaliyetlerinin üçüncü taraflarca yapıldığı durumlarda kritik sistemlerin bulunduğu alanlara erişim izni verilen üçüncü taraf çalışanlarının giriş - çıkış tarihi ve saati ile söz konusu çalışanlar tarafından yapılan işlemler izlenir ve kayıt altına alınır.

(3) Kuruluş dışında bakım onarım faaliyetlerinin yapılması durumunda sistem ve ekipmanlarda yer alan kritik bilgilerin korunmasına yönelik önlemler alınır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Şebeke ve Bilgi Güvenliğinin Sağlanmasına İlişkin İlave Yükümlülükler

Siber saldırılara yönelik tedbirler

MADDE 35 – (1) İşletmeciler, bünyelerinde SOME kurar ve ulusal siber güvenliğin sağlanmasına ilişkin USOM'un ve Kurum bünyesinde kurulan sektörel SOME'nin koordinesinde ve belirlediği esaslar çerçevesinde gerekli tedbirleri alır.

(2) İşletmeci, sunucular, yönlendiriciler ve diğer şebeke elemanlarının Dos/Ddos saldırıları, zararlı yazılım yayılması gibi siber saldırılara karşı korunması amacıyla, elektronik haberleşme hizmetinin tipi de dikkate alınarak, IP adreslerinde, haberleşme portlarında ve uygulama protokollerinde; sinyal işleme kontrolü, kullanıcı doğrulama ve erişim kontrolleri gibi mekanizmalar kurar ve talep edilmesi halinde siber saldırılara karşı koruma hizmeti sunar.

(3) İşletmeciler Dos/Ddos saldırıları, zararlı yazılım yayılması ve benzeri siber saldırılara karşı, USOM'un koordinesinde gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür.

(4) İşletmeci, USOM tarafından bildirilen siber saldırı kaynağının;

a) Kendi abonesi olması durumunda ilgili abonenin bilgilendirilmesi ve abone tarafından talep edilmesi halinde sunulan elektronik haberleşme hizmetinin askıya alınmasını sağlar. İşletmeci tarafından aboneye yapılan bildirim ve bildirim türü USOM'a bildirilir.

b) Başka bir işletmecinin abonesi olması durumunda, gerekli önlemlerin alınması için ilgili işletmecinin ve USOM'un bilgilendirilmesini sağlar.

Belgelendirme yükümlülüğü

MADDE 36 – (1) İşletmeci, yetkilendirmesine ilişkin tüm hizmetleri ve kritik sistemleri kapsayacak şekilde kurduğu BGYS için belgelendirme kuruluşlarından uygunluk belgesi alır ve Kuruma gönderir.

(2) İlk defa belgelendirme yükümlülüğüne tabi olan işletmeci yükümlülük durumunun değiştiği yılın sonundan itibaren bir yıl içinde uygunluk belgesi alır ve Kuruma gönderir.

(3) Birinci ve ikinci fıkralar gereğince uygunluk belgesi almış işletmeci, uygunluk belgesinin yenilenmesi, kapsamında değişiklikler yapılması gibi durumlarda, değişiklikten itibaren en geç iki ay içerisinde Kuruma bilgi vermekle yükümlüdür.

Rapor hazırlama yükümlülüğü

MADDE 37 – (1) Şebeke ve bilgi güvenliğine ilişkin rapor işletmeci tarafından her yıl Mart ayı sonuna kadar hazırlanır ve istenildiğinde Kuruma gönderilmek ve/veya Kurum tarafından yapılan denetimlerde ibraz edilmek üzere 5 yıl süreyle muhafaza edilir. Söz konusu rapor asgari olarak aşağıdaki hususları içerir:

a) 10 uncu madde kapsamında yapılan risk değerlendirme ve işleme metotlar ve bu metotlara göre yapılan işlemlerin ayrıntıları.

b) 11 inci madde kapsamında yapılan iş sürekliliği planları.

c) 12 nci madde kapsamında gerçekleşen bilgi güvenliği ihlal olaylarına ilişkin bilgiler.

ç) En son yapılan iç denetimler ile belgelendirme kuruluşu tarafından yapılan son denetimin sonuçları, rapor edilen bilgi güvenliği ihlalleri ve söz konusu ihlallere ilişkin yapılan faaliyetler.

d) Şebeke ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına yönelik yapılan yatırımlar ve yatırım tutarları.

e) Şebeke ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına yönelik istihdam edilen personel sayısı ve niteliği.

İhlallerin bildirilmesi yükümlülüğü

MADDE 38 – (1) İşletmeci abonelerinin %5'inden fazlasını etkileyen şebeke ve bilgi güvenliği ihlallerini ve iş sürekliliğini kesintiye uğratan olayları, en kısa sürede Kuruma bildirir. Söz konusu

bildirim asgari olarak; olayın gerçekleşme zamanını, niteliğini, etkisini, süresini ve alınan önlemleri içerir.

Felaket kurtarma merkezi

MADDE 39 – (1) İşletmeci bir felaket, arıza veya hata durumunda sunulan elektronik haberleşme hizmetinin sürekliliğinin veya zamanında kurtarılmasının sağlanması için, ilgili bilgi sistemlerinin ve merkezi şebeke yönetim sistemlerinin bulunduğu yerde meydana gelebilecek bir felaketten etkilenmeyecek uzaklıkta felaket kurtarma merkezi kurar veya kurulu felaket kurtarma merkezlerinden hizmet satın alır.

(2) Felaket kurtarma merkezi kurma yükümlülüğüne tabi olan işletmeci, yükümlülük durumunun değiştiği yılın sonundan itibaren iki yıl içerisinde felaket kurtarma merkezi kurar.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Denetim

MADDE 40 – (1) Kurum, işletmecilerin bu Yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini re'sen veya şikâyet üzerine denetler veya denetlettirir.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 41 – (1) 20/7/2008 tarihli ve 26942 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Güvenliği Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) 20/7/2008 tarihli ve 26942 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Güvenliği Yönetmeliğine yapılan atıflar bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.

Yürürlük

MADDE 42 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 43 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 17.02.2006

Resmi Gazete Sayısı : 26083

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak, Tanımlar ve İlkeler

Amaç ve kapsam

MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin amacı; Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanacak kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki kararlar ve diğer düzenleyici işlemlerin taslak metinlerinin hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2

(1) Bu Yönetmelik, 10/10/1984 tarihli ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 2 nci, 8 inci ve 33 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3

(1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Çerçeve madde: Çerçeve taslakların maddelerini,

b) Çerçeve taslak: Mevzuata madde veya hüküm eklenmesini, mevzuatın bazı madde veya hükümlerinin değiştirilmesini veya yürürlükten kaldırılmasını öngören metinleri,

c) Düzenleyici etki analizi: Taslağın bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin ne olacağını göstermek üzere hazırlanan ön değerlendirmeyi,

ç) Ek madde: Çerçeve taslaklarla mevzuata eklenecek hükümlerin mevcut maddelerden birine eklenememesi durumunda, eklenecek hükmün düzenlendiği maddeyi,

d) Geçici madde: Taslakların geçiş hükümlerini düzenleyen maddelerini,

e) Mevzuat: Kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı eki kararlar ve diğer düzenleyici işlemleri,

f) Müstakil taslak: Başlı başına belirli bir alanı düzenleyen ve ilk defa yürürlüğe konulacak mevzuata ilişkin metinleri,

g) Taslak: Çerçeve ve müstakil taslakları,

ifade eder.

Taslak hazırlamada uyulacak ilkeler

MADDE 4

(1) Taslaklar hazırlanırken aşağıdaki ilkelere uyulur:

a) Taslaklar üst hukuk normlarına aykırı olamaz.

b) Taslaklar düzenleme amacına uygun olarak hazırlanır.

c) Taslaklar hazırlanırken yargı kararları gözönünde bulundurulur.

ç) Taslaklar hazırlanırken düzenlenen alanlara ilişkin mevzuatın tamamı gözden geçirilerek, gerekiyorsa mevcut hükümlerde gerekli değişiklikler yapılır veya anılan hükümlerden ihtiyaç duyulanlar taslağa alınarak ihtiyaç duyulmayan hükümler yürürlükten kaldırılır.

d) Çerçeve taslaklarda, ilgili mevzuata işlenemeyecek ve onun dışında kalarak tek metin olma özelliğini bozacak hükümlere yer verilmez.

e) Taslakların kapsam maddesi, herhangi bir tereddüde yol açmayacak açıklıkta düzenlenir; taslağın kapsamı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmuyorsa, taslakta ayrıca kapsam hükmüne yer verilmez.

f) Taslağın madde metinleri kısa ve anlaşılır biçimde düzenlenir, ayraç içinde açıklayıcı hükümlere yer verilmez.

İKİNCİ BÖLÜM

Taslakların Hazırlanması ve Başbakanlığa Gönderilmesi

Taslakları hazırlayacak birimler

MADDE 5

(1) Taslaklar, konuyla ilgili kurum ve kuruluşların görevli birimleri tarafından hazırlanır. Hukuk müşavirlikleri dışındaki birimlerce hazırlanan taslaklar hakkında hukuk müşavirliklerinin görüşü alınır.

Görüş alma

MADDE 6

(1) Başbakanlığa sunulmadan önce, taslaklar hakkında ilgili bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınır. Bu çerçevede ilgili bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra;

a) Bakanlıklarca hazırlanan ekonomik, sosyal politikalar ve tedbirlerle ilgili kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları ile yeni bir teşkilatlanmayı öngören taslaklar hakkında Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının,

b) Kamu personeli ve teşkilatlanmayla ilgili olarak hazırlanan taslaklar hakkında Devlet Personel Başkanlığının,

c) Tüzük taslakları hakkında devlet bakanları dâhil bütün bakanlıkların,

ç) Kamu gelir ve giderlerini etkileyen kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları hakkında Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı veya Hazine Müsteşarlığının; malî konuları düzenleyen kanunlar ile düzenleyici işlemlere ilişkin taslaklar hakkında Maliye Bakanlığının,

d) Kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları hakkında Adalet Bakanlığının,

e) Bakanlıklar ile Sayıştayın denetimine tâbi diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca malî konularda düzenlenecek yönetmelik taslakları hakkında Sayıştay Başkanlığının,

f) Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde hazırlanan taslaklar hakkında Avrupa Birliği Genel Sekreterliğinin,

görüşlerinin alınması zorunludur.

(2) Taslaklar hakkında konuyla ilgili mahallî idareler, üniversiteler, sendikalar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının görüşlerinden de faydalanılır.

(3) Kamuoyunu ilgilendiren taslaklar Başbakanlığa iletilmeden önce, teklif sahibi bakanlık tarafından internet, basın veya yayın aracılığıyla kamuoyunun bilgisine sunulabilir. Bu suretle taslak hakkında toplanan görüşler değerlendirildikten sonra teklifte bulunulur.

(4) Başbakanlık, mutabakat sağlanamayan taslaklara ilişkin olarak ilgili bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarından doğrudan görüş alabilir.

Görüşlerin bildirilmesi

MADDE 7

(1) İlgili kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları, taslaklara ilişkin görüşlerini en geç otuz gün içinde bildirir. Bu süre, ivedi durumlarda Başbakanlık tarafından kısaltılabilir. Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları görüş vermek için ek süre isteyebilir. Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları görüş bildirmekten kaçınamaz. Süresinde görüş verilmezse olumlu görüş verilmiş sayılır.

(2) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları da taslaklara ilişkin görüşünü otuz gün içinde bildirir. Süresinde görüş verilmezse olumlu görüş verilmiş sayılır.

(3) Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları taslakları öncelikle kendi görevleri açısından inceler ve düzenleyici etki analizinde belirtilen hususların yerinde olup olmadığını değerlendirir.

(4) Görüşler, ek-2'de yer alan form doldurulmak suretiyle bildirilir.

Teklif yazıları

MADDE 8

(1) Bakanlıklarca hazırlanan taslaklara ilişkin teklif yazıları, münhasıran bakan tarafından imzalanır.

(2) Bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlarca Başbakanlığa gönderilecek taslaklara ilişkin teklif yazıları bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakan tarafından imzalanır. Ancak, ilgili kanunun öngördüğü hâllerle sınırlı olmak üzere, Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulmayan yönetmelikler ile genelge ve tebliğ teklifleri, ilişkili bulundukları bakanlığa da bilgi verilmesi kaydıyla düzenleyici ve denetleyici kurum başkanı tarafından imzalanır.

(3) Doğrudan Başbakana bağlı kuruluşlardan Başbakanlığa gönderilecek teklif yazıları, bu kuruluşların üst yöneticileri tarafından imzalanır.

Taslakların Başbakanlığa gönderilmesi

MADDE 9

(1) İlgili kurum ve kuruluşlardan alınması gereken görüşler tamamlandıktan sonra;

a) Görüşe gönderilen taslak,

b) Taslağa ilişkin görüşler,

c) Görüşler dikkate alınarak düzenlenen nihaî taslak ve genel gerekçe,

ç) Görüşlerin değerlendirildiği ek-3'te yer alan form,

d) Taslağın mevcut düzenlemeyle karşılaştırılmasına ilişkin karşılaştırma cetveli,

e) Kanun ve kanun hükmünde kararname taslaklarında madde gerekçeleri ve düzenleyici etki analizi,

mühürlü ve paraflı olarak yazılı ortamda veya elektronik imza mevzuatı çerçevesinde elektronik ortamda Başbakanlığa gönderilir. Taslağı paraflayanın adı ve soyadı ile unvanı yazılır. Yazılı ortamda gönderilen belgelerin bir örneği Başbakanlığa elektronik ortamda ayrıca iletilir.

(2) Mevzuatta belirli bir süre içinde yürürlüğe konulması veya Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilmesi öngörülen düzenlemelere ilişkin taslaklar, bu sürelerden en az onbeş gün önce Başbakanlığa sevk edilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen hususlara ve 8 inci madde hükmüne uyulmadan Başbakanlığa gönderilen taslaklar işleme konulmayarak bakanlığına veya kurumuna iade edilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Taslaklara Dair Usul ve Esaslar

Taslakların şekli

MADDE 10

(1) Taslaklarda;

a) Taslağın adı,

b) Maddeler,

c) Genel gerekçe,

bulunması zorunludur. Yürütme maddesinden sonra varsa taslağın eklerine yer verilir.

(2) Tebliğ ve genelge taslaklarının maddeler hâlinde yazılması, genelge taslaklarında ad ve genel gerekçe bulunması zorunlu değildir. Ancak, tebliğ ve genelge taslaklarının maddeler hâlinde yazılmaması durumunda, bu taslaklara atıf yapılırken tereddütlere yer verilmemesi için gerekli bölümlendirmeler yapılır.

(3) Kanun ve kanun hükmünde kararname taslaklarında birinci fıkrada belirtilenlere ilave olarak madde gerekçeleri ve düzenleyici etki analizi de bulunur.

(4) Kanun ve kanun hükmünde kararnamelere ilişkin olanlar dışındaki çerçeve taslaklarda,

a) Değiştirilen düzenleme yayımlanmışsa, düzenlemenin ve düzenlemede yapılan tüm değişikliklerin yayımlandığı Resmî Gazetelerin tarih ve sayılarını,

b) Değiştirilen düzenleme yayımlanmamışsa, düzenleme ve düzenlemede yapılan tüm değişikliklere ilişkin Bakanlar Kurulu kararları veya olurların tarih ve sayılarını,

gösteren bir liste hazırlanır ve bu liste, yayımlanan düzenlemelerde aynı Resmî Gazetede yayımlanır, yayımlanmayan düzenlemelerde düzenlemenin sonuna eklenir.

Taslağın adı

MADDE 11

(1) Her taslağa bir ad konulur. Taslağın adı koyu, büyük harflerle yazılır ve altı çizilmez.

(2) Çerçeve taslaklarda mevzuatın adına, taslağın adında yer verilir. Çerçeve taslağın birden fazla kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik öngörmesi durumunda taslağa; "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" veya "Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" gibi adlar yerine, yapılan değişikliklerle ulaşılmak istenen amacı belirleyebilecek nitelikte bir ad verilir.

(3) Çerçeve taslakların adında, mevzuat maddelerinin değiştirilmesi veya mevzuata madde eklenmesine ilişkin ifadeler yerine, mevzuatın değiştirilmesine ilişkin ifadeler kullanılır.

(4) Uygulamada birliği sağlamak amacıyla; kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde yer alan özel hükümler saklı kalmak üzere, Resmî Gazetede yayımlanacak tüzük ve yönetmelik dışındaki düzenleyici işlemler sadece karar, tebliğ ve genelge olarak isimlendirilir.

Kısım ve bölümler

MADDE 12

(1) Müstakil taslaklar kısımlara, kısımlar da bölümlere ayrılabilir. Kapsamı geniş olan taslaklar kitaplara da ayrılabilir.

(2) Her kitap, kısım ve bölüm için ayrı ayrı başlık konulur. Kitap, kısım ve bölüm ifadeleri koyu ve büyük harflerle, başlıkların ise sadece baş harfleri büyük harflerle ve koyu yazılır. Başlıkların altı çizilmez.

Maddeler

MADDE 13

(1) Taslaklar, sırasıyla maddeler, fıkralar, bentler ve alt bentlerden oluşur.

(2) Fıkralar numarayla, bentler harfle, alt bentler numarayla belirlenir. Bentlerin sıralanmasında Türk alfabesinde yer alan bütün harfler kullanılır. Çerçeve maddelerde fıkralar numaralandırılmaz. Fıkraların numarası ayraçla, bentler ve alt bentlerin harf ve numaraları yarım ayraçla kapatılır; "z" harfinden sonra alfabetik sıralama "aa, bb, cc, çç, … zz" şeklinde yapılır.

(3) Maddeler ve çerçeve maddeler koyu, tüm harfleri büyük yazılır, numaralandırılır ve numaradan sonra kısa çizgi işareti konulur; ayrıca nokta konulmaz. Maddelerin ve çerçeve maddelerin altı çizilmez.

(4) Tanımlar maddesinde, tanımlar alfabetik sıralamaya göre bent veya alt bentlerle gösterilir.

Madde başlıkları

MADDE 14

(1) Madde, ek madde ve geçici maddelere içeriğine uygun başlıklar konulur. Çerçeve maddelere başlık konulmaz.

(2) Madde hükmünün değiştirilmesi sonucunda, maddenin başlığı ile muhtevası arasındaki uyumun bozulması hâlinde, madde başlığı da muhtevaya uygun şekilde değiştirilir.

(3) Madde başlıkları koyu yazılır ve altı çizilmez. Madde başlığının sadece birinci kelimesinin ilk harfi büyük yazılır. Madde başlıklarının sonunda noktalama işaretlerine yer verilmez.

Maddelerin sıralanması

MADDE 15

(1) Taslaklarda düzenlemenin niteliğine ve ihtiyaca göre sırasıyla amaç, kapsam, dayanak, tanımlar, teşkilat, organlar, nitelikler, görev, yetki ve sorumluluklar, cezaî hükümler, düzenleyici işlemlere ilişkin hüküm, değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler, geçici hükümler ile yürürlük ve yürütme maddeleri ve varsa düzenlemelerin ekleri yer alır.

(2) Yürürlük maddesinde, taslağın yürürlüğe gireceği tarih tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtilir.

Ek ve geçici maddeler

MADDE 16

(1) Mevzuatta yapılacak yeni düzenlemenin mevcut maddelerden birine eklenememesi ve mevcut maddelerin sıralamasına uygun düşmemesi durumunda ek madde uygulamasına gidilir. Ek madde, yürürlük maddesinden ve varsa geçici maddelerden önce yer alır.

(2) Taslaklarda mükerrer maddelere yer verilmez, yürürlükteki metinlere ek madde eklenmesi yoluna gidilir. Eklenecek yeni maddenin düzenlemenin belirli bir bölümünde yer alması gerekiyorsa, madde ilgili bölümde "MADDE .../A-" şeklinde numaralandırılır.

(3) Yeni mevzuat metni ile getirilen düzenleme uygulanmaya başlayıncaya veya yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde yapılacak işlem ve düzenlemeler ya da uyulacak ilke ve kurallar ile daha önceki düzenlemelerden doğan hakların korunmasına ilişkin hususlar ve benzeri geçiş hükümleri geçici maddelerle düzenlenir. Geçici maddeler de ayrıca numaralandırılır. Kadro ihdas veya iptaline ilişkin düzenlemeler geçici maddelerle yapılmaz.

(4) İlave edilecek ek maddeler veya geçici maddeler, düzenlemenin esas yapısındaki sisteme uygun biçimde düzenlenir ve ek madde ve geçici maddelere mevcut ek ve geçici madde numaralarını devam ettirecek şekilde numara verilir.

Birden fazla düzenleme ve maddede değişiklik

MADDE 17

(1) Konu itibarıyla aralarında bağlantı bulunması sebebiyle birden fazla mevzuatta düzenleme yapılmasını gerektiren hâller dışında, bir çerçeve taslak ile birden fazla düzenlemenin hükümlerinde değişiklik yapılamaz. Yapılacak değişiklikler her düzenleme için ayrı ayrı çerçeve taslaklar ile yapılır.

(2) Değiştirilmesi öngörülen maddelerin birden fazla olması durumunda bunlar tek bir çerçeve madde içinde değil, her biri ayrı çerçeve maddeler ile düzenlenir.

(3) Maddelerin değiştirilmesi durumunda, değiştirilen madde metni, madde numarası ile birlikte yazılır. Fıkra, bent ya da alt bentler değiştirilirken, satırbaşından başlanır; fıkra, bent ve alt bendin harfi veya numarası yazılır. Değiştirilen madde, fıkra, bent, alt bent, paragraf ve cümleler tırnak içinde yazılır.

(4) Bağlantılı birden fazla mevzuatta değişiklik yapan çerçeve taslaklarda çerçeve maddeler, değişiklik yapılan mevzuatın kabul veya yayım tarihlerine göre sıralanır.

İfadelerde değişiklik

MADDE 18

(1) Çerçeve taslaklarda bazı kelimelerin veya ibarelerin kaldırılması, ilave edilmesi veya yerlerine başkalarının ikame edilmesi şeklinde değişiklik yapılması yerine, değiştirilen kelime veya ibarenin içinde yer aldığı madde, fıkra, bent, alt bent, paragraf veya cümlenin değiştirilmesi tercih edilir.

Atıfların yapılması

MADDE 19

(1) Bir madde içinde başka bir mevzuata atıf yapılıyorsa, tereddütlere yer verilmemesi için, atıf yapılan mevzuatın tarihi, sayısı ve adı ile maddesi, fıkrası, bendi, alt bendi, paragrafı veya cümlesi açıkça belirtilir.

(2) Yapılan ilk atıfta;

a) Kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tarihi, sayısı ve adı, adının uzun olması durumunda sadece tarihi ve sayısı,

b) Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan düzenleyici işlemlerde Bakanlar Kurulu kararının tarihi ve sayısı ile düzenleyici işlemin adı,

c) Diğer düzenlemelerde, düzenlemenin yayımlandığı Resmî Gazetenin tarihi ve sayısı ile düzenleyici işlemin adı,

belirtilir.

(3) Tarihler gün, ay ve yıl olarak rakamla yazılır, aralarına eğik çizgi konulur.

(4) İlk atıftan sonra kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde sadece kanun veya kanun hükmünde kararnamenin sayısı veya adı belirtilerek atıf yapılır. Diğer düzenlemelerde ise "aynı Yönetmeliğe", "aynı Yönetmeliğin" gibi atıflar yapılır.

(5) Atıf yapılan kanun, kanun hükmünde kararname ve düzenleyici işlemler veya bunların madde, fıkra, bent, alt bent, paragraf ya da cümleleri belirtilirken, daha önce yapılan değişiklikler vurgulanmaz.

(6) Kanun ve kanun hükmünde kararname taslaklarında sadece kanun ve kanun hükmünde kararnamelere atıf yapılır, düzenleyici işlemlere atıf yapılmaz. Tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlere ilişkin taslaklarda alt düzeydeki mevzuata atıf yapılmaz.

(7) Atıf yapılan madde numarasından sonra Türkçe ses uyumuna göre gerekli ek konulur, nokta kullanılmaz. Fıkra, paragraf ve cümlelere atıf yapılırken rakam yerine yazı kullanılır. Bent veya alt bentlere atıf yapılırken bent ve alt bentlerin harf ya da numarası ayraç içinde yazılır.

(8) Yürürlükten kaldırılan;

a) Kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tarihi, sayısı ve adı; adının uzun olması durumunda sadece tarihi ve sayısı ile madde, fıkra, bent, alt bent, paragraf ya da cümlesi,

b) Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan düzenleyici işlemlerde, Bakanlar Kurulu kararının tarihi, sayısı ve düzenleyici işlemin adı ile madde, fıkra, bent, alt bent, paragraf ya da cümlesi,

c) Diğer düzenlemelerde düzenlemenin yayımlandığı Resmî Gazetenin tarihi, sayısı ve düzenlemenin adı ile madde, fıkra, bent, alt bent, paragraf ya da cümlesi,

açıkça belirtilir. "Diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır/uygulanmaz." gibi ifadelere yer verilmez.

Alt düzenlemelerin yürürlüğe girmesi

MADDE 20

(1) Kanun ve kanun hükmünde kararname taslaklarının ilgili maddelerinde, düzenleyici işlemlerin, kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin yürürlük tarihinden itibaren ne kadar sürede yürürlüğe konulacağı ve yeni düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar varsa yürürlükteki hükümlerin uygulanmasına devam edilip edilmeyeceği belirtilir.

Gerekçeler

MADDE 21

(1) Genel gerekçede, taslağın hazırlanmasını gerektiren nedenler açıkça belirtilir.

(2) Madde gerekçelerinde, her maddenin düzenleniş nedenleri açıklanır. Kaldırılması, değiştirilmesi veya eklenmesi istenen hükümlerin neler olduğu ve kaldırma, değiştirme veya ekleme sebepleri açıkça belirtilir. Madde gerekçeleri, her madde için ayrı ayrı düzenlenir. Madde gerekçeleri, madde metninin tekrarı biçiminde hazırlanamaz.

Yükümlülük ve sorumluluk getiren düzenlemeler

MADDE 22

(1) Kanun, kanun hükmünde kararname ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan düzenleyici işlemler dışındaki taslaklarda;

a) Bu düzenlemelerin dayanaklarında belirtilenler dışında yükümlülük getiren hükümler, malî konularda gelir ve gider öngören hükümler ile teşkilat kuran veya kaldıran, kadro iptal veya ihdas eden hükümlere yer verilmez.

b) Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına görev ve sorumluluk yükleyen hükümlere yer verilmesi hâlinde, bu bakanlık ile kamu kurum ve kuruluşlarının uygun görüşleri alınır veya taslak bunlarla birlikte hazırlanır.

Taslaklarda kullanılacak dil

MADDE 23

(1) Taslaklarda, yaşayan Türkçe kullanılır. Türkçede karşılığı bulunan yabancı kelimelere yer verilmez. Türkçede karşılığı bulunmayan teknik terimlere yer verilmesinin zorunlu olması durumunda, bu terimler aslına uygun olarak yazılır.

(2) Terim birliğinin sağlanması amacıyla taslakların başlığında ve madde metninde "yasa" kelimesi yerine "kanun" kelimesi kullanılır.

(3) Taslaklarda, varsa tanım maddesinde belirtilenler dışında kısaltmalara yer verilmez. Kısaltmalar yerine kısaltmanın temsil ettiği kelimeler açıkça yazılır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Düzenleyici etki analizi

MADDE 24

(1) Kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için düzenleyici etki analizi hazırlanır. Yürürlüğe konulması hâlinde yıllık muhtemel toplam etkisi otuz milyon Türk Lirasının altında kalan kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için kısmi düzenleyici etki analizi, yıllık muhtemel toplam etkisi otuz milyon Türk Lirasını aşan kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için tam düzenleyici etki analizi yapılır. Bu miktar gerekli görülen hallerde Başbakanlıkça yeniden belirlenebilir.

(2) Düzenleyici etki analizi taslağı, kanun ve kanun hükmünde kararname taslağıyla birlikte 6 ncı madde çerçevesinde ilgili bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının görüşüne gönderilir ve alınan görüşler çerçevesinde düzenleyici etki analizi taslağına nihai hali verilir.

(3) Düzenleyici etki analizi doğrudan teklif sahibi bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşu tarafından hazırlanır. Diğer bakanlık ve kamu kurum ve kuruluşları düzenleyici etki analizi hazırlanması sürecinde ihtiyaç duyulan veri paylaşımını sağlarlar.

(4) Düzenleyici etki analizi kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları ile birlikte Başbakanlığa sunulur. Başbakanlığa sunulan düzenleyici etki analizlerinde teklif sahibi bakanın oluru bulunur. Düzenleyici etki analizi sonuçlarına ilişkin bilgilere ayrıca taslağın genel gerekçesinde yer verilir.

(5) Kısmi düzenleyici etki analizi esas olarak aşağıdaki hususları içerir.

a) Düzenlemenin hazırlanmasını gerekli kılan sebepler.

b) İhtiyaca yönelik alternatif çözüm önerilerinin değerlendirilmesi.

c) Düzenlemenin muhtemel fayda ve maliyetlerinin analizi.

ç) Düzenlemenin bütçeye ek malî yük getirmesi halinde yaklaşık maliyet.

d) Düzenlemenin sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkileri.

e) Düzenlemenin yıllık muhtemel toplam etkisi.

f) Düzenlemenin kırtasiyeciliğin ve bürokratik formalitelerin azaltılmasına katkısı.

g) İzlenen danışma ve görüş alma süreçleri.

(6) Tam düzenleyici etki analizinde, beşinci fıkranın (c), (d) ve (g) bentlerinde belirtilen hususlara ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmelere yer verilir.

(7) Millî güvenliği ilgilendiren konular, acil müdahaleyi gerektiren olaylara ilişkin düzenlemeler, bütçe ve kesin hesap kanunu taslakları ile milletlerarası andlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanun taslakları için düzenleyici etki analizi hazırlanmaz.

(8) Başbakanlık, yıllık muhtemel toplam etkisi otuz milyon Türk Lirasının altında kalan kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için tam düzenleyici etki analizi, diğer düzenleyici işlemler için de kısmi veya tam düzenleyici etki analizi hazırlanmasını isteyebilir.

(9) Başbakanlık yürürlükteki kanunların etkilerinin ölçülmesi amacıyla ilgili bakanlık ile kamu kurum ve kuruluşlarından düzenleyici etki analizi hazırlamasını isteyebilir.

Re’sen düzeltme ve iade

MADDE 25

(1) Başbakanlık, taslaklarda şekil yönünden re’sen düzeltme yapabilir.

(2) Anayasaya, kanunlara ve diğer ilgili mevzuata aykırılığı tespit edilen veya bu Yönetmeliğe uygun olarak hazırlanmayan taslaklar, noksanlıkların giderilmesi veya uygunluğun sağlanması amacıyla yeniden değerlendirilmek üzere Başbakanlık tarafından teklif sahibi bakanlık, kurum veya kuruluşa iade edilir.

Örnekler

MADDE 26

(1) Bu Yönetmelikte düzenlenen hususlar ek-4’te örneklendirilmiştir.

Yönetmelikten önceki mevzuatta düzenleme

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik öngören taslaklarda, mevcut düzenlemenin şeklî sistemine uyum sağlanması esastır.

Liste hazırlama istisnası

GEÇİCİ MADDE 2

(1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan düzenlemelerde yapılacak değişiklikler hakkında 10 uncu maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen listenin hazırlanmasında, bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce yapılan değişikliklerin belirtilmesi zorunlu değildir.

Yürürlük

MADDE 27

(1) Bu Yönetmeliğin;

a) Düzenleyici etki analizine ilişkin hükümleri yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra,

b) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 28

(1) Bu Yönetmelik hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Sağlık Beyanı İle Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 07.06.2013

Resmi Gazete Sayısı : 28670

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; sağlık beyanı ile satışa sunulacak ürünlerin sağlık beyanlarının incelenerek bu beyanlara izin verilmesi, izinsiz veya gerçeğe aykırı sağlık beyanı ile yapılan satışların denetlenmesi, gerektiğinde durdurma, toplama, toplatma ve imha iş ve işlemlerinin yapılması veya yaptırılması, izin ve sağlık beyanları yönünden bunların reklam ve tanıtımlarının denetlenmesi ve aykırı olanların durdurulması ile ilgili usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, sağlık beyanında bulunmak suretiyle satışa sunulan ürünlerin sağlıkla ilgili beyan işlemlerini kapsar.

(2) Beşeri tıbbi ürünler ve tıbbi cihazlar bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ile 40 ıncı maddesine (Ek ibare:RG-4/7/2014-29050) , 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 18 ile 19 uncu maddelerine ve 29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun 4 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Bakanlık: Sağlık Bakanlığını,

b) Kurum: Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunu,

c) Sağlık beyanı: İnsan sağlığına doğrudan veya dolaylı olarak faydalı olduğunu yahut hastalıklara veya belirtilerine karşı etkili olduğunu, koruduğunu, tedavi ettiğini belirten, ileri süren veya ima eden tüm ifadeleri,

ç) Sağlık beyanı ile satışa sunulan ürünler: Tanıtımında sağlık beyanı kullanılan ürünleri,

d) Tanıtım: Ürünlerin özelliklerine ilişkin; ürün ambalajı üzerinde yer alan bilgiler, tanıtım elemanlarının aktiviteleri, kitap ve dergilere verilecek ilânlar, doğrudan postalama, televizyon, her türlü yazılı basın, gazete, internet, radyo, sinema, telefon gibi mecralar ve diğer tüm medya araçları yoluyla yapılacak duyurular, reklamlar, ilânlar, bilimsel veya eğitsel faaliyetler ve benzeri etkinlikler ile yapılacak tüm faaliyetleri,

e) Tanıtımcı: Tanıtımların yayımlanmasını sağlayan gerçek veya tüzel kişiyi,

f) Tanıtım malzemeleri: Ürün hakkında bilgi ihtiva eden kitap, kitapçık, broşür, talimatname, ambalaj bilgisi gibi basılı materyaller ile film, slayt, elektronik medya gibi görsel veya işitsel malzemeleri, ilgili çevrelerde bilgi, veri, başvuru kaynağı olarak kullanılabilecek sağlık beyanlarının yer aldığı her türlü yayın ve malzemeleri,

g) Ürün sahibi: Bir ürünü üreten, imal eden, ıslah eden veya ürüne adını, ticarî markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan gerçek veya tüzel kişiyi; üreticinin Türkiye dışında olması hâlinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilciyi veya ithalatçıyı; ayrıca, ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek veya tüzel kişiyi,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Sağlık Beyanlarına İlişkin Esaslar

Sağlık beyanlarını kullanmanın temel ilke ve esasları

MADDE 5 – (1) Ürünlere ilişkin özel mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla; sağlık beyanı ile tanıtım aşağıdaki esaslar çerçevesinde yapılır:

a) Bu Yönetmelik kapsamındaki ürünlerin, sağlık beyanı ile tanıtımının yapılabilmesi ve piyasaya arzı için iddia edilen sağlık beyanı hakkında Kurumdan izin alınması şarttır.

b) Sağlık beyanı içerisinde klinik çalışmalar ile ispatlanmamış bir ifadeye yer verilemez.

c) Ürünlerin tanıtımı, gereksiz kullanım ve beklenmeyen riskli durumlara neden olabilecek yanıltıcı, abartılmış veya doğruluğu kanıtlanmamış bilgiler içeren sağlık beyanları kullanılarak yapılamaz.

ç) Kurumun kullanımına izin verdiği sağlık beyanı metni dışında herhangi bir sağlık beyanı kullanarak ürün tanıtımı yapılamaz.

d) Ürünlerle ilgili yapılan sağlık beyanından ürün sahibi ile tanıtımcı müştereken sorumludur.

e) Ürünlerin sağlık beyanında tanıklığına başvurulan kişinin tecrübesine dayanan hiçbir teşekkür, övgü, tavsiye veya onay ifadesine yer verilemez veya imada bulunulamaz.

f) Toplumu bilgilendirmek amacıyla, özellikle televizyon ve radyo programları olmak üzere çeşitli mecralarda, bilgisine başvurulan kişilerin, bilgi verdikleri konudaki uzmanlıklarını akademik olarak kanıtlamış olmaları, açıklamalarını bilimsel nitelikte bilgilerle ve mevzuata uygun olarak yapmaları zorunludur.

g) Tanıtımlarda, Bakanlığın veya Kurumun adı veya logosu kullanılamaz.

ğ) Sağlık beyanı içeren tanıtımda kurum veya kuruluş, kişi adı veya amblem, logo veya diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılamaz. Ürün araştırmasına katılan kurum, kuruluş veya kişilerin adları ve belgeleri izinsiz kullanılamaz.

h) Sağlık beyanı, bilimsel çalışmalardan yapılacak alıntılar, tablolar veya diğer görsel materyaller kullanılarak yapılacaksa, bilimsel çalışmanın aslına sadık kalınarak ve kaynakları tam olarak belirtilmek suretiyle kullanılır.

ı) Ürüne ait tanıtımın "tanıtım" olduğu açıkça anlaşılacak şekilde olmak zorundadır. Ürüne ilişkin tanıtım; haber, yorum, bilgilendirme, tavsiye ve benzeri öğeleri içeren bir mecrada yayımlandığında, "tanıtım" olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilir.

i) Ürünün tanıtımında sağlık meslek mensuplarının tavsiyelerine atıfta bulunulamaz.

j) Ürüne ait tanıtımlarda sağlık meslek örgütleri ile sağlıkla ilişkili hayır kurumlarının tavsiyeleri veya bu örgütler ve kurumlar tarafından verilen desteklere yer verilmez.

k) Ürünün tanıtımında, ürünün kullanılmaması durumunda sağlığın olumsuz etkilenebileceğini ileri süren beyanlara yer verilemez.

l) Kurumun talebi hâlinde tanıtımcı, beş iş günü içerisinde ürün sahibi veya dağıtıcıya ilişkin unvan, vergi numarası, vergi dairesi bilgileri ile posta adresi ve iletişim bilgilerini Kuruma vermekle yükümlüdür.

İnternetten yapılan tanıtımlar

MADDE 6 – (1) Ürün tanıtımının yapıldığı internet sayfasında, ürün sahibinin adı, unvanı ve iletişim bilgilerinin yer alması zorunludur.

(2) Birden fazla üreticiye ait ürünlerin tanıtım ve satışının yapıldığı internet sitelerinde ürün sahibinin unvanı ve iletişim bilgilerinin ürün bilgileri ile birlikte aynı sayfada yer alması zorunludur.

(3) (Ek:RG-4/7/2014-29050) Kurum tarafından, izin alınmaksızın veya verilen izne aykırı olarak sağlık beyanı ile ürün tanıtım ve satışı yapılan internet siteleri tespit edilir.

(4) (Ek:RG-4/7/2014-29050) Kurum tarafından gerekli görülmesi hâlinde ürün tanıtım ve satışında yer alan ifadelerin bu Yönetmelik kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda bilimsel komisyonlardan görüş alınabilir.

(5) (Ek:RG-4/7/2014-29050) İnternet veya başkaca herhangi bir elektronik ortam üzerinden izin almaksızın veya verilen izne aykırı olarak sağlık beyanı ile herhangi bir ürünün tanıtım veya satışının yapılması hâlinde 1262 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince Kurum tarafından derhâl erişimin engellenmesine karar verilir ve bu karar uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine bildirilir.

Kozmetik ürünlerin tanıtımı

MADDE 7 – (1) Kozmetik ürünlerin tanıtımlarında;

a) Herhangi bir hastalığı tedavi etmek veya önlemek, tedavisine yardımcı olmak, teşhis etmek veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmeye ilişkin ibareler veya imalar,

b) Farmakolojik, immünolojik veya metabolik etkilerin sonucunda, fizyolojik fonksiyonları yenilediğini, düzelttiğini veya değiştirdiğini iddia eden veya ima eden beyanlar,

c) Beşeri tıbbi ürün etkisine atıfta bulunan beyanlar,

kullanılamaz.

Başvuru ve istenilecek belgeler

MADDE 8 – (1) Bir ürüne sağlık beyanı izni almak isteyen gerçek veya tüzel kişi, aşağıdaki belgelerle birlikte Kuruma başvuru yapar;

a) Ürün sahibinin adı, kayıtlı unvanı ve adresi, e-posta ve internet adresi, telefon ve faks numarası, tüzel kişi ise ticaret sicil gazetesinin aslı veya sureti ile yetkili bayilere ait bilgileri,

b) Ürünün adı, markası, aynı ad ve markaya sahip diğer ürünler bulunması hâlinde ayırt edici özelliği,

c) Kullanılması talep edilen sağlık beyanlarını içeren beyanname,

ç) Ürünün iç ve dış ambalajı üzerinde yer alan bilgiler, ithal ürünlerde ürünün orijinal ambalajı ile birlikte Türkçe tercümesi ve Türkçe etiket örneği,

d) Ürünün iddia edilen sağlık beyanını kanıtlayan ve 13/4/2013 tarihli ve 28617 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğe uygun olarak yapılmış klinik çalışmaların bir örneği, klinik çalışmanın yurt dışında yapılmış olması hâlinde klinik çalışma, Türkçe tercümesi ve klinik araştırmanın onaylanmış merkezlerde yapıldığını gösterir belgeleri,

e) Ürünle ilgili izin veya bildirim belgeleri.

Başvurunun değerlendirilmesi

MADDE 9 – (1) 8 inci maddede belirtilen belgeler ile birlikte yapılan başvurular, Kurum tarafından değerlendirilir ve ürünün sağlık beyanı ile tanıtım ve satışına izin verilir. Ancak, verilen izinde sağlık beyanının kullanılacağı mecralar Kurumca belirlenir.

(2) Kurum tarafından gerekli görülmesi hâlinde başvurunun niteliğine göre teşekkül ettirilecek bilimsel komisyonlardan görüş alınabilir.

(3) Yapılan inceleme sonucunda sağlık beyanında bulunmak üzere izin talep edilen ürünün başka bir teknik mevzuata göre ruhsatlandırılması, izin alınması veya bildirim yapılması gerektiğine karar verilir ise ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

(4) Kurum tarafından yapılacak değerlendirmede, ürünlerin teknik mevzuatında tanıtıma ilişkin hükümler varsa bu hükümler de göz önüne alınır.

(5) İlgili mevzuatı gereğince tanıtımında sağlık beyanı bulunmaması gereken ürünler için yapılan başvurular değerlendirmeye alınmaz.

Ürün sahibinin sorumluluğu

MADDE 10 – (1) Ürün sahibi, ürününün tanıtımında kullanacağı sağlık beyanına ilişkin klinik çalışmaları tamamladıktan sonra izin almak üzere Kuruma başvurur.

(2) Başvuru yapılan sağlık beyanına Kurum tarafından izin verildiği takdirde, ürünün tanıtımı, 5 inci, 6 ncı ve 7 nci maddelerde belirtilen hükümlere uygun olarak yapılır.

(3) Ürün sahibi, Kurumun talebi hâlinde sağlık beyanı ve iddia edilen sağlık beyanının yer aldığı tanıtımla ilgili gereken her türlü bilgi ve belgeyi sunmakla yükümlüdür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Gıda ve Gıda Takviyelerine İlişkin Tanıtımlar, Denetim ve İdari Yaptırımlar

Gıda ve gıda takviyelerine ilişkin tanıtımlar

MADDE 11 – (1) Gıda takviyeleri ve gıdalara ilişkin sağlık beyanlarının izin işlemleri 29/12/2011 tarihli ve 28157 3 üncü mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Gıda Kodeksi Etiketleme Yönetmeliğinde yer alan hükümlere göre ilgili Bakanlık tarafından yerine getirilir. Gıda ve gıda takviyelerinin söz konusu Yönetmelikte belirtilen sağlık beyanı haricinde tanıtılması halinde Kurum, tanıtımı ve ürünün piyasaya arzını durdurma, toplama, toplatma, imha iş ve işlemlerini yapar veya yaptırır.

Denetim ve idari yaptırımlar

MADDE 12 – (1) Kurum, sağlık beyanı içeren tanıtım veya tanıtım malzemesini izinli olup olmadığı veya sağlık beyanlarının verilen izin çerçevesinde yapılıp yapılmadığını re'sen veya şikâyet üzerine denetler. Denetimler Kurum tarafından görevlendirilen personel tarafından, tanıtım ve satışın yapıldığı her türlü mecrada yürütülür.

(2) (Değişik:RG-4/7/2014-29050) Denetim veya incelemeler sonucunda, mevzuat hükümlerine aykırı olacak şekilde sağlık beyanı ile herhangi bir ürünün satışını, pazarlamasını veya reklamını yapanlar hakkında 1262 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin birinci fıkrası gereğince işlem yapılır. Ayrıca bu Yönetmelik hükümlerinden herhangi birine aykırı davranıldığının tespiti hâlinde, Kurum tarafından düzeltme, tanıtımı ve piyasaya arzı durdurma veya toplatma kararı verilebilir. Kurum tarafından verilen karar ürün sahibine tebliğ edilir ve ürün sahibi Kurumun kararlarını ivedilikle yerine getirir. Durdurma ve toplatma işlemi ürün sahibi tarafından yapılır. Bu işlemler Kurum tarafından yapılabileceği gibi Kurumun talebi hâlinde ürünün piyasa gözetim ve denetiminden sorumlu kurum veya kuruluşlar tarafından da uygulanabilir. Toplatılan ürünlerin imha edilmesine karar verilmesi hâlinde, bu işlemler üretici tarafından yapılabileceği gibi, masraflar üreticiye ait olmak üzere Kurum tarafından da gerçekleştirilebilir.

(3) (Değişik:RG-4/7/2014-29050) Tanıtım veya satışlarının internet veya başkaca herhangi bir elektronik ortam üzerinden yapılması hâlinde 1262 sayılı Kanun ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri gereğince işlem yapılır.

(4) Kurum, tanıtımların durdurulması ve internet erişiminin engellenmesi ve diğer yaptırımlar konusunda tanıtımın yapıldığı mecraya göre ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapar.

(5) Bu Yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı davranan ve faaliyette bulunanlar hakkında fiillerinin niteliğine göre, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, 23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Son Hükümler

Yürürlük

MADDE 13 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 14 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Başkanı yürütür.

Tıbbi Cihaz Satış, Reklam ve Tanıtım Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 15.05.2014

Resmi Gazete Sayısı : 29001

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; piyasaya arz edilen tıbbi cihazların satış, reklam ve tanıtım faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik 7/6/2011 tarihli ve 27957 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, 7/6/2011 tarihli ve 27957 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği ile 9/1/2007 tarihli ve 26398 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vücut Dışında Kullanılan (İn Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği kapsamına giren cihazların satış, reklam ve tanıtım faaliyetleri ile bu faaliyetleri yürüten gerçek veya tüzel kişileri kapsar.

(2) Kamu sağlık kurum ve kuruluşları, 18/1/2014 tarihli ve 28886 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Optisyenlik Müesseseleri Hakkında Yönetmelik kapsamına giren optisyenlik müesseseleri ve 24/9/2011 tarihli ve 28064 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ismarlama Protez ve Ortez Merkezleri ile İşitme Cihazı Merkezleri Hakkında Yönetmelik kapsamına giren ısmarlama protez ve ortez merkezleri ile işitme cihazı merkezleri (Ek ibare:RG-25/7/2015-29425) ve 7/12/2005 tarihli ve 26016 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Diş Protez Laboratuvarları Yönetmeliği kapsamına giren diş protez laboratuvarları bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır. Ancak bu yerlerde satışı yapılan tıbbi cihazların reklam ve tanıtım faaliyetleri bu Yönetmelik kapsamındadır.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik; 29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanuna ve 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı

Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 27 nci ve 40 ıncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Bakanlık: Sağlık Bakanlığını,

b) Bireysel kullanıma yönelik cihaz: Herhangi bir sağlık meslek mensubunun gözetimini veya uygulamasını gerektirmeyen, bireysel olarak güvenle kullanılabilen cihazları,

c) Cihaz: Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği ve Vücut Dışında Kullanılan (İn Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliğinin tanımlar maddesinde yer alan cihaz (aksesuar, ısmarlama üretilen cihaz, in vitro tıbbi tanı cihazı, tıbbi cihaz, aktif tıbbi cihaz, vücuda yerleştirilebilir aktif tıbbi cihaz, kişisel test cihazı) tanımlarını,

ç) Çalışma belgesi: Satış merkezlerinde bu Yönetmelik hükümleri doğrultusunda, sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ve klinik destek elemanı olarak çalışacak olan personele bu görevleri yapabilmeleri için müdürlük tarafından verilen belgeyi,

d) Klinik destek elemanı: Sağlık meslek mensuplarına veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara, cihazların kullanılması sırasında teknik bilgilendirme yapan, teknik eğitimlerini veren ve gerektiğinde yerinde uygulama yoluyla cihazın kullanım özellikleri hakkında bilgi veren çalışma belgesi düzenlenmiş kişiyi,

e) Klinik destek faaliyetleri: Cihazların güvenli ve etkili kullanımının sağlanması veya sağlık meslek mensuplarının yeni teknolojiler/prosedürler üzerinde eğitilmesi amacıyla; sağlık meslek mensuplarına veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara, cihazların kullanılması sırasında klinik destek elemanları tarafından yapılan bilgilendirmeler ve verilen destek, atölye çalışmaları, prosedür eğitimleri, eğitici eğitimleri, yerinde eğitimleri, cerrahi uygulamalar ve sair eğitimler ile cihazların kullanıcısına, satış merkezi ile satış ve tanıtım elemanına imalatçı veya ithalatçı tarafından verilen eğitsel faaliyetleri,

f) Kullanıcı: Bu Yönetmelik kapsamındaki cihazları kullanan veya uygulayan sağlık kurum ve kuruluşlarını, sağlık meslek mensuplarını, hasta ya da diğer kişileri,

g) Kurum: Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumunu,

ğ) (Değişik:RG-25/7/2015-29425) Mecra: Reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun buluştuğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı

basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarını,

h) Müdürlük: İl sağlık müdürlüğünü,

ı) Olumsuz olay: Hastanın veya kullanıcının sağlık durumunda ciddi bozulmaya ya da ölüme yol açabilecek veya yol açmış olan, cihazın özelliklerinin ve/veya performansının bozulmasını ya da sapmasını veya kullanım kılavuzu ve etiketteki yetersizlikleri veyahut bu nedenlerden dolayı aynı tip cihazların imalatçısı tarafından piyasadan sistematik olarak geri çekilmesine yol açan, cihazın özelliğine ve performansına bağlı teknik ve tıbbi sebepleri,

i) (Değişik:RG-25/7/2015-29425) Reklam: Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları,

j) (Değişik:RG-25/7/2015-29425) Reklam veren: Ürettiği ya da pazarladığı tıbbi cihazlara ilişkin mal veya hizmet tanıtımını yaptırmak, cihazların satışını artırmak veya marka algısını güçlendirmek amacıyla hazırlattığı ve içinde firmasının ya da tıbbi cihazların markasının yer aldığı reklamları yayımlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek veya tüzel kişiyi,

k) Sağlık hizmet sunucusu: Sağlık hizmetini sunan, üreten; gerçek kişiler ile kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve bunların tüzel kişiliği olmayan şubelerini,

l) Sağlık meslek mensupları: Hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını,

m) (Değişik:RG-25/7/2015-29425) Satış merkezi: Cihazların satışının yapıldığı yerleri,

n) Satış ve tanıtım elemanı: Satış merkezindeki cihazların satış ve tanıtımını yapan çalışma belgesi düzenlenmiş kişiyi,

o) Sorumlu müdür: Satış merkezlerinin bu Yönetmelik kapsamındaki faaliyetlerinden işleteni ile birlikte sorumlu olan ve çalışma belgesi düzenlenmiş kişiyi,

ö) Tanıtım: Bu Yönetmelik kapsamındaki cihazların bilimsel ve tıbbi özellikleri hakkında sağlık meslek mensuplarına veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara gerçekleştirilecek bütün bilgi verme faaliyetlerini, bu çerçevede cihaz satış ve tanıtım elemanlarının aktivitelerini, tıbbi ve mesleki kitap ve dergilere verilecek ilanları, doğrudan

postalama, basın veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılacak duyuruları, bilimsel/eğitsel aktiviteler, toplantılar ve benzeri etkinlikler ile yapılacak faaliyetleri,

p) Tanıtım malzemeleri: Cihazlar hakkında yeterli ve gerekli bilgiyi ihtiva eden kitap, kitapçık ve broşür gibi basılı materyalleri; film ve slaytları; flash bellek ve cd/dvd gibi depolama araçları ile sunulan görsel veya işitsel malzemeleri; ilgili çevrelerde bilgi, veri, başvuru kaynağı olarak kullanılabilecek her türlü yayını, bedelsiz numuneleri, demo cihazları, hasta eğitimine yönelik programları ve materyalleri; kalem, kalemlik, bloknot ve takvim gibi parasal değeri yürürlükteki aylık brüt asgari ücretin % 2,5'ini aşmayan hatırlatıcı ziyaret malzemelerini,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Başvuru ile Yetki ve Çalışma Belgesine İlişkin Hükümler

Başvuru esasları

MADDE 5 – (1) Satış merkezi olarak yetkilendirilmek isteyen gerçek veya tüzel kişi, satış merkezinin adresi, unvanı, sahiplik ile ilgili bilgileri içeren dilekçe ile müdürlüğe başvurur.

(2) Başvuru dilekçesi ile birlikte aşağıdaki belgeler sunulur:

a) Satış merkezi işleteninin sorumlu müdür olmadığı durumlarda, satış merkezi işleteni ile sorumlu müdür arasında akdedilmiş yazılı hizmet sözleşmesi.

b) Satış merkezinin çalıştıracağı personeli için 35 inci maddeye göre düzenlenen sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ve varsa klinik destek elemanı belgeleri.

c) Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi, vergi levhası ve imza sirkülerinin örneği.

ç) Satış merkezinin satış ve tanıtımını gerçekleştireceği cihazlarla ilgili Kurumun kayıt ve bilgi yönetim sistemine kayıtlı cihazları satacağına dair taahhütname.

d) Satış merkezinin ilgili merciden almış olduğu iş yeri açma ve çalıştırma ruhsatı.

(3) Bu Yönetmelik kapsamında mevcut bir satış merkezi açanlar ve işletenlerce, şube niteliğinde ikinci bir satış merkezi açılması durumunda, bu maddenin birinci fıkrasına göre başvurularak, ikinci fıkrasında sayılan belgelerin sunulması gerekir. Ancak aynı ilçe sınırları içerisinde açılacak şubeler için sorumlu müdür şartı aranmaz. Şubelerin faaliyetlerinden şube ile birlikte satış merkezi sorumludur.

Başvurunun değerlendirilmesi

MADDE 6 – (1) 5 inci maddeye uygun olarak hazırlanan belgeler müdürlük tarafından, başvuru tarihinden itibaren on beş iş günü içinde incelenir. Başvuruda eksiklik varsa satış merkezine yazılı olarak bildirilir. Başvuruda eksiklik yoksa müdürlük tarafından başvuru tarihinden itibaren kırk beş iş günü içerisinde yerinde inceleme yapılır.

(2) Yapılan yerinde incelemede, satış merkezinin bu Yönetmelikte tanımlanan şartları taşıması durumunda müdürlük tarafından yetki belgesi düzenlenir.

(3) Yerinde incelemede, satış merkezinin bu Yönetmelikte tanımlanan şartları taşımaması durumunda eksiklikler inceleme raporu düzenlenerek başvuru sahibine bildirilir. Satış merkezi, eksiklikleri içeren inceleme raporunun tebliğ tarihini müteakip bu eksikliklerini kırk beş iş günü içerisinde gidererek yetki almak için müdürlüğe dilekçe ile yeniden başvurabilir. Başvuruyu müteakip, ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) İlk inceleme raporunun başvuru sahibine tebliğ tarihini müteakip kırk beş iş günü içerisinde yetki almak için yeniden başvurmayanlar ile müdürlük tarafından ikinci defa yapılan değerlendirme sonucu faaliyete başlaması uygun görülmeyenlerin başvuruları reddedilir.

Yetki ve çalışma belgesi

MADDE 7 – (1) İnceleme sonucunda bu Yönetmelik hükümlerine uygunluk sağladığı tespit edilen satış merkezlerine, sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ve varsa klinik destek elemanı çalışma belgeleri ile satış merkezi yetki belgesi bedellerinin ödendiğine dair dekont asıllarını müdürlüğe teslim etmelerini müteakip, müdürlük tarafından yetki belgesi, sorumlu müdür, klinik destek elemanı ve satış ve tanıtım elemanı çalışma belgeleri ile birlikte kimlik kartları düzenlenir ve sorumlu müdüre teslim edilir.

(2) Yetki belgesi, çalışma belgesi ve kimlik kartının içeriği Kurum tarafından belirlenir.

(3) Müdürlük tarafından verilen yetki belgesi ile sorumlu müdür çalışma belgesi satış merkezinde herkesin görebileceği bir yere asılır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Satış Merkezlerinin Çalışma Esasları

Genel hükümler

MADDE 8 – (1) Cihazlar imalatçısının belirlemiş olduğu ve uluslararası standartların öngördüğü koşullarda muhafaza edilir.

(2) Satış merkezi, kullanıcıları herhangi bir sağlık kurumuna, kuruluşuna veya tabibe yönlendiremez.

(3) Satış merkezi, kullanıcıları herhangi bir sağlık hizmet sunucusundan veya tabipten kendi iş yerine yönlendiremez, kullanıcılara aracılık edemez.

(4) Satışı yapılan cihazların Kurum tarafından oluşturulan kayıt ve bilgi yönetim sistemine kaydedilmesi zorunludur.

(5) Satış merkezi faaliyetleri ile ilgili alt yapı, personel ve cihazlara ilişkin kayıtları tutar ve Kurumun kayıt ve bilgi yönetim sistemine uyum sağlar.

(6) Satış merkezi bu Yönetmelik kapsamında yapmış olduğu faaliyetlerle ilgili belgeleri beş yıl süreyle muhafaza eder ve Kurumun veya müdürlüğün talebi hâlinde ibraz eder.

(7) Satış merkezi çalışma belgesi düzenlenmiş personel değişikliklerini beş iş günü içinde müdürlüğe bildirir.

(8) Satış merkezi, cihazların satışına yönelik hususlar içeren ilgili diğer mevzuat hükümlerine de uymak zorundadır.

Satış merkezinin çalışma esasları

MADDE 9 – (1) Satış merkezleri, cihazların satışını ilgili mevzuata uygun olarak gerçekleştirir.

(2) Satış merkezleri, çalışma belgesi düzenlenecek olan personelinin 35 inci maddeye uygun eğitimleri almasını sağlar.

(3) Satış merkezleri, cihazların tanıtım ve reklam faaliyetlerini bu Yönetmeliğe uygun olarak yapar.

(4) Satış merkezleri, cihazların imalatçısının ve uluslararası standartların öngördüğü koşullarda muhafazası için gerekli alt yapıyı oluşturur ve faaliyetlerini gerçekleştirir.

(5) Satış merkezleri bireysel kullanıma ve doğrudan bireysel kullanıcıya yönelik cihaz satışı yapan bir merkez ise, müdürlük tarafından çalışma belgesi ile belgelendirilmiş en az bir personeli çalışma saatleri içerisinde merkezde bulundurur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Personel ve Altyapı İle İlgili Hükümler

Sorumlu müdür

MADDE 10 – (1) Satış merkezinde belirlenen şartları taşıyan bir sorumlu müdür bulunur.

(2) Sorumlu müdürün en az lisans seviyesinde meslekî eğitim ve öğretim veren yüksekokullardan mezun veya bu konuda yurt dışındaki bir eğitim ve öğretim kurumundan mezun olup diplomalarının denkliği yetkili mercilerce kabul edilmiş olması gerekir.

(3) Sorumlu müdür, 35 inci maddeye uygun eğitimleri aldığını belgelendirir.

(4) Sorumlu müdür, satış merkezinin bu Yönetmelik kapsamındaki tüm faaliyetleriyle ilgili sorumluluğunu üstlenir.

(5) Sorumlu müdür birden fazla satış merkezinde görev yapamaz.

(6) Sorumlu müdürün seyahat, hastalık ve sair zorlayıcı sebeplerden dolayı satış merkezinden bir haftadan fazla süreyle ayrılması hâlinde, bu Yönetmelik uyarınca çalışma belgesi düzenlenmiş satış ve tanıtım elemanı veya varsa klinik destek elamanlarından en az biri satış merkezinde bulunur.

(7) Sorumlu müdürün aşağıdaki hâller sebebiyle görevini yerine getiremediği durumlarda, belirtilen şartları taşıyan bir kişinin sorumlu müdür olarak müdürlüğe bildirilmesi kaydıyla, satış merkezi faaliyetine devam edebilir.

a) Milletvekili veya belediye başkanı seçilenler ile askerlik hizmeti sebebiyle silah altına alınanlar, bu görev veya hizmetleri süresince.

b) Hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olanlar, cezanın infazı süresince.

c) Hastalık ve sair zorlayıcı veya kabul edilebilir sebeplerden dolayı, bir aydan fazla satış merkezinin başında bulunamayacak olanlar, bu mazeretleri süresince.

ç) Hacir altına alınanlar, vasilerinin talebi üzerine, hacir altında bulundukları sürece.

(8) Sorumlu müdürün görevine son verilmesi, istifası, sorumlu müdürlük şartlarını herhangi bir şekilde kaybetmesi durumunda, böyle bir durumun ortaya çıkmasından itibaren beş iş günü, vefatta ise on beş gün içerisinde satış merkezinin müdürlüğe bildirimde bulunması ve en geç bir ay içerisinde de yeni bir sorumlu müdür görevlendirilmesi zorunludur.

(9) Sorumlu müdür satışı yapılan cihazlarla ilgili rapor edilen olumsuz olayları, Kuruma ve ilgili cihazın imalatçısına veya ithalatçısına derhal bildirir.

Satış ve tanıtım elemanı

MADDE 11 – (1) Satış merkezlerinde en az bir tane olmak üzere faaliyetlerin gerektirdiği kadar satış ve tanıtım elemanı bulundurulur. Müdürlük tarafından çalışma belgesi ile kimlik kartı düzenlenmiş satış ve tanıtım elemanları Kurumun elektronik sistemine kaydedilir.

(2) Satış ve tanıtım elemanının en az ön lisans seviyesinde meslekî eğitim ve öğretim veren yüksekokullardan mezun veya bu konuda yurt dışındaki bir eğitim ve öğretim kurumundan mezun olup diplomalarının denkliği yetkili mercilerce kabul edilmiş olması gerekir.

(3) Satış ve tanıtım elemanlarının bu Yönetmelik kapsamındaki faaliyetlerinden satış ve tanıtım elemanı ile sorumlu müdür birlikte sorumludur.

(4) Satış ve tanıtım elemanları;

a) Sağlık hizmet sunucularına sadece bağlı oldukları satış merkezine ait cihazların satış ve tanıtımını yapabilirler.

b) Satış ve tanıtımı yapılan cihazla ilgili tanıtım malzemelerini, sağlık meslek mensupları, sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlar ve satış merkezi çalışanları dışındaki kişilere veremezler.

c) Satış ve tanıtım esnasında cihaz ile ilgili kendilerine rapor edilen olumsuz olayları derhal sorumlu müdüre iletir.

(5) Satış ve tanıtım elemanlarının çalışma saatleri içinde sağlık kurum ve kuruluşlarında satış ve tanıtım yapabilmeleri aşağıdaki kurallara tâbidir:

a) Satış ve tanıtım elemanları, ziyaretin başında hangi satış merkezini temsil ettiklerini açıklar ve satış ve tanıtım elemanı kimlik kartlarını gösterir.

b) Sağlık hizmet sunucuları tarafından gerekli görülmesi hâlinde; ilgili idarî amir, çalışma düzenlerini gözeterek satış ve tanıtım elemanları ile ilgili çalışma saati düzenleyebilir.

c) Acil servislerde ve hasta kabul saatleri sırasında polikliniklerde cihaz tanıtımı yapılamaz.

(6) (Ek:RG-22/9/2016-29835) Satış merkezinde satış ve tanıtım elemanı olarak bir kişi görev yapmakta ise bu satış ve tanıtım elemanının görevine son verilmesi, istifası, satış ve tanıtım elemanı şartlarını herhangi bir şekilde kaybetmesi durumunun ortaya çıkmasından itibaren beş iş günü, vefatı halinde ise on beş gün içerisinde satış merkezinin müdürlüğe bildirimde bulunması ve en geç bir ay içerisinde de yeni bir satış ve tanıtım elemanı görevlendirilmesi zorunludur.

Klinik destek elemanı

MADDE 12 – (1) Satış merkezleri faaliyetlerin gerektirdiği kadar klinik destek elemanı bulundurur. Müdürlük tarafından çalışma belgesi ile kimlik kartı düzenlenmiş klinik destek elemanları Kurumun elektronik sistemine kaydedilir.

(2) Klinik destek elemanının, en az ön lisans seviyesinde meslekî eğitim ve öğretim veren yüksekokulların ek-4'te belirtilen alanlarından mezun veya bu konuda yurt dışındaki bir eğitim ve öğretim kurumundan mezun olup diplomalarının denkliği yetkili mercilerce kabul edilmiş olması gerekir.

(3) Klinik destek elemanı klinik destek faaliyetlerini yürütür.

(4) Klinik destek elemanı ziyaretin başında hangi satış merkezini temsil ettiğini açıklar ve klinik destek elemanı kimlik kartını gösterir.

(5) Klinik destek elemanlarının bu Yönetmelik kapsamındaki faaliyetlerinden klinik destek elemanı ile sorumlu müdür birlikte sorumludur.

(6) Klinik destek elemanları cihaz ile ilgili kendilerine rapor edilen olumsuz olayları derhal sorumlu müdüre iletir.

Diğer personel

MADDE 13 – (1) Satış merkezlerinde, sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ile klinik destek elemanı haricinde diğer işleri yürütmek üzere yeteri kadar personel çalıştırılabilir.

Araç, gereç ve fiziki şartlar

MADDE 14 – (1) Satış merkezi, satışını yaptığı cihazların satış, muhafaza, depolama ve dağıtımı ile ilgili alan, araç, gereç, nakliye, aydınlatma ve iklimlendirme konusunda imalatçısı tarafından belirtilen ve uluslararası standartların öngördüğü koşulları sağlar.

(2) Satış merkezi, bireysel kullanıma ve doğrudan bireysel kullanıcıya yönelik cihaz satışı yapan bir merkez ise çalışma alanı 25 m²'den az olamaz.

(3) Bedensel ölçüleri olup deneme gerektiren cihazların satışını yapan satış merkezlerinde en az 2 m²'lik bir deneme odası bulunur.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Reklam ve Tanıtım Faaliyetleri

Reklamın kapsamı

MADDE 15 – (1) Münhasıran sağlık meslek mensupları tarafından kullanılması veya uygulanması gereken cihazlar ile geri ödeme kapsamında olan cihazların, internet dâhil halka açık yayın yapılan her türlü medya ve iletişim ortamında program, film, dizi film, haber ve benzeri yollarla doğrudan veya dolaylı olarak topluma reklamı yapılamaz. Bakanlığın veya Kurumun izni ile yapılan ve sağlık meslek mensuplarına cihazın piyasaya arz edildiğini duyuran gazete/dergi ilanları ile satış merkezlerinin resmî internet sitelerinde yapmış oldukları cihaz bilgilendirmeleri bu hükmün kapsamı dışındadır.

(2) Münhasıran sağlık meslek mensupları tarafından kullanılması veya uygulanması gereken cihazlar ile geri ödeme kapsamında olan cihazlar dışında kalan cihazların reklamı yapılabilir.

(3) Yapılan reklamlar, (Değişik ibare:RG-25/7/2015-29425) 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine uygun olmak zorundadır.

(4) Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları veya aracıları bu Yönetmelikte belirtilen ilkelere uymakla yükümlüdür.

Reklamın temel ilkeleri

MADDE 16 – (1) 2 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen Yönetmeliklere uygun olmayan cihazların satışı ve reklamı yapılamaz. Ancak bu Yönetmeliklerin hükümlerine uygun olmayan cihazların, ilgili Yönetmelik hükümleri yerine getirilinceye kadar piyasaya arz edilemeyeceğini ve hizmete sunulamayacağını açık şekilde gösteren bir işaret taşımaları kaydıyla, ticarî fuarlar ve sergiler gibi yerlerde gösterimi engellenemez.

(2) Reklam faaliyetlerinde Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının adı, cihazın araştırmasına katılan sağlık kurum, kuruluş veya kişilerinin adları izinsiz kullanılamaz.

(3) Hastaya, kullanıcıya ve çevre sağlığına zarar verebilecek ve güvenliğini tehdit edebilecek şekilde herhangi bir reklam faaliyeti yapılamaz.

(4) Cihazların çekiliş, şans oyunları ve benzeri araçlarla reklamı yapılamaz.

(5) Haksız rekabete yol açacak veya kullanıcının çıkarlarına zarar verecek nitelikte ya da cihazların gerçeğe aykırı, yanıltıcı, abartılmış ya da doğruluğu kanıtlanmamış bilgiler vermek suretiyle reklamı yapılamaz.

Tanıtımın kapsamı

MADDE 17 – (1) Tanıtım faaliyetleri, bu Yönetmelik kapsamındaki cihazların sağlık meslek mensupları ve sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara tanıtımı ile cihazların uygulanması ve kullanım kılavuzu gibi konularda bu kişilerin bilgilendirilmesi faaliyetlerini kapsar.

(2) Sağlık meslek mensupları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara yönelik tanıtım;

a) Sağlık meslek mensupları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara dağıtılan, satılan ya da bilimsel içerikli tıbbi-mesleki dergilerde yer alan yayınlarla,

b) Bilimsel toplantılar desteklenerek veya düzenlenerek,

c) Satış ve tanıtım elemanları tarafından ziyaret edilerek; cihaz, cihazın uygulanması ve kullanım kılavuzu gibi konularda bilgilendirme yapılarak,

gerçekleştirilir.

(3) Teknik servis hizmeti ile klinik destek faaliyetleri, tanıtım faaliyeti kapsamında değerlendirilmez.

Tanıtımın temel ilkeleri

MADDE 18 – (1) 2 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen Yönetmeliklere uygun olmayan cihazların satışı ve tanıtımı yapılamaz. Ancak, bu Yönetmeliklerin hükümlerine uygun olmayan cihazların, ilgili Yönetmelik hükümleri yerine getirilinceye kadar piyasaya arz edilemeyeceğini ve hizmete sunulamayacağını açık şekilde gösteren bir işaret taşımaları kaydıyla, ticarî fuarlar ve sergiler gibi yerlerde gösterimi engellenemez.

(2) Sağlık meslek mensupları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlar haricindeki kişilere cihazların tanıtımı yapılamaz.

(3) Tanıtım faaliyetlerinde Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının adı, cihazın araştırmasına katılan sağlık kurum, kuruluş veya kişilerinin adları izinsiz kullanılamaz.

(4) Hastaya, kullanıcıya ve çevre sağlığına zarar verebilecek ve güvenliğini tehdit edebilecek şekilde herhangi bir tanıtım faaliyeti yapılamaz.

(5) Cihazların çekiliş, şans oyunları ve benzeri araçlarla tanıtımı yapılamaz.

(6) Haksız rekabete yol açabilecek nitelikte veya yanıltıcı tanıtım yapılamaz. Aşağıda belirtilen hususların oluşması sonucunda yanıltıcı tanıtım meydana gelmiş sayılır;

a) Cihazın olmayan özelliklerinin var gibi gösterilmesi veya cihazla ilgili her türlü yanlış bilgi verilmesi durumunda.

b) Başarının kesin olarak sağlanacağı beklentisinin oluşturulması durumunda.

c) Cihazın kullanımında herhangi bir zarar verici etkinin ortaya çıkmayacağına dair uygun olmayan bir beyan içermesi durumunda.

ç) Bir cihazı imal eden, ithal eden, geliştiren veya pazarlayan kişilerin eğitimi, yeterlilikleri ve başarıları hakkında yanlış bilgi verilmesi durumunda.

d) Cihazın kullanılmaması durumunda kişinin genel refahının gerçeğe aykırı olarak azalacağı hissi uyandırıldığında.

e) Vücut Dışında Kullanılan (İn Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği kapsamına giren kişisel test cihazları haricindeki cihazlar için kendi kendine tanı koymaya uygun izlenimi verildiğinde.

f) Cihazın tanıtımında, cihazın kullanımını gereksiz yönde teşvik edecek veya beklenmeyen riskli durumlara neden olabilecek yanıltıcı, abartılmış ya da doğruluğu kanıtlanmamış bilgiler vermek suretiyle veya ilgi çekici ve cihazın kendisi ile doğrudan ilgisi olmayan görüntüler kullanıldığında.

Tanıtımın usul ve esasları

MADDE 19 – (1) Cihaz tanıtımı aşağıdaki bilgileri içerir:

a) Tanıtımın açık bir şekilde cihaza ait olduğuna dair bilgiyi.

b) Cihaza ait uygunluk beyanı, EC sertifikası, teknik dosya gibi belgelerde yer alan cihazın isim ve bilgileri ile uyumlu cihaz isim ve bilgilerini.

c) Cihazın etiket ve kullanım kılavuzunda yer alan kullanım amacı ile uyumlu bilgileri.

ç) Tanıtıma konu olan bilimsel raporlar ve sertifikalarını, düzenleme tarihini, hazırlayan kişi ya da kurumun iletişim bilgilerini ve uzmanlık alanını.

d) Cihazın tedavi edici etkisi varsa, bu etki ile ilgili kanıta dayalı tıbbi bilgileri.

(2) Tanıtım, tıp dergilerinden, biyomedikal alanındaki dergilerden veya diğer bilimsel çalışmalardan yapılacak alıntılar, tablolar ve diğer görsel materyaller kullanılarak hazırlanan bir dokümantasyonla yapılacaksa, bu materyaller aslına sadık kalınarak ve kaynakları tam olarak belirtilmek suretiyle kullanılır.

(3) Tanıtım, cihazın terapötik değeri hakkında sağlık meslek mensuplarının veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanların kendi görüşlerini oluşturmasına yardımcı olacak yönde ve cihazın özellikleri hakkında bilgilendirici ve kanıta dayalı tıbbi bilgiler içerir.

(4) Cihaz hakkındaki yazılı, resimli, sesli, elektronik her türlü tanıtım ve bilgilendirme yoluyla profesyonel bilgiye erişim yalnızca sağlık meslek mensupları ve sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlar ile sınırlandırılır.

(5) Sağlık meslek mensupları veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara yapılan tanıtımlar, kullanıcı için hazırlanan paket ambalajı ve sağlık meslek mensupları veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlar için hazırlanan bilgilendirme broşürü ile çelişmez.

(6) CE işareti taşımayan cihazlar ile yapılan klinik araştırmaların görüş ve sonuçları, araştırma tamamlanmadan veya herhangi bir bilimsel literatürde yayımlanmadan tanıtımlarda kullanılamaz.

Tanıtım malzemeleri

MADDE 20 – (1) Tanıtım malzemelerinin bu Yönetmeliğe uygun malzeme veya araçlardan oluşması zorunludur.

(2) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (p) bendi dışında kalan malzemeler, sağlık meslek mensuplarına ve sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara tanıtım malzemesi olarak verilemez.

(3) Tanıtım malzemeleri 2 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen Yönetmelikler kapsamına giriyorsa, malzemelerin bu Yönetmeliklerin hükümlerine uygun olması zorunludur.

(4) Sağlık hizmet sunucusunun ilgili idarî amiri, sağlık kuruluşlarında bulunan tanıtım malzemelerinin hastaların göreceği şekilde sergilenmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(5) Kamuya ait sağlık kuruluşlarına, cihaz tanıtımı olarak algılanabilecek afiş veya benzeri tanıtım materyalleri konulamaz, asılamaz veya yapıştırılamaz. Ancak aşılama kampanyaları, salgın hastalıklar, sigara ve obeziteyle mücadele gibi sağlığın teşviki amacıyla Bakanlık veya bağlı kuruluşlarının gerçekleştirdiği kampanyalarda kullanılacak afiş ve benzeri tanıtım materyalleri bu hükmün dışındadır.

Bilimsel ve eğitsel faaliyetler

MADDE 21 – (1) Cihazlarla ilgili bilimsel ve eğitsel faaliyetler, sağlık meslek mensupları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara var olan bilgileri aktarmak veya yeni bilgileri sunmak amacıyla yapılır. Satış merkezleri, bu faaliyetlere katılan katılımcıların ulaşım ve konaklama masraflarını bu maddenin ikinci fıkrasındaki hâller dışında karşılayamazlar.

(2) Satış merkezleri, sağlık meslek mensupları ve sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara kongre, sempozyum gibi yurt içi ve yurt dışı bilimsel toplantılara katılımları için aşağıdaki şartlara uymak kaydıyla destek verebilirler.

a) Toplantının, personelin uzmanlık veya görev alanı ile ilgili olması zorunludur.

b) (Değişik:RG-25/7/2015-29425) Bir personel aynı yıl içerisinde toplam dört kez bu destekten yararlanabilir; bu dört desteğin sadece iki tanesi, aynı satış merkezi tarafından sağlanabilir ve sadece iki tanesi yurt dışında yapılan toplantılarda kullanılabilir. Sağlık meslek mensupları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanların satış

merkezlerinin desteği ile; konuşmacı, yazılı veya sözlü bildiri sunan araştırmacı olarak katılım sağladıkları toplantılar bu kapsamda değerlendirilmez. Bakanlık tarafından düzenlenen veya desteklenen bilimsel toplantılarda katılımcılar için bu fıkrada yer alan sayı sınırlaması uygulanmaz.

c) Destek doğrudan kişiye değil toplantıyı düzenleyen organizasyon veya organizasyonlara yapılır.

(3) Satış merkezleri, destek verecekleri personelin bilgilerini, Kurum tarafından belirlenecek usule uygun şekilde bildirmek zorundadır.

(4) Satış merkezlerinin desteklediği ulusal ve uluslararası çok merkezli klinik araştırmaların yurt içi ve yurt dışında yapılacak araştırmacı toplantıları, kongre veya sempozyum katılımı olarak değerlendirilmez. Bu toplantılar için Kuruma yapılacak izin başvurusunda toplantının mahiyeti açıkça yazılır ve toplantının bu amaçla yapıldığı belirtilir.

(5) (Değişik:RG-25/7/2015-29425) Her bir toplantısı farklı ülkede yapılan uluslararası toplantılar hariç olmak üzere; deniz kenarlarındaki tatil beldelerinde 15 Haziran-15 Eylül arasındaki tarihlerde ve kayak merkezi tatil beldelerinde 1 Aralık-1 Mart arasındaki tarihlerde imalatçı, ithalatçı veya satış merkezi tarafından bilimsel ve eğitsel faaliyetleri içeren toplantı ve organizasyon düzenlenemez ve desteklenemez. Bakanlık tarafından düzenlenen veya desteklenen bilimsel toplantılarda bu şartlar aranmaz.

(6) (Değişik:RG-25/7/2015-29425) Satış merkezleri tarafından düzenlenecek veya katkıda bulunulacak kongre, sempozyum, seminer ve benzeri toplantılar için; her toplantıdan en az on beş gün önce toplantının içeriği, muhtemel katılımcı listesi, yapılacak masraf kalemleri ve etkinliklerin Kuruma bildirilmesi zorunludur; evrak girişi yapılmış bildirimler, on iş günü içerisinde cevaplandırılır, cevaplandırılmaması hâlinde başvuru için onay verilmiş sayılır.

(7) Satış merkezleri, destekledikleri toplantılar gerçekleştikten sonra, katılımcı listesi, masraf kalemleri ve yapılan etkinlikleri, belirlenen formatta ve dijital ortamda ayrıntılı olarak en geç bir ay içerisinde Kuruma bildirir; katılımcılara sunulan bilgiler ve belgelerin örnekleri Kurumun talebi hâlinde sunulmak üzere ilgili satış merkezi tarafından en az iki yıl süreyle muhafaza edilir.

(8) Kurumca görevlendirilmiş kişiler, denetim amacıyla önceden haber vererek veya haber vermeden bu toplantılara katılabilir.

(9) Kurum tarafından yürütülen veya destek verilen araştırma ve geliştirme projeleri sonucunda üretilen yeni cihazların tanıtımında Kurum ile işbirliği yapılır.

(10) (Ek:RG-22/9/2016-29835) Sağlık meslek mensuplarına ve sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara yönelik olarak yapılan simülasyon merkezleri ve kadavra merkezlerindeki eğitim faaliyetleri bilimsel ve eğitsel faaliyet olarak değerlendirilmez.

Teşvik

MADDE 22 – (1) Yapılan tanıtımlarda, cihazın reçete edilmesi, kullanılması, alınması veya önerilmesi için para veya hediye vererek, herhangi bir maddî kazanç sağlayarak veya bir fayda veya ödül sözü vererek sağlık meslek mensupları ya da sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlar teşvik edilemez, sağlık meslek mensupları veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlar tarafından teşvik talep ve kabul edilemez.

Bağış

MADDE 23 – (1) Satış merkezleri aşağıda belirtilen şartları sağlamak ve ilgili diğer mevzuatlara uygun olmak koşuluyla, kamuya ait veya kâr amacı gütmeyen sağlık kurum, kuruluş veya organizasyonlara bağışta bulunabilirler:

a) Bağış yapacakları kurum veya kuruluşun idaresinden önceden izin almak.

b) Bu Yönetmelik kapsamındaki cihazların ihale kararlarını etkilememek.

c) Cihaz satışı ile ilişkilendirilebilecek etik dışı bir uygulamaya yol açmamak.

ç) Araştırma, eğitim, sağlık ve hasta bakımını iyileştirmek amaçlarından en az birini taşımak.

d) Sadece bir bireyin kullanımına değil kurum veya kuruluşun genel kullanımına yönelik olmak.

e) Yapılan bağışı resmî kayıtlarına işlemek.

f) Klinik araştırmada kullanılması amacıyla yapılacak cihaz bağışını doğrudan sorumlu araştırmacıya yapmak.

Bedelsiz numune

MADDE 24 – (1) 2 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen Yönetmelik hükümlerini karşılamayan cihazlar bedelsiz numune olarak dağıtılamaz.

(2) Satış merkezleri, bedelsiz tanıtım numunelerinin hangi miktarlarda, kimlere dağıtıldığına ilişkin verileri tutar. Bu veriler, talep edilmesi hâlinde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma verilmek üzere beş yıl süre ile ilgili satış merkezinde muhafaza edilir.

(3) Bedelsiz numunelerin dış ambalajları üzerinde "Bedelsiz tanıtım numunesidir, satılamaz." ibareleri en az bir yüzeyde görünür şekilde bulunur. Basılması mümkün olan durumlarda bu bilgiler aynen iç ambalajda da yer alır.

(4) Kullanım kılavuzu olmadan güvenli kullanımı mümkün olmayan cihazların bedelsiz numuneleri için numune ile birlikte kullanım kılavuzunun bir örneği sunulur.

(5) Bedelsiz numunelerin adet veya miktarı piyasaya sunulan cihazdan daha az olabilir.

(6) Yıllık dağıtılan bedelsiz cihaz numunesinin cirosu, ilgili cihazın bir önceki yıla ait satış cirosunun % 2'sini geçemez. Bu hükmün uygulanmasına her bir cihaz için piyasaya arz edildiği tarihten bir yıl sonra başlanır.

(7) Bedelsiz numuneler, klinik araştırma amaçlı cihaz olarak kullanılamaz.

(8) İmalatçılar (Ek ibare:RG-25/7/2015-29425) veya ithalatçılar, infüzyon pompaları, insülin kalemleri, iğne uçları, kateter, adaptör, transfer set ve benzeri periton diyalizi yardımcı malzemeleri, kendi kendine kan şekeri ölçüm sistemleri gibi ilaçların kullanımında zaruri olarak bulunması gereken cihazları ve aksesuarları ile uygulama lenslerini bedelsiz olarak verebilirler. Bu tür cihazlar, bedelsiz numune kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi bunların kullanımı için verilen eğitimler de cihaz tanıtımı olarak değerlendirilemez.

(9) Taşıyıcılar, piller, oksijen tüpleri gibi cihazların kullanılabilmesi için gereken yardımcı ve tamamlayıcı malzemeler, satış merkezleri tarafından bedelsiz olarak sağlanabilir.

(10) Cihaz ihalelerinde temin edilmesi istenen numuneler bedelsiz numune olarak değerlendirilmez.

ALTINCI BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Satış ve satış sonrası eğitimler

MADDE 25 – (1) Satış merkezi, kullanıcı eğitimi gerektiren cihazlar için cihazın teslimi sırasında ve sonrasında sağlık meslek mensuplarına, sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlara veya gerçek kişilere cihazın kullanımı ile ilgili eğitimleri verir ve bunu belgeler. Eğitimlerin sayısı satış merkezi ile kullanıcı arasındaki sözleşmeyle belirlenir.

Yükümlülükler

MADDE 26 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerine göre yetkilendirilmemiş olan gerçek veya tüzel kişiler tarafından cihazların satışı yapılamaz.

(2) Satış merkezleri Kurumun kayıt ve bilgi yönetim sistemine kayıtlı olmayan cihazların satışını yapamaz.

(3) Sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ile klinik destek elemanı çalışma belgeleri başka bir satış merkezi için kullanılamaz. Ancak cihazın gerekli kıldığı hâllerde imalatçı veya ithalatçı bünyesinde çalışan klinik destek elemanı, başka bir satış merkezine destek verebilir.

(4) Ek-3'te yer alan cihazlar dışında kalan cihazların gazete, radyo, televizyon, telefon aracılığıyla ya da kapıdan veya internet üzerinden satışı yapılamaz.

(5) Satış merkezi personeli, satış ve tanıtım maksadıyla ameliyathanelere operasyon sırasında giremez. Bu kişilerin operasyon esnasında ameliyathanelere girmesini önlemek, ameliyathaneden sorumlu idarî amirin sorumluluğundadır.

Denetim

MADDE 27 – (1) Satış merkezleri, iki yılda bir defa zorunlu olmak üzere müdürlük tarafından denetlenir. Gerekli görülen hâllerde Kurum tarafından da denetlenir.

(2) Satış merkezlerinde, satış, tanıtım ve reklam faaliyetleri ile bu faaliyetlerde kullanılan her türlü malzeme ve yöntem denetlenir. Bu Yönetmelikte belirlenen ilkelere uymayan veya kamu sağlığı yönünden uygunsuz bulunan satış, tanıtım ve reklam faaliyetlerinin durdurulması, iptali ya da sunulan bilgilerin düzeltilmesi satış merkezinden istenir. Bu yöndeki talepler, satış merkezi tarafından gecikmeksizin yerine getirilir.

(3) Denetimlerde tespit edilen eksiklikler veya aykırılıkların giderilmesi için, satış merkezine eksiklik veya aykırılığın durumuna göre ek-2'deki denetleme formunda belirlenen süreler verilir. Bu sürenin sonunda eksikliklerin giderilip giderilmediği hususunda tekrar yerinde denetim yapılır. Bu süre içerisinde eksikliklerin ya da aykırılıkların giderilmemiş olması hâlinde, satış merkezinin faaliyeti bu formda belirtilen süre boyunca durdurulur.

(4) Satış merkezinin sorumlu müdürü, bu denetimler sırasında her türlü kolaylığı göstermek ve talep edilen her türlü bilgi, belge ve defterleri vermek zorundadır.

İdarî yaptırımlar

MADDE 28 – (1) Denetimler sonucunda, bu Yönetmeliğe aykırı davrandığı tespit edilen satış merkezleri hakkında, fiillerinin durumuna göre 29 ve 30 uncu maddeler ile ek-2'deki denetleme formunda belirtilen yaptırımlar uygulanır.

(2) Bu Yönetmelikte belirtilen hükümlere aykırı davranan ve faaliyette bulunanlar hakkında fiillerinin niteliğine göre 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, (Değişik ibare:RG-

25/7/2015-29425) 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve diğer mevzuatın ilgili hükümleri uygulanır.

(3) Sağlık meslek mensupları veya sağlık kurum ve kuruluşlarının bünyesinde tıbbi cihaz alanında çalışan teknik elemanlar hakkında ise bağlı oldukları kurum veya meslek örgütü nezdinde disiplin işlemleri başlatılır.

(4) Sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ve klinik destek elemanlarının, çalışma belgesi geçerlilik süresi içinde; bu Yönetmelik kapsamında yaptıkları satış, tanıtım ve klinik destekle ilgili ihlallerde, bu personeller önce uyarılır, tekrarı hâlinde çalışma belgeleri üç ay süreyle, ihlalin devamında ise bir yıl süreyle askıya alınır. Çalışma belgesi askıya alınan sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ve klinik destek elemanları bu süre içerisinde görev yapamaz.

(5) (Ek:RG-25/7/2015-29425) Satış merkezi;

a) Bu Yönetmeliğin 21 inci maddesindeki hükümlerden herhangi birine aykırı davranması durumunda Kurum tarafından uyarılır.

b) Uyarı yaptırımının uygulandığı tarihten sonraki bir yıl içerisinde bu Yönetmeliğin 21 inci maddesine aykırı herhangi bir fiilinin tespiti hâlinde üç ay süreyle 21 inci maddede tanımlanan tanıtım faaliyetlerini yapamaz.

c) Üç ay süreyle 21 inci maddede tanımlanan tanıtım faaliyetlerinden men yaptırımının uygulandığı tarihten sonraki bir yıl içerisinde 21 inci maddedeki hükümlerden herhangi birine aykırı bir fiilinin tekrarı hâlinde ise bir yıl süreyle bilimsel toplantılara ve eğitsel faaliyetlere katılamaz ve katkı sağlayamaz.

Satış merkezi faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması

MADDE 29 – (1) Aşağıda sayılan hâllerde satış merkezinin faaliyeti on beş gün süreyle geçici olarak durdurulur:

a) Müdürlükçe istenen bilgi ve belgelerin gönderilmemesi.

b) Bu Yönetmelikte belirtilen süre içerisinde personel değişikliklerinin bildirilmemesi.

c) Denetim esnasında denetim ekibinin istediği bilgi ve belgelerin verilmemesi veya denetimin engellenmesi.

(2) Satış merkezinin geçici olarak faaliyetinin durdurulması işlemi müdürlüğün teklifi ve valilik onayı ile yapılır. Geçici olarak faaliyeti durdurulan satış merkezleri, çalışma ve işkur il müdürlüğüne ve il vergi dairesine bildirilir.

(3) Geçici olarak faaliyeti durdurulan satış merkezine ait bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen yetki belgesi, çalışma belgeleri ve kimlik kartları, durdurma süresince müdürlükçe muhafaza edilir.

(4) (Mülga:RG-25/7/2015-29425)

(5) Geçici faaliyet durdurmayı gerektiren fiilin bir yıl içinde tekrarı hâlinde satış merkezinin faaliyeti otuz gün süreyle durdurulur.

Satış merkezlerinin süresiz olarak kapatılması

MADDE 30 – (1) Satış merkezinin yetki belgesi;

a) 29 uncu maddenin dördüncü fıkrası uyarınca iki kez geçici faaliyet durdurma uygulanmasına rağmen bu hususlardaki eksikliğinin devam ettiğinin denetim elemanlarınca tespit edilmesi durumunda,

b) Sorumlu müdür çalıştırmaksızın hizmet verildiğinde,

c) Geçici faaliyet durdurma cezası uygulandığı süre içerisinde faaliyete devam edildiğinin tespiti hâlinde,

süresiz olarak iptal edilir. Yetki belgesi iptal edilen gerçek ve tüzel kişilere iki yıl içinde tekrar yetki belgesi verilmez.

(2) Satış merkezinin yetki belgesinin süresiz olarak iptalinde yapılacak işlemler aşağıda belirtilmiştir:

a) Satış merkezinin yetki belgesinin süresiz olarak iptali, müdürlüğün teklifi üzerine valilik onayı ile yapılır.

b) Satış merkezi, bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen yetki belgesinin ve çalışma belgelerinin asılları ile kimlik kartlarını kendisine yapılan bildirim tarihini müteakip on beş gün içerisinde müdürlüğe teslim eder.

c) Satış merkezinin kapatıldığına dair bilgi, çalışma ve işkur il müdürlüğü ile il vergi dairesine bildirilir.

Piyasa gözetimi ve denetimi, uyarı sistemi, kayıt ve bilgi yönetim sistemi

MADDE 31 – (1) Satış merkezleri, faaliyetleri sırasında kendi cihazları veya diğer cihazlarla ilgili karşılaşmış oldukları olumsuz olayları, Kuruma ve ilgili cihazın imalatçısına veya ithalatçısına derhal bildirir.

(2) Satış merkezleri, piyasa gözetimi ve denetimi ile uyarı sistemi kapsamında güvensiz veya teknik düzenlemeye aykırı olduğu tespit edilen ve Kurum tarafından ilan edilen cihazların satışını derhal durdurmak, bu cihazları imalatçısına veya ithalatçısına iade etmek; satışı yapılan cihaza ait firma, kullanıcı ve konuya ilişkin yapılan faaliyetler ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi talep edilmesi hâlinde Kurumla paylaşmak zorundadır.

(3) Satış merkezleri, tedarik zincirinde yer alan bir önceki ve varsa bir sonraki iktisadi işletmenin ismi, ticari unvanı veya markası ve irtibat bilgileri ile cihazların takibini kolaylaştıracak diğer bilgilerin kaydını parti, seri, lot, marka, model gibi parametreler bazında düzenli bir şekilde tutar, bu kayıtları cihazı piyasada bulundurmaya başladıkları tarihten itibaren en az on yıl boyunca muhafaza eder ve talebi hâlinde Kuruma sunarlar.

(4) Kurum, cihazların kayıt ve bilgi yönetim sistemine kaydedilmesi ile ilgili kılavuzlar çıkarır. Satış merkezleri bu kılavuzlara uygun altyapıyı belirtilen sürelerde kurar ve cihazları sisteme kaydeder.

Satış merkezlerinin nakli ve devri

MADDE 32 – (1) Satış merkezlerinin aynı il içerisinde başka bir adrese nakli hâlinde, işletici veya sorumlu müdür tarafından, nakil edilecek adres için ilgili merciden alınacak, iş yeri açma ve çalıştırma ruhsatı ve nakil talep dilekçesi ile müdürlüğe başvurulur. Başvuruyu müteakip 6 ncı ve 7 nci maddelere uygun olarak gerekli işlemler yürütülür.

(2) Satış merkezinin devri hâlinde, devir sözleşmesinin bir örneği ve yetki belgesi için başvuruda belirtilen belgeler ile devralan satış merkezi tarafından müdürlüğe başvurulur. Başvuruyu müteakip 6 ncı ve 7 nci maddelere uygun olarak gerekli işlemler yürütülür.

(3) Bildirimsiz devir ve nakil işlemi yapan satış merkezleri süresiz kapatılır; yetki belgesi, sorumlu müdür ve diğer personele ait çalışma belgeleri ile kimlik kartları iptal edilir.

(4) Satış merkezinin devredilmesi hâlinde devralanlar, devredenin sorumluluklarını da almış sayılır. Satış merkezinin faaliyetinin durdurulması hâlinde de devralan, faaliyet durdurma süresinin tamamlanmasını beklemek zorundadır.

(5) Satış merkezinin işleteni tarafından kapatılmak istenmesi durumunda;

a) En az bir ay önceden yazılı olarak satış merkezini kapatma isteği müdürlüğe bildirilir.

b) Müdürlüğe kapatma başvurusundan itibaren en az on beş iş günü faaliyete devam edilir ve bu süre boyunca kapanma süreci hakkında satış merkezinin girişinde ve muhtelif yerlerinde bilgilendirme ilanı asılır.

c) Satış merkezinin işleteni, fiili kapanma tarihinden itibaren üç iş günü içerisinde yetki belgesini ve bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen çalışma belgeleri ve kimlik kartlarını müdürlüğe teslim eder.

İstisnaî hükümler

MADDE 33 – (1) İlaçların uygulanmasında kullanılan cihazlar hariç olmak üzere münhasıran sağlık meslek mensupları tarafından kullanılması veya uygulanması gereken cihazların eczanede satışı yapılamaz. Bunun dışındaki cihazlar herhangi bir yetki veya izin aranmaksızın eczanelerde satılabilir.

(2) Sadece ek-3'te yer alan cihazların satışının yapıldığı yerler için yetki belgesi aranmaz.

Satış merkezi açılamayacak yerler

MADDE 34 – (Değişik:RG-22/9/2016-29835)

(1) Muayenehaneler ile sadece tahlil ve görüntüleme hizmeti veren laboratuvar tanı merkezleri, eczaneler, optisyenlik müesseseleri, işitme cihazı merkezleri, ısmarlama protez ve ortez merkezleri, diş protez laboratuvarları bulunan binalar hariç olmak üzere, içinde sağlık kurum ve kuruluşu bulunan bina ve bahçesi ile müştemilatında satış merkezi açılamaz.

Eğitim

MADDE 35 – (1) Satış merkezinde sorumlu müdür, klinik destek elemanı, satış ve tanıtım elemanı olarak çalışacak kişilerin Kurum veya Kurumca yetkilendirilecek kişiler tarafından düzenlenecek ek-1'deki eğitim programına katılmaları zorunludur.

(2) Bu eğitime katılan ve yapılacak sınav sonucunda başarılı olan kişilere Kurum tarafından eğitimini aldığı alanla ilgili belge düzenlenir.

(3) Ek-1 de yer alan eğitim konuları Kurum tarafından güncellenebilir.

(4) Çalışma belgesi düzenlenecek olan personeller için Kurum tarafından yapılacak veya yaptırılacak olan sınavın ve ek-1'de belirtilen eğitimlerin içerikleri ile usul ve esasları Kurum tarafından belirlenir.

(5) İhtiyaç hâlinde, satış merkezlerinde görev yapan sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ile klinik destek elemanları için usul ve esasları ile kapsamı Kurum tarafından belirlenecek eğitim programları düzenlenebilir. Bu eğitimlere katılım zorunludur.

(6) Satış merkezi, çalışma belgesi alan çalışanlarının, satışa sunduğu cihazlara yönelik teknik bilgiler ve kullanım eğitimlerini ithalatçı veya imalatçıdan almasını sağlar ve bunu belgeler. Gerektiğinde bu eğitimlerin tekrarlanmasını sağlar.

(7) Satış merkezleri, eğitim faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere üçüncü kişilerle sözleşme yapabilir. Bu hâllerde satış merkezleri, üçüncü kişilerin eylem ve faaliyetlerinden üçüncü kişilerle birlikte sorumludur.

Kılavuz

MADDE 36 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasını göstermek amacıyla Kurum tarafından gerekli olan kılavuz/kılavuzlar çıkarılır.

Mevcut satış merkezlerinin durumu

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce açılmış mevcut satış merkezleri, bu Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten itibaren on sekiz ay içerisinde 14 üncü maddenin ikinci fıkrası hariç diğer hükümlerine göre yetki belgesi almak kaydıyla faaliyetlerine devam ederler. Belirtilen süre içerisinde yetki belgesi almayan işyerlerinin faaliyetlerine bu süre sonunda müdürlükçe son verilir.

Sorumlu müdür, satış ve tanıtım elemanı ile klinik destek elemanı

GEÇİCİ MADDE 2 – (Değişik:RG-25/7/2015-29425)

(1) 15/5/2014 tarihi esas olmak üzere; tıbbi cihaz satış alanında son beş yılda bir yıl faaliyette bulunduğunu, vergi dairesi kayıtları ile ticaret odası belgesi veya sanayi odası belgesi veya işyeri açma ve çalıştırma ruhsatıyla belgeleyen işyeri sahiplerine, mezuniyet durumlarına bakılmaksızın, bu tarihten itibaren on sekiz ay içerisinde Ek-1'deki eğitimleri almaları ve yapılacak sınav sonucunda başarılı olmaları koşuluyla sorumlu müdür belgesi düzenlenir.

(2) 15/5/2014 tarihi esas olmak üzere; tıbbi cihaz satış veya klinik destek faaliyeti alanında son beş yılda iki yıl çalıştığını sosyal güvenlik ödeme belgesi ile belgeleyen kişilere, mezuniyet durumlarına bakılmaksızın, bu tarihten itibaren on sekiz ay içerisinde Ek-1'deki eğitimleri almaları ve yapılacak sınav sonucunda başarılı olmaları koşuluyla satış ve tanıtım elemanı ve klinik destek elemanı belgesi düzenlenir.

Yürürlük

MADDE 37 – (1) Bu Yönetmeliğin;

a) 21 inci maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra,

b) Diğer maddeleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 38 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Başkanı yürütür.

Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 07.01.2011

Resmi Gazete Sayısı : 27808

BİRİNCİ KISIM

Genel Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; tütün mamulleri ve alkollü içkilerin, kamu sağlığının ve tüketici haklarının korunması ile rekabetin tesisi hususları gözetilerek tanıtımına, satışına, sunumuna ve nihai tüketicilere güvenli bir şekilde ulaşmasına ilişkin her türlü faaliyetin usul ve esaslarını düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik; tütün mamulleri ve alkollü içkilerin, tanıtımına, satışına ve sunumuna ilişkin faaliyetlerde, kamu ve birey sağlığının gözetilmesi, rekabetin tesisi, tüketici seçeneklerinin korunması, reklam koşullarının belirlenmesi, tüketici bilincinin geliştirilmesi ve faaliyetlerin kayıt altına alınması suretiyle piyasa takip ve kontrolünün sağlanmasına yönelik uyulması gereken usul ve esasları kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu, 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun, 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 8/12/2004 tarihli ve 2004/8235 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Açık alkollü içki satıcısı: Alkollü içkilerin, piyasaya arz ambalajını açarak mevzuata uygun şekilde nihai tüketiciye satışını ve sunumunu yapan, açık alkollü içki satış belgesini haiz gerçek veya tüzel kişiyi,

b) Bağlı satış: Bir mal veya hizmet ile birlikte aynı ya da farklı ek bir mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınmasını içeren satış sözleşmesini veya eylemini,

c) Bilgi toplumu hizmetleri: Elektronik ticaret, elektronik ortamda sunulan mesleki faaliyetler, elektronik haberleşme ve bilişim hizmetleri gibi talebe bağlı olarak elektronik araçlarla ve tarafların yüz yüze gelme mecburiyetleri olmaksızın sağlanan her türlü mal ve hizmetin tedarikini,

ç) Genç: Onbeş ile yirmidört yaş arası dönem içinde bulunan kişiyi,

d) (Değişik:RG-19/12/2012-28502) İşyeri: Toptan satıcıların satışını/dağıtımını yaptıkları ürünlerin muhafaza edildiği depolar da dahil olmak üzere, Yönetmelik kapsamına giren ticari nitelikteki faaliyetlere tahsis edilen yerleri,

e) Kampanya: Ürünü veya markayı tanıtmak veya pazar payını artırmak ya da korumak amacıyla düzenlenen, tüketimi özendirici ve teşvik edici uygulama ve faaliyetleri,

f) Kurul: Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulunu,

g) Kurum: Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumunu,

ğ) (Değişik: RG-3/12/2013-28840)(2) Münhasır satıcı: Sadece tütün mamulleri ve/veya alkollü içkilerin, nihai tüketiciye piyasaya arz ambalajında satışını yapan, münhasır tütün mamulü perakende satış belgesini ve/veya münhasır alkollü içki perakende satış belgesini haiz gerçek veya tüzel kişiyi,

h) Perakende satıcı: Tütün mamulleri ve/veya alkollü içkilerin, nihai tüketiciye piyasaya arz ambalajında satışını yapan, perakende satış belgesini haiz gerçek veya tüzel kişiyi,

ı) Promosyon: Ürünü, markayı ya da firmayı tanıtmak, ürünün alımını özendirmek, satışını artırmak veya firmanın ya da markanın imajının güçlendirilmesini sağlamak amacıyla yapılan; aynı fiyata daha fazla ürün, satışa konu ürünün yanında bedelsiz ya da indirimli fiyattan verilen aynı ya da farklı ek ürün, ek hizmet veya kazanımları,

i) Satış belgesi: İşyerlerinde tütün mamulleri satışı (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) , nargilelik tütün mamulü sunumu ile alkollü içkilerin satışı ve/veya sunumunun yapılabilmesi için Kurum veya yetkilendirilmiş merci tarafından verilecek izin belgesini,

j) Sponsorluk: Ürünün tanıtımını amaç edinen ya da tanıtımı yönünde doğrudan veya dolaylı etkisi olan her türlü olaya, faaliyete ya da gerçek veya tüzel kişiye katkıda bulunmayı,

k) Toptan satıcı: Tütün mamulleri ve/veya alkollü içkilerin, bu Yönetmelik hükümleri kapsamında satış belgesi almış satıcılara satışını yapan, toptan satış belgesini haiz gerçek veya tüzel kişiyi,

l) Yetkilendirilmiş merci: Yapılan protokol çerçevesinde yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını,

m) (Ek:RG-27/1/2013-28541) Nargilelik tütün mamulü sunumu yapan kişi: Nargilelik tütün mamulünün, piyasaya arz ambalajını açarak mevzuata uygun şekilde nihai tüketiciye sunumunu yapan, sunum uygunluk belgesini haiz gerçek veya tüzel kişiyi,

n) (Ek:RG-4/8/2017- 30144) Turizm Belgesi: Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından düzenlenmiş turizm işletmesi belgesi ve kısmi turizm işletmesi belgesini,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Ortak Hükümler

Satış belgesi alma zorunluluğu

MADDE 5 – (1) Tütün mamulleri ve alkollü içkilerin toptan ve perakende satışı ile açık alkollü içki satışı faaliyetlerinde bulunacak kişilerin, faaliyet türlerine göre aşağıdaki belgeleri almaları zorunludur:

a) Tütün mamullerinin perakende satışını yapabilmek için, tütün mamulü perakende satış belgesi.

b) Alkollü içkilerin perakende satışını yapabilmek için, alkollü içki perakende satış belgesi.

c) (Mülga: RG-3/12/2013-28840)(2)

ç) (Değişik: RG-3/12/2013-28840)(2) Münhasıran tütün mamulü perakende satışını yapabilmek için, münhasır tütün mamulü perakende satış belgesi, münhasıran alkollü içkilerin perakende satışını yapabilmek için ise münhasır alkollü içki perakende satış belgesi.

d) Piyasaya arz ambalajı açılmak suretiyle açık alkollü içkilerin satışını ve sunumunu yapabilmek için, açık alkollü içki satış belgesi.

e) (Değişik: RG-3/12/2013-28840)(2) Tütün mamulü toptan satışını yapabilmek için tütün mamulü toptan satış belgesi, alkollü içkilerin toptan satışını yapabilmek için ise alkollü içki toptan satış belgesi.

f) (Ek:RG-27/1/2013-28541) Nargilelik tütün mamulünün sunumu suretiyle satış yapabilmek için, nargilelik tütün mamulü sunum uygunluk belgesi.

(2) İşyerlerine, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili meslek kuruluşları tarafından özel mevzuatına göre verilen izinler, bu Yönetmelik hükümlerine göre satış belgesi alma mükellefiyetini ortadan kaldırmaz.

İşyerlerine ve ürünlere ilişkin ortak hükümler (Değişik başlık:RG-31/12/2012-28514 4.mükerrer)

MADDE 6 – (1) Aşağıda yer alan hükümler; tütün mamulleri ve alkollü içkilerin satışının ve sunumunun yapıldığı gerçek ve tüzel kişilere ait işyerlerinin tümünü kapsar:

a) Bu Yönetmelik kapsamındaki faaliyetler için sabit ve fiziki bir işyerinin mevcudiyeti aranır. Aynı gerçek veya tüzel kişinin birden fazla işyerinin bulunması halinde her biri için ayrı satış belgesi alınması zorunludur.

b) Yetkili satıcılar tarafından satış belgesinde belirtilen işyeri adresi dışında satış ve/veya sunum yapılamaz.

c) (Mülga:RG-17/6/2011-27967)

ç) (Mülga:RG-18/9/2013-28769)

d) (Değişik:RG-31/12/2012-28514 4.mükerrer) Bu Yönetmelik kapsamındaki ürünler dışında, farklı ürünlerin de satıldığı işyerlerinde; bu Yönetmelik kapsamındaki ürünler, diğer ürünlerden tefrik edilmiş olarak ve her türlü denetime imkân verecek şekilde depolanır ve/veya satışa arz edilir. Bu Yönetmelik kapsamındaki ürünlerin nakliyesi de diğer ürünlerden ayrı yapılır. Ancak bu Yönetmelik kapsamındaki ürünler ile kapsamı dışındaki ürünlerin birlikte nakliyesinin gerektiği hallerde; nakliyenin yapıldığı ticari araçlarda, bu ürünler ayrı bölümde taşınır.

e) Satış belgeleri, işyerlerinin içerisinde tüketicilerce rahatlıkla görülebilecek ve okunabilecek uygun yerlere asılır. Kurum sicil numarası, işyeri tabelalarına veya vitrinlerin dış yüzeylerine rahatlıkla görülebilecek ve okunabilecek şekilde yazılır.

f) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) İşyerinde; tütün mamulleri ve alkollü içkiler tüketilmek veya beraberinde götürülmek üzere onsekiz yaşını doldurmamış kişilere satılamaz veya sunulamaz. Yaş konusunda tereddüde düşülmesi halinde satıcı, talepte bulunan tüketiciden kimlik belgesi talep eder.

g) İşyerinde, tütün mamulleri ve alkollü içkilerin onsekiz yaşını doldurmamış kişilere satış veya sunumunun yapılamayacağına ilişkin uyarı yazılarının bulunması ve bu yazıların görülebilen

yerlere okunabilecek şekilde asılması zorunludur. Uyarı yazılarının içeriği, şekli ve konumlandırılmasına dair usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.

ğ) Satıcılar, ambalajlarında mevzuat uyarınca kullanılması zorunlu olan bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşımayan ürünleri ya da taklit veya niteliğine uygun olmayan işaretleri taşıyan ürünleri, ticari amaçla işyerlerinde bulunduramazlar, nakledemezler, satışa arz edemezler. Birada uygulanacak kod bandrol hükmündedir.

h) (Ek:RG-27/1/2013-28541) 4207 sayılı Kanun kapsamında, tütün mamullerinin tüketilmesinin yasaklandığı alanlarda nargilelik tütün mamulü sunumu yapılamaz.

(2) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) Onsekiz yaşını doldurmamış kişiler, tütün ürünü işletmelerinde, pazarlanmasında ve satışında istihdam edilemez. Ayrıca bu kişiler, alkollü içkilerin üretiminde, pazarlanmasında, satışında ve açık sunumunda istihdam edilemez. Yasal düzenlemeler uyarınca gerçekleştirilen eğitim amaçlı çalışmalar bu hükmün dışındadır.

İKİNCİ KISIM

Satış Faaliyetlerine ve Satış Belgelerine İlişkin Esaslar

BİRİNCİ BÖLÜM

Satış Faaliyetlerine İlişkin Esaslar

Toptan satış faaliyetine ilişkin esaslar

MADDE 7 – (1) Toptan satışlarda aşağıdaki esaslara uyulur:

a) Tütün mamulü ve alkollü içki üreticileri ile ithalatçıları; Kurumdan üretim, ithalat ve dağıtım faaliyetleri için almış oldukları belgelere istinaden, toptan satıcılara ürünlerinin satışını ayrı bir toptan satış belgesi almalarına gerek bulunmaksızın yapabilirler. Bu kişilerin, doğrudan açık alkollü içki satıcılarına (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) , nargilelik tütün mamulü sunumu yapan kişilere ve/veya perakende satıcılara satış yapmak istemeleri halinde toptan satış belgesi almaları zorunludur. Ayrıca; bu kişilerin ve toptan satıcıların, açık alkollü içki satışı ile perakende satış yapmak istemeleri halinde, faaliyet konusuna uygun açık alkollü içki satış belgesi ve/veya perakende satış belgesi almaları zorunludur.

b) (Değişik cümle:RG-19/12/2012-28502) Ürünlerin satışa sunulduğu her bir yer ile muhafaza edildiği her bir depo için ayrı satış belgesi alınması zorunludur. Toptan satış belgeleri, gerçek kişilerde; işletme sahibinin veya vekilinin başvurusu üzerine şahıs adına, tüzel kişilerde ise; tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili kişi tarafından yapılacak başvuru üzerine, tüzel kişilik adına düzenlenir.

c) Toptan satıcılar, (a) bendi hükmü saklı kalmak üzere; toptan satış belgesi almamış kişilerden ürün alamazlar, (Mülga ibare:RG-27/1/2013-28541) (…) geçerli satış belgesi olmayanlara ürün satamazlar. Faaliyetine kendi isteğiyle son veren, belgesi iptal edilen veya belgesi geçerliliğini kaybedenlerin, bu durumlarına ilişkin bilgileri Kurumun internet sitesinde yayımlanır. Ürünlerin ticaretine ilişkin satış faturaları ve sevk/taşıma irsaliyeleri üzerinde, toptan satıcının ve ürün sattığı satıcının Kurum sicil numarası ile ürünlerin niteliğini tanımlayan marka ve ambalaj hacmi veya birimi bilgilerine yer verilmesi zorunludur.

ç) 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasının (c) bendinde sayılan ihlale konu ürünün piyasaya arzının bir yıla kadar durdurulmasına karar verilmesi ve bu karara konu ürünlerin Kurumun internet sitesinde ilan edilmesi halinde; toptan satıcılar, bu ürünlerin perakende satıcılara dağıtımını yapamazlar.

d) Toptan satıcılar, satışını yaptıkları ürünlerin ambalajlarında bulunması zorunlu olan bandrol ve kodlara ait güvenlik özelliklerinin perakende satıcılar tarafından kontrol edilmesini sağlamak amacıyla, Kurum tarafından belirlenecek doğrulama materyallerini yeterli sayıda bulundurmak, düzenli olarak ürünlerin kontrollerini yapmak, taklit ve niteliğine uygun olmayan bandrolleri taşıyan ürünleri işyerlerinde ve araçlarında bulundurmamak ve alım yapan satıcılara talepleri halinde doğrulama materyallerini sunmak zorundadır.

Perakende satış faaliyetine ilişkin esaslar

MADDE 8 – (1) Perakende satışlarda aşağıdaki esaslara uyulması zorunludur:

a) Perakende satıcılar, satış belgesi almamış kişilerden ürün alamazlar.

b) 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı Kanun ile 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Kanunda satış yapılamayacağı belirtilen yerler hariç olmak üzere, işyeri açma ve çalışma ruhsatında belirtilen faaliyet konusu; bakkal, market, süpermarket, hipermarket, kuruyemişçi, büfe olanlar ile münhasıran tütün mamulü ve/veya alkollü içki satışı yapan kişiler, perakende satış belgesi talebinde bulunabilirler.

c) (Değişik: RG-3/12/2013-28840)(2) Perakende satıcıların faaliyet konusu; tütün mamulü ve alkollü içki olarak seçilen faaliyet konularının her ikisini ya da birini kapsayabilir. Ancak her bir faaliyet konusu için ayrı satış belgesi düzenlenir.

ç) Perakende satıcılar; tütün mamullerinin ve alkollü içkilerin, nihai tüketicilere yönelik arz ambalajlarını bozmak ya da bölmek suretiyle satış veya sunumunu yapamazlar.

d) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içkiler, 22:00 ila 06:00 saatleri arasında perakende olarak satılamaz.

Tütün mamulü satışının yapılamayacağı yerler ve yöntemler

MADDE 9 – (1) Sağlık, eğitim ve öğretim, kültür ve spor hizmeti verilen yerlerde tütün mamullerinin satışı yapılamaz.

(2) Bilgi toplumu hizmetleri vasıtasıyla ya da posta ve benzeri dağıtım hizmetleri yoluyla tütün mamulü satışı ve teslimi yapılamaz.

(3) (Ek:RG-18/9/2013-28769) İşyerlerinde bulunan otomatik satış makinelerinde tütün mamulü bulundurulamaz. Tütün mamulleri, her nevi oyun makineleri ile veya farklı yöntemlerle oyun ve bahse konu edilemez.

Perakende, açık alkollü içki satışı ve nargilelik tütün mamulü sunumu ile ilgili işyerlerine ilişkin esaslar (Değişik madde başlığı:RG-27/1/2013-28541)

MADDE 10 – (1) Açık alkollü içki satış belgesi bulunmayan perakende satış yapılan işyerlerinde, açık alkollü içki tüketilemez ve sunumu yapılamaz.

(2) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) Meskûn mahaller ve konaklama yerleri hariç olmak üzere, otoyollardaki ve devlet karayollarındaki yapı ve tesislerde alkollü içki satışına ve tüketimine izin verilmez.

(3) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) Öğrenci yurtları, sağlık hizmeti verilen yerler, spor müsabakası yapılan stadyum ve kapalı spor salonları, her türlü eğitim ve öğretim kurumları, kahvehane, kıraathane, pastane, bezik ve briç salonları ile akaryakıt istasyonlarında faaliyet gösteren işyerlerinde alkollü içki satış ve sunumu yapılamaz.

(4) (Ek:RG-27/1/2013-28541) Nargilelik tütün mamulü sunumu faaliyetine ve işyerlerine ilişkin usul ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenir.

(5) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içkilerin perakende veya açık olarak satışının yapıldığı yerler ile örgün eğitim kurumları ve dershaneler, öğrenci yurtları ve ibadethaneler arasında kapıdan kapıya en az yüz metre mesafenin bulunması zorunludur. Mesafe şartı, satış belgesinin verildiği tarih itibariyle aranır. Ancak 11/6/2013 tarihinden önce işyeri açma ve çalışma ruhsatı ve satış belgesi almış işletmeler için bu şart aranmaz. Bu işletme sahipleri işletmelerini birinci ve ikinci derece kan hısımlarına devredebilir. Mesafe şartı turizm belgeli işletmeler için uygulanmaz.

(6) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Kurum tarafından düzenlenmiş alkollü içki satış belgesini haiz işletmeyi 8/6/1942 tarihli 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında devralmak isteyen kişiler, devre ilişkin belgeler ve devreden kişi ile birinci veya ikinci derece kan hısmı olduklarına dair resmi belgeleri ibraz etmek

zorundadırlar. Devir alan kişinin satış belgesi almak için gerekli diğer şartları taşıdığının Kurum veya yetkili merci tarafından anlaşılması halinde, adına yeni satış belgesi düzenlenir.

(7) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içkiler, Kurum tarafından açık alkollü içki satış belgesi düzenlenmek suretiyle alkollü içki sunum izni verilen yerlerde açık olarak tüketime sunulabilir. Ancak bu yerlerde tesis sınırları dışında tüketilmek üzere alkollü içki satışı veya sunumu yapılamaz. Ruhsat veya diğer izin belgelerini düzenlemeye yetkili merci tarafından işyerinin faaliyetine izin verilen alanlar işyeri sınırları içi kabul edilir.

Alkollü içkilerin, bilgi toplumu hizmetleri vasıtasıyla ya da posta ve benzeri dağıtım hizmetleri yoluyla yapılacak satışlarına ilişkin esaslar

MADDE 11 – (Değişik:RG-17/6/2011-27967)

(1) Alkollü içkilerin tüketicilere satışını; bilgi toplumu hizmetleri ya da posta ile sipariş yöntemi kullanarak yapmak üzere satış sistemi kurulamaz veya faaliyette bulunulamaz.

(2) Belgeli satıcılar tarafından tüketiciler dışındakilere bilgi toplumu hizmetleri ya da posta ile sipariş yöntemi kullanmak suretiyle yapılacak satışlarda fiziki işyerinin varlığı aranır. Ayrıca, bu tür satışlarda satışın gerçekleştirileceği ortam bilgileri Kuruma yazılı olarak bildirilir ve bu bilgiler satış belgesi üzerinde Kurumca belirtilir. Satış belgesi üzerinde yer alan bilgiler dışında başka ortamlardan satış yapılamaz.

(3) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içkilerin adını veya markasını içeren alan/alt alan adı kullanılmak suretiyle bu ürünlerin reklam ve tanıtımına yönelik olarak internet sitesi açılamaz. Ancak Türkiye'de faaliyette bulunan alkollü içki üreticisi firmalar ihracat amacıyla, ülke içinden erişimini engellemeleri koşuluyla, ürettikleri ürünlerin yurt dışına yönelik reklam ve tanıtımını internet siteleri vasıtasıyla yapabilirler.

(4) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içki üretici, ithalatçı veya toptan satıcıları, ürettikleri, ithal ettikleri veya pazarladıkları ürünlerin isimlerine/markalarına Kurumsal internet sitelerinin ürünler bölümünde, reklam ve ürün tanıtımı yapılmaksızın ve görsel unsurlar kullanmaksızın liste halinde yer verebilirler. İnternet aracılığıyla alkollü içkilerin tüketiciler dışındakilere satışını ve tanıtımını içeren ayrı bir internet sitesi oluşturulmak istenmesi veya diğer ürünlerden ayrı ulaşılabilen aynı internet adresi içerisinde ayrı bir sayfa tahsis edilmesi halinde erişimin arz zinciri içerisindeki satış belgesini haiz kullanıcılara verilecek kullanıcı adı ve parola ile sağlanması ve satışı gerçekleştirecek olan satıcının satış belgesinde belirtilen fiziki işyeri adresi ile satış belgesi üzerinde yer alan Kurum sicil numarasına yer verilmesi zorunludur. Arz zinciri içerisindeki satış belgesini haiz kullanıcılara yönelik internet sitesinde veya sayfasında, alkollü içki üretici, ithalatçı

ve toptan satıcıları ürettikleri, ithal ettikleri veya pazarladıkları ürünlere ait teknik bilgilere, herhangi bir reklam unsuru içermemek kaydıyla ürün markaları ve görsellerini kullanmak suretiyle yer verebilirler.

(5) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içkiler, otomatik satış makineleri ile satılamaz, her nevi oyun makineleri veya farklı yöntemlerle oyun ve bahse konu edilemez. Bu ürünler tüketicilere basın ve yayın yoluyla satılamaz ve posta ile satış yöntemi kullanılarak gönderilemez.

İKİNCİ BÖLÜM

Satış Belgelerine İlişkin Esaslar

Satış belgesi başvurusu

MADDE 12 – (1) Bu Yönetmelik kapsamındaki faaliyetlere ilişkin satış belgesi almak isteyenler, Kurumun internet sitesinde yer alan ve faaliyetin niteliğine uygun olan başvuru formunu elektronik ortamda doldurduktan sonra ıslak imza veya elektronik imza ile imzalar.

(2) Perakende ve açık alkollü içki satış belgesi (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) ile nargilelik tütün mamulü sunum uygunluk belgesi başvurularında başvuru formuna, başvurunun niteliğine göre aşağıda belirtilen belgeler eklenir:

a) Gerçek kişiler adına yapılacak başvurularda;

1) İşyeri açma ve çalışma ruhsatı örneği, açık alkollü içki satışı yapacaklar için ise ilgili mevzuatı gereğince yetkili makamlardan alınacak açık alkollü içki satışına ilişkin ruhsat (Ek ibare:RG-18/9/2013-28769) , turizm belgesi veya izin belgesi örneği. (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) , nargilelik tütün mamulü sunumu yapacaklar için işyeri açma ve çalışma ruhsatı örneği ve/veya (Değişik ibare:RG-18/9/2013-28769) turizm belgesi (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) ile yetkili makamlardan alınacak uygunluk yazısı.

2) Belediye teşkilatı bulunmayan yörelerde; perakende alkollü içki satışı yapılacak yere ilişkin, o yerin bağlı olduğu mülki amirliğin mevzuatına göre yapacağı değerlendirme sonucu olumlu görüşünü belirten yazı.

3) (Değişik:RG-9/10/2011-28079) Kayıtlı olduğu vergi dairesi adı ve vergi kimlik numarasının yazılı beyanı.

4) Belge bedelinin ödendiğine ilişkin banka dekontu örneği.

5) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Perakende veya açık olarak alkollü içki satışı yapmak üzere satış belgesi talep eden kişiler ile anılan faaliyetleri yürütmekte iken işyeri adresini değiştiren kişiler işyerlerinin örgün eğitim kurumları ve dershaneler ile öğrenci yurtları ve ibadethanelere en az yüz

metre uzaklıkta bulunduğunu belgelemek zorundadır. Perakende alkollü içki satışı yapılacak işyerleri ile 11/6/2013 tarihinden önce açık alkollü içki satışı yapmak üzere ruhsatlandırılmış olan işyerlerinin mesafe şartına uygunluğu, ruhsat düzenlemeye yetkili merci tarafından ruhsat üzerine güncel tarih ile derç edilir ya da bu şartı karşılayan ek bir yazı düzenlenir. Mesafe şartına uygunluğun ruhsat üzerine derç edildiği tarihi veya ek yazının düzenlenme tarihini müteakip otuz gün içinde satış belgesi başvurusunda bulunulmaması halinde, derç işleminin veya ek yazının güncellenmesi zorunludur. 11/6/2013 tarihinden sonra açık alkollü içki satışı yapmak üzere ruhsatlandırılmış olan işyerleri için, ruhsat düzenleme tarihini müteakip otuz gün içinde açık alkollü içki satış belgesi başvurusunda bulunulması durumunda, mesafe şartına uygunluğun ruhsat üzerinde derç edilmesi veya bu şartı karşılayan ek yazının ibrazı aranmaz. Satış belgesi verildikten sonra işyerinin yüz metre yakınında örgün eğitim kurumu, dershane, öğrenci yurdu veya ibadethanenin faaliyete geçmesi, satış belgesinin geçerliliğini sona erdirmez.

b) Tüzel kişiler adına yapılacak başvurularda;

1) İşyeri açma ve çalışma ruhsatı örneği, açık alkollü içki satışı yapacaklar için ise ilgili mevzuatı gereğince yetkili makamlardan alınacak açık alkollü içki satışına ilişkin ruhsat (Ek ibare:RG-18/9/2013-28769) turizm belgesi veya izin belgesi örneği. (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) , nargilelik tütün mamulü sunumu yapacaklar için işyeri açma ve çalışma ruhsatı örneği ve/veya (Değişik ibare:RG-18/9/2013-28769) turizm belgesi (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) ile yetkili makamlardan alınacak uygunluk yazısı.

2) Ticaret unvanının yayımladığı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi örneği ve yetkili kişilere ilişkin imza sirküleri veya vekâletname örneği.

3) (Değişik:RG-9/10/2011-28079) Kayıtlı olduğu vergi dairesi adı ve vergi kimlik numarasının yazılı beyanı.

4) Belge bedelinin ödendiğine ilişkin banka dekontu örneği.

5) (Ek:RG-17/6/2011-27967) Belediye teşkilatı bulunmayan yörelerde; perakende alkollü içki satışı yapılacak yere ilişkin, o yerin bağlı olduğu mülki amirliğin ilgili mevzuatına göre yapacağı değerlendirme sonucu olumlu görüşünü belirten yazısı.

6) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Perakende veya açık olarak alkollü içki satışı yapmak üzere satış belgesi talep eden kişiler ile anılan faaliyetleri yürütmekte iken işyeri adresini değiştiren kişiler işyerlerinin örgün eğitim kurumları ve dershaneler ile öğrenci yurtları ve ibadethanelere en az yüz metre uzaklıkta bulunduğunu belgelemek zorundadır. Perakende alkollü içki satışı yapılacak işyerleri ile 11/6/2013 tarihinden önce açık alkollü içki satışı yapmak üzere ruhsatlandırılmış olan

işyerlerinin mesafe şartına uygunluğu, ruhsat düzenlemeye yetkili merci tarafından ruhsat üzerine güncel tarih ile derç edilir ya da bu şartı karşılayan ek bir yazı düzenlenir. Mesafe şartına uygunluğun ruhsat üzerine derç edildiği tarihi veya ek yazının düzenlenme tarihini müteakip otuz gün içinde satış belgesi başvurusunda bulunulmaması halinde, derç işleminin veya ek yazının güncellenmesi zorunludur. 11/6/2013 tarihinden sonra açık alkollü içki satışı yapmak üzere ruhsatlandırılmış olan işyerleri için, ruhsat düzenleme tarihini müteakip otuz gün içinde açık alkollü içki satış belgesi başvurusunda bulunulması durumunda, mesafe şartına uygunluğun ruhsat üzerinde derç edilmesi veya bu şartı karşılayan ek yazının ibrazı aranmaz. Satış belgesi verildikten sonra işyerinin yüz metre yakınında örgün eğitim kurumu, dershane, öğrenci yurdu veya ibadethanenin faaliyete geçmesi, satış belgesinin geçerliliğini sona erdirmez.

(3) Toptan satış belgesi başvurularında başvuru formuna aşağıda belirtilen belgeler eklenir:

a) Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmış ana sözleşme, sözleşme değişikliği ve yetkili kişilere ilişkin imza sirküleri.

b) Satış belgesi düzenlenmesi talep edilen yere ilişkin işyeri açma ve çalışma ruhsatı veya şube tescili.

c) Toptan satışı yapılması istenilen ürünlerin, üreticisinden veya ithalatçısından alınmış yetki belgesinin aslı veya (Değişik ibare:RG-9/10/2011-28079) yetkilendirilmiş merci tarafından onaylı örneği, üretici ve ithalatçıların toptan satış belgesi başvurularında Kurum mevzuatı doğrultusunda almış oldukları üretim/ithalat veya dağıtım izin belgelerinin örneği.

ç) (Değişik:RG-9/10/2011-28079) Kayıtlı olduğu vergi dairesi adı ve vergi kimlik numarasının yazılı beyanı.

d) Belge bedelinin ödendiğine ilişkin banka dekontu örneği.

Satış belgelerinin düzenlenmesi

MADDE 13 – (1) Bu Yönetmelikte belirtilen usullere uygun hazırlanmış olan başvuru formu ile eki belgeler, Kuruma veya yetkilendirilmiş merci bulunması durumunda bu mercie şahsen veya yetkili temsilci vasıtasıyla ya da posta ve benzeri dağıtım hizmetleri yoluyla iletilir. Şahsen veya yetkili temsilci vasıtasıyla yapılacak başvurular için belgelerin aslının getirilmesi halinde, aslına uygunluğu kontrol edildikten sonra ilgili görevli tarafından isim ve unvan yazılarak tasdik edilen belge fotokopisi başvuruda kabul edilir. Posta ve benzeri dağıtım hizmetleri ile yapılması durumunda, belge asılları veya onaylı suretleri ile başvuru yapılır. Posta ve benzeri dağıtım hizmetleri ile yapılan başvurunun ulaşmasındaki aksaklıklardan Kurum veya yetkilendirilmiş merci sorumlu tutulamaz.

(2) Kurum veya yetkilendirilmiş merci; başvuru formu ve eki belgelerde yer alan beyan, bilgi ve belgelerin uygunluğu ile 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde belirtilen hususlara aykırı bir durumun olmadığını belge ibrazıyla tespit etmesi halinde, başka bir inceleme yapmaksızın satış belgesini gerçek veya tüzel kişi adına düzenleyerek teslim eder veya belirtilen adrese, alma haberli olarak postayla gönderir. Belge ibrazı dışında 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun 8 inci maddesi hükümleri sadece Kurumca incelenip değerlendirilir. Başvurunun reddi veya kabulü en geç otuz gün içinde neticelendirilir.

(3) Adi şirketlerin başvurularında; temsile yetkili ortaklardan biri tarafından yapılan başvuru yeterli kabul edilir ve satış belgeleri adi şirket adına düzenlenir.

(4) Kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen kantin ve sosyal tesis gibi yerler için yapılan belge başvurularında; başvuru sahibinin yetkili olduğunu gösterir belge ile başvurusu üzerine, başvuru formu ve satış belgesi bedelinin yatırıldığına dair dekont dışında başka belge aranmaz. Bu yerlerin müstecirlerce işletilmesi halinde, satış belgesi başvurusunda gerçek ve tüzel kişiler için aranan belgelerin tamamı aranır.

(5) Dernek ve birlik lokallerinde açık alkollü içki satışı yapmak isteyenlerden, mülki amirlikten alınmış izin belgesi aranır. Açık alkollü içki satış belgesi; dernek lokallerinin, dernek yönetim kurulu kararıyla dernek adına işletilmesi halinde derneği temsile yetkili sorumlu müdürden istenen belgelere istinaden dernek adına, müstecir tarafından işletilmesi halinde ise müstecirden istenen belgelere istinaden müstecir adına düzenlenir.

(6) Karayolu, demiryolu ve havayolunda kullanılan araçlarda perakende ve açık alkollü içki satışı ve sunumu yönünden, ürün tedarik eden gerçek veya tüzel kişilerin adına satış belgesi düzenlenmiş bulunması yeterlidir. Denizyolu araçlarının her birine verilecek açık alkollü içki satış belgeleri için, taşımacılık faaliyetini sürdüren gerçek ve tüzel kişinin merkez işyeri adresinin bulunduğu yerde başvuru yapılır.

(7) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) Bu Yönetmeliğin 20 nci maddesi kapsamında, münhasıran alkollü içkilerin uluslararası düzeyde tanıtımına yönelik ihtisas fuarları ile bilimsel yayın ve faaliyetler düzenlenebilir. Münhasıran alkollü içkilerin uluslararası düzeyde tanıtımına yönelik ihtisas fuarları, faaliyetler ve taşınmaz kültür varlığı olarak tescilli yapılarda düzenlenecek süreli etkinliklerde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Uluslararası nitelikte ve münhasıran alkollü içki tanıtımına yönelik ihtisas fuarları ve diğer faaliyetler süresince kurulacak standlarda tadım amaçlı alkollü içki sunumu yapılmak istenmesi halinde, fuarın veya faaliyetin gerçekleştirileceği mahalde yetkili bulunan belediye veya özel idare ya da mülki amirlikten alınmış alkollü içki sunumuna ilişkin izin belgeleri ile birlikte, en geç

etkinliğin başlamasından otuz gün önce etkinliği düzenleyen tarafından izin için Kuruma başvurulur. Kurum bu tür başvuruları onbeş iş günü içinde değerlendirir ve sonuçlandırır. Bu tür etkinliklerde 4250 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında hüküm altına alınan mesafe şartları uygulanmaz ve yabancı katılımcılar ile belgeli satıcılar ve bu kişiler tarafından görevlendirilmiş çalışanlara yönelik tadım amaçlı sunum uygulaması mümkündür. Söz konusu faaliyetler, bu Yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun yürütülmek zorundadır.

b) Taşınmaz kültür varlığı olarak tescilli yapılarda düzenlenecek süreli etkinlikler için 4250 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan mesafe şartı aranmaz. Bu tür süreli etkinlikler için Kültür ve Turizm Bakanlığından alınacak etkinliğin gerçekleştirileceği yerin taşınmaz kültür varlığı olarak tescilli bulunduğuna dair bir yazı ve bu yerde süreli etkinlik düzenlenmesine yönelik mülki amirlik tarafından verilen izni gösterir yazı ile Kuruma yapılacak başvuru üzerine açık alkollü içki sunum izni verilebilir. İzin verilen süreli etkinlikler de Yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun yürütülmek zorundadır.

(8) Satış belgesini haiz tüzel kişinin bir başka tüzel kişi ile birleşmesi sonucunda yeniden bir tüzel kişilik oluşması veya belgesiz bir tüzel kişinin belgeli bir tüzel kişiliği devir almak suretiyle kendi tüzel kişiliği içerisine aktif ve pasifleriyle katması halinde satış belgesine konu edilen faaliyetin sürdürülebilmesi için, devralan tüzel kişilik adına mevzuat hükümleri çerçevesinde, yeniden satış belgesi alınması zorunludur.

(9) Tüzel kişiler için, tüzel kişiliğin en yüksek karar organının başkanı ve üyelerinin tamamının veya bir kısmının değişmesi halinde yeni başkan ve üyeler hakkında değişikliğin vuku bulduğu tarihi takip eden otuz gün içinde, değerlendirilmek üzere Kuruma veya yetkilendirilmiş mercie yazılı bildirimde bulunulur.

(10) Satış belgesi başvurusunda ibraz edilen bilgi ve belgelerde yer alan hususlardan herhangi birinde değişiklik olması halinde, değişikliğin vuku bulduğu tarihi takip eden otuz gün içinde, değerlendirilmek üzere Kuruma veya yetkilendirilmiş mercie yazılı başvuruda bulunulması zorunludur.

(11) (Mülga:RG-17/6/2011-27967)

(12) Toptan satıcılar, ürünlerinin satış ve dağıtımını yaptıkları üretici/ithalatçı firmadan aldıkları yetki belgesinin geçerliliğini yitirmesi halinde, geçerlilik süresinin bitimini takip eden otuz gün içinde, Kuruma veya yetkilendirilmiş merci bulunması durumunda bu mercie yazılı olarak bilgi vermek ve mevcut ürünlerin tasfiyesini müteakiben yetkilendirilmiş mercie başvurmak suretiyle satış belgesi üzerinde gerekli değişikliği yaptırmak zorundadır. Farklı bir üretici/ithalatçı firmadan

alınmış yetki belgesi bulunmayan satıcıların tasfiyeyi müteakip satış belgesini Kuruma iade etmeleri şarttır.

(13) Açık alkollü içki satış belgesi başvurusunda ibraz edilen işyeri açma ve çalışma ruhsatı veya açık alkollü içki satışına izin veren resmî belgede, satış yapılacak döneme ve/veya zaman dilimine ilişkin belirtilen kısıtlamalar açık alkollü içki satış belgesi için de geçerlidir.

(14) Satış belgesi sahipleri;

a) Satış belgelerinin zayi olması halinde, önceden ibraz etmiş oldukları belgeleri eklemeksizin yeni bir başvuru formu düzenlemek suretiyle,

b) Belge üzerinde yer alan bilgilerin herhangi birinde değişiklik olması halinde, değişikliğin niteliğine göre gerekli belgelerin, bildirimin ve önceki satış belgesinin aslının eklenmesi suretiyle,

yeniden satış belgesi başvurusunda bulunabilirler. Bu durumlarda; en geç otuz gün içerisinde başvurulması zorunludur. Bu hallerde, Kurum veya yetkilendirilmiş merci tarafından satış belgeleri, bedel alınmaksızın yeniden düzenlenir.

(15) (Ek:RG-27/1/2013-28541) Satış belgelerinin düzenlenmesine ilişkin belirlenen usul ve esaslar, nargilelik tütün mamulü sunum uygunluk belgesi için de geçerlidir.

Süre uzatım işlemi ve satış belgelerinin geçerliliği (3)(4)

MADDE 14 – (1) (Değişik:RG-19/12/2012-28502) Satış belgelerinin alındığı veya süre uzatım işleminin yapıldığı tarihe bakılmaksızın, faaliyetine devam etmek isteyen satıcılar takip eden yılın Ocak ayı başından Mart ayı sonuna kadar süre uzatım işlemini yaptırmak zorundadır. Süre uzatım işlemi; işlemin yapıldığı tarihte geçerli olan süre uzatım işlem bedelinin, Kurumun ilan ettiği banka hesabına Kurum sicil numarası beyan edilerek yatırılması suretiyle yapılır. Son rakamı tek olan yıllarda yapılan süre uzatım işlemlerinde, kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen kantin ve sosyal tesis gibi yerler hariç, satıcıların 12 nci maddede faaliyet konusuna göre istenilen işyeri açma ve çalışma ruhsatı ve/veya izin belgelerinin Kuruma veya yetkilendirilmiş mercie ibrazı zorunludur. Bu yıllarda, işyeri açma ve çalışma ruhsatı ve/veya izin belgelerini Kuruma veya yetkilendirilmiş mercie ibraz etmeyenler ile ibraz edememe nedenlerini yetkili makamlardan gerekçelendiremeyenlerin süre uzatım işlemi yapılmaz. Süre uzatım işlemi belge üzerinde gösterilir.

(2) Bu Yönetmelik kapsamındaki faaliyetlerine kendi isteği ile son vermek isteyen satıcılar Kuruma bildirimde bulunur. Bu kapsamdaki satıcılar işyerlerinde bulunan ürünlerini bildirimde bulundukları tarihten itibaren otuz gün içerisinde tasfiye eder ve satış belgelerini Kuruma iade

eder. Bu satıcılara ilişkin bilgiler, Kuruma ulaştığı tarihten itibaren Kurumun internet sitesinde yayımlanır.

(3) Süresi içerisinde süre uzatım işlemini yaptırmayan satıcıların satış belgeleri, süre uzatım işleminin son gününden itibaren otuz gün sonra geçerliliğini kaybeder ve Kurumun internet sitesinde yayımlanır. Bu kapsamdaki satıcılar, süre uzatım tarihinin bitimini müteakiben ürün satın alamaz ve belgelerinin geçerlilik süresi içerisinde, ellerinde bulunan ürünleri tasfiye etmeye mecburdur. Belirtilen süre zarfında süre uzatım işlemi yaptırmayan satıcıların faaliyetine devam etmek istemeleri durumunda, yeniden belge almaları zorunludur.

(4) Satış belgeleri devredilemez. Belge sahibinin ölümü ve mirasçıların faaliyete devam etmek istemeleri durumunda, ölüm tarihinden itibaren doksan gün içinde gerçek kişi adına düzenlenen satış belgesinin intibakının sağlanması için belgenin alındığı mercie başvurulması gerekir. Mirasçıların faaliyete devam etmek istememeleri durumunda, işyerinde bulunan ürünlerin intibak süresinin bitiminden itibaren üç ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur. (Ek cümle:RG-18/9/2013-28769) Miras yoluyla işyerini devralacak kişinin, miras bırakan kişi ile birinci veya ikinci derece kan hısmı olması halinde 4250 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde yer alan mesafe şartı aranmaz.

(5) Bu maddede yer alan şekilde satış belgesi geçerliliğini yitirmiş bulunan satıcıların ürünlerinin tasfiyesi; belgelerinin verdiği yetki çerçevesinde satış, ilgili üretici/ithalatçı veya toptan satıcısına ürünlerin iadesi ya da aynı nevideki belgeyi haiz bir satıcıya devir suretiyle otuz gün içerisinde tamamlanır.

(6) (Ek:RG-27/1/2013-28541) Süre uzatım işlemi ve satış belgelerinin geçerliliğine ilişkin usul ve esaslar, nargilelik tütün mamulü sunum uygunluk belgesi için de geçerlidir.

Satış belgesi bedelleri (3) (4) (5)(6)

MADDE 15– (1) Bu Yönetmelik kapsamında düzenlenecek olan satış belgesi bedelleri ile süre uzatım işlem bedelleri; faaliyetin niteliğine göre her yıl bir önceki yılın bedelleri esas alınmak ve cari takvim yılı için geçerli olmak üzere Kurul tarafından belirlenir ve belirlenen tutarlar Resmi Gazete'de yayımlanır.

(2) Faaliyeti sona erenlerin satış belgesi bedelleri iade edilmez.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Ürünlerin Satış ve Sunumunda Rekabet ve Reklam

BİRİNCİ BÖLÜM

Tütün Mamullerinin Satış ve Sunumunda Rekabet ve Reklam

Ürün temini ve ürün bulundurma

MADDE 16 – (1) Perakende satıcılar, işyerlerinde bulunduracakları tütün mamulleri ile tüketici seçeneklerini azaltacak veya tüketici tercihlerini etkilemeye yönelik piyasa istikrarını bozucu nitelikte uygulamalarda bulunamaz.

(2) Üretici, ithalatçı ve toptan satıcılar;

a) Piyasa istikrarını bozacak, tüketici seçeneklerini azaltacak, perakende satıcının ürün bulundurma zorunluluğunu yerine getirmesini engelleyecek, diğer firmaların faaliyetlerini kısıtlayacak ya da zorlaştıracak şekilde uygulamalar yapamaz.

b) Perakende satıcılarla yapılacak her türlü anlaşmalarda; herhangi bir firmanın ürünleri lehine münhasır uygulama getiren veya üstünlük sağlayan ya da rekabeti diğer firmalar aleyhine kısıtlayıcı veya zorlaştırıcı koşullar yer alamaz. Bu tip anlaşmaların tarafı olanlar birlikte sorumlu kabul edilir.

c) Perakende satıcılara ürün temininde bağlı satış içeren pazarlama yöntemlerini uygulayamaz.

(3) Toptan satıcılar, belgeli satıcıların sipariş verdikleri ürünleri ticari teamüllere uygun olan makul sürelerde talep eden belgeli satıcının işyerine teslim etmek zorunda olup talep edilmesine rağmen belgeli satıcılara ürünün makul sürelerde temin edilmemesinden toptan satıcı sorumludur. Üretici ve ithalatçılar, toptan satıcıların bu yükümlülüklerini yerine getirmeleri hususunda gerekli tedbirleri alır. Bu gibi durumlarda Kurumca yazılı olarak bilgilendirilmesi şartıyla, üretici ve ithalatçılar da toptan satıcılar ile birlikte sorumlu kabul edilir.

Perakende satış yerlerinde tütün mamullerinin bulundurulma şekli

MADDE 17 – (1) Tütün mamulleri; işyerinin dışarıdan görünmeyen ayrı bir bölümünde, onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin doğrudan ulaşamaması için tedbir alınmak suretiyle, çalışanların gözetim ve denetimi altında bulundurulur ve satışı yapılabilir. Ancak bu nevi işyerlerinde, belirtilen nitelikleri haiz ayrı bir satış bölümünün oluşturulmasının işyerinin fiziki koşulları sebebiyle mümkün olmaması durumunda, onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin doğrudan ulaşamayacağı satış ünitelerinde satışa sunulur.

(2) Birinci fıkra kapsamında aşağıdaki hususlara uyulur:

a) (Değişik:RG-30/10/2011-28100) Satış ünitelerinin veya satış alanının, tütün mamullerinin işyeri dışından görülmeyecek şekilde konumlandırılması zorunludur.

b) Satış üniteleri işyeri dışına konulamaz.

c) Belgeli satıcılar, tütün mamullerinin işyerinin dışından görünmesini ve onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin ürünlere doğrudan ulaşabilmesini engellemek için, gerek işyerinin fiziki koşullarını gerekse satış ünitelerinin niteliğini ve konumunu uygun hale getirmek için her türlü tedbiri almak zorundadırlar.

ç) İşyerinin fiziki koşulları sebebiyle, satış ünitesinin içerisinde bulunan tütün mamullerinin dışarıdan görünmesinin engellenemediği durumlarda, işyerine yerleştirilen satış ünitesinin, içi görünmeyecek şekilde üretilmiş olması gerekir. Herhangi bir satış ünitesinin bulunmadığı ya da satış ünitesinin sığamayacağı kadar küçük alanlarda satış yapan perakende satıcılar, tütün mamullerini görünür yüzü şeffaf olmayan dolaplarda bulundururlar.

d) Tüketicilerin içeriye girmeksizin alışveriş yapabildiği büfeler hariç olmak üzere, tütün mamulleri; çocuklara yönelik olan materyaller, çocuk dergileri, kitap ve yayınları ile çocuk kıyafetleri, kırtasiye, oyuncaklar ile cips, çikolata, şekerleme benzeri çoğunlukla çocuklar tarafından tüketilen ürünlerle bitişik olan alanlarda satışa arz edilemez.

(3) Satış üniteleri; hiçbir yazılı veya görsel ve işitsel unsurları içermeyecek, reklam içerikli ibare ve işaretleri taşımayacak, birden fazla renk kombinasyonu ile dizayn edilmeyecek şekilde, sade olmak zorundadır. Birden fazla satış ünitesinin bulunması durumunda tüm satış üniteleri için aynı renkte olma şartı aranır.

(4) Perakende satış yapan işyerlerinde satış üniteleri ile ürünlerin bulundurulma şekli ve satışının yapıldığı yerler herhangi bir firmaya üstünlük sağlayacak şekilde düzenlenemez. Ürünler satış ünitelerinde, yatay ya da birleşik uyarıların resimli yüzeylerinin görünmesi engellenmeyecek şekilde, dik olarak bulundurulur. Satış ünitelerinde ürünler grupman olarak bulundurulamaz.

(5) Tütün mamullerinin markalarını çağrıştıracak şekilde sözcükler, şekiller, resim, renk kombinasyonları ve harfler ile her türlü alametler, iş yerlerinin içinde, dışında, vitrinlerinde, tabelalarında ve satış ünitelerinde bulundurulamaz.

(6) Perakende satıcılar, işyerlerindeki satış ünitelerini/alanlarını bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak düzenlemek zorundadırlar. Üreticiler, ithalatçılar, pazarlama şirketleri ve toptan satıcılar, perakende satıcıları bu Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak satış üniteleri/alanları düzenlemeye zorlayamaz veya özendiremez.

(7) Perakende satıcılar; sigara haricindeki diğer tütün mamullerini işyerlerinde bulundurmak istemeleri halinde, bu maddede yer alan düzenlemelere uymak zorundadırlar.

(8) İşyerlerinde birden fazla alanda sigara satışa sunulamaz.

Fiyat bildirimleri

MADDE 18 – (1) Perakende satıcılarca işyerlerinde satışa arz edilen tütün mamullerine ait fiyat bildirimleri;

a) Her bir tütün mamulü markasının bulunduğu rafın altına gelecek şekilde, beyaz zemin üzerine en fazla yirmi punto büyüklüğünde siyah renkli harf ve rakamlarla markanın ve güncel fiyatın yazılması veya,

b) Satışa sunulan her bir tütün mamulünün birim fiyatının ve markasının yer aldığı, dikdörtgen beyaz zemin üzerine ve en fazla yirmi punto büyüklüğünde siyah renkli harfler ve rakamlar ile hazırlanan listelerin tütün mamullerinin satış ünitelerinde/alanlarında bulundurulması,

suretiyle uygulanır.

(2) Bu maddede belirtilen fiyat bildirimleri ve fiyat listeleri bir veya birkaç ürüne münhasır bilgiler içeremez.

(3) Üretici ve satıcılar arasında gerçekleştirilen ve tüketiciye yansımayan tamamen ticari bilgileri içeren bildirimler hariç olmak üzere, her ne amaçla olursa olsun, tütün ürünlerinin isim, amblem, logo, resim, fotoğraf, alamet ve benzeri unsurları kullanılarak bildirim yapılamaz, basın-yayın organları ve internet aracılığıyla ilan edilemez, fiyat duyuruları yapılamaz.

(4) Bu maddeye aykırı düzenlenen fiyat bildirimleri ve fiyat listeleri, teşvik edici içerikte ve reklam mahiyetinde kabul edilir.

Reklam, kampanya, sponsorluk ve promosyon uygulamaları

MADDE 19 – (1) Tütün ürünlerinin ve üretici firmaların isim, marka veya alametleri kullanılarak her ne suretle olursa olsun reklam ve tanıtımı yapılamaz. (Değişik cümle:RG-19/12/2012-28502) Tütün mamullerinin kullanımını ve satışını özendirici veya teşvik edici kampanya, promosyon, reklam ve tanıtım yapılamaz. Tütün ürünleri üreten ve pazarlamasını yapan firmalar, her ne surette olursa olsun hiçbir etkinliğe isimlerini, amblemlerini veya ürünlerinin marka ya da işaretlerini kullanarak destek olamazlar.

(2) Tütün ürünleri sektöründe faaliyet gösteren firmaların isimleri, amblemleri veya ürünlerinin marka ya da işaretleri veya bunları çağrıştıracak alâmetleri kıyafet, takı ve aksesuar olarak taşınamaz. Her türlü sakız, şeker, çerez, oyuncak, kıyafet, takı, aksesuar ve benzeri ürünler tütün ürünlerine benzeyecek veya markasını çağrıştıracak şekilde üretilemez, dağıtılamaz ve satılamaz.

(3) (Mülga birinci cümle:RG-18/9/2013-28769) (…) Tütün mamullerinin ödül, bahis, hediye ve benzeri adlarla dağıtımı yapılamaz.

(4) Firmalar her ne amaçla olursa olsun üretilen ve pazarlaması yapılan tütün ürünlerini bayilere veya tüketicilere, teşvik, hediye, eşantiyon, promosyon, anket, tanıtım gibi adlar altında bedelsiz veya yardım olarak dağıtamaz.

(5) Tütün mamulleri belirlenen liste fiyatlarının altında veya bedelsiz olarak, perakende satışa ve/veya her aşamada dağıtıma konu edilemez.

(6) Herhangi bir tütün mamulünün alınması koşuluna bağlı kampanya ve promosyon düzenlenemez, eşantiyon, hediye, yardım, piyango gibi uygulamalar yapılamaz.

(7) Perakende satıcılara ve tüketicilere yönelik olarak bağlı satış uygulanamaz.

(8) Tütün ürünlerinin, tüketiciyle yüz yüze aktif satış yöntemiyle elden satış ve dağıtımı yapılamaz. Bu nevi satış ve dağıtımlar tanıtım hükmünde kabul edilir.

(9) Tütün ürünleri sektöründe faaliyet gösteren firmalara ait araçlarda, bu ürünlere ilişkin markaların tanınmasını sağlayacak bir uygulamaya gidilemez. Söz konusu araçlar üzerinde, tütün mamulü markaları ile markaların tanınmasını sağlayacak her türlü ibare işaretler ile renk kombinasyonları kullanılamaz. Ticaret unvanlarıyla firma bilgilerine, ancak bu araçların yan yüzeylerinde ve bir yan yüzey alanının yüzde onunu aşmayacak oranda yer verilebilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Alkollü İçkilerin Satış ve Sunumunda Rekabet ve Reklam

Reklam ve tanıtım uygulamaları

MADDE 20 – (Başlığıyla birlikte değişik:RG-18/9/2013-28769)

(1) Alkollü içkilerin her ne surette olursa olsun reklamı ve tüketicilere yönelik tanıtımı yapılamaz. Alkollü içkilerin, tamamen arz zinciri içinde yapılan ve tüketicilere yönelik olmayan tanıtımının alkollü içki tüketiminden kaynaklanan kamusal, toplumsal ve tıbbi herhangi bir zararlı etki oluşturmayacak içerikte, ürünün özelliklerini tanıtmaya ve doğru bilgilendirmeye yönelik olması, teşvik edici ve özendirici olmaksızın yapılması gerekmektedir.

(2) Alkollü içkilerin kullanılmasını ve satışını özendiren veya teşvik eden kampanya, promosyon ve etkinlik yapılamaz. Bu yükümlülük, arz zinciri içerisindeki tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsar.

(3) Münhasıran alkollü içkilerin uluslararası düzeyde tanıtımına yönelik ihtisas fuarları ile bilimsel yayın ve faaliyetler düzenlenebilir. Bilimsel yayınlar reklam amacıyla kullanılamaz.

(4) Alkollü içkileri üretenler, ithal edenler ve pazarlayanlar her ne amaçla olursa olsun, teşvik, hediye, eşantiyon, promosyon veya bedelsiz olarak alkollü içki dağıtamazlar.

(5) Herhangi bir alkollü içkinin alınması koşuluna bağlı kampanya ve promosyon düzenlenemez.

(6) Perakende satıcılara, açık alkollü içki satıcılarına ve tüketicilere yönelik bağlı satış uygulaması yapılamaz.

(7) Alkollü içkileri üreten, ithal eden ve pazarlayanlar, her ne surette olursa olsun hiçbir etkinliğe ürünlerinin marka, amblem ya da işaretlerini kullanarak destek olamazlar.

(8) Açık alkollü içki satış belgesini haiz işyerlerinde servis amaçlı materyallerde marka, amblem ve logo kullanılabilir.

(9) Alkollü içkilerin marka, logo, amblem ve işaretlerini içerecek şekilde sözcükler, şekiller, resim ve harfler, iş yerlerinin içinde, dışında, vitrinlerinde, tabelalarında, satış ünitelerinde, soğutucularında, taşınabilir veya sabit her türlü materyal üzerinde bulundurulamaz.

(10) Üzerinde alkollü içki marka, amblem, logo veya işareti bulunan kasa, kutu gibi taşıma veya dış ambalaj için kullanılan materyaller, lojistik amaçlı bulundurmalar hariç, kamuya özel teşhir edilmek maksadıyla kullanılamaz.

(11) Alkollü içkiler sektöründe faaliyet gösteren firmaların kullandıkları araçlarda, bu ürünlere ilişkin markaların tanınmasını sağlayacak bir uygulamaya gidilemez. Söz konusu araçlar üzerinde, alkollü içki markaları ile alkollü içki markalarının logo, amblem ve işaretleri kullanılamaz. Ticaret unvanlarıyla firma bilgilerine, ancak bu araçların yan yüzeylerinde ve bir yan yüzey alanının yüzde onunu aşmayacak oranda yer verilebilir. Araçlar üzerinde yer verilen ticaret unvanlarında herhangi bir markayı öne çıkaracak şekilde farklılaştırma yapılamaz.

(12) (Ek:RG-4/8/2017- 30144) Açık alkollü içki satıcıları, marka ismi, servis veya ambalaj hacmi ve fiyat bilgisi ile sınırlı kalmak koşuluyla satışa sundukları tüm ürünlere liste halinde menülerinde yer verirler.

Fiyat bildirimleri

MADDE 21 – (Değişik:RG-18/9/2013-28769)

(1) İşyerlerinde; alkollü içkilerin fiyatlarının bildirimi, alkollü içkilerin satışına tahsis edilmiş bölümlerde yer alması ve rakam ile yazıların elli puntoyu aşmaması şartıyla yapılabilir. Fiyat baskılı ambalajlar ile fiyat bildirimi yapılması ve satışa sunulan her bir alkollü içkinin birim fiyatının ve markasının yer aldığı, dikdörtgen beyaz zemin üzerine ve en fazla yirmi punto büyüklüğünde siyah renkli harfler ve rakamlar ile hazırlanan listelerin alkollü içkilerin satış ünitelerinde/alanlarında bulundurulması mümkündür. Herhangi bir firma veya ürünü ön plana çıkaracak şekilde fiyat bildirimi yapılamaz.

(2) Üretici, ithalatçı ve satıcılar arasında gerçekleştirilen ve tüketiciye yansımayan tamamen ticari bilgileri içeren bildirimler hariç olmak üzere, her ne amaçla olursa olsun, alkollü içkilerin marka, amblem, logo ve işaretleri kullanılarak bildirim yapılamaz, basın-yayın organları aracılığıyla ilan edilemez, fiyat duyuruları yapılamaz.

(3) Bu maddeye aykırı düzenlendiği tespit edilen fiyat bildirimlerinin reklam mahiyetinde olduğu kabul edilir.

Ürün temini ve ürün bulundurma

MADDE 22 – (1) (Değişik:RG-4/8/2017- 30144) Alkollü içki satıcıları tüketici talebine konu alkollü içkileri, piyasa koşullarını ve tüketici taleplerini de dikkate alarak ve tüketicilerin seçeneklerini azaltmayacak şekilde; perakende satış yerlerinde aynı kategorideki birden fazla firmanın ürünleri, açık alkollü içki satış yerlerinde ise bira hariç aynı kategorideki birden fazla firmanın ürünleri arasından tercih imkânı sunabileceği çeşitlilikte işyerlerinde bulundurur. Alkollü içki kategorilerinin tamamının işyerinde bulundurulması zorunlu değildir.

(2) Toptan satıcılar, belgeli satıcıların sipariş verdikleri ürünleri ticari teamüllere uygun olan makul sürelerde talep eden belgeli satıcıya temin etmek zorunda olup talep edilmesine rağmen belgeli satıcılara ürünün makul sürelerde temin edilmemesinden toptan satıcı sorumludur. Üretici ve ithalatçılar, toptan satıcıların bu yükümlülüklerini yerine getirmeleri hususunda gerekli tedbirleri alır. Bu gibi durumlarda Kurumca yazılı olarak bilgilendirilmesi şartıyla, üretici ve ithalatçılar da toptan satıcılar ile birlikte sorumlu kabul edilir.

(3) Perakende satış belgesini haiz alkollü içki üretici ve ithalatçı firmalarının, kendi ticari unvanlarını kullanarak işlettikleri perakende satış yapılan işyerlerinde, münhasıran kendi ürünlerinin satışa sunulması halinde, bu maddede yer alan ürün teminine ve bulundurmaya yönelik yükümlülükler aranmaz.

(4) Vergisiz satış mağazaları, münhasır alkollü içki satış yerleri, liman, hava limanı, hava meydanlarında bulunan perakende satıcılar haricinde; hacmi 20 cl ve altında bulunan ambalajlardaki alkollü içkiler, işyeri açma ve çalışma ruhsatında belirtilen faaliyet konusu bakkal, market, süpermarket, hipermarket, kuruyemişçi, büfe olan işyerlerinde bulundurulamaz ve bu yerlerde satışa sunulamaz. Toptan satıcıların, perakende satıcılara dağıtım yükümlülüğünü yerine getirirken bu sınırlamaya uyması zorunludur.

(5) Üretici, ithalatçı ve toptan satıcılar;

a) Piyasa istikrarını bozacak, tüketici seçeneklerini azaltacak, perakende (Değişik ibare:RG-4/8/2017- 30144) ve açık alkollü içki satıcılarının ürün bulundurma zorunluluğunu yerine

getirmesini engelleyecek, diğer firmaların faaliyetlerini kısıtlayacak ya da zorlaştıracak şekilde uygulamalar yapamaz.

b) Perakende satıcılarla yapılacak her türlü anlaşmalarda; herhangi bir firmanın ürünleri (Ek ibare:RG-4/8/2017- 30144) açık alkollü içki satıcılarıyla yapılacak anlaşmalarda ise, bira hariç herhangi bir firmanın ürünleri lehine münhasır uygulama getiren veya üstünlük sağlayan ya da rekabeti diğer firmalar aleyhine kısıtlayıcı veya zorlaştırıcı koşullar yer alamaz. Bu tip anlaşmaların tarafı olanlar birlikte sorumlu kabul edilir.

c) Perakende (Değişik ibare:RG-4/8/2017- 30144) ve açık alkollü içki satıcılarına ürün temininde bağlı satış içeren pazarlama yöntemlerini uygulayamaz.

(6) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Üreticilere ait tesisler ile ithalatçı ve toptan satıcılara ait işyerlerinde, satış belgesini haiz kişilere ve bu kişiler tarafından görevlendirilmiş çalışanlarına yönelik olarak tadım amaçlı sunum uygulaması mümkündür.

Teşhir

MADDE 23 – (1) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içkiler, sadece bu ürünlerin satışına tahsis edilmiş alanda bulunan satış ünitelerinde sergilenir. Ürüne tahsis edilmiş muhafaza ve soğutma amaçlı üniteler de satış ünitesi kapsamındadır. Alkollü içkiler, birden fazla satış ünitesinde satışa sunulabilir ancak, satış üniteleri birden fazla alanda/reyonda konumlandırılarak alkollü içkilere tahsis edilmiş alan bütünlüğü bozulamaz. Reklam ve tanıtım unsurlarını taşımayan ve içi görünmeyecek şekilde dizayn edilmiş soğutucuların işyeri dışında konumlandırılması alan bütünlüğünü bozmaz.

(2) Perakende satış yapan işyerlerinde, tüketici seçeneklerini azaltacak şekilde herhangi bir firmanın ürünleri ve markaları teşhir edilemez.

(3) (Değişik:RG-18/9/2013-28769) Tüketicilerin içeriye girmeksizin alışveriş yapabildiği büfeler hariç olmak üzere, alkollü içkiler; çocuklara yönelik olan materyaller, çocuk dergileri, kitap ve yayınları ile çocuk kıyafetleri, kırtasiye, oyuncaklar ile cips, çikolata, şekerleme benzeri çoğunlukla çocuklar tarafından tüketilen ürünlerle bitişik olan alanlarda satışa arz edilemez.

(4) Perakende satıcılar bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak teşhir düzenlemesi yapmaktan sorumludurlar. Üreticiler, ithalatçılar ve toptan satıcılar, perakende satıcıları bu Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak teşhirde bulunmaya zorlayamaz veya özendiremez.

(5) (Ek:RG-18/9/2013-28769) Alkollü içkiler işletme dışından görülecek şekilde perakende olarak satışa arz edilemez. Perakende satış belgesini haiz satıcılar, alkollü içkilerin işyeri dışından

görünmemesi için gerek işyerinin fiziki koşullarını gerekse satış ünitelerinin niteliğini ve konumunu uygun hale getirmek için tedbir almak zorundadırlar.

Reklam, sponsorluk ve promosyon uygulamaları

MADDE 24 – (Mülga:RG-18/9/2013-28769)

DÖRDÜNCÜ KISIM

Denetim, Yaptırımlar, Çeşitli ve Son Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Denetim ve Yaptırımlar

Denetim

MADDE 25 – (1) Tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasasında mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler, ürünlere ve ilgili faaliyetlerine ilişkin olarak, mevzuatla verilen yetki çerçevesinde Kurum, mülki amirlikler ile diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından lüzum görülen hallerde incelenebilir ve denetlenebilir. Kurum dışındaki ilgili merciler tarafından yapılan inceleme ve denetimler sırasında tespit edilen Kurum mevzuatına aykırı hususlar ve aykırılıklara ilişkin olarak yapılan işlemler Kuruma ve/veya yetkili mercilere bildirilir.

(2) Tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasasında mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişiler, yapılacak inceleme ve denetime mani olamaz. Bu kişiler; inceleme ve denetim yapmakla görevlendirilmiş ve/veya yetkilendirilmiş kişilerce gerekli görülen ve istenilen her türlü bilgiyi ve belgeyi ibraz etmek zorundadır. Söz konusu bilgi ve belgelerin yazılı istenmesi halinde tebliğ tarihinden itibaren belirtilen süre içerisinde vermek zorundadır.

(3) Belgesiz satışa ilişkin yapılan denetimlerde, satış belgesini haiz olduğunu beyan eden kişilerin, işyerinde mevcut olması gereken satış belgesi ile birlikte, her yıl süre uzatım işlemini yaptırmak suretiyle geçerlilik kazanan belgeyi ibraz etmeleri zorunludur. Söz konusu belgenin ibraz edilemediği hallerde Kurumun internet sitesinden sorgulaması yapılan kişinin, denetime konu işyerine dair alınmış satış belgesinin faal görünmemesi durumunda, kişinin belgesiz satış yapmakta olduğu tespit edilmiş olur.

Yaptırımlar ve yaptırım sonrası uygulanacak diğer hükümler

MADDE 26 – (1) Bu Yönetmelik veya diğer ilgili mevzuat ile belirlenen düzenlemelerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, aykırılık içeren fiilin niteliğine göre; ilgili mevzuat hükümleri uyarınca adli mercilere suç duyurusunda bulunulur ve/veya idari müeyyideler uygulanır.

(2) 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci (Değişik ibare:RG-18/9/2013-28769) fıkrası ile 4250 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan kabahat fiilleri ile suç kapsamında olan fiiller dışında; 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanun ve 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı Kanuna veya bu kanunlara göre yürürlüğe konulmuş yönetmeliklere ya da Kurumca verilen belgelerde yer alan şartlara uyulmadığının tespiti halinde;

a) İlgili gerçek ve tüzel kişiler yazılı olarak uyarılır ve aykırılığın giderilmesi için uygun bir süre verilir. Bu Yönetmelikte süresi belirlenmeyen işlemler için verilebilecek süre Kurumca belirlenir.

b) Verilen süre sonunda aykırılığın devam etmesi halinde veya aykırılığın giderilmesinin mümkün olmadığı hallerde süre verilmeksizin Kurumca, gerçek ve tüzel kişilerin aykırılığa konu işyerine verilmiş bulunan satış belgesi iptal edilir.

c) Bu fıkra uyarınca satış belgesi iptal edilen gerçek ve tüzel kişilerin, iptale konu işyerine ilişkin yeni belge başvuruları otuz günden önce değerlendirmeye alınmaz.

(3) 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca uygulanan idari yaptırımlarda;

a) 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasının (a), (b), (d), (e), (f), (j), (k), (l), (m) ve (n) bentlerinde sayılan fiillerin, ilk fiilin işlenmesinden sonraki beş yıl içinde üçüncü defa işlenmesi halinde belgelerin iptaline karar verilir.

b) Adına birden fazla satış belgesi düzenlenmiş bulunan gerçek ve tüzel kişilerin bu fiilleri, belirli bir işyerine matuf olmayıp kişinin tüm işyerlerini kapsayan bir eylem ise Kurumdan alınmış satış belgelerinin tamamının, aksi halde aykırılığa konu işyerine verilmiş olan satış belgesinin iptaline karar verilir.

c) Bu fıkra uyarınca satış belgesi iptal edilmiş olan gerçek ve tüzel kişiler, iptal tarihini takip eden iki yıl süresince iptale konu işyerlerine ilişkin yeniden satış belgesi alamaz.

ç) Bu fıkrada belirtilen fiiller nedeniyle satış belgesi iptaline konu işyerinde, aynı adreste ve aynı işletme adı altında faaliyette bulunmak üzere başvuran gerçek ve tüzel üçüncü kişiler de, iptal işlemine konu işyerine ilişkin iptal tarihini takip eden iki yıl süresince satış belgesi alamaz.

d) Bu fıkrada belirtilen fiiller nedeniyle belge iptaline konu işyeri, farklı işletme adı altında gerçek ve tüzel üçüncü kişiler adına kayıtlı bulunsa dahi satış belgesi iptal edilen gerçek ve tüzel kişi satıcılar tarafından fiilen işletildiğinin tespiti halinde, anılan üçüncü kişiler söz konusu işyeri için iki yıl süresince satış belgesi alamaz.

e) (Değişik:RG-17/6/2011-27967) 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasının; (f), (g), (h), (ı), (j) ve (o) bentlerinde yazılı fiiller hakkında idari yaptırım uygulamaya ve bu fiillerin konusunu oluşturan her türlü eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararını vermeye mahalli mülki amirler, diğer bentlerde yazılı fiiller hakkında idari para cezası vermeye Kurum yetkilidir.

(f) (Ek:RG-17/6/2011-27967) Tütün mamulleri veya alkollü içkilerin, internet ortamında tüketicilere satışının yapılması halinde, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda öngörülen usullere göre erişimin engellenmesine karar verilmek üzere ilgili mercilere bildirilir ve bu karar hakkında da 5651 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

(4) (Değişik:RG-17/6/2011-27967) 4733 sayılı Kanuna, 4250 sayılı Kanuna veya 5607 sayılı Kanuna aykırı fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı olanlara, Kurumun düzenlemekle yükümlü olduğu piyasalarda faaliyete ilişkin hiçbir belge verilmez, verilmiş olanlar Kurumca iptal edilir. Mahkemece verilecek mahkûmiyet kararında, kararın kesinleşmesine kadar faaliyete ilişkin tüm belgelerin askıya alınmasına da karar verilir. Yargılama sonuna kadar üretici ve ithalatçılara yetkili idarece uygun görülecek miktarda bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretler verilebilir. Söz konusu fiillerin kamu sağlığını veya tütün ve alkol piyasasının güvenliğini bozucu nitelikte olması halinde, yargılama sürecinde yetkili mahkemece mevcut delil durumuna göre belgelerin askıya alınmasına tedbiren karar verilir.

(5) Depolar dâhilinde gerçekleşen mevzuata aykırılıklar, işyerinde gerçekleşmiş kabul edilir.

(6) İşyeri açma ve çalışma ruhsatları ile yetkili idarelerce açık alkollü içki satıcılarına (Ek ibare:RG-27/1/2013-28541) ve nargilelik tütün mamulü sunumu yapılan işyerlerine verilen ruhsatlar ve izinlerin iptal edildiğinin bildirilmesi veya tespiti halinde, Kurum tarafından verilen satış belgeleri de iptal edilir.

(7)(1) (Mülga:RG-18/9/2013-28769)

(8) (Ek:RG-18/9/2013-28769) 4250 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (ç) ve (e) bentlerinde belirtilen idari para cezalarını vermeye ve (ç) bendinde tanımlanan kabahatin konusunu oluşturan ürünlerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararını vermeye Kurum yetkilidir. Televizyon ve radyolara uygulanacak idari para cezalarını vermeye Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, diğer bentlerde yer alan idari para cezalarını vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.

Yetki devri

MADDE 27 – (1) 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesi çerçevesinde; yetki devri suretiyle Kurum adına 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Kanunun uygulamasına ilişkin olarak bu Yönetmelik hükümlerinin konusunu içeren denetimlerin ve tespit edilen aykırılığın giderilmesi için süre verilmesi işlemleri ile uyarı ve idari para cezası uygulanmasının yapılması konularında ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla protokoller yapılabilir. Protokol yapılan kamu kurum ve kuruluşu, protokol hükümlerini ve bu Yönetmelik hükümlerini esas alarak denetimleri yerine getirir, idari yaptırımları uygular ve işlemi takip eden otuz gün içerisinde Kuruma bilgi verir.

İKİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Yönetmelikte hüküm bulunmayan haller

MADDE 28 – (1) Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde; ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 29 – (1) 31/12/2002 tarihli ve 24980 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlükten önce yapılmış olan belge başvuruları

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) 12 nci maddenin yürürlüğe gireceği tarihe kadar yapılan satış belgesi başvuruları, 31/12/2002 tarihli ve 24980 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tütün Mamulleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmeliğin 5 inci ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sonuçlandırılır.

Yürürlükten önce verilmiş satış belgeleri

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce verilmiş olan ve geçerliliği bulunan satış belgelerinin geçerlilik süreleri ile 2011 yılı süre uzatım işlemlerine ilişkin usul ve esaslar Yönetmeliğin yayımlandığı tarihten sonra Kurul kararı ile belirlenir.

Yürürlükten önce satış belgesi almış olan kişilerin, faaliyetine veya işyerine ilişkin aykırılık durumu

GEÇİCİ MADDE 3 – (1) İlgili kanunlarda yer alan hükümlere açık aykırılık hallerinde derhal adli/idari yaptırım uygulanmasını gerektiren haller ile bu Yönetmelikte ayrı süre öngörülen haller saklı kalmak kaydıyla; bu Yönetmeliğin yayımından önce satış belgesi almış olan kişilerin faaliyetine veya işyerine ilişkin mevcut durumlarının bu Yönetmelik hükümlerine aykırılık

içermesi halinde, söz konusu hususların, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde Yönetmeliğe uygun hale getirilmesi zorunludur.

(2) 24 üncü maddenin ikinci fıkrasının (c) ve (ç) bentlerinde yer alan hususlara ilişkin aykırılıkların, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde giderilmesi zorunludur.

Alkol satışı

GEÇİCİ MADDE 4 – (1) Nihai tüketicinin kullanımına yönelik ambalajlı genel amaçlı etil alkol ve evsel kullanım alkolü, bu ürünlerin satışına ilişkin müstakil bir düzenleme yapılana kadar, toptan alkollü içki satış belgesini ve perakende alkollü içki satış belgesini haiz kişilerce bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde satılabilir.

Elektronik imza

GEÇİCİ MADDE 5 – (1) 12 nci maddenin birinci fıkrasındaki elektronik imza uygulaması, gerekli alt yapının Kurumca tamamlanmasını müteakiben başlar.

Süre uzatımı

GEÇİCİ MADDE 6 – (Ek:RG-19/12/2012-28502)

(1) 14 üncü maddenin birinci fıkrasında yer alan hususlar, 2013 yılı süre uzatım işlemlerinde de uygulanır.

Mevcut nargilelik tütün mamulü içim mekânlarının faaliyetlerine ilişkin aykırılık durumu

GEÇİCİ MADDE 7 – (Ek:RG-27/1/2013-28541)

(1) Mevcut nargilelik tütün mamulü içim mekânları; faaliyetlerini, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde bu madde ile aynı tarihte yürürlüğe giren düzenlemelere uygun hale getirmeleri zorunludur.

Alkollü içki satış yerlerindeki reklam ve tanıtım uygulamalarının süresi

GEÇİCİ MADDE 8 – (Ek:RG-18/9/2013-28769)

(1) Perakende ya da açık alkollü içki satışı yapılan işletmelerde;

a) İşyerlerinin içinde veya dışında reklam ve tanıtım içeren her türlü tabela, 4250 sayılı Kanunun 6487 sayılı Kanunla değişik geçici 1 inci maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde,

b) İşyerlerindeki taşınabilir veya sabit her türlü reklam ve tanıtım içeren totem, branda, şemsiye, gölgelik ve tenteler bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde,

c) İşyerlerinin içinde bulunan reklam ve tanıtım amaçlı her türlü materyal bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde,

ç) İşyerlerindeki reklam içeren raf ve standlar, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde,

bu Yönetmelik hükümlerine uygun hâle getirilir.

(2) 4250 sayılı Kanunun 6487 sayılı Kanunla değişik geçici 1 inci maddesinin yayımı tarihinde alkollü içkilerin üretiminde, pazarlanmasında, satışında ve açık sunumunda on sekiz yaşını doldurmamış kişileri çalıştıranlar bu tarihten itibaren bir yıl süreyle bu kişileri çalıştırmaya devam edebilirler.

(3) Perakende alkollü içki satışı yapılan iş yerlerindeki alkollü içkilerin konulduğu ve üzerlerinde alkollü içkilerin marka, amblem ve logosu bulunan mevcut soğutucular, iş yerlerinin kapalı bölümlerinde bulunması kaydıyla, 4250 sayılı Kanunun 6487 sayılı Kanunla değişik geçici 1 inci maddesinin yayımı tarihinden itibaren üç yıl süreyle kullanılabilir.

(4) Alkollü içki sektöründe faaliyet gösteren firmaların kullandıkları araçlar, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde bu Yönetmeliğin 20 nci maddesinin onbirinci fıkrası hükmüne uygun hale getirilir.

Tütün mamulü ve alkollü içki perakende ve toptan satış belgelerinin Yönetmeliğe uygun hale getirilmesi

GEÇİCİ MADDE 9 – (Ek: RG-3/12/2013-28840)(2)

(1) Tütün mamulleri ve alkollü içkilerin birlikte satışını yapan ve adlarına 1/1/2014 tarihinden önce tütün mamulü ve alkollü içki perakende satış belgesi veya tütün mamulü ve alkollü içki toptan satış belgesi düzenlenmiş olan satıcıların, 30/6/2014 tarihine kadar mevcut belgelerini yetkili mercie teslim etmeleri ve tütün mamulü ve alkollü içki satış faaliyet konuları için 5 inci maddenin birinci fıkrasına uygun olarak ayrı ayrı düzenlenecek satış belgelerini teslim almaları zorunludur. Bu zorunluluğa uymayan satıcıların satış belgeleri için 2015 yılı süre uzatım işlemleri gerçekleştirilmez.

Turizm yatırım belgelerine istinaden düzenlenen satış belgelerinin durumu

GEÇİCİ MADDE 10 – (Ek:RG-4/8/2017- 30144)

(1) Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından düzenlenmiş turizm yatırım belgesi ibraz edilerek Kurumdan alınmış satış belgeleri için 2019 yılı süre uzatım işlemleri esnasında turizm belgesi veya işyeri açma ve çalışma ruhsatı; alkollü içki satış belgeleri için ise, bu belgelerin yanı sıra

işyerinin satış belgesinin düzenlendiği tarih itibariyle veya hali hazırda örgün eğitim kurumları ve dershaneler ile öğrenci yurtları ve ibadethanelere en az yüz metre uzaklıkta bulunduğunu gösterir belgenin ibrazı zorunludur.

Münhasırlık içeren mevcut anlaşmaların durumu

GEÇİCİ MADDE 11 – (Ek:RG-4/8/2017- 30144)

(1) Bu maddenin yayımı tarihinden önce üretici, ithalatçı veya toptan satıcılar ile perakende veya açık alkollü içki satıcıları arasında yapılmış sözleşmelerin münhasır satışa ilişkin hükümleri maddenin yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde bu Yönetmeliğe uygun hale getirilir.

Yürürlük

MADDE 30 – (1) Bu Yönetmeliğin;

a) 12 nci maddesi, yayım tarihinden doksan gün sonra,

b) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 31 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanı yürütür.

---

(1) 18/9/2013 tarihli ve 28769 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"in 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca bu fıkra 18/9/2014 tarihinde yürürlükten kalkmıştır.

(2) Bu değişiklik 1/1/2014 tarihinde yürürlüğe girer.

(3) Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak 9/12/2015 tarihli ve 29557 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Tütün Mamulleri Ve Alkollü İçkilerin Satışına Ve Sunumuna İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 14 üncü ve 15 inci Maddelerinin Uygulanması İle İlgili 25/11/2015 tarihli ve 10104 karar nolu Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu Kararına bakınız.

(4) Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak 23/12/2016 tarihli ve 29927 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Tütün Mamulleri Ve Alkollü İçkilerin Satışına Ve Sunumuna İlişkin Usul Ve Esaslar

Hakkında Yönetmeliğin14 üncü ve 15 inci Maddelerinin Uygulanması İle İlgili 07/12/2016 tarihli ve 12390 karar nolu Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurulu Kararına bakınız.

(5) Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak 13/1/2018 tarihli ve 30300 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tütün Mamulleri Ve Alkollü İçkilerin Satışına Ve Sunumuna İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 15 inci Maddesinin Uygulanması İle İlgili Tebliğ (Tebliğ No: 2018/2)' e bakınız.

(6) 2019 yılında uygulanacak satış bedelleri ile ilgili olarak 9/1/2019 tarihli ve 30650 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarım ve Orman Bakanlığının 2019/2 sayılı Tebliğine bakınız.

Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 31.05.2013

Resmi Gazete Sayısı : 28663

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1524 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca internet sitesi açılmasına ve bu sitenin belirli bir bölümünün şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanması için özgülenmesine ve bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 6102 sayılı Kanunun 397 nci maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen denetime tabi sermaye şirketleri tarafından açılacak internet sitelerinde ilan edilecek ve erişime açık tutulacak asgari içeriğe, denetime tabi sermaye şirketleri ile Merkezi Veri Tabanı Hizmet Sağlayıcıların yapacakları işlemlere ve bu işlemlerden kaynaklanan yükümlülüklere ilişkin usul ve esasları kapsamaktadır.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 6102 sayılı Kanunun 210 ve 1524 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Bakanlık: Gümrük ve Ticaret Bakanlığını,

b) Bilgi toplumu hizmeti: Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, bedelli veya bedelsiz olarak elektronik ortamda yerine getirilen çevrim içi hizmetleri,

c) ÇİSDuP (Online Certificate Status Protocol-OCSP) : Çevrimiçi Sertifika Durum Protokolü Sunucusunu,

ç) Güvenli elektronik imza: 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 4 üncü maddesinde tanımlanan elektronik imzayı,

d) (Mülga:RG-21/9/2013-28772)

e) İnternet sitesi: Kanunun 1524 üncü maddesinde belirtilen asgari içeriğe sahip elektronik platformu,

f) Kanun: 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununu,

g) Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK): 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 81 inci maddesi uyarınca kurulmuş olan Merkezi Kayıt Kuruluşunu,

ğ) Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS): Ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yürütüldüğü, ticaret sicili kayıtları ile tescil ve ilan edilmesi gereken içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulduğu Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulan ve işletilen merkezi ortak veri tabanını da içeren bilgi sistemini,

h) Merkezi Veri Tabanı Hizmet Sağlayıcı (MTHS): Kanunun 1524 üncü maddesi ve bu Yönetmelik uyarınca şirketlerin kendi internet sitelerinin özgülenmiş kısmında erişime açılması gereken içeriği güvenli ortamda tutma, şirketin erişimine hazır bulundurma ve arşivleme dahil olmak üzere Bakanlıkça belirlenmiş diğer faaliyetleri yürüten özel hukuk tüzel kişisini,

ı) MERSİS numarası: MERSİS tarafından verilen ve özel algoritma ile üretilmiş tekil numarayı,

i) Sicil gazetesi: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesini,

j) (Mülga:RG-21/9/2013-28772)

k) Şirket: Kanunun 397 nci maddesi uyarınca Bakanlar Kurulunca belirlenen denetime tabi sermaye şirketlerini,

l) Şirket sözleşmesi: Anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde esas sözleşmeyi, limited şirketlerde ise şirket sözleşmesini,

m) Yönlendirilmiş mesaj: İnternet sitesinin Kanunun 1524 üncü maddesinin amaçlarına özgülenmiş kısmında yayımlanan ve ilgili tüm taraflara yönlendirildiği karine olarak kabul edilen her türlü içeriği,

n) Zaman damgası: 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (h) bendinde tanımlanan kaydı,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

İnternet Sitesi Açma ve Destek Hizmeti Alma

İnternet sitesi açma ve tescil zorunluluğu ile destek hizmeti temini

MADDE 5 – (Değişik:RG-21/9/2013-28772)

(1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kurulan şirketlerin kuruluşlarının ticaret siciline tescil edildiği tarihten itibaren üç ay içinde internet sitesi açmaları ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanması için özgülemeleri gerekir.

(2) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kapsama dahil olan sermaye şirketlerinin, kapsama girdikleri tarihten itibaren üç ay içinde internet sitesi açmaları ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanması için özgülemeleri gerekir.

(3) Şirketler topluluğuna dahil olup da doğrudan bağımsız denetim kapsamında olmayan sermaye şirketleri, internet sitesi açmakla yükümlü değildir.

(4) Şirketler, internet sitesine ilişkin yükümlülüklerini doğrudan kendileri yerine getirebilecekleri gibi MTHS'lerden destek hizmeti almak suretiyle de yerine getirebilirler.

(5) Şirketler topluluğuna dahil olan şirketlerin internet sitesine ilişkin yükümlülükleri, MTHS yetkisine sahip olmasa bile topluluk içinde yer alan şirketlerden biri tarafından da yerine getirilebilir. Bu durumda hizmet alan topluluk şirketi kendi internet sitesini açmış sayılır. Şirketler topluluğunda internet sitesi yükümlülüğü ile ilgili destek hizmeti sağlayan şirketin, topluluktan ayrılması halinde bu hizmeti sürdürebilmesi için ayrılacağı tarihte MTHS yetkisine sahip olması zorunludur.

(6) Kanun uyarınca oluşturulan internet sitesi, şirketlerin MERSİS numarası altında tescil edilir.

İnternet sitesinde yayımlanan içerik

MADDE 6 – (1) İnternet sitesinin açılması ile birlikte aşağıdaki içerikler internet sitesinde sürekli olarak yayımlanır.

a) Şirketin MERSİS numarası, ticaret unvanı, merkezi, taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı ile anonim şirketlerde yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, limited şirketlerde müdürlerin, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticilerin ad ve soyadları.

b) Bir tüzel kişinin; anonim şirketlerde yönetim kuruluna üye olarak limited şirketlerde müdür olarak seçilmesi durumunda; tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına tüzel kişi tarafından belirlenen

gerçek kişinin de tescil ve ilan olunduğuna ilişkin açıklama, seçilen tüzel kişinin MERSİS numarası, ticaret unvanı, merkezi ve tüzel kişi ile birlikte tescil edilen gerçek kişinin adı ve soyadı.

c) Seçilen denetçinin adı ve soyadı/unvanı, yerleşim yeri/merkezi, varsa tescil edilmiş şubesi.

(2) Birinci fıkra uyarınca yayımlanan içeriklerde değişiklik olması halinde bu içeriklerin yeni hali, değişikliğin meydana geldiği tarihte internet sitesinde yayımlanır.

(3) Şirketçe internet sitesinde en az altı aylık süre için yayımlanması gereken hususlar aşağıda belirtilmiştir.

a) Kanunun 149 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, birleşme sözleşmesi, birleşme raporu, son üç yılın finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporları, gereğinde ara bilançoları ortakların incelemesine sunulmak üzere genel kurul kararından önceki otuz gün içinde internet sitesine konur.

b) Bu fıkranın (a) bendinde sayılan belgelerde inceleme yapma hakkının belirtildiği, bu belgelerin nereye tevdi edildiklerine ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarına ilişkin ilan, belgelerin tevdi tarihinden itibaren en az üç iş günü öncesinde internet sitesine konur.

c) Birleşmeye katılan şirketlerin, alacaklılarına, alacaklarının teminat altına alınması için talepte bulunabileceklerine dair sicil gazetesinde yedişer gün arayla üç defa yapılan ilan, birinci ilanın sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

ç) Bölünmeye katılan şirketlerden her biri tarafından, Kanunun 171 inci maddesi uyarınca bölünme sözleşmesi veya planı, bölünme raporu, son üç yılın finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporları ve varsa ara bilançoları üzerinde inceleme yapma hakkına işaret eden ve bu belgelerin nereye tevdi edildiklerine ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarına dair ilan, bölünme kararının alındığı tarihten iki ay önce internet sitesine konur.

d) Bölünmeye katılan şirketler tarafından alacaklıların alacaklarını bildirmeye ve teminat verilmesi için talepte bulunmaya çağrılmasına ilişkin sicil gazetesinde yedişer gün arayla üç defa yapılan ilan, birinci ilanın sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

e) Şirkete fesih davası açılmış ise davanın açıldığı hususu, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

f) Şirkete açılan fesih davasına ilişkin kesinleşmiş olan mahkeme kararı, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

g) Genel kurulun toplantıya çağrılmasına ilişkin ilan en geç sicil gazetesinde yayımlandığı tarihte internet sitesine konur.

ğ) Anonim şirket genel kurulunda, finansal tabloların ve buna bağlı konuların müzakeresinin bir ay sonraya ertelenmesi halinde, bu duruma ilişkin pay sahiplerine yapılan ilan, erteleme kararı tarihinden itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

h) Şirketin genel kurul toplantı tutanağı ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplantı tutanağı genel kurul tarihinden itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

ı) Kanunun 428 inci maddesi uyarınca organın temsilcisi, bağımsız temsilcisi ve kurumsal temsilciliğe ilişkin ilanlar, ilanın yayımlandığı gün internet sitesine konur.

i) Genel kurul kararına karşı iptal veya butlan davasının açıldığı hususu ve duruşma günü, şirket sözleşmesine uygun olarak yapılan ilan tarihinden itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

j) Genel kurul kararının iptaline veya butlanına ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararı, tescil tarihinden itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

k) Şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

l) Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermayenin artırılmasına ilişkin kararı, çıkarılmış sermayeyi gösteren esas sözleşme maddesinin yeni şekli, yeni payların itibarî değerleri, cinsleri, sayıları, imtiyazlı olup olmadıkları, imtiyazlı paylara ve rüçhan haklarına ilişkin sınırlamalar ve kullanılma şartları ile bunların süresi, prime dair kayıtlar ve bunun uygulanması hakkındaki kurallar şirket sözleşmesine uygun olarak yapılan ilan tarihinden itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

m) Yeni pay alma hakkının kullanılabilmesinin esaslarının belirlenmesine ilişkin yönetim kurulunun kararı, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

n) Esas sermayenin azaltılması durumunda, sermaye azaltılmasına gidilmesinin sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin ayrıntılı açıklamalar, bu açıklamaların da yer aldığı genel kurul toplantısına ilişkin çağrı ilanının sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

o) Genel kurulun esas sermayenin azaltılmasına ilişkin kararı üzerine alacaklılara sicil gazetesinde yedişer gün arayla üç defa yapılan ilan, birinci ilanın yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

ö) Mütemerrit pay sahibine temerrüde konu olan pay tutarını bir ay içinde ödemesi, aksi halde, ilgili paylara ilişkin haklarından yoksun bırakılacağı ve sözleşme cezasının isteneceğine ilişkin yapılan davet ve ihtar mesajı, bu davet ve ihtarın sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur. Nama yazılı pay senedi sahiplerine, davet ve ihtarın ilan yerine iadeli taahhütlü mektupla yapılması halinde, bu davet ve ihtar iadeli taahhütlü mektubun gönderildiği tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

p) Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

r) Alacaklı oldukları, şirket defterlerinden veya diğer belgelerden anlaşılamayan ya da yerleşim yerleri bilinmeyen diğer alacaklılara yönelik şirketin sona ermiş bulunduğu konusunda bilgilendirilmelerine ve alacaklarını tasfiye memurlarına bildirmeye çağrılmalarına ilişkin sicil gazetesinde birer hafta arayla üç defa yapılan ilan, birinci ilanın yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

s) Şirketler topluluğuna dahil bir teşebbüs tarafından payların, Kanunun 198 inci maddesinde belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılmasına ilişkin açıklama, gerçekleşme tarihinden itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

ş) Kanunun 966 ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca malik ve diğer hak sahiplerinin kimler olduğunun veya yerleşim yerlerinin belli olmadığı hallerde, geminin gemi sicilinden silinmesine ve belirlenen süreye ilişkin olarak sicil gazetesinde yapılan ilan, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesinde de ilan edilir.

t) Şirketler topluluğuna dahil olan teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticilerinin, kendileri, eşleri, velayetleri altındaki çocukları ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip bulundukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak yapacakları açıklama, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

u) Şirketler arasında yapılan hakimiyet sözleşmesi sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

ü) Şirketteki pay sahibi/ortak sayısının bire düşmesi ya da şirketin tek pay sahipli/ortaklı olarak kurulması halinde, şirketin tek pay sahipli/ortaklı olduğu hususu ve tek pay sahibi/ortağın adı,

soyadı, yerleşim yeri ve vatandaşlığına dair bilgiler sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

v) Şirket sözleşmesi ve değişiklikler kuruluşun ya da değişikliğin sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

y) Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşme sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

z) Yönetim kurulunun veya müdürler kurulunun temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararı, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

aa) Anonim şirketlerde genel kurulun çalışma usul ve esaslarını içeren iç yönerge ilan tarihini izleyen beş gün içinde internet sitesine konur.

bb) Yönetim kurulunun rüçhan hakkının sınırlandırılmasının veya kaldırılmasının gerekçelerini, yeni payların primli ve primsiz çıkarılmasının sebeplerini, primin nasıl hesaplandığını gösteren raporu sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

cc) Sermayenin azaltılmasının sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağını gösterir yönetim/müdürler kurulunca hazırlanmış ve genel kurul tarafından onaylanmış sermayenin azaltılmasına ilişkin rapor, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

çç) Yönetim/müdürler kurulunun pay bedellerinin ödenmesine ilişkin çağrı ilanı yapıldığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

dd) Yönetim kurulunun mütemerrit pay sahibinin senedini iptal etmesine ilişkin kararı sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

ee) Yönetim kurulu veya müdürler kurulu ile genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması veya bu toplantılara elektronik ortamda katılım sağlanması hallerinde, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin ispatlandığı teknik rapor, sicil gazetesinde yayımlandığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde internet sitesine konur.

(4) İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine özgülenmiş kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde “yönlendirilmiş mesaj” ibaresi konulur. Yönlendirilmiş mesaj zaman damgası ile oluşturulur ve aynı yöntemle değiştirilir.

(5) Kanun ve diğer kanunlar uyarınca yapılması gereken ilanlar, ilgili mevzuatta öngörüldüğü şekilde internet sitesinde yayımlanır.

Merkezi Veri Tabanı Hizmet Sağlayıcısı

MADDE 7 – (1) MTHS'lerin faaliyetleri bu konuda Bakanlıkça verilmiş faaliyet iznine bağlıdır.

(2) Payları, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca MKK tarafından kayden izlenen şirketler için MTHS faaliyeti MKK tarafından yerine getirilir.

(3) MTHS sıfatıyla şirketler adına erişime açık bulundurulan bilgi ve belgeler 12 nci maddeye uygun olarak elektronik ortamda arşivlenir.

MTHS'nin yükümlülükleri

MADDE 8 – (1) MTHS;

a) 11 inci maddede öngörülen teknik hususlar ve güvenlik kriterlerine uymakla,

b) Güvenli elektronik imzayı destekleyecek alt yapıyı sağlamakla,

c) Şirketlerin taleplerine göre internet sitesini barındırma veya veri tabanını muhafaza etme fonksiyonlarını yerine getirmekle,

ç) Yürütmekte olduğu faaliyete engel bir durum çıkması halinde bunu yedi gün içinde Bakanlığa bildirmekle,

d) Bakanlıkça talep edilmesi halinde, MERSİS ve diğer ilgili veri tabanları ile entegrasyonunu gerçekleştirmekle,

yükümlüdür.

Rapor

MADDE 9 – (1) MTHS, Bakanlığa her yıl Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ilişkin verdiği hizmetlere ve hizmet verdiği şirketlerin bilgilerine dair bir rapor verir.

(2) Bakanlık tarafından münhasıran MTHS faaliyetine ilişkin istenecek diğer bilgi ve belgelerin de verilmesi gerekir.

Şirketlerin yükümlülükleri

MADDE 10 – (1) (Değişik ibare:RG-21/9/2013-28772) MTHS'lerden destek hizmeti alan şirketler, Kanunun 1524 üncü maddesi ve bu Yönetmelik hükümleri uyarınca internet sitesinin özgülenmiş kısmında bulunması öngörülen içeriği Bakanlık tarafından bir format belirlenmiş ise o formatta, belirlenmemişse elektronik ortamda MTHS'ye bildirir.

(2) Şirketler tarafından internet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümünün şirkete ait internet sitesi üzerinden veya MTHS'ler üzerinden arama motorları tarafından kolay bulunabilmesi için, ana sayfada "bilgi toplumu hizmetleri (Mülga ibare:RG-21/9/2013-28772) (…)" şeklinde bir ibareye yer verilir.

(3) Sahip oldukları internet sitesi üzerinde bu bilgileri sağlayan şirketler, internet sitesinde yer alan içeriğin sitede yayımlanması, değiştirilmesi ve yenilenmesi gibi işlemlerde güvenli elektronik imza ve zaman damgası kullanırlar.

(4) (Değişik:RG-21/9/2013-28772) Sahip oldukları internet sitesi üzerinde bu bilgileri sağlayan şirketler, ilgili bilgilere erişim için internet sitesi içinde "http://firmaalanadi/bilgitoplumuhizmetleri" adresinden ya da ikinci fıkra doğrultusunda doğrudan MTHS'ye yönlenmeyi sağlarlar.

(5) Şirketler, sahip oldukları internet sitelerinde erişime açık bulundurdukları bilgi ve belgeleri 12 nci maddeye uygun olarak elektronik ortamda arşivlerler.

(6) Şirketlerin sahip oldukları internet siteleri, 11 inci maddede öngörülen teknik hususlar ve güvenlik kriterlerine uygun olarak işletilir.

Teknik hususlar ve güvenlik kriterleri

MADDE 11 – (1) Şirketlerin ve MTHS'lerin, bu Yönetmelik uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları faaliyetler nedeniyle asgari yedekleme ve felaketten kurtarma planlarına, yetkisiz erişimlere ve saldırılara karşı gerekli ağ ve sistem güvenliğine sahip olmaları gerekir.

(2) Şirketler ve MTHS'ler, Kanunun ve bu Yönetmeliğin internet sitesinde bulunmasını öngördüğü asgari içeriğin üçüncü kişilere karşı erişilebilirliğini, bütünlüğünü, güvenliğini, değiştirilmezliğini ve inkar edilmezliğini sağlarlar.

(3) Şirketler ve MTHS'ler, verdikleri hizmetlere ilişkin sunucuları barındıran veri merkezlerini ve sistemlerini Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde kurup işletebilecekleri gibi bulut bilişim teknolojisi de dahil olmak üzere güncel teknolojileri kullanarak yurt dışında da kurup işletebilirler veya hizmet satın alabilirler.

(4) (Değişik:RG-21/9/2013-28772) Şirketler ve MTHS'ler, işleyiş ve güvenlik kriterlerine ilişkin olarak Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kamu Sertifikasyon Merkezinin internet sitesinde (http://www.kamusm.gov.tr) yayımlanan İnternet Sitesi Yükümlülüğüne Tabi Şirketlerin veya MTHS'lerin Alacakları Teknik Raporda Yer Alması Gereken Teknik Kriterler Rehberindeki şartları sağlarlar.

(5) Elektronik imzalı belgelerin uzun ömürlü olabilmesi için güvenli elektronik imzaların, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından 2/7/2012 tarihli ve 2012/DK-15/299 sayılı Kurul Kararı ile yayımlanan Elektronik İmza Kullanım Profilleri Rehberinde yer alan (Mülga ibare:RG-21/9/2013-28772) (…) Uzun Dönemli ve ÇİSDuP Kontrollü Güvenli Elektronik İmza Politikaları (Profil P4)'na uygun olarak üretilmesi ve bu imzaların saklanması gereken süre içinde belirli zaman aralıklarında arşiv formatında güncellenmesi gereklidir.

Elektronik arşivleme

MADDE 12 – (1) İnternet sitesinde yayımlanan içerik, ilgili mevzuatta daha uzun bir süre öngörülmedikçe internet sitesindeki yayımının son bulduğu tarihten itibaren beş yıl süre ile elektronik olarak arşivlenir.

(2) İçeriğin MERSİS ve/veya diğer veri tabanlarına bir MTHS aracılığıyla aktarılması Bakanlık tarafından zorunlu kılınmışsa bu içerik Bakanlık tarafından belirlenen format ve standartlara uygun olarak ilgili veri tabanına aktarılabilir.

(3) İnternet sitesinde yer alacak içeriğin arşivlenmesinde güvenli elektronik imza ve zaman damgası kullanılır.

Ücretlerin tespiti

MADDE 13 – (1) Bakanlık gerekli gördüğü hallerde, MTHS'ler tarafından şirketlere verilen hizmetler karşılığında talep edilecek ücretleri veya bunların üst sınırlarını belirlemeye yetkilidir.

Teknik rapor

MADDE 14 – (1) (Mülga ibare:RG-28/2/2015-29281) (…) MTHS'ler internet sitelerinin özgülenmiş kısımlarının bu Yönetmelik ve Kanunun 1524 üncü madde hükümlerine uygunluğunu, (Değişik ibare:RG-21/9/2013-28772) Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumuna tespit ettirmek ve söz konusu kurum tarafından düzenlenen teknik raporu Bakanlığa vermekle yükümlüdür. MTHS hizmeti verecek sermaye şirketleri ayrıca kendi bilgilerini özgüledikleri internet sitelerinin uygunluğunu da bu raporda tespit ettirir.

(2) (Değişik:RG-28/2/2015-29281) Düzenlendiği tarih dikkate alınarak teknik rapor, MTHS'lerce üç yılda bir yenilenir ve Bakanlığa verilir. Haklı gerekçelerin varlığı halinde, MTHS'lere talepleri üzerine Bakanlıkça toplamı bir yılı geçmemek üzere ek süre verilebilir.

(3) Teknik raporda, (Mülga ibare:RG-28/2/2015-29281) (…) MTHS'lerin 8, 10 ve 11 inci maddelerde belirtilen hususlara uygunluğu tespit edilir.

Bakanlık izni

MADDE 15 – (1) Özel hukuk tüzel kişileri, MTHS olma talebini içeren dilekçeyi 14 üncü madde uyarınca aldığı teknik raporla birlikte Bakanlığa ibraz etmek suretiyle izin talebinde bulunurlar. Ancak MTHS hizmeti vermek için izin başvurusunda bulunan sermaye şirketlerinin, Kanun ve bu Yönetmelik hükümlerine uygun olarak kendi bilgilerini özgüleyecekleri internet sitesine sahip olmaları gerekir.

(2) Bakanlık, izin taleplerini bir ay içinde sonuçlandırır. İzin şartlarını eksiksiz olarak yerine getiren MTHS'ye Bakanlıkça faaliyet izni verilir.

(3) Bakanlık, inceleme sonucunda izin şartlarından bir veya birkaçının eksikliğini veya yerine getirilmediğini tespit ederse bu eksikliklerin giderilmesi için talep sahibine, bir ayı geçmemek üzere süre verebilir. Eksikliklerin bu süre içinde giderilmesi halinde ikinci fıkra uyarınca faaliyet izni verilir.

MTHS'lerin faaliyetlerinin sona ermesi

MADDE 16 – (1) MTHS'lerin faaliyetinin devamı sırasında; 11 inci maddede yer alan faaliyet şartlarından birinin veya birkaçının kaybedildiğinin yenilenen teknik raporda tespit edilmesi halinde, Bakanlık tarafından MTHS'ye bu eksikliğin giderilmesi için üç aya kadar süre verilir. Gerekli hallerde MTHS'ye bir ayı aşmamak üzere ek süre verilebilir. Verilen süreler içinde MTHS'nin faaliyeti sadece sözleşme yaptığı şirketlere hizmet vermekle sınırlı olmak üzere devam eder. Ancak MTHS, hizmet verdiği şirketlere teknik raporla tespit edilen eksiklikleri kayıtlı elektronik posta yoluyla derhal bildirmekle yükümlüdür. Verilen süreler içinde eksikliğin giderilmemesi halinde MTHS'nin faaliyetine Bakanlık tarafından son verilir.

(2) MTHS, kendi isteğiyle faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu; Bakanlığa yazılı olarak bildirir, faaliyetine son verme kararını internet sitesinde yayımlar ve hizmet verdiği şirketlere bu durumu kayıtlı elektronik posta ile bildirir.

(3) Birinci fıkraya göre MTHS'nin teknik raporla tespit edilen eksikliklerini veya ikinci fıkraya göre kendi isteğiyle faaliyetine son vereceğini kayıtlı elektronik posta yoluyla öğrenen hizmet alan şirketler, kendi belirleyecekleri diğer bir MTHS'den hizmet alabilirler.

(4) MTHS, Bakanlığın faaliyete son verme kararının tebliğinden veya faaliyetine son verme kararını Bakanlığa bildirdiği tarihten itibaren hizmet sağlayamaz.

(5) Faaliyetine son veren veya verilen MTHS'ler, oluşturdukları arşivi derhal hizmet verdiği şirketlere devreder.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Son Hükümler

İnternet sitesi yükümlülüğünün yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan şirketler

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş şirketlerin, 1/7/2013 tarihinden itibaren üç ay içinde internet sitesi açmaları ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanması için özgülemeleri gerekir. İnternet sitesi var olan şirketlerin ise, aynı süre içerisinde sitelerinin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemeleri gerekir.

Ek rapor alma yükümlülüğü

GEÇİCİ MADDE 2 – (Ek:RG-21/9/2013-28772)

(1) MTHS hizmeti vermek amacıyla bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce teknik rapor almak için Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumuna başvuranların talepleri, Yönetmeliğin bu maddenin yürürlüğe girmeden önceki hükümlerine göre sonuçlandırılır. Bu maddeye göre teknik rapor alan MTHS'ler, belirlenen kriterlerin sağlandığını gösterir ek raporu, teknik raporun alındığı tarihi takip eden bir yıl içinde almak ve Bakanlığa vermekle yükümlüdür. (Ek cümle:RG-28/2/2015-29281) Haklı gerekçelerin varlığı halinde, MTHS'lere talepleri üzerine Bakanlıkça birer yılı geçmemek üzere en çok iki kere ek süre verilebilir.

Yürürlük

MADDE 17 – (1) Bu Yönetmelik 1/7/2013 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 18 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Gümrük ve Ticaret Bakanı yürütür.

Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 14.03.2006

Resmi Gazete Sayısı : 26108

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı; talih oyunlarının kanun dışı olarak sanal ortam üzerinden oynatılmasının takibi ve denetlenmesi, ilan ve reklamlarının önlenmesine dair usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, talih oyunlarını kanun dışı olarak sanal ortam üzerinden oynatan ve bu oyunları organize eden veya reklam ve sair yollarla tanıtımını yapan, teşvik eden gerçek ve tüzel kişiler ile internet servis sağlayıcılarını kapsar.

(2) Ancak, 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun ile 10/7/1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanunla düzenlenen müşterek bahisler bu Yönetmelik kapsamına girmez.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik 4/4/1988 tarihli ve 320 sayılı Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 ve 6 ncı maddelerinin (e) bentleri ile 15, 29, 31, 32 ve 35 inci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Başkanlık: Talih Oyunları Daire Başkanlığını,

b) İdare: Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğünü,

c) Hukuk Müşavirliği: Hukuk Müşavirliğini,

ç) Sanal Ortam: Bilgisayar, internet, interaktif televizyon, cep telefonu ve benzeri bilişim ortamlarını,

d) Talih Oyunları: Sanal ortamda, beceri ve şansa dayanan, oyun araç ve gereçleriyle bir kasaya karşı ya da oyun makinelerinde oynatılan oyunları,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunlarının Takibi ve Denetimi, İdareye ve Yargı Mercilerine Başvuru, Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi

Sanal ortamda oyun, faaliyet ve reklam yasağı

MADDE 5 – (1) Sanal ortamda talih oyunları işletmeleri kurulamaz, araç ve gereçleri ile benzeri aletler çalıştırılamaz. Her ne ad altında olursa olsun talih oyunları oynanmasına yönelik sanal ortam oluşturulamaz ve bu ortamda talih oyunları düzenlenemez ve oynatılamaz.

(2) Sanal ortam üzerinden talih oyunlarının oynanmasına yönelik gerçek ve tüzel kişilerin ilan ve reklamları yapılamaz.

(3) Sanal ortamda talih oyunlarının tanıtılması amacıyla farklı bir görüntü ile tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı, istismar edici, özendirici reklam yapılamaz.

Sanal ortamda yasaklanan oyunların takibi ve denetlenmesi

MADDE 6 – (1) Bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde yasaklanan oyun, ilan, reklam ve benzeri faaliyetler Başkanlıkça takip edilir.

(2) Başkanlıkça, sanal ortamda oyun düzenleyen, ilan ve reklam yasağına uymayan gerçek ve tüzel kişiler tespit edilir.

(3) Sanal ortam üzerinden talih oyunlarını düzenleyen, ilan ve reklam yasağına uymayan gerçek ve tüzel kişiler hakkında İdarenin denetim elemanları ya da kendilerine denetim yapma yetkisi verilen personel tarafından Genel Müdür onayı ile inceleme ve araştırma başlatılır.

(4) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu, 23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun, Alet ve Makineleri Hakkında Kanun ve 4/4/1988 tarihli ve 320 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu Yönetmelik hükümleri uyarınca kanun dışı olarak talih oyunları oynatan veya ilan veya reklam veren gerçek ve tüzel kişilere ilişkin ayrıntılı bilgiler ile bu oyunların oynatıldığı veya ilan veya reklamın yayınlandığı sanal ortamların yayın adresleri, menşei, ülke ve/veya ülkeleri, biliniyorsa bu oyunları oynatan gerçek ve tüzel kişiler ile oyunların oynandığı veya ilan veya reklamların yayınlandığı sanal ortamlarla ilgili olarak alınması veya

uygulanması gereken tedbirlerin yer aldığı bir inceleme ve araştırma raporu otuz gün içinde düzenlenir.

(5) Başkanlıkça, inceleme raporu ve ekleri, idari ve adli merciler nezdinde hukuki sürecin işletilmesi için, Hukuk Müşavirliğine intikal ettirilir.

İdareye ve yargı mercilerine başvuru

MADDE 7 – (1) Hukuk Müşavirliğine intikal eden ve inceleme raporu ile oynatıldığı tespit edilen talih oyunlarına ilişkin sanal ortamlara ve/veya internet sitelerine hizmet veren servis sağlayıcılarının bu sitelere ve/veya sanal ortamlara yönelik hizmet ve yayınlarının durdurulması ve yasak eylemlerin cezalandırılması istemiyle Hukuk Müşavirliğince ilgili yargı mercileri nezdinde derhal başvuruda bulunulur.

(2) İnceleme raporunda, sanal ortamda talih oyunlarına ilişkin ilan ve reklam bulunduğunun belirlenmesi halinde, Başkanlıkça Hukuk Müşavirliğine intikal ettirilen rapor ve ekleri, Hukuk Müşavirliğince gereği yapılmak üzere Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bildirilir.

Yargı kararlarının yerine getirilmesi

MADDE 8 – (1) İlgili yargı mercilerince talih oyunlarının oynatıldığı sanal ortamların faaliyetlerinin durdurulmasına karar verilmesi halinde, Hukuk Müşavirliğince bu karar gereği için derhal Telekomünikasyon Kurumuna bildirilir.

Kurumlararası işbirliği

MADDE 9 – (1) İdare, sanal ortam üzerinden oynatılan kanun dışı oyunların engellenmesi, vatandaşların bu konuda bilinçlendirilmesi amacıyla ilgili kamu kurumları, sivil toplum kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile işbirliği yapar.

Yürürlük

MADDE 10 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 11 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Milli Piyango İdaresi Genel Müdürü yürütür.

Valilik ve Kaymakamlık Birimleri Teşkilat, Görev ve Çalışma Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 08.06.2011

Resmi Gazete Sayısı : 27958

BİRİNCİ KISIM

Temel İlkeler ve Birimlerin Teşkilatı

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak, Tanım ve İlkeler

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı;

a) Valilik ve kaymakamlık birimlerinin teşkilatını, bu birimlerde görevli personelin görev, yetki ve sorumluluklarını belirlemek,

b) İl ve ilçelerdeki genel idare kuruluşlarının valilikler ve kaymakamlıklar kanalı ile yapacakları yazışmaların esaslarını belirlemek,

c) Valiliklere ve kaymakamlıklara gelen ve giden evrakın giriş, çıkış, kayıt, değerlendirme, ilgili birimlere gönderilme, teslim edilme, dosyalama ve arşivleme esaslarını düzenlemek,

suretiyle valilik ve kaymakamlık birimleri iş ve işlemlerinin idarenin amaçlarına, belirlenmiş politikalara ve mevzuata uygun olarak düzenli, vatandaş odaklı, uyumlu, hızlı, etkili ve verimli bir şekilde yapılmasını sağlamaktır.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik;

a) Valilik ve kaymakamlık birimlerinin teşkilat, görev, yetki ve sorumlulukları ile iş ve işlemlerini,

b) İl ve ilçelerdeki genel idare kuruluşlarının valilikler ve kaymakamlıklar kanalı ile yapacakları yazışmaların esaslarını,

kapsar.

(2) (Değişik:RG-30/8/2014-29104) İl Planlama ve Koordinasyon, İl Dernekler, İl Nüfus ve Vatandaşlık, İlçe Nüfus Müdürlükleri, Büyükşehir Belediyesi bulunan illerde Yatırım İzleme ve

Koordinasyon Başkanlıkları ile 112 Acil Çağrı Merkezi Müdürlükleri bu Yönetmelik kapsamında tanımlanan birimlerden olup, bunların il ve ilçe teşkilatlarının kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları özel mevzuatında gösterilir. Ancak söz konusu birimler, özel mevzuatlarındaki düzenlemeler dışında bu Yönetmelik hükümlerine tabidir.

(3) 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu uyarınca, sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında görevli mülki idare amirlerine bağlı olarak çalışan birimlerin özel mevzuatındaki hükümleri saklıdır.

(4) İl ve ilçelerde teşkilatı olmayan veya görevlisi bulunmayan bakanlıklara ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait hizmetlerin yürütülmesinde de bu Yönetmelik hükümleri uygulanır.

Hukuki dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 28 inci ve 33 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Bakanlık: İçişleri Bakanlığını,

b) (Değişik:RG-30/8/2014-29104) Birim: Valilik ve Kaymakamlıklarda hizmetlerin yürütüldüğü başkanlık, il müdürlüğü, ilçe müdürlüğü, şube müdürlüğü ve müstakil şefliği,

c) (Değişik:RG-30/8/2014-29104) Birim amirleri: Birimlerde çalışan başkan, il müdürü, ilçe müdürü, şube müdürü ve müstakil şefleri,

ç) Dilekçe: Yetkili bir makama sunulan veya elektronik ortamda usulüne uygun olarak gönderilen, kişilerin kendileriyle veya kamu ile ilgili istek ve şikâyetlerini kapsayan bir veya daha çok imzalı müracaatı,

d) Elektronik belge: Elektronik ortamda oluşturulan, gönderilen ve saklanan her türlü belgeyi,

e) Elektronik defter: Valilik ve kaymakamlık birimlerince tutulması zorunlu olan defterlerde yer alan bilgileri kapsayan elektronik kayıtların bütününü,

f) Elektronik ortam: Belge ve bilgilerin üzerinde bulunduğu her türlü bilgisayarı, gezgin elektronik araçları, bilgi ve iletişim teknolojisi ürünlerini,

g) Evrak: İl ve ilçelerde görülen hizmetler, yapılan iş, işlemler ve haberleşmeler sırasında veya sonucunda kamu kuruluşlarının kendi aralarında, gerçek veya tüzel kişilerle iletişimlerini sağlamak amacıyla yazılan yazı, resmi belge, resmi bilgi ve elektronik belgeyi,

ğ) Evrak sayısı: Birim tarafından hazırlanan evraka imza süreçleri tamamlandıktan sonra sistem tarafından verilen numarayı,

h) Gelen evrak kayıt numarası: Dışarıdan gelen ve birim içinde dağıtılmak üzere sisteme kaydedilen evraka sistem tarafından verilen kayıt numarasını,

ı) Güvenli elektronik imza: 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa göre; münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzayı,

i) İl genel idare kuruluşları: İl mülkî idare bölümü içinde hizmet gören ve valiye bağlı olarak çalışan, merkezi idarenin il kademesindeki birimlerini,

j) İlçe genel idare kuruluşları: İlçe mülkî idare bölümü içinde hizmet gören ve kaymakama bağlı olarak çalışan, merkezi idarenin ilçe kademesindeki birimlerini,

k) İmzaya yetkili amir: Vali, kaymakam veya bunların evrak havale ve imzaya yetkili kıldığı görevliyi,

l) Koli: Basılı kâğıt veya evrakın posta kurallarına göre paketlenmiş, toparlanmış veya kutulanmış şeklini,

m) Mahallî idareler: İl özel idareleri, belediyeleri ve köyleri,

n) Mahallî idare birliği: Birden fazla mahallî idarenin, yürütmekle görevli oldukları hizmetlerden bazılarını birlikte görmek üzere kendi aralarında kurdukları kamu tüzel kişisini,

o) Merkezi idarenin merkez kuruluşları: Başbakanlık ve Bakanlıklar ile bağlı kurum ve kuruluşların merkezi kademe birimlerini,

ö) Resmî belge: Kamu kurum ve kuruluşlarının kendi aralarında veya gerçek ve tüzel kişilerle iletişimlerini sağlamak amacıyla oluşturdukları, gönderdikleri veya sakladıkları belirli bir standart ve içeriği olan belgeleri,

p) Resmî bilgi: Kamu kurum ve kuruluşlarının kendi aralarında veya gerçek ve tüzel kişilerle iletişimleri sırasında metin, ses ve görüntü şeklinde oluşturdukları, gönderdikleri veya sakladıkları bilgileri,

r) Sistem: Birimlerin iş ve işlemlerinin elektronik ortamda yürütülmesini sağlamak üzere geliştirilen e-İçişleri uygulamaları ile bu uygulamaların yürütülmesini sağlayan donanım, yazılım ve ağ alt yapısını,

s) Yazışma: Yazılı veya elektronik ortamda yapılan yazışmaları,

ifade eder.

İş ve işlemlerin yürütülme esasları

MADDE 5 – (1) Bu Yönetmelikle birimler tarafından yürütülmesi öngörülen her türlü iş ve işlemin elektronik ortamda yapılması esastır.

(2) Elektronik ortamda yürütülen her türlü iş ve işlem ilgili mevzuatta belirtilen güvenlik önlemlerine uyularak yapılır.

(3) Resmî yazışmalarda Başbakanlık tarafından belirlenen kodlama sistemine ve dosya planına uyulması zorunludur.

İKİNCİ BÖLÜM

Evrak Türleri

Evrak türleri

MADDE 6 – (1) Bu Yönetmelik açısından;

a) Özellik taşıyan evrak: Üzerinde ayrı bir gizlilik veya ivedilik derecesi bulunan gizli, hizmete özel, kişiye özel, ivedi ve günlü işareti taşıyan,

1) Gizli evrak: İzinsiz olarak açıklandığı takdirde millî güvenliği ve millî menfaatleri tehlikeye düşürecek olan,

2) Hizmete özel evrak: Hizmeti yürütmesi gerekenlerden başkası tarafından bilinmesine ihtiyaç duyulmayan,

3) Kişiye özel evrak: Gizlilik dereceli olmayıp ancak gittiği yerde ve önceki işlemlerinde belirli şahısların, amir veya sadece onun yetki verdiği personelin açabileceği veya makam sahibinin adına gelen,

4) İvedi evrak: Kapsamı bakımından derhâl ve süratle cevap verilmesi gereken,

5) Günlü evrak: Belirli bir zamanda veya evrakta belirtilen süre içinde bitirilerek muhatabı olan makama cevap verilmesi gereken,

b) Değerli evrak: Teminat mektupları ve para ihbarnameleri ile kendisi veya ekleri para, pul, çek, bono, hisse senedi gibi paraya çevrilebilen,

c) Normal evrak: Özellik taşıyan ve değerli evrak dışında kalan,

evraktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yazışma Kanalları

Kuruluşların yazışmaları

MADDE 7 – (1) Merkezi idarenin merkez kuruluşları ile il ve ilçe kuruluşları arasındaki yazışmalar valilik kanalı ile yapılır. Ancak, talep niteliği taşımayan veya valilerin bilmeleri gerekmeyen, hesap ve teknik hususlara, ayrıntıya ilişkin istatistikî bilgilere, bazı maddi olay ve durumların kaydına, tespitine, belirlenmesine, bilinmesine veya aksettirilmesine ilişkin yazışmalar, valilik kanalından geçirilmeden, il kuruluşları ile merkezi idarenin merkez kuruluşları arasında yapılabilir. Hangi evrakın bu nitelikte olduğu valilikçe çıkarılan İmza Yetkileri Yönergesinde belirtilir.

(2) Farklı illere bağlı il genel idare kuruluşlarının; il merkezlerinde ve ilçelerdeki genel idare kuruluşları arasındaki yazışmalar valilik ve kaymakamlık kanalı ile yapılır. Ancak, talep ve talimat niteliği taşımayan veya vali ve kaymakamların bilmeleri gerekmeyen, hesap ve teknik hususlara, ayrıntıya ilişkin istatistikî bilgilere, bazı maddi olay ve durumların kaydına, tespitine, belirlenmesine, bilinmesine veya aksettirilmesine ilişkin yazışmalar, valilik ve kaymakamlık kanalından geçirilmeden, doğrudan ilgili kuruluşlar arasında yapılabilir. Hangi evrakın bu nitelikte olduğu valilik ve kaymakamlıkça çıkarılan İmza Yetkileri Yönergesinde belirtilir.

(3) Aynı ile bağlı il genel idare kuruluşlarının; il ve ilçe kademeleri, il merkezi ile aynı ya da farklı ilçelerdeki diğer kuruluşlar, bölge kuruluşları, mahalli idareler ve mahallî idare birlikleri arasındaki yazışmaların doğrudan yapılması esastır. Ancak, talimat niteliği taşıyan veya vali ve kaymakamlarca bilinmesi gereken yazışmalar valilik ve kaymakamlık kanalı ile yapılır. Hangi evrakın bu nitelikte olduğu valilik ve kaymakamlıkça çıkarılan İmza Yetkileri Yönergesinde belirtilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Birimlerin Teşkilatı

Birimlerin teşkilatı

MADDE 8 – (1) Valiliklerin il müdürlüğü, şube müdürlüğü ve şeflik; kaymakamlıkların ilçe müdürlüğü ve şeflik şeklinde teşkilatlanması esastır.

İllerde bulunan birimler

MADDE 9 – (1) İllerde aşağıdaki birimler bulunur:

a) İl Yazı İşleri Müdürlüğü,

1) Evrak Şefliği,

2) İşlemler Şefliği,

3) (Mülga:RG-30/8/2014-29104)

b) İl İdare Kurulu Müdürlüğü,

c) (Değişik:RG-12/9/2018-30533) İdare ve Denetim Müdürlüğü,

ç) İl Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü,

d) Özel Kalem Müdürlüğü,

1) İdari Hizmetler ve Koordinasyon Şefliği,

2) Protokol Şefliği: Büyükşehir belediyesi olmayan illerde,

e) Protokol Şube Müdürlüğü: Büyükşehir belediyesi olan illerde,

f) Hukuk İşleri Şube Müdürlüğü,

1) Hukuk İşleri Şefliği,

2) Dava İşleri Şefliği,

g) İl Sosyal Etüt ve Proje Müdürlüğü,

ğ) (Değişik:RG-30/8/2014-29104) İdari Hizmetler Şube Müdürlüğü,

h) Bilgi İşlem Şube Müdürlüğü.

İlçelerde bulunan birimler

MADDE 10 – (1) İlçelerde aşağıdaki birimler bulunur:

a) İlçe Yazı İşleri Müdürlüğü,

1) Evrak Şefliği,

2) İşlemler Şefliği,

b) İlçe Hukuk İşleri Şefliği: Nüfusu elli bin ve üzeri olan ilçelerde,

c) (Değişik:RG-12/9/2018-30533) İdare ve Denetim Şefliği: Nüfusu elli bin ve üzeri olan ilçelerde,

ç) İlçe Bilgi İşlem Şefliği: Nüfusu elli bin ve üzeri olan ilçelerde,

d) İlçe Sosyal Etüt ve Proje Şefliği: Bakanlıkça uygun görülen ilçelerde.

(2) Toplam nüfusu ellibinin altında olan ilçelerde de birinci fıkrada sayılan müstakil şefliklerden biri ya da birkaçı; ilçenin yatırım, basın ve yayın faaliyetleri, güvenlik durumu, protokol, sivil toplum hizmetleri, nüfus hareketleri, afet ve acil durum ihtiyaçları, sınır ve liman işleri, belediye ve köy sayıları birlikte veya ayrı ayrı dikkate alınarak, Bakanlık onayı ile kurulabilir.

Birimler ile ilgili düzenleme

MADDE 11 – (1) İl ve ilçelerde teşkilatı olmayan veya görevlisi bulunmayan Bakanlıklara ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait hizmetler bir birim ile ilişkilendirilerek yürütülür.

(2) Başbakanlık ve bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile belirli hizmet, faaliyet ve işlerin yürütülmesinin valilik ve kaymakamlıklardan istenmesi halinde ya da hizmetlerin vatandaşa en yakın yerden sunulabilmesi amacıyla gerekli görülen mahallerde, bir birim ile ilişkilendirilerek, geçici veya sürekli bürolar açılabilir.

(3) İl ve ilçelerde bu maddede belirtilen düzenleme ve değişiklikler vali ve kaymakamlar tarafından yapılır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Birimlerin Bağlılığı, Yetki ve Sorumluluk

Birimlerin bağlılığı

MADDE 12 – (1) İllerde bulunan birimlerden; özel kalem müdürlüğü valiye, diğer müdürlükler vali tarafından görevlendirilen vali yardımcısına veya mülki idare amiri sınıfından olan il hukuk işleri müdürüne bağlı olarak çalışır. Ancak, valiler bu birimlerden istediklerini doğrudan kendilerine bağlı olarak çalıştırabilirler.

(2) İlçelerde bulunan birimler kaymakama bağlı olarak çalışır.

Birim amirlerinin yetki ve sorumluluğu

MADDE 13 – (1) Birim amirleri, birimin iş ve işlemlerini sürekli gözetim ve denetimleri altında bulundurur, hizmetin aksamaması için gerekli tedbirleri alırlar.

(2) Birim amirleri, birimlerinde görevli personelin ödüllendirilmesi ve tecziyesi hakkında illerde ilgili vali yardımcısı aracılığı ile valiye, ilçelerde kaymakama görüş ve teklif sunabilirler.

(3) Birim amirleri;

a) Hizmetle ilgili olarak birime başvuran kişilerin muhatabıdır.

b) Birimdeki iş ve işlemlerin iş akışına uygun olarak süratli, güvenli, etkin ve verimli yürütülmesini sağlamakla sorumludur.

c) Birimin iş ve işlemlerinin yürütülmesinde gerekli iş bölümünü yapar, işbirliğini sağlar, birimdeki personelin görev dağılımında geçici olarak değişiklikler yapabilir.

ç) Birim içinde koordinasyonu sağlar.

d) Yapmakla yükümlü bulundukları hizmet veya görevleri sıralı olarak bağlı oldukları amirlerinin gözetim ve denetimi altında ve onların emir ve direktifleri yönünde; mevzuata, plan ve programlara uygun olarak düzenlemek ve yürütülmesini sağlamakla sorumludur.

Görevlilerin sorumluluğu

MADDE 14 – (1) Birimde çalışan bütün görevliler, kendilerine verilen işleri hızlı, verimli ve nitelikli olarak yapmaktan hiyerarşik olarak üstlerine karşı sorumludur.

İKİNCİ KISIM

Birimlerin Görevleri

BİRİNCİ BÖLÜM

İl Birimlerinin Görevleri

İl yazı işleri müdürlüğünün görevleri

MADDE 15 – (1) İl Yazı İşleri Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Evrak Şefliği;

1) Valiliğe posta veya elektronik ortamda gönderilen; kişilerce veya kurum ve kuruluşların görevli dağıtıcılarınca elden getirilen her nevi dilekçeyi kabul etmek ve İmza Yetkileri Yönergesi gereğince yetki verilen görevlilerin havalesine ve imzasına hazırlamak, imzalanmasını takip etmek ve ilgili yerlere intikalini sağlamak ve sonuçlanmasını izlemek,

2) Valilik adına posta veya elektronik ortamda gelen ve valilik birimlerinden çıkan evrakı almak, kaydetmek, görevli merci, kişi veya ilgili birimlere dağıtmak, ulaştırmak ve postalamak,

3) Evrak hareketi ile ilgili istatistikî bilgi ve raporları sistem üzerinden sorgulamak ve hazırlamak,

4) Vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

b) İşlemler Şefliği;

1) Valiliğin kanun, tüzük, yönetmelik ve Bakanlar Kurulu kararlarının yayımlanması ile ilgili görevleri yerine getirmek ve genelge çıkarılması ile ilgili işlemleri yürütmek,

2) Vali, vali yardımcısı, kaymakam, hukuk işleri müdürü, kaymakam adayı gibi Bakanlık personelinin il kademesinde izlenmesi gereken özlük işleri ile bu Yönetmelikte düzenlenen birim personeli ve sözleşmeli personelin atanma, yer ve görev değiştirme, kademe ilerlemesi, derece yükselmesi, askerliğinin ertelenmesi ve diğer özlük işlerini yürütmek,

3) Tayini valiliğe ait aday memurların özlük dosyalarını tutmak, asil memurluğa geçirilmesi ve yemin işlerini düzenlemek, disiplin cezası ve ödüllendirme işlerini yürütmek, izin, memurluğun sona ermesi ve emeklilik işlerini düzenlemek, yürütmek ve izlemek,

4) Hizmet içi eğitim çalışmalarını yürütmek ve geliştirmek,

5) İldeki kamu personelinin günlük çalışma saatlerinin tespiti ile ilgili konularda gerekli işlemleri yapmak,

6) Özel kanunlarına göre yapılan; milletvekili, mahalli idareler seçimleri ve Anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulmasında, valiliği ilgilendiren iş ve işlemler ile yazışmaları yapmak,

7) Etik Kurulu ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

8) Tanıtıcı bayrakların kullanma iznine ve tescil işlemlerine ait iş ve işlemleri yapmak,

9) Valilik İmza Yetkileri Yönergesini hazırlamak, ilgili kurum ve kuruluşlara dağıtmak ve uygulanmasını izlemek,

10) Valiliğin, adli ve askeri teşkilat dışında kalan bütün Devlet daire, müessese ve işletmeler ve özel işyerleri üzerindeki gözetim, denetim ve teftiş yetkilerinin kullanılmasına ilişkin iş ve işlemleri yürütmek,

11) (Ek:RG-30/8/2014-29104) Elektronik evrak dışındaki genel evrak arşiv hizmet ve faaliyetlerini düzenlemek ve yürütmek,

12) (Ek:RG-30/8/2014-29104) Genel bütçeden gönderilen ödeneklerin giderin gerçekleştirilmesini yapmak ve mutemetlik iş ve işlemlerini yürütmek, Valiliğin mali işlerle ilgili hizmetlerini yürütmek; valilik ve birimlerin cari ve yatırım bütçe tekliflerini hazırlamak ve cari ödeneklerinin teminini takip etmek,

13) (Ek:RG-30/8/2014-29104) İl yazı işleri müdürlüğü bünyesinde kimlik masası oluşturmak, il ve ilçelerde görev yapan personel için kimlik kartı talebinde bulunmak, ilgili personele teslimini

sağlamak ve kimlik kartı ile ilgili her türlü iş ve işlemleri yürütmek ve Bakanlık Personel Genel Müdürlüğünü bilgilendirmek,

14) (Ek:RG-30/8/2014-29104) Yürüttüğü hizmetler ile ilgili eğitim programları düzenlemek, ilgili kayıtları tutmak ve değerlendirmek,

15)(2) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

c) (Mülga:RG-30/8/2014-29104)

İl idare kurulu müdürlüğünün görevleri

MADDE 16 – (1) İl İdare Kurulu Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun uygulanması ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

b) 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarıca; yükseköğretim kuruluş ve kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri suçlar hakkında il idare kurulunun verdiği kararlarla ilgili işlemleri yapmak,

c) İl idare kurulu ve il disiplin kurulu görevlerine ilişkin iş ve işlemleri hazırlamak ve yürütmek,

ç) Valilikçe kamu görevlileri hakkında inceleme yapılması, disiplin soruşturması açılması, bunların görevden uzaklaştırılması, cezalandırılması, bu konudaki izin verme yetkilerinin kullanılması işlemlerini yürütmek, sonuçlarını takip etmek,

d) 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanması ile ilgili işlemleri yürütmek,

e) Mülki idare amirlerinin muhtelif kanunlardan kaynaklanan men ve tahliye yetkilerinin kullanılması ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

f) 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve diğer kanunlarla istenilen kararlar ve belgelerin düzenlenmesi işlemlerini yürütmek,

g) Köy kurulması ve kaldırılması, bağlanması ve ayrılması, sınır anlaşmazlıkları, köy, yerleşim yeri ve tabiî yer adlarının değiştirilmesi işlerini yürütmek,

ğ) Harita işlerini yürütmek ve gizliliği olan haritaları valilik adına koruyup saklamak,

h) Coğrafi yer adları ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

ı) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu gereğince verilen görevleri yapmak,

i) (Değişik:RG-5/8/2012-28375) Mevzuatta mülki amir veya il ve ilçe idare kurulları tarafından verileceği hüküm altına alınan idari para cezası, idari tedbirler ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının sadece onay ve karar işlemlerini yapmak. Bu bendin uygulanmasında; cezaların, tedbirlerin ve yaptırımlarının hazırlık ve teklif işlemleri ile mülki amirin onayı veya il ve ilçe idare kurullarının kararlarını müteakip yapılacak tebligat, itiraz ve infaz süreçlerinin izlenmesine dair bütün iş ve işlemlerin sekreteryası cezaya konu fiil veya haller mevzuatla kendilerine görev olarak verilen ilgili kamu kurum veya kuruluşu tarafından yapılır.

j) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

İdare ve denetim müdürlüğünün görevleri (3)

MADDE 17 – (1) (Değişik cümle:RG-12/9/2018-30533) İçişleri Bakanlığının görev alanına ilişkin olarak İdare ve Denetim Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu gereği valiliğe gönderilen kararlar ile ilgili işlemleri yapmak,

b) 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu gereğince, mahalli idare birliklerinin denetimini yapmak, denetim sırasında tespit edilecek kişi borçlarını karar alınmak üzere ilgili birliğe bildirmek, yetkili birlik organlarınca alınan kişi borcu kararlarını inceleyerek idari yargıya başvurulması gerekenleri Hukuk İşleri Şube Müdürlüğüne göndermek,

c) Valiliğin, mahalli idareler ve mahalli idarelerin kurdukları işletme, müessese, teşekkül ve birlikleri üzerindeki gözetim ve denetim yetkisi ile diğer vesayet görev ve yetkilerinin kullanılmasına ilişkin iş ve işlemleri yürütmek,

ç) Belediyelerin kurulması, bazı köylerin veya bağlıların belediyelerle birleşmesi işlemlerini yürütmek,

d) Mahalli idareler ve mahallî idare birliklerinin hukuki konularda görüş taleplerini cevaplamak, Bakanlık görüşü oluşturulması gerekenleri Bakanlığa göndermek,

e) Köy ve mahalle muhtarlarının izin, hastalık, görevden uzaklaştırma, istifa, ölüm gibi iş ve işlemlerini yürütmek,

f) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca, valilik ve kaymakamlıklarca yapılması gereken mahallî idareler ve mahallî idare birlikleri ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

g) (Değişik:RG-12/9/2018-30533) Güvenlik korucuları ve gönüllü güvenlik korucularıyla ilgili iş ve işlemlerin yürütülmesini sağlamak,

ğ) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

İl basın ve halkla ilişkiler müdürlüğünün görevleri

MADDE 18 – (1) İl Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Yazılı ve görsel basın ve diğer kitle iletişim araçlarında il ve valilik ile ilgili çıkan bilgi ve haberleri izlemek ve değerlendirmek,

b) Valinin talimatı doğrultusunda basın bültenini hazırlamak ve basına bilgi vermek, valiliğin basın toplantılarıyla ilgili işlerini yapmak,

c) Basın ilan ve basın-yayın ve enformasyon mevzuatının valilikler ile ilgili iş ve işlemlerini yürütmek,

ç) 10/8/1990 tarihli ve 90/748 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, gazete sahibi gerçek kişiler ile gazete sahibi şirketlerin yönetim ve denetim kurulu üyeleri, sorumlu müdürleri, başyazarları ve fıkra yazarlarının mal bildirim beyannameleri ile ilgili iş ve işlemleri yapmak ve beyannameleri muhafaza etmek,

d) Gazete, dergi, haber ajansları ve medya izleme merkezleri ile ilgili abonelik iş ve işlemlerini yapmak,

e) Sarı basın kartı başvurusu ile ilgili iş ve işlemleri yapmak,

f) 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununa göre yapılacak başvuruları kabul etmek, izlemek, sonuçlandırmak ve başvuru sahibine bilgi vermek,

g) Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER) ile ilgili her türlü iş ve işlemleri yapmak,

ğ) Basın ve halkla ilişkiler ile ilgili diğer iş ve işlemleri yürütmek,

h) (Ek:RG-20/12/2013-28857)(1) 5681 sayılı Matbaalar Kanunu ve 5187 sayılı Basın Kanununun uygulanmasında öngörülen bildirimleri kabul etmek ve valiliği ilgilendiren iş ve işlemleri yapmak,

ı)(1) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

Özel kalem müdürlüğünün görevleri

MADDE 19 – (1) Özel Kalem Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) İdari Hizmetler ve Koordinasyon Şefliği;

1) Valinin özel haberleşme ve gizlilik taşıyan yazışmaları ile görev ve izin işlerini yürütmek,

2) Vali tarafından; başarı belgesi, üstün başarı belgesi ve ödül verilmesi ile ilgili işleri yürütmek,

3) Vali için gerekli bilgi notları, kurumsal sunumlar ve toplantı dokümanlarının hazırlanmasını ve muhafazasını sağlamak,

4) Valiye gönderilen dilekçe, evrak ve faksların kabulünü yapmak, valinin talimatı doğrultusunda gereğinin yerine getirilmesini sağlamak,

5) Valinin ziyaret, davet, randevu ve programlarının yazışmalarını yapmak, takibi ve koordinasyonunu sağlamak,

6) Valinin koruma hizmetleri ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

7) Özel kalem müdürlüğüne bağlı birimlerin evrak, arşiv ve dokümantasyon işlerini yürütmek,

8) Makamın güvenlik güçleriyle ilgili işlemlerini yürütmek, günlük asayiş raporlarını muhafaza etmek, valinin direktifine göre bu konudaki haberleşme ve yazışmaları yapmak,

9) Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde valilik makamının silahlı kuvvetlerle olan ilişkilerini valinin direktifi altında yürütmek,

10) Askeri birliklerden yardım istenmesini zorunlu kılan durumlarda valiye İl İdaresi Kanunu ile tanınan yetkinin kullanılmasına ilişkin haberleşme ve yazışmaları yapmak,

11) Olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda; 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu ile 21/2/1984 tarihli ve 84/7778 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren Olağanüstü Hal Kurulu ve Bürolarının Kuruluş ve Görevleri ile Yükümlülüklerinin Karşılığının Tesbit ve Ödenmesi Hakkında Yönetmeliğin gerekli gördüğü büro oluşuncaya kadar ve sözü geçen büroların kaldırılması durumunda, yazışma, dosyalama ve arşivleme işlerini sağlamak,

12) Makama gelen istihbarat, sınır görüşmeleri gibi özel amaçlı ödenek ve harcama belgelerini valinin direktifi doğrultusunda muhafaza ve gerektiğinde usulünce imha etmek,

13) Koruyucu güvenlik mevzuatı uyarınca, özel kalem müdürlüğünü ilgilendiren işleri yürütmek,

14) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

b) Protokol Şefliği;

1) Protokol şube müdürlüğü bulunmayan illerde bu müdürlüğün görevlerini yapmak.

Protokol şube müdürlüğünün görevleri

MADDE 20 – (1) Protokol Şube Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Ulusal ve resmi bayramlar ile tarihi günlerde yapılacak törenlerde; protokol düzenini uygulamak, anıtlara konulacak çelenklerin hazırlanma, taşınma ve sunulması işlerini organize ederek protokol düzenine göre yapılmasını sağlamak,

b) 26/6/2006 tarihli ve 2006/11187 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren Devlet Cenaze Törenleri Yönetmeliğine göre düzenlenecek ulusal, resmi ve kurumsal cenaze törenleri ile ilgili işlemleri yapmak,

c) İl kutlama ve anma komitelerinin toplantılarını organize etmek, kutlama ve anma törenlerinin ilgili kanun ve yönetmelikler çerçevesinde icra edilmesi için yetkili ve görevli kurum ve kuruluşlar ile gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak,

ç) Resmi ziyaretler kapsamında; devlet büyüklerinin yurtiçi ve yurtdışı ziyaretleri ile yabancı devlet erkânının ülkemizi ziyaretlerinde, Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü veya Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Bakanlık veya diğer kurum ve kuruluşlarının il teşkilatı düzeyinde hazırladıkları programlarını ilgili birimlere ulaştırmak ve gerekli koordinasyonu sağlamak,

d) İl protokol listesinin güncel olarak tutulmasını ve valilik internet sitesinde yayınlanmasını sağlamak,

e) Kamu ve toplum yaşamında uygulanan protokol kuralları olarak: Bayrak ve taşıt protokolü; toplantı, brifing ve tören protokolü; görev devir-teslim ve imza törenleri; kurumsal törenler ve etkinlikler, temel atma, açılış, anma, kutlama, festival, şenlik ve benzerleri; oturma düzenleri ve konuşma sıraları; davet, karşılama, ağırlama, uğurlama ile resepsiyon, kokteyl ve resmî yemekler; protokol yazıları; dini bayramlarda bayramlaşma ve benzeri temsil ile ilgili valiliğin protokol işlerini düzenlemek ve ilgili kuruluşlarla işbirliği halinde yürütmek,

f) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

Hukuk işleri şube müdürlüğünün görevleri

MADDE 21 – (1) Hukuk İşleri Şube Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Hukuk İşleri Şefliği;

1) 1961 tarihli Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin Lahey Sözleşmesinin 6 ncı maddesi gereğince; bir belgenin gerçekliğinin tasdik edilerek başka bir ülkede yasal olarak kullanılmasını sağlayan, apostil tasdik şerhi verilmesi ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

2) Lahey Sözleşmesine taraf olmayan ülkelerde kullanılacak evrakın tasdik işlemleri ile ildeki yabancı ülke temsilciliklerince düzenlenmiş veya onaylanmış belgelerin tasdik işlemleri ile ilgili iş ve işlemleri ilgili mevzuat çerçevesinde yürütmek,

3) Valiliğe sorulan hukuki konular ile hukuki, mali, cezai sonuç doğuracak işlemler hakkında görüş bildirmek, hukuki danışmanlık hizmeti yapmak,

4) Valiliğin menfaatlerini koruyucu, anlaşmazlıkları önleyici hukuki tedbirleri zamanında almak, anlaşma ve sözleşmelerin bu esaslara uygun olarak yapılmasına yardımcı olmak,

5) Valiliğin amaçlarını gerçekleştirmek, mevzuata ve plan ve programa uygun çalışmasını temin etmek amacıyla gerekli hukuki teklifleri hazırlamak ve Valiye sunmak,

6) Mevzuatın uygulanmasına ilişkin bilgileri toplamak, değerlendirmek ve söz konusu mevzuatın geliştirilmesine yönelik çalışmaları yürütmek,

7) Valilik birimleri ve diğer müdürlüklerin hazırlamış oldukları yönerge ve diğer düzenleyici işlemler ile ilgili görüş bildirmek,

8) Mevzuatın valilik hukuk işleri şube müdürlüğünce yapılmasını gerekli gördüğü inceleme, denetleme hizmetlerine ilişkin sekretarya işlerini yapmak ve işlemlerini yürütmek,

9) Valiliğin, Dernekler İl Müdürlüğünün görev alanına girmeyen, sivil toplum kuruluşları ile kamu tüzel kişiliğine sahip meslek kuruluşları üzerindeki gözetim ve denetim yetkileri ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

10) 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun uygulanmasında valiliği ilgilendiren iş ve işlemleri yürütmek,

11) 23/11/2003 tarihli ve 25298 sayılı İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri gereği Kurulun sekretarya hizmetlerini yürütmek,

12) Lozan Antlaşması hükümleri çerçevesinde, azınlıklara ait dini, hayri, sıhhi, sosyal, eğitsel ve kültürel müesseseler ile bunların kamu kurum ve kuruluşlarıyla ilgili iş ve işlemlerini yürütmek,

13) (Ek:RG-20/12/2013-28857)(1) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun Ek 1 inci maddesinde yer alan bildirimleri kabul etmek,

14)(1) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

b) Dava İşleri Şefliği;

1) Adlî ve idarî yargı mercilerinde takip edilmesi gerekli dava ve konularla ilgili işlemleri yürütmek, gerekli bilgileri hazırlamak, kamu görevlilerine haksız suç isnadında bulunanlar hakkında kamu davası açılması talebini hazırlamak ve ilgili yargı yerlerine ulaştırmak,

2) İhtiyaç halinde, ilgili mevzuat hükümlerine göre serbest avukatlardan veya avukatlık ortaklıklarından hizmet satın alma iş ve işlemlerini yapmak,

3) 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu gereğince, kişi borçlarının tahsili konusunda yargıya yapılacak başvurular ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

4) 4353 sayılı Kanunun 24 üncü maddesine göre; hazineyi ilgilendiren idari davaların Muhakemat Müdürlüğüne bildirilmesi iş ve işlemlerini yürütmek,

5) Adli yargı yerlerinde görülmekte olan ve Hazine Avukatlarınca takip edilen davalarda onlara yardımcı olmak ve işbirliği yapmak,

6) Dava dosyaları ve yargılama süreci ile ilgili istatistikî bilgileri toplamak ve değerlendirmek,

7) Mahkemelerce verilen kararların yerine getirilmesini takip etmek, sonuçları hakkında bilgi toplamak ve makamı bilgilendirmek,

8) (Ek: RG-20/12/2013-28857)(1) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 5681 sayılı Matbaalar Kanunu, 5187 sayılı Basın Kanunu ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun Ek 1 inci maddesinde valiliği ilgilendiren davalarla ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

9)(1) Mevzuat veya vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

İl sosyal etüt ve proje müdürlüğünün görevleri

MADDE 22 – (1) İl Sosyal Etüt ve Proje Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Bakanlıkça ilin güvenlik ve sosyo-ekonomik politikaları konularında uygulanmak üzere gönderilen tedbir ve faaliyetlerin, ilgili birimler ile koordine edilerek il düzeyinde uygulanmasını sağlamak ve uygulamada varsa karşılaşılan sorunlar ile çözüm önerilerini içeren sonuç raporlarını Bakanlığa göndermek,

b) Görev alanı ile ilgili;

1) Bilgi ve belgeleri toplamak, tasnif etmek, analiz ve değerlendirmeler yapmak,

2) Proje ve araştırma yapmak, yaptırmak ve bu alandaki bilimsel çalışmaları desteklemek,

3) Kamuoyu araştırması yapmak, yaptırmak,

4) Toplantı, sempozyum, seminer, eğitim ve benzeri etkinlikler düzenlemek,

5) Yapılması planlanan veya yapılan faaliyetlerin hedef kitleye duyurulması için gereken iş ve işlemleri yapmak veya yaptırmak,

c) İlde toplum desteğinin sağlanmasına yönelik faaliyetleri yürütmek,

ç) İl genelinde göçün meydana getirdiği sorunlarla ilgili çalışmalar yapmak,

d) Tedbir, faaliyet ve hizmetlere ait dosyalama, gelen ve giden evrakın kayıt, dağıtım ve arşivlenmesini sağlamak,

e) Mevzuat veya vali tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

İdari hizmetler şube müdürlüğünün görevleri

MADDE 23 – (Başlığı ile birlikte değişik:RG-30/8/2014-29104)

(1) İdari Hizmetler Şube Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve 25/11/1992 tarihli ve 92/3809 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik kapsamındaki iş ve işlemleri yürütmek,

b) Hükümet konağının bakım ve onarımı ile bina ve çevre temizliğinin yapılmasını, elektrik, su, doğal gaz, kalorifer gibi tesisatların düzenli çalışmasını sağlamak, Valiliğe ait toplantı salonları ve teknik cihazları her zaman hizmete hazır bulundurmak,

c) Valilikte bulunan taşıtların bakım, onarım, kiralama, akaryakıt ve sigorta işlemlerini yapmak, personel servisi ile hizmet araçlarının belirlenen kurallar çerçevesinde düzenli çalışmasını sağlamak,

ç) Valilik personeline öğle yemeği için verilen yardım giderlerine ait bütçe tekliflerini hazırlamak ve ödeneklerinin teminine ait iş ve işlemleri yürütmek,

d) 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu ve 16/7/1984 tarihli ve 84/8345 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Konutları Yönetmeliği hükümlerine göre valiliğe ait lojmanlarla ilgili işlemleri yürütmek,

e) Hükümet konağı ve ek binalarında 22/9/1983 tarihli ve 2893 sayılı Türk Bayrağı Kanunu hükümlerinin uygulamasını sağlamak,

f) Hükümet konağı ve ek binalarında sivil savunma ve koruyucu güvenlik ile ilgili mevzuatının uygulamasını sağlamak, takip etmek ve iş ve işlemlerini birimlerle koordine ederek yürütmek,

g) Valilik haber merkezinin hizmet ve faaliyetlerini düzenlemek ve yürütmek,

ğ) 28/12/2006 tarihli ve 2006/11545 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Taşınır Mal Yönetmeliği gereğince yapılacak iş ve işlemler ile valilik ve birimler için gerekli araç, gereç ve malzemenin temini, kayıtlarının tutulması ve ihtiyaç duyulan bina ve arazinin kiralanması ve satın alınması ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek,

h) Vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

Bilgi işlem şube müdürlüğünün görevleri

MADDE 24 – (1) Bilgi İşlem Şube Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Valilik birimlerinin bilişim hizmet ve işlemlerinin; etkin, verimli, hızlı ve güvenli bir biçimde yürütülmesini sağlayacak sistemler ve ağlar kurmak, sürekli ve kesintisiz işleyişini sağlamak,

b) Valilik birimlerinin bilgisayar, yazıcı, tarayıcı, faks, fotokopi, modem ve benzeri bilişim cihazları ve sarf malzemeleri ihtiyacını Bakanlıkça belirlenen standartlara uygun olarak tespit etmek, gerektiğinde bunları temin etmek, donanımların bakım ve onarımlarını yapmak veya yaptırmak,

c) 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat gereğince sağlanan hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini saklamak ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini korumak,

ç) 1/11/2007 tarihli ve 26687 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik gereği, ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarına izin belgesi verilmesi, işletmecilerin eğitimi ve denetlenmesine ilişkin iş ve işlemleri yapmak,

d) Başta e-İçişleri Projesi olmak üzere, valilik ve kaymakamlıklara bağlı birimlerde uygulanacak her türlü bilgi işlem projesi ile ilgili koordinasyon ve işbirliğini sağlamak,

e) Bakanlıkça belirlenecek eğitim programlarının uygulanmasını sağlamak, eğitmen ve kullanıcıların eğitim ihtiyacını belirlemek ve bu ihtiyaçları karşılayacak eğitim organizasyonları yapmak,

f) Valilik internet sitesinin sürekli, güvenli ve güncel olarak yayınını sağlamak,

g) İlçe birimlerine bilgi işlem konularında destek vermek,

ğ) Mevzuat ve Vali tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

İKİNCİ BÖLÜM

İlçe Birimlerinin Görevleri

İlçe birimlerinin görevleri

MADDE 25 – (1) İl birimleri tarafından yürütülen hizmetler ilçelerde;

a) İl yazı işleri, il basın ve halkla ilişkiler, özel kalem ve protokol şube müdürlüklerince yürütülen hizmetler; ilçe yazı işleri müdürlüğü,

b) (Değişik ibare:RG-12/9/2018-30533) İdare ve denetim, il planlama ve koordinasyon ve (Değişik ibare:RG-30/8/2014-29104) idari hizmetler şube müdürlüklerince yürütülen hizmetler; (Değişik ibare:RG-12/9/2018-30533) İdare ve denetim şefliği,

c) İl idare kurulu ve hukuk işleri şube müdürlüklerince yürütülen hizmetler; ilçe hukuk işleri şefliği,

ç) Bilgi işlem şube müdürlüğünce yürütülen hizmetler; ilçe bilgi işlem şefliği,

d) İl sosyal etüt ve proje müdürlüğünce yürütülen hizmetler; ilçe sosyal etüt ve proje şefliği,

e) Müstakil şeflikleri bulunmayan ilçelerde bu müdürlüklere ait hizmetler; ilçe yazı işleri müdürlüğü,

tarafından yürütülür.

(2) İl'de olağanüstü hal uygulandığı takdirde ilçe olağanüstü hal bürosunun sekretarya hizmetleri, ilçe yazı işleri müdürlüğünce yürütülür.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Birimlerin Çalışması

BİRİNCİ BÖLÜM

Evrak Kabul, Havale ve Dağıtım İşleri

İş bölümü

MADDE 26 – (1) Valiliğe gelen her türlü evrakın kabulü, elektronik ortama kaydı, verilmiş yetki çerçevesinde havalesi ve dağıtımı ile birimlerden gönderilecek evrakın dağıtım ve postalama işleri İl Yazı İşleri Müdürlüğü Evrak Şefliği tarafından yapılır.

(2) Gelen evrakın niteliğine göre hangi görevli veya görevliler tarafından ilgili birim veya mercilere havale edileceği, valilik tarafından çıkarılacak İmza Yetkileri Yönergesi ile belirlenir. Doğrudan vali tarafından havale ve imza edilecek evrak da bu Yönergede gösterilir.

(3) İsme gelen veya elden verilen evrak, havale edildikten sonra evrak servisine verilir ve bu maddenin birinci fıkrasındaki işleme tabi tutulur.

(4) Özellik taşıyan evrak; çalışma gün ve saatleri dışında, posta yoluyla, güvenlik güçlerinin haberleşme görevlileri tarafından valiye, özel kalem müdürüne, şifre memuruna veya yetki verilen görevlilere teslim edilebilir.

(5) (Değişik ibare:RG-12/9/2018-30533) Cumhurbaşkanlığı ve TBMM Başkanlığı Genel Sekreterliğinden gelen evrak ile (Mülga ibare:RG-12/9/2018-30533) (...) Bakan imzasını taşıyan evrak, özellik taşıyan evrak gibi işlem görür.

(6) Evrak şefliği ilke olarak; kabul ve ayırma, normal evrak, gizli evrak ve dağıtım masalarına ayrılır:

a) Kabul ve ayırma masasında; elektronik ortamda ve elektronik ortam haricinde gelen evrakın alınması, açılması ve ayrılarak ilgili masalara aktarılması,

b) Normal evrak masasında; elektronik ortamda ve elektronik ortam haricinde gelen normal evrakın ve dilekçelerin yetkilisince havalesi ve imzalattırılması ve kaydı,

c) Gizli evrak masasında; özellik taşıyan ve değerli evrakın yetkilisince havalesi, imzalattırılması ve kaydı,

ç) Dağıtım masasında; gelen evrakın havale olunduğu birimlere dağıtımı, valilik ve kaymakamlık birimlerinden giden evrakın ilgili yerlere gönderilmesi,

işleri görülür.

(7) İş hacminin çok yüksek olduğu illerde ihtiyaca göre ayrı masalar teşkil edilebileceği gibi iş hacminin düşük olduğu yerlerde birden fazla masanın işleri bir masada gördürülebilir.

(8) Gizli evrak masası hizmetleri, imkânlara bağlı olarak, şeflik içinde ayrı bir oda veya bölmede yürütülür.

Evrak kabul görevlileri ve dağıtıcılar

MADDE 27 – (1) Evrak kabul edecek görevliler ile dağıtıcıların isim, unvan ve imza örnekleri resmi dairelerce karşılıklı olarak birbirlerine bildirilir. Değişiklikler de aynı işleme tabi tutulur.

Evrakın kabulü

MADDE 28 – (1) Elektronik ortamda gelen evrak, evrak kabul görevlisi tarafından teslim alınma işlemi ile kabul edilir.

(2) Posta, kurye, kurum ve kuruluşların dağıtıcıları ve iş sahibi kişiler yahut bunların kanuni temsilcilerince elden verilen her türlü evrak, dilekçe ve koliler evrak kabul ve ayırma görevlilerince alınır.

(3) Evraktan;

a) Zimmetle gelen evrak; alan görevlinin kimliğini belirtecek şekilde adı, soyadı ve kabul tarihi yazılmak ve imzalanmak suretiyle,

b) Diğerleri; zimmetsiz olarak,

c) Özellik taşıyan evrak; zarflarının kabul tarih ve saati belirtilerek,

teslim alınır.

(4) Müracaatın niteliği bakımından herhangi bir sakınca görülmediği hallerde, dilekçe ve evrakın iş sahiplerince veya kanuni temsilcilerince elden takibine imkân verilebilir.

(5) Bir dilekçeyi veya evrakı elden getiren kişiye, sahibini, konusunu, kayıt sayısı ile alınış tarihini belirtir bir evrak kabul ve kayıt fişi verilir.

(6) Zarfından yahut açık ise başlık ve kapsamından yanlış getirildiği anlaşılan evrak ve dilekçeler dağıtıcısına veya elden getiren kişiye iade edilir.

(7) İdareye güvenli elektronik imzayla imzalanarak elektronik ortamda gelen ve muhatabı olunmayan belge, belgeyi gönderene elektronik ortamda gerekçeli olarak iade edilir. Bu durumda belgenin bir kopyası elektronik ortamda muhafaza edilir.

Zarfların açılması

MADDE 29 – (1) Kişiler adına gelen zarflar ilgililerine verilmek üzere dağıtım masasına; gizli, kişiye özel, hizmete özel işaretli zarflar açılmadan gizli evrak masasına elden verilir.

(2) Diğer zarflar, özen gösterilerek açılır.

(3) Zarftan çıkan evrak;

a) Evrakın geldiği yer ve kuruluşu belli olup, hitap yeri boş, belirsiz ve içeriğinden de muhatabın anlaşılamadığı durumlarda zarfı ile birlikte iade edilmek üzere,

b) Hitap yerinde başka bir kuruluş adı yazılı ise, yanlışlığı belirtir bir not ile gideceği yere gönderilmek üzere,

c) İmzasız ise, bir not ile geri verilmek üzere,

ç) Kişilere hitap ediyorsa, zarfına eklenerek ilgili kişiye verilmek üzere,

dağıtım masasına verilir.

(4) Adressiz ve imzasız dilekçeler;

a) 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun gereğince işlem yapılmak üzere ilgili şefine verilir.

b) İsim ve adres sadece zarfta yazılı ise yahut gerek zarfta gerekse dilekçede herhangi bir isim ve adres yoksa zarf dilekçeye eklenerek aynı işleme tabi tutulur.

c) Elektronik ortamda gelen dilekçeler de aynı işleme tabi tutulur.

Evrakın ayrılması

MADDE 30 – (1) Kabul ve ayırma masasına gelen evraktan;

a) Normal evrak ve dilekçeler; normal evrak masası görevlilerine,

b) Özellik taşıyan ve değerli evrak; gizli evrak masası görevlilerine,

verilir.

c) Değerli evrak niteliği taşımayan ve belirli bir daireye veya kuruluşa teslimi gereken koliler, daireye veya kuruluş ilgililerine teslim edilmek üzere dağıtım masasına verilir.

Normal evrakın havalesi

MADDE 31 – (1) Elektronik ortamda gelen evrak, evrak kabul görevlisi tarafından teslim alındıktan sonra havale ve imza için yetkilisine iletilir.

(2) Elektronik ortam haricinde normal evrak masası görevlilerine gelen evrak ve dilekçeler, elektronik ortamda kaydı yapılarak, valilik birimlerine ait olanların taraması yapıldıktan sonra elektronik ortamda havale ve imza için yetkilisine sunulur.

(3) Havale, evrakın havale olduğu yer, havale tarihi ve havaleyi imzaya yetkili kişinin sıfatı yazılmak sureti ile elektronik ortamda yapılır.

(4) Havalesi doğrudan vali tarafından yapılacak evrak, şefi tarafından ayrılır. Tereddüt halinde il yazı işleri müdürünün görüşüne başvurulur.

(5) Teslim alınan evrakın aynı zamanda kabulü de yapılmış olduğundan dilekçelere ve normal evraka gelen evrak kayıt numarası verilir.

(6) Genel sayı, evrak için takvim yılı başında (1)'den başlamak ve yılsonuna kadar birbirini izlemek suretiyle verilir.

Gizli evrakın havalesi

MADDE 32 – (1) Elektronik ortamda gelen gizli evrak, yetkili evrak kabul görevlisi tarafından teslim alındıktan sonra havalesi yapılmak üzere yetkilisine iletilir.

(2) Özellik taşıyan ve değerli evraktan elektronik ortam haricinde gelenler, gidecekleri yerlere göre ayrılır ve havalesi yapılır. Valilik birimlerine gönderilen evrak, yetkili amirin uygun görüşü ile taraması yapıldıktan sonra, elektronik ortamda ilgilisine havalesi yapılır.

(3) Gizli evrak da normal evrak gibi elektronik ortamdan genel sayı alır.

Evrakın kaydı ve dağıtım masasına verilmesi

MADDE 33 – (1) Elektronik ortamda gelen evrak, görevlinin evrakı kabulü ile otomatik olarak sayısını sistemden alır ve kaydı tamamlanır. Postayla veya elden gelen evrak ise birimi ilgilendiriyorsa taraması yapıldıktan sonra sistem üzerinden evrakın türü, geldiği yer, sayısı, tarihi, varsa ek sayısı, konusu, havale olunduğu yer başlıklarına göre belirlenecek sütunlara gerekli bilgilerin yazılması suretiyle kaydolunur.

(2) Kayıt alan evrak dağıtıma verilir.

Dilekçelere uygulanacak işlem

MADDE 34 – (1) Evrak şefliğine elektronik ortamda, postayla veya kurum ve kuruluşların dağıtıcılarınca getirilen dilekçeler, havale ve imza işlemi yapıldıktan sonra, ilgili daire, kurum veya kuruluşa gönderilir.

(2) İçişleri birimlerini ilgilendiren dilekçeler, taraması yapıldıktan sonra, ilgili birime gönderilir.

(3) İlgili birim tarafından dilekçenin gereği yapılarak sonucu hakkında müracaat sahibine bilgi verilir ve işlem kapatılır.

Evrakın gönderilmesi ve dağıtımı

MADDE 35 – (1) Elektronik ortamda hazırlanan evrak imzalandıktan sonra sistemden otomatik olarak evrak sayısı alarak postalanmaya hazır hale gelir ve ilgili görevli tarafından elektronik ortamda gönderilir. Elektronik ortam haricinde dağıtım masasına gelen evrak süratle dağıtıma tabi tutulur.

(2) Bu Yönetmelikte düzenlenen valilik birimlerine gidecek, özellik taşıyan ve değerli evrak ile evrak şefinin gerekli gördüğü normal evrak zimmetle; diğer normal evrak zimmetsiz olarak verilir. Diğer evrak gidecekleri yere göre ayrılır. Bunlardan gizlilik dereceli olmayanlar zarflanmadan, gizlilik dereceli olanlar ise zarflanarak, havale edildikleri yerlere zimmetle verilir.

(3) Sistem içi ve sistem dışı gelen zimmetli evrak; elektronik ortamda düzenlenen teslim fişinin çıktısı alınarak ilgilisine imzalatılır. Bu imkân yoksa zimmet kaydı yapılmak suretiyle teslim edilir.

(4) Zimmet kaydında; kayıt edilen evrakın türü, geliş yeri, konusu, varsa eki, valilik evrak şefliğinde aldığı genel sayı, havale edildiği veya gönderildiği yer, teslim edildiği tarih ve teslim alanın ad ve soyadı, görev unvanı ve imza sütunları bulunur.

(5) Dağıtımı yapılacak evrak, günde en az bir defa, dağıtıcılar tarafından ilgili birimlere ulaştırılır.

(6) İvedi dereceli evrak, havale edildikçe dağıtıma verilir veya ilgili birimlerce özel görevli ile aldırılmaları sağlanır.

İKİNCİ BÖLÜM

Valilik Birimlerinde Evraka Uygulanacak İşlem

Birimlerde evrakın alınması

MADDE 36 – (1) Evrak Şefliğinden valilik birimlerine gönderilen evrak, elektronik ortamda ya da gerekiyorsa kâğıt kullanılarak, görevli memur tarafından teslim alınır ve öncesinin olup olmadığı araştırılır. Evrakın öncesi varsa onunla birleştirilmek suretiyle; yoksa dosya plânına göre yeni bir dosya açılarak, birim amirine veya yetkilendirilen görevliye verilir.

(2) Gelen evrakın öncesi olup dosyası yerinde değilse, konu koduna göre geçici bir dosya açılır ve asıl dosyanın kimde olduğu dosya üzerinde gösterilerek birinci fıkradaki işlem yapılır.

(3) Birim amiri veya yetkilendirilen görevli evrakı, niteliğine göre, ilgili gördüğü memura havale eder.

Birimlerde evrakın incelenmesi ve gereğinin yapılması

MADDE 37 – (1) Evrak havale edildiği memur tarafından incelenir. İlgili memur tarafından evrakın gereği, amirlerinin görüş, tavsiye ve talimatları doğrultusunda elektronik ortamda ya da gerekiyorsa kâğıt kullanılarak yapılır.

(2) Yazışmalar, Resmî Yazışmalarda Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılır.

Birimlerde işlemi tamamlanan evrakın gönderilmesi

MADDE 38 – (1) Valilik birimlerinde hazırlanan ve imzalanan evrak, evrak sayısını elektronik ortamda alır ve evrakı postalayacak görevliye sistem üzerinden ulaşır. Kaydının tamamlanmasını müteakip kurum, kuruluş veya kişilere elektronik ortamda gönderilir. Elektronik olarak teslimi mümkün olmayan kurumlara iletilecek yazılar ise kâğıda dökülerek gönderilir.

(2) Güvenli elektronik imzayla imzalanarak üretilmiş bir belgeden çıktı alınıp gönderilmesine ihtiyaç duyulması hâlinde bu işlem sadece idarece yetkilendirilmiş görevli tarafından

gerçekleştirilir. Çıktının uygun bir yerine Belgenin Aslı Elektronik İmzalıdır ibaresi konulur. Çıktı, idarece yetkilendirilmiş görevlinin adı, soyadı ve unvanı belirtilmek suretiyle görevli tarafından imzalanır ve kırmızı ya da mavi mühürle mühürlenir. İmza ile mührün üst üste gelmemesine dikkat edilir.

(3) Resmî yazılar, yazının içeriği ve ivedilik durumuna göre faks ile de gönderilebilir. Faks ile yapılan yazışmalarda, yazıda belirtilen hususlarda hemen işlem yapılır. Faks ile yapılan yazışmaların beş gün içerisinde resmî yazı ile teyidi yapılır.

(4) Birimlerden gönderilen evrakın, taahhütlü veya iadeli taahhütlü, Acele Posta Servisi veya kargo gibi özellik taşıyan posta ile gönderilmesi düşünülüyorsa; hangi posta ile gönderilmesi gerektiği, ilgilisince, dağıtım masasına bildirilir.

(5) Dağıtım masasına sevk edilmek üzere bırakılan evrak, ya dağıtıcı aracılığı ile yahut evrakın niteliğine göre gerekiyorsa zarflanma ve pullanma işleri de yapılarak posta ile ilgili birimlere ulaştırılır.

(6) Bu Yönetmelikte belirtilen valilik birimlerinin gidecek olan evrakı zimmetsiz; bu birimler dışında kalan fakat evrak kabul ve sevk işlemleri valilik evrak şefliklerince yürütülen Bakanlık birimlerinin gidecek evrakı ise zimmetle dağıtım masası görevlilerine teslim edilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İlçelerde Evrak Kabul, Havale ve Dağıtım İşleri ve Kaymakamlık Birimlerinde Evraka Uygulanacak İşlem

İlçelerde evraka uygulanacak işlem

MADDE 39 – (1) Kaymakamlığa gelen her türlü evrakın kabulü, elektronik ortama kaydı, verilmiş yetki çerçevesinde havalesi ve dağıtımı ile birimlerden gönderilecek evrakın dağıtım ve postalama işleri, İl Yazı İşleri Müdürlüğü Evrak Şefliğindeki esaslara paralel şekilde "İlçe Yazı İşleri Müdürlüğü Evrak Şefliği" tarafından yapılır.

(2) Gelen evrakın niteliğine göre hangi görevli veya görevliler tarafından ilgili birim veya mercilere havale edileceği, kaymakamlıkça çıkarılan İmza Yetkileri Yönergesi ile belirlenir.

(3) Özellik taşıyan evrak; çalışma gün ve saatleri dışında, posta yoluyla, güvenlik güçlerinin haberleşme görevlileri tarafından kaymakamlara veya bunlar adına yetki verilen görevlilere teslim edilebilir.

(4) Elektronik ortam haricinde normal evrak masası görevlilerine gelen evrak ve dilekçeler, elektronik ortamda kaydı yapılarak, kaymakamlık birimlerine ait olanların taraması yapıldıktan sonra elektronik ortamda havale ve imza için yetkilisine sunulur.

(5) Özellik taşıyan ve değerli evraktan elektronik ortam haricinde gelenler, gidecekleri yerlere göre ayrılır ve havalesi yapılır. Kaymakamlık birimlerine gönderilen evrak, yetkili amirin uygun görüşü ile taraması yapıldıktan sonra, elektronik ortamda ilgilisine havalesi yapılır.

(6) Havalesi doğrudan kaymakam tarafından yapılacak evrak, şefi tarafından ayrılır. Tereddüt halinde ilçe yazı işleri müdürünün görüşüne başvurulur.

(7) İş hacminin çok yüksek olduğu ilçelerde ihtiyaca göre ayrı evrak masaları teşkil edilebileceği gibi iş hacminin düşük olduğu yerlerde birden fazla masanın işleri bir masada gördürülebilir.

(8) Yukarıdaki fıkralar dışında Kaymakamlıklarda, evrak kabul, havale ve dağıtım işleri Üçüncü Kısım Birinci Bölümde düzenlenen valilik birimlerindeki esaslara paralel biçimde yapılır.

Kaymakamlık birimlerinde evraka uygulanacak işlem

MADDE 40 – (1) Kaymakamlık birimlerinde evraka uygulanacak işlem, Üçüncü Kısım İkinci Bölümde düzenlenen valilik birimlerindeki esaslara paralel biçimde yürütülür.

(2) Kaymakamlık birimlerinde de defterler elektronik ortamda tutulur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Dosyalama İşleri

Dosyalama ilkesi

MADDE 41 – (1) Birimlerin görev alanına giren konularda Standart Dosya Planına göre dosya açılır. Dosyalama öncelikle elektronik ortamda yapılır. Kâğıt ortamında gelen evrakın taraması yapıldıktan sonra e-İçişleri ortamında dosyalanır ve ilgili dosyasına konulur.

Ana dosya ve açılma şekli

MADDE 42 – (1) Ana dosya; ana konu kapsamına giren bütün konuları ve işlemleri kapsayan evrakın toplandığı konu kodunun adıdır. Bu grup tek bir klasörden oluşabileceği gibi işlemlerin fazlalığı halinde birden çok klasörden de oluşabilir. Ana dosya, o dosya numarasını taşıyan bir yazı gönderildiği veya geldiği zaman Standart Dosya Planındaki konu kodlarına göre açılır. Ana dosya ile ilgili olmasına rağmen alt bölümlemelerde tanımlanmayan konulara ait yazıların dosyalanması için “diğer” adı altında ayrı bir dosya açılır.

(2) Standart Dosya Planındaki konu kodlarının yetersiz kalması halinde valiliklerce, Ekim sonuna kadar, yapılacak talep üzerine Bakanlıkça yeni konu kodları yılda bir defa Aralık ayında belirlenir ve Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğüne bildirilir.

Ana dosya anahtarı

MADDE 43 – (1) Standart Dosya Planındaki ana dosya sayıları ve konuları numara sırası alt alta yazılmak suretiyle bir dosya anahtarı hazırlanır ve bu dosya anahtarı birimin merkezi bir yerine asılır. Ana dosyalara sayı ve konu bu dosya anahtarından verilir.

Tali dosya ve açılma şekli

MADDE 44 – (1) Tali dosya; ana dosya kapsamına giren çeşitli konu, iş ve işlemlere ait evrakın toplandığı dosyaların adıdır.

(2) Bu işlemlerin her biri ayrı bir dosya gömleğinde toplanır ve ana dosya klasörleri arasına konur.

(3) Bu dosyalar ilgili memurun talebi üzerine müdür tarafından açılır.

Ana dosyanın numaralanması ve konu yazılması

MADDE 45 – (1) Ana dosya klasörünün kapak sırtına dosyayı tanımlayan "kurum adı, birim adı, dosya numarası, konu adı ve yılı" yazılır.

Tali dosya fihristleri

MADDE 46 – (1) Bir ana dosya içerisindeki bütün tali dosyaların sıra sayısı ve konusu alt alta yazılmak suretiyle bir fihrist hazırlanır. Fihrist ilgili ana dosya klasörü kapağının iç yüzüne yapıştırılır.

Tali dosyanın numaralanması ve konu yazılması

MADDE 47 – (1) Tali dosya gömleklerinin üzerine dosya numarası ve dosya konusu yazılır.

(2) Tali dosya numarası ana dosya sıra sayısı ile tali dosya fihristinden alınmış konu ve sıra sayısının bir arada yazılmasından oluşur.

Tali dosyaların bölünmesi

MADDE 48 – (1) Tali dosya açılması sırasında konu kapsamı mümkün olduğu kadar dar tutulur. İşlemlerin yürütülmesi sırasında konunun yeni dosyalara bölünmesi ihtiyacı ortaya çıktığı takdirde yeni açılan dosyaya fihristten yeni numara verilir.

Geçici dosya ve açılma şekli

MADDE 49 – (1) Geçici dosya; birime gelen herhangi bir evraka ait ana dosyanın bir başka birimde, ayrı bir kişi veya yerde ve benzeri bulunması ve o sırada geri alınmasının mümkün olmaması halinde açılacak dosyanın adıdır.

(2) Bu dosya ilgili memurun talebi üzerine müdür tarafından açılır. Dosyanın üzerine geçici olduğu ve asıl dosyanın numarası yazılır.

(3) Geçici dosyadaki evrak en kısa zamanda asıl dosyaya aktarılır ve geçici dosya iptal edilir.

Evrakın dosyalara konulması

MADDE 50 – (1) Birimlerin görevleri ile ilgili evrak Standart Dosya Planına göre ana dosyalara konulur.

Birden fazla dosyayı ilgilendiren evrakın dosyalanması

MADDE 51 – (1) Gelen evrak, birden fazla dosya ile ilişkili ise evrakın aslı en çok ilgili olduğu dosyaya konur. İlgili diğer dosyalara evrakın birer fotokopisi veya geldiği yer, gün, sayı ve konusunu gösteren bir not eklenir.

Beklemeli evrak

MADDE 52 – (1) Bir birimin, işlemlerini üstlenip üstlenmemesi henüz belirgin hale gelmemiş konuları kapsayan evrak, beklemeli evrak sayılır. Bunlardan birime ait oldukları kabul edilenler, konuları ile bağlantılı açılmış veya açılacak dosyaya konulur.

Görevliler tarafından özel dosya açılamaması

MADDE 53 – (1) Görevliler tarafından, evrak kendilerinde kalmak üzere, özel dosya açılmaması esastır. Ancak vali, vali yardımcıları, kaymakamlar, il hukuk işleri müdürleri, özel kalem müdürleri ve valilerin yetki vereceği birim müdürleri hizmetin gerektirdiği hallerde özel dosya açabilir ve işlemleri bu dosyadan izleyip sonuçlandırabilir.

Dosya istenmesi ve iadesi

MADDE 54 – (1) İşlemleri yapmakla görevli kişi dosyalamadan sorumlu memurdan ilgili dosyayı yazılı bir fişle isteyebilir.

(2) Zorunlu hallerde sorumlusunun bilgisi olmadan dosyayı almak durumunda kalan görevli dosya memuruna en kısa zamanda bilgi verir.

(3) Alınan dosya, işlemi biter bitmez görevlisine iade edilir.

(4) Dosyalamadan sorumlu görevli tarafından gerekli görülen hallerde işleme verilen dosya; numarası, konusu, verildiği görevlinin adı ve unvanı ve veriliş tarihi bir karta yazılmak suretiyle izlenir.

Dosyanın tekrar görülmek istenmesi

MADDE 55 – (1) Görevli kişi, bir dosyayı belli bir süre sonra tekrar görmek istiyorsa adını, görev unvanını ve görmek istediği tarihi belirten yazılı bir fişi dosyaya ekleyerek dosyalama memuruna verir.

(2) Dosyalama memuru, tekrar görülmek istenilen evrakı fişte belirtilen tarihte fiş sahibine verir ve usulüne göre takip eder.

Dosyadan evrak çıkarılması ve koyulması

MADDE 56 – (1) Kural olarak evrak, dosyası ile birlikte işleme verilir ve alınır, dosyasından ayrılmaz. Evrakın dosyasından çıkarılmasının zorunlu olduğu hallerde, dosyasındaki yerine, evrakın geldiği veya gittiği yeri, verildiği kişiyi, tarihini, sayısını, konusunu ve belli ise geri verileceği tarihi belirten bir ilgi fişi konulur.

Klasör ve dosya cinsleri

MADDE 57 – (1) Evrakın dosyalanmasında, standartlara göre yapılmış dosya ve klasörler kullanılır.

(2) Özellikleri bakımından dosyalara veya klasörlere sığdırılamayacak evrak özelliklerinin gerektirdiği yerde ve biçimde saklanır.

Dosyaların saklanması

MADDE 58 – (1) Dosyalar, standartlara uygun dosya dolaplarında saklanır.

(2) Klasörler, dolap ve raflara dosya anahtarındaki sıralamaya uygun olarak ve taşıdıkları numara ve ad kolayca görülebilecek biçimde sıralanır. Raf veya dolap üzerine o bölümde yer alan klasörlerin ilk ve son numaraları yazılır.

Dosyaların saklanmasında sorumluluk

MADDE 59 – (1) Valilik ve kaymakamlık birimlerinde dosyalar, görevli memurun sorumluluğundadır ve ondan habersiz alınamaz. Zorunlu hallerde ise dosyanın yerine alındığına dair bir yazılı belge konulur.

(2) Evrak veya dosyanın kurum dışına çıkarılması ilke olarak yasaktır. Vali, vali yardımcısı, kaymakam, müdür, şifre memuru gibi görevlilerin, hizmetin gerektirdiği hallerde, kurum dışına

evrak götürmek zorunda kalmaları halinde en kısa sürede bu evrak veya dosya ilgili memuruna geri verilir.

(3) Gizlilik dereceli ve muhafazası özel mevzuatı ile kurallara bağlanmış evrakın, gizli evrak için konulmuş esaslar içinde yangına, tabii afetlere, hırsızlığa karşı korunacak biçimde saklanmasından dosyalama memuru ile varsa o gizli evrakı muhafaza ile özel olarak görevlendirilmiş kişiler ortaklaşa sorumludur.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Kurul veya Komisyonların Çalışmaları

Kurul veya komisyonların toplanması

MADDE 60 – (1) İşlemleri, valilik ve kaymakamlık birimlerini ilgilendiren kurul veya komisyonlar;

a) Özel mevzuatında belirtilmişse belirtilen zaman ve sürede,

b) Özel mevzuatında belirtilmemişse kurul veya komisyonun tespit edeceği zaman veya sürede,

c) Özel mevzuatında engelleyici bir hüküm yoksa Başkanın çağrısı üzerine olağanüstü olarak,

toplanır.

(2) Kurul veya komisyonlar, Başkanlıkça belirlenen gündem uyarınca toplanır.

(3) Gündem hakkında toplantıdan önce üyelere bilgi verilir.

Kararların alınması

MADDE 61 – (1) Kurullar, özel mevzuatında ayrıca bir hüküm yoksa üyelerinin yarısından fazlasının katılımıyla toplanır ve kararlar mevcut üyelerin çoğunluğu ile alınır.

a) Toplantıda bulunmayan üyelerin özürleri karar tutanağında belirtilir.

b) Çoğunluk kararına aykırı görüşte olan üyelerin karşı oy gerekçeleri karar altında özet olarak gösterilir.

c) Toplantıları başkan açar ve kapatır. Oylamada eşitlik olursa başkanın bulunduğu taraf çoğunluk sayılır.

ç) Üzerinde görüşme yapılan dosya hakkında kesin karar verilmesine imkân vermeyen eksiklikler söz konusu ise eksikliklerin tamamlanması için ara kararı alınarak makul bir süre verilir. Ara kararı doğrultusunda eksiği tamamlanan dosya kurulda yeniden görüşülerek karara bağlanır.

Kurulların sekretarya hizmetleri

MADDE 62 – (1) İşlemleri valilik veya kaymakamlık birimlerini ilgilendiren kurul veya komisyonların sekretarya hizmetleri ilgili birimince yürütülür.

(2) Kurulda ancak, başkanlıkça havale edilmiş konular görüşülebilir.

(3) Kurulca, mevzuatta toplanması öngörülen toplantı zamanında, görüşülecek herhangi bir konu yoksa toplantı yapılmaz; ancak durum sekretarya görevlileri tarafından elektronik ortamda düzenlenen karar defterinde belirtilir ve çıktısı alınarak başkan tarafından imzalanır.

(4) Başkanlığını vali, vali yardımcısı veya kaymakamın yaptığı ve sekretarya hizmetleri valilik ve kaymakamlık birimleri dışındaki kuruluşlarca yürütülen kurullarda alınan kararların birer sureti, karar tarihini takip eden en geç bir hafta içinde valilik veya kaymakamlığa gönderilir. Kararların bir sureti İçişleri Bakanlığı Standart Dosya Planında valilik ve kaymakamlık bölümü altındaki kararlar ile ilgili işler konu kodlu dosyada muhafaza edilir.

ALTINCI BÖLÜM

Birimlerde Tutulacak Defterler

İdare kurulu karar özetleri defteri

MADDE 63 – (1) Çeşitli kanunlarla il ve ilçe idare kurullarına görev olarak verilen konulara ait olup kurullara havale edilen evrakın kaydı, verilen kararın özetinin tespiti ve daha sonra gördüğü işlemlerin sonucunun bir arada görülmesini sağlamak üzere, idare kurulu biriminde elektronik ortamda İdare Kurulu Karar Özetleri Defteri tutulur.

(2) Alınan kararlar bu deftere elektronik ortamda işlenir ve çıktısı alındıktan sonra başkan ve üyelerce imzalanır. İmza işleri toplantı ve karar tarihinden itibaren en kısa zamanda tamamlanır ve çıktılar dosyalanır.

(3) Özetleri deftere işlenmiş olan kararlar, gerekçeli asıl kararlar olarak elektronik ortamda yeterli sayıda çıktısı alınarak başkan ve üyelere ayrıca imzalattırılır.

(4) Gerekçeli bu kararların imzalı asılları numara sırasıyla dizilir, ayrı bir dosyaya konur ve bu dosyalar klasörlerde muhafaza edilir. Kararların diğer örnekleri dosyalara bağlanarak işleme konulur.

Memurların yargılanmalarına ilişkin defterler

MADDE 64 – (1) 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince verilen kararlar, Ön İnceleme Karar Özetleri Defterine elektronik ortamda kaydedilir. Kararların birer örneği bu Yönetmeliğin 63 üncü maddesinde belirtilen şekilde muhafaza edilir.

(2) 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca verilen kararlar, Akademik Personel Haricinde Kalan Üniversite Personelinin Yargılanması Hakkında Karar Özetleri Defterine elektronik ortamda kaydedilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkralarda verilen kararlar ilgili memurun özlük dosyasına konulmak üzere kurumuna gönderilir.

(4) Yargı mercilerine tevdi edilen dosyalar hakkında verilen kesin kararlar da izlenerek, deftere elektronik ortamda işlenir ve ilgili görevlinin özlük dosyasına konulmak üzere kurumuna gönderilir.

Araştırma, inceleme ve soruşturma emirleri takip defteri

MADDE 65 – (1) Vali ve kaymakamlarca verilen araştırma, inceleme ve soruşturma emirlerinin takibi için Araştırma, İnceleme ve Soruşturma Emirleri Takip Defteri elektronik ortamda tutulur.

İl disiplin kurulu karar özetleri defteri

MADDE 66 – (1) 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, özel kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre işlem yapılmak üzere il disiplin kuruluna intikal ettirilen evrakın kaydı ve verilen karar özetinin yazılması amacıyla il idare kurulu müdürlüğünce elektronik ortamda İl Disiplin Kurulu Karar Özetleri Defteri tutulur.

(2) Söz konusu kararların deftere işlenmesi, imzalanması, gerekçeli asıl kararların hazırlanması, işleme konulması, birer örneğinin klasörde saklanması bu Yönetmeliğin 63 üncü maddesinde zikredilen defter için uygulanan usule tabidir.

3091 sayılı taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkında kanun hükümleri gereğince alınan karar özetleri defteri

MADDE 67 – (1) 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun hükümlerince valilik ve kaymakamlığa yapılacak müracaatların kaydı, verilen kararların yazılması ve daha sonra yapılan işlemlerle ilgili sonucun bir arada görülmesini sağlamak üzere il idare kurulu müdürlüğünde 3091 Sayılı Kanun Gereğince Alınan Karar Özetleri Defteri elektronik ortamda tutulur.

(2) Kararların asılları numara sırasına göre ayrı bir dosyada saklanır ve yılsonunda klasörüne konulur.

Belediye meclis kararları kayıt defteri

MADDE 68 – (1) Mevzuatı gereği mülki idare amirine gönderilmesi gereken belediye meclis kararları Belediye Meclis Kararları Kayıt Defterine elektronik ortamda kaydedilir.

Defterlere ilişkin ortak hükümler

MADDE 69 – (1) Defterlerdeki sıra numaraları, Tanıtıcı Bayrak Kayıt Defteri, Apostil Kayıt Defteri gibi özellik taşıyanlar hariç, her takvim yılında (1)' den başlanarak verilir.

(2) Yılsonunda elektronik ortamda tutulan defterlerin raporları alınarak birim müdürü tarafından imzalanır ve dosyasında saklanır.

(3) Maddi hatalar vali, ilgili vali yardımcısı ve kaymakam onayıyla düzeltilir.

(4) Bu Yönetmelikte öngörülen defterlerin şekilleri, halen uygulanmakta olan şekillerdir. Ancak Bakanlıkça lüzum görülmesi halinde, defterlerin şekilleri yeniden belirlenir ve bir genelge ile valiliklere duyurulur.

YEDİNCİ BÖLÜM

Arşivleme

İl ve ilçe arşivleri

MADDE 70 – (1) Her il ve ilçede ilgili birim amirinin yetki ve sorumluluğunda bir arşiv bulunur.

(2) Hükümet konaklarında bu maksatla yeterli hacim ve nitelikte bir yer arşiv olarak hazırlanır.

(3) İşlemlerde kullanılmayan, fakat gerektiğinde başvurmak üzere belirli bir süre saklanması zorunlu görülen, evrak arşivlik malzeme olarak adlandırılır.

(4) Arşiv yerinin düzenlenmesi, arşivlik malzemenin ayıklanması ve diğer arşiv işleri, İçişleri Bakanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatı Arşiv Hizmetleri Yönetmeliği hükümlerine göre yapılır.

(5) Evrakın el değiştirmesi ve muhafazası konusunda koruyucu güvenlik mevzuatı hükümleri saklıdır.

(6) e-İçişleri kapsamında evrak elektronik imza ile imzalandıktan sonra elektronik ortamda arşivlenir. Ancak, günün ihtiyaç ve şartlarına göre bu konudaki uygulama Bakanlıkça belirlenir.

DÖRDÜNCÜ KISIM

Çeşitli ve Son Hükümler

İş ve işlemlerin yürütülmesinde devamlılık

MADDE 71 – (1) Bakanlık, sistemin işleyişi ile ilgili ilke ve usulleri değişen şartlara göre düzenleyebilir.

(2) Bu Yönetmelikle belirlenen iş ve işlemlerin mücbir sebeplerle elektronik ortamda yürütülememesi durumunda Bakanlıkça yapılacak duyuruya göre yazılı olarak yürütülebilir.

Atıflar

MADDE 72 – (1) 10/9/1988 tarihli ve 19925 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Valilik ve Kaymakamlık Büroları Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğine yapılmış olan atıflar bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.

(2) Diğer yönetmeliklerle valilik ve kaymakamlık birimlerine verilen görevlerin yürütülmesinde bu Yönetmelik hükümleri uygulanır.

Temsil

MADDE 72/A – (Ek:RG-28/7/2018-30492)

(3) Vali ilde Devletin ve Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtası; kaymakam ilçede Cumhurbaşkanının temsilcisi ve idari yürütme vasıtasıdır.

Hizmetlerin aynı birimde gördürülmesi

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Yönetmelikte sayılan yeni birimlerin il ve ilçelerde kurulması, kadro ve personel sağlanması işlemleri tamamlanıncaya kadar bu şube müdürlükleri veya şefliklerin işleri diğer bir şube müdürlüğüne veya şefliğe gördürülebilir.

(2) İl ve ilçelerde bu maddede belirtilen düzenleme ve değişiklikler vali ve kaymakamlar tarafından yapılır.

Yürürlükten kaldırma

MADDE 73 – (1) 10/9/1988 tarihli ve 19925 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Valilik ve Kaymakamlık Büroları Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

MADDE 74 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 75 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini İçişleri Bakanı yürütür.

(1) 20/12/2013 tarihli ve 28857 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliği ile bu Yönetmeliğin 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinden sonra gelmek üzere (h) bendi eklenmiş; 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine (12) numaralı alt bentten sonra gelmek üzere (13) numaralı alt bent; (b) bendinin (7) numaralı alt bendinden sonra gelmek üzere (8) numaralı alt bent eklenmiş ve müteakip bentler buna göre teselsül ettirilmiştir.

(2) Bu değişiklikle 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine (10) numaralı alt bentten sonra gelmek üzere alt bentler eklenmiş, mevcut (11) numaralı alt bent buna göre teselsül ettirilmiştir.

(3) 12/9/2018 tarihli ve 30533 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklik ile Yönetmeliğin 17 nci maddesinin başlığı '' İl mahalli idareler müdürlüğünün görevleri'' iken yönetmeliğe işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: : 21.01.2017

Resmi Gazete Sayısı : 29995

BİRİNCİ KISIM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç ve kapsam

MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin amacı; jandarmanın teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarını, diğer makamlarla ilişkilerini, birlikte çalışma ve işbirliği esasları dahil komuta ve kontrol ilişkilerini düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2

(1) Bu Yönetmelik, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 24 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3

(1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Asayiş: Hukuka uygun ve gerekli önlemlerin alınması sonucu, Devlete, topluma, kişilere, mal ve eşyalara yönelik tehlike, kaza ve sabotajların söz konusu olmadığı bir ortamı, düzensizlik ve karışıklıkların önlendiği, hayatın normal akışının sağlandığı hali, dirlik ve düzenin varlığı konusunda kamuda oluşan yerleşik ve yaygın inancı,

b) Bakan: İçişleri Bakanını,

c) Bakanlık: İçişleri Bakanlığını,

ç) Emir: Göreve ait bir talep ya da yasağın söz, yazı ve sair suretle ifadesini,

d) Emniyet: Devlete, topluma, kişilere, mal ve eşyalara yönelik tehlike, kaza ve sabotajları önlemek için alınan hukuka uygun önlemlerin tümünü ve bu önlemlerin alınmış bulunduğu hali,

e) Genel kolluk: Kamu düzeninin korunmasını sağlayan, mevzuatla verilen görevleri yerine getiren ve silah kullanma yetkisini haiz Bakanlığa bağlı jandarma, sahil güvenlik ve polisi,

f) Görev: Mevzuat gereğince yapılması ya da yapılmaması öngörülen hususlar ile amir tarafından verilen emirleri,

g) Jandarma asayiş komando birlikleri: Gerektiğinde bağlı olduğu il jandarma komutanlığının diğer birliklerini takviye etmek, her türlü toplumsal olaylara süratle müdahale etmek, terörle mücadele faaliyetlerini yürütmek, takip ve tenkil harekatını yürütmek amacıyla Bakanlıkça gerek görülecek yerlerde konuşlandırılan genel kolluk birliklerini,

ğ) Jandarma hizmet merkezi: İhtiyaç üzerine mülki amirin onayı ile emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunması amacıyla geçici olarak teşkil edilen jandarma birimini,

h) Jandarma kriminal birimleri: Jandarma Kriminal Daire Başkanlığı (JKDB) , Jandarma kriminal laboratuvar amirlikleri, olay yeri inceleme timleri (OYİT) , patlayıcı madde imha timleri ile kriminal alanda görev yapacak diğer özel maksatlı (felaket kurbanlarını kimliklendirme ve benzeri) timleri,

ı) Jandarma komando birlikleri: Jandarma Genel Komutanlığının ihtiyatını oluşturmak üzere gerektiğinde mahalli jandarma birliklerinin gücü dışına çıkan toplumsal olaylara müdahale etmek ve terörle mücadele faaliyetlerini yürütmek amacıyla Bakanlıkça gerek görülen yerlerde konuşlandırılan birlikleri,

i) Kamu düzeni: Emniyet ve asayiş, huzur ve sükun, genel sağlık ve genel ahlak unsurlarından oluşan, hak ve hürriyetlerin tam olarak kullanımına elverişli ortamı,

j) Kapalı yerler: Konut, işyerleri ve eklentileri ile bunların dışında olsa bile zilyedinin rızası bulunmadıkça girilmemesi gerektiğini belirtir şekilde etrafı çit, parmaklık, duvar ve benzeri engellerle çevrili yerleri (depo, ardiye, geçici yatma yerleri, deniz araçlarında şahsi maksatla kullanılan kamara ve oda benzeri alanları) ,

k) Konuş: Birlik ve kurumların, hizmet barınma, eğitim, tatbikat ve harekata hazırlanma bakımından bulunduğu yeri,

l) Mülki amir: İllerde vali, ilçelerde kaymakamı,

m) Özel kolluk: Devlet ve yetkili diğer kamu tüzel kişilerince, özel kanunlar çerçevesinde kurulup teşkilatlandırılan, kendi görev alanında güvenliği sağlamak amacı taşıyan ve jandarma, sahil güvenlik ve polis dışındaki kolluk birimlerini,

ifade eder.

İKİNCİ KISIM

Bağlılık, Teşkilat, Kuruluş ve Konuşlanma

Bağlılık

MADDE 4

(1) Jandarma Genel Komutanlığı Bakanlığa bağlıdır. Jandarma Genel Komutanı, Bakana karşı sorumludur.

Teşkilat ve kuruluş

MADDE 5

(1) Jandarma teşkilatı aşağıda belirtilen merkez ve taşra teşkilatı ile doğrudan merkeze bağlı birimlerden oluşur.

a) Merkez teşkilatı şunlardır:

1) Hukuk Hizmetleri Başkanlığı.

2) Mali Hizmetler Birimi Başkanlığı.

3) İç Denetim Birimi Başkanlığı.

4) Teftiş Kurulu Başkanlığı.

5) Asayiş Başkanlığı.

6) Personel Başkanlığı.

7) İstihbarat Başkanlığı.

8) Muhabere Elektronik Bilgi Sistemleri Başkanlığı.

9) Kriminal Daire Başkanlığı.

10) Havacılık Daire Başkanlığı.

11) Stratejik Gelişim ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı.

12) Eğitim ve Öğretim Daire Başkanlığı.

13) İstihbarat Okul Komutanlığı.

14) İstihbarat Grup Komutanlığı.

15) Personel Temin Merkez Komutanlığı.

16) Lojistik Komutanlığı.

17) Denetleme Grubu.

18) Destek Kıtaları Komutanlığı.

19) Sosyal tesisler birimleri.

b) Taşra teşkilatı şunlardır:

1) Jandarma bölge komutanlıkları.

2) İl jandarma komutanlıkları.

3) İlçe jandarma komutanlıkları.

4) Komando alay/tabur/bölük komutanlıkları.

5) Jandarma komando özel harekat tabur komutanlıkları.

6) Asayiş komando bölük komutanlıkları.

c) Doğrudan merkeze bağlı birimler şunlardır:

1) Jandarma asayiş kolordu komutanlıkları.

2) Eğitim ve öğretim birim ve kurumları.

3) Komando tugay komutanlıkları.

4) Jandarma Komando Özel Asayiş ve Kurtarma Tugay Komutanlığı (JÖAK) .

5) Havacılık grup/filo komutanlıkları.

Konuşlanma

MADDE 6

(1) Jandarma birimlerinin konuşlarının düzenlenmesinde, mülki taksimat esas alınır. Seferberlik ve savaşta kuvvet komutanlıkları emrine girecek birimlerin konuş yerleri, Genelkurmay Başkanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça düzenlenir. Her düzeydeki jandarma birlikleri Bakan onayı ile kurulabilir.

(2) Sevk ve idare ihtiyaçları ile hizmette verim ve etkinliğin sağlanması amacıyla geçici olarak birden çok ili içine alan jandarma bölge komutanlığı kurulabilir. Bölge komutanı bölge teşkilatının konuşlu olduğu ilin valisine karşı sorumlu olarak görev yapar.

(3) Her ilde, o ilin adıyla anılan il jandarma komutanlıkları kurulur. Bir il sınırları içinde bulunan ve il jandarma komutanlığına bağlı jandarma birimleri, o il jandarmasını oluşturur.

(4) Her ilçede o ilçenin adıyla anılan ilçe jandarma komutanlıkları kurulur. Merkez ilçelerde kurulan ilçe jandarma komutanlıkları; il merkez jandarma komutanlığı olarak ve merkez ilçenin özel bir adı yoksa o ilin adıyla adlandırılır. Bir ilçe sınırları içinde bulunan ve ilçe jandarma komutanlığına bağlı jandarma birimleri, o ilçe jandarmasını oluşturur. İlçe jandarma komutanlıklarının sorumluluk alanı bir ya da birden çok karakol sorumluluk bölgesine ayrılabilir. Bu sorumluluk bölgeleri için oluşturulacak karakollar gerek kendi sorumluluk bölgelerinde gerekse ilçe jandarma komutanlığı merkezinde ve merkez karakolundan ayrı olarak konuşlandırılabilir.

(5) Karakollar, sorumluluk alanlarının merkezi bir yerinde ya da karakol bölgesindeki yurttaşların kolayca gelip gidebileceği, merkeze yakın bir mahalle, köy, kasaba ya da ulaşım kolaylığı olan bir yerde konuşlandırılabilir. Karakol sorumluluk bölgesinin belirlenmesinde aşağıdaki hususlar gözönünde tutulur.

a) Emniyet ve asayiş durumu.

b) Suç oranları, suç haritaları gibi benzeri suç analizlerinin sonuçları.

c) İlçenin coğrafi durumu, ekonomik şartlar ve kamu hizmetlerinin gerekleri. ç) Yerleşim alanlarının durumu.

d) Nüfus yoğunluğu.

e) Ulaşım durumu.

f) Sosyal ve kültürel gelişimi ve benzeri özellikler.

(6) Güvenlik, koruma, disiplin ve gözetleme amacıyla bir amir emrinde jandarma karakolları kurulur. Jandarmanın görev ve sorumluluk alanı içinde; karakollardan çıkartılan devriyelerle emniyeti sağlanamayan, kritik yerlerin kontrol ve emniyet altında bulundurulmasını sağlamak için daimi veya geçici karakollar ya da jandarma hizmet merkezleri adıyla konuşlandırılan, daimi olanları kadrolarda gösterilen asayiş karakolları kurulur. Geçici karakolların kuvveti il jandarma komutanlığınca kuvvet tasarrufu yoluyla sağlanır.

(7) Karakolların sorumluluk bölgeleri il jandarma komutanının önerisi üzerine valinin onayı, karakolların konuş yerleri ise Bakan onayı ile belirlenir. Geçici asayiş karakolları ile jandarma hizmet merkezleri, il jandarma komutanının önerisi üzerine valinin onayıyla teşkil edilir.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Jandarma Genel Komutanlığının Görevleri, Sorumluluk Alanı ve Yetkileri

BİRİNCİ BÖLÜM

Görev ve Sorumluluk Alanı

Genel esaslar

MADDE 7

(1) Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı, polis ve sahil güvenlik teşkilatının görev alanının dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye sınırları dışında kalan ya da polis ve sahil güvenlik teşkilatı bulunmayan yerlerdir. Ancak, belediye sınırları içinde olmakla birlikte, hizmet gerekleri bakımından uygun görülen yerler, jandarmanın görev ve sorumluluk alanı olarak belirlenebilir. Bakanın kararıyla bir il veya ilçenin tamamı polis ya da jandarma görev ve sorumluluk alanı olarak belirlenebilir.

Görev sınırı

MADDE 8

(1) Jandarmanın görevleri şunlardır:

a) Mülki görevler: Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumlarının dış korumalarını sağlamak, trafik hizmetlerini yürütmek, arama kurtarma görevlerini yapmak, hassas ve kritik öneme sahip tesislerin korunmasına ilişkin önlemleri ilgili kuruluşlarla işbirliği içinde sağlamak, bu fıkranın (b) ve (c) bentlerinde belirtilen görevler dışında kalan ve mevzuat hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla jandarmaya verilen görevleri yapmak.

b) Adli görevler: İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek.

c) Askeri görevler: Seferberlik ve savaş hallerinde Bakanlar Kurulunun uygun gördüğü bölümleriyle kuvvet komutanlıkları emrinde görev icra etmek ile Genelkurmay Başkanının talebi üzerine Bakanın, illerde ise garnizon komutanının talebi ve valinin onayıyla verilen askeri görevleri icra etmek.

(2) Kanunlar ve diğer mevzuat hükümleri ile bunlara dayalı olarak yetkili makamlarca verilen emir ve kararlarda öngörülmeyen hiçbir görev jandarmadan istenemez.

Jandarmanın görev alanı sayılacak haller

MADDE 9

(1) Jandarma sorumluluk alanı dışında olmakla birlikte;

a) Polis teşkilatı kurulmamış olması nedeniyle,

b) Özel kolluk kuruluşlarının sorumluluk alanına giren yerlerde, jandarmayı ilgilendiren ihlal ya da suç işlenmesi nedeniyle,

c) Özel kolluk kuruluşlarının sorumluluk alanına giren konularda, bu kuruluş ve kuvvetlerin yokluğundan ötürü meydana gelen ihlal ya da suçlar nedeniyle,

jandarmanın görevlendirilmesi ya da kendiliğinden olaya elkoyması mümkündür. Bu gibi durumlarda jandarmanın görev yaptığı o yer, jandarmanın görev alanı sayılır.

(2) Kamu ve özel hukuk tüzel kişilerine ait kurum ve kuruluşların, kendi tesis ve yapılarının iç güvenliğinin sağlanması, bu kurum ve kuruluşlarca kendi mevzuatına göre yürütülür. Özel hallerde, geçici olarak koruma ve kollama görevi verilmesi hususunda mülki amirin yetkisi saklıdır.

Jandarma birimlerinin sorumluluk alanının belirlenmesi

MADDE 10

(1) Kolluk birimlerinin personel, araç ve gereç imkânları ile hizmet gerekleri gözönünde bulundurularak belediye sınırları dışında kalan yerlerden bir kısmı polisin görev alanı; belediye sınırları içinde olmakla birlikte şehir meskûn alanlarına uzak bazı yerler ise jandarmanın görev alanı olarak tespit edilebilir.

(2) Birinci fıkrada belirlenen esaslara göre; il ve ilçelerdeki jandarma ve polis sorumluluk alanlarının sınırları, ilçelerde kaymakam, illerde vali veya görevlendireceği vali yardımcısı başkanlığında jandarma ve emniyet temsilcilerinin katılacağı bir komisyon tarafından belirlenir. Komisyon, vali veya kaymakamın çağrısı üzerine toplanır. Büyükşehir, il veya ilçe belediyesi kurulması, kaldırılması ya da kentleşme veya diğer sebeplerle sınırlarda değişiklik olması halinde, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç ay içerisinde sorumluluk alanları yeniden düzenlenir.

(3) Komisyon tarafından alınan kararlar mülki amirin onayıyla yürürlüğe girer. Belirlenen sorumluluk alanlarının sınırları karara eklenen bir harita veya kroki üzerinde gösterilir.

(4) Sorumluluk alanlarının sınırlarının belirlenmesinde kolluk birimleri arasındaki anlaşmazlıklar, mülki amir tarafından kesin olarak çözümlenir.

(5) Sorumluluk alanını belirleyen karar doğrultusunda devir ve teslim ile ilgili işlemler en geç üç ay içerisinde tamamlanır.

(6) Sorumluluk alanlarını belirleyen karar ve ekindeki harita veya kroki ile diğer eklerin birer örneği mülki amirlik tarafından, jandarma ve emniyet birimleri ile Bakanlığa gönderilir.

(7) İlgili kolluk birimi, sorumluluk alanlarında yapılan değişikliğe göre, teşkilatlanma, planlama, bütçeleme, personel istihdamı konularında gerekli idari işlem ve düzenlemeleri yapar ve tedbirleri alır.

İKİNCİ BÖLÜM

Mülki Görevler

Mülki görevlerin esasları

MADDE 11

(1) Jandarma;

a) Halkın can, ırz ve malını korur.

b) Suç işlenmesini önlemek ve kamu düzenini sağlamak için gerekli önlemleri alır.

c) Asayişi, kamunun ve kişilerin güvenliğini ve konut dokunulmazlığını korur.

ç) Anayasada ve kanunlarda düzenlenen hak ve hürriyetlerin güvenli şekilde kullanılması için gerekli önlemleri alır.

d) Kamunun huzur ve sükûnunu bozan, kanunlara aykırı eylemlere engel olur.

e) Yardım isteyenlere, korunmaya muhtaç çocuklarla yardım gereken küçüklere, engelli, hasta, yaşlı kimselerle, düşkün ya da kimsesizlere ve yabancılara yardım eder.

f) Her türlü kaçakçılığa engel olur.

g) Ceza infaz kurumlarının dış korumalarını sağlayıcı önlemleri alır, tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakilleriyle muhafazalarını sağlar.

ğ) Emniyet ve asayişin sağlanması, suçların ortaya çıkarılması, işlenmiş suçlarda faillerin tespiti ve yakalanması maksadıyla istihbarat toplar, diğer istihbarat ve kolluk birimleri ile işbirliği yapar, bilgi paylaşır.

h) Suçların önlenmesi maksadıyla diğer kolluk birimleri, kamu kurumları, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yapar ve projeler yürütür.

ı) Trafik hizmetlerini yürütür, meydana gelen trafik kazalarıyla ilgili işlemleri yapar.

Mülki görevlerin yürütülüş esasları

MADDE 12

(1) Jandarma mülki görevlerini aşağıdaki esaslara uygun olarak yürütür.

a) Mülki görevlere ilişkin herhangi bir ihlal veya saldırı durumunda, bu gibi tutum ve davranışlara engel olmak, kanunen gerekliyse eylemcileri yakalamak ve haklarında gerekli işlemleri yapmak, karşılaşılacak direnişleri kırmak ve bastırmak.

b) Önleyici kolluk görevini, kendi görev bölgesinde devriye görevi yaparak aksatmadan yürütmek.

c) Herhangi bir suçun işlenip işlenmediğini araştırmak, Devlete, kamuya veya kişilere, mal ve eşyalara yönelik tehlike, sabotaj, kaza ve benzeri durumlarda gecikmeksizin yardım etmek, kanuni gereğini yerine getirmek.

ç) Gerekli istihbarat faaliyetlerini yürütmek, elde edilen bilgileri değerlendirmek, yetkili mercilere ulaştırmak ve diğer istihbarat ve güvenlik kuruluşlarıyla yakın işbirliği yapmak.

Halkın can, ırz ve malının korunmasına ilişkin görevler

MADDE 13

(1) Halkın can, ırz ve malının korunması konusunda, genel ve koruyucu önlemler alınması esastır. Kişisel koruma ve kollama ancak, mevzuatta özel hüküm bulunması durumunda veya özel nitelik taşıyan durumlarda yetkili mülki amirin emriyle yerine getirilir.

(2) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile diğer kanunların, mülkün himayesine ve mal güvenliğine ilişkin olarak konulmuş hükümleri gereğince, alınacak önlemler ve denetimler kendi görev ve sorumluluk alanında jandarma tarafından yürütülür.

Olağanüstü durum ve olaylara ilişkin görevler

MADDE 14

(1) Jandarma; yangın, sel, deprem, toprak kayması, çığ ve benzeri olaylardan bilgi edindiğinde, kendi amirlerine ve ilgili kamu görevlilerine haber verir. Ayrıca gecikmeksizin olay yerine gider ve gerekli bütün önlemleri alır. Kurtarılan eşyanın yitip, yağmalanmaması için önlem alır. Yangının nedenlerini, diğer olayların yol açtığı zararları ve kurtarılan nesnelerin cins ve miktarını saptar. Olayla ilgili olarak düzenlenen tutanağın bir örneğini mülki amire, bir diğer örneğini de Cumhuriyet savcılığına verir.

(2) 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Âfetler Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun ile ilgili diğer mevzuat hükümlerinin öngördüğü görevler anılan Kanun ve mevzuat çerçevesinde yürütülür.

Bulaşıcı hastalıklar ve kuduz ile akıl hastalarının sevkine ilişkin görevler

MADDE 15

(1) Jandarma; bulaşıcı insan ya da hayvan hastalıklarını öğrendiğinde 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 11/6/2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu başta olmak üzere, konuya ilişkin mevzuat çerçevesinde, öncelikle ilgililere haber verir ve kendi bölgelerinde gereken diğer ödevleri yerine getirir.

(2) Jandarma kendi görev alanındaki kuduz hayvanları ya da bu hayvanlar tarafından ısırılmış kimseleri ilgili sağlık kuruluşlarına ivedilikle bildirmek, bu kuruluşlarca uygulanacak gözetim ve ayırma işlerinde, herhangi bir saldırı ihtimaline karşı usulüne uygun tarzda iletilen yardım istemlerini yerine getirmekle de yükümlüdür.

(3) Polis teşkilatı olmayan yerlerde sevkleri gerekli görülen akıl hastalarının başkalarına saldırma ihtimali varsa sevkten sorumlu olmamak ve yalnızca saldırıya engel olmak amacıyla sevk görevi jandarma tarafından yerine getirilir. Ancak 2803 sayılı Kanun çerçevesinde bir il veya ilçenin tamamında jandarmanın görevli olduğu durumlarda sevk görevi de jandarmaya aittir.

Konut dokunulmazlığına ilişkin görevler

MADDE 16

(1) Konut dokunulmazlığını sağlamak amacıyla jandarma kendi görev ve sorumluluk alanı içinde;

a) Genel kollama ve koruma önlemleri alarak konutları korumakla,

b) Konut dokunulmazlığı ve konutta oturanların kişisel güvenliklerinin ihlal edileceği hakkında bilgi olduğu durumlarda, mevzuata uygun olarak mülki amirce verilen emir üzerine, o bölgedeki güvenlik önlemlerini artırmakla,

c) Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğini korumakla,

yükümlüdür.

(2) 5237 sayılı Kanun ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun konut dokunulmazlığının ihlali ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin ihlaline ilişkin hükümleri gözönünde tutulur.

Hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin görevler

MADDE 17

(1) Jandarma; kişilerin Anayasada ve kanunlarda düzenlenen hak ve hürriyetlerini korkusuz ve güvenlik içinde kullanmaları için gerekli önlemleri alır. Gerçek kişilerin, Devlet ve diğer kamu

tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin yetki ve haklarını kullanmalarına engel oluşturan hukuk dışı eylem ve davranışları, mevzuat çerçevesinde önler ve bastırır.

Ateşli silahlar, bıçaklar ve diğer aletler ile av tüfeklerine ilişkin görevler

MADDE 18

(1) Sorumluluk alanında olmak kaydıyla aşağıdaki işlemler jandarma tarafından yürütülür.

a) 21/3/1991 tarihli ve 91/1779 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik uyarınca valiler tarafından verilecek izin belgesine ilişkin işlemler.

b) 10/3/1982 tarihli ve 17629 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2521 Sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik uyarınca verilecek izin belgelerine ilişkin işlemler.

(2) Bu maddedeki görevler çerçevesinde, denetim kesintisiz sürdürülür.

Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerine ilişkin görevler

MADDE 19

(1) Kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kıraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet salonları ve benzeri yerler umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır. Düğün salonlarının dışındaki eğlenme maksadıyla toplanma yapılan ticari yerler de umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır.

(2) Sabit veya seyyar olarak kullanılan kara, deniz, hava ve her çeşit taşıma araçlarında, birinci fıkrada belirtilen faaliyetlerin icrası durumunda, bu yerler de umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır.

(3) Jandarma sorumluluk alanında, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin ruhsatı jandarmanın görüşü alındıktan sonra belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler; bu alanların dışında il özel idareleri tarafından verilir. Jandarma görüşünü genel güvenlik ve asayiş açısından yedi gün içinde verir. İzin alınmadan açılan umuma açık istirahat ve eğlence yerleri kapatılır. Bu yerler için

düzenlenen işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının bir örneği jandarmaya gönderilir. Bu yerler genel güvenlik ve asayiş yönünden jandarma tarafından denetlenir.

(4) Jandarma tarafından kat'i delil elde edilmesi halinde;

a) Kumar oynanan umumi ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller,

b) Mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan, bulundurulan yerler,

c) Mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler,

ç) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler,

d) Derneklere, sendikalara, loca ve kulüplere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile benzeri kurum ve kuruluşlara ait ve yalnız üyelerinin yararlanması için açılan lokallerden, birden fazla denetim sonunda ve yazılı ihtara rağmen, mevzuata aykırı faaliyet göstererek umuma açık yer durumuna geldiği tespit edilenler,

e) Her türlü denize elverişli araçla günübirlik tur düzenleyen veya her türlü mal ve hizmet satanlardan, müşteriye faaliyetlerini duyururken veya müşteri kabul ederken çevreyi veya müşteriyi rahatsız edecek yöntemler kullananlar,

gereği yapılmak üzere mülki amire bildirilir.

İnternet toplu kullanım sağlayıcılarının denetimine ilişkin görevler

MADDE 20

(1) 1/11/2007 tarihli ve 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinin açılması, izin alınmadan açıldığı tespit edilen işyerlerinin kapatılması, işyerlerinin uyması gereken kurallara uyulmasının sağlanması mülki amirin emriyle yapılır. Jandarma bu işyerlerini genel güvenlik ve asayiş yönünden denetler ve denetleme sonuçlarını gereği yapılmak üzere mülki amire bildirir.

Gürültünün yasaklanmasına ilişkin görevler

MADDE 21

(1) Mesken içinde ve dışında saat yirmidörtten sonra her ne suretle olursa olsun civar halkının rahat ve huzurunu bozacak surette gürültü yapanlar jandarma tarafından menolunur. Bu yasağı

dinlemeyenler hakkında 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile 5237 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

(2) Düğün, nişan, konser, panayır, festival ve benzeri toplanmalarda kamu düzeninin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına imkân sağlamak için ilgililer kırksekiz saat önce mülki amire bildirimde bulunmak zorundadır.

(3) 4/6/2010 tarihli ve 27601 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği hükümleri saklıdır.

Yardım gerekenlere ilişkin görevler

MADDE 22

(1) Jandarmanın yardım gerekenlere ilişkin görevleri şunlardır.

a) Bir tehlike karşısında bulunan ve imdat isteyen herkese yardım etmek.

b) Yolda hastalanan, kazaya uğrayan ve ulaşmak istediği yere gitmeye gücü bulunmayan kimselere uygun bir ulaşım aracı sağlamak, bunları ilgili sağlık kuruluşuna göndermek ya da sağlık personeli bulmak, ailelerine haber vermek ve gerekli hallerde refakat etmek.

c) Ulaşım araçlarına yetişemeyenlere ya da bu araçların çeşitli nedenlerle hareket edememesi durumunda yolundan kalan, dolayısıyla gidecek yeri olmayan ya da kendisine uygun bir yer sağlamaktan yoksun olanlara uygun bir yer bulunmasını sağlamak.

ç) Oturduğu yeri bildirme gücü bulunmayan düşkün durumdaki kimselerin ya da çocukların kanuni temsilcilerini bulmak ve bunları kanuni temsilcilerine teslim etmek, kanuni temsilcileri olmayanları ise ilgili sosyal yardım kuruluşlarına ya da belediyelere teslim etmek.

d) Bir yer ya da yol sormak için başvuranlara gereken bilgiyi vermek.

(2) Yardıma muhtaçların, kimsesiz çocukların, düşkün durumda bulunanların kanuni temsilcileri bunları teslim almaktan kaçındıklarında, durum jandarma tarafından bir tutanakla saptanır ve kanuni işlem yapılır.

(3) Jandarma, 5237 sayılı Kanun ve 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununa göre korunmaya, bakıma, yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli ve yaşlılar ile sosyal hizmetlere ihtiyacı olan diğer kişileri Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı yetkililerine bildirmek ve bu kişilere ilişkin incelemelerde söz konusu Bakanlık yetkilileri ile işbirliği içinde bulunmakla görevlidir.

(4) Jandarma; 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun çerçevesinde, sorumluluk alanında, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi altında bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin görevleri yapar ve yetkileri kullanır. Jandarma, bu hususlara ilişkin gecikmeksizin mülki amir ve yetkili mercilere bildirimde bulunmakla görevlidir.

Özel kolluk ve özel güvenlik teşkilatlarının görev alanına giren konulara ilişkin görevler

MADDE 23

(1) Özel kolluk, jandarmanın görevine giren bir olayla karşılaştığında, mevzuatta başka bir hüküm yoksa olaya elkoyar, jandarmaya haber verir, yitebilecek delilleri toplar, kaybolmasını önler, olay yerini korur ve olayla ilgili eylemcileri yakalar.

(2) Jandarmanın özel güvenlik hizmetleri yürüten kuruluşlarla ilişkileri ve bunlarla ilgili görev, yetki ve sorumlulukları 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre yürütülür.

(3) Özel kolluk veya özel güvenlik teşkilatı personelinin bulunmadığı durumlarda, jandarma, kendi görev ve sorumluluk alanı içinde olmak kaydıyla, bunlara ait yetkileri kullanır ve görevleri yürütür. Bu konuda kanunlara aykırı hareketlerin önlenmesi ve işlenmiş olan bir suçta 5271 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda öngörülen acele tedbirlerin alınması jandarmanın görevidir. Mevzuatta aykırı bir hüküm bulunmadıkça yapılan işlem ve soruşturmaları sonuçlandırmak üzere bütün bilgi ve belgeler özel kolluk veya özel güvenlik teşkilatına devredilir.

(4) Jandarma, kendi görev ve sorumluluk alanında, mülki amirin emri veya onayıyla; Devlete, il özel idaresine, belediye ve köylere ait olan veya bunlara bağlı bulunan veya bunların gözetim ve denetimi altında iş gören daire ve müesseselerle diğer bütün gerçek ve tüzel kişiler tarafından işletilen mali, ticari, sınai ve iktisadi müesseseler, işletmeler, ambarlar, depolar ve sair uzman, fen adamı, teknisyen, işçi gibi personel bulunduran yerleri gözetim ve denetimi altında bulundurur. Jandarma, bu yerlerde bulunan ve çalışanların kimlik ve nitelikleri hakkında mülki amirin onayıyla bu yerlerden bilgi isteyebilir. İstenilen bilgiler hemen verilir. Bu fıkranın uygulanması ile ilgili hususlar emniyet ve asayiş planlarında düzenlenir.

(5) 1/6/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Adlî Kolluk Yönetmeliği hükümleri saklıdır.

Ceza infaz kurumlarının dış korunmasına ilişkin görevler

MADDE 24

(1) Ceza infaz kurumlarının dış korunması jandarmaya aittir. Bu yerlerde görev alacak birimlerin teşkilat, konuş ve kuruluşu ceza infaz kurumlarının özellikleri dikkate alınarak jandarmanın kendi kuruluş ve kadrolarında gösterilir.

(2) Jandarma, ceza infaz kurumlarının dışarıdan emniyet ve koruma tedbirlerini almak, tutuklu ve hükümlülerin kaçmalarına engel olmakla görevlidir. Jandarmaların hükümlü ve tutuklularla görüşmeleri ve ilişki kurmaları, ceza infaz kurumlarının içindeki iş ve işlemlere karışmaları yasaktır. Ceza infaz kurumlarının içinde burada görevli olanlarca bastırılamayacak genel bir hareket ve kargaşa meydana geldiğinde ceza infaz kurumlarının müdürü veya vekili veya infaz koruma memurlarının başvurusu üzerine jandarma olaya müdahale ederek sükûnu sağlar.

(3) Jandarma hiçbir şekilde ceza infaz kurumlarının iç işlerinde ve infaz koruma memurluğu görevlerinde kullanılamaz.

(4) Jandarma ceza infaz kurumlarına girmesi yasak olan silah, alet ve eşyanın bu yerlere sokulmasına engel olur.

(5) Ceza infaz kurumlarının yetkili amir ve memurlarınca verilmiş izin ve jandarma muhafazasında olmadıkça bu yerlerden hiçbir tutuklu ve hükümlü dışarıya gönderilemez.

Tutuklu ve hükümlülerin soruşturma ve duruşmaya götürülmesine ilişkin görevler

MADDE 25

(1) Soruşturma ve duruşmalar için adli mercilere götürülecek tutuklu ve

hükümlülerin isim listesi, infaz kurum müdürü tarafından, koruma görevini yürüten jandarma komutanına yazı ile bildirir. Jandarma komutanı muhafız devriyenin kuvvetini saptayarak hükümlü ve tutukluları istenilen yer ve zamanda hazır bulundurur.

(2) Hükümlü ve tutukluların gerek yolda gerek adliyede başkalarıyla görüşmelerine ve bir şey alıp vermelerine izin verilmez.

(3) Hükümlü ve tutuklular Cumhuriyet savcısının, hakimin ya da mahkemenin önüne götürüldüğünde, inzibat aletleri takılmış ise çıkarılır ve bağlı olmayarak girmeleri sağlanır. Bu yerlerden çıkışta inzibat aletleri ilgili mevzuat kapsamında tekrar takılabilir.

Sevk ve nakil istemi

MADDE 26

(1) Bir ceza infaz kurumundan diğer bir ceza infaz kurumuna gönderilmesi gereken tutuklu ve hükümlüler, kanunen yetkili makamın yazılı istemi üzerine, jandarma kuvvetlerince istenilen yere götürülürler.

Sevk ve ulaşım aracının seçilmesi

MADDE 27

(1) Hükümlü ve tutukluların sevk ve nakillerinin bu iş için ayrılmış olan ceza infaz kurumu araçlarıyla yapılması esastır. Bu gibi araçların bulunmaması ya da sevk ve naklen bu araçlarla yapılamaması durumunda; öncelikle kamuya ait kitle ulaşım araçlarından ya da diğer toplu taşıma araçlarından yararlanılır. Kamuya ait kitle ulaşım araçlarıyla sevk sırasında ilgili kamu kurumlarınca özel bir bölüm ayrılması zorunludur. Sağlık mazereti bulunanlar ile zorunlu haller dışında özel taşıtlarla sevk yoluna gidilemez.

(2) İhtiyaç durumunda uçak ile sevk yapılabilir.

(3) Jandarmaya ait hizmet araçları sevklerde kullanılmaz.

Sevk ve nakil edilecek tutuklu ve hükümlülerin teslim alınması

MADDE 28

(1) Tutuklu ve hükümlülerin teslim alınması sırasından öncelikle bu kimselerin yetkili makamlarca sevk ve nakli istenen kimseler olup olmadığı araştırılarak üstleri aranır. Yanlarında silah, kaçmalarına yardım edecek tehlikeli bir alet ya da para ve kıymetli eşya varsa alınır. Teslim alınan nesnelerin cins ve miktarlarını gösterir bir alındı belgesi, tutuklu ve hükümlülere verilir. Yapılan işlem sevk pusulasına yazılır.

(2) Sevk ve nakil edilecek yere varıldığında, alınan bu nesneler tutanakla, tutuklu ve hükümlülerin yanında ilgili kurum yetkililerine teslim edilir.

(3) Sağlık açısından sevke engel bir durumun varlığı doktor raporuyla saptandığında sevk yapılmaz. Durum ilgili makama yazıyla bildirilir.

Kadın ve erkeklerin birlikte sevk ve nakli

MADDE 29

(1) İştirak halinde suç işlemiş olanlar ile kanunen önemli ilişki sayılacak derecede yakınlığı olanlar dışında; erkek ve kadın tutuklu ya da hükümlüler, birlikte sevk edilemez.

(2) Sevk edilen tutuklu ve hükümlünün kadın olması durumunda, kadın ceza infaz koruma görevlisi verilir.

Sevk edilen tutuklu ya da hükümlünün yolda hastalanması

MADDE 30

(1) Sevk ve nakil sırasında tutuklu ya da hükümlü yolda hastalandığında hekim ya da sağlık kuruluşu bulunan en yakın jandarma birliğine kadar götürülerek muayene ve tedavileri yaptırılır. Bu gibilerin yola devam edemeyecekleri hekim muayenesi ile anlaşıldığında; iyileştikten sonra usulüne uygun biçimde sevk edilmek üzere, bütün eşya ve evrakı ile birlikte Cumhuriyet savcısının talimatıyla belirlenecek ceza ve tutukevine teslim edilir.

Sevk edilen tutuklu ya da hükümlünün yolda ölmesi

MADDE 31

(1) Sevk ve nakil sırasında tutuklu ya da hükümlülerden birisi öldüğünde durum en elverişli haberleşme aracı ile en yakın jandarma birliği komutanlığına ve bu komutanlıkça da o yerin Cumhuriyet savcılığına bildirilir. Bu konuda devriye komutanının düzenleyeceği tutanak ilgili makama verilir.

Sevk ve nakil sırasında isyan ve firara teşebbüs

MADDE 32

(1) Sevk ve nakil sırasında tutuklu veya hükümlülerin isyan ya da firar hazırlığı içinde olduklarından kuşkulanıldığında, sevke görevli devriye komutanı tarafından, böyle bir harekete kalkıştıklarında silah kullanılacağı ihtar edilir. Bu ihtara uymayarak firara teşebbüs etmeleri durumunda firarın başka şekilde önlenmesine imkân bulunmazsa silah kullanılır.

(2) Silah kullanma sonunda tutuklu ya da hükümlülerden birisi yaralandığında veya öldüğünde durum en elverişli haberleşme aracı ile en yakın jandarma komutanlığına ve bu komutanlıkça da o yerin Cumhuriyet savcılığına bildirilir. İlgili jandarma birim komutanının vereceği emre göre hareket edilir. Yaralının iyileştirilmesi için önlem alınır ve durum bir tutanakla saptanır.

(3) Bu gibi durumlarda diğer tutuklu ve hükümlülerle sevkle görevli jandarmaların sevke devam edip edemeyeceklerini Cumhuriyet savcısı belirler. Jandarmaların tutuklanması ya da soruşturmanın uzaması durumunda sevk işlemi o yer jandarması tarafından yapılır.

Sevk ve nakil sırasında konaklama

MADDE 33

(1) Sevk ve nakillerde, gidilecek yere gündüz varılacak biçimde hareket edilir. Zorunluluk nedeniyle konaklamak durumunda kalınırsa tutuklu ve hükümlülerin geceyi yol üzerinde bulunan

il ya da ilçe merkezlerindeki ceza infaz kurumlarında, zorunluluk varsa jandarma birimlerinin emniyet odalarında geçirmeleri sağlanır. Belde ve köylerde jandarma karakolunda, karakol yoksa köy odasında, belediye hizmet binasında konaklamaya uygun bir odada gerekli önlemler alınarak kalınabilir.

Sevk ve nakil sırasında alınacak önlemler

MADDE 34

(1) Tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakli sırasında kaçmalarını önlemek için sağlığa zarar vermeyecek gerekli bütün önlemler alınır. Sevkten önce sevk yapılacak yerin jandarma komutanlığına bilgi verilerek kendi yönünden gerekli önlemleri alması sağlanır.

Tutuklu ve hükümlülerin sağlık kuruluşlarında muhafazası

MADDE 35

(1) Tutuklu ve hükümlülerden, hastalananların ceza infaz kurumlarının kendi revirlerinde iyileştirilmeleri esastır. Zorunlu durumlarda diğer sağlık kurumlarına sevk edilenlerin, bu yerlerde muhafazası jandarma tarafından sağlanır.

(2) Sağlık kurumlarında önceden, jandarmanın görüşü alınarak tutuklu ve hükümlülerin iyileştirilmeleri sırasında konabilecekleri özel yerleri ilgili kuruluşlarca hazırlanır ve her an hizmete hazır ve bakımlı bulundurulur. Sağlık kurumlarına sevk edilen tutuklu ve hükümlüler mevzuatta öngörülen esaslara uygun tarzda önlemler alınarak bu yerlere konur ve jandarma tarafından muhafaza edilirler.

Çalıştırılan tutuklu ve hükümlülerin muhafazası

MADDE 36

(1) Adalet Bakanlığınca düzenlenen, tutuklu ve hükümlü çalıştırma faaliyetleri sırasında, tutuklu ve hükümlülerin muhafazası jandarma tarafından sağlanır.

(2) Kanunlarda ve 20/3/2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükte öngörülen diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca düzenlenen tutuklu ve hükümlü çalıştırma faaliyetleri sırasında ise, muhafaza görevi ceza infaz kurumlarının kendi yönetimi ve personelince yürütülür.

Diğer mülki görevler

MADDE 37

(1) Jandarma, kanunların verdiği yetkiye dayanarak huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, kamu esenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla mülki amirlerin verdiği karar ve emirleri uygular.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Adli Görevler

Adli görevlerin esasları

MADDE 38

(1) Adli görevler, işlenmiş suçlarla ilgili olarak ceza muhakemesine ilişkin mevzuatta belirtilen işlemleri yapmayı ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmeyi kapsar.

(2) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir. Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir.

(3) Jandarma, kanunlarla kendisine verilen diğer adli görevleri yerine getirir.

Adli görevlerin yürütülüş esasları

MADDE 39

(1) Ceza muhakemesine ilişkin olarak suçların soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin hususlar, 5271 sayılı Kanunda öngörülen usul ve esaslara göre yürütülür. Adli görevler bakımından ilgili mevzuat ve adli amirlerin talimatlarına göre hareket edilir.

Soruşturma giderlerinin karşılanması

MADDE 40

(1) Gözaltına alınan şahısların sadece adli makamlar önüne çıkarılıncaya kadarki yeme, içme ve nakil masrafları ile sevkin Jandarma Genel Komutanlığına ait taşıtlarla gerçekleştirilmesi durumunda, söz konusu taşıta ait yakıt ve benzeri masraflar Jandarma Genel Komutanlığı bütçesinden ödenir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Askeri Görevler

Askeri görevler

MADDE 41

(1) Jandarma birlikleri; seferberlik ve savaş hallerinde, Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenecek bölümleriyle kuvvet komutanlıkları emrine girer, kalan bölümüyle normal görevlerine devam eder. Jandarma, seferberlik ve savaş halinde, 4/11/1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu ile verilen görevleri yapar.

(2) Jandarma birlikleri; Genelkurmay Başkanlığının talebi üzerine Bakanın, illerde ise garnizon komutanının talep etmesi halinde valinin onayıyla kendilerine verilen askeri görevleri de yapar. Bu görevlerin kapsamı, niteliği ve yerine getirilme esasları Genelkurmay Başkanlığı ve Bakanlıkça belirlenir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Yetki

Yetki

MADDE 42

(1) Jandarma sorumluluk alanında, mülki ve adli görevlerinin ifası sırasında 2803 sayılı Kanun, 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu ve 5271 sayılı Kanun ile diğer mevzuat hükümlerine göre hareket eder. Jandarma bu görevlerini yerine getirirken polisin sahip olduğu yetki ve sorumluluklara sahiptir.

(2) Jandarma amirinden aldığı emri Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak tekrar ederse emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz. Aşağıda yazılı hallerde;

a) Can, ırz veya mal emniyetini korumak için,

b) Devletin güvenliğine karşı işlenen suçların faillerini yakalamak veya delillerini tespit etmek için,

c) Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz ya da mukavemette bulunanları yakalamak veya bunların taarruz veya mukavemetlerini defetmek için,

ç) Hükümete karşı şiddet kullanan veya gösteren ya da mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin defedilmesi için,

d) Kolluk tarafından muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskûn ya da gayrı meskûn yerlere vaki olacak münferit veya toplu tecavüzleri defetmek için,

e) Kolluk kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için,

f) İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için,

g) 5271 sayılı Kanun ile diğer kanunlar uyarınca kolluk kuvvetleri tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için,

ğ) Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya failleri yakalamak için,

h) Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için,

ı) Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde ya da törenlerde bozulan düzeni sağlamak için,

i) Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için,

j) Kanunlarda istisnai olarak kolluğun sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için, yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı

olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir. Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen diğer istisnalar saklıdır.

Genel düzeni sağlama yetkisi

MADDE 43

(1) Jandarma;

a) Kendi sorumluluk alanında kamu düzenini sağlamaya,

b) Polisin sorumluluk alanı dışında kalan yerlerde 18/7/1997 tarihli ve 23053 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliğinde belirtilen esas ve şartlara uygun olarak trafiği düzenlemeye ve trafik suçlarına elkoymaya,

c) Her türlü tehlikeyi önlemek için gerekli tedbirleri almaya,

yetkilidir.

Uyarıda bulunma yetkisi

MADDE 44

(1) Jandarma, mevzuat hükümlerine göre bir yasağın ihlalini ve bir suçun devamını önlemek için uyarır ve uyarıya riayet edilmesini ister. Ayrıca mevzuatta öngörülen bir yükümlülüğün yerine

getirilmesi, kamu düzeni nedeniyle alınmış kanuni bir önleme uygun davranılması için kişileri uyarabilir.

(2) Görevini yaptığı sırada jandarmaya direnen veya zor kullanarak karşı koyanlar jandarma tarafından yakalanır. Yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına derhal bilgi verilerek emri doğrultusunda işlem yapılır.

Kamu veya kişiler aleyhine işlenen eylem ve hareketleri yasaklama yetkisi

MADDE 45

(1) Jandarma;

a) Genel ahlak kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanları,

b) Sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri,

c) Genel ahlaka aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları,

herhangi bir şikâyet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.

(2) Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı olan yerlerde onsekiz yaşından küçüklerin çalıştırılmasını engeller.

(3) Jandarma; bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kıraathane, internet salonu ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini engeller. Ancak 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu çerçevesinde belgeli turizm işletmesi olarak belirlenen yerlere ilişkin hükümler saklıdır.

(4) Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 2559 sayılı Kanunun 17 nci, işyerleri hakkında 6 ncı maddesi hükümlerine göre işlem yapılır.

Durdurma ve kimlik sorma yetkisi

MADDE 46

(1) Jandarma, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek,

amacıyla durdurabilir.

(2) Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için jandarmanın tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiili durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

(3) Jandarma, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

(4) Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

(5) Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmalarına izin verilir.

(6) Jandarma, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması, Bakanlık tarafından belirlenen esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.

(7) Diğer mevzuatın verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, jandarma tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.

(8) Jandarma, görevini yerine getirirken kendisinin jandarma olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.

(9) Kişilerin kimliğini ispatlayan belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir.

(10) Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, ilgili mevzuatına göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.

(11) Kimliği tespit edilemeyen kişinin yabancı olduğunun anlaşılması halinde, 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu ile 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Önleme araması

MADDE 47

(1) Jandarma, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

(2) Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.

(3) Arama kararında veya emrinde aşağıdaki hususlar belirtilir.

a) Sebebi.

b) Konusu ve kapsamı.

c) Yapılacağı yer.

ç) Yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre.

(4) Önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir.

a) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde.

b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde.

c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde.

ç) İdarecilerinin talebiyle ve mevzuatta yer alan usul ve şartlara uygun olarak yükseköğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında.

d) Umumi veya umuma açık yerlerde.

e) Her türlü toplu taşıma araçları ile seyir halindeki taşıtlarda.

(5) Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

(6) Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.

(7) Jandarma, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadır. Uluslararası anlaşmaların hükümleri saklıdır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin olarak jandarmanın amiri ve üstü olan kişilere ilişkin kurallar ile diğer hususlar Bakanlıkça belirlenir.

(8) Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci ya da makama bir tutanakla bildirilir.

Acele hallerde kapalı yerlere girme yetkisi

MADDE 48

(1) Jandarma;

a) İmdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi hallerinde bu tehlikelerden kişileri kurtarmak amacıyla,

b) Bir suçun işlenmesine veya işlenmekte olan bir suçun devamına engel olmak için, konutlara, işyerlerine ve eklentilerine girebilir.

Silah kullanma yetkisi

MADDE 49

(1) Jandarma, ilgili mevzuatına göre silah kullanma yetkisine sahiptir.

Yetkilerin kullanılması

MADDE 50

(1) Jandarma, sorumluluk alanı içinde hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında olaya elkoymak, suçu önlemek, şüpheli ve suç delillerini tespit, muhafaza ve yetkili kolluğa teslim etmekle görevli ve yetkilidir.

(2) Emniyet ve asayiş işlerinde; il ve ilçelerde jandarma ile polis ve sahil güvenlik teşkilatları arasındaki ilişkiler ile asayiş toplantıları 28/6/1961 tarihli ve 5/1409 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

ile yürürlüğe konulan Emniyet ve Asayiş İşlerinde İl, İlçe ve Bucaklardaki Jandarma ve Emniyet Ödevlerinin Yapılması ve Yetkilerinin Kullanılması Suretini ve Aralarındaki Münasebetleri Gösterir Yönetmelik hükümlerine göre yürütülür.

Özel kanunlara ilişkin yetkiler

MADDE 51

(1) Jandarma bu Yönetmelikte belirtilen görev ve yetkileri dışında, diğer mevzuatta yer alan mülki görevlere ilişkin yetkileri kullanır.

DÖRDÜNCÜ KISIM

Amirlerin Görev, Yetki ve Sorumlulukları

Jandarma Genel Komutanı

MADDE 52

(1) Jandarma Genel Komutanı, jandarma teşkilatının komutanıdır.

(2) Jandarma Genel Komutanının görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır:

a) Jandarmanın mesleki eğitim ve öğretim yönünden yetiştirilmesini sağlamak.

b) Hizmet ve işlemlerin düzenlenmesini ve yürütülmesini sağlamak.

c) Personelin özlük işlerinin mevzuat hükümlerine göre yürütülmesini sağlamak, bunlardan yetkili olmadıklarını ilgili makamlara önermek.

ç) Jandarma teşkilatını denetlemek ya da denetletmek.

d) Disiplini sağlamak için gerekli önlemleri almak.

e) Seferberlik ve savaş hallerinde kuvvet komutanlıkları emrine girecek jandarma birimlerini eğitim yönünden hazırlamak.

f) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile diğer mevzuat hükümleri ile üst yöneticiye verilen görev, yetki ve sorumlulukları yerine getirmek.

(3) Jandarma Genel Komutanı; teşkilatın sevk ve idaresinden, mevzuat hükümlerinin yürütülmesini sağlamaktan, bunlara dayanan emir ve kararları uygulamaktan Bakana karşı sorumludur.

Jandarma genel komutan yardımcıları

MADDE 53

(1) Jandarma genel komutan yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır:

a) Jandarma Genel Komutanı tarafından verilen görevleri yerine getirmek.

b) Jandarma Genel Komutanının bulunmadığı zamanlarda vekalet etmek ve yetkilerini kullanmak.

c) Jandarma Genel Komutanının emriyle jandarma teşkilatını denetlemek, yetkilendirildiği diğer konularda gerekli işlemleri yapmak.

ç) İlgili başkanlıklar vasıtası ile teşkilatın gelişim planlarını hazırlamak ve takip etmek.

d) Gerekli gördüğü önerileri Jandarma Genel Komutanına iletmek.

Jandarma bölge komutanları

MADDE 54

(1) Jandarma bölge komutanları, emniyet ve asayiş hizmetlerinin daha etkili yürütülmesi amacıyla sorumluluk alanında il jandarma komutanlıkları arasında koordinasyon ve işbirliğini sağlamak, ihtiyaç duyulan lojistik ve teknik destek faaliyetlerini planlamak, kontrol ve denetimini sağlamak, personelin özlük işlemlerini yürütmek; bölge komutanlığının konuşlu olduğu ilin valisinin onayıyla; terörle mücadele kapsamında operasyonları planlamak, sevk ve idare etmek, iller arasında kuvvet kaydırması yapmakla görevlidir. İller arasında kuvvet kaydırılması durumunda bölge komutanlığının konuşlu olduğu ilin valisi diğer illerin valileri ile gerekli koordinasyonu sağlar.

(2) Jandarma bölge komutanları, bölge içinde kendi görev ve sorumluluk alanındaki hususlarda il ve ilçe jandarma komutanlıklarına emir verebilir. Bölge komutanı bu görevlerinin ifasından ve yetkilerin kullanılmasından, operasyonel faaliyetlerde faaliyette bulunulan ilin valisine karşı sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla, bölge komutanlığının konuşlu olduğu ilin valisine karşı sorumludur.

İl jandarma komutanı ile komutan yardımcısı

MADDE 55

(1) İl jandarma komutanları, il jandarma teşkilatının komutanıdır.

(2) İl jandarma komutanlarının görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır:

a) Emniyet ve asayişi sağlamak için alınan tedbir ve kararları uygulamak, icra edilen adli faaliyetlerin koordinasyon ve takibini yapmak.

b) Emniyet ve asayişi sağlamaya yönelik alınması gereken tedbirlere ilişkin önerilerde bulunmak.

c) Görev ve işlemlerin tam, doğru ve zamanında yapılmasını sağlamak, denetlemek, yanlış ve eksiklikleri gidermek, gerektiğinde soruşturma yapmak.

ç) Kanunlarla ve vali tarafından verilen görevlerin yapılıp yapılmadığını takip ve kontrol etmek, sonuçlarını bildirmek.

d) Astlarını kanunlarda verilen görevleri yönünden yetiştirmek.

e) Disiplini sağlamak.

f) Personelin özlük işlemlerini yürütmek.

g) İhtiyaç duyulan lojistik ve teknik destek faaliyetlerini planlamak, kontrol ve denetimini sağlamak.

ğ) Adli görevleri ifa etmek.

(3) İl jandarma komutan yardımcıları, kendi birimlerini sevk ve idare eder, birimlerinin eğitiminden, disiplininden, özlük işlemlerinden sorumludur. Komutan tarafından verilen görevleri yapar. Komutanın yokluğunda aynı yetkileri taşır ve görevlerini yerine getirir.

İlçe jandarma komutanı ve komutan yardımcısı

MADDE 56

(1) İlçe jandarma komutanları, ilçe jandarma teşkilatının komutanıdır.

(2) İlçe jandarma komutanlarının görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır:

a) Emniyet ve asayişi sağlamak için alınan tedbir ve kararları uygulamak.

b) Emniyet ve asayişi sağlamaya yönelik alınması gereken tedbirlere ilişkin önerilerde bulunmak.

c) Adli görevleri ifa etmek.

ç) Görev ve işlemlerin tam, doğru ve zamanında yapılmasını sağlamak, denetlemek; yanlış ve eksikliklerin nedenlerini inceleyerek gidermek, gerektiğinde soruşturma yapmak.

d) Kanunlarla ve kaymakam tarafından verilen görevlerin yapılıp yapılmadığını takip ve kontrol etmek, sonuçlarını bildirmek.

e) Astlarını kanunlarda verilen görevleri yönünden yetiştirmek.

f) Disiplini sağlamak.

g) Personelin özlük işlemlerini yürütmek.

ğ) İhtiyaç duyulan lojistik ve teknik destek faaliyetlerini planlamak, kontrol ve denetimini sağlamak.

(3) İlçe jandarma komutan yardımcıları, kendi birimlerini sevk ve idare eder, birimlerinin eğitiminden, disiplininden, özlük işlemlerinden sorumludur. Komutan tarafından verilen görevleri yapar. Komutanın yokluğunda aynı yetkileri taşır ve görevlerini yerine getirir.

Jandarma karakol komutanları

MADDE 57

(1) Jandarma karakol komutanları, karakolun komutanıdır.

(2) Jandarma karakol komutanlarının görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır:

a) Emniyet ve asayişi sağlamak için alınan tedbir ve kararları uygulamak.

b) Emniyet ve asayişi sağlamaya yönelik alınması gereken tedbirlere ilişkin önerilerde bulunmak.

c) Adli görevleri ifa etmek.

ç) Görev ve işlemlerin tam, doğru ve zamanında yapılmasını sağlamak, denetlemek; yanlış ve eksikliklerin nedenlerini inceleyerek gidermek, gerektiğinde soruşturma yapmak,

d) Kanunlarla ve ilçe jandarma komutanı tarafından verilen görevlerin yapılıp yapılmadığını takip ve kontrol etmek, sonuçlarını bildirmek.

e) Astlarını kanunlarda verilen görevleri yönünden yetiştirmek.

f) Disiplini sağlamak.

g) Personelin özlük işlemlerini yürütmek.

BEŞİNCİ KISIM

Çalışma ve İşbirliği Esasları

Çalışma ve işbirliğine ilişkin genel esaslar

MADDE 58

(1) Jandarma Genel Komutanlığı, Bakanlığa bağlıdır. Bakan, jandarma teşkilatının en üst amiridir ve teşkilatı idare eder. Jandarma Genel Komutanı tüm jandarma teşkilatının komutanı olarak teşkilatın sevk ve idaresinden, mevzuat hükümlerinin yürütülmesini sağlamaktan, bunlara dayalı olarak verilen emir ve kararların uygulanmasından Bakana karşı sorumludur.

(2) Jandarma bölge komutanları konuşlu olduğu ilin valisine, il ve ilçe jandarma komutanları ise mülki amirlere bağlı ve sorumlu olarak görev yapar.

(3) Mülki amirler ile adli makamlar mevzuat hükümlerine uygun olarak jandarma komutanlarına ve diğer jandarma personeline doğrudan emir verme yetkisine sahiptir. Diğer makamlar jandarmaya görev olarak verilmesini istedikleri konunun kanuni dayanaklarını belirterek o yerin mülki amirine başvurur. Mülki amir, talebi mevzuata ve ihtiyaca uygunluk yönünden değerlendirir ve uygun bulduğunda, görevin ifasını emreder.

(4) Jandarma birimleri, aldıkları görevin yürütülmesi bakımından, kendi amirlerinin emir komutası altında ve silsile esasına göre sevk ve idare edilir.

(5) Emniyet ve asayiş görevlerinden doğrudan doğruya sorumlu olan mülki amir, bu görevlerin yürütülmesini jandarmanın sorumluluk alanında, jandarma aracılığıyla sağlar.

(6) Jandarma birimlerindeki her kademedeki amir ve personel, görevlerini kanunlara uygun yürütmekten ve yetkilerini amaca uygun bir tarzda kullanmaktan, mülki amirlere karşı sorumludur.

(7) Jandarma birimlerinin üstlendikleri görevin yapılmasında kullanacakları araç ve gereçlerin seçimi kendi komutanlarına aittir. Mülki amirler özellik taşıyan ve yetersiz kalınan durumlarda gereken araç ve gereçleri diğer kamu kurum ve kuruluşlarından sağlayarak jandarmanın hizmetine verebilir.

Suç ve diğer önemli olayların bildirilmesi

MADDE 59

(1) Jandarma; bölgelerindeki her türlü suçları ve sonuçlarını, ülkenin emniyet ve asayişini bozan ya da bozacak olan olayları, yangın, su baskını gibi afetleri, haber aldıkları salgın ve bulaşıcı hastalıkları, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, nitelikleri Anayasada gösterilen Cumhuriyeti yıkmaya, sarsmaya ve bölmeye yönelik propagandalar konusunda edindikleri bilgileri, il veya ilçenin asayiş veya güvenliğini etkileyecek mahiyetteki kovuşturma ve soruşturmaları, vakit geçirmeksizin mülki amire sözlü ya da yazılı olarak bildirir. Suçla ilgili görülen olaylar aynı zamanda Cumhuriyet savcılığına da bildirilir.

Emniyet ve asayişle ilgili yazışmalarda işbirliği

MADDE 60

(1) Jandarma Genel Komutanlığı merkez ve taşra teşkilatları birbirleriyle; mahalli vakalar hakkında malumat istemek ve teknik, muhasebe, lojistik ve özlük konularına dair işlemler haricinde resen muhabere edemez ve yazışma yapamaz. Taşra teşkilatının merkez teşkilatıyla, merkez teşkilatının taşra teşkilatıyla yapacağı yazışmalar Bakanlık ve mülki amirler aracılığı ile

yapılır. Hak ve yükümlülük doğuran ve Bakanlık ya da Jandarma Genel Komutanlığı adına irade beyanı niteliği taşıyan yazışmalar, her halükarda valilikler aracılığıyla yapılır.

(2) İl ve ilçelerde jandarmanın sorumluluk alanındaki emniyet ve asayiş hizmetlerine ilişkin bütün yazı işleri jandarma komutanlıklarında; emniyetin sorumluluk alanındakiler ise emniyet makamlarında yürütülür ve dosyalanır.

(3) Emniyet ve asayiş görevlerinden jandarmayı ilgilendiren ve jandarmanın sorumluluk alanında yapılan işlere ilişkin her türlü emir ve tebligat, mülki amirin emirlerine göre, jandarma komutanlıklarınca hazırlanarak mülki amir imzasıyla gereken yerlere gönderilir.

(4) Bakanlığa gönderilecek asayiş raporlarından jandarmanın sorumluluk alanında meydana gelen olaylara ait bulunanlar, il jandarma komutanlığınca hazırlanır ve vali imzasıyla gönderilir.

(5) Emniyet ve asayiş görevlerine ait aylık ve yıllık istatistikler jandarma, sahil güvenlik ve emniyet sorumluluk alanları için ait olduğu makamlarca hazırlandıktan ve emniyet müdürlüğünce beş örnek olarak birleştirilip il jandarma komutanı ve il emniyet müdürü ile teşkilatı olan yerlerde sahil güvenlik bölge veya grup komutanı tarafından parafe edildikten sonra, iki örneği vali imzasıyla Bakanlığa sunulur. İlde kalan üç suretten birer tanesi jandarma, sahil güvenlik ve emniyet teşkilatlarındaki dosyasında saklanır.

Cumhuriyet savcılığı ile ilişkiler

MADDE 61

(1) Jandarma, 5271 sayılı Kanun ve diğer mevzuatta yazılı soruşturma işlemlerine ilişkin görevleri yerine getirir, il ve ilçenin emniyet ve asayişini, genel hayatın akışını ilgilendiren olaylarda mülki amire bilgi verir.

Adli kolluk makamları ile işbirliği

MADDE 62

(1) Adli kolluk makamları ile işbirliği Adlî Kolluk Yönetmeliğine göre yürütülür.

İcra müdürlükleri ile ilişkiler

MADDE 63

(1) İcra müdürlüklerinin talebi üzerine kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan araçlar, en yakın yediemin otoparkına teslim edilerek en geç üç işgünü içinde en yakın icra müdürlüğüne teslim alınması için bildirimde bulunulur.

Askeri makamlar ile ilişkiler

MADDE 64

(1) Jandarmanın askeri makamlarla ilişkisi 8 inci ve 41 inci maddelerde belirtilen hallerle sınırlıdır.

Polis ve sahil güvenlik ile ilişki, çalışma ve işbirliği esasları

MADDE 65

(1) Jandarma sorumluluk alanında herhangi bir suçla karşılaşan sahil güvenlik veya polis, olaya müdahale etmek ve jandarmaya da haber vermek, jandarmanın istemi üzerine gerekli yardımı yapmakla yükümlüdür. Bu gibi durumlarda, sahil güvenlik ve polis, jandarma gelinceye kadar olay yerinde soruşturma yapamaz, durumu olduğu gibi koruyarak delillerin kaybolmaması için gereken önlemleri alır. Sahil güvenlik veya polis, olay yerinde elkoydukları nesneleri gelen jandarmaya bir alındı belgesiyle teslim eder, jandarmanın makul bir sürede gelememesi durumunda Cumhuriyet savcısına haber verir ve talimatına göre hareket eder.

(2) Zorunlu durumlarda, jandarma da sahil güvenlik veya polis sorumluluk alanında birinci fıkradaki hükümlere uygun olarak hareket eder.

(3) Faillerin belirlenmesi ve yakalanması konularında, jandarma, sahil güvenlik ve polis kendi sorumluluk alanlarında birbirlerine gerekli yardımı yapmakla yükümlüdür.

(4) Jandarmanın sorumluluk alanında sahil güvenlik veya polisin; sahil güvenlik veya polisin sorumluluk alanında jandarmanın emniyet ve asayişle ilgili yürüttüğü çalışma ve haber toplama faaliyetlerinde jandarma, sahil güvenlik ve polis birbirlerine gerekli yardımı yapar. Bu kapsamda, her biri yapacağı çalışmalardan ve edindiği bilgilerden, ilgili kolluk kuvvetini bilgilendirir.

(5) Jandarma, sahil güvenlik ve polis kendi sorumluluk alanlarındaki suç ve diğer olaylardan ilgili olanları birbirlerine bildirirler.

(6) Jandarma, sahil güvenlik ve polisin birlikte çalışmalarına gerek duyulan durumlarda, operasyona katılan birimlerin komuta, sevk ve idaresinin hangi kolluk kuvvetine ait olduğu mülki amir tarafından belirlenir.

Dış ilişkiler

MADDE 66

(1) Jandarma Genel Komutanlığı yurtdışında icra edilen faaliyetlere dış ilişkiler uygulama planı kapsamında iştirak eder. Bu plan yıllık olarak hazırlanır, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça onaylanır. Yıllık planda yer almayan, ancak icrasına ihtiyaç duyulan plan dışı faaliyetlerin onayı Bakanlıktan ayrıca alınır.

(2) Jandarma, kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getirirken Devletin dış politika esasları çerçevesinde, uluslararası kuruluşlarla ve diğer ülke kolluk makamlarıyla bilgi alışverişinde ve ortak çalışmalarda bulunabilir.

(3) Jandarma Genel Komutanlığı, Bakan onayı ile uluslararası kuruluşlara üye olabilir.

ALTINCI KISIM

Denetim, Kadro ve İkmal

Denetim

MADDE 67

(1) Bakan her kademedeki jandarma birimini denetler veya Bakan adına bu denetim Mülkiye Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından yerine getirilir. Bu denetim illerde vali ve ilçelerde kaymakamlar tarafından yapılır.

(2) Jandarma Genel Komutanı tüm jandarma birimlerini kendi görevleri ile ilgili denetler. Teftiş Kurulu Başkanlığı, İç Denetim Birimi Başkanlığı ile denetleme birimleri Jandarma Genel Komutanı adına teftiş ve denetleme yapar. Jandarma birimleri sıralı amirler tarafından da denetlenir.

Kadro

MADDE 68

(1) Bütçenin hazırlanması ve uygulanmasına esas olan Jandarma Genel Komutanlığı fiili personel kadroları, her yıl ilgili yılın merkezi yönetim bütçe kanunu ile onaylanır. Yıl içinde ihtiyaç duyulan kadro değişikliklerinde kadro tavanını aşmamak üzere Bakandan onay alınır.

İkmal

MADDE 69

(1) Jandarma Genel Komutanlığının tüm birlik ve unsurlarının her türlü ihtiyacının teşkilat tarafından iç veya dış piyasadan sağlanması esastır. 5/4/2001 tarihli ve 4636 sayılı Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığının Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

(2) Jandarma Genel Komutanlığı ikmal hizmetleriyle faaliyetlerine ait her türlü ihtiyacını ve silah ve mühimmatını Bakanlıkça belirlenecek standartlara uygun olarak kendi bütçesinden karşılar. Ancak Jandarma Genel Komutanlığı, Savunma Sanayi Destekleme Fonundan Türk Silahlı Kuvvetlerinin tabi olduğu usul ve esaslar dahilinde yararlanır. Jandarma Genel Komutanlığının

ihtiyaçları, Bakanlık tarafından Millî Savunma Bakanlığına doğrudan teklif edilir. Bu ihtiyaçlar Bakanlığın güvenlik önceliklerine göre değerlendirilir.

(3) Seferberlik ve savaş hallerinde kuvvet komutanlıkları emrine girecek veya Bakan ya da valilerce askeri görev verilen jandarma birliklerinin her türlü ihtiyacı (sefer stokları dahil) emrine gireceği kuvvet komutanlıklarının standartlarına uygun olarak Millî Savunma Bakanlığınca karşılanır.

YEDİNCİ KISIM

Çeşitli ve Son Hükümler

Görevin icra tarzı

MADDE 70

(1) Jandarma birimlerinde, emniyet ve asayişle ilgili görev alan personelin resmi kıyafet ile görev yapmaları esastır. Ancak suç ve suçluların gizli olarak takibi, yakalanması ve istihbarat, kaçakçılık ve terörle mücadele hizmetleri için gerek görüldüğünde mülki amirin veya il jandarma komutanının izni ile görevin icap ettirdiği değişik kılık ve kıyafetle de hizmet yürütülebilir.

(2) Mülki amirin onayı ile görevlendirilecek birimler farklı tertiplenme ile göreve gönderilebilir. Terörle mücadele, istihbarat ve kaçakçılıkla mücadele görevlerinde tek başına veya toplu olarak görevlendirilebilir; görevin gerektirdiği araç, gereç, donanım, iletişim aracı ve silah kullanılabilir. Görevin tamamlanmasına kadar görev sahasında kalabilirler.

(3) Jandarma, sahil güvenlik ve polis ile müşterek görev icra edebilir.

Geçici görevlendirme

MADDE 71

(1) Jandarma, sahil güvenlik ve emniyet teşkilatı kendi sorumluluk alanlarındaki görevlerini, kendi kuvvetleriyle yerine getirmek zorundadır. Ancak, jandarma, sahil güvenlik ve emniyet teşkilatı, kendi sorumluluk alanında yetersiz kaldıkları takdirde ya da gelişmekte olan olayların değerlendirilmesinde yetersiz kalacakları anlaşıldığında; geçici bir süre için birbirlerinin sorumluluk alanlarında görevlendirilebilirler. Bu görev hiç bir zaman süreklilik taşımaz, istenen sonuç alındığında yardıma gelen kuvvet kendi görevine döner.

(2) Bu madde kapsamındaki görevlendirmeler mülki amirin onayı ile yapılır.

Merkezden ve iller arası görevlendirme

MADDE 72

(1) Kamu düzeni ve güvenliği, kaçakçılık ve uyuşturucu maddelerle ilgili önemli olayları takip etmek, gerekiyorsa müdahale ederek soruşturmasını yapmak üzere;

a) Bakanlıkça doğrudan veya ilgili valinin talebi üzerine merkez veya taşra teşkilatından ekipler görevlendirilebilir.

b) (a) bendi hükmüne uygun olarak bir ilde soruşturması yapılan olayın aydınlatılması, delillerin toplanması, şüphelilerin yakalanması, başka illerde de araştırma ve soruşturma yapılmasını gerektiriyorsa iller arasında ilgili valiliklerce ekipler görevlendirilebilir.

(2) Görevlendirilen ekiplerin kolluk yetkilerini kullanması, jandarma sorumluluk alanı ile sınırlı değildir. Bu ekipler görev yaptıkları mahallin mülki amirine bilgi vermek zorunda olup görevin ifası sırasında mahallin mülki amirine karşı da sorumludur.

Tahsis

MADDE 73

(1) Bakanın onayı ile; Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü silah, mühimmat, teçhizat, taşıt ve diğer taşınırları ile taşınmazlarını birbirlerine geçici olarak tahsis edebilirler veya bedelsiz olarak devredebilirler.

Yoklama kaçağı, bakaya, firar, izin ve hava değişimi süresini geçirenlere uygulanacak işlem

MADDE 74

(1) Yoklama kaçakları ve bakayalar, askerlik ödevlerini yerine getirmek maksadıyla yakalanmaları için Millî Savunma Bakanlığınca Bakanlığa, askerlik şubelerince de mülki amire bildirilirler. Yakalanarak muhafaza altına alınan yükümlüler, vakit geçirmeksizin ve en geç yirmidört saat içerisinde en yakın askerlik şubesine getirilirler. Askerlik şubesince teslim alınamayan yükümlüler, jandarma tarafından hazırlanan tutanağa istinaden derhal serbest bırakılırlar.

(2) Firar, izin veya hava değişimi tecavüzünde olan yükümlülerden haklarında adli makamlarca çıkarılmış yakalama kararları olanlar, ele geçirilinceye kadar jandarma tarafından aranır. Yakalananlar hakkında ilgili adli makamın talimatı doğrultusunda işlem yapılır.

Emniyet ve asayiş planları

MADDE 75

(1) Jandarma birimleri, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlamak ve olaylara etkili biçimde müdahale edebilmek amacıyla suçları önleme ve suçlara müdahale planı, doğal afet ve yardım planı ile koruma ve müdahale harekat planı hazırlar.

(2) Anayasada öngörülen olağanüstü hallerle ilgili olarak hazırlanacak planlar, mevzuata uygun ve birinci fıkrada belirtilen planlarla uyumlu olarak hazırlanır.

(3) Planlar, mülki amirin onayı ile yürürlüğe konulur.

(4) Planların birer örneği; mülki amirlikler, jandarma, sahil güvenlik ve polisin ilgili birimlerinde saklanır ve Jandarma Genel Komutanlığına gönderilir.

Stratejik hedef planı

MADDE 76

(1) Jandarma teşkilatının personel, araç, gereç, mühimmat, taşınır ve taşınmazları ile hizmetlerinin ve görevlerinin geliştirilmesi ve ihtiyaçlarının önceden tespiti ve hedeflerinin belirlenmesi için hazırlanan ve beş yıllık bir dönemi kapsayan Jandarma Genel Komutanlığı stratejik hedef planı Bakan onayı ile yürürlüğe konulur. Bu plan en az iki yılda bir gözden geçirilir.

Tebligat

MADDE 77

(1) Tebligat 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Mevzuatta belirtilmeyen hiçbir tebligat işlemi jandarmaya görev olarak verilemez ve jandarma tarafından yerine getirilemez.

Mevcut sancakların muhafazası

MADDE 78

(1) Jandarma Genel Komutanlığı merkez ve taşra teşkilatlarındaki mevcut sancaklar Jandarma Müzesinde muhafaza edilir.

Düzenlemeler

MADDE 79

(1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasını sağlamak üzere hazırlanan yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler Bakanlık tarafından yürürlüğe konulur.

Yürürlükten kaldırılan ve değiştirilen hükümler

MADDE 80

(1) 3/11/1983 tarihli ve 83/7362 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) 14/7/2005 tarihli ve 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 39 uncu maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"2559 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde sayılan hususların tespiti halinde belirtilen işyerleri otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle; bu işyerlerinin mevzuat hükümlerine aykırı olarak ruhsatsız işletildiğinin tespiti halinde ise süresiz olarak ya da ruhsat alıncaya kadar mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından faaliyetten men edilir. Faaliyetten men'e ilişkin onay uygulanmak üzere yetkili idareye bildirilir. Yetkili idare en geç üç işgünü içinde faaliyetten men'e ilişkin kararı işyerini mühürlemek suretiyle uygulayarak buna ilişkin tutanağın bir suretini ilgili mülki makama gönderir. Yetkili idare, işyerinin faaliyetten men'ine ilişkin kararı süresinde uygulamazsa, sorumluluğu yetkili idareye ait olmak üzere kapatma kararı kolluk güçleri tarafından re'sen uygulanır ve yetkili idareye bilgi verilir."

Yürürlük

MADDE 81

(1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 82

(1) Bu Yönetmelik hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 03.07.2015

Resmi Gazete Sayısı : 29405

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, ürünlerin tanıtım faaliyetlerinde uyulması gerekli kuralları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, beşeri tıbbi ürünlerin, enteral beslenme ürünlerinin ve tıbbi mamaların tanıtım faaliyetlerini kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 14/5/1928 tarihli ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ile 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 27 ve 40 ıncı maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Bakanlık: Sağlık Bakanlığını,

b) Beşerî tıbbi ürün: Hastalığı tedavi etmek veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı etkin madde/maddeler kombinasyonunu,

c) Bilim servisi: Ruhsat/izin sahibinin, kendi kuruluşu bünyesinde oluşturduğu, ruhsatına veya iznine sahip olduğu ürünlerin tanıtımının ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak yürütülmesini sağlayan ve sadece hekim/diş hekimi/eczacının çalıştığı birimini,

ç) Bilimsel toplantı: Bilimsel bir konuda bilgi vermek amacı ile Bakanlık, sağlık meslek mensuplarının üyesi bulundukları ulusal ve uluslararası dernekler, sağlık kurum ve kuruluşları,

üniversiteler, hekim/diş hekimi/eczacı meslekî örgütleri veya ruhsat/izin sahipleri tarafından düzenlenen yurt içi veya yurt dışı kongreleri, sempozyumları, çalıştayları, seminerleri, kursları ve toplantıları,

d) Demo cihazı: Beşerî tıbbi ürünle birlikte ruhsatlandırılan ve ürünün kullanımının gösterilmesine yönelik olarak hazırlanan etkin madde içermeyen aparatı,

e) Kısa Ürün Bilgisi (KÜB): Beşerî tıbbi ürünün ruhsat dosyasında bulunan kısa ürün bilgilerini,

f) Kullanma Talimatı (KT): Beşerî tıbbi ürün ile birlikte sunulan, kullanıcı için hazırlanmış yazılı bilgileri,

g) Kurum: Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunu,

ğ) Ruhsat/izin: Bir ürünün belirli bir formül ile belirli bir farmasötik form ve dozda, kabul edilen ürün bilgilerine uygun olarak üretilip pazara sunulabileceğini gösteren, Kurumca düzenlenen belgeyi,

h) Ruhsat/izin sahibi: Kurumca ürünleri için adlarına, ruhsat/izin belgesi düzenlenen gerçek veya tüzel kişileri,

ı) Sağlık meslek mensupları: Hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun Ek 13 üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını,

i) Sözleşmeli firma: Hukukî her türlü sorumluluk ruhsat/izin sahibinde kalmak kaydıyla, ruhsat/izin sahibi tarafından sözleşme ile tanıtım faaliyetlerine yönelik iş ve işlemleri kendi adına veya birlikte yürütmekle yetkili kılınan ve Kuruma ruhsat/izin sahibi tarafından bildirilmesi zorunlu olan tüzel kişiyi,

j) Tanıtım: Bu Yönetmelik kapsamındaki ürünlerin tıbbi-bilimsel özellikleri hakkında ruhsat/izin sahipleri tarafından düzenlenen veya ruhsat/izin sahiplerinin adı, talebi, katkısı, desteği ile sağlık meslek mensuplarına gerçekleştirilecek bütün bilgi verme faaliyetlerini; bu çerçevede ürün tanıtım temsilcilerinin aktivitelerini, tıbbi ve mesleki kitap ve dergilere verilecek ilanları, doğrudan postalama veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılacak duyuruları, bilimsel toplantıları ve ürün tanıtım toplantılarını ve benzeri etkinlikler ile yapılacak faaliyetleri,

k) Tanıtım malzemeleri: Parasal değeri yürürlükteki aylık brüt asgarî ücretin % 2,5'ini aşmayan hekim, diş hekimi ve eczacının mesleğini icrası sırasında kullanabileceği sembolik hatırlatıcı ziyaret malzemelerini; ürün hakkında yeterli ve gerekli bilgiyi ihtiva eden kitap, kitapçık ve broşür gibi basılı materyalleri; film ve slaytları; elektronik depolama araçları ile sunulan görsel/işitsel

malzemeleri; bilgi/veri/başvuru kaynağı olarak kullanılabilecek her türlü yayını veya bu yayınlara elektronik erişim imkânını, bedelsiz numuneleri, demo cihazları ve hasta eğitimine yönelik materyalleri,

l) Ürün: Beşerî tıbbi ürünü, enteral beslenme ürününü ve tıbbi mamayı,

m) Ürün tanıtım temsilcisi: Hekim, diş hekimi ve eczacıya ziyaret yoluyla ürünün tanıtımını yapan yeterlilik belgesi almış kişiyi,

n) Ürün tanıtım toplantısı: Ruhsat/izin sahibinin ürününün tanıtımına yönelik düzenlediği toplantıyı,

o) Yeterlilik belgesi: Üniversitelerin ürün tanıtım temsilcisi yetiştiren bölümlerinden mezun olanlara doğrudan verilen veya Kurum tarafından belirlenen müfredata göre yapılan eğitim sonrası Kurumca yapılacak veya yaptırılacak sınav sonucunda başarılı olanlara Kurumca verilen belgeyi,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Ürünlerin Tanıtım Faaliyetlerinin Kapsamı ve Esasları

Tanıtımın kapsamı

MADDE 5 – (1) Tanıtım, bu Yönetmelik kapsamındaki ürünlerin hekim, diş hekimi ve eczacıya tanıtım faaliyetlerini kapsar.

(2) Sağlık meslek mensuplarına yönelik tanıtım;

a) Hekim, diş hekimi ve eczacıya tanıtım malzemeleri kullanılarak,

b) Bilimsel toplantılar ve ürün tanıtım toplantıları düzenlenerek veya desteklenerek,

c) Hekim, diş hekimi ve eczacılara ürün tanıtım temsilcileri tarafından ziyaret yapılarak,

gerçekleştirilir.

(3) Ürünlerin internet dâhil halka açık yayın yapılan her türlü medya ve iletişim ortamında program, film, dizi film, haber ve benzeri yollarla doğrudan veya dolaylı olarak topluma tanıtımı yapılamaz. Kurumun izni ile yapılan ve sağlık meslek mensuplarına ürünün pazara arz edildiğini duyuran gazete/dergi ilanları bu hükmün kapsamı dışındadır.

(4) Ürünlerin Kurumca onaylanmış KT/kullanım alanları, sadece Kurumca tanımlanmış mecralarda ve ruhsat/izin sahibinin kendi internet sitesinde yayınlanabilir. Bu mecra dışında Kurumca onaylanmış KÜB/KT/kullanım alanları kısmen veya tamamen kullanılmak suretiyle ürünlerle ilgili topluma yönelik tanıtım ve bilgilendirme faaliyeti yapılamaz.

(5) Sağlık meslek mensupları, Bakanlığın izni alınmadıkça ürünlerin tanıtımında oyuncu olarak rol alamazlar. Aynı şekilde üniversiteler, sağlık alanında faaliyet gösteren meslek kuruluşları, dernek veya vakıflar da Bakanlığın izni olmadıkça ürünlerin tanıtım faaliyetlerinde yer alamazlar.

Tanıtımın temel ilke ve esasları

MADDE 6 – (1) Toplum sağlığı açısından önem arz eden aşılama kampanyaları ve salgın hastalıklarla mücadele gibi durumlarda veya sağlıklı olmanın teşviki amacıyla Bakanlıkça gerçekleştirilen kampanyalarda kullanılacak ürünler hakkında, Bakanlıktan izin alınarak ve Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde toplum bilgilendirilebilir.

(2) Yurt içinde düzenlenen uluslararası kongrelerde yapılacak tanıtımlar ile hekim/diş hekimi/eczacının yazılı isteği üzerine ruhsat/izin sahibinin bilim servisi tarafından bizzat yapılan bilgilendirmeler hariç olmak üzere;

a) İlgili mevzuata göre ruhsatlandırılmamış ya da izin verilmemiş ürünlerin,

b) İlgili mevzuata göre ruhsatlandırılmış ya da izin verilmiş ürünlerin Kurumca onaylanan kullanım alanları dışında,

c) Yurt dışı tedarikçiler aracılığıyla temin edilen ürünlerden Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından alternatif geri ödeme modelleri kapsamında satın alınan ve Kuruma bildirilen ürünlerin farmakovijilansa yönelik yürüttükleri tanıtım faaliyetleri hariç olmak üzere ilgili mevzuata göre ruhsatlandırılmış ya da izin verilmiş ancak ülke piyasasında bulunamadığı için reçete karşılığında yurt dışından teminine Kurum tarafından izin verilen ürünlerin,

tanıtımı yapılamaz.

(3) Bir ürünün tanıtımı, Kurumca onaylanan kullanım alanlarında yer alan bilgi ve verilere uygun olmak zorundadır.

(4) Tanıtım, ürünün terapötik değeri hakkında sağlık meslek mensuplarının kendi görüşlerini oluşturmasına yardımcı olacak yönde ve ürünün özellikleri hakkında bilgilendirici ve kanıta dayalı tıbbi bilgiler içerir.

(5) Tanıtımın, tıp dergilerinden veya diğer bilimsel çalışmalardan yapılacak alıntılar, tablolar ve diğer görsel materyaller kullanılarak hazırlanan bir dokümantasyonla yapılması durumunda, bu materyaller aslına sadık kalınarak ve kaynakları tam olarak belirtilmek suretiyle kullanılır.

(6) Tanıtım, ürün kullanımını gereksiz yönde teşvik edecek veya beklenmeyen riskli durumlara neden olabilecek yanıltıcı, abartılı ya da doğruluğu kanıtlanmamış bilgiler vermek suretiyle veya ilgi çekici ve ürünün kendisi ile doğrudan ilgisi olmayan görüntüler kullanılarak yapılamaz.

(7) Çekiliş, şans oyunları gibi araçlar ile tanıtım yapılamaz.

(8) Ürünlerin; hekim, diş hekimi ve eczacıya tanıtımı yapılırken, herhangi bir nakdî veya aynî avantaj sağlanamaz, teklif dahi edilemez ve söz verilemez. Adı geçen sağlık meslek mensupları da kendilerine yapılan tanıtım faaliyetleri esnasında herhangi bir teşviki kabul veya talep edemezler.

(9) Sağlık meslek mensupları, ruhsat/izin sahiplerinden aldıkları her türlü desteği;

a) Her makale yazdığında makalenin sonunda,

b) Sunum yaptığında sunumun başında,

beyan etmek zorundadır.

(10) Ruhsat/izin sahipleri, aşağıdaki şartları sağlamaları durumunda kamuya ait sağlık kurum ve kuruluşları ile kâr amacı gütmeyen sağlık kurum, kuruluş ve organizasyonlarına bağışta bulunabilirler:

a) Bu Yönetmelik kapsamındaki ürünlerin ihale kararlarını etkilememek, haksız rekabete yol açmamak,

b) Ürün satışı ile ilişkilendirilebilecek etik dışı bir uygulamaya yol açmamak,

c) Spesifik bir ürün hakkında reçete yazımını teşvik edici olmamak,

ç) Araştırma, eğitim, sağlık ve hasta bakımını iyileştirmek amaçlarından birini taşımak,

d) Sadece bir bireyin kullanımına değil kurum veya kuruluşun genel kullanımına yönelik olmak,

e) Bağışlanan malzemede ruhsat/izin sahibinin adının bulunabilmesine karşılık ürünün ismini yazmamak,

f) Yapılan bağışı, ruhsat/izin sahibinin resmî kayıtlarına işlemek,

g) Klinik araştırmada kullanılması amacıyla yapılacak ürün ve benzeri bağışları doğrudan koordinatöre veya sorumlu araştırmacıya yapmak.

(11) Sağlık kurum ve kuruluşları ancak merkez teşkilatlarından izin alarak veya merkez teşkilatlarının bu konuda yayınladığı kurallar çerçevesinde bağış kabul edebilirler.

Bilimsel toplantılar ve ürün tanıtım toplantıları

MADDE 7 – (1) Bilimsel toplantılar ve ürün tanıtım toplantıları, sağlık meslek mensubunun uzmanlık/görev alanı ile ilgili olmak zorundadır. Bu toplantılar, ürünler ile ilgili var olan tıbbi bilgileri aktarmak veya yeni bilgileri sunmak amacı ile yapılır.

(2) Ruhsat/izin sahipleri; yurt içi ve yurt dışı bilimsel toplantılara katılacak sağlık meslek mensuplarının kayıt, konaklama ve ulaşım masraflarını aşağıdaki şartlara uymak kaydıyla destekleyebilirler:

a) Bir sağlık meslek mensubu aynı yıl içerisinde toplam dört kez ruhsat/izin sahiplerinin desteğinden yararlanabilir; bu dört desteğin sadece iki tanesini aynı ruhsat/izin sahibi sağlayabilir ve yine bu desteğin yalnızca ikisini yurt dışında yapılan toplantılarda kullanabilir. Sağlık meslek mensuplarının ruhsat/izin sahiplerinin desteğiyle; konuşmacı, yazılı veya sözlü bildiri sunan araştırmacı olarak katılım sağladıkları toplantılar bu kapsamda değerlendirilmez.

b) Bakanlık tarafından düzenlenen veya desteklenen bilimsel toplantılarda, bu toplantılara iştirak eden katılımcılar bu fıkranın (a) bendindeki katılım sayısı sınırlamasından muaftır.

c) Destek doğrudan kişiye değil toplantıyı düzenleyen organizasyona veya organizasyonlara yapılır.

(3) Ruhsat/izin sahipleri tarafından düzenlenen ürün tanıtım toplantılarında konuşmacılar hariç katılımcıların ulaşım ve konaklama masrafları ruhsat/izin sahiplerince karşılanamaz. Ancak ruhsat/izin sahipleri, yurt içinde bulunan ürün imalathanelerine yapılacak ziyaretlere bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında destek verebilirler.

(4) Ruhsat/izin sahipleri, yurt dışında yapılan bilimsel toplantıları; toplantının uluslararası nitelikte olması veya katılımcıların çoğunluğunun ülkemizde görev yapmayan sağlık meslek mensuplarından oluşması durumunda destekleyebilir veya düzenleyebilirler. Bakanlık tarafından yurt dışında düzenlenen veya desteklenen bilimsel toplantılarda bu şartlar aranmaz.

(5) Bilimsel toplantılara, ruhsat/izin sahibi tarafından destek verilerek toplantının mahiyetine göre sağlık meslek mensubu yetiştiren fakülte veya yüksekokullarında okuyan öğrencilerin de katılımı sağlanabilir.

(6) Ruhsat/izin sahipleri, düzenledikleri veya katkıda bulundukları bilimsel toplantıları ve ürün tanıtım toplantılarını ve destek verecekleri sağlık meslek mensuplarının ve sağlık meslek mensubu yetiştiren fakülte veya yüksekokullarında okuyan öğrencilerin bilgilerini, Kuruma bildirmek zorundadırlar. Kurum, bu bilgileri oluşturacağı veri tabanında toplar.

(7) Ruhsat/izin sahibinin desteklediği ulusal ve uluslararası klinik araştırmaların yurt içi ve yurt dışında yapılacak araştırmacı toplantıları, bilimsel toplantı katılımı olarak değerlendirilmez. Bu kapsamda olan toplantılar için Kurumun ilgili birimine izin başvurusunda bulunulur.

(8) Her defasında başka bir ülkede düzenlenen uluslararası bilimsel toplantılar hariç olmak üzere; kayak merkezi tatil beldelerinde 1 Aralık-1 Mart tarihleri arasında ruhsat/izin sahipleri tarafından

toplantı organizasyonları düzenlenemez ve desteklenemez. Deniz kenarı tatil beldelerinde ise 2015 ve 2016 yıllarında 1 Haziran-1 Eylül tarihleri arasında, 2017 ve sonraki yıllarda da 15 Haziran-15 Eylül tarihleri arasında ruhsat/izin sahipleri tarafından toplantı organizasyonları düzenlenemez ve desteklenemez. Bakanlık tarafından düzenlenen veya desteklenen bilimsel toplantılarda bu şartlar aranmaz.

(9) Ruhsat/izin sahibinin düzenlediği veya katkıda bulunduğu toplantılarda, farmakovijilans konusunda farkındalığı artırmak amacıyla Kurum tarafından hazırlanmış sunum veya eğitici videonun yer alması sağlanır. Ayrıca, bu amaçla Kurum tarafından hazırlanan afiş ve broşürler kolaylıkla görülebilecek alanlarda sergilenir.

(10) Bir takvim yılı içerisinde ruhsat/izin sahiplerinin düzenlediği veya katkıda bulunduğu altı saati aşan toplantıların en az % 60'ında akılcı ilaç kullanımı ilke ve hedefleri kapsamında, toplantının konusu ile ilgili bir oturum konulur. Bu oturumdaki sunumların içeriği, Bakanlıkça onaylanmış eğitim materyalleri ve tanı tedavi rehberleri çerçevesinde olur ve bu sunumlar Kurum resmî internet sitesi üzerinden kaynak belirtilerek kamuya açık şekilde yayınlanabilir.

(11) Toplantılara sağlık meslek mensupları dışındaki kişiler davet edilemez ve masrafları karşılanamaz; ancak protokol davetlileri bu hükmün dışındadır.

(12) Kurumca görevlendirilmiş sağlık denetçileri, denetim amacıyla önceden haber vererek veya haber vermeden bu toplantılara katılabilirler.

Tanıtım malzemeleri

MADDE 8 – (1) Sadece bu Yönetmelikte tanımlanan materyal ve malzemeler tanıtım malzemesi olarak kullanılır.

(2) İlgili idarî amir, sağlık kuruluşlarında tanıtım malzemelerinin hastaların göreceği şekilde sergilenmemesi için gerekli tedbirleri alır.

Bedelsiz numune

MADDE 9 – (1) Bedelsiz numuneler, aşağıdaki şartlar yerine getirilmek kaydıyla sadece hekim, diş hekimi ve eczacıya dağıtılabilir:

a) Ruhsat/izin sahipleri, bedelsiz ürün tanıtım numunelerinin imalat, ithalat ve dağıtımına yönelik olarak yeterli bir kayıt ve kontrol sistemini kurar, sorumlularını belirler. Bu kayıtlar, ilgili geri çekme mevzuat hükümlerine göre oluşturulur ve talep edilmesi hâlinde Kuruma bildirilir.

b) Bedelsiz numuneler, azaltılmış miktarlar içerir. Ancak, enteral beslenme ürünlerinde ve teknik nedenlerle azaltılamayan ürünlerin tanıtım numunelerinde bu şart aranmaz.

c) Tanıtım numunelerinin dış ambalajları üzerinde "Tanıtım numunesidir, satılamaz" ibaresi, en geniş yüzeyde ve dikkat çekici nitelikte yer alır. Basılması mümkün olan durumlarda aynı ifadeler, iç ambalajda da yer alır.

ç) Tanıtım numunesi ile birlikte varsa KT ve KÜB'ün bir örneği sunulur.

d) Uluslararası sözleşmeler kapsamında olan uyuşturucu ve psikotrop maddeler içeren ürünler ile ulusal kontrole tabi maddeleri havi ürünlerin numuneleri dağıtılamaz ve verilemez.

e) Kurumun resmî internet sayfasında ilan edilen "Numune Dağıtımı Yapılamayacak Olan İlaçlar" listesinde yer alan ürünlerin numuneleri dağıtılamaz ve verilemez.

f) Her bir ürün için piyasaya çıkış tarihinden itibaren ilk takvim yılında aylık satış gerçekleşmeleri izlenmek suretiyle yıllık toplam satışın % 5'i geçilmeyecek miktarda; ikinci takvim yılında bir önceki yıla ait satış miktarının % 5'ini; üç, dört ve beşinci takvim yıllarında bir önceki yıla ait satış miktarının % 3'ünü; beşinci takvim yılından sonra ise bir önceki yıla ait satış miktarının %1'ini geçmeyecek miktarda bedelsiz ürün numuneleri dağıtılabilir. Enteral beslenme ürünleri bu fıkrada belirlenen azalan miktar sınırlamasından muaftır. Farklı aromalar içeren enteral beslenme ürünlerine ait tanıtım numunelerinin yıllık dağıtım miktarları, aromadan bağımsız olarak tek bir ürün gibi değerlendirilerek hesaplanır.

g) Tanıtım numuneleri klinik araştırmalarda araştırma ürünü olarak kullanılamaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Ürün Tanıtım Temsilcileri

Ürün tanıtım temsilcileri

MADDE 10 – (1) Üniversitelerin, ürün tanıtım temsilcisi yetiştiren bölümlerinden mezun olanlara diplomalarını ibraz etmeleri hâlinde veya en az yüksekokul mezunu olup Kurum tarafından yapılan veya yaptırılan sınavı başarı ile geçenlere Kurum tarafından yeterlilik belgesi düzenlenir.

(2) Ürün tanıtım temsilcileri;

a) Yeterlilik belgelerinin olması kaydıyla firmalarda ürün tanıtım temsilcisi unvanı ile çalışabilirler.

b) Yeterlilik belgesi almaları durumunda Kurum elektronik kayıt sistemine Kurum tarafından kaydedilirler. Sisteme kayıt olan yeterlilik belgesi sahibi ürün tanıtım temsilcilerine, ruhsat/izin sahibi tarafından formatı Kurumca belirlenmiş bir "Ürün Tanıtım Temsilcisi Kimlik Kartı" düzenlenir. Kimlik Kartı olmaması durumunda ürün tanıtım temsilcisi olarak çalıştırılamazlar.

c) Hekim, diş hekimi ve eczacı haricindeki sağlık meslek mensuplarına herhangi bir ürün ve benzerinin tanıtımını yapamazlar ve tanıtım malzemesi veremezler.

ç) Ürün tanıtımı sırasında ürünle ilgili kendilerine rapor edilen advers etki/olayları firmalarındaki bilim servisine iletirler.

(3) Ürün tanıtım temsilcilerinin çalışma saatleri içinde kamu hizmeti veren sağlık kurum ve kuruluşlarında beşerî tıbbi ürün tanıtımı yapabilmeleri aşağıdaki kurallara tabidir:

a) İlgili idarî amir, ürün tanıtım temsilcilerinin sağlık meslek mensupları ile yapacakları ürün tanıtımı amaçlı görüşmelerin yapılabilmesini temin etmek üzere, çalışma düzenlerini gözeterek en uygun zamanı tahsis eder. Bu tahsis, eğitim hizmetlerini ve hastalara verilen sağlık hizmetlerini aksatamaz.

b) Ürün tanıtım temsilcileri ziyaretin başında hangi ruhsat/izin sahibini temsil ettiklerini açıklar ve ürün tanıtım temsilcisi kimlik kartlarını gösterirler.

(4) Ürün tanıtım temsilcilerinden bağış ve benzeri gibi adlarla da olsa, sağlık kurum ve kuruluşlarına girişleri için ücret talep edilemez.

(5) Sağlık kurum ve kuruluşlarına, ürün tanıtımı olarak algılanabilecek afiş veya benzeri tanıtım materyalleri konulamaz, asılamaz veya yapıştırılamaz. Ancak aşılama kampanyaları, salgın hastalıklar, sigara veya obeziteyle mücadele gibi konularda sağlıklı yaşamın teşviki amacıyla Bakanlığın gerçekleştirdiği kampanyalarda kullanılacak afiş ve benzeri tanıtım materyalleri bu hükmün dışındadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ruhsat/İzin Sahiplerinin Sorumluluğu

Ruhsat/izin sahiplerinin sorumluluğu

MADDE 11 – (1) Ruhsat/izin sahibi, kendi kuruluşu bünyesinde aşağıda belirtilen ilkeler doğrultusunda çalışmak üzere, pazara sunduğu ürünler hakkındaki bilgilerden sorumlu bir bilim servisi kurar ve servis personelleri arasından bu faaliyetlerle ilgili bir sorumlu personel belirler.

(2) Ruhsat/izin sahibi, ruhsatlandırılan veya izin verilen ürünün piyasaya arz edildiğini sağlık meslek mensuplarına basın duyurusu ile ilân etmek istemesi durumunda, hazırladığı ilân metninin birebir örneğini Kuruma göndererek Kurumdan izin alır. Basın duyurusu bir kez yayımlanabilir. Gazetelerde yayımlanacak basın duyurusunun boyutu gazete tam sayfasının 1/8'ini geçemez.

(3) Ruhsat/izin sahipleri tarafından düzenlenecek veya desteklenecek bilimsel toplantılar ve ürün tanıtım toplantıları Kuruma bildirilir. Yurt içi toplantılarda her toplantıdan en az on beş iş günü

önce; yurt dışı toplantılarda ise en az otuz iş günü önce toplantının içeriği, muhtemel katılımcı listesi, yapılacak masraf kalemleri ve etkinliklerin Kuruma bildirilmesi zorunludur. Evrak girişi yapılmış bildirimler, Kurum tarafından on iş günü içerisinde sadece elektronik olarak cevaplandırılır, cevaplandırılmaması hâlinde başvuru için onay verilmiş sayılır.

(4) Ruhsat/izin sahibi, desteklediği toplantı gerçekleştikten sonra, katılımcı listesi, masraf kalemleri ve yapılan etkinlikleri, Kurum tarafından belirlenen formatta ve dijital ortamda ayrıntılı olarak en geç otuz gün içerisinde Kuruma bildirir. Katılımcılara verilen destekle ilgili bilgi ve belgelerin örnekleri ilgili ruhsat/izin sahibi tarafından beş yıl süreyle muhafaza edilir.

(5) Ruhsat/izin sahibi;

a) Ruhsatına/iznine sahip olduğu ürüne ait tanıtımın bu Yönetmelikte belirtilen şartlara uygun olmasını sağlamak,

b) Kurumun talebi hâlinde tanıtım faaliyetleri ile ilgili gereken her türlü bilgiyi ve belgeyi ibraz etmek,

c) Kullanılacak tüm tanıtım malzemelerinin birer örneğini beş yıl süreyle saklamak,

ç) Kendi adına ürün tanıtımı hizmeti verecek temsilcilerin isimlerini, çalıştıkları bölgeyi, tanıtım yaptıkları sağlık meslek mensuplarının ve tanıtımını yaptıkları ürün adlarını, işe başlayış veya ayrılış tarihlerini kayıt altına almak, istenildiği takdirde Kuruma ibraz etmek,

d) 6 ncı maddenin ikinci fıkrası kapsamında bilim servisi tarafından hekim/diş hekimi/eczacının yazılı isteği üzerine yapılacak bilgilendirmelere ilişkin bilgi ve belgeleri beş yıl süre ile saklamak,

e) 15/4/2014 tarihli ve 28973 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik gereğince Kurum tarafından ilan edilen "Ek İzlemeye Tabi İlaçlar" listesinde yer alan ürünlerin tanıtım malzemelerine; ters eşkenar siyah üçgen sembolünü ve bu sembolü takiben "Bu ilaç ek izlemeye tabidir." ifadesini eklemek,

zorundadır.

(6) Ruhsat/izin sahibi, sözleşmeli firmalar aracılığı ile tanıtım faaliyeti yürütebilir. Bu kapsamda yürütülecek iş ve işlemlerden ruhsat/izin sahibi müteselsilen sorumludur. Ruhsat/izin sahibi sözleşmeli firmalar aracılığı ile yürüttüğü tanıtım faaliyetinde;

a) Yapılan sözleşmeyi veya sözleşme değişikliklerini imzalanma tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Kuruma ibraz etmek,

b) Sözleşme yaptıkları firma aracılığı ile yürütülen tanıtıma yönelik tüm iş ve işlemlerle ilgili bildirimleri Kuruma bizzat yapmak,

c) Yapılacak tüm iş ve işlemlerde kendi adına ürün tanıtımı hizmeti verecek temsilcilerin isimlerini, çalıştıkları bölgeyi, tanıtım yaptıkları sağlık meslek mensuplarının ve tanıtımını yaptıkları ürün adlarını, işe başlayış veya ayrılış tarihlerini kayıt altına almak, istenildiği takdirde Kuruma ibraz etmek,

ç) Bu fıkraya ilişkin tüm bilgi ve belgelerin örneklerini beş yıl süre ile muhafaza etmek,

zorundadır.

(7) Ruhsat/izin sahibi, sağlık kurum ve kuruluşları, üniversiteler, sağlık meslek mensupları ve üyesi bulundukları meslekî örgütler, sendikalar ve sağlık alanında faaliyet gösteren dernekler ve vakıflar ile sağlığın korunması ve geliştirilmesi maksadıyla kurulan sivil toplum kuruluşlarına parasal değeri yürürlükteki aylık brüt asgarî ücretin % 10'unu aşan her türlü değer aktarımlarını sadece aşağıda belirtilen şartlara uymak kaydıyla yapabilir:

a) Ruhsat/izin sahibi, bir takvim yılı içinde yapılan değer aktarımlarını Kurum tarafından belirlenen formatta ve ayrıntılı olarak bir sonraki yılın ilk altı ayı içerisinde Kuruma bildirir.

b) Bu kapsamda yapılacak değer aktarımında, değer aktarımının kabulü ve bu değer aktarımının Kuruma bildirilebilmesi için ruhsat/izin sahibi tarafından sağlık meslek mensubunun, diğer kurum ve kuruluşlarda ise yetkili amirin yazılı onayı alınır. Yazılı onay alınmaması halinde ruhsat/izin sahibi tarafından değer aktarımı yapılamaz.

(8) Ruhsat/izin sahibi tarafından değer aktarımına ilişkin tüm bilgi ve belgelerin örnekleri beş yıl süreyle muhafaza edilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Denetim

MADDE 12 – (1) Kurum, tanıtım faaliyetleri ile bu faaliyetlerde kullanılan her türlü malzeme ve yöntemi re'sen veya şikâyet üzerine denetler. Bu Yönetmelikte belirlenen ilkelere uymayan veya kamu sağlığı yönünden uygunsuz bulunan tanıtımın durdurulmasını, iptalini ya da bu tanıtımla sunulan bilgilerin düzeltilmesini ruhsat/izin sahibinden talep eder. Kurumun bu yöndeki talepleri gecikmeksizin yerine getirilir.

İdarî yaptırımlar

MADDE 13 – (1) Ruhsat/izin sahibi hakkında yapılan ürün tanıtımlarının 1262 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine aykırılık oluşturması veya tanıtımın internet üzerinden yapılması durumunda aynı Kanunun 18 inci maddesinde öngörülen müeyyideler uygulanır.

(2) Ruhsat/izin sahibi;

a) Tanıtım faaliyetlerini bu Yönetmeliğe aykırı şekilde yaptığının tespiti hâlinde Kurum tarafından uyarılır.

b) Uyarı tarihinden sonraki bir yıl içerisinde bu Yönetmeliğe aykırı herhangi bir fiilinin tespiti hâlinde üç ay süreyle tanıtım faaliyeti yapamaz.

c) Üç ay süreyle tanıtım faaliyetinden men yaptırımının uygulandığı tarihten sonraki bir yıl içerisinde aykırı herhangi bir fiilinin tekrarı hâlinde ise bir yıl süreyle tanıtım faaliyeti yapamaz.

(3) Ürün tanıtım temsilcilerinin;

a) Bu Yönetmelik hükümlerine aykırı şekilde yaptıkları tanıtım ihlallerinde, Kurum tarafından ilgili uyarılır.

b) Uyarı tarihinden sonraki bir yıl içerisinde bu Yönetmeliğe aykırı herhangi bir fiilinin tespiti hâlinde Kurum tarafından üç ay süreyle ilgilinin yeterlilik belgesi askıya alınır.

c) Üç ay süreyle yeterlilik belgesinin askıya alınmasına dair yaptırımın uygulandığı tarihten sonraki bir yıl içerisinde aykırı herhangi bir fiilinin tekrarı hâlinde ise ilgilinin yeterlilik belgesi bir yıl süreyle askıya alınır.

ç) Yeterlilik belgesi askıya alınan temsilci, bu süre içerisinde ürün tanıtım temsilcisi olarak görev yapamaz ve çalıştıkları ruhsat/izin sahibi firma tarafından ürün tanıtım temsilcisi kimlik kartı geri alınır.

d) Ruhsat/izin sahibi hakkında bu fıkra kapsamında gerçekleşen ürün tanıtım temsilcisinin aykırı fiillerinden dolayı ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) Ruhsat/izin sahibi;

a) 7 nci maddedeki hükümlerden herhangi birine aykırı davranması durumunda Kurum tarafından uyarılır.

b) Uyarı tarihinden sonraki bir yıl içerisinde bu Yönetmeliğin 7 nci maddesine aykırı herhangi bir fiilinin tespiti hâlinde üç ay süreyle 7 nci madde de tanımlanan tanıtım faaliyetlerini yapamaz.

c) Üç ay süreyle 7 nci madde de tanımlanan tanıtım faaliyetlerinden men yaptırımının uygulandığı tarihten sonraki bir yıl içerisinde 7 nci maddedeki hükümlerden herhangi birine aykırı bir fiilinin tekrarı hâlinde ise bir yıl süreyle bilimsel toplantılara ve ürün tanıtım toplantılarına katılamaz ve katkı sağlayamaz.

(5) Bu Yönetmeliğe aykırı davranan sağlık meslek mensupları hakkında ise bağlı oldukları kurum veya meslek örgütü nezdinde disiplin işlemleri başlatılır.

Kılavuz

MADDE 14 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasını göstermek amacıyla Kurumca gerekli kılavuz/kılavuzlar yayımlanır.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 15 – (1) 26/8/2011 tarihli ve 28037 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Uyum ve geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Ürün tanıtım temsilcileri 1/1/2019 tarihine kadar, Kurumca verilen yeterlilik belgesini almak zorundadırlar. Bu tarihten önce yapılan sınav sonrasında yeterlilik belgesi almaya hak kazanan ve en az lise mezunu olanlara Kurum tarafından yeterlilik belgesi düzenlenir. Ancak bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden önceki beş yıl içerisinde fiilen iki yıl ürün tanıtım temsilcisi olarak çalışmış olanlarda lise mezunu olma şartı aranmaz.

(2) Ruhsat/izin sahipleri, sözleşmeli firmalar aracılığı ile yürüttüğü tanıtım faaliyetlerine ilişkin bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce yaptıkları sözleşmeleri, yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde Kuruma ibraz eder.

(3) Kurum 1/1/2016 tarihine kadar "Numune Dağıtımı Yapılamayacak Olan İlaçlar" listesini hazırlar ve Kurumun resmî internet sayfasında yayınlar.

Yürürlük

MADDE 16 – (1) Bu Yönetmeliğin;

a) 7 nci maddesinin dokuzuncu fıkrası, 11 inci maddesinin beşinci fıkrasının (e) bendi ile yedinci fıkrası 1/1/2016 tarihinde,

b) 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bendi ile üçüncü fıkrasının (b) bendi 1/1/2019 tarihinde,

c) Diğer hükümleri ise yayımlandığı tarihte,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 17 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu Başkanı yürütür.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 15.02.2014

Resmi Gazete Sayısı : 28914

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, Kurum tarafından uygulanacak idari para cezaları ile diğer yaptırım ve tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik; 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, 29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun, 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanunun Ek 5 inci maddesi, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanunun 135, 136, 137 ve 138 inci maddeleri ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Kurum düzenlemeleri de dahil olmak üzere, ilgili mevzuatta yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve ilgili mevzuata aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara ve bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Kanunun 9 uncu, 60 ıncı ve 61 inci maddeleri, 4703 sayılı Kanunun 12 nci maddesi, 5070 sayılı Kanunun 18 inci maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 3 üncü, 4 üncü, 5 inci, (Değişik ibare:RG-29/9/2018-30550) 6 ncı, 8 inci ve 10 uncu maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Bakanlık: Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığını,

b) Bir önceki takvim yılı: İhlalin vukû bulduğu tarihten bir önceki takvim yılını, ihlalin vukû bulduğu tarihin tam olarak tespit edilemediği veya ihlalin devam ettiği durumlarda idari para cezasının uygulanacağı yıldan bir önceki takvim yılını, ihlalin yıllara yaygın olması durumunda ihlalin sona erdiği takvim yılından bir önceki takvim yılını,

c) Brüt satışlar: İşletmecinin faaliyetleri çerçevesinde satılan mal ya da hizmetler karşılığında alınan veya tahakkuk ettirilen toplam değerleri kapsayan ve gelir tablosunda "60. Brüt Satışlar" hesabında kaydedilen tutarları,

ç) İdari yaptırım: İdari para cezaları ile diğer yaptırım ve tedbirleri,

d) İlgili mevzuat: Kurumun görev alanına ilişkin kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı, eki kararlar, tebliğ, Kurul kararları, diğer düzenleyici işlemler, görev sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmeleri ve diğer yetkilendirme belgelerini,

e) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi,

f) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

g) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

ğ) Net satışlar: Brüt satışlardan, satış indirimlerinin düşülmesi sonucu kalan tutarı,

h) Satış indirimleri: Net satış hâsılatına ulaşabilmek için brüt satışlardan indirilmesi gereken satıştan iadeler, satış iskontoları ve diğer indirimleri,

ifade eder.

(2) Bu Yönetmelikte geçen ve birinci fıkrada yer almayan tanımlar için ilgili mevzuatta yer alan tanım ve kısaltmalar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

İdari Para Cezaları

Yetkilendirmeye ilişkin ihlaller

MADDE 5 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin;

1) İmtiyaz sözleşmesi kapsamında kurduğu elektronik haberleşme şebekesi ve tesislerini sözleşme süresinin sonuna kadar iyi, güncel ve çalışır durumda bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

2) Acil durumlara ve/veya acil yardım çağrı hizmetlerine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

3) Yetkilendirmesi kapsamı dışına çıkarak hizmet vermesi veya şebeke ve altyapı kurması ve/veya işletmesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin;

1) Şebekesine ilişkin donanım ve yazılım gibi yatırımlarına yönelik olarak yetkilendirmesinde ve/veya ilgili mevzuatta yer alan yükümlülüklere uymaması,

2) "All Risk" sigortası yaptırma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

3) Kapsama alanına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

c) İşletmecinin;

1) Rehber ve bilinmeyen numaralar konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

2) Tüm çalışanlarının mevzuata uygun davranışta bulunması için gerekli olan önlemi almaması ve işin düzenli yürümesini sağlamaması,

3) Yetkilendirme devri, hisse devri veya birleşme veya devralmaya ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) İşletmecinin birinci fıkrada sayılan fiiller dışında yetkilendirmeye ilişkin ilgili mevzuatı ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Numaralandırmaya ilişkin ihlaller

MADDE 6 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır.

a) İşletmecinin numaralandırma düzenlemeleri çerçevesinde kendisine tahsis edilen numaralar dışında diğer numara kaynaklarından numara kullanması halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin;

1) Ulusal numaralandırma planı kapsamında şebekelerinde gerekli düzenlemeleri yapmaması,

2) Ulusal numaralandırma planında veya kendisine tahsisli numaralarda yapılan değişikliklere ilişkin olarak 27/6/2009 tarihli ve 27271 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Numaralandırma Yönetmeliği ile diğer ilgili mevzuatta belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

c) İşletmecinin;

1) Kendisine tahsis edilen veya kullanım izni verilen numaraları, Kurumun izni olmadan bir başkasına kullandırması veya devretmesi,

2) Hizmet türüne göre numara gruplarına yönelik ilgili mevzuatta yer alan düzenlemelere uymaması,

3) Kendisine tahsis edilen numaraları, ulusal numaralandırma planında bulunan diğer numaralarla karışıklığa neden olacak şekilde kullanması,

4) (Mülga:RG-29/9/2018-30550)

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının binde beşine (% 0,5) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Kurum gerekli görmesi halinde; idarî para cezalarına ek olarak, Numaralandırma Yönetmeliğinde ve diğer ilgili mevzuatta yer alan tahsisli numaraların geri alınmasına ilişkin hükümleri de uygulayabilir.

(3) (Değişik:RG-29/9/2018-30550) İşletmecinin CLI'a ilişkin ilgili mevzuat hükümlerini ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır. İhlalin ilgili mevzuat çerçevesinde ağır kusur oluşturduğunun Kurul tarafından tespiti halinde ise işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

(4) (Ek:RG-29/9/2018-30550) İşletmecinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda sayılan fiiller dışında numaralandırmaya ilişkin ilgili mevzuatı ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Numara taşınabilirliğine ilişkin ihlaller

MADDE 7 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin;

1) Verici konumda iken, numara taşınması konusunda alıcı işletmeciden gelen talebi yerine getirmemesi ve/veya Kurum düzenlemelerine aykırı bir şekilde reddetmesi,

2) Abonenin numara taşıma talebi olmadan, aboneye ait kimlik bilgileri alınmadan veya eksik alınarak taşıma sürecinin başlatılması,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin;

1) Numaranın taşınacağı tarih ve saati numara taşınabilirliğine ilişkin Kurum düzenlemelerine uygun şekilde ilgili taraflara bildirmemesi,

2) Numara taşınabilirliğine yönelik tarife şeffaflığına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

3) Numara taşıma işlemi sırasında elde ettiği bilgileri, ilgili abonenin numara taşıma konusundaki talebini geri alması ya da ertelemesi amacıyla kullanması,

4) Abonenin numara taşıma iptal talebini numara taşınabilirliğine ilişkin Kurum düzenlemelerine uygun olarak yerine getirmemesi,

5) Numara taşınabilirliğinde uygulanacak ücretlere ilişkin Kurum düzenlemelerine uymaması,

6) Taşıma sürecinde numara taşınabilirliğine ilişkin Kurum düzenlemelerinde belirtilen sürelere uymaması,

7) Taşınmış bir numaranın iadesine ilişkin Kurum düzenlemelerine uymaması,

8) Taşınmış numaralara ilişkin çağrı yönlendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

9) Alıcı konumda iken, kendisine tahsisli olmayan taşınmış bir numaraya ilişkin olarak devir işlemi gerçekleştirmesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının binde beşine (%0,5) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) İşletmecinin birinci fıkrada sayılan fiiller dışında numara taşınabilirliğine ilişkin ilgili mevzuatı ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Frekans kullanımına ilişkin ihlaller

MADDE 8 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin kendisine tahsisli frekanslar dışında frekans kullanması halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin;

1) Frekans değişikliği, iptali gibi konulara ilişkin olarak Kurum tarafından istenilen iş ve işlemleri süresi içinde yerine getirmemesi,

2) Tahsis edilmiş frekansları Kurumun izni olmaksızın bir başkasına kullandırması veya devretmesi,

3) Kendisine tahsis edilen frekansları tahsis amacına uygun olarak kullanmaması,

4) Enterferansı önlemeye ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) İşletmecinin birinci fıkrada sayılan fiiller dışında frekans kullanımına ilişkin ilgili mevzuatı ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Tahakkuka esas bildirimlere ilişkin ihlaller

MADDE 9 – (1) Tahakkuka esas bildirimlerin Kuruma süresi içinde ve eksiksiz olarak yapılmaması veya yanlış bildirimde bulunulması durumunda işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Tahakkuka esas bildirimlerin yanıltıcı olması durumunda işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

Erişim ve ara bağlantıya ilişkin ihlaller

MADDE 10 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde ilgili mevzuat çerçevesinde yükümlü işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin;

1) Erişim sağlamaya ilişkin yükümlülüklerini,

2) Arabağlantı sağlamaya ilişkin yükümlülüklerini,

3) Ayrıştırma sağlamaya ilişkin yükümlülüklerini,

4) Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin yükümlülüklerini,

5) Ortak yerleşime ilişkin yükümlülüklerini,

6) Tesis paylaşımına ilişkin yükümlülüklerini,

7) Taşıyıcı seçimine ilişkin yükümlülüklerini,

8) Uzlaştırma prosedürü kapsamında geçici ücret dâhil Kurum tarafından belirlenen hüküm, koşul ve ücretlere uymaması veya söz konusu hüküm, koşul ve ücretlerin uygulanmasına ilişkin yükümlülüklerini,

9) Referans erişim tekliflerine ve şeffaflığa ilişkin yükümlülüklerini,

yerine getirmemesi veya haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin;

1) Kendisinden erişim veya arabağlantı hizmeti talep eden işletmecileri talep etmedikleri bir hizmeti almak zorunda bırakması,

2) İşletmeciler arasında ayrım gözetmeme yükümlülüğünü ihlal etmesi,

3) Erişim tarifelerini 8/9/2009 tarihli ve 27343 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak uygulaması,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin, erişim sağlanması kapsamındaki bilgilerin gizliliğine ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin, erişim sözleşmelerinin Kuruma sunulması veya mevzuata aykırı hükümlerinin düzeltilmesi veya sözleşmelerin aleniyetine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının binde beşine (%0,5) kadar idari para cezası uygulanır.

(3) İşletmecinin birinci ve ikinci fıkralarda sayılan fiiller dışında erişim ve ara bağlantıya ilişkin ilgili mevzuatı ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Son kullanıcı tarifelerine ilişkin ihlaller

MADDE 11 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin;

1) Kurumun tarifeleri ve bu tarifelerin kapsam, süre ve koşullarını izleme ve inceleme sürecinde ve/veya sonucunda öngördüğü tarifenin veya tarifeye ilişkin genel hükümlerin düzeltilmesinin sağlanması, tarifenin uygulanmasının geçici olarak durdurulması veya tarifenin yürürlükten kaldırılması şeklindeki tedbirleri uygulamadığının tespit edilmesi,

2) Tarifelerin aşırı fiyatları içerecek şekilde uygulanması, rekabetin kısıtlanmasını hedefleyen fiyat indirimlerini ihtiva etmesi, haklı olmayan nedenlerle tüketiciler arasında ayrım yapılmasına yol açması ve bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücretiyle desteklenmesi suretiyle çapraz sübvansiyona neden olması gibi ihlallerinin tespit edilmesi,

halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin;

1) İlgili mevzuat kapsamında tarifeleri bildirim usulüne tabi olan herhangi bir elektronik haberleşme hizmetini bildirim yapmadan sunduğunun veya uygulanan tarifede Kuruma bildirimde bulunmaksızın değişiklik yaptığının tespit edilmesi,

2) Tarifelerine yönelik olarak Kurum tarafından belirlenen alt ve/veya üst sınıra uymadığının tespit edilmesi,

3) Tarifeleri maliyet esaslı yöntem veya tavan fiyat yöntemi çerçevesinde onaya tabi olan herhangi bir elektronik haberleşme hizmetini, onaylanmamış tarife ile sunduğunun tespit edilmesi,

4) Yetkilendirmesinde, görev veya imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tarifelere ilişkin hükümlere uymaması,

halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

c) İşletmecinin;

1) İlgili mevzuat kapsamında tarifelerin kamuoyuna duyurulmasına dair yükümlülüklerine ve/veya buna ilişkin Kurumca belirlenen süreye riayet etmediğinin tespit edilmesi,

2) İlgili mevzuatta öngörülen zorunlu tarife teklifini Kuruma onay için sunmaması veya onaylandıktan sonra gerekçesiz bir şekilde yürürlüğe koymaması,

halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) İşletmecinin, tarifelerinin kamuoyuna duyurulması veya uygulanması aşamasında tarifelerinin adında değişiklik yapmadan önce Kurumu bilgilendirmediğinin tespit edilmesi halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının binde beşine (%0,5) kadar idari para cezası uygulanır.

(3) İşletmecinin birinci ve ikinci fıkralarda sayılan fiiller dışında tarifelere ilişkin ilgili mevzuatı ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Tüketici haklarına ilişkin ihlaller

MADDE 12 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin;

1) Tüketicilere yaptığı bilgilendirmelerin yanlış ya da yanıltıcı olması,

2) Doğru faturalama yapmaya ilişkin ilgili mevzuatta yer alan yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

3) Hizmetin kısıtlanması ve durdurulmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

4) Şeffaflığın sağlanması ve bilgilendirmeye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

5) Tarife/kampanyalar dâhilinde taahhüt ettiği edimleri yerine getirmemesi,

6) Tüketici şikâyetleri çözüm mekanizmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

7) Abonelik sözleşmelerinin kuruluşuna, uygulanmasına, feshine, değişikliğine, incelenmesi ve onayına yönelik yükümlülükler ile abonelik sözleşmelerine ilişkin ilgili mevzuatta belirtilen diğer yükümlülükleri yerine getirmemesi,

8) Abonelik sözleşmesi ve/veya aboneye ait kimliğini ispata yarar herhangi bir belgenin bulunmaması ve/veya muhafaza edilmesi gibi hususlardaki yükümlülüklerini ihlal etmesi,

9) Abonelik kayıtlarının eksik tutulması veya açık hatlara ilişkin ilgili mevzuata uymaması,

10) Tüketici mağduriyetinin giderilmesine yönelik yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

11) Tarife değişikliklerini abonelere duyurma yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

b) İşletmecinin;

1) Fatura gönderme yükümlülüğü, faturalarda bulunması gereken hususlar ile ayrıntılı fatura sağlamaya ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

2) Engelli abonelere ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

3) Tüketici haklarına ilişkin ilgili mevzuatta düzenlenen kapsamda işletmeci değişikliğiyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

4) İnternetin güvenli kullanımına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

5) (Değişik ibare:RG-29/9/2018-30550) Tüketicinin aldatılması veya yanıltılmasının amaçlanması halleri dışında katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmemesi,

halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) (Değişik:RG-29/9/2018-30550) Katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinde tüketicinin aldatılması veya yanıltılmasının amaçlandığının tespit edilmesi halinde, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır. İhlalin ilgili mevzuat çerçevesinde ağır kusur oluşturduğunun Kurul tarafından tespiti halinde ise işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

(3) (Ek:RG-29/9/2018-30550) İşletmecinin birinci ve ikinci fıkralarda sayılan fiiller dışında tüketici haklarına ilişkin ilgili mevzuatı ihlal etmesi halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ihlaller

MADDE 13 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının aşağıda belirtilen oranına kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin;

1) Kişisel verilere sadece yetkili kişiler tarafından erişilebilmesini ve kişisel verilerin tutulduğu sistemlerin ve kişisel verilere erişim sağlamak için kullanılan uygulamaların güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

2) İlgili mevzuat gereği abonelere/kullanıcılara ait işlenen ve saklanan trafik verilerinin öngörülen sürede tutma veya silme yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

3) Trafik verisinin ve konum verisinin işlenmesine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

4) Asgari istem dışı, yetki dışı ya da yasa dışı olarak; kişisel verilerin tahrip edilmesi, kaybolması, değiştirilmesi, depolanması veya başka bir ortama kaydedilmesi, işlenmesi, ifşa edilmesi ve söz konusu verilere erişilmesine karşı kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

5) Kişisel verilere ve ilişkili diğer sistemlere sağlanan tüm erişimlere ve erişim yetkisi olan personelin yaptığı işlemlere dair detaylı işlem kayıtlarını ilgili mevzuatta belirlenen süre boyunca tutma yükümlülüğünü yerine getirmemesi,

6) Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğine ilişkin ilgili mevzuatta düzenlenen diğer yükümlülükleri ihlal etmesi,

halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Milli güvenlik, kamu düzeni ve gizliliğin ihlali

MADDE 14 – (1) İşletmecinin, haberleşmenin gizliliğine, milli güvenlik ve kamu düzenine aykırı davranışta bulunması, işletmeci ve çalışanların yasaların öngördüğü istisnalar dışında haberleşmeyi engellemesi, gizliliğini ihlal etmesi, başkalarına bildirmesi ve açıklaması, yasalarla belirlenen hallerde istenilen bilgilerin Kanunla yetkili kılınan kişi ve kuruluşlara verilmesi ve elde edilmesinin engellenmesi hallerinde, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Milli güvenlik ve kamu düzeni ihlali oluşması halinde ayrıca 31 ve 32 nci maddeler de uygulanır. 31 ve 32 nci maddeler gereğince yaptırım uygulanması, idari para cezası uygulamasını engellemez.

(3) İşletmecinin elektronik haberleşme alt yapısına mahkeme kararı veya ilgili mevzuat uyarınca Kurum, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı veya diğer yetkili merciler tarafından alınmış bir karar olmadıkça, elektronik haberleşmenin aksamasına neden olacak biçimde müdahalelerde bulunması halinde işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Hizmet kalitesine ilişkin yükümlülüklerin ihlali

MADDE 15 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır:

a) İşletmecinin ilgili mevzuat çerçevesinde vereceği hizmetlere ilişkin yükümlülüklerini mücbir sebep halleri veya Kurul tarafından kabul edilen haklı nedenler olmaksızın ilgili mevzuattaki koşullara uygun bir şekilde, kesintisiz olarak yerine getirmemesi.

b) İşletmecinin uluslararası standartlara ve/veya hizmet kalitesine ilişkin ilgili mevzuata uymaması, ilgili mevzuat ile diğer yükümlülükleri ihlal etmesi.

Rekabet ihlalleri

MADDE 16 – (1) Rekabetin tesisi, korunması, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik ilgili mevzuatın ihlal edilmesi veya rekabete aykırı uygulamaların tespit edilmesi halinde işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Kısa mesaj hizmetlerinde Türkçe karakter kullanımına ilişkin ihlal

MADDE 17 – (1) İşletmecinin kısa mesaj hizmetlerinde Türkçe karakter kullanımına dair mevzuata uymaması durumunda işletmeciye, bir önceki takvim yılındaki net satışlarının binde beşine (% 0,5) kadar idari para cezası uygulanır.

Anten tesislerinin tasarımı, kurulması ve paylaşımına ilişkin ihlal

MADDE 18 – (1) Hücresel sistem anten tesislerinin tasarımı, kurulması ve paylaşımına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır ve yükümlülüğünü yerine getirmesi için otuz iş gününe kadar süre verilir.

(2) İşletmecinin verilen süreye rağmen yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda söz konusu anten tesisinin faaliyetleri yükümlülük yerine getirilene kadar durdurulabilir.

Şebeke ve bilgi güvenliği ile siber güvenliğe ilişkin ihlaller (3)

MADDE 19 – (1) İşletmecinin, şebeke güvenliği de dahil olmak üzere elektronik haberleşme güvenliğine ilişkin mevzuata uymaması halinde bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

(2) (Ek:RG-29/9/2018-30550) Ulusal siber güvenlik faaliyetleri ile siber saldırılara karşı korunma ve caydırıcılığın sağlanmasına yönelik Kurumun görevleri kapsamında belirleyeceği yükümlülükleri yerine getirmeyen veya aldıracağı tedbirleri uygulamayan gerçek kişiler ile işletmeciler dışındaki özel hukuk tüzel kişilerine bin liradan bir milyon liraya kadar idarî para

cezası uygulanır. Kurum ihlal konusuna ilişkin olarak gerçek veya tüzel kişiden yazılı açıklamalarını 15 günden 30 güne kadar belirlenebilecek süre içerisinde göndermesini ister. Süresinde gönderilmeyen yazılı açıklama dikkate alınmaz.

Arayüz teknik özelliklerinin yayımlanmasına ilişkin ihlal

MADDE 20 – (1) İşletmecinin, arayüz teknik özelliklerinin yayımlanmasına ilişkin mevzuata uymaması halinde işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

Kayıtlı elektronik posta hizmetine ilişkin ihlaller

MADDE 21 – (1) Kayıtlı elektronik posta sisteminin idarî, teknik ve hukukî gereklilikleri ile işleyişinde güvenli ürün ve sistemleri kullanmaması, hizmeti güvenilir bir biçimde yürütmemesi, hizmetlerini belirlenen kalitede sunulabilmesini teminen gerekli idarî ve teknik imkân ve kabiliyetlere sahip olmaması, bu sistemlerde kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin belirlenen kurallara aykırı davranması veya Kurum tarafından ilgili mevzuat ile belirlenen diğer yükümlülüklere uymaması, kayıtlı elektronik posta sisteminin işleyişinin tüm aşamalarında kayıt altına alınması gerekli olan verileri gerektiği şekilde kaydetmemesi hallerinde kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcısına bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

İnternet alan adlarına ilişkin ihlaller

MADDE 22 – (1) Kayıt kuruluşunun veya uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcısının internet alan adlarına ilişkin mevzuata uymaması halinde kayıt kuruluşuna veya uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcısına bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır.

Bilgi ve/veya belgelerin süresinde verilmemesi

MADDE 23 – (1) Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat gereği verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin Kuruma süresi içinde verilmemesi halinde 44 üncü maddede yer alan ölçütler dikkate alınarak işletmeci uyarılır veya işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde üçü (%0,003) oranında idari para cezası uygulanır.

(2) Söz konusu bilgi ve/veya belgenin tekrar istenmesine rağmen süresi içinde verilmemesi halinde 44 üncü maddedeki ölçütler dikkate alınarak, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde üçünün (%0,003) iki katından az olmamak üzere yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

Yanlış bilgi ve/veya belge verilmesi

MADDE 24 – (1) Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat kapsamında verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin yanlış olması halinde 44 üncü maddede yer alan ölçütler dikkate alınarak işletmeci uyarılır veya işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisi (%0,002) oranında idari para cezası uygulanır.

(2) Yanlış olan bilgi ve/veya belgelerin tekrar istenmesine rağmen tamamlanmaması halinde 44 üncü maddedeki ölçütler dikkate alınarak, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisinin (%0,002) iki katından az olmamak üzere yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

Eksik bilgi ve/veya belge verilmesi

MADDE 25 – (1) Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat kapsamında verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin eksik olması durumunda, 44 üncü maddede yer alan ölçütler dikkate alınarak işletmeci uyarılır veya işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisi (%0,002) oranında idari para cezası uygulanır.

(2) Eksik olan bilgi ve/veya belgelerin tekrar istenmesine rağmen tamamlanmaması halinde 44 üncü maddedeki ölçütler dikkate alınarak, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzbinde ikisinin (%0,002) iki katından az olmamak üzere yüzde birine (%1) kadar idari para cezası uygulanır.

Yanıltıcı bilgi ve/veya belge verilmesi

MADDE 26 – (1) Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve/veya belge ile ilgili mevzuat kapsamında verilmesi gereken bilgi ve/veya belgelerin yanıltıcı olması halinde işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine (%2) kadar idari para cezası uygulanır.

Denetime ilişkin ihlaller

MADDE 27 – (1) Denetime ilişkin mevzuat kapsamında getirilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde İşletmeciye bir önceki takvim yılına ait net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar idari para cezası uygulanır. Ayrıca, bu kişilerin kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcısı, ölçüm yetki belgesine sahip kuruluş, denetim yapma yetki belgesine sahip şirket veya deneme iznine sahip kuruluş olması durumunda Kurum tarafından kendilerine verilen yetki, ruhsat gibi her türlü izin iptal edilebilir.

Teknik uyumluluk

MADDE 28 – (1) Aşağıda belirtilen hallerde işletmeciye cihaz başına on bin Türk Lirasından yirmi bin Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanır:

a) Kayıp, kaçak veya çalıntı cihazlara elektronik haberleşme hizmeti verilmesi.

b) Mobil Cihaz Kayıt Sisteminde kayıtlı iken elektronik kimlik bilgisi kopyalanmış gerçek cihazları sadece eşleştirme yapılan abone numaraları ile kullanılmak üzere kullanıma açılmasına ilişkin yükümlülüğe uyulmaması.

(2) İşletmeci tarafından birinci fıkrada belirtilen yasal olmayan cihazların haberleşme şebekelerine bağlanılmalarını önlemek üzere Mobil Cihaz Kayıt Tabanı sistemlerini Kurumdaki Mobil Cihaz Kayıt Sistemi ile uyumlu olarak çalışır hâle getirme, bununla ilgili teknik alt yapı ve sisteminin güvenliği ve güvenilirliğini sağlama ve aksamaksızın işletme yükümlülüklerinin ihlali halinde işletmeciye on milyon Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

Kamu güvenlik ve istihbarat kurumları

MADDE 29 – (Değişik:RG:30/12/2014-29221) (1) (2)

(1) Kamu güvenlik ve istihbarat kurumları ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının, özel yasaları ile kendilerine verilmiş bulunan görevleri yerine getirmelerine imkan sağlayacak tedbirleri almaya yönelik olarak; ilgili mevzuat uyarınca teknik altyapıyı, Kurum tarafından belirlenecek süre ve şartlar içerisinde ve tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmasına ve bu alandaki güncellemeleri Kurum tarafından verilen süre içerisinde yapmasına ilişkin yükümlülükleri yerine getirmemesi durumları ağır kusur sayılarak işletmecinin ilgili yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

(2) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca bir işletmecinin teknik altyapıyı kurmadığına veya süresinde gerekli güncellemeleri yapmadığına ilişkin bildiriminin yapılmasına rağmen, bu işletmeciye erişim hizmeti veren işletmecinin verdiği hizmete derhal son vermemesi halinde ihlalin niteliğine göre işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (% 3) kadar idari para cezası verilebilir veya işletmecinin ilgili yetkilendirmesi fesh/iptal edilebilir.

İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin ihlaller

MADDE 30 – (1) (Değişik:RG-30/12/2014-29221) İşletmecinin, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilmiş olan görevlerin yerine getirilmesine imkân sağlayacak kanun ve diğer düzenlemelerle getirilen yükümlülüklere uymaması halinde ihlalin niteliğine göre

işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (% 3) kadar idari para cezası verilebilir veya işletmecinin ilgili yetkilendirmesi fesh/iptal edilebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Diğer Yaptırım ve Tedbirler

Millî güvenliğe aykırılık

MADDE 31 – (1) Milli güvenliğe aykırı işletmecilik yapıldığının yetkili makamlarca tespiti ve Kuruma bildirimi halinde bu durum ağır kusur sayılarak işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

(2) Milli güvenliğe aykırı davranışın işletmecinin çalışanlarından kaynaklandığının yine yetkili makamlarca tespiti ve Kuruma bildirimi halinde işletmeciye ihlalin sonlandırılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususunda uyarıda bulunulur. Uyarıya rağmen aykırı davranışın sürdürüldüğünün yetkili makamlarca tespiti halinde bu durum yine ağır kusur sayılarak işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına karar verilir veya işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

(3) Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 14 üncü madde hükümleri saklıdır.

(4) Bu madde gereği yapılacak fesihlerde, 5809 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca Bakanlık görüşü alınması gereken durumlarda Bakanlık görüşü alınır.

Kamu düzeninin ihlali

MADDE 32 – (1) İşletmeci ve çalışanları, haberleşmenin engellenmemesi veya haberleşmenin gizliliğine veya içeriğine dokunulmaması gibi anayasal temel hak ve hürriyetlere ve kamu düzenine ilişkin ilkelere aykırı davranışta bulunamaz. İşletmeci bu kapsamda gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Kamu düzenine aykırı fiillerde aşağıdaki yaptırımlar uygulanır:

a) İşletmeci veya çalışanları tarafından bu maddede belirtilen yükümlülüklerin ihlalinin tespiti halinde işletmeciye ihlalin sonlandırılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususu yazılı olarak bildirilir. Kurul tarafından ihlalin ağır kusur teşkil ettiğine karar verilmesi halinde işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına veya işletmecinin yetkilendirmesinin fesh/iptaline karar verilir.

b) (a) bendindeki ihlalin işletmeci ve çalışanları tarafından resmi görevleri dolayısıyla kamu görevlilerine karşı işlenmiş olduğunun mahkemelerce tespiti halinde işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

c) İşletmeci tarafından kamu düzeninin ihlal edildiğinin Kurum ya da yetkili makamlarca tespiti halinde, işletmeciye derhal ihlalin sonlandırılması ve gerekli tedbirlerin alınması hususu yazılı olarak bildirilir. Kurul tarafından ihlalin ağır kusur teşkil ettiğine karar verilmesi halinde işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

(2) Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 14 üncü madde hükümleri saklıdır.

(3) Bu madde gereği yapılacak fesihlerde, 5809 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca Bakanlık görüşü alınması gereken durumlarda Bakanlık görüşü alınır.

Kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi

MADDE 33 – (1) İlgili mevzuat gereği kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi halinde idari para cezasına ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, işletmeci önce kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve gerekli tedbirlerin alınması için uyarılır. İhlalin devamı ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmemesinin ilgili mevzuat çerçevesinde ağır kusur oluşturduğunun Kurul tarafından tespiti halinde işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir. Bu madde gereği yapılacak fesihlerde, 5809 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca Bakanlık görüşü alınması gereken durumlarda Bakanlık görüşü alınır.

Savaş, seferberlik ve olağanüstü hal

MADDE 34 – (1) Kurum, savaş, genel seferberlik ve benzeri durumlarda, kamu güvenliği ve ulusal savunma için yetkili makamlarca talep edilmesi halinde, sınırlı veya sınırsız bir süreyle işletmecinin işletme faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını askıya alabilir ve doğrudan doğruya şebekeyi işletebilir, millî güvenlik ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle işletmeciye tahsis edilen kaynakların bir kısmını geri alabilir. Bu durumda geçecek süre, yetkilendirme süresine eklenir ve bu dönemde elde edilen gelir işletmeciye ait olur.

(2) Söz konusu hallerde Kurumca bu hususlara ilişkin olarak yapılmış bulunan düzenleme ve alınmış olan kararlara işletmeci tarafından uyulmaması ağır kusur sayılarak işletmecinin yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

(3) İkinci fıkra gereği yapılacak fesihlerde, 5809 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca Bakanlık görüşü alınması gereken durumlarda Bakanlık görüşü alınır.

Yeniden yetkilendirilmeme

MADDE 35 – (1) (Değişik:RG-30/12/2014-29221) Teknik altyapının kurulması ve iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin ihlaller, milli güvenlik, kamu düzeninin ihlali, haberleşmenin engellenmesi ve gizliliğine dokunulması, kamu

hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi sebepleri ile yetkilendirmesi fesh/iptal edilen şirketler ile söz konusu şirket hisselerinden en az yüzde beşine (%5) sahip ortaklar, yönetim kurulu üyeleri ile tüzel kişiliği idareye yetkili kişiler tarafından kurulmuş şirketler yeniden yetkilendirilmez.

(2) Kuruma borcu bulunması, hazine payını ödememesi sebepleri ile yetkilendirmesi fesh/iptal edilen şirketler ile söz konusu şirket hisselerinin en az yüzde onuna (%10) sahip ortaklar, yönetim kurulu üyeleri ile tüzel kişiliği idareye yetkili kişiler tarafından kurulmuş şirketler fesh/iptal edilen yetkilendirme konusunda yeniden yetkilendirilmez.

(3) Kuruma borcu bulunan, hazine payını ödemeyen şirketler bu bedelleri ödemeleri halinde, yeniden yetkilendirilmelerine engel başkaca bir sebep yoksa yeniden yetkilendirilebilirler.

Elektronik haberleşme tesislerine ilişkin yükümlülüklerin ihlali

MADDE 36 – (1) Elektronik haberleşme tesislerine ilişkin ilgili mevzuatın ihlali halinde sabit elektronik haberleşme cihazının faaliyeti uygun şartlar sağlanıncaya kadar Kurum tarafından durdurulur.

(2) Kurumun belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde elektronik haberleşme tesisleri ile ilgili bildirimlerin yapılmaması veya güvenlik sertifikası alınmadan kurulması veya montajına başlanması veya izinsiz revizyon yapılması veya Kurum ya da Kurum tarafından yetki verilen kuruluşlarca yapılacak ölçümler sonucu Kurum tarafından belirlenen elektromanyetik alan şiddeti limit değere uygun bulunmaması veya konuya ilişkin diğer düzenleme hükümlerinin ihlali hallerinde, bunların sahibine her bir cihaz için ayrı ayrı olmak üzere ruhsatname ücretinin elli katı idarî para cezası uygulanır.

(3) Tekrar istenmesine rağmen Kurum tarafından talep edilen her türlü bilgi ve belge ile ilgili mevzuat gereği verilmesi gereken bilgi veya belgelerin süresi içerisinde tam ve eksiksiz olarak verilmemesi durumunda, Ölçüm Yetki Belgeli Kuruluşun Ölçüm Yetki Belgesi iptal edilir. Ölçüm Yetki Belgeli Kuruluşun yanlış ve yanıltıcı bilgi vermesi halinde Ölçüm Yetki Belgesi doğrudan iptal edilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ortak Hükümler

İşletmecinin faaliyete yeni başlamış olması

MADDE 37 – (1) Kurum tarafından bu Yönetmelik kapsamında idari yaptırım uygulanması öngörülen işletmecinin faaliyete yeni başlamış olması halinde, 44 üncü madde hükümleri dikkate alınarak bin Türk Lirasından bir milyon Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen durumlarda ilgili mevzuatta belirtilen diğer idari yaptırımlar saklıdır.

Somut tedbirlerin uygulanması

MADDE 38 – (1) Bu Yönetmeliğe göre belirtilen ihlallerin tespiti halinde, bu Yönetmelikte belirtilen yaptırımların yanı sıra, ihlalin niteliğine göre Kurul tarafından somut tedbirlerin uygulanmasına karar verilebilir.

Ödeme ve kesinleşme

MADDE 39 – (1) Bu Yönetmeliğe göre verilen idari para cezaları tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Kurum hesaplarına ödenir. Bu süre içerisinde ödenmeyen idarî para cezaları, Kurumun bildirimi üzerine ilgili vergi dairesince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

(2) Tahsil olan idarî para cezalarının tamamı Kurum hesaplarına aktarılır.

(3) İdari para cezasının tebliğini müteakip otuz gün içerisinde defaten ödenmesi halinde idari para cezasının ¼'ü oranında indirim yapılır.

(4) Kuruma idari para cezasının tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde para cezasının biri peşin olmak üzere dört eşit taksitte ödenmesi başvurusunda bulunulabilir. Kişinin borcunu taksitlendirme isteğinde bulunması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve devam eden aylarda dört eşit taksit halinde ödenmesine Kurul başkanı tarafından karar verilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(5) Kurum tarafından uygulanan idari para cezalarının tahsilinde kesinleşme şartı aranmaz.

(6) 6183 sayılı Kanunun 106 ncı maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde uygulanan idari para cezalarının tahsil zamanaşımı süresi beklenilmeksizin Kurum tarafından terkinine karar verilebilir.

İdari para cezalarının arttırılması

MADDE 40 – (1) 5070 sayılı Kanun, 4703 sayılı Kanun, 5651 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında Kurum tarafından uygulanacak idari para cezaları 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirlenen esaslar çerçevesinde arttırılarak uygulanır.

İçtima

MADDE 41 – (1) Bir fiil ile birden fazla yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde bu ihlaller için sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu ihlaller ile ilgili olarak

ilgili mevzuatta idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her biri de ayrıca uygulanır.

(2) Aynı ihlalin birden fazla işlenmesi halinde her bir ihlale ilişkin olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen ihlallerde idari yaptırım kararı verilinceye kadar bu ihlaller tek fiil sayılır.

İdari yaptırımların uygulanması

MADDE 42 – (1) İşletmecinin ihlal sonucunda elde ettiği gelir veya sebep olduğu zarar bu Yönetmelikte o ihlal için belirlenen üst sınırdan daha yüksek ise 44 üncü madde hükümleri gözetilerek uygulanacak idari para cezası işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar arttırılabilir.

(2) Bu Yönetmelikte yer alan idari yaptırımların uygulanması ilgili mevzuatta düzenlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesini engellemez.

Tekerrür

MADDE 43 – (1) İdari para cezası uygulanmış bir işletmeci tarafından, üç yıl içinde aynı yükümlülüğün ihlal edilmesi durumunda söz konusu ihlal için, 23 üncü, 24 üncü ve 25 inci maddeler saklı kalmak kaydıyla, uygulanacak idari para cezası işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne (%3) kadar arttırılabilir.

(2) (Ek:RG-30/12/2014-29221) 30 uncu madde kapsamında idari para cezası uygulanmış bir işletmecinin üç yıl içinde aynı yükümlülüğü ihlal etmesi durumunda yetkilendirmesi fesh/iptal edilir.

Yaptırım ölçütleri

MADDE 44 – (1) Bu Yönetmelikteki cezaların belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak aşağıda sayılan unsurlar göz önünde bulundurulur.

a) Zararın varlığı,

b) Haksız ekonomik kazancın varlığı,

c) Tekerrürün varlığı,

ç) Aynı madde ihlaline ilişkin olarak işletmeciye son beş yılda uygulanan idari yaptırımlar,

d) İyi niyetin varlığı.

Yetki

MADDE 45 – (1) 5651 sayılı Kanun kapsamında uygulanacak idari yaptırımları uygulamaya Telekomünikasyon İletişim Başkanı, 18 inci ve 36 ncı maddede belirtilen idari yaptırımları uygulamaya Kurum Bölge Müdürlükleri, denetim kapsamında talep edilen bilgi ve/veya belgelerle ilgili ortaya çıkan ihlaller hariç olmak üzere 23 üncü maddenin birinci fıkrası, 24 üncü maddenin birinci fıkrası ile 25 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan idari yaptırımları uygulamaya Kurul Başkanı, diğer idari para cezalarını ve yaptırımları uygulamaya ise Kurul yetkilidir.

(2) Kurul bu yetkisinin bir bölümünü çerçevesini belirleyerek Kuruma devredebilir.

Uyarı

MADDE 46 – (1) Bu Yönetmelik kapsamında meydana gelen ihlaller için, bu Yönetmeliğin 44 üncü maddesinde yer alan hususlar dikkate alınmak ve 23 üncü, 24 üncü, 25 inci, 31 inci ve 33 üncü maddeler saklı kalmak kaydıyla idari yaptırım uygulanmadan önce, bu Yönetmeliğin aynı maddesi kapsamında olmak üzere işletmeci Kurul tarafından bir defaya mahsus uyarılabilir.

(2) Uyarı yapılırken tekerrür süresi dikkate alınır. Tekerrüre esas sürenin dolması halinde aynı madde kapsamında tekrar uyarıda bulunulabilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 47 – (1) İlgili mevzuat ihlallerine ilişkin bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde Kurul tarafından, bu Yönetmelikte yer alan genel hükümler çerçevesinde idari yaptırım kararları alınır.

Atıflar

MADDE 48 – (1) İlgili mevzuatta 49 uncu madde ile yürürlükten kaldırılan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları İle Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğe yapılan atıflar, Erişim ve Ara bağlantı Yönetmeliğinin Müeyyideler başlıklı 21 inci maddesine yapılan atıflar, 12/11/2009 tarihli ve 27404 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Tarife Yönetmeliğinin Müeyyideler başlıklı 16 ncı maddesine yapılan atıflar ve 21/4/2011 tarihli ve 27912 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü ve Denetimi Hakkında Yönetmeliğin İdarî yaptırımlar başlıklı 23 üncü maddesine yapılan atıflar bu Yönetmeliğe yapılmış sayılır.

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 49 – (1) 5/9/2004 tarihli ve 25574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

MADDE 50 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 51 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

---

(1) Bu değişiklik yayımı tarihinden iki ay sonra yürürlüğe girer.

(2) 31/12/2014 tarihli ve 29222 4.mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik ile bu maddenin birinci fıkrası 30/12/2014 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, ikinci fıkrası ise 28/2/2015 tarihinde yürürlüğe girer.

(3) 29/9/2018 tarihli ve 30550 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklik ile Yönetmeliğin 19 uncu maddesinin başlığı ''Elektronik haberleşme güvenliği ihlali'' iken Yönetmeliğe işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 03.09.2016

Resmi Gazete Sayısı : 29820

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin amacı; bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde, e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetlere ilişkin eylem planları yapmak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmektir.

Kapsam

MADDE 2

(1) Bu Yönetmelik, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu eki (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan genel yönetim kapsamındaki Bakanlıklar, Bakanlıklara bağlı, ilgili ve ilişkili kamu idarelerini, üniversiteleri ve sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler kapsamında görev, yetki ve sorumlulukları 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu, 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ile belirlenmiş kamu tüzel kişiliği olan belediyeler ve il özel idarelerini ve bunların kurdukları kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşlarını, hissesinin yüzde elliden fazlası kamuya ait olan şirketler ve özel kanunlarla kurulan diğer kuruluşları kapsar.

Dayanak

MADDE 3

(1) Bu Yönetmelik, 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ve 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4

(1) Bu Yönetmelikte yer alan;

a) Bakanlık: Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığını,

b) Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberi: 28/2/2009 tarihli ve 27155 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2009/4 sayılı Başbakanlık Genelgesinde belirtilen rehberi,

c) e-Devlet hizmeti: Hizmet süreçlerinin vatandaş odaklı olarak yeniden yapılandırılmasını da içerecek şekilde, kurumlar arası veri paylaşımı esasına dayalı olarak yürütülmesi için kurumlar tarafından, hızlı, güvenli, etkili, verimli, şeffaf ve hesap verebilir, temel hak ve özgürlüklere riayet edilerek ve mahremiyet gözetilecek şekilde elektronik ortama aktarılan her bir kamu hizmetini,

ç) e-Devlet Kapısı: e-Devlet hizmetlerinin son kullanıcıya farklı erişim kanallarından tek noktadan bütünleşik olarak sunulduğu ortak elektronik platformu,

d) e-Devlet Kapısı İşletmecisi: 24/3/2006 tarihli ve 2006/10316 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve 10/8/2006 tarihli ve 2006/22 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile e-Devlet Kapısının kurulması ve işletilmesiyle yetkilendirilmiş, 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Ek 33 üncü maddesi ile kurulan Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketini,

e) e-Devlet projeleri: Kamu hizmetlerinin bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak e-Devlet hizmetlerine dönüştürülmesi amacıyla yürütülen projeleri,

f) Güvenli Elektronik İmza: 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 4 üncü maddesinde tanımlanan elektronik imzayı,

g) KAYSİS: Devlet teşkilatında yer alan kurum ve kuruluşların organizasyon yapıları, yapı içerisindeki birimlerin sundukları hizmetler, süreç entegrasyonları, kullanılan belgeler ve resmi yazışmalar ile bunlara ilişkin yasal dayanaklar gibi kamu yönetimine ilişkin temel verilerin tespit edilerek sadeleştirme ve standartlaştırma çalışmalarının yapıldığı ve elektronik ortamda tanımlandığı, Başbakanlık tarafından yürütülen Elektronik Kamu Bilgi Yönetim Sistemini,

ğ) Kimlik doğrulama işlemi: e-Devlet hizmetleri kullanımı için kullanıcıların e-Devlet Şifresi, Güvenli Elektronik İmza veya Elektronik TC Kimlik Kartı gibi yollarla kimliklerinin doğrulatılmasını,

h) Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi,

ı) Kullanıcı: e-Devlet hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi,

i) Olgunluk seviyesi yüksek e-Devlet hizmeti: Sağladığı toplam maliyet ve zaman tasarrufu ile bürokratik süreçlerde önemli sadeleşme sağlayan, ileri teknoloji gerektiren işlemlerin sunulabildiği, servis bazlı entegrasyonun kurum içinde tamamen sağlandığı ve kurum dışı entegrasyonu mevcut bulunan e-Devlet hizmetini,

j) Siber güvenlik: Bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla sağlanan hizmet, işlem ve veri ile bunların sunumunda yer alan sistemlerin gizlilik, bütünlük ve erişilebilirlik açısından güvenliğini,

k) Veri tabanı: Kamu hizmetlerinin sunulmasına esas teşkil eden kamu kurum ve kuruluşlarına ait verilerin bulunduğu elektronik sistemleri,

l) Veri yetkilisi: Kamu hizmetlerinin sunulmasına esas teşkil eden veri tabanlarının kurulmasından, yönetilmesinden, verilerin bu veri tabanlarına kaydedilmesinden, güvenliğinden, işlenmesinden ve paylaşılmasından sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

E-Devlet Hizmetlerinin Sunulması

İlkeler

MADDE 5

(1) Bu Yönetmelik kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşları e-Devlet projelerinin hayata geçirilmesi ve e-Devlet hizmetlerinin sunumuna ilişkin faaliyetlerini aşağıdaki ilkeler dâhilinde yürütür;

a) Kullanıcı odaklı ve erişilebilir olması,

b) Zaman ve maliyet tasarrufu sağlanması,

c) Siber güvenliğin sağlanması,

ç) Kesintisiz ve kaliteli hizmet sağlanması,

d) Bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımının yaygınlaştırılması,

e) e-Devlet altyapısının oluşturulması, kurumlar arası bilgi paylaşımının ve birlikte çalışabilirliğin sağlanması amacıyla Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberine riayet edilmesi,

f) Kişisel verilerin korunması ve mahremiyet prensibinin de dikkate alınarak, temel hak ve özgürlüklere riayet edilmesi,

g) Bilişim sistemlerinin güvenliğine yönelik ulusal ve uluslararası standartlara uyulması,

ğ) Elektronik ortamda kamu kurum ve kuruluşlarının paylaşımına açık olan verilerin ayrıca kişilerden talep edilmemesi, yalnızca sunulan hizmetin gerektirdiği verilerin istenmesi,

h) Kullanıcı ihtiyaçlarına uygun olarak, mobil cihazlar da dâhil olmak üzere güncel teknolojinin gerektirdiği mümkün olan bütün elektronik erişim ortamlarından hizmet sunulabilmesinin sağlanması,

ı) Kamu kurum ve kuruluşlarınca oluşturulan ve işlenen elektronik ortamdaki verilerin, kaynakların verimliliğinin sağlanması ve mükerrerliğin önlenmesi ilkeleri çerçevesinde katma değerli hizmetler yaratmak üzere mer'i mevzuattan kaynaklanan istisnalar saklı kalmak kaydıyla paylaşılması,

i) Gereksinimlerin karşılanmasında yerli ürün ve hizmet kullanımının teşvik edilmesi,

j) Açık standarda dayalı ürün/hizmetlerin tercih edilmesi, mükerrer ve birbiriyle örtüşen yatırımlardan kaçınılması,

k) Proje ve uygulamalarda, herhangi bir teknoloji tercihini öne çıkartmayan ve teknolojik bağımlılık yaratmayan çözümlerin benimsenmesi,

l) Ödeme gerektiren hizmetlere ilişkin tahsilatların elektronik ortamdan alınabilmesi.

Bakanlığın görev ve sorumlulukları

MADDE 6

(1) e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesinde Bakanlığın görev ve sorumlulukları şunlardır:

a) Bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde; e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirler.

b) Kamu kurum ve kuruluşları ile yapacağı müşterek çalışmalar neticesinde e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin ilke, politika ve stratejileri oluşturup, e-Devlet Strateji ve Eylem Planını hazırlar.

c) e-Devlet hizmetleri kapsamında koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütür. Kullanıcı Odaklı e-Devlet Hizmet Sunumu Rehberi, Birlikte Çalışabilirlik Esasları Rehberi, Kamu İnternet Siteleri Rehberi gibi rehber, kılavuz ve referans dokümanların oluşturulması ve/veya güncellenmesine ilişkin çalışmalar yapar.

ç) e-Devlet alanında oluşturulan strateji ve eylem planı ile rehber, kılavuz ve benzeri çalışmalara uyumun sağlanması ve mükerrer yatırımların önlenmesi amacıyla, kamu kurum ve kuruluşlarınca yatırım programına alınması teklif edilen e-Devlet projeleri hakkında görüş verir.

d) Bakanlık, mer'i mevzuattan kaynaklanan istisnalar saklı kalmak kaydıyla, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişilerden e-Devlet hizmetleri ile ilgili gerekli gördüğü bilgileri talep eder.

e) Kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu ve/veya sunacağı elektronik ortamdaki hizmetlerin tespit edilmesine yönelik çalışmalar yapar.

f) Kurumlar arası işbirliğini desteklemek ve doğrudan bir kamu kurumu tarafından yerine getirilemeyecek nitelikteki ortak proje ve uygulamaların hayata geçirilmesini kurumlar arası koordinasyonu sağlar.

g) Bakanlık, KAYSİS'te kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan hizmetler, hizmetler arasındaki bağlantıları gösteren süreç entegrasyonları, süreçlerdeki belgeler, hizmetlerin tamamlanma süreleri, yıllık işlem sayıları ve bunlara ilişkin yasal dayanaklar gibi verileri de kullanarak e-Devlet çalışmalarının yürütülmesinde kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

ğ) Kurumlardan alınacak bilgiler doğrultusunda hangi hizmetlerin elektronik ortamda e-Devlet Kapısı üzerinden sunulması gerektiği ve bunun için hangi faaliyetlerin yürütüleceği hususunda ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapar.

h) Kamu kurum ve kuruluşlarının internet siteleri üzerinden sunduğu ve sunacağı uygulamaların e-Devlet Kapısına entegrasyonu için işbirliği yapar.

ı) e-Devlet hizmetleri kapsamında, ulusal siber güvenliğin ve kişisel verilerin korunması konusunda farkındalık sağlamak ve bilişim sistemlerinde gerekli önlemlerin alınması için kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

i) e-Dönüşüm ve e-Devlet istatistiklerini hazırlayan uluslararası kuruluşların veri taleplerini değerlendirir.

j) Bakanlık, kamu kurumları, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşları ve özel sektör ile işbirliği halinde eğitim programları, ulusal ve uluslararası etkinlikler düzenleyebilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve sorumlulukları

MADDE 7

(1) e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesinde kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve sorumlulukları şunlardır:

a) Kamu kurum ve kuruluşları, yürüttükleri e-Devlet projeleri veya sundukları e-Devlet hizmetleri kapsamında üretmiş oldukları verilerin elektronik ortama taşınmasından, doğruluğundan, güncelliğinden, veri bütünlüğü ve güvenliğinin sağlanmasından ve saklanmasından sorumludur.

b) Kamu kurum ve kuruluşları, ulusal stratejiler ve planlar ile mevcut kurumsal stratejik planlarıyla uyumlu, kurumun e-Devlet hizmetleri sunumu amacıyla yapacakları yatırım, teknoloji tercihleri, kurumsal kapasite, tasarruf planları, fayda-maliyet, iş planı gibi unsurları kapsayacak bilişim stratejilerini hazırlar.

c) Kamu kurum ve kuruluşları, e-Devlet projeleri ile e-Devlet hizmetlerinin planlanması, geliştirilmesi, sunumu, yürütülmesi konularında Bakanlık ile gerekli koordinasyon ve işbirliğini sağlamak amacıyla kurum içi e-dönüşüm yönetişim yapısını kurar.

ç) Mer'i mevzuattan kaynaklanan istisnalar saklı kalmak kaydıyla, e-Devlet hizmetlerinin yürütülmesi kapsamında ilgili veriler, kamu kurum ve kuruluşları arasında yapılan protokoller çerçevesinde elektronik ortamda paylaşılır ve ilgili kullanıcılara sunulur.

d) Kamu kurum ve kuruluşları, e-Devlet hizmetlerini kullanım kolaylığı ve kullanıcı memnuniyetini sağlayacak şekilde; ulusal ve uluslararası standartlara uygun olarak, işlevsel, güvenli, talebe cevap verebilir ve kesintisiz şekilde sunar.

e) Kamu kurum ve kuruluşları e-Devlet hizmetlerinin izlenip ölçülmesi amacıyla kullanıcılardan gelecek talep, öneri ve şikâyetlerin değerlendirilmesine yönelik mekanizmalar oluşturur.

f) Kamu kurum ve kuruluşları, resmi internet sayfaları üzerinden sundukları e-Devlet hizmetlerinde vatandaşların memnuniyet dereceleri ve nedenlerinin izlenmesi amacıyla KAYSİS'te yer alan Kamu Memnuniyet Anketi uygulamasını Cumhurbaşkanlığı tarafından sunulacak servisleri kullanarak kendi uygulamalarına entegre eder.

g) Kamu kurum ve kuruluşları kendilerine ait bilgi sistemleri üzerinde siber güvenlik önlemlerini alır, kullanıma ilişkin erişim kayıtlarını tutar ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlar.

ğ) e-Devlet Kapısı üzerinden verilecek her bir hizmette, gerekli olan veri ya da uygulama entegrasyonu için, veri veya uygulama sahibi kurumlar, e-Devlet Kapısı İşletmecisi ile Bakanlık adına bir veri paylaşım protokolü imzalar.

h) Kamu kurum ve kuruluşları e-Devlet uygulamalarının internet üzerinden sunumunda yetkisiz erişimi engelleyecek önlemleri alır.

ı) Kamu kurum ve kuruluşları, e-Devlet hizmetlerinin sunumunda mobil teknolojilerden ve sosyal medya imkânlarından etkin biçimde yararlanır.

i) Kamu kurum ve kuruluşları sundukları ve/veya sunacakları hizmetler içerisinde geniş kitlelere hitap eden ve olgunluk seviyesi yüksek olan e-Devlet hizmetlerini yalnızca e-Devlet Kapısı üzerinden sunulacak şekilde projelendirip takvime bağlar ve projenin tamamlanmasına müteakip e-Devlet Kapısına entegrasyonunu sağlamak için gerekli çalışmaları başlatır.

j) Kamu kurum ve kuruluşları KAYSİS'te yer alan Kamu Bilişim Sistemleri Envanterinde bilgi sistemlerine ilişkin envanter kayıtlarını oluşturur ve sürekli güncel tutar.

k) Kamu kurum ve kuruluşları geliştirecekleri e-Devlet projelerinde e-Devlet Kapısı İşletmecisi tarafından hazırlanacak Web Servis Standartları Kılavuzunun son sürümünü esas alır.

l) Kamu kurum ve kuruluşları sundukları hizmetler veya diğer işlemleri kapsamında gerçek veya tüzel kişileri doğrudan etkileyebilecek durumlar için e-Devlet Kapısı üzerinden resmi tebligat kabul edilmeyecek bildirimlerin yapılmasını sağlayacak alt yapının geliştirilmesine yönelik hazırlık çalışmalarını yapar.

m) Kamu kurum ve kuruluşları herhangi bir felaket anında sistemlerin kesintiye uğramaması için gerekli tedbirleri alır.

n) Kamu kurum ve kuruluşları, e-Devlet Kapısı üzerinden kredi kartı, banka kartı, havale, EFT, mobil ödeme gibi yöntemlerle de alacaklarının tahsilatını yapabilecekleri alt yapıyı kurar.

E-Devlet Kapısı İşletmecisinin görev ve sorumlulukları

MADDE 8

(1) e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesinde e-Devlet Kapısı İşletmecisinin görev ve sorumlulukları şunlardır:

a) e-Devlet Kapısı İşletmecisi, bireysel ve kurumsal tüm kullanıcıların kamu hizmetlerine elektronik ortamdan güvenli ve etkin bir şekilde erişebilecekleri, e-Devlet hizmetlerinin sunumunda tek adres olabilecek özelliklere sahip ortak bir platform kurar ve işletir.

b) e-Devlet hizmetlerinin e-Devlet Kapısından sunumunu, kullanım kolaylığı ve kullanıcı memnuniyetini sağlayacak şekilde, işlevsel, güvenli ve kesintisiz şekilde yapar.

c) e-Devlet Kapısı üzerinden verilecek her bir hizmette, gerekli olan veri ya da uygulama entegrasyonu için, veri yetkilisi kurumlar ile işbirliği yapar.

ç) e-Devlet hizmetlerinin oluşturulması, sunulması, yürütülmesi ve geliştirilmesine ilişkin, kullanıcıdan ve e-Devlet hizmetini sağlayan kamu kurum ve kuruluşlarından görüş, öneri ya da geri bildirim alarak, varsa önerilerini Bakanlığa sunar.

d) e-Devlet Kapısı üzerinden sunulan kamu hizmetlerinin engelli kişiler tarafından da erişilebilir olması için gerekli çalışmaları yapar.

e) e-Devlet Kapısı üzerinden verilecek her bir hizmette, gerekli olan veri ya da uygulama entegrasyonu için, e-Devlet Kapısı İşletmecisi veri yetkilisi ile bir veri paylaşım protokolü imzalar.

f) e-Devlet Kapısı İşletmecisi, kamu kurum ve kuruluşlarının e-Devlet hizmetlerinin e-Devlet Kapısına entegrasyonu, e-Devlet Kapısının işletilmesi, kapı ile ilgili geliştirme, iletişim altyapısı, tanıtım, güvenlik, donanım, yazılım, erişim imkânlarının yaygınlaştırılması gibi e-Devlet Kapısı hizmetlerinin gerektirdiği faaliyetlerin yürütülmesinden görevli ve sorumludur.

g) Kullanıcıların e-Devlet süreçlerine etkin katılımını sağlayacak, hizmet sunumu ve kalitesine ilişkin görüşlerini doğrudan iletebilecekleri ve aynı zamanda kullanıcı memnuniyetini ölçen uygulamalar geliştirir.

ğ) Hizmet Entegrasyonunda Web Servis Standartları Kılavuzunu hazırlar ve güncel tutar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

E-Devlet Hizmetlerinin İzleme ve Değerlendirilmesi

İzleme ve raporlama faaliyetleri

MADDE 9

(1) e-Devlet proje ve faaliyetlerinin mali ve fiziki gerçekleşmelerini, performanslarını, risklerini, sorun ve ihtiyaçlarını zamanında tespit etmek ve gerekli tedbirleri almak amacıyla Bakanlık tarafından izleme faaliyetleri yapılır.

a) Bakanlık, izleme faaliyetlerinde gerekli bilgi ve iletişim altyapısını oluşturarak bilgiye erişimi kolaylaştırmak, şeffaflığı ve hızlı bilgi akışını sağlamak ve gerekli önlemlerin en kısa zamanda alınmasını temin etmek üzere; belirli zaman aralıkları ile güncel verileri toplayarak kullanıcıların sorunlarını ve ihtiyaçlarını tespit etmek, risklerini analiz etmek amacıyla internet tabanlı izleme bilgi sisteminin geliştirilmesi, kurulması ve işletilmesinde ilgili kurum ve kuruluşlarla gerekli işbirliğini sağlar.

b) Bakanlık, izleme bilgi sistemini de kullanarak gerekli risk analizlerini sürekli yapar, izleme ve denetim faaliyetlerini bu analizlere göre yönetir, yönlendirir ve gerekli tedbirleri alır.

c) Bakanlık, uygulanan proje ve faaliyetlerin performans göstergelerini kullanarak başarısını ölçer, uygulanan programların kısa, orta ve uzun vadede sonuçlarını ve etkilerini analiz ederek, bunlardan gelecekte yapılacak planlama ve programlama çalışmalarında yararlanır.

ç) Kamu kurum ve kuruluşları yürüttükleri projelerde kaydedilen ilerlemelere ilişkin altışar aylık ilerleme raporlarını Bakanlığa sunar ve Bakanlıkça geliştirilecek internet tabanlı izleme bilgi sistemini yürüttükleri projeler hakkında günceller.

d) Raporların teknik bölümü; proje faaliyetleri, proje yönetimi, ortakların katılımı, paydaşlarla ilişkiler, görünürlük, performans göstergelerindeki ilerlemeler ve projenin genel değerlendirilmesini ihtiva eder.

e) Kamu kurum ve kuruluşları yürüttükleri e-Devlet projesinin tamamlanmasını müteakip dört ay içerisinde Bakanlığa nihai gerçekleşme raporunu sunar.

Etki analizi

MADDE 10

(1) Bakanlık izlediği proje ve faaliyetlerin doğurduğu etki ve sonuçlarını en geç yılda bir analiz eder ve Bakanlığın kurumsal internet sayfasında yayınlar.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Geçici ve Son Hükümler

E-Devlet hizmetlerinde geçiş dönemi

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Kamu kurum ve kuruluşları sundukları ve/veya sunacakları e-Devlet hizmetlerinden kullanıcıların istifade edebilmesi amacıyla gerekli olan kimlik doğrulama işlemini, bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren en geç 12 ay içerisinde sadece e-Devlet Kapısı üzerinden yapar.

(2) Kamu kurum ve kuruluşları kendi sistemleri üzerinden sundukları geniş kitlelere hitap eden ve olgunluk seviyesi yüksek olan e-Devlet hizmetlerini, bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren en geç 24 ay içerisinde e-Devlet Kapısı üzerinden sunar.

(3) e-Devlet Kapısı İşletmecisi, e-Devlet Kapısı üzerinde yer alan kimlik paylaşımının mobil cihazlarda kullanılabilmesi için gerekli alt yapıyı geliştirerek bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren 18 ay içerisinde kurum ve kuruluşların kullanımına sunar.

(4) e-Devlet Kapısı İşletmecisi, kullanıcıların SMS, e-posta, Mobil Push, Web mesaj yollarından herhangi biri ile bilgilendirilmelerini sağlamak amacı ile bilgilendirme altyapısını kurarak bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren 18 ay içerisinde kurum ve kuruluşların kullanımına sunar.

(5) e-Devlet İşletmecisi, vatandaş ve şirketlerin kamu hizmetlerine ilişkin her türlü ödemelerini e-Devlet kapısı aracılığıyla yapabilecekleri bir sistemi bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren 18 ay içerisinde geliştirerek kullanıma sunar.

Yürürlük

MADDE 11

(1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 12

(1) Bu Yönetmelik hükümlerini Ulaştırma ve Altyapı Bakanı yürütür.

Veri Depolama Kuruluşunun Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 19.09.2018

Resmi Gazete Sayısı : 30540

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak, Tanımlar ve Kısaltmalar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 87 nci maddesi çerçevesinde yetkilendirilen veri depolama kuruluşunun yükümlülüklerine, veri depolama kuruluşuna raporlanacak bilgilerin hangi şekil ve ortamda tutulacağı ile bu kuruluşun Kanun uyarınca yerine getireceği görevlerine yönelik faaliyet usul ve esaslarını belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 6362 sayılı Kanunun 87 nci maddesi çerçevesinde veri depolama kuruluşunun yükümlülüklerini, faaliyet, üyelik, çalışma ve denetim esaslarını kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 87 nci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Kanun: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununu,

b) Kurul: Sermaye Piyasası Kurulunu,

c) Merkezi karşı taraf/MKT: Sermaye piyasalarında işlem gören sözleşmelerde alıcıya karşı satıcı, satıcıya karşı da alıcı rolünü üstlenen kuruluşu,

ç) Veri depolama faaliyeti: Kanunda ve bu Yönetmelikte öngörülen şekilde verileri toplama ve merkezi olarak tutma faaliyetini,

d) Veri depolama kuruluşu/VDK: Kanunun 87 nci maddesi uyarınca Kurulca yetkilendirilen ve veri depolama faaliyetini yürüten kuruluşu,

e) Yan hizmetler: Veri depolama faaliyeti ile bağlantılı olan işlem onayı, işlem eşleştirme, kredi sicil servisi, portföy teyidi, portföy sıkıştırma ve diğer hizmetleri,

f) Yatırım kuruluşu: Aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları,

g) Yönetici: Sermaye Piyasası Kurulu tarafından VDK olarak yetkilendirilmiş kuruluşun yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdür ve yardımcıları ile birim müdürlerini,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Faaliyet Şartları

Veri Depolama Kuruluşunun kuruluş ve faaliyet şartları

MADDE 5 – (1)Veri Depolama Kuruluşlarına kuruluş izni verilebilmesi için VDK'ların;

a) Anonim şirket şeklinde kurulmaları,

b) Paylarının tamamının nama yazılı olması,

c) Paylarının nakit karşılığı çıkarılması,

ç) Sermayelerinin Kurulca belirlenen miktardan az olmaması ve tamamının ödenmiş olması,

d) Kurucularının ve tüzel kişi kurucular üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak önemli etkiye sahip olan ortaklarının Kanunun 44 üncü maddesinde yer alan şartları taşımaları,

e) Esas sözleşmelerinin Kanun ve ilgili düzenlemelerde yer alan hükümlere uygun olması,

f) Ortaklık yapısının açık ve şeffaf olması,

şarttır.

(2) Kamu tüzel kişileri hariç tüzel kişi kurucuların ve tüzel kişi kurucular üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak önemli etkiye sahip tüzel kişi ortaklarının son 3 yıla ait bağımsız denetimden geçmiş finansal tablolarını sunmaları gereklidir. Yabancı kurucu ve ortaklar için uygun olduğu ölçüde, Türk uyruklu gerçek ve tüzel kişiler için aranan şartların mevcut olduğunu tevsik edici ve bulundukları ülkenin yetkili makamlarınca onanmış bilgi ve belgelerin noterce tasdikli çevirilerinin veya geçerliliği kanun veya uluslararası sözleşmelerle kabul edilen şekilde hazırlanarak sunulması zorunludur.

(3) Kurul tarafından yetkilendirilen VDK'nın bu faaliyette bulunabilmesi için;

a) Esas sözleşmesinin Kanun ve bu Yönetmelikte yer alan hükümlere uygun hale getirilmiş olması,

b) Kuruluşun varsa diğer faaliyetlerinden bağımsız, münhasıran veri depolama ve raporlama faaliyetini yürütecek şekilde organizasyon yapısının kurulmuş, sorumluluklarının açıkça belirlenmiş, iç kontrol, iç denetim ve gözetim ile risk yönetimi sistemlerinin oluşturularak işlerliğinin sağlanmış olması,

c) VDK hizmetlerinin etkin, güvenilir ve kesintisiz bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla gerekli bilgi işlem sistemlerinin ve teknolojik altyapının kurulmuş olması, bilgilerin tutarlılığının, güvenilirliğinin, bütünlüğünün ve zamanında elde edilebilirliğinin sağlanması amacıyla gerekli sistemsel ve yönetsel önlemlerin alınmış ve prosedürlerin oluşturulmuş olması,

şarttır.

(4) Kurul, bu maddede belirtilen şartların yanında ilave şartlar öngörebilir.

(5) VDK, bu Yönetmelikle belirlenen faaliyet şartlarından herhangi birini kaybetmesi halinde, durumun ortaya çıktığı gün itibarıyla Kurula bildirimde bulunur.

(6) VDK'nın sunacağı veri depolama faaliyeti ile bağlantılı olan yan hizmetlere Kurulca izin verilebilmesi için yan hizmetlerin veri depolama faaliyetinden operasyonel olarak ayrılmış olması şarttır.

(7) VDK'nın yurt dışında yetkilendirilerek veri depolama faaliyetinde bulunması için Kuruldan izin alması zorunludur.

(8) Kurulca verilen faaliyet izninin iptalinde Kanunun 41 inci maddesi hükmü uygulanır.

(9) Kurulca Kanun uyarınca merkezi saklama kuruluşu ya da merkezi takas kuruluşu olarak yetkilendirilmiş bir kuruluş bu maddede öngörülen koşulların tevsiki gerekmeksizin VDK olarak yetkilendirilebilir. Bu halde, yetkilendirilmiş kuruluşun 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca oluşturulmuş organları dışında VDK için ayrıca organ oluşturulmaz; ilgili kuruluşun organları VDK'nın organları yerine geçer. Yetkilendirilmiş kuruluşlarca VDK faaliyetlerinin diğer faaliyetlerden operasyonel olarak ayrılmış olması gerekir. Yetkilendirilmiş kuruluşlarca Kurulun düzenlemeleri uyarınca bilgi sistemlerine ve mali konulara ilişkin olarak yapılan denetimler 21 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında sayılan denetimler kapsamında değerlendirilir.

(10) VDK'ların esas sözleşme değişikliklerinde Kurulun uygun görüşü alınır.

(11) Doğrudan veya dolaylı olarak; yüzde beşi aşan pay devirleri veya ortaklık yapısında yüzde beş ve üzeri değişiklik yaratan pay devirleri ile pay devri söz konusu olmasa dahi doğrudan veya dolaylı kontrol devri sonucunu doğuran her türlü işlem Kurulun iznine tâbidir. İmtiyazlı payların devri her halükarda Kurul iznine tabidir. Pay devirlerinde, payları devralacak gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişilerin önemli etkiye sahip ortaklarının da 7 nci maddede sayılan şartları taşımaları zorunludur. Kurulun uygun görüş vermediği esas sözleşme değişiklikleri ile izin vermediği pay devirleri veya kontrol devri sonucunu doğuran işlemler hükümsüzdür. Bu hükme aykırı pay devirleri ortaklık pay defterine kaydolmaz ve bu şekilde yapılan kayıtlar hüküm ifade etmez. Yüzde beşi aşmayan pay devirleri, devrin gerçekleşmesinden itibaren en geç 15 iş günü içerisinde Kurula bildirilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Görev, Yetki ile Faaliyet İlke ve Esasları

VDK'nın görev ve yetkileri

MADDE 6 – (1) VDK'nın görev ve yetkileri şunlardır:

a) Kanunun 87 nci maddesi çerçevesinde, Kurulca belirlenen işlemlere ilişkin kendisine raporlanan verileri Türkiye sınırları içerisinde olmak üzere elektronik ortamda kaydetmek ve saklamak,

b) Üyelerce yapılan raporlamaların üyeler itibarıyla tutarlılığını izlemek, tutarsızlık ve düzenlemelere aykırılığın tespiti halinde üyeler nezdinde gerekli düzeltmelerin yapılmasını istemek ve mutabakat sağlanamadığı durumlarda Kurula bilgi vermek, sistemin güvenli çalışmasını sağlayacak önlemler almak ve uygulamak,

c) Yönetmelikteki VDK verilerinin paylaşılmasına ilişkin esaslar çerçevesinde verilerin analiz edilmesine imkân sağlayacak gerekli araçları geliştirmek,

ç) Kayıtların mevzuatta öngörülen çerçevede gizliliğini sağlamak,

d) Yönetmelikte belirlenen esaslar çerçevesinde verileri kamuya açıklamak,

e) Veri taleplerini Yönetmelikte belirlenen esaslar çerçevesinde karşılamak,

f) Kurul tarafından verilen diğer görevleri ve düzenlemelerin gerektirdiği işlemleri yapmak.

Faaliyet ilke ve esasları

MADDE 7 – (1) VDK'nın faaliyetleri sırasında aşağıda yer alan ilkelere uyması zorunludur:

a) Üyelerin VDK nezdindeki işlemlerini güven ve istikrar içerisinde gerçekleştirmesini sağlayacak gerekli altyapı, donanım ve organizasyonel yapının tesis edilmesini teminen ilgili düzenlemeleri yapmak,

b) Üyelerinin, VDK'nın iş ve işlemleriyle ilgili yapacağı düzenlemelere uyumu konusunda gerekli önlemleri almak,

c) Kendisine bildirilen verileri 10 yıl süreyle saklamak,

ç) Uluslararası düzenlemeleri ve uygulamaları takip etmek, verdiği hizmetlerin uluslararası uygulamalara uyum sağlaması için önerilerini Kurula sunmak,

d) Kendisi, üyeleri ve Kurul arasında, talep edilen çerçevede düzenli bilgi akışını sağlamak,

e) İşlettiği elektronik ortamın güven ve istikrar içinde yürütülmesini sağlayacak yeterli organizasyona sahip olmak,

f) Faaliyetlerinde ve hizmetlerinin ücretlendirmesinde adil davranmak,

g) İş ve işlemlerini Kurul ve menfaat sahipleri ile işbirliği ve koordinasyon içinde yürütmek,

ğ) Veri depolama hizmetlerine ilişkin ücretleri, verdiği hizmetlere ilişkin düzenlemeleri ve prosedürlerini düzenli olarak internet sitesi aracılığıyla kamuya açıklamak.

Teşkilat ve personel

MADDE 8 – (1) Kanun ve bu Yönetmelikle VDK'ya verilmiş görevlerin yerine getirilmesi ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin olarak, veri depolama biriminin organizasyonu, görev tanımları, yetki ve sorumlulukları, bu yetki ve sorumlulukların devri ile görevlilerin çalışma usul ve esasları ile bunların alacakları ücretlere ilişkin usuller VDK yönetim kurulunca belirlenir.

Sır saklama yükümlülüğü

MADDE 9 – (1) VDK yöneticileri ve tüm personeli, raporlanan verilerin gizliliğine uymak ve sırları bu Yönetmelikte belirlenen haller dışında açıklamamakla, kendilerinin veya üçüncü kişilerin yarar veya zararına kullanmamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgililerin VDK'daki görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam eder.

Yasaklar

MADDE 10 – (1) VDK yöneticileri ve personeli ile bunların eşleri ve velayeti altındaki çocukları, VDK'ya bildirilen işlemlerin ilgili olduğu piyasalarda alım satım işlemi yapamazlar ve pozisyon alamazlar.

(2) VDK yöneticileri ve tüm personeli; göreve başlamadan önce maliki oldukları, VDK'ya bildirilen işlemlerin ilgili olduğu piyasalarda gerçekleştirdikleri alım satım işlemleri nedeniyle sahip oldukları kıymetleri ve pozisyonları görev sürelerinin başlamasından itibaren otuz gün içinde satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır.

(3) Bu madde hükmüne aykırı hareket eden VDK yönetim kurulu üyelerinin tespiti halinde VDK Genel Kurulu en geç otuz gün içerisinde ilgili yönetim kurulu üyesinin görevden alınması gündemiyle Kurulca olağanüstü toplantıya çağrılır. VDK'nın diğer yönetici ve personeli ise bu madde hükmüne aykırılığın tespit edildiği tarihten itibaren görevlerinden istifa etmiş sayılır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Üyelik Esasları

Üyeler

MADDE 11 – (1) İşlem tarafı tüzel kişiler, işlemlere aracılık eden yatırım kuruluşları, merkezi karşı taraf hizmeti veren kuruluşlar, işlemlerin taraflarına raporlama hizmeti sağlayan kuruluşlar ve Kurulca uygun görülen diğer kuruluşlar VDK'ya üye olurlar.

Üyelik türleri

MADDE 12 – (1) Genel VDK üyeleri, kendilerinin taraf oldukları veya aracılık ettikleri işlemlerin yanı sıra bu işlemlerden bağımsız olarak üçüncü taraflar adına da raporlama hizmeti sağlamaya yetkili kuruluşlardır. Merkezi karşı taraf hizmeti veren kuruluş da genel VDK üyesidir.

(2) Doğrudan VDK üyeleri, taraf oldukları işlemlere veya aracılık ettikleri işlemlere ilişkin raporlama yükümlülüklerini kendileri adına ve/veya aracılık edilen işlemin tarafı müşterileri adına yerine getiren kuruluşlardır.

(3) Üyelik türü değişikliklerine ilişkin usul ve esaslar VDK yönetim kurulunca belirlenir.

Üyelik şartları ve üyeliğe kabul

MADDE 13 – (1) Üyelerin, üyeliğe kabulü için;

a) Raporlama faaliyetlerini yerine getirebilecek ve VDK tarafından asgari nitelikleri belirlenmiş teknik donanım ve güvenlik sistemine sahip olmaları,

b) Raporlama işlemlerinin yapılmasını ve izlenmesini yürütecek yeterli sayıda ve nitelikte personeli istihdam etmiş olmaları,

c) Üyeliğe giriş aidatını yatırmaları,

ç) Tüzel Kişi Kimlik Kodu almış olmaları,

d) VDK yönetim kurulu tarafından belirlenen diğer şartları taşımaları,

şarttır.

(2) Gerekli şartların taşındığının VDK tarafından tespit edilmesi halinde başvuruda bulunan kuruluşlar yönetim kurulu kararı ile üyeliğe kabul edilir. Başvuruya ilişkin VDK tarafından alınan karar ilgiliye yazılı olarak bildirilir. Üyelik ilişkisi sözleşme ile kurulur. Üyelik sözleşmesi ile taraflar uygulama prosedürlerini de benimser.

(3) Merkezi takas hizmeti veren kuruluşlar birinci fıkrada belirtilen üyeliğe giriş aidatından muaftır.

Üyeliğin geçici durdurulması veya iptali

MADDE 14 – (1) Üyeliğin geçici durdurulması veya iptaline ilişkin usul ve esaslar VDK yönetim kurulunca belirlenir.

Üyelerin sorumluluğu ve faaliyet esasları

MADDE 15 – (1) VDK üyeleri; VDK nezdinde gerçekleştirmiş oldukları işlemlerin tümünden ve bu kapsamda çalışanlarının görevleri çerçevesinde yaptıkları işlerden sorumludur. VDK üyeleri ile müşterileri arasında yapılacak sözleşmelere konulacak hükümlerle üyelerin sorumlulukları kaldırılamaz ve sınırlandırılamaz.

(2) VDK üyeleri ilgili mevzuatta yer alan ilke ve kurallar ile aşağıda sayılan hususlara uymak zorundadır:

a) VDK tarafından belirlenen prosedürlere, ilke ve kurallara uygun hareket etmek,

b) Raporlamaları gerçeğe uygun ve işlem taraflarının mutabakatı doğrultusunda yapmak,

c) İyi niyet ve dürüstlük ilkelerine uygun davranmak,

ç) Raporlanan bilgilerin gizliliğini ve güvenliğini sağlamak,

d) Raporlanan bilgileri on yıl boyunca saklamak,

e) Üyelik şartlarında her türlü değişikliği VDK'ya bildirmek.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Veri Depolama Kuruluşu Nezdindeki Verilerin Paylaşılması

Gizlilik

MADDE 16 – (1) VDK kayıtları gizlidir. Ancak, bu Yönetmelikte belirlenen esaslara uygun olarak bilgi verilmesi gizliliğin ihlali sayılmaz.

(2) VDK nezdindeki bilgilerin kamu tüzel kişileri dâhil üçüncü kişiler ile paylaşımında 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa ve ilgili diğer mevzuata riayet edilir.

Veri depolama kuruluşları nezdindeki verilere doğrudan erişim

MADDE 17 – (1) Kurul, VDK'lar nezdindeki tüm bilgilere erişim hakkına sahiptir.

(2) Aşağıdaki kuruluşlar mevzuattan kaynaklanan görev, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde ihtiyaç duyabilecekleri VDK nezdindeki bilgilere erişim hakkına sahiptir:

a) Türkiye Cumhuriyeti Hazine ve Maliye Bakanlığı,

b) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu,

c) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası,

ç) Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu,

d) Yatırımcı Tazmin Merkezi,

e) Kurulca uygun görülecek diğer kamu kurumları.

(3) VDK kapsamındaki bilgilere erişim yetkisine sahip kuruluşlarla oluşturulacak elektronik sistemler ve diğer erişim yöntemlerine ilişkin usul ve esaslar, VDK yönetim kurulu tarafından belirlenir. Bilgi paylaşımından önce bu kurumlar ile VDK arasında protokol imzalanır.

Bildirim yapan tarafların verilere erişimi

MADDE 18 – (1) VDK'ya raporlanan işlemlerin tarafları ile MKT ya da işlemin taraflarına raporlama hizmeti sağlayan yatırım kuruluşları, VDK verilerine yalnızca taraf oldukları ve/veya raporladıkları işlemlerle sınırlı olmak üzere erişim hakkına sahiptir.

Diğer veri talepleri

MADDE 19 – (1) 18 inci maddede sayılan doğrudan erişim yetkisi bulunan kurumlar dışındaki kanun veya kanunla açıkça yetki verilmiş mevzuat hükmü ile yetkili kılınmış kişilerin veri talepleri VDK tarafından karşılanır.

(2) İstatistiki amaçlı veri talepleri, işlemleri gerçekleştiren ve/veya aracılık eden yatırım kuruluşları ve yararlanıcı bazında olmamak koşulu ile kişisel verilerin korunması hakkında mevzuat hükümleri çerçevesinde gecikmeli olarak karşılanabilir.

(3) Yabancı ülke otoritelerinin VDK nezdindeki verilerin paylaşılmasına ilişkin taleplerinin VDK tarafından karşılanması Kurul onayına tabidir. Kurul, söz konusu talepleri;

a) İki ülke arasında verilerin paylaşılmasına ilişkin olarak karşılıklılık esasına dayanan ikili veya çok taraflı işbirliği anlaşması ya da ilgili otoriteler arasında mutabakat zaptı bulunması,

b) Paylaşılan verilerin kullanılmasına ilişkin olarak bu Yönetmelikteki gizlilik ilkelerine eş değer hükümlerin ilgili ülke mevzuatında bulunması,

hususlarını da dikkate alarak sonuçlandırır.

ALTINCI BÖLÜM

Mali Hükümler

Gelirler, ücret ve komisyonlar

MADDE 20 – (1) VDK'nın veri depolama hizmetleri kapsamında uyguladığı ücret ve komisyonlar ile bunların tahsil zaman ve şekilleri VDK yönetim kurulu tarafından belirlenerek Kurul onayına sunulur.

(2) Mevzuat uyarınca üyeler tarafından ilgili VDK'dan alınması zorunlu olmayan ve VDK'nın kendi uhdesinde üyelere sunulan diğer hizmetleri ile ilgili ücretler ise VDK yönetim kurulunca belirlenir.

(3) Merkezi takas hizmeti veren kuruluşlar birinci fıkrada belirtilen ücret ve komisyonlardan muaftır.

YEDİNCİ BÖLÜM

Diğer Hükümler

VDK'nın denetimi

MADDE 21 – (1) Kurul, Kanun kapsamındaki faaliyetleri ile ilgili olarak VDK'nın düzenleme, gözetim ve denetim merciidir. Kurul gerekli gördüğü durumlarda VDK nezdinde, Kanun kapsamındaki faaliyetleri ile ilgili olarak her türlü inceleme ve denetim yapmaya yetkilidir.

(2) VDK'nın bilgi sistemleri, Kurulun bilgi sistemleri denetimine ilişkin düzenlemeleri uyarınca denetime tabidir.

(3) VDK'nın malî denetimi Kurulca ilân edilen listede yer alan bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılır. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eşzamanlı olarak VDK'ya ve Kurula gönderilir. Kurul gerek gördüğünde belirlediği hususlarla ilgili bağımsız denetim yapılmasını talep edebilir.

VDK'ların dışarıdan hizmet alımı

MADDE 22 – (1) VDK'ların teknolojik altyapısıyla ilgili olarak dışarıdan hizmet alması durumunda;

a) Hem VDK'nın hem hizmet sağlayan kuruluşun gizlilik prosedürlerini uygulaması,

b) VDK ve hizmet sağlayıcı kuruluş arasında bir "Gizlilik Sözleşmesi" imzalanması,

c) İş akışının belirlenmesi, bilgi güvenliğine ilişkin gerekli tedbirlerin alınması ve dışarıdan hizmet alımına ilişkin prosedürlerin oluşturulması,

şarttır.

(2) Kanunun 87 nci maddesi kapsamında kendisine raporlanan verileri bir dış hizmet alarak bulut bilişim hizmetlerini kullanmak suretiyle saklayamaz.

Disiplin hükümleri

MADDE 23 – (1) Düzen ve dürüstlüğü bozan, işlere hile karıştıran, işlerin açık, düzenli ve dürüst yürütülmesine, mevzuata ve kararlara aykırı hareket eden üyeler VDK tarafından Kurula bildirilir. Kurulca gerekli işlemler yerine getirilir.

Uygulama esasları

MADDE 24 – (1) Bu Yönetmelikte yer almayan ya da açıklık bulunmayan konularda, genel hükümleri ve veri depolama hizmetine ilişkin uluslararası prensip ve düzenlemeleri göz önünde bulundurarak karar vermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Kurul yetkilidir.

Yürürlük

MADDE 25 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 26 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Sermaye Piyasası Kurulu yürütür.

Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 26.06.2018

Resmi Gazete Sayısı : 30460

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda yer alan işlemlerin elektronik ortamda ve bütünleşik bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla; ilgili mevzuatında tutulması ya da düzenlenmesi öngörülen defter, kayıt, belge ve benzeri içeriklerin elektronik ortamda oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafaza ve ibraz edilmesi ile mezkur Kanun kapsamındaki süreçlere yönelik bilişim sistemleri arasındaki birlikte işlerlik standartlarının ve güvenlik politikalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, kamu mali yönetim sistemi ile ilgili olmak üzere, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin sahip oldukları bilişim sistemlerinde yapacakları uyarlamalar ve yürütecekleri bilişim sistemi projelerini kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun Ek 4 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) AKKY: Açık kaynak kodlu yazılımı,

b) Bakanlık: Maliye Bakanlığını,

c) BKMYBS: Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemini,

ç) Birlikte işlerlik: İki veya daha fazla sistemin, belirli iş süreçlerini kullanarak bilgi alışverişinde bulunabilmesini, bilgiyi alan sistemin başka bir işleme gerek kalmadan veriyi işleyebilmesini ve aynı protokolleri kullanabilmesini,

d) e-Fatura uygulaması: Bakanlık (Gelir İdaresi Başkanlığı) tarafından belirlenen standartlara uygun mesajların, taraflar arasında güvenli bir şekilde aktarılması imkanını sunan uygulamaların genel adını,

e) Elektronik mesaj: Elektronik belgelerin sistemler arasında transferi için kullanılan iletişim protokolünü,

f) Esas parçacıklar teknik spesifikasyonu: Elektronik dokümanların birlikte çalışabilirliğini artırmak amacıyla UN/CEFACT organizasyonu tarafından yayımlanan spesifikasyon dokümanını,

g) Evrensel iş dili: Evrensel ölçekte birlikte iş yapabilirlik ihtiyacını gidermek amacı ile OASIS tarafından geliştirilen standart elektronik iş doküman formatlarını,

ğ) Harcama talimatı onay belgesi: Kamu idaresi adına geçici veya kesin ödemenin yapılabilmesi amacıyla ilgili harcamanın konusunu, gerekçesini, yapılacak iş veya hizmetin süresini, hukuki dayanaklarını, tutarını, kullanılabilir ödeneğini, tertibini, gerçekleştirme usulü ile gerçekleştirmeyle görevli olanlara ilişkin bilgileri gösteren ve harcama yetkilisinin imzasını taşıyan belgeyi,

h) Kamu idaresi: 5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde sayılan genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerini, (II) sayılı cetvelde sayılan özel bütçeli idareleri ve (III) sayılı cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumları,

ı) Kanun: 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununu,

i) Kodlama sunucusu: SBR kapsamında kullanılacak tüm kod listelerinin güncel olarak tutulduğu, kod listelerini istemcilere hem bir web arayüzü hem de bir web servis aracılığı ile sağlayan ve kod listelerindeki değişiklikleri RSS ile kullanıcılara haber verebilen yazılım sistemini,

j) Merkezi düzenleyici ve yönlendirici idareler: Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığını,

k) Muhasebe işlem fişi: Mali işlemlerin muhasebeleştirilmesine esas bilgileri içeren ve muhasebe yetkilisince imzalanan muhasebe belgesini,

l) OASIS: Bilgi Toplumu İçin Açık Standartlar Geliştirme Konsorsiyumunu,

m) Ödeme emri belgesi: Kamu idarelerinin bütçelerinden yapılacak ödemeler ve diğer ödemelere ilişkin bilgiler ile bu süreçte görevli ve sorumlu olanların imzalarının bulunduğu ve ekinde gerçekleştirme belgelerinin yer aldığı, muhasebe işlem fişine eklenmesi zorunlu belgeyi,

n) RSS: Zengin site özetini,

o) SBR: Standart belge ve raporlamayı,

ö) SBR paketi: Standart belge ve raporlama tanımında yer alan tüm belgelerin, örnek dokümanların, görüntüleyicilerin ve kılavuzların yer aldığı paketi,

p) UBL-TR fatura: Bakanlık (Gelir İdaresi Başkanlığı) tarafından e-Fatura Uygulaması kapsamında evrensel iş dili esas alınarak belirlenmiş fatura formatını,

r) UN/CEFACT: Birleşmiş Milletler Yönetim, Ticaret ve Ulaştırma İşlemlerini Kolaylaştırma Merkezini,

s) Yapısal dosya formatı: Verilerin dosya içerisinde belli bir düzende dizilmiş olması nedeniyle yazılımlar aracılığıyla kolayca işlenebilen elektronik dosya formatlarını,

ş) Yapısal olmayan dosya formatı: Dosya içerisindeki verilerin belli sabit bir düzende olmaması nedeniyle bilgisayar dilleri ile işlenmesi zor olan formatları

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

BKMYBS Tanımı ve Genel Esaslar

Tanım

MADDE 5 – (1) İdari organizasyonlardan bağımsız olmak üzere BKMYBS, aşağıda sıralanan fonksiyonel süreçlere ilişkin olarak birbirleri ile etkileşimli bir şekilde çalışan yazılım veya yazılımların oluşturduğu entegre sistemler bütünüdür.

a) Makroekonomik tahmin ve planlama

b) Mali planlama

c) Bütçe yönetimi

ç) Nakit yönetimi

d) Borç yönetimi

e) Gelir yönetimi

f) Kamu Personel yönetimi

g) Varlık yönetimi

ğ) Harcama yönetimi

h) Muhasebe ve mali raporlama

ı) İzleme ve değerlendirme

i) Denetim

(2) Birinci fıkrada yer alan fonksiyonel süreçlerin otomasyonu amacı ile;

a) Merkezi düzenleyici ve yönlendirici idareler ile Sayıştay tarafından geliştirilen bilişim sistemleri,

b) Diğer kamu idareleri tarafından geliştirilen bilişim sistemlerinin mali yönetim ile ilgili uygulamaları,

c) Kamu idarelerinin ortak mali işlemlerine ilişkin olarak geliştirilen ve isteyen kamu idarelerinin kullanımına sunulan referans uygulama

BKMYBS tanımına dahildir.

Genel esaslar

MADDE 6 – (1) Kamu mali yönetimine ilişkin olarak merkezi düzenleyici ve yönlendirici idareler ile diğer kamu idareleri tarafından geliştirilen otomasyon sistemlerinin bütünleşik bir bilişim sistemi altyapısına kavuşturularak ulusal düzeyde BKMYBS oluşturulması ve işletilmesi 16/5/2017 tarihli ve 30068 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim Sistemi Politika Belgesi ve Eylem Planı" konulu 2017/7 sayılı Başbakanlık Genelgesi ve 19/7/2016 tarihli ve 29775 ikinci mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2016-2019 Ulusal e-Devlet Stratejisi ve Eylem Planı esas alınarak aşağıda yer alan temel prensipler çerçevesinde gerçekleştirilir.

a) İlgili bilişim sistemleri arasında uçtan uca entegre iş süreçlerinin oluşturulması amacına yönelik olarak gerekli olan birlikte işlerlik standartları açık bir şekilde belirlenir.

b) Belirlenen temel birlikte işlerlik standartları Standart Belge ve Raporlama adı altında, www.sbr.gov.tr adresinde yayımlanır.

c) Kamu idarelerine ait yetki ve sorumluluklar çerçevesinde olmak üzere uçtan uca entegre iş süreçlerinin elektronik ortamda oluşturulması amacı ile belirlenen birlikte işlerlik standartları teknik, organizasyonel ve anlamsal olmak üzere üç boyuttan oluşur.

ç) Bakanlık, belirlenen birlikte işlerlik standartları çerçevesindeki entegrasyon çözümlerini kendi bünyesinde oluşturmakla birlikte ilgili sürecin sağlıklı işleyişi ile ilgili kapasiteyi sürdüremeyen kamu idarelerini karşılaşılan sorunların çözümü için yazılı olarak uyarır. Yapılan uyarıya rağmen sorunun devamı ve/veya bir takvim yılı içerisinde uyarı gerektirecek 2 farklı durumla karşılaşılması durumunda Bakanlık, ilgili kamu idaresi açısından entegrasyon yolunun kullanımını kısıtlayabilir.

(2) Kamu idarelerinin, belirlenen birlikte işlerlik standartlarına uyumunun kolay bir şekilde sağlanması amacı ile Bakanlık; kaynak kod paylaşımı, yazılım geliştirme süreçlerine yönelik ortak kütüphane, uygulama ve platform oluşturulması da dahil olmak üzere gereken her türlü tedbiri alır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BKMYBS Merkezi Sistemler

Makroekonomik tahmin ve planlama sistemi

MADDE 7 – (1) Büyüme, kamu maliyesi, ödemeler dengesi, enflasyon, istihdam gibi makroekonomik tahmin ve planlamanın yapılabilmesi amacı ile gerekli verilerin toplanması, yönetilmesi, kullanılan modeller çerçevesinde analiz edilmesi ve bu süreçte oluşan veya sağlanan bilginin yönetilmesi; elde edilen çıktıların ilgili paydaşlarla paylaşılması, raporlanması ve yayınlanması işlevlerini gerçekleştiren sistemdir.

Mali planlama sistemi

MADDE 8 – (1) Merkezi yönetim bütçe hazırlık sürecinde geçerli olacak kamu politika ve uygulamalarının belirlenmesi, gelecek dönemlere yönelik gelir, gider ve borçlanma tahminlerinin yapılması amacı ile kullanılan sistemdir.

Bütçe yönetim sistemi

MADDE 9 – (1) Merkezi yönetim bütçesinin hazırlık ve uygulama süreçlerinin yönetilmesi amacı ile kullanılan sistemdir.

Nakit yönetim sistemi

MADDE 10 – (1) Kamu idarelerinin mevcut ve geleceğe yönelik olarak mali varlık ve yükümlülük bilgileri doğrultusunda nakit tahmin, programlama, aktarım, izleme ve Hazine hesaplarının yönetim işlemlerinin gerçekleştirildiği sistemdir.

Borç yönetim sistemi

MADDE 11 – (1) Kamu iç ve dış borçlanmaları ile Hazine alacaklarına (anapara, faiz ve masraflar) ilişkin planlamanın yapıldığı ve gerçekleştirilen ödemeler ile Hazine alacaklarına dair kayıtların tutulduğu, sağlanan finansmana ilişkin anlaşma bilgilerinin kaydedildiği ve borçlar ile Hazine alacaklarına ilişkin izlemenin yapıldığı sistemdir.

Gelir yönetim sistemi

MADDE 12 – (1) Kanunlarına dayanılarak toplanan vergi, resim, harç, fon kesintisi, pay ve benzeri gelirler, faiz, zam ve ceza gelirleri, taşınır ve taşınmazlardan elde edilen her türlü gelirler ile hizmet karşılığı elde edilen gelirler, borçlanma araçlarının primli satışı suretiyle elde edilen gelirler, sosyal güvenlik primi kesintileri, alınan bağış ve yardımlar ile diğer gelirlere ilişkin tarh, tebliğ, tahakkuk, tahsilat ve ilgili diğer işlemlerinin yürütülmesi amacıyla kullanılan sistemlerdir.

Kamu Personel yönetim sistemi

MADDE 13 – (1) Kamu personeline ilişkin kadro, pozisyon ve özlük bilgilerinin takip edildiği, başvuru, atama, tayin, terfi gibi işlemlerin gerçekleştirildiği, kapsama dahil kamu idareleri tarafından aylık, ücret, ek ders, fazla çalışma gibi personel ödemelerine ilişkin hesaplamaların yapıldığı ve bu işlemler sonucunda mevzuatın öngördüğü kanıtlayıcı belgelerin e-Belge standartlarına uygun olarak elektronik ortamda oluşturulduğu ve ilgili sistemlere iletildiği sistemdir.

(2) Kamu personel yönetim sistemi, personele ait temel işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi ve bu alanda politika oluşturulmasına imkan sağlamak amacı ile geliştirilir.

Varlık yönetim sistemi

MADDE 14 – (1) Kamu idarelerine ait taşınır, taşınmaz ve haklar ile diğer varlıkların edinimi, yönetimi, tahsisi, devri ve elden çıkarılması gibi varlık yönetimine ilişkin işlemlerin gerçekleştirildiği sistemdir.

Harcama yönetim sistemi

MADDE 15 – (1) Harcama yönetim sistemi, harcama süreçlerine ilişkin işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirilmesine, “Harcama Talimatı Onay Belgesi” ve “Ödeme Emri Belgesi” ile diğer kanıtlayıcı belgelerin e-Belge standartlarına uygun olarak elektronik ortamda hazırlanmasına imkan sağlayan, muhasebe yönetim sisteminin getirdiği entegrasyon kuralları ve işleyişine göre oluşturulmuş sistemdir.

(2) Harcama yönetim sistemi, kamu idarelerine ait harcama süreçlerinin belirlenen genel kurallara uygun bir şekilde yerine getirilmesine ve muhasebe yönetim sistemine güvenilir veri ve belge aktarımına imkan sağlar.

(3) Harcama yönetim sisteminin geliştirilmesine, kamu alımlarında e-Tedarik altyapısını içerecek şekilde devam edilir.

Muhasebe yönetim sistemi

MADDE 16 – (1) Kamu idarelerine ait mali işlemlerin yürütüldüğü ve bu süreçlerde kullanılması zorunlu belgelerin e-belge ve e-imza altyapısına uygun olarak elektronik ortamda oluşturulduğu, kaydedildiği, raporlandığı, iletildiği, muhafaza ve ibraz edildiği sistemdir.

(2) Sistemin temel özellikleri aşağıda yer almaktadır:

a) Muhasebe kayıtları, kamu idaresi bazında tutulur. Kamu idaresinin döner sermaye, sosyal tesis gibi merkezi yönetim bütçesi dışındaki faaliyet alanları için sistemde ayrı hesap planları ve defterleri oluşturulabilir.

b) Gerçekleşen mali işlemlerin muhasebe kayıtları harcama birimleri esas alınarak kamu idaresi bazında tutulur ve raporlanır.

c) Merkezi Yönetim Muhasebe Yönetmeliğine göre tutulması zorunlu defterler aşağıda açıklandığı şekilde elektronik ortamda tutulur:

1) Yevmiye defterine, mali yılın başında "1" den başlayıp, hesap dönemi sonuna kadar müteselsil numara verilir. Muhasebe hizmetleri merkez ve merkez dışı muhasebe birimlerince yürütülen kamu idareleri için yevmiye defteri idarenin merkez muhasebe birimi nezdinde tutulur, merkez dışı muhasebe birimleri kayıtlarını merkez muhasebe biriminde tutulan yevmiye defterine yapar. Ayrıca, muhasebe birimlerinin kendi iş sıralarını takip edebilmeleri için gerçekleşen her bir işleme muhasebe işlem numarası verilir ve raporlanır.

2) Büyük defter, idarelerin merkez muhasebe birimlerinde tutulur.

3) Kasa defteri, idarelerin merkez muhasebe birimlerinde tutulur, merkez dışı muhasebe birimlerinin günlük kasa işlemleri ayrı bir numarayla kaydedilir ve raporlanır.

4) Yardımcı hesap defteri, idarelerin merkez muhasebe birimlerinde tutulur, her bir yardımcı hesaba ilişkin işlemler muhasebe birimlerinin ihtiyacı doğrultusunda ayrıca raporlanabilir.

ç) Kamu idaresi esas alınarak oluşturulan muhasebe yönetim sisteminde, mali işlemleri birden fazla muhasebe biriminde kayıt altına alınan kamu idarelerinin dönem sonu kapanış ve yeni yıl açılış kayıtları idarelerin merkez muhasebe birimleri tarafından yapılır.

d) Sistemi kullanan kamu idarelerinde muhasebeleştirme belgesi olarak muhasebe işlem fişi kullanılır.

e) Alındı belgesinde, bilgisayar çıktısı kullanılır. Alındı belgesinin güvenliğini sağlamak amacıyla tekil doğrulamayı sağlayacak şekilde tekil sıra numarası verilir. Bakanlığın uygun görmesi halinde otokopi kağıdı da kullanılabilir.

f) Kamu idarelerinin alacakları elektronik ortamda dosya bazında takip edilir. Her bir alacak için tahakkuk kayıtlarına ilişkin bilgilerin yer aldığı izleme dosyası açılır ve muhasebe birimlerinde kayda alınır. Alacak işlemlerine ilişkin süreçler, kamu idarelerinin bünyelerinde bulunan bilişim sistemleri aracılığı ile tanımlı entegrasyon kurallarına uygun bir şekilde de gerçekleştirilebilir. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 5 inci maddesinde yer alan vergi mahremiyeti kapsamına giren işlemlere ilişkin süreç ve uygulamalar saklıdır.

İzleme ve değerlendirme sistemi

MADDE 17 – (1) Politika yapıcılara ve üst düzey karar vericilere BKMYBS kapsamındaki sistemlerde üretilen verilerden hareketle, politikaların izleme ve değerlendirmesini sağlamak üzere ihtiyaç duyulacak analizlerin yapıldığı ve raporların sunulduğu sistemdir.

Denetim sistemi

MADDE 18 – (1) Kamu idareleri ile ilgili dış denetim süreçlerinin yürütülebilmesi amacı ile gerekli olan verilerin toplandığı ve işlendiği sistemdir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Referans Uygulama

Tanım

MADDE 19 – (1) Referans uygulama, BKMYBS tanımı içerisinde yer alan fonksiyonel süreçlerin, merkezi sistemler ile uçtan uca entegre bir şekilde yürütülmesi için idare düzeyinde bulunması gereken mali yönetim kabiliyetlerine ilişkin olarak geliştirilen ve idarelerin talebine bağlı olarak tamamen veya kısmen kullanıma sunulan uygulamalar bütünüdür.

Geliştirme esasları

MADDE 20 – (1) Referans uygulamanın geliştirilmesi ve kullanıma sunulması sırasında, başta bulut bilişim, dağıtık veritabanı olmak üzere güncel yöntem ve teknikler dikkate alınır.

(2) AKKY şeklinde ve katılımcı bir anlayış ile geliştirilen referans uygulamaya ait kaynak kodlar, ilgili kamu idareleri ile paylaşılır.

(3) İlgili kamu idareleri ile paylaşılan kaynak kodların kullanım esasları ve bu konuda geçerli olacak diğer teknik kısıtlamalar, Sayıştayın uygun görüşü alınmak suretiyle Bakanlık tarafından belirlenir.

(4) Referans uygulamaya ilişkin fonksiyonel gereksinimlerin belirlenmesi ve geliştirme süreci, BKMYBS Yönlendirme Komitesi tarafından yönlendirilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Standart Belge ve Raporlama

Tanım

MADDE 21 – (1) SBR, BKMYBS kapsamındaki bilişim sistemleri arasında dolaşıma konu edilecek elektronik belgelere ilişkin standartlar ve ilgili diğer standartların, merkezi otorite veya otoriteler tarafından belirlenmesi ile yayımlanmasına yönelik teknik ve idari süreci ifade eder.

Temel esaslar

MADDE 22 – (1) SBR kapsamına alınacak süreçler, e-Belge formatları, örnek doküman görünümleri, kılavuz içerikleri ve ilgili tüm teknik hususlar, BKMYBS Yönlendirme Komitesi çalışmaları sonrasında Bakanlık tarafından belirlenir.

(2) SBR kapsamında e-belge formatları; ilgili belgenin kullanıldığı süreç ve/veya süreçler ile söz konusu süreç ve/veya süreçler içerisinde yer alan organizasyonel sorumluluklara göre tanımlanır ve fonksiyonel sınıflandırmaya göre tasnif edilir.

(3) Belirlenen e-Belge standartları, “SBR-TR” adı altında tek bir paket halinde yayınlanır.

(4) e-Belge standartları UN/CEFACT tarafından yayınlanmış olan esas parçacıklar teknik spesifikasyonuna uygun olarak belirlenir.

(5) SBR tanımlı belgelerin tarafları arasında elektronik ortamda dolaşımına ilişkin servisleri ve güvenlik kurallarını da içerir.

(6) Konu ile ilgili tüm yayınlar, duyurular ve teknik altyapılar ilgililerine www.sbr.gov.tr internet adresi üzerinden sunulur.

(7) Bakanlık, SBR kapsamında yer alan tüm kural ve standartları yayımlanmadan önce elektronik ortamda Sayıştay erişimine sunar.

(8) Yayımlanan standartlara uygun olarak elektronik ortamda oluşturulan belgeler, tarafları arasında yine SBR kapsamında sunulan servisler aracılığı ile dolaştırılır.

(9) SBR kapsamında elektronik ortamda oluşturulan ve muhatabına elektronik ortamda iletilen belgelerin, yine elektronik ortamda muhafaza edilmesi zorunlu olup kağıt ortamında yapılacak muhafaza işlemi hüküm ifade etmez.

(10) Kamu e-tedarik uygulamalarında kullanılacak e-Belgelerin belirlenmesinde evrensel iş dili doküman formatları esas alınır.

(11) e-Belge ve raporların hazırlanması sırasında geçerli olacak kod listelerinin sunulması ve belirlenen standartlara uyumun sağlanması, bir kodlama sunucusu aracılığıyla yapılır.

ALTINCI BÖLÜM

e-Fatura

Genel

MADDE 23 – (1) Kamu idareleri tarafından düzenlenen veya harcama süreçlerinde alınan faturalarda e-Fatura kullanılabilir. Bu kapsamda e-Fatura, UBL-TR fatura formatı esas alınarak oluşturulur ve muhatabına e-Fatura uygulaması aracılığı ile ulaştırılır.

(2) Kamu idareleri, e-Fatura uygulamasını Bakanlık ve Gelir İdaresi Başkanlığı arasında oluşturulan "Özel Entegrasyon" yöntemi ile kullanır.

(3) Bakanlık, iş süreçleri ve işlem hacimlerinin gerektirdiği durumlarda e-Fatura uygulamasını kullanmaksızın e-Fatura alabilir veya gönderebilir.

(4) Harcama süreçlerine ilişkin e-Fatura, muhatabına sadece TEMELFATURA senaryosu kullanılarak iletilir. TEMELFATURA senaryosu dışında iletilen herhangi bir e-Fatura dokümanı, TEMELFATURA senaryosu ile iletilmiş sayılır.

(5) Bakanlık, harcamalara ilişkin olarak e-Fatura düzenleyebilecek mükellefler ile e-Fatura kabul edebilecek kamu idarelerini ve/veya harcama birimlerini www.efatura.gov.tr internet sitesinde duyurur.

(6) Bakanlık, harcama süreçlerinde kullanılan e-Fatura kapsamında yer alan mal ve hizmet tanımlaması için kullanılacak genel bir ürün ve hizmet sınıflandırmasını Türkiye İstatistik Kurumu ile birlikte geliştirir.

(7) e-Faturaların ödenmesine ilişkin olarak düzenlenecek Ödeme Emri Belgesi ve Muhasebe İşlem Fişi dokümanlarının da elektronik ortamda oluşturulması zorunludur.

YEDİNCİ BÖLÜM

Belgelerin Oluşturulması, Muhafazası ve İbrazı

Belgelerin oluşturulması ve muhafazası

MADDE 24 – (1) Bakanlık, BKMYBS kapsamında;

a) Belirli konu, süreç veya belgeler açısından gerçekleştirme belgeleri ile diğer belgelerin, SBR kapsamında olmak üzere, elektronik ortamda oluşturulması, iletilmesi, muhafazası ve ibrazı zorunluluğunu getirebilir.

b) Gerçekleştirme belgeleri ve diğer belgelerle ilgili işlemlerin elektronik ortamda yürütülmesi sırasında yapısal dosya formatlarının yanı sıra yapısal olmayan dosya formatlarının da (kağıt belgelerin taranması sonucunda elde edilenler dahil) kullanılmasına izin verebilir. Yapısal dosya formatı olarak tanımlanmış belgeler ile ilgili süreçler, yapısal olmayan dosya formatları ile gerçekleştirilemez.

c) e-İmzalı veya ıslak imzalı belgelerin muhafazası ve muhasebe birimlerine ibraz işlemlerini idareler ve/veya işlemler bazında farklılaştırabilir.

(2) Elektronik defter ve belgeler ilgili mevzuatında belirlenen sürelerde, istenildiğinde ibraz edilmek üzere elektronik ortamda muhafaza edilir.

Sayıştay erişimi

MADDE 25 – (1) Bu Yönetmelik kapsamında tamamen elektronik hale getirilen belgelerin, ilgili olduğu muhasebe kayıtlarıyla birlikte Sayıştaya elektronik ortamda sunulmasına ilişkin usul ve esaslar Sayıştay tarafından belirlenir.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

BKMYBS Yönlendirme Komitesi ve Koordinasyon

BKMYBS yönlendirme komitesi

MADDE 26 – (1) BKMYBS oluşturulması ve işletilmesi sürecinde ihtiyaç duyulan her türlü ortak çalışmanın ilgili idareler ile koordineli bir şekilde yürütülmesinden sorumlu olmak üzere, Bakanlık temsilcisinin başkanlığında; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ve Türkiye İstatistik Kurumu temsilcilerinin katılımı ile BKMYBS Yönlendirme Komitesi (Komite) oluşturulur.

(2) Sekreterya hizmetleri Bakanlık tarafından yürütülecek olan Komitede ayrıca Sayıştay Başkanlığı temsilcisi de yer alır.

(3) Komite çalışmalarına, ihtiyaç duyulması halinde diğer kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları ve özel sektör temsilcileri de dahil edilebilir.

Diğer projelerle koordinasyon

MADDE 27 – (1) Komite, Kamu idareleri tarafından 1/1/2019 tarihinden itibaren projelendirilen ve proje maliyeti Yılı Yatırım Programı Hazırlama Rehberinde kamu yatırım projesi tekliflerinde fizibilite raporu hazırlanması için belirlenen limiti aşan ve mali yönetim sistemi ile ilgili olan bilişim sistemi projelerinin bu Yönetmelik hükümlerine uyumlu bir şekilde yürütülmesi için gereken çalışmaları yürütür.

(2) Bu maddenin birinci fıkrası kapsamına giren yazılım geliştirme faaliyetlerinde AKKY kullanımı (veri tabanı, orta katman, sunum katmanı vb) zorunludur. Bakanlık ve Kalkınma Bakanlığı, ilgili yazılım projelerinde AKKY kullanımı sağlamak amacı ile gereken her türlü tedbiri alır.

Olağanüstü durumlar

MADDE 28 – (1) Bakanlık, BKMYBS kapsamında yer alan ve elektronik ortamda gerçekleştirilen iş ve işlemlerin, olağan durumlar dışında ortaya çıkan hallerde yürütülmesine ilişkin olarak, ilgili idarelerle birlikte "Olağanüstü Durum Kılavuzu"nu Sayıştayın uygun görüşü alınmak sureti ile yayımlar.

DOKUZUNCU BÖLÜM

Diğer Hususlar

Yürürlük

MADDE 29 – (1) Bu Yönetmelik 1/1/2018 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 30 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Maliye Bakanı yürütür.

Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik

Resmî Gazete Tarihi: 26.08.2015

Resmî Gazete Sayısı : 29457

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin amacı, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret işlemlerinin yapıldığı ağ üzerinde bulundurmakla yükümlü oldukları genel bilgiler ile sözleşme öncesinde ve sipariş sürecinde alıcılara sunmaları gereken bilgilere ve elektronik ticaret ile ilgili diğer uygulamalara ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2

(1) Bu Yönetmelik, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların ağ üzerinde mal veya hizmet satışına ilişkin sözleşme ve siparişlerdeki bilgi verme yükümlülükleri ile elektronik ticaretle ilgili diğer tedbirleri kapsar.

(2) Bu Yönetmelik hükümleri, münhasıran elektronik posta, telefon araması, kısa mesaj veya elektronik ortamda doğrudan iletişime imkân veren benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz.

Dayanak

MADDE 3

(1) Bu Yönetmelik, 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4

(1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Ağ: Elektronik ticarete dair işlemlerin yapılmasına imkân sağlayan internet gibi bilgisayar tabanlı ortamları,

b) Alıcı: Elektronik ticarete konu mal veya hizmeti satın alan ya da satın alma amacıyla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

c) Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadî ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ya da tüzel kişileri,

ç) Bakanlık: Gümrük ve Ticaret Bakanlığını,

d) Elektronik ortam: Verilerin sayısallaştırılarak depolanması, işlenmesi, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortamı,

e) Elektronik ticaret: Fizikî olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadî ve ticari her türlü faaliyeti,

f) Genel Müdürlük: İç Ticaret Genel Müdürlüğünü,

g) Hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri,

ğ) İl Müdürlüğü: Ticaret il müdürlüğünü,

h) Kanun: 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu,

ı) Kayıtlı elektronik posta (KEP): Elektronik iletilerin gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukukî delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şeklini,

i) Merkez adresi: Tacirler için ticaret siciline tescilli adresi, esnaflar için iş yeri adresini, sabit iş yeri olmayanlar ile tacir veya esnaf olmayanlar için ise yerleşim yeri adresini,

j) Merkezî Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası: Genel Müdürlük bünyesindeki MERSİS tarafından verilen ve özel algoritma ile üretilmiş tekil numarayı,

k) Meslek odası: 18/5/2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu ile 7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununa tabi odaları,

l) Onaylanmış telefon numarası: Hizmet sağlayıcı tarafından beyan edilen ve aracı hizmet sağlayıcı tarafından gönderilen bir doğrulama koduyla onaylanan numarayı,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Genel Esaslar

Hizmet sağlayıcının bilgi verme yükümlülüğü

MADDE 5

(1) Hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce kendine ait elektronik ticaret ortamında aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Tebligata elverişli KEP adresi, elektronik posta adresi ve telefon numarası ile varsa işletme adı veya tescilli marka adı.

b) Mensubu olduğu meslek odası ve varsa üyesi olduğu sektörel kuruluşlar ile meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler.

c) Tacir ise ayrıca ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi.

ç) Esnaf ise ayrıca adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi.

(2) Tacir veya esnaf olmayan hizmet sağlayıcı, kendine ait elektronik ticaret ortamında adı ve soyadını veya unvanını, merkez adresini, tebligata elverişli KEP adresini, elektronik posta adresini ve telefon numarasını eksiksiz olarak bulundurur.

(3) Hizmet sağlayıcı birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen bilgilerini, ağ üzerindeki ana sayfasında ve doğrudan ulaşılabilecek şekilde "iletişim" başlığı altında sunar.

(4) Aracı hizmet sağlayıcı üzerinden satış yapan ve tacir veya esnaf olan hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret faaliyetine başlamadan önce, aracı hizmet sağlayıcı tarafından kendine tahsis edilen alanda aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Ticaret unvanı, işletme adı veya tescilli marka adı bilgilerinden en az biri.

b) Tebligata elverişli KEP adresi.

c) Esnaflar için vergi kimlik numarası, tacirler için MERSİS numarası.

ç) Merkez adresi ve onaylanmış telefon numarasının aracı hizmet sağlayıcıda bulunduğuna ilişkin bilgi.

(5) Aracı hizmet sağlayıcı üzerinden satış yapan ve tacir veya esnaf olmayan hizmet sağlayıcı, aracı hizmet sağlayıcı tarafından kendine tahsis edilen alanda aşağıdaki bilgileri eksiksiz olarak bulundurur:

a) Adı ve soyadı.

b) İkametgâhının bulunduğu il.

c) Merkez adresi ve onaylanmış telefon numarasının aracı hizmet sağlayıcıda bulunduğuna ilişkin bilgi.

(6) Bu maddede yer alan bilgilerdeki değişikliklere ilişkin güncellemeler, hizmet sağlayıcı tarafından değişikliğin gerçekleştiği gün yapılır.

(7) Bu maddede yer alan bilgilerin doğruluğundan hizmet sağlayıcı sorumludur.

Aracı hizmet sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 6

(1) Alıcı ve hizmet sağlayıcı arasında alım satım işleminin yapıldığı elektronik ticaret pazar yerlerini işleten aracı hizmet sağlayıcılar, kendileriyle ilgili olarak 5 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki yükümlülükleri aynı usulle yerine getirir.

(2) Aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret ortamı sunduğu hizmet sağlayıcıya ilişkin bilgilerin, hizmet sağlayıcıya tahsis edilen alanda gösterilebilmesi ve güncellenebilmesi için gerekli teknik imkânları sağlar.

(3) Aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcının elektronik ticaret faaliyetine başlamasından önce 5 inci maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlar.

(4) Aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içeriği kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

İşlem rehberi

MADDE 7

(1) Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı tarafından, elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirildiği ağ üzerinden doğrudan ulaşılabilecek şekilde ana sayfada "işlem rehberi" başlığı altında aşağıdaki bilgiler güncel olarak bulundurulur:

a) Sözleşmenin kurulabilmesi için mal ve hizmetin seçilmesi, teslimat ve ödeme bilgilerinin girilmesi ile siparişin onaylanması gibi gerekli aşamaları gösterir şekilde teknik adımlar.

b) Elektronik ticarete ilişkin sözleşmenin, elektronik ortamda saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra aynı ortamda erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgi.

c) Alıcının siparişi vermeden önce veri girişindeki hatalarını açık ve anlaşılır bir şekilde belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi amacıyla özet sipariş formu ile geri al ve değiştir gibi teknik araçların sunulacağına ilişkin bilgi.

ç) Elektronik ticaret işlemleri nedeniyle elde ettiği kişisel verilere ilişkin gizlilik kuralları.

d) Alıcıyla arasında uyuşmazlık çıkması halinde varsa alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları.

(2) Alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, tarafların diğer hukuki çözüm yollarına başvurma hakkına engel teşkil etmez.

Siparişe ilişkin yükümlülükler

MADDE 8

(1) Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı;

a) İkinci el malların ayrı kategoride satışa sunulmasını,

b) Ağ üzerinden verilen siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, vergi ve teslimat masrafları da dâhil olmak üzere alıcının ödeyeceği toplam bedelin ve sözleşmenin diğer şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini,

c) Mal veya hizmetin toplam bedeli, fiyatın hesaplanma usulü ve teslimat masrafları önceden belirlenemiyorsa buna ilişkin ek masrafların ödenebileceği bilgisini,

ç) Siparişin onaylanmasından önce alıcıların veri giriş hatalarını belirleyebilmesi için sipariş özetini ve bu hatalarını düzeltebilmesi için geri al ve değiştir gibi uygun, etkili ve kolay erişilebilir teknik araçları,

d) Sözleşme hükümlerinin ve genel işlem şartlarının, alıcı tarafından yeniden görülebilmesi, basılı bir şekilde kullanılabilmesi ve saklanabilmesi amacıyla söz konusu hususların alıcıya fiziki veya elektronik ortamda gönderilmesini,

sağlar.

Siparişin teyidi

MADDE 9

(1) Aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcı siparişi aldığını, işlemin yapıldığı ağ üzerinden ve ayrıca elektronik posta, kısa mesaj, telefon araması, faks gibi araçlardan en az biriyle gecikmeksizin alıcıya bildirir.

(2) Sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılır.

Kişisel verilerin korunması

MADDE 10

(1) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, bu Yönetmelik çerçevesinde yaptığı işlemler ve sunduğu hizmetler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin, 23/2/2006 tarihli ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla muhafazasından ve hukuka aykırı olarak bunlara erişilmesini ve işlenmesini önlemek amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasından sorumludur.

(2) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık irade beyanını içerecek şekilde önceden alınan onayı olmaksızın üçüncü kişilerle paylaşılamaz, işlenemez ve başka amaçlarla kullanılamaz.

İspat yükümlülüğü ve elektronik kayıtların saklanma süresi

MADDE 11

(1) Şikâyet konusu işlemlerde ispat yükümlülüğü, hizmet sağlayıcı ve/veya aracı hizmet sağlayıcıya aittir.

(2) Hizmet sağlayıcı ve/veya aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret işlemlerine ilişkin elektronik kayıtları işlem tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklar ve talep halinde bu kayıtları Bakanlığa sunar.

(3) (Ek: RG-15/2/2019-30687) Abonelik sözleşmesinin kamu hizmetlerinin tek noktadan sunulduğu ortak kamu elektronik platformu üzerinden kurulması halinde ispat yükümlülüğü ve elektronik ticaret işlemlerine ilişkin elektronik kayıtların saklanması ve talep olması halinde bu kayıtların Bakanlığa sunulmasında yükümlülük hizmet sağlayıcıya aittir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Şikâyet ve Denetim

Şikâyet

MADDE 12

(1) Şikâyet başvuruları, elektronik ortamda e-Devlet kapısı veya Bakanlığın internet sitesi üzerinden veyahut şikâyetçinin ikametgâhının bulunduğu yerdeki il müdürlüğüne yazılı olarak yapılır. Şikâyetçi; gerçek kişi ise adı ve soyadı ile imzası ve ikametgâh adresinin; tüzel kişi ise

unvanı ve adresi ile temsile yetkili kişinin veya vekilinin adı ve soyadı ile imzasının başvuruda yer alması gerekir.

(2) Bu maddede yer alan şartları taşımayan başvurular işleme konulmaz.

Şikâyetin sonuçlandırılması

MADDE 13

(1) Şikâyet başvuruları, alıcının ikametgâhının bulunduğu yerdeki il müdürlüğüne yapılır. Şikâyet edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının sicile kayıtlı merkezinin başka bir ilde bulunması halinde, bu başvuru ilgili il müdürlüğüne gönderilir ve başvuru sahibine bilgi verilir.

(2) Şikâyet edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, il müdürlüğü tarafından tespit edilir. Konuya ilişkin bilgi ve belgeler ilgilisinden temin edilerek şikâyet sonuçlandırılır. Ancak gerekli hallerde il müdürlüğünce denetim için görevlendirilen personel tarafından yerinde denetim yapılır.

(3) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, il müdürlüğü tarafından söz konusu şikâyetle ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeleri, bu talebin tebliğinden itibaren on beş gün içinde teslim etmekle yükümlüdür. Gerekli hallerde ilgilinin talebine istinaden il müdürlüğünce bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Bu sürenin sonunda da talep edilen bilgi ve belgelerin teslim edilmemesi halinde, şikâyet başvurusu sırasında il müdürlüğüne sunulan bilgi ve belgeler üzerinden idari işlem tesis edilir. İl müdürlüğünce talep edilen bilgi ve belgelerin verilen süre içinde teslim edilmemesi halinde, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı hakkında Kanunda öngörülen idari para cezası uygulanır. İl müdürlüğünün bilgi ve belge talebine ilişkin yazısında, talep edilen bilgi ve belgelerin süresi içinde teslim edilmemesi halinde, şikâyet başvurusu sırasında il müdürlüğüne sunulan bilgi ve belgeler üzerinden idari işlem tesis edileceği belirtilir.

(4) İl müdürlüğü, hizmet sağlayıcı ya da aracı hizmet sağlayıcının doğrudan tespit edilmesine imkân bulunmadığı hallerde, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerden bilgi ve belge talep edebilir.

Denetim

MADDE 14

(1) Bakanlık, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının, bu Yönetmelik kapsamında gerçekleştirdiği faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.

(2) Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, bu Yönetmelik kapsamında Bakanlık yetkisine giren hususlarla ilgili olarak her türlü bilgi, belge ve defterleri istemeye, bunları

incelemeye ve örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya yetkilidir. İlgililer istenilen bilgi, belge ve defterler ile elektronik kayıtlarını, bunların örneklerini noksansız ve gerçeğe uygun olarak vermek, yazılı ve sözlü bilgi taleplerini karşılamak ve gerekli yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdür.

(3) Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının, elektronik ticaret faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerden istemeye yetkilidir.

İdari yaptırımları uygulama yetkisi

MADDE 15

(1) Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen idari para cezalarını verme yetkisi Bakanlığa aittir. Bu yetki, Genel Müdürlüğe veya il müdürlüklerine devredilebilir.

(2) Verilen idari para cezaları, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Güvenlik ve hizmet kalitesi standartları ile bildirim yükümlülükleri

MADDE 16

(1) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıya ilişkin güvenlik ve hizmet kalitesi standartları ile bildirim yükümlülüklerine ilişkin hususlar Bakanlık tarafından çıkarılacak tebliğler ile belirlenir.

Geçiş hükmü

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin yürürlüğünden önce kendine ait elektronik ortamda satış yapan hizmet sağlayıcılar ile aracı hizmet sağlayıcılar 5, 6, 7 ve 8 inci maddelerdeki yükümlülükleri bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirir. Bu süre, aracı hizmet sağlayıcının sunduğu elektronik ticaret ortamında satış yapan hizmet sağlayıcılar için aracı hizmet sağlayıcı tarafından teknik imkânların sağlanmasından itibaren başlar.

Yürürlük

MADDE 17

(1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 18

(1) Bu Yönetmelik hükümlerini Gümrük ve Ticaret Bakanı yürütür.

Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik

NOT: 4 Ocak 2020 tarihli ve 30998 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle yapılan değişikliklerin işlendiği güncel ve konsolide halidir. Hatırlatmak gerekir ki, değişlik yapan Yönetmeliğin 1., 2., 3., 7., 9., 11., 12., 13., 15., 17. ve 18. maddelerinin yayımı tarihinde, diğer maddelerin ise 01.09.2020 tarihinde yürürlüğe girecektir. Söz konusu hükümlerin yürürlük tarihlerini ayrıştırmak adına başlarına **[YT:01.09.2020]** ibaresi eklenmiştir.

Resmî Gazete Tarihi: 15.07.2015

Resmî Gazete Sayısı : 29417

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin amacı, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan ticari iletişime dair bilgi verme yükümlülüklerine ve ticari elektronik iletilerde uyulması gereken hususlara ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2

(1) Bu Yönetmelik, gerçek ve tüzel kişilerin mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak ya da işletmesini tanıtmak veya bunları başkaları adına yapmak amacıyla elektronik iletişim araçlarıyla yapılan her türlü ticari iletişimi kapsar.

(2) Bu Yönetmelik hükümleri;

a) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamındaki işletmecilerin abone ve kullanıcılarına; münhasıran kendi mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak ya da işletmesini tanıtmak amacıyla gönderdiği ticari elektronik iletilere,

b) Vakıf üniversitelerinin ve diğer özel eğitim ve öğretim kurumlarının öğrencilerine ve bunların velilerine gönderdiği iletilere,

c) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamuya yararlı dernekler ve vergi muafiyeti sağlanan vakıfların, kendilerine ait ticari işletmelerin faaliyetleriyle ilgili olarak üyelerine gönderdiği iletilere,

ç) 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun hükümlerine göre radyo ve televizyon yayıncılığı yapan kuruluşlarca, kamuoyunu bilgilendirmek ve eğitmek amacıyla yapılan yayın hizmetlerine ilişkin bilgilendirme iletilerine,

d) Devlet, mahalli idareler ve diğer kamu tüzel kişilerinin kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla gönderdikleri iletilere,

uygulanmaz.

Dayanak

MADDE 3

(1) Bu Yönetmelik, 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4

(1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Alıcı: Tüketiciyi ya da meslekî veya diğer amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

b) Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadî ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri,

c) Bakanlık: Ticaret Bakanlığını,

ç) Bayi işletme: Sözleşmeye dayalı olarak bir işletmenin mal ve hizmetlerinin satışına aracılık eden ve kendi adına bağımsız çalışan işletmeyi,

d) Elektronik iletişim adresi: Elektronik posta ve telefon numarası gibi elektronik ortamda münhasıran iletişim kurmayı sağlayan adresi,

e) Elektronik iletişim araçları: İnternet ve diğer iletişim ağları üzerinden iletilerin gönderilmesine, alınmasına veya saklanmasına imkân sağlayan bilgisayar, telefon, faks, otomatik arama makineleri gibi her türlü cihazı,

f) Elektronik ortam: Verilerin sayısallaştırılarak işlenmesi, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortamı,

g) Elektronik ticaret: Fizikî olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti,

ğ) Hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri,

h) İl müdürlüğü: Ticaret il müdürlüğünü,

ı) İl müdürü: Ticaret il müdürünü,

i) İş günü: Ulusal bayram ile genel ve hafta sonu tatil günleri hariç diğer günleri,

j) İYS Numarası: İYS'ye kayıt olan tüm hizmet sağlayıcı ve markalarına ayrı ayrı atanan tekil numarayı,

k) Kanun: 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunu,

l) Kuruluş: Bakanlıkça ticari elektronik İleti Yönetim Sistemini kurmakla yetkilendirilen kuruluşu,

m) MERSİS: Merkezi Sicil Kayıt Sistemini,

n) Özel yetkili işletme: Sözleşmeye dayalı olarak bir işletmenin, yönetim ve organizasyon ile dağıtım veya pazarlama teknolojileri gibi konularda bilgi ve desteğini almak suretiyle bu işletmenin mal veya hizmetinin satışı üzerindeki imtiyaz hakkını bedel, bölge ve süre gibi belirli şartlar ve sınırlamalar dâhilinde kullanan bağımsız ticari işletmeyi,

o) Ticari elektronik ileti: Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri,

ö) Ticari elektronik İleti Yönetim Sistemi (İYS): Ticari elektronik ileti onayı alınmasına, reddetme hakkının kullanılmasına ve şikâyet süreçlerinin yönetilmesine imkân tanıyan sistemi,

p) Ticari iletişim: Alan adları ve elektronik posta adresi dışında, meslekî veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişimi,

r) URL adresi: İlgili içeriğin internet gibi bir ağ üzerinde bulunduğu tam adresi,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Ticari Elektronik İletiler ve İYS

Ticari elektronik iletiler ve onay

MADDE 5

[YT:01.09.2020] (1) Hizmet sağlayıcının, mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak, işletmesini tanıtmak ya da kutlama ve temenni gibi içeriklerle tanınırlığını artırmak amacıyla alıcıların elektronik iletişim adreslerine gönderdiği ticari elektronik iletiler için kendisi tarafından ya da İYS üzerinden önceden onay alınır. Onay, reddetme hakkı kullanılıncaya kadar geçerlidir.

[YT:01.09.2020] (2) Ticari elektronik ileti göndermek isteyen gerçek ve tüzel kişiler İYS'ye kaydolur.

[YT:01.09.2020] (3) İYS üzerinde onayı bulunmayan alıcılara ticari elektronik ileti gönderilemez.

Onay gerektirmeyen durumlar

MADDE 6

(1) Alıcının kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz.

(2) Devam eden abonelik, üyelik veya ortaklık durumu ile tahsilat, borç hatırlatma, bilgi güncelleme, satın alma ve teslimat veya benzeri durumlara ilişkin bildirimleri içeren iletiler ile hizmet sağlayıcıya ilgili mevzuatla getirilen bilgi verme yükümlülüğü durumlarında önceden onay alma zorunluluğu aranmaz. Ancak bu tür bildirimlerde herhangi bir mal veya hizmet özendirilemez veya bunların tanıtımı yapılamaz.

(3) Tacir veya esnaf olan alıcıların elektronik iletişim adreslerine gönderilen ticari elektronik iletiler için önceden onay alınması zorunlu değildir. Ancak tacir ve esnafların 9 uncu maddede yer alan reddetme hakkını kullanması halinde onayları alınmadan ticari elektronik ileti gönderilemez.

(4) Sermaye piyasasına ilişkin mevzuat uyarınca aracılık faaliyetinde bulunan şirketlerce müşterilerine bilgilendirme amaçlı gönderilen ticari elektronik iletiler için onay alınması zorunlu değildir.

[YT:01.09.2020] (5) Birinci, ikinci ve dördüncü fıkralar kapsamında ileti gönderilmesi halinde İYS üzerinden kontrol yapılmaz.

[YT:01.09.2020] (6) Üçüncü fıkra kapsamında ileti gönderilmesinden önce tacir veya esnaf olan alıcıların elektronik iletişim adresleri hizmet sağlayıcı tarafından İYS'ye kaydedilir ve İYS üzerinden alıcıların ret hakkını kullanıp kullanmadığı kontrol edilir.

Onayın alınması

MADDE 7

[YT:01.09.2020] (1) Onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim aracıyla ya da İYS üzerinden alınabilir. Onayda, alıcının ticari elektronik ileti gönderilmesini kabul ettiğine dair olumlu irade beyanı, adı ve soyadı ile elektronik iletişim adresi yer alır. İYS üzerinden alınan onaylarda ise olumlu irade beyanı ve elektronik iletişim adresi yer alır.

(2) Fiziki ortamda alınan onayda, onayı verenin imzası aranır.

[YT:01.09.2020] (3) Onayın elektronik ortamda alınması durumunda, onayın alındığı bilgisi, reddetme imkânı da tanınmak suretiyle, alıcının elektronik iletişim adresine 24 saat içinde iletilir. İYS üzerinden alınan onaylara bu fıkra hükümleri uygulanmaz.

(4) Alıcının elektronik iletişim adresine ticari elektronik ileti gönderilerek onay talebinde bulunulamaz.

(5) Onay; abonelik, satış ve üyelik sözleşmesi gibi bir sözleşmenin içeriğine dahil edilerek alınıyorsa sözleşmenin sonunda, olumlu irade beyanından veya imzadan önce, ticari elektronik ileti kenar başlığı altında, reddetme imkanı da tanınarak en az on iki punto ile yazılarak alınır.

(6) Acentelik, özel yetkili işletme ya da bayilik sözleşmesindeki taraflardan birine verilen onay; bu sözleşmeye konu mal, hizmet veya marka ile sınırlı olarak sözleşmenin diğer tarafı için de verilmiş kabul edilir.

(7) Hizmet sağlayıcı aldığı onayı, kendi mal veya hizmetleri ile birlikte olmak kaydıyla promosyon olarak sunulan mal ve hizmetler için de kullanabilir. Ancak bu promosyon ilişkisinin bir sözleşmeye bağlı olma şartı aranır.

(8) Onay metninde, olumlu irade beyanı önceden seçilmiş olarak yer alamaz.

(9) Hizmet sağlayıcı, alıcıdan ticari elektronik ileti onayı vermesini, sunduğu mal ve hizmetin temini için ön şart olarak ileri süremez.

[YT:01.09.2020] (10) İYS üzerinden alınmayan onaylarda, onayın alındığına ilişkin ispat yükümlülüğü hizmet sağlayıcıya aittir.

[YT:01.09.2020] (11) İYS üzerinden alınmayan onaylar, hizmet sağlayıcı tarafından üç iş günü içinde İYS'ye kaydedilir.

[YT:01.09.2020] (12) İYS'ye kaydedilmeyen onaylar geçersiz kabul edilir.

Ticari iletişim ve ticari elektronik ileti

MADDE 8

(1) Ticari elektronik ileti içeriğinin, alıcıdan alınan onaya uygun olması gerekir.

(2) Ticari elektronik iletinin başlığında veya içeriğinde; tacirler için MERSİS numarası ve ticaret unvanına, esnaflar için adı ve soyadı ile T.C. veya vergi kimlik numarasına yer verilir. Hizmet sağlayıcı, bunlara ek olarak marka veya işletme adı gibi kendisini tanıtan diğer bilgilere yer verebilir.

(3) Kısa mesaj gibi sınırlı alanlar kullanılarak gönderilen ticari elektronik iletinin içeriğinde; tacirler için MERSİS numarasına, esnaflar için ise adı ve soyadı ile T.C. veya vergi kimlik numarasına yer verilir. Hizmet sağlayıcı, bunlara ek olarak marka veya işletme adı gibi kendisini tanıtan diğer bilgilere yer verebilir.

(4) Sesli arama içeriğinde; tacirler için ticaret unvanına, esnaflar için ise adı ve soyadına yer verilir. Hizmet sağlayıcı, bunlara ek olarak marka veya işletme adı gibi kendisini tanıtan diğer bilgilere yer verebilir.

(5) Ticari elektronik iletide, elektronik iletişim aracının türüne bağlı olarak hizmet sağlayıcının telefon, faks, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgilerinden en az birine yer verilir.

(6) Ticari elektronik iletinin niteliği içeriğinden açık bir biçimde anlaşılamıyorsa tanıtım, kampanya ve bilgilendirme gibi niteliği belirleyici bir ibareye yer verilir. Bu ibare; kısa mesaj yoluyla gönderilen iletilerde iletinin başlangıcında, elektronik posta yoluyla gönderilen iletilerde konu bölümünde, sesli aramalarda ise görüşmenin başlangıcında belirtilir.

(7) Ticari elektronik iletide indirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunlar olması halinde bu husus iletide açıkça belirtilir.

(8) Promosyonların geçerlilik süresi ve alıcının bunlardan faydalanmak için yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklere ilişkin şartlar, açık ve şüpheye yer vermeyecek şekilde, bu hususlara özgülenmiş bir URL adresi veya müşteri hizmetleri numarası gibi kolay bir şekilde ulaşılabilecek yöntemlerle sunulur.

Reddetme hakkı ve bildirim yöntemi

MADDE 9

(1) Alıcı istediğinde hiçbir gerekçe göstermeksizin ticari elektronik ileti almayı reddedebilir. Alıcının ret bildiriminde bulunması, bildirimin yapıldığı iletişim kanalına ilişkin onayı geçersiz kılar.

(2) 7 nci maddenin altıncı fıkrası kapsamında verilen onay için taraflardan birine yapılacak ret bildirimi tarafların tümüne yapılmış sayılır. Ret bildirimini alan taraf, bu hususu diğer tarafa bildirmekle yükümlüdür.

[YT:01.09.2020] (3) Hizmet sağlayıcı, alıcının ret bildiriminde bulunabilmesi için kendisi tarafından sağlanan ya da İYS tarafından sunulan müşteri hizmetleri numarası, kısa mesaj numarası veya yalnızca ret bildirimine özgülenmiş bir URL adresi gibi erişilebilir iletişim adresine ticari elektronik iletide yer verir. Ticari elektronik ileti hangi iletişim kanalıyla gönderildiyse ret bildirimi de kolay ve ücretsiz bir şekilde olmak üzere aynı iletişim kanalıyla sağlanır.

(4) Ret bildirimi imkânı, gönderilen her ticari elektronik iletide yer alır.

(5) Alıcı tarafından reddetme hakkının kullanılmış olması, hizmet sağlayıcının tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre alıcıya gönderilmesi zorunlu olan bildirimlerin yapılmasına engel teşkil etmez.

[YT:01.09.2020] (6) Hizmet sağlayıcı, kendisine iletilen ret bildirimlerini üç iş günü içinde İYS'ye bildirir.

[YT:01.09.2020] (7) Alıcı reddetme hakkını İYS üzerinden de kullanabilir.

Ret bildiriminin uygulanması

MADDE 10

(1) Hizmet sağlayıcı, alıcının ticari elektronik iletiyi almayı reddettiğine ilişkin talebinin kendisine ulaşmasını müteakip üç iş günü içinde alıcıya ticari elektronik ileti göndermeyi durdurur.

Ticari elektronik İleti Yönetim Sistemi

MADDE 10/A

(1) Kuruluş, onay ve ret bilgilerinin İYS'ye kaydedilmesi, İYS üzerinden onay alınması, reddetme hakkının kullanılması, ticari elektronik ileti şikâyetlerinin alınması, raporlanması, şikâyet sürecinin hızlı ve etkin bir şekilde yönetilmesi ve aracı hizmet sağlayıcıların sistemi kullanması amacıyla teknik altyapıyı hazırlar ve Bakanlığın erişimine açar.

(2) Kuruluş, ticari elektronik ileti gönderiminin aksamaması için gerekli teknik tedbiri alır.

(3) Kuruluş İYS'ye yönelik Bakanlık tarafından istenen diğer iş ve işlemleri yürütmekle yükümlüdür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Aracı Hizmet Sağlayıcılar, Kişisel Verilerin Korunması, İspat Yükümlülüğü ve Kayıtları Saklama Süresi

Aracı hizmet sağlayıcılara ilişkin yükümlülükler

[YT:01.09.2020] MADDE 11

(1) Hizmet sağlayıcı, önceden onayını aldığı alıcılara ticari elektronik iletileri kendisi gönderebileceği gibi aracı hizmet sağlayıcılar vasıtasıyla da gönderebilir.

(2) Aracı hizmet sağlayıcı, bu Yönetmelikle hizmet sağlayıcı için öngörülen yükümlülüklerin ifasına yönelik teknik imkân tanır.

(3) Aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sunduğu elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(4) Aracı hizmet sağlayıcı başkaları adına, onların mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak ya da işletmesini tanıtmak amacıyla ticari elektronik ileti göndermek için onay alamaz.

(5) Aracı hizmet sağlayıcı ticari elektronik ileti gönderimine ilişkin sistemini İYS ile uyumlaştırır.

(6) Aracı hizmet sağlayıcı, İYS'ye kayıt olmayan hizmet sağlayıcılara ait ticari elektronik iletilerin gönderimini başlatmaz.

(7) Hizmet sağlayıcının talimatı doğrultusunda ticari elektronik ileti gönderimini başlatan aracı hizmet sağlayıcı, ileti gönderimine başlamadan önce İYS üzerinden alıcıların onayının olup olmadığını kontrol eder ve İYS üzerinde onayı bulunmayan alıcılara ileti gönderimini başlatmaz.

(8) Hizmet sağlayıcının 6 ncı maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkraları kapsamında ileti gönderiminde bulunmak istemesi halinde aracı hizmet sağlayıcı tarafından bu yönde beyan alınır.

(9) Aracı hizmet sağlayıcı, alıcıların abonelik hattını kapatmaları halinde İYS'ye bu durumu bildirir.

Kişisel verilerin korunması

MADDE 12

(1) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı ile Kuruluş, bu Yönetmelik çerçevesinde yapmış olduğu işlemler ve sunduğu hizmetler nedeniyle elde ettiği verilerin, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla muhafazasından ve hukuka aykırı olarak bunlara erişilmesini ve işlenmesini önlemek amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasından sorumludur.

(2) Kişisel verilerin; üçüncü kişilerle paylaşılabilmesi, işlenebilmesi ve başka amaçlarla kullanılabilmesi için ilgili kişiden önceden onay alınması gerekir.

İspat yükümlülüğü ve kayıtları saklama süresi

MADDE 13

(1) Şikâyet konusu işlemlerde ispat yükümlülüğü hizmet sağlayıcıya ve/veya aracı hizmet sağlayıcıya aittir.

(2) Hizmet sağlayıcı ve/veya aracı hizmet sağlayıcı onay kayıtlarını, onayın geçerliliğinin sona erdiği tarihten, ticari elektronik iletilere ilişkin diğer kayıtları ise kayıt tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklar. Talep edilmesi halinde bu kayıtlar Bakanlığa sunulur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Şikâyet, Denetim ve Yetki

Şikâyet

MADDE 14

(1) Şikâyet başvuruları, elektronik ortamda e-Devlet kapısı, İYS veya Bakanlığın internet sitesi üzerinden veyahut yazılı olarak şikâyetçinin ikametgâhının bulunduğu yerdeki il müdürlüğüne yapılır. Şikâyetçi; gerçek kişi ise adı ve soyadı ile imzası ve ikametgâh adresinin, tüzel kişi ise unvanı ve adresi ile temsile yetkili kişinin veya vekilin adı ve soyadı ile imzasının başvuruda yer alması gerekir.

(2) Ticari elektronik iletilere ilişkin şikâyet başvurularında aşağıdaki hususlar aranır:

a) Kısa mesaj yoluyla gönderilmiş ise; şikâyetçinin T.C. kimlik numarası, telefon numarası, abonesi olduğu GSM operatörünün adı, iletiyi gönderenin numarası, bu numaranın bulunmaması halinde marka ve işletme adı gibi alfa numerik bilgisi, iletinin gönderilme tarihi, saati, iletinin görsel bir örneği ile şikâyetçinin tacir olması halinde MERSİS numarası, esnaf olması halinde bu durumu belirten ibare yer alır.

b) Elektronik posta yoluyla gönderilmiş ise; şikâyetçinin T.C. kimlik numarası, elektronik posta adresi, şikâyetçiye elektronik posta hizmeti sağlayan işletmenin adı, iletiyi gönderenin elektronik posta adresi, iletinin gönderilme tarihi, saati ve içeriği ile şikâyetçinin tacir olması halinde MERSİS numarası, esnaf olması halinde bu durumu belirten ibare yer alır. İletinin görsel bir örneği başvuruya eklenir.

c) Sesli arama yoluyla yapılmışsa; şikâyetçinin T.C. kimlik numarası, telefon numarası, abonesi olduğu GSM veya sabit hat operatörü adı, iletiyi gönderenin numarası, bu numaranın alınamaması halinde marka ve işletme adı, iletinin gönderilme tarihi, saati ve konusu ile şikâyetçinin tacir olması halinde MERSİS numarası, esnaf olması halinde bu durumu belirten ibare yer alır.

ç) Diğer elektronik iletişim araçları ile yapılmışsa iletişim aracının türüne bağlı olarak bu fıkrada belirtilen bilgilerden uygun olanlara yer verilir.

(3) Şikâyet başvurusu, ticari elektronik iletinin gönderildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılır.

(4) Şikâyetçi ancak kendisine ait elektronik iletişim adreslerine gönderilen ticari elektronik iletilere ilişkin şikâyette bulunabilir.

(5) Bu maddede yer alan şartları taşımayan başvurular il müdürlüğünce işleme konulmaz.

Şikâyetin sonuçlandırılması

MADDE 15

(1) Başvurunun yapıldığı il müdürlüğünce, şikâyet edilenin sicile kayıtlı merkezinin başka bir ilde bulunduğunun tespiti halinde, başvuru belgeleri ilgili il müdürlüğüne gönderilir ve başvuru sahibine bilgi verilir.

[YT:01.09.2020] (2) Başvuru, öncelikle İYS üzerinden ön incelemeye tabi tutulur. Ön inceleme sonrasında il müdürlüğü tarafından konuya ilişkin bilgi ve belgeler ilgilisinden temin edilerek şikâyet sonuçlandırılır. Ancak gerekli hallerde il müdürlüğünce denetim için görevlendirilen personel tarafından yerinde denetim yapılır.

(3) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı, il müdürlüğü tarafından söz konusu şikâyetle ilgili olarak talep edilen bilgi ve belgeleri, bu talebin tebliğinden itibaren on beş gün içinde teslim etmekle yükümlüdür. Gerekli hallerde ilgilinin talebine istinaden il müdürlüğünce bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla on beş gün uzatılabilir. Bu sürenin sonunda da talep edilen bilgi ve belgelerin teslim edilmemesi halinde, şikâyet başvurusu sırasında il müdürlüğüne sunulan bilgi ve belgeler üzerinden idari işlem tesis edilir. İl müdürlüğünün bilgi ve belge talebine ilişkin yazısında, talep edilen bilgi ve belgelerin süresi içinde teslim edilmemesi halinde, şikâyet başvurusu sırasında il müdürlüğüne sunulan bilgi ve belgeler üzerinden idari işlem tesis edileceği belirtilir.

(4) İl müdürlüğü, hizmet sağlayıcı ya da aracı hizmet sağlayıcının doğrudan tespit edilmesine imkân bulunmadığı hallerde, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerden bilgi ve belge talep edebilir.

[YT:01.09.2020] (5) Hizmet sağlayıcının talimatı doğrultusunda ileti gönderimini başlatan aracı hizmet sağlayıcı, şikâyet başvurularına konu iletilere ilişkin bilgi ve belge taleplerini İYS üzerinden on beş gün içinde yanıtlar.

Denetim

MADDE 16

(1) Bakanlık, hizmet sağlayıcı, aracı hizmet sağlayıcı ve Kuruluşun bu Yönetmelik kapsamında gerçekleştirdiği faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.

(2) Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, bu Yönetmelik kapsamında Bakanlık yetkisine giren hususlarla ilgili olarak her türlü bilgi, belge ve defterleri istemeye, bunları incelemeye ve örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya yetkilidir. İlgililer istenilen bilgi, belge ve defterler ile elektronik kayıtlarını, bunların örneklerini noksansız ve gerçeğe uygun olarak vermek, yazılı ve sözlü bilgi taleplerini karşılamak ve gerekli yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdür.

(3) Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, ticari elektronik iletileri gönderen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının abonelik bilgileri ile gerekli bilgi ve belgeleri ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ile elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerden istemeye yetkilidir.

İdari yaptırımları uygulama

MADDE 17

(1) Bu Yönetmeliğe aykırı hareket edenlere Kanunun 12 nci maddesi uyarınca uygulanacak idari para cezalarını vermeye, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının sicile kayıtlı merkezinin bulunduğu yerdeki il müdürü yetkilidir.

(2) Verilen idari para cezaları, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir.

Elektronik posta yoluyla gönderilen ticari elektronik iletiler

[YT:01.09.2020] MADDE 17/A

(1) Elektronik posta yoluyla gönderilen ticari elektronik iletilere, 11 nci maddenin beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları ile 15 inci maddenin beşinci fıkrası hükümleri uygulanmaz.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Mevcut veri tabanlarının kullanımı

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce, ticari elektronik ileti gönderilmesi amacıyla alıcının açık irade beyanını içerecek şekilde alınan onaylar geçerlidir.

(2) Kanunun yürürlük tarihinden önce, hizmet sağlayıcı ve alıcı arasında doğrudan mal veya hizmet teminine yönelik işlemler sırasında alıcının elektronik iletişim adresini vermesi ile oluşturulan veri tabanlarının onaylı olduğu kabul edilir. Bu şekilde verildiği kabul edilen onay; acente, özel yetkili ya da bayi işletme için verilmiş ise sözleşmenin diğer tarafı için de verilmiş kabul edilir.

(3) İkinci fıkra kapsamında onay verdiği kabul edilen alıcıya, bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden sonra, reddetme hakkı da tanınarak gönderilen ilk ticari elektronik iletide, gönderene ait veri tabanında kayıtlı olduğuna dair bilgiye yer verilir.

(4) Kanunun yürürlük tarihinden önce, başkaları adına ticari elektronik ileti gönderilmesi amacıyla genel nitelikli onay alınmış ve bu onaya dayanılarak alıcıya ticari elektronik ileti gönderilmiş olması kaydıyla bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde ve bir defaya mahsus olmak üzere, adına ticari elektronik ileti gönderilenler tarafından onay alınması amacıyla alıcılara ticari elektronik ileti gönderilebilir. Bu iletide, genel onayın kim tarafından alındığı bilgisine de yer verilir. Onay talebine sessiz kalınması durumunda talep reddedilmiş sayılır.

(5) Bu maddede düzenlenen hususlara ilişkin ispat yükümlülüğü ticari elektronik iletiyi gönderene aittir.

Mevcut veri tabanlarının İYS'ye yüklenmesi

GEÇİCİ MADDE 2

(1) Bu Yönetmelik kapsamında alınan onaylar 1/6/2020 tarihine kadar hizmet sağlayıcılar tarafından İYS'ye aktarılır. Bu sürenin sonunda İYS tarafından alıcılara onayların İYS'ye yüklendiği ve 1/9/2020 tarihine kadar kontrol edilmediği takdirde bu onayların geçerli sayılacağı ile reddetme imkanının İYS üzerinden kullanılabileceği bilgisini içeren bir ileti gönderilir.

(2) Alıcılar, İYS'ye kaydedilen onayları 1/9/2020 tarihine kadar kontrol eder. Bu sürenin bitiminden sonra gönderilen ticari elektronik iletiler onaylı kabul edilir.

(3) Bakanlık bu tarihleri üç ay ertelemeye yetkilidir.

Yürürlük

MADDE 18

(1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 19

(1) Bu Yönetmelik hükümlerini Ticaret Bakanı yürütür.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 27.11.2014

Resmi Gazete Sayısı : 29188

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, mesafeli sözleşmelere ilişkin uygulama usul ve esaslarını düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, mesafeli sözleşmelere uygulanır.

(2) Bu Yönetmelik hükümleri;

a) Finansal hizmetler,

b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar,

c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı,

ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler,

d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı,

e) Konut kiralama,

f) Paket turlar,

g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi,

ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi,

h) 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki bilgi verme yükümlülüğü ile 18 inci ve 19 uncu maddelerde yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri,

ı) Malların montaj, bakım ve onarımı,

i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler

ile ilgili sözleşmelere uygulanmaz.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 48 inci ve 84 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Dijital içerik: Bilgisayar programı, uygulama, oyun, müzik, video ve metin gibi dijital şekilde sunulan her türlü veriyi,

b) Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu,

c) Kalıcı veri saklayıcısı: Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkan veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı,

ç) Kanun: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu,

d) Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları,

e) Mesafeli sözleşme: Satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeleri,

f) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

g) Satıcı: Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

ğ) Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

h) Uzaktan iletişim aracı: Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortamı,

ı) Yan sözleşme: Bir mesafeli sözleşme ile ilişkili olarak satıcı, sağlayıcı ya da üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusu mal ya da hizmete ilave olarak tüketiciye sağlanan mal veya hizmete ilişkin sözleşmeyi

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

Ön bilgilendirme

MADDE 5 – (1) Tüketici, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce, aşağıdaki hususların tamamını içerecek şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilmek zorundadır.

a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,

b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,

c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket edenin kimliği ve adresi,

ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,

d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibariyle önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi,

e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanamadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,

f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri,

g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,

ğ) Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,

h) 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,

ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,

i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,

j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,

k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

(2) Birinci fıkrada belirtilen bilgiler, mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır ve taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez.

(3) Satıcı veya sağlayıcı, birinci fıkranın (d) bendinde yer alan ek masraflara ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmezse, tüketici bunları karşılamakla yükümlü değildir.

(4) Birinci fıkranın (d) bendinde yer alan toplam fiyatın, belirsiz süreli sözleşmelerde veya belirli süreli abonelik sözleşmelerinde, her faturalama dönemi bazında toplam masrafları içermesi zorunludur.

(5) Açık artırma veya eksiltme yoluyla kurulan sözleşmelerde, birinci fıkranın (b), (c) ve (ç) bentlerinde yer alan bilgilerin yerine açık artırmayı yapan ile ilgili bilgilere yer verilebilir.

(6) Ön bilgilendirme yapıldığına ilişkin ispat yükü satıcı veya sağlayıcıya aittir.

Ön bilgilendirme yöntemi

MADDE 6 – (1) Tüketici, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüm hususlarda, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmek zorundadır.

(2) Mesafeli sözleşmenin internet yoluyla kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı;

a) 5 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilendirme yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla, aynı fıkranın (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan bilgileri bir bütün olarak, tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce açık bir şekilde ayrıca göstermek,

b) Herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğini, en geç tüketici siparişini vermeden önce, açık ve anlaşılabilir bir şekilde belirtmek

zorundadır.

(3) Mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda, tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirmek ve 5 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak göndermek zorundadır.

(4) Siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla mesafeli sözleşmenin kurulması halinde, satıcı veya sağlayıcı 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda, tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılabilir bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirmek ve 5 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar yazılı olarak göndermek zorundadır.

(5) Üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen yöntemlerle kurulan ve anında ifa edilen hizmet satışlarına ilişkin sözleşmelerde tüketicinin, sipariş vermeden hemen önce söz konusu ortamda 5 inci maddenin birinci fıkrasının sadece (a), (b), (d) ve (h) bentlerinde yer alan hususlarda açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi yeterlidir.

Ön bilgilerin teyidi

MADDE 7 – (1) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin 6 ncı maddede belirtilen yöntemlerle ön bilgileri edindiğini kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit etmesini sağlamak zorundadır. Aksi halde sözleşme kurulmamış sayılır.

Ön bilgilendirmeye ilişkin diğer yükümlülükler

MADDE 8 – (1) Satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici siparişi ile bağlı değildir.

(2) Tüketicinin mesafeli sözleşme kurulması amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından telefonla aranması durumunda, her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcı kimliğini, eğer bir başkası adına veya hesabına arıyorsa bu kişinin kimliğini ve görüşmenin ticari amacını açıklamalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Cayma Hakkının Kullanımı ve Tarafların Yükümlülükleri

Cayma hakkı

MADDE 9 – (1) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.

(2) Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir.

(3) Cayma hakkı süresinin belirlenmesinde;

a) Tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son malı teslim aldığı gün,

b) Birden fazla parçadan oluşan mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,

c) Belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün

esas alınır.

(4) Malın satıcı tarafından taşıyıcıya teslimi, tüketiciye yapılan teslim olarak kabul edilmez.

(5) Mal teslimi ile hizmet ifasının birlikte yapıldığı sözleşmelerde, mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanır.

Eksik bilgilendirme

MADDE 10 – (1) Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Bu süre her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.

(2) Cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmenin bir yıllık süre içinde yapılması halinde, on dört günlük cayma hakkı süresi, bu bilgilendirmenin gereği gibi yapıldığı günden itibaren işlemeye başlar.

Cayma hakkının kullanımı

MADDE 11 – (1) Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin cayma hakkı süresi dolmadan, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmesi yeterlidir.

(2) Cayma hakkının kullanılmasında tüketici, EK'te yer alan formu kullanabileceği gibi cayma kararını bildiren açık bir beyanda da bulunabilir. Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin bu formu doldurabilmesi veya cayma beyanını gönderebilmesi için internet sitesi üzerinden seçenek de sunabilir. İnternet sitesi üzerinden tüketicilere cayma hakkı sunulması durumunda satıcı veya sağlayıcı, tüketicilerin iletmiş olduğu cayma taleplerinin kendilerine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini tüketiciye derhal iletmek zorundadır.

(3) Sesli iletişim yoluyla yapılan satışlarda, satıcı veya sağlayıcı, EK'te yer alan formu en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar tüketiciye göndermek zorundadır. Tüketici bu tür satışlarda da cayma hakkını kullanmak için bu formu kullanabileceği gibi, ikinci fıkradaki yöntemleri de kullanabilir.

(4) Bu maddede geçen cayma hakkının kullanımına ilişkin ispat yükümlülüğü tüketiciye aittir.

Satıcı veya sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 12 – (1) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde, varsa malın tüketiciye teslim masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür.

(2) Satıcı veya sağlayıcı, birinci fıkrada belirtilen tüm geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapmak zorundadır.

(3) Cayma hakkının kullanımında, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında, satıcının iade için belirttiği taşıyıcı aracılığıyla malın geri gönderilmesi halinde, tüketici iadeye ilişkin masraflardan sorumlu tutulamaz. Satıcının ön bilgilendirmede iade için herhangi bir taşıyıcıyı belirtmediği durumda ise, tüketiciden iade masrafına ilişkin herhangi bir bedel talep edilemez. İade için ön bilgilendirmede belirtilen taşıyıcının, tüketicinin bulunduğu yerde şubesinin olmaması durumunda satıcı, ilave hiçbir masraf talep etmeksizin iade edilmek istenen malın tüketiciden alınmasını sağlamakla yükümlüdür.

Tüketicinin yükümlülükleri

MADDE 13 – (1) Satıcı veya sağlayıcı malı kendisinin geri alacağına dair bir teklifte bulunmadıkça, tüketici cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimi yönelttiği tarihten itibaren on gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya ya da yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorundadır.

(2) Tüketici, cayma süresi içinde malı, işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.

Cayma hakkının kullanımının yan sözleşmelere etkisi

MADDE 14 – (1) Kanunun 30 uncu maddesi hükümleri saklı kalmak koşuluyla, tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda yan sözleşmeler de kendiliğinden sona erer. Bu durumda tüketici, 13 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen haller dışında herhangi bir masraf, tazminat veya cezai şart ödemekle yükümlü değildir.

(2) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığını yan sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye derhal bildirmelidir.

Cayma hakkının istisnaları

MADDE 15 – (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tüketici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanamaz:

a) Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

b) Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler.

c) Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler.

ç) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler.

d) Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler.

e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.

f) Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler.

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmeler.

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Diğer Hükümler

Sözleşmenin ifası ve teslimat

MADDE 16 – (1) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren taahhüt ettiği süre içinde edimini yerine getirmek zorundadır. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez.

(2) Satıcı veya sağlayıcının birinci fıkrada yer alan yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, tüketici sözleşmeyi feshedebilir.

(3) Sözleşmenin feshi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri fesih bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci maddesine göre belirlenen kanuni faiziyle birlikte geri ödemek ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri iade etmek zorundadır.

(4) Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur. Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması olarak kabul edilmez.

Zarardan sorumluluk

MADDE 17 – (1) Satıcı, malın tüketici ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasarlardan sorumludur.

(2) Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir.

Telefon kullanım ücreti

MADDE 18 – (1) Kurulmuş olan sözleşmeye ilişkin olarak tüketicilerin iletişime geçebilmesi için satıcı veya sağlayıcı tarafından bir telefon hattı tahsis edilmesi durumunda, bu hat ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcı olağan ücret tarifesinden daha yüksek bir tarife seçemez.

İlave ödemeler

MADDE 19 – (1) Sözleşme kurulmadan önce, sözleşme yükümlülüğünden kaynaklanan ve üzerinde anlaşılmış esas bedel dışında herhangi bir ilave bedel talep edilebilmesi için tüketicinin açık onayının ayrıca alınması zorunludur.

(2) Tüketicinin açık onayı alınmadan ilave ödeme yükümlülüğü doğuran seçeneklerin kendiliğinden seçili olarak sunulmuş olmasından dolayı tüketici bir ödemede bulunmuş ise, satıcı veya sağlayıcı bu ödemelerin iadesini derhal yapmak zorundadır.

Bilgilerin saklanması ve ispat yükümlülüğü

MADDE 20 − (1) Satıcı veya sağlayıcı, bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen cayma hakkı, bilgilendirme, teslimat ve diğer hususlardaki yükümlülüklerine dair her bir işleme ilişkin bilgi ve belgeyi üç yıl boyunca saklamak zorundadır.

(2) Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. (Ek cümle:RG-9/2/2019-30681) Ancak abonelik sözleşmesinin kamu hizmetlerinin tek noktadan sunulduğu ortak kamu elektronik platformu üzerinden kurulması halinde, kayıtların tutulması ve bilgilerin sunulmasına ilişkin yükümlülük satıcı veya sağlayıcıya aittir.

(3) Satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayrimaddi malların veya ifa edilen hizmetlerin ayıpsız olduğunu ispatla yükümlüdür.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Yürürlükten kaldırılan yönetmelik

MADDE 21 – (1) 6/3/2011 tarihli ve 27866 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük

MADDE 22 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 23 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Gümrük ve Ticaret Bakanı yürütür.

Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği

Resmi Gazete Tarihi: 31.01.2015

Resmi Gazete Sayısı : 29253

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerin uygulama usul ve esaslarını düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeleri kapsar.

(2) Bir finansal hizmetin sunulmasına ilişkin sözleşmenin, hizmet tedarikine ilişkin ilk anlaşma ile buna bağlı ardışık işlemleri veya zaman içinde gerçekleşen aynı nitelikteki farklı işlemleri kapsaması halinde, bu Yönetmelik hükümleri sadece ilk anlaşmaya uygulanır.

(3) Taraflar arasında hizmet tedarikine ilişkin ilk anlaşmanın olmadığı ancak ardışık işlemlerin veya zaman içinde aynı nitelikteki farklı işlemlerin gerçekleştiği durumlarda 5 inci madde sadece ilk işleme uygulanır. Bir yıldan daha uzun süre aynı türden işlemlerin gerçekleştirilmemesi halinde ise sonraki ilk işlem, bunu takip edecek yeni işlemlerin ilki sayılır ve 5 inci madde ilk işleme uygulanır.

(4) İlgili mevzuatında yer alan ön bilgilendirmeye, sözleşmenin şekli ile zorunlu içeriğine ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla mesafeli olarak kurulan tüketici kredisi sözleşmelerine; 5 inci madde, 6 ncı maddenin birinci fıkrası, 7 nci maddenin birinci fıkrası ve 14 üncü madde uygulanmaz.

(5) Bankacılık, kredi, sigorta, bireysel emeklilik ve yatırım hizmetleri ile ilgili olanlar dışındaki ödemeler ile konut finansmanı sözleşmelerine bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 49 ve 84 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında;

a) Finansal hizmet: Her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri,

b) Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme: Finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak kurulmuş bir sistem çerçevesinde sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeleri,

c) Kalıcı veri saklayıcısı: Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı,

ç) Kanun: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu,

d) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

e) Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

f) Uzaktan iletişim aracı: Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet, ATM gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortamı,

g) Yan sözleşme: Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme ile ilişkili olarak; satıcı, sağlayıcı ya da üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusu mal ya da hizmete ilave olarak tüketiciye sağlanan mal veya hizmete ilişkin sözleşmeyi,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü

Ön bilgilendirme

MADDE 5 – (1) Sağlayıcının, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini açıklamadan önce kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak aşağıdaki hususlarda tüketiciyi bilgilendirmesi zorunludur:

a) Sağlayıcının ve varsa temsilcisinin esas faaliyet konusu, MERSİS numarası, açık adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri.

b) Finansal hizmetin tüketiciye sağlanmasında sağlayıcı ile tüketici arasında bir aracı varsa bu aracının adı, unvanı, açık adresi ve hangi nitelikle işlem yapabilme yetkisine sahip olduğu.

c) Finansal hizmetin temel nitelikleri.

ç) Finansal hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla fiyatı önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa ifaya ilişkin masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceğine ilişkin bilgiler.

d) Doğası gereği ya da gerçekleştirilecek işlemlere bağlı olarak özel bazı riskler taşıyan veya fiyatları sağlayıcının kontrolü dışında finansal piyasadaki dalgalanmalara göre değişen veya geçmiş verileri gelecekte oluşacak değerler için bir gösterge oluşturmayan finansal araçların finansal hizmetlerde kullanılması halinde, bu araçlara ilişkin bilgiler.

e) Varsa tüketici tarafından ödenmesi gereken diğer vergi ve ücretlere ilişkin bilgiler.

f) Sunulan bilgilerin belirli bir süre geçerli olması halinde, bu süreye ilişkin bilgiler.

g) Ödeme ve ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler.

ğ) Uzaktan iletişim aracının kullanılmasına ilişkin bazı ek masrafların tüketici tarafından karşılanacak olması halinde, bu masraflara ilişkin bilgiler.

h) Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü, varsa tüketicinin 11 inci maddeye göre ödemekle yükümlü olacağı meblağın hesaplanma yöntemi.

ı) Cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri.

i) 13 üncü madde uyarınca cayma hakkının kullanılamadığı durumlarda; tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgiler.

j) Sürekli veya düzenli aralıklarla tekrarlanan bir finansal hizmet ediminin söz konusu olması halinde, sözleşmenin asgari süresi.

k) Tarafların, haklı sebeplerin varlığı halinde, sözleşmeyi tek taraflı feshedebileceklerine ilişkin sözleşme şartları ve bu durumda varsa ödenmesi gereken cezai şartlar hakkında bilgiler.

Ön bilgilendirme yöntemi

MADDE 6 – (1) Tüketicinin; finansal hizmetlerin sunulmasına ilişkin bir mesafeli sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini açıklamadan önce, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüm hususlarda, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, açık, sade, anlaşılabilir ve okunabilir bir şekilde sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmesi zorunludur.

(2) Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin sesli iletişim araçları vasıtasıyla veya sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması halinde, 5 inci maddenin birinci fıkrasının sadece (c), (ç), (h) ve (i) bentlerinde yer alan bilgilerin bu ortamda verilmesi yeterlidir. Ancak tüketici kredisi sözleşmelerinin bu araç veya ortamlar yoluyla mesafeli olarak kurulması halinde, ilgili mevzuatında yer alan ön bilgilerin tamamının, sözleşme kurulmadan makul bir süre önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunludur.

(3) Ön bilgilendirmenin kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak ticari amaçla yapıldığının anlaşılır olması gerekir. Sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde, sağlayıcı ya da temsilcisi, sağlayıcının ve sesli iletişimde bulunan kişinin kimliğini, bu kişinin sağlayıcıyla olan bağlantısına ilişkin bilgiyi ve görüşme talebinin sebebini her görüşme başında belirtmek zorundadır.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme

MADDE 7 – (1) Sağlayıcı, 5 inci maddede yer alan bilgilerin yanı sıra aşağıda belirtilen hususları da içeren bir sözleşme düzenlemek ve bu sözleşmenin bütün şartlarını kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye iletmek zorundadır:

a) Tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, varsa elektronik posta adresi, telefon numarası ve diğer iletişim bilgileri.

b) Tüketicilerin şikâyet ve itirazları konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi.

c) Varsa garanti fonu ya da diğer tazminat düzenlemelerine ilişkin bilgi.

ç) Varsa tüketicilerin başvurabileceği diğer çözüm yollarına ilişkin bilgi.

d) Varsa ödeme planına ilişkin bilgi.

(2) Birinci fıkrada yer alan yükümlülük, tüketicinin sözleşmeyi kuran iradesini yöneltmesinden önce veya tüketicinin talebi üzerine yazılı bilgilendirmeye elverişli olmayan bir uzaktan iletişim aracı kullanılarak sözleşmenin kurulması hâlinde ise sözleşmenin kurulmasından hemen sonra yerine getirilir.

(3) Tüketici, sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre içinde herhangi bir ücret ödemeksizin sözleşmenin kâğıt üzerinde yazılı bir örneğini talep edebilir. Ayrıca tüketici, finansal hizmetin niteliğiyle bağdaşması hâlinde, kullanılan uzaktan iletişim aracını değiştirme hakkına sahiptir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Cayma Hakkının Kullanımı ve Tarafların Yükümlülükleri

Cayma hakkı

MADDE 8 – (1) Tüketici, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerden on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkına sahiptir. Sigorta ve bireysel emekliliğe ilişkin sözleşmelerde ise cayma süresi hakkında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler uygulanır.

(2) Cayma hakkı süresi, sözleşmenin kurulduğu tarihte başlar. Ancak sözleşmenin bütün şartlarının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verildiği tarihin sözleşmenin kurulduğu tarihten daha sonra olması durumunda, cayma hakkı süresi, tüketicinin sözleşmenin bütün şartlarını edindiği tarihten itibaren başlar.

(3) Sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür.

Cayma hakkının kullanımı

MADDE 9 – (1) Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin cayma hakkı süresi içinde, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir.

(2) Cayma hakkının kullanılmasında tüketici, Ek'te yer alan formu kullanabileceği gibi cayma kararını bildiren açık bir beyanda da bulunabilir. Sağlayıcı, tüketicinin bu formu doldurabilmesi veya cayma beyanını gönderebilmesi için internet sitesi üzerinden seçenek de sunabilir. İnternet sitesi üzerinden tüketiciye cayma hakkı sunulması durumunda sağlayıcı, tüketicilerin cayma taleplerinin kendisine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini, tüketiciye derhal iletmek zorundadır.

Sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 10 – (1) Sağlayıcı, cayma hakkının kullanıldığına ilişkin bildirimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içinde, 11 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen masraf ve bedeller hariç tüm ödemeleri tüketiciye iade etmekle yükümlüdür. Sigorta ve bireysel emekliliğe ilişkin sözleşmelerde ise iade süresi hakkında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler uygulanır.

(2) Sağlayıcı, birinci fıkrada belirtilen tüm geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapmak zorundadır.

(3) Tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanı kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilir. Sağlayıcı, cayma hakkının iletilmesi ile fiziki veya elektronik ortamda yapılacak tespit veya kayıtlar için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Tüketicinin yükümlülükleri

MADDE 11 – (1) Tüketici, cayma bildirimini yönelttiği tarihten itibaren en geç otuz gün içinde sözleşme ve yan sözleşme uyarınca ifa edilen hizmet bedelleri ile varsa bir kamu kurum veya kuruluşuna ya da üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar ile mevzuat gereği ödenmesi zorunlu olan bedelleri sağlayıcıya iade etmekle yükümlüdür. Bu süre içinde tüketicinin gerekli iade ve ödemeleri yapmaması halinde sözleşmeden caymadığı kabul edilir. Ödenmesi gereken bedel sözleşmede öngörülen hizmetin toplam bedeli ile karşılaştırıldığında, hizmetin ifa edilen payına düşen miktarını aşamaz ve herhangi bir şekilde cezai şart olarak yorumlanamaz. Bu fıkranın uygulanmasında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler saklıdır.

(2) Tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda sağlayıcı, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (h) bendinde yer alan meblağın hesaplanma yöntemi hakkında tüketiciyi bilgilendirdiğini ispatlayamadığı takdirde, birinci fıkrada belirtilen bedelleri talep edemez.

Cayma hakkının kullanımının yan sözleşmelere etkisi

MADDE 12 – (1) Tüketicinin cayma hakkını kullanması halinde, varsa yan sözleşme de, herhangi bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaksızın sona erer.

(2) Sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığını yan sözleşmenin tarafı olan üçüncü kişiye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile derhal bildirir.

Cayma hakkının istisnaları

MADDE 13 – (1) Tüketici, aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanamaz:

a) Aşağıda sayılan hususlar başta olmak üzere, bedeli finansal piyasadaki dalgalanmalara bağlı olarak sağlayıcının kontrolü dışında değişen ve bu değişimin cayma hakkı süresi içinde gerçekleşebildiği finansal hizmetlere ilişkin sözleşmeler:

1) Döviz işlemleri.

2) Para piyasası araçları.

3) Devredilebilir menkul kıymetler.

4) Yatırım ortaklığı payları.

5) Finansal varlıklara dayalı vadeli işlem sözleşmeleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar.

6) Vadeli faiz oranı anlaşmaları.

7) Faiz, döviz ve hisse senedi swapları.

8) Opsiyon işlemleri ve eşdeğer nakdi uzlaşmaya dayalı finansal araçlar.

b) Diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler saklı kalmak kaydıyla, geçerlilik süresi bir aydan az olan seyahat, bagaj sigortası poliçeleri veya benzeri kısa süreli sigorta poliçelerine ilişkin sözleşmeler.

c) Tüketicinin cayma hakkını kullanmasından önce, onun açık onayı üzerine taraflarca tamamen ifa edilmiş olan sözleşmeler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Sözleşmenin sona erdirilme yöntemi

MADDE 14 – (1) Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesine yönelik talebini herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla sağlayıcıya veya varsa aracıya iletmesi yeterlidir.

(2) Tüketici, sözleşmeyi sona erdirmek için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem kullanmak zorunda bırakılamaz.

İspat yükümlülüğü ve bilgilerin saklanması

MADDE 15 – (1) Tüketicinin bu Yönetmelikte yer alan hükümler çerçevesinde bilgilendirildiğine ilişkin ispat yükü sağlayıcıya aittir.

(2) Sağlayıcının; cayma hakkı, bilgilendirme ve diğer hususlardaki yükümlülüklerine ilişkin bilgi ve belgeleri üç yıl boyunca saklaması zorunludur.

(3) Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle sağlayıcı adına finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür.

Telefon kullanım ücreti

MADDE 16 – (1) Kurulmuş olan sözleşmeye ilişkin olarak tüketicilerin sağlayıcı ile iletişime geçebilmesi amacıyla, sağlayıcı tarafından bir telefon hattı tahsis edilmesi durumunda, bu hat ile ilgili olarak sağlayıcı, olağan ücret tarifesinden daha yüksek bir tarife seçemez.

Yürürlük

MADDE 17 – (1) Bu Yönetmelik yayımı tarihinden itibaren üç ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 18 – (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Gümrük ve Ticaret Bakanı yürütür.

Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

Resmi Gazete Tarihi: 06.01.2005

Resmi Gazete Sayısı : 25692

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Amaç

MADDE 1

Bu Yönetmeliğin amacı; elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2

Bu Yönetmelik; bildirim ve sertifikasyon süreçlerine, güvenli elektronik imza oluşturma ve doğrulama verileri ile araçlarına, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, Kurum, nitelikli elektronik sertifika sahibi ve üçüncü kişilerin yükümlülüklerine, denetime, faaliyetin sona erme hallerine, zaman damgasına, yabancı elektronik sertifikalara, güvenliğe, teknik ve mali hususlara ilişkin usul ve esasları kapsar.

Dayanak

MADDE 3

Bu Yönetmelik 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununa dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4

Bu Yönetmelikte geçen;

Kanun: 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununu,

Kurul: Telekomünikasyon Kurulunu,

Kurum:Telekomünikasyon Kurumunu,

ESHS: Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısını,

Arşiv: Bu Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ve ESHS'nin saklamakla yükümlü olduğu bilgi, belge ve elektronik verileri,

Bildirim Şartları: Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şartları,

Denetim: ESHS'nin her türlü faaliyet ve işleyişinin ilgili mevzuat hükümlerine uygunluğunun incelenerek; muhtemel hata, noksanlık, usulsüzlük ve/veya suistimallerin tespit edilmesi ve ilgili mevzuatta öngörülen yaptırımların uygulanması amacıyla yapılan çalışmalar bütününü,

Dizin: Geçerli sertifikaları içinde bulunduran elektronik depoyu,

Erişim Verisi: Güvenli elektronik imza oluşturma araçlarına erişim için kullanılan parola, biyometrik değer gibi verileri,

İnceleme: Kuruma yapılan bildirimin gerekli şartları sağlayıp sağlamadığını tespit etmek amacıyla yapılan çalışmalar bütününü,

İptal Durum Kaydı: Kullanım süresi dolmamış sertifikaların iptal bilgisinin yer aldığı, iptal zamanının tam olarak tespit edilmesine imkan veren ve üçüncü kişilerin hızlı ve güvenli bir biçimde ulaşabileceği kaydı,

Kurumsal Başvuru: Bir tüzel kişiliğin çalışanları veya müşterileri veya üyeleri veya hissedarları adına yaptığı nitelikli elektronik sertifika başvurusunu,

Nitelikli Elektronik Sertifika: Kanunun 9 uncu maddesinde sayılan nitelikleri haiz elektronik sertifikayı,

Özetleme Algoritması: İmzalanacak elektronik verilerin sabit uzunlukta bir özetinin çıkarılmasında kullanılan algoritmayı,

Sertifika Özet Değeri: Sertifikanın, özetleme algoritması ile elde edilen çıktısını,

Sertifika İlkeleri: ESHS'nin işleyişi ile ilgili genel kuralları içeren belgeyi,

Sertifika Uygulama Esasları: Sertifika ilkelerinde yer alan hususların nasıl uygulanacağını detaylı olarak anlatan belgeyi,

Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası: ESHS'nin, Kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu doğacak zararların karşılanması amacıyla yaptırmakla yükümlü olduğu sigortayı,

Zaman Damgası İlkeleri: Zaman damgası ve hizmetleri ile ilgili genel kuralları içeren belgeyi,

Zaman Damgası Uygulama Esasları: Zaman damgası ilkelerinde yer alan hususların nasıl uygulanacağını detaylı olarak anlatan belgeyi,

ifade eder.

Bu Yönetmelikte yer almayan tanımlar için Kanunda yer alan tanımlar geçerlidir.

İlkeler

MADDE 5

Bu Yönetmeliğin uygulanmasında aşağıdaki temel ilkeler göz önüne alınır;

a) Objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niceliksel ve niteliksel devamlılık, güvenilirlik, ayrımcı olmama, düzenlilik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların etkin kullanılması,

b) Tüketici haklarının korunması,

c) Hizmet kalitesinin sağlanması,

d) Etkin ve sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanması ve devamına yönelik uygulamaların teşvik edilmesi,

e) Uluslararası standartların dikkate alınması,

f) Elektronik imza kullanımının yaygınlaşması için yeni yatırımların ve uygulamaların özendirilmesi,

g) Elektronik sertifika sahibinin, talep ettiği hizmet ya da ürünler dışında herhangi bir hizmeti ya da ürünü satın almak zorunda bırakılmaması,

h) Bir hizmetin ya da ürünün diğer bir hizmetin ya da ürünün ücreti yoluyla desteklenmesinden veya karşılanmasından kaçınılması.

İKİNCİ BÖLÜM

Bildirim Süreci

Bildirimin yapılması

MADDE 6

Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri, ESHS olma talebini içeren dilekçeyi ve Ek-1'de yer alan bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak Kuruma ibraz etmek suretiyle bildirimde bulunur. ESHS yapmış olduğu bildirimde, bildirim şartlarını sağladığını ayrıntılı bir biçimde gösterir.

Bildirimin incelenmesi ve sonuçları

MADDE 7

Kurum, yapılan bildirimi derhal incelemeye alır ve incelemeyi iki (2) ay içinde sonuçlandırır. Bildirim şartlarını eksiksiz olarak yerine getiren ESHS, bildirim yaptığı tarihten iki (2) ay sonra faaliyete geçer.

Kurum, inceleme sonucunda bildirim şartlarından bir veya birkaçının eksikliğini veya yerine getirilmediğini tespit ederse, bu eksikliklerin giderilmesi için ESHS'ye bir (1) ayı geçmemek üzere bir süre verir. ESHS bu sürenin sonuna kadar faaliyette bulunamaz. ESHS, Kurum tarafından verilen süre içinde bildirim şartlarındaki eksiklikleri giderdiğini ispatlayan bilgi ve belgeleri Kuruma sunar. Bu şartları sağladığı Kurum tarafından tespit edilen ESHS, bildirim yaptığı tarihten itibaren iki (2) aylık sürenin tamamlanmış olması halinde faaliyete geçer. Kurum, vermiş olduğu sürenin sonuna kadar bildirim şartlarındaki eksiklikleri gidermeyen ESHS'nin ESHS olma vasfını kaybettiğine karar verir.

Bildirimdeki değişiklikler

MADDE 8

ESHS, faaliyete geçtikten sonra, yapmış olduğu bildirimde herhangi bir değişiklik meydana gelmesi halinde, bu değişiklikleri yedi (7) gün içinde Kuruma bildirir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Sertifikasyon Süreci

Nitelikli elektronik sertifika başvurusu

MADDE 9

ESHS, nitelikli elektronik sertifika vereceği kişilerin kimliğini; nüfus cüzdanı, pasaport, sürücü belgesi gibi fotoğraflı ve geçerli resmi belgelere göre tespit eder. Nitelikli elektronik sertifika verilecek kişi kimlik tespiti esnasında bizzat hazır bulunur.

ESHS, nitelikli elektronik sertifika verilecek kişinin kimliğinin birinci fıkra hükümlerine göre önceden tespit edilmiş olduğu hallerde veya kurumsal başvurularda kimlik tespiti için bizzat hazır bulunma şartını aramayabilir. Kurumsal başvuru sahibi, adına başvuruda bulunduğu kişilerin nitelikli elektronik sertifika taleplerini yazılı olarak belgelendirir. Nitelikli elektronik sertifika başvurusu sırasında sertifika verilecek kişiye ait kimliğin doğru ve güvenilir biçimde tespit edilmesinden ESHS sorumludur.

ESHS, nitelikli elektronik sertifika sahibinin diğer bir kişi adına hareket edebilme yetkisinin, mesleki veya diğer kişisel bilgilerinin sertifikada yer alması durumunda, bu bilgileri resmi belgelere dayanarak eksiksiz, doğru ve güvenilir biçimde tespit eder; sertifika verilecek kişiden, sertifika vermek için gerekli olan bilgiler hariç bilgi talep edemez. ESHS, bu bilgileri nitelikli elektronik sertifika sahibinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletemez ve başka amaçlarla kullanamaz.

Nitelikli elektronik sertifikanın oluşturulması

MADDE 10

ESHS, nitelikli elektronik sertifika başvurusundan sonra sertifikayı oluşturur ve sertifika sahibine teslim eder. Nitelikli elektronik sertifikanın geçerlilik süresi sözleşme ve/veya taahhütnameler ile belirlenir.

Nitelikli elektronik sertifikanın yayımlanması

MADDE 11

ESHS, sertifika sahibinin onayını almak kaydıyla nitelikli elektronik sertifikayı kamuya açık bir dizinde yayımlar. ESHS, dizin hizmetinin kesintisiz olarak verilmesini sağlar.

Nitelikli elektronik sertifikanın yenilenmesi

MADDE 12

Nitelikli elektronik sertifika, geçerlilik süresinin sona ermesinden önce sertifika sahibinin veya sertifika sahibinin onayını almak koşuluyla kurumsal başvuru sahibinin talebi doğrultusunda ESHS tarafından yenilenebilir. ESHS nitelikli elektronik sertifikayı, sertifika sahibine ait bilgilerin geçerliliğini doğrulayarak yeniler.

Nitelikli elektronik sertifikanın iptal edilmesi

MADDE 13

Nitelikli elektronik sertifikanın iptaline ilişkin talepler; ESHS, sertifika sahibi ve sözleşme ile belirlenen kişiler tarafından yapılabilir. ESHS; bu duruma ilişkin taleplerin yapılabilmesini, asgari olarak telefonla ve kesintisiz sağlar. ESHS nitelikli elektronik sertifika sahibini söz konusu durum hakkında bilgilendirir. Kurumsal başvurularda başvuru sahibi de bilgilendirilir.

İptal talebinin alınmasından sonra nitelikli elektronik sertifika derhal iptal edilir. İptal edilen nitelikli elektronik sertifika, geçerlilik süresi sonuna kadar iptal durum kayıtlarında yer alır. ESHS, nitelikli elektronik sertifikalara ilişkin iptal durum kaydını herhangi bir kimlik

doğrulamasına gerek olmaksızın ücretsiz ve kesintisiz olarak kamu erişimine açık tutar. Kayıtların bir sonraki güncelleme zamanı söz konusu kayıtlarda açıkça gösterilir. ESHS, nitelikli elektronik sertifikayı geçmişe yönelik olarak iptal edemez.

ESHS'nin imza oluşturma verisinin çalınması, kaybolması, gizliliğinin veya güvenilirliğinin ortadan kalkması ya da sertifika ilkelerinin değişmesi gibi sertifika sahibinin kusurunun bulunmadığı durumların sonucunda nitelikli elektronik sertifikaların ESHS tarafından iptal edilmesi ve yenilenmesi halinde, yenileme işlemleri için hiçbir ücret talep edilemez.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Yükümlülükler

ESHS'nin yükümlülükleri

MADDE 14

ESHS; nitelikli elektronik sertifika verilecek kişiyi nitelikli elektronik sertifika vermeden önce asgari olarak;

a) Kanunda öngörülen sınırlamalar saklı kalmak üzere, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğuna,

b) İmza oluşturma verisini ve aracını başkasına kullandırmamasına,

c) Nitelikli elektronik sertifikanın kullanımı ile ilgili usul ve sınırlamaların kapsamına,

d) Nitelikli elektronik sertifikanın iptal durumuna,

e) Nitelikli elektronik sertifika sahibi ile arasında çıkacak uyuşmazlıklarda başvurulabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına,

f) Sözleşmenin ve/veya taahhütnamelerin hüküm ve şartlarında meydana gelecek değişikliklere,

ilişkin yazılı olarak bilgilendirir.

ESHS;

a) Geçerlilik süresi sona eren nitelikli elektronik sertifikaları,

b) Nitelikli elektronik sertifika başvurusunda talep edilen bilgi, belge ve elektronik verileri,

c) Sertifika ilkelerini ve sertifika uygulama esaslarını,

d) Zaman damgası ilkelerini ve zaman damgası uygulama esaslarını,

e) Geçerlilik süresinin sona ermesinden itibaren kendi sertifikasını,

f) Nitelikli elektronik sertifika yönetimine ilişkin tüm işlemlere, bu işlemlerin yapıldığı zamana ve işlemleri yapan kişiye veya kişilere ait bilgileri içeren kaydı,

en az yirmi (20) yıl süreyle saklar.

ESHS;

a) Sertifika uygulama esaslarının sertifika sahibini veya üçüncü kişileri ilgilendiren bölümlerini ve sertifika ilkelerini internet sayfasında yayımlamakla,

b) Nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imza ile ilgili hizmetlere ait ücretleri, bunları uygulamaya koyduktan sonra en geç onbeş (15) gün içinde Kuruma bildirmekle,

c) Sertifika mali sorumluluk sigortası yaptırmakla,

d) Nitelikli elektronik sertifika sahibine imza oluşturma aracı vermesi durumunda, bu aracın güvenli imza oluşturma aracı olmasını sağlamakla,

yükümlüdür.

Nitelikli elektronik sertifika sahibinin yükümlülükleri

MADDE 15

Nitelikli elektronik sertifika sahibi;

a) Nitelikli elektronik sertifika almak için gerekli tüm bilgi ve belgeleri eksiksiz ve doğru olarak sağlamakla,

b) ESHS'ye vermiş olduğu bilgilerde değişiklik meydana gelmesi halinde ESHS'yi derhal bilgilendirmekle,

c) İmza oluşturma verisini kendisi üretmesi durumunda Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ ile belirlenen algoritmaları ve parametreleri kullanmakla,

d) İmza oluşturma ve doğrulama verilerini sadece elektronik imza oluşturma ve doğrulama amaçlı olarak ve nitelikli elektronik sertifikanın içerdiği kullanıma ve maddi kapsama ilişkin sınırlamalar dahilinde kullanmakla,

e) İmza oluşturma verisini başkalarına kullandırmamakla ve bu konuda gerekli tedbirleri almakla,

f) İmza oluşturma verisinin gizliliğinden veya güvenliğinden şüphe etmesi durumunda ESHS'yi derhal bilgilendirmekle,

g) Güvenli elektronik imza oluşturma aracını kullanmakla,

h) İmza oluşturma ve doğrulama verilerinin ESHS'ye ait olmayan yerlerde ve araçlarla üretilmesi durumunda gerekli güvenliği sağlamakla,

i) İmza oluşturma aracının veya erişim verisinin kaybolması, çalınması, güvenilirliğinden şüphe edilmesi durumunda ESHS'yi derhal bilgilendirmekle,

yükümlüdür.

Üçüncü kişilerin yükümlülükleri

MADDE 16

Üçüncü kişiler;

a) Sertifikanın "nitelikli elektronik sertifika" olup olmadığını kontrol etmekle,

b) Nitelikli elektronik sertifikanın iptal ve geçerlilik durumunu kontrol etmekle veya güvenli elektronik imza doğrulama aracı kullanmakla,

c) Nitelikli elektronik sertifikanın kullanımına yönelik herhangi bir kısıtlamanın olup olmadığını kontrol etmekle,

yükümlüdür.

Kurumun yükümlülükleri

MADDE 17

Kurum, ESHS'lerin bildirim sürecine ve faaliyet durumuna ilişkin bilgileri internet sayfasında yayımlar.

Kurum, elektronik imzaya ilişkin yaptığı çalışmalarla ve sektörün durumuyla ilgili yıllık durum raporu hazırlar ve internet sayfasında yayımlar.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Teknik Hususlar ve Güvenlik

İmza oluşturma ve doğrulama verileri

MADDE 18

ESHS, kendi imza oluşturma ve doğrulama verileri ile sertifikasını Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde oluşturur ve imza oluşturma verisini hiçbir şekilde bu sınırların dışına çıkaramaz.

ESHS'ye ait imza oluşturma ve doğrulama verilerinin geçerlilik süresi on (10) yılı aşamaz.

ESHS, faaliyete geçmesini müteakip yedi (7) gün içinde; sertifikasının sertifika özet değerini ve özetleme algoritmasını kendi internet sayfasında yayımlar, ulusal yayın yapan en yüksek tirajlı üç (3) gazetede ilan vermek suretiyle kamuoyuna duyurur ve gazete ilanlarının bir örneğini Kuruma iletir.

Güvenlik kriterleri

MADDE 19

ESHS özel hukuk tüzel kişisi ise, kurucu ortakları, tüzel kişiliği temsile yetkili yöneticileri ve istihdam ettiği veya ettirdiği personeli; gerçek kişi ise kendisi, temsile yetkili yöneticileri ve istihdam ettirdiği personeli taksirli suçlar hariç olmak üzere, affa uğramış olsalar bile ağır hapis veya altı (6) aydan fazla hapis yahut basit veya nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtekarlık, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, kara para aklama veya devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı ya da iştirak veya bilişim alanındaki suçlar nedeniyle hüküm giymemiş olmalıdır.

ESHS; bilgi güvenliği, elektronik imza teknolojileri ve veri tabanı yönetimi alanlarında yeteri kadar teknik personel istihdam eder veya ettirir. Teknik personel, konusunda yeterli mesleki deneyime sahip ya da ilgili alanlarda eğitim almış olmalıdır. ESHS organizasyon şemasında istihdam ettiği veya ettirdiği tüm personelinin görev tanımını ve dağılımını belirler.

ESHS; güvenli sistem ve cihazlar kullanır, bu sistem ve cihazlar ile bunların bulunduğu bina veya alanın korunmasını sağlar.

ALTINCI BÖLÜM

Mali Hususlar

Nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve ilgili hizmetlerin ücretleri

MADDE 20

Nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve ilgili hizmetlere ait ESHS'lerin uymakla yükümlü olduğu ücretlerin alt ve üst sınırlarının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından tespit edilir.

İdari ücret

MADDE 21

Kurum ESHS'den bir önceki yıla ait nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetlerin net satışlarının binde dördü (% 0,4) kadar idari ücret alır. ESHS, bu ücretin tespit edilebilmesini teminen sunmuş olduğu hizmetler ile bu hizmetlere ilişkin hesapları ayrıştırır. İdari ücretin tamamı Nisan ayının son iş gününe kadar Kuruma ödenir.

YEDİNCİ BÖLÜM

Denetim Usul ve Esasları

Denetim

MADDE 22

Denetimde uyulacak ilkeler

MADDE 23

Denetim görevlilerinin yetkileri

MADDE 24

Denetim görevlilerinin yükümlülükleri

MADDE 25

ESHS'nin denetime ilişkin yükümlülükleri

MADDE 26

Raporların sunulması

MADDE 27

Kurul kararı

MADDE 28

SEKİZİNCİ BÖLÜM

Faaliyetin Sona Ermesi

Kurum tarafından faaliyete son verilmesi

MADDE 29

Kurum, yaptığı denetim sonucunda, ESHS'nin faaliyetinin devamı sırasında bildirim şartlarından birini veya birkaçını kaybettiğini tespit etmesi halinde ESHS'ye bu eksikliğin giderilmesi için bir (1) aya kadar süre verir ve bu süre içinde ESHS'nin faaliyetini durdurur. Kurum, vermiş olduğu sürenin sonunda eksikliğin giderilmemesi veya Kanunun 18 inci maddesindeki suçların işlendiği

tarihten itibaren geriye doğru üç (3) yıl içinde üçüncü kez işlenmiş olması halinde ESHS'nin faaliyetine son verir.

Birinci fıkrada geçen faaliyete son verme hallerinden birinin gerçekleşmesi ile faaliyetine son verilen ESHS, faaliyete son verme kararının tebliği tarihinden itibaren onbeş (15) gün içinde faaliyette bulunan herhangi bir ESHS ile nitelikli elektronik sertifikaların devri konusunda anlaşabilir. Kurum, taraflar arasında anlaşma sağlanması durumunda, faaliyetine son verilen ESHS'nin oluşturduğu nitelikli elektronik sertifikaların anlaşma sağlanan ESHS'ye devredilmesine karar verir. Faaliyetine son verilen ESHS ile faaliyette bulunan herhangi bir ESHS arasında onbeş (15) gün içinde nitelikli elektronik sertifikaların devrine ilişkin anlaşma sağlanamaması durumunda Kurum, sertifikaların herhangi bir ESHS'ye devrine re'sen karar verir. Nitelikli elektronik sertifikaları devralan ESHS sertifika yenileme işlemlerini başlatır ve devir kararının tebliği tarihinden itibaren bir (1) ay içinde bu işlemleri tamamlar. Kurum, uygun görmesi halinde, bir (1) ayı geçmemek üzere ek süre verebilir.

ESHS, Kurumun faaliyete son verme kararının tebliğinden itibaren elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayamaz. Ancak, sertifika yenileme işlemleri tamamlanıncaya kadar iptal durum kaydı hizmetini devam ettirir.

Faaliyetine son verilen ESHS nitelikli elektronik sertifikaları devralan ESHS'ye kimlik doğrulamada kullanılan belgeleri, dizini, arşivi ve sertifika yenileme işlemlerinin tamamlanmasından sonra iptal durum kaydını devreder ve kendi imza oluşturma verisi ile yedeklerini imha eder.

Kurum, nitelikli elektronik sertifikaları re'sen devredebileceği herhangi bir ESHS'nin bulunmaması durumunda, faaliyetine son verdiği ESHS'nin oluşturduğu nitelikli elektronik sertifikaların iptal edilmesine karar verir. Faaliyetine son verilen ESHS son iptal durum kaydını oluşturduktan sonra kendi imza oluşturma verisi ile yedeklerini imha eder, geçerlilik süresi en geç sona eren nitelikli elektronik sertifikanın geçerlilik süresi sonuna kadar iptal durum kaydı hizmetini devam ettirir ve arşivi en az yirmi (20) yıl süreyle saklar.

Kurum, nitelikli elektronik sertifikaların devrine ilişkin kararları internet sayfasında yayımlar. Faaliyetine son verilen ESHS devire ilişkin kararları nitelikli elektronik sertifika sahiplerine elektronik posta ile duyurur ve internet sayfasında yayımlar.

ESHS'nin faaliyetine son vermesi

MADDE 30

ESHS faaliyetine son vereceği tarihten en az üç (3) ay önce durumu Kuruma yazılı olarak bildirir. ESHS, faaliyetine son verme kararının Kuruma bildirilmesinden itibaren nitelikli elektronik sertifika başvurusu kabul edemez ve yeni nitelikli elektronik sertifika oluşturamaz.

ESHS faaliyetine son vereceği tarihten en az üç (3) ay önce faaliyetine son verme kararını internet sayfasında yayımlar, sertifika sahiplerine elektronik posta ile bildirir ve ulusal yayın yapan en yüksek tirajlı üç (3) gazetede ilan vermek suretiyle kamuoyuna duyurur.

ESHS; faaliyetine son verme tarihine kadar geçerlilik süresi sona ermeyecek ve kullanımı faaliyette bulunan herhangi bir ESHS tarafından sağlanabilecek nitelikli elektronik sertifikaları, faaliyete son verme tarihinden bir (1) ay öncesine kadar faaliyette bulunan herhangi bir ESHS'ye devredebilir. Faaliyetine son veren ESHS devir hususunda sertifika sahiplerini elektronik posta ile bilgilendirir. Nitelikli elektronik sertifikaların devredilmesi halinde sertifikaları devralan ESHS sertifika yenileme işlemlerini başlatır ve bir (1) ay içinde bu işlemleri tamamlar. Kurum, uygun görmesi halinde, bir (1) ayı geçmemek üzere ek süre verebilir.

Nitelikli elektronik sertifikaları devreden ESHS sertifikaları devralan ESHS'ye kimlik doğrulamada kullanılan belgeleri, dizini, arşivi ve sertifika yenileme işlemlerinin tamamlanmasından sonra iptal durum kaydını devreder ve kendi imza oluşturma verisi ile yedeklerini imha eder.

Faaliyetine son verme tarihinden bir (1) ay öncesine kadar nitelikli elektronik sertifikaların devredilememesi veya nitelikli elektronik sertifikaların kullanımının faaliyette bulunan herhangi bir ESHS tarafından sağlanamaması durumunda, faaliyetine son vermek isteyen ESHS nitelikli elektronik sertifikaları faaliyete son verme tarihinde iptal eder. Faaliyetine son veren ESHS son iptal durum kaydını oluşturduktan sonra kendi imza oluşturma verisi ile yedeklerini imha eder, geçerlilik süresi en geç sona eren nitelikli elektronik sertifikanın geçerlilik süresi sonuna kadar iptal durum kaydı hizmetini devam ettirir ve arşivi en az yirmi (20) yıl süreyle saklar.

DOKUZUNCU BÖLÜM

Diğer Hükümler

Zaman damgası ve hizmetleri

MADDE 31

ESHS, zaman damgası ve hizmetlerini sağlamakla yükümlüdür. Nitelikli elektronik sertifika sahibi, bu hizmeti talep etmesi halinde alır.

Yabancı elektronik sertifikaların kabul edilmesi

MADDE 32

Yabancı elektronik sertifikaların hukuki sonuçlarına ve kabul edilmesine ilişkin şartlar milletlerarası anlaşmalarla belirlenir.

Milletlerarası anlaşma bulunmaması halinde, yabancı bir ülkede kurulu bir ESHS tarafından verilen elektronik sertifikaların Türkiye'de kurulu bir ESHS tarafından kabul edilmesi için asgari olarak;

a) Yabancı elektronik sertifikanın, Kanunda ve bu Yönetmelikte yer alan nitelikli elektronik sertifikanın teknik şartlarını taşıması,

b) Yabancı ESHS'nin kurulu bulunduğu ülkede ESHS olarak faaliyet göstermesi,

gerekir.

Türkiye'de kurulu bir ESHS, kabul edeceği yabancı elektronik sertifika ile ilgili aşağıdaki belgeleri, sertifikaların kullanımına başlanmadan bir (1) ay önce Kuruma verir;

a) Elektronik sertifikalarını kabul edeceği yabancı ESHS'nin kendi sertifikasının örneği,

b) Yabancı ESHS'nin kurulu bulunduğu ülkede ESHS olduğuna dair yetkili merciden alınmış belge,

c) Yabancı elektronik sertifikanın, Kanun ve bu Yönetmelikte yer alan nitelikli elektronik sertifikanın teknik şartlarını taşıdığına dair bilgi ve belgeler.

Kurum, yabancı ESHS'ye ait bilgileri internet sayfasında yayımlar.

Kabul edilen yabancı elektronik sertifikaların kullanılması sonucunda doğacak her türlü zarardan sertifikaları kabul eden Türkiye'deki ESHS de sorumludur.

Faaliyet raporu

MADDE 33

ESHS, Kuruma her yıl Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ilişkin rapor verir. Rapor asgari aşağıdaki unsurları içerir;

a) Oluşturulan sertifika türleri ve sayıları,

b) Her bir sertifika türüne göre iptal edilen sertifika sayısı,

c) ESHS'nin geçmiş yıla ait mali durumunu gösterir bilgi ve belgeler,

d) Varsa kendisine devredilen sertifikaların durumuna ilişkin bilgiler,

e) ESHS'nin bir sonraki yıla ait pazar öngörüleri,

f) Kurum tarafından istenecek diğer bilgi ve belgeler.

Teknik hususlara ilişkin tebliğ

MADDE 34

Nitelikli elektronik sertifika başvurusu, sertifikanın oluşturulması, yayımlanması, yenilenmesi, iptali ve arşivleme süreçleri dahil olmak üzere ESHS'nin işleyişine, imza oluşturma ve doğrulama verilerine, sertifika ilkelerine ve sertifika uygulama esaslarına, imza oluşturma ve doğrulama araçlarına, ESHS'nin faaliyetleri için kullandığı sistem, cihaz ile fiziki güvenliğine, personeline, zaman damgasına ve hizmetlerine ilişkin uyulması gereken teknik kriterler tebliğ ile belirlenir. Kurum gerekli görülen hallerde tebliği günceller.

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 35

Elektronik imzayla ilgili bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan haller için Kurul Kararı ile düzenleme yapılır.

Geçici Hükümler

GEÇİCİ MADDE

ESHS, Kurum tarafından nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve ilgili hizmetlere ait ücretlerin alt ve üst sınırları belirleninceye kadar, 5 inci maddede yer alan genel ilkeler çerçevesinde nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve ilgili hizmetlere ilişkin ücretleri belirleyebilir.

Yürürlük

MADDE 36

Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 37

Bu Yönetmelik hükümlerini Telekomünikasyon Kurulu Başkanı yürütür.

Tebliğler

- İnternet Alan Adları Tebliği
- İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği
- İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti Sunan İşletmecilere İlişkin Hizmet Kalitesi Tebliği
- Elektronik Ticarette Güven Damgası Hakkında Tebliğ
- Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi ve Bildirim Yükümlülükleri Hakkında Tebliğ
- Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ
- Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Bilgi Sistemlerinin Yönetimine ve Denetimine İlişkin Tebliğ
- 464 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği

İnternet Alan Adları Tebliği

Resmi Gazete Tarihi: 21.08.2013

Resmi Gazete Sayısı : 28742

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Tebliğin amacı, 7/11/2010 tarihli ve 27752 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği kapsamında kayıt kuruluşlarının belirlenmesine, faaliyet göstermelerine ve ".tr" uzantılı internet alan adlarının yaşam çevrimine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Tebliğ, İnternet Alan Adları Yönetmeliğinin 14 üncü, 15 inci, 16 ncı ve 17 nci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanım ve kısaltmalar

MADDE 3 – (1) Bu Tebliğde geçen;

a) Güvence bedeli: Bir kayıt kuruluşunun herhangi bir nedenle faaliyetine son vermesi veya verilmesi gibi durumlarda internet alan adı sahiplerinin yeni kayıt kuruluşuna transferi, bilgi ve belgelerin TRABİS'e aktarılması, kayıt kuruluşunun TRABİS'e bağlantısından kaynaklanabilecek zararlar gibi durumlara karşılık kayıt kuruluşu başvurusunda alınan bedeli,

b) İnternet alan adı (İAA): ".tr" uzantılı internet alan adını,

c) İnternet alan adı dondurma: İnternet alan adı kaydında yer alan bilgilerin değiştirilmesine, internet alan adının satışına, devrine, feragatine ve Kayıt Kuruluşuna transferine izin verilmeyip yenilenmesine izin verilmesi halini,

ç) İnternet alan adı sahibi (İAAS): ".tr" uzantılı internet alan adı sahibini,

d) Kanun: 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununu,

e) Kayıt kuruluşu (KK): Başvuru, yenileme, iptal gibi alan adlarıyla ilgili işlemlerin yapılmasına aracılık eden tarafı,

f) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

g) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

ğ) Rehber: Alan adı sahibinin iletişim bilgileri ile alan adının tahsis süresinin başladığı ve bittiği tarihler gibi bilgileri içeren veri tabanını,

h) Test izni: KK'ların ilgili sistemlerinin TRABİS ile teknik açıdan uyumlu çalışabilirliğinin test edilmesi için verilen izni,

ı) .tr ağ bilgi sistemi (TRABİS): ".tr" uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veri tabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve İAA başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistemi,

i) TRABİS-KK: İnternet Alan Adları Yönetmeliği veya Kurum tarafından belirlenen hallerle sınırlı olmak kaydıyla, Kurum tarafından belirlenen şartlarda, TRABİS bünyesinde faaliyet yürüten Kayıt Kuruluşunu,

j) Yetki kodu: KK tarafından her İAA için ayrı ayrı tanımlanan en az altı, en fazla on altı karakter uzunluğunda olan ve transfer işlemlerinde kullanılan şifreyi,

k) Yönetmelik: 7/11/2010 tarihli ve 27752 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "İnternet Alan Adları Yönetmeliği"ni,

ifade eder.

(2) Bu Tebliğde geçen ve yukarıda yer almayan tanımlar ve kısaltmalar için, ilgili mevzuatta yer alan tanımlar ve kısaltmalar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Kayıt Kuruluşlarının Belirlenmesi

Ön yeterlilik şartları

MADDE 4 – (1) KK olmak için başvuruda bulunan taraflar Ekte belirtilen formu doldurarak ön yeterlilik şartlarını taşıdıklarını belgelendirirler.

(2) Sunulan belgelerde KK adayının açık ve tam adı yer alır.

(3) Ön yeterlilik şartlarını taşımayan başvurular Kurum tarafından reddedilir.

Başvuru

MADDE 5 – (1) KK olarak faaliyet göstermek isteyen ve Ekte belirtilen ön yeterlilik şartlarını taşıyan taraflar başvuru formunu doldurarak Kuruma sunar. Bu başvuruda yetmiş beş bin Türk Lirası güvence bedelini, ülkemiz bankacılık mevzuatına göre kurulmuş bir bankadan alınmış ve başvuru tarihi itibariyle en az dört yıl süre ile geçerli kesin teminat mektubu olarak Kuruma sunar.

(2) Başvuru Kurum tarafından incelemeye alınır ve başvuru tarihinden itibaren en geç iki ay içerisinde sonuçlandırılır. Kurum gerekli görmesi halinde yerinde inceleme yapar.

(3) Başvurusu uygun bulunan taraflara test izni verilir. Başvurusu uygun bulunmayan taraflara gerekçesiyle birlikte Kurum tarafından bilgilendirme yapılır. Uygun bulunmayan hususların giderilmesi halinde tekrar başvuru yapılabilir.

Test süreci

MADDE 6 – (1) Test izni verilen KK adayı;

a) Test sürecinde edineceği bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmaz,

b) Test sürecinde, gerçek sistemden farklı bir test sistemi üzerinde işlem yapar,

c) Test izni verildiği tarihten itibaren en geç doksan gün içinde test sürecini tamamlar.

(2) Kurum, KK adayının kendi kusur veya ihmalinden kaynaklanmayan sorunlar bulunması halinde ek süre verebilir.

(3) Kurum test sürecini başarılı bir şekilde tamamlayamayan adayın KK olmak için yapmış olduğu başvuruyu reddeder, bu durumu KK'ya gerekçesi ile birlikte bildirir ve teminat mektubunu iade eder.

Faaliyete başlama ve başvurunun yenilenmesi

MADDE 7 – (1) KK adayına, test sürecinin başarılı bir şekilde tamamlandığının tespit edilmesini müteakip Kurum tarafından KK faaliyet belgesi verilir ve KK'nın adı Kurumun internet sayfasında KK listesi altında yayımlanır.

(2) KK bu yayımlanma tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde faaliyete başlar.

(3) KK faaliyet belgesi, KK adının Kurumun internet sayfasında yayımlanmasından itibaren otuz altı ay süreyle geçerlidir.

(4) Geçerlilik süresinin dolmasına asgari beş ay kala KK yeniden başvuru yapabilir. Bu başvuruda Kurum tarafından uygun görülmesi halinde test süreci işletilmeyebilir. Başvurunun kabul edilmesi halinde KK teminat mektubunu yenileyerek Kuruma sunar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Kayıt Kuruluşlarının Yükümlülükleri

Teknik altyapıya ilişkin kurallar

MADDE 8 – (1) Kurum tarafındaki teknik altyapının unsurlarında ve TRABİS'e ilişkin teknik hususlarda değişiklik yapılması halinde KK, Kurum tarafından belirtilen süre içinde bu değişikliğin gereğini kendi altyapısında uygular.

(2) KK yazılım geliştirirken gerçek sistemden farklı bir test sistemi üzerinde işlem yapar.

Personel

MADDE 9 – (1) KK yürütmekte olduğu faaliyete uygun nitelik ve nicelikte idari ve teknik personel çalıştırır.

Güvenlik

MADDE 10 – (1) KK kendi sistemlerinin ve TRABİS ile yaptığı ağ bağlantısının güvenli olması için gerekli tedbirleri alır.

(2) Bu güvenliğe ilişkin herhangi bir ihlal veya ihlal şüphesi olması durumunda KK derhal tedbir alır ve TRABİS'i bilgilendirir.

(3) KK'nın TRABİS'in bütünlüğüne, gizliliğine, güvenliğine, erişilebilirliğine zarar verdiği ya da verme ihtimali bulunduğu hallerde, Kurum KK'nın TRABİS'e erişimini geçici bir süre için veya sürekli olarak durdurabilir. Bu durumda TRABİS, KK'yı bilgilendirir.

(4) KK internetin istikrarını veya operasyonel bütünlüğünü bozacak işlemler yapmaz.

(5) KK kendi yetkili personeli dışında hiçbir tarafın TRABİS'e erişimine izin vermez.

(6) KK İAAS'ye ve İAA başvuru sahiplerine hizmetlerini 15/1/2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu çerçevesinde yetkili elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarından alınmış sertifika marifetiyle ve uluslararası geçerliliği olan güvenli teknolojiler kullanan internet sayfasından sunar.

(7) KK kullandığı cihaz ve sistemler ile sunduğu hizmetlerin bütünlüğünü, gizliliğini, güvenliğini ve erişilebilirliğini sağlar.

(8) KK kullandığı ödeme sistemlerinde ilgili mevzuatta yer alan ve diğer tüm güvenlik tedbirlerini alır.

Verilerin saklanması ve paylaşılması

MADDE 11 – (1) KK tahsisine aracılık ettiği İAA'lara ilişkin bilgi ve belgeler ile bu İAA'lar için bünyesinde yürütülen tüm iş ve işlemlerin kayıtlarını (log) günlük olarak 5070 sayılı Elektronik

İmza Kanununa uygun zaman damgası ile korumak suretiyle faaliyeti boyunca saklar. KK İAA'nın kullanımının herhangi bir nedenle sona ermesinden sonra en az on yıl süre ile bu bilgi ve belgelerin saklanmasını sağlar.

(2) KK bu bilgileri ve elektronik belgeleri en az saatte bir olacak şekilde yedekler. KK bu yedekleri farklı bir yerleşkede ve en az asıl veriler kadar güvenli şartlarda saklar. KK kendi yerleşkesindeki verilerin yanında farklı yerleşkedeki verilerin de güvenliğinden sorumludur.

(3) İAA'ya ilişkin olarak ilgili mevzuat gereğince bilgi ve belge isteme hakkına sahip devlet kurumları tarafından talep edilen her türlü bilgi ve belge KK tarafından ilgili kuruma sağlanır.

Bayi

MADDE 12 – (1) KK İAA'lara ilişkin işlemleri üçüncü taraf olan bayiler aracılığıyla yürütebilir. Ancak Kurum sadece KK'nın TRABİS'e erişimine izin verir.

(2) Bir bayi ile çalışılması ve bayi tarafından mevzuat hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda söz konusu ihlalin KK tarafından yapıldığı kabul edilir.

(3) KK, bayisinin internet sayfasında, kendi adı ve iletişim bilgileri ile Kurum tarafından onaylı KK olduğu bilgisine yer verilmesini sağlar. KK kendi internet sayfasında bayilerini ilan eder.

Diğer yükümlülükler

MADDE 13 – (1) KK;

a) İAAS'nin İAA'ya sahip olmak için gerekli şartları kaybetmesi, İAAS'nin verdiği bilgilerin tam ve/veya doğru olmadığının tespit edilmesi, İAAS'nin ilgili mevzuatı ihlal ettiğine ilişkin bilgi olması, İAA'nın tahsisinin iptaline yönelik mahkeme veya UÇHS kararı bulunması hallerinde TRABİS'e durum hakkında derhal bilgi vermekle,

b) İAA'ya ilişkin bir adli süreç veya uyuşmazlık çözüm süreci başlatıldığı yönünde bir bilgi aldığında TRABİS'e durum hakkında derhal bilgi vermekle,

c) İAA ile ilgili işlemler dolayısıyla elde ettiği bilgi ve belgeleri ilgili mevzuat hükümleri dışında üçüncü taraflarla paylaşmamakla ve İAA işlemlerinin gereğini yerine getirmek dışında hiçbir amaç için kullanmamakla,

ç) Kurumun talep ettiği tüm bilgi ve belgeleri Kuruma derhal sunmakla,

d) Uyuşmazlık çözümü mekanizmasında KK'nın yapması gereken tüm yükümlülükleri titizlikle ve ivedilikle yerine getirmekle,

e) Kötü niyetli İAA tahsisine karşı tedbir almakla,

f) Transfer işlemleri için gereken süreci İAAS'nin kolaylıkla tamamlamasını sağlamakla,

g) Faaliyete geçmek için Kuruma yapmış olduğu başvuruda sunduğu bilgi ve belgelerde herhangi bir değişiklik meydana gelmesi halinde, bu değişiklikleri yedi (7) gün içinde Kuruma bildirmekle,

ğ) Her yıl Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait faaliyet raporunu Kuruma sunmakla,

h) Devletin İAA strateji ve politikalarına uyum sağlamakla,

ı) Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına uymakla

yükümlüdür.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İnternet Alan Adı Yaşam Çevrimi

İnternet alan adı başvurusu

MADDE 14 – (1) İAA başvuruları KK internet sayfasında yer alan elektronik başvuru formunun başvuru sahibi tarafından doldurulması suretiyle yapılır.

(2) KK, elektronik başvuru formunun başvuru sahibinden alınması sırasında;

a) Başvuru sahibinin;

1) KK'ya tam ve doğru bilgiler vereceğini, bu bilgilerde meydana gelebilecek değişiklikleri derhal KK'ya bildireceğini,

2) Üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyeceğini,

3) İAA'yı hukuka aykırı bir şekilde kullanmayacağını,

4) İAA'ya ilişkin bir alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinin başlaması durumunda buna katılacağını,

5) KK'lar arası zorunlu transfer hallerinde bilgilendirilmesini müteakip gereken işlemleri yapacağını,

6) Yönetmelikte ve ilgili mevzuatta geçen iptal hallerinde İAA'nın iptal edileceğini,

7) İptal veya feragat durumunda bu işlemlerin İAAS lehine bir hak doğurmayacağını,

8) Başvuru esnasında bildirdiği e-posta adresine yapılan bildirimlerin kendisine yapıldığını,

9) Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına uyacağını,

kabul, beyan ve taahhüt etmesini sağlar.

b) Başvuru sahibine;

1) KK kimliği,

2) Kişisel bilgilerinin;

i. Hangi amaçlarla işleneceği,

ii. Yetkili kamu kurumlarına ve adli makamlara aktarılabileceği,

3) Veri toplamanın yöntemi, hukuki sebebi ve muhtemel sonuçları,

4) Kişisel verilerini öğrenme hakkı olduğu,

5) Verdiği bilgilerin gerçeğe aykırı olması veya güncel olmaması durumunda düzeltme hakkı olduğu,

6) Alınması zorunlu ve ihtiyari olan bilgiler,

konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.

c) Başvuru sahibinden rehberde yer alacak bilgileri talep eder.

(3) KK, aldığı İAA başvurularını derhal TRABİS'e iletir.

(4) TRABİS gerekli görmesi halinde kontroller yapabilir ve başvuruyu reddedebilir. KK, başvuru sahibini başvurusunun ret gerekçesi konusunda derhal bilgilendirir.

(5) TRABİS tarafından onaylanan başvuru sonrasında İAA kaydı veri tabanına girilir ve İAAS KK tarafından derhal bilgilendirilir.

(6) KK, İAA tahsisi yaparken başvuru sahibini İAA tahsisi dışında başka bir hizmeti almak zorunda bırakmaz.

(7) Belgeli tahsis gerektiren başvurularda uygulanacak usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. KK belirlenen belgelerin doğruluğunu kontrol eder ve elektronik ortamda TRABİS'e iletir. Bu iletim belge kontrolü yapan KK yetkililerinin 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununda tanımlanan güvenli elektronik imzaları ile imzalanarak yapılır.

(8) KK, İAA tahsisine ilişkin ödeme sürecinde, İAAS ödeme yetkilisi alanında beyan edilen bilgilerin ödemede kullanılan kredi kartı, havale gibi mekanizmalarda yer alan bilgiler ile aynı olmasını sağlamakla yükümlüdür. İAAS'nin ödeme yetkilisi değişikliği taleplerinde KK aynı doğrulamayı yapar.

(9) KK İAA tahsisi sürecinde İAAS'nin beyan ettiği e-posta adreslerini doğrular.

(10) Başvuru sırasında İAA yazımında yapılan maddi hatalar İAA'nın tahsisine kadar düzeltilebilir. Başvuru süreci sonunda TRABİS'e iletilen ve tahsisi yapılan İAA için maddi hata düzeltmesi yapılmaz.

TRABİS'e gönderilecek veriler

MADDE 15 – (1) KK başvuruların mevzuata uygun olduğunu kontrol ettikten sonra TRABİS'e iletir. KK başvuru ile birlikte rehberde yer alacak verileri ve Kurum tarafından istenebilecek diğer bilgi ve elektronik belgeleri de TRABİS'e gönderir. Bu bilgi ve belgelerde değişiklik olması halinde KK bunların güncel hallerini derhal TRABİS'e iletir.

(2) KK transferi gibi işlemlerde kullanılacak İAA'ya ilişkin yetki kodu İAA tahsisi esnasında KK tarafından TRABİS'e iletilir.

İnternet alan adı sahiplerinin şikâyetlerinin değerlendirilmesi

MADDE 16 – (1) KK, İAA başvuru sahibinin veya İAAS'nin UÇHS kapsamındaki hususlar hariç olmak üzere şikâyetlerini kabul eder. KK şikâyetin elektronik ortamda kolaylıkla yapılabilmesi için gerekli tedbirleri alır ve gelen şikâyetleri en geç bir ay içinde sonuçlandırır. Bu süre sonunda cevap alamayan kişiler şikâyetlerini Kuruma bildirir.

(2) KK, hakkında iletilen şikâyetlerin tahsisine aracılık ettiği toplam İAA sayısının yüzde 2'sini geçmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(3) KK şikâyetleri almak ve analiz etmek için uygun sistemleri kurar. Bu sistemler vasıtasıyla asgari her altı ayda bir şikâyetlere ilişkin verileri analiz ederek sistematik problemleri tanımlar ve bu problemleri giderir.

(4) Bir şikâyete ilişkin her türlü bilgi ve belge 11 inci maddede yer alan verilerin saklanması yükümlülüğü çerçevesinde saklanır.

(5) Şikâyetlerin bildirilmesi ve çözümü ile ilgili ücret talep edilmez.

İnternet alan adı sahiplerinin bilgilendirilmesi

MADDE 17 – (1) KK İAAS'lere aşağıdaki bilgileri İAA'ya ilişkin hizmetleri sunduğu internet sayfası üzerinden sağlamakla yükümlüdür;

a) Kurumun internet sayfasında göründüğü şekliyle KK'nın yasal/açık adı,

b) Açık adresi, e-posta adresi, telefon numarası, faks numarası,

c) İAA tahsislerinin ne kadar sürede tamamlanabileceği,

ç) İAA tahsisi, iptali, yenilemesi, transferi gibi süreçler,

d) İAAS'lere ve başvuru sahiplerine müşteri desteği verilmesi için KK çağrı merkezi bilgileri,

e) İAAS'nin hakları,

f) İAAS'leri etkileyen mevzuat, politika değişiklikleri veya KK'nın işleyişi ve süreçleri,

g) Kurum tarafından talep edilmesi halinde İAAS'yi ilgilendiren konularda mevzuatta yapılan değişiklikler,

ğ) İAA'lar ile ilgili işlem ücretleri,

h) İAAS'nin talebi üzerine İAA hizmetlerini başka hizmetlerle bütünleşik olarak sunması halinde, İAA'ya ilişkin hizmetlerin yalın ücretleri.

(2) KK, İAAS'lere aşağıdaki bilgileri asgari e-posta ile sağlamakla yükümlüdür;

a) İAAS'nin talebi üzerine kişinin kendi İAA kayıtları ile ilgili güncel ve doğru bilgiler,

b) Birinci fıkranın (f) ve (g) bentlerinde geçen bilgiler.

Uyuşmazlık çözüm mekanizması

MADDE 18 – (1) KK Kurumun belirlediği uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işleyebilmesi için gerekli tüm tedbirleri alır.

(2) Uyuşmazlığa konu olan İAA uyuşmazlık çözüm süreci boyunca dondurulur.

Rehber

MADDE 19 – (1) KK rehberdeki bilgilerin ve İAAS'den talep ettiği diğer bilgilerin doğru olmasını sağlamakla yükümlüdür.

(2) KK rehberdeki bilgilerin doğru olmadığı ya da değiştiği hakkında bir bilgi veya şikâyet alması durumunda, bilgilerin doğruluğunu kontrol eder ve rehberde gerekli güncellemeleri derhal yapar. Bu doğrulamanın yapılamadığı durumlarda ilgili İAA'nın dondurulmasını teminen TRABİS'e bilgi verir.

(3) KK İAAS'lerden rehberdeki bilgilerini kontrol etmelerini ve değişiklik varsa güncellemelerini talep eder. Bu talebi her yılın ocak ve haziran ayları içerisinde kendisinden hizmet alan tüm İAAS'lere iletir. KK, İAA'ya ilişkin bilgilerin yanlış olduğunun tespiti halinde İAA'nın iptal edileceğini ilgili talep içerisinde İAAS'ye bildirir. Söz konusu talep asgari e-posta yoluyla yapılır.

(4) KK bilgi değişiklikleri halinde derhal kendi kayıtlarında güncelleme yapar ve bunu TRABİS'e iletir.

(5) KK rehberde yer alan bilgilerin istek dışı e-posta göndermek, ticari faaliyette bulunmak gibi amaçlarla kullanılmasını engellemek için mevcut teknolojik imkânlar çerçevesinde gerekli tedbirleri alır.

(6) Rehberde aşağıdaki bilgilere yer verilir:

a) Tahsisli İAA,

b) Birincil ve ikincil ad sunucuların isimleri,

c) İlgili KK bilgileri,

ç) İAA'nın tahsis edildiği tarih,

d) İAA'nın tahsis süresinin bitiş tarihi,

e) İAAS'nin, idari, teknik ve ödeme sorumlularının adı ve e-posta adresleri,

f) Varsa İAA'ya ilişkin uyuşmazlık durumu ve İAA'nın dondurulma durumuna ilişkin bilgi,

g) Rehber bilgisinin güncellenme tarihi.

(7) İAAS'nin talep etmesi halinde e-posta adresi alanında örnekalanadı@kayitkurulusu.com.tr gibi bir adres yer alır ve bu adrese gelen e-postalar KK tarafından İAAS'ye ait e-posta adresine iletilir.

(8) İAAS'nin e-posta adresi istek dışı e-postalara karşı korunur.

(9) İAAS'nin talep etmesi halinde telefon numarası, faks numarası ve açık adresi de rehberde yayımlanır.

(10) KK bu maddede belirtilen hizmetler için ücret almaz.

Ücretler

MADDE 20 – (1) İAA işlemlerine ilişkin ücretler Yönetmeliğin 28 inci maddesi çerçevesinde Kurul tarafından düzenlenir.

Ücretlerin Kuruma ödenmesi

MADDE 21 – (1) Kurum, İAA ücretlerini KK'dan ön ödemeli olarak alır. Bu ön ödemeler on bin Türk Lirası ve katları miktarında yapılır.

(2) İAA tahsis etme, yenileme gibi işlemlere ait ücretler yapılan ön ödeme miktarından düşülür. Bu miktarın beş bin Türk Lirasına düşmesi halinde TRABİS, KK'ya elektronik ortamda uyarı gönderir. Miktarın sıfır Türk Lirasına düşmesi halinde KK'nın ücrete tabi bir İAA işlemi yapmasına ve İAA transferinde alıcı olmasına izin verilmez.

(3) KK tarafından yapılan ön ödemeler Kuruma gelir olarak kaydedilir ve geri ödeme yapılmaz.

(4) KK'nın faaliyetine son vermesi veya verilmesi durumunda ilgili KK tarafından işlem yapılan tüm İAA'ların diğer KK'lara transferi gibi işlemlerin gerçekleşmesi akabinde bu işlemler için oluşan maliyet KK'dan tahsil edilir.

Satış, devir ve feragat

MADDE 22 – (1) İAA satış işlemleri TRABİS'in faaliyete geçmesinden üç yıl sonra gerçekleştirilebilir.

(2) Devir işlemleri TRABİS'in faaliyete geçmesi ile birlikte gerçekleştirilebilir. Bu durumda KK aşağıdaki belgeleri başvuru sahibinden talep eder;

a) İAAS olan gerçek kişilerin ölümü, gaipliği veya gaiplik karinesi gibi durumlarında, başvuru sahibinin İAA'nın yasal mirasçısı olduğunu gösterir yetkili makamlardan alınmış belge,

b) İAAS olan tüzel kişilerin, bu İAA'yı birleşme, devralma gibi sebeplerle devredecek olması halinde birleşme veya devralmayı ispat eden belgeler,

c) İAAS ve marka/patent sahibi gerçek/tüzel kişilerin bu marka/patente ilişkin İAA'larını devredecek olması halinde marka/patent ile ilgili haklarını devrettiklerini ispat eden belgeler,

ç) İAAS olan fikir/sanat eserlerinin kayıt ve tescilini yaptırmış gerçek/tüzel kişilerin bu fikir/sanat eserlerine ilişkin İAA'larını devredecek olması halinde fikir/sanat eserleri ile ilgili haklarını devrettiklerini ispat eden belgeler.

(3) Satış veya devir işleminin gerçekleşmesi için hizmet alınan KK'nın internet sayfasında yer alan ilgili formun tam ve doğru olarak doldurulması gerekir. KK bilgi ve belgeleri kontrol eder, TRABİS üzerinden gerekli işlemleri tamamlar ve İAA'nın satışı veya devir işlemi doğrultusunda ilgili İAAS değişikliğini gerçekleştirir. KK, eski ve yeni İAAS'lere asgari e-posta yoluyla bilgi verir.

(4) Satılan veya devredilen İAA'nın tahsis süresi değişmez.

(5) İAAS İAA'dan feragat etme hakkına sahiptir. Feragat edilen günden itibaren İAA'nın kullanımı iki ay süreyle durdurulur. Bu süre içinde İAAS başvurusu üzerine İAA tahsis işlemi yenilenir. Aksi halde İAA yeniden tahsise açılır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Kayıt kuruluşları arası transfer

Genel hükümler

MADDE 23 – (1) İAAS'ler, talep etmeleri halinde, hizmet aldıkları KK'yı değiştirebilirler.

(2) Mevcut durumda hizmet vermekte olan KK verici KK, İAA'nın transfer edilmek istendiği yeni KK ise alıcı KK olarak isimlendirilir.

(3) Transfer ücreti İAA'ya ilişkin Kurumun belirlediği bir yıllık tahsis ücretidir.

(4) Transfer neticesinde İAA tahsis süresine bir yıl eklenir. TRABİS, alıcı KK'nın TRABİS hesabından transfer ücretini düşer.

(5) Verici KK transfer işlemi için İAAS'den ücret talep etmez.

(6) Alıcı ve verici KK birden çok İAA'ya sahip İAAS'nin tek bir seferde tüm İAA'larını transfer edebilmesi imkânını sağlar.

Transfer

MADDE 24 – (1) Transfer işleminde aşağıdaki süreç izlenir;

a) Hizmet aldığı KK'yı değiştirmek isteyen İAAS verici KK'nın internet sayfasından yetki kodunu talep eder.

b) Talebi müteakip verici KK yetki kodunu derhal İAAS'ye sunar.

c) İAAS bu kodu kullanarak alıcı KK'nın internet sayfasından başvuru yapar.

ç) Alıcı KK kendisine gelen başvuruyu TRABİS'e iletir.

d) Transfer şartlarının uygun olması halinde TRABİS talebi verici KK'ya iletir.

e) Verici KK yirmi dört saat içerisinde transfer talebine cevap verir. Bu süre içerisinde cevap verilmeyen talepler kabul edilmiş sayılır. Verici KK ancak Yönetmelik ve Tebliğle belirlenen durumlarda transferi reddedebilir. Bu cevapta reddin gerekçesi de bildirilir.

f) Durum hakkında TRABİS alıcı KK'yı, alıcı KK'da İAAS'yi bilgilendirir.

(2) Tüm KK'lar yetki koduna İAAS tarafından en az başvuru işlemi kadar kolay bir şekilde erişilmesi için internet sayfalarında gerekli tedbirleri alır. KK, İAAS'nin borcu bulunma ve benzeri gerekçelerle bu koda erişimini engelleyemez ve transfer talebini reddedemez.

Transferin reddi

MADDE 25 – (1) TRABİS, alıcı ve verici KK'lar tarafından kendisine doğrulanmak üzere gönderilen kodun eşleşmemesi halinde transferi gerçekleştirmez.

(2) TRABİS;

a) İAA'nın ilk tahsisinin üzerinden altmış gün geçmemiş olması,

b) İAA'nın verici KK'ya transfer edilmesinin üzerinden altmış gün geçmemiş olması,

c) İAA tahsis süresinin bitmesine on beş günden az süre kalmış olması,

ç) İAA'nın dondurulmuş olması,

durumlarında alıcı KK tarafından gelen transfer talebini reddeder.

(3) Bu maddenin ikinci fıkrasındaki ret gerekçeleri verici KK'nın faaliyetine son vermesi veya son verilmesi durumunda uygulanmaz.

(4) Bu maddenin ikinci fıkrasındaki ret gerekçeleri Yönetmeliğin Geçici 1 inci maddesinin altıncı fıkrası kapsamındaki geçişler için uygulanmaz.

Zorunlu transfer

MADDE 26 – (1) Bir KK'nın faaliyetine son vermesi veya son verilmesi durumunda zorunlu transfer süreci başlatılır.

(2) Faaliyetine son veren veya verilen KK, İAA'lara ait bilgileri ve kendisine ait İAA'ları Kurumca belirlenen çerçevede TRABİS-KK'ya aktarır.

(3) TRABİS-KK İAAS'leri asgari e-posta yoluyla;

a) Yeni bir KK seçmeleri ve transfer işlemini başlatmaları,

b) TRABİS-KK'dan hizmet aldıkları süre boyunca transfer işlemi dışında herhangi bir işlem yapamayacakları,

konularında bilgilendirir.

(4) TRABİS-KK İAA'nın yeni bir KK'ya transferinde verici KK olarak işlem yapar ancak yenileme işlemi yapmaz.

ALTINCI BÖLÜM

Yeni Seviye İnternet Alan Adı Açılması

"a.tr" yapısındaki alan adlarının ilk tahsisi

MADDE 27 – (1) "a.tr" yapısındaki İAA'ların ilk tahsis işlemlerinden önce "a.tr" için

a) "a.gov.tr" adresine,

b) "a.edu.tr" adresine,

c) "a.tsk.tr" adresine,

ç) "a.bel.tr" adresine,

d) “a.pol.tr” adresine,

e) “a.k12.tr” adresine,

f) “a.org.tr” adresine,

ücretsiz olarak yönlendirme yapılır.

(2) Birinci fıkranın (f) bendinde geçen “a.org.tr” başvurusunun değerlendirmeye alınması için İAAS’nin talep etmesi ve

a) Kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşu,

b) Kamuya yararlı dernek veya vakıf,

c) İşçi veya işveren meslek kuruluşu,

niteliklerinden birini haiz olduğunu belgelendirmesi gerekir.

(3) Birinci fıkranın farklı bentlerinde geçen adların “a” alanının aynı olması durumunda ilgili fıkranın üst bendinde geçen tarafa öncelik tanınır.

(4) Birinci fıkra hükmüne göre yönlendirilen İAA’lar satılamaz ve devredilemez. Bu İAA’lar yalnızca yönlendirilir. Bu İAA’lar kullanılarak internet yayımcılığı yapılamaz.

(5) Birinci fıkra hükmüne göre yapılan tahsis sonrasında marka sahipleri önceliği hükmü işletilir.

(6) Marka sahipleri önceliğinden sonra açık artırma yapılır.

(7) Açık artırma sonrasında müsait olan İAA’lar için “ilk gelen ilk alır” kuralı uygulanır. Bu İAA’lara ilişkin işlemlerin ücretleri Kurul tarafından belirlenir.

Yeni ikinci seviye internet alan adı açılması

MADDE 28 – (1) İhtiyaç olması halinde “a.yeni.tr” yapısındaki yeni ikinci seviye alan adları Kurum tarafından tahsise açılır.

(2) Bu adların belgesiz olarak tahsis edilmesi halinde;

a) İlk olarak marka sahipleri önceliği hükmü işletilir,

b) Sonrasında açık artırma yapılır,

c) Açık artırma sonrasında müsait olan İAA’lar için “ilk gelen ilk alır” kuralı uygulanır.

(3) “a.yeni.tr” yapısı için “yeni” ibaresi tahsise kapalı adlar listesine alınır.

(4) Bu adlara ilişkin usul ve esaslar ile işlem ücretleri Kurul tarafından belirlenir.

Marka sahipleri önceliği

MADDE 29 – (1) "a.tr" yapısındaki İAA'ların ilk tahsisi ve yeni ikinci seviye İAA açılması hallerinde açık artırmadan önce marka sahiplerine ilgili adı tahsis etmeleri için öncelik tanınır. Bu önceliğe ve öncelik başvurusu ücretine ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.

Açık artırma

MADDE 30 – (1) Açık artırmaya Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları katılabilir.

(2) Açık artırmada aşağıdaki yöntem izlenir:

a) Açık artırma başvuru ücreti her bir İAA için ayrı ödenir. Bu ücret açık artırmanın kaybedilmesi hali de dâhil iade edilmez. Açık artırma başvuru ücreti Kurul tarafından belirlenir ve Kuruma ödenir.

b) Açık artırma bir ay boyunca devam eder. Teklif sahiplerinin kimlikleri gizli, en yüksek teklif açık tutulur.

c) Fiyat artırımı mevcut en yüksek teklifin yüzde onu kadar olur, küsurat bir üste yuvarlanır. Fiyat artırımını ilgili İAA açık artırmasına katılanlar yapabilir, en yüksek teklif sahibi fiyat artırımı yapamaz.

ç) Açık artırmanın sonlanmasını müteakip en yüksek fiyatı teklif eden kişi iki iş günü içerisinde teklif ettiği fiyatı öder ve İAA bu kişiye tahsis edilir.

d) İki iş günü içerisinde teklif edilen fiyatın ödenmemesi durumunda sırasıyla diğer teklifler değerlendirilir.

e) İAA tahsisatı açık artırma bitiş gününden itibaren altı ay süreyle geçerlidir.

f) İAAS altı ay içerisinde bir KK seçerek transfer yapar. Bu transferde 25 inci maddenin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerindeki hükümler uygulanmaz. Alıcı KK İAAS'den transfer ücreti talep etmez. Transferi gerçekleştirilmeyen İAA'lar yeniden tahsise açılır.

(3) Açık artırma işlemlerinin tamamlanmasından sonra "ilk gelen ilk alır" kuralı uygulanır.

YEDİNCİ BÖLÜM

Diğer Hükümler

İnternet alan adı depolama

MADDE 31 – (1) Sadece son kullanıcıların talebi üzerine İAA tahsisi yapılır. KK, TRABİS'e olan elektronik bağlantısının otomatize imkânlarını kullanarak satış, devir ve benzeri amaçlarla kendi ve/veya ilişkisi bulunan üçüncü taraflar adına İAA başvurusu ve/veya tahsisi yapmak

suretiyle İAA depolayamaz. KK, çalışanlarının İAA depolama yapmaması için gerekli tedbirleri alır.

(2) İAA depolandığı tespit edilen durumlarda depolanan tüm İAA'lar iptal edilir. KK'nın faaliyetine son verilir. Bu durumda KK'ya herhangi bir geri ödeme yapılmaz.

(3) KK'nın ve/veya KK ile ilişkisi bulunan üçüncü tarafların bizzat kendilerinin kullanacağı İAA'lar için başvurular diğer tüm başvuru sahiplerinin imkânları çerçevesinde yapılır.

Bilgi ve belge talepleri

MADDE 32 – (1) KK;

a) İAAS erişim bilgilerini (IP adresi, zaman),

b) İşlem bilgilerini (tahsis, yenileme, güncelleme, transfer ve benzeri),

c) Ödeme bilgilerini

ve ilgili diğer bilgi, belge ve talepleri gerektiğinde karşılamak üzere ilgili mevzuatta geçen süreler boyunca saklar.

(2) KK, mevzuatları gereği bir İAA'ya veya İAAS'ye ait bilgilere ulaşma yetkisine sahip kamu kurumlarının ve adli makamların taleplerini karşılar.

Belgeli tahsis edilen alt alan adları

MADDE 33 – (1) Yönetmeliğin Ekinde belirtilen belgeli tahsis edilecek alt alan adları, başvuruların ilgili mercii tarafından onaylanması halinde tahsis edilir.

(2) Kurum gerekli görmesi halinde belgeli alt alan adlarına ilişkin Kurul Kararı ile düzenleme yapar.

Tahsise kapalı ve tahsise kısıtlı adlar listesi

MADDE 34 – (1) Mevzuata, kamu düzenine, ülke güvenliğine, genel ahlaka, sağlığa ve emniyete aykırı olma gibi sebeplerle tahsisine izin verilmeyen adlar ile dünyadaki tüm üst seviye alan adları ve ".tr" altındaki ikinci seviye alan adları Tahsise Kapalı Adlar Listesine alınır.

(2) Tahsise Kısıtlı Adlar Listesi;

a) Tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş adlardan,

b) Şehir isimlerinden,

c) İnternet kullanıcılarını aldatmaya yönelik olarak hazırlanabilecek finans kuruluşları ve devlet kurumları adlarını içeren sahte İAA'ların tahsisini zorlaştırmak için bank, banka, finans, bakanlık gibi adlardan,

oluşur.

Denetim ve yaptırımlar

MADDE 35 – (1) Kurum KK'ları re'sen veya şikâyet üzerine denetlemeye yetkilidir. Yapılan denetimler sonucunda Yönetmelik veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine aykırı faaliyet gösteren KK'lar için Kurum gerekli tedbirleri alır.

(2) Kurum, ihlalin niteliği, zararın büyüklüğü, ihlal neticesinde herhangi bir ekonomik kazanç elde edilip edilmemesi ve bu kazancın büyüklüğü, tekrarlanan veya devam eden ihlalin varlığı, geçmişte kurallara uyum, iyi niyet ve gönüllü bildirim gibi durumları dikkate alarak aykırılığın etkisini belirler.

(3) Aykırılığın etkisinin küçük olması durumunda uyarı yapılır, bu durum Kurum internet sayfasında yayımlanır.

(4) Aykırılığın etkisinin büyük olması durumunda;

a) Kurum gerekli görmesi halinde KK'nın faaliyetini askıya alır. Faaliyeti askıya alınan KK, İAA tahsisi ve yenilemesi yapamaz ve transferde alıcı KK olamaz ancak diğer işlemleri devam ettirir. Bu durum Kurum internet sayfasında yayımlanır.

b) Kurum gerekli görmesi halinde KK'nın faaliyetine son verir. Faaliyetine son verilen KK;

1) Kurum internet sayfasında duyurulur ve KK listesinden çıkarılır,

2) Yeni İAA başvurusu kabul edemez, transferde alıcı KK olamaz ve

3) İşlem yaptığı İAA'lar için gerekli transfer işlemlerini derhal başlatır.

Zaman bilgisi

MADDE 36 – (1) Bir İAA'ya ilişkin herhangi bir uyuşmazlıkta, TRABİS sisteminde kayıtlı bulunan zaman bilgisi esas alınır.

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 37 – (1) Bu Tebliğde hüküm bulunmayan hallerde Kurul Kararı ile düzenleme yapılır.

Belgeli olarak tahsis edilmekteyken belgesiz tahsise geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) TRABİS'in faaliyeti öncesinde belgeli olarak tahsis edilen ".com.tr", ".net.tr" ve ".org.tr" alt alan adları TRABİS'in faaliyete geçmesi sonrasında belgesiz olarak tahsis edilmeye başlamadan bir ay önce İAAS adayları elektronik ortamda TRABİS'e talepte bulunur.

(2) Bu talepler içinden TRABİS'in faaliyete geçtiği an itibariyle müsait olan İAA'lar ön değerlendirmeye alınır.

(3) Ön değerlendirmede aynı İAA için birden fazla talep olması halinde ilgili İAA tahsise kapatılır ve bu İAA için daha sonra açık artırma yöntemi uygulanır.

(4) Tek talep gelen İAA ve hiçbir talep gelmeyen İAA'lar TRABİS'in faaliyete geçmesi ile birlikte "ilk gelen ilk alır" kuralı çerçevesinde tahsis edilir.

KK'sı olmayan İAAS'ler

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) TRABİS'in faaliyete geçtiği tarih itibariyle herhangi bir KK'sı bulunmayan İAAS'ler TRABİS üzerinden kendilerine bir KK seçerek ilgili İAA'yı transfer eder. Transferi gerçekleştirilmeyen İAA tahsis süresi sonuna kadar kullanımda kalır ancak KK vasıtası ile gerçekleştirilen işlemler yapılamaz. Tahsis süresinin sonunda İAA yeniden tahsise açılır.

Mevcut işleyişteki internet alan adlarının yetki kodu

GEÇİCİ MADDE 3 – (1) TRABİS'in faaliyete geçmesinden önce

a) Orta Doğu Teknik Üniversitesi bünyesinde bulunan Nic.tr (".tr" Alan Adları Yönetimi) tarafından ve

b) Nic.tr'nin kayıt operatörleri tarafından

tahsis edilmiş İAA'lara ait diğer bilgilerin yanında yetki kodu da TRABİS'e iletilir.

TRABİS'in faaliyete geçmesi

GEÇİCİ MADDE 4 – (1) TRABİS'in faaliyete geçebilmesi için gerekli işlemlerin tamamlanmasını müteakip bu durum Kurum tarafından internet sayfasında ilan edilir ve TRABİS faaliyete geçer.

Yürürlük

MADDE 38 – (1) Bu Tebliğin;

a) 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 9 uncu, 10 uncu, 13 üncü, 20 nci ve 37 nci maddeleri ile Geçici 1 inci, Geçici 3 üncü ve Geçici 4 üncü maddeleri yayımı tarihinde,

b) Diğer maddeleri TRABİS'in faaliyete geçtiği tarihten itibaren,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 39 – (1) Bu Tebliğ hükümlerini Kurul Başkanı yürütür.

İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliği

Resmi Gazete Tarihi: 21.08.2013

Resmi Gazete Sayısı : 28742

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Tebliğin amacı, internet alan adları ile ilgili uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesine, uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcıların belirlenmesine ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Tebliğ, ".tr" uzantılı internet alan adları ile ilgili uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesini, uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcıların belirlenmesini ve yükümlülüklerini kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Tebliğ, 7/11/2010 tarihli ve 27752 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliğinin 15 inci maddesine ve 23 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanım ve kısaltmalar

MADDE 4 – (1) Bu Tebliğde geçen;

a) Hakem Heyeti: İnternet alan adları ile ilgili uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacı ile Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcılar bünyesinde kurulan Hakem Heyetlerini,

b) İnternet alan adı (İAA): ".tr" uzantılı internet alan adını,

c) İnternet alan adı dondurma: İnternet alan adı kaydında yer alan bilgilerin değiştirilmesine, internet alan adının satışına, devrine, feragatine ve Kayıt Kuruluşu transferine izin verilmeyip yenilenmesine izin verilmesi halini,

ç) İnternet Alan Adı Sahibi (İAAS): ".tr" uzantılı İAA sahibini,

d) Kanun: 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununu,

e) Kayıt Kuruluşu (KK): Başvuru, yenileme, iptal gibi alan adları ile ilgili işlemlerin yapılmasına aracılık eden tarafı,

f) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

g) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

ğ) Rehber: Alan adı sahibinin iletişim bilgileri ile alan adının tahsis süresinin başladığı ve bittiği tarihler gibi bilgileri içeren bir veritabanını,

h) Şikâyetçi: Tahsis edilmiş bir İAA ile ilgili şikâyette bulunmak üzere uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcısına başvuru yapan tarafı,

ı) Şikâyet edilen: Uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcısı nezdinde şikâyete konu olan İAAS'yi,

i) tr ağ bilgi sistemi (TRABİS): ".tr" uzantılı İAA sisteminin ve buna ait merkezi veritabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve İAA başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistemi,

j) Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcı (UÇHS): İnternet alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten üniversiteleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya uluslararası kuruluşları,

k) Yönetmelik: 7/11/2010 tarihli ve 27752 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliğini,

ifade eder.

(2) Bu Tebliğde geçen ve yukarıda yer almayan tanımlar için ilgili diğer mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcılar

Başvuru ve faaliyete başlama

MADDE 5 – (1) UÇHS olarak faaliyet göstermek isteyen kuruluşlar ekteki başvuru formunu doldurarak Kuruma başvuruda bulunurlar.

(2) UÇHS başvuru sahibinin Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına uygun olarak kurulmuş olmalıdır. UÇHS başvuru sahibinin uluslararası kuruluş olması durumunda Türkiye Cumhuriyetince tanınan ve fikri mülkiyet hukuku, uyuşmazlık hukuku veya tahkim hukuku konusunda uzman uluslararası

kuruluşlardan olması ve Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına uygun olarak kurulmuş bir temsilciliğinin bulunması gerekir.

(3) UÇHS'lerin, alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü sürecini başarıyla yönetebilecek idari ve teknik yetkinliği haiz olmaları ve en az on adet hakemi listelerinde bulundurmaları gerekir.

(4) Kurumca yapılan inceleme sonucunda gerekli şartları taşıdığı tespit edilenler UÇHS olarak belirlenir ve bu UÇHS'lerin ismi ile iletişim bilgileri Kurumun internet sitesinde yayımlanır.

Yükümlülükler

MADDE 6 – (1) UÇHS;

a) Listesinde bulunan hakemlerin adlarını ve kısa özgeçmişlerini internet sitesinde yayımlamakla,

b) Uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru ile ilgili, Yönetmeliğin 25 inci maddesinde yer alan şartları ve gerekli bilgi ve belgelere ilişkin açıklamaları internet sitesinde yayımlamak ve bunların güncelliğini sağlamakla,

c) Kuruma yapmış olduğu başvuruda sunduğu bilgi ve belgelerde herhangi bir değişiklik meydana gelmesi halinde, bu değişiklikleri yedi gün içinde Kuruma bildirmekle,

ç) Talep edilmesi halinde sürecin işleyişi ve gelinen aşama hakkında şikâyetçiyi veya şikâyet edileni bilgilendirmekle,

d) Kabul ettiği her şikâyet başvurusunu aynı gün içerisinde TRABİS'e ve ilgili KK'ya bildirmekle,

e) Kurumun talep ettiği bilgi ve belgeleri derhal sağlamakla,

f) İAA uyuşmazlıklarının çözümü ile ilgili işlemler dolayısıyla elde ettiği bilgi ve belgeleri en az on yıl süre ile saklamakla,

g) İAA uyuşmazlıklarının çözümü ile ilgili işlemler dolayısıyla elde ettiği bilgi ve belgeleri ilgili mevzuat hükümleri dışında üçüncü taraflarla paylaşmamakla,

ğ) Her yıl Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait faaliyet raporunu Kuruma sunmakla,

h) Şikâyetçi ve şikâyet edilenin yaptığı ödemeleri ilgili mevzuatta yer alan güvenli yöntemlerle tahsil etmekle,

ı) Mevzuatları gereği bir İAA'ya, İAAS'ye veya şikâyetçiye ait bilgilere ulaşma yetkisine sahip kamu kurumlarının ve adli makamların taleplerini karşılamakla,

yükümlüdür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Uyuşmazlık çözüm mekanizmasına başvuru

MADDE 7 – (1) Yönetmeliğin 25 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen şartların birlikte sağlandığını iddia eden şikâyetçi, uyuşmazlığın çözümü için, tercih ettiği UÇHS'nin internet sayfasında başvurusunu yapabilir.

(2) UÇHS kapasitesinin yetersiz kaldığı durumlarda başvuruyu kabul etmeme hakkına sahiptir. UÇHS başvuruyu kabul ya da reddettiğine dair cevabını bir iş günü içerisinde şikâyetçiye bildirir.

(3) Şikâyetçi, başvuruda bulunduğu UÇHS tarafından kendisine karar bildirilene kadar aynı şikâyet konusunda başka bir UÇHS'ye başvuruda bulunamaz.

(4) Şikâyetçi, aynı kişiye tahsisli birden fazla İAA'ya ilişkin tek bir başvuruda bulunabilir.

(5) Şikâyetçi başvurusunda uyuşmazlığın bir hakem tarafından ya da üç hakemden oluşan bir heyet tarafından ele alınmasına ilişkin tercihini belirtir.

(6) Şikâyetçi başvurusunda;

a) Kendisinin ve varsa kendisini temsile yetkili kişinin iletişim bilgilerini,

b) Şikâyete konu olan İAA'yı,

c) Şikâyete konu olan İAA'ya ilişkin iptal ya da devir talebini,

ç) İddiasını destekleyici tüm bilgi ve belgeleri ve beş bin kelimeyi aşmayacak şekilde başvuru şartlarının sağlanması ile ilgili gerekçeleri,

d) UÇHS tarafından istenen diğer bilgi ve belgeleri,

e) Aynı şikâyet konusu ile ilgili olarak daha önce başka bir UÇHS'ye veya mahkemeye başvuruda bulunup bulunmadığını ve alınmış herhangi bir karar olup olmadığını,

f) Şikâyetinde belirttiği hususların eksiksiz ve doğru olduğuna dair beyanını,

UÇHS'ye bildirir.

(7) Şikâyetçi başvuru sonrasında ek bilgi, belge ve deliller sunabilir. Bunların değerlendirmeye alınması hakem veya hakem heyetinin takdirindedir.

(8) UÇHS, başvuruda bir eksiklik tespit etmesi halinde durumu şikâyetçiye bildirir ve eksikliğin giderilmesi için şikâyetçiye beş gün süre verir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde başvuru geçersiz sayılır. Ancak bu durum şikâyetçinin yeniden başvuru yapmasına engel teşkil etmez.

(9) UÇHS, başvuruyu kabul etmesini müteakip uyuşmazlığa konu olan İAA'yı derhal TRABİS'e ve ilgili KK'ya bildirir. UÇHS tarafından konu ile ilgili olarak internet sayfasında duyuru yapılır ve İAA dondurulur.

Başvurunun şikâyet edilene gönderilmesi

MADDE 8 – (1) UÇHS tarafından, bir başvurunun kabul edilmesini müteakip bir iş günü içinde;

a) Hakkında şikâyet olduğuna ilişkin bildirim,

b) Başvuruda sunulan bilgi ve belgeleri ihtiva eden şikâyet dosyası,

c) Şikâyetçinin hakem veya hakem heyeti tercihi,

ç) İlgili mevzuat konusunda açıklamalar ile sürecin nasıl işleyeceğine dair bilgiler ve

d) Şikâyet edilenin UÇHS'ye cevap verirken göndermesi gereken bilgi ve belgelere ilişkin açıklamalar

şikâyet edilene gönderilir.

Şikâyet edilenin cevabı

MADDE 9 – (1) Şikâyet edilen, başvurunun kendisine gönderilmesinden itibaren on gün içinde;

a) Kendisinin ve varsa kendisini temsile yetkili kişinin iletişim bilgilerini,

b) UÇHS tarafından kendisinden istenen bilgi ve belgeleri,

c) Cevabını destekleyici tüm bilgi ve belgeleri,

ç) Konu ile ilgili olarak daha önce başka bir UÇHS'ye veya bir mahkemeye başvuruda bulunulup bulunulmadığı ve alınmış herhangi bir karar olup olmadığı bilgisini,

d) Uyuşmazlığın bir hakem tarafından ya da üç hakemden oluşan bir heyet tarafından ele alınmasına ilişkin tercihini,

e) İhtiyaç duyması halinde makul gerekçesi ile birlikte ek süre talebini,

UÇHS'ye iletir.

(2) UÇHS şikâyet edilenin hakem tercihini ve ek süre taleplerini bir iş günü içinde şikâyet eden tarafa gönderir.

(3) UÇHS, şikâyet edilene, talep etmesi halinde on güne kadar ek süre verir ve bunu derhal taraflara bildirir.

(4) Şikâyet edilenin, belirlenen süreler içinde cevap vermemesi halinde şikâyetçinin sunduğu ve ihtiyaç duyulması halinde üçüncü taraflardan temin edilen bilgi ve belgelere göre karar verilir.

Hakemlerin nitelikleri

MADDE 10 – (1) Hakemler gerçek kişilerden seçilir ve asgari aşağıdaki nitelikleri taşır;

a) Başvuru tarihinde fiil ehliyetine sahip Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,

b) Fikri mülkiyet hakları hukuku, marka hukuku, ticaret hukuku veya bilişim hukuku alanlarından en az birinde en az üç yıllık mesleki deneyime sahip olmak,

c) Affa uğramış, ertelenmiş olsa dahi Devlete karşı işlenen suçlar ile zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas gibi bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alımlara fesat karıştırma, gerçeğe aykırı hakemlik yapma, yalan tanıklık veya yalan yere yemin suçlarından hükümlü bulunmamak,

ç) Disiplin yönünden meslekten ya da memuriyetten çıkarılmamış olmak veya sanat icrasından geçici olarak yasaklı durumda olmamak,

d) Daha önce haklı bir neden olmaksızın herhangi bir hakemlikten veya herhangi bir hakem heyeti listesinden çıkarılmamış olmak,

e) En az dört yıllık lisans öğrenimi veren fakülte ve yüksekokulların;

1) Hukuk fakültelerinden,

2) Mühendislik fakültelerinden,

3) Siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat ve işletme fakültelerinden

ya da bu bölümlerden denkliği Yükseköğretim Kurulunca kabul edilmiş yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmak.

Hakemlerin belirlenmesi

MADDE 11 – (1) Tarafların, uyuşmazlığın tek hakemle ele alınması konusunda mutabık olmaları halinde UÇHS hakemi belirler.

(2) Taraflardan birinin hakem heyeti istemesi durumunda uyuşmazlık üç hakemden oluşan bir heyet tarafından ele alınır. Bu durumda UÇHS, taraflardan eş zamanlı olarak, kendi listesinde yer alan hakemlerden biri yedek olmak üzere ikişer ismi seçip kendisine bildirmelerini ister. Heyette yer alacak hakemlerin ikisi tarafların tercihlerinden, üçüncü hakem ise seçilen hakemler tarafından belirlenir. Taraflardan birinin belirlenen süre içerisinde hakem seçimine ilişkin görüş belirtmemesi halinde, bu hakemin seçimi UÇHS tarafından yapılır.

(3) Hakemlerin üçüncü hakemi belirleme konusunda üç iş günü içinde mutabık kalamaması halinde, üçüncü hakem UÇHS tarafından belirlenir. Üçüncü hakem, heyet başkanı olarak görev yapar.

(4) Hakemlerin belirlenmesi işlemi UÇHS tarafından 9 uncu maddenin ikinci fıkrasının gerçekleşmesini müteakip iki iş günü içinde tamamlanır.

(5) UÇHS hakem heyetindeki hakemlerden en az birisinin hukuk fakültesi mezunlarından olmasını sağlar.

Hakemlerin çalışması

MADDE 12 – (1) Hakemler, uyuşmazlık konusu alan adına ve taraflarına ilişkin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını gösterir yazılı beyanlarını UÇHS'ye sunmalarını müteakip çalışmaya başlarlar. Yönetmeliğin 26 ncı maddesinde yer alan hükümler saklı kalmak ve ilgili taraflara karşı tarafsız ve adil davranmak koşuluyla hakemler çalışmaların yürütülme şekli ve yöntemi konusunda serbesttirler.

(2) Hakem heyetinde hakemler arası koordinasyon, heyet başkanı hakem tarafından sağlanır.

(3) Hakemler, bizzat kendileri, eşleri veya üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dahil) kan ve sıhri hısımları ile ilgili şikâyetlerin görüşülmesi ve karara bağlanılması gibi tarafsızlığını etkileyebilecek görevlerde yer alamaz.

(4) Hakemi ya da hakemleri reddetmek isteyen taraf, ret isteminde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde gerekçesini açıkça belirterek ret isteminde bulunabilir ve bu istemini karşı tarafa, UÇHS'ye ve hakem heyetine bildirir. UÇHS gerekli görmesi halinde hakem seçimi sürecini tekrarlar.

(5) Hakem, bağımsızlığını veya tarafsızlığını etkileyecek herhangi bir durumun ortaya çıkması halinde, bunu derhal UÇHS'ye bildirir. Bu durumda UÇHS, gerekli görmesi halinde, yeni bir hakem atar.

Ek bilgi ve belge ihtiyacı

MADDE 13 – (1) Hakem veya hakem heyeti, ihtiyaç duyması halinde UÇHS vasıtasıyla taraflardan ek bilgi ve belge isteyebilir.

(2) Ek bilgi ve belgeler, talebin taraflara gönderilmesinden itibaren beş gün içinde UÇHS'ye sunulur. UÇHS sunulan ek bilgi ve belgeleri derhal hakeme veya hakem heyetine iletir.

Karar

MADDE 14 – (1) Hakem veya hakem heyeti, 9 uncu maddede belirtilen sürecin tamamlanmasını müteakip onbeş gün içinde Yönetmeliğin 27 nci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde karar verir. Bu süre içerisinde karar verilememesi durumunda hakem ya da hakem heyeti beş güne kadar ek süre kullanabilir. İlgili tarafların bilgilendirilmesini teminen bu durum UÇHS'ye bildirilir.

(2) Hakem heyeti kararları basit çoğunlukla alınır, çekimser oy kullanılamaz. Verilen karar gerekçeleri ve varsa karşı görüş şerhi ile birlikte UÇHS'ye bildirilir.

(3) UÇHS, kendisine bildirilen kararı ve kararın gerekçesini bir gün içerisinde TRABİS'e, KK'ya ve şikâyetle ilgili taraflara iletir. UÇHS uyuşmazlığa konu olan İAA'yı, kendisine yapılan başvuru tarihini, karar tarihini, ilgili tarafları ve kararda aksi belirtilmedikçe karar metninin tümünü kendisine ait internet sitesinde derhal yayımlar.

(4) Karar alınmadan önce şikâyetçi ve şikâyet edilenin aralarında anlaşarak uyuşmazlık çözüm sürecinin sona erdirilmesini talep etmeleri halinde hakem veya hakem heyeti çalışmasını sonlandırır. Bu durum UÇHS'nin internet sitesinde yayımlanır, UÇHS'ye ve hakemlere ödenmiş ücretler iade edilmez.

(5) Uyuşmazlık çözüm süreci esnasında şikâyetçinin sona erdirme talebi olursa hakem veya hakem heyeti çalışmasının devamı hakem veya hakem heyetinin kararına bağlıdır.

Kararın uygulanması

MADDE 15 – (1) Kararın taraflara tebliğ edilmesinden itibaren on iş günü içinde veya uyuşmazlık çözüm mekanizması sürecinin daha önceki bir aşamasında konu hakkında ihtiyati tedbir kararının alındığının UÇHS'ye bildirilmemesi halinde alınan kararın gereği ilgili KK ve UÇHS tarafından TRABİS'e iletilmek suretiyle derhal yerine getirilir. KK ve UÇHS konu hakkında ilgili tarafları bilgilendirir.

(2) Kararın taraflara gönderilmesinden sonra on iş günü içinde veya uyuşmazlık çözüm mekanizması sürecinin daha önceki bir aşamasında konu hakkında ihtiyati tedbir kararının alındığının UÇHS'ye bildirilmesi halinde uyuşmazlık çözüm mekanizması süreci devam eder ancak hakem ya da hakem heyeti kararı uygulanmaz. Bu durumda dava sürecinin tamamlanması beklenir ve mahkeme kararının gereği ilgili KK ve UÇHS tarafından TRABİS'e iletilmek suretiyle derhal yerine getirilir. KK ve UÇHS konu hakkında ilgili tarafları bilgilendirir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Diğer Hükümler

Uyuşmazlığa konu olan İAA'ya ilişkin işlemler

MADDE 16 – (1) Uyuşmazlığa konu olan İAA uyuşmazlık süresince dondurulur.

İletişimin sağlanması

MADDE 17 – (1) Şikâyetçi ya da şikâyet edilen taraf hakeme ya da hakem heyetine doğrudan bilgi ve belge sunamaz; taraflar arası bilgi ve belge akışı sadece UÇHS vasıtasıyla yapılır.

(2) UÇHS, uyuşmazlığa konu olan tarafların birinden aldığı bilgi ve belgeleri diğer tarafa da gönderir.

(3) UÇHS ve taraflar arası iletişim e-posta gibi elektronik yöntemlerle de sağlanabilir.

Uyuşmazlık çözümünün dili

MADDE 18 – (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, uyuşmazlık çözüm sürecinde kullanılacak dil Türkçedir.

İAA'nın kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması

MADDE 19 – (1) Aşağıdaki durumlar, Yönetmeliğin 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ifade edilen, bir İAA'nın kötü niyetle tahsis ettirilmesi veya kullanılması olarak değerlendirilir;

a) Şikâyet konusu İAA'nın, ticaret veya hizmet markası, ticaret unvanı, işletme adı veya kişi adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibi olan şikâyetçiye veya şikâyetçinin ticari olarak rekabette bulunduğu tarafa, bu İAA'nın belgelenmiş tahsis masraflarını ve yatırım maliyetini aşan miktardaki bir meblağ karşılığında satma veya devretme amacıyla tahsis ettirilmiş olması,

b) Şikâyet konusu İAA'nın, ticarette kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işaretin sahibinin, bu marka, unvan, ad ya da işareti İAA'da kullanmasını engellemek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,

c) Şikâyet konusu İAA'nın, esasen ticari rakiplerin işlerine ya da faaliyetlerine zarar vermek amacıyla tahsis ettirilmiş olması,

ç) İhtilaf konusu İAA'nın, ticari kazanç elde etmek amacıyla, şikâyetçinin sahibi olduğu ticarette kullanılan marka, ticaret unvanı, işletme adı ya da diğer tanıtıcı işareti ile benzerlik sağlayarak karışıklık meydana getirmek suretiyle internet kullanıcılarının İAAS'nin internet sitesine veya herhangi bir internet sitesine yönlendirilmesi amacıyla bu İAA'nın kullanılması.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasındaki durumlar tahdidi olmayıp, hakem veya hakem heyeti takdiri ile de İAA'nın kötü niyetle tahsis ettirildiği veya kullanıldığına karar verilebilir.

Ücretler

MADDE 20 – (1) Uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesindeki ücretler;

a) Her bir hakem için hakem ücreti, bin Türk Lirasıdır. Bu ücret her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak Maliye Bakanlığınca belirlenecek yeniden değerleme oranına göre artırılır.

b) UÇHS ücreti her bir hakem için belirlenen ücretin yarısıdır.

(2) Hakem ücreti ve UÇHS ücreti, şikâyetçi tarafından başvuru sırasında UÇHS'ye ödenir.

(3) Uyuşmazlık çözüm sürecinin herhangi bir aşamasında UÇHS ücretinin iadesi UÇHS'nin takdirindedir.

(4) Hakem veya hakem heyetinin belirlenmesinden önce tarafların anlaşması ya da şikâyetçinin şikâyetinden vazgeçmesi gibi nedenlerle uyuşmazlık çözüm sürecinin sonlanması halinde hakem ücretleri iade edilir.

(5) Şikâyetçinin tek hakem istediği ancak şikâyet edilenin üç hakemden oluşan heyet tercih ettiği durumlarda, aradaki ücret farkı şikâyet edilen tarafından şikâyetin kendisine iletildiği tarihten itibaren yedi gün içinde ödenir. Ücret farkının ödenmemesi halinde uyuşmazlık tek hakemce görülür.

(6) Hakem veya hakem heyeti kararı ile haksız bulunan taraf haklı bulunan tarafın varsa UÇHS ve hakem ücretlerine ilişkin masraflarını karşı tarafa öder. Bu ödemede Kurumun ve hakemlerin herhangi bir aracılılık rolü bulunmaz.

Denetim ve yaptırımlar

MADDE 21 – (1) Kurum UÇHS'leri re'sen veya şikâyet üzerine denetlemeye yetkilidir.

(2) Yapılan denetimler sonucunda Yönetmelik veya bu Tebliğ hükümlerine aykırı faaliyet gösteren UÇHS'ler uyarılır ve bu durum Kurumun internet sitesinde yayımlanır.

(3) Aykırılığın tekrarının tespiti halinde; Kurum ilgili UÇHS'yi internet sitesinde yayımlamakta olduğu UÇHS'ler listesinden çıkarır ve UÇHS'yi bilgilendirir. Bu durumda ilgili UÇHS yeni şikâyet başvurusu kabul edemez.

(4) UÇHS'nin, 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (ğ) bendindeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda; Kurum ilgili UÇHS'yi uyarmaksızın internet sitesinde yayımlamakta olduğu UÇHS'ler listesinden çıkarır ve UÇHS'yi bilgilendirir. Bu durumda ilgili UÇHS yeni şikâyet başvurusu kabul edemez.

(5) Bu maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında geçen UÇHS'lerin yürütmekte olduğu uyuşmazlık çözüm süreçlerini sonuçlandırmalarını müteakip faaliyetlerine son verilir.

(6) UÇHS faaliyetlerinin bu Tebliğ kapsamındaki yükümlülüklere ve ilgili mevzuata aykırı olması durumunda, UÇHS'ye Kanun ve ilgili diğer mevzuat uyarınca Kurum tarafından idari para cezası veya diğer yaptırımlar ile tedbirler uygulanır.

Faaliyet raporu

MADDE 22 – (1) UÇHS tarafından her yıl Mart ayı sonuna kadar hazırlanarak ve Kuruma sunulacak faaliyet raporu asgari aşağıdaki unsurları içerir;

a) Uyuşmazlık çözüm mekanizmasına yapılan toplam başvuru sayısı,

b) Kabul edilen ve reddedilen başvuru sayısı,

c) Kabul edilen başvuru konusu alan adlarının alt alanlara göre dağılımı,

ç) Kabul edilen başvuruların sonuçlandırılma süreleri,

d) Sonuçlandırılan başvuruların alınan kararlara göre dağılımı,

e) Kabul edilen başvuruların şikâyetçi ve şikâyet edilenin posta adreslerine göre şehir ya da ülke bazında dağılımı,

f) UÇHS'nin bir sonraki yıla ait öngörüleri ve önerileri,

g) Kurum tarafından istenecek diğer bilgi ve belgeler.

Hüküm bulunmayan haller

MADDE 23 – (1) Bu Tebliğde hüküm bulunmayan hallerde Kurul Kararı ile düzenleme yapılır.

Geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) UÇHS'ler, TRABİS faaliyete geçtiği tarihten itibaren faaliyete başlar ve bu durum hakkında Kuruma yazılı olarak bilgi verirler.

Yürürlük

MADDE 24 – (1) Bu Tebliğin;

a) 5 inci, 6 ncı, 10 uncu, 21 inci, 23 üncü maddeleri yayımı tarihinde,

b) Diğer maddeleri TRABİS'in faaliyete geçtiği tarihten itibaren,

yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 25 – (1) Bu Tebliğ hükümlerini Kurul Başkanı yürütür.

İnternet Servis Sağlayıcılığı Hizmeti Sunan İşletmecilere İlişkin Hizmet Kalitesi Tebliği

Resmi Gazete Tarihi: 17.02.2012

Resmi Gazete Sayısı : 28207

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Tebliğin amacı; mobil elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler hariç elektronik haberleşme alt yapısı üzerinden internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerin, hizmet kalitesi ölçüt ve hedef değerlerinin tespiti ile ölçümlerinin yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Tebliğ, elektronik haberleşme alt yapısı üzerinden internet servis sağlayıcılığı hizmetinin, ulusal ve uluslararası hizmet kalitesi standartlarına uygun olarak sunulması amacıyla hizmet kalitesi ölçüt ve hedef değerlerinin belirlenmesi, ölçümlerinin yapılması ile denetimine ilişkin usul ve esasları kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Tebliğ, 12/9/2010 tarihli ve 27697 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliğine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 – (1) Bu Tebliğde geçen;

a) Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi,

b) Abone hattı: Abone ile taşıma şebekesi arasındaki bağlantıyı sağlayan işletmeci sorumluluğundaki şebeke bileşenlerini,

c) Elektronik haberleşme: Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını,

ç) Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını,

d) ETSI: Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsünü,

e) İSS: İnternet Servis Sağlayıcılığını,

f) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi,

g) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi,

ğ) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

h) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

ı) Ölçüm dönemi: Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarının birinci günleri ile başlayan üçer aylık zaman dilimini,

i) Ölçüt: Hizmetin kapsamı ve sınırları belirlenmiş ölçülebilir özelliğini,

ifade eder.

j) (Ek:RG-30/11/2015-29548) Engelli abone: Özür oranı %40 ve üzerinde olan ve işletmecinin sisteminde kayıtlı aboneleri,

k) (Ek:RG-30/11/2015-29548) Hız profili: İnternet paket grupları içinde indirme-gönderme hız ikilileri ve bağlantı çeşitleri (fiber internet, xDSL, kablo internet gibi) aynı olanları,

(2) Bu Tebliğde geçen ve yukarıda yer almayan tanımlar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Ölçütler ve Uyulacak Kurallar

Veri aktarım hızı

MADDE 5 – (1) Veri aktarım hızı, kullanıcı ekipmanı ile test amaçlı belirlenmiş dosyanın indirilmesi ve/veya gönderilmesinde tespit edilen hızı ifade eder.

(2) Veri aktarım hızı, test dosyasının boyutunun tam ve hatasız aktarım için geçen aktarım süresine bölünmesiyle kbit/sn cinsinden hesaplanır. Aktarım süresi, erişim ağının aktarımı başlatmak için gerekli bilgiyi aldığı anda başlar ve test dosyasının son verisini almasıyla sona erer.

(3) Veri aktarım hızına ilişkin ölçümler şunlardır:

a) İndirme için ortalama veri aktarım hızı,

b) İndirme için veri aktarım hızı standart sapması,

c) Tüm indirme işlemlerinin en hızlı %95'inin gerçekleştirilmesinde ulaşılan hız,

ç) Gönderme için ortalama veri aktarım hızı,

d) Gönderme için veri aktarım hızı standart sapması,

e) Tüm gönderme işlemlerinin en hızlı %95'inin gerçekleştirilmesinde ulaşılan hız,

f) İndirme işlemleri için yapılan gözlem sayısı,

g) Gönderme işlemleri için yapılan gözlem sayısı.

(4) Üçüncü fıkranın (c) ve (e) bentlerinde belirtilen ölçümler için ek-1'de yer alan açıklamalar dikkate alınır.

(5) Veri aktarım hızı ölçütüne eksik ve/veya hatalı aktarımlar dahil değildir.

(6) Veri aktarım hızı ile ilgili ölçümler, ölçüm döneminde yer alan her bir ay için örnekleme esasına dayalı test bağlantısı gözlemleri üzerinden yapılır.

(7) Örnekleme yapılırken, üçüncü fıkranın (a), (b), (c), (ç), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen her bir ölçüm için gözlem sayısının belirlenmesinde ek-2, gözlem yerinin belirlenmesinde ise ek-3 kullanılır. Söz konusu ölçümler, ek-4'te yer alan kuruluma göre en az indirmede 15 Mbyte göndermede ise 5 Mbyte büyüklüğünde test dosyası kullanılarak yapılır.

(8) (Değişik:RG-30/11/2015-29548) İşletmeciler hizmet verdiği toplam abone sayısının %2'sinden fazlasına sahip olan hız profillerine ilişkin ölçümleri ayrı ayrı gruplandırarak raporlandırır. Ölçümü yapılan profilin 1000'den daha az sayıda aboneliği bulunan illerde işletmecinin ölçüm yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

(9) (Ek:RG-30/11/2015-29548) Sonuçların tüm trafiği temsil etmesi amacıyla gözlem zamanları gerçek trafik yoğunluğu ile orantılı olarak seçilir. Gözlemler, gerçek trafik yoğunluğu ile orantılı yapılmadığı durumlarda düzenli aralıklarla yapılır ve sonuçlar gerçek trafik verilerine göre ağırlıklandırılır.

(10) (Ek:RG-30/11/2015-29548) Sekizinci fıkraya göre ilk kez yükümlü olunan hız profilleri için, işletmeciler toplam abone sayısının %2'sine ulaştıkları ayı takip eden üç ay içinde bu hız profiline ilişkin ölçümleri yapmaya başlar.

(11) (Ek:RG-30/11/2015-29548) İşletmeciler hizmet verdiği toplam abone sayısının %2'sinin altına düşen hız profillerine ilişkin ölçüm yapmaktan, ilgili aydan itibaren muaf tutulur.

Bağlantı süresi

MADDE 6 – (1) Bağlantı süresi; işletmecinin geçerli bir bağlantı talebi aldığı günden, aboneye hizmeti çalışır durumda verdiği güne kadar geçen süredir.

(2) Bağlantı süresi;

a) Tüm resmi tatiller de dâhil olmak üzere gün cinsinden ölçülür.

b) Abonelik sözleşmesinin imzalandığı andan itibaren başlar.

c) Abonenin işletmeciden birden fazla hizmet talep etmesi veya birden fazla yer için bağlantı talebinde bulunması durumunda her bir hizmet talebi veya bağlantı talep edilen yer için ayrı ayrı ölçülür.

(3) Bağlantı süresi ölçütüne;

a) İlk abonelik talebi,

b) Mevcut bir aboneliğin başka bir kullanıcıya devredilmesi,

c) Mevcut bir aboneliğe ilave olarak yeni bir abonelik talebi,

ç) Aboneye ilgili hizmetin sunulmasında kullanılan teknolojinin yenilenmesi

dahildir.

(4) Bağlantı süresi ölçütüne;

a) İptal edilen abonelik talepleri,

b) Bir abonenin işletmecisini değiştirdiği ve bağlantı süresini bildirmekten sorumlu yeni işletmecinin abone hattı olarak yerel ağa ayrıştırılmış erişim veya veri akış erişimi gibi toptan erişim yöntemlerini kullandığı durumlar,

c) Abonenin bağlantı için; ileri tarih talebinde bulunduğu, işletmeci ile bir tarih üzerinde anlaştığı, üzerinde anlaşılan zamanda bağlantı yapılacak adreste bulunmadığı, yanlış adres bildirdiği durumlar,

ç) Abonenin mülkiyetinde veya sorumluluğunda olan bir ekipmanı zamanında temin etmediği veya bu ekipmanın yetersiz olduğu durumlar,

d) İşletmecinin sorumluluğunda olmayan bina içi tesisatın yetersiz olduğu durumlar,

e) Abonelik nakil talepleri

dahil değildir.

(5) Bağlantı süresine ilişkin ölçümler şunlardır:

a) Tüm taleplerin en hızlı karşılanan %50'sinin yerine getirilmesinde geçen süre,

b) Tüm taleplerin en hızlı karşılanan %95'inin yerine getirilmesinde geçen süre,

c) Tüm taleplerin en hızlı karşılanan %99'unun yerine getirilmesinde geçen süre.

(6) Bağlantı süresi ölçütüne ilişkin ölçümler, ölçüm döneminde yer alan her bir ay için verilerin tümü üzerinden, ek-1'de verilen açıklamalar dikkate alınarak yapılır.

(7) Fiber internet, xDSL, kablo internet gibi bağlantı çeşitleri için verilen hizmetlere ilişkin ölçüm sonuçları ayrı ayrı gruplandırılarak raporlandırılmalıdır.

(8) (Ek:RG-30/11/2015-29548) Bağlantı süresine ilişkin raporlamalarda, ilgili ayda işletmecinin aboneye hizmeti çalışır durumda verdiği bütün kayıtlar esas alınarak hesaplama yapılır

Fatura şikâyeti oranı

MADDE 7 – (1) Fatura şikâyeti oranı; geçerli olup olmamasına bakılmaksızın, internet kullanım süresi, tarife, hizmet, indirimler, kampanyalar, vergi de dahil olmak üzere toplam tutar gibi hususların doğruluğu konularında bildirilen şikayetlere konu fatura sayısının toplam fatura sayısına oranı olarak hesaplanır.

(2) Şikâyetin geçerliliğine, bağlantı tarihlerine veya şikâyet konusuna bakılmaksızın fatura ile ilgili tüm şikâyetler ölçümlere dâhildir.

(3) Fatura şikâyeti oranı ile ilgili ölçümlere, fatura bilgisi sorgulama ve arıza bildirimleri dahil değildir.

(4) Fatura şikâyeti oranı ile ilgili ölçümler, ölçüm döneminde yer alan her bir ay için verilerin tümü üzerinden yapılır.

Arıza giderme süresi

MADDE 7/A – (Ek:RG-30/11/2015-29548)

(1) Arıza giderme süresi, arızanın işletmeciye bildirildiği andan itibaren hizmetin tam olarak sunulmaya başlandığı zamana kadar geçen ve saat cinsinden ölçülen süredir.

(2) Arıza giderme süresi ölçütüne;

a) Abonenin arıza giderimi için ileri tarih talebinde bulunduğu veya üzerinde anlaşılan zamanda adreste bulunmadığı veya aboneye ulaşılamadığı durumlar,

b) İşletmecinin arızanın giderilip giderilemediği konusunda bilgi alamadığı ara bağlantı yapılan şebekelerden kaynaklanan arızalar,

c) Özel anlaşmalar ile arıza müdahale süresinin taahhüt edildiği aboneliklerdeki arızalar,

ç) Abone mülkiyetinde bulunan cihaz kaynaklı ve abone sorumluluğunda bulunan tesisat kaynaklı arızalar,

d) Doğal afet, toplumsal olaylar ve kamu kurumlarının çalışmaları sonucu oluşan arızalar,

dahil değildir.

(3) İşletmeci arıza giderme ölçütüne dahil etmediği arızanın, ikinci fıkranın (a), (b), (c), (ç) veya (d) bentlerinden en az birine uygun nitelikte olduğunu ispatlamakla yükümlüdür.

(4) Arıza giderme süresine ilişkin ölçümler şunlardır:

a) Tüm geçerli arızaların en hızlı karşılanan %80'inin giderildiği süre.

b) Tüm geçerli arızaların en hızlı karşılanan %95'inin giderildiği süre.

c) Engelli aboneler tarafından bildirilen tüm geçerli arızaların en hızlı karşılanan %95'inin giderildiği süre.

(5) Raporlamalarda arızanın bildirim tarihine bakılmaksızın, ölçüm döneminde giderilen arızalar dikkate alınır.

(6) Kullanıcıların arıza bildirimi, haftanın yedi günü ve yirmi dört saat boyunca alınır ve resmi tatil günleri de ölçüm süresine dahil edilir.

(7) Arıza giderme süresi ile ilgili ölçümler, ölçüm döneminde yer alan her bir ay için verilerin tümü üzerinden, Ek-1'de belirtilen açıklamalar dikkate alınarak yapılır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yükümlülükler, Denetim, İdari Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar

Yükümlülükler

MADDE 8 – (1) Kurumumuz tarafından yayımlanan Üç Aylık Pazar Verileri Raporunda yıl sonu verilerinin yer aldığı dördüncü çeyrek için belirlenen İSS Pazar Paylarına göre pazar payı %4 ve üzerinde olan İSS'ler ve Kurumumuzla görev sözleşmesi imzalamak suretiyle kablo internet hizmeti sunan işletmeciler, bu Tebliğin ek-5'inde yer alan tablodaki ölçütlere ilişkin ölçümleri yapmak ve ilgili hedef değerleri ölçüm döneminde yer alan her bir ay için sağlamakla yükümlüdür.

(2) Bu maddenin birinci fıkrasına göre yükümlü olan işletmeciler; her yılın Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim ayının sonuna kadar bir önceki ölçüm dönemine ilişkin olarak yapılan hizmet kalitesi ölçümlerini, ek-5'te verilen tabloyu da içeren bir rapor hazırlayarak Kuruma gönderir.

(3) Kurum, hizmet kalitesi ölçümlerine ilişkin raporların tamamını veya bir bölümünü yayımlama ve/veya yayımlatma yetkisine sahiptir. Kurum, her bir ölçüm dönemine ilişkin işletmeci tarafından Kuruma gönderilen hizmet kalitesi raporunu bir yıl boyunca işletmecinin internet ana sayfasından hizmet kalitesi ölçümleri bağlantısı aracılığıyla erişilebilecek şekilde yayımlatabileceği gibi söz konusu raporları kendi internet sayfasında da yayımlayabilir.

(4) Bu maddenin birinci fıkrasına göre yükümlü olan işletmeciler; hizmet kalitesi ölçümlerine ilişkin olarak raporlanan bilgilerin doğruluğunu sağlar, ilgili kayıtları on iki ay süreyle muhafaza eder ve istendiğinde Kuruma verir. Yanlış veya eksik olduğu tespit edilen veri veya kayıtlarda gerekli düzeltmeleri verilen sürede yapar.

(5) Birinci fıkraya göre ilk kez yükümlü olacak işletmeciler, dördüncü çeyrek Üç Aylık Pazar Verileri Raporunun yayımlanma tarihinden altı ay sonraki ilk ölçüm döneminden itibaren bu Tebliğin ek-5'inde yer alan tablodaki ölçütlere ilişkin ölçümleri yapmak, ilgili hedef değerleri ölçüm döneminde yer alan her bir ay için sağlamak ve hizmet kalitesi raporunu Kuruma ikinci fıkrada belirtilen sürelerde düzenli olarak göndermekle yükümlüdür.

(6) Birinci fıkraya göre yükümlülüğü sona eren ancak sonraki dönemlerde tekrar yükümlü olan işletmeciler; dördüncü çeyrek "Üç Aylık Pazar Verileri Raporu"nun yayımlanma tarihinden sonraki ilk ölçüm döneminden itibaren bu Tebliğin ek-5'inde yer alan tablodaki ölçütlere ilişkin ölçümleri yapmak, ilgili hedef değerleri ölçüm döneminde yer alan her bir ay için sağlamak ve hizmet kalitesi raporunu Kuruma ikinci fıkrada belirtilen sürelerde düzenli olarak göndermekle yükümlüdür.

(7) Dördüncü çeyrek Üç Aylık Pazar Verileri Raporunun bir ölçüm döneminin içinde yayımlanarak işletmecinin yükümlülüğünün sona ermesi durumunda işletmeci söz konusu döneme ait hizmet kalitesi ölçümlerini tamamlayarak bu döneme ilişkin raporu Kuruma gönderir.

(8) Bu maddenin birinci fıkrasına göre yükümlü olan işletmeciler; ölçümlere ilişkin ilgili mevzuatta yer almayan hususlarda ETSI EG 202 057-1ve ETSI EG 202 057-4 sayılı standartların güncel sürümlerini esas alır.

Denetim

MADDE 9 – (1) Kurum, bu Tebliğin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre yükümlü olan işletmeciler tarafından bildirilen ve yayımlanan hizmet kalitesine ilişkin bilgilerin doğruluğunu veya işletmecilerin belirlenen hedef değerlere uyum sağlayıp sağlamadıklarını re'sen veya şikâyet üzerine denetleyebilir veya denetletebilir, konu ile ilgili olarak gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi talep edebilir.

İdari para cezaları ve diğer yaptırımlar

MADDE 10 – (1) Bu Tebliğ kapsamında yükümlü olan işletmecilerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda 12/9/2010 tarihli ve 27697 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Hizmet Kalitesi Yönetmeliğinin idari para cezaları ile diğer yaptırımlar başlıklı 9 uncu maddesi hükümleri uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Geçiş hükmü

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Bu Tebliğde yer alan yükümlülükler Kurumumuzla görev sözleşmesi imzalamak suretiyle kablo internet hizmeti sunan işletmeciler için 1/1/2013 tarihinden itibaren başlar.

Yürürlük

MADDE 11 – (1) Bu Tebliğ yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 12 – (1) Bu Tebliğ hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

Elektronik Ticarette Güven Damgası Hakkında Tebliğ

Resmi Gazete Tarihi: 06.06.2017

Resmi Gazete Sayısı : 30088

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak, Tanımlar ve Kısaltmalar

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Tebliğin amacı, elektronik ticarette güven damgasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Tebliğ, güven damgası almak isteyen ve Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik kapsamında bulunan aracı hizmet sağlayıcı ve kendine ait elektronik ticaret ortamında faaliyet gösteren hizmet sağlayıcının uyması gereken güvenlik ve hizmet kalitesi standartlarını; güven damgası sağlayıcının faaliyetleri ve yükümlülükleri ile güven damgasının verilmesi, askıya alınması ve iptaline ilişkin usul ve esasları kapsar.

(2) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununa ve 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanuna göre faaliyet izni almış kuruluşlar bu Tebliğ kapsamı dışındadır.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Tebliğ, 3/6/2011 tarihli ve 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesi, 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 11 inci maddesi ile 26/8/2015 tarihli ve 29457 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 4 – (1) Bu Tebliğin uygulanmasında;

a) Alıcı: Elektronik ticarete konu mal veya hizmeti satın alan ya da satın alma amacıyla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

b) Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri,

c) Bakanlık: Gümrük ve Ticaret Bakanlığını,

ç) Belge: Yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki verileri ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarını,

d) Elektronik ticaret ortamı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunulan internet sitesi, mobil site veya uygulama gibi platformları,

e) Extended validation SSL (EV SSL): Gerçek veya tüzel kişilerin yasal belgelere göre kimlik doğrulamasını sağlayan ve sunucu ile istemci arasında akan verinin güvenliğini ve bütünlüğünü mümkün kılan sertifikayı,

f) Güven damgası: Bu Tebliğde öngörülen asgari güvenlik ve hizmet kalitesi standartlarına uyan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıya verilen elektronik işareti,

g) Güven damgası sağlayıcı (GDS): Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıya bu Tebliğde öngörülen kriterlere uygun olarak güven damgası veren, güven damgasına ilişkin diğer faaliyetleri yürüten ve Bakanlık tarafından protokolle yetkilendirilen kuruluşu,

ğ) Hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri,

h) MERSİS numarası: Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) tarafından ticaret siciline kayıtlı tacirlere verilen tekil numarayı,

ı) Secure socket layer (SSL): Sunucu ile istemci arasında akan verinin güvenliğini ve bütünlüğünü mümkün kılan sertifikayı,

i) Sızma testi: Güvenlik açıklarını istismar edilmeden önce tespit etmek ve düzeltmek amacıyla gerçekleştirilen atakları içeren faaliyetleri,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Güven Damgasının Tahsisi, Askıya Alınması ve İptali

Güven damgası alma şartları

MADDE 5 – (1) Güven damgası almak isteyen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı asgari olarak aşağıdaki standartlara uyar:

a) Kişisel veri ve ödeme bilgisi içeren her türlü işlemin internet sitesi ve mobil sitede EV SSL, uygulamada SSL ile gerçekleştirilmesini sağlar.

b) Güven damgası başvurusunda bulunmadan en fazla üç ay önce ve her takvim yılı içinde en az bir defa, Türk Standardları Enstitüsü tarafından onaylı A veya B sınıfı sızma testi firmalarına sızma testi yaptırarak gerekli önlemleri alır ve bu önlemleri aldığına ilişkin doğrulama testi yaptırır.

c) 23/2/2006 tarihli ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununa, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna, 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanuna, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna, 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa ve bu kanunların ikincil düzenlemeleri ile elektronik ticaret ortamında satışı yasak olan ya da şarta bağlanan ürünlere ilişkin düzenleme ve idari kararlara uygun süreçler tasarlar.

ç) Elektronik ticaret ortamında çocukların fiziksel, zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişim özelliklerini olumsuz yönde etkileyebilecek içeriğe yönelik tedbirleri alır.

d) Elektronik ticarete konu malın stok bilgisi, içeriği, malzemesi, ölçüleri gibi özelliklerine, kullanımına ve varsa garantisine, teknik desteğine ve bunların kim tarafından sağlanacağına ilişkin detaylar ile gerçek boyutlarının anlaşılmasını mümkün kılan görselleri, tedarik, kargo ve teslimat süresi gibi hususları, sipariş alıcıya teslim edilinceye kadar siparişin durumu hakkında gerekli bilgileri ve kargo takip imkânını sunar ya da sunulmasına olanak sağlar.

e) Elektronik ticarete konu hizmetin kim tarafından sağlanacağı, kapsamı ve süresi gibi bilgileri sunar ya da sunulmasına olanak sağlar.

f) Bu fıkranın (d) ve (e) bentlerine ilişkin taahhütlerine uygun hareket eder.

g) Alıcının siparişi hakkında bilgi alabilmesi, talep ve şikâyetlerini internet tabanlı iletişim yöntemlerinden en az biri ve telefon aracılığıyla iletebilmesi için müşteri hizmetleriyle iletişim imkânı sunar. Talep ve şikâyetlerin etkin bir şekilde yönetilmesini, sonuçlandırılmasını ve konuya ilişkin alıcının bilgilendirilmesini sağlar.

(2) Güven damgası almak isteyen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının gerçek kişi olması halinde kendisinin ve yetkili temsilcisinin, tüzel kişi olması halinde ise yöneticilerinin ve yetkili temsilcilerinin 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde

belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya bilişim suçlarından mahkûm olmaması gerekir.

(3) Güven damgası almak isteyen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı iflas etmiş ise itibarın iadesinin sağlanmış olması gerekir.

Güven damgası başvurusu ve tahsisi

MADDE 6 – (1) Güven damgası başvurusu hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı tarafından GDS'ye yapılır. Hizmet sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcının birden fazla elektronik ticaret ortamının bulunması halinde, güven damgası tahsis edilmesi istenen her bir elektronik ticaret ortamı için ayrı ayrı başvuruda bulunulur.

(2) Başvuru sahibi, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarındaki şartlara uyduğunu gösterir belgeleri, birinci fıkranın diğer bentlerindeki şartları taşıdığına dair yazılı beyanını ve başvuru ücretini ödediğine dair makbuzu başvurusu sırasında GDS'ye sunar.

(3) Başvuru sahibinin 5 inci maddedeki şartlara uygunluğu kontrol edilerek bu kontrole ilişkin tespitlerin yer aldığı bir rapor başvuru tarihinden itibaren otuz gün içinde hazırlanır.

(4) Üçüncü fıkra gereğince yapılan kontrol neticesinde:

a) Şartlara uyduğu tespit edilen başvuru sahibine güven damgası tahsis edilir.

b) Şartlara uymadığı tespit edilen başvuru sahibine bu durumun ortadan kaldırılması için otuz gün süre verilir. Bu süre bir defaya mahsus olmak üzere on beş gün uzatılabilir. Verilen sürenin sonuna kadar şartlara uyduğu tespit edilen başvuru sahibine güven damgası tahsis edilir. Aksi halde başvuru reddedilir.

(5) Güven damgası, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının elektronik ticaret ortamının ana sayfasında yer alır. Güven damgasına ana sayfa dışındaki sayfalarda da yer verilebilir.

(6) Tahsis edilen her bir güven damgası üzerinden GDS'nin internet sitesine doğrulama bağlantısı sağlanır. Bu bağlantı aracılığıyla, güven damgasının tahsis edildiği hizmet sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcıya ilişkin bilgiler belirtilir.

(7) Güven damgası tahsis edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının elektronik ticaret ortam bilgileri GDS'nin internet sitesinde güncel olarak yayımlanır.

Güven damgası askı işlemleri

MADDE 7 – (1) Güven damgası tahsis edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının 5 inci maddedeki şartlara uymadığının tespit edilmesi ve bu durumun süre verilerek ortadan kaldırılmasının mümkün olması halinde güven damgası sahibine on beş gün süre verilir. Bu sürenin sonuna kadar şartlara uymayan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının güven damgası askıya alınır. Askıya alma tarihinden itibaren otuz gün içinde şartlara uyulması halinde güven damgası askıdan indirilir.

(2) Güven damgası askıya alınan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların listesi GDS'nin internet sitesinde güncel olarak yayımlanır.

(3) Güven damgası askıya alınan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının elektronik ticaret ortamında yer alan güven damgasının üzerinde görülebilecek şekilde, güven damgasının askıya alındığına ilişkin ibareye yer verilir. Askıya alınma nedeninin ayrıntılı olarak öğrenilebilmesi için GDS'nin internet sitesine bir bağlantı ile yönlendirme yapılır.

Güven damgasının iptali

MADDE 8 – (1) Güven damgası, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının;

a) Talebi,

b) Elektronik ticaret ya da aracılık faaliyetlerine son vermesi,

c) Güven damgasının askıya alınma tarihinden itibaren otuz gün içinde 5 inci maddedeki şartlara uymadığının tespit edilmesi,

ç) 5 inci maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen şartlardan herhangi birine aykırı hareket etmesi, bu aykırılığın süre verilerek ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması ve GDS'nin iki defa yazılı uyarısına rağmen aynı aykırılığı tekrarlaması,

d) Güven damgasının bir takvim yılı içinde üçüncü defa askıya alınmasını gerektiren bir aykırılık tespit edilmesi,

e) 5 inci maddedeki şartlara ilişkin eksik bilgi veya yanıltıcı belge verdiğinin tespit edilmesi,

f) İflası,

halinde iptal edilir.

(2) Güven damgası iptal edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının elektronik ticaret ortamından güven damgası kaldırılır.

(3) Birinci fıkranın (c), (ç), (d) veya (e) bentleri gereğince güven damgası iptal edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının ad-soyad veya unvanı, elektronik ticaret ortam bilgisi ve iptal gerekçesi GDS'nin internet sitesinde bir yıl süreyle yayımlanır.

(4) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıya tahsis edilen güven damgasının, birinci fıkranın;

a) (c), (ç) ve (d) bentleri gereğince iptal edilmesi halinde bir yıl,

b) (e) bendi gereğince iptal edilmesi halinde üç yıl,

c) (f) bendi gereğince iptal edilmesi halinde itibarın iadesi sağlanana kadar,

güven damgası başvurusunda bulunulamaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GDS'nin Denetim Yetkisi ve Görevleri ile Yükümlülükleri

GDS'nin denetim yetkisi ve görevleri

MADDE 9 – (1) GDS;

a) Güven damgası başvurusunda bulunan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının 5 inci maddede öngörülen şartlara uygunluğunu kontrol etmekle,

b) Güven damgası tahsis ettiği hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının 5 inci maddedeki şartlara uygunluğunu şikâyet üzerine her zaman ve her takvim yılı içinde en az bir defa denetlemekle,

c) Güven damgası tahsis ettiği hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının sahip olduğu EV SSL ve SSL'in geçerlilik sürelerini takip etmekle,

ç) Güven damgasının haksız kullanımını önlemeye yönelik her türlü tedbiri almakla,

d) Denetimleri sırasında tespit ettiği adli veya idari yaptırım gerektiren hususları yazılı olarak ilgili mercilere ve Bakanlığa bildirmekle,

görevli ve yetkilidir.

GDS'nin yükümlülükleri

MADDE 10 – (1) GDS, bu Tebliğin;

a) 6 ncı maddesi gereğince hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının güven damgası başvurusuna ve güven damgasının tahsisine,

b) 7 nci maddesi gereğince güven damgasının askı sürecine,

c) 8 inci maddesi gereğince güven damgasının iptaline,

ç) 9 uncu maddesi gereğince hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının denetimine,

d) 11 inci maddesi gereğince Bakanlığa sunulmak üzere faaliyet raporu hazırlanmasına,

ilişkin iş ve işlemleri yürütür.

(2) Güven damgası alan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıya ilişkin şikâyetlerin iletilebilmesi amacıyla çevrim içi şikâyet sistemi oluşturarak Bakanlığın erişimine açar. Bu sistem üzerinden yapılan şikâyetleri hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıya aynı gün içinde iletir ve bu hususta şikâyetçiye bilgi verir.

(3) GDS olarak yetkilendirildiği tarihten itibaren altı ay içinde ulusal düzeyde güven damgası veren kuruluşların üye olabildiği uluslararası güven damgası kuruluşlarından en az birine üye olur.

(4) Elektronik ticaret ortamında satışı yasak olan ya da şarta bağlanan ürünlere ilişkin düzenleme ve idari kararları takip eder ve güven damgası alan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıyı bu hususlarda bilgilendirir.

(5) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı ile alıcıları güven damgası sistemi hakkında bilgilendirmek amacıyla güven damgası kılavuzu hazırlayarak internet sitesinde yayımlar.

(6) Bu Tebliğ uyarınca yürütmekle yükümlü olduğu faaliyetler nedeniyle elde ettiği bilgi ve belgeleri, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı ile arasındaki sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle saklar.

(7) Hizmetin ifası sırasında hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı ile alıcı hakkında edindiği her türlü bilgi ve belgenin gizliliğini sağlar. Hizmetin ifasının gerektirdiği haller dışında bu bilgi ve belgeleri üçüncü taraflarla paylaşamaz.

(8) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı olarak faaliyette bulunamaz.

Faaliyet raporu

MADDE 11 – (1) GDS tarafından bu Tebliğ kapsamında yürütülen faaliyetlerle ilgili olarak her yıl mart ayı sonuna kadar Bakanlığa faaliyet raporu sunulur. Raporda, asgari olarak aşağıdaki hususlara yer verilir:

a) Güven damgası başvurusunda bulunan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı ile güven damgası tahsis edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının elektronik ticaret ortam

bilgileri, gerçek kişi olmaları halinde ad ve soyadları ile T.C. kimlik numaraları veya vergi kimlik numaraları; tüzel kişi olmaları halinde ticaret unvanları ve MERSİS numaraları.

b) Güven damgası tahsis edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı hakkında çevrim içi şikayet sistemi üzerinden yapılan şikâyetlerin sayısı, konusu, sonucu ve sonuçlanma süresine ilişkin bilgiler.

c) Güven damgası yıl içinde askıya alınan veya iptal edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının elektronik ticaret ortam bilgileri ile güven damgasının askı ve iptal nedenleri.

ç) GDS'nin bir sonraki yıla ait elektronik ticaret pazar öngörüleri.

d) Bakanlıkça gerekli görülen diğer bilgiler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Güven damgası hizmeti

MADDE 12 – (1) Yurt dışında yerleşik olan ve yurt dışından güven damgası hizmeti veren gerçek veya tüzel kişilerce verilen güven damgasının kullanımı hariç olmak üzere, Bakanlık tarafından yetkilendirilmeden güven damgası hizmeti verilemez, güven damgası izlenimi verecek hiçbir işaret tahsis edilemez ve kullanılamaz.

Bakanlık yetkisi ve denetim

MADDE 13 – (1) Bakanlık; bu Tebliğ kapsamında elektronik ticaret işlem ve faaliyetlerinin güven ve istikrar içinde sürdürülebilmesini teminen gerekli her türlü bilgi ve belgeyi talep etmeye, denetim yapmaya, idari tedbir almaya ve tasarrufta bulunmaya, GDS tarafından verilen güven damgası hizmetine ilişkin itirazları kabul etmeye, yükümlülüklerini yerine getirmeyen GDS'nin yetkisini iptal etmeye, güven damgası hizmeti kapsamında alınacak ücretlerin üst sınırını ve güven damgasının biçimi ile ölçütlerini belirlemeye yetkilidir.

Yürürlük

MADDE 14 – (1) Bu Tebliğ yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 15 – (1) Bu Tebliğ hükümlerini Gümrük ve Ticaret Bakanı yürütür.

Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi ve Bildirim Yükümlülükleri Hakkında Tebliğ

Resmi Gazete Tarihi: 11.08.2017

Resmi Gazete Sayısı : 30151

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Tebliğin amacı, elektronik ticaret bilgi sistemi üzerinden yapılması gereken kayıt ve bildirimlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Tebliğ, ağ üzerinde mal veya hizmet satışına yönelik sözleşme yapılmasını veya sipariş verilmesini sağlayan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılar ile bu Tebliğde belirtilen diğer gerçek veya tüzel kişilerin elektronik ticarete ilişkin kayıt veya bildirim yükümlülüklerini kapsar.

(2) (Değişik:RG-15/2/2019-30687) Bu Tebliğ hükümleri, münhasıran elektronik posta, telefon araması, kısa mesaj veya elektronik ortamda doğrudan iletişime imkân veren benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeleri gerçekleştiren hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılara ve abonelik sözleşmeleri için kamu hizmetlerinin tek noktadan sunulduğu ortak kamu elektronik platformuna uygulanmaz.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Tebliğ, 3/6/2011 tarihli ve 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesi, 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 11 inci maddesi ile 26/8/2015 tarihli ve 29457 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Ticarette Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğin 16 ncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 4 – (1) Bu Tebliğin uygulanmasında;

a) Ağ: Elektronik ticarete dair işlemlerin yapılmasına imkân sağlayan internet gibi bilgisayar tabanlı ortamları,

b) Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadî ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ya da tüzel kişileri,

c) Bakanlık: Gümrük ve Ticaret Bakanlığını,

ç) Elektronik ticaret: Fizikî olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadî ve ticari her türlü faaliyeti,

d) Elektronik ticaret altyapı sağlayıcı: Hizmet sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret yapmasına imkan sağlayan altyapı ve yazılım hizmetini sunan gerçek ya da tüzel kişileri,

e) Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi (ETBİS): Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların kayıt altına alınması, elektronik ticaret verilerinin toplanması, bu verilerin işlenerek istatistiki bilgilerin üretilmesi amacıyla Bakanlık tarafından oluşturulan ve bu Tebliğ kapsamında kayıt ve bildirim yapılabilmesine imkan sağlayan bilgi sistemini,

f) Elektronik ticaret ortamı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunulan internet sitesi, mobil site veya uygulama gibi platformları,

g) Elektronik ticaretin türü: Elektronik ticaretin tarafları arasında yapılan ve işletmeden işletmeye veya işletmeden tüketiciye gibi elektronik ticaretin yönünü gösteren sınıflandırmayı,

ğ) Hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri,

h) Kayıtlı elektronik posta (KEP): Elektronik iletilerin gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak hukukî delil sağlayan, elektronik postanın nitelikli şeklini,

ı) MERSİS numarası: Merkezi Sicil Kayıt Sistemi tarafından verilen ve özel algoritma ile üretilmiş tekil numarayı,

ifade eder.

ETBİS'e kayıt işlemleri

MADDE 5 – (1) Aşağıda belirtilen gerçek veya tüzel kişiler faaliyete başlamadan önce ETBİS'e kayıt olur:

a) Kendilerine ait elektronik ticaret ortamında faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılar.

b) Aracı hizmet sağlayıcılar.

c) Yurt içinde yerleşik olup yurt içinde elektronik ticaret faaliyetinde bulunmamakla birlikte yurt dışında yerleşik bir aracı hizmet sağlayıcı üzerinden sözleşme yapan veya sipariş alan hizmet sağlayıcılar.

(2) Kayıt için ETBİS'e aşağıdaki bilgiler girilir:

a) Gerçek veya tüzel kişi tacirler için MERSİS numarası ve vergi kimlik numarası, esnaf ve sanatkârlar için T.C. kimlik numarası ve vergi kimlik numarası.

b) Elektronik ticaret veya aracılık faaliyetinde bulunulan mobil uygulama ve alan adı.

Bildirim yükümlülüğü

MADDE 6 – (1) ETBİS'e kayıt edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılar kendilerine ilişkin olarak aşağıda belirtilen hususlarda bildirimde bulunur:

a) Tebligata elverişli KEP adresi.

b) Elektronik ticaretin türü.

c) Elektronik ticaret dışındaki ticari faaliyetleri.

ç) Elektronik ticaret ortamında sunulan mal ve hizmetlerin türü.

d) Elektronik ticaret ortamında sunulan ödeme yöntemleri.

e) Elektronik ticaret ortamında ikinci el malların satışa sunulup sunulmadığı ve satışa sunulan ikinci el malların türü.

f) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında faaliyet gösteren bankalar ile 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında faaliyet gösteren ödeme ve elektronik para kuruluşlarından alınan hizmetlere ilişkin bilgiler.

g) Varsa (f) bendinde zikredilen kuruluşlar dışında ödeme hizmeti alınan kuruluşlardan alınan hizmetlere ilişkin bilgiler ile (f) bendinde zikredilen kuruluşların aracı olmadığı ödeme yöntemleri.

ğ) 11/6/2009 tarihli ve 27255 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Karayolu Taşıma Yönetmeliği uyarınca M türü yetki belgesi alan kargo ve lojistik işletmecilerinden alınan hizmetlere ilişkin bilgiler.

h) Hizmet alınan elektronik ticaret altyapı sağlayıcılarına ilişkin bilgiler.

ı) Kişisel verilerin ve müşteri bilgilerinin tutulduğu veri tabanlarının bulunduğu ülke ve adres bilgileri.

i) Elektronik ticaret ortamında sınır ötesi elektronik ticaret gerçekleştirilmesi halinde ülke ve ödeme yöntemi bazında bu ticaretin yıllık hacmi.

j) Bakanlıkça gerekli görülen diğer bilgiler.

(2) Kendine ait elektronik ticaret ortamında faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılar, üretim yeri ve depo adresleri ile sınır ötesi elektronik ticaret faaliyetinde bulunduğu aracı hizmet sağlayıcıların alan adlarını birinci fıkrada belirtilenlere ek olarak bildirir.

(3) Ödeme ve elektronik para kuruluşları, bankalar, Bankalararası Kart Merkezi Anonim Şirketi, kargo ve lojistik işletmecileri, elektronik ticaret altyapı sağlayıcıları ve aracı hizmet sağlayıcılar internet üzerinden yapılan sözleşme ve verilen siparişlere ilişkin Bakanlıkça detayları belirlenen ve anonim hale getirilmiş istatistiki bilgileri aylık dönemler halinde bildirir. Bir aya ait bilgiler, takip eden ayın son günü saat 24:00'e kadar iletilir.

(4) ETBİS'e bildirim sırasında hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sanal pos bilgileri Bankalararası Kart Merkezi Anonim Şirketi üzerinden sistem aracılığıyla teyit edilir.

Bildirim süresi

MADDE 7 – (1) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılar 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (i) bendi dışında kalan yükümlülükler ile ikinci fıkrasındaki yükümlülükleri ETBİS'e kayıt tarihinden itibaren otuz gün içinde, birinci fıkranın (i) bendindeki yükümlülüğü ise her yıl mart ayı sonuna kadar yerine getirir.

(2) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılar, kayıt ve bildirim yükümlülüğü bulunan hususlarda meydana gelen değişiklikleri, değişiklik tarihinden itibaren otuz gün içinde bildirir.

(3) Elektronik ticaret faaliyeti sona eren hizmet sağlayıcılar ile aracılık faaliyeti sona eren aracı hizmet sağlayıcılar bu durumu faaliyetlerinin sona erdiği tarihten itibaren otuz gün içinde bildirir.

Bildirim usulü

MADDE 8 – (1) Bu Tebliğ uyarınca gerçek kişiler tarafından yapılacak bildirimler kendileri veya yetkili temsilcileri, tüzel kişiler tarafından yapılacak bildirimler ise yetkili temsilcileri tarafından e-Devlet kapısı üzerinden ETBİS'e yapılır.

İlan

MADDE 9 – (1) ETBİS'e kayıt edilen hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılar ile bunlara ilişkin gerekli görülen diğer bilgiler Bakanlık internet adresinden veya Bakanlıkça oluşturulan "www.eticaret.gov.tr" internet adresinde ilan edilir.

Geçiş hükmü

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) 1/12/2017 tarihi itibarıyla faaliyette olan hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcılar 5 inci ve 6 ncı maddelerde belirtilen yükümlülüklerini söz konusu tarihten itibaren otuz gün içinde yerine getirir.

(2) 6 ncı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bildirim yükümlülüğü getirilenler bu yükümlülüklerini 1/1/2018 tarihinden itibaren yerine getirir.

Yürürlük

MADDE 10 – (1) Bu Tebliğ yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 11 – (1) Bu Tebliğ hükümlerini Gümrük ve Ticaret Bakanı yürütür.

Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ

Resmi Gazete Tarihi: 06.01.2005

Resmi Gazete Sayısı : 25692

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

Amaç

Madde 1 - Bu Tebliğin amacı, elektronik imzaya ilişkin süreçleri ve teknik kriterleri detaylı olarak belirlemektir.

Kapsam

Madde 2 - Bu Tebliğ; nitelikli elektronik sertifika başvurusu, sertifikanın oluşturulması, yayımlanması, yenilenmesi, iptali ve arşivleme süreçleri dahil olmak üzere ESHS'nin işleyişine, imza oluşturma ve doğrulama verilerine, sertifika ilkelerine ve sertifika uygulama esaslarına, imza oluşturma ve doğrulama araçlarına, ESHS'nin faaliyetleri için kullandığı sistem, cihaz ile fiziki güvenliğine, personeline, zaman damgasına ve hizmetlerine ilişkin teknik hususları kapsar.

Dayanak

Madde 3 - Bu Tebliğ, Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 34 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

Madde 4 - Bu Tebliğde geçen;

Yönetmelik: Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği,

BS (British Standards): İngiliz Standartlarını,

CEN (Comité Européen de Normalisation): Avrupa Standardizasyon Komitesini,

CWA (CEN Workshop Agreement): CEN Çalıştay Kararını,

DSA (Digital Signature Algorithm): Sayısal İmza Algoritmasını,

DSA Eliptik Eğrisi (DSA Elliptical Curve): Sayısal İmza Algoritması Eliptik Eğrisini,

EAL (Evaluation Assurance Level): Değerlendirme Garanti Düzeyini,

ETSI (European Telecommunications Standards Institute): Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsünü,

ETSI SR (ETSI Special Report): ETSI Özel Raporunu,

ETSI TS (ETSI Technical Specification): ETSI Teknik Özelliklerini,

FIPS PUB (Federal Information Processing Standards Publications): Federal Bilgi İşleme Standartları Yayınlarını,

IETF RFC (Internet Engineering Task Force Request for Comments): İnternet Mühendisliği Görev Grubu Yorum Talebini,

ISO/IEC (International Organisation for Standardisation / International Electrotechnical Commitee): Uluslararası Standardizasyon Teşkilatı / Uluslararası Elektroteknik Komitesini,

ITU (International Telecommunication Union): Uluslararası Telekomünikasyon Birliğini,

RIPEMD (RACE Integrity Primitives Evaluation Message Digest): RACE Bütünlük Asli Mesaj Değerlendirme Özetini,

RSA: Rivest-Shamir-Adleman'ı,

SHA (Secure Hash Algorithm): Güvenli Özet Algoritmasını ifade eder.

Bu Tebliğde yer almayan tanımlar için Kanun ve Yönetmelikte yer alan tanımlar geçerlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

Teknik Hususlar

ESHS'nin İşleyişi

Madde 5 - ESHS işleyişinin bütün aşamalarında;

a) ETSITS 101 456 ve

b) CWA 14167-1

standartlarına uyar.

Nitelikli elektronik sertifikalar;

a) ETSITS 101 862 ve

b) ITU-TRec. X.509V.3'e

uygun olarak oluşturulur.

Algoritmalar ve Parametreler

MADDE 6 – (Değişik:RG-30/1/2013-28544)

(Değişik cümle:RG-13/7/2017-30123) İmza oluşturma ve doğrulama verileri ile özetleme algoritmalarının, ETSI TS 119 312 standardına ve aşağıda yer alan şartlara uygun olması gerekir.

a) İmza sahibinin imza oluşturma ve doğrulama verileri:

i. RSA için en az 2048 bit veya

ii. DSA için en az 3072 bit veya

iii. DSA Eliptik Eğrisi için en az 256 bit

b) ESHS'nin imza oluşturma ve doğrulama verileri:

i. RSA için en az 2048 bit veya

ii. DSA için en az 3072 bit veya

iii. DSA Eliptik Eğrisi için en az 256 bit

c) (Değişik:RG-13/7/2017-30123) Özetleme algoritması:

i. SHA-256 veya

ii. SHA-384 veya

iii. SHA-512

(Değişik fıkra:RG-13/7/2017-30123) Birinci fıkrada belirtilen algoritmalar ve parametreler 31/12/2019 tarihine kadar geçerlidir.

Sertifika İlkeleri ve Sertifika Uygulama Esasları

Madde 7 - ESHS; sertifika ilkelerini ve sertifika uygulama esaslarını IETF RFC 3647'ye uygun olarak hazırlar.

Güvenli Elektronik İmza Oluşturma ve Doğrulama Araçları

Madde 8 - Güvenli elektronik imza oluşturma araçları CWA 14169 standardına uygun ve TS ISO/IEC 15408 (-l,-2,-3)'e veya ISO/IEC 15408 (-1,-2,-3)'e göre en az EAL4+ seviyesinde olmalıdır.

ESHS, sağlamış olduğu güvenli elektronik imza doğrulama araçları için CWA 14171 standardına uyar ve bunu yazılı olarak taahhüt eder.

Güvenlik Kriterleri

Madde 9 - ESHS, güvenlik kriterlerine ilişkin olarak;

a) CWA 14167-1,

b) ETSITS 101 456 ve

c) (Değişik:RG-30/1/2013-28544) TS ISO/IEC 27001 veya ISO/IEC 27001

standartlarına uyar.

Zaman Damgası ve Hizmetleri

Madde 10 - ESHS, zaman damgası ve hizmetlerine ilişkin olarak;

a) CWA 14167-1 ve

b) ETSI TS 101 861

standartlarına uyar.

Zaman damgası ilkeleri ve zaman damgası uygulama esasları ETSI TS 102 023'e uygun olarak hazırlanır.

Mobil elektronik imza

MADDE 10/A – (Değişik:RG-26/6/2008-26918)

(1) ESHS'ler, mobil elektronik imza hizmetlerinde dolaşım ile ilgili ETSI TS 102 207 standardına ve nitelikli elektronik sertifika başvurusu, oluşturulması, yayınlanması, yenilenmesi süreçleri ile ilgili olarak ETSI TS 102 204 standardına uyar.

Belgeler

Madde 11 - ESHS;

a) (Değişik:RG-20/06/2006-26204) TS ISO/IEC 27001 veya ISO/IEC 27001 standardına uygunluğunu,

b) Güvenli elektronik imza oluşturma araçlarının;

i. (Değişik:R.G.-26/6/2008-26918) FIPS PUB 140-2'ye göre seviye 3 veya üzerinde olduğunu veya

ii. (Değişik:RG-30/1/2013-28544) CWA 14167-2, CWA 14167-3 veya CWA 14167-4'te belirtilen kriterlere uygunluğunu veya

iii. CWA 14169 standardına uygun ve TS ISO/IEC 15408 (-l,-2,-3)'e veya

ISO/IEC 15408 (-1,-2,-3)'e göre en az EAL4+ seviyesinde olduğunu yetkili kurum veya kuruluşlardan alman belgelerle belgelendirir.

Geçici hükümler

GEÇİCİ MADDE 1– (Ek:RG-20/06/2006-26204)(1)

Bu Tebliğ'in yayımlandığı tarih itibariyle faaliyette bulunan ESHS'ler TS ISO/IEC 27001 veya ISO/IEC 27001 standardına uygunluğunu gösteren belgeleri en geç bir (1) yıl içinde Kuruma sunar.

GEÇİCİ MADDE 2 – (Ek:RG-26/6/2008-26918)

(1) Bu Tebliğ'in yayımlandığı tarihten itibaren faaliyette bulunan ESHS'ler;

a) Güvenli elektronik imza oluşturma araçlarının bu Tebliğin "Belgeler" başlıklı 11 nci maddesinin (b) bendinde belirtilen standartlara uygun olduğunu gösteren belgeleri 31/12/2009 tarihine kadar,

b) Mobil elektronik imza uygulamalarının ETSI TS 102 207 ve ETSI TS 102 204 standartlarına uygunluğunu gösteren taahhütnamelerini 6 (altı) ay içerisinde

Kurum'a sunar.

GEÇİCİ MADDE 3 – (Ek:RG-30/1/2013-28544) (Değişik:RG-19/9/2013-28770)

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte faaliyette bulunan ESHS'ler 15/9/2014 tarihine kadar 6 ncı maddeye uyum sağlar.

GEÇİCİ MADDE 4 – (Ek:RG-3/10/2014-29138)

15/9/2014 tarihinden önce üretilmiş, 6 ncı maddede yer alan kriterleri karşılamayan ve geçerlilik süresi sona ermemiş olan nitelikli elektronik sertifikalar 31/12/2014 tarihine kadar kullanılabilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Diğer Hükümler

Yürürlük

Madde 12 - Bu Tebliğ yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 13 - (Değişik:RG-13/7/2017-30123)

Bu Tebliğ hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Bilgi Sistemlerinin Yönetimine ve Denetimine İlişkin Tebliğ

Resmi Gazete Tarihi: 06.04.2019

Resmi Gazete Sayısı : 30737

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Dayanak, Tanımlar ve Kısaltmalar

Amaç ve kapsam

MADDE 1 – (1) Bu Tebliğin amacı, finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin Kanun kapsamındaki faaliyetlerinin ifasında kullandıkları bilgi sistemlerinin yönetimine ve yetkilendirilmiş bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2 – (1) Bu Tebliğ, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrası ve 24/4/2013 tarihli ve 28627 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmeliğin 14 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 3 – (1) Bu Tebliğde yer alan;

a) Açık rıza: 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda tanımlanan açık rızayı,

b) Birincil sistemler: Kanunda yer alan hususlarla ilgili bilgilerin, elektronik ortamda güvenli ve istenildiği an erişime imkân sağlayacak şekilde saklanıldığı sistemler ile faaliyetlerin yürütülmesinde kullanılan altyapı, donanım, yazılım ve veriden oluşan sistemin tamamını,

c) BSDHY: 13/1/2010 tarihli ve 27461 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmeliği,

ç) Denetim izi: Bir operasyonel ya da finansal işlemin başlangıcından bitimine kadar adım adım takip edilmesini sağlayacak kayıtlar ile ilgili bilgi sistemi varlığına kimin eriştiğini, erişmeye çalıştığını ve kullanıcının hangi işlemleri gerçekleştirdiğini gösteren kayıtları,

d) Dış hizmet: Kuruluşların bilgi sistemlerine ilişkin dışarıdan temin ettikleri her türlü hizmet alımlarını,

e) İkincil merkez: İkincil sistemlerin kullanıma hazır olacak şekilde tesis edildiği ve birincil sistemlerde herhangi bir kesinti yaşanması durumunda personelin çalışmasına imkan tanıyacak ve birincil merkez ile aynı riskleri taşımayacak şekilde oluşturulmuş yapıyı,

f) İkincil sistemler: Birincil sistemler aracılığı ile yürütülen faaliyetlerde bir kesinti olması halinde, bu faaliyetlerin bilgi sistemleri süreklilik planında belirlenen kabul edilebilir kesinti süreleri içerisinde sürdürülür hale getirilmesini ve Kanunda yer alan hususlarla ilgili bilgilere erişilmesini sağlayan birincil sistem yedeklerini,

g) Kanun: 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Hakkında Kanunu,

ğ) KGK: Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunu,

h) Kontrol: BSDHY'nin 4 üncü maddesinde tanımlanan kontrolü,

ı) Kurul: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunu,

i) Kurum: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunu,

j) Sızma testi: Sistemin güvenlik açıklarını istismar edilmeden önce tespit etmek ve düzeltmek amaçlı gerçekleştirilen testleri,

k) Şirket: Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan şirketi,

l) Üst yönetim: Şirket yönetim kurulu ile genel müdür ve genel müdür yardımcıları ve başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, danışmanlık birimleri dışındaki birimlerin, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda görev yapan yöneticilerini,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkeler

Bilgi sistemleri yönetimi

MADDE 4 – (1) Şirket, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulandığı yönetim kurulu onaylı bir bilgi sistemleri yönetim yapısı tesis eder. Şirketin bilgi sistemlerine ilişkin stratejisinin iş hedefleri ile

uyumlu olması sağlanır. Bilgi sistemlerinin güvenliği ve gerektiği şekilde yönetimi için gerekli finansman ve insan kaynağı tahsis edilir.

(2) Şirket, bu amaçla bilgi sistemlerine ilişkin politika, prosedür ve süreçlerini tesis eder. Politika, prosedür ve süreçler düzenli olarak gözden geçirilerek güncellenir. Politikalar yönetim kurulu, prosedür ve süreçler üst yönetim tarafından onaylanır. Politika, prosedür ve süreçlerin fiili olarak işlemesi sağlanır. Bu kapsamda işleyişin sağlanması için süreç sahipleri ve sorumlulukları ile kontrol noktaları tanımlanır. Bilgi sistemlerinin kendisinden beklenen hizmetleri zamanında, doğru ve güvenilir şekilde sağlaması için gereken kontroller belirlenir ve bu kontrollerin etkinliği sağlanır.

(3) Bilgi sistemleri kullanılarak gerçekleştirilen işlemlerin kontrolü, izlenmesi ve inkar edilemezliğin sağlanması için gerekli süreç ve altyapılar tesis edilir.

(4) Şirket iç kontrol birimi yılda bir kez, yönetim kuruluna sunulmak üzere, politika ve prosedürlere uyuma ilişkin hususları da içeren mevzuata uyum değerlendirmesi raporu hazırlar.

Bilgi sistemleri risk yönetimi

MADDE 5 – (1) Şirket, faaliyetlerinde bilgi teknolojilerinin kullanılmasından kaynaklanan riskleri tespit etmek, analiz etmek, ölçmek, izlemek ve raporlamak üzere üst yönetim tarafından onaylanmış bir risk yönetim süreci oluşturur. Şirket, riskleri takip ederek gözden geçirir ve günceller. Süreç kapsamında, Tebliğin 10 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca hazırlanan envanterdeki varlıklara yönelik tehditlere, riskin ortaya çıkma ihtimaline, riskin gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak olası sonuçlara ve alınabilecek önlemlere ilişkin bir değerlendirmede bulunur. Şirket yapacağı risk analizinde, belirlediği her riske ilişkin; riski azaltma, riskten kaçınma, riski kabul etme veya riski transfer etme yöntemlerinden birini seçer.

(2) Şirket risk analizi yaparken, hizmetlerini sunmak için kullandığı teknoloji altyapısını, uygulama mimarisini, sistem üzerinde tutulan verinin kritikliğini, dış hizmet sağlayıcılardan kaynaklanabilecek riskleri ve teknolojik gelişmeleri dikkate alır. Yapılacak risk analizinde kullanıcı bilgilerinin güvenliğini ve gizliliğini tehdit eden riskler dikkate alınır.

(3) Şirket, bilgi sistemlerinde meydana gelecek önemli değişikliklerden önce olası riskleri değerlendirir; veri kaybını, hizmet kesintisini ve ilave riski önlemeye yönelik tedbirleri alır.

(4) Şirket, yılda bir kez üst yönetime sunulmak üzere bilgi sistemlerine ilişkin öngörülen risk ve tehditleri içeren risk değerlendirme raporu hazırlanmasını sağlar.

Bilgi güvenliği yönetimi

MADDE 6 – (1) Şirket, bilgi güvenliğine ilişkin süreci tesis eder. Yönetim kurulu onaylı Bilgi Güvenliği Politikası içerisinde bilgi güvenliğine ilişkin süreci, rolleri ve sorumlulukları belirler.

(2) Şirket, bilgi sistemlerinin ve verilerin gizlilik, bütünlük ve erişilebilirliğini sağlayacak önlemleri tesis eder.

(3) Şirket, bilgi sistemleri üzerinde edinilen, saklanan, iletilen, işlenen verileri güvenlik hassasiyet derecelerine göre sınıflandırır ve her sınıf için uygun düzeyde güvenlik kontrolü tesis eder.

(4) Şirket, kendi kurumsal ağı dışındaki ağlarla iletişimde bulunduğu hallerde bu dış ağlardan gelebilecek tehditler için ağ kontrol güvenlik sistemlerini tesis eder. Şirket dış ağdan iç ağına yapılacak erişimleri kontrol altında tutmak, ayrıca iç ağının farklı güvenlik hassasiyetine sahip alt bölümlerini birbirinden ayırarak kontrollü geçiş temin etmek üzere gerektiği şekilde konfigürasyonu yapılmış ve sürekli gözetim altında tutulan bir veya birden fazla güvenlik duvarı kullanır.

(5) Şirket, dışarıdan gelecek bir siber saldırıya karşı gerekli önlemleri alır ve 2 yılda bir sızma testi yaptırır.

(6) Şirket, bilgi güvenliği hususunda personelin farkındalığını arttıracak bilgilendirme veya çalışmalar yapar.

(7) Şirket, yılda bir kez yönetim kuruluna sunulmak üzere; yetkisiz erişim teşebbüslerini, bilgi güvenliği sürecine uyum durumunu, bilgi güvenliği ihlaline ilişkin olayları içeren güvenlik ihlalleri raporu hazırlanmasını sağlar.

Yetkilendirme ve erişim kontrolü

MADDE 7 – (1) Şirket, veritabanlarına, uygulamalara ve sistemlere erişim için uygun bir yetkilendirme ve erişim kontrolü tesis eder. Görev ve sorumluluklar göz önünde bulundurularak, gerekli olan en kısıtlı yetki ve erişim hakkı verilir. Yetkiler ve erişim hakları en az yetki prensibi açısından asgari yılda bir kez gözden geçirilir. Sistem, servis ve veriye sadece gerekli yetkiye sahip kullanıcı, taraf ve sistemlerin erişimi mümkün kılınır.

(2) Şirket, veritabanlarına, uygulamalara ve sistemlere yapılan yetkisiz erişim teşebbüslerini kayıt altına alır ve gözden geçirir.

(3) Şirket, sunmakta olduğu hizmetlerin tasarımı, geliştirilmesi, test edilmesi ve sürdürülmesi aşamalarında, görevler ayrılığı prensibine uygun olarak geliştirme, test ve üretim ortamlarının birbirinden ayrı tutulmasını sağlar. Süreçler ve sistemler, kritik bir işlemin tek bir kişi tarafından girilmesi, yetkilendirilmesi ve tamamlanmasına imkân vermeyecek şekilde tasarlanır ve işletilir.

(4) Geçici yetkilendirmeler için yetkilendirmenin yapılacağı şartlar ve geçerli olacağı süre belirlenir. Geçici yetkilendirmeye ilişkin ilave iz kaydı tutulur.

(5) Şirket veya dış hizmet sağlayıcı bünyesinde görev yapan çalışanların görevlerinin sonlanması durumunda ilgili tüm yetkilendirmeler ivedilikle sonlandırılır.

Kimlik doğrulama

MADDE 8 – (1) Bilgi sistemleri üzerinde gerçekleşen işlemler için işlemlerin türü, niteliği, bir ihlal halinde oluşabilecek kayıplar, işlem çeşidi ve verinin hassasiyet derecesi dikkate alınarak uygun bir kimlik doğrulama mekanizması kurulur. Aynı kullanıcı hesabının birden fazla kişi tarafından kullanılması engellenir.

(2) Kimlik doğrulamada kullanılacak parolaların geçerlilik süresinin, karmaşıklığının ve uzunluğunun günün teknolojisine ve işlemin niteliğine uygun olması sağlanır.

(3) Şirket, kimlik doğrulamada inkar edilemezliği sağlar. Tüm kullanıcılara ait kimlik doğrulama bilgilerinin gizliliğine ve güvenliğine yönelik gerekli önlemleri alır. Parola gibi kritik öneme sahip veriler günün teknolojisine uygun şekilde şifreli veya matematiksel olarak geri döndürülmesi mümkün olmayan yöntemlerle muhafaza edilir, aktarılırken şifrelenir ve yetkisiz erişimlere karşı güvenliği sağlanır.

(4) Donanım ve yazılımlara ait kurulumda tanımlanmış varsayılan şifreler değiştirilir. Yeni şifreler güvenli bir şekilde saklanır.

(5) Başarısız kimlik doğrulama teşebbüslerinin belirli bir sayıyı aşması halinde erişim engellenir ve engellemenin kullanıcı adından veya paroladaki bir hatadan kaynaklandığı şeklinde gereksiz bilgi verilmez.

(6) Kimlik doğrulamada, önceden izin verilen durumlar hariç olmak üzere, aynı kullanıcıya ait birden fazla oturum açılması engellenir ve kullanıcıya birden fazla oturum açtığı konusunda uyarı verilir. Belli bir süre işlem yapılmayan oturumun sonlandırması sağlanır.

(7) Dış hizmet sağlayıcılarında görevli personelin şirket sistemlerine uzaktan erişimi esnasında yapılacak kimlik doğrulama, en az şirket personeli ile aynı seviyede güvenlik sağlanarak yapılır.

Denetim izlerinin oluşturulması

MADDE 9 – (1) Şirketin faaliyetlerine ilişkin etkin bir denetim izi mekanizması tesis edilir. Şirket faaliyetlerine ve müşterilere ilişkin bilgilere erişilmesi, sorgulanması, bunlara yönelik erişim yetkilerinin verilmesi veya değiştirilmesine yönelik işlemler ve bunlara yönelik yetkisiz erişim teşebbüslerine ilişkin iz kayıtları tutulur.

(2) Şirketin, web servisleri, uygulama programlama arayüzü ya da benzeri metotlarla diğer kurum/kuruluşlar nezdinde tutulan hassas veriler ile kişisel verilere ilişkin yaptıkları sorgulamalar ve bu sorgulamaları hangi amaçla yaptıklarına ilişkin iz kayıtları da denetim izi kapsamındadır. Şirket, sorguladığı verinin amacı dışında kullanımının önüne geçmek için gerekli tedbirleri alır.

(3) Denetim izlerinin, bütünlüğünün bozulmasına, değiştirilmesine imkan vermeyecek şekilde ve raporlanabilir bir formatta tutulması esastır. Denetim izleri, işleme ilişkin olarak; tarih, zaman, uygulama bilgisi, kullanıcı adı, hangi bilginin sorgulandığı, değiştirildiği şeklinde detay bilgileri içerir.

(4) Denetim izi kayıt sisteminin durdurulmasını önlemeye veya durdurulması halinde bu durumu tespit etmeye yönelik teknikler kullanılır.

(5) Sistem ve veritabanlarında, ayrıcalıklı yetkiye sahip veya yönetici hesapları ile yapılan erişimler kontrol altına alınır, ilave iz kayıtları tutulur. Denetim izlerinin bulunduğu sistemlerde yönetici hesapları dahil hiçbir kullanıcının kayıtlar üzerinde değişiklik yapabilmesine izin verilmez.

(6) Bilgi ve belge saklamaya ilişkin diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla denetim izleri asgari 3 yıl süreyle denetime hazır bulundurulur ve yedek alınması suretiyle, yaşanacak olası felaketler sonrasında da erişilebilir olmaları temin edilir.

(7) Şirket, dış hizmet sağlayıcıdan aldığı hizmet kapsamında; dış hizmet sağlayıcı tarafından tutulan denetim izlerinin kendi standartlarına uygunluğunu ve denetim izlerinin kendisi tarafından erişilebilir olmasını temin eder.

Bilgi sistemleri varlıklarının yönetimi

MADDE 10 – (1) Bilgi sistemleri unsurları olan donanım, yazılım ve verinin yönetimine ilişkin olarak süreç tesis edilir. Şirket bilgi sistemleri varlık envanterini aşağıdaki çerçevede oluşturur:

a) Donanım envanteri: Donanım envanteri, kurumsal ağa bağlı olup olmadığına bakılmaksızın; üzerinde şirkete ait bilgi bulunduran, bilginin görüntülenmesine, iletilmesine ve çıktı alınmasını sağlayan tüm fiziksel cihazları ve manyetik ortamları içerir. Kurumsal kaynaklara erişmek ve işlem yapmak için personelin kullandığı kişisel cihazlar da envantere dahil edilir. Envanterde, asgari olarak donanımın türü, markası, modeli, alım tarihi, envantere giriş ve çıkış tarihi, fiziksel lokasyonu, üzerinde bulunan uygulamalar ile konfigürasyon veya diğer değişiklikleri yapmaya yetkililer, sahiplik bilgisi, yedeğinin olup olmadığı, kritiklik düzeyi bilgileri yer alır.

b) Yazılım envanteri: Kurumsal olarak kullanılan ve şirket donanımları üzerinde bulunan, aktif olarak hizmet verip vermediğine bakılmaksızın tüm yazılımları içerir. Bu yazılımlar haricinde,

şirket tarafından uzaktan kullanılan yazılım hizmetleri ve kurumsal kaynaklara erişmek için kullanılan kişisel cihazlardaki ilgili uygulamalar da envantere dahil edilir. Envanterde, asgari olarak versiyon, eriştiği veri, üzerinde çalıştığı donanım, geliştirme ortamı, kritiklik düzeyi bilgileri yer alır.

c) Veri envanteri: Şirketin bilgi sistemleri üzerinde bulunan faaliyetleri kapsamındaki verileri içerir. Envanterde, asgari olarak, bulunduğu veritabanı, yedeğinin alınıp alınmadığı, yedeğin mantıksal adresi, veriyi kullanan uygulamalar, kimin erişebildiği, verinin kritiklik düzeyi bilgileri yer alır.

(2) Bilgi sistemleri varlık envanteri güncel olarak takip edilir, son 3 yıla ait envanter kayıtları saklanır. Envanterden çıkarılan donanımların şirkete ait bilgi taşımaması için gerekli tedbirler alınır.

(3) Şirket bilgi sistemleri üzerinde yer alan yazılımların güncelliğini sağlar. Bunun için yama yönetimi ile ilgili süreç tesis edilerek güncel yamalar takip edilir. Kullanılan yazılımların önceki versiyonları güvenli şekilde saklanır.

(4) Üretim ortamında kullanılan yazılımların test ortamında test edilip onaylanan versiyon ile aynı olması sağlanır ve üretim ortamındaki değişiklikler ilgili yönetici onayı alınarak gerçekleştirilir. Bu amaçla, üretim ortamına erişim kısıtlanır, ihtiyaç halinde geçici süreyle verilen yetkiler kayıt altına alınır. Yazılım ve veritabanı değişiklikleri sistemsel olarak izlenebilir hale getirilirek kayıt altına alınır, manuel müdahale en aza indirilir.

(5) Şirket bilgi sistemlerinin fiziksel güvenliğinin sağlanması amacıyla;

a) Bilgi sistemlerinin bulunduğu alanın güvenliğini sağlar, alanın içeriden ve dışarıdan gelebilecek tehditlerden korunması için gerekli tedbirleri alır.

b) Sistem odasına giriş ve çıkışlar kontrol altına alınır, giriş ve çıkışa ilişkin bilgiler kişiyi tanımlamaya ilişkin bilgileri de içerecek şekilde kayıt altına alınır.

c) Birincil, ikincil sistem odaları ve girişlerini kamera ile izlenir hale getirir. İlgili kayıtları en az 6 ay saklar.

Bilgi sistemleri süreklilik planı

MADDE 11 – (1) Şirket, faaliyetlerini ve önemli iş fonksiyonlarını destekleyen bilgi sistemleri servislerinin sürekliliğini sağlamak üzere yönetim kurulu tarafından onaylanmış bir bilgi sistemleri süreklilik planı hazırlar.

(2) Planın hazırlanması sürecinde, bilgi sistemleri varlıklarının önem düzeyi değerlendirilerek her bir servis için kabul edilebilir kesinti süreleri belirlenir ve bu süreler içinde servislerin tekrar erişime açılabilmesini sağlayacak kurtarma prosedürleri geliştirilir.

(3) Planda ilgili bilgi sistemleri bileşenleri sorumluları ve iş sorumluları belirtilir. Uygulanması gereken kurtarma ve geri dönüş adımları ile bu adımların hangi koşullarda uygulanacağı tanımlanır.

(4) Plan, şirketin bilgi sistemleri sürekliliğini etkileyecek olay ya da değişikliklerden sonra veya her yıl gözden geçirilerek güncellenir ve yönetim kurulu tarafından onaylanır.

(5) Plan kapsamında ikincil merkez tesis edilir. Veri ve sistem yedekleri ikincil merkezde kullanıma hazır bulundurulur.

(6) Planın etkinliğini ve güncelliğini temin etmek üzere yılda en az bir defa ikincil merkez üzerinden testler yapılır, testlere varsa dış hizmet sağlayıcılar da dahil edilir, test sonuçları yönetim kuruluna raporlanır ve bu sonuçlara göre planın güncellenmesi sağlanır.

Dış hizmet alımı ve yönetimi

MADDE 12 – (1) Bilgi sistemlerinin dış hizmete konu edilebilmesi ancak Kanun ve Kanuna ilişkin alt düzenlemelerden kaynaklanan görev ve sorumlulukların yerine getirilmesi sırasında yönetim, içerik tasarımı, erişim, kontrol, denetim, güncelleme, bilgi/rapor alma gibi fonksiyonlarda karar alma gücü ve sorumluluğunun şirkette olması ile mümkündür.

(2) Şirket üst yönetimi, bilgi sistemleri kapsamında dış hizmet alımına ilişkin olarak, söz konusu hizmetin dış hizmet alımı yoluyla gerçekleştirilmesinin şirket açısından doğuracağı riskleri değerlendirir. Bu kapsamda, şirket üst yönetimi, dış hizmet alımı yoluyla gerçekleştirilen servisler için servisin içeriğine uygun olarak; hizmet seviyesini, kalitesini ve güvenlik kontrollerini, firmanın mali yapısını da değerlendirerek hizmet alımını gerçekleştirir.

(3) Şirket bilgi sistemleri kapsamında dış hizmet alımına ilişkin asgari olarak aşağıdaki ilkeleri gözetir:

a) Dış hizmet alımı kapsamındaki tüm sistem ve süreçlerin şirketin kendi risk yönetimi, güvenlik ve gizlilik politikalarına uygunluğunun sağlanması,

b) Sözleşmeye konu ürün ve hizmetlerin sahipliği ve fikri mülkiyet haklarının belirlenmesi,

c) Dış hizmet sağlayıcılar için yükümlülük teşkil eden hükümlerin alt yükleniciler ile yapılacak olan sözleşmelerde de bağlayıcılığının sağlanması,

ç) Dış hizmet alımının, planlananın dışında sonlanmasından veya kesintiye uğramasından kaynaklanacak risklerin yönetilmesi,

d) Şirketin tabi olduğu mevzuat hükümlerinin alınan hizmet çerçevesinde dış hizmet sağlayıcılar için de uygulanması ve Kurul veya Kurum talimatı ile şirketin bilgi sistemleri üzerinde gerçekleştirilmesi gereken değişikliklerin, alınan hizmet kapsamında dış hizmet sağlayıcı tarafından talimat süresi içerisinde yerine getirilmesinin sağlanması,

e) Dış hizmetin alt yükleniciye devrinin şirketin izinine tabi olduğuna ilişkin hükümler, şirketin risk değerlendirmesi yapmak suretiyle yazılı olarak dış hizmet sağlayıcıya izin vermesi haricinde dış hizmetin alt yükleniciye devrinin kısıtlanması,

f) Dış hizmet alımı kapsamındaki faaliyetlerin şirket bünyesinde gerçekleştirilmesi durumunda, bağımsız denetim açısından hangi denetimlere tabi tutulması öngörülüyorsa, kapsam daraltılmasına gidilmeden aynı denetimlere tabi tutulmasının sağlanması,

g) Dış hizmet sağlayıcıların, gerçekleştirdiği faaliyetlere ilişkin olarak Kurumca talep edilen her tür bilgi ve belgeyi zamanında ve doğru olarak vermekle ve bunlara ilişkin her türlü elektronik, manyetik ve benzeri ortamlardaki kayıtları ve bu kayıtlara erişim ve kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifreleri incelemeye hazır bulundurmak ve işletmekle yükümlü olması.

(4) Şirket, dış hizmet sağlayıcıların erişimleri için gerekli kontrolleri tesis eder. Veri ve sistem güvenliği açısından sağlanan erişimler, verilen erişim hakları ve tesis edilen kontroller düzenli olarak gözden geçirilir.

(5) Şirket dış hizmet olarak bulut bilişim hizmetlerini kullanabilir. Birincil ve ikincil sistemler için bulut hizmeti, tek bir şirkete tahsis edilmiş donanım ve yazılım kaynakları üzerinden özel bulut hizmet modeliyle alınabilir. Bunun yanında, sadece Kurumun denetimine tabi şirketlere tahsis edilmiş donanım ve yazılım üzerinde, şirketler arasında mantıksal ayrıma gidilerek topluluk bulutu hizmet modeliyle dış hizmet alınması Kurum iznine tabidir. Ayrıca, Kanuna tabi bir şirketin ana ortağı, iştiraki ve ana ortağın iştirakleriyle birlikte donanım ve yazılım üzerinde, şirketler arasında mantıksal ayrıma gidilerek kullanılması da Kurum iznine tabidir.

(6) Şirket, dış hizmet alımlarında şirketin kendisine, kullanıcılarına ve müşterilerine ait gizli bilgilerin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Dış hizmet sağlayıcılara verilecek erişim yetkisi işin gerektirdiği bilgiyi kapsayacak şekilde sınırlandırılır. Dış hizmet sağlayıcı tarafından şirkete ve kullanıcılarına ait gizli bilgilerin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasını sağlamak şirketin sorumluluğundadır.

İşlem bilgilerinin gizliliği

MADDE 13 – (1) Şirket faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında edindiği, işlediği, ilettiği veya sakladığı işlem ve müşteri bilgilerinin gizliliğini ve güvenliğini sağlamaya yönelik politika, prosedürleri oluşturur ve gerekli tedbirleri alır.

(2) Şirket, Kanunla yetkili kılınmış taraflar haricinde, müşterilerine ait her türlü bilgi ve belgeyi kişinin açık rızası olmadan, toplandığı amaçlar dışında kullanamaz veya kullanılması için başkasına aktaramaz.

(3) Şirket tarafından sunulacak bir hizmet, müşteriye ait bilgi ve belgelerin paylaşılması amacıyla açık rıza vermesi şartına bağlanamaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Bilgi Sistemlerinin Bağımsız Denetimi ve Diğer Hükümler

Bilgi sistemlerinin bağımsız denetimi

MADDE 14 – (1) Bilgi sistemleri denetimi; şirketin bu Tebliğ hükümlerine uyumluluğunun tespit edilmesi amacıyla, bilgi sistemleri yönetimi kapsamında yer alan faaliyet, süreç, yazılım, donanım gibi bilgi sistemi unsurları ile bu sistem ve süreçler dâhilinde tesis edilen iç kontrollerin bağımsız denetim kuruluşları tarafından değerlendirilmesi sonucunda, söz konusu iç kontrollerin etkinliği, yeterliliği ve uyumluluğu hakkında görüş oluşturulması ve sonuçların rapora bağlanması aşamalarından oluşan süreçtir.

(2) Şirketin bilgi sistemleri denetimi ve denetim sonuçlarının Kuruma raporlanması birinci fıkradaki tanımla sınırlı olmak üzere, KGK tarafından belirlenen standartlara uygun olarak BSDHY'nin denetim ile ilgili beşinci bölümünde belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, bağımsız denetçi tarafından gerçekleştirilir. Bu fıkranın uygulanmasında, BSDHY'nin 27 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki koşul aranmaz.

(3) BSDHY ile belirlenen usul ve esaslar bu Tebliğ çerçevesinde uygulanırken BSDHY'de geçen "banka" ve "denetlenen" ibareleri şirketi, "bilgi sistemleri denetimi" ibaresi bu maddenin birinci fıkrasında tanımlanan denetimi ve Kanun ibaresi bu Tebliğde tanımlanan Kanunu ifade eder.

(4) Bağımsız denetçi, şirketin dış hizmet alarak gerçekleştirdiği hizmetlerin, bilgi sistemlerini nasıl etkilediğini göz önünde bulundurur, buna göre gerekli görmesi halinde denetimini dış hizmet sağlayıcıları da kapsayacak şekilde planlar ve etkin bir denetim yaklaşımı geliştirir.

(5) Şirkette bilgi sistemleri denetimi üç yılda bir yapılır. Bu denetimin yapılacağı şirketi, denetimin yapılacağı yılı ve raporların gönderileceği tarihi belirlemeye Kurum yetkilidir. Kurum, gerekli gördüğü hallerde bilgi sistemleri denetiminin kapsamını ve sıklığını farklılaştırabilir.

(6) Denetim görüşünün oluşturulması ve denetim mektubu; şirkette gerçekleştirilen denetim sonucunda BSDHY'nin 5 inci ve 7 nci maddelerinde belirtilen hükümler ile 34 üncü maddesinde belirtilen görüş çeşitleri çerçevesinde; olumlu, şartlı veya olumsuz görüşe varılması hallerinde, sırasıyla ek-1, ek-2, ek-3'te yer alan örneklere uygun olarak denetim mektubu düzenlenir. Görüş bildirmekten kaçınmayı gerektirecek şartların varlığı halinde ise, denetim mektubu ek-4'te yer alan örneğe uygun olarak düzenlenir.

Diğer hükümler

MADDE 15 – (1) Şirket sunduğu internet hizmetleri kapsamında;

a) Müşterinin işlem gerçekleştirdiği platformun şirkete ait olduğunu garanti eden,

b) İşlemin taşıdığı risklerle uyumlu olarak gerekli kimlik doğrulama mekanizmasını sağlayan,

c) Kullanıcıları güvenlik riskleri hakkında bilgilendiren,

bir yapı tesis eder.

(2) Şirket birincil ve ikincil sistemlerini yurt içinde bulundurur. Bu kapsamda dış hizmet alınması halinde, dış hizmet sağlayıcının söz konusu hizmete ilişkin faaliyetleri yürütmede kullandığı bilgi sistemleri ve bunların tüm yedekleri de yurt içinde tutulur.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) Şirket, bu Tebliğ hükümleri ile ilgili mevcut faaliyet ve sistemlerini, yürürlük tarihinden itibaren azami bir yıl içerisinde Tebliğ hükümlerine uygun hale getirir.

Yürürlük

MADDE 16 – (1) Bu Tebliğ yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 17 – (1) Bu Tebliğ hükümlerini Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Başkanı yürütür.

464 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği

Maliye Bakanlığından:

Resmi Gazete No: 29572

Resmi Gazete Tarihi: 24/12/2015

1. Giriş

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 149 uncu maddesinde kamu idare ve müesseseleri (Kamu hizmeti ifa eden kurum ve kuruluşlar dahil) ile gerçek ve tüzel kişiler vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili olarak Maliye Bakanlığı ve vergi dairesince kendilerinden yazı ile istenilecek bilgileri belli fasılalarla ve devamlı olarak yazı ile vermeye mecbur tutulmuşlardır.

Anılan Kanunun 5766 sayılı Kanunun 17 nci maddesi ile değişen mükerrer 242 nci maddesinin ikinci fıkrası ile Maliye Bakanlığı; elektronik defter, kayıt ve belgelerin oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafazası ve ibrazı ile defter ve belgelerin elektronik ortamda tutulması ve düzenlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye, elektronik ortamda tutulmasına ve düzenlenmesine izin verilen defter ve belgelerde yer alması gereken bilgileri internet de dahilolmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında Maliye Bakanlığına aktarma zorunluluğu getirmeye, bilgi aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, Vergi Usul Kanunu kapsamına giren işlemlerde elektronik imza kullanım usul ve esaslarını düzenlemeye ve denetlemeye yetkili kılınmıştır.

Diğer yandan, mezkûr Kanunun mükerrer 257 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasında Maliye Bakanlığının, tutulması ve düzenlenmesi zorunlu defter, kayıt ve belgelerin mikro film, mikro fiş veya elektronik bilgi ve kayıt araçlarıyla yapılması veya bu kayıt ortamlarında saklanması hususunda izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, bu şekilde tutulacak defter ve kayıtların kopyalarının Maliye Bakanlığında veya muhafaza etmekle görevlendireceği kurumlarda saklanması zorunluluğu getirmeye; (4) numaralı bendinde ise bu Kanunun 149 uncu maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dahil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak

format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulatmaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Yukarıda verilen yetkilere istinaden, bu Tebliğde belirlenen mükellef gruplarına elektronik ticaret ve bazı ticari faaliyetlerine ilişkin olarak sürekli bilgi verme zorunluluğu ile internet üzerinden mal ve hizmet satışı yapan mükelleflere usul ve esasları 433 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile belirlenen e-Arşiv Uygulamasına geçme zorunluluğu getirilmiştir.

2. Tanımlar ve Kısaltmalar

Bu Tebliğde geçen;

Aracı Hizmet Sağlayıcı: 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda tanımlanan başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ya da tüzel kişiyi,

Başkanlık: Gelir İdaresi Başkanlığını,

BTRANS: Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı Bilgi Transfer Sistemini,

İnternet Reklamcılığı Hizmeti: İnternet ortamında verilen ticari amaçlı reklam ve tanıtım hizmetini,

İnternet Reklamcılığı Hizmet Aracısı: İnternet ortamında ticari amaçlı reklam ve tanıtım hizmetinin verilmesine aracılık eden gerçek ya da tüzel kişiyi,

Ödeme Hizmeti: 6493 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen hizmetleri,

Ödeme Kuruluşu: 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun kapsamında yetkilendirilmiş tüzel kişiyi,

TCKN: Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını,

VKN: Vergi kimlik numarasını

ifade eder.

3. Sürekli Bilgi Verme Zorunluluğu Getirilenler ve İstenilen Bilgiler

3.1. Aracı Hizmet Sağlayıcıları

Mal veya hizmetlerin alınması, satılması, kiralanması veya dağıtımı işlemlerinin gerçekleştirilmesine aracılık etmek üzere internet ortamında hizmet veren aracı hizmet sağlayıcıları, takvim yılının birer aylık süreleri içerisinde gerçekleştirmiş oldukları söz konusu işlemlere ilişkin olarak;

a) Aracılık hizmetinin sağlandığı internet adres veya adreslerini,

b) Aracılık hizmeti verilen gerçek ya da tüzel kişilere ait ad soyad/unvan, TCKN/VKN bilgileri ile işyeri adres bilgilerini,

c) Aracılık hizmeti verilenler adına gerçekleştirilen mal ve hizmet satış/kiralama işlemlerine ilişkin her bir tahsilattutarı ve tarihini,

bu Tebliğin 4 üncü bölümünde açıklanan yöntemle elektronik ortamda Başkanlık sistemine ileteceklerdir.

Aracı hizmet sağlayıcının, ödemelere ilişkin olarak satıcının/kiralayanın ticari temsilcisi olması sebebiyle ödemeye aracılık etmesi veya ödeme hizmetini bir dış hizmet olarak ödeme kuruluşundan alması veri aktarma yükümlülüğünü etkilemez.

3.2. Bankalar

İnternet üzerinden yapılan satış ve kiralama işlemlerine ait ödemelerle ilgili olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında faaliyet gösteren bankalardan Başkanlık sistemine elektronik ortamda periyodik veri aktarımı yapılacaktır.

3.3. İnternet Reklamcılığı Hizmet Aracıları

İnternet ortamında ticari amaçlı reklam hizmetlerinin verilmesine aracılık edenler takvim yılının birer aylık süreleri içerisinde aracılık ettikleri reklam hizmetlerine ilişkin olarak;

a) Reklamın yayınlandığı internet adresini ve internet adresinin ait olduğu kişi ya da kurumun adı soyadı/unvanı ile TCKN/VKN bilgilerini,

b) Reklam veren gerçek ya da tüzel kişilere ilişkin ad soyad/unvan ile TCKN/VKN bilgilerini,

c) Tahsil ettikleri reklam hizmeti bedelini,

bu Tebliğin 4 üncü bölümünde açıklanan yöntemle elektronik ortamda Başkanlık sistemine ileteceklerdir.

Reklam hizmetinin gerçekleştirilmesinde birden fazla aracı bulunması durumunda her bir aracı kendi gerçekleştirdiği işleme ait bilgileri iletecektir.

3.4. Kargo ve Lojistik İşletmeleri

11/6/2009 tarih ve 27255 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Karayolu Taşıma Yönetmeliği uyarınca M1, M2 ve M3 yetki belgesi alan kargo ve lojistik işletmecileri, sahip oldukları bu yetki belgeleri kapsamında takvim yılının birer aylık süreleri içerisinde gerçekleştirdikleri kargo teslimleri ile ilgili olarak;

a) Göndericinin ad soyad/unvan ve TCKN/VKN bilgileri ile adres bilgilerini, aracı hizmet sağlayıcılar tarafından yapılan gönderimlerde gönderici bilgileri yanında aracı hizmet sağlayıcının da ad soyad/unvan ve TCKN/VKN bilgilerini,

b) Gönderici bazında teslim edilen toplam gönderi adedini, (Başkanlık tarafından belirlenecek adedin üzerindeki gönderi sayıları bildirilecektir.)

c) Gönderici bazında kapıda ödeme yapılan toplam gönderi adedini, ödeme şeklini ve toplam ödeme tutarlarını,

bu Tebliğin 4 üncü bölümünde açıklanan yöntemle elektronik ortamda Başkanlık sistemine ileteceklerdir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli cetvellerde yer alan idare, kurum ve kuruluşlar, idaresinde veya sermayesinde kamu payı bulunan kurumlar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve diplomatikmisyonlar adına yapılan kargo teslimlerine ait bilgiler iletilmeyecektir.

Kargo ve lojistik işletmeleri ticari nitelikteki gönderileri Vergi Usul Kanunu uyarınca düzenlenmesi zorunlu tevsik edici belgeler ile birlikte kabul edecekler ve taşıma esnasında istenildiğinde ibraz edilecek şekilde gönderiye ekleyeceklerdir.

4. Raporlama

Sürekli bilgi verme zorunluluğu getirilen mükellef gruplarının vermesi gereken bilgilere ilişkin veri format ve standardı BTRANS aracılığıyla duyurulacaktır. Veriler bu sistem üzerinden Başkanlığa iletilecektir. Zorunluluk kapsamına giren mükelleflerin, ilk veri iletim tarihinden önce BTRANS başvurularını tamamlamaları gerekmektedir.

Bu Tebliğ kapsamında istenilen bilgiler aylık dönemler halinde iletilecektir. Bir aya ait bilgilerin, takip eden ayın son günü saat 24:00'e kadar iletilmesi zorunludur.

Zorunluluk getirilen mükellefler 1/7/2016 tarihinden itibaren gerçekleştirdikleri işlemlere ilişkin zorunluluk kapsamında istenen bilgileri hazırlamaya başlayacaklar ve takip eden aydan itibaren göndereceklerdir.

Veri formatına ve standardına yapılacak ekleme, çıkarma, zorunlu alan belirleme gibi değişiklikler BTRANS aracılığıyla duyurulacaktır.

5. İnternet Satışı Nedeniyle e-Arşiv Uygulamasına Geçiş Zorunluluğu Getirilenler

Bilindiği üzere, 30/12/2013 tarih ve mükerrer 28867 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 433 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile internet üzerinden mal ve hizmet satışı yapan ve

2014 yılı brüt satış hasılatı 5 milyon TL ve üzerinde olan mükelleflere 1/1/2016 tarihine kadar e-Arşiv Uygulamasına geçme zorunluluğu getirilmişti.

Bu defa, internet üzerinden mal ve hizmet satışı yapan ve 2015 ve müteakip hesap dönemlerinde brüt satışhasılatları 5 Milyon TL ve üzerinde olan mükelleflere e-Arşiv Uygulamasına geçme zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu mükellefler, 433 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde ilgili hesap dönemine ilişkin gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinin verileceği tarihi takip eden hesap döneminin başına kadar başvurularını ve fiili geçiş hazırlıklarını tamamlayarak e-Arşiv Uygulamasına geçmek zorundadırlar.

e-Arşiv Uygulamasına geçiş yapan mükellefler, 433 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde yer alan düzenlemeler uyarınca internetten yaptıkları satışlara ait e-arşiv faturalarını elektronik ortamda iletmek ve söz konusu faturalarda gösterilmesi istenen bilgilere yer vermek zorundadır.

6. Sorumluluk ve Cezai Sonuçlar

Bilgi verme zorunluluğu getirilen mükellefler, Başkanlık sistemine iletmekle yükümlü oldukları bilgileri Vergi Usul Kanununun defter, kayıt ve belgeler için öngördüğü muhafaza süreleri içerisinde elektronik ortamda saklamak ve istenildiğinde elektronik araçlar ve ortamlar vasıtası ile ibraz etmekle yükümlüdürler.

Bilgi verme zorunluluğu getirilen mükellefler; BTRANS'a gönderdikleri bilgilerin doğruluğundan sorumlu olup, istenilen bilgileri Başkanlığın belirlemiş olduğu format, standart ve iletim yöntemine uygun olarak iletmek zorundadırlar.

Başkanlıkça belirlenen format, standart ve iletim yöntemi dışında gönderilen bilgi ve belgeler kabul edilmeyecek ve gönderilmemiş sayılacaktır.

Bu Tebliğ ile getirilen zorunluluklara uymayanlar hakkında işledikleri fiillere göre, Vergi Usul Kanununda yazılı cezalar tatbik edilecektir.

Tebliğ olunur.

Gerekçeler

- 5651 sayılı Kanunun Gerekçesi
- 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Gerekçesi
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde Gerekçeleri

5651 sayılı Kanunun Gerekçesi

Dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak, ülkemizde de internet dahil hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suiistimal edilmesi suretiyle işlenen suçlarla mücadele konusunda etkin ve doğru bir yapılanmayı mümkün kılabilecek özel bir kanun çıkartılması zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.

Anayasanın "Ailenin korunması" başlıklı 41 inci maddesinde "Aile, Türk toplununum temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar." hükmü, "Gençliğin korunması" başlıklı 58 inci maddesinde de "Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır." hükmü yer almaktadır.

Hazırlanan bu Tasarı ile, Anayasanın söz konusu hükümleri uyarınca, aileyi, çocukları ve gençleri internet dahil elektronik iletişim araçlarının suiistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması amaçlanmakta; elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesini teminen gereken yasal düzenlemenin yapılması sağlanmış olmaktadır.

Tasarı ile yeni bilişim suçlan kategorisi oluşturulmamakta ve suçlar işlendikten sonra devreye girecek cezai ve idari yaptırımlar getirilmemektedir. Türk Ceza Kanununda yer alan belirli suçların internet dahil elektronik ortamda etkilerini sürdürmesinin, idari ve yargısal koruma tedbiri olmak üzere belirlenen iki yöntemle önlenmesi mümkün kılınmaktadır. Bu amaçla, söz konusu kanunda yer alan bazı suçların, elektronik ortamda işlenmesinin içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden önlenmesine ilişkin esas ve usûller belirlenmektedir. Bir başka ifade ile bu Tasarı; suçun ve suçlunun gelişen bilişim teknolojilerini bir truva atı gibi kullanarak, Anayasamızın, özel olarak korunmasını öngördüğü, başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik suçların kolayca işlenmesini önleyici özel bir kanun mahiyetindedir. Tasarıyla içerik denetiminin nasıl ve hangi kurum tarafından yapılacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, bu amaçla Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ilave görev ve yetkilerin verilmesi öngörülmüştür.

Söz konusu Başkanlığa, elektronik ortamdaki zararlı içeriklerin izlenmesi ve önlem alınması, filtrelime görevi, bu konuda uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği sağlanması, şikâyet ve talepleri değerlendirmek üzere izleme ve bilgi ihbar merkezi kurulması gibi çok önemli yetki ve görevler verilmektedir, Ülkemizde. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Bilişim Alanında Suçlarını düzenleyen 243 ve devamı maddelerinde ticari ve mali yönden işlenen suçlan düzenleyici. 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu gibi özel nitelikli kanunlarla, toplumu ahlâki ve ruhsal yönden etkileyen zararlı neşriyatla mücadele edilmesini. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun ile de aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocukları korumayı ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile de korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasını amaçlayan hükümler konulmuştur. Ancak, bilişim teknolojilerimle yaşanan baş döndürücü gelişmeler nedeni ile söz konusu düzenlemeler, internet ortamında yapılan ve içerikleri suç teşkil eden yayınların önlenmesinde yetersiz kalmıştır. Bu konuyla ilgili henüz yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Dünyada ve Avrupa Birliği ülkelerinde ise elektronik ortamda işlenen suçların önleyici tedbirlerle önlenmesinde farklı adlarla da olsa genelde bağımsız ya da özerk yapıların oluşturulduğu görülmektedir. Elektronik ortamda işlenen, suçların hızlı bir şekilde artışı, bu suçların işlenmesindeki kolaylığa karşın ortaya çıkarılmasındaki zorluklar, toplumsal açıdan doğabilecek zararların sonradan telafisinin mümkün olmaması, bu konuda acilen etkin mücadele edecek kurumsal bir yapının, yasal bir düzenleme ile oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.

Ülkemizde internet ortamı dahil elektronik ortamda yapılan yayınları teknik açıdan ve bilimsel olarak takip eden, sorunu tespit eden, çözümü için öneriler getiren; internet servis sağlayıcıları da dahil elektronik haberleşme ve internet sektörünü koordine edecek kurumsal bir yapılanmanın kurulması zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.

Bilişim teknolojileri ve sunduğu hizmetler, nitelikleri gereği sadece ulusların milli düzenlerini değil, tüm uluslararası toplumu etkilemektedir. Bu nedenle, diğer ülkelerle ve uluslararası örgütlerle de bu alanda işbirliği ve koordinasyon 'yapılarak, bilişim ve internet teknolojilerinin ortaya çıkardığı bu yeni ortama uyum sağlanması gerekmektedir. Hazırlanmış olan bu Tasarı ile yasa metninde belirtilen suçların internet yolu ile ve genel olarak elektronik ortamda işlenmesini önlemek amacı ile diğer ülke muadil kuruluşları ve uluslararası örgütlerle gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlama görevi de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilmektedir.

Bu Kanun kapsamında ilave görevler verilen idari birimin Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bir birim olduğu ve Kurumun bu birim dahil faaliyetleriyle' ilgili tesis ettikleri idari nitelikteki kararlarına karşı ilgili mevzuatta zikredilen idari yargı, genel hukuk hükümlerine göre

tesis ettiği işlem ve eylemlerine karşı ise ilgili adli yargı yoluna başvurulması mümkün bulunmaktadır.

MADDE 1- Madde ile. Kanunun amacı. Türk Ceza Kanununda yer alan belirli suçların elektronik ortamda yapılan yayınlarla işlenmesinin, idari ve yargısal koruma tedbiri olmak üzere belirlenen iki yöntemle içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden önlenmesine ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek olarak belirlenmiştir.

MADDE 2- Madde ile. Tasanda geçen bazı terimlerin tanımlarına yer verilmiştir. Tasarıda yer alan terimlerin geniş kapsamına yer verilmiş, özellikle Türkçe anlam ve karşılığına uygun terimler tercih edilmiştir. Örneğin, internet ve bilişim ağlarını da kapsayacak şekilde "elektronik ortam'7 terimi kullanılmıştır.

MADDE 3- Madde ile erişimi engellenebilecek suçlar düzenlenmiştir. Bu suçlar; Türk Ceza Kanununda yer alan çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik, fuhuş, intihara yönlendirme ve kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçlarıdır.

Elektronik ortamda yapılan ve içeriği yukarıdaki suçlan oluşturan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı aşağıda belirtilen esaslara göre verilir:

1. İçerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması halinde, erişimin engellenmesi kararı, sulh ceza hâkimi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, yetkili ve görevli kolluk kuvvetlerinin talebi üzerine veya re'sen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının yazılı emriyle verilir. Bu durumda Başkanlıkça verilen bu karara karşı ilgililer Kurum merkezinin bulunduğu yer sulh ceza hâkimine itirazda bulunabileceklerdir. Bu itiraz, ilgilinin ayrıca idari yargı yoluna başvurma hakkını ortadan kaldırmaz Keza, koruma tedbiri olarak hakimce verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

Hâkim veya Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere içerik, yer ve erişim sağlayıcılarına tebliğ edilir. Hâkim tarafından verilen erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen kişi hapis cezası ile cezalandırılır.

2. İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçların içeriklerini taşıyan yayınlara ilişkin erişimin engellenmesi kararı, doğrudan Başkanlık tarafından verilir.

Başkanlıkça verilen erişimin engellenmesi kararı, erişim sağlayıcısına bildirilerek, gereğinin derhal yerine getirilmesi istenir. İdari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, kararın yerine getirilmesi için üç

güne kadar süre verilir. Bu süre içerisinde de içeriğe erişimin engellenmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına idari para cezası verilir. Buna rağmen kararın yerine getirilmemesi halinde. Başkanlığın talebi üzerine Telekomünikasyon Kurumu tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir, verilen bu kararlara idari yargı yoluna başvurma hakkı mevcuttur

MADDE 4- Madde ile diğer kanunlarla verilen görev ve yetkilere ilave olarak bu Kanımla verilen yelki ve görevlerin de Kurum bünyesinde bulunan telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca yerine getirilmesi öngörülmekle ve bu hizmetlerde kullanılmak üzere kadro ihdas edilmektedir. Başkanlığa verilen görevlerin önem ve özelliği dikkate alındığında hızlı ve seri bir şekilde yerine getirilmesi için, yapılacak her türlü mal veya hizmet alınılan ile yapım işlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanıımı ve 4735 sayılı Kamu ihale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın Kurum bütçesinden karşılanması öngörülmekledir. Başkanlığın bu kanun kapsamımla görev ve yetkileri genel olarak şunlardır:

Ulaştırma Bakanlığı, polis, jandarma ve milli istihbarat teşkilatı gibi kolluk kuvvetleri, çocuk ve aileden sorumlu kurum ve kuruluşlar. RTÜK ve benzeri ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcıları ve ilgili dernek', vakıf, mesleki oda ve benzeri sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak elektronik ortamda yapılan ve bu Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak, suçların işlenmesinin Önlenmesini ve zararlı sonuçlarının en aza indirilmesini teminen bilişim ve internet ortamında yapılan yayınların içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağım belirlemek.

1. Telekomünikasyon Kurumu tarafından 406 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülki idare amirlerince toplu kullanım sağlayıcılara (internet kafeler) verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemeler yönelik usul ve esasları belirleme görev ve yetkisi verilmiştir. Bundan böyle Kurumun işletmecilerle yapacağı sözleşmelerde veya vereceği diğer izinlerde elektronik ortamda verilecek internet hizmetlerinde filtreleme ve bloke etme yazılım program ve donanımlarının kullanılmasını mecburi hale getiren hükümler konulması gerekmektedir.

Ayrıca, internet küfelerde bulunan bilgisayar ve diğer sistemlerde konusu bu Kanunla belirlenen suçları oluşturan içeriğe sahip yayınlara erişimin engellenmesi amacıyla gerekli filtreleme ve bloke etmeyi sağlayacak donanım ve yazılını kullanılması dahil her türlü tedbirin alınması halinde, mahalli mülki amirlerce işyeri açma ruhsatı veya diğer izin belgelerinin verilmesi söz konusu olabilecektir Yapılan düzenleme bu amacın sağlanmasına yöneliktir. Özellikle çocukların internetteki zararlı içerikten korunması amacıyla, internette erişim için yoğun olarak kullanılan bu

yerlerin çalışma esas ve usullerinin düzenlenmesine büyük ihtiyaç bulunmaktadır. Avrupa Konseyinin 1999/276 ve 2005/854 sayılı kararları ile üye ülkeler internetin güvenli kullanılmasının sağlanması için filtreleme ve bloke etme programları gibi koruyucu programlar geliştirmeye ve aynı amaçla eğitim ve tanıtım faaliyetlerini yaygınlaştırmaya davet edilmektedir.

2. Elektronik ortamdaki yayınların izlenmesi suretiyle Tasarı kapsamındaki suçların işlenmesini önlemek için, izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak ve işletmek veya gerektiğinde üçüncü kişilere yaptırmak, sohbet, mesaj ve benzeri servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazdım yapılmasına ilişkin standartları belirlemek: bu alandaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

3. Bu Kanun kapsamında bulunan suçların elektronik ortamda işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü yazı veya sesleri İçeren CD. DVD, USB Bellek, Hard Disk. Disket gibi ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen, görevli ve yetkili kolluk kuvvetlerine, teknik imkanlar dahilinde her türlü yardım ve koordinasyonda bulunmak.

4. 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1 nci maddesinde yer alan "Bakanlık, teknolojinin getirdiği yeni ulaştırma ve haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak oluşturulacak politikaların tespitinde Bakanlık dışından tecrübeli ve yetişkin kişi ve kuruluş temsilcilerinin katıldığı geçici danışma kurulları kurabilir. Bu kurul üyelerinin yol ve konaklama giderleri ile birlikte-kurulun diğer faaliyet giderleri Ulaştırma Bakanlığı bütçesinden karşılanır." yolundaki hüküm çerçevesinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı. Adalet Bakanlığı. İçişleri- Bakanlığı, çocuk, kadın ve aileden sorumlu Devlet Bakanlığı ile ihtiyaç duyulan diğer bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları ile üniversiteler, ilgili dernek, vakıf meslek odaları ve benzeri sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerinin de kanlımı ile kurulan veya kurulacak İnternet Kurulu ile işbirliği ve koordinasyon sağlayacak, ayrıca kanunda öngörülen konularda: bu Kurulun yaptığı önerilerle ilgili gereken karar veya tedbirleri alacaktır.

MADDE 5- Maddeyle, bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûllerin çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

MADDE 6- Maddeyle, 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda casusluk faaliyetleri kapsamında telekomünikasyon iletişim araçları yoluyla tespiti ve dinlemelerin de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığındaki merkez üzerinden yapılmasına ve 2559 saydı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda ise uygulamadan doğan bazı tereddütleri gidermeye olanak sağlayacak değişiklerin yapılması hükme bağlanmıştır.

MADDE 7- Yürürlük maddesidir.

MADDE 8- Yürütme maddesidir.

6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Gerekçesi

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ

YASAMA DÖNEMİ

24

YASAMA YILI

2

SIRA SAYISI: 240

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporları

(1/488)

27/12/2010

T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü

Sayı: B.02.0.KKG.0.10/101-193/5488

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve Başkanlığınıza arzı Bakanlar Kurulu'nca 6/12/2010 tarihinde kararlaştırılan "Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı" ile gerekçesi ilişikte gönderilmiştir.

Gereğini arz ederim.

Recep Tayyip Erdoğan

Başbakan

HAVALE EDİLDİĞİ KOMİSYONLAR (1/488)

ESAS Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Adalet Komisyonu

TALİ Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu

GENEL GEREKÇE

XX. Yüzyılın ortalarından itibaren kullanılmaya ve gelişmeye başlayan bilgi ve iletişim teknolojileri her geçen gün ekonomi, iş, ticaret, kamu idaresi, eğitim, adalet, sağlık ve kültür gibi hayatın tüm alanlarında büyük değişikliklere sebep olmakta, bu teknolojilerin ortaya çıkardığı yeni araçlar ve hizmetler hızla insanlığın tüm yaşamını etkilemeye devam etmektedir. Bilişim teknolojileri ve sunduğu hizmetler, nitelikleri gereği sadece ulusların millî düzenlerini değil tüm uluslararası toplumu etkilemekte; bu nedenle, modern dünyadaki ülkeler ve uluslararası örgütler, bu alanda iş birliğine giderek baş döndürücü bir hızla gelişen bu yeni ortama ayak uydurmaya çalışmakta, aynı çabalar birçok ülke tarafından takip edilmektedir. Artık herkesin benimsediği gibi, bilgi teknolojilerine ait ürünler ve bilgi toplumu hizmetleri modern bireyin günlük hayatını neredeyse çepeçevre kuşatmış bulunmaktadır. Başta bilgisayarlar olmak üzere, internete bağlanabilen cep telefonları, bankamatikler, internet üzerinden gerçekleştirilebilen bankacılık işlemleri ve çeşitli kamu hizmetlerinin bilişim ağları üzerinden verilebilmesi, modern hayatta insanlığın yaşamını kolaylaştırmak için çok büyük imkânlar sunmaktadır. Özellikle son otuz yılda çok büyük gelişmeler gösteren bilişim teknolojileri, sağladıkları büyük

faydaların yanında beklenmedik sonuçlar da doğurmakta, hukukun tüm alanlarında yeni tanımlar ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de bilgi teknolojisinin gelişmesiyle birlikte internet, erişim, içerik sağlayıcı, hizmet sağlayıcı gibi hukukun tüm dallarını ilgilendiren yepyeni kavramlar ortaya çıkmıştır. Yeni kavramlar ve yeni alanlar hukuk alanında eski sistem ve mevzuatla çözümlenemeyen, öncekilerle benzeşmeyen yeni sorunların ortaya çıkmasına da neden olmaktadır. Bu sorunların çözümlenmesi için gerek Avrupa Birliğine üye ülkelerde gerek Birliğe üye olmayan diğer ülkelerde birtakım kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

Avrupa Birliğinin, 8/6/2000 tarihli ve 2000/31/EG Bilgi Toplumu Hizmetlerinin, Özellikle Elektronik Ticaretin Ortak Pazardaki Bazı Yönleri Hakkında Direktifi ile 1997/66 ile 2002/58 sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İzlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Direktifi, üye ülkeler için konu ile ilgili birtakım yükümlülükler öngörmektedir. Avrupa Birliğinin 2000/31 sayılı Direktifi ile bilgi toplumu alanında hizmet verenlerin tâbi olacakları hükümler, genel bilgilendirme yükümlülükleri, ticarî iletişim için gerekli şartlar, istenmeyen elektronik iletiler, elektronik vasıtalarla yapılacak sözleşmelere uygulanacak kurallar ve sözleşme öncesi verilmesi

gerekli bilgiler (özel bilgilendirme yükümlülüğü), ara hizmet sunucularının sorumlulukları ve meslekî davranış kurallarına ilişkin olarak üye ülkelere birtakım sorumluluklar yüklenmektedir.

Avrupa Birliğinin 2002/58 sayılı Direktifinde ise; Topluluk içinde elektronik iletişim ekipmanları ile elektronik iletişim vasıtasıyla işlenen kişisel verilerin, temel haklar ve özgürlüklerin korunması ilkesi de dikkate alınarak eşit seviyede korunmaları ve bu şekilde serbest dolaşımlarının sağlanması amaçlanmakta, bu çerçevede elektronik iletişime ilişkin bir kısım tanımlar yapılarak iletişimin gizliliğinin korunması, gerekli güvenlik tedbirleri, trafik bilgilerinin saklanması gibi konularda hükümler ihdas edilmektedir. Bilgi toplumu hizmetleri ile ilgili ortaya çıkan bu tür hukukî sorunların çözümlenmesi için Türk hukukunda da bazı düzenlemeler yapılmıştır.

Türk hukukunda doğrudan bilgi toplumu hizmetlerini konu alan, farklı tarihlerde değişik kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bunlara, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu örnek olarak gösterilebilir. Değişik tarihlerde farklı kanunlar içinde bilgi toplumu hizmetlerine yönelik hükümleri de içeren düzenlemeler yapılmıştır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda gerek sözleşmenin kurulmasına gerek mesafeli sözleşmelere ilişkin yeni düzenlemelere yer verilirken, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da yeni hükümler mevcuttur.

Türkiye'nin Avrupa Birliğine katılım müzakerelerinin devam ettiği süreçte, Avrupa Birliği tarafından çıkarılmış olmakla birlikte henüz Türk mevzuatına aktarılmayan ve Türk hukukunda da karşılığının bulunmadığı bazı direktif hükümleri mevcuttur. Bu direktiflerden biri de şüphesiz 2000/31/EG Bilgi Toplumu Hizmetlerinin, Özellikle Elektronik Ticaretin Ortak Pazardaki Bazı Yönleri Hakkında Direktiftir.

Tasarının amaçlarından biri söz konusu Direktif ile Türk hukuku arasındaki uyumun sağlanmasıdır. Tasarının hazırlanması çalışmaları sırasında, söz konusu Direktif hükümlerinin yanısıra Avrupa Birliği tarafından bu Direktifi değiştiren yeni Direktif hükümleri de değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler neticesinde özellikle, istenmeyen elektronik postalarla ilgili olarak Tasarıda ayrıntılı bir düzenleme yapılması tercih edilmiştir.

Uluslararası alanda elektronik ticaret ve bilgi toplumu hizmetleri ile ilgili mevzuatlarda iki ayrı metodun kullanıldığı görülmektedir. Dünyadaki ve Avrupa Birliği ülkelerindeki mevzuat ele alındığında çoğunlukla ayrı ve bağımsız kanun yapılmasından ziyade ilgili kanunların içine hüküm konulması yoluna gidildiği anlaşılmaktadır. İlgili kanunların içine hüküm konulması yoluyla yapılan düzenlemenin tercih edilmesinin nedeni Avrupa Birliğinin 2000/31 sayılı Direktifinde düzenlediği e-ticarete ilişkin konuların özel hukukun birçok alanı ile ilgili olması ve

bu alanlarda da temel kanunların bulunmasıdır. Bu iki sistem, Tasarının hazırlanması sırasında ele alınmış ve tartışılmıştır. Aslında elektronik ticaretle ilgili olan tüm alanın ayrı ve bağımsız bir Tasarı olarak düzenlenmesi arzu edilmiştir. Ancak bu durumda ya diğer kanunlardaki hükümler o kanun metinlerinden çıkarılacak ya da ikinci kez aynı konuda düzenleme yapılmak zorunda kalınacaktı. İlk seçenekte diğer kanunların insicamının bozulacağı, ikincisinde ise aynı konunun iki farklı kanun metninde düzenlenmesinin hukuk tekniğine aykırı düşeceği kanaatine varılarak Tasarıda elektronik ticarete ilişkin ana ilkeler düzenlenmiş, diğer kanunlarda düzenlenen alanlara iki istisna haricinde değinilmemiştir.

Elektronik ticaretin yaygınlaştırılması, tüketicilerin ya da elektronik ortamda işlem yapan kimselerin güveninin sağlanmasına bağlıdır. Bu güvenin sağlanması için, elektronik ortamda şeffaflık ve erişilebilirlik şarttır. Bu nedenle, elektronik ticaretle uğraşanlar için güvenin ve şeffaflığın sağlanması amacıyla birtakım yükümlülüklerin getirilmesi öngörülmektedir.

Tasarıda genel itibarıyla iki alanda düzenleme yapılmaktadır. Bunlardan ilki, elektronik araçlarla yapılan sözleşmelerde bilgi verme ve hizmeti sunanlar için getirilen yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler incelendiğinde daha ziyade elektronik hizmetin alıcısının satın alacağı mal ya da hizmeti tanıyabilmesi, onu yanıltabilecek bilgilerin önüne geçilmesine ilişkindir. Diğer yükümlülükler ise sözleşmenin sonradan erişilebilir kılınması ve hataların sonradan düzeltilmesine imkân verilmesiyle ilgilidir.

İkinci alan ise istenmeyen elektronik postalara ilişkindir. Türkiye, maalesef istenmeyen elektronik postaların yayıldığı ülkelerin başında bulunmaktadır. Bu durum Avrupa Birliğinin konuya ilişkin raporlarında da yer almıştır. Tasarının hazırlığında, istek dışı elektronik postaların niteliği ve Dünyada yapılmış olan konuya ilişkin kanuni düzenlemeler araştırılmış ve değerlendirilmiştir.

Dünyada istek dışı haberleşme konusunda; alıcının ilk elektronik postadan sonra reddetme hakkı olarak tanımlanan “opt-out” ve elektronik iletilerin ilkinde dahi önceden izin alma şartı getiren ve “opt-in” sistemi olarak adlandırılan iki farklı düzenleme bulunmaktadır. İlk yöntem, Amerika Birleşik Devletleri ve Uzak Doğuda; ikinci yöntem ise Avrupa Birliğine üye ülkelerin genelinde uygulanmaktadır. Avrupa Birliğinin 12/7/2002 tarihli ve 2002/58/AT sayılı Direktifinin 13 üncü maddesinde Elektronik Ticaret Direktifinden ayrılarak önceden izin alma yönteminin uygulanması kararı alınmıştır. Ülkemizin Avrupa Birliğine üyelik süreci ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum çalışmaları gözönüne alınarak istek dışı elektronik iletiler ile ilgili bölüm önceden izin alma yöntemine göre hazırlanmıştır. Bu sistemin istisnası olarak esnaf ve tacirlerin ticarî faaliyetlerine ilişkin haberleşme ihtiyacı gözönüne alınarak ilk elektronik iletiden sonra bunu almayı reddetme hakkı sağlayan ilk sistem kabul edilmiştir.

Tasarıyla Avrupa Birliği tarafından çıkarılmış olmakla birlikte henüz Türk mevzuatına aktarılmayan ve Türk hukukunda da karşılığının bulunmadığı bazı direktif hükümlerine de yer verilmiştir.

MADDE GEREKÇELERİ

Madde 1- Maddeyle, Tasarının amaç ve kapsamı düzenlenmektedir.

Tasarı ile, diğer kanunlarda düzenlenmeyen ancak bilgi toplumu ve elektronik ticaretin gereği olan hususların tamamlanması ile elektronik ticaret ve bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin hususların düzenlenmesi amaçlanmaktadır.

Madde 2- Maddeyle, Tasarıda geçen bazı terimlerin tanımlarına yer verilmekle birlikte, diğer kanunlarda tanımlanan terimlere yer verilmemektedir. Örneğin, tüketici terimi 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda tanımlandığı için burada yeniden tanımlanmamaktadır.

5651 sayılı Kanunda yapılan içerik, erişim ve yer sağlayıcı tanımları ve getirilen sorumluluk düzenlemesi, Tasarının uygulaması bakımından da geçerlidir. Bu maddede yapılan hizmet sağlayıcı tanımı 5651 sayılı Kanunda yer verilen erişim ve yer sağlayıcı kavramlarını da kapsamaktadır. Bu nedenle, Tasarıda, 5651 sayılı Kanunda getirilmiş olan sorumluluk hükümleri tekrarlanmamıştır. 5651 sayılı Kanunda tesis edilmiş sorumluluk hükümleri geçerli olmaya devam edecektir.

Madde 3- Elektronik araçlarla yapılan sözleşmenin kurulması ve kurulma zamanı Borçlar Kanunu hükümlerine göre tayin edilecek ve tarafların iradeleri de yine genel hukuk ilkelerine göre yorumlanacaktır. Ancak, elektronik araçlarla yapılan sözleşmede bazı hususların sözleşme öncesinde ve sonrasında belli olması gerekir.

Birinci fıkra uyarınca, sözleşmenin kurulması için gerekli adımların mutlaka açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunlar, alıcıya hizmet sağlayıcı tarafından sunulmalıdır. Böylece hangi adımların takip edileceği alıcı tarafından önceden bilinebilecektir. Yine, sözleşme metninin hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı da açıkça belirtilmelidir. Bu, başlangıçta var olan bilgilendirme yükümlülüğünün gereğidir. Buna göre, alıcı daha sözleşme ilişkisine girmeden önce sözleşmenin cereyan edeceği süreci önceden bilecek ve sözleşme ilişkisine girip girmeyeceği konusunda iradesini ne şekilde oluşturacağına karar verecektir. Söz konusu düzenlemeler, Türkiye'de bulunan hizmet sağlayıcılara uygulanacaktır. Öte yandan, yurtdışında yerleşik hizmet sağlayıcılara bu şekilde bir yükümlülük getirme imkânı yoktur. Ancak, bu durumun, Türk girişimciler aleyhine bir haksız rekabete yol açacağı ve ülke içindeki elektronik sektörün rekabet gücünü azaltacağı da düşünülmemelidir. Aksine bu tür yükümlülüklerin yerine getirilmesi son derece kolay olmakla beraber alıcıda ciddi bir güvenin oluşmasına katkı sağlayacaktır. Aynı şekilde veri hatalarının nasıl belirleneceğine ve düzeltileceğine ilişkin teknik araçların da alıcıya

sağlanması gerekir. Böylece alıcı, daha hukukî ilişkinin başında sözleşmede bazı hataların düzeltilebileceğine ilişkin bir inanca sahip olacaktır.

İkinci fıkra uyarınca, hizmet sağlayıcının mensubu olduğu meslekle ilgili varsa davranış kurallarına ve buna nasıl ulaşılabileceğine ilişkin bir açıklamayı bulundurmak zorundadır. Mesleklere ilişkin davranış kurallarının önemi gitgide artmaktadır. Hangi mesleğin nasıl bir davranış kuralı olduğunun, hizmet sağlayıcıların mensup oldukları meslek örgütlerinin nasıl ve hangi kurallara tâbi olduğunun bilinmesi, alıcıya daha güvenli bir şekilde o hizmet sağlayıcının hizmetinden faydalanma imkânını sağlayacaktır. Ortaya çıkacak sonraki uyuşmazlıklarda kullanılabilecek genel ilkeleri de alıcı buradan öğrenecektir.

Üçüncü fıkrada, tarafların tüketici olmadığı durumlarda yukarıda bahsedilen hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. Bilhassa esnaf ya da tacirler arasında gerçekleşen ve tüketici işlemi sayılmayan ticari ilişkilerde birinci ve ikinci fıkralardaki gibi bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamaktadır.

Dördüncü fıkrada, hizmet sağlayıcıya, alıcıya sözleşme öncesinde sunulmuş olan sözleşme hükümleri ve genel işlem şartlarının saklanmasına imkân sağlama yükümlülüğü getirilmektedir. Bu şekilde; alıcının bu şartları daha sonra da düşünebilmesi ve kontrol edebilmesi, sözleşmenin kurulmasından sonra tek taraflı olarak sözleşme hükümlerinde değişikliğe gidilememesi amaçlanmaktadır.

Beşinci fıkrada ise elektronik posta ya da diğer benzeri bireysel iletişim araçları ile gerçekleştirilen işlemler için düzenleme getirilmektedir. Elektronik posta ve benzeri bireysel iletişim yoluyla gerçekleşen işlemler, birinci ve ikinci fıkra hükümlerinden istisna tutulmaktadır. Zira burada taraflar doğrudan haberleşme ve müzakere etme imkânına sahip olduğundan bu işlemlerde Borçlar Kanunundaki hazır bulunanlar arasında sözleşme hükümleri uygulanabilecektir. Bu durumda, birinci ve ikinci fıkralardaki yükümlülüklere de gerek olmadığı açıktır.

Madde 4- Sözleşmenin yapılma öncesi ile sipariş verilmesi aşamasının ayrılması gerekir. Bu maddenin düzenlenmesi, bu bakımdan 3 üncü maddedeki düzenlemeden farklıdır.

Birinci fıkra uyarınca alıcının siparişini elektronik araçlarla vermesi hâlinde, siparişin verilmesinden önce ve ödemeye ilişkin bilgilerden önce alıcının ödeyeceği toplam bedeli bilmesi gerekir. Sadece toplam ödenecek bedelin bilinmesi de kâfi olmayıp, sözleşmenin diğer şartlarını da görebilmeli ve yeniden inceleyebilmelidir. Bu hâlde alıcı, bir kez daha verdiği siparişin niteliği ile imza attığı sözleşmenin içeriğini tam olarak kavrayabilecektir.

Siparişin verilmesinden sonra ise alıcıya siparişin alındığına ilişkin bir teyidin gönderilmesi gerekir. Böylece alıcı, yaptığı sözleşmenin geçerli olduğunu ve karşı taraftan da ciddi bir iradenin oluştuğunu anlamalıdır.

Birinci fıkranın (c) bendi tarafların birbirlerine gönderdiği sipariş ve siparişin alındığının ne zaman gerçekleştiğine ilişkin bir yorum kuralı getirmektedir. Bu yorum kuralı, her olayda tarafların tacir olup olmadığına göre değişecektir.

İkinci fıkrada, hizmet sağlayıcı sipariş verilmesinden önce alıcıya, veri hatalarını belirleyebilme ve düzeltebilme imkânını sağlamakla yükümlü tutulmaktadır. Bu fıkra hükmü, olası veri girişi ya da sistemde oluşabilecek hatalardan alıcının dönebilmesini ve bunları düzeltebilmesini amaçlamaktadır. Söz konusu düzenleme, 3 üncü maddede getirilen hükümden tamamen farklıdır. Burada bir bilgilendirme yükümlülüğü değil doğrudan hizmet sağlayıcıya getirilen bir ifa yükümlülüğü vardır.

Üçüncü fıkrada, tarafların tüketici olmadığı durumlarda, yukarıda bahsedilen hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmektedir. Özellikle tacirler arasında ya da esnaflar arasında gerçekleşen ve tüketici işlemi sayılmayan ticarî ilişkilerde birinci ve ikinci fıkralardaki gibi bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmamakta, onların tacir olmasının gerektirdiği dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir.

Dördüncü fıkrada ise elektronik posta ya da diğer benzeri bireysel iletişim araçları ile gerçekleştirilen işlemler için düzenleme getirilmektedir. Elektronik posta ve benzeri bireysel iletişim yoluyla gerçekleşen işlemler, birinci fıkranın (a) ve (b) bentleriyle ikinci fıkra hükümlerinden istisna tutulmuştur. Zira burada taraflar doğrudan haberleşme ve müzakere etme imkânına sahiptirler. Bu durumda birinci ve ikinci fıkradaki yükümlülüklere de gerek olmadığı açıktır.

Madde 5- Maddede ticari iletişimi yapanların ya da adına yapılanların, iletişimin kime yapıldığının bir önemi olmaksızın, kimliğinin belirlenebilir olması amaçlanmaktadır. Elektronik ortamdaki anonimlik arkasında alıcının yanıltılması engellenmeli, diğer taraftan da alıcıya güven telkin edilebilmesi için elektronik ortamın arkasında hangi gerçek ya da tüzel kişinin olduğu belirlenebilmelidir. Aynı şekilde, bu tür iletişimde, alıcının ilgisinin çekilebilmesi için yapılan bazı teşviklerin nitelikleri, varsa ve sunuluyor ise promosyon, hediye ya da çekiliş gibi hususların da açık ve anlaşılabilir şekilde belli edilmesi gerekir. Böylece alıcının yanıltılma riski azalacak ve güven sağlanmış olacaktır.

Madde 6- Maddenin birinci fıkrasında, 2002/58/AT sayılı Direktifin 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak, kişi müdahalesi olmadan çalışan faks, elektronik posta, kısa mesaj gibi

otomatik arama sistemleri vasıtasıyla kişinin önceden izni olmaksızın pazarlama veya reklam amacıyla istenmeyen elektronik ileti gönderilemeyeceği belirtilmektedir. Böylelikle, öncelikle kişinin rızası ve onayının alınması zorunlu kılınmakta ve kişinin izni olmadan bu tür mesajların gönderilmesini yasaklayan yöntem tercih edilmektedir. Maddeyle söz konusu Direktifle uyum sağlanarak, elektronik ileti gönderilebilmesi için kişinin önceden rızasının olması gerektiği hususu düzenlenmektedir.

Ticarî elektronik ileti kimin adına gönderiliyor ise onayı da bu kimse almak zorundadır. Elektronik iletilerin gönderilmesine aracılık edenlere ise böyle bir yükümlülük yüklenmemiştir. Zira bilhassa kısa mesaj gönderiminde, aracılık faaliyeti tamamen teknik bir süreç olarak gerçekleşmektedir. Ayrıca, mesaj gönderimine aracılık edenlerin mesaj gönderilen kimselerden onay alıp almadıklarını kontrol etmesini beklemek, ticarî hayatı aksatacaktır.

İkinci fıkrada ise esnaf ve tacirler için bu sisteme istisna getirilmektedir. Zira esnaf ve tacirlerin kendilerine gelen reklam amaçlı elektronik iletilerden haberdar olabilmeleri ticarî hayatın bir gereğidir. Bu nedenle, bu kimselere önceden izin alınmaksızın elektronik ileti gönderilebilecektir. Ancak, bu kimseler de istedikleri zaman elektronik posta almayı reddetme imkânına sahiptirler. Sonraki maddelerde getirilen hükümlerle bu husus düzenlenmektedir.

Madde 7- Önceden izin alınarak gönderilen elektronik iletiler için de bazı kuralların getirilmesi ve alıcının korunması gereklidir. Birinci fıkrada, 2002/58/AT sayılı Direktifin 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak, bir ürünün satılması ya da bir hizmetin sağlanması sırasında edinilen tüketiciye ait iletişim bilgilerinin, tüketicinin rızasının alınması koşuluyla, doğrudan pazarlama amacıyla kullanılabileceği belirtilmektedir.

İkinci fıkrada, göndericinin tanınmasına yönelik bir düzenleme getirilmektedir. Böylece alıcı, kendisine gelen elektronik iletinin sahibini tanıyabilecektir. Gerektiğinde de irtibat kurabilecektir. 2002/58/AT sayılı Direktifin 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında doğrudan pazarlama amacıyla gönderilen ve kimin adına haberleşme yapıldığı hususunda göndericinin kimliğini saklayan veya alıcının bu iletişimin sonlandırılması konusunda talepte bulunacağı bir adres bulunmayan iletilerin gönderilmesinin abonenin bu yöndeki talebi hâlinde engelleneceği ifade edilmiştir. Maddede, Direktifle uyum sağlanmış, gönderilen elektronik iletide, göndericinin kimlik ve erişim bilgilerinin yer almasının zorunlu olduğu, haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığı ile ilgili bilgilere de yer verileceği düzenlenmektedir.

Üçüncü fıkrada ise iletinin tanınabilmesini sağlayan bilgilerin de iletiye eklenmesi yükümlülüğü getirilmektedir. Böylece alıcı, henüz iletiyi açıp okumadan önce dahi, içeriği gönderen ya da kim adına gönderildiği hakkında genel bir bilgi edinecektir.

Madde 8- Maddede yapılan düzenleme, genel bir düzenleme olup, içeriğinde 6 ncı maddede olduğu gibi bir ayrım yapılması yoluna da gidilmemektedir. 2002/58/AT sayılı Direktifin 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasında göndericinin, kullanıcılara gelen her bir iletiyi bundan sonrası için almayı reddetme imkânını ücretsiz ve kolay bir yolla sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Maddede, Direktife uygun olarak, gerçek ve tüzel kişilerin diledikleri zaman, hiçbir gerekçe belirtmeksizin Tasarı kapsamındaki elektronik iletileri almaktan vazgeçebileceği ve bunun için göndericiye, çağrı veya iletide yer alan iletişim bilgilerini kullanarak, bu yöndeki talebin iletilmesinin yeterli olduğu, göndericinin, vazgeçme talebinin kendisine kolay bir yolla ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlayacağı düzenlenmektedir. Ayrıca, talebin alınmasını müteakip göndericinin derhâl bu talebin gereğini yapacağı hüküm altına alınmaktadır.

İkinci fıkrada, ret bildiriminin kolay ve ücretsiz bir şekilde sunulması yükümlülüğü göndericiye yüklenerek, alıcının ilave bir masrafa katlanması hususu engellenmek istenmektedir.

Üçüncü fıkrada ise ret talebinin göndericiye ulaşmasını müteakip üç günlük süre verilmekte, bu süre, iş günü olarak belirlenmektedir.

Madde 9- Maddede Avrupa Birliğinin 2000/31 sayılı Direktifinde düzenlenip de Türk hukukunda düzenlenmeyen ön belleğe almaya ilişkin husus hükme bağlanmaktadır. Ön belleğe alma, tamamen teknik bir süreç olarak cereyan etmektedir. Ön belleğe almanın amacı, bilgi toplumu hizmetlerinden yararlananların sağladığı bilgilerin diğer kullanıcılara daha etkin bir aktarımını sağlamaktır. Ön belleğe alma, otomatik olarak ve geçici bir süre ile yapılmaktadır. Ancak, 5651 sayılı Kanunda veya diğer düzenlemelerde bu hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum elektronik ortamda önemli bir fonksiyon ifa eden hizmet sağlayıcılar için bir risk unsuru taşımaktadır. Bu nedenle, saklanan içerikten dolayı hizmet sağlayıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceği hususu maddede açıkça düzenlenmektedir. Getirilen bu hükümle işin tamamen teknik sürecinde hizmet ifa eden bu kimselerin sorumsuzluğunun hüküm altına alınması amaçlanmaktadır.

Maddede ilke olarak kabul edilen sorumsuzluğun şartları da belirlenerek hüküm altına alınmıştır. Bu şartlar, hizmet sağlayıcının sorumsuzluk hükmünden yararlanabilmesi için tamamen teknik bir süreçte kalması gerektiğini, herhangi bir müdahalesinin olduğu zaman ise sorumsuzluk hükmünden yararlanamayacağını vurgulamaktadır. Maddenin (a), (b) ve (c) bentleri, hizmet sağlayıcının ön belleğe alma işini tamamen teknik bir süreç olarak ifa etmesi gerektiğine işaret

etmektedir. (ç) bendinde ise yine Direktife uygun olarak, ön bellekte tutulan verilerin asıl kaynağından kaldırılması, adlî ya da idarî bir yolla erişimine engel kararı verilmesi halleri düzenlenmektedir. Ancak, burada da hizmet sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için bunun öğrenilmesi şart kılınmaktadır.

Madde 10- Maddede, elektronik ticaretin yapılması aşamalarında hizmet sağlayıcının elde ettiği verilerin saklanmasından ve güvenliğinden sorumlu olduğu hükme bağlanmaktadır. Madde, bir sorumluluk hükmü olarak düzenlenmektedir. Hükümle, elektronik ticarete olan güvenin tesisi amaçlanmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin Türk hukukunda çalışmalar devam etmektedir. Söz konusu çalışmalar ve yine Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeler dikkate alınarak bu maddede sadece Tasarı kapsamında elde edilen verilere ilişkin sorumluluk hükmüne yer verilmektedir. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, bir sorumluluk tesis etmektedir. Hizmet sağlayıcı için objektif özen yükümlülüğünü öngörmektedir.

(b) bendinde, elektronik ticaret nedeniyle elde edilmiş olan bilgilerin kişinin rızası olmaksızın üçüncü kişilere verilemeyeceği ve başka amaçlarla kullanılamayacağı da hükme bağlanmaktadır.

Madde 11- Bakanlığa, Tasarının uygulanmasına ilişkin yetki verilmektedir. Bu kapsamda Bakanlığın, hizmet sağlayıcıların Tasarıda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini tespit amacıyla denetim yapmaya ve bu tespit uyarınca gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu hükme bağlanmaktadır.

Madde 12- Maddenin birinci fıkrasında sayılan idari para cezaları, getirilen yükümlülüklerin mahiyetine uygun olarak sınıflandırılmakta, uygun ve caydırıcı olan ancak ödenebilir meblağlar belirlenmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, idari para cezasını vermeye yetkili makam belirlenmektedir.

Madde 13- Sanayi ve Ticaret Bakanlığına, diğer bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların görüşlerinin de alınması suretiyle, yönetmelik çıkarabilme imkânı verilmektedir.

Madde 14- Maddenin birinci fıkrasıyla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin mülga (e) bendi yeniden düzenlenmek suretiyle, elektronik ticaretin gelişmesi ve yaygınlaşması için Bakanlığa yeni görev ve yetkiler verilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise Elektronik Haberleşme Kanununun 50 nci maddesinin beşinci fıkrasında değişiklik yapılmaktadır. Zira Tasarıda, önceden izin alma sistemi benimsenmişken Elektronik Haberleşme Kanununun mevcut halinde ilk elektronik iletiden sonra iletileri almayı ret imkânı getirilmiştir. Elektronik Haberleşme Kanununun bütünlüğüne ve genel insicamına dokunulmadan anılan Kanunun sistemi, Tasarı ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ile uyumlu hâle

getirilmektedir. Abone ve kullanıcılara gönderilen bu tür mesajlar için de önceden izin alınma şartı getirilmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasıyla Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı maddesine beşinci fıkrasından soma gelmek üzere bir fıkra eklenerek getirilen yeni sistemin müeyyidesi de konulmaktadır. Geçici Madde 1- Madde, bazı şirketlerce toplanmış olan ve kendilerine ticari ileti gönderilmesi

için izin alınmış olan kişilerin bilgilerinden oluşan veri tabanları için yeniden izin alınmasına gerek

olmadığını hükme bağlamaktır. Ancak maddeyle bu tür veri tabanlarına sadece 6 ncı maddenin birinci fıkrasında getirilen izin alma konusunda bir istisna getirilmektedir. Ticari ileti göndermeye ilişkin Tasarıda getirilen diğer hükümler ise söz konusu veri tabanlarına da uygulanacaktır.

Madde 15- Yürürlük maddesidir.

Madde 16- Yürütme maddesidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu - Madde Gerekçeleri

Temel İlkeler ve Tanımlar

MADDE 2 - Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.

Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.

Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı, maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus "ceza kanunları dar yorumlanır" biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.

MADDE 6 - Bu madde metninde, kanunda kullanılan bazı kavramlar tanımlanmaktadır.

Suçta ve cezada kanunilik ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmaması dolayısıyla, "kadın" ve "örgüt" tanımları Tasarı metninden çıkarılmıştır. Tekerrüre ilişkin olarak sistem değişikliği yapıldığı için "Aynı türden suç" tanımı ve ayrıca, tanımlanmasına gerek görülmemesi nedeniyle "Cebir ve şiddet" tanımı metinden çıkarılmıştır.

Kişinin vatandaşlığının belirlenmesinde 11.2.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun esas alınacağını belirten tanım, ceza uygulaması itibarıyla önemli olan hususu belirlemektedir. Böylece suçu işlediği sırada Türk vatandaşı iken sonradan uyruğunu değiştiren kişi suçun unsuru veya kovuşturma koşulu bakımından Türk sayılacağı gibi, suçu işlediği sırada Türk uyruğuna girmiş olan kişi de Türk vatandaşı sayılacaktır. Çifte uyruğu olanlar da, Türk vatandaşı sayılacaklardır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri göz önünde bulundurularak, "Çocuk" deyiminden henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin anlaşılması gerektiğine dair bir tanıma yer verilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan "kamu görevlisi" tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için ara-nacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddî karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler.

Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.

"Gece vakti" ve "silâh" deyimleri, ayrıca açıklamaya gerek bırakmayacak şekilde tanımlanmıştır.

"Basın ve yayın yolu ile" deyimine ilişkin tanım, sadece kitle iletişim araçlarını kapsayacak biçimde değiştirilmiştir. Tasarıdaki bireysel iletişimi de içine alacak şekilde ifade edilmiş olan

tanımın oluşturduğu sakıncanın giderilmesi için, tanımda değişiklik yapılarak "kitle iletişim araçları" ifadesine vurgu yapılmıştır.

Tasarının 45, 46 ve 47 nci maddelerinde yer alan "İtiyadi suçlu", "Suçu meslek edinen kişi" ve "Örgüt mensubu suçlu" deyimlerine ilişkin tanımlar, bu madde kapsamına alınmıştır.

Ceza Sorumluluğunun Şahsîliği, Kast ve Taksir

MADDE 20 - Tasarının "Suçun faili" başlıklı maddesi değiştirilmiş olup, madde metninde Anayasamıza uygun olarak ceza sorumluluğunun şahsîliği kuralı vurgulanmıştır.

Özel hukuk tüzel kişilerinin suç faili sayılıp sayılmaması ile işlenen bir suçtan dolayı bunlar hakkında bir yaptırıma hükmedilmesi sorununu birbirinden ayırmak gerekir. Suç ve ceza politikası gereği olarak ancak gerçek kişiler suç faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Bu anlaşılış, Anayasamızda da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsîliği kuralının bir gereğidir. Ancak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.

"Para cezası"nın uygulamasındaki kolaylık, tüzel kişiler hakkında da ceza yaptırımına hükmedilebileceği düşüncesine haklılık kazandırmaz. Tüzel kişiler için ancak idari yaptırım niteliğinde "para cezası" öngörülebilir. Çünkü, idari yaptırımlarla, ceza yaptırımları arasında neden, amaç ve so-nuçları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, şirket niteliğindeki bir tüzel kişinin faaliyeti ile ilgili olarak doğan vergi borcunun zamanında ve tam olarak ödenmemesi dolayısıyla, tüzel kişi hakkında da "para cezası" verilebilmektedir. Ancak, bu yaptırımın asıl amacı, verginin zamanında ve eksiksiz olarak ödenmemesi dolayısıyla kamu maliyesinin uğradığı zararın giderilmesi ve vergi düzeninin etkinliğinin sağlanmasıdır. Bu tür yaptırımların bir ceza hukuku yaptırımı olmadığı açıktır. Vergi borcunun gerçeğe uygun bir şekilde doğmasının önüne geçebilmek amacıyla sahte belge düzen-lenmiş olması durumunda ayrıca bu sahteciliği gerçekleştiren gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilecektir. Bu durumda bile tüzel kişi hakkında verilen "para cezası", bir idari yaptırım olma özelliğini korur.

Yapılan bu yeni düzenlemeyle, tüzel kişiler hakkında da özellikle "para cezası" bağlamında ceza yaptırımına hükmedilebileceği yönündeki hukukî temelden yoksun anlayışın önüne geçilmek amaçlanmıştır.

MADDE 84 - Maddenin birinci fıkrasında bir başkasını intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etme fiilleri, seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmaktadır.

Canlı türü olarak insan, hayatını sürdürme konusunda bir içgüdüye sahiptir. Ancak, algılama yeteneğinin olmaması nedeniyle veya yakalandığı hastalıktan kaynaklanan acı ve ızdırabın etkisiyle kişide hayatını sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkabilir ve bunu bir irade açıklamasıyla or-taya koyabilir. Belirtmek gerekir ki, kişinin bu şartlar altında hayatını sona erdirme yönündeki iradesinin hukukî geçerliliği söz konusu değildir. Başka bir deyişle, belirtilen durumlarda hukuken muteber bir iradeden söz etmek mümkün değildir.

Ahlaken tasvip edilmeyen bir tasarruf olan intihar veya intihara teşebbüs olgusu, bizatihi cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımamaktadır. Buna karşılık, bir başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin bu fiilleri cezalandırılabilir niteliktedir.

Başlı başına cezalandırılabilir bir fiil olarak intihara yardım, esas itibarıyla icraî davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak, intiharı önleme konusunda hukukî yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu girişim karşı-sında kayıtsız davranması; intihara ihmali davranışla yardım olarak nitelendirilmek gerekir. Ancak, bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda hukukî bir yükümlülüğünün olması gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında, intihara teşvik veya yardım suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. İntihara teşvik veya yardımın cezalandırılabilmesi için, kişinin intihar etmesi şart değildir. Teşvik veya yardım sonucunda intiharın gerçekleşmesi durumunda, söz konusu fıkraya göre cezanın artırılması gerekmektedir.

Üçüncü fıkrada, başkalarını intihara alenen teşvik edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, belli bir kişinin muhatap alınması gerekmemektedir. Aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır. Keza, aleniyetin basın ve yayın yoluyla gerçekleşmesi durumunda artırma oranı ayrıca düzenlenmektedir.

Maddenin son fıkrasında, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Aslında, bu durumda kasten öldürme suçu, mağdurun kendisinin araç olarak kullanılması suretiyle, yani dolaylı faillik şeklinde işlenmektedir.

MADDE 103 - Madde metninde çocukların cinsel istismarı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel

davranışların kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızasının bulunması hâlinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçla-rını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir.

Onbeş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, "iradeyi etkileyen neden" ifadesi kullanılmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımı belirlenmiştir. İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır.

Üçüncü fıkraya göre; cinsel istismarın çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından, çocuğun vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, çocuğa sağlık hizmeti veren, çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Dördüncü fıkrada, cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan

kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nite-likli hâl olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Bu bakımdan, beşinci fıkraya göre, cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Altı ve yedinci fıkralarda söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, söz konusu suçun işlenmesi sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir.

Şerefe Karşı Suçlar

MADDE 125 - Madde metninde hakaret suçu tanımlanmıştır. Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukukî değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır.

Bu düzenlemede 765 sayılı Türk Ceza Kanununda benimsenen hakaret ve sövme suçu ayırımı kaldırılmıştır.

Hakaret suçunun oluşabilmesi için, kişiye somut bir fiil veya olgu isnat edilmelidir. Örneğin, kamu görevlisinin bir kişiden bir iş karşılığında belli bir miktar rüşvet aldığı yönünde isnatta bulunulması durumunda hakaret söz konusudur. Kişiye isnat olunan somut fiilin gerçek olup olmamasının, hakaret suçunun oluşması bakımından bir önemi yoktur. Ancak, iddia olunan hususun gerçek olduğunun ispat edildiği durumlarda, fail cezalandırılmayacaktır.

Keza, kişiye herhangi bir olayla irtibatlandırmadan, soyut olarak yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de, hakaret suçu oluşur. Kötü bir niteliği veya huyu ifade eden sözler, somut bir fiil veya olguyla irtibatlandırılmadıkları hâlde, yine de hakaret suçunu oluştururlar. Örneğin, bir kimseye “serseri”, “alçak”, “hayvan” denmesi hâlinde, somut fiil isnadı söz konusu değildir. Aynı şekilde kişiye soyut olarak “hırsız”, “rüşvetçi”, “sahtekâr”, “fahişe” gibi yakıştırmalarda bulunulması hâlinde de hakaret suçu oluşmaktadır. Kişinin bedenî arızasını ifade etmekle veya kişiye bir hastalık izafe etmekle de hakaret suçu işlenmiş olur. Örneğin, kişiye “kör”, “şaşı”, “topal”, “kambur”, “kel” vs. demekle; kişiye “psikopat”, “frengili” veya “AİDS’li” demekle, hakaret suçu işlenmiş olur.

Dikkat edilmelidir ki; davranışın kişiyi küçük düşürmeye matuf olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kişiye onu toplum nazarında küçük düşürmek amacına yönelik olarak belli bir siyasî kanaatin isnat edilmesi hâlinde de hakaret suçu oluşur. Örneğin, bir kişiye "faşist", "komünist" veya "mürteci" demekle, hakaret suçu işlenmiş olur. Bir kişiye izafeten söylenen sözün veya bulunulan davranışın o kişiyi küçük düşürücü nitelikte olup olmadığını tayin ederken, toplumda hâkim olan telâkkileri, örf ve âdetleri göz önünde bulundurmak gerekir.

Hakaret suçu, kişi muhatap alınarak işlenebilir. Bu durumda huzurda hakaret söz konusudur.

Hakaret suçu, kişinin gıyabında da işlenebilir. Kişiye hazır bulunmadığı bir ortamda veya doğrudan muttali olamayacağı bir surette hakaret edilmesi durumunda, gıyapta hakaret söz konusudur. Ancak, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, fiilin mağdurun gıyabında ve fakat en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. Bu kişilerin toplu veya dağınık olmalarının suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur. Bir veya iki kişiyle ihtilat ederek de mağdura hakaret edilebilir. Bu gibi durumlarda da esasında bir haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince, gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi için, mağdurun gıyabında en az üç kişiyle ihtilat edilerek, yani en az üç kişi muhatap alınarak hakaretin yapılması şart olarak aranmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında, hakaretin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir mesajla yapılması hâlinde, birinci fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kişiyi muhatap alan mektup, telgraf, telefon ve benzerî araçlarla yapılan hakaret de, huzurda hakaret olarak cezalandırılmalıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi, bu suçun bir nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir. Keza, hakaret suçunun dinî, siyasî, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı ya da kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın bir yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin dördüncü fıkrası hakaret suçunun alenen işlenmesi, bu suçun bir nitelikli şekli olarak kabul edilmiştir. Aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır.

Keza, aleniyetin basın ve yayın yoluyla gerçekleşmesi durumunda artırma oranı ayrıca düzenlenmektedir.

Maddenin son fıkrasında, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde, suçun kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

MADDE 126 - Hakaret suçunun oluşabilmesi için mağdurun belli veya belirlenmesinin olanaklı bulunması gereklidir. İşte bu maddeyle suçu işleyen tarafından mağdurun kimliğinin açıkça belirtilmediğinde, ne gibi bir durumun varlığı hâlinde ismin belirtilmiş ve hakaretin açıklanmış sayılacağına ait ölçü gösterilmektedir.

Madde, aslında usûl hukuku bakımından ispata yönelik, karineye benzer bir ölçü getirmiş bulunmaktadır.

MADDE 127 - Madde metninde, kişiye somut isnatta bulunulması hâlinde, isnadın ispatı düzenlenmektedir. Anayasamızda da isnadın ispatına ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Anayasamıza göre; kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak isnatta bulunulması durumunda, isnatta bulunan isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışında, kişilere somut bir fiil isnadında bulunarak hakaret edilmiş olması hâlinde, isnadın doğruluğunun ispat edilebilmesi için iki seçenek koşuldan birinin gerçekleşmesi gerekir. Birinci seçenek koşul, isnadın doğruluğunun ispatında kamu yararı bulunmasıdır. Diğer seçenek koşul ise, şikâyetçinin yani kendisine hakaret edilenin ispata razı olmasıdır.

Yine Anayasamıza göre, isnadın doğruluğunun ispat edilmiş olması, hakaret suçunun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, hakarette bulunan kişi hakkında beraat kararı verilmelidir.

Madde metnindeki düzenleme yapılırken, Anayasamızın bu konuda belirlediği kurallar da göz önünde bulundurulmuştur.

Madde metninde kabul edilen sisteme göre, isnadın doğruluğunun ispat edilebilmesi için, isnadın bir suç vakıasına ilişkin olması gerekir. Yani kişiye belli bir suçu işlediğinden bahisle hakaret edilmiş olması gerekir. Ayrıca, hakaretin yapıldığı anda isnadın konusunu oluşturan suç dolayısıyla kişi hakkında henüz bir hüküm verilmemiş olmalıdır.

Bu sistemde, isnadın doğruluğunun ispatı, hakaret suçundan dolayı açılan davanın görüldüğü mahkemede yapılmamaktadır. Hakaret suçunun işlendiğinden bahisle açılan davanın görüldüğü mahkeme, yapılan somut vakıa isnadının bir suç oluşturması durumunda, bu suçun gerçekten işlenmiş olup olmadığının ortaya çıkarılmasını bekletici mesele kabul ederek, bu nedenle açılmış veya açılacak olan davanın sonucunu beklemelidir. İsnadın doğruluğunun ispatı, ancak isnat konusu suç vakıası dolayısıyla açılan ceza davası bağlamında ilgili mahkemede söz konusu edilebilir.

İsnat konusu suç vakıası dolayısıyla açılan ceza davası sonucunda bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde; isnat ispatlanmış addedilir ve maddenin birinci fıkrası gereğince, hakarette bulunan kişiye ceza verilmez.

Ancak, hakarete uğrayan, isnat edilen fiil dolayısıyla hakkında açılan davada kesinleşmiş bir hükümle beraat etmişse, isnat ispat edilmemiş sayılır ve hakaret eden kişi cezalandırılır. Hakarete uğrayan kişi hakkında, isnat edilen fiil dolayısıyla takipsizlik kararı veya açılan davada düşme kararı verilmiş olması hâlinde de; isnadın doğruluğu ispat edilmemiş sayılacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre; kesin hükümle sonuçlanmış bir davayla işlendiği sabit görülen bir fiilden bahisle kişiye hakaret edilmiş olması hâlinde, cezaya hükmedilir. Böylece, daha önce işlediği bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olan kişiye, bu suçtan bahisle hakaret edilmiş olmasının tasvip edilemez olduğu vurgulanmıştır.

Hakkında başlatılan soruşturma sonucunda takipsizlik kararı veya açılan davada düşme veya beraat kararı verilmiş olan kişiye, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilden bahisle hakaret edilmiş olması hâlinde, hakaret edenin cezalandırılacağında kuşku yoktur.

MADDE 128 - Madde metninde, bir hukuka uygunluk nedeni olan ve Anayasamızda da güvence altına alınan (madde 36) iddia ve savunma dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Bir talebin resmi bir makama iletilmesi, dilekçe hakkının kullanılması bağlamında hukuka uygun bir davranıştır. Ancak, dilekçe hakkı, dilekçenin içeriğindeki ifadeler açısından başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak mütalâa edilemez.

Hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Bir suçun işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde ihbar veya şikâyette bulunma hakkı vardır.

Gerçekleşmiş bir olayla ilgili olarak bu olayın oluşumuna neden olan kişiler de gösterilmek suretiyle ihbar veya şikâyette bulunulması durumunda, hakaret veya iftira suçunun oluştuğundan söz edilemez. Çünkü, burada gerçekleşmiş somut olayla ilgili olarak ihbar veya şikâyette bulunmak şeklinde bir hakkın kullanılması söz konusudur.

İddia ve savunma hakkının, yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde kullanılması mümkündür.

İddia ve savunma hakkının kullanılması bağlamında, kişiler açısından somut isnat ifade eder nitelikte maddî vakıaların ortaya konulması ya da kişilerle ilgili olumsuz değerlendirmelerde

bulunulması mümkündür. Bu somut isnatlar veya olumsuz değerlendirmeler, iddia ve savunma hakkının kullanılmasıyla ilişkilendirilememesi durumunda, hakaret ve hatta iftira suçu oluşturur.

İddia ve savunma kapsamında, kişilerle ilgili olarak bulunulan somut isnadların gerçek olması ve yapılan olumsuz değerlendirmelerin somut vakıalara dayanması gerekir. Keza, bulunulan somut isnadların veya yapılan olumsuz değerlendirmelerin uyuşmazlıkla ilişkili olması gerekir; ancak, uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olması aranmamalıdır.

Somut uyuşmazlıkla bağlantılı olmayan isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından bahsedilemez. Keza, somut vakıalara dayansa bile, uyuşmazlıkla alakası olmayan olumsuz değerlendirmeler açısından iddia ve savunma hakkının kullanılması söz konusu değildir.

Somut uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte iddia ve savunma sınırını aşan hakareti mutazammın yazı ve sözlerin iddia ve savunma hakkı kapsamında mütalâa edilmesi mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerin kullanılmasına müsamaha ile bakılabilir. Çünkü, bu gibi durumlarda iddia ve savunmanın sınırı genellikle öfke ve gazabın etkisiyle aşılmaktadır. Aslında öfke ve gazap hâli, kusurluluğun bir unsuru olan irade yeteneğini etkileyen bir faktördür ve bu durum, kişinin işlediği hakaret suçu dolayısıyla kusurunun tespiti bağlamında değerlendirilmelidir.

MADDE 129 - Madde metninde, hakaret suçundan dolayı cezanın kaldırılması ve azaltılması bakımından üç ayrı duruma ilişkin hüküm bulunmaktadır.

Birinci fıkraya göre, mağdur kendi haksız hareketleriyle hakarete neden olmuş ise, haksız hareketinin ağırlığını göz önüne almak suretiyle hâkim, failin cezasını azaltabileceği gibi gerektiğinde tümüyle kaldırabilecektir.

İkinci fıkraya göre, kişi kendisine karşı işlenen kasten yaralama suçuna tepki olarak işlediği hakaret suçu dolayısıyla cezalandırılamayacaktır.

Üçüncü fıkraya göre, karşılıklı hakaret hâllerinde hâkim, hangisinin neden olduğunu göz önünde bulundurarak taraflardan her ikisi veya birisi hakkında verilecek cezada indirim yapabileceği gibi, ceza vermekten tamamen sarfınazar da edilebilir.

MADDE 130 - Madde metninde, bir bağımsız suç olarak ölünün hatırasına hakaret suçu düzenlenmiştir. Genel olarak hakaret suçu ancak hayatta bulunan kişilere karşı işlenebilir. Çünkü, onur ve şeref, ancak yaşayan kişiler açısından söz konusudur. Ölen bir kişinin ancak hatırasına hakaretten, saygısızlıktan söz edilebilir.

Ölen kimsenin hatırasına hakaretin cezalandırılabilmesi için bunun en azından üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir. Bu suçun alenen veya basın ve yayın yoluyla işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurlar olarak belirlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişinin cezalandırılması öngörülmüştür.

MADDE 131 - Madde ile hakaret suçlarında kovuşturmanın, mağdurun şikâyetine bağlı olduğu hükmü getirilmektedir. Ancak, kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hakaret suçunun soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabi kılınmamıştır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, mağdur şikâyetten önce vefat ederse, ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyunun, eş ve kardeşlerinin şikâyette bulunabilecekleri açıklanmış, bunlar dışındakilere şikâyet hakkı tanınmamıştır. Ölmüş olan kişinin hatırasına hakaret edilmesi hâlinde de, ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikâyette bulunulabilir.

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

MADDE 132 - Madde metninde, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlâli suç olarak tanımlanmaktadır.

Söz konusu suç, belirli kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin öğrenilmesiyle işlenmektedir. Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir. Bu suç açısından önemli olan, haberleşmenin belirli kişiler arasında yapılmasıdır. Söz konusu suçu, bu haberleşmenin tarafı olmayan kişi işleyebilir.

Haberleşmenin gizliliğinin sadece dinlemek veya okumak suretiyle ihlâl edilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturmaktadır. Ancak, bu gizlilik ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin yani konuşulanların veya yazılanların kayda alınması suretiyle yapılması, bu suçun nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Örneğin telefon konuşmalarının ses kayıt cihazıyla kayda alınması hâlinde, suçun bu nitelikli hâli gerçekleşmektedir.

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin belli bir suça ilişkin soruşturma kapsamında Anayasa ve kanunların belirlediği koşullar çerçevesinde öğrenilmesinin veya kayda alınmasının hukuka uygun olduğu muhakkaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Haberleşme içerikleri hukuka uygun bir şekilde veya

birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle öğrenilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, haberleşme içeriklerinin ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Fıkra metninde bu ifşanın hukuka aykırı olması açıkça vurgulanmıştır. Bu bakımdan örneğin kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık bir şekilde dinlenmesi veya okunması hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, henüz soruşturma aşamasında iken, kişiler arasındaki konuşma içeriklerinin, hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsalar bile, örneğin televizyonlarda veya gazetelerde yayınlanması hâlinde, bu suç oluşacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlâl etmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, ifşanın alenen yapılması gerekir. Bu bakımdan, örneğin kişi kendisine gönderilen mektubu gönderenin bilgisi ve rızası dışında bir başkasına okutması hâlinde, bu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, mektubun gönderenin bilgisi ve rızası dışında alenen okunması, başkaları tarafından okunmasını temin için bir yere asılması veya basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, söz konusu suç oluşacaktır.

Dördüncü fıkrada, kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ikinci veya üçüncü fıkralara göre verilecek cezanın belli oranda artırılması öngörülmüştür.

MADDE 133 - Madde metninde, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suç olarak tanımlanmaktadır.

Bir arada bulunan kişiler arasında yapılan konuşmanın aleni olmayan konuşma olarak kabulü için konuşmanın yapıldığı yerin önemi yoktur. Bu bakımdan, örneğin bir parkta iki kişi arasında geçen konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması hâlinde, aleni olmayan konuşma söz konusudur. Keza, örneğin bir evde sınırlı sayıda kişiler arasında yapılan konuşma, aleni olmayan bir konuşmadır.

Birinci fıkrada tanımlanan suç, aleni olmayan konuşmanın bir aletle dinlenmesi veya bir ses alma cihazı ile kayda alınması ile oluşur. Söz konusu suçu, aleni olmayan konuşmanın tarafı olmayan kişi işleyebilir. Suçun oluşabilmesi için, konuşmanın taraflarından herhangi birinin rızasının olmaması yeterlidir. Bu bakımdan konuşmanın taraflarından birinin rızasının olması, fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların, söyleşiye katılan kişilerden biri tarafından diğerlerinin rızası olmadan kayda alınması, suç olarak tanımlanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların işlenmesi suretiyle elde edildiği bilinen veya böylece elde edildiği kabul edilebilecek olan bilgilerden yarar sağlanması veya bunları başkalarına verilmesi veya bunlardan diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin etmek, suç olarak tanımlanmıştır. Bu konuşma içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayınlanması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

MADDE 134 - Maddenin birinci fıkrası metninde, özel hayatın gizliliğinin ihlâli suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece, gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır.

İkinci fıkrada, böylece elde edilen saptama ve kayıtlardan herhangi bir suretle yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kimselerin bilgi edinmelerinin temini veya basın ve yayın yoluyla açıklanması suçun ağırlaşmış şeklini oluşturmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu görüntü veya sesler örneğin soruşturma kapsamında hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olabileceği gibi, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olabilir. İkinci fıkrada tanımlanan suç, elde edilmiş olan bu ses veya görüntü kayıtlarının ifşasıyla, yayılmasıyla, yani yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanmasıyla oluşur. Bu ifşanın hukuka aykırı olması gerekir. Bu bakımdan özel hayata ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada gösterilmesi ve dinlenmesi hâlinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. İfşanın, basın ve yayın yoluyla yapılması, söz konusu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir.

MADDE 135 - Çağımızda kişilerle ilgili kayıtların bilgisayar ortamlarına geçirilip muhafaza edilmesi uygulamasına bazı kurum ve kuruluşlar tarafından başvurulmaktadır; hastanelerde hastalara, sigorta şirketlerinde sigortalılara, bankaların ve kredili alış veriş yapılan mağazaların müşterilerine ilişkin kayıtlar, böylece tutulmaktadır. Bu bilgilerin amaçları dışında kullanılmasından veya herhangi bir şekilde üçüncü şahısların eline geçerek hukuka aykırı olarak yararlanılmasından dolayı hakkında bilgi toplanan kişiler büyük zararlara uğrayabilmektedirler. Bu bakımdan, kişilerle ilgili bilgilerin hukuka aykırı olarak kayda alınması suç olarak tanımlanmıştır.

Suçun konusu, kişisel verilerdir. Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.

Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan, söz konusu suç tanımı ile Avrupa

Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu "Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"nin ilgili hükümlerine geçerlilik tanınmıştır.

Bu suçun oluşabilmesi için, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde kayda alınması gerekir. Kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Belirli nitelikteki kişisel verilerin kayda alınması kanun hükmünün gereği olarak yapılmaktadır. Bu bakımdan, çeşitli kamu kurumlarında verilen kamu hizmetinin gereği olarak kişilerle ilgili bazı bilgiler ilgili kanun hükümlerine istinaden kayda alınmaktadırlar. Bu durumlarda, söz konusu suç oluşmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bunlardan kişilerin ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır.

MADDE 136 - Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermek, yaymak veya ele geçirmek, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.

MADDE 137 - Madde metninde bu Bölümde tanımlanan suçların daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren nitelikli hâlleri tanımlanmış bulunmaktadır.

MADDE 138 - Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.

MADDE 139 - Madde metninde, bu Bölümde tanımlanan bazı suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlı tutulmuştur.

MADDE 140 - Madde metninde bu Bölümde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanması öngörülmüştür.

MADDE 190 - Maddede, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırıcı hareketler, suç olarak tanımlanmıştır.

Birinci fıkranın (a) bendinde, bir kimsenin başkasına uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasını kolaylaştırmak için özel yer, donanım veya malzeme sağlaması cezalandırılmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, burada kişiye uyuşturucu veya uyarıcı madde verilmemektedir. Aksi takdirde

yukarıdaki maddenin dördüncü fıkrasında tanımlanan suç oluşur. Bu suç açısından önemli olan, kişiye uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasını kolaylaştırmak için özel yer temin etmek, uyuşturucu veya uyarıcı madde dışında diğer donanım ve malzemeleri temin etmektir. Suçun oluşması için kendi-sine kolaylık sağlanan kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması gerekmemektedir.

Fıkranın (b) bendinde, bu suçu oluşturan ikinci seçimlik hareket tanımlanmıştır. Buna göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananların yakalanmalarını zorlaştırıcı önlemler almak, söz konusu suçu oluşturacaktır.

Fıkranın (c) bendine göre, uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ilişkin kullanma yöntemleri konusunda kişilere bilgi verilmesi de bu suçu oluşturur.

Maddenin ikinci fıkrasında, bu suçun belli meslek ve sanatı icra eden kişiler tarafından işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak tanımlanmıştır.

Üçüncü fıkrada ise, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının alenen özendirilmesi veya bu nitelikte yayın yapılması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.

MADDE 194 - Madde metninde çocuklara veya akıl hastalarına sağlık için tehlikeli olabilecek maddelerin verilmesi suç olarak tanımlanmıştır. Bu suçun konusu, alkollü içki ve tütün mamülleri gibi, sağlık için tehlikeli olan her çeşit maddedir. Bu bakımdan, insanda bağımlılık yaratması ve sağlık için tehlikeli olması dolayısıyla tiner gibi kimyasal maddeler de bu suçun konusunu oluşturur. Ancak, belirtilmelidir ki, bağımlılık etkisi yapan uyuşturucu veya uyarıcı maddeler açısından, bu Bölümde tanımlanan bu hususa ilişkin özel suç hükümleri uygulanır.

Suç, sağlık için tehlikeli olabilecek maddelerin çocuklara veya akıl hastalarına verilmesiyle, söz konusu maddelerin bu kişilerin tüketimine sunulmasıyla oluşur. Bu bakımdan, söz konusu suça teşebbüs de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Çocukların yanı sıra, onsekiz yaşını doldurmuş olmakla birlikte, akıl hastası olan veya uçucu madde kullanan kişiler de bu suçun mağduru olabilirler.

Genel Ahlaka Karşı Suçlar

MADDE 225 - Madde metninde, toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlâli, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlâk temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar suç olarak tanımlanmıştır.

Bu hükme göre, genel olarak edep ve iffete saldırı niteliği taşıyan davranışlar, suç oluşturmaktadır. Böylece, halkın ar ve haya duygularının, toplumun ortak edep ve ahlâk temizliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu suretle toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır.

Hayasızca hareketlerin cezalandırıldığı bu suç tanımında, bu kavrama açıklık getirmek amacıyla, "alenen cinsel ilişkide bulunmak" ve "teşhircilik" ifadeleri kullanılmıştır. Madde metninde geçen cinsel ilişki, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranışı ifade etmektedir. Teşhirciliğin konusu, kişinin cinsel organlarından ibaret değildir. Vücut bölgelerinin, madde metniyle korunması amaçlanan hukukî değeri ihlâl niteliğindeki teşhiri, bu suçun oluşumuna neden olacaktır.

Bu davranışların suç oluşturabilmesi için, alenen gerçekleşmesi gerekir. Aleniyet için aranan ölçüt, gerçekleştiği koşullar itibarıyla fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olmasıdır.

MADDE 226 - Madde metninde, müstehcenlik ve çocukların bu tür zararlı yayınlara karşı korunmasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Normatif (değerlendirilebilir) bir unsur niteliğini taşıyan müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, toplumda egemen olan değer ölçüleri ve yu-karıdaki madde gerekçesinde hayasızca hareketler kavramına yönelik olarak yapılan açıklamalar, göz önünde bulundurulmalıdır.

Maddenin birinci fıkrasında müstehcenlikle ilgili çeşitli davranışlar, suç olarak tanımlanmıştır. Fıkranın (a) bendinde, bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi ya da bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması veya dinletilmesi; (b) bendinde ise, bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi, görülebilecek şekilde sergilenmesi, okunması, okutulması, söylenmesi veya söyletilmesi, suç olarak tanımlanmıştır.

Fıkranın (c) bendine göre, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arzedilmesi, suç oluşturmaktadır. (d) bendine göre, bu ürünler, ancak, bunların satışına özgü alışveriş yerlerinde, erişkin kişilere satılabilir veya kiraya verilebilir. Bu itibarla, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa veya kiraya arzedilmesi, satılması veya kiraya verilmesi, suç olarak tanımlanmıştır.

Fıkranın (e) ve (f) bentlerine göre; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak başkalarına verilmesi veya dağıtılması ya da reklamının yapılması, suç oluşturacaktır.

Seçimlik hareketler olan bu fiillerin işlenmesi suretiyle bir kazanç elde edilebileceği için, bu suçun karşılığında hapis cezasının yanı sıra adlî para cezası da öngörülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasında, müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin basın ve yayın yolu ile yayınlanması veya yayınlanmasına aracılık edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.

Üçüncü fıkrada, müstehcenliğe karşı çocukları korumaya yönelik iki ayrı suç tanımına yer verilmiştir. Bunlardan birincisi; müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suretiyle oluşmaktadır. İkinci suç ise, bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltıl-ması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, ihracı, bulundurulması ya da başkalarının kullanımına sunulması fiillerinden birinin işlenmesiyle oluşmaktadır.

Dördüncü fıkraya göre; şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arzı, satışı, nakli, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması fiilleri suç oluşturmaktadır. Bu hükümle, belirtilen içerikte olan ürünler açısından mutlak bir yasak getirilmiştir.

Maddenin beşinci fıkrasına göre; üç ve dördüncü fıkralardaki suçların konusunu oluşturan ve müstehcenlik bakımından mutlak yasak kapsamına giren ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması, yayınlanmasına aracılık edilmesi ya da çocukların görmesinin, dinlemesinin veya oku-masının sağlanması, ayrı bir suç oluşturmaktadır.

Son fıkrada ise, bu madde kapsamında tanımlanan suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı kabul edilmiştir.

MADDE 227 - Madde metninde, kişilerin ve özellikle çocukların fuhşa teşviki, sürüklenmesi fiillerinin hangi koşullarda suç oluşturduğu hususunda düzenlemeler yapılmıştır.

Bu düzenlemeler yapılırken, Türkiye'nin fuhuşla mücadele ile ilgili olarak milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükleri göz önünde bulundurulmuştur.

Türkiye'nin fuhuşla mücadele konusundaki milletlerarası yükümlülüklerini ihtiva eden anlaşmalardan 4 Mayıs 1910 tarihinde Paris'te imzalanmış olan "Beyaz Kadın Ticaretinin Zecren Men'ine Dair Milletlerarası Sözleşme"ye göre; «Başkasının ihtiraslarını tatmin için, fuhuş maksadile, hatta suç kurbanının rızası ile olsa bile, bir kadın yahut küçük bir kızın fuhuş için hizmetlerini taahhüt eden (embaucher), böyle birisini kendisile beraber ve kendisinden sonra

götüren (entrainer), veya bir yandan diğer bir yere sevkeden (détourner) kimseler, suçun kurucu unsurları çeşitli ülkelerde işlenmiş bulunsalar da, cezalandırılırlar.» (madde 1). Keza, «Başkasının ihtiraslarını tatmin için, fuhuş maksadile, reşit bir kadın veya kızın cebir ve şiddet, tehdit, hile veya nüfuzun kötüye kullanılması ya da diğer herhangi bir cebir aracı ile fuhuş için hizmetlerini taahhüt eyleyen (embaucher), böyle birisini kendisile beraber ve kendisinden sonra götüren (entrainer), veya bir yerden diğer bir yere sevkeden (détourner) kimseler, suçun unsurlarını teşkil eden hareketler çeşitli memleketlerde işlenmiş bulunsalar da, cezalandırılırlar.» (madde 2).

30 Eylül 1921 tarihli "Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men ve Zecrine Dair Beynelmilel Cenevre Mukavelesi"ne göre, «Yüksek âkit taraflar, hangi cinsiyetten olurlarsa olsunlar, çocuk ticaretile meşgul şahısların araştırılması ve teczıyesi için bütün tedbirleri almak hususunda uyuşmuşlardır. Bu suç, 1910 Mukavelesinin 1 inci maddesinde yazılı fiildir.» (madde 1). Keza, «Yüksek âkit taraflar, suçun teşebbüsünü ve kanunî hudutlar dahilinde, 1910 Mukavelesinin 1 ve 2 nci maddelerinde ifade olunan hazırlık hareketlerini tecziye eylemek için zaruri bulunan tedbirleri almak hususunda uyuşmaktadırlar.» (madde 3).

Türkiye, bu Sözleşmeleri, Lozan Andlaşması ile birlikte, Bu Andlaşmanın 99 ve 100 üncü maddelerinde sayılan milletlerarası anlaşmalar kapsamında kabul ederek onaylamıştır.

Keza, 11 Ekim 1933 tarihinde "Reşit Kadın Ticaretinin Men'ine Dair Beynelmilel Cenevre Mukavelesi" hazırlanarak devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye, bu Sözleşmeyi 15 Nisan 1935 tarih ve 2693 sayılı Kanunla onaylamıştır. Bu Sözleşmeye göre; «Bir başkasının ihtiraslarını tatmin etmek üzere reşit bir kadın veya kızı, kendi rızasile olsa bile, başka bir memlekette icrayı fuhuş maksadile kullanan, sürükleyen veya baştan çıkaran kimse, suçun unsurlarını teşkil eden fiillerin her biri ayrı ayrı memleketlerde yapılmış bulunsa bile, cezalandırılacaktır. Teşebbüs ve kanunî hudutlar içinde kalmak şartile ihzarî fiiller dahi cezalandırılır. ...» (madde 1).

Nihayet, 2 Aralık 1949 tarihinde "İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunu Sömürmenin İlgası Hakkında Sözleşme", Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilerek üye devletlerin imza ve onayına sunulmuştur. Bu Sözleşmenin başlangıcında, fuhşun insan kişiliğinin haysiyet ve değeriyle bağdaşmadığı, toplum, aile ve kişinin selametiyle bağdaşmadığı ve bütün bunları tehlikeye soktuğu ifade edilmiştir. Keza, Sözleşmede; rızası olsa bile, bir kimseyi fuhuş icrası maksadıyla kullanan, fuhşa sürükleyen, diğer bir kişinin fuhşunu rızasıyla da olsa sömüren, genelevi işleten, işlettiren, işletilmesine tavassut eden, bu tür faaliyetleri finanse eden kimselerin cezalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu suçlara teşebbüs ve hatta, hazırlık hareketlerinin de cezalandırılması öngörülmüştür. Sözleşme ayrıca taraf devletlere, fuhşu bir ticari

kazanç aracı olarak yani meslek olarak icrasını ve bunun şartlarını düzenleyen yürürlükteki mevzuatının ilga edilmesini de bir yükümlülük olarak tahmil etmektedir..

Maddenin birinci fıkrasında, çocuğu fuhşa teşvik etmek, çocuğa fuhşun yolunu kolaylaştırmak, bu maksatla çocuk tedarik etmek veya barındırmak ya da çocuğun fuhşuna aracılık etmek, suç olarak tanımlanmıştır. Hatta, söz konusu milletlerarası sözleşmelerde de öngörüldüğü gibi, bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılması kabul edilmiştir. Bu suçun işlenmesi suretiyle bir kazanç elde edilebileceği için, karşılığında hapis cezasının yanı sıra adlî para cezası da öngörülmüştür.

İkinci fıkraya göre; bir kimseyi fuhşa teşvik etmek, bunun yolunu kolaylaştırmak ya da fuhuş için aracılık etmek veya yer temin etmek, ayrı bir suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda, fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanmasının, fuhşa teşvik sayılacağı kabul edilmiştir. Keza, bu suçun işlenmesi suretiyle bir kazanç elde edilebileceği için, karşılığında hapis cezasının yanı sıra adlî para cezası da öngörülmüştür.

Üçüncü fıkrada, fuhuş amacıyla ülkeye insan sokulması veya insanların ülke dışına çıkmasının sağlanması da suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu suç dolayısıyla hükmolunacak cezanın belirlenmesinde, suçun mağdurunun çocuk veya erişkin olmasına göre bir ayırım yapılmıştır. Bu itibarla, suçun mağdurunun çocuk olması hâlinde, birinci fıkra hükmüne göre; erişkin olması hâlinde ise, ikinci fıkra hükmüne göre cezaya hükmolunacaktır.

Dördüncü fıkrada ise, cebir, tehdit veya hile ile ya da çaresizliğinden yararlanılarak bir kimsenin fuhşa sevkedilmesi veya fuhuş yapmasının sağlanması, bir, iki ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir.

Beşinci fıkraya göre, yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların, eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlât edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hâlinde, bu fıkralara göre verilecek ceza belli oranda artırılacaktır.

Maddenin altıncı fıkrasında, bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezanın ayrıca artırılması kabul edilmiştir. Dikkat edilmelidir ki, bu ağırlatıcı sebep, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak veya yönetmekten ya da kurulmuş olan örgüte üye olmaktan dolayı ayrıca cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.

Yedinci fıkrada, bu madde kapsamında tanımlanan suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı kabul edilmiştir.

Sekizinci fıkrada, fuhşa sürüklenen kişinin, tedavi veya terapiye tabi tutulacağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemede, fuhuş yapan kişi açısından ceza yaptırımı değil, özel güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Zira, fuhuş yapan kişi, vücudu üzerinde başkalarının cinsel davranışlarda bulunmasına katlanmaktadır.

MADDE 228 - Madde metninde kumar oynanması için yer veya başka surette imkan sağlanması, suç olarak tanımlanmıştır.

Bu suça ilişkin düzenlemede, kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası facialar göz önüne alınmıştır. Söz konusu suçun oluşabilmesi için, aleniyet şartı aranmamıştır.

Söz konusu suç, başkalarının kumar oynaması için yer veya başka surette imkan sağlamakla oluşur.

Maddenin ikinci fıkrasında, çocukların kumar oynaması için yer veya başka surette imkan sağlanması, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır.

Üçüncü fıkraya göre, kumar oynanması için yer veya başka surette imkan sağlanması suçundan dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Maddenin son fıkrasında kumar tanımlanmıştır. Buna göre bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır: Birincisi oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Bu tanım karşısında, kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oy-nanmasına imkan sağlanması, bu suçu oluşturmaz.

Bilişim Sistemlerine Karşı Suçlar

MADDE 243 - Bilişim sistemlerine karşı suçların düzenlendiği bölümde yer alan bu maddede bilişim sistemine girme fiili suç olarak tanımlanmıştır.

Bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir.

Maddenin birinci fıkrasında bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak girmek veya orada kalmaya devam etmek fiili suç hâline getirilmiştir. Sisteme, hukuka aykırı olarak giren kişinin belirli verileri elde etmek amacıyla hareket etmiş bulunmasının önemi yoktur. Sis-teme, doğal olarak, haksız ve kasten girilmiş olması suçun oluşması için yeterlidir.

İkinci fıkraya göre, birinci fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi, bu suç açısından daha az ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

Üçüncü fıkrada, bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi nedeniyle sistemin içerdiği verilerin yok olması veya değişmesi hâlinde failin, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür. Dikkat edil-melidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, failin verileri yok etmek veya değiştirmek kastıyla hareket etmemesi gerekir.

Sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkrada geçen "veri" teriminin kapsamındadır.

MADDE 244 - Maddenin birinci fıkrasında bir bilişim sisteminin işleyişini engelleme, bozma, sisteme hukuka aykırı olarak veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme, erişilmez kılma, değiştirme ve yok etme fiilleri, suç olarak tanımlanmaktadır. Böylece sistemlere yöneltilen ızrar fiilleri özel bir suç hâline getirilmiştir. Aracın fizik varlığı ve işlemesini sağlayan bütün diğer unsurları, söz konusu suçun konusunu oluşturmaktadır. Fıkrada seçimlik hareketli bir suç meydana getirilmiştir.

İkinci fıkrada, bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi hakkında işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın artırılması öngörülmüştür.

Üçüncü fıkrada ise, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisine veya başkasına yarar sağlaması, ceza yaptırımı altına alınmıştır. Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir. Bu bakımdan, fiilin örneğin dolandırıcılık, hırsızlık, güveni kötüye kullanma veya zimmet suçunu oluşturması hâlinde, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilmeyecektir.

MADDE 245 - Madde, banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Banka kartı, bankanın kurduğu sisteme hukuka uygun olarak girmeyi sağlamaktadır. Bu kart, saptanan ve kart sahibince bilinen bir numara marifetiyle, banka görevlisinin yardımı olmadan, kart sahibinin kendi hesabından para çekmesini sağlamaktadır.

Kredi kartları ise, banka ile kendisine kart verilen kişi arasında yapılmış bir sözleşme gereğince, kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağını kullanmasını sağlayan araçtır.

İşte bu kartların kötüye kullanılmaları, söz konusu maddede suç olarak tanımlanmıştır.

Maddeye göre, aşağıdaki şekillerde gerçekleştirilen hareketler bu suçu oluşturmaktadır:

1. Başkasına ait bir banka veya kredi kartının, her ne suretle olursa olsun ele geçirilmesinden sonra, sahibinin rızası bulunmaksızın kullanılması veya kullandırttırılması ve bu suretle failin kendisine veya başkasına haksız yarar sağlaması.

2. Aynı fiilin, aynı koşullarla sahibine verilmesi gereken bir banka veya kredi kartının bunu elinde bulunduran kimse tarafından kullanılması veya kullandırttırılması; söz gelimi kartı sahibine vermekle görevli banka memurunun kartı kendi veya başkası yararına kullanması.

Aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legis'lerinin tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç hâline getirilmeleri uygun görülmüştür.

Maddenin ikinci fıkrasına göre; birinci fıkrada belirtilen fiillerin, oluşturulmuş sahte bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle işlenmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Ancak, bu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmedilebilmesi için, fiilin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir.

MADDE 246 - Madde metninde, bu Bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.

Bakanlar Kurulu Kararları

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı

Resmi Gazete Tarihi: 01.03.2014

Resmi Gazete Sayısı : 28928

BAKANLAR KURULU KARARI

Karar Sayısı: 2014/5984

Ekli "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesine İlişkin Eylem Planı"nın kabulü; Adalet Bakanlığının 8/2/2014 tarihli ve 16338 sayılı yazısı üzerine, Bakanlar Kurulu'nca 24/2/2014 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Sunuş

Son yarım asra sığan uluslarüstü ve uluslararası kurumsallaşması ışığında "insan hakları hukuku" insanlığın "kozmik vicdan"ı haline gelmiş bulunmaktadır. Hiçbir bireysel trajedinin gözardı edilemediği zamanımızda, temel hak ve özgürlüklere ilişkin konuların, devletlerin egemenlik alanından çıkışına, küresel ve bölgesel düzeyde teminatlara bağlanışına tanık olmaktayız. Avrupa Konseyi'nin üyesi olan ülkemiz de Konsey belgeleriyle oluşturulan güçlü ve etkin bir koruma sistemine dahil olarak, insan haklarının en üst düzeyde korunması ve geliştirilmesine yönelik hedeflere ulaşma iradesini teyit etmiştir. Temel hak ve özgürlüklere saygı temelinde, Avrupa'da ortak ve sürdürülebilir bir demokratik düzen oluşturma hedefiyle kurulan Avrupa Konseyi statüsünü 1949 yılında kabul ederek kurucu üyeler arasına katılan Türkiye, 1950'de imzaladığı sözleşmeyi 10 Mart 1954'te onaylayarak iç hukukun parçası haline getirmiş, 28 Ocak 1987'de ise bireysel başvuru hakkını tanıyarak Sözleşme ile oluşturulan denetim şemsiyesi altına girmiştir. AİHM içtihatları ile uyum sağlamak ve bu suretle Ülkemizde insan hakları standartlarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla son dönemde önemli reformlar hayata geçirilmiştir. Bununla beraber, Ülkemizin, bireysel başvuru yolunu çoğu taraf ülkeden daha erken bir tarihte açarak Avrupa Konseyi'nin oluşturduğu bölgesel koruma sistemi içinde yer alma cesaretine karşın, insan hakları pratiğinde, bir takım yapısal sorunlardan kaynaklanan sıkıntılar yaşadığı bilinen bir gerçektir. AİHM istatistiklerine bakıldığında, 31 Aralık 2013 tarihi itibarıyla, Mahkeme önündeki derdest dosyaların %11,3'lük dilimini ülkemiz aleyhine yapılan başvuruların oluşturduğu, bu kapsamda Türkiye'nin; Rusya, İtalya, Ukrayna ve Sırbistan'dan sonra 5. sırada yer aldığı görülmektedir. Aynı tarih itibarıyla, AİHM'nin Türkiye hakkında vermiş olduğu toplam ihlal kararı sayısı 2.639'a ulaşmış olup, Ülkemiz maalesef hakkında en çok ihlal kararı verilen ülke durumundadır. Bu kararların büyük bir çoğunluğunun icra süreci halen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunarak geliştirilmesi idealine gölge düşüren bu görünümün iyileştirilmesi, gerek yapısal gerekse uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesini ve bu amaçla hukuki reform çabalarının kararlılıkla ve sistematik bir şekilde sürdürülmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ihtiyaca dayalı olarak, 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesinde İnsan Hakları Daire Başkanlığı kurulmuştur. İnsan Hakları Daire Başkanlığına AİHM'e ülkemiz aleyhine yapılan başvurulara ilişkin Hükümet savunmalarını hazırlama görevinin yanısıra, AİHM kararlarının icrası, insan hakları konusunda ilgili kurum ve toplumsal paydaşlarla işbirliği halinde projeler geliştirilmesi, uygulamaya yön verecek ve toplumsal farkındalığı pekiştirecek eğitim çalışmalarının hayata geçirilmesi ve ihlale neden olan yapısal sorunların çözüm süreçlerinin takibi görevleri de verilerek insan haklarının korunması ve

bu alandaki ihlallerinin önlenmesi konusunda kilit bir rol tevdi edilmiştir. Bu görevler kapsamında 15-17 Kasım 2011 tarihleri arasında İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından, Ankara'da ilgili tüm kurumlar ile AİHM ve Avrupa Konseyi'nde çalışan uzmanların katıldığı yüksek düzeyli bir "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konulu Yüksek Düzeyli Konferans ve Çalıştay düzenlenmiş, Çalıştay'da oluşturulan 6 ayrı komisyonda, insan hakları ihlaline neden olan sistemik ve uygulama kaynaklı sorunlar ile çözüm önerileri ele alınmıştır. Bu eylem planı, sözü edilen çalıştay sonuçları da dikkate alınarak, AİHM tarafından verilen ihlal kararlarına konu alanlarda ihlale neden olan sorunların ortadan kaldırılması amacıyla hazırlanmış olup, bu sorunların ortadan kaldırılmasına yönelik belirlenmiş takvime bağlı olarak alınması gereken önlemler, gerçekleştirilmesi öngörülen faaliyet ve düzenlemeler ile bunların gerçekleştirilmesinden sorumlu kurumları belirlemektedir. Öngörülen söz konusu faaliyetlerden mevzuat düzenlemesine ilişkin olanlar, idari yönden yapılabilecek hazırlık çalışmalarını ifade etmekte olup bu konulardaki nihai takdir elbette yasama organına aittir. Eylem planı taslağı hazırlandıktan sonra, görüş ve önerilerinin alınması amacıyla ilgili tüm Bakanlıklara ve diğer kurumlara gönderilmiş, bu görüş ve öneriler dikkatle değerlendirilerek eylem planı taslağına son hali verilmiştir. Eylem Planında yer alan amaçların gerçekleştirilebilmesi için belirlenen hedefler, planın uygulanabilir olması ve beklentileri karşılaması için açık ve sonuç almaya yönelik hedefler olarak belirlenmiştir. Her bir hedefin altındaki açıklama ve faaliyetlerle de söz konusu amaçların gerçekleştirilmesi ve hedeflere ulaşılabilmesi için takip edilecek somut ve etkili adımlar ortaya konulmuştur. Eylem Planı 14 ana amaçtan oluşmaktadır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için 46 hedef belirlenmiş olup, söz konusu hedeflere ulaşılması maksadıyla yapılacak faaliyetler de her bir hedefin altında ayrı ayrı açıklanmıştır. Ayrıca planda sözü edilen amaçların gerçekleştirilmesine yönelik ortaya konulan hedeflere ulaşılması için kısa, orta ve uzun vadeler öngörülmüş; kısa vade 0-1 yıl, orta vade 1 - 3 yıl, uzun vade ise 3 - 5 yıl arası bir zaman dilimi olarak belirlenmiştir. Eylem Planının Bakanlar Kurulu tarafından kabulünü müteakip, planda öngörülen faaliyetlerin belirlenen takvime uygun olarak sorumlu kurumlarca yerine getirilmesinin takibi süreci Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından izlenecektir. Bu takip sürecinde sorumlu kurumlarca İnsan Hakları Daire Başkanlığı'na her altı ayda bir rapor verilecektir. Eylem Planının gerçekleşme durumu hakkında Adalet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa yıllık rapor sunulacaktır.

AMAÇLAR

İFADE VE MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN EN GENİŞ MANADA SAĞLANMASI

(…)

HEDEFLER VE FAALİYETLER

11.1 Mevzuatımızda İfade ve Medya Özgürlüğünü Kısıtlayan Hükümlerin Gözden Geçirilerek AİHM İçtihatlarında Belirlenen Standartlar Doğrultusunda Yeniden Düzenlenmesi

Açıklama ve Faaliyetler

5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yolu ile İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un düşünce ve ifade özgürlüğünü sınırlayan hükümlerinin gözden geçirilmesi ve bu konuda uygulamada farkındalığı artırıcı faaliyetler yapılması.

Süre

ORTA

SÜREKLİ

Sorumlu Kurumlar

Adalet Bakanlığı

Ulaştırma Bakanlığı

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

Türkiye Adalet Akademisi

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

Genelgeler

- Cumhurbaşkanlığı Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri Genelgesi (2019/12)
- Başbakanlık Kamu Kurum ve Kuruluşları için IPv6'ya Geçiş Planı (Genelge: 2010/25)

Cumhurbaşkanlığı Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri Genelgesi (2019/12)

Cumhurbaşkanlığı Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri Genelgesi (2019/12)

Resmi Gazete Tarih: 06.07.2019

Resmi Gazete Sayı: 30823

GENELGE

Cumhurbaşkanlığından:

Konu: Bilgi ve İletişim Güvenliği Tedbirleri

GENELGE

2019/12

Bilginin dijital ortamlara taşınması, bilgiye erişimin kolaylaşması, altyapıların dijital hale gelmesi ve bilgi yönetim sistemlerinin yaygın olarak kullanılması, ciddi güvenlik risklerini beraberinde getirmektedir. Karşılaşılan güvenlik risklerinin azaltılması, etkisiz kılınması ve özellikle gizliliği, bütünlüğü veya erişilebilirliği bozulduğunda milli güvenliği tehdit edebilecek veya kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek kritik türdeki verilerin güvenliğinin sağlanması amacıyla aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür.

1. Nüfus, sağlık ve iletişim kayıt bilgileri ile genetik ve biyometrik veriler gibi kritik bilgi ve veriler yurtiçinde güvenli bir şekilde depolanacaktır.

2. Kamu kurum ve kuruluşlarında yer alan kritik veriler, internete kapalı ve fiziksel güvenliği sağlanmış bir ortamda bulunan güvenli bir ağda tutulacak, bu ağda kullanılacak cihazlara erişim kontrollü olarak sağlanacak ve log kayıtları değiştirilmeye karşı önlem alınarak saklanacaktır.

3. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait veriler, kurumların kendi özel sistemleri veya kurum kontrolündeki yerli hizmet sağlayıcılar hariç bulut depolama hizmetlerinde saklanmayacaktır.

4. Mevzuatta kodlu veya kriptolu haberleşmeye yetkilendirilmiş kurumlar tarafından geliştirilen yerli mobil uygulamalar hariç olmak üzere, mobil uygulamalar üzerinden, gizlilik dereceli veri paylaşımı ve haberleşme yapılmayacaktır.

5. Sosyal medya üzerinden gizlilik dereceli veri paylaşımı ve haberleşme yapılmayacaktır.

6. Sosyal medya ve haberleşme uygulamalarına ait yerli uygulamaların kullanımı tercih edilecektir.

7. Kamu kurum ve kuruluşlarınca gizlilik dereceli bilgilerin işlendiği yerlerde yayma güvenliği (TEMPEST) veya benzeri güvenlik önlemleri alınacaktır.

8. Kritik veri, doküman ve belgelerin bulunduğu ve/veya görüşmelerin gerçekleştirildiği çalışma odalarında/ortamlarında mobil cihazlar ve veri transferi özelliğine sahip cihazlar bulundurulmayacaktır.

9. Gizlilik dereceli veya kurumsal mahremiyet içeren veri, doküman ve belgeler kurumsal olarak yetkilendirilmemiş veya kişisel olarak kullanılan cihazlarda (dizüstü bilgisayar, mobil cihaz, harici bellek vb.) bulundurulmayacaktır.

10. Kişisel olarak kullanılanlar da dâhil olmak üzere kaynağından emin olunmayan taşınabilir cihazlar (dizüstü bilgisayar, mobil cihazlar, harici bellek/disk, CD/DVD vb.) kurum sistemlerine bağlanmayacaktır. Gizlilik dereceli verilerin saklandığı cihazlar, ancak içerisinde yer alan veriler donanımsal ve/veya yazılımsal olarak kriptolanmak suretiyle kurum dışına çıkarılabilecek; bu amaçla kullanılan cihazlar kayıt altına alınacaktır.

11. Yerli ve milli kripto sistemlerinin geliştirilmesi teşvik edilerek, kurumlara ait gizlilik dereceli haberleşmenin bu sistemler üzerinden gerçekleştirilmesi sağlanacaktır.

12. Kamu kurum ve kuruluşlarınca temin edilecek yazılım veya donanımların kullanım amacına uygun olmayan bir özellik ve arka kapı (kullanıcıların bilgisi/izni olmaksızın sistemlere erişim imkânı sağlayan güvenlik zafiyeti) açıklığı içermediğine dair üretici ve/veya tedarikçilerden imkânlar ölçüsünde taahhütname alınacaktır.

13. Yazılımların güvenli olarak geliştirilmesi ile ilgili tedbirler alınacaktır. Temin edilen veya geliştirilen yazılımlar kullanılmadan önce güvenlik testlerinden geçirilerek kullanılacaktır.

14. Kurum ve kuruluşlar, siber tehdit bildirimleri ile ilgili gerekli tedbirleri alacaktır.

15. Üst düzey yöneticiler de dahil olmak üzere, personelin sistemlere erişim yetkilendirmelerinin, fiilen yürütülen işler ve ihtiyaçlar nazara alınarak yapılması sağlanacaktır.

16. Endüstriyel kontrol sistemlerinin internete kapalı konumda tutulması sağlanacak, söz konusu sistemlerin internete açık olmasının zorunlu olduğu durumlarda ise gerekli güvenlik önlemleri (güvenlik duvarı, uçtan uca tünelleme yöntemleri, yetkilendirme ve kimliklendirme mekanizmaları vb.) alınacaktır.

17. Milli güvenliği doğrudan etkileyen stratejik önemi haiz kurum ve kuruluşların üst yöneticileri ile kritik altyapı, tesis ve projelerde görev alacak kritik önemi haiz personel hakkında ilgili mevzuat çerçevesinde güvenlik soruşturması veya arşiv araştırması yaptırılacaktır.

18. Kamu e-posta sistemlerinin ayarlan güvenli olacak biçimde yapılandırılacak, e-posta sunucuları, ülkemizde ve kurumun kontrolünde bulundurulacak ve sunucular arasındaki iletişimin şifreli olarak yapılması sağlanacaktır.

19. Kurumsal olmayan şahsi e-posta adreslerinden kurumsal iletişim yapılmayacak, kurumsal e-postalar şahsi amaçlarla (özel iletişim, kişisel sosyal medya hesapları vb.) kullanılmayacaktır.

20. Haberleşme hizmeti sağlamak üzere yetkilendirilmiş işletmeciler Türkiye'de internet değişim noktası kurmakla yükümlüdür. Yurtiçinde değiştirilmesi gereken yurtiçi iletişim trafiğinin yurtdışına çıkarılmamasına yönelik tedbirler alınacaktır.

21. İşletmeciler tarafından, kritik kurumların bulunduğu bölgelerdeki veriler, radyolink ve benzeri yöntemlerle taşınmayacak, fiber optik kablolar üzerinden taşınacaktır. Kritik veri iletişiminde, radyolink haberleşmesi kullanılmayacak; ancak kullanımın zorunlu olduğu durumlarda veriler milli kripto sistemlerine sahip cihazlar kullanılarak kriptolanacaktır.

Güvenlik risklerinin azaltılması, etkisiz kılınması ve özellikle gizliliği, bütünlüğü veya erişilebilirliği bozulduğunda milli güvenliği tehdit edebilecek veya kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek kritik türdeki verilerin güvenliğinin sağlanması amacıyla ulusal ve uluslararası standartlar ve bilgi güvenliği kriterleri çerçevesinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kritik altyapı niteliğinde hizmet veren işletmelerde uygulanmak üzere farklı güvenlik seviyeleri içeren "Bilgi ve İletişim Güvenliği Rehberi" Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı koordinasyonunda, ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından gereken katkı sağlanarak hazırlanacak ve www.cbddo.gov.tr adresinde yayımlanacaktır. Rehber ihtiyaçlar, gelişen teknoloji, değişen şartlar ile Ulusal Siber Güvenlik Stratejisi ve eylem planlarında yapılacak değişiklikler göz önünde bulundurularak güncellenecektir.

Tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kritik altyapı hizmeti veren işletmelerde yeni kurulacak bilgi sistemlerinde, Rehberde yer verilen usul ve esaslara uyulması zorunludur. Mevcut bilgi teknolojisi altyapıları, güvenlik seviyesi öncelikleri dikkate alınarak yayımlanmasını müteakip Rehberde yer alacak plan çerçevesinde kademeli olarak bu esaslara uyumlu hale getirilecektir. Uyum çalışmalarında ve yeni kurulacak bilgi sistemlerinde, belirtilen adreste yayımlanan güncel sürüm dikkate alınacaktır.

Milli güvenliğin sağlanması ve gizliliğin korunması kapsamında yürütülen görev ve faaliyetler hariç olmak üzere kurum ve kuruluşlar, Rehberin uygulanmasına ilişkin denetim mekanizmalarını oluşturacak ve yılda en az bir defa uygulamayı denetleyecektir. Denetim sonuçlan ile yapılan düzeltici ve önleyici faaliyetler, Rehberde belirtilen usul ve esaslara göre bir rapor halinde Dijital Dönüşüm Ofisine iletilecektir.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

5 Temmuz 2019

Recep Tayyip ERDOĞAN

CUMHURBAŞKANI

Başbakanlık - Kamu Kurum ve Kuruluşları için IPv6'ya Geçiş Planı (Genelge: 2010/25)

Resmi Gazete Sayısı : 27779

Resmi Gazete Tarihi: 08.12.2010

Başbakanlıktan:

Konu: Kamu Kurum ve Kuruluşları için IPv6'ya Geçiş Planı

GENELGE

2010/25

Bilgi ve iletişim teknolojileri, özellikle de internet, son yıllarda büyük bir hızla gelişmekte ve yaygınlaşmaktadır. Buna karşılık, hâlihazırda internet bağlantısı için dünya çapında kullanılmakta olan IPv4 adresleri tükenmektedir. Bu soruna çözüm olarak geliştirilen IPv6 protokolü yakın bir gelecekte internete bağlanmak için IPv4 protokolünün yerini alacaktır. Dünya çapında IPv6'ya geçiş çalışmaları özellikle son yıllarda hız kazanmış olup internetin sürekliliğinin sağlanması ve gelişiminin devamı için IPv6'ya hazır olunması ve geçiş çalışmalarına başlanması önem arz etmektedir.

Bu alanda dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak ülkemizde de IPv4'ten IPv6'ya geçiş çalışmalarının başlatılması gereğinden hareketle, E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulunun 15/7/2009 tarihli ve 27 sayılı kararı ile; ülkemizde IPv6'ya geçişe ilişkin farkındalık oluşturulması, yol haritasının hazırlanması, ilgili tüm paydaşlarla işbirliği içerisinde ihtiyaç duyulan tedbir ve politika önerilerinin geliştirilmesi çalışmalarını yürütmek üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu görevlendirilmiştir.

TÜBİTAK Kamu Kurumları Araştırma ve Geliştirme Projelerini Destekleme Programı çerçevesinde kabul edilen ve www.ipv6.net.tr adresinden ulaşılabilen "Ulusal IPv6 Protokol Altyapısı Tasarımı ve Geçişi Projesi" kapsamında Ek'te yer alan "Kamu Kurum ve Kuruluşları için IPv6'ya Geçiş Planı" hazırlanmıştır. Söz konusu planın amaçları;

1. İnternete sadece IPv6 adresleri ile erişmek zorunda kalacak olan kullanıcılara hizmet sunulabilmesi amacıyla, kamu kurum ve kuruluşlarının belirli bir zaman içinde hizmetlerini IPv4'ün yanı sıra IPv6'yı da destekler hale getirmeleri,

2. Kamu kurum ve kuruluşlarının internet üzerinden sundukları hizmetlerde, IPv6'nın sağladığı güvenlik, verimlilik, hizmet kalitesi gibi özelliklerden faydalanmaları,

3. Bilişim sektöründe Ar-Ge faaliyetlerinde bulunan kurum ve kuruluşların IPv6'ya geçişinin tetiklenmesi ve ülkemizin teknoloji üreten bir ülke konumuna gelmesinin teşvik edilmesi

olarak belirlenmiştir.

Bu amaçlara ulaşılması için tüm kamu kurum ve kuruluşları tarafından Ek'te yer alan Plan çerçevesinde gerekli çalışmalar yapılacaktır. Dışişleri Bakanlığı, Türk Silahlı Kuvvetleri, MİT Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının geçiş planları, yürüttükleri görevlerin özel niteliği gereği kendileri tarafından belirlenecektir.

Bilgilerini ve gereğini rica ederim.

Recep Tayyip ERDOĞAN

Başbakan

Ek: Kamu Kurum ve Kuruluşları için IPv6'ya Geçiş Planı

1. Aşama (1 Ocak 2011 - 31 Ağustos 2012):

1.1. Kamu kurum ve kuruluşları 31 Mart 2011 tarihine kadar aşağıda belirtilen unsurların IPv6 desteğinin olup olmadığı konusunda bir envanter çıkarma çalışması yapacaktır;

• Üçüncü seviye anahtarlama cihazları,

• Yönlendirici cihazlar,

• Güvenlik cihazları,

• İnternet üzerinden dışarıya verilen hizmetler ve bu hizmetlerin verilmesini sağlayan yazılımlar.

1.2. İlgili yazılım veya donanımın faydalı kullanım ömürleri göz önünde bulundurularak IPv6 desteği bulunmayan unsurların yenilenmesi için plan yapılacak ve satın alınması öngörülen mal veya hizmetlerin finansmanı bütçe çalışmalarına dâhil edilecektir.

1.3. Kamu kurum ve kuruluşları en geç 31 Ağustos 2012 tarihi itibariyle IPv6 adresi ve IPv6 bağlantılarını temin etmiş olacaklardır.

1.4. 31 Ağustos 2012'den sonra IPv6'yı desteklemeyen hiçbir ağ donanım ve yazılımına yatırım yapılmayacaktır.

1.5. Kamu kurum ve kuruluşları, bilgi işlem personelinin IPv6'ya geçiş ve IPv6 destekli hizmetlerin verilebilmesi konusunda eğitim ihtiyaçlarını belirleyeceklerdir. Gerekli eğitimler 1 Mart 2012 tarihine kadar tamamlanacaktır.

1.6. Kamu kurum ve kuruluşları, eğitim ihtiyaçlarını ücret mukabilinde Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu - Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (ULAKBİM) bünyesinde oluşturulacak olan "IPv6'ya Geçiş Eğitimi Merkezi"nden karşılayabileceklerdir. Bu eğitimin içeriği ve programı ULAKBİM tarafından belirlenecek ve duyurulacaktır.

1.7. İlgili eğitimin "IPv6'ya Geçiş Eğitimi Merkezi"nden alınmadığı hallerde, eğitim alınacak kuruluşun bilgisayar ağları eğitimi hususunda TS EN ISO/IEC 17024 veya ISO/IEC 17024 standardına göre akredite edilmiş, "personel belgelendirme kuruluşu" olması gerekmektedir.

2. Aşama (1 Eylül 2012 - 31 Aralık 2012):

2.1. IPv6 bağlantısı ve adresi temin eden kamu kurum ve kuruluşları 31 Aralık 2012 tarihine kadar internet üzerinden verdikleri en az bir adet hizmeti pilot uygulama olarak IPv6 destekli hale getireceklerdir.

3. Aşama (1 Ocak 2013 - 31 Ağustos 2013):

3.1. Kamu kurum ve kuruluşları en geç 31 Ağustos 2013 tarihine kadar internet üzerinden verdikleri kamuya açık tüm hizmetleri IPv6'yı destekler hale getireceklerdir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararları

- Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - Konsolide Metin
- İnternetin Güvenli Kullanımı - BTK 2011/DK-10/91
- Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2011/DK-14/410
- Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2011/DK-14/461
- Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2012/DK-14/31
- Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslarda Değişiklik. - BTK 2012/DK-14/93
- Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2012/DK-14/295

Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - Konsolide Metin

GÜVENLİ İNTERNET HİZMETİNE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Amaç

MADDE 1 - (1) Bu Usul ve Esasların amacı, tercihe dayalı Güvenli İnternet Hizmetine ilişkin Usul ve Esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 - (1) Bu Usul ve Esaslar, İnternet hizmeti sunan İşletmeciler ile Güvenli İnternet Hizmetini talep eden aboneleri kapsar.

Hukuki dayanak

MADDE 3 - (1) Bu Usul ve Esaslar, 28/07/2010 tarih ve 27655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanım ve kısaltmalar

MADDE 4 - (1) Bu Usul ve Esaslarda geçen;

a) **(Değişik:25/01/2012 - 2012/DK-14/31)** Abone: Mobil İnternet hizmeti dâhil olmak üzere, İşletmeci ile İnternet hizmetinin sunulmasına yönelik olarak yapılan sözleşmeye taraf olan gerçek veya tüzel kişiyi,

b) Aile profili: Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen aile profiline ilişkin listedeki alan adı, alt alan adı, IP adresi ve portlara abonenin erişiminin sağlanmadığı profili,

c) Çocuk profili: Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen, çocuk profiline ilişkin listedeki alan adı, alt alan adı, IP adresi ve portlara abonenin erişiminin sağlandığı profili,

ç) Dosya bütünlük değeri (Hash Kodu): Bir bilgisayar dosyasının içindeki verilerin matematiksel bir işlemden geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapılıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,

d) Güvenli İnternet Hizmeti: Abonelerin talebi üzerine, ücretsiz olarak sunulan çocuk ve aile profilinden oluşan hizmeti,

e) Güvenli İnternet Hizmeti profili: Güvenli İnternet Hizmeti almak isteyen abonelerin ihtiyaçlarına göre seçebilecekleri çocuk ve aile profilinden herhangi birini,

f) İşletmeci: Mobil telefon hizmeti sunan İşletmeciler dâhil İnternet erişim hizmeti sunan İşletmecileri ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'yi,

g) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

ğ) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

h) Profil Düzenleme İnternet Sayfası: İşletmeciler tarafından tasarlanan ve bireysel abonelerin profillerini değiştirmek veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçmek istedikleri takdirde söz konusu taleplerini gerçekleştirebildikleri İnternet sayfasını,

ı) Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası: İşletmeciler tarafından tasarlanan ve kullanıcıların profilleri nedeniyle İnternet sitelerine erişemediklerinde yönlendirilecekleri İnternet sayfasını

ifade etmektedir.

(2) Bu Usul ve Esaslarda geçen ancak bu maddenin birinci fıkrasında tanımlanmayan kavramlar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

Mevcut abonelerin durumu

MADDE 5 - (1) Güvenli İnternet Hizmetini talep etmeyen abonelerin mevcut İnternet erişim hizmeti, herhangi bir değişiklik olmaksızın sunulmaya devam eder.

Güvenli İnternet Hizmeti profilleri

MADDE 6 - (1) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmetini, talep eden abonelere çocuk ve aile profili olmak üzere iki farklı profilde sunarlar.

(2) **(Ek:29/02/2012 - 2012/DK-14/93)** İşletmeciler, kurumsal abonelere sundukları Güvenli İnternet Hizmetini, Kurumdan izin almak şartıyla, 'aile profili' ve 'çocuk profili' isimleri dışında herhangi bir isim altında da sunabilirler.

Güvenli İnternet Hizmeti profillerinin seçimi

MADDE 7 - (1) Aboneler, Güvenli İnternet Hizmeti taleplerini hizmet aldığı İşletmeciye abonelik sözleşmesinin imzalanması sırasında iletebilir. Ayrıca bu taleplerini çağrı merkezi, bayi kanalı ya da İnternet sitesi aracılığı ile bildirebilir.

(2) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetini abonelere ücretsiz olarak sunarlar.

(3) İşletmeciler, abonelik sözleşmelerinde veya abonelik sözleşmelerine ek olarak hazırlanan formlarda ve profil düzenleme sayfasında abonenin kolayca seçim yapabileceği Güvenli İnternet Hizmeti profillerine aşağıda belirtilen şekilde iki profile yer verirler. Abonelerin, aile profilini

seçmeleri halinde aşağıda belirtilen alt seçeneklerden birini veya birkaçını seçebilmelerine ya da herhangi bir alt seçim yapmamalarına olanak sağlanır.

"Güvenli İnternet Hizmeti talep ediyorsanız aşağıdaki profillerden birisini tercih ediniz.

o Çocuk Profili

o Aile Profili

□ Oyun site ve uygulamalarına girmek istemiyorum.

□ Sohbet site ve uygulamalarına girmek istemiyorum.

□ Sosyal Medya site ve uygulamalarına girmek istemiyorum."

(4) İşletmeciler İnternet erişim hizmeti sunumunda abonenin en son tercihine göre hizmet sunmaya devam ederler.

(5) Güvenli İnternet Hizmeti alan abonelere, Profil Düzenleme İnternet Sayfası üzerinden işlem yapabilmeleri amacıyla İşletmeciler tarafından kullanıcı adı ve şifresi sağlanır.

(6) İşletmeciler tarafından abonelerine istedikleri an, güvenli bir şekilde kolayca ve ücretsiz olarak profiller arasında geçiş yapabilme ve/veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçebilme imkanı sağlanır.

Profil düzenleme İnternet sayfası

MADDE 8 - (1) Aboneler profillerini değiştirmek veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçmek istedikleri takdirde İşletmeciler tarafından tasarlanan Profil Düzenleme İnternet Sayfası aracılığıyla söz konusu taleplerini gerçekleştirebilirler.

(2) İşletmeciler Profil Düzenleme İnternet Sayfasında kullanılmak üzere abonelerine ücretsiz olarak mevcut kullanıcı adı ve şifrelerini kullandırabileceği gibi yeni bir kullanıcı adı ve şifre de tahsis edebilirler.

(3) Profil Düzenleme İnternet Sayfasında asgari olarak aşağıdaki bilgiler yer alır:

a) Ana sayfada yer alan hususlar;

i. Geçerli profil,

ii. Profil Seçim Menüsü,

b) Kullanıcının kullanıcı adı ve şifresini değiştirebileceği bir uygulama ve

c) Kurum tarafından gönderilen uyarıcı ve bilinçlendirme amaçlı bilgilendirici metinler.

Uyarıcı ve bilgilendirici İnternet sayfası

MADDE 9 - (1) Aboneler, profilleri nedeniyle İnternet sitelerine erişemediklerinde İşletmeciler tarafından tasarlanan Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfasına yönlendirilirler.

(2) İşletmeciler Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası'nda asgari olarak aşağıdaki bilgileri sunarlar:

a) Geçerli profil ve

b) Kurum tarafından gönderilen uyarıcı ve bilinçlendirme amaçlı bilgilendirici metinler.

Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulunun yapısı ve görevleri

MADDE 10 - (1) Çocuk ve Aile Profil listelerinin oluşturulmasına ilişkin kriterler, Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu tarafından tespit edilir.

(2) Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu, Kurum koordinasyonunda 11 üyeden

oluşur.

(3) Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu, biri başkan olmak üzere Kurumdan 3, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığından 2, İnternet Kurulunun sivil toplum temsilcisi üyelerinden 2, Türkiye Dijital Oyun Federasyonundan 1 ve psikoloji, pedagoji, sosyoloji, hukuk gibi ilişkili alanlarda uzmanlığı olan kişiler arasından Kurum tarafından seçilen 3 üye'den oluşur.

(4) Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu'nun tespit ettiği ilkeler çerçevesinde, Çocuk ve Aile Profil listeleri Kurum tarafından belirlenir.

Başvuru ve itirazların değerlendirilmesi

MADDE 11 - (1) Kullanıcılar ve İnternet site sahipleri, İnternet sitelerinin değerlendirilmesi için Kurumca hazırlanan İnternet sayfası üzerinden başvurabilirler ve itiraz edebilirler.

(2) Kullanıcılar, başvurularını Profil Düzenleme İnternet Sayfasında bulunan bağlantı ile, itirazlarını ise Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfasında bulunan bağlantı vasıtasıyla yaparlar. İlgili başvuru ve itiraza ilişkin İşletmeci adı, kullanıcı profili ile alan adı/IP adresi ve port bilgileri, başvuru ve itirazların doğru değerlendirilebilmesi için İşletmeciler tarafından Kuruma gönderilir.

(3) Kurum başvurular ve itirazların değerlendirilmesi için Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu'nun görüşüne başvurabilir.

Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu ve altyapının kurulması

MADDE 12 - (1) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetinin sunulması için gerekli altyapıyı kurarlar ve işletirler. Kurum tarafından İşletmecilere sadece listeler gönderilir.

(2) İşletmeciler, Kurum tarafından belirlenen Güvenli İnternet Hizmeti profilleri ile Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen listeler üzerinde değişiklik yapamazlar.

(3) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmetine ek olarak değişik isimler altında farklı hizmetler sunabilirler.

(4) Toptan düzeyde İnternet hizmetini yeniden satış yöntemi ile sunan İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetini ücretsiz olarak alternatif İşletmecilere sunarlar.

Liste veri tabanına erişim

MADDE 13 - (1) Güvenli İnternet Hizmeti profillerine ait listeler, İşletmecilerle Kurum arasında kurulmuş bulunan noktadan noktaya güvenli veri hatları üzerinden paylaşılır.

(2) Kurum veri tabanında tutulan veriler, güvenli hat üzerinden İşletmecilere gönderilir. İşletmeciler, Kurum tarafından gönderilen verileri ve güncellemeleri sistemlerine en geç 24 saat içinde aktarır ve uygularlar.

(3) Kurum tarafından veri tabanında tutulan alan adları ve alt alan adlarının ayrı ayrı dosya bütünlük değeri (hash kodu) alınır ve İşletmecilerle dosya bütünlük değerleri paylaşılır. İşletmeciler kullanıcıların erişmek istediği alan adları ve alt alan adlarının dosya bütünlük değerini alarak kendilerine gönderilen veri tabanından sorgular ve bu yöntemin kullanımı ile ilgili gerekli kontrol mekanizmalarını kurarlar.

(4) Kurum veri tabanında tutulan IP adreslerinin ve portların listesi dosya bütünlük değeri hesaplanmaksızın İşletmecilerle paylaşılır. İşletmeciler söz konusu IP adreslerine veya portlara ilişkin sorgulamaları gerçekleştirirler.

(5) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmeti sunumu kapsamında geliştirdikleri yazılım ve donanım çözümlerini yedekli olarak kurarlar.

Bilgilendirme metni

MADDE 14 - (1) İşletmeciler abonelerine Güvenli İnternet Hizmetinin tanıtımı için içeriği Kurum tarafından uygun görülen bilinçlendirme amaçlı bilgilendirici metinleri gönderirler. İşletmeciler, Usul ve Esasların tanıtımını abonelere fiilen hizmetin sunulmaya başlanılmasından önce kısa mesaj, çağrı merkezi, tek seferde yönlendirilen bilgilendirme sayfası (captive portal), açılır pencere (pop-up) ve/veya fatura yöntemlerinden en az birisi aracılığıyla gerçekleştirirler.

Test süreci ve fiilen hizmetin sunulmaya başlanılması

MADDE 15 - (1) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetinin sunulabilmesi için gerekli tüm altyapı ve uygulama çalışmalarını test sürecinin başlamasından önce hazır hale getirirler.

(2) Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu için test süreci İşletmeciler ile Kurum arasında 22.08.2011 ile 22.11.2011 tarihleri arasında gerçekleştirilir.

(3) İşletmecinin uygun görmesi durumunda bu süreçte test amacıyla abone alımı yapılabilir.

(4) İşletmeciler 22.11.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere test sürecine son vererek abonelere fiilen hizmet sunmaya başlarlar.

Yürürlük

MADDE 16 - (1) (Değişik:29/02/2012 - 2012/DK-14/93) Bu Usul ve Esasların 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrası ile kurumsal aboneler bakımından hükümleri 01.05.2012 tarihinden itibaren, diğer hükümleri 22.08.2011 tarihinde yürürlüğe girer.

(2) **(Ek:26/06/2012 - 2012/DK-14/295)** 01.05.2012 tarihi itibarıyla bireysel abonesi olmayan ve sadece kurumsal abonelere hizmet sunan işletmeciler için, bu Usul ve Esasların hükümleri 01.11.2012 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 17 - (1) Bu Usul ve Esasların hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

İnternetin Güvenli Kullanımı - BTK 2011/DK-10/91

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı

Karar Tarihi : 22.02.2011

Karar No : 2011/DK-10/91

Gündem Konusu : İnternetin Güvenli Kullanımı

KARAR:

5809 sayılı Kanunun 4'üncü 6'ncı ve 50'inci maddeleri ile 28.07.2010 tarihli ve 27655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi hükümleri kapsamında Ek'te yer alan "İnternetin Güvenli Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Taslağı"nın onaylanarak yürürlüğe girmesi hususuna karar verilmiştir.

Ek

İNTERNETİN GÜVENLİ KULLANIMINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Amaç

MADDE 1 - (1) Bu Usul ve Esasların amacı, internetin güvenli kullanımına dair usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 - (1) Bu Usul ve Esaslar, güvenli internet hizmeti sunumu ve kullanımı kapsamında internet hizmeti sunan işletmecileri ve internet hizmetinden yararlanan bireysel aboneleri kapsar.

Hukuki dayanak

MADDE 3 - (1) Bu Usul ve Esaslar, 28/07/2010 tarih ve 27655 sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 4 - (1) Bu Usul ve Esaslarda geçen;

a) Aile profili: Kullanıcının Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen kara listedeki alan adı, IP adresi, port ve web proxy sitelerine erişimin sağlanmadığı profili,

b) Bireysel abone: Bir işletmeci ile internet hizmetinin sağlanmasına yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek kişi tüketiciyi,

c) Çocuk profili: Kullanıcının sadece Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen beyaz listedeki alan adı, IP adresi ve portlara erişimin sağlandığı profili,

ç) Dosya bütünlük değeri (Hash Kodu): Bir bilgisayar dosyasının içindeki verilerin matematiksel bir işlemden geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapılıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,

d) Güvenli internet hizmeti: Abonelerin talebi üzerine bu Usul ve Esaslar kapsamındaki işletmeciler tarafından sunulmak zorunda olan, alan adı, IP ve port listesi üzerinden seçilen profile göre sunulan filtreleme hizmetini,

e) Güvenli internet paketi: İşletmeciler tarafından Güvenli İnternet Hizmeti talep eden bireysel abonelere Güvenli İnternet Hizmetinin kullanıcı profilleri şeklinde sunulmasını,

f) İşlem kaydı: İşlemin ileriki bir tarihte tanımlanabilmesini teminen söz konusu işleme ilişkin olarak tutulan ve en az işlemi yapan kişi, işlemin yapıldığı tarih, yapılan işlemin detayı ve niteliği ile işlemi yapan kişinin bağlandığı nokta bilgilerini içeren elektronik kayıtları,

g) İşletmeci: Mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler dahil internet erişim hizmeti sunan işletmecileri ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'yi,

h) Kullanıcı profilleri: Güvenli İnternet Hizmeti almak isteyen kullanıcıların ihtiyaçlarına göre seçebilecekleri, önceden belirlenen tiplerde oluşturulan profilleri,

i) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

j) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

k) Standart profil: Kullanıcının erişebileceği internet site ve uygulamalarına ait bir sınırlamanın olmadığı, mevcut mevzuat kapsamında internete erişimin sağlandığı profili,

l) Yurtiçi internet profili: Kullanıcının sadece yurtiçinde barındırılan ve kara listede yer almayan alan adı, IP adresi ve portlara erişimin sağlandığı profili

ifade etmektedir.

(2) Bu Usul ve Esaslarda geçen ancak bu maddenin birinci fıkrasında tanımlanmayan kavramlar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

(3) Bu Usul ve Esaslar kapsamında Bireysel Abone, Abone, Müşteri ve Kullanıcı kavramları birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır.

Filtrelemeye esas veritabanına erişim

MADDE 5 - (1) Kullanıcı profilleri kapsamında filtrelenecek alan adı, IP ve portların tutulduğu liste, Erişim Engelleme Kararlarının Aktarılması Projesi kapsamında İşletmecilerle Kurum arasında kurulmuş bulunan noktadan noktaya güvenli veri hatları üzerinden İşletmecilerle paylaşılır.

(2) Kurum veritabanında tutulan veriler bir web servis aracılığı ile güvenli hat üzerinden İşletmecilerin kullanımına açılacaktır. İşletmeciler, Kurumun belirlediği periyotlarla filtrelenecek alan adı, IP ve portlara ait listeleri kendi sistemlerine çekmek, söz konusu listeleri güncellemek ve Kurumdan alacakları verileri abonelerine sunacakları güvenli internet hizmeti kapsamında çalışan sistemlerine derhal aktarmakla yükümlüdürler.

(3) İşletmeciler, Kurum tarafından gönderilen verileri üçüncü şahıslarla paylaşmamakla ve bu verileri kullanmaya yönelik mekanizmaların gizliliğini sağlamakla yükümlüdürler.

(4) Kurum tarafından veritabanındaki tüm verilerin ayrı ayrı Dosya Bütünlük Değeri (hash kodu) alınır ve İşletmecilerle Dosya Bütünlük Değerleri paylaşılır. İşletmeciler kullanıcıların erişmek istediği alan adı, IP ve portların Dosya Bütünlük Değerini alarak veri tabanından sorgulamakla ve bu yöntemin kullanımı ile ilgili gerekli kontrol mekanizmaları kurmakla yükümlüdürler.

(5) İşletmeciler, güvenli internet hizmeti sunumu kapsamında geliştirdikleri yazılım ve donanım çözümlerini yedekli olarak kurmakla yükümlüdürler.

Kullanıcı profilleri

MADDE 6 - (1) İşletmeciler, güvenli internet hizmetini standart profil, çocuk profili, aile profili ve yurtiçi internet profili olmak üzere farklı erişim yetkilerine sahip dört farklı kullanıcı profiline göre sunmakla yükümlüdürler. Profil ve uygulamalarla ilgili alan adı, IP adresi, port numaraları ve/veya web proxy listelerle birlikte işletmecilere Kurum tarafından sunulur.

(2) Aile profilini kullanmak isteyen bir kullanıcı, ayrıca oyun site ve uygulamaları, sohbet site ve uygulamaları, sosyal medya site ve uygulamalarından birinin veya birkaçının filtrelenmesini isteyebilir. İşletmeciler bu hususta aboneleri ayrıca ve açıkça bilgilendirir.

Kullanıcı profillerinin seçimi ve uygulanması

MADDE 7 - (1) Bireysel Aboneler, güvenli internet hizmeti kullanım taleplerini hizmet aldığı işletmeciye abonelik sözleşmesi, çağrı merkezi ve/veya internet sitesi aracılığı ile bildirebilirler.

(2) İşletmeciler güvenli internet hizmetini Bireysel Abonelere ücretsiz olarak sunmakla yükümlüdürler.

(3) İşletmeciler, abonelik sözleşmelerinde "Güvenli İnternet Hizmeti Almak İstiyorum" seçeneğine ve bu seçeneğin altında bireysel abonenin kolayca seçim yapabileceği şekilde kullanıcı profillerine yer vermekle yükümlüdürler. İşletmeciler müşterilerine sundukları sözleşmede "Müşteri, bu sözleşme ile kendi rızası dahilinde Kurumun belirlediği profillerin içeriğini kabul etmektedir" ibaresine yer verirler.

(4) Güvenli internet hizmeti almayı tercih etmeyen kullanıcı, standart profil üzerinden hizmet alır. İşletmeciler bu hususta bireysel aboneleri talep olmaksızın bilgilendirmekle yükümlüdürler.

(5) Güvenli internet hizmeti almayı tercih eden kullanıcının varsayılan profili Aile Profilidir. Abone, Güvenli İnternet kullanım tercihini İşletmeciye bildirdiği andan itibaren profil düzenleme ayarlarına müdahale etmediği sürece aile profili üzerinden internet hizmeti alır.

(6) Güvenli İnternet hizmeti almak isteyen abonelere işletmeciler tarafından bir kullanıcı adı ve şifre tahsis edilecektir. Abone, bu kullanıcı bilgileri aracılığı ile İşletmeciler tarafından tasarlanan bir internet sitesi üzerinden, internet kullanımını kullanıcı profillerine göre düzenleyebilir. Aboneler istedikleri an kullanıcı adı ve parola bilgileri ile profiller arasında geçiş yapabilir.

(7) Bir internet hattı üzerinden birden fazla kullanıcının çıkış yaptığı durumlarda abone tarafından seçilen profil kullanılır.

(8) İşletmeciler, profil düzenleme internet sitesine yer vermekle yükümlüdürler.

Bilgilendirme metni

MADDE 8 - (1) İşletmeciler abonelerine güvenli internet hizmetinin tanıtımı için içeriği Kurum tarafından oluşturulan bir bilgilendirme metnini, hizmetin tanıtımını takip eden ilk fatura döneminde yazılı olarak gönderirler. Elektronik posta ile fatura gönderimi yapılan abonelere bilgilendirme metni elektronik posta ve/veya posta yolu ile gönderilir.

(2) İşletmeciler, internet hizmeti alan tüm abonelerine her yıl Ocak ve Mayıs ayları fatura dönemlerinde güvenli internet hizmeti hakkında, içeriği Kurum tarafından belirlenecek olan yazılı bilgilendirme metnini elektronik posta ve/veya posta yolu ile gönderir.

Güvenli internet hizmetinin sunumu

MADDE 9 - (1) İşletmeciler, Kurum tarafından belirlenen güvenli internet paketi ve kullanıcı profilleri üzerinde hiçbir değişiklik yapamazlar.

(2) İşletmeciler, güvenli internet paketinin yanı sıra, farklı isimler altında farklı hizmet paketleri sunabilirler.

(3) İşletmeciler güvenli internet paketi altındaki kullanıcı profillerindeki kara listeleri, yerel veya uluslararası kurum/kuruluşların veri tabanlarını kullanarak genişletebilir ancak beyaz listeler üzerinde değişiklik yapamazlar.

(4) Üçüncü bir kuruluş tarafından sunulan güvenli internet hizmeti ile ilgili veri tabanının kullanılması durumunda sorgu önceliği Kurum veri tabanındadır.

(5) İşletmeciler, Kurum veri tabanında olmayıp sadece diğer veri tabanlarında bulunan alan adı ve IP'ler için uyarıcı ve bilgilendirici internet sayfasını Kurum veri tabanına ilişkin uyarıcı ve bilgilendirici internet sayfasından farklı hazırlamakla ve bu sayfa üzerinden gelecek itirazları ayrıca değerlendirmekle yükümlüdürler.

(6) İşletmeciler, Kurum tarafından hazırlanan veri tabanının paylaşıldığı güvenli hat üzerinden aşağıdaki bilgileri bir web servis aracılığı ile her ay sonunda Kuruma göndermekle yükümlüdürler.

a) Bireysel Abone Sayısı,

b) Güvenli İnternet Paketini Kullanan Abone Sayısı,

c) Kendi Paket ve Profillerini Kullanan Abone Sayısı.

(7) Bu Usul ve Esasların 9 uncu maddesinin altıncı fıkrasında bahsedilen bilgilerin gönderileceği web servis uygulamasına ilişkin teknik detaylar Kurum tarafından belirlenir ve bilgilerin gönderilme periyodu gerekli görülmesi halinde değiştirilebilir.

(8) İşletmeciler güvenli internet hizmetinin sunumunda kişisel verileri korumak ve bilgi güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler.

(9) Son kullanıcıları internete kendi şebekesi üzerinden eriştiren ve bu erişim hizmetini İşletmecilere toptan düzeyde yeniden satış amacıyla sunan işletmeciler, söz konusu İşletmecilere güvenli internet hizmetini ücretsiz olarak sunmakla yükümlüdürler.

İnternet arayüzü

MADDE 10 - (1) İşletmeciler kullanıcının filtrelenen internet sitelerine erişmek istediğinde yönlendirildiği işletmeciler tarafından tasarlanacak olan "Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası" ve "Profil Düzenleme İnternet Sitesi" kurmakla ve abonelerine sunmakla yükümlüdürler.

(2) İşletmeciler ‘Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası’nda asgari olarak aşağıdaki bilgileri sunmakla yükümlüdürler.

a) Abone tarafından seçilen kullanıcı profili bilgileri,

b) Kullanıcının bir bağlantı aracılığı ile Kurum tarafından belirlenen bir internet sitesine yönlendirileceği ve itirazını bildirebileceği “İtiraz Bağlantısı (Linki)”,

c) Kullanıcının, güvenli internet hizmeti kapsamında değerlendirilmesini istediği internet sitelerini bildirebileceği, Kurum tarafından belirlenen bir internet sayfasının bağlantısı ‘Profil Düzenleme Giriş Sayfası’na ve ‘Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası’na “İhbar Bağlantısı”,

ç) Kurum tarafından gönderilecek uyarıcı ve bilgilendirici metinler.

(3) İşletmeciler ‘Profil Düzenleme İnternet Sitesi’nde asgari olarak aşağıdaki bilgileri sunmakla yükümlüdürler.

a) Anasayfada yer alması gereken hususlar;

i. Geçerli profil,

ii. Kullanıcı adı ve parolasının kullanılacağı ‘Profil Düzenleme Modülü’,

iii. Son on Profil değişim hareketi,

iv. Kullanıcının, güvenli internet hizmeti kapsamında değerlendirilmesini istediği internet sitelerini bildirebileceği, Kurum tarafından belirlenen bir internet

sayfasının bağlantısı ‘İhbar Bağlantısı’ olarak profil düzenleme giriş sayfasına eklenir.

b) Son altı ay içerisindeki profil değişim hareketi bilgisi için ana sayfada veya ayrı bir sayfada kullanıcıya sorgu imkanı,

c) Kullanıcının şifresini değiştirebileceği bir uygulama,

ç) Kurum tarafından gönderilecek uyarıcı ve bilgilendirici metinler.

Filtre aşma yöntemleri

MADDE 11 - (1) İşletmeciler, filtreleme işlemini etkisiz kılmak için uygulanan filtre aşma yöntemlerinin engellenmesi amacıyla çalışma yapmak ve söz konusu çalışmanın sonuçlarını periyodik olarak Kuruma iletmekle yükümlüdürler.

(2) Filtre aşma yöntemlerinin engellenmesi için gerek görülmesi halinde Kurum tarafından düzenleme yapılabilir.

Süre sınırları

MADDE 12 - (1) Güvenli internet hizmetinin sunulmasını müteakip gerekli görüldüğü takdirde, abonelerin internet uygulamalarına erişmek istediği tarih ve zaman aralığını belirleyebileceği süre limitlerine ilişkin Kurum tarafından düzenleme yapılabilir.

İdari para cezaları ve diğer yaptırımlar

MADDE 13 - (1) İşletmecilerin bu Usul ve Esaslar ile belirlenen yükümlülükleri yerine getirmemeleri halinde 5/9/2004 tarihli ve 25574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanır.

Yürürlük

MADDE 14 - (1) Bu Usul ve Esaslar, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu tarafından onaylandığı tarihten 6 (altı) ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 15 - (1) Bu Usul ve Esasların hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2011/DK-14/410

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı

Karar Tarihi : 04.08.2011

Karar No : 2011/DK-14/410

Gündem Konusu : Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar

KARAR:

5809 sayılı Kanunun 4 üncü, 6 ncı ve 50 inci maddeleri ile 28.07.2010 tarihli ve 27655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında,

Ek'te yer alan "Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar Taslağı"nın 10 gün süre ile kamuoyunun görüşü alınmak üzere yayımlanması hususuna karar verilmiştir.

Ek

GÜVENLİ İNTERNET HİZMETİNE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR TASLAĞI

Amaç

MADDE 1 - (1) Bu Usul ve Esasların amacı, tercihe dayalı Güvenli İnternet Hizmetine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 - (1) Bu Usul ve Esaslar, İnternet hizmeti sunan İşletmeciler ile Güvenli İnternet Hizmetini talep eden aboneleri kapsar.

Hukuki dayanak

MADDE 3 - (1) Bu Usul ve Esaslar, 28/07/2010 tarih ve 27655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanım ve kısaltmalar

MADDE 4 - (1) Bu Usul ve Esaslarda geçen;

a) Abone: Mobil İnternet hizmeti dahil olmak üzere, İşletmeci ile İnternet hizmetinin sunulmasına yönelik olarak yapılan sözleşmeye taraf olan gerçek kişiyi,

b) Aile profili: Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen aile profiline ilişkin listedeki alan adı, alt alan adı, IP adresi ve portlara abonenin erişiminin sağlanmadığı profili,

c) Çocuk profili: Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen, çocuk profiline ilişkin listedeki alan adı, alt alan adı, IP adresi ve portlara abonenin erişiminin sağlandığı profili,

ç) Dosya bütünlük değeri (Hash Kodu): Bir bilgisayar dosyasının içindeki verilerin matematiksel bir işlemden geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapılıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,

d) Güvenli İnternet Hizmeti: Abonelerin talebi üzerine, ücretsiz olarak sunulan çocuk ve aile profilinden oluşan hizmeti,

e) Güvenli İnternet Hizmeti profili: Güvenli İnternet Hizmeti almak isteyen abonelerin ihtiyaçlarına göre seçebilecekleri çocuk ve aile profilinden herhangi birini,

f) İşletmeci: Mobil telefon hizmeti sunan İşletmeciler dâhil İnternet erişim hizmeti sunan İşletmecileri ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'yi,

g) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

ğ) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

h) Profil Düzenleme İnternet Sayfası: İşletmeciler tarafından tasarlanan ve bireysel abonenin profilini değiştirmek veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan

vazgeçmek istedikleri takdirde söz konusu taleplerini gerçekleştirebildikleri İnternet sayfasını,

ı) Uyarıcı ve bilgilendirici İnternet sayfası: İşletmeciler tarafından tasarlanan ve kullanıcıların profilleri nedeniyle engellenen İnternet sitelerine erişmek istediklerinde yönlendirilecekleri İnternet sayfasını

ifade etmektedir.

(2) Bu Usul ve Esaslarda geçen ancak bu maddenin birinci fıkrasında tanımlanmayan kavramlar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

Mevcut abonelerin durumu

MADDE 5 - (1) Güvenli İnternet Hizmetini talep etmeyen abonelerin mevcut İnternet erişim hizmeti, herhangi bir değişiklik olmaksızın sunulmaya devam eder.

Güvenli İnternet Hizmeti profilleri

MADDE 6 - (1) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmetini tercih eden abonelere, Güvenli İnternet Hizmetini çocuk ve aile profili olmak üzere iki farklı profil olarak sunarlar.

Güvenli İnternet Hizmeti profillerinin seçimi

MADDE 7 - (1) Aboneler, Güvenli İnternet Hizmeti taleplerini hizmet aldığı İşletmeciye abonelik sözleşmesinin imzalanması sırasında veya çağrı merkezi ya da İnternet sitesi aracılığı ile bildirebilir.

(2) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetini abonelere ücretsiz olarak sunarlar.

(3) İşletmeciler, abonelik sözleşmelerinde veya abonelik sözleşmelerine ek olarak hazırlanan formlarda veya profil düzenleme sayfasında abonenin kolayca seçim yapabileceği Güvenli İnternet Hizmeti profillerine aşağıda belirtilen şekilde yer verirler.

"Güvenli İnternet Hizmeti talep ediyorsanız aşağıdaki profillerden birisini tercih ediniz. "

(4) İşletmeciler İnternet erişim hizmeti sunumunda abonenin en son tercihine göre hizmet sunmaya devam ederler.

(5) Güvenli İnternet Hizmeti alan abonelere, profil düzenleme İnternet sayfası üzerinden işlem yapabilmeleri amacıyla işletmeciler tarafından kullanıcı adı ve şifresi sağlanır.

(6) Abonelere çağrı merkezi ve profil düzenleme İnternet sayfası üzerinden istedikleri an, güvenliği İşletmeciler tarafından sağlanmak koşuluyla, kolayca ve ücretsiz

olarak profiller arasında geçiş yapabilmeleri ve/veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçebilme imkanı İşletmeciler tarafından sağlanır.

Profil düzenleme İnternet sayfası

MADDE 8 - (1) Aboneler profillerini değiştirmek istediklerinde veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçmek istedikleri takdirde İşletmeciler tarafından tasarlanacak olan Profil Düzenleme İnternet Sayfası aracılığıyla söz konusu taleplerini gerçekleştirebilirler.

(2) İşletmeciler Profil Düzenleme İnternet sayfasında kullanılmak üzere abonelerine ücretsiz olarak mevcut kullanıcı adı ve şifreyi kullandırabileceği gibi yeni bir kullanıcı adı ve şifre de tahsis edebilir.

(3) Profil Düzenleme İnternet Sayfasında asgari olarak aşağıdaki bilgiler yer alır:

a) Ana sayfada yer alacak hususlar;

i. Geçerli profil,

ii. Kullanıcı adı ve parolasının kullanılacağı 'Profil Düzenleme Modülü',

b) Kullanıcının şifresini değiştirebileceği bir uygulama ve

c) Kurum tarafından gönderilecek uyarıcı ve bilgilendirici metinler.

Uyarıcı ve bilgilendirici İnternet sayfası

MADDE 9 - (1) Aboneler, profilleri nedeniyle engellenen İnternet sitelerine erişmek istediklerinde, İşletmeciler tarafından tasarlanacak olan Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfasına yönlendirilirler.

(2) İşletmeciler Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası'nda asgari olarak aşağıdaki bilgileri sunarlar:

a) Geçerli profil ve

b) Kurum tarafından gönderilecek uyarıcı ve bilgilendirici metinler.

Güvenli İnternet Hizmeti Çalışma Kurulunun yapısı ve görevleri

MADDE 10 - (1) Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu kapsamında kullanılacak listelerin oluşturulmasına ilişkin kriterler, Güvenli İnternet Hizmeti Çalışma Kurulu tarafından tespit edilir.

(2) Güvenli İnternet Hizmeti Çalışma Kurulu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı koordinasyonunda 11 üyeden oluşur.

(3) Güvenli İnternet Hizmeti Çalışma Kurulu, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığından 3, İnternet Kurulu'ndan 2, Kurumdan 2 ve psikoloji, pedagoji, sosyoloji ile diğer ilişkili alanlarda uzmanlığı olan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından teklif edilecek 8 kişi arasından Kurum tarafından seçilecek 4 üye'den oluşur.

(4) Güvenli İnternet Hizmeti Çalışma Kurulu'nun tespit ettiği ilkeler çerçevesinde, Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu kapsamında kullanılacak listeler Kurum tarafından belirlenir.

(5) Kullanıcılar ve İnternet site sahipleri, İnternet sitelerinin Güvenli İnternet Hizmeti kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi için Kuruma başvuru yapabilir veya itiraz edebilir.

a) Site sahibi, Çocuk ve Aile profilleri kapsamında yer almak için Kuruma başvurabilir.

b) Kullanıcı, ilgili sitenin, bulunduğu profil listesine uygun olmadığını düşünüyorsa itiraz edebilir.

c) Kullanıcı bir sitenin Güvenli İnternet Hizmeti kapsamında değerlendirilmesi için başvuruda bulunabilir.

ç) Kurum belirlenen listelere ilişkin itirazların, ihbarların ve site sahiplerinin taleplerinin değerlendirilmesi için Güvenli İnternet Hizmeti Çalışma Kurulunun görüşüne başvurabilir.

Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu ve altyapının kurulması

MADDE 11 - (1) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetinin sunulması için gerekli altyapıyı kuracak ve işleteceklerdir. Kurum tarafından İşletmecilere sadece listeler gönderilecektir.

(2) İşletmeciler, Kurum tarafından belirlenen Güvenli İnternet Hizmeti profilleri ile Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen listeler üzerinde değişiklik yapamazlar.

(3) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmetine ek olarak farklı isimler altında farklı hizmetler sunabilirler.

(4) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmetinin sunumunda kişisel verilerin gizliliğini ve bilgi güvenliğini sağlarlar.

(5) İnternet hizmetini toptan düzeyde yeniden satış yöntemi veya veri akış erişimi modeli ile hizmet sunan İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetini ücretsiz olarak alternatif İşletmecilere sunarlar.

Liste veritabanına erişim

MADDE 12 - (1) Güvenli İnternet Hizmeti profillerine ait listeler, İşletmecilerle Kurum arasında kurulmuş bulunan noktadan noktaya güvenli veri hatları üzerinden paylaşılır.

(2) Kurum veritabanında tutulan veriler güvenli hat üzerinden İşletmecilere gönderilecektir. İşletmeciler, Kurum tarafından gönderilen verileri ve güncellemeleri abonelerine sunacakları Güvenli İnternet Hizmeti kapsamında sistemlerine derhal aktarır ve uygularlar.

(3) Kurum tarafından veritabanında tutulan alan adları ve alt alan adlarının ayrı ayrı dosya bütünlük değeri (hash kodu) alınır ve İşletmecilerle dosya bütünlük değerleri paylaşılır. İşletmeciler kullanıcıların erişmek istediği alan adları ve alt alan adlarının dosya bütünlük değerini alarak kendilerine gönderilen veri tabanından sorgular ve bu yöntemin kullanımı ile ilgili gerekli kontrol mekanizmalarını kurarlar.

(4) Kurum veritabanında tutulan IP adreslerinin ve portların listesi dosya bütünlük değeri hesaplanmaksızın İşletmecilerle paylaşılır. İşletmeciler söz konusu IP adreslerine veya portlara ilişkin sorgulamaları gerçekleştirir.

(5) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmeti sunumu kapsamında geliştirdikleri yazılım ve donanım çözümlerini yedekli olarak kurarlar.

Bilgilendirme metni

MADDE 13 - (1) İşletmeciler abonelerine Güvenli İnternet Hizmetinin tanıtımı için içeriği Kurum tarafından oluşturulan bir bilgilendirme metnini gönderir. İşletmeciler, Usul ve Esasların tanıtımını abonelere fiilen hizmettin sunulmaya başlanılmasından önce kısa mesaj, çağrı merkezi, açılır pencere (pop-up) ve/veya fatura yöntemleri aracılığıyla gerçekleştirir.

Test Süreci

MADDE 14 - (1) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetinin sunulabilmesi için gerekli tüm altyapı ve uygulama çalışmalarını test sürecinin başlamasından önce hazır hale getirirler.

(2) Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu için test süreci İşletmeciler ile Kurum arasında 22.08.2011 tarihi ile 22.11.2011 tarihi arasında gerçekleştirilir.

(3) İşletmeciler tarafından 22.11.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere test sürecine son verilerek abonelere fiilen hizmet sunulmaya başlanılacaktır.

Yürürlük

MADDE 15 - (1) Bu Usul ve Esaslar, 22.08.2011 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 16 - (1) Bu Usul ve Esasların hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

By-Law on the Principles and Procedures Concerning to the Safe Internet Service

BTK 2011/DK-14/410 (İngilizce)

Unofficial translation prepared by ICTA

By-Law on the Principles and Procedures Concerning to the Safe Internet Service

Purpose

Article 1 - (1) The purpose of this By-Law is to define the procedures and principals concerning to the Safe Internet Service requested by subscribers.

Scope

Article 2 - (1) This By-Law covers internet service providers and individual subscribers demanding Safe Internet Service.

Legal Basis

Article 3 - (1) This By-Law is prepared on the basis of Article 10 of "Ordinance on the Consumer Rights in the Telecommunications Sector" published in the Official Gazette dated 28/07/2010 and numbered 27655.

Definitions

Article 4 - (1) The terms used in this By-Law shall have the following meanings:

a. Subscriber: Any natural person who is party to a contract with an operator for the provision of internet service, including mobile internet services.

b. Family profile: The profile in that the users are not able to access the domain names, sub-domain names, IP addresses, ports and web proxy sites in the list which is sent to the operators by the Authority.

c. Child profile: The profile in that the users are only able to access the domain names, sub-domain names, IP addresses and ports in the list related to child profile which is sent to the operators by the Authority.

d. Hash code: A hash code is a value obtained by a mathematical function that determines the integrity of a file data.

e. Safe Internet Service: The service provided free of charge upon the request of the subscriber and which consists of family and child profiles.

f. Safe Internet Service profile: Either child profile or family profile which can be chosen by subscribers who request Safe Internet Service.

g. Operator: Any company, which provides internet services including mobile operators and the Turk Telecommunication Inc.

h. Board: Information and Communication Technologies Board.

i. Authority: Information and Communication Technologies Authority.

j. Edit Profile Web Page: The web page, on which individual subscriber can change his/her profile or opt out from Safe Internet Service when he/she wants, designed by the operators.

k. Cautionary and informative web page: The web page that is designed by the operators and to which users will be redirected when they try to access a web site being inaccessible according to his/her Safe Internet Service profile.

(2) For the terms that have not been defined in the first sub-clause of this article, the definitions set out in other relevant legislations are applicable.

Status of existing subscribers

Article 5 - (1) Existing internet access service of the subscribers, who do not request Safe Internet Service, will continue to be provided in its present form without any change.

Safe Internet Service profiles

Article 6 - (1) The operators shall provide Safe Internet Service to subscribers, who demand this service, as two separate profiles which are child profile and family profile.

Selection of the Safe Internet Service profiles

Article 7 - (1) Subscribers can inform the operator about their Safe Internet usage request by means of subscription agreement or via call centre or via website.

(2) The operators shall provide Safe Internet Service to subscribers free of charge.

(3) The operators shall provide Safe Internet Service profile options, which could be easily selected by the subscriber in the subscription agreements or additional subscription forms and at the edit profile web page, as shown below:

“If you want to opt in “Safe Internet Service” please select one of the profiles below.”

(4) The operators shall provide internet access services according to the last preference of the subscriber.

(5) A username and a password is provided to the subscribers using Safe Internet Service in order to enable them to use Edit Profile Web Page.

(6) Providing the safety of the system, the operators shall provide opportunity of switching between the profiles and/or of opting out from the Safe Internet Service to the subscribers using Safe Internet Service when they want, in an easy way and free of charge, via call centre or edit profile web page.

Edit profile web page

Article 8 - (1) The subscribers can change their profiles or opt out from the Safe Internet Service, when they want, through the Edit Profile Web Page that shall be designed by the operators.

(2) The operators can either provide a new username and password to their subscribers or make it possible for subscribers to use their current username and password in the Edit Profile Web Page free of charge.

(3) At least the information mentioned below should be provided in the Edit Profile Web Page:

a) Information that must take place in the main page;

i. Current profile,

ii. 'Edit Profile Module' at which username and password will be used,

b) An application through which the user can change his/her password and

c) Cautionary and informative text sent by the Authority.

Cautionary and informative web page

Article 9 - (1) Users are redirected to the Cautionary and Informative Web Page built by the operators, when they try to access to the web pages that are inaccessible according to their profiles.

(2) The operators shall provide at least the information listed below in the “Cautionary and Informative Web Page”:

a) Current user profile and

b) Cautionary and informative texts sent by the Authority.

Safe internet service working board’s structure and tasks

Article 10 - (1) The criteria of the lists that will be used within the concept of the Safe Internet Service is determined by the Safe Internet Service Working Board.

(2) The Safe Internet Service Working Board consists of 11 members coordinated by Ministry of Family and Social Policies.

(3) The Safe Internet Service Working Board is made up of 3 members from Ministry of Family and Social Policies, 2 members from Internet Committee, 2 members from the Authority, 4 members, who are experts in psychology, pedagogy, sociology and other related branches, selected by the Authority out of 8 candidates proposed by the Ministry of Family and Social Policies.

(4) The lists that will be used within the concept of the Safe Internet Service are determined by the Authority, according to the principles determined by Ministry of Family and Social Policies.

(5) The users and owners of the internet sites can appeal and object to the Authority whether the internet sites are within the concept of Safe Internet Service.

a) The owner of the internet site can appeal to the Authority for the site to be within the concept of the Child and Family profiles.

b) The user can object if the related site is improper for his/her profile list.

c) The user can appeal for a site to be determined within the concept of the Safe Internet Service.

d) The Authority can appeal to the opinion of Safe Internet Service Working Board regarding the objections to the lists determined, denouncements and requests of the owners of the internet sites.

Safe internet service provision and infrastructure building

Article 11 - (1) The operators shall build the infrastructure required for the Safe Internet Service and operate it. Role of the Authority is only to send the lists to the operators.

(2) The operators cannot make any change on the Safe Internet Service profiles determined by the Authority and the lists which will be sent by the Authority.

(3) In addition to the Safe Internet Service, operators can offer different service packages with different launch names.

(4) The operators shall safeguard the security of the personal data and provide information security while offering Safe Internet Services.

(5) The operators, which offer internet service via resale or bit-stream access, shall offer the Safe Internet Service to alternative operators free of charge.

Access to the list database

Article 12 - (1) The lists of Safe Internet Service profiles are shared with operators through point-to-point secure data lines established between the Authority and operators.

(2) The data stored in the Authority database will be sent through the secure data line. The operators shall immediately apply the updates and data sent by the Authority to working systems used for provision of Safe Internet Service.

(3) The hash codes of domain and sub-domain names in the database are separately determined by the Authority and these hash codes are shared with the operators.

Operators shall search the hash codes of the domain and sub-domain names, which the users want to access, through the database sent to them, and build necessary control mechanisms for the use of this method.

(4) The lists of IP addresses and ports in the database of the Authority are shared with the operators without taking the hash codes. The operators shall inquire the said IP addresses or ports.

(5) The operators shall set up the systems developed in accordance with the provision of the Safe Internet Service with backups.

Informative text

Article 13 - (1) The operators shall send an informative text, the content of which will be determined by the Authority, to the subscribers. Before the service is provided to the users, the operators shall inform the subscribers about introduction of this By-Law via SMS, call centre, pop-up and/or billing methods.

Test process

Article 14 - (1) The operators shall build the required infrastructure and applications for the provision of Safe Internet Service before the test process starts.

(2) The test process for the Safe Internet Service shall be carried out between the Authority and the operators from 22.08.2011 to 22.11.2011.

(3) The test process shall be terminated on 22.11.2011 and the Service shall be provided to the users by this date.

Entry into force

Article 15 - (1) This By-Law enters into force in 22.08.2011.

Enforcement

Article 16 - (1) The provisions of this By-Law shall be enforced by the President of the Information and Communication Technologies Board.

Important Notice: In case of divergent interpretation, the original Turkish text shall prevail.

Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2011/DK-14/461

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı

Karar Tarihi : 24.08.2011

Karar No : 2011/DK-14/461

Gündem Konusu : Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar

KARAR:

5809 sayılı Kanunun 4 üncü 6 ncı ve 50 inci maddeleri ile 28.07.2010 tarihli ve 27655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında,

• 22.02.2011 tarihli ve 2011/DK-10/91 sayılı Kurul Kararı ile onaylanarak yürürlüğe giren "İnternetin Güvenli Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Taslağı"nın yürürlükten kaldırılması,

• Ek'te yer alan "Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar"ın onaylanması,

• İşbu Kurul Kararının 22.08.2011 tarihi itibariyle yürürlüğe girmesi

hususlarına karar verilmiştir.

Ek

GÜVENLİ İNTERNET HİZMETİNE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Amaç

MADDE 1 - (1) Bu Usul ve Esasların amacı, tercihe dayalı Güvenli İnternet Hizmetine ilişkin Usul ve Esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 - (1) Bu Usul ve Esaslar, İnternet hizmeti sunan İşletmeciler ile Güvenli İnternet Hizmetini talep eden aboneleri kapsar.

Hukuki dayanak

MADDE 3 - (1) Bu Usul ve Esaslar, 28/07/2010 tarih ve 27655 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanım ve kısaltmalar

MADDE 4 - (1) Bu Usul ve Esaslarda geçen;

a) Abone: Mobil İnternet hizmeti dâhil olmak üzere, İşletmeci ile İnternet hizmetinin sunulmasına yönelik olarak yapılan sözleşmeye taraf olan gerçek kişiyi,

b) Aile profili: Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen aile profiline ilişkin listedeki alan adı, alt alan adı, IP adresi ve portlara abonenin erişiminin sağlanmadığı profili,

c) Çocuk profili: Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen, çocuk profiline ilişkin listedeki alan adı, alt alan adı, IP adresi ve portlara abonenin erişiminin sağlandığı profili,

ç) Dosya bütünlük değeri (Hash Kodu): Bir bilgisayar dosyasının içindeki verilerin matematiksel bir işlemden geçirilmesi sonucu elde edilen ve dosyanın içerisindeki verilerde bir değişiklik yapılıp yapılmadığını kontrol için kullanılan dosyanın özünü belirten değeri,

d) Güvenli İnternet Hizmeti: Abonelerin talebi üzerine, ücretsiz olarak sunulan çocuk ve aile profilinden oluşan hizmeti,

e) Güvenli İnternet Hizmeti profili: Güvenli İnternet Hizmeti almak isteyen abonelerin ihtiyaçlarına göre seçebilecekleri çocuk ve aile profilinden herhangi birini,

f) İşletmeci: Mobil telefon hizmeti sunan İşletmeciler dâhil İnternet erişim hizmeti sunan İşletmecileri ve Türk Telekomünikasyon A.Ş.'yi,

g) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

ğ) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

h) Profil Düzenleme İnternet Sayfası: İşletmeciler tarafından tasarlanan ve bireysel abonelerin profillerini değiştirmek veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçmek istedikleri takdirde söz konusu taleplerini gerçekleştirebildikleri İnternet sayfasını,

ı) Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası: İşletmeciler tarafından tasarlanan ve kullanıcıların profilleri nedeniyle İnternet sitelerine erişemediklerinde yönlendirilecekleri İnternet sayfasını ifade etmektedir.

(2) Bu Usul ve Esaslarda geçen ancak bu maddenin birinci fıkrasında tanımlanmayan kavramlar için ilgili mevzuatta yer alan tanımlar geçerlidir.

Mevcut abonelerin durumu

MADDE 5 - (1) Güvenli İnternet Hizmetini talep etmeyen abonelerin mevcut İnternet erişim hizmeti, herhangi bir değişiklik olmaksızın sunulmaya devam eder.

Güvenli İnternet Hizmeti profilleri

MADDE 6 - (1) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmetini, talep eden abonelere çocuk ve aile profili olmak üzere iki farklı profilde sunarlar.

Güvenli İnternet Hizmeti profillerinin seçimi

MADDE 7 - (1) Aboneler, Güvenli İnternet Hizmeti taleplerini hizmet aldığı İşletmeciye abonelik sözleşmesinin imzalanması sırasında iletebilir. Ayrıca bu taleplerini çağrı merkezi, bayi kanalı ya da İnternet sitesi aracılığı ile bildirebilir.

(2) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetini abonelere ücretsiz olarak sunarlar.

(3) İşletmeciler, abonelik sözleşmelerinde veya abonelik sözleşmelerine ek olarak hazırlanan formlarda ve profil düzenleme sayfasında abonenin kolayca seçim yapabileceği Güvenli İnternet Hizmeti profillerine aşağıda belirtilen şekilde iki profile yer verirler. Abonelerin, aile profilini seçmeleri halinde aşağıda belirtilen alt seçeneklerden birini veya birkaçını seçebilmelerine ya da herhangi bir alt seçim yapmamalarına olanak sağlanır.

“Güvenli İnternet Hizmeti talep ediyorsanız aşağıdaki profillerden birisini tercih ediniz.

° Çocuk Profili

° Aile Profili

□ Oyun site ve uygulamalarına girmek istemiyorum.

□ Sohbet site ve uygulamalarına girmek istemiyorum.

□ Sosyal Medya site ve uygulamalarına girmek istemiyorum.”

(4) İşletmeciler İnternet erişim hizmeti sunumunda abonenin en son tercihine göre hizmet sunmaya devam ederler.

(5) Güvenli İnternet Hizmeti alan abonelere, Profil Düzenleme İnternet Sayfası üzerinden işlem yapabilmeleri amacıyla İşletmeciler tarafından kullanıcı adı ve şifresi sağlanır.

(6) İşletmeciler tarafından abonelerine istedikleri an, güvenli bir şekilde kolayca ve ücretsiz olarak profiller arasında geçiş yapabilme ve/veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçebilme imkanı sağlanır.

Profil düzenleme İnternet sayfası

MADDE 8 - (1) Aboneler profillerini değiştirmek veya Güvenli İnternet Hizmeti almaktan vazgeçmek istedikleri takdirde İşletmeciler tarafından tasarlanan Profil Düzenleme İnternet Sayfası aracılığıyla söz konusu taleplerini gerçekleştirebilirler.

(2) İşletmeciler Profil Düzenleme İnternet Sayfasında kullanılmak üzere abonelerine ücretsiz olarak mevcut kullanıcı adı ve şifrelerini kullandırabileceği gibi yeni bir kullanıcı adı ve şifre de tahsis edebilirler.

(3) Profil Düzenleme İnternet Sayfasında asgari olarak aşağıdaki bilgiler yer alır:

a) Ana sayfada yer alan hususlar;

i. Geçerli profil,

ii. Profil Seçim Menüsü,

b) Kullanıcının kullanıcı adı ve şifresini değiştirebileceği bir uygulama ve

c) Kurum tarafından gönderilen uyarıcı ve bilinçlendirme amaçlı bilgilendirici metinler.

Uyarıcı ve bilgilendirici İnternet sayfası

MADDE 9 - (1) Aboneler, profilleri nedeniyle İnternet sitelerine erişemediklerinde İşletmeciler tarafından tasarlanan Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfasına yönlendirilirler.

(2) İşletmeciler Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfası'nda asgari olarak aşağıdaki bilgileri sunarlar:

a) Geçerli profil ve

b) Kurum tarafından gönderilen uyarıcı ve bilinçlendirme amaçlı bilgilendirici metinler.

Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulunun yapısı ve görevleri

MADDE 10 - (1) Çocuk ve Aile Profil listelerinin oluşturulmasına ilişkin kriterler, Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu tarafından tespit edilir.

(2) Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu, Kurum koordinasyonunda 11 üyeden oluşur.

(3) Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu, biri başkan olmak üzere Kurumdan 3, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığından 2, İnternet Kurulunun sivil toplum temsilcisi üyelerinden 2,

Türkiye Dijital Oyun Federasyonundan 1 ve psikoloji, pedagoji, sosyoloji, hukuk gibi ilişkili alanlarda uzmanlığı olan kişiler arasından Kurum tarafından seçilen 3 üye'den oluşur.

(4) Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu'nun tespit ettiği ilkeler çerçevesinde, Çocuk ve Aile Profil listeleri Kurum tarafından belirlenir.

Başvuru ve itirazların değerlendirilmesi

MADDE 11 - (1) Kullanıcılar ve İnternet site sahipleri, İnternet sitelerinin değerlendirilmesi için Kurumca hazırlanan İnternet sayfası üzerinden başvurabilirler ve itiraz edebilirler.

(2) Kullanıcılar, başvurularını Profil Düzenleme İnternet Sayfasında bulunan bağlantı ile, itirazlarını ise Uyarıcı ve Bilgilendirici İnternet Sayfasında bulunan bağlantı vasıtasıyla yaparlar. İlgili başvuru ve itiraza ilişkin İşletmeci adı, kullanıcı profili ile alan adı/IP adresi ve port bilgileri, başvuru ve itirazların doğru değerlendirilebilmesi için İşletmeciler tarafından Kuruma gönderilir.

(3) Kurum başvurular ve itirazların değerlendirilmesi için Çocuk ve Aile Profil Kriterleri Çalışma Kurulu'nun görüşüne başvurabilir.

Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu ve altyapının kurulması

MADDE 12 - (1) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetinin sunulması için gerekli altyapıyı kurarlar ve işletirler. Kurum tarafından İşletmecilere sadece listeler gönderilir.

(2) İşletmeciler, Kurum tarafından belirlenen Güvenli İnternet Hizmeti profilleri ile Kurum tarafından İşletmecilere gönderilen listeler üzerinde değişiklik yapamazlar.

(3) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmetine ek olarak değişik isimler altında farklı hizmetler sunabilirler.

(4) Toptan düzeyde İnternet hizmetini yeniden satış yöntemi ile sunan İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetini ücretsiz olarak alternatif İşletmecilere sunarlar.

Liste veri tabanına erişim

MADDE 13 - (1) Güvenli İnternet Hizmeti profillerine ait listeler, İşletmecilerle Kurum arasında kurulmuş bulunan noktadan noktaya güvenli veri hatları üzerinden paylaşılır.

(2) Kurum veri tabanında tutulan veriler, güvenli hat üzerinden İşletmecilere gönderilir. İşletmeciler, Kurum tarafından gönderilen verileri ve güncellemeleri sistemlerine en geç 24 saat içinde aktarır ve uygularlar.

(3) Kurum tarafından veri tabanında tutulan alan adları ve alt alan adlarının ayrı ayrı dosya bütünlük değeri (hash kodu) alınır ve İşletmecilerle dosya bütünlük değerleri paylaşılır.

İşletmeciler kullanıcıların erişmek istediği alan adları ve alt alan adlarının dosya bütünlük değerini alarak kendilerine gönderilen veri tabanından sorgular ve bu yöntemin kullanımı ile ilgili gerekli kontrol mekanizmalarını kurarlar.

(4) Kurum veri tabanında tutulan IP adreslerinin ve portların listesi dosya bütünlük değeri hesaplanmaksızın İşletmecilerle paylaşılır. İşletmeciler söz konusu IP adreslerine veya portlara ilişkin sorgulamaları gerçekleştirirler.

(5) İşletmeciler, Güvenli İnternet Hizmeti sunumu kapsamında geliştirdikleri yazılım ve donanım çözümlerini yedekli olarak kurarlar.

Bilgilendirme metni

MADDE 14 - (1) İşletmeciler abonelerine Güvenli İnternet Hizmetinin tanıtımı için içeriği Kurum tarafından uygun görülen bilinçlendirme amaçlı bilgilendirici metinleri gönderirler. İşletmeciler, Usul ve Esasların tanıtımını abonelere fiilen hizmetin sunulmaya başlanılmasından önce kısa mesaj, çağrı merkezi, tek seferde yönlendirilen bilgilendirme sayfası (captive portal), açılır pencere (pop-up) ve/veya fatura yöntemlerinden en az birisi aracılığıyla gerçekleştirirler.

Test süreci ve fiilen hizmetin sunulmaya başlanılması

MADDE 15 - (1) İşletmeciler Güvenli İnternet Hizmetinin sunulabilmesi için gerekli tüm altyapı ve uygulama çalışmalarını test sürecinin başlamasından önce hazır hale getirirler.

(2) Güvenli İnternet Hizmetinin sunumu için test süreci İşletmeciler ile Kurum arasında 22.08.2011 ile 22.11.2011 tarihleri arasında gerçekleştirilir.

(3) İşletmecinin uygun görmesi durumunda bu süreçte test amacıyla abone alımı yapılabilir.

(4) İşletmeciler 22.11.2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere test sürecine son vererek abonelere fiilen hizmet sunmaya başlarlar.

Yürürlük

MADDE 16 - (1) Bu Usul ve Esaslar, 22.08.2011 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 17 - (1) Bu Usul ve Esasların hükümlerini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Başkanı yürütür.

Unofficial translation prepared by ICTA.

By-Law on the Principles and Procedures Concerning to the Safe Internet Service

Purpose

Article 1- (1) The purpose of this By-Law is to define the procedures and principals concerning to the Safe Internet Service requested by subscribers.

Scope

Article 2- (1) This By-Law covers internet service providers and individual subscribers demanding Safe Internet Service.

Legal Basis

Article 3- (1) This By-Law is prepared on the basis of Article 10 of "Ordinance on the Consumer Rights In The Telecommunications Sector" published in the Official Gazette dated 28/07/2010 and numbered 27655.

Definitions

Article 4- (1) The terms used in this By-Law shall have the following meanings:

a. Subscriber: Any natural person who is party to a contract with an operator for the provision of internet service, including mobile internet services.

b. Family profile: The profile in that the users are not able to access the domain names, sub-domain names, IP addresses, and ports in the list which is sent to the operators by the Authority.

c. Child profile: The profile in that the users are only able to access the domain names, sub-domain names, IP addresses and ports in the list related to child profile which is sent to the operators by the Authority.

d. Hash code: A hash code is a value obtained by a mathematical function that determines the integrity of a file data.

e. Safe Internet Service: The service provided free of charge upon the request of the subscriber and which consists of family and child profiles.

f. Safe Internet Service profile: Either child profile or family profile which can be chosen by subscribers who request Safe Internet Service.

g. Operator: Any company, which provides internet services including mobile operators and the Turk Telekomunikasyon Inc.

h. Board: Information and Communication Technologies Board.

i. Authority: Information and Communication Technologies Authority.

j. Edit Profile Web Page: The web page, on which individual subscriber can change his/her profile or opt out from Safe Internet Service when he/she wants, designed by the operators.

k. Cautionary and informative web page: The web page that is designed by the operators and to which users will be redirected when they try to access a web site being inaccessible according to his/her Safe Internet Service profile.

(2) For the terms that have not been defined in the first sub-clause of this article, the definitions set out in other relevant legislations are applicable.

Status of existing subscribers

Article 5- (1) Existing internet access service of the subscribers, who do not request Safe Internet Service, will continue to be provided in its present form without any change.

Safe Internet Service profiles

Article 6 - (1) The operators shall provide Safe Internet Service to subscribers, who demand this service, as two separate profiles which are child profile and family profile.

Selection of the Safe Internet Service profiles

Article 7 - (1) Subscribers can inform the operator about their Safe Internet usage request by means of subscription agreement. Additionally they can inform the operator via dealer, call centre or website.

(2) The operators shall provide Safe Internet Service to subscribers free of charge.

(3) The operators shall provide Safe Internet Service profile options, which could be easily selected by the subscriber in the subscription agreements or additional subscription forms and in the edit profile web page, as shown below. In case subscribers choose the family profile, selecting one or more of the sub-options mentioned below or selecting none of these sub-options should be made possible for them.

“If you want to opt in “Safe Internet Service” please select one of the profiles below.

° Child Profile

° Family Profile

□ I do not want to access to game sites and applications.

□ I do not want to access to chatting sites and applications.

□ I do not want to access to social media sites and applications.”

(4) The operators shall provide internet access services according to the last preference of the subscriber.

(5) A username and a password is provided to the subscribers using Safe Internet Service by the operators in order to enable them to use Edit Profile Web Page.

(6) Providing the safety of the system, the operators shall provide opportunity of switching between the profiles and/or of opting out from the Safe Internet Service to the subscribers using Safe Internet Service when they want, in an easy way and free of charge, via call centre or edit profile web page.

Edit profile web page

ARTICLE 8 - (1) The subscribers can change their profiles or opt out from the Safe Internet Service, when they want, through the Edit Profile Web Page that shall be designed by the operators.

(2) The operators can either provide a new username and password to their subscribers or make it possible for subscribers to use their current username and password in the Edit Profile Web Page free of charge.

(3) At least the information mentioned below should be provided in the Edit Profile Web Page:

a) Information that must take place in the main page;

i. Current profile,

ii. 'Edit Profile Module' at which username and password will be used,

b) An application through which the user can change his/her password and

c) Cautionary and informative text sent by the Authority.

Cautionary and informative web page

ARTICLE 9 - (1) Users are redirected to the Cautionary and Informative Web Page built by the operators, when they try to access to the web pages that are inaccessible according to their profiles.

(2) The operators shall provide at least the information listed below in the “Cautionary and Informative Web Page”:

a) Current user profile and

b) Cautionary and informative texts sent by the Authority.

Child and family profiles criteria working board’s structure and tasks

ARTICLE 10 - (1) The criteria of the lists that will be used within the concept of the Safe Internet Service is determined by the Child and Family Profiles Criteria Working Board.

(2) Child and Family Profiles Criteria Working Board consists of 11 members coordinated by the Authority.

(3) Child and Family Profiles Criteria Working Board is made up of 3 members, one of which is the President, from the Authority, 2 members from Ministry of Family and Social Policies, 2 members among non-governmental organization members of the Internet Committee, 1 member from the Digital Games Federation of Turkey, 3 members, who are experts in related branches such as psychology, pedagogy, sociology and law, selected by the Authority.

(4) The lists of child and family profiles are determined by the Authority, according to the principles constituted by the Child and Family Profiles Criteria Working Board.

Assessment of appeals and objections

ARTICLE 11 - (1) The users and owners of the internet sites can appeal and object, via the website provided by the Authority, to the Authority for the assessment of the internet sites.

(2) The users can make the appeals via the link on the Edit Profile Web Page and the objections via the link on the Cautionary and Informative Web Page. Operator name, user profile, domain name/IP address and port information, associated with the appeal and objection, are sent to the Authority by the operators for proper assessment of appeals and objections.

(3) The Authority can appeal to the opinion of Child and Family Profiles Criteria Working Board regarding the assessment of the objections and appeals.

Safe internet service provision and infrastructure building

ARTICLE 12 - (1) The operators shall build the infrastructure required for the Safe Internet Service and operate it. Role of the Authority is only to send the lists to the operators.

(2) The operators cannot make any change on the Safe Internet Service profiles determined by the Authority and the lists which will be sent by the Authority.

(3) In addition to the Safe Internet Service, operators can offer different service packages with different launch names.

(4) The operators, which offer internet service via resale, shall offer the Safe Internet Service to alternative operators free of charge.

Access to the list database

ARTICLE 13 - (1) The lists of Safe Internet Service profiles are shared with operators through point-to-point secure data lines established between the Authority and operators.

(2) The data stored in the Authority database will be sent through the secure data line to the operators. The operators shall apply the updates and data sent by the Authority to working systems used for provision of Safe Internet Service in 24 hours.

(3) The hash codes of domain and sub-domain names in the database are separately determined by the Authority and these hash codes are shared with the operators. Operators shall search the hash codes of the domain and sub-domain names, which the users want to access, through the database sent to them, and build necessary control mechanisms for the use of this method.

(4) The lists of IP addresses and ports in the database of the Authority are shared with the operators without taking the hash codes. The operators shall inquire the said IP addresses or ports.

(5) The operators shall set up the systems developed in accordance with the provision of the Safe Internet Service with backups.

Informative text

ARTICLE 14 - (1) The operators shall send an informative text, the content of which will be determined by the Authority, to the subscribers. Before the service is provided to the users, the operators shall inform the subscribers about introduction of this By-Law using at least one of the methods which are SMS, call centre, captive portal, pop-up and/or billing,.

Test process and provision of the service

ARTICLE 15 - (1) The operators shall build the required infrastructure and applications for the provision of Safe Internet Service before the test process starts.

(2) The test process for the Safe Internet Service shall be carried out between the Authority and the operators from 22.08.2011 to 22.11.2011.

(3) If it is considered proper by the operators, the operators can allow subscriptions to the Safe Internet Service during the test process.

(3) The test process shall be terminated on 22.11.2011 and the Service shall be provided to the users by this date.

Entry into force

ARTICLE 16 - (1) This By-Law enters into force in 22.08.2011.

Enforcement

Article 17 - (1) The provisions of this By-Law shall be enforced by the President of the Information and Communication Technologies Board.

Important Notice: In case of divergent interpretation, the original Turkish text shall prevail.

Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2012/DK-14/31

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı

Karar Tarihi : 25.01.2012

Karar No : 2012/DK-14/31

Gündem Konusu : Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar

KARAR:

Tüketici Hakları Dairesi Başkanlığının hazırladığı 23/01/2012 tarihli ve B.11.6.BTK.0.14.249/5961 sayılı takrir incelenmiştir.

5809 sayılı Kanunun 4 üncü 6 ncı ve 50 nci maddeleri ile 28.07.2010 tarihli ve 27655 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında,

• Abone sayısı 200.000 ve üzerinde olan işletmecilerin 24.08.2011 tarihli ve 2011/DK-14/461 sayılı Kurul Kararı ile yürürlüğe giren "Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar" kapsamında sunulan Güvenli İnternet Hizmetine ilişkin olarak abonelik işlemlerini SMS yoluyla da gerçekleştirmelerine imkân sağlanması, konuyla ilgili olarak 1 ay içerisinde gerekli hazırlıkların yapılarak bu konuda faaliyete geçilmesi ve abonelere gönderilecek SMS ile Güvenli İnternet Hizmetine ilişkin tercihin SMS ile de yapılabileceği hususunda bilgilendirme yapılması,

• "Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar"ın "Tanım ve Kısaltmalar" başlıklı 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde yer alan abone tanımının

"Abone: Mobil İnternet hizmeti dâhil olmak üzere, İşletmeci ile İnternet hizmetinin sunulmasına yönelik olarak yapılan sözleşmeye taraf olan gerçek veya tüzel kişiyi," olarak değiştirilmesi, hususlarına karar verilmiştir.

Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslarda Değişiklik. - BTK 2012/DK-14/93

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı

Karar Tarihi : 29.02.2012

Karar No : 2012/DK-14/93

Gündem Konusu : Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslarda Değişiklik.

KARAR:

Tüketici Hakları Dairesi Başkanlığının hazırladığı 29/02/2012 tarihli ve B.11.6.BTK.0.14.249/14297 sayılı takrir incelenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 4 üncü, 6 ncı ve 50 inci maddeleri ile 28.07.2010 tarihli ve 27655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında,

• "Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar"ın "Güvenli İnternet Hizmeti profilleri " başlıklı 6 ncı maddesine,

"(2) İşletmeciler, kurumsal abonelere sundukları Güvenli İnternet Hizmetini, Kurumdan izin almak şartıyla, 'aile profili' ve 'çocuk profili' isimleri dışında herhangi bir isim altında da sunabilirler." ifadesinin eklenmesi,

• "Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar"ın "Yürürlük" başlıklı 16 ncı maddesinin,

"Yürürlük

MADDE 16- (1) Bu Usul ve Esasların 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrası ile kurumsal aboneler bakımından hükümleri 01.05.2012 tarihinden itibaren, diğer hükümleri 22.08.2011 tarihinde yürürlüğe girer." şeklinde değiştirilmesi, hususlarına karar verilmiştir.

Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar - BTK 2012/DK-14/295

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kararı

Karar Tarihi : 26.06.2012

Karar No : 2012/DK-14/295

Gündem Konusu : Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar

KARAR: Tüketici Hakları Dairesi Başkanlığının hazırladığı takrir ve eki incelenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 4'üncü, 6' ncı ve 50' inci maddeleri ile 28/07/2010 tarihli ve 27655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 10' uncu maddesi ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında,

Bireysel abonesi olmayan ve sadece kurumsal abonelere hizmet sunan işletmeciler için kurumsal abonelere GİH sunulması noktasında süre verilmesi; bu çerçevede Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esasların "Yürürlük" başlıklı 16' ncı maddesine

"(2) 01.05.2012 tarihi itibarıyla bireysel abonesi olmayan ve sadece kurumsal abonelere hizmet sunan işletmeciler için, bu Usul ve Esasların hükümleri 01.11.2012 tarihinde yürürlüğe girer." şeklinde bir fıkra eklenmesi,

Toplam abone sayısı 200.000'in (ikiyüzbin) üzerinde olan işletmecilerin, 2012 yılı içerisinde Temmuz, Eylül ve Aralık aylarında abonelere gönderilecek SMS ile, Güvenli İnternet Hizmetine ilişkin tercihin SMS yöntemi kullanılarak da yapılabileceği hususunda bilgilendirme yapması, hususlarına karar verilmiştir.

İlgili Diğer Yasal Düzenlemeler

- Anayasa
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
- 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu
- Electronic Communications Act no. 5809
- 1117 Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu
- 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun
- 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun
- 4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun
- 4207 sayılı Tütün Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun
- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
- 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun
- 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
- 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
- 5187 sayılı Basın Kanunu
- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun
- 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu
- 213 sayılı Vergi Usul Kanunu

- 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
- 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu
- 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun
- 6698 sayılı Kişisel Verilerin Koruması Kanunu
- 5326 sayılı Kabahatler Kanunu
- Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- MÜLGA Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- 5070 Elektronik İmza Kanunu

Anayasa

Kanun No : 2709

Kabul Tarihi : 7.11.1982

BAŞLANGIÇ

(Değişik: 23.7.1995-4121/1 md.)

Türk Vatanı ve Milletinin ebedî varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda;

Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedî varlığı, refahı, maddî ve manevî mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde;

Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;

Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;

(Değişik: 3.10.2001-4709/1 md.)Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı;

Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;

Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu,

birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu;

FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere,

TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur.

BİRİNCİ KISIM

Genel Esaslar

I. Devletin şekli

MADDE 1

Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.

II. Cumhuriyetin nitelikleri

MADDE 2

Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

III. Devletin bütünlüğü, resmi dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti

MADDE 3

Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.

Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır.

Millî marşı «İstiklal Marşı»dır.

Başkenti Ankara'dır.

IV. Değiştirilemeyecek hükümler

MADDE 4

Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.

V. Devletin temel amaç ve görevleri

MADDE 5

Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

VI. Egemenlik

MADDE 6

Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.

Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.

VII. Yasama yetkisi

MADDE 7

Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.

VIII. Yürütme yetkisi ve görevi

MADDE 8

Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

IX. Yargı yetkisi

MADDE 9

Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.

X. Kanun önünde eşitlik

MADDE 10

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

XI. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü

MADDE 11

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

İKİNCİ KISIM

Temel Haklar ve Ödevler

BİRİNCİ BÖLÜM

Genel Hükümler

I. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği

MADDE 12

Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.

II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13

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

III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması

MADDE 14

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması

MADDE 15

Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

V. Yabancıların durumu

MADDE 16

Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Kişinin Hakları ve Ödevleri

I. Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı

MADDE 17

Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

II. Zorla çalıştırma yasağı

MADDE 18

Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.

III. Kişi hürriyeti ve güvenliği

MADDE 19

Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak

suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılabilir.

Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.

IV. Özel hayatın gizliliği ve korunması

A. Özel hayatın gizliliği

MADDE 20

Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

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

B. Konut dokunulmazlığı

MADDE 21

Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

C. Haberleşme hürriyeti

MADDE 22

Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

V. Yerleşme ve seyahat hürriyeti

MADDE 23

Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.

VI. Din ve vicdan hürriyeti

MADDE 24

Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dini âyin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dinî veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.

VII. Düşünce ve kanaat hürriyeti

MADDE 25

Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

VIII. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti

MADDE 26

Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber

veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.

IX. Bilim ve sanat hürriyeti

MADDE 27

Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.

X. Basın ve yayımla ilgili hükümler

A. Basın hürriyeti

MADDE 28

Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere

ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hâkim kararıyle; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenebilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir. Yetkili hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.

Süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir; hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır.

Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır.

Türkiye'de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır.

B. Süreli ve süresiz yayın hakkı

MADDE 29

Süreli veya süresiz yayın önceden izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Süreli yayın çıkarabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, yayının durdurulması için mahkemeye başvurur.

Süreli yayınların çıkarılması, yayım şartları, malî kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esaslar kanunla düzenlenir. Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, malî ve teknik şartlar koyamaz.

Süreli yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından eşitlik esasına göre yararlanır.

C. Basın araçlarının korunması

MADDE 30

Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.

D. Kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı

MADDE 31

Kişiler ve siyasî partiler, kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenlenir.

Kanun, millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlâk ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz.

E. Düzeltme ve cevap hakkı

MADDE 32

Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir.

Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.

XI. Toplantı hak ve hürriyetleri

A. Dernek kurma hürriyeti

MADDE 33

Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.

Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.

Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idarî karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır.

B. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı

MADDE 34

Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

XII. Mülkiyet hakkı

MADDE 35

Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

XIII. Hakların korunması ile ilgili hükümler

A. Hak arama hürriyeti

MADDE 36

Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.

B. Kanuni hâkim güvencesi

MADDE 37

Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

C. Suç ve cezalara ilişkin esaslar

MADDE 38

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

XIV. İspat hakkı

MADDE 39

Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.

XV. Temel hak ve hürriyetlerin korunması

MADDE 40

Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler

I. Ailenin korunması ve çocuk hakları

MADDE 41

Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

II. Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi

MADDE 42

Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

Devlet, maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır.

III. Kamu yararı

A. Kıyılardan yararlanma

MADDE 43

Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.

Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir.

B. Toprak mülkiyeti

MADDE 44

Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye

toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.

Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçıları tarafından işletilebilir. Bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın Devletçe geri alınmasına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

C. Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması

MADDE 45

Devlet, tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır.

Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.

D. Kamulaştırma

MADDE 46

Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir.

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır.

E. Devletleştirme ve özelleştirme

MADDE 47

Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.

IV. Çalışma ve sözleşme hürriyeti

MADDE 48

Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlıyacak tedbirleri alır.

V. Çalışma ile ilgili hükümler

A. Çalışma hakkı ve ödevi

MADDE 49

Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.

B. Çalışma şartları ve dinlenme hakkı

MADDE 50

Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz.

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

Dinlenmek, çalışanların hakkıdır.

Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.

C. Sendika kurma hakkı

MADDE 51

Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.

D. Sendikal faaliyet

MADDE 52

VI. Toplu iş sözleşmesi, grev hakkı ve lokavt

A. Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı

MADDE 53

İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.

Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.

Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.

Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere

yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.

B. Grev hakkı ve lokavt

MADDE 54

Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.

Grev hakkı ve lokavt iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.

Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.

Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Yüksek Hakem Kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.

Greve katılmayanların işyerinde çalışmaları, greve katılanlar tarafından hiçbir şekilde engellenemez.

VII. Ücrette adalet sağlanması

MADDE 55

Ücret emeğin karşılığıdır.

Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.

Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.

VIII. Sağlık, çevre ve konut

A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması

MADDE 56

Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

B. Konut hakkı

MADDE 57

Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.

IX. Gençlik ve spor

A. Gençliğin korunması

MADDE 58

Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır.

Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.

B. Sporun geliştirilmesi ve tahkim

MADDE 59

Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.

Devlet başarılı sporcuyu korur.

Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.

X. Sosyal güvenlik hakları

A. Sosyal güvenlik hakkı

MADDE 60

Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.

B. Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler

MADDE 61

Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar.

Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır.

Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenir.

Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.

Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur.

C. Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları

MADDE 62

Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.

XI. Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması

MADDE 63

Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır.

Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir.

XII. Sanatın ve sanatçının korunması

MADDE 64

Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alır.

XIII. Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları

MADDE 65

Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Siyasî Haklar ve Ödevler

I. Türk vatandaşlığı

MADDE 66

Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.

Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.

Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.

Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz.

II. Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları

MADDE 67

Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.

Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.

Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma haklarına sahiptir.

Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir.

Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması

gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hâkimin yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır.

Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.

Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.

III. Siyasî partilerle ilgili hükümler

A. Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma

MADDE 68

Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir. Parti üyesi olabilmek için onsekiz yaşını doldurmuş olmak gerekir.

Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.

Siyasi partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler.

Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.

Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar.

Yüksek öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmaları ancak kanunla düzenlenebilir. Kanun bu elemanların, siyasi partilerin merkez organları dışında kalan parti görevi almalarına cevaz veremez ve parti üyesi yüksek öğretim elemanlarının yüksek öğretim kurumlarında uyacakları esasları belirler.

Yüksek öğretim öğrencilerinin siyasi partilere üye olabilmelerine ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir.

B. Siyasi partilerin uyacakları esaslar

MADDE 69

Siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur. Bu ilkelerin uygulanması kanunla düzenlenir.

Siyasi partiler, ticari faaliyetlere girişemezler.

Siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştaydan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir.

Siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır.

Bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.

Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir.

Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz.

Bir siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dahil üyeleri, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararının Resmi Gazetede

gerekçeli olarak yayımlanmasından başlayarak beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamazlar.

Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır.

Siyasî partilerin kuruluş ve çalışmaları, denetlenmeleri, kapatılmaları ya da Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmaları ile siyasî partilerin ve adayların seçim harcamaları ve usulleri yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir.

IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı

A. Hizmete girme

MADDE 70

Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.

B. Mal bildirimi

MADDE 71

Kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları ve bu bildirimlerin tekrarlanma süreleri kanunla düzenlenir. Yasama ve yürütme organlarında görev alanlar, bundan istisna edilemez.

V. Vatan hizmeti

MADDE 72

Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.

VI. Vergi ödevi

MADDE 73

Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.

VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı

MADDE 74

Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

Kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu gecikmeksizin, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.

Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile Kamu Başdenetçisi ve kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Cumhuriyetin Temel Organları

BİRİNCİ BÖLÜM

YASAMA

I. Türkiye Büyük Millet Meclisi

A. Kuruluşu

MADDE 75

Türkiye Büyük Millet Meclisi genel oyla seçilen altıyüz milletvekilinden oluşur.

B. Milletvekili seçilme yeterliliği

MADDE 76

Onsekiz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir.

En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, askerlikle ilişiği olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm

giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensupları, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve milletvekili seçilemezler.

C. Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanının seçim dönemi

MADDE 77

Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri beş yılda bir aynı günde yapılır.

Süresi biten milletvekili yeniden seçilebilir.

Cumhurbaşkanlığı seçiminde birinci oylamada gerekli çoğunluğun sağlanamaması halinde 101 inci maddedeki usule göre ikinci oylama yapılır.

D. Seçimlerin geriye bırakılması ve ara seçimler

MADDE 78

Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir.

Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalma olması halinde, ara seçime gidilir. Ara seçim, her seçim döneminde bir defa yapılır ve genel seçimden otuz ay geçmedikçe ara seçime gidilemez. Ancak, boşalan üyeliklerin sayısı, üye tamsayısının yüzde beşini bulduğu hallerde, ara seçimlerinin üç ay içinde yapılmasına karar verilir.

Genel seçimlere bir yıl kala, ara seçimi yapılamaz.

Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak, bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar

günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereği yapılacak seçimlerde Anayasanın 127 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanmaz.

E. Seçimlerin genel yönetim ve denetimi

MADDE 79

Seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır.

Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulunundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.

Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.

Yüksek Seçim Kurulu yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Bu üyeler, salt çoğunluk ve gizli oyla aralarından bir başkan ve bir başkanvekili seçerler.

Yüksek Seçim Kuruluna Yargıtay ve Danıştaydan seçilmiş üyeler arasından ad çekme ile ikişer yedek üye ayrılır. Yüksek Seçim Kurulu Başkanı ve Başkanvekili ad çekmeye girmezler.

Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur.

F. Üyelikle ilgili hükümler

1. Milletin temsili

MADDE 80

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.

2. Andiçme

MADDE 81

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, göreve başlarken aşağıdaki şekilde andiçerler:

«Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma; hukukun üstünlüğüne, demokratik ve laik Cumhuriyete ve Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı kalacağıma; toplumun huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden yararlanması ülküsünden ve Anayasaya sadakattan ayrılmayacağıma; büyük Türk milleti önünde namusum ve şerefim üzerine andiçerim.»

3. Üyelikle bağdaşmayan işler

MADDE 82

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı resmi veya özel herhangi bir işle görevlendirilemezler.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan diğer görev ve işler kanunla düzenlenir.

4. Yasama dokunulmazlığı

MADDE 83

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.

5. Milletvekilliğinin düşmesi

MADDE 84

İstifa eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğu Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanınca tespit edildikten sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca kararlaştırılır.

Milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu hususta kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur.

82 nci maddeye göre milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, yetkili komisyonun bu durumu tespit eden raporu üzerine Genel Kurul gizli oyla karar verir.

Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanınca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurulca üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir.

6. İptal istemi

MADDE 85

Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar.

7. Ödenek ve yolluklar

MADDE 86

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin ödenek, yolluk ve emeklilik işlemleri kanunla düzenlenir. Ödeneğin aylık tutarı en yüksek Devlet memurunun almakta olduğu miktarı, yolluk da ödenek miktarının yarısını aşamaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile bunların emeklileri T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler ve üyeliği sona erenlerin istekleri halinde ilgileri devam eder.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerine ödenecek ödenek ve yolluklar, kendilerine T.C. Emekli Sandığı tarafından bağlanan emekli aylığı ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.

Ödenek ve yollukların en çok üç aylığı önceden ödenebilir.

II. Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri

A. Genel olarak

MADDE 87

Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; bütçe ve kesinhesap kanun tekliflerini görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.

B. Kanunların teklif edilmesi ve görüşülmesi

MADDE 88

Kanun teklif etmeye milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.

C. Kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması

MADDE 89

Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar.

Yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte aynı süre içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Bütçe kanunları bu hükme tâbi değildir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır; Meclis, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar Meclise geri gönderebilir.

Anayasa değişikliklerine ilişkin hükümler saklıdır.

D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma

MADDE 90

Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

E. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme

MADDE 91

F. Savaş hali ilânı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme

MADDE 92

Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı da, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir.

III. Türkiye Büyük Millet Meclisinin faaliyetleri ile ilgili hükümler

A. Toplanma ve tatil

MADDE 93

Türkiye Büyük Millet Meclisi, her yıl Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır.

Meclis, bir yasama yılında en çok üç ay tatil yapabilir; ara verme veya tatil sırasında Cumhurbaşkanınca toplantıya çağrılır.

Meclis Başkanı da doğrudan doğruya veya üyelerin beşte birinin yazılı istemi üzerine, Meclisi toplantıya çağırır.

Ara verme veya tatil sırasında toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisinde, öncelikle bu toplantıyı gerektiren konu görüşülmeden ara verme veya tatile devam edilemez.

B. Başkanlık Divanı

MADDE 94

Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanı, Meclis üyeleri arasından seçilen Meclis Başkanı, Başkanvekilleri, Kâtip üyeler ve İdare Amirlerinden oluşur.

Başkanlık Divanı, Meclisteki siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında Divana katılmalarını sağlayacak şekilde kurulur. Siyasî parti grupları Başkanlık için aday gösteremezler.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı için, bir yasama döneminde iki seçim yapılır. İlk seçilenlerin görev süresi iki yıldır, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi ise o yasama döneminin sonuna kadar devam eder.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan adayları, Meclis üyeleri içinden, Meclisin toplandığı günden itibaren beş gün içinde, Başkanlık Divanına bildirilir, Başkan seçimi gizli oyla yapılır. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için

dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan üye, Başkan seçilmiş olur. Başkan seçimi, aday gösterme süresinin bitiminden itibaren, beş gün içinde tamamlanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanvekillerinin, Kâtip Üyelerinin ve İdare Amirlerinin adedi, seçim nisabı, oylama sayısı ve usulleri, Meclis İçtüzüğünde belirlenir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Başkanvekilleri, üyesi bulundukları siyasi partinin veya parti grubunun Meclis içinde veya dışındaki faaliyetlerine; görevlerinin gereği olan haller dışında, Meclis tartışmalarına katılamazlar; Başkan ve oturumu yöneten Başkanvekili oy kullanamazlar.

C. İçtüzük, siyasi parti grupları ve kolluk işleri

MADDE 95

Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütür.

İçtüzük hükümleri, siyasi parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir. Siyasi parti grupları, en az yirmi üyeden meydana gelir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütün bina, tesis, eklenti ve arazisinde kolluk ve yönetim hizmetleri Meclis Başkanlığı eliyle düzenlenir ve yürütülür. Emniyet ve diğer kolluk hizmetleri için yeteri kadar kuvvet ilgili makamlarca Meclis Başkanlığına tahsis edilir.

D. Toplantı ve karar yeter sayısı

MADDE 96

Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.

E. Görüşmelerin açıklığı ve yayımlanması

MADDE 97

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulundaki görüşmeler açıktır ve tutanak dergisinde tam olarak yayımlanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzük hükümlerine göre kapalı oturumlar yapabilir, bu oturumlardaki görüşmelerin yayımı Türkiye Büyük Millet Meclisi kararına bağlıdır.

Meclisteki açık görüşmelerin, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başkaca bir karar alınmadıkça, her türlü vasıta ile yayımı serbesttir.

IV. Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgi edinme ve denetim yolları

MADDE 98

Türkiye Büyük Millet Meclisi; Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanır.

Meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemeden ibarettir.

Genel görüşme, toplumu ve Devlet faaliyetlerini ilgilendiren belli bir konunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesidir.

Meclis soruşturması, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında 106 ncı maddenin beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca yapılan soruşturmadan ibarettir.

Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir.

Meclis araştırması, genel görüşme ve yazılı soru önergelerinin verilme şekli, içeriği ve kapsamı ile araştırma usulleri Meclis İçtüzüğü ile düzenlenir.

B. Gensoru

MADDE 99

C. Meclis soruşturması

MADDE 100

İKİNCİ BÖLÜM

YÜRÜTME

I. Cumhurbaşkanı

A. Adaylık ve seçimi

MADDE 101

Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından, doğrudan halk tarafından seçilir.

Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.

Cumhurbaşkanlığına, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüzbin seçmen aday gösterebilir.

Cumhurbaşkanı seçilen milletvekilinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.

Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir.

İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin herhangi bir nedenle seçime katılmaması halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların salt çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilir. Oylamada, adayın geçerli oyların çoğunluğunu alamaması halinde, sadece Cumhurbaşkanı seçimi yenilenir.

Seçimlerin tamamlanamaması halinde, yenisi göreve başlayıncaya kadar mevcut Cumhurbaşkanının görevi devam eder.

Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin diğer usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

B. Seçimi

MADDE 102

C. Andiçmesi

MADDE 103

Cumhurbaşkanı, görevine başlarken Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde aşağıdaki şekilde andiçer:

«Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılâplarına ve lâik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.»

D. Görev ve yetkileri

MADDE 104

Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.

Cumhurbaşkanı, Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin eder.

Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapar.

Ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında Meclise mesaj verir.

Kanunları yayımlar.

Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir.

Kanunların, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde iptal davası açar.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atar ve görevlerine son verir.

Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.

Yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyetinin temsilcilerini gönderir, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul eder.

Milletlerarası andlaşmaları onaylar ve yayımlar.

Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunar.

Milli güvenlik politikalarını belirler ve gerekli tedbirleri alır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil eder.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verir.

Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.

Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.

Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir.

Kararnameler ve yönetmelikler, yayımdan sonraki bir tarih belirlenmemişse, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.

Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.

E. Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu

MADDE 105

Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, seçim kararı alamaz.

Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer.

Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.

F. Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar

MADDE 106

Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir.

Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde, kırkbeş gün içinde Cumhurbaşkanı seçimi yapılır. Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır. Genel seçime bir yıl veya daha az kalmışsa Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimi de Cumhurbaşkanı seçimi ile birlikte yenilenir. Genel seçime bir yıldan fazla kalmışsa seçilen Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisi seçim tarihine kadar görevine devam eder. Kalan süreyi tamamlayan Cumhurbaşkanı açısından bu süre dönemden sayılmaz. Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimlerinin yapılacağı tarihte her iki seçim birlikte yapılır.

Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, 81 inci maddede yazılı şekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde andiçerler. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanırlarsa üyelikleri sona erer.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır ve dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Bu kişilerin görevde bulundukları sürede, görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından, görevleri bittikten sonra da beşinci, altıncı ve yedinci fıkra hükümleri uygulanır.

Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın görevi sona erer.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır.

Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.

G. Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği

MADDE 107

H. Devlet Denetleme Kurulu

MADDE 108

İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar.

Yargı organları, Devlet Denetleme Kurulunun görev alanı dışındadır.

Devlet Denetleme Kurulunun Başkan ve üyeleri, Cumhurbaşkanınca atanır.

Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.

II. Bakanlar Kurulu

A. Kuruluş

MADDE 109

B. Göreve başlama ve güvenoyu

MADDE 110

C. Görev sırasında güvenoyu

MADDE 111

D. Görev ve siyasî sorumluluk

MADDE 112

E. Bakanlıkların kurulması ve bakanlar

MADDE 113

F. Seçimlerde geçici Bakanlar Kurulu

MADDE 114

G. Tüzükler

MADDE 115

H. Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin yenilenmesi

MADDE 116

Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu halde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.

Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.

Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir.

Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının göreve başlamasına kadar devam eder.

Bu şekilde seçilen Meclis ve Cumhurbaşkanının görev süreleri de beş yıldır.

İ. Millî Savunma

1. Başkomutanlık ve Genelkurmay Başkanlığı

MADDE 117

Başkomutanlık, Türkiye Büyük Millet Meclisinin manevi varlığından ayrılamaz ve Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur.

Millî güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Cumhurbaşkanı sorumludur.

Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir.

2. Millî Güvenlik Kurulu

MADDE 118

Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava kuvvetleri komutanlarından kurulur.

Gündemin özelliğine göre Kurul toplantılarına ilgili bakan ve kişiler çağırılıp görüşleri alınabilir.

Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir.

Millî Güvenlik Kurulunun gündemi; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanının önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca düzenlenir.

Cumhurbaşkanı katılamadığı zamanlar Millî Güvenlik Kurulu Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında toplanır.

Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.

III. Olağanüstü hal yönetimi

MADDE 119

Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması, tabiî afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.

Olağanüstü hal ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.

Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.

2. Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilânı

MADDE 120

3. Olağanüstü hallerle ilgili düzenleme

MADDE 121

B. Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali

MADDE 122

IV. İdare

A. İdarenin esasları

1. İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği

MADDE 123

İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.

İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.

Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.

2. Yönetmelikler

MADDE 124

Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.

B. Yargı yolu

MADDE 125

İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

C. İdarenin kuruluşu

1. Merkezi idare

MADDE 126

Türkiye, merkezî idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır.

İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.

Kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezî idare teşkilâtı kurulabilir. Bu teşkilâtın görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.

2. Mahalli idareler

MADDE 127

Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.

Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Mahalli idarelerin seçimleri, 67 nci maddedeki esaslara göre beş yılda bir yapılır. Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir.

Mahallî idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri, konusundaki denetim yargı yolu ile olur. Ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanı, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilir.

Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir.

Mahallî idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Cumhurbaşkanının izni ile birlik kurmaları, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezî idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri kanunla düzenlenir. Bu idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır.

D. Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler

1. Genel ilkeler

MADDE 128

Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.

2. Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence

MADDE 129

Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.

Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.

Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.

E. Yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları

1. Yükseköğretim kurumları

MADDE 130

Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur.

Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilir.

Kanun, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasını gözetir.

Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez.

Üniversiteler ve bunlara bağlı birimler, Devletin gözetimi ve denetimi altında olup, güvenlik hizmetleri Devletçe sağlanır.

Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca, dekanlar ise Yükseköğretim Kurulunca seçilir ve atanır.

Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamazlar.

Üniversitelerin hazırladığı bütçeler; Yükseköğretim Kurulunca tetkik ve onaylandıktan sonra Millî Eğitim Bakanlığına sunulur ve merkezi yönetim bütçesinin bağlı olduğu esaslara uygun olarak işleme tâbi tutularak yürürlüğe konulur ve denetlenir.

Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir.

Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, malî ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir.

2. Yükseköğretim üst kuruluşları

MADDE 131

Yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulur.

Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler tarafından seçilen ve sayıları, nitelikleri, seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanınca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur.

Kurulun teşkilâtı, görev, yetki, sorumluluğu ve çalışma esasları kanunla düzenlenir.

3. Yükseköğretim kurumlarından özel hükümlere tâbi olanlar

MADDE 132

Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumları özel kanunlarının hükümlerine tâbidir.

F. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları

MADDE 133

Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.

Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.

Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.

G. Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu

MADDE 134

Atatürkçü düşünceyi, Atatürk ilke ve inkılâplarını, Türk kültürünü, Türk tarihini ve Türk dilini bilimsel yoldan araştırmak, tanıtmak ve yaymak ve yayınlar yapmak amacıyla; Atatürk'ün manevi himayelerinde, Cumhurbaşkanının gözetim ve desteğinde, Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakana bağlı; Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu ve Atatürk Kültür Merkezinden oluşan, kamu tüzelkişiliğine sahip «Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu» kurulur.

Türk Dil Kurumu ile Türk Tarih Kurumu için Atatürk'ün vasiyetnamesinde belirtilen malî menfaatler saklı olup, kendilerine tahsis edilir.

Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumunun; kuruluşu, organları, çalışma usulleri ve özlük işleri ile kuruluşuna dahil kurumlar üzerindeki yetkileri kanunla düzenlenir.

H. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları

MADDE 135

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde aslî ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz.

Bu meslek kuruluşları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar.

Bu meslek kuruluşları ve üst kuruluşları organlarının seçimlerinde siyasi partiler aday gösteremezler.

Bu meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurallar kanunla düzenlenir.

Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir ve yerlerine yenileri seçtirilir.

Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca varsa, kanunla bir merci, meslek kuruluşlarını veya üst kuruluşlarını faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu merciin kararı,

yirmidört saat içerisinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar.

İ. Diyanet İşleri Başkanlığı

MADDE 136

Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı, lâiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.

J. Kanunsuz emir

MADDE 137

Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YARGI

I. Genel hükümler

A. Mahkemelerin bağımsızlığı

MADDE 138

Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

B. Hâkimlik ve savcılık teminatı

MADDE 139

Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.

C. Hâkimlik ve savcılık mesleği

MADDE 140

Hâkimler ve savcılar adlî ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tâbidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar.

D. Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması

MADDE 141

Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.

Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.

Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.

E. Mahkemelerin kuruluşu

MADDE 142

Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.

Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir.

F. Devlet Güvenlik Mahkemeleri

MADDE 143

G. Adalet hizmetlerinin denetimi

MADDE 144

Adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

H. Askerî yargı

MADDE 145

II. Yüksek Mahkemeler

A. Anayasa Mahkemesi

1. Kuruluşu

MADDE 146

Anayasa Mahkemesi onbeş üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için, kırkbeş yaşın doldurulmuş olması kaydıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcıların adaylık dahil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.

Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve iki başkanvekili seçilir. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Anayasa Mahkemesi üyeleri aslî görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar.

2. Üyelerin görev süresi ve üyeliğin sona ermesi

MADDE 147

Anayasa Mahkemesi üyeleri oniki yıl için seçilirler. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez. Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar. Zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolan üyelerin başka bir görevde çalışmaları ve özlük işleri kanunla düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi üyeliği, bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de, Anayasa Mahkemesi üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı ile sona erer.

3. Görev ve yetkileri

MADDE 148

Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcıvekili yapar.

Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.

4. Çalışma ve yargılama usulü

MADDE 149

Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az on üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.

Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.

Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.

Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir ve siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler.

5. İptal davası

MADDE 150

Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı,

Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.

6. Dava açma süresi

MADDE 151

Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya İçtüzüğün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.

7. Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi

MADDE 152

Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

8. Anayasa Mahkemesinin kararları

MADDE 153

Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.

B. Yargıtay

MADDE 154

Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adlî yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.

Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri ve daire başkanları kendi üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler; süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcıvekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcıvekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

C. Danıştay

MADDE 155

Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Danıştay, davaları görmek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, idarî uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir.

Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

D. Askerî Yargıtay

MADDE 156

E. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi

MADDE 157

F. Uyuşmazlık Mahkemesi

MADDE 158

Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimleri ile işleyişi kanunla düzenlenir. Bu mahkemenin Başkanlığını Anayasa Mahkemesince, kendi üyeleri arasından görevlendirilen üye yapar.

Diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır.

III. Hâkimler ve Savcılar Kurulu

MADDE 159

Hâkimler ve Savcılar Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu onüç üyeden oluşur; iki daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabiî üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur. Kurulun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılamaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılamaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.

Üyeler dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler bir kez daha seçilebilir.

Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki otuz gün içinde yapılır. Seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden otuz gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır.

Kurulun, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki üyeleri, görevlerinin devamı süresince; kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamazlar veya Kurul tarafından başka bir göreve atanamaz ve seçilemezler.

Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir.

Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcıları, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.

Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.

IV. Sayıştay

MADDE 160

Sayıştay, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştayın kesin hükümleri hakkında

ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz.

Vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararları esas alınır.

Mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır.

Sayıştayın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir.

DÖRDÜNCÜ KISIM

Malî ve Ekonomik Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Malî Hükümler

I. Bütçe

A. Bütçe ve kesinhesap

MADDE 161

Kamu idarelerinin ve kamu iktisadî teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.

Malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller kanunla düzenlenir. Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz.

Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini, malî yılbaşından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar. Bütçe teklifi Bütçe Komisyonunda görüşülür. Komisyonun ellibeş gün içinde kabul edeceği metin Genel Kurulda görüşülür ve malî yılbaşına kadar karara bağlanır.

Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Genel Kurulda kamu idare bütçeleri hakkında düşüncelerini her bütçenin görüşülmesi sırasında açıklarlar, gider artırıcı veya gelirleri azaltıcı önerilerde bulunamazlar.

Genel Kurulda kamu idare bütçeleri ile değişiklik önergeleri, üzerinde ayrıca görüşme yapılmaksızın okunur ve oylanır.

Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.

Carî yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik teklifleri ile carî ve izleyen yılların bütçelerine malî yük getiren tekliflerde, öngörülen giderleri karşılayabilecek malî kaynak gösterilmesi zorunludur.

Merkezî yönetim kesinhesap kanunu teklifi, ilgili olduğu malî yılın sonundan başlayarak en geç altı ay sonra Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Sayıştay genel uygunluk bildirimini, ilişkin olduğu kesinhesap kanun teklifinin verilmesinden başlayarak en geç yetmişbeş gün içinde Meclise sunar.

Kesinhesap kanunu teklifi ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılamamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez.

Kesinhesap kanunu teklifi, yeni yıl bütçe kanunu teklifiyle birlikte görüşülür ve karara bağlanır.

B. Bütçenin görüşülmesi

MADDE 162

C. Bütçelerde değişiklik yapılabilme esasları

MADDE 163

D. Kesinhesap

MADDE 164

E. Kamu iktisadî teşebbüslerinin denetimi

MADDE 165

Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir.

İKİNCİ BÖLÜM

Ekonomik Hükümler

I. Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey

MADDE 166

Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayiin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.

Planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir.

Kalkınma planlarının hazırlanmasına, Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında Cumhurbaşkanına istişarî nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir.

II. Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi

MADDE 167

Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.

III. Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi

MADDE 168

Tabiî servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.

IV. Ormanlar ve orman köylüsü

A. Ormanların korunması ve geliştirilmesi

MADDE 169

Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.

Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.

Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz.

Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz.

B. Orman köylüsünün korunması

MADDE 170

Ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve bütünlüğünün korunması bakımlarından, ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerle, 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi; bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması; orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsisi kanunla düzenlenir.

Devlet, bu halkın işletme araç ve gereçleriyle diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırıcı tedbirleri alır.

Orman içinden nakledilen köyler halkına ait araziler, Devlet ormanı olarak derhal ağaçlandırılır.

V. Kooperatifçiliğin geliştirilmesi

MADDE 171

Devlet, millî ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır.

VI. Tüketiciler ile esnaf ve sanatkârların korunması

A. Tüketicilerin korunması

MADDE 172

Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.

B. Esnaf ve sanatkârların korunması

MADDE 173

Devlet, esnaf ve sanatkârı koruyucu ve destekleyici tedbirleri alır.

BEŞİNCİ KISIM

Çeşitli Hükümler

I. İnkılâp kanunlarının korunması

MADDE 174

Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz:

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;

2. 25 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka îktisâsı Hakkında Kanun;

3. 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;

4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;

5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

6. 1 Teşrinisâni 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun;

7. 26 Teşrinisâni 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına dair Kanun;

8. 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

ALTINCI KISIM

Geçici Hükümler

GEÇİCİ MADDE 1

Anayasanın, halkoylaması sonucu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olarak kabul edildiğinin usulünce ilânı ile birlikte, halkoylaması tarihindeki Millî Güvenlik Konseyi Başkanı ve Devlet Başkanı, Cumhurbaşkanı sıfatını kazanarak, yedi yıllık bir dönem için, Anayasa ile Cumhurbaşkanına tanınan görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır. 18 Eylül 1980 tarihinde Devlet Başkanı olarak içtiği and yürürlükte kalır. Yedi yıllık sürenin sonunda Cumhurbaşkanlığı seçimi Anayasada öngörülen hükümlere göre yapılır.

Cumhurbaşkanı, ilk genel seçimler sonucu Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp, Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar, 12 Aralık 1980 gün ve 2356 sayılı Kanunla teşekkül etmiş olan Millî Güvenlik Konseyinin Başkanlığını da yürütür.

İlk milletvekili genel seçimleri sonunda Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp göreve başlayıncaya kadar geçecek süre içinde, Cumhurbaşkanlığının herhangi bir surette boşalması halinde, Millî Güvenlik Konseyinin en kıdemli üyesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp Anayasaya göre yeni Cumhurbaşkanını seçinceye kadar, Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve O'nun Anayasadaki bütün görevlerini yerine getirir ve yetkilerini kullanır.

GEÇİCİ MADDE 2

12 Aralık 1980 gün ve 2356 sayılı Kanunla kuruluşu gösterilen Millî Güvenlik Konseyi, Anayasaya dayalı olarak hazırlanacak Siyasî Partiler Kanunu ile Seçim Kanununa göre yapılacak ilk genel seçimler sonucu Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunlara göre görevlerini devam ettirir.

Anayasanın kabulünden sonra 2356 sayılı Kanunun 3 üncü maddesindeki Millî Güvenlik Konseyi Üyeliklerinden birisinin herhangi bir nedenle boşalması halinde doldurulması usulüne ilişkin hüküm uygulanmaz.

Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp göreve başladıktan sonra, Millî Güvenlik Konseyi, altı yıllık bir süre için Cumhurbaşkanlığı Konseyi haline dönüşür ve Millî Güvenlik Konseyi Üyeleri, Cumhurbaşkanlığı Konseyi Üyesi sıfatını alırlar. Millî Güvenlik Konseyi üyesi olarak 18 Eylül 1980 tarihinde içtikleri and yürürlükte kalır. Cumhurbaşkanlığı Konseyi Üyeleri, Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin haiz bulundukları özlük hakları ile dokunulmazlığına sahip olurlar. Altı yıllık süre sonunda Cumhurbaşkanlığı Konseyinin hukukî varlığı sona erer.

Cumhurbaşkanlığı Konseyinin görevleri şunlardır:

a) Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilerek Cumhurbaşkanlığına gönderilen, Anayasada yazılı temel hak ve hürriyetlere ve ödevlere, lâiklik ilkesine, Atatürk inkılâplarının, millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunmasına, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumuna, Milletlerarası andlaşmalara, dış ülkelere silahlı kuvvet gönderilmesine ve yabancı kuvvetlerin Türkiyeye kabulüne, olağanüstü yönetime, sıkıyönetim ve savaş haline dair kanunlar ile Cumhurbaşkanınca gerekli görülen diğer kanunları Cumhurbaşkanına tanınan onbeş günlük sürenin ilk on günü içinde incelemek;

b) Cumhurbaşkanının istemi ve tespit edeceği süre içinde:

Milletvekili genel seçimlerinin yenilenmesine, olağanüstü yönetim yetkisinin kullanılmasına ve alınacak tedbirlere, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumunun yönetim ve gözetimine, gençliğin yetiştirilmesine ve Diyanet işlerinin düzenlenmesine ilişkin konuları incelemek ve görüş bildirmek;

c) Cumhurbaşkanının istemine göre, iç ve dış güvenlik ile gerekli görülen diğer konularda inceleme ve araştırma yapmak ve sonuçlarını Cumhurbaşkanına sunmak.

GEÇİCİ MADDE 3

Anayasaya göre yapılacak ilk milletvekili genel seçimi sonucunda Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp, Başkanlık Divanını oluşturması ile birlikte:

a) 27 Ekim 1980 gün ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun,

b) 12 Aralık 1980 gün ve 2356 sayılı Millî Güvenlik Konseyi Hakkında Kanun,

c) 29 Haziran 1981 gün ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun,

Yürürlükten kalkar ve Millî Güvenlik Konseyi ile Danışma Meclisinin hukuki varlıkları sona erer.

GEÇİCİ MADDE 4

GEÇİCİ MADDE 5

Yapılacak ilk milletvekili genel seçimi sonucunun Yüksek Seçim Kurulunca ilânını takip eden onuncu gün, Türkiye Büyük Millet Meclisi Ankara'da, Türkiye Büyük Millet Meclisi binasında, saat 15.00 de kendiliğinden toplanır. Bu toplantıya en yaşlı Milletvekili Başkanlık eder. Bu toplantıda milletvekilleri andiçerler.

GEÇİCİ MADDE 6

Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplantı ve çalışmaları için kendi içtüzükleri yapılıncaya kadar, Millet Meclisinin 12 Eylül 1980 tarihinden önce yürürlükte olan içtüzüğünün, Anayasaya aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 7

İlk milletvekili genel seçimi sonunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp, yeni Bakanlar Kurulu kuruluncaya kadar, iş başında olan Bakanlar Kurulunun görevi devam eder.

GEÇİCİ MADDE 8

Anayasa ile kabul edilmiş olan yeni organ, kurum ve kurulların kuruluş, görev, yetki ve işleyişleri ile ilgili kanunlarla, Anayasada konulması veya değiştirilmesi öngörülen diğer kanunlar, Anayasanın kabulünden başlayarak Kurucu Meclisin görev süresi içerisinde, bu süre içerisinde yetiştirilemeyenler, seçimle gelen Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilk toplantısını izleyen bir yıl sonuna kadar çıkartılır.

GEÇİCİ MADDE 9

İlk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanı kurulduktan sonra altı yıllık süre içinde yapılacak Anayasa değişikliklerini Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bu takdirde Türkiye Büyük Millet Meclisinin geri gönderilen Anayasa değişikliği hakkındaki kanunu, aynen kabul edip tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi, üye tamsayısının dörtte üç çoğunluğunun oyu ile mümkün olabilir.

GEÇİCİ MADDE 10

Mahalli İdare seçimleri en geç Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilk toplantısını izleyen bir yıl içinde yapılır.

GEÇİCİ MADDE 11

Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyesi olanların kadroları ile görevleri devam eder. Bunlardan Anayasa Mahkemesince belli görevlere seçilenlerin bu suretle kazanmış oldukları sıfatları saklı kalır.

Anayasa Mahkemesi asıl üye sayısı onbire ininceye kadar boşalan asıl üye kadrosuna, asıl ve yedek üye sayısı toplamı onbeşe ininceye kadar da boşalan yedek üye kadrosuna seçim yapılmaz. Anayasa Mahkemesinin yeni düzenlemeye intibakı sağlanıncaya kadar asıl üye sayısının onbirden, asıl ve yedek üye sayıları toplamının onbeşden aşağı düşmesi nedeniyle yapılacak seçimlerde bu Anayasanın kabul ettiği esasa ve sıraya uyulur.

Anayasa Mahkemesi asıl üye sayısı onbire ininceye kadar dava ve işlerde 22/4/1962 gün ve 44 sayılı Kanunun öngördüğü toplanma yeter sayısı uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 12

13/5/1981 gün ve 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun geçici 1 inci maddesi uyarınca Yargıtay ve Danıştaydan Kurulun asıl ve yedek üyeliğine; 1730 sayılı Yargıtay Kanununa 25/6/1981 gün ve 2483 sayılı Kanunla eklenen geçici madde uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığı ile Cumhuriyet Başsavcıvekilliğine; 6/1/1982 gün ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun geçici 14 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Danıştay Başkanlığına, Başsavcılığına, başkanvekilliklerine ve daire başkanlıklarına, Devlet Başkanınca seçilmiş bulunanlar, seçildikleri dönem için bu görevlerine devam ederler.

6/1/1982 gün ve 2576 sayılı Kanunun geçici maddelerinin idarî mahkemeler Başkan ve üyeliklerine atamalara ilişkin hükümleri de saklıdır.

GEÇİCİ MADDE 13

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Yargıtaydan seçilmesi gereken bir asıl ve bir yedek üyenin seçimleri Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yapılır.

Seçilen üyeler göreve başlayıncaya kadar Kurul, toplantı yeter sayısını oluşturacak yedek üyenin katılmasıyla çalışmalarını yapar.

GEÇİCİ MADDE 14

Sendikaların gelirlerini Devlet bankalarında muhafaza etmelerine ilişkin yükümlülükleri, Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde yerine getirilir.

GEÇİCİ MADDE 15

GEÇİCİ MADDE 16

Anayasanın halkoylamasına ilişkin oy verme kütüğünde ve sandık listesinde kaydı ve oy kullanma yeterliği bulunduğu halde hukuki veya fiilî herhangi bir mazereti olmaksızın halkoylamasına katılmayanlar, Anayasanın halkoylamasını takip eden beş yıl içinde yapılacak genel ve ara

seçimleri ile mahalli seçimlere ve diğer halkoylamalarına katılamazlar, seçimlerde aday olamazlar.

GEÇİCİ MADDE 17

Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ilk genel seçimde, Anayasanın 67 nci maddesinin son fıkrası 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun bağımsız adayların birleşik oy pusulasında yer almasına ilişkin hükümleri bakımından uygulanmaz.

GEÇİCİ MADDE 18

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Anayasa Mahkemesinin mevcut yedek üyeleri asıl üye sıfatını kazanır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi bir üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun ve bir üyeyi de baro başkanlarının gösterecekleri üçer aday içinden seçer.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin yapacağı üye seçimi için aday göstermek amacıyla;

a) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, Sayıştay Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren beş gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren beş gün içinde Sayıştay Genel Kurulunca seçim yapılır. Her Sayıştay üyesinin oy kullanabileceği bu seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

b) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren beş gün içinde adaylar Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren beş gün içinde Türkiye Barolar Birliği Başkanlığının ilanında gösterilen yer ve zamanda baro başkanları tarafından seçim yapılır. Her bir baro başkanının oy kullanabileceği bu seçimde, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

c) (a) ve (b) bentleri uyarınca yapılan seçimlerin sonucunda aday gösterilmiş sayılanların isimleri seçimin yapıldığı günü takip eden gün Sayıştay ve Türkiye Barolar Birliği başkanlıklarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bildirilir.

ç) (c) bendi uyarınca yapılan bildirimden itibaren on gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde seçim yapılır. Her boş üyelik için yapılacak seçimde, ilk oylamada üye tamsayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır; ikinci oylamada salt çoğunluk

sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı, birer üyeyi Yargıtay ve Danıştay kontenjanlarından olan ilk üyeliklerin boşalmasından sonra Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden seçer.

Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösteren kurumların halen mevcut üyeleri ile kendi kontenjanlarından seçilmiş yedek üyeler, tamamlama seçiminde göz önünde bulundurulur.

Anayasa Mahkemesinde halen belli görevlere seçilmiş olanların bu sıfatları seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam eder. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte üye olanlar yaş haddine kadar görevlerine devam ederler.

Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir.

GEÇİCİ MADDE 19

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde aşağıda belirtilen esas ve usuller dahilinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri seçilir:

a) Cumhurbaşkanı, hâkimlik mesleğine alınmasına engel bir hali olmayan; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında en az onbeş yıldan beri görev yapan öğretim üyeleri ile meslekte fiilen onbeş yılını doldurmuş avukatlar arasından dört üye seçer.

b) Yargıtay Genel Kurulu, Yargıtay üyeleri arasından üç asıl ve üç yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Yargıtay Birinci Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Birinci Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Yargıtay Genel Kurulu seçim yapar. Her Yargıtay üyesinin oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

c) Danıştay Genel Kurulu, Danıştay üyeleri arasından iki asıl ve iki yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Danıştay Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Danıştay Genel Kurulu seçim yapar. Her Danıştay üyesinin oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

ç) Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu, kendi üyeleri arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bir asıl ve bir yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Türkiye Adalet Akademisi Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu seçim yapar. Her üyenin oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

d) Yedi asıl ve dört yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş olan adlî yargı hâkim ve savcıları arasından, adlî yargı hâkim ve savcıları tarafından Yüksek Seçim Kurulunun yönetim ve denetiminde seçilir. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde Yüksek Seçim Kurulu adaylık başvurularını ilân eder. İlân tarihinden itibaren üç gün içinde adaylar Yüksek Seçim Kuruluna başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren iki gün içinde Yüksek Seçim Kurulu adayların başvurularını inceler ve aday listesini belirleyerek ilân eder. Takip eden iki gün içinde bu listeye karşı itiraz edilebilir. İtiraz süresinin sona erdiği günden itibaren iki gün içinde itirazlar incelenir, sonuçlandırılır ve kesin aday listesi ilân edilir. Yüksek Seçim Kurulunun kesin aday listesini ilân ettiği tarihten sonraki ikinci Pazar günü her ilde, il seçim kurulunun yönetim ve denetimi altında yapılacak seçimlerde, o ilde ve ilçelerinde görev yapan hâkim ve savcılar oy kullanır. İl seçim kurulları o ilde oy kullanacak hâkim ve savcıların sayısına göre sandık kurulları oluşturur. Sandık kurullarının işlem, tedbir ve kararlarına karşı yapılan şikâyet ve itirazlar il seçim kurulunca karara bağlanır. Adaylar propaganda yapamazlar; sadece, Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde özgeçmişlerini bu iş için tahsis edilmiş bir internet sitesinde yayımlayabilirler. Seçimlerde en çok oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur. Kullanılacak oy pusulalarıyla ilgili diğer hususlar Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Yüksek Seçim Kurulu, oy pusulalarını kendisi bastırabileceği gibi gerektiğinde uygun göreceği il seçim kurulları vasıtasıyla bastırmaya da yetkilidir. Yapılacak seçimlerde, 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun bu bende aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

e) Üç asıl ve iki yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından, idarî yargı hâkim ve savcıları tarafından Yüksek Seçim Kurulunun yönetim ve denetiminde seçilir. Bölge idare mahkemelerinin bulunduğu illerde, il seçim kurulunun yönetim ve denetimi altında yapılacak bu seçimlerde, o bölge idare mahkemesinde ve yargı çevresi içerisinde kalan yerlerde görev yapan idarî yargı hâkim ve savcıları oy kullanır. Bu seçimler hakkında da (d) bendi hükümleri uygulanır.

Birinci fıkranın (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun asıl üyeleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki otuzuncu günü takip eden iş günü görevlerine başlarlar.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yargıtay ve Danıştaydan gelen asıl ve yedek üyelerinin görevleri, seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam eder. Bunlardan, Yargıtaydan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (b) bendi uyarınca seçilenler; Danıştaydan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (c) bendi uyarınca seçilenler, sırayla göreve başlarlar.

Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri uyarınca seçilen üyelerden, üçüncü fıkra uyarınca göreve başlayanların görev süresi, birinci fıkranın (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen diğer Kurul üyelerinin görev süresinin bittiği tarihte sona erer.

İlgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna seçilen asıl üyeler, Yargıtay daire başkanı için ilgili mevzuatında öngörülen tüm malî ve sosyal haklar ile emeklilik hakkından aynen yararlanırlar. Ayrıca, Kurulun Başkanı dışındaki asıl üyelerine, (30000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ek tazminat ödenir.

İlgili kanunlarda düzenleme yapılıncaya kadar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu;

a) Anayasa hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, yürürlükteki kanun hükümlerine göre Kurul şeklinde çalışır.

b) İkinci fıkra uyarınca asıl üyelerinin göreve başladığı tarihten itibaren bir hafta içinde Adalet Bakanının başkanlığında toplanır ve bir geçici Başkanvekili seçer.

c) En az onbeş üye ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir.

ç) Sekreterya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yürütülür.

Kurul müfettişleri ile adalet müfettişleri atanıncaya kadar, mevcut adalet müfettişleri, Kurul müfettişi ve adalet müfettişi sıfatıyla görev yaparlar.

Bu madde hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 20

Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon

Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.

GEÇİCİ MADDE 21

A) Türkiye Büyük Millet Meclisinin 27'nci Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi 3/11/2019 tarihinde birlikte yapılır. Seçimin yapılacağı tarihe kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ve Cumhurbaşkanının görevi devam eder. Meclisin seçim kararı alması halinde, 27'nci Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.

B) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu Kanunla yapılan değişikliklerin gerektirdiği Meclis İçtüzüğü değişikliği ile diğer kanuni düzenlemeleri yapar. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen değişiklikler ise Cumhurbaşkanının göreve başlama tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenir.

C) Anayasanın 159 uncu maddesinde yapılan düzenlemeye göre Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyeleri en geç otuz gün içinde seçilirler ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki kırkıncı günü takip eden iş günü görevlerine başlarlar. Başvurular, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon on gün içinde her bir üyelik için üç adayı üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada üçte iki çoğunlukla seçimin sonuçlandırılamaması halinde, ikinci ve üçüncü oylamalar yapılır; bu oylamalarda üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyunu alan aday seçilmiş olur. Beşte üç çoğunluğun sağlanamaması halinde üçüncü oylamada en çok oyu almış olan, seçilecek üyelerin iki katı aday arasından ad çekme usulü ile üye belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu aynı usul ve nisapları gözeterek onbeş gün içinde seçimi tamamlar. Mevcut Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri, yeni üyelerin göreve başlayacağı tarihe kadar görevlerine devam eder ve bu süre içinde yürürlükteki Kanun hükümlerine göre çalışır. Yeni üyeler, ilgili kanunda değişiklik yapılıncaya kadar mevcut Kanunun Anayasaya aykırı olmayan hükümleri uyarınca çalışır. Görevi sona eren ve Hâkimler ve Savcılar Kuruluna

yeniden seçilmeyen üyelerden, talepleri halinde adli yargı hâkim ve savcıları arasından seçilenler Yargıtay üyeliğine, idari yargı hâkim ve savcıları arasından seçilenler Danıştay üyeliğine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca seçilir; öğretim üyeleri ve avukatlar arasından seçilenler ise Danıştay üyeliğine Cumhurbaşkanınca atanır. Bu şekilde yapılan seçim ve atamalarda boş kadro olup olmadığına bakılmaz, seçilen ve atanan üye sayısı kadar Yargıtay ve Danıştay kadrolarına üye kadrosu ilave edilir.

D) Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesinden Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiş bulunan kişilerin herhangi bir sebeple görevleri sona erene kadar üyelikleri devam eder.

E) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde; Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî hâkim sınıfından Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan ve üyeleri ile diğer askerî hâkimler (yedek subaylar hariç) tercihleri ve mükteseplerı dikkate alınarak;

a) Hâkimler ve Savcılar Kurulunca adli veya idari yargıda hâkim veya savcı olarak atanabilirler.

b) Aylık, ek gösterge, ödenek, yargı ödeneği, ek ödeme, malî, sosyal hak ve yardımlar ile diğer hakları yönünden emsali adli veya idari yargıya mensup hâkim ve savcılar, bunların dışındaki hak ve yükümlülükler yönünden ise bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihteki mevzuat hükümleri uygulanmaya devam edilmek suretiyle Millî Savunma Bakanlığınca mevcut sınıflarında, Bakanlık veya Genelkurmay Başkanlığının hukuk hizmetleri kadrolarına atanırlar. Bunlardan, emeklilik hakkını elde edenlerden yaş haddinden önce bu görevlerden kendi istekleriyle ayrılacaklara ödenecek tazminata ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Kaldırılan askerî yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştaya, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir.

F) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür. Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152 nci ve 153 üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur.

G) Kanunlar ve diğer mevzuat ile Başbakanlık ve Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler, ilgili mevzuatta değişiklik yapılıncaya kadar Cumhurbaşkanı tarafından kullanılır.

H) Anayasanın 67 nci maddesinin son fıkrası hükmü, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra birlikte yapılacak ilk milletvekili genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi bakımından uygulanmaz.

YEDİNCİ KISIM

Son Hükümler

I. Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma

MADDE 175

Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmi Gazetede yayımlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.

Halkoylamasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahallî genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır.

II. Başlangıç ve kenar başlıklar

MADDE 176

Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir.

Madde kenar başlıkları, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterir. Bu başlıklar, Anayasa metninden sayılmaz.

III. Anayasanın yürürlüğe girmesi

MADDE 177

Bu Anayasa, halkoylaması sonucu kabul edilip Resmi Gazetede yayımlanması ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası olur ve aşağıda gösterilen istisnalar ile bu istisnaların yürürlüğe girmesine ait hükümler dışında bütünüyle yürürlüğe girer.

a) İKİNCİ KISIM II. Bölümdeki; kişi hürriyeti ve güvenliği, basın ve yayımla ilgili hükümler, toplantı hak ve hürriyetleri,

III. Bölümdeki çalışma ile ilgili hükümler, toplu iş sözleşmesi, grev hakkı ve lokavt ile ilgili hükümler,

Bu hükümler yeni kanunları çıkarıldığında veya mevcut kanunlarda değişiklik yapıldığında ve her halde en geç Türkiye Büyük Millet Meclisi göreve başladığında yürürlüğe girer. Ancak bu hükümler yürürlüğe girinceye kadar mevcut kanunlar ve Millî Güvenlik Konseyinin bildiri ve kararları uygulanır.

b) İKİNCİ KISIM'daki; siyasi faaliyette bulunma hakları ile siyasi partilerle ilgili hükümler, bunlara dayalı olarak yeniden hazırlanacak Siyasî Partiler Kanununun;

Seçme ve seçilme hakkı ise yine bu hükümlere dayalı olarak hazırlanacak Seçim Kanununun;

Yayımlanması ile yürürlüğe girer.

c) ÜÇÜNCÜ KISIM'daki; yasama ile ilgili hükümler;

Bu hükümler ilk milletvekili genel seçimi sonucunun ilânı ile birlikte yürürlüğe girer. Ancak bu bölümdeki Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri, 29 Haziran 1981 gün ve 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi göreve başlayıncaya kadar Millî Güvenlik Konseyince yerine getirilir.

d) ÜÇÜNCÜ KISIM'daki; Cumhurbaşkanı başlığı altındaki görev ve yetkileri ile Devlet Denetleme Kurulu, Bakanlar Kurulu başlığı altındaki tüzükler, Millî Savunma, olağanüstü yönetim usulleri, idare başlığı altındaki mahallî idareler ile Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek

Kurumu hariç diğer hükümler ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri hariç yargıya ilişkin bütün hükümler Anayasanın halkoylaması sonucunda kabulünün Resmî Gazetede ilânı ile birlikte yürürlüğe girer. Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait yürürlüğe girmeyen hükümler Türkiye Büyük Millet Meclisinin göreve başlaması ile, mahalli idareler ile Devlet Güvenlik Mahkemelerine ilişkin hükümler ise ilgili kanunların yayımlanması ile yürürlüğe girer.

e) Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilânıyle birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır.

f) Kesinhesap kanunu tasarılarının görüşülme usulünü düzenleyen 164 üncü maddenin ikinci fıkrası hükmü 1984 yılından itibaren uygulanmaya başlanır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Numarası : 5237

Kabul Tarihi : 26.09.2004

Resmi Gazete Sayısı : 25611

Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi

Madde 2 - (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

Tanımlar

Madde 6 - (1) Ceza kanunlarının uygulanmasında;

a) Vatandaş deyiminden; fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişi,

b) Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi,

c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,

d) Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adlî, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar,

e) Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi,

f) Silah deyiminden;

1. Ateşli silahlar,

2. Patlayıcı maddeler,

3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,

4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,

5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler,

g) Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar,

h) İtiyadi suçlu deyiminden; kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi,

i) Suçu meslek edinen kişi deyiminden; kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kişi,

j) Örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi,

Anlaşılır.

İKİNCİ KISIM

Ceza Sorumluluğunun Esasları

BİRİNCİ BÖLÜM

Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği, Kast ve Taksir

Ceza sorumluluğunun şahsiliği

Madde 20 - (1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.

İntihara yönlendirme

Madde 84 - (Değişik Madde Başlığı: 29/06/2005-5377/10 md.)[1] (1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

[1] Değişiklik öncesi: "*İntihar*"

(3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **(Mülga İkinci Cümle: 29/06/2005-5377/10 md.)**[2]

(4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.

Çocukların cinsel istismarı

MADDE 103 - (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.)[3] [4] Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. **(Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.)** Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması

[2] Mülga ibare: "*Bu fiilin basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

[3] İlk hali:"Çocukların cinsel istismarı
Madde 103 - (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;
a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,
b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,
anlaşılır.
(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
(3) (Değişik Üçüncü Fıkra: 29/06/2005-5377/12 md.) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.
(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.
(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.
(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.
(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

İkinci hali: "(Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.) (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;"

[4] Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan '…tamamlamamış…' sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesi'nin 26/5/2016 tarihli ve E.: 2015/108, K.: 2016/46 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, Kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 13/7/2016 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

anlaşılır.

(2) **(Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.)** Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.[5]

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

[5] Değişiklik öncesi "Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur."

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.[6]

(2) **(İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.)** Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) **(Ek: 18/6/2014-6545/60 md.)** Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

Şerefe Karşı Suçlar

Hakaret

Madde 125 - (1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden **(Mülga İbare: 29/06/2005-5377/15 md.)**[7] veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

[6] 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesiyle bu fıkrada yer alan "altı aydan iki" ibaresi "iki yıldan beş" şeklinde değiştirilmiştir.
[7] Mülga ibare: "*ya da yakıştırmalarda bulunmak*"

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

İşlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) **(Değişik Dördüncü Fıkra: 29/06/2005-5377/15 md.)**[8] Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) **(Değişik Beşinci Fıkra: 29/06/2005-5377/15 md.)**[9] Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.

Mağdurun belirlenmesi

Madde 126 - (1) Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçiştirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğunda duraksanmayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.

İsnadın ispatı

Madde 127 - (1) İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.

(2) İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir.

İddia ve savunma dokunulmazlığı

Madde 128 - (1) Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz

[8] Değişiklik öncesi: "*Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında artırılır.*"
[9] Değişiklik öncesi: "*Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır.*"

değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir.

Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret

Madde 129 - (1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

(2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.

(3) Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Kişinin hatırasına hakaret

Madde 130 - (1) Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.

(2) Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Soruşturma ve kovuşturma koşulu

Madde 131 - (1) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlıdır.

(2) Mağdur, şikayet etmeden önce ölürse, veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşleri tarafından şikayette bulunulabilir.

DOKUZUNCU BÖLÜM

Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

Haberleşmenin gizliliğini ihlal

Madde 132- (Değişik: 2/7/2012-6352/79 md.)[10] (1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.

[10] 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun 79 uncu maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis" ve "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **(Ek cümle: 2/7/2012-6352/79 md.)** İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

(4) **(Mülga: 2/7/2012-6352/79 md.)**[11]

Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması

Madde 133 - (Değişik: 2/7/2012-6352/80 md.)[12] (1) Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(3) **(Değişik: 2/7/2012-6352/80 md.)** Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

Özel hayatın gizliliğini ihlal

Madde 134 - (Değişik: 2/7/2012-6352/81 md.)[13] (1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) **(Değişik: 2/7/2012-6352/81 md.)** Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.

---

hükmolunur" ibaresi ise "verilecek ceza bir kat artırılır" şeklinde; ikinci fıkrasında yer alan "bir yıldan üç yıla kadar hapis" ibaresi "iki yıldan beş yıla kadar hapis" şeklinde; üçüncü fıkrasında yer alan "altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiş, fıkraya "rızası olmaksızın" ibaresinden sonra gelmek üzere "hukuka aykırı olarak" ibaresi eklenmiştir.

[11] Mülga ibare: "*Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında artırılır.*"

[12] 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun 80. maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "*iki aydan altı aya kadar hapis*" ibaresi "*iki yıldan beş yıla kadar hapis*" şeklinde; ikinci fıkrasında yer alan "*altı aya kadar hapis*" ibaresi "*altı aydan iki yıla kadar hapis*" şeklinde değiştirilmiştir.

[13] 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun 81. maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "*altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para*" ibaresi "*bir yıldan üç yıla kadar hapis*" ve "*cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz*" ibaresi ise "*verilecek ceza bir kat artırılır*" şeklinde değiştirilmiştir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi

Madde 135 - (Değişik: 21/2/2014-6526/3 md.)[14] (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) **(Değişik: 24/3/2016-6698/30 md.)** Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.[15]

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme

Madde 136 - (Değişik: 21/2/2014-6526/4 md.)[16] (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Nitelikli haller

Madde 137 - (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,

İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Verileri yok etmeme

Madde 138 - (Değişik: 21/2/2014-6526/5 md.)[17] (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) **(Ek: 21/2/2014-6526/5 md.)** Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.

---

[14] 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunun 3. maddesiyle bu fıkrada yer alan "altı aydan" ibaresi "bir yıldan" şeklinde değiştirilmiştir.

[15] 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanunun 30 uncu maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Kişilerin" ibaresi "Kişisel verinin, kişilerin" şeklinde; "bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır" ibaresi "olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır" şeklinde değiştirilmiştir.
Değişiklik öncesi: "Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

[16] 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunun 4. maddesiyle bu fıkrada yer alan "bir yıldan" ibaresi "iki yıldan" şeklinde değiştirilmiştir.

[17] 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunun 5. maddesiyle bu fıkrada yer alan "altı aydan bir yıla kadar hapis" ibaresi "bir yıldan iki yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir.

Şikayet

Madde 139 - (1) Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması

Madde 140 - (1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma

Madde 190 - (1) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için;

a) Özel yer, donanım veya malzeme sağlayan,

b) Kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan,

c) Kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi veren,

Kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.[18]

(2) **(Değişik fıkra: 29/06/2005-5377/23 md.)**[19] Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.[20]

(3) **(Değişik fıkra: 29/06/2005-5377/23 md.)**[21] Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Sağlık için tehlikeli madde temini

Madde 194 - (1) Sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeleri çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara veren veya tüketimine sunan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

[18] 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 67. maddesiyle, bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "*iki yıldan beş*" ibareleri "*beş yıldan on*" şeklinde değiştirilmiştir.
[19] 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 67. maddesiyle, bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "*iki yıldan beş*" ibareleri "*beş yıldan on*" şeklinde değiştirilmiştir.
[20] 29/6/2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunun 23. maddesiyle, bu maddenin ikinci fıkrası üçüncü fıkra, üçüncü fıkrası ise ikinci fıkra olarak değiştirilmiştir.
[21] 29/6/2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunun 23. maddesiyle, bu maddenin ikinci fıkrası üçüncü fıkra, üçüncü fıkrası ise ikinci fıkra olarak değiştirilmiştir.

Müstehcenlik

Madde 226 - (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten,

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklamını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.[22]

(4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

[22] 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanunun 30 uncu maddesiyle, bu fıkrada yer alan "çocukları" ibaresi "çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri" şeklinde değiştirilmiştir.

(7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.

Fuhuş

Madde 227 - (1) Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.

(2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır.

(3) **(Mülga: 6/12/2006 – 5560/45 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/18 md.)** [23] Fuhşu kolaylaştırmak veya fuhşa aracılık etmek amacıyla hazırlanmış görüntü, yazı ve sözleri içeren ürünleri veren, dağıtan veya yayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden iki bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Fuhşa sürüklenen kişi, **(Değişik İbare: 06/12/2006-5560/9 md.)** tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.

Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama

[23] Mülga ibare: "*Fuhuş amacıyla ülkeye insan sokan veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre cezaya hükmolunur.*"

Madde 228 - (1) Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılır.[24]

(2) Çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır.

(3) **(Ek: 15/8/2017-KHK-694/139 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/134 md.)** Suçun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

(4) **(Ek: 15/8/2017-KHK-694/139 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/134 md.)** Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.[25]

(6) Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır.[26]

ONUNCU BÖLÜM

Bilişim Alanında Suçlar

Bilişim sistemine girme

Madde 243 - (1) Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir.[27]

(2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir.

(3) Bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

---

[24] 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle, bu fıkrada yer alan "bir yıla kadar hapis ve" ibaresi "bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere" şeklinde değiştirilmiştir.

[25] 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 139 uncu maddesiyle, 228 inci maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralar eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanunun 134 üncü maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[26] 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 139 uncu maddesiyle, bu maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere (3), (4) numaralı fıkralar eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

[27] 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanunun 30 uncu maddesiyle, bu fıkrada yer alan "ve" ibaresi "veya" şeklinde değiştirilmiştir.

(4) **(Ek: 24/3/2016-6698/30 md.)** Bir bilişim sisteminin kendi içinde veya bilişim sistemleri arasında gerçekleşen veri nakillerini, sisteme girmeksizin teknik araçlarla hukuka aykırı olarak izleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme

Madde 244 - (1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması

Madde 245 - (Değişik: 29/6/2005 - 5377/27 md.)[28]

(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir

[28] Değişiklik öncesi: "*(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve adlî para cezası ile cezalandırılır.*
(2) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Birinci fıkrada yer alan suçun;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(5) **(Ek: 6/12/2006 - 5560/11 md.)** Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.

Yasak cihaz veya programlar

Madde 245/A- (Ek: 24/3/2016-6698/30 md.)

(1) Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması

Madde 246 - (1) Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Numarası : 5271

Kabul Tarihi : 04.12.2004

Resmi Gazete Sayısı : 25673

Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma

Madde 134 – (1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine (…)karar verilir.[1] **(Ek üç cümle: 25/7/2018-7145/16 md.)** Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhâl imha edilir.[2]

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.[3]

---

[1] 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "soruşturmada," ibaresinden sonra gelmek üzere "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve" ibaresi eklenmiş ve dördüncü fıkrasında yer alan "İstemesi halinde, bu" ibaresi "Üçüncü fıkraya göre alınan" şeklinde değiştirilmiştir.

[2] 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Cumhuriyet savcısının istemi üzerine" ibaresi "hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından" şeklinde değiştirilmiş, fıkrada yer alan "hâkim tarafından" ibaresi madde metninden çıkarılmış, ikinci fıkrasına "bilgilere ulaşılamaması" ibaresinden sonra gelmek üzere "ya da işlemin uzun sürecek olması" ibaresi eklenmiştir.

[3] 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Cumhuriyet savcısının istemi üzerine" ibaresi "hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından" şeklinde değiştirilmiş, fıkrada yer alan "hâkim tarafından" ibaresi madde metninden çıkarılmış, ikinci fıkrasına "bilgilere ulaşılamaması" ibaresinden sonra gelmek üzere "ya da işlemin uzun sürecek olması" ibaresi eklenmiştir.

(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

(4) Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

(5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması

(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. **(Mülga son iki cümle: 24/11/2016-6763/26 md.)**

(2) **(Ek: 21/2/2014–6526/12 md.)** Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcısını gösterir belge veya rapor eklenir.

(3) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(4) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. **(Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/17 md.)** Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelere ek

olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.

(5) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir.

(6) **(Ek: 2/12/2014-6572/42 md.)** Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. **(Ek cümleler: 24/11/2016-6763/26 md.)** Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(8) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

6. **(Ek: 21/2/2014 – 6526/12 md.)** Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158),

7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

8. Parada sahtecilik (madde 197),

9. **(Mülga: 21/2/2014 – 6526/12 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/26 md.)** Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),

10. **(Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.)** Fuhuş (madde 227),

11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

12. **(Ek: 24/11/2016-6763/26 md.)** Tefecilik (madde 241),

13. Rüşvet (madde 252),

14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

15. **(Değişik: 2/12/2014-6572/42 md.)** Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

16. **(Ek: 2/12/2014-6572/42 md.)** Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

17. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) **(Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.)** Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(9) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.

Müdafiin bürosu ve yerleşim yeri

MADDE 136

(1) Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz.

Kararların yerine getirilmesi, iletişim içeriklerinin yok edilmesi

MADDE 137

(1) 135 inci maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adlî kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi

hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(2) 135 inci maddeye göre verilen karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir.

(3) 135 inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.

(4) Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir.

Tesadüfen elde edilen deliller

MADDE 138

(1) Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

(2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir..

(…)

YEDİNCİ BÖLÜM

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

Tazminat istemi

Madde 141 – (1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.

(3) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.

(4) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu eder.

Tazminat isteminin koşulları

Madde 142 – (1) Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.

(2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

(3) Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.

(4) Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

(5) Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

(6) İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir.

(7) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/20 md.) Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

(8) Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

(9) (Ek: 15/8/2017-KHK-694/144 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/139 md.) Tazminat davaları nedeniyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince hesaplanan nisbî avukatlık ücreti ödenir. Ancak, ödenecek miktar Tarifede sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için belirlenen maktu ücretten az, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen maktu ücretten fazla olamaz.

(10) (Ek: 15/8/2017-KHK-694/144 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/139 md.) Tazminata ilişkin mahkeme kararları, kesinleşmeden ve idari başvuru süreci tamamlanmadan icra takibine konulamaz. Kesinleşen mahkeme kararında hükmedilen tazminat ile vekâlet ücreti, davacı veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirimin yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde, karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

Tazminatın geri alınması

Madde 143 – (1) Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır. Bu karara itiraz edilebilir.

(2) (Mülga: 18/6/2014 - 6545/103 md.)

(3) İftira konusunu oluşturan suç veya yalan tanıklık nedeniyle gözaltına alınma ve tutuklama halinde; Devlet, iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu eder.

Tazminat isteyemeyecek kişiler

Madde 144 – (1) Kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden aşağıda belirtilenler tazminat isteyemezler:

a) (Mülga: 11/4/2013-6459/18 md.)

b) Tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenler.

c) Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler.

d) Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler.

e) Adlî makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar.

(…)

İKİNCİ KISIM

Olağan Kanun Yolları

BİRİNCİ BÖLÜM

İtiraz

İtiraz olunabilecek kararlar

MADDE 267

(1) Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

İtiraz usulü ve inceleme mercileri

MADDE 268

(1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.

(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

b) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok

dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre bulundukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.

e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.

İtirazın kararın yerine getirilmesinde etkisi

MADDE 269

(1) İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz.

(2) Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, geri bırakılmasına karar verebilir.

İtirazın Cumhuriyet savcısına ve karşı tarafa tebliği ile inceleme ve araştırma yapılması

MADDE 270

(1) İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Merci, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir.

(2) 101 ve 105 inci maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş şüpheli, sanık veya müdafiine bildirilir. Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir.

Karar

MADDE 271

(1) Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir.

(2) İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.

(3) Karar mümkün olan en kısa sürede verilir.

(4) Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

Kanun Numarası : 6563

Kabul Tarihi : 23/10/2014

Resmî Gazete Tarih : 5/11/2014

Resmî Gazete Sayı : 29166

Amaç ve kapsam

MADDE 1

(1) Bu Kanunun amacı, elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

(2) Bu Kanun, ticari iletişimi, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini ve uygulanacak yaptırımları kapsar.

Tanımlar

MADDE 2

(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Elektronik ticaret: Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyeti,

b) Ticari iletişim: Alan adları ve elektronik posta adresi dışında, mesleki veya ticari faaliyet kapsamında kazanç sağlamaya yönelik olarak elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişimi,

c) Ticari elektronik ileti: Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri,

ç) Hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri,

d) Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri,

e) Bakanlık: Gümrük ve Ticaret Bakanlığını,

ifade eder.

Bilgi verme yükümlülüğü

MADDE 3

(1) Hizmet sağlayıcı, elektronik iletişim araçlarıyla bir sözleşmenin yapılmasından önce;

a) Alıcıların kolayca ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak tanıtıcı bilgilerini,

b) Sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri,

c) Sözleşme metninin sözleşmenin kurulmasından sonra, hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgileri,

ç) Veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgileri,

d) Uygulanan gizlilik kuralları ve varsa alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına ilişkin bilgileri,

sunar.

(2) Hizmet sağlayıcı, varsa mensubu olduğu meslek odası ile meslekle ilgili davranış kurallarını ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğini belirtir.

(3) Tarafların tüketici olmadığı hâllerde taraflar, birinci ve ikinci fıkralardaki düzenlemelerin aksini kararlaştırabilirler.

(4) Hizmet sağlayıcı, sözleşme hükümlerinin ve genel işlem şartlarının alıcı tarafından saklanmasına imkan sağlar.

(5) Birinci ve ikinci fıkralar, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz.

Sipariş

MADDE 4

(1) Elektronik iletişim araçlarıyla verilen siparişlerde aşağıdaki esaslar geçerlidir:

a) Hizmet sağlayıcı, siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, ödeyeceği toplam bedel de dâhil olmak üzere, sözleşmenin şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlar.

b) Hizmet sağlayıcı, alıcının siparişini aldığını gecikmeksizin elektronik iletişim araçlarıyla teyit eder.

c) Sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılır.

(2) Hizmet sağlayıcı, sipariş verilmeden önce alıcıya, veri giriş hatalarını belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi için uygun, etkili ve erişilebilir teknik araçları sunar.

(3) Tarafların tüketici olmadığı hâllerde taraflar, birinci ve ikinci fıkralardaki düzenlemelerin aksini kararlaştırabilirler.

(4) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri ile ikinci fıkra, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz.

Ticari iletişime ilişkin esaslar

MADDE 5

(1) Ticari iletişimde:

a) Ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgiler sunulmalıdır.

b) İndirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunların bu niteliği açıkça belirlenebilmeli, bunlara katılımın ve bunlardan faydalanmanın şartlarına kolayca ulaşılabilmeli ve bu şartlar açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmalıdır.

Ticari elektronik ileti gönderme şartı

MADDE 6

(1) Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz.

(2) Esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticari elektronik iletiler gönderilebilir.

Ticari elektronik iletinin içeriği

MADDE 7

(1) Ticari elektronik iletinin içeriği, alıcıdan alınan onaya uygun olmalıdır.

(2) İletide, hizmet sağlayıcının tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgileri yer alır.

(3) İletide, haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere de yer verilir.

Alıcının ticari elektronik iletiyi reddetme hakkı

MADDE 8

(1) Alıcılar diledikleri zaman, hiçbir gerekçe belirtmeksizin ticari elektronik iletileri almayı reddedebilir.

(2) Hizmet sağlayıcı ret bildiriminin, elektronik iletişim araçlarıyla kolay ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlamakla ve gönderdiği iletide buna ilişkin gerekli bilgileri sunmakla yükümlüdür.

(3) Talebin ulaşmasını müteakip hizmet sağlayıcı üç iş günü içinde alıcıya elektronik ileti göndermeyi durdurur.

Aracı hizmet sağlayıcıların yükümlülükleri

MADDE 9

(1) Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(2) Bu Kanunun 3, 4, 5, 6, 7 ve 8 inci maddelerinde düzenlenen yükümlülüklerin aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Kişisel verilerin korunması

MADDE 10

(1) Hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı:

a) Bu Kanun çerçevesinde yapmış olduğu işlemler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin saklanmasından ve güvenliğinden sorumludur.

b) Kişisel verileri ilgili kişinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletemez ve başka amaçlarla kullanamaz.

Bakanlık yetkisi

MADDE 11

(1) Bakanlık, bu Kanunun uygulanması ve elektronik ticaretin gelişimiyle ilgili her türlü tedbiri almaya ve denetimi yapmaya yetkilidir.

(2) Bakanlıkça görevlendirilen denetim elemanları, bu Kanun kapsamında Bakanlık yetkisine giren hususlarla ilgili olarak her türlü bilgi, belge ve defterleri istemeye, bunları incelemeye ve örneklerini almaya, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya yetkili olup ilgililer istenilen bilgi, belge ve defterler ile elektronik kayıtlarını, bunların örneklerini noksansız ve gerçeğe uygun olarak vermek, yazılı ve sözlü bilgi taleplerini karşılamak ve her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdür.

(3) (Ek:28/11/2017-7061/117 md.) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve diğer gerçek veya tüzel kişiler, elektronik ticaretin gelişiminin izlenebilmesi ve değerlendirilebilmesi amacıyla Bakanlık tarafından istenilen bilgileri Bakanlıkça oluşturulan sisteme bildirir.

(4) (Ek:28/11/2017-7061/117 md.) Bakanlık, ticari elektronik ileti onaylarının alınmasına ve reddetme hakkının kullanılmasına imkân tanıyan bir elektronik sistem kurmaya veya kurdurmaya yetkilidir. Bu Kanun çerçevesinde alınan onaylar Bakanlıkça belirlenen süre içinde sisteme aktarılır. Sisteme aktarılmayan onaylar geçersiz kabul edilir. Alıcılar, sisteme kaydedilen onayları Bakanlıkça belirlenen süre içinde kontrol eder. Bu sürenin bitiminden sonra gönderilen ticari elektronik iletiler onaylı kabul edilir. Alıcılar tarafından reddetme hakkı bu sistem üzerinden kullanılır. Sistemin kurulması, onayların sisteme aktarılması, saklanması, reddetme hakkının sistem üzerinden kullanılması ve sistemin işleyişine ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Cezai hükümler

MADDE 12

(1) Bu Kanunun;

a) 3 üncü maddesindeki yükümlülüklere, 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki yükümlülüklere, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına veya 7 nci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar,

b) 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki veya aynı maddenin ikinci fıkrasındaki, 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki veya 7 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklere aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara bin Türk lirasından on bin Türk lirasına kadar,

c) 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki, 8 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklere aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara iki bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar,

ç) 11 inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere iki bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar,

d) (Ek:28/11/2017-7061/118 md.) 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında beş bin Türk lirasından yirmi bin Türk lirasına kadar,

idari para cezası verilir.

(2) Bir defada birden fazla kimseye 6 ncı maddenin birinci fıkrasına aykırı olarak ileti gönderilmesi hâlinde, birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen idari para cezası on katına kadar artırılarak uygulanır.

(3) Bu maddede öngörülen idari para cezalarını verme yetkisi Bakanlığa aittir. Bu yetki, merkezde Bakanlığın ilgili genel müdürlüğüne, taşrada ise Bakanlığın il müdürlüklerine devredilebilir.

Yönetmelikler

MADDE 13

(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler; Adalet Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ve Ekonomi Bakanlığı ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşleri alınarak Bakanlık tarafından hazırlanır.

Değiştirilen mevzuat

MADDE 14

(1) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 50 nci maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(5) İşletmeciler tarafından, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarla, önceden izinleri alınmaksızın otomatik arama makineleri, fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle pazarlama veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla haberleşme yapılamaz. İşletmeciler, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarıyla siyasi propaganda içerikli haberleşme yapamazlar.”

“(6) İşletmeciler tarafından, abone ve kullanıcıların iletişim bilgilerinin bir mal ya da hizmetin sağlanması sırasında, bu tür haberleşmenin yapılacağına dair bilgilendirilerek ve reddetme imkânı

sağlanarak edinilmiş olması hâlinde, abone ve kullanıcılarla önceden izin alınmaksızın aynı veya benzer mal ya da hizmetlerle ilgili pazarlama, tanıtım, değişiklik ve bakım hizmetleri için haberleşme yapılabilir.

(7) Abone ve kullanıcılara, bu tür haberleşme yapılmasını reddetme ve verdikleri izni geri alma hakkı kolay ve ücretsiz bir şekilde sağlanır.”

Onay alınarak oluşturulan veri tabanları

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, ticari elektronik ileti gönderilmesi amacıyla onay alınarak oluşturulmuş olan veri tabanları hakkında 6 ncı maddenin birinci fıkrası uygulanmaz.

Yürürlük

MADDE 15

(1) Bu Kanun 1/5/2015 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 16

(1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu

Numarası : 5809

Kabul Tarihi : 5/11/2008

Resmi Gazete Tarihi: 10/11/2008

Resmi Gazete Sayısı : 27050 (Mükerrer)

BİRİNCİ KISIM

Genel Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1

(1) Bu Kanunun amacı; elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.

Kapsam

MADDE 2

(1) Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dahil kıt kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi bu Kanuna tabidir.

(2) Millî güvenlik ve kamu düzeni ile olağanüstü hal, (…)[1] seferberlik, savaş hallerinde ve doğal afet durumlarında elektronik haberleşme hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin özel kanunların ve

[1] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan "sıkıyönetim," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

16/7/1965 tarihli ve 697 sayılı Ulaştırma ve Haberleşme Hizmetlerinin Olağanüstü Hallerde ve Savaşta Ne Suretle Yürütüleceğine Dair Kanun, 9/4/1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 3/7/2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

(3) Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı ve kuruluş kanunları ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde belirtilen görev sahaları ile ilgili konularda olmak üzere Dışişleri Bakanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekeleri ile bedeli bu kurumlar tarafından ödenerek işletmeciler tarafından kurulan veya kurulacak elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekeleri hakkında 36 ncı ve 39 uncu maddeler hariç, bu Kanun hükümleri uygulanmaz.[2]

Tanımlar ve kısaltmalar

MADDE 3

(1) Bu Kanunda geçen;

a) Abone: Bir işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan bir sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi,

b) Abonelik sözleşmesi: İşletmeci ile abone arasında akdedilen ve işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmeti yerine getirmeyi veya mal teminini üstlendiği ya da her ikisini birden kapsayan sözleşmeyi,

c) Abone kimlik ve iletişim bilgileri: İşletmeci tarafından aboneye tahsis edilen özel bilgileri,

ç) Adres taşınabilirliği: Abonenin numarasını değiştirmeden bulunduğu adresi değiştirmesini,

d) Ana elektronik haberleşme şebekesi: Kamu kullanımına açık elektronik haberleşme hizmetlerinin üzerinden yürütüldüğü, belirli noktalar arasında elektronik haberleşme sağlayan transmisyon alt yapısı ve anahtarlama ekipmanları da dahil olmak üzere erişim ve iletim sistemleri şebekesini,

[2] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan "kuruluş kanunlarında" ibaresi "kuruluş kanunları ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde" şeklinde değiştirilmiştir.

e) Arabağlantı: Bir işletmecinin kullanıcılarının aynı veya diğer bir işletmecinin kullanıcılarıyla irtibatının veya başka bir işletmeci tarafından sunulan hizmetlere erişiminin sağlanmasını teminen, aynı veya farklı bir işletmeci tarafından kullanılan elektronik haberleşme şebekelerinin birbirlerine fiziksel ve mantıksal olarak bağlantısını,

f) Arabağlantı yükümlüsü: Arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciyi,

g) Bakanlık: Ulaştırma Bakanlığını,

ğ) Dağıtıcı: Cihazın satış ve/veya tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri cihazın özelliklerini etkilemeyen gerçek veya tüzel kişiyi,

h) Elektronik haberleşme: Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını,

ı) Elektronik haberleşme alt yapısı: Elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü şebeke birimlerini, ilgili tesisleri ve bunların bütünleyici parçalarını,

i) Elektronik haberleşme alt yapısı işletimi: İlgili alt yapıya ilişkin gerekli elektronik haberleşme tesislerinin kurulması, kurdurulması, kiralanması veya herhangi bir surette temin edilmesiyle bu tesisin diğer işletmecilerin veya talep eden gerçek veya tüzel kişilerin kullanımına sunulmasını,

j) Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını,

k) Elektronik haberleşme şebekesi: Bir veya daha fazla nokta arasında elektronik haberleşmeyi sağlamak için bu noktalar arası bağlantıyı teşkil eden anahtarlama ekipmanları ve hatlar da dahil olmak üzere her türlü iletim sistemleri ağını,

l) Elektronik haberleşme sektörü: Elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım-onarım hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili sektörü,

m) Elektronik haberleşme şebekesi sağlanması: Elektronik haberleşme şebekesi kurulması, işletilmesi, kullanıma sunulması ve kontrolünü,

n) Elektronik kimlik bilgisi: Elektronik haberleşme cihazlarına tek ve benzersiz olarak tahsis edilmiş kimlik tanımını,

o) Elektromanyetik girişim (Enterferans): İlgili mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılan her türlü elektronik haberleşmeyi engelleyen, kesinti doğuran veya kalitesini bozan her türlü yayın veya elektromanyetik etkiyi,

ö) Erişim: Bu Kanunda belirtilen koşullarla, elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulmasını,

p) Erişim yükümlüsü: Erişim sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciyi,

r) Etkin piyasa gücü: İşletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkan sağlayan ekonomik gücü,

s) Geçiş hakkı: İşletmecilere, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için tanınan hakları,

ş) Geçiş hakkı sağlayıcısı: Geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmaz sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahiplerini,

t) Hizmet taşınabilirliği: Abonenin numarasını değiştirmeden aldığı hizmet türünü değiştirmesini,

u) İlgili pazar: Ülkenin tümünde veya bir bölümünde sunulmakta olan belirli bir elektronik haberleşme hizmeti ve onunla yüksek derecede ikame edilebilen diğer elektronik haberleşme hizmetlerinden oluşan pazarı,

ü) İlgili tesisler: İlgili şebeke ve/veya hizmet aracılığıyla hizmetlerin sunulmasını sağlayan ve/veya destekleyen bir elektronik haberleşme şebekesine ve/veya bir elektronik haberleşme hizmetine ilişkin tesisleri,

v) İnternet alan adı: İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları,

y) İnternet alan adı sistemi: Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokolü numarasını bulan ve kullanıcıya veren sistemi,

z) İşletmeci: Yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketi,

aa) İşletmeci numara taşınabilirliği: Abonenin numarasını değiştirmeden hizmet aldığı işletmeciyi değiştirmesini,

bb) Koşullu erişim sistemi: Radyo ve televizyon yayın sistemlerine abonelik veya başka bir yöntemle önceden izin verilmesi yoluyla koşullu olarak erişimi sağlayan her türlü teknik tedbir ve düzenlemeyi,

cc) Kullanıcı: Aboneliği olup olmamasına bakılmaksızın elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi,

çç) Kullanım hakkı: Frekans, numara, uydu pozisyonu gibi kıt kaynakların kullanılması için verilen hakkı,

dd) Kurul: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunu,

ee) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

ff) MCKS (CEIR): Merkezî mobil cihaz kimlik tanımı veri tabanı sistemini,

gg) MCKT (EIR): Mobil cihaz kimlik tanımı veri tabanını,

ğğ) Numara: Şebeke ve/veya şebeke sonlanma noktasını tanımlayan, söz konusu noktaya ses, veri ve görüntünün yönlendirilmesini sağlayan, kullanıldığı yere göre abone, işletmeci, elektronik haberleşme şebekesi ve/veya hizmeti ile ilişkilendirilebilen bilgiyi içeren harf, rakamlar dizini veya sembolleri,

hh) Numara taşınabilirliği: Abonelerin numarasını değiştirmeden, hizmet aldığı işletmeciyi veya adresini veya aldığı hizmetin türünü değiştirebilmesini,

ıı) Onaylanmış kuruluş: Uygunluk değerlendirme faaliyetinde bulunmak üzere, Kurum tarafından belirlenerek, 29/6/2001 tarihli ve 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve ilgili teknik düzenlemelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yetkilendirilen kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişileri,

ii) Radyo ve televizyon yayını: Karasal, kablo, uydu ve diğer ortamlar üzerinden, şifreli veya şifresiz olarak kitle haberleşmesi amacıyla yapılan ve bireysel iletişim hizmetlerini kapsamayan görüntü ve/veya ses iletimini,

jj) Son kullanıcı: Elektronik haberleşme hizmeti ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlamayan gerçek veya tüzel kişileri,

kk) Spektrum: Elektronik haberleşme amacıyla kullanılan, frekansı 9 kHz-3000 GHz arasında olan ve uluslararası düzenleme yapılması halinde 3000 GHz'in üzerindeki frekanslar da dahil olmak üzere elektromanyetik dalgaların frekans aralığını,

ll) Standart: Üzerinde mutabakat sağlanmış olan, kabul edilmiş bir kuruluş tarafından onaylanan, mevcut şartlar altında en uygun seviyede bir düzen kurulmasını amaçlayan, ortak ve tekrar eden kullanımlar için ürünün özellikleri, işleme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve bu kapsamda uyulması ihtiyari olan düzenlemeyi,

mm) Şebeke sonlanma noktası: Elektronik haberleşme şebekesinde aboneye erişimin sağlandığı fiziksel noktayı, anahtarlama veya yönlendirme ihtiva eden şebekelerde ise abone numarası veya ismi ile ilişkilendirilebilen özel bir şebeke adresiyle tanımlanan noktayı,

nn) Tarife: İşletmecilerin, elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında kullanıcılardan farklı adlar altında alabilecekleri ücretleri içeren cetveli,

oo) Taşıyıcı: Bir çağrının başlatılması, sonlandırılması veya taşınması hizmetlerinin tümünü veya bir kısmını sunan işletmeciyi,

öö) Taşıyıcı ön seçimi: Taşıyıcının, taşıyıcı seçim kodu çevrilmeksizin seçilmesine imkan sağlayacak şekilde önceden seçilmesi yöntemini,

pp) Taşıyıcı seçimi: Taşıyıcının, taşıyıcı seçim kodu çevrilmesi suretiyle seçilmesi yöntemini,

rr) Taşıyıcı seçim kodu: Taşıyıcılara, taşıyıcı seçimi amacıyla Kurumca tahsis edilen kodu,

ss) Telsiz: Aralarında herhangi bir fiziki bağlantı olmaksızın elektromanyetik dalgalar yoluyla açık, kodlu veya kriptolu ses ve veri vermeye, almaya veya yalnızca vermeye veya almaya yarayan sistemleri,

şş) Telsiz kurma ve kullanma izni: Bu Kanun kapsamında kurulacak ve kullanılacak telsiz cihaz ve sistemleri için Kurum tarafından verilen izni,

tt) Telsiz ruhsatnamesi: Bu Kanun kapsamında kurulacak ve kullanılacak telsiz cihaz ve sistemleri için Kurum tarafından verilen ruhsatnameyi,

uu) Tüketici: Elektronik haberleşme hizmetini ticari veya mesleki olmayan amaçlarla kullanan veya talep eden gerçek veya tüzel kişiyi,

üü) Ulusal dolaşım: Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin abonelerine ait ekipmanlar üzerinden sunulmasına veya bir diğer sistemin arabağlantısına imkân sağlayan sistemlerarası dolaşımı,

vv) Ulusal numaralandırma planı: Numaraların yapısını tanımlayan, yönlendirme, adresleme, ücretlendirme veya hizmet türüne ilişkin bilgi vermek üzere bölümlere ayrılarak tanımlanabilen numaralandırma planını,

yy) Uyumlaştırılmış Avrupa standardı: Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesinde ismi yayımlanan standardı,

zz) Uyumlaştırılmış ulusal standart: Uyumlaştırılmış Avrupa standartlarına uygun olarak Türk Standartları Enstitüsü tarafından uyumlaştırılarak kabul edilen ve Kurum tarafından listeleri tebliğler ile yayımlanan Türk standartlarını,

aaa) Üretici: Elektronik haberleşme cihazı imal eden, ıslah eden veya cihaza adını, ticarî markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan gerçek veya tüzel kişiyi, üreticinin Ülke dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilciyi ve/veya ithalatçıyı, ayrıca, cihazın satış ve/veya tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri cihazın güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek veya tüzel kişiyi,

bbb) Yerel ağ: Sabit elektronik haberleşme şebekesinde abone tarafındaki şebeke sonlanma noktasını, abonenin bağlı bulunduğu ana dağıtım çatısına veya eşdeğer tesise bağlayan fiziksel devreyi,

ccc) Yetkilendirme: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesini,

ifade eder.

İlkeler

MADDE 4

(1) Her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesi Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır. İlgili merciler tarafından elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde aşağıdaki ilkeler göz önüne alınır:

a) Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması.

b) Tüketici hak ve menfaatlerinin gözetilmesi.

c) Kalkınma planları ve üst politika metinleri ile Bakanlık tarafından belirlenen stratejilerin gözetilmesi.[3]

ç) Herkesin, makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi.

d) Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayrım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması.

e) Bu Kanunda aksi belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niteliksel ve niceliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların verimli kullanılmasının gözetilmesi.

f) Elektronik haberleşme sistemlerinin uluslararası normlara uygun olması.

g) Teknolojik yeniliklerin uygulanması ile araştırma-geliştirme faaliyet ve yatırımlarının teşvik edilmesi.

ğ) Hizmet kalitesi artırımının teşvik edilmesi.

h) Millî güvenlik ile kamu düzeni gereklerine ve acil durum ihtiyaçlarına öncelik verilmesi.

ı) Bu Kanunda, ilgili mevzuatta ve yetkilendirmelerde açıkça belirlenen durumlar haricinde, işletmecilerin, arabağlantı da dahil olmak üzere erişim ücretleri ile hat ve devre kiralarını da kapsayacak biçimde, elektronik haberleşme hizmeti sunulması karşılığı alacakları ücretleri serbestçe belirlemesi.

i) Elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin kurulması, kullanılması ve işletilmesinde insan sağlığı, can ve mal güvenliği, çevre ve tüketicinin korunması açısından asgarî uluslararası normların dikkate alınması.

j) Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde tarafsızlığın sağlanması.

k) Teknolojik yeniliklerin kullanılması da dahil olmak üzere engelli, yaşlı ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç diğer kesimlerin özel ihtiyaçlarının dikkate alınması.[4]

---

[3] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle bu bentte yer alan "Hükümet programlarındaki hedefler ile Bakanlık tarafından belirlenen strateji ve politikaların gözetilmesi" ibaresi "üst politika metinleri ile Bakanlık tarafından belirlenen stratejilerin gözetilmesi" şeklinde değiştirilmiştir.

[4] 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu bentte yer alan "özürlü" ibaresi "engelli" şeklinde değiştirilmiştir.

l) Bilgi güvenliği ve haberleşme gizliliğinin gözetilmesi.

İKİNCİ BÖLÜM

Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkili Merciler ve Görevleri

Bakanlığın görev ve yetkileri

MADDE 5

(1) Bakanlığın elektronik haberleşme sektörüne ilişkin yetki ve görevleri şunlardır:

a) Numaralandırma, internet alan adları, uydu pozisyonu, frekans tahsisi gibi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin strateji ve politikaları belirlemek.

b) Elektronik haberleşme sektörünün; serbest rekabet ortamında gelişimini teşvik etmeye ve bilgi toplumuna dönüşümün desteklenmesini sağlamaya yönelik hedef, ilke ve politikaları belirlemek ve bu amaçla teşvik edici tedbirleri almak.

c) Elektronik haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmetlerinin; teknik, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara, kamu yararına ve millî güvenlik amaçlarına uygun olarak kurulması, geliştirilmesi ve birbirlerini tamamlayıcı şekilde yürütülmesini sağlamaya yönelik politikaları belirlemek.

ç) Elektronik haberleşme cihazları sanayisinin gelişmesine ilişkin politikaların oluşumuna ve elektronik haberleşme cihazları bakımından yerli üretimi özendirici tedbirleri almaya yönelik politikaları belirlemeye katkıda bulunmak.

d) Ülkemizin üyesi bulunduğu elektronik haberleşme sektörü ile ilgili uluslararası birlik ve kuruluşlar nezdinde 5/5/1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak üzere Devleti temsil etmek veya temsile yetkilendirmek, çalışmalara katılım ve kararların uygulanması konusunda koordinasyonu sağlamak.

e) Elektronik haberleşme politikalarının tespiti ve uygulanması amacıyla gerekli araştırmaları yapmak ve yaptırmak.

f) Elektronik haberleşmenin doğal afetler ve olağanüstü haller nedeniyle aksamamasını teminen gerekli tedbirleri almak ve koordinasyonu sağlamak. Haberleşmenin aksaması riskine karşı önceden haberleşmenin kesintisiz bir biçimde sağlanmasına yönelik alternatif haberleşme alt yapısını kurmak, kurdurmak ve ihtiyaç durumunda söz konusu sistemi devreye sokmak.

g) Olağanüstü hal ve savaşta elektronik haberleşme hizmetlerini, 16/7/1965 tarihli ve 697 sayılı Kanun hükümleri dahilinde planlamak, gerekli işleri yapmak ve yaptırmak.

ğ) Elektronik haberleşme sistemlerinin yerli tasarım ve üretimini, bu amaçla sektöre ilişkin araştırma, geliştirme ve eğitim faaliyetlerini teknik ve maddi destek de dahil olmak üzere teşvik etmek ve Kurumun gelirlerinin % 20'sini aşmamak kaydıyla söz konusu faaliyetlere ilişkin olarak ayıracağı kaynağı belirlemek ve bu kaynağın kullanımına ilişkin gereken düzenlemeleri yaparak bu kaynağı kullandırmak.

h) **(Ek: 6/2/2014-6518/102 md.)** Ulusal siber güvenliğin sağlanması amacıyla politika, strateji ve hedefleri belirlemek, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilere yönelik siber güvenliğin sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, eylem planlarını hazırlamak, ilgili faaliyetlerin koordinasyonunu sağlamak, kritik altyapılar ile ait oldukları kurumları ve konumları belirlemek, gerekli müdahale merkezlerini kurmak, kurdurmak ve denetlemek, her türlü siber müdahale aracının ve millî çözümlerin üretilmesi ve geliştirilmesi amacı ile çalışmalar yapmak, yaptırmak ve bunları teşvik etmek ve siber güvenlik konusunda bilinçlendirme, eğitim ve farkındalığı artırma çalışmaları yürütmek, siber güvenlik alanında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasları hazırlamak.[5]

ı) **(Ek: 27/3/2015-6639/31 md.)** Ulusal kamu entegre veri merkezlerine yönelik politika, strateji ve hedefleri belirlemek, eylem planlarını hazırlamak, eylem planlarını izlemek, e-Devlet hizmetlerinde kullanılan verilerin ve sistemlerin barındırıldığı veri merkezlerini kamu entegre veri merkezlerinde toplamak amacıyla verilerin transferi de dahil gerekli altyapıları kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve tüm bu faaliyetlere yönelik uygulama usul ve esaslarını belirlemek, kurulum, uygulama ve işletim süreçlerini planlamak, yürütmek ve koordine etmek.

Kurumun görev ve yetkileri

MADDE 6

(1) Kurumun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

b) Bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak,

[5] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle bu bentte yer alan "Siber Güvenlik Kurulunun sekretaryasını yapmak," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak.

c) Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak.

ç) İşletmeciler ile tüketicileri ilgilendiren Kurul kararlarını gerekçe ve süreçleri ile kamuoyuna açık tutmak.

d) Bu Kanun çerçevesinde gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.

e) Elektronik haberleşme sektöründeki gelişmeleri takip etmek, sektörün gelişimini teşvik etmek amacıyla gerekli araştırmaları yapmak veya yaptırmak ve bu konularda ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği halinde çalışmak.

f) Bu Kanunun 5 inci maddesinin (a) bendini de göz önünde bulundurarak, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve elektronik haberleşme şebeke ve altyapılarının tesis ve işletilmesi için gerekli olan frekans, uydu pozisyonu ve numaralandırma planlamasını ve tahsisini yapmak.

g) Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dahil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak.

ğ) Telsiz sistemlerinin belirlenen tekniklere ve usullere uygun olarak kurulmasının ve çalıştırılmasının kontrolünü yapmak, elektromanyetik girişimleri tespit etmek ve giderilmesini sağlamak.

h) İşletmecilerin ticari sırları ile kamuoyuna açıklanabilecek bilgilerinin kapsamını belirlemek, işletmecilerin ticari sırları ile yatırım ve iş planlarının gizliliğini korumak ve bunları adli makamların talepleri dışında muhafaza etmek.

ı) Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi almak ve gerekli kayıtları tutmak, Bakanlık tarafından elektronik haberleşme sektörüne yönelik strateji ve politikaların belirlenmesinde ihtiyaç duyulanları, talebi üzerine Bakanlığa iletmek.

i) Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendi uyarınca Bakanlıkça yapılacak düzenlemeler çerçevesinde, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin araştırma, geliştirme ve

eğitim faaliyetlerine ilişkin olarak, mevcut Kurum gelirlerini göz önünde bulundurarak gelirlerinin % 20'sini aşmamak kaydıyla ayıracağı kaynağı Bakanlığa aktarmak. Bu aktarım, katma değer vergisi ve damga vergisi dahil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisnadır.

j) Kullanıcılara ve erişim kapsamında diğer işletmecilere uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ve görev alanına giren diğer konulara ilişkin genel kriterler ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek, tarifeleri onaylamak, tarifelerin denetlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak.

k) İşletmeciler tarafından hazırlanan referans erişim tekliflerini onaylamak.

l) Yürütülecek elektronik haberleşme hizmetleri, şebeke ve/veya alt yapısı ile ilgili olarak yapılacak yetkilendirmelere ilişkin hüküm ve şartları belirlemek, uygulanmasını ve yetkilendirmeye uygunluğu denetlemek, bu hususta gereken iş ve işlemleri yürütmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

m) Radyo ve televizyon yayıncılığına ilişkin ilgili kanununda belirtilen hükümler saklı kalmak kaydıyla, frekans planlama, tahsis ve tescil işlemlerini, güç ve yayın sürelerini de göz önünde tutarak uluslararası kuruluşlarla işbirliği de yapmak suretiyle yürütmek.

n) Elektronik haberleşme sektöründe kullanılacak her çeşit sistem ve cihazların, uyumlaştırılmış ulusal standartlarını yayımlatmak ve uygulanmasını sağlamak, teknik düzenlemelerini yapmak, piyasa denetimini yapmak ve/veya yaptırmak, bu amaçla laboratuvarlar kurup işletebilmek ve bu laboratuvarlarda verebileceği eğitim ve danışmanlık hizmetleri karşılığında alınacak ücretleri belirlemek.

o) Elektronik haberleşme sektöründe tesis, ölçüm ve bakım-onarım yapacak kuruluşların yetkilendirmesini bu konuda görevli kuruluşlarla koordine etmek.

ö) Elektronik haberleşme sektörüne yönelik pazar analizleri yapmak, ilgili pazarı ve ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeci veya işletmecileri belirlemek.

p) Elektronik haberleşme sektörü ile ilgili uluslararası birlik ve kuruluşların çalışmalarına katılmak, kararların uygulanmasını takip etmek ve gerekli koordinasyonu sağlamak.

r) Bu Kanunun 46 ncı maddesinde belirtilen ücretlerle ilgili olarak terkin de dahil olmak üzere her türlü usul ve esasları belirlemek, Kurumun yıllık bütçesini, gelir-gider kesin hesabını, yıllık çalışma programını onamak, gerekirse bütçede hesaplar arasında aktarma yapmak veya gelir fazlasını mevzuat çerçevesinde genel bütçeye devretmek.

s) Elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterenlerin mevzuata uymasını denetlemek ve/veya denetlettirmek, konu ile ilgili usul ve esasları belirlemek, aykırılık halinde mevzuatın öngördüğü işlemleri yapmak ve yaptırımları uygulamak.

ş) Elektronik haberleşme sektörüne yönelik olarak, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

t) Ara bağlantı ve ulusal dolaşım da dahil erişim ile ilgili uygulanacak usul ve esasları belirlemek ve mevzuatın öngördüğü düzenlemeleri yapmak, elektronik haberleşme sağlanması amacıyla imzalanan anlaşmaların rekabeti kısıtlayan, mevzuata ve/veya tüketici menfaatlerine aykırı hükümler içermemesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.

u) İlgili kanun hükümleri dahilinde, evrensel hizmetlere ilişkin hizmet kalitesi ve standartları da dahil olmak üzere, gerektiğinde her türlü elektronik haberleşme hizmetine yönelik hizmet kalitesi ve standartlarını belirlemek, denetlemek, denetlettirmek ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemek.

ü) Elektronik haberleşme sektöründe, bağımsız denetim faaliyetine ilişkin esasları, bağımsız denetleme faaliyetlerinde bulunacak kuruluşların kuruluş şartlarını, çalışma esaslarını ve çalıştıracağı personelin niteliklerini belirlemek.

v) **(Ek: 6/2/2014-6518/103 md.)** Siber güvenlik ve internet alan adları konularında Cumhurbaşkanı, Bakanlık ve/veya Siber Güvenlik Kurulu tarafından verilen görevleri Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı veya diğer birimleri marifetiyle yerine getirmek.[6]

y) Bu Kanunla verilen görevlere ilişkin yönetmelik, tebliğ ve diğer ikincil düzenlemeleri çıkarmak.[7]

Rekabetin sağlanması

MADDE 7

(1) Kurum, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkilidir.

[6] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle bu bentte yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.
[7] 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunun 103 üncü maddesiyle bu Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına (ü) bendinden sonra gelmek üzere (v) bendi eklenmiş ve diğer bent buna göre teselsül ettirilmiştir.

(2) Rekabet Kurulu, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır.

(3) Kurum, yapacağı pazar analizleri sonucu ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirleyebilir. Kurum, etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebilir. Aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilir.

İKİNCİ KISIM

Genel Düzenlemeler

BİRİNCİ BÖLÜM

Yetkilendirme

Elektronik haberleşme hizmetlerinin yetkilendirilmesi

MADDE 8

(1) Bakanlığın strateji ve politikaları da dikkate alınarak Kurumca yapılacak yetkilendirmeyi müteakip, elektronik haberleşme hizmeti verilebilir ve/veya elektronik haberleşme şebekesi veya alt yapısı kurulup işletilebilir.

(2) İhtiyaç duyulan elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısının öncelikle Kurumca yetkilendirilmiş işletmecilerden karşılanması esastır. Ancak;

a) Bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dâhilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasıran şahsi veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir elektronik haberleşme hizmeti verilmesinde kullanılmayan, sağlanmasında herhangi bir ticari amaç güdülmeyen ve kamu kullanımına açık olarak sunulmayan,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları,

elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısı yetkilendirmeye tabi değildir.

(3) Kurum bu şebeke veya altyapıların bu maddedeki esaslara uygunluğunu ve kullanılan teçhizatın standartlara uygunluğunu denetlemeye ve uygun olmayanların kaldırılmasını sağlamaya ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemeye yetkilidir.

(4) Radyo ve televizyon yayıncılığı ile ilgili Kanun hükümleri saklıdır.

Yetkilendirme usulü

MADDE 9

(1) Yetkilendirme, bildirim veya kullanım hakkının verilmesi yoluyla yapılır.

(2) Elektronik haberleşme hizmeti sunmak ve/veya şebekesi veya alt yapısı kurup işletmek isteyen şirketler faaliyete başlamadan önce Kurum düzenlemeleri çerçevesinde Kuruma bildirimde bulunurlar.

(3) Kuruma bildirimde bulunan şirketler, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymuyorlar ise Kurumun belirlediği usul ve esaslara uygun bildirimle birlikte; kaynak tahsisine ihtiyaç duyuyorlar ise Kurumdan kullanım hakkı alınması kaydıyla yetkilendirilirler.

(4) Kurum, kullanım hakkı verilmesinin gerektiği elektronik haberleşme hizmetlerini ve bu hizmetlere ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekip gerekmediğini tespit eder.

(5) Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılmasının gerekmediği tespit edilen elektronik haberleşme hizmetleri için usulüne uygun başvuruyu müteakip 30 gün içerisinde Kurumca kullanım hakkı verilir.

(6) Kullanım hakkı sayısı, ancak kaynakların sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesinin gerektiği durumlarda ve kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını teminen sınırlandırılabilir. Kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması halinde;

a) Uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslar Bakanlık tarafından belirlenir ve yetkilendirme Kurum tarafından yapılır. Ancak, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihaleleri Bakanlık gerekli gördüğü hallerde doğrudan kendisi de yapabilir.

b) (a) bendinde belirtilen hususların dışında kalan ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından verilecek olan elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesine ve/veya elektronik haberleşme şebeke ve alt yapısının tesisi ve işletilmesine ilişkin olarak, gerekli işlemler Kurum tarafından yürütülür.

(7) Kurum, kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacıyla Bakanlığın görüşüne başvurarak gerekli tedbirleri alır ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler. Kurum ve yukarıdaki fıkranın (a) bendinde öngörülen hallerde Bakanlık, kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi değildir.

(8) Kullanım haklarının süresi, yirmibeş yıldan fazla olmamak üzere belirlenir. Bu madde uyarınca belirlenen yetkilendirme süreleri, şebeke ve hizmetin niteliği ile başvuru sahibinin talebi de dikkate alınmak suretiyle tespit edilir.

(9) Kurum, kullanım hakkı verilmesi taleplerini, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gerekleri, tahsis edilmesi gereken kaynakların yetersizliği ve ihale aşamasında belirlenen yeterlik şartlarının sağlanmaması sebepleriyle reddedebilir.

(10) Kullanım hakkı, işletmecinin faaliyetlerinin mevzuata aykırı olması durumunda Kurum tarafından belirlenen usul ve esaslara göre iptal edilebilir. Kullanım hakkının iptal edildiği hallerde abonelerin menfaatlerini korumak için gerekli tedbirler alınır.

(11) Kurum, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve benzeri kamu yararı gereklerinden kaynaklanan sebeplerin tespiti halinde, şirketlerin elektronik haberleşme alanında faaliyete geçmelerini veya elektronik haberleşme sağlamalarını gerektiğinde Bakanlığın görüşünü de alarak engelleyebilir.

(12) Bu madde hükümlerine aykırı olarak elektronik haberleşme tesisi kuran, işleten veya elektronik haberleşme hizmeti verenlerin tesisleri Kurumun talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılarak faaliyetlerine son verilir.

(13) Bildirim ve kullanım hakkı ile ilgili usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.

Deneme izni

MADDE 10

(1) Kurum, elektronik haberleşme hizmetinin verilebilmesi, elektronik haberleşme şebekesi ve altyapısının işletilebilmesi için başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişilere deneme veya gösterim amaçlı geçici izin verebilir. Bununla ilgili usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.

Yetkilendirme ücreti

MADDE 11

(1) Yetkilendirme ücreti, idarî ücretler ve kullanım hakkı ücretlerinden oluşur.

(2) Kurum; pazar analizi, düzenlemelerin hazırlanması ve uygulanması, işletmecilerin denetlenmesi, teknik izleme ve denetleme hizmetleri, piyasanın kontrolü, uluslararası işbirliği, uyumlaştırma ve standardizasyon çalışmaları ve diğer faaliyetleri ile her türlü idarî giderlerinden kaynaklanan masraflara katkı amacıyla işletmecinin bir önceki yıl net satışlarının binde beşini geçmemek üzere, uluslararası yükümlülükler de dikkate alınarak işletmecilerden idarî ücret alır. Ancak yıllık alınan idarî ücret, 10.000 Türk lirası alt sınırından daha az olamaz. Söz konusu alt sınır her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerleme oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.[8]

(3) Tespit edilen usul ve esaslar çerçevesinde belirlenen sürede idarî ücretlerin işletmeciler tarafından ödenmemesi halinde 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirlenen usule göre hesaplanacak gecikme zammı oranı kadar faiz uygulanır. İşletmecilerden alınacak idarî ücretlerden süresinde ödenmeyenler Kurumun bildirimi üzerine 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ilgili vergi dairesi tarafından tahsil edilir ve Kuruma gelir kaydedilir. Kurum, idarî maliyet ve toplanan idarî ücreti gösteren yıllık rapor yayımlar.

(4) Kaynakların kullanım hakkının verilmesine ve söz konusu kaynakların etkin bir şekilde kullanılmasının teminine yönelik olarak kullanım hakkı ücreti alınır.

(5) Kullanım hakkı ücretlerinin asgari değerleri, Kurumun önerisi ve Bakanlığın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir.[9]

(6) Kullanım hakkı ücretleri, 5369 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Hazineye gelir kaydedilmek üzere ilgili muhasebe birimine yatırılır. Zamanında ödenmeyen kullanım hakkı ücretleri, Kurumun bildirimi üzerine, 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca, ilgili vergi dairesince tahsil olunur.

İşletmecilerin hak ve yükümlülükleri

MADDE 12

[8] 28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanunun 97 nci maddesiyle bu fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin; yine 7061 sayılı Kanunun 123 üncü maddesiyle 1/1/2018 tarihinden itibaren elde edilecek net satışlara uygulanmak üzere aynı tarihte yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.
[9] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

(1) İşletmeci, Kurum düzenlemeleri ve yetkilendirmesinde öngörülen şartlara uygun olarak yetkilendirildiği kapsamdaki elektronik haberleşme hizmetini sunma hakkına sahiptir.

(2) Kurum, işletmecilere sektörün ihtiyaçları, uluslararası düzenlemeler, teknolojide meydana gelen gelişmeler gibi hususları gözeterek aşağıdaki hususlar başta olmak üzere, mevzuat doğrultusunda yükümlülükler getirebilir:

a) İdari ücretler.

b) Hizmetlerin birbiriyle uyumlu çalışabilmesi ve şebekelerarası arabağlantının sağlanması.

c) Ulusal numaralandırma planındaki numaralardan son kullanıcılara erişimin sağlanması.

ç) Ortak yerleşim ve tesis paylaşımı.

d) Kişisel veri ve gizliliğin korunması.

e) Tüketicinin korunması.

f) Kuruma bilgi ve belge verilmesi.

g) Kanunlarla yetkili kılınan ulusal kurumlarca yasal dinleme ve müdahalenin yapılmasına teknik olanak sağlanması.

ğ) Afet durumlarındaki haberleşmenin kesintisiz devam edebilmesi için gerekli tedbirlerin alınması.

h) Elektronik haberleşme şebekelerinden kaynaklanan elektromanyetik alanlara kamu sağlığını tehdit edecek şekilde maruz kalınmasının engellenmesi ile ilgili önlemlerin bu Kanun çerçevesinde alınması.

ı) Erişim yükümlülükleri.

i) Elektronik haberleşme şebekelerinin bütünlüğünün idame ettirilmesi.

j) İzinsiz erişime karşı şebeke güvenliğinin sağlanması.

k) Hizmet kalitesi de dahil olmak üzere standartlar ve spesifikasyonlara uyumluluk.

l) İlgili mevzuat uyarınca Kurum tarafından istenen hizmetleri yerine getirmek.

(3) Kullanım hakkı verildiği durumlarda, yukarıdakilere ilaveten sektörün ihtiyaçları, uluslararası düzenlemeler, teknolojide meydana gelen gelişmeler gibi hususları gözeterek aşağıdaki hususlar başta olmak üzere, mevzuat doğrultusunda yükümlülükler getirilebilir:

a) Frekans kullanım hakkının verildiği hizmet, şebeke ya da teknoloji türü ile numara kullanım hakkının verildiği hizmetin kapsamı.

b) Frekans ve numaraların etkin ve verimli kullanımı.

c) Elektromanyetik girişimin önlenmesi.

ç) Numara taşınabilirliği.

d) Rehber hizmeti.

e) Yetkilendirme süresi.

f) Hak ve yükümlülüklerin devri.

g) Kullanım hakkı ücretleri.

ğ) İhale sürecinde üstlenilen taahhütler.

h) Frekans ve numara kullanımları ile ilgili uluslararası anlaşmalar çerçevesindeki yükümlülüklere uyulması.

(4) İşletmecilerin hak ve yükümlülükleri ile ilgili usul ve esaslar Kurumca belirlenir.

(5) İşletmeciler, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden millî güvenlikle ve 5397 ve 5651 sayılı kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik alt yapıyı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurmakla yükümlüdür. Halen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler de; söz konusu teknik alt yapıyı, Kurum tarafından belirlenecek süre içerisinde aynı şartlarla ve tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmakla yükümlüdürler.

İKİNCİ BÖLÜM

Tarifeler

Tarifelerin düzenlenmesi

MADDE 13

(1) Tarife; abonman ücreti, sabit ücret, konuşma ücreti, hat kirası ve benzeri değişik ücret kalemlerinden birisi veya birkaçı olarak tespit edilebilir.

(2) Her türlü elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında uygulanacak tarifeler aşağıdaki hükümlere tabidir:

a) İşletmeciler, uygulayacakları tarifeleri, ilgili mevzuat ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde serbestçe belirlerler.

b) İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde Kurum, tarifelerin onaylanması, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin yöntemleri ve tarifelerin alt ve üst sınırları ile bunların uygulama usul ve esaslarını belirleyebilir.

c) İşletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde; Kurum, fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapar ve uygulamaları denetler.

(3) Bu maddenin uygulanması ile tarifelerin Kuruma sunulması, kamuoyuna duyurulması ve yayımlanması hususlarına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.

Tarifelerin düzenlenmesine ilişkin ilkeler

MADDE 14

(1) Kurum, her türlü elektronik haberleşme hizmetinin sunulması karşılığında uygulanacak tarifelere ilişkin düzenlemeleri yaparken, aşağıdaki ilkeleri göz önünde bulundurur:

a) Kullanıcıların makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi.

b) Tarifelerin, 5369 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen ihtiyaç sahibi kesimlere mahsus, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması halleri saklı olmak üzere, benzer konumdaki kullanıcılar arasında haklı olmayan nedenlerle ayrım gözetilmeksizin adil ve şeffaf olması.

c) Tarifelerin, sunulan elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin maliyetleri mümkün olduğunca yansıtması.

ç) Bir hizmetin maliyetinin diğer bir hizmetin ücreti yoluyla desteklenmemesi veya karşılanmaması.

d) Tarifelerin, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasına neden olacak şekilde belirlenmemesi.

e) Uluslararası uygulamaların uygun olduğu ölçüde dikkate alınması.

f) Tarifelerin, teknolojik gelişmeyi ve yeni teknolojilerin makul fiyatlarla kullanılmasına olanak veren yatırımları teşvik edecek nitelikte olması.

g) Tüketici menfaatinin gözetilmesi.

ğ) Tüketicilerin tarifelere ilişkin hususları bilmesinin sağlanması.

h) Rakip işletmecilerin kendi kullanıcılarına sunacağı elektronik haberleşme hizmetleri için etkin piyasa gücüne sahip işletmeciden talep edeceği temel girdi niteliğinde olan elektronik haberleşme hizmetlerinde oluşan fiyatları da dikkate alması.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Erişim ve Arabağlantı

Erişimin kapsamı

MADDE 15

(1) Elektronik haberleşme hizmetlerinde erişim kapsamında aşağıdaki hususlar yer alır:

a) Yerel ağa ayrıştırılmış erişim ve veri akış erişimini de içerecek şekilde elektronik haberleşme şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle erişim.

b) Binalar, borular ve direkleri de içerecek şekilde mevcut erişim seçeneklerini de dikkate alarak fiziksel alt yapıya erişim.

c) İşletim destek sistemlerini de içerecek şekilde ilgili yazılım sistemlerine erişim.

ç) Numara dönüşümüne veya eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişim.

d) Sanal şebeke hizmetlerine rekabet durumunu da dikkate alarak erişim.

e) İki elektronik haberleşme şebekesi arasındaki arabağlantı.

f) Ulusal dolaşım da dahil olmak üzere sabit ve mobil şebekelere erişim.

g) Koşullu erişim sistemlerine erişim.

ğ) Yeniden satış amacıyla hizmetlerin toptan seviyede sunulması.

h) Kurum düzenlemeleri ile belirlenen diğer hallerdeki erişim.

Erişim yükümlülüğü

MADDE 16

(1) Erişim yükümlüleri ve yükümlülüğün kapsamı Kurum tarafından belirlenir. Kurum; bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen hususlarda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü getirebilir.

(2) Bu Kanun uyarınca, tüm işletmeciler, talep gelmesi halinde birbirleriyle arabağlantı müzakerelerinde bulunmakla yükümlüdürler. Tarafların anlaşamamaları halinde Kurum, işletmecilere arabağlantı sağlama yükümlülüğü getirebilir.

(3) Kurum, erişim ve arabağlantı yükümlülüklerini, bu Kanunun 4 üncü maddesinde belirtilen ilkeleri göz önünde bulundurarak kamu menfaati açısından gerekli gördüğü hallerde, yapacağı düzenlemelerle sınırlandırabilir.

(4) Kurum, tüm erişim anlaşmalarının bu Kanunun amaç ve kapsamına, rekabetin ve tüketici haklarının korunmasına ve şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışılabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliğine uygun olarak tesis edilmesine ve uygulanmasına yönelik düzenlemeleri yapar.

(5) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere, diğer işletmecilerin makul erişim taleplerini, bu Kanun hükümleri çerçevesinde karşılamalarına yönelik olarak eşitlik, ayrım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kâra dayalı olma yükümlülükleri ile erişim hizmetlerini kendi ortaklarına, iştiraklerine veya ortaklıklarına sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede sunma yükümlülüğü getirebilir.

(6) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.

Tesis paylaşımı ve ortak yerleşim

MADDE 17

(1) Bir işletmecinin tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebildiği veya bu tür arazileri kullanabildiği veya kamulaştırma müessesesinden yararlanabildiği hallerde Kurum, çevrenin korunması, kamu sağlığı ve güvenliği, şehir ve bölge planlaması ve kaynakların etkin kullanılması gereklerini gözeterek ilgili işletmeciye söz konusu tesisleri ve/veya araziyi makul bir bedel karşılığında diğer işletmecilerle paylaşmasına ilişkin rekabet üzerindeki etkileri dikkate alarak yükümlülükler getirebilir.

(2) Kurum, işletmecilere kendi tesislerinde, diğer işletmecilerin ekipmanları için maliyet esaslı bir bedel karşılığında, başta fiziksel ortak yerleşim olmak üzere her türlü ortak yerleşim sağlama yükümlülüğü getirebilir. Kurumca öngörülmesine rağmen işletmecilerin ortak yerleşim tarifelerini maliyet esaslı belirlememesi ve bu durumun tespit edilmesi halinde, Kurum ortak yerleşim tarifelerini; maliyetleri, uluslararası uygulamaları ve/veya rayiç bedelleri uygun olduğu ölçüde dikkate alarak belirler.

(3) Radyo ve televizyon yayınlarını da içeren her türlü yayının belirlenmiş emisyon noktalarından yapılabilmesini teminen, ortak anten sistem ve tesisleri kurulması da dahil tesis paylaşımı ve ortak

yerleşim ile ilgili usul ve esaslar Kurumca belirlenir. Gerekli hallerde uygulamayı teşvik amacıyla ortak anten sistem ve tesisleriyle ilgili olarak bu Kanuna ekli ücret tarifesinde yer alan ücretlerden muafiyet uygulaması da dahil olmak üzere gerekli iş ve işlemler Kurumca yürütülür. Ortak anten sistem ve tesisleri hakkında da elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumuna ilişkin hükümler uygulanır. Kurum düzenlemeleri çerçevesinde, belediyeler, mülki amirler ve diğer kamu kurumları ortak anten sistem ve tesisleriyle ilgili yer temini de dahil her türlü kolaylığı göstermek ve yardımda bulunmakla yükümlüdürler.

Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü

MADDE 18

(1) Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir.

(2) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması halinde, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai haller hariç olmak üzere iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir. Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılıncaya kadar uygulanmasına devam olunur.

(3) Erişim anlaşmaları imzalanmasını müteakip Kuruma sunulur. Kurum ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırılık hallerinde işletmecilerden anlaşmalarda değişiklik yapılmasını ister. İşletmeciler Kurumun değişiklik isteğini yerine getirmekle yükümlüdür.

(4) Erişim anlaşmaları, ticarî sırlar dışında alenîdir.

(5) Bu maddenin uygulanma usul ve esasları Kurum tarafından belirlenir.

Referans erişim teklifi

MADDE 19

(1) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirebilir. Kurum tarafından referans erişim teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler,

bu yükümlülüğün getirildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde söz konusu teklifleri Kurumun onayına sunmakla yükümlüdürler.

(2) Kurum, bu Kanunun 4 üncü maddesindeki ilkeleri göz önünde bulundurarak, referans erişim tekliflerinde gerekli değişikliklerin yapılmasını işletmecilerden isteyebilir. İşletmeciler, Kurumun istediği değişiklikleri belirtilen biçimde ve verilen sürede yerine getirmekle yükümlüdürler. Verilen süre içerisinde Kurumun istediği değişikliklerin yapılmaması halinde, Kurum bu değişiklikleri re'sen yapabilir.

(3) Kurum uygun gördüğü teklifleri onaylar. İşletmeciler, Kurum tarafından onaylanan referans erişim tekliflerini yayımlamakla ve Kurum tarafından onaylanan referans erişim tekliflerindeki şartlarla erişim sağlamakla yükümlüdürler.

(4) Bu maddenin uygulama usul ve esasları Kurum tarafından belirlenir.

Erişim tarifeleri

MADDE 20

(1) Kurum, erişim yükümlüsü işletmecilere, erişim tarifelerini maliyet esaslı olarak belirleme yükümlülüğü getirebilir. Kurum tarafından talep edilmesi halinde yükümlü işletmeciler erişim tarifelerinin maliyet esaslı belirlendiğini ispat etmek zorundadır.

(2) Yükümlü işletmecilerin tarifelerini maliyet esaslı belirlemediğini tespit etmesi halinde, Kurum erişim tarifelerini maliyet esasına göre belirler. Kurum, tarifeleri maliyet esasına göre belirleyinceye kadar diğer ülke uygulamalarını uygun olduğu ölçüde dikkate alarak, tarifeleri belirler ve/veya tarifelere üst sınır koyabilir. Kurumun belirlediği tarifelere uyulması zorunludur.

Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi

MADDE 21

(1) Kurum ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere hesap ayrımı yükümlülüğü getirebilir. Hesap ayrımı yükümlülüğü getirilen işletmeciler, Kurum tarafından belirlenecek hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin usul ve esaslar kapsamında faaliyet alanları ve iş birimleri için ayrı ayrı hesap tutma ile yükümlüdür.

(2) Kurum işletmecilerin hesaplarını denetleyebilir veya denetim yetkisi vermek suretiyle denetletebilir veya işletmecilere hesaplarını bağımsız denetim kuruluşlarına denetletme yükümlülüğü getirebilir. Denetim yetkisi verilenler ve bağımsız denetim kuruluşları, bu Kanun ve hesap ayrımı ve maliyet muhasebesine ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde inceleme ve denetimden sorumludurlar. Denetim yetkisi verilenler ve bağımsız denetim kuruluşları,

denetimlere ilişkin olarak hazırladıkları raporlardaki yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan ve üçüncü kişilere verecekleri zararlardan sorumludurlar. Hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi kapsamında yapılan denetime ilişkin giderler ilgili işletmeciler tarafından karşılanır.

(3) Kurum, işletmecilere; hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlülükleri kapsamında hazırladıkları bilgi ve belgeleri yayımlama yükümlülüğü getirebilir. Kurum, gerekli gördüğü takdirde bu bilgi ve belgeleri kendisi de yayımlayabilir. Yayımlanacak bilgi ve belgelerin kapsamı Kurum tarafından belirlenir.

(4) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin hususlar Kurum tarafından düzenlenir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Geçiş Hakkı

Geçiş hakkının kapsamı

MADDE 22

(1) Geçiş hakkı; elektronik haberleşme hizmeti vermek amacıyla, her türlü elektronik haberleşme alt yapısını ve bunların destekleyici ekipmanlarını, kamu ve/veya özel mülkiyete konu taşınmazların altından, üstünden, üzerinden geçirme ve bu alt yapıyı kurmak, değiştirmek, sökmek, kontrol, bakım ve onarımlarını sağlamak ve benzeri amaçlarla söz konusu mülkiyet alanlarını bu Kanun hükümleri çerçevesinde kullanma hakkını kapsar.

Geçiş hakkı talebinin kabulü

MADDE 23

(1) Taşınmaza kalıcı zarar verilmemesi, bu taşınmaz üzerindeki hakların kullanımının sürekli biçimde aksatılmaması koşuluyla, teknik olarak imkan dahilinde, seçeneksiz ve ekonomik açıdan orantısız maliyetler ihtiva etmeyen geçiş hakkı talepleri, makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere, kabul edilir.

(2) Kamu kurum ve kuruluşları, kendilerine yapılan geçiş hakkı talebini içeren başvuruları öncelikli olarak ve gecikmeye mahal vermeden, değerlendirir ve altmış gün içinde sonuçlandırırlar. Benzer konumdaki işletmeciler arasında ayrım gözetmeksizin şeffaf davranılır.

Tesis paylaşımı ve ortak yerleşimin önceliği

MADDE 24

(1) Geçiş hakkı kapsamında kullanılacak bir taşınmaz üzerinde halihazırda bu Kanun ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde, Kurum tarafından ortak yerleşim ve tesis paylaşımı yükümlülüğüne karar verilmiş bir elektronik haberleşme şebekesi bulunması halinde ortak yerleşim ve tesis paylaşımına öncelik verilir.

Anlaşma serbestisi

MADDE 25

(1) İşletmeci ile geçiş hakkı sağlayıcısı, ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak koşulu ile geçiş hakkına ilişkin anlaşmaları 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri saklı kalmak üzere serbestçe yapabilirler. İşletmeciler, Kurum tarafından istenmesi halinde yapılan anlaşma ile ekleri ve değişikliklerini, her türlü bilgi, belge ile yazışmaları Kuruma bildirmekle yükümlüdürler.

Çevrenin korunması

MADDE 26

(1) Geçiş hakkı kapsamında tanınan hakların kullanımı sırasında geçiş yollarında ve etrafında bulunan ağaçların ve çevresel değerlerin korunması esastır. Geçiş hakkı uygulamasında tarihi eserler ile kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin mevzuat hükümleri saklıdır. Bu konuda alınması gereken izinlere ilişkin başvurular ilgili kuruluşlarca altmış gün içinde sonuçlandırılır.

Diğer alt yapılarla ilişkili durumlar

MADDE 27

(1) İşletmeciye ait elektronik haberleşme şebekesi ve bunların destekleyici ekipmanları, geçiş hakkının kullanılacağı taşınmaz üzerinde halihazırda bulunan, kanalizasyon, su, gaz kanalları, demiryolları, elektrik tesisleri, diğer elektronik haberleşme şebekesi ve benzeri kamu hizmeti alt yapısına zarar vermeyecek şekilde ve mesafede tesis edilir. Yeni alt yapı ve şebeke tesis edecek işletmeci, ilgili kamu kurumu ve kuruluşu ile gerekli koordinasyonu sağlayarak hareket eder. Zaruri hallerde söz konusu kamu hizmetlerinin kesintiye uğramaması için alınacak önlemlerden doğan masrafları geçiş hakkını kullanan taraf tazmin eder. Geçiş hakkına ilişkin çalışmalardan kaynaklanan tüm masraflar işletmeci tarafından karşılanır.

Geçiş hakkına ilişkin yükümlülükler

MADDE 28

(1) Geçiş hakkı sağlayıcısı, işletmecinin geçiş hakkı kapsamında yürüteceği faaliyetlerin, kesintisiz ve güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla, masrafları işletmeci tarafından karşılanmak üzere, gerekli tüm önlemlerin alınmasına ve çalışmaların yapılmasına izin verir.

(2) Geçiş hakkı sağlayıcısı bu haklarını kullanırken, işletmecinin geçiş hakkı kapsamında yürüteceği faaliyetler ile işletmeciye ait elektronik haberleşme şebekesini tehlikeye düşürücü veya zarar verici işlemlerden kaçınmakla yükümlüdür.

(3) Geçiş hakkı kullanan işletmeciler, geçiş hakkı sağlayıcısının geçiş hakkının kullanımı dışında ayrıca uğradıkları zararları en geç bir ay içerisinde karşılamak zorundadırlar.

Yetkilendirmenin devri halinde geçiş hakkı anlaşması

MADDE 29

(1) Yetkilendirmenin devri halinde kamu hizmetinin kesintiye uğramaması için, geçiş hakkı sağlayıcısı tarafından aksi ileri sürülmediği müddetçe; geçiş hakkı anlaşmasının, geçiş hakkı sağlayıcısı ile yeni işletmeci arasında aynı şartlarda geçerli olacağı kabul olunur.

Kamulaştırma

MADDE 30

(1) Bu Kanunda öngörülen faaliyetlerin gerektirmesi halinde, kişilerin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar hakkında 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda belirtilen esaslar dahilinde kamulaştırma yapılır. Bu konuda Bakanlıkça verilecek lüzum kararı, kamu yararı kararı yerine geçer ve başka bir onaya gerek kalmaksızın müteakip işlemler Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre Bakanlıkça yürütülür. Kamulaştırılan taşınmazların mülkiyeti Hazineye ait olur ve bu taşınmazlar üzerinde Maliye Bakanlığı tarafından işletmeci lehine yetkilendirme süresi ile sınırlı olmak üzere bedelsiz olarak irtifak hakkı tesis edilir. Yetkilendirmenin sona ermesi veya iptali halinde, bu taşınmazların üzerinde işletmeci lehine tescil edilmiş olan irtifak hakkı ilgili defterdarlık veya malmüdürlüğünün talebi üzerine tapu idaresince re’sen terkin edilir ve bu taşınmazlar başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Hazineye devredilir. İşletmeci tarafından daha önce ödenen kamulaştırma bedelleri iade edilmez.

(2) Bu Kanunda öngörülen faaliyetler ile ilgili olarak işletmeci tarafından Hazinenin özel mülkiyetindeki veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı tesisi, kullanma izni verilmesi veya kiralama yapılmasına ihtiyaç duyulması halinde Kurumdan talepte bulunulur. Bu talebin Kurulca uygun görülmesi halinde, ilgili mevzuatı uyarınca Maliye Bakanlığı ile ilgili işletmeci arasında yetkilendirme süresi ile sınırlı olmak üzere bedeli

karşılığında irtifak hakkı tesisi, kullanma izni veya kiralama sözleşmesi düzenlenir. Bu sözleşmelerde, sözleşmenin geçerliliğinin yetkilendirme süresi ile sınırlı olacağı yönünde hüküm yer alır. Bu şekilde tesis edilen irtifak hakkı, kullanma izni veya kiralama bedelini ödeme yükümlülüğü işletmeciye aittir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Numaralandırma ve İnternet Alan Adları

Ulusal numaralandırma planı

MADDE 31

(1) Kurum, Bakanlık politikası doğrultusunda ulusal numaralandırma planını hazırlar ve plana uygun olarak numara tahsis işlemlerini yapar. Numara kaynaklarının tahsisi, etkin ve verimli kullanımının sağlanması, geri alımı ve benzeri konular Kurumca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Kurum, elektronik haberleşme hizmeti ve/veya şebekesi veya altyapısı için yeterli numara kaynağının bulunmasını sağlayacak şekilde gerekli planlamaları yapar ve numara kaynaklarının adil, şeffaf ve ayrımcı olmayan ilkeler çerçevesinde yönetimini sağlar.

(2) Kurum, numara kaynağının etkin ve verimli kullanılmasına yönelik olarak yapacağı düzenlemeler veya ilgili uluslararası kuruluşların düzenlemeleri doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, işletmecilerin de görüşünü alarak ulusal numaralandırma planında değişiklik yapabilir. Değişikliklerin uygulanması amacıyla işletmecilere uluslararası normlara uygun olacak şekilde süre verilir. İşletmeciler bu değişiklikleri uygular ve gerekli önlemleri alır.

(3) Kurum, numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabilir, kamu düzeni ve millî güvenliğin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda veya Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapılabilir ve tahsisli numaralar geri alınabilir. Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez.

(4) Ankesörlü telefon hizmeti kullanıcıları da dahil olmak üzere, kamu kullanımına açık telefon hizmetinden faydalanan kullanıcılar, herhangi bir ücret ödemeden 112 ve Kurumca belirlenen diğer acil çağrı numaralarını çevirerek acil çağrıya cevap vermekle yetkili kuruluşa erişme hakkına sahiptir. Kurumca belirlenen esaslar çerçevesinde işletmeciler ücretsiz olarak, kullanıcıların 112 acil çağrı numarasına ve Kurumca belirlenebilecek diğer acil çağrı numaralarına sunmakta oldukları hizmetin kapsam ve kalitesine uygun olarak erişimlerini sağlamak ve acil

yardım talebinde bulunan kullanıcıların yerlerini tespit ederek ilgili kuruluşa bildirmekle yükümlüdür.

Numara taşınabilirliği

MADDE 32

(1) İşletmeciler, Kurum düzenlemeleri çerçevesinde işletmeci numara taşınabilirliğini sağlamakla yükümlüdür. Kurum bu yükümlülüğün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları işletmecilerin de görüşünü alarak belirler. İşletmeciler, Kurum düzenlemelerine uygun olarak şebekelerinde gerekli düzenlemeleri yapar ve uygular. İşletmeciler, işletmeci numara taşınabilirliği kapsamında şebekelerinde yapacakları düzenlemelerden kaynaklanabilecek gider kalemleri için Kurumdan hak talebinde bulunamaz.

(2) İşletmeciler, işletmeci numara taşınabilirliği hizmeti vermek veya taşınmış numaralara çağrı göndermek üzere kuracakları sistemler ile mevcut sistemlerinde yapacakları değişiklikler dolayısıyla oluşan maliyeti kendileri karşılar. Ortak kurulacak referans veri tabanı ve benzeri sistemler, Kurumca veya talep eden işletmeciler tarafından Kurum düzenlemeleri çerçevesinde kurulur ve/veya işletilir. Söz konusu sistemler Kurumun belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde işletmeci numara taşınabilirliği hizmeti vermekle yükümlü işletmecilerce veya üçüncü bir tarafça da kurulabilir ve/veya işletilebilir. Bu sistemlere ilişkin maliyet paylaşım esasları Kurum tarafından düzenlenebilir.

(3) Kurum, işletmeci numara taşınabilirliği kapsamında tüketicilerin korunması ve anılan hizmetten en iyi koşullarda faydalanabilmelerini sağlamak amacıyla gerekli her türlü tedbiri alır.

(4) İşletmecilerin, işletmeci numara taşınabilirliği kapsamında birbirlerine uygulayacağı ücretler konusunda bu Kanunun 20 nci maddesi hükümleri uygulanır.

(5) Numara taşınabilirliği dolayısıyla aboneye doğrudan yansıyabilecek ücretler, abonelerin bu hizmeti almalarını engelleyici nitelikte olmamalıdır.

(6) Kurum işletmecilere, adres taşınabilirliği veya hizmet taşınabilirliği sunma yükümlülüğü getirebilir. Bu yükümlülüğe ilişkin usul ve esaslar işletmecilerin de görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir.

Taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi

MADDE 33

(1) Kurum, işletmecilere taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi uygulama yükümlülüğü getirebilir. İlgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip işletmeciler, şebekelerinde Kurum düzenlemeleri

doğrultusunda taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi uygulamakla yükümlü kılınabilir. Kurum bu yükümlülüğün uygulama usul ve esaslarını belirler. İşletmeciler, taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi kapsamında Kurum düzenlemelerine uygun olarak şebekelerinde gerekli düzenlemeleri yapar ve uygular. İşletmeciler, taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi kapsamında şebekelerinde yapacakları düzenlemelerden kaynaklanabilecek gider kalemleri için Kurumdan hak talebinde bulunamaz.

(2) İşletmecilerin taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi kapsamında birbirlerine uygulayacağı ücretler konusunda bu Kanunun 20 nci maddesi hükümleri uygulanır.

(3) Taşıyıcı seçimi ve taşıyıcı ön seçimi dolayısıyla aboneye doğrudan yansıyabilecek ücretler, abonelerin bu hizmeti almalarını engelleyici nitelikte olamaz.

(4) Abonelere ait faturalama bilgisi bulunan sabit ya da mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler ile bu şebekeler üzerindeki abonelere hizmet veren diğer işletmeciler arasında, abonenin birden fazla fatura almasını önlemek amacıyla, tüketiciye ek yük getirmeyecek şekilde, faturalama anlaşması yapılabilir. Bu konuya ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir.

Haczedilmezlik ve haberleşme hizmetlerinin sürekliliği

MADDE 34

(1) Elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmeleri hiçbir şekilde haczedilemez.

(2) Genel güvenlik ve asayişe yönelik haberleşmelerden kapsamı Kurum tarafından belirlenmiş olanlar her ne sebeple olursa olsun kesintiye uğratılamaz.

(3) Elektronik haberleşme alt yapısına mahkeme kararı veya ilgili mevzuatı uyarınca Kurum, Bakanlık veya diğer yetkili merciler tarafından alınmış bir karar olmadıkça, elektronik haberleşmenin aksamasına neden olacak biçimde müdahalelerde bulunulamaz.

İnternet alan adları

MADDE 35

(1) İnternet alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun tespiti ile alan adı yönetimine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından belirlenir.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Spektrum Yönetimi

Frekans planlama, tahsis ve tescili

MADDE 36

(1) Radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin ilgili kanununda belirtilen hükümler saklı kalmak kaydıyla:

a) Telsiz yayınlarının birbirleri üzerinde elektromanyetik girişim oluşturmaması ve frekans bantlarının etkin ve verimli şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla uluslararası frekans planlaması ve uluslararası kuruluşların aldığı kararlar da dikkate alınarak milli frekans planlaması, tahsisi, uluslararası koordinasyon ile tescil işlemleri Kurum tarafından yapılır ve uygulanır.

b) Telsiz cihaz veya sistemi kurmak ve işletmek isteyenler Kuruma frekans tahsis ve tescil işlemlerini yaptırmak zorundadır. Ancak, bu Kanunun 37 nci maddesinde belirtilen, herhangi bir telsiz kurma ve kullanma iznine ve telsiz ruhsatnamesine ihtiyaç göstermeksizin kullanılan telsiz cihaz ve sistemlerinde kullanılacak frekanslar için tahsis ve tescil işlemi yapılmaz.

(2) Frekans tahsislerinde Dışişleri Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyaçları da dahil Türk Silahlı Kuvvetlerine, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına ve Emniyet Genel Müdürlüğüne öncelik tanınır.

(3) Türk Silahlı Kuvvetleri ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, milli frekans planı çerçevesinde kendilerine tahsis edilen frekans bantlarında frekans planlamasını yapar ve uygular.

(4) Teknolojik gelişmeler ve Ülkemizin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kararları doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, Kurum, tahsis edilen frekans ve bantlar için Bakanlık ve ilgili kurumlar ile gerekli koordinasyonu sağlar. Kurum, Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde iptal dahil her türlü değişiklik yapabilir. Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez.

Telsiz kurma ve kullanma izni, telsiz ruhsatnamesi ve kullanıma ilişkin esaslar

MADDE 37

(1) Radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin ilgili kanununda belirtilen hükümler saklı kalmak kaydıyla, Kurum düzenlemelerinde belirtilen ve işletilmesi için frekans tahsisine ihtiyaç gösteren telsiz cihaz veya sistemi kullanıcıları, telsiz kurma ile kullanma izni ve telsiz ruhsatnamesi almak zorundadır. Bu kapsamdaki kullanıcılar telsiz cihaz veya sistemlerini Kurum düzenlemeleri ve telsiz ruhsatnamesinde belirtilen esaslara uygun olarak kurmak ve kullanmak mecburiyetindedirler.

(2) Telsiz kurma ve kullanma izni ve telsiz ruhsatnamesi verilmesi, izin ve telsiz ruhsatnamesinin süresi, yenilenmesi, değişikliği ve iptali ile ilgili usul ve esaslar ile bu çerçevede öngörülen telsiz cihaz veya sistemlerinin kurulması, kullanılması, nakli, işletme tipinin değiştirilmesi, devri ve hizmet dışı bırakılmasında kullanıcıların tabi olacağı hususlar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. Yetkilendirmeye tabi bulunmayan telsiz kurma ve kullanma izinleri en fazla beş yıl için verilir. Süresi içerisinde yenilenmeyen telsiz kurma ve kullanma izni ve telsiz ruhsatnamelerinde belirtilen cihaz ve sistemler için tahsis edilen frekanslar iptal edilir. Kurum tarafından yetkilendirilmiş olmak suretiyle telsiz hizmeti sunan işletmecilerin sistemlerine dahil telsiz cihazı kullanıcıları, telsiz kullanma izni ve telsiz ruhsatnamesinden bu Kanunun 46 ncı maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde muaftırlar.

(3) Kurum düzenlemelerinde belirlenen ve işletilmesi için frekans tahsisine ihtiyaç duyulmayan özel amaçlar için tahsis edilmiş frekans bantlarında ve çıkış gücünde çalışan Kurumca onaylı telsiz cihaz ve sistemleri, herhangi bir telsiz kurma ve kullanma iznine ve telsiz ruhsatnamesine ihtiyaç göstermeksizin kullanılabilir.

(4) Ulusal ve uluslararası kuruluşların belirlediği standart değerleri dikkate almak suretiyle telsiz cihaz ve sistemlerinin kullanımında uyulacak elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerinin belirlenmesi, kontrol ve denetimleri münhasıran Kurum tarafından yapılır veya yaptırılır. Bu işlemler ile ilgili usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığının görüşleri de dikkate alınmak suretiyle Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir. Yönetmelik ile belirlenen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun bulunan ilgili tesisler başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Kurum tarafından güvenlik sertifikası düzenlenmesini müteakip kurulur ve faaliyete geçirilir.

Uydu pozisyonu tahsisi

MADDE 38

(1) Uluslararası planlama ve kriterler çerçevesinde uydu pozisyonlarına ilişkin planlama, tahsis, uluslararası koordinasyon ile tescil işlemlerini Kurum, Bakanlıkla koordineli olarak yürütür.

Kodlu ve kriptolu haberleşme

MADDE 39

(1) Telsiz haberleşme sistemleri üzerinden kriptolu haberleşme yapmaya Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Dışişleri Bakanlığı yetkilidir. Ayrıca yukarıda belirtilen kurumlara ait olanlar

dışında kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin elektronik haberleşme hizmeti içinde kodlu veya kriptolu haberleşme yapma usul ve esasları Kurum tarafından belirlenir.

Spektrum izleme ve denetimi

MADDE 40

(1) Telsiz cihaz veya sistemlerinin belirlenen tekniklere ve usullere uygun olarak kurulmasının ve çalıştırılmasının denetimi, elektromanyetik girişimlerin tespiti ve giderilmesi, Devlet ve kişi güvenliğini ilgilendiren telsiz faaliyetleri konularında mevzuat dahilinde güvenlik birimleriyle işbirliği yapılması, ulusal ve uluslararası spektrum izleme, denetleme ve denetlettirme faaliyetleri Kurum tarafından belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yürütülür.

(2) Kurum, spektrum planlaması, frekans tahsis ve tescili, ücretlendirilmesi dahil spektrum yönetimi ile frekansların etkin ve verimli kullanımı için gerektiğinde tahsis edilen frekansın geri alınması ve yeniden satışı dahil spektrum ticareti ile spektrumun izlenmesi ve denetiminin gerektirdiği düzenlemeleri yönetmelikle yapmaya yetkilidir.

(3) Kurum, spektrum izleme ve denetleme faaliyetlerinde kullandığı her türlü araç, cihaz ve sistemler ile tesisler için emniyet ve muhafaza tedbirleri amacıyla gerek görmesi halinde her türlü riske karşı sigorta yaptırabilir.

(4) Kurum ulusal ve uluslararası spektrum izleme ve denetleme faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere her türlü araç, cihaz ve sistemlerini uygun göreceği yerlerde ve mevzuatı dahilinde kurup işletebileceği gibi kurdurup işletilmesini de sağlayabilir.

(5) Sahil Güvenlik Komutanlığı, deniz yetki alanlarında bu Kanun kapsamındaki her türlü denetim ile spektrum izleme görevini yürütür.

Yabancılara uygulanacak işlemler

MADDE 41

(1) Yabancı devletlerle yapılan anlaşmalara dayanılarak kurulmuş veya kurulacak telsiz cihaz veya sistemleri, varsa bu anlaşmalardaki özel hükümlere tabidir.

(2) Yabancı devletlerin Ülkemizdeki diplomatik temsilciliklerine, karşılıklılık esasına bağlı olarak, Dışişleri Bakanlığının uygun görüşüne istinaden telsiz cihaz veya sistemi kurma ruhsatı ve kullanma izni verilebilir.

Sahil telsiz istasyonları, deniz ve hava bandı telsiz sistemleri

MADDE 42

(1) Deniz taşıtlarının karayla haberleşmesini sağlayan sahil telsiz istasyonlarının ve bu istasyonlar üzerinden yapılan seyir güvenliği haberleşmesi dahil telsiz haberleşme sistemlerinin kurulması ve işletilmesi hizmetleri Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü bünyesindeki Telsiz İşletme Müdürlüğünce herhangi bir yetkilendirmeye tabi olmaksızın yürütülür.

(2) Her çeşit deniz ve hava bandı telsiz haberleşme sistemlerini ve sahil telsiz istasyonları üzerinden yapılan seyir güvenliği haberleşmesi dahil telsiz haberleşme sistemlerini kurma, kurdurma, kullanma izinlerini verme, ruhsatlandırma, deniz bandı telsiz haberleşme ve seyrüsefer cihazlarına çağrı kodu ve benzeri tahsis ve tescil işlemleri Telsiz İşletme Müdürlüğünce yürütülür. Telsiz İşletme Müdürlüğünün, yürütmekle görevli kılındığı hizmetlere ilişkin tarifesi, ilgili mevzuatı gereğince ilgili yönetim kurulunun onayıyla belirlenir.

Amatör telsizcilik

MADDE 43

(1) Hiçbir maddi, kişisel veya siyasi çıkar gözetmeden, sadece kendi istek ve çabası ile telsiz iletişim teknikleri alanında kendini yetiştirmek amacıyla ulusal ve uluslararası amatör telsizcilik faaliyetinde bulunmak isteyenlere, Telsiz İşletme Müdürlüğü tarafından belirlenen esaslara ve ücretlere göre Amatör Telsizcilik Belgesi verilir.

Hava ve deniz telsiz haberleşmesinin uluslararası koordinasyonu

MADDE 44

(1) Bu Kanunun 42 nci maddesi kapsamında, Telsiz İşletme Müdürlüğüne ait görevlere ilişkin uluslararası koordinasyon ve takip işlemleri Kurumca yürütülür.

Yasak bölgelerde yabancı uyrukluların kullanacakları telsiz cihazları

MADDE 45

(1) Yasak bölgelerde bulunmalarına müsaade edilen yabancı uyruklulara verici, verici-alıcı ve radyo ve televizyon yayınlarını almaya yarayan cihazlar dışındaki alıcı telsiz cihazları için telsiz kurma ve kullanma izni ile telsiz ruhsatnamesi verilmesi Genelkurmay Başkanlığının müsaadesine bağlıdır.

Telsiz ücretleri

MADDE 46

(1) Bu Kanun uyarınca telsiz cihaz ve sistemleri için alınacak telsiz ruhsatname ve yıllık kullanım ücretleri, teknik muayene ve benzeri hizmetler karşılığında alınacak ücretler bu Kanuna ekli ücret

tarifesinde gösterilmiş olup, söz konusu ücretler Kuruma gelir kaydedilir. Kurumun önerisi ve Bakanlığın teklifi üzerine, bu Kanuna ekli ücret tarifesine hizmet kalemleri ilave etmeye veya çıkarmaya ve eklenen hizmet kalemlerine ilişkin ücretleri belirlemeye, Cumhurbaşkanı yetkilidir. Ücret tarifesinde belirtilen ücretleri gerektiğinde her bir ücret kalemini yüzde ellisine kadar azaltmaya veya her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak Maliye Bakanlığınca belirlenecek yeniden değerleme oranını geçmemek kaydıyla artırmaya, Kurum yetkilidir.[10]

(2) Ancak, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idareler ile düzenleyici ve denetleyici kurumlar, köy tüzel kişilikleri, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, Kızılay, belediyeler ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kullanılan ve Dışişleri Bakanlığınca belirlenen yabancı devletlerin temsilciliklerine ait yetkilendirme kapsamı dışında olan her türlü telsiz cihaz ve sistemleri telsiz ruhsatnamesi ve yıllık kullanım ücretinden muaftır. **(Ek cümle: 28/11/2017-7061/98 md.)[11]** Ayrıca; iş ve hizmetlerin merkezî bir sunucu tarafından uzaktan izlenmesi ve yürütülmesine yönelik makineler arası veri aktarımına mahsus olan ve bunların yürütülmesi için zorunlu olanlar dışında sesli, görsel iletişim veya genel amaçlı internet erişimi için kullanılmayan telsiz cihazları ve abonelikleri de telsiz ruhsatname ve kullanma ücretlerinden muaf olup Kurum, muafiyet uygulanmasına ilişkin usul ve esas belirlemeye yetkilidir.

(3) Kurumdan yetki almak suretiyle elektronik haberleşme hizmeti yürüten işletmeciler, kendi sistemlerine dahil her türlü abonenin bu Kanun uyarınca Kuruma ödemek zorunda olduğu telsiz ruhsatname ve yıllık kullanma ücretlerini, abonelerinden Kurum adına tahsil ederek, Kurum tarafından belirlenecek usuller çerçevesinde, Kurum hesaplarına devretmekle yükümlüdürler.

(4) **(Değişik: 28/11/2017-7061/98 md.)[12]** Telsiz ücretleri Kurum tarafından belirlenen süre içerisinde Kurumun ilgili banka hesabına doğrudan ödenir. Telsiz ücretlerinin zamanında ödenmemesi halinde, anılan ücretler Kurumun bildirimi üzerine 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ilgili vergi dairesi tarafından tahsil edilerek Kurum hesabına aktarılır. Bu ücretlerin takip ve tahsilinde alacağın kesinleşmesi şartı aranmaz.

[10] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle bu fıkrada yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.
[11] 28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanunun 98 inci maddesiyle bu fıkraya eklenen cümle, aynı Kanunun 123 üncü maddesi uyarınca 1/1/2018 tarihinde yürülüğe girmiştir.
[12] Değişiklik öncesi: "Kurumun bu madde kapsamındaki alacakları 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun uygulanmasında imtiyazlı alacaklardan sayılır. Bu alacakların tahsili genel hükümlere tabi olup, her türlü vergi, resim ve yargı harçlarından muaftır. Bu alacaklar için zamanaşımı süresi on yıldır."

(5) Mobil elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerin faturalı abonelerinden (ön ödemeli aboneleri hariç olmak üzere) alınan ruhsatname ve kullanma ücretleri, işletmecinin sistemine abone olunan ay itibariyle geriye kalan aylar için yıl sonuna kadar eşit taksite bölünerek alınır.

(6) Yetkilendirme kapsamı dışında bulunan telsiz cihaz ve sistemlerine ait telsiz ruhsatname ve kullanım ücretleri, ruhsatlandırma süresine göre peşin alınır. Kurum tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde belirlenen süre sonunda telsiz ruhsatname ve kullanım ücretlerinin ödenmemesi halinde söz konusu cihaz ve sistemlere ilişkin telsiz kurma ve kullanma izinleri ve telsiz ruhsatnameleri iptal edilir.

(7) **(Ek: 28/11/2017-7061/98 md.)** Kurum tarafından sayısı sınırlandırılarak ulusal çapta, kamuya açık mobil elektronik haberleşme hizmeti sunmak üzere imtiyaz sözleşmeleri ve/veya yetkilendirme belgelerine istinaden yetkilendirilen işletmeciler; bu Kanuna ekli ücret tarifesinin "1. TELSİZ RUHSATNAME ÜCRETLERİ" başlığı altında bulunan "b. Karasal mobil (cellular) telsiz telefon sistemi" başlıklı bölümünün (1) numaralı ve "2. TELSİZ KULLANMA ÜCRETLERİ (HER YIL İÇİN)" başlığı altında bulunan "b. Karasal mobil (cellular) telsiz telefon sistemleri" başlıklı bölümünün (1) numaralı sıraları kapsamında ödenmesi gereken ücretler yerine, aylık net satışlarının yüzde beşini aylık dönemler itibarıyla hesaplamak suretiyle, ilgili olduğu ayı izleyen ayın son işgünü mesai bitimine kadar telsiz ücreti olarak Kuruma öderler.[13]

DÖRDÜNCÜ KISIM

Tüketici ve Son Kullanıcı Hakları

Eşit hizmet alabilme hakkı

MADDE 47

(1) İşletmeciler, sağladıkları elektronik haberleşme hizmetlerini benzer konumdaki tüketici ve son kullanıcılara eşit koşullarda ve ayrım gözetmeden sunmakla yükümlüdür. Kurum bu madde ile ilgili usul ve esasları belirler.

Tüketicinin ve son kullanıcının korunması

MADDE 48

[13] 28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanunun 98 inci maddesiyle eklenen bu fıkranın; yine 7061 sayılı Kanunun 123 üncü maddesiyle 1/1/2018 tarihinden itibaren elde edilecek net satışlara uygulanmak üzere aynı tarihte yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır.

(1) Kurum, elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan tüketici ve son kullanıcıların, hizmetlere eşit koşullarda erişebilmelerine ve hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirler.

Şeffaflığın sağlanması ve bilgilendirme

MADDE 49

(1) Kurum, son kullanıcı ve tüketicilerin azami faydayı elde edebilmeleri ve hizmetlerin şeffaflık ilkesine uygun olarak sunulabilmesi için hizmet seçenekleri, hizmet kalitesi, tarifeler ile tarife paketlerinin yayımlanmasına ve benzer hususlarda abonelerin bilgilendirilmesine yönelik olarak işletmecilere yükümlülükler getirebilir.

(2) İşletmeciler, özellikle hizmetler arasında seçim yapılırken ve abonelik sözleşmesi imzalanırken tüketicilerin karar vermelerinde etkili olabilecek hususlar ile dürüstlük kuralı gereğince bilgilendirilmelerinin gerekli olduğu her durumda talep olmaksızın tüketicileri bilgilendirir.

(3) Kurum bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.

Abonelik sözleşmeleri

MADDE 50

(1) Tüketiciler, elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeciyle sözleşme yapma hakkına sahiptir. Abonelik sözleşmelerinde asgari olarak elektronik haberleşme hizmeti sağlayan işletmecinin adı ve adresi, sunulacak hizmetler, teklif edilen hizmet kalitesi seviyeleri ve ilk bağlantının gerçekleştirilebilme süresi, sunulacak bakım ve onarım hizmetlerinin çeşitleri, uygulanacak tarifelerin içeriği ve tarifelerdeki değişiklikler hakkında güncel bilgilerin hangi yollardan öğrenilebileceği, sözleşmenin süresi, sona ermesi ve yenilenmesine ilişkin koşullar, işletmecinin kusurundan kaynaklanan nedenlerle sözleşmede belirtilen hizmet kalite seviyesinin sağlanamaması halinde tazminat ya da geri ödemeye ilişkin işlem, abone ile işletmeci arasında uzlaşmazlık çıkması halinde uygulanacak çözüm yöntemleri gibi bilgilere yer verilir.

(2) Kurum, re'sen veya şikayet üzerine abonelik sözleşmelerini işletmecilerden isteyebilir, inceler ve değiştirilmesi uygun görülen hususları işletmeciye bildirir. İşletmeciler Kurum düzenlemelerine uygun olarak gerekli değişiklikleri belirtilen sürede yapmakla yükümlüdür.

(3) Abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümler geçersizdir.

(4) İşletmeci tarafından abonelik sözleşme koşullarında değişiklik yapıldığının aboneye bildirilmesinden sonra, abone herhangi bir tazminat ödemeden sözleşmeyi feshedebilme hakkına sahiptir. İşletmeciler, sözleşmede yapılacak değişiklikler yürürlüğe girmeden en az bir ay önce abonelerini bilgilendirmekle ve söz konusu değişikliklerin abone tarafından kabul edilmemesi halinde abonelerin herhangi bir tazminat ödemeden sözleşmeyi fesh edebilme haklarının bulunduğunu bildirmekle yükümlüdürler. Aboneler yazılı olarak bildirmek kaydıyla aboneliklerini her zaman sona erdirebilir.

(5) **(Değişik: 23/10/2014-6563/14 md.)** İşletmeciler tarafından, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarla, önceden izinleri alınmaksızın otomatik arama makineleri, fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle pazarlama veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla haberleşme yapılamaz. İşletmeciler, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarıyla siyasi propaganda içerikli haberleşme yapamazlar.[14]

(6) **(Ek: 23/10/2014-6563/14 md.)** İşletmeciler tarafından, abone ve kullanıcıların iletişim bilgilerinin bir mal ya da hizmetin sağlanması sırasında, bu tür haberleşmenin yapılacağına dair bilgilendirilerek ve reddetme imkânı sağlanarak edinilmiş olması hâlinde, abone ve kullanıcılarla önceden izin alınmaksızın aynı veya benzer mal ya da hizmetlerle ilgili pazarlama, tanıtım, değişiklik ve bakım hizmetleri için haberleşme yapılabilir.

(7) **(Ek: 23/10/2014-6563/14 md.)** Abone ve kullanıcılara, bu tür haberleşme yapılmasını reddetme ve verdikleri izni geri alma hakkı kolay ve ücretsiz bir şekilde sağlanır.

(8) Kurum bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.[15]

Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunması

MADDE 51 (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 9/4/2014 tarihli ve E.: 2013/122 K.: 2014/74 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenleme: 27/3/2015-6639/31 md.)[16]

(1) Kişisel verilerin işlenmesinde; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması, doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi, işlendikleri amaçla

[14] Değişiklik öncesi: "Abonenin önceden izni alınmadan otomatik arama makineleri, fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle doğrudan pazarlama, siyasi propaganda veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla istek dışı haberleşme yapılması halinde, abone ve kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı kolay bir yolla ve ücretsiz olarak sağlanır."
[15] 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle, bu maddeye (6) ve (7) numaralı fıkralar eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.
[16] İptal öncesi: "Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir."

bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ile işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi ilkelerine uyulur.

(2) Elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliği esas olup, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi yasaktır.

(3) Elektronik haberleşme şebekeleri, haberleşmenin sağlanması dışında abonelerin/kullanıcıların terminal cihazlarında bilgi saklamak veya saklanan bilgilere erişim sağlamak amacıyla işletmeciler tarafından ancak ilgili abonelerin/kullanıcıların verilerin işlenmesi hakkında açık ve kapsamlı olarak bilgilendirilmeleri ve açık rızalarının alınması kaydıyla kullanılabilir.

(4) İşletmeciler şebekelerinin, abonelerine/kullanıcılarına ait kişisel verilerin ve sundukları hizmetlerin güvenliğini sağlamak amacıyla uygun teknik ve idari tedbirleri alır.

(5) Bu Kanunun 49 uncu maddesi kapsamında veya kamu yararının sağlanması amacıyla Kurum tarafından işletmecilere getirilen yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için kişisel veriler işlenebilir.

(6) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilir.

(7) Trafik verileri; trafiğin yönetimi, arabağlantı, faturalama, usulsüzlük/dolandırıcılık tespitleri ve benzeri işlemleri gerçekleştirmek veya tüketici şikâyetleri ile arabağlantı ve faturalama anlaşmazlıkları başta olmak üzere, uzlaşmazlıkların çözümü amacıyla sadece işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı kalmak kaydıyla işlenir ve bu uzlaşmazlıkların çözüm süreci tamamlanıncaya kadar gizliliği ve bütünlüğü sağlanarak saklanır. Katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ya da elektronik haberleşme hizmetlerinin pazarlanması amacıyla ihtiyaç duyulan trafik verileri ile konum verileri anonim hâle getirilerek veya ilgili abonelerin/kullanıcıların açık rızalarının alınması ve sadece işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı kalmak kaydıyla, belirtilen faaliyetlerin gerektirdiği ölçü ve sürede işlenebilir.

(8) İşletmeciler konum verilerinin işlenmesinde abonelere/kullanıcılara bu verilerin işlenmesini reddetme imkânı sağlar. İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağrıları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde

abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilir.

(9) Abone/kullanıcı şikâyetlerinin incelenmesi ve denetim faaliyetleri kapsamında trafik ve konum verileri ile kişisel veriler, belirtilen faaliyetlerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilir.

(10) Bu Kanun kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin olarak;

a) Soruşturma, inceleme, denetleme veya uzlaşmazlığa konu olan kişisel veriler ilgili süreç tamamlanıncaya kadar,

b) Kişisel verilere ve ilişkili diğer sistemlere yapılan erişimlere ilişkin işlem kayıtları iki yıl,

c) Kişisel verilerin işlenmesine yönelik abonelerin/kullanıcıların rızalarını gösteren kayıtlar asgari olarak abonelik süresince,

saklanır. Veri kategorileri ile haberleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere verilerin saklanma süreleri yönetmelikle belirlenir.

(11) İşletmeciler, tahsilata ilişkin riskin yönetilmesi ve kötü niyetli kullanımların önlenmesi amacıyla abonelerin elektronik haberleşme hizmetlerine yönelik fatura tutarı ve ödeme bilgilerini diğer işletmecilerle paylaşabilir veya işleyebilir.

(12) Bu Kanun kapsamında kişisel verilerin gizliliğinin, güvenliğinin ve amacı doğrultusunda kullanılmasının temininden işletmeciler sorumludur.

(13) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.

Hizmet kalitesi

MADDE 52

(1) Kurum hizmet kalite seviyesine ilişkin olarak tüketici ve son kullanıcıların kapsamlı, yeterli ve anlaşılabilir bilgiye ulaşmasını sağlamak amacıyla, hizmet kalitesinin seviyesine ilişkin ölçütleri, işletmeciler tarafından yayınlanacak bilgilerin içeriğini, şeklini ve hizmet kalite seviyesine ilişkin diğer hususları belirleyebilir.

(2) İşletmeciler, Kurum tarafından elektronik haberleşme hizmetlerinin hizmet kalitesi ölçütlerine ilişkin her türlü bilgiyi ve hizmet kalite standartlarına uyumu istenen şekilde ve belirlenen sürede sağlamakla yükümlüdür. Kurum belirleyeceği usul ve esaslarla işletmeciler tarafından gönderilen hizmet kalitesine ilişkin bilgileri yayımlayabileceği gibi, işletmecilere yayımlama yükümlülüğü de getirebilir. Kurum bilgilerin doğruluğunu ve hizmet kalitesi ölçüt ve standartlarına uyumu denetleyebilir veya denetletebilir.

(3) Kurum işletmecilere, elektronik haberleşme hizmetlerine ve elektronik haberleşme alt yapı veya şebeke unsurlarına yönelik hizmet seviyesi taahhütleri hazırlama ve bu taahhütleri belirlenen biçimde ve sürede yayımlama yükümlülüğü getirebilir. Kurum, işletmecilerden, hizmet seviyesi taahhütlerinde değişiklik, iyileştirme ve düzeltme yapılmasını isteyebilir. İşletmeciler, söz konusu değişiklik, iyileştirme ve düzeltmeleri Kurum tarafından belirtilen sürede yerine getirmekle yükümlüdür.

(4) İşletmeciler, her hal ve şartta doğru faturalama yapma ve fatura içeriği ile ilgili ihtilaf durumunda ispat yükümlülüğündedirler.

(5) Kurum faturaların gönderimi, faturalarda bulunması gereken hususlar, ayrıntılı faturaların düzenlenmesi ile abone tarafından faturaların ödenmemesi halinde hizmetin kesilmesinde uygulanacak işlemleri ve bu maddeye ilişkin usul ve esasları belirler.

BEŞİNCİ KISIM

Onaylanmış Kuruluşlar ve Piyasa Gözetimi

Onaylanmış kuruluşlar, piyasa gözetimi ve denetimi

MADDE 53

(1) Bu Kanun kapsamındaki cihazların Kurum tarafından yayımlanacak teknik düzenlemelere ve ilgili güvenlik koşullarına uygunluğu, bu konularda üretici ve dağıtıcıların yükümlülüğü, bu cihazların piyasa gözetimi ve denetiminde Kurumun yetki ve sorumluluğu ile Kurum tarafından belirlenecek onaylanmış kuruluşların sorumlulukları hususunda 4703 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanır.

(2) Kurum, piyasa gözetimi ve denetimi faaliyetlerinde gerekli gördüğü durumlarda gözetim ve denetime konu cihaza ilişkin uygunluk değerlendirme işlemlerinde yer almayan test, muayene ve/veya belgelendirme kuruluşlarının imkanlarından yararlanabilir; kendi laboratuvar imkanlarını da ücreti mukabili talep edenlerin istifadesine belirleyeceği usul ve esaslarla sunabilir. Ancak, piyasa gözetimi ve denetiminde nihai karar Kuruma aittir. Cihazın güvenli olmadığının tespit edilmesi halinde, test ve muayeneye ilişkin giderler üretici tarafından ödenir.

(3) Elektronik haberleşme cihazları, güvenli hale getirilmesinin imkansız olduğu durumlarda, masraflar üretici tarafından karşılanmak üzere, taşıdıkları risklere göre kısmen ya da tamamen Kurum tarafından bertaraf edilir veya ettirilir.

(4) Onaylanmış kuruluşlar ve piyasa gözetimi ve denetimi ile ilgili usul ve esaslar 4703 sayılı Kanun ve ilgili teknik düzenlemeler çerçevesinde Kurum tarafından belirlenir.

Yetki belgesi

MADDE 54

(1) Kurum tarafından düzenlenmiş yetki belgesini haiz olmayan gerçek veya tüzel kişiler, ölçüm ve denetim hizmeti veremez.

(2) Bu maddenin uygulanmasına ve yetki belgesi verilmesine ilişkin usuller ile denetim yetki belgesi ücretleri Kurum tarafından düzenlenir.

Elektronik kimlik bilgisini haiz cihazlar

MADDE 55

(1) Kurum tarafından izin verilmedikçe, abone kimlik ve iletişim bilgilerini taşıyan özel bilgiler veya cihazın teşhisine yarayan elektronik kimlik bilgileri yeniden oluşturulamaz, değiştirilemez, kopyalanarak çoğaltılamaz veya herhangi bir amaçla dağıtılamaz.

(2) Elektronik kimlik bilgisi değiştirilmiş cihaz, kart, araç veya gereçlerle, değişiklik yapılması amacına yönelik yazılım, her türlü araç veya gereçlerin ithalâtı, üretimi, dağıtımı veya tanıtımı yapılamaz, bulundurulamaz, aracılık edilemez.

(3) Elektronik kimlik bilgisi değiştirilmiş cihaz, kart, araç veya gereçlerle, değişiklik yapılması amacıyla kullanılabilen yazılım, her türlü araç veya gereçlere 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 127 nci maddesi hükümlerine göre el konulur.

Abone ve cihaz kimlik bilgilerinin güvenliği

MADDE 56

(1) Abone kimlik ve iletişim bilgilerini taşıyan özel bilgiler ile cihazların elektronik kimlik bilgilerini taşıyan her türlü yazılım, kart, araç veya gereç yetkisiz ve izinsiz olarak kopyalanamaz, muhafaza edilemez, dağıtılamaz, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla kullanılamaz.

(2) İşletmeci veya adına iş yapan temsilcisine abonelik kaydı sırasında abonelik bilgileri konusunda gerçek dışı belge ve bilgi verilemez.

(3) Abonelik tesisi için gerekli kimlik belgeleri örneği alınmadan işletmeci veya adına iş yapan temsilcisi tarafından abonelik kaydı yapılamaz.

(4) **(Ek: 6/2/2014-6518/104 md.)** Kişinin bilgisi ve rızası dışında işletmeci veya adına iş yapan temsilcisi tarafından abonelik tesisi veya işlemi veya elektronik kimlik bilgisini haiz cihazların

kayıt işlemi yapılamaz ve yaptırılamaz, bu amaçla gerçeğe aykırı evrak düzenlenemez, evrakta değişiklik yapılamaz ve bunlar kullanılamaz.

(5) **(Ek: 6/2/2014-6518/104 md.)** Gerçeğe aykırı evrak düzenlemek veya değiştirmek suretiyle kişinin bilgi ve rızası dışında tesis edilmiş olan abonelikler kullanılamaz.

(6) Abonelik tesisine ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından yönetmelikle belirlenir.[17]

Teknik uyumluluk

MADDE 57

(1) İşletmeciler, kayıp, kaçak veya çalıntı cihazlara, elektronik haberleşme hizmeti veremezler. Ancak, Kurumun MCKS'ında kayıtlı iken elektronik kimlik bilgisi kopyalanmış gerçek cihazlar sadece eşleştirme yapılan abone numaraları ile kullanılmak üzere kullanıma açılır.

(2) İşletmeciler, yukarıdaki fıkrada açıklanan yasal olmayan cihazların haberleşme şebekelerine bağlanılmalarını önlemek üzere MCKT sistemlerini Kurumdaki MCKS ile birlikte uyumlu olarak çalışır hâle getirmek, bununla ilgili teknik alt yapı ve sisteminin güvenliği ve güvenilirliğini sağlamak ve aksamaksızın işletmekle yükümlüdürler.

Bilgi ve ihbar merkezi

MADDE 58

(1) Kurum, bu Kanunla verilen görevlerin ifasında ihtiyaç duyacağı işler için bilgi ve ihbar merkezi kurabilir. Bu merkezin işletilmesini kendisi yapabileceği gibi üçüncü kişilere de yaptırabilir. Kurum sistemine kayıtlı olan elektronik kimlik bilgisini haiz cihazı çalınan, yağmalanan, kaybeden veya her ne suretle olursa olsun rızası dışında elinden çıkan kişiler cihazının elektronik haberleşme bağlantısının kesilmesi için öncelikle bilgi ve ihbar merkezine başvururlar.

ALTINCI KISIM

Denetim, Kurumun Yetkisi, İdari Yaptırımlar

BİRİNCİ BÖLÜM

Denetim

Denetim

[17] 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunun 104 üncü maddesiyle bu maddeye üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere dördüncü ve beşinci fıkralar eklenmiş ve mevcut dördüncü fıkrası altıncı fıkra olarak teselsül ettirilmiştir.

MADDE 59

(1) Kurum re'sen veya kendisine intikal eden ihbar veya şikayet üzerine, bu Kanunda belirlenen görevleri ile ilgili olarak elektronik haberleşme sektöründe yer alan gerçek ve tüzel kişileri denetleyebilir, denetlettirebilir. Kurum, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, mahallinde de inceleme ve denetim yapabilir ve/veya yaptırabilir. Mülki amirler, kolluk kuvvetleri ve diğer kamu kurumlarının amir ve memurları inceleme veya denetimle görevlendirilenlere her türlü kolaylığı göstermek ve yardımda bulunmakla yükümlüdürler. İnceleme veya denetimle görevlendirilenler, inceleme veya denetime giderken yanlarında denetimin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.

(2) Denetimle görevlendirilenler, denetime tabi olanlar veya tesisleri nezdinde, defterler de dahil olmak üzere her türlü evrak ve emtianın, elektronik ortamdaki bilgilerin, elektronik haberleşme alt yapısının, cihaz, sistem, yazılım ve donanımlarının incelenmesi, suret veya numune alınması, konuyla ilgili yazılı veya sözlü açıklama istenmesi, gerekli tutanakların düzenlenmesi, tesislerin ve işletiminin incelenmesi konularında yetkilidir. Denetime tabi tutulanlar, denetimle görevli kişilere her türlü kolaylığı göstermek, yukarıda sayılan hususlarla ilgili taleplerini belirlenen süre içinde yerine getirmek, cihaz, sistem, yazılım ve donanımları denetlemeye açık tutmak, denetim için gerekli alt yapıyı temin etmek ve çalışır vaziyette tutmak için gerekli önlemleri almak zorundadır. Aykırı davranışta bulunanlara bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre cezai işlem uygulanır.

(3) Kurum, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, bu görevleri ile ilgili gerekli gördüğü bilgi ve belgeyi kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden isteyebilir. Kurum gerektiğinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarından denetim konusunda uzman personel talep edebilir.

(4) Kurum, belirlenecek esaslar dahilinde işletmecileri denetlettirebilir. Denetim yetkisi verilenler ve bağımsız denetim kuruluşları Kuruma sunacakları bilgi, belge, rapor ve mali tabloların bu Kanun ve mevzuat hükümlerine uygunluğu ve hesapların doğruluğundan ve genel kabul görmüş denetim ilke ve esaslarına göre inceleme ve denetiminden sorumludur. Bunlar, hazırladıkları raporlardaki yanlış ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan ve bu Kanun uyarınca yaptıkları faaliyetler dolayısıyla üçüncü kişilere verecekleri zararlardan sorumludurlar.

(5) Kurumun denetim faaliyetlerinde görevlendirilen personeli ile bu faaliyetlerin yönetim ve koordinasyonunu sağlayan görevlilerine görevleri sona erdiğinde, Kurumca, elektronik haberleşme sektöründe bağımsız denetçilik yapabileceğine ilişkin bir belge düzenlenir. Bunlar,

Kurumdaki görevlerinden ayrılmalarını müteakip, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartlar ile ceza veya disiplin soruşturması sonucunda memuriyetten çıkarılmış olmamak koşullarını korudukları sürece, elektronik haberleşme sektöründe bağımsız denetçi olarak görev alabilirler.

(6) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından yönetmelikle belirlenir.

İKİNCİ BÖLÜM

Kurumun Yetkisi ve İdari Yaptırımlar

Kurumun yetkisi ve idarî yaptırımlar

MADDE 60

(1) Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır.

(2) Kurum, işletmecinin faaliyete yeni başlamış olması halinde, ihlalin niteliği, ihlal neticesinde herhangi bir ekonomik kazanç elde edilip edilmemesi, iyi niyet ve gönüllü bildirim gibi ölçütleri de dikkate alarak önceden belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde bin liradan bir milyon liraya kadar idarî para cezası ile bu Kanunda belirtilen diğer idarî yaptırımları uygulamaya yetkilidir.

(3) Kurum, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye de yetkilidir.

(4) Elektronik haberleşme hizmeti sunan bir işletmeci ile abonelik sözleşmesi yapan gerçek ve tüzel kişiler faaliyetlerinin gereği olarak aldıkları hizmeti üçüncü kişilere ücretli veya ücretsiz verebilir. Aboneler yararlandıkları hizmeti ticaret amacıyla üçüncü kişilere sunamazlar. Aksine davrananların abonelik sözleşmeleri iptal edilir.

(5) Kurumun belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde elektronik haberleşme tesisleri ile ilgili bildirimlerin yapılmaması veya güvenlik sertifikası alınmadan kurulması veya Kurum veya Kurum tarafından yetki verilen kuruluşlarca yapılacak ölçümler sonucu Kurum tarafından belirlenen elektromanyetik alan şiddeti limit değere uygun bulunmaması hallerinde, bunların sahibine bu Kanuna ekli ücret tarifesinde belirlenen ruhsatname ücretinin elli katı idarî para cezası her bir cihaz için ayrı ayrı uygulanır. Bu Kanunun 46 ncı maddesinin ikinci fıkrasında telsiz ruhsatnamesi ve yıllık kullanım ücretinden muaf tutulanlar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır. Bu fıkradaki idarî para cezaları Kurumun taşra teşkilatı tarafından da verilebilir.

(6) Bu Kanunun 53 üncü maddesinin birinci fıkrasına aykırılık hallerinde, 4703 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde dağıtıcı, üretici ve onaylanmış kuruluşlar bakımından öngörülmüş bulunan idarî para cezaları bir katından dört katına kadar artırılarak uygulanır.

(7) Bu Kanunun 57 nci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere, cihaz başına onbin liradan yirmibin liraya kadar; ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere onmilyon liraya kadar idarî para cezası verilir.

(8) Bu maddedeki idarî para cezaları Kurum tarafından verilir.

(9) **(Ek: 28/11/2017-7061/99 md.)** İşletmecinin tüketicilerden haksız olarak ücret tahsil ettiğinin tespiti hâlinde, idari yaptırım uygulama hakkı saklı kalmak kaydıyla, işletmeci bu tutarları tüketicilere iade etmekle yükümlüdür. İadeye ilişkin kararın Kurum tarafından işletmeciye tebliğ edildiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde işletmecinin tüketiciye ulaşamaması veya Kurum tarafından haklı görülen herhangi bir nedenle işletmeci tarafından iadelerin gerçekleştirilememesi halinde, bu iade bedelleri evrensel hizmet gelirleri olarak genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Bakanlığın merkez muhasebe birimi hesabına yatırılır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.[18]

(10) **(Ek: 15/8/2016-KHK-671/25 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/22 md.)** Anayasanın 22 nci maddesinde sayılan sebeplerden biri veya birkaçına bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhurbaşkanlığı, alınması gereken tedbirleri belirler ve uygulanmak üzere Kuruma bildirir. Kurum Başkanı, Cumhurbaşkanlığının gerekli gördüğü tedbirlere ilişkin kararını derhal işletmecilere, erişim sağlayıcılara, veri merkezlerine ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirir. Bu kararın gereği, derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren en geç iki saat içinde

[18] 28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanunun 99 uncu maddesiyle, mevcut sekizinci fıkrası ile onikinci fıkradan sonra gelmek üzere (9) ve (13) numaralı fıkralar eklenmiş ve mevcut fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

yerine getirilir. Bu karar, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kararını kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde karar kendiliğinden kalkar.[19]

(11) **(Ek: 15/8/2016-KHK-671/25 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/22 md.)** Kurum, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alır veya aldırır.

(12) **(Ek: 15/8/2016-KHK-671/25 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/22 md.)** Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir. Kurum, bu fıkrada belirtilen görevlerin ifasında bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışır. Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir. Bu fıkraya göre bilgi ve belge talebinde bulunulması ve bu taleplerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Cumhurbaşkanlığınca belirlenir.[20]

(13) **(Ek: 15/8/2016-KHK-671/25 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/22 md.)** Gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri, Kurumun bu maddedeki görevleri ile ilgili taleplerini, tabi oldukları mevzuat hükümlerini gerekçe göstermek suretiyle yerine getirmekten kaçınamazlar. İşletmeciler dışında Kurumun görevleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere bu maddenin ikinci fıkrasındaki yaptırım uygulanır.

(14) **(Ek: 28/11/2017-7061/99 md.)** Anayasanın 22 nci maddesinde sayılan sebeplerden biri veya birkaçına bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başbakanlık, alınması gereken tedbirleri belirler ve uygulanmak üzere Kuruma bildirir. Kurum Başkanı, Başbakanlığın gerekli gördüğü tedbirlere ilişkin kararını derhal işletmecilere, erişim sağlayıcılara, veri merkezlerine ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirir. Bu kararın gereği, derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren en geç iki saat içinde yerine getirilir. Bu karar, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kararını kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde karar kendiliğinden kalkar.

---

[19] 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nin 25 inci maddesiyle sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere ''9,10,11,12'' numaralı fıkralar eklenmiş ve sonraki mevcut fıkra 13 olarak teselsül ettirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanunun 22 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[20] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 205 inci maddesiyle 60 ıncı maddenin onuncu fıkrasında yer alan "Başbakanlık" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı" şeklinde, "Başbakanlığın" ibaresi "Cumhurbaşkanlığının" şeklinde ve onikinci fıkrasında yer alan "Başbakanlıkça" ibaresi "Cumhurbaşkanlığınca" şeklinde değiştirilmiştir.

(15) Eksik ödenen Kurum alacaklarının hesaplanmasında, işletmecilerce fazla ödendiği tespit edilen tutarlar, ödendikleri tarih esas alınarak mahsup edildikten sonra kalan tutar dikkate alınır. Bu takdirde mahsup suretiyle tahsil edilen Kurum alacağı, vadesinden sonra tahsil edilmişse tahsil tarihine kadar gecikme zammı uygulanır.

(16) Kurum, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alır veya aldırır.

(17) Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir. Kurum, bu fıkrada belirtilen görevlerin ifasında bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışır. Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir. Bu fıkraya göre bilgi ve belge talebinde bulunulması ve bu taleplerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Başbakanlıkça belirlenir.

(18) Gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri, Kurumun bu maddedeki görevleri ile ilgili taleplerini, tabi oldukları mevzuat hükümlerini gerekçe göstermek suretiyle yerine getirmekten kaçınamazlar. İşletmeciler dışında Kurumun görevleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere bu maddenin ikinci fıkrasındaki yaptırım uygulanır.

(19) Bu maddenin uygulanmasına ve bu Kanunda öngörülen yükümlülüklerin işletmeciler tarafından yerine getirilmemesi halinde uygulanacak idarî para cezalarına ilişkin hususlar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

İdarî para cezalarının uygulanması ve tahsili

MADDE 61

(1) Kurum tarafından verilen idarî para cezaları, 6183 sayılı Kanun hükümlerine tabi olup, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Kurum hesaplarına ödenir. Bu süre içerisinde ödenmeyen idarî para cezaları, Kurumun bildirimi üzerine ilgili vergi dairesince 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

(2) Tahsil olan idarî para cezalarının tamamı Kurum hesaplarına aktarılır.

Dava hakkı

MADDE 62

(1) İdarî yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurum kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır. Kurulun kararları, Kurumun idarî denetimi sırasında yerindelik denetimine tabi tutulamaz.

(2) Kurum tarafından açılacak davalarda teminat aranmaz.

YEDİNCİ KISIM

Cezai Hükümler

Cezai hükümler

MADDE 63

(1) Bu Kanunun 9 uncu maddesine aykırı olarak Kuruma bildirimde bulunmaksızın elektronik haberleşme hizmeti verenler ve/veya tesisleri kuranlar ve/veya işletenler hakkında bin günden on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(2) Bu Kanunun 9 uncu maddesine aykırı olarak kullanım hakkı olmadan elektronik haberleşme hizmeti verenler, tesisi kuranlar ve/veya işletenler hakkında altı aya kadar hapis ve beş bin günden on beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(3) Elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş bulunan işletmecilerin personelinin, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının İkinci Kısmının Dokuzuncu Bölümünde düzenlenen, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları işlemesi halinde haklarında bu bölümde öngörülen cezalara hükmolunur. Ancak 137 nci maddeye göre yapılacak artırım bir kat olarak uygulanır.

(4) Kurma ve kullanma izni ile ruhsatname alınması gereken telsiz cihazı veya sistemlerini bu Kanunun 37 nci maddesine aykırı olarak, Kurumdan izin almaksızın satan, kuran, işleten ve kullananlar hakkında ikibin güne kadar adlî para cezası uygulanır. Bu cihazları, gerekli izinler alınmış olsa bile millî güvenliği ihlal amacıyla kullananlar eylemleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan bir yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

(5) Kurum tarafından yetkilendirilen, izin verilen ve tahsis yapılan kişiler tarafından;

a) Telsiz sistemlerinin Kurumun düzenlemelerine ve verilen telsiz ruhsatnamesine uygun olmayan bir şekilde kurulması, işletilmesi, fiziki yerinin, frekansının ve diğer teknik özelliklerinin değiştirilerek amacı dışında kullanılması halinde aykırılığın giderilmesi için gerekli tedbirlerin Kurum tarafından belirlenecek sürede alınmaması,

b) Telsiz sistemlerinin Kurum düzenlemeleri ile belirlenen tekniklere ve usullere uygun olarak çalıştırılmaması sonucu her ne suretle olursa olsun diğer elektronik haberleşme sistemleri üzerinde elektromanyetik girişim veya diğer her türlü bozucu etkiye sebebiyet verildiğinin tespiti üzerine söz konusu elektromanyetik girişim veya bozucu etkilerin giderilmesi için gerekli tedbirlerin Kurum tarafından belirlenecek sürede alınmaması,

hallerinde, yüz günden az olmamak üzere adlî para cezası uygulanır.

(6) Bu Kanunun 39 uncu maddesine aykırı olarak kodlu ve kriptolu haberleşme yapan ve yaptıranlar beş yüz günden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(7) Bu Kanunun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olarak Kurum tarafından bertaraf ettirilmek üzere üretici, dağıtıcı veya kullanıcısına teslim edilen cihazların piyasaya arz edildiği veya kullanıldığının tespiti halinde sorumluları hakkında bin günden beş bin güne kadar adli para cezası verilir.

(8) Bu Kanunun 54 üncü maddesine aykırı hareket edenler hakkında beş bin güne kadar adli para cezası uygulanır.

(9) Bu Kanunun 55 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı hareket edenler hakkında bin günden on beş bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

(10) Bu Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler bin günden beş bin güne kadar; ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarına aykırı hareket ederek bu işi bizzat yapanlar elli günden yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.[21]

(11) Bu maddede tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarısı oranında artırılır. Bu faaliyette bulunan tüzel kişi ise, hakkında 5237 sayılı Kanundaki bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmolunur.

SEKİZİNCİ KISIM

Son Hükümler

Tebligat

MADDE 64

[21] 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunun 105 inci maddesi ile bu fıkrada yer alan "ikinci fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler yirmi günden yüz güne kadar; üçüncü fıkrası hükümlerine aykırı hareket edenler yüz günden beş yüz güne kadar" ibaresi "ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarına aykırı hareket ederek bu işi bizzat yapanlar elli günden yüz güne kadar" şeklinde değiştirilmiştir.

(1) Bu Kanun uyarınca Bakanlık ve Kurum tarafından ilgililere yapılacak tebliğler 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Atıflar ve uygulama

MADDE 65

(1) Diğer mevzuatta, hizmet alanları itibariyle, 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ve 5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanununa yapılan atıflar ile bu kanunların kendi içinde yapılan atıflar, konuları itibariyle bu Kanuna yapılmış sayılır.

(2) Diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.

(3) Diğer mevzuatta geçen "Telekomünikasyon Kurumu" ibaresinden "Kurum"; "Telekomünikasyon Kurulu" ibaresinden de "Kurul" anlaşılır.

Yürürlükten kaldırılan hükümler

MADDE 66

(1) 406 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrası, yedinci fıkrası ve dokuzuncu fıkrasının ilk cümlesi; ek 17 nci, ek 19 uncu, ek 21 inci, ek 22 nci, ek 23 üncü, ek 24 üncü, ek 28 inci, ek 29 uncu, ek 30 uncu maddeleri; ek 32 nci maddesinin dördüncü ve altıncı fıkraları; ek 33 üncü maddesi; ek 35 inci maddesinin ikinci fıkrası; ek 36 ncı, ek 37 nci, geçici 3 üncü, 35 inci ve 36 ncı maddeleri dışındaki madde ve hükümleri ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) 2813 sayılı Kanunun 5 inci ve 8 inci maddeleri; ek 2 nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci fıkraları; 35 inci ve 36 ncı maddeleri dışındaki diğer hükümleri ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

(3) 27/1/2000 tarihli ve 4502 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 26 ncı, geçici 1 inci, geçici 5 inci, geçici 6 ncı, geçici 7 nci, geçici 8 inci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

(4) 12/5/2001 tarihli ve 4673 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun geçici 1 inci, geçici 2 nci, geçici 4 üncü maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Değiştirilen hükümler

MADDE 67

(1) (4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine

işlenmiştir.)

(2) (5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(3) (9/4/1987 tarihli ve 3348 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(4) (9/4/1987 tarihli ve 3348 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(5) (14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(6) (16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(7) (4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

Siber Güvenlik Kurulu

EK MADDE 1

(1) (Mülga fıkra: 2/7/2018-KHK-703/205 md.)

(2) Kurulun görevleri şunlardır:

a) Siber güvenlik ile ilgili politika, strateji ve eylem planlarını onaylamak ve ülke çapında etkin şekilde uygulanmasına yönelik gerekli kararları almak.

b) Kritik altyapıların belirlenmesine ilişkin teklifleri karara bağlamak.

c) Siber güvenlikle ilgili hükümlerin tamamından veya bir kısmından istisna tutulacak kurum ve kuruluşları belirlemek.

ç) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

EK MADDE 2

(1) Mevzuatta Siber Güvenlik Kuruluna yapılmış olan atıflar, Cumhurbaşkanınca belirlenen kurul veya mercie yapılmış sayılır.

Uygulama

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Kanunda öngörülen düzenlemelerin yürürlüğe gireceği tarihe kadar mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir. Kurum, bu Kanunun İkinci Kısım Birinci Bölümünde yer alan yetkilendirme ile ilgili hükümler yürürlüğe girinceye kadar

mevcut mevzuat uyarınca yetkilendirme yapabilir. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, işletmecilerin ilgili mevzuatına uygun olarak sahip oldukları geçiş hakları devam eder.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Kurum tarafından verilmiş ancak henüz tahsili gerçekleşmemiş olan idarî para cezaları hakkında da 61 inci madde hükmü uygulanır.

Yetkilendirmede geçiş süreci

GEÇİCİ MADDE 2

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin ile yetkilendirilmiş olan işletmeciler, bu Kanun uyarınca Kuruma bildirimde bulunmuş veya gerekli olduğu durumlarda yetkilendirmelerindeki süre ile sınırlı olarak kullanım hakkı almış sayılırlar.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Kurumla imzalanmış olan görev ve imtiyaz sözleşmeleri; süre bitimi, fesih, iptal veya başkaca herhangi bir nedenle sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerini devam ettirirler. 406 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin son fıkrasında yer alan tanımlar ilgili olduğu sözleşmenin konusu itibariyle bu fıkra uygulamasında geçerliliklerini sürdürürler.

(3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yetkilendirmeye tabi olmayan elektronik haberleşme hizmetleri için Kurum tarafından sistem kurma ve kullanma izni verilmiş olan kullanıcıların kaynak kullanım hakları devam eder.

Telsiz ruhsatlarının yenilenmesi

GEÇİCİ MADDE 3

(1) Özel kanunlarının verdiği yetkiye göre telsiz cihaz ve sistemleri kullanan kamu kurum ve kuruluşları hariç, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, telsiz cihaz ve sistemleri kullanan diğer kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler bu Kanunun 37 nci maddesinde belirtilen yönetmeliğin yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde gerekli belgelerle birlikte Kuruma başvurarak durumlarını bu Kanun hükümlerine uygun hale getirirler.

(2) Kurum, söz konusu kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin durumlarını inceleyerek uygun olanların telsiz ruhsatnamelerini yeniler. Uygun olmayanların ve süresi içinde başvuru yapmayanların telsiz ruhsatnamelerini iptal eder.

(3) 2813 sayılı Kanun çerçevesinde telsiz kullanım ve ruhsatname ücretlerinin tahsili ile ilgili olarak yetkilendirmeleri ve özel protokolleri uyarınca işletmecilere getirilmiş olan tahsil ve Kuruma ödeme yükümlülüğü çerçevesinde tahakkuk ettirilmiş olanlar dışında, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 2813 sayılı Kanunun uygulamasından doğan ve her ne sebeple olursa

olsun tahsil edilmemiş veya tahsili mümkün olmayan, miktarı ne olursa olsun genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyeler ve köy tüzel kişilikleri tarafından kullanılan her türlü telsiz tesis ve sistemlerindeki cihazlar için tahakkuk ettirilmiş alacaklar ile yargı kararı ile kesinleşenler hariç gerçek ve tüzel kişiler tarafından kullanılan her türlü telsiz tesis ve sistemlerindeki cihazlar için tahakkuk ettirilmiş yüzelli lira ve altında kalan Kurum alacakları ve bunların fer'ilerinin tahsilinden herhangi bir işleme gerek kalmaksızın vazgeçilmiş sayılır. Bunlara ilişkin açılmış olan davalar ve yapılmış olan takipler iptal edilir.

Görev sözleşmeleri ve devir

GEÇİCİ MADDE 4

(1) Kurum ile Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü arasında imzalanmış bulunan görev sözleşmesi herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır ve bu görev sözleşmesindeki hizmetler ile bu Kanunla Telsiz İşletme Müdürlüğüne verilen görevler herhangi bir yetkilendirmeye tabi olmaksızın yürütülmeye devam eder. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, 5369 sayılı Kanun kapsamında evrensel hizmet yükümlüsü bir işletmeci olarak sayılmaya devam eder.

(2) Bu Kanunun 42 nci ve 43 üncü maddeleriyle Telsiz İşletme Müdürlüğüne devredilen görev ve işlere ilişkin Kurumun tüm hak, alacak ve borçları, sözleşme, taahhüt ve yükümlülükleri, leh ve aleyhe açılmış ve açılacak olan dava ve icra takipleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü ile Kurum arasında yapılacak protokoller ile Telsiz İşletme Müdürlüğüne devredilir. Bu devre ilişkin bütün devir, temlik ve intikal işlemleri ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü sözleşme, protokol ve kağıtlar, katma değer vergisi ve damga vergisi dahil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden istisnadır.

Abonelik kayıtlarının güncellenmesi

GEÇİCİ MADDE 5

(1) GSM mobil telefon hizmeti sunan işletmeciler nezdinde tutulan abonelik kayıtlarının tam, doğru ve güncel bilgilerden oluşmasını teminen, tüm abonelik kayıtları bu Kanunun yayımından itibaren bir yıl içinde güncellenir. Bu kapsamda ilgili işletmeciler nezdindeki bilgi ve belgelerinde eksiklik ve yanlışlıkları bulunan tüm aboneler, bu süre içerisinde kimliklerini ispatlayıcı belgelerle birlikte ilgili işletmeciye başvururlar. Başvuru esnasında abonelerden kimliklerini ispata yarar belgelerin birer örneği ile birlikte bireysel abonelerden Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaraları, kurumsal abonelerden ise vergi numaraları alınır. Bu madde kapsamında bilgileri güncellenemeyen hatların elektronik haberleşme şebekesi ile bağlantısı kesilir.

(2) Bu Kanunda tanımlanan son kullanıcılar, kullanmakta oldukları hatları, bir kereye mahsus olmak üzere verilen süre içerisinde, hiçbir vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüğe tabi olmaksızın kendi üzerlerine kaydettirmek için ilgili işletmeciyle abonelik sözleşmesi akdedebilir. Söz konusu hatların eski abonelerinin yapılan işleme bir yıllık zamanaşımı süresi içinde itiraz hakları saklıdır.

(3) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin düzenlemeler Kurum tarafından yapılır.

Yürürlük

MADDE 68

(1) Bu Kanunun İkinci Kısım Birinci Bölümünde yer alan yetkilendirme ile ilgili hükümler Kanunun yayımından altı ay sonra, diğer hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 69

(1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

TELSİZ ÜCRETLERİ	
1. TELSİZ RUHSATNAME ÜCRETLERİ	
a. Telsiz verici-alıcı cihazları (karada kullanılan, ruhsatnamede kayıtlı her cihaz için)	
1) Mobil telsiz (Araç/portatif/el)	20.00 TL
2) Tekrarlayıcı (sabit/seyyar) telsiz	100.00
3) Sabit telsiz	50.00 TL
b. Karasal mobil (cellular) telsiz telefon sistemi	
1) Her baz istasyonu için	100.00
2) (Değişik: 27/1/2014-2014/5884 K.) Abonenin sistemdeki her bir farklı numarası başına (Bir numaranın birden çok SIM karta atanarak kullanılması durumunda, abonenin şebekeye aynı anda bağlanabilen SIM kart sayısı başına), (Kapalı erişim modunda ve azami 100 mW çıkış gücündeki femto ve benzeri şekilde çalışan abone erişim cihazlarına ilişkin aboneliklerden alınmaz)	
c. Bir noktadan çok noktaya erişim sistemleri	
1) Her baz istasyonu için	100.00
2) Sistemdeki her abone başına	10.00 TL
d. Ortak kullanımlı (trunking, community repeater ve benzeri) telsiz sistemleri (ruhsatnamede kayıtlı her cihaz için)	
1) Merkez istasyonu veya tekrarlayıcılar kanal adedi başına	50.00 TL
2) Kullanıcı telsiz cihazları (cihaz adedi başına)	
a) Sabit telsiz cihazı	25.00 TL
b) Mobil telsizi (Araç/portatif/el)	10.00 TL
e. Radyolink sistemleri	
1) Sistemde bulunan her cihaz başına	100.00
f. Uydu yayın ve haberleşme sistemleri (yüzer araç ve hava araçlarında monteli olarak kullanılanlar hariç)	
1) (...) (1)	
2) Sabit uydu ana yer istasyonu	1,000.00
3) (...) (1)	
4) (...) (1)	
5) (...) (1)	
6) (...) (1)	
7) Uydu mobil (cellular) telsiz telefon abone cihazları (cihaz başına)	15.00 TL

(1) 3/8/2016 tarihli ve 29790 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4/7/2016 tarihli ve 2016/9023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki kararının 1 inci maddesi ile bu cetvelde yer alan '' 1. TELSİZ RUHSATNAME ÜCRETLERİ'' başlığı altında bulunan '' f. Uydu yayın ve haberleşme

sistemleri (yüzer araç ve hava araçlarında monteli olarak kullanılanlar hariç)'' başlıklı bölümünün (1),(3),(4),(5) ve (6) numaralı sıralarında yer alan hizmet kalemleri yürürlükten kaldırılmıştır.

2. TELSİZ KULLANMA ÜCRETLERİ (HER YIL İÇİN)	
a. Kara telsiz sistemleri	
1) LF, MF ve HF telsiz sistemleri (ruhsatnamede kayıtlı her cihazda bulunan kanal adedi başına)	
2) Kara VHF, UHF ve SHF telsiz sistemleri	
a) Frekans tahsisi yapılmış her kanal için ayrı ayrı olmak üzere, sistemdeki sabit ve mobil telsiz cihaz adedi başına (Her 12.5 kHz'lik band genişliği bir kanal olarak hesap edilir.)	
1) Her simpleks kanal için	10.00 TL
2) Her simpleks role kanalı için	20.00 TL
3) Her dupleks kanal için	30.00 TL
4) Her dupleks role kanalı için	40.00 TL
b) Ruhsatnamede kayıtlı her tekrarlayıcı cihaz başına	20.00 TL
b. Karasal mobil (cellular) telsiz telefon sistemleri	
1) Her sabit telsiz (baz) istasyonundan (sisteme tahsis edilen band genişliğine göre her yıl alınmak üzere) [illegible]	
a) 200 kHz'e kadar (dahil)	40.00 TL
b) 201 kHz-1.25 MHz arası (dahil)	125.00 TL
c) 1.25-5 MHz arası (dahil)	500.00 TL
d) 5 MHz'den yukarısı	1,200.00 TL
2) (Değişik: 27/1/2014-2014/5884 K.) Abonenin sistemdeki her bir farklı numarası başına (Bir numaranın birden çok SIM karta atanarak kullanılması duırumunda, abonenin şebekeye aynı anda bağlanabilen SIM kart sayısı başına), (Kapalı erişim modunda ve azami 100 mW çıkış gücündeki femto	
c. Bir noktadan çok noktaya erişim sistemleri (her yıl için) sisteme tahsis edilen kanal frekansının band genişliğine göre	
1) Her sabit telsiz (baz) istasyonundan (sisteme tahsis edilen band genişliğine göre her yıl alınmak üzere)	
a) 2 MHz dahil olmak üzere	
b) 2 MHz-7 MHz (dahil)	80.00 TL
c) 7 MHz-28 MHz (dahil)	160.00 TL
d) 28 MHz-56 MHz (dahil)	320.00 TL
e) 56 MHz-140 MHz (dahil)	640.00 TL
f) 140 MHz-250 MHz (dahil)	1,280.00 TL
g) 250 MHz ve üzeri	2,560.00 TL
2) Sistemdeki her abone başına	

d. Ortak kullanımlı (trunking, community repeater ve benzeri) telsiz sistemleri	
1) Merkez istasyonu veya tekrarlayıcılar kanal adedi başına	40.00 TL
2) Kullanıcı telsiz cihazlarında (cihaz adedi başına)	
a) Her simpleks röle kanalı başına	20.00 TL
b) Her simpleks kanal için (cihaz adedi başına)	10.00 TL
e. Radyolink sistemleri, (her yıl için) sisteme tahsis edilen kanal frekansının band genişliğine göre [illegible]	
1) 2 MHz dahil olmak üzere	8.00 TL
2) 2 MHz-7 MHz (dahil)	24.00 TL

3) 7 MHz-28 MHz (dahil)	48,00 TL
4) 28 MHz-56 MHz (dahil)	96,00 TL
5) 56 MHz-140 MHz (dahil)	192,00 TL
6) 140 MHz-250 MHz (dahil)	640,00 TL
7) 250 MHz ve üzeri	1.280,00 TL
f. Uydu yayın ve haberleşme sistemleri (yüzer araç ve hava araçlarında monteli olarak kullanılanlar hariç) (1)	
1) (…) (1)	
2) Sabit uydu ana yer istasyonu	1.000,00 TL
3) (…) (1)	
4) (…) (1)	
5) (…) (1)	
6) (…) (1)	
7) Uydu mobil (cellular) telsiz telefon abone cihazları (cihaz başına)	15,00 TL
3. GEÇİCİ SÜRE İLE VERİLEN TELSİZ KURMA VE KULLANMA İZİN ÜCRETLERİ	
a. İzin ücreti (6'şar aylık her bir izin için)	
a) Deneme Maksatlı Geçici İzin Ücreti	500,00 TL
b) Geçici Organizasyonlarda/faaliyetlerde Kullanmak Maksatlı Geçici İzin Ücreti	
1) Yayın Yardımcı Sistemleri (Kablosuz Kamera, Video Link, Ses Link, SNG, vb gibi.)	
2) Diğer Telsiz Sistemleri	
b. İzin verilen telsiz sisteminin bu tarifedeki ruhsatname ve kullanma ücreti ayrıca alınır. Ruhsatname ücreti tam alınır. Kullanma ücreti kısıt olarak alınır. Ay kesirleri tam ay a iblağ edilir.	

(1) 3/8/2016 tarihli ve 29790 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4/7/2016 tarihli ve 2016/9023 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının eki kararının 1 inci maddesi ile bu cetvelde yer alan 'f. Uydu yayın ve haberleşme sistemleri (yüzer araç ve hava araçlarında monteli olarak kullanılanlar hariç)'' başlıklı bölümünün (1),(3),(4),(5) ve (6) numaralı sıralarında yer alan hizmet kalemleri yürürlükten kaldırılmıştır.

4. STANDARTLARA UYGUNLUK MUAYENESİ VE TEST ÜCRETLERİ	
a) Yurt dışından getirilen numuneler ve Türkiye'de imal edilen prototip cihazlar ile imalat ve ithalattan numune alınarak teste tabi tutulan cihazlardan, test sonucu ne olursa olsun (cihaz başına)	
1) Telsiz verici-alıcı cihazları	100,00 TL
2) Telsiz verici cihazları	50,00 TL
3) Telsiz alıcı cihazları	50,00 TL

b) Bizzat kullanılmak maksadıyla imal ve ithal edilen cihazlardan, test sonucu ne olursa olsun (cihaz	
1) Telsiz verici-alıcı cihazları	40.00 TL
2) Telsiz verici cihazları	20.00 TL
3) Telsiz alıcı cihazları	20.00 TL
5. GÜVENLİK MESAFESİNİN BELİRLENMESİNE YÖNELİK ELEKTROMANYETİK ALAN SİDDETİ ÖLCÜMLERİ, GÜVENLİK SERTİFİKASI VE YETKİ BELGESİ	
a. Güvenlik Sertifikası	25.00 TL
b. Güvenlik sertifikasına yönelik talep halinde yapılan ölçüm (ölçüm başına)	500.00 TL
c. Ölçüm yetki belgesi (iki yıl süreli)	1,500.00 TL

5809 SAYILI KANUNA EK VE DEĞİŞİKLİK GETİREN MEVZUATIN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞ TARİHİNİ GÖSTERİR LİSTE

Değiştiren Kanunun/BKK'nin Numarası	**5809 sayılı Kanunun değişen veya iptal edilen maddeleri**	**Yürürlüğe Giriş Tarihi**
6352	61, 62	5/7/2012
6462	4	3/5/2013
6518	5, 6, 56, 63, Ek Madde 1	19/2/2014
2014/5884	Ek Telsiz Ücretleri Tarifesi	16/3/2014
Anayasa Mahkemesi'nin 9/4/2014 tarihli ve E.: 2013/22, K.: 2014/74	51	26/7/2014 tarihinden başlayarak altı ay sonra (26/1/2015)
6639	5	15/4/2015 26/1/2015 tarihinden geçerli olmak
6563	50	1/5/2015
KHK/671	60	17/8/2016

Electronic Communications Act no. 5809

(Resmi olmayan tercüme – Son değişiklikler işlenmemiştir)

ELECTRONIC COMMUNICATIONS LAW

Law No. 5809

Date of Adoption: 5/11/2008

CHAPTER ONE

General Provisions

PART ONE

Purpose, Scope and Definitions

Purpose

ARTICLE 1- (1) The objectives of this Law are to create effective competition, to ensure the protection of consumer rights, to promote the deployment of services throughout the country, to ensure efficient and effective use of the resources, to promote the new investments and technological developments in communications infrastructure, network and services through regulations and inspections in electronic communications sector and to determine relevant principles and procedures thereto.

Scope

ARTICLE 2- (1) Alongside the provision of electronic communications services and the construction and operation of the infrastructure and the associated network systems thereof; manufacture, import, sale, construction and operation of all kinds of electronic communications equipments and systems, planning and assignment of scarce resources including frequency and the regulation, authorization, supervision and reconciliation activities relating to such issues are also subject to this Law.

(2) This Law shall apply without prejudice to the provisions of Certain Laws regarding national security and public order and the provision of electronic communications services in case of extraordinary situations such as martial law, mobilization, war and natural disasters as well as the

provisions of "Law On How Transportation and Communication Services Are To Be Carried Out In Extraordinary Situations" no. 697 dated 16/7/1965; "Law On The Organization And Duties Of The Ministry Of Transport" no. 3348 dated 9/4/1987, "Law On Provision of Universal Services and Amendments to Certain Laws" no. 5369 dated 16/6/2005, "Law on Amendments to Certain Laws" no. 5397 dated 3/7/2005 and "Law on the Regulation of Publications on Internet and Suppression of Crimes Committed by means of Such Publications" no. 5651 dated 4/5/2007.

(3) Provisions of this Law, except for Article 36 and Article 39, shall not apply to electronic communications equipments, systems and networks of Turkish Armed Forces, General Command of Gendarmerie and Coast Guard Commands as well as electronic communications equipments, systems and networks of Ministry of Foreign Affairs, Telecommunication Communication Presidency, Undersecretariat of National Intelligence Agency and the General Directorate of Security limited with issues relating to their purview set out in establishment laws and on the equipments, systems and networks which were installed or to be installed by the operators and whose fees have been paid by the above mentioned institutions.

Definitions and Abbreviations

ARTICLE 3- (1) Certain terms used in this Law shall have the following meaning:

a) Subscriber means any natural person or legal entity who or which is party to a contract with a provider of electronic communications services for the supply of such services

b) Subscriber Contract means any contract signed between the electronic communications service provider and the subscriber upon which the service provider, in return for a charge, undertakes to serve or provide any goods to the subscriber or both, permanently or for a period of time,

c) Subscriber's identity and communication data mean, any specific information assigned to the subscriber by the operator,

ç) Location portability means changing of location without changing of subscriber number,

d) Main electronic communications network means access and transmission systems network, by which the publicly available electronic communications services are provided, including switching equipments and transmission infrastructure which enable electronic communications between specific points

e) Interconnection means the physical and logical linking of electronic communications Networks used by the same or different operators in order to allow the users of one operator to communicate with users of the same or another operator, or to access services provided by another operator,

f) Interconnection obligator means any operator, who is subject to the obligation of providing interconnection,

g) Ministry means the Ministry of Transport,

ğ) Distributor means any real person or legal entity who or which take part in the sale and/or supply chain of the equipment and whose activities do not affect the properties of equipment,

h) Electronic communications mean the transmission, exchange and receiving of all kinds of signals, symbols, sounds, images and data which could be converted into electrical signals, by means of cable, radio, optic, electric, magnetic, electromagnetic, electrochemical, electromechanical and other types of transmission systems,

ı) Electronic communications infrastructure means all kinds of network components, relevant facilities and the supplementary elements including switching equipments, hardware and software, terminals and lines; over or by which the electronic communications is provided,

i) Electronic communications infrastructure operation means construction, causing others to construction, hiring or procuring of the electronic communication infrastructure related with the relevant network in such other ways, and providing that infrastructure for use of other operators and other requesting real or legal persons,

j) Electronic communications service means provision of wholly or partly the activities which fall under the scope of electronic communications definition, k) Electronic communications network means all kinds of transmission systems networks including switching equipments and lines, which constitute the connections between one or more points in order to ensure electronic communications in such points,

k) Electronic communications network means all kinds of transmission systems networks including switching equipments and lines, which constitute the connections between one or more points in order to ensure electronic communications in such points,

l) Electronic communications sector means the sector involved in the provision of electronic communications services and electronic communications network and the production, import, sales, maintenance and repair facilities of electronic communications equipments and systems,

m) Provision of electronic communications network means the construction, operation, submission for use and the control of the electronic communications network,

n) Electronic identity information means the identity allocated uniquely for each electronic communications equipment,

o) Electromagnetic interference (Interference) means all kinds of broadcasting or electromagnetic impact which obstruct, interrupt or degrade the electronic communications operating in accordance with the provisions of relevant legislation,

ö) Access means provision of electronic communications network, infrastructure and/or associated services to the use of other operators under conditions laid down in this Law,

p) Access obligator means any operator, who is subject to the obligation of providing access,

r) Significant market power means the economic power which enables the operator, either individually or jointly with others, to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately consumers in the electronic communications market,

s) Rights of way means the rights granted to operators for to pass under, above and over the public and private proprietary areas for constructing, removing, maintaining, repairing etc. of necessary for electronic communications network and infrastructure,

ş) Rights of way supplier means the immovable owners and/or the right owner on the immovable provided that the immovable belonging to the public or under common usage of the public regarding the rights of way is included,

t) Service portability means changing of service type without changing of subscriber's number,

u) Relevant market means the market which covers certain electronic communications services provided throughout or part of the country and the associated electronic communications services which are highly substitutable,

ü) Relevant facilities mean any facilities related to any electronic communications services and/or any electronic communications network which support and/or enable the provision of services by the relevant network and/or services,

v) Internet domain names mean the names which define the internet protocol number used for identifying the address of internet sites or the computer, on internet,

y) Internet domain name system means the system which finds the internet protocol number that has its equivalent in the addressing established by symbolic names that are easy to read and remember and that may be related to requested domain owners in general and which designates this number to the user,

z) Operator means any legal entity, which has the right to provide electronic communications services and/or to provide electronic communications network and to operate the infrastructure within the framework of authorization,

aa) Operator number portability means changing of operator without changing subscriber's number,

bb) Conditional access system means any technical measure and/or regulation enabling conditional access to radio or television broadcasting system through subscription or other forms of authorization granted beforehand,

cc) User means any natural person or legal entity that uses electronic communications services disregarding whether he is a subscriber or not,

çç) Right of use means the right granted for the use of scarce resources such as frequency, number, satellite position,

dd) Board means Information and Communication Technologies Board,

ee) Authority means Information and Communication Technologies Authority,

ff) CEIR means central equipment identity register data base system,

gg) EIR means equipment identity register data base,

ğğ) Number means a string or combination of letters or/and digits or symbols that defines the network termination point and routes the voice, data and images to the respective point that includes the information which may refer to subscriber, application, operator, telecommunication network and/or telecommunication service where relevant,

hh) Number portability means a facility that enables the subscriber to change its operator, geographical position and/or service type without changing subscriber's number,

ıı) Notified Body means public corporations and institutions and real persons or legal entities which are assigned by the Authority with a view to carry out conformity assessment activities and which are authorized in accordance with the principles specified in Law no. 4703 dated 29/6/2001 on the Preparation and Implementation of Technical Legislation regarding the Products and with the relevant technical regulations,

ii) Radio and television broadcasting means transmission of image and/or voice services via a terrestrial antenna, electronic communications network or satellite in coded or not coded form, aimed for reception by the public except from individual communication,

jj) End user means any natural person or legal entity that does not provide public communication networks and/or public communications service,

kk) Spectrum means the frequency range of electromagnetic waves which are utilized for electronic communications and whose frequency varies between 9 kHz-3000 GHz and in case of international regulations which also includes frequencies over 3000 GHz,

ll) Standard means any voluntary regulation which is accepted by consensus and ratified by an authorized body; aims to provide an optimum order under the existing conditions; lays down, for common and repeated use, the characteristics, processing and production methods of a product, as well as one or more of the related terminology, symbols, packaging, marking, labeling and conformity assessment procedures aspects,

mm) Network termination point means the physical point at which a subscriber has access to electronic communications network. In the case of networks involving switching or routing, the network termination point is identified by means of a specific network address, which may be linked to a subscriber number or name.

nn) Tariff means the list containing itemized fees by which the operators charge users in return for the electronic communications services provided,

oo) Carrier means the operator which provides the all or part of the call origination, termination or transit services,

öö) Carrier pre-selection means the way of pre-selecting the carrier in a manner to enable the selection without dialing carrier selection code,

pp) Carrier selection means the way of selecting the carrier by dialing carrier selection code,

rr) Carrier selection code means the code assigned by the Authority to the carriers for the purpose of carrier selection,

ss) Radio means systems which do not have any physical linkage in between and which are utilized for transmitting and receiving or solely transmitting or receiving coded, not coded or cryptographic sounds and images via electromagnetic waves,

şş) Permission for installation and use of radio means the permission issued by the Authority for radio equipment and systems to be installed and used under the scope of this Law,

tt) Radio license means the license issued by the Authority for radio equipments and systems to be installed and used under the scope of this Law,

uu) Consumer means any natural person or legal entity who uses or demands electronic communications services for non-commercial or non-occupational purposes,

üü) National roaming means the roaming between systems which allows the provisions of any operator's services via equipments of other operator's subscribers or which allows the interconnection of any other system, provided that technical compatibility requirements of the operator's services are guaranteed,

vv) National numbering plan means the numbering plan that defines the structures of the numbers which can be divided into parts for providing information on routing, addressing, pricing or service type,

yy) Harmonized European Standard means the standard published in the Official Journal of the European Communities,

zz) Harmonized National Standards mean Turkish standards which are adopted after being harmonized by Turkish Standards Institution in accordance with the Harmonized European Standards and whose lists have been published as communiqués by the Authority,

aaa) Manufacturer means any real person or legal entity who manufactures or reconditions the electronic communications equipment or who introduces itself as the manufacturer by affixing its name, trademark or distinctive mark on the equipment. In case of manufacturer is being abroad, it refers the representative and/or importer authorized by the manufacturer, and also the real person or legal entity who takes part in the sales and/or supply chain of the equipment and whose activities affect safety properties of equipment,

bbb) Local loop means the physical circuit in the fixed electronic communications network, connecting the network termination point, at the subscriber's premises to the main distribution frame or equivalent facility,

ccc) Authorization means the registration of entities providing electronic communications services and/or electronic communications network in the eye of the Authority and pursuant to such registration, or granting of certain rights and obligations specific to electronic communications services to these entities.

Principles

ARTICLE 4- (1) Authorization for the installation and operation of any kind of electronic communications equipments, systems and networks; assignment of the necessary frequencies, numbers, satellite positions and associated resources and the arrangement thereof are under the State's terms of reference. The following principles shall be considered by the relevant bodies whilst providing electronic communications services and the arrangements thereof;

a) Creation and protection of a free and efficient competitive environment.

b) Protection of consumer rights and interests.

c) Consideration of the objectives of development plans and Government programs as well as the strategies and policies set by the Ministry.

ç) Promotion of the practices which ensure that everyone can benefit from electronic communications networks and services at affordable prices.

d) Ensuring non-discrimination among subscribers, users and operators who are under the same conditions and ensuring that services are accessible to users in similar situation under the same terms, unless based on objective grounds or except for the aim of providing facilitation, with defined limits and under certain scope, special to the people in need of in the society .

e) Unless based on objective grounds or the contrary is specified by this Law, promotion of qualitative and quantitative sustainability, regularity, reliability, productivity, clarity, transparency and the efficient use of resources.

f) Ensuring the conformity of electronic communications systems to international norms.

g) Promotion of research and development activities and investments and implementation of technological innovations.

ğ) Promotion of the improvement of quality of service

h) Giving priority to the requirements of national security, public order and the emergency situations.

ı) Except for the situations clearly expressed in this Law, in relevant legislation and in the authorizations; ensuring free determination of the prices by the operators for the electronic communications services which covers access charges including interconnection and line and circuit rental fees.

i) Taking the minimum international norms into consideration with regard to protection of human health, life and property, environment and the consumer at installation, usage and operation of electronic communications equipments and systems.

j) Ensuring objectiveness in providing electronic communications services and in related arrangements.

k) Including the use of technological innovations, taking into consideration the specific needs of disabled, elder and people in need of social protection.

l) Protection of information safety and confidentiality of communication.

PART TWO

Competent Bodies in

Electronic Communications Sector

Competencies of the Ministry

ARTICLE 5- (1) The Ministry is competent for the following activities in the field of electronic communications:

a) Setting strategies and policies regarding electronic communications services which are based on scarce resources such as numbering, internet domain names, satellite position and frequency allotment.

b) Determination of objectives, principles and policies towards the aim of encouraging the development of electronic communications sector in free competitive market and supporting the transformation into an information society, therefore taking promotional measures to this end.

c) Determination of policies towards construction and development of electronic communications infrastructure, network and services in accordance with the technical, economic and social needs and in harmony with the national security objectives and the public interests, and towards ensuring their operation in a complimentary manner.

ç) Contributing to the creation of policies regarding the development of electronic communications equipments industry and to the determination of policies towards taking measures which encourage domestic production of the electronic communications equipments.

d) Without prejudice to the provisions of Law no. 1173 dated 5/5/1969 on the Coordination and Maintenance of International Relations, representing the State or giving authorization to represent the State in the international associations and organizations regarding electronic communications of which our Country is a member and ensuring coordination regarding the participation to activities and the implementation of the decisions.

e) Conducting and having third parties to conduct necessary researches with a view to determine and implement electronic communications policies.

f) Taking necessary measures and performing coordination to ensure the continuity of electronic communications in the case of natural disasters and extraordinary situations. Against the risk of interruption of communications, constructing or having third parties to construct alternative communication infrastructure beforehand for continuity of communication and connecting to such system, when required.

g) Planning electronic communications services in the case of extraordinary situations and at war in accordance with Law no. 697 dated 16/7/1965 and performing necessary actions or having third parties to perform.

ğ) Encouraging domestic design and production of electronic communications systems, promoting research, development and training activities relating to the sector by technical and financial means and determination of the amount of the source to be allocated

by the Authority which shall not exceed 20% of the Authority's income and having such source to be used by making necessary arrangements.

Competencies of the Authority

ARTICLE 6- (1) The Authority shall be competent to:

a) In the electronic communications sector; to make regulations to create and protect competition and to eliminate the practices which are obstructive, disruptive or limitative for competition, to this end to impose obligations on operators with significant market power in the relevant markets and on other operators when required, and to take measures stipulated by the legislation.

b) To inspect the breaches of competition in electronic communications sector which are against this Law and against regulations based on of this Law, to impose sanctions and to take the opinion of Competition Authority on the issues regarding the breach of competition in electronic communications sector, if specified by the legislation.

c) To make necessary arrangements and supervisions pertaining to the rights of subscribers, users, consumers and end users as well as processing of personal data and protection of privacy.

ç) To make the Board decisions those concern the operators and consumers publicly available with its rationale and processes.

d) In accordance with this Law, to conduct the dispute resolution procedure between the operators when necessary, and to take necessary measures that are binding until otherwise decided by the related parties in case of no settlement.

e) To follow the developments in electronic communications sector, to conduct researches or to have third parties to conduct research in order to promote the development of sector and to cooperate with the related organizations and institutions in this regard.

f) To plan and to allocate the frequencies, satellite position and numbering necessary for the provision of electronic communications services and installation and operation of electronic

communications network and infrastructures, by taking into consideration the Clause (a) of Article 5 of this Law.

g) To perform necessary regulations and inspections including authorization, tariffs, access, right of way, numbering, spectrum management, licensing for the installation and use of radio equipments and systems, monitoring and inspection of the spectrum, market surveillance; by taking into consideration the strategies and the policies of the Ministry regarding electronic communications.

ğ) To supervise if the radio systems are installed and operated in accordance with the specified techniques and procedures, to detect electromagnetic interference and to eliminate them.

h) To determine the scope of commercial secrets and the information of the operators which may be made publicly available, to protect the privacy of commercial secrets, the investment and business plans of the operators and to keep such secrets and plans unless requested by the judicial authorities.

ı) To request any kind of information and documents from the operators, public authorities and institutions, natural persons and legal entities which deemed necessary pertaining to electronic communications and to keep necessary records, to present those

needed by the Ministry upon request in determination of the strategies and policies towards electronic communications sector.

i) As per clause (ğ) of first paragraph of Article 5 of this Law, within the frame of the regulations set by the Ministry; to transfer a source which shall not exceed 20% of its income taking into consideration current revenues of the Authority to the Ministry for research, development and training activities pertaining to electronic communications sector. Such source transfer shall be free from any kind of tax, charge, duty and other financial obligations including value added tax and stamp tax.

j) To determine general criteria and implementation procedures and principles regarding tariffs to be imposed on the users and other operators within the scope of access, contract terms, technical matters and other issues related to its areas of office; to approve the tariffs and to make regulations regarding the supervision of tariffs.

k) To approve the reference access offers submitted by the operators.

l) To determine provisions and conditions for authorizations regarding electronic communications services, network and/or infrastructure, to supervise their implementation and conformity to the

authorization, to perform necessary actions thereof and to take measures as deemed necessary by the legislation.

m) To conduct frequency planning, assignment and registration procedures taking into consideration their transmitter power and broadcasting duration through cooperation with the international organizations, without prejudice to the provisions set out in the relevant laws pertaining to radio and television broadcasting.

n) To ensure the publication and the implementation of the harmonized national standards for all kinds of systems and equipments used in electronic communications sector and to make technical regulations, perform and/or to have third parties to perform market surveillance of them, and to establish and operate a laboratory for this purpose and to determine the charges for training and consultancy services to be carried out in such laboratory.

o) To coordinate the authorization of institutions that will perform the installation, measurement, maintenance and repair activities in electronic communications sector, together with the relevant bodies.

ö) To conduct market analyses regarding electronic communications sector, to determine the relevant market and the operator/s that have significant market power in this relevant market.

p) To participate in the works of international associations and organizations regarding electronic communications to follow the implementation of decisions and to ensure the necessary coordination.

r) As prescribed in Article 46 of this Law, to determine all kinds of procedures and principles regarding fees including cancellation of any debt; to ratify the annual budget, income and expense settlements and the annual work plan of the Authority, to make transfers between accounts in the budget if needed or to transfer the revenue surplus to the general budget within the frame of the legislation.

s) To inspect and/or to have third parties to inspect the conformity of operators to the legislation, who perform activities in electronic communications sector; to set the relevant procedures and principles, in case of inconsistencies to perform the actions suggested by the legislation and to impose sanctions.

ş) To take measures specified by the legislation with a view to ensure that the national security, public order or public service are duly maintained in electronic communications sector.

t) To make regulations prescribed by the legislation and to determine the procedures and principles concerning access including interconnection and national roaming, to take measures suggested by

the legislation so as to ensure that the agreements signed for the purpose of providing electronic communications will not contain provisions which constrain the competition, which are against the legislation and/or consumer interests.

u) Under the provisions of the relevant law; to set, to inspect and to have third parties inspect the quality and standards of service for all kinds of electronic communications including the quality of service and standards of universal services when required and to determine the procedures and principles pertaining thereto.

ü) In electronic communications sector, to determine the principles regarding the independent inspection activity and to determine the establishment requirements, working principles and the quality of the personnel of independent inspection bodies.

v) To enact by-law, communiqué and other secondary regulations pertaining to the authorizations granted by this Law.

Provision of competition

ARTICLE 7- (1) Without prejudice to the provisions of Law no. 4054 dated 7/12/1994 on Maintenance and Promotion of Competition, the Authority is entitled to perform examination and investigation of any action conducted against competition in electronic communications sector, on its own initiative or upon complaint; to take measures it deems necessary for the establishment of competition and to request information and documents within the scope of its tasks.

(2) The Competition Board while performing examinations and supervisions and while making any decisions on electronic communications sector, including decisions about merges and takeovers, takes into consideration primarily the Authority's view and the regulatory procedures of the Authority.

(3)The Authority may identify the operators with significant market power in the relevant markets as a result of conducting market analyses. The Authority may also impose obligations on operators with significant market power with the aim of ensuring and promoting an effective competition environment. Differentiating may be performed among the operators with significant market power in the same and/or different markets, in terms of the obligations in question.

CHAPTER TWO

General Regulations

PART ONE

Authorization

Authorization of electronic communications services

ARTICLE 8– (1) Electronic communications services could be provided and/or electronic communications network or infrastructure could be constructed and operated by taking into consideration the strategies and policies of the Ministry, upon receiving authorization from the Authority.

(2) It is fundamental that the electronic communications service and/or network or infrastructure is provided primarily by the operators which are authorized by the Authority. Nevertheless, electronic communications service and/or network or infrastructure shall not be subject to authorization, which is;

a) Within any natural person's or legal entity's property under his/its own use, which do not exceed any property's borders, which is used upon exclusively individual or organizational needs, which is not used for providing any electronic communications services to third parties, which is provided without any commercial intention and which is not publicly available,

b) Constructed pertaining solely to the services of public corporations and institutions in accordance with the specific laws thereof.

(3) The Authority is entitled to inspect the conformity of such networks and infrastructures to the principles of this Article and the conformity of equipments to the standards; to ensure the removal of those which do no comply therewith and to regulate the procedures and principles regarding the implementation of this Article.

(4) The provisions of Law regarding radio and television broadcasting are legally guaranteed.

Authorization Procedure

ARTICLE 9- (1) Authorization is issued on the base of notification or rights of use.

(2) Companies who are willing to provide electronic communications services and/or to construct and operate electronic communications networks or infrastructures shall notify the Authority of their intention prior to the commencement of their activities, within the frame of the Authority regulations.

(3) When companies who have notified the Authority do not need the assignment of resources such as number, frequency and satellite position for electronic communications services and/or electronic communications network or infrastructure which they plan to provide and/or to operate; they shall be authorized pursuant to the notification to the Authority. In case they need assignment of resources they shall be authorized upon receiving the right of use from the Authority.

(4) The Authority is entitled to determine whether electronic communications services for which the right of use is requested, and the number of rights of use for mentioned services should be limited or not.

(5) The Authority issues right of use within 30 days upon due application for electronic communications services for which the number of rights of use does not need to be limited.

(6) The number of rights of use could only be limited when the resources need to be operated by a limited number of operators and for the aim of ensuring the efficient and effective use of resources. In case the quantity of right of use is limited:

a) The Ministry determines the criteria such as the authorization policy regarding electronic communications services which cover the assignment of satellite position and frequency band in national scale and which need be operated by a limited number of operators, starting date of the service, the duration of authorization and the number of operators to serve and the authorization is done by the Authority. Nevertheless, when deems necessary, the Ministry may open tenders directly on its own, for electronic communications services which cover the assignment of frequency bands in national scale and which need to be operated by a limited number of operators.

b) Necessary procedures pertaining to the performance of electronic communications services which are out of those mentioned in clause (a) and which need to be provided by a limited number of operators and/or to the construction and operation of electronic communications network and infrastructure shall be performed by the Authority.

(7) The Authority, with a view to ensure the efficient use of resources, shall take necessary measures after consulting the Ministry and determine the procedures and principles of the tender. The Authority and, under situations predicted in clause (a) of the above paragraph, the Ministry shall not be subjected to the State Tender Act no.2886 dated 8/9/1983 and the Public Tender Act no. 4734 for tenders regarding right of use.

(8) The durations of right of use are determined in a manner not to exceed twenty five years. The duration of authorization as per this Article shall be determined taking into consideration the qualification of the service and network and the request of the applicant.

(9) The Authority shall be entitled to reject the applications for right of use due to the insufficiency of resources and the non-availability of the qualification requirements specified in tender stage, and on the grounds related to national security, public order, public health and similar public interests.

(10) When the operator's activities are found as contrary to the legislation, such operator's right of use shall be revoked in accordance with the procedures and principles determined by the Authority. In cases of revocation, necessary measures shall be taken with a view to protect the subscribers' rights.

(11) The Authority, upon taking opinion of the Ministry shall be entitled to prevent the functioning of the companies in the field of electronic communications or prevent those providing electronic communications when it deems necessary due to factors related with the necessities of public security, public health and similar public interests.

(12) The facilities of those who construct and operate electronic communications facilities or who provide electronic communications services by breaching the provisions of the Law, shall be closed down and their activities shall be terminated by the civilian authority upon the request of the Authority.

(13) Procedures and principles regarding the notification and right of use shall be determined by regulations enacted by the Authority.

Trial Permission

ARTICLE 10– (1) The Authority shall be entitled to issue provisional permission for trial or demonstration purposes to natural persons or legal entities who apply for providing electronic communications services or operating electronic communications network or infrastructure. Procedures and principles pertaining thereto shall be regulated by the Authority.

Authorization fee

ARTICLE 11 – (1) The authorization fee consists of administrative charges and fees for rights of use.

(2) The Authority, for the purpose of contributing to the expenses incurred due to its activities such as market analysis, preparation and enforcement of secondary regulations, supervision of the operators, technical monitoring and inspection of services, supervision of the market, international cooperation, harmonization and standardization, as well as any kind of administrative expenses; shall charge operators, on condition that such charge does not exceed five per thousand of the operator's previous year's net sales, taking into account the international obligations. Procedures and principles pertaining thereto shall be regulated by the Authority.

(3) In case the operators do not pay for due administrative charges in a period of time prescribed within the frame of established procedures and principles, a fine equivalent to the amount of default interest which is calculated according to the basis as per Article 51 of Law no. 6183 dated

21/7/1953 on The Collection of Public Receivables shall be imposed. Administrative charges which are not paid by the operators in due time shall be collected by the relevant tax office as per provisions of Law no. 6183 upon notice of the Authority and they shall be registered as revenue for the Authority. The Authority shall publish annual report which shows the administrative cost and the amount of collected administrative charges.

(4) Fees for rights of use shall be collected in return for issuance of right of use for the resources and for the assurance that the resources in question are efficiently used.

(5) Minimum values of the fees for rights of use shall be determined by the Board of Ministers upon the proposal of the Authority and the resolution of the Ministry.

(6) Without prejudice to the provisions of Law no. 5369, fees for rights of use shall be deposited to the relevant accounting department so as to be registered as revenue for the Treasury. Fees for rights of use which are not paid in due time shall, upon notice of the Authority and as per provisions of Law no.6183, be collected by the relevant tax office.

Rights and obligations of the operators

ARTICLE 12 – (1) The operator shall be entitled to provide the electronic communications services under the scope of his authorization in accordance with the Authority regulations and the requirements specified in his authorization.

(2) The Authority, considering the factors such as requirements of the sector, international regulations, and technological developments, shall be entitled to impose legislation oriented obligations on the operators, among which the following have utmost importance:

a) Administrative charges.

b) Interoperability of the services and interconnection of the networks.

c) To ensure accessibility of numbers from the National Numbering Plan to end users.

ç) Co-location and facility sharing.

d) To protect personal data and privacy.

e) Protection of the consumer rights.

f) To submit information and documents to the Authority.

g) To provide technical facilities for the lawful interception and intervention by the national bodies that are authorized by laws.

ğ) To take necessary measures for maintaining uninterrupted communication under major disaster situations.

h) To take necessary measures within the scope of this Law for the prevention of exposure of the general public to electromagnetic fields which radiate from electronic communications networks and which endanger public health.

ı) Access obligations.

i) To maintain the integrity of electronic communications networks.

j) To ensure the security of network against unauthorized access.

k) The measures designed to ensure compliance to the standards and specifications, including the quality of service.

l) To perform services requested by the Authority as per the relevant legislation.

(3) In addition to the above obligations, under circumstances which enable the issuance of right of use, considering the factors such as requirements of the sector, international regulations, and technological developments; legislation oriented obligations may be imposed, among which the following have utmost importance:

a) Type of technology, network or service for which the right of use for frequency has been issued and the scope of service for which the right of use for number has been issued.

b) Efficient and effective use of frequencies and numbers.

c) Prevention of electromagnetic intervention.

ç) Number portability.

d) Directory services.

e) Duration of authorization.

f) Transfer of rights and obligations.

g) Fees for rights of use.

ğ) Commitments undertaken during tender process.

h) To obey to obligations as per international agreements regarding the use of frequency and number.

(4) Procedures and principles pertaining to the rights and obligations of the operators shall be regulated by the Authority.

(5) The operators are obliged to construct the technical infrastructure before providing electronic communications services towards meeting demands regarding national security and the regulations of Laws no.5397 and 5651 and of other relevant Laws. As for operators which have already been providing electronic communications services, they are obliged to construct technical infrastructure with the same conditions within a period of time prescribed by the Authority, on condition of undertaking all kinds of expenses.

PART TWO

Tariffs

Regulation of Tariffs

ARTICLE 13 – (1) Tariff may be determined as one or more of; subscription fee, fixed charge, call charge, line rental, and similar various price items.

(2) Tariffs to be imposed in return for providing any kind of electronic communications services shall be subject to the following provisions:

a) Operators shall freely determine the tariffs under their possession, provided that they comply with the regulations of the Authority and the relevant legislation.

b) In case that an operator is designated as having significant market power in the relevant market, the Authority shall be entitled to determine the procedures regarding the approval, monitoring and supervision of tariffs as well as the upper and lower limits of the tariffs and the procedures and principles for implementation.

c) In case that the operator is designated as having significant market power in the relevant market, the Authority shall be entitled to make necessary arrangements to prevent anti-competitive tariffs such as price squeezing and predatory pricing and supervise the implementation.

(3) Procedures and principles pertaining to the implementation of this article, submission of tariffs to the Authority and publication and announcement of them to public shall be determined by the Authority.

Principles regarding the regulation of tariffs

ARTICLE 14 – (1) The Authority shall consider the following principles whilst making regulations on tariffs to be imposed in return for providing all kinds of electronic communications services:

a) The practices which enable the users to benefit from electronic communications services in return for a reasonable charge shall be promoted.

b) Tariffs shall be fair, transparent without making unjustified discrimination among users in equivalent conditions, without prejudice to the circumstances of providing easiness with a definite scope and limits exclusive to those stated in clause (c) of first paragraph of Article 3 of Law no. 5369 who are in need and cannot afford.

c) Tariffs shall reflect the costs of relevant electronic communications services to the possible extent.

ç) The cost of a service shall not be supported or covered by the price of any other service.

d) The tariffs shall not be determined in a manner not to cause to hinder, damage or limit competition.

e) The international practices shall be taken into consideration to the appropriate extent.

f) Tariffs shall promote technological developments and investments which enable the use of new technologies with reasonable prices.

g) Consumer interests shall be protected.

ğ) It shall be ensured that the consumers be well informed regarding the tariff issues.

h) The Authority shall also take into account the prices of electronic communications services which are basic inputs that the competitors will request from the operator with significant market power whilst providing electronic communications services to their own users.

PART THREE

Access and Interconnection

Scope of Access

ARTICLE 15 – (1) The following issues are under the scope of access in electronic communications services:

a) Any method of access to the components of electronic communications network, including unbundled access to the local loop and bit stream access.

b) Access to physical infrastructure including buildings, ducts and poles considering the available access options.

c) Access to relevant software systems including operation support systems.

ç) Access to systems providing number transformation or equivalent functionality.

d) Access to virtual network services taking into account the status of the competition.

e) Interconnection between two electronic communications networks.

f) Access to fixed and mobile networks including national roaming.

g) Access to conditional access systems.

ğ) Provision services on a wholesale basis for the purpose of resale.

(h) Other access methods to be laid down in Authority's regulations.

Obligation of Access

ARTICLE 16 – (1) Those that will be subject to the obligation to provide access and the scope of the obligation shall be determined by the Authority. When an operator does not allow other operators to have access within the scope defined in Article 15 of this Law or it sets forth unreasonable durations and conditions for access in a manner to result in not allowing access, and the Authority decides that such behaviour of the operator will prevent the formation of a competitive environment and the situation to arise will be against the interests of end users; the Authority shall be entitled to impose obligation on the operator to accept the access requests of other operators.

(2) In accordance with this Law, all operators are obliged to negotiate on interconnection with each other upon request. In case that the parties cannot reach an agreement, the Authority may impose on operators the obligation to provide interconnection.

(3) In circumstances where it considers necessary in terms of public benefit, the Authority, may limit the access and interconnection obligations by enacting regulations, considering the principles specified under Article 4 of this Law.

(4) The Authority shall make necessary regulations for the establishment and implementation of all access contracts in alignment with the objectives and the scope of this

Law, with protection of competition and consumer rights, integrity and interoperability of networks and the mutual operability of services.

(5) The Authority may impose obligations on operators which are notified for providing access; such as equality, nondiscrimination, transparency, clarity, to be based on cost and reasonable profit and to provide access services with fair conditions and with the same quality which they provide for their subsidiaries or partners or partnerships in order to have reasonable access demands of other operators met within the frame of provisions of this Law.

(6) Procedures and principles pertaining to the implementation of this Article shall be determined by the Authority.

Facility sharing and collocation

ARTICLE 17 – (1) In circumstances where an operator can construct its facilities on or under public domain or third parties' properties or where he is authorized to use such properties or granted the right to expropriation; the Authority, giving due weight to the necessities to the protection of environment, public health and safety, urban and regional planning and the efficient use of resources and considering the factors on competition, may impose obligations on the relevant operator to share his facilities and/or properties with the other operators in return for a reasonable charge.

(2) The Authority may impose obligations on operators to provide any kind of collocation including physical collocation for the equipments of other operators within their own facilities in return for a cost-based charge. In the case that the operators do not determine their collocation tariffs on cost basis although stipulated by the Authority, it shall be entitled to determine collocation tariffs taking into account the costs, international applications and/or current market values to the appropriate extent.

(3) Procedures and principles pertaining to facility sharing and collocation including the construction of shared antenna systems and facilities shall be regulated by the Authority with a view to ensure broadcasting of all kinds of broadcasts including radio and television broadcasts from specified emission points. When required, necessary works and operations regarding shared antenna systems and facilities including the execution of exemption from charges listed in the tariff table attached to this Law, shall be executed by the Authority for the purpose of promoting implementation. Provisions regarding the construction of electronic communications infrastructure shall also be valid for shared antenna systems and facilities. Within the frame of the Authority regulations; the municipalities, civilian authorities and other public institutions shall be obliged to make due contribution and represent any kind of assistance including the provision of properties regarding shared antenna systems and facilities.

Access agreement and settlement of disputes

ARTICLE 18-(1) Access contracts shall be signed between the sides by negotiating freely on the condition of not including any provision contrary to the relevant legislation and Authority regulations. In case that no contract is signed between the sides within maximum two months beginning from the demand of access or in case that any dispute under the scope of this Law occurs due to the current access contract then the Authority shall be entitled to initiate dispute resolution procedure between parties upon the request of any party and within the principles it will determine, and/or take other measures which it considers necessary in

terms of public interest including determination of the interim rates or reject the dispute resolution request.

(2) In case that the parties do not reach an agreement during the dispute resolution process, the Authority shall be entitled to determine the provisions, terms and charges of the access contract, which constitute the subjects of dispute, within two months except for the specified exceptional cases. The determined provisions, terms and charges shall be applied until otherwise decided by the operators within the frame of the legislation and Authority regulations.

(3) Access contracts shall be submitted to the Authority after signing. The Authority is entitled to request from the operators to make amendments in the contracts in case of violation of the relevant legislation and Authority regulations. The operators are obliged to fulfill the amendment request of the Authority.

(4) Access contracts are public, except for trade secrets.

(5) Procedures and principles pertaining to the implementation of this Article shall be determined by the Authority.

Reference access offer

ARTICLE 19 – (1) The Authority may impose obligation on operators who are obliged by the Authority to provide access, to submit their reference access offers. Operators subject to the obligation of submitting reference access offers shall submit their offers for the approval of the Authority within three months beginning from the imposition date of the obligation.

(2) The Authority may request from the operators to make necessary amendments in their reference access offers, considering principles in Article 4 of this Law. Operators shall be obliged to make the amendments requested by the Authority in the prescribed manner and duration. In case that the operators do not make the amendments requested by the Authority in due time the Authority shall be entitled to make such amendments on its own initiative.

(3) The Authority shall approve offers which it considers eligible. The operators shall be obliged to publish their reference access offers which have been approved by the Authority and to provide access under conditions specified in their reference offers which have been approved by the Authority.

(4) Procedures and principles pertaining to the implementation of this Article shall be determined by the Authority.

Tariffs for access

ARTICLE 20 – (1) The Authority may impose obligation on operators, who are subject to the obligation to provide access, to set their access tariffs on cost basis. Upon request of the Authority, the obliged operators mustprove that their tariffs are set on cost basis.

(2) In case the Authority notices that the obliged operators have not set their tariffs as cost-oriented, the Authority shall be entitled to set their access tariffs as cost-oriented. Until it does so, the Authority shall be entitled to set the tariffs and/or to introduce price ceilings considering the implementations of other countries to the appropriate extent. It is obligatory to comply with the tariffs set by the Authority.

Accounting separation and cost accounting

ARTICLE 21 – (1) The Authority may impose accounting separation obligation on operators with significant market power in relevant market. Operators with accounting separation obligation shall be obliged to keep separate accounts for their fields of activities and business units within the scope of procedures and principles to be prescribed by the Authority regarding accounting separation and cost accounting.

(2) The Authority may audit the accounts of operators or have agencies to audit by granting authority for audit or impose obligation on operators to have their accounts audited by independent auditors. Agencies with audit authority or independent auditors shall be responsible for investigating and auditing within the frame of the provisions of this Law and the legislation regarding account separation and cost accounting. Authorized agencies and independent auditors shall be responsible for losses arising due to the misinformation and misleading information and convictions in their audit reports and losses which lead to the detriment of third parties. Expenses relating to the audits within the scope of account separation and cost accounting shall be afforded by the operators.

(3) The Authority may impose on operators to publish documents and information which are prepared within the scope of accounting separation and cost accounting obligations. If it deems necessary, the Authority may publish such documents and information on its own initiative. The scope of the documents and information to be published shall be determined by the Authority.

(4) The provisions related to this article shall be detailed by the Authority.

PART FOUR

Rights of Way

Scope of the rights of way

ARTICLE 22 – (1) The rights of way covers installation of any kind of electronic communications infrastructure and their supportive equipments under, above or over, public and private proprietary areas and the use of such properties for the purpose of installation, altering, disassembling, controlling, maintaining, repairing and etc. with a view to provide electronic communications services, within the frame of this Law.

Acceptance of the rights of way demand

ARTICLE 23 – (1) The provisions of reasonable and justified grounds are reserved, demands for rights of way shall be accepted on condition of not giving any damage to the property and not hindering consistently the use of rights on such properties, if such demands do not consist of without any options and economically non-proportional costs and if they are technically applicable.

(2) Public corporations and institutions evaluate the references for the demand of rights of way by giving priority and without any delays and conclude such procedure within sixty days. They act transparent without differentiation between the operators at similar conditions.

Priority of facility sharing and co-location

ARTICLE 24 – (1) Facility sharing and co-location shall be given priority in instances where any electronic communications network, for which facility sharing and co-location obligation has been imposed by the Authority, already exists on any property subject to the right of way as per the frame of this Law and Authority regulations.

Freedom of agreement

ARTICLE 25 – (1) The provisions of Turkish Civilian Act no.4721 are reserved, the operator and the rights of way of supplier shall be free to contract regarding the right of way, as long as the contract provisions are not contrary to the relevant legislation and Authority regulations. Operators, on demand of the Authority, shall be obliged to submit to the Authority agreement and annexes and amendments thereof as well as any kind of information, documents and communications.

Protection of environment

ARTICLE 26 – (1) It is fundamental that the trees and environmental assets which exist on the ways subject to the rights of way are protected while using the rights established as per the rights of way. The provisions of legislation regarding the protection of historical artifacts and cultural and natural heritages in implementing the rights of way are under legal guarantee. Applications for permissions regarding such issues shall be concluded within sixty days by the notified bodies.

Circumstances regarding other infrastructures

ARTICLE 27 – (1) Electronic communications network and their supportive equipments belong to operator shall be constructed in reasonable distance and manner so as not to give any damage to the sewage, water and gas canals, railways, electric facilities, other electronic communications network and suchlike infrastructure of the public service which already exist on the properties subject to the rights of way. Any operator who is obliged to construct new infrastructure and network shall act in coordination with the relevant public authorities. Under essential circumstances, the expenses resulting from the measures taken against the interruption of public services shall be covered by the party who retains the ownership of rights of way. All expenses originating from any kind of work pertaining to the rights of way shall be covered by the operator.

Obligations regarding the rights of way

ARTICLE 28 – (1) With a view to ensure the maintenance of activities in a safe and continuous manner the rights of way supplier shall allow the operator to take all necessary measures and to execute the works as long as the expenses are covered by the operator of rights of way.

(2) The rights of way supplier whilst exercising his rights shall be obliged to abstain from any kind of activity that will endanger or damage the electronic communications network and the activities of operator that he performs as per the rights of way.

(3) Operators who possess the rights of way shall be obliged to compensate the rights of way supplier's damages which arises from implementing of rights of way are also other

damages which occurred except from the implementing of rights of way within a month at the latest.

Rights of way agreement in case of transfer of authorization

ARTICLE 29 – (1) In case of the transfer of authorization, with a view to prevent the interruption of public services the agreement of rights of way shall be valid under same terms and conditions between the rights of way supplier and the new operator, unless otherwise decided by the rights of way supplier.

Expropriation

ARTICLE 30 – (1) When the activities laid down in this Law necessitated, expropriation shall be established as per principles of Expropriation Act no. 2942 dated 4/11/1983, regarding real estates under the private domain. The Ministry's relevant decision for the necessity of expropriation shall stand for a public benefit decision and without the need for any other approval; the subsequent

procedures shall be executed by the Ministry as per provisions of Expropriation Act. The possession of the expropriated properties shall pass to the Treasury and right of easement shall be established free of charge on such properties, on condition that such right of easement is limited with the authorization duration granted to the operator by the Ministry of Finance. In case of cessation or termination of the authorization, the right of easement granted in favor of the operator shall be abated by the real estate registration office upon request of the relevant revenue office or fiscal directorate and the properties subject to right of easement shall be transferred to the Treasury, without the need for any other procedure. Expropriation charges that were previously paid by the operator shall not be refunded.

(2) When the operator needs as regards for the activities provided for in this Law, he shall apply to the Authority for the establishment of right of easement or right to use of or to hire any property which is under the exclusive possession of Treasury or under State's possession and discretion. If such reference approved by the Authority, the Ministry signs right of easement, rights to use or lease agreement with the operator in return for the cost, as per its relevant legislation on condition that the agreement is limited with duration of the authorization. Such contracts entail a provision which stipulates that the validity of the contract is limited with the duration of authorization. The operator shall be obliged to pay for the right of easement, rights to use or hiring charges.

PART FIVE

Numbering and Internet Domain Names

National numbering plan

ARTICLE 31 – (1) The Authority prepares the national numbering plan and make the administration and management of national numbering resources in accordance with the plan considering the policies of the Ministry. Rules and procedures for management and administration of numbering resources, its efficient and effective use and revocation of numbering resources and other similar issues shall be determined by the regulation of the Authority. The Authority makes necessary planning in a manner that to find sufficient numbering resources for electronic communications services and/or network or infrastructure

and it ensures the management of such resources in line with the fair, transparent and non-discriminatory principles.

(2) The Authority can make changes in national numbering plan in accordance with the regulation enabling the efficient and effective use of numbering resources or within the frame of new planning to be set forth by the relevant international organizations taking into account also the

opinions of the operators. For the implementation of such changes, operators shall be given enough periods in accordance with international norms. Operators shall implement such changes and take necessary measures.

(3) The Authority may lay down conditions for the use and allocation of numbers, make changes or revoke allocated numbers due to the requirements of public order and national security the need for number capacity, regulations of international organizations of which the Authority is a member, and the international agreements to which the Authority is a side or in the case where the number is not used in accordance with the Authority regulations. The Authority shall not be liable for any obligation arising from the regulations on this issue.

(4) Users of public telephony services including public pay phone service users, have right to access free of charge to the relevant administration authorized to answer the emergency call by dialing 112 and other emergency call numbers determined by the Authority. Within the principles determined by the Authority, operators are obliged to ensure the access of users to 112 and other emergency call numbers free of charge in line with the quality and scope of the services they provide and to inform the relevant authority about the location of users who requested emergency aid.

Number portability

ARTICLE 32 – (1) Operators shall be obliged to provide number portability in accordance with the regulations of the Authority. The Authority determines principles and procedures regarding the implementation of this obligation considering also the opinions of the operators. Operators shall make and implement necessary arrangements in their networks in accordance with the regulations of the Authority. Operators shall not have the right to demand any expenditure item which arises as a consequence of the arrangements they made in their networks within the scope of the operator number portability.

(2) Operators shall bear the system set up cost derived from the modifications to be made in their current systems or installation of systems in order to route the calls to the ported numbers or to provide number portability service. Reference database and similar systems shall be established and/or operated by the Authority or willing operators within the frame of regulations of the Authority. Such systems may be established and/or operated either by operators which are obliged to enable operator number portability or by third parties within the principles and procedures regulated by the Authority. The principles of cost sharing regarding such systems may be regulated by the Authority.

(3) The Authority shall take all necessary measures, to ensure the protection of the user and the users to enjoy the most benefit from the said services under best conditions within the scope of number portability.

(4) Provisions of Article 20 of this Law shall be applicable for charges that any operator imposes on other operators within the scope of operator number portability.

(5) Fees to be reflected to the subscriber directly within the context of number portability shall not impede the subscribers to take such services.

(6) The Authority may impose an obligation on operators to enable location portability or service portability. Procedures and principles regarding this obligation shall be regulated by the Authority by receiving the opinions of the operators.

Carrier selection and pre-selection

ARTICLE 33 – (1) The Authority may impose obligation on operators to perform carrier selection and pre-selection. Operators with significant market power in the relevant market may be obliged to perform carrier selection and pre-selection in their networks, within the frame of Authority regulations. The Authority regulates the principles and procedures of such obligation. The operators within the scope of carrier selection and pre-selection are obliged to make and implement necessary changes in their networks in accordance with the Authority regulations. Operators are not entitled to demand right for any expense item which arises as a consequence of the arrangements they made in their networks within the scope of carrier selection and pre-selection.

(2) Provisions of Article 20 of this Law shall be applicable for charges that any operator imposes on other operators within the scope of carrier selection and pre-selection.

(3) Charges to be reflected directly to the subscribers for carrier selection and pre-selection shall not be in the quality of preventing them to benefit from this service.

(4) A billing contract may be signed with a view to prevent double billing of the subscriber, between the operators which provide fixed or mobile telephone services that have the billing information of the subscribers and the other operators which provide service to the subscribers on such networks, and such contract shall not bring any additional cost to the consumer. The Authority is authorized for the determination of principles and procedures thereof.

Non-seizability and the continuity of communications services

ARTICLE 34 – (1) Regarding electronic communications services, usage of frequency, number and line allocated to users and beneficial interests and rights of use such as internet domain names, and the authorization of operators shall in no way be seized.

(2) Communications oriented to general security and public order whose scope has been determined by the Authority shall not be interrupted whatever the reason is.

(3) Unless relevant resolution is enacted by the Authority, Ministry or other notified bodies on electronic communications infrastructure, as per court decision or the relevant legislation, no intervention shall take place which results in the disruption of electronic communications.

Internet domain names

ARTICLE 35 – (1) Designation of the organization or institution that will allocate internet domain names and procedures and principles regarding the management of domain name shall be determined by the Ministry

CHAPTER THREE

Spectrum Management

Planning, assignment and registration of frequency

ARTICLE 36 – (1) Provided that the provisions of the relevant law regarding radio and television broadcasts are reserved:

a) National frequency planning, assignments of frequencies, international frequency coordination and registration procedures are carried out by the Authority, taking into account the international frequency planning and the decisions of international organizations so as to ensure the efficient and effective use of frequency bands and to prevent radio broadcasts from constituting electromagnetic interference on each other.

b) Those who are willing to install and operate radio equipments or systems must have their frequency assignment and registration procedures approved by the Authority. Yet, assignment and registration procedures shall not be carried out for frequencies which will be used in radio equipments or systems that operate without the need for any authorization or radio license as per Article 37 of this Law.

(2) Turkish Armed Forces, Undersecretariat of the National Intelligence Organization , Ministry of Foreign Affairs, Gendarmerie General Command, Coast Guard Command and Security General Directorate shall be given priority in frequency assignment as well as the needs thereof.

(3) Turkish Armed Forces and Radio and Television Supreme Board make and implement frequency planning in frequency bands allocated thereto, within the framework of national frequency plan.

(4) The Authority ensures coordination with the Ministry and with the relevant authorities regarding the assigned frequencies and bands, within the scope of new plans towards technological developments and the decisions of international organizations of which Turkey is a member. The Authority can make any kind of amendments including cancellation, in a manner not to result in infirmity as regards State security and intelligence. The Authority shall not bear any responsibility for the regulations made regarding such amendments.

Principles concerning permission for the installation and use of radio and radio license

ARTICLE 37 – (1) Provided that the provisions of relevant law regarding radio and television broadcasts are reserved, users of radio equipments or systems that need assignment of frequency in order to operate as per Authority regulations, are obliged to obtain radio license and permission for the installation and use of radio. Users within this scope must have installed and used their radio equipments or systems in accordance with the Authority regulations and the radio license.

(2) Procedures and principles regarding the issuance of permission for the installation and use of radio; duration, renewal, alteration or cancellation of permission and radio licenses as well as the subjects which will govern the users in the installation, usage, transportation, alteration of operation types and transfer or demobilization of radio equipments or systems specified within this framework, shall be determined by a by-law which will be published by the Authority. Permissions for the installation and use of radio which are not subject to authorization are issued for five years at most. In case permissions and licenses are not renewed in due time, frequencies assigned for radio equipments or systems specified therein shall be revoked. Radio equipment users which are incorporated in the system of operators

providing radio services, as long as authorized by the Authority, shall be exempted from the permission and licenses for the use of radio, within the framework of second paragraph of Article 46 of this Law.

(3) Radio equipments and systems that were specified in Authority regulations and approved by the Authority, which operate in frequency bands and output power allocated for specific needs and therefore do not need assignment of frequency for operation, can be used without the need for any permission or license for the installation and use of radio.

(4) The Authority, considering standard values set by the national and international organizations, shall carry out independently or have any agency to carry out the determination, control and supervision of limit values for electromagnetic field intensity to be followed in the use of radio equipments and systems. Procedures and principles for the regulation of these activities shall be determined by a by-law which will be published by the Authority by taking the views of Ministry of Health and Ministry of Environment and Forestry. Facilities which are found in conformity with the limit values and safety distance determined by the legislation shall, without the need for any procedure, be installed and operated pursuant to the issuance of safety certificate by the Authority.

Allocation of satellite position

ARTICLE 38 – (1) The Authority shall carry out planning and assignment, international coordination and registration procedures regarding the satellite positions in coordination with the Ministry within the frame of international planning and criteria.

Coded and cryptographic communications

ARTICLE 39 – (1) Turkish Armed Forces, General Command of Gendarmerie, Coast Guard Command, National Intelligence Organization, Security General Directorate and Ministry of Foreign Affairs are authorized to make cryptographic communications by radio communications systems. Procedures and principles for making coded and cryptographic communications in electronic communications service of public institutions and organizations except from those which are under the body of above mentioned institutions and natural and legal persons shall be determined by the Authority.

Spectrum monitoring and inspection

ARTICLE 40 – (1) Inspection of radio equipments or systems to check whether they were installed and operated in accordance with certain techniques and procedures, detection and elimination of electromagnetic interferences, ensuring coordination with security units about radio activities concerning State and individual safety within the scope of legislation, national and international spectrum monitoring, inspection and having third parties inspect the spectrum shall be carried out within the procedures and principles to be determined by the Authority.

(2) The Authority is entitled to perform spectrum management including spectrum planning and frequency assignment, registration and pricing as well as spectrum trading including the revocation of allocated frequency and resale thereof and to exercise the regulations necessitated by spectrum monitoring and inspection for the effective and efficient use of frequencies.

(3) If deems necessary, the Authority may have all its equipments, devices, systems and facilities that are used in spectrum monitoring and inspection activities, insured against any kind of risk for safety and preservation purposes.

(4) Within the relevant legislation, the Authority, with a view to perform national and international spectrum monitoring and inspection, may install and operate any kind of its equipments, devices and systems in locations where it seems fit or it may have such equipments, devices and systems installed and operated by a third party.

(5) Coast Guard Command is authorized to perform all kinds of inspection and spectrum monitoring tasks within the scope of this Law in nautical fields.

Procedures for foreigners

ARTICLE 41– (1) Radio equipments and systems which were installed or will be installed in accordance with contracts signed with foreign countries shall be subject to special provisions of such contracts, if available.

(2) Diplomatic embassies of foreign states in our country may be granted permission and license for the installation of radio equipments or systems on reciprocity basis, based on the appropriate view of the Ministry of Foreign Affairs.

Coast radio stations, maritime and aeronautical band radio systems

ARTICLE 42– (1) Installation and operation of radio communications systems including coastal radio stations which enable communications between marine vessels and the coast; and navigation safety communications by such radio stations shall be carried out by Directorate of Radio Operation under the body of Directorate General of Coastal Safety, without being subject to any authorization.

(2) Installing all kinds of radio communications systems including maritime and aerial band radio communications systems and navigation safety communications done by coastal radio stations and having third parties to construct, issuing permission for the use of such systems, licensing, assignment and registration procedures such as assigning call codes to maritime band radio communications and navigation systems, shall be carried out by Directorate of Radio Operation. The tariff regarding services which Directorate of Radio Operation is obliged to provide shall be determined upon the approval of its management board as per relevant legislation.

Amateur radio

ARTICLE 43 – (1) Amateur Radio Certificate is issued for amateurs willing to perform amateur radio activities both in national and international scale, with a view to train themselves in the field of radio communications techniques on their own consent and willingness without minding any personal, material or political interest, in accordance with principles and charges determined by the Directorate of Radio Operation.

International coordination of aeronautical and maritime radio communications

ARTICLE 44 – (1) International coordination and follow-up procedures pertaining to the tasks of Directorate of Radio Operation shall be carried out by the Authority within the scope of Article 42 of this Law.

Radio equipments used by foreigners in prohibited areas

ARTICLE 45 – (1) Issuance of license and giving permission for installation and usage of radio equipments for transmitters, except from devices for transceiver, receiver and radio equipments for receiving radio and television broadcasts, to foreigners who are permitted to exist in prohibited areas, are up to the approval of the Turkish General Staff.

Radio fees

ARTICLE 46 – (1), License and annual usage fees for radio equipments and systems and charges for technical examination and suchlike services as per this Law are specified in the attached tariff and such charges shall be registered as revenue for the Authority. Board of Ministers is entitled to add or remove any service item in the attached tariff and to determine the charges of new services upon the recommendation of the Authority and the resolution of the Ministry. When necessary, the Authority is authorized to reduce each charge item up to fifty percent of the first value or to increase the charges on condition that the new value will not exceed the re-valuation rate which is determined annually by the Ministry of Finance in relation with the previous year.

(2) All kinds of radio equipments and systems, which are out of the scope of authorization since they are utilized by regulatory and supervisory bodies, village legal entities, Directorate General of Coastal Safety, Turkish red crescent, municipalities, Social Security Institution, public administrations and special budgeted administrations within the scope of general budget in tables (I), (II) and (III) that are enclosed to the Public Financial Management and Control Law dated 10/12/2003 no. 5018, and which are utilized by the embassies of foreign states determined by the Ministry of Foreign Affairs, shall be exempted from radio license and annual usage fees.

(3) Operators providing electronic communications services by means of being authorized by the Authority are obliged to collect from subscribers on behalf of the Authority the radio license and

annual usage fees, which all kinds of subscribers are obliged to pay to the Authority including the operators' own systems as per this Law, and to transfer such charges to the accounts of the Authority as per procedures set forth by the Authority.

(4) Receivables of the Authority within the scope of this Article shall be deemed as the privileged receivables for the execution of Enforcement and Bankruptcy Law no. 2004 dated 9/6/1932. Collection of such receivables is subject to general provisions and shall be exempted from all kinds of tax, duty and judicial charges. Prescription period for these receivables is ten years.

(5) Radio license and utilization fees collected from the billed subscribers (except from pre-paid subscribers) of operators providing mobile electronic communications services shall be received on the basis of dividing fee amount into equivalent installments as of the month when subscription took place until the end of year.

(6) Radio license and usage fees for radio equipments and systems which are out of the scope of authorization shall be collected in advance, according to the license duration. In instances where radio license and usage fees are not paid at the end of period determined by

the Authority within the framework of procedures and principles thereof, permissions and licenses for installation and use of equipments and systems aforementioned shall be revoked.

CHAPTER FOUR

Consumer and End User Rights

Right to benefit from services under same circumstances

ARTICLE 47 – (1) Operators are obliged to provide electronic communications services with equal and non-discriminatory conditions to the consumers and end users that are under equivalent situations. Procedures and principles pertaining to this Article shall be determined by the Authority.

Protection of consumer and end user

ARTICLE 48 – (1) The Authority determines the procedures and principles regarding the consumers' and end users' access to electronic communications services under equal conditions and regarding the protection of their rights and interests.

Provision of transparency and notification

ARTICLE 49 – (1) The Authority may impose obligations on the operators towards publishing service options, quality of service, tariffs, tariff packages and enlightening of subscribers about

similar issues with a view to ensure that end users and consumers take maximum benefit of these services and to offer services in conformity with the principle of transparency.

(2) Operators, without necessarily being requested, shall inform consumers under every circumstance regarding considerations that will affect their decisions especially when they are making choices between services and signing subscriber contracts, as per the principle of trustworthiness.

(3) Procedures and principles pertaining to the implementation of this Article shall be regulated by the Authority.

Subscription Contracts

ARTICLE 50 – (1) When subscribing to an electronic communications service, consumers are entitled to sign contract with the operator who provides such services. Subscription contracts shall at least cover issues such as; name and address of the operator providing electronic communications service, content of the services to be provided, levels of the quality of service offered and the anticipated duration for the accomplishment of the first connection, types of maintenance and repairing services that will be supplied, the scope of tariffs that will be implemented and in what ways the current information regarding tariff changes could be learned, terms for the duration, termination and renewal of the contract, procedures of compensation or reimbursement in instances where the offered quality of service could not be ensured due to the failure of the operator and the dispute settlement procedures in case of any conflict between the subscriber and the operator.

(2) The Authority, either on its own initiative or upon complaint, is entitled to request the subscriber contracts from operators, to review them and to notify the operator regarding the issues which are seem necessary to be altered. Operators are obliged to perform required amendments in prescribed period in accordance with the Authority regulations.

(3) Provisions of subscriber contracts are void, where in case they may result in disparities against the subscriber and the contrary of the principle of trustworthiness regarding the rights and obligations of the sides arising from the contract.

(4) The subscriber is entitled to nullify the contract without paying any compensation after being notified by the operator that terms of subscriber contract have been altered. Operators shall be obliged to inform the subscribers regarding the amendments in subscriber contract at the latest a month before such amendments enter into force and declare that the subscribers are obliged to

nullify the contract without paying any compensation in case they do not adopt such amendments. Subscribers, on condition of notifying in written, may any time terminate their subscription.

(5) In instances where unsolicited communication has been conveyed for the purposes such as direct marketing, political propaganda or transmission of sexual content messages by electronic communications means such as automatic dialing machines, fax machines, e-mails and short messages without the prior consent of the subscriber; the subscriber shall be entitled to reject such messages henceforth by simple means and free of charge.

(6) Procedures and principles pertaining to the implementation of this Article shall be regulated by the Authority.

Processing of personal data and protection of privacy

ARTICLE 51 – (1) The Authority is entitled to determine the procedures and principles towards the processing of personal data and the protection of its privacy regarding electronic communications sector.

Quality of Service

ARTICLE 52 – (1) The Authority may determine parameters for the level of the quality of service and its content, type of information to be published by the operators and other considerations pertaining to the quality of service level so as to provide the accessing of consumers and end users to comprehensive, sufficient and apprehensible information regarding the level of the quality of service.

(2) Operators are obliged to provide any kind of information regarding the quality of service parameters for electronic communications services to the Authority and to assure conformity to quality of service standards in due time and the requested manner. The Authority may either publish information sent by the operators regarding the quality of service or it may impose on operators to do so, within the procedures and principles regulated under its own authority. The Authority may also inspect the accuracy and conformity of such information to the standards for the quality of service level or have any third party to inspect thereof.

(3) The Authority may impose on operators to prepare service level agreements oriented to electronic communications services and electronic communications infrastructure or network components and to publish such agreements within due time and requested format. Furthermore, the Authority may request from the operators to make amendments,

optimizations or corrections in their service level agreements. The operators are obliged to make such amendments, optimizations or corrections within due time prescribed by the Authority.

(4) In all circumstances, operators are obliged to ensure accurate billing and are under the burden of proof in case of any conflict regarding the content of the bill.

(5) The Authority determines the issues such as dispatch of bills, items necessary to be listed in bills, itemized billing, procedures to be applied for interruption of the service when the bills are not paid by the subscriber and the procedures and principles pertaining thereto.

CHAPTER FIVE

Notified Bodies and Market Surveillance

Notified bodies, market surveillance

ARTICLE 53 – (1) Relevant provisions of Law no. 4703 shall be applicable in subjects such as; the conformity of equipments within the scope of this Law to relevant safety requirements and technical regulations to be published by the Authority, obligations of manufacturers and distributors regarding these issues, the Authority's terms of reference in market surveillance for such equipments and the responsibilities of notified bodies assigned by the Authority.

(2) The Authority, when deems necessary in terms of market surveillance activities, may utilize from the facilities of testing, examination and/or certification bodies which do not take part in conformity assessment processes of the equipment subject to surveillance; and it may put its own laboratory facilities to the service of those who demand for a fee and within procedures and principles defined under its own authority. The final decision on market surveillance is given by the Authority. If it is detected that the equipment is unsafe, testing and inspection charges shall be defrayed by the manufacturer.

(3) The Authority shall dispose or have third parties to dispose the electronic communication devices wholly or partly according to the risks they bear where it is impossible to make these devices safe and the expenses shall be defrayed by the manufacturer.

(4) The Authority regulates the procedures and principles pertaining to the notified bodies and market surveillance as per Law no. 4703 and the relevant technical regulations.

Certificate of competency

ARTICLE 54 – (1) Real persons or legal entities without certificate of competency issued by the Authority shall not provide measurement and inspection services.

(2) The Authority regulates the procedures pertaining to the implementation of this Article as well as the charges for certificate of inspection competency.

Equipments with electronic identity register

ARTICLE 55 – (1) Unless permitted by the Authority, specific information including subscriber's identity and communication data or electronic identity used for identifying the equipment shall not be reconfigured, altered, reproduced or distributed for any reason.

(2) It is strictly prohibited to import, manufacture, distribute, present and keep any equipment, boards, tools and materials whose electronic identity has been changed and any kind of software, tools or equipment used for changing electronic identity shall not be imported, manufactured, distributed or mediated.

(3) All kinds of equipment, boards, tools and materials whose electronic identity have been changed and any kind of software, equipment or materials used for changing electronic identity shall be confiscated as per provisions of Article 127 of Code of Criminal Procedure no. 5271 dated 4/12/2004.

Safety of subscriber and equipment identity register

ARTICLE 56 – (1) Without authority and consent, specific information including subscriber's identity and communication data as well as any kind of software, board, tool and material which has the equipment's electronic identity shall in no way be copied, kept, distributed or used for taking advantage on one's own or by third parties.

(2) False information and documents shall not be presented to the operator or the agency acting on behalf of the operator regarding subscriber information during subscription procedures.

(3) Subscription shall not take place until the copy of required identity cards are presented to the operators or the agency acting on behalf of the operator.

(4) Procedures and principles pertaining to the subscription shall be determined by a regulation of the Authority.

Technical conformity

ARTICLE 57 – (1) Operators are not entitled to provide electronic communications services to lost, smuggled or stolen equipments. Nevertheless, original equipments that are registered to the CEIR and whose electronic identity have been copied, shall be put into service on condition of being used solely with the matched subscriber numbers.

(2) Operators are obliged to ensure the compatibility of their EIR systems with the Authority's CEIR and to ensure the security and reliability of the technical infrastructure and the system for continuous operations in order to prevent the connection of illegal equipments, mentioned in the above paragraph, to their communications systems.

Call Center

ARTICLE 58 – (1) The Authority may establish a call center for the procedures necessary for the pursuance of its duties assigned by this Law. It may either operate such a center on its own or have third parties to operate it. Subscriber whose communication equipment has been registered in the electronic identity systems of the Authority shall first apply to call center for disconnection request of his/her equipment from electronic communications network if his/her communication equipment has either been stolen, despoiled, lost or whatsoever out of his/her hand without his/her consent.

CHAPTER SIX

Inspection, Authority's Authority and Administrative Sanctions

PART ONE

Inspection

Inspection

ARTICLE 59 – (1) The Authority shall be entitled to inspect or to have third parties inspect real and legal persons which are engaged in electronic communications sector, pertaining to the tasks prescribed by this Law on its own motion or upon notification or complaint. The Authority may carry out or have third parties carry out examination and inspections in situ, when it deems necessary whilst performing its tasks assigned to it by this Law. Administrative chiefs, law enforcement officers and the chiefs and officers of other public corporations are obliged to make due contribution and any kind of assistance to officials in charge of examination or inspection. Officials in charge of examination or inspection are obliged to keep a certificate of competency indicating the subject and the purpose of inspection and the administrative fine to be imposed in case of giving misinformation.

(2) Officials in charge of inspection shall, in the presence of the entities or their facilities which are subject to inspection, be entitled to examine all kinds of documents and assets including the registers, data stored in electronic environment, electronic communications infrastructure, equipments, systems, software and hardware; to take copy or sample, to request verbal or written explanation pertaining to the subject, to take necessary minutes and to examine the facilities and the operation thereof. Operators subject to inspection shall be obliged to take necessary measures so as to make any kind of assistance to the in-charge officials, to meet their requests regarding the abovementioned issues within due time, to keep their equipments, systems, software and hardware available for the inspection, to provide the infrastructure necessary for inspection and to take

precautions for keeping such infrastructure in operating condition. Penal sanctions in accordance with this Law and the provisions of relevant legislation shall be imposed for those who act in otherwise direction.

(3) The Authority, whilst performing its tasks assigned to it by this Law, shall be entitled to request information and documents which it deems necessary for the performance of its tasks from public corporations and institutions, real and legal persons. The Authority may request personnel qualified in inspection from other public corporations and institutions, when necessary.

(4) The Authority may have the operators inspected within the prescribed principles. Authorized agencies and independent inspection corporations shall be responsible for the conformity of information, documents, reports and financial tables to this Law and to the provisions of the legislation and for the accuracy, examination and inspection of the accounts in accordance with generally accepted inspection procedures and principles. Such agencies shall be responsible for losses that which may arise due to misinformation, misleading information and convictions in their inspection reports and for losses which lead to the detriment of third parties due to their activities performed as per this Law.

(5) Officials who are employed for inspection activities of the Authority shall be issued certification proving that they are authorized to act as independent inspectors in electronic communications sector, when their commissions are expired in the Authority. As long as such officials keep their status of not being deposed from their official duties due to criminal or disciplinary proceedings and as long as they meet the requirements laid down in sub-clauses no. (1), (4), (5) and (7) of paragraph (A) of Article 48 of State Officials Act no.657 dated 14/7/1965, they shall be entitled to act as independent inspectors in electronic communications sector after resigning from their position in the Authority.

(6) Procedures and principles pertaining to the implementation of this Article shall be determined by the Authority by a regulation.

PART TWO

Competence of Authority and Administrative Sanctions

ARTICLE 60 – (1) The Authority shall be entitled to monitor and inspect the adherence to the legislation, right of use and other authorization requirements; to charge operators with administrative fine with the amount up to three percent of the previous calendar year’s net sales in case of non-adherence, to take necessary measures for the enforcement of national security, public order or public services properly and for the implementation of provisions enacted by laws,

if necessary to take over facilities in return for compensation and to revoke the authorization in case of a gross fault or in case the authorization fee is not paid in due time. Nevertheless, the Authority shall take the opinion of the Ministry in instances where authorizations regarding electronic communications services which cover the utilization of frequency bands allocated in national scale and which need to be provided by a limited number of operators, are need to be revoked.

(2) In case that the operator has just been engaged with electronic communications services, considering the criteria such as the quality of breach, whether any profit has been gained as a result of the breach, good will and voluntary declaration, the Authority shall be entitled to impose administrative fine with an amount from one thousand Turkish Liras up to one million Turkish Liras and other administrative sanctions prescribed in this Law, within the procedures and principles to be determined beforehand by the Authority.

(3) As regards the requirements of public service and, with a view to protect the public order the Authority shall be entitled to abort the operator's activities temporarily or to impose on operator to implement concrete measures in order to remedy the breach in instances determined beforehand by by-laws

(4) Natural persons and legal entities signing subscriber contract with any operator providing electronic communications services shall be entitled to grant such services to third parties in return for due charges or free of charge, as is due for their activities. Subscribers shall not offer the services they utilize to third parties for commercial purposes. Subscriber contract of those who act in contradiction shall be annulled.

(5) In instances where the operators do not make due notifications regarding their electronic communications facilities or where construct their facilities without safety certificate or where electromagnetic field intensity is found in non-conformity with the limit value set by the Authority after measurements carried out by the Authority or by the agencies authorized by the Authority; the owners of such facilities and equipments shall be charged with administrative fine for each equipment separately, with the amount of fifty times of license charge prescribed in the tariff of charge attached to this Law. Provisions of this Article shall be applicable for also those who are exempted from radio license and annual utilization fees as per second paragraph of Article 46 of this Law. Administrative fines as per this paragraph may also be imposed by provincial organizations of the Authority.

(6) In cases where the first paragraph of Article 53 of this Law is breached, administrative fines prescribed for distributors, manufacturers and notified bodies in Article

12 of Law no. 4703, shall be imposed in an incremental manner starting from the fine amount up to four times thereof.

(7) The perpetrator who acts in defiance of the first paragraph of Article 57 of this Law shall be punished with administrative fine from ten thousand Turkish Liras to twenty thousand Turkish Liras per each equipment; perpetrator who acts in defiance of the second paragraph shall be fined with the amount up to ten million Turkish Liras.

(8) The Authority is entitled to impose administrative fines as per this Article.

(9) Considerations regarding the implementation of this Article and the administrative fines to be imposed in case of operators' failure to perform their obligations as per this Law shall be regulated by by-laws enacted by the Authority.

Imposing and collection of administrative fines

ARTICLE 61 – (1) Administrative fines imposed by the Authority are subject to the provisions of Law no. 6183 and shall be paid to Authority accounts within thirty days as of the notification date. Fines which are not paid within such period shall be collected by the relevant tax office upon notification of the Authority as per provisions of Law no. 6183. Administrative Jurisdiction Procedures Law no. 2577 dated 6/1/1982 shall be applied regarding the lawsuits to be filed against administrative fines imposed by the Authority.

(2) The whole amount of the collected administrative fines shall be transferred to Authority accounts.

Right to sue

ARTICLE 62 – The Council of State shall trial the lawsuits filed against the activities of Authority on the sector, as the court of first instance. The Council of State deems such lawsuits immediate actions. Decisions of the Board shall not be subject to the expediency inspection in the administrative inspection of the Authority.

(2) No warranty shall be requested for lawsuits filed by the Authority.

CHAPTER SEVEN

Penal Provisions

Penal provisions

ARTICLE 63 – (1) Judicial fine for a term of thousand to ten thousand days shall be imposed for operators who provide electronic communications services and/or construct and/or operate associated facilities in defiance of the Article 9 of this Law without notifying the Authority.

(2) Judicial fine for a term of five thousand days to fifteen thousand days and imprisonment up to six months shall be imposed for the operators who provide electronic communications services and/or construct and/or operate associated facilities in defiance of Article 9 of this Law without holding the right of use.

(3) In instances where the personnel of any operator authorized to provide electronic communications services commit offense against the secret life and the secret parts of life regulated under Book Two, Chapter Two, Part Nine of Turkish Criminal Act no. 5237 dated

26/9/2004, sentences prescribed within this part shall be imposed. However, the punishment shall be multiplied by one as per Article 137.

(4) Judicial fine up to two thousand days shall be imposed for perpetrators who sell, construct, operate and utilize radio equipments or systems which are subject to permission and license for construction and utilization, in defiance of Article 37 of this Law without taking approval of the Authority. Perpetrators who utilize such equipments for the violation of national security even if they retain the required permits, shall be imprisoned for a term of six months up to one year and a judicial fine up to ten thousand days, unless their actions do not necessitate a more serious punishment.

(5) Judicial fine not less than one hundred days shall be imposed in instances where the persons authorized, permitted and allocated by the Authority commit;

a) Not taking measures within due time determined by the Authority, for the remedy of contradiction which they have caused by constructing , operating, changing physical location, frequency and other technical characteristics in defiance of the Institute regulations and radio license and by utilizing such systems out of purpose,

b) Not taking measures within due time determined by the Authority, for the remedy of electromagnetic interference or jamming factors when detected on other electronic communications systems in whatsoever manner, which they have caused by operating radio systems in defiance of the prescribed techniques and procedures set forth by the Authority regulations.

(6) Perpetrators who communicate by means of coded or cryptographic communication or who enable such communication in defiance of Article 39 of this Law shall be punished by judicial fine from five hundred days up to one thousand days.

(7) Judicial fine from one thousand days up to five thousand days shall be imposed for the perpetrators when it is detected that equipments which were returned to the manufacturer, distributor or user by the Authority so as to be disposed have supplied to market or used in defiance of third paragraph of Article 53 of this Law.

(8) Judicial fine up to five thousand days shall be imposed for perpetrators who act in defiance of Article 54 of this Law.

(9) Judicial fine from one thousand days up to fifteen thousand days shall be imposed for perpetrators who act in defiance of the first and second paragraphs of Article 55 of this Law.

(10) Perpetrators who act in defiance of the provisions of first paragraph of Article 56 of this Law shall be punished with judicial fine from one thousand days up to five thousand days, perpetrators who act in defiance of the provisions of the second paragraph shall be punished with judicial fine from twenty days up to one hundred days and perpetrators who act in defiance of the provisions of third paragraph shall be punished with judicial fine from one hundred days up to five hundred days.

(11) In case the misdemeanors identified under this Article have been committed within the activities of a criminal organization, the amount of fines shall be increased by the half of fine amount. If the committer of misdemeanor is a legal entity, it shall also be subjected to specific security measures described in Law no. 5237.

CHAPTER EIGHT

Final Provisions

Notification

ARTICLE 64 – (1) Notifications of Ministry and the Authority to be conveyed to the persons concerned as per this Law shall be issued in accordance with the provisions of Notification Law no. 7201 dated 11/2/1959.

References and implementation

ARTICLE 65 – (1) References attributed to Telegraph and Telephone Law no.406 dated 4/2/1924 and to Radio Law no. 2813 dated 5/4/1983 in the other legislation pertaining to the service fields,

as well as references attributed within the own entity of such Laws shall be deemed as being attributed to this Law.

(2) Provisions of other laws which contradict with this Law shall not be applicable.

(3) The expressions of “Telecommunication Authority” , and “Telecommunication Board” mentioned in the other laws and regulations refer to “Information and Communication Technologies Authority” and “Information and Communication Technologies Board” .

Abolished provisions

ARTICLE 66 – (1) Of the Law no. 406; except for paragraph one, paragraph seven and the first sentence of paragraph nine of Article 1; Supplementary Articles 17, 19, 21, 22, 23, 24, 28, 29 and 30; paragraph four and paragraph six of Supplementary Article 32, Supplementary Article 33; second paragraph of Supplementary Article 35; Supplementary Articles 36, 37; provisional clause 3, Articles 35 and 36 have been abolished together with the annexes and amendments thereof.

(2) Provisions of Law no. 2813; except for Article 5, Article 8 and paragraph one, paragraph two, paragraph three, paragraph five of Supplementary Article 2 and Articles 35 and 36 have been abolished together with the annexes and amendments thereof.

(3) Telegraph and Telephone Law no. 4502 dated 27/1/2000, Law on the Organization and Duties of the Ministry of Transportation, Radio Law, Law on Saving and Aid Fund of Post, Telegraph and Telephone Administration and Article 26, provisional clause 1, provisional clause 5, provisional clause 6, provisional clause 7, and provisional clause 8 of Law on Amendments to the Schedules annexed to Decree Law on General Staffing and Procedures have been abolished.

(4) Provisional clause 1, provisional clause 2 and provisional clause 4 of Law on Amendment to the Law on the Organization and Duties of the Ministry of Transportation and Telegraph and Telephone Law no.4673 dated 12/5/2001, Law on Saving and Aid Fund of Post, Telegraph and Telephone Administration have been abolished.

Amended provisions

ARTICLE 67 – (1) This paragraph amends the Law no.406. Amendments are issued in the related text.

(2) This paragraph amends the Law no.2813. Amendments are issued in the related text.

(3) Additional articles have been annexed to the Law no. 3348.

“Expert and Assistant Expert of Transportation and Communications

ADDITIONAL ARTICLE 2 – Experts and Assistant Experts of Transportation and Communications are employed under the body of main service units of the Ministry's central organization.

In order to be appointed as Assistant Expert of Transportation and Communications, besides meeting general requirements stipulated in Article 48 of Law no. 657 the following requirements must also be met:

a) To graduate from faculties which will be determined by the regulation, of law, political sciences, economy, business administration, economics and administrative sciences, communications, science; faculty of science and letters or faculty of engineering of the universities giving four years of graduate study at least, or from higher education institutions abroad whose equivalency to such departments are approved by Higher Education Board,

b) To get minimum (D) grade from Public Personnel Language Examination in terms of one of the foreign languages at least, determined by the regulation,

c) To be successful in the competition examination,

d) Not to be over thirty as of the first day of January of the year when the examination took place,

Personnel appointed as assistant experts as per paragraph two, shall be entitled to enter in the qualification test on condition of having worked minimum three years actually, possessing good qualification record every year and their specialization thesis, whose subject will be determined by the units to employ them, are approved by thesis jury. Those who succeed in qualification test shall be appointed in Expert of Transportation and Communications positions.

Personnel who have not succeeded in qualification test, who have not entered in test without reasonable excuse despite having the right to enter, whose specialization thesis have not been approved or who possess poor qualification record shall lose the title of Assistant Expert in Transportation and Communications and be appointed to other positions in accordance with their qualifications.

Procedures and principles pertaining to the competition, thesis preparation and qualification tests of Assistant Expert in Transportation and Communications and pertaining to the working and education of Experts in Transportation and Communications and Assistant Experts of Transportation and Communications as well as the related issues shall be determined by a regulation.

ADDITIONAL ARTICLE 3- Positions laid down in the annexed table no. (III) have been abolished and the appendix to Decree Law on General Staffing and Procedures Thereof no. 190

dated 13/12/1983 has been removed from the table of Ministry of Transportation; positions laid down in the annexed table no (IV) have been created and annexed to the table no. (I) which is appendix to Decree Law no. 190, to the part pertaining to the Ministry of Transportation.

(4) The following provisional Article has been annexed to the Law no. 3348.

"PROVISIONAL ARTICLE 6- As of the date when this Law entered into force, among personnel who work in the Ministry and the relevant organizations and affiliated institutions to the Ministry as being subject to the Law no. 657, who are not over the age of forty five, whose last three year's qualification grade is eighty and more, who meet the education requirement to enter in the Assistant Experts of Transportation and

Communications examination and who apply within one month after the Regulation to be enacted by the Ministry of Transportation as per additional Article 2 enters into force; those who have served minimum five years shall be appointed to Expert of Transportation and Communications positions within one year at most according to success rating as long as they meet the foreign language requirement prescribed in the Additional Article 2 and as long as they have succeeded in oral and written examination to be opened as per provisions of the mentioned regulation, with a stipulation that their number do not exceed one fifth of the created Experts of Transportation and Communications positions; those who have served minimum three years shall be appointed to Assistant Experts of Transportation and Communications positions within one year at most according to success rating as long as they meet the foreign language requirement prescribed in the Additional Article 2 and as long as they have succeeded in oral and written examination, with a stipulation that their number do not exceed one fifth of the created Assistant Expert of Transportation and Communications positions.

Those appointed to Transportation and Communications Assistant Expert positions in the abovementioned manner shall be subject to the provisions pertaining to the "qualification exam" as per Additional Article 2 of this Law.

Personnel who work in administrative positions superior to the head of department in the Ministry at the time when this Law is in force, shall be deemed as having acquired the title of Transportation and Communications Expert."

(5) Of the Law no. 657;

a) The expression "Assistant Experts of Transportation and Communications" has been annexed to clause (11) of paragraph (A) under "Common Provisions" part of Article 36 after "Assistant

Experts of Culture and Tourism"; and "Expert of Transportation and Communications" has been annexed after "Expert of Culture and Tourism",

b) The expression "Experts of Transportation and Communications" has been annexed to clause (i) of "A-Specific Service Compensation" part under "II-Compensations" chapter of Article 152, after the expression "Experts of Culture and Tourism",

c) The expression "Experts of Transportation and Communications" has been annexed to clause (h) of "General Administration Services Class" part of Annex Indication Table no. (I) after the expression "Experts of Culture and Tourism."

(6) The name of Law no. 5369 has been amended as "Universal Service Law" and of this Law;

a) The expression "in electronic communications sector" in Article 1 has been amended as "in electronic communications sector and other fields laid down within the scope of this Law",

b) "Authority", "Universal service", "Incumbent Universal Service Provider" and "Operator" definitions in Article 2 have been amended as follows and the following "Infrastructure", "Maritime communications services", "Operator of passenger transportation by sea" and "Navigation safety communications services" definitions have been annexed in turn in order after the definition of "Operator",

"Authority means Information Technologies and Communications Authority,

Universal service means electronic communications services including internet access and other services to be determined within the scope of this Law, which are accessible by anyone within the borders of Turkish Republic disregarding geographical position and which

will be offered in pre-determined quality and minimum standards in return for a reasonable charge that anybody can afford,

Incumbent Universal Service Provider means any operator in electronic communications sector who has been authorized by the Authority as per relevant legislation and who is liable to provide services within the scope of this Law,

Operator means the operators authorized by the Authority or other relevant authorities according to the relevant legislation, responsible for services taken under the scope of this Law,

Infrastructure means any kind of outfit, equipment, computer, software and hardware used first of all for the purpose of creating a physical environment when necessary, for enabling service so as to provide universal service,

Maritime communications services mean communications services conducted as transmission of sound and data between ship-land and ship-ship by using radio systems via coast radio stations,

Operator of passenger transportation by sea means any operator, who carries out the passenger transportation between mainland and the island upon receiving line permit from the Undersecretariat of Maritime Affairs,

Navigation safety communications services mean radio broadcast services as sound and data transmission so as to ensure safe navigation of any kind of marine vessels,"

c) The following paragraph has been annexed to Article 4,

"Incumbent Universal Service Provider is not necessarily requested for the extensity of information technologies, internet infrastructure and the purchase and assembly of infrastructural equipment which are necessary for terrestrial digital broadcasting and for passenger transportation provided by sea."

ç) The expression "Basic" in clause (e) of the first paragraph of Article 5 has been removed from the Article text; clause (f) has been amended as "passenger transportation services to settlements where transportation is provided by sea" and clause (g) has been annexed after this clause,

"g) Maritime communications and navigation safety communications services,"

d) Clause (a) of first paragraph of Article 6 has been amended as "Undersecretariat of Treasury, until the end of the month following the date when 2% of the authorization fee due to authorizations issued by the Authority is settled to its accounts", clause (b) has been amended as "Türk Telekom and operators other than those who are obliged to pay Treasury contribution, 1% of the annual net sales revenue, until the end of April of the following year; the operators, despite of the obligation to pay Treasury contribution due to their activities, who also carry out services which do not require the payment of Treasury contribution, 1% of the annual net sales revenue, until the end of April of the following year". Clause (c) has been amended as "Operators who are obliged to pay Treasury contribution, 10% of the contribution, within the month of settlement", and the expression "as per Telegraph and Telephone Law no. 406 dated 4.2.1924 and Radio Law no. 2813 dated 5.4.1983" in paragraph (d) has been removed from the Article text,

e) Second sentence of the first paragraph of Article 7 has been amended as "However, in calculation of the universal service net cost, the evaluation must be carried out considering the other revenues that the operators will earn for being Incumbent Universal Service Provider" and the following paragraph has been annexed to this Article.

"The requirements of net cost and being a Incumbent Universal Service Provider stipulated in this Law shall not be requested for the purchase of; infrastructure services towards the dissemination of information technologies with a view to contribute to the development of information society including computer literacy and purchase of infrastructure services towards the provision of digital broadcasting, which is provided by various broadcast mediums and technologies, by terrestrial digital transmitters in a manner to cover all the settlements in our country and the purchase of similar facilities which necessitate the installation of specific infrastructure."

f) The following additional article has been annexed to Law no. 5369.

"ADDITIONAL ARTICLE 1- In the implementation of clause (b) of first paragraph of Article 6 of this Law regarding the universal service revenues, time-based proportional share principle shall be applied as of the start and termination date of the authorization, in determination of the annual net sales revenue of the operators. The date of 25/6/2005 shall be taken as basis in the implementation of abovementioned provision and of the exception provision regulated under the second paragraph of Article 7 of this Law."

(7) The following paragraph "The Presidency may object to the judicial decisions which are sent thereto for the execution of procedures, as per provisions of Code of Criminal Procedure no. 5271 dated 4/12/2004" has been annexed to Article 8 of Law no. 5651 as paragraph thirteen and to the mentioned Law;

a) The following additional article has been annexed.

"ADDITIONAL ARTICLE 1- (1) Fundamental and continuous tasks and services imposed on Telecommunications Communications Presidency are performed by occupational personnel and other staff consisting communications chief expert, communications expert, technical expert, administrative expert and communications assistant expert, technical assistant expert and administrative assistant expert. In the Presidency: Personnel working in president, head of department, consultant and occupational personnel positions must be graduated from faculty or departments of electronic, electric-electronic, electronic and communications, industry, physics, mathematics, computer, telecommunications and business administration engineering for engineering field; faculty or departments of political sciences, economics and administrative sciences, economy, law, business administration and communication for social sciences field or from faculties abroad whose equivalency to the abovementioned faculties or departments are approved by the notified bodies; or besides graduating from the specified departments, they must have studied for master's degree or doctorate in the mentioned fields, personnel working in expert titled positions must have bachelor's degree, other personnel must be graduated from high school

or the equivalent, at least. Those graduated from Security Sciences Faculties may also be appointed to head of department positions. Of the Presidency personnel; heads of departments shall be appointed by the Board upon the proposal of Telecommunications Communications President and the assent of Chairman of the Board; other personnel shall be appointed by Chairman of the Board upon the proposal of Telecommunications Communications President.

(2) In order to be assigned as assistant experts, it is a must to graduate from faculty or departments laid down above, to enter central competition examination, to know at least one of the specified foreign languages in required level, not being over thirty as of the first day of January of the year when the Authority examination took place and to be successful in such examination.

(3) Personnel, who work as assistant experts, on condition of having worked three years at least and possessing good qualification record, may be appointed as communications

expert upon the approval of their thesis. Such personnel's degree of office shall be promoted one grade for only once. Personnel who fail in thesis justification and in qualification exam twice times shall loose the title of assistant expert and be appointed to positions according to their qualifications.

(4) Other provisions pertaining to the entrance and qualification tests, working procedures and principles of experts and assistant experts shall be determined by the Authority regulation.

(5) Positions listed in this Law and the annexed table no. (V) have been created and annexed to the list no. (I) which is the appendix to Law no 5651, in order to be employed in the services of Telecommunications Directorate."

b) The following provisional article has been annexed.

"PROVISIONAL ARTICLE 2- Among the personnel working in Telecommunications Directorate positions who meet educational requirements prescribed in Additional Article 1 may be appointed as communications experts within five years as of the publication date of this Law, on condition that they have completed three years of public service, they received minimum 60 from Public Personnel Language Examination or the equivalent grade from internationally accepted examinations, and on condition that their thesis is approved. Among such personnel, those who have been assigned in other public corporations and institutions by succeeding in competition examinations in line with the specific legislations thereof, and who have been appointed as occupational career personnel upon succeeding in the qualification test and approval of the thesis, may be appointed as communications experts as long as they meet the requirement for foreign language; and among such personnel who have completed master's or doctorate studies

may be appointed directly as communications experts as long as their master's or doctorate theses are determined to be relevant with the fields of duty of the Authority or the Presidency, and of such personnel who have bachelor's degree may be appointed as communications experts, on condition of meeting foreign language requirement.

(2) The personnel of Telecommunications Directorate, who have bachelor's degree may be appointed as technical expert or administrative expert in accordance with their educational background within five years as of the publication date of this Law, on condition of completing three years of public service, meeting the requirements prescribed in the regulation to be enacted and being approved of their thesis or having graduate or doctorate degree."

Implementation

PROVISIONAL ARTICLE 1 – (1) Until the enforcement of regulations suggested by this Law, provisions of the current regulations which are not contrary to this Law shall continue to be implemented. The Authority may authorize as per the current legislation, until the provisions laid down in Chapter Two Part One of this Law regarding authorization enter into force. The operators shall continue to retain the rights of way which they hold in accordance with the relevant legislation, until the enforcement date of this Law.

(2) The provision of Article 61 shall be applied for administrative fines which have not been collected yet and which were decided by the Authority before the enforcement of this Law.

Transitional period for existing authorizations

PROVISIONAL ARTICLE 2 – (1) Operators who were authorized by telecommunication license or general authorization before the enforcement of this Law shall

be regarded as having notified the Authority as per this Law and having received the right of use which is limited with the duration of their authorizations, when required.

(2) Authorization and concession agreements signed with the Authority before the enforcement of this Law shall continue to be valid as per their current provisions until their termination due to their expiration, annulment, cancellation of the agreement or in case of a termination for any other reason whatsoever. Definitions in the last paragraph of Article 1 of Law no. 406 shall continue to be valid for the implementation of such paragraph regarding the subject of the relevant agreement.

(3) The right of use of sources for which the Authority has granted permission for the installation and utilization of systems shall continue to be valid for electronic communications services which were not subject to authorization before the enforcement of this Law.

Renewal of radio licenses

PROVISIONAL ARTICLE 3 – (1) Except from public corporations and institutions which use radio equipments and systems in accordance with the authority granted by specific laws; public corporations and institutions, natural persons and legal entities which have been using radio equipments and systems before the enforcement of this Law shall apply to Authority within six months as of the publication date of regulation specified in Article 37 of this Law, with the necessary documents and make their situation appropriate for this Law.

(2) The Authority, upon examining the situations of abovementioned public corporations and institutions, natural persons and legal entities shall renew the radio licenses of those which it deems suitable. The Authority shall revoke the licenses of those which are not suitable and who have not applied in due time.

(3) Except from the receivables accrued within the operators' liabilities to collect and to pay to the Authority as per their authorizations and specific protocols regarding the collection of radio usage and license fees within the frame of Law no.2813; the collection of the Authority's receivables; which have not been collected whatever the amount is or the collection of which is impossible whatever the ground is, which have accrued due to the equipments of radio installation and systems that are utilized by administrations included in the scope of general budget, supplementary budgeted administrations, special provincial administrations, municipalities and village legal entities and which have arisen due to the implementation of Law no. 2813 before the enforcement of this Law; as well as the receivables and accessory receivables with the amount of one hundred fifty Turkish liras and the less which have accrued for all kinds of equipments of radio facilities and systems that are utilized by natural persons or legal entities except from those which have been finalized by adjudication shall be deemed as renounced without the need for any procedure. Legal procedures and trials filed for such receivables shall be cancelled.

Task agreements and transfer

PROVISIONAL ARTICLE 4 – (1) The task agreement signed between the Authority and the Directorate General of Coastal Safety shall be deemed as annulled without the need for any procedure; and services defined under such task agreement and the tasks imposed on the Directorate of Radio Operation by this Law shall continue to be implemented without being subject to any authorization. Directorate General of Coastal Safety shall continue to be regarded as universal service obligator operator within the scope of Law no. 5369.

(2) All rights, receivables, debts, agreements, commitments and liabilities of the Authority and executive proceedings and follow-up lawsuits that are filed in favor of or

against the Authority pertaining to the tasks and works which were transferred to the Directorate of Radio Operation in accordance with Articles 42 and 43 of this Law, shall be transferred to the Directorate of Radio Operation within six months as of the enforcement of this Law upon protocols held between the Directorate General of Coastal Safety and the Authority. All kinds of assignment, transfer and transition procedures regarding such transfer and all kinds of contracts, protocols or papers to be arranged in accordance therewith shall be exempted from financial obligations such as duty, charge and taxes including value added tax and stamp tax.

Updating of subscriber registries

PROVISIONAL ARTICLE 5 – (1) All subscriber registries kept by the operators which provide GSM mobile telephone services, shall be updated within one year as of the publication of this Law so as to ensure that the registries comprise appropriate, correct and updated information. Within this scope, subscribers whose information and documents are faulty or deficient shall apply to the operator with their identity cards within such period. During application, individual subscribers shall be requested Turkish Republic identity numbers and corporate subscribers shall be requested taxpayer identification numbers in addition to the copy of their identity cards. Electronic communications network connection of the lines whose information has not been updated as per this article shall be cut off.

(2) End users identified in this Law are entitled to sign subscriber contract with the relevant operator in order to register the lines they use, on their name within the specified period and for only once, without being subject to any financial liabilities such as tax, duty and charge. The rights of former subscribers of the mentioned lines to object such procedure within one year of prescription period are legally guaranteed.

(3) Regulations pertaining to the implementation of this Article shall be set forth by the Authority.

Enforcement

ARTICLE 68 – (1) Provisions in Chapter Two Part One of this Law regarding authorization shall enter into force in six months after the publication of the Law, other provisions shall enter into force on the date of publication of the Law.

Execution

ARTICLE 69 – (1) Council of Ministers shall execute the provisions of this Law.

1117 Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu

Numarası : 1117

Kabul Tarihi : 21.06.1927

Resmi Gazete Tarihi: 07.07.1927

Resmi Gazete Sayısı : 627

Madde 1 – (Değişik: 6/3/1986 - 3266/1 md.)

18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserler aşağıdaki maddelerde gösterilen sınırlamalara tabi tutulur.[1]

Madde 2 – (Değişik: 6/3/1986 - 3266/2 md.) (2)

Mevkute veya mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin 1 inci maddede belirtilen sınırlamaya tabi tutulabilmesi için Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı bünyesinde oluşturulan yetkili kurulun, söz konusu eserlerin 18 yaşından küçükler için muzır olduğu hakkında bir karar vermesi gereklidir.[2]

Kurul, basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda yapacağı incelemede, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunundaki genel amaç ve temel ilkeleri gözönünde bulundurmak zorundadır.

Kurul, bu Kanunla kendisine verilen görevlere ilaveten, Türk Ceza Kanununun 426, 427 ve 428 inci maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına resmi bilirkişilik yapmakla görevlidir.

(Değişik dördüncü fıkra: 2/7/2018-KHK-703/38 md.) Kurul; Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanının belirleyeceği biri başkan olmak üzere Bakanlığın beş birim amirinden teşekkül eder.

(Mülga beşinci fıkra: 2/7/2018-KHK-703/38 md.)

(Değişik altıncı fıkra: 2/7/2018-KHK-703/38 md.) Kurul salt çoğunlukla karar alır.

---

[1] Bu hükmün uygulanmasında ek 2 nci maddeye bakınız.

[2] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 38 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Başbakanlık" ibaresi "Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı" şeklinde değiştirilmiştir. Kurulun çalışma usul ve esasları ile sekreterya hizmetlerinin ne suretle yerine getirileceği Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikte belirlenir.

(Değişik yedinci fıkra: 2/7/2018-KHK-703/38 md.)Kurulun sekretarya hizmetleri Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanı tarafından belirlenen Bakanlık ana hizmet birimince yerine getirilir.

Kurul tarafından gerekli görülen hallerde sürekli veya geçici olarak görev yapmak üzere özel ihtisas komisyonları kurulabilir. Kurulun, bu komisyonlarda görev yapmasını uygun göreceği kamu personeli ilgili kamu kurumunun muvafakati alınarak Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığınca görevlendirilir. (1)

(Mülga onuncu fıkra: 2/7/2018-KHK-703/38 md.)

Madde 3 – (Değişik: 6/3/1986 - 3266/3 md.)

Kurul, 1 inci maddede gösterilen eserleri re'sen inceleyebileceği gibi, resmi makamlar ile gayeleri içinde çocuk ve gençlerin korunmasına yer veren derneklerin, kadın ve basın dernek ve kuruluşlarının başvurularını da inceleyerek karara bağlar.

Madde 4 – (Değişik: 6/3/1986 - 3266/4 md.)

(Değişik: 11/5/1988 - 3445/10 md.) Bir aydan az süreli mevkuteler ile sinema ve her türlü film afişleri, ilanlar, fotoğraflar, kabartma ve her türlü posterler, kartpostallar, takvimler hariç olmak üzere kurulca tetkik edilerek küçükler için muzır olduğuna karar verilmiş basılmış eserlerin sahiplerine, sorumlu müdürlerine ve telif hakkı sahiplerine, basılmış eserlerin küçüklerin maneviyatına muzır olduğu kurulca tebliğ edilir. Tebligat, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Kurul bu kararı ilgililere derhal duyurmak için gerekli tedbirleri alır.

Tebligat üzerine eser sahipleri, telif hakkı sahipleri ve sorumlu müdürler, ellerinde mevcut eserlerin ön kapaklarına "Küçüklere zararlıdır" damga veya işaretini basmak zorundadırlar.

"Küçüklere zararlıdır" ibaresinin herkesin kolayca görüp okuyabileceği şekil ve büyüklükte yazılması zorunludur.

Bu suretle damgalanan eserler;

a) Açık sergilerde ve seyyar müvezziler tarafından satılamaz.

b) Dükkanlarda, cemakanlarda ve benzeri yerlerde teşhir edilemez.

c) Bir yerden bir yere teşhir maksadıyla açık bir surette nakledilemez ve müvezziler tarafından bunlar için sipariş kabul olunamaz.

d) Gazeteler, mecmualar, duvar ve el ilanları, radyo ve TV ile veya diğer suretlerle ilan edilemez, satışı için reklam ve propaganda yapılamaz.

e) Para mukabili veya parasız küçüklere gösterilemez, verilemez ve hiçbir suretle okul ve benzeri yerlere sokulamaz.

(Değişik: 11/5/1988 - 3445/10 md.) Bu tür eserler, ancak 18 yaşından büyük olanlara içi görülmeyen zarf veya poşet içinde satılabilir. Bu zarf ve poşetlerin üzerinde eserin ismi ile "Küçüklere zararlıdır" ibaresinden başka hiç bir yazı ve resim bulunamaz.

Kurul kararının tebliğinden önce dağıtımı yapılmış olan bu kabil basılmış eserleri satış için ellerinde bulunduranlar da, Kurul kararlarının ilgililere duyurulma tarihinden itibaren, bu maddedeki sınırlamalara uymak zorundadırlar.

Kurulca haklarında küçükler için muzır olduğuna üç defa karar verilen basılmış periyodik eserlerin sonraki sayıları ile diğer basılmış eserlerin sonraki basıları da, yeniden bir karar verilmesine gerek kalmaksızın bu maddede belirtilen sınırlamalara tabidir. Ancak bu gibi eserlerin sahipleri, eserlerinin müteakip sayı ve basılarının küçükler için muzır nitelikte olmadığı iddiasıyla kurula başvurarak incelenmesini isteyebilirler. Kurul, başvuruyu haklı bulursa, bu maddedeki sınırlamalar sonraki sayı ve basılar için uygulanmaz.

Haklarında Kurulun her hangi bir kararı bulunmadığı halde, basılmış eserlerinin konusu veya ihtiva ettiği yazı ve resimler sebebiyle küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı kanaatinde olan eser sahipleri kendiliklerinden, eserin üzerine "Küçüklere zararlıdır" damga veya işaretini basarak içi görünmeyen zarf veya poşet içinde satışa arz edilebilirler. Bu takdirde, bu basılmış eserler hakkında da bu maddenin ilgili fıkraları hükümleri uygulanır.

Madde 5 – (Mülga: 6/3/1986 - 3266/8 md.)

Madde 6 – Fikri, içtimai, ilmi ve bedii kıymeti haiz olan eserler bu kanunun şümulünden hariçtir.

Madde 7 – (Değişik: 6/3/1986 - 3266/5 md.)

Kanunun 4 üncü maddesinin;

a) Birinci ve ikinci fıkrasına göre; kendilerine tebligat yapıldığı halde eserlerini damgasız

olarak yayımlayan eserin sahipleri, sorumlu müdürleri ve telif hakkı sahipleri,

b) Dördüncü fıkrasına aykırı olarak, sınırlamaya tabi olan damgalı veya damgasız basılmış eserleri, fıkranın bentlerinde belirtilen şekillerde satan, teşhir eden, nakleden, sipariş kabul eden, ilan eden, gösteren, veren ve okullara sokanlar,

c) (Değişik: 11/5/1988 - 3445/11 md.) Beşinci ve sekizinci fıkralarına aykırı şekilde, zarf veya poşete koymadan veya beşinci fıkrada zikredilen evsafa aykırı zarf veya poşet içinde satanlar.

İki milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun tekerrürü halinde cezanın azami haddi uygulanır.

Madde 8 – (Değişik: 6/3/1986 - 3266/6 md.)

Basılmış eserler ile mevkutenin her nüshasından ikişer adedi, neşri takip eden çalışma gününde bir alındı belgesi karşılığında Kurul Başkanlığına gönderilir. Ankara dışında basılan eserlerin postaya verildiği tarih esas alınır.

Bu madde hükmünü yerine getirmeyenler hakkında 5680 sayılı Basın Kanununun 24 üncü maddesinde belirtilen ceza hükümleri uygulanır.

Madde 9 – (Mülga: 11/5/1988 - 3445/14 md.)

Madde 10 – Birinci maddede zikredilen eserlerden her hangi birinin tetkik edilmekte olduğuna ve tahdit edileceğine dair yevmi gazete ve mecmualarla neşriyatta bulunulamaz. Bu nevi haberleri neşreden gazete ve mecmua müdiri mesulleri sekizinci madde mucibince cezalandırılır. İşbu kanunda yazılı ceza sulh mahkemelerince hükmolunur. (1)

Ek Madde 1 – (Ek: 6/3/1986 - 3266/9 md.)

(Değişik birinci paragraf: 11/5/1988 - 3445/12 md.) Bir aydan az süreli mevkuteler ile sinema ve her türlü film afişleri, ilanlar,fotoğraflar,kabartma ve her türlü posterler, kartpostallar,takvimler hariç, 4 üncü maddede belirtilen şekilde sınırlamaya tabi tutulacak basılmış eserlerin sahiplerinden,

a) Haklarında Kurulun herhangi bir kararı bulunmadığı halde basılmış eserlerini kendiliklerinden küçüklere muzır nitelikte görerek zarf veya poşet içinde satışa arz etmek isteyenler, bu eserlerin Katma Değer Vergisi dahil toplam satış bedeli üzerinden % 25 oranında bir meblağı,piyasaya sürdükleri tarihten,

b) Basılmış eserlerinin, Kurul tarafından küçükler için muzır nitelikte olduğuna karar verilenler, bu eserin basım adedinin Katma Değer Vergisi dahil toplam satış bedeli üzerinde % 40 oranında bir meblağı, Kurul kararının tebliği tarihinden,

İtibaren, bir ay içinde, Toplu Konut Fonuna aktarılmak üzere Maliyeye yatırmak zorundadırlar.

Bu meblağları belirtilen süre içinde yatırmayanlar hakkında, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

Ek Madde 2 – (Değişik: 11/5/1988 - 3445/13 md.)

Bir aydan az süreli mevkuteler ile eklerinde, sinema ve her türlü film afişlerinde, ilanlarda, fotoğraflarda, kabartma ve her türlü posterlerde, kartpostallarda ve takvimlerde 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak nitelikte yayın yapılamaz. Aksine davranan mevkute sahipleri ve bunların sorumlu müdürleri hakkında Türk Ceza Kanununun 426 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki; sinema ve her türlü film afişlerini, ilanları, fotoğrafları, kabartma ve her türlü posterleri, kartpostalları, takvimleri basan, çoğaltan, satan ve alenen kullananlar hakkında Türk Ceza Kanununun 426 ncı maddesinin birinci fıkrasındaki ceza hükümleri uygulanır.

Ek Madde 3 – (Ek: 6/3/1986 - 3266/9 md.)

Bu Kanunda yazılı suçlardan doğan davalar en geç iki ay içinde sonuçlandırılır.

Geçici Madde 1- (Ek: 2/7/2018-KHK-703/38 md.)

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, mevcut Kurul üyelerinin üyelikleri sona erer.

Madde 11 – Bu kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 12 – (Değişik: 6/3/1986 - 3266/7 md)

Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

21/6/1927 TARİHLİ VE 1117 SAYILI ANA KANUNA İŞLENEMEYEN HÜKÜMLER:

1 – 11/5/1988 tarih ve 3445 sayılı Kanunun geçici maddesi:

Geçici Madde 2 – Türk Ceza Kanununun 426,427,428 inci maddeleri ile 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun 7 ve ek 2 nci maddelerine göre verilen cezaların onda dokuzu affedilmiştir. Ancak, infaz edilecek para cezası otuzmilyon lirayı geçemez. Tahsil edilmiş para cezaları iade olunmaz.

5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun

Numarası **:** 5816

Kabul Tarihi **:** 25.07.1951

Resmi Gazete Sayısı : 7872

Resmi Gazete Tarihi: 31.07.1951

Madde 1 - Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veyahut Atatürk'ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Yukarki fıkralarda yazılı suçları işlemeye başkalarını teşvik eden kimse asıl fail gibi cezalandırılır.

Madde 2 - Birinci maddede yazılı suçlar; iki veya daha fazla kimseler tarafından toplu olarak veya umumi veya umuma açık mahallerde yahut basın vasıtasiyle işlenirse hükmolunacak ceza yarı nispetinde artırılır.

Birinci maddenin ikinci fıkrasında yazılı suçlar zor kullanılarak işlenir veya bu suretle işlenmesine teşebbüs olunursa verilecek ceza bir misli artırılır.

Madde 3 - Bu kanunda yazılı suçlardan dolayı Cumhuriyet savcılıklarınca re'sen takibat yapılır.

Madde 4 - Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 5 - Bu kanunu Adalet Bakanı yürütür.

5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun

Numarası : 5602

Kabul Tarihi : 14.3.2007

Resmi Gazete Sayısı : 26469

Resmi Gazete Tarihi: 21.3.2007

Amaç

MADDE 1

(1) Bu Kanunun amacı; 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile 320 sayılı Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname uyarınca tertip edilen şans oyunlarından elde edilen hasılatın tâbi tutulacağı esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2

(1) Bu Kanun, 1 inci maddede belirtilen mevzuat çerçevesinde tertip edilen şans oyunları ile bunları tertip etme hak ve yetkisine sahip kurumları, bu hak ve yetkinin devri halinde ise devralan kurum, kuruluş ve özel hukuk tüzel kişilerini kapsar.

Tanımlar

MADDE 3

(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Bakan: Maliye Bakanını,

b) Bakanlık: Maliye Bakanlığını,

c) Hasılat: Şans oyunlarının oynatılması karşılığı iştirakçilerden tahsil edilen tutardan Katma Değer Vergisi düşüldükten sonra kalan tutarı,

ç) İlgili kurum ve kuruluş: İlgili mevzuat çerçevesinde şans oyunu tertip etme hak ve yetkisine sahip kurumlar ile bu hak ve yetkinin devredildiği kurum, kuruluş ve özel hukuk tüzel kişilerini,

d) İlgili mevzuat: 10/7/1953 tarihli ve 6132 sayılı Kanun, 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Kanun ile 4/4/1988 tarihli ve 320 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bunlara dayanılarak çıkarılan diğer mevzuatı,

e) Kamu payı: İlgili kurum ve kuruluşların net hasılatı ile at ıslahı faaliyetlerine ilişkin gelirleri hariç olmak üzere her ne ad altında olursa olsun elde ettikleri diğer gelirler toplamından; her türlü yatırım ve işletme giderleri düşüldükten sonra kalan tutarı,

f) Müşterek bahis: Sonucun kısmen iştirakçinin becerisine kısmen de tesadüfe bağlı olduğu yurt içinde ve yurt dışında tertiplenen her çeşit yarışma, müsabaka, spor oyunları ile herhangi bir olay veya durum üzerine, sonucun tahmin edilmesi esasına göre oynatılan ve iştirak edenler arasından doğru tahmin edenlere önceden belirlenen adet, tutar, oran veya mislî olarak ikramiye kazandıran oyunları,

g) Net hasılat: Hasılattan şans oyunları vergisi ve eğlence vergisi ile oyun planlarına göre hesaplanan ve süresi içinde iştirakçilere ödenen ikramiyeler düşüldükten sonra kalan tutarı,

ğ) Şans oyunları: İlgili mevzuat çerçevesinde yetki verilen kurum ve kuruluşlar tarafından tertip edilen ve sonucu tesadüfe dayalı olarak belirlenen her türlü oyunlar ile müşterek bahisleri,

ifade eder.

İştirakçilere ödenebilecek ikramiye tutarı

MADDE 4

(1) Şans oyunlarında ödenecek olan ikramiyeler, oyun planları ile belirlenir.

(2) Her bir kurum ve kuruluşun tertip ettiği tüm şans oyunları için bir takvim yılı içinde ödeyeceği ikramiyelerin toplamı, aynı dönemdeki hasılatının % 40'ından az % 59'undan fazla olamaz. İlgili kurum ve kuruluşlar, yıllık ikramiye ortalamaları bu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, tertip ettikleri her bir şans oyunu için farklı ikramiye oranları belirleyebilirler.

(3) Hasılatı önceden öngörülen oyunların, oyun planlarında ödenecek ikramiyeler tutar olarak; hasılatı önceden belli olmayan oyunların planlarında ise ödenecek ikramiyeler oran olarak belirlenir.

(4) İlgili kurum ve kuruluşlar tarafından oyun planları, yukarıda belirtilen esaslara göre hazırlanır.

Yatırım ve işletme giderlerine ilişkin sınırlama

MADDE 5

(1) İlgili kurum ve kuruluşların bir takvim yılı içindeki her türlü yatırım ve işletme giderlerinin toplamı, aynı dönemde elde ettikleri hasılat ve at ıslahı faaliyetlerine ilişkin gelirler hariç olmak üzere, her ne ad altında olursa olsun elde ettikleri diğer gelirler toplamının % 20'sini geçemez. Şans oyunlarının lisans veya işletim hakkının devri halinde, lisans veya işletim hakkını devreden ve devralan kurum ve kuruluşların payları, at yarışları hasılatından yarış müessesesine aktarılan müessese payı ve Tarım ve Köyişleri Bakanlığı emrine açılan özel hesaba aktarılan tutarlar ile Spor Toto Teşkilat Başkanlığınca oynatılan şans oyunları hasılatından Spor Genel Müdürlüğüne, federasyonlara, spor kulüplerine ve sporculara isim hakkı olarak aktarılan tutarlar bu orana dahildir.At ıslahı faaliyetlerine ilişkin giderler yatırım ve işletme giderlerine dâhil edilmez.

(2) Cumhurbaşkanı, bu oranı her bir kurum ve kuruluş itibarıyla ayrı ayrı veya topluca bir katına kadar artırmaya veya yarısına kadar indirmeye ya da tekrar kanunî seviyesine getirmeye yetkilidir.

(3) İlgili kurum ve kuruluşlar, her türlü yatırım ve işletme giderleri toplamının birinci fıkrada belirlenen oranı aşmaması için gerekli tedbirleri almak ve uygulamakla yükümlüdür.

(4) İlgili kurum ve kuruluşlar bütçelerini bu esaslara göre hazırlar.

(5) At ıslahı faaliyetlerine ilişkin gelirler, Bakanlık ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca müştereken belirlenir.

Şans oyunları vergisi

MADDE 6

(1) Her türlü şans oyunları faaliyetinden elde edilen hasılat, şans oyunları vergisine tâbidir.

(2) Verginin matrahı, şans oyunlarından elde edilen hasılat tutarıdır.

(3) Verginin mükellefi, kendisine şans oyunları tertip etme hak ve yetkisi verilmiş kurumlardır. Bu hak ve yetkinin devri halinde ise mükellef, devralan kurum, kuruluş veya özel hukuk tüzel kişileridir.

(4) Verginin oranı; spor müsabakalarına dayalı müşterek bahislerde % 5, at yarışlarında % 7 ve diğer şans oyunlarında % 10'dur. Cumhurbaşkanı bu oranları bir katına kadar artırmaya veya yarısına kadar indirmeye ya da tekrar kanunî seviyesine getirmeye yetkilidir.

(5) Vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının birer aylık dönemleridir. Ancak Bakanlık, vergilendirme dönemlerini değiştirmeye, yeni vergilendirme dönemleri belirlemeye yetkilidir.

(6) Şans oyunları vergisi, ilgili vergilendirme dönemlerini izleyen ayın 20 nci günü mesai bitimine kadar, mükellefler tarafından bir beyanname ile bağlı bulunulan vergi dairesine beyan edilir ve hesaplanan vergi aynı süre içerisinde ödenir.

(7) Şans oyunları vergisi, gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında gider olarak kabul edilmez ve hiçbir vergiden mahsup edilmez.

(8) Bu verginin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar ile verilmesi gereken beyannamelerin şekil, içerik ve eklerini belirlemeye Bakanlık yetkilidir.

Kamu payının dağıtımı

MADDE 7

(1) İlgili kurum ve kuruluşlarca bir takvim yılının üçer aylık dönemleri itibarıyla hesaplanan kamu payları, izleyen ikinci ayın 15 inci günü mesai bitimine kadar Bakanlık merkez muhasebe birimi hesabına yatırılarak genel bütçeye gelir kaydedilir.

(2) Yıllık kamu payı tahmini dikkate alınmak suretiyle Savunma Sanayii Destekleme Fonu, Tanıtma Fonu, Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumuna aktarılmak üzere Bakanlık bütçesine ödenek konulur; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunun yılı bütçesine ödenek ayrılırken bu paylar dikkate alınır.

(3) Şans oyunları hasılatından yapılacak her türlü kesinti ve ayrılacak paylar ancak, bu Kanuna hüküm eklenmesi veya bu Kanunda değişiklik yapılması ile mümkündür.

Mutabakat işlemleri

MADDE 8

(1) İlgili kurum ve kuruluşların, bir önceki takvim yılına ait kesin hesap ve malî tabloları, her takvim yılının sonundan itibaren azamî üç ay içerisinde çıkarılarak ödenmesi gereken kamu payları buna göre hesaplanır ve hesaplanan bu tutarlar, yıl içinde ödenen tutarlarla karşılaştırılır.

(2) Bu karşılaştırma sonucunda varsa; eksik hesaplanan kamu payları, Nisan ayının sonuna kadar Bakanlık merkez muhasebe birimi hesabına yatırılır. Fazla hesaplanan tutarlar ise, takip eden döneme ilişkin kamu payından mahsup edilir.

Sorumluluk

MADDE 9

(1) İlgili kurum veya kuruluşlar, bu Kanuna göre yükümlü oldukları vergiler ile kamu paylarının, tam ve süresi içerisinde ödenmesinden sorumludur.

(2) Süresi içerisinde ödenmeyen vergi ve/veya kamu payları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre gecikme zammı da uygulanmak suretiyle takip ve tahsil edilir.

Değiştirilen hükümler

MADDE 10

(1) 25/8/1971 tarihli ve 1473 sayılı Türk Hava Kuvvetlerinin Güçlendirilmesi ve Milli Hava Sanayimizin Kurulması Amaciyle Katılma Payı İhdası ve Milli Piyango Hasılatının Bu Gayeye Sarfı Hakkında Kanunun;

a) 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 1

Belediye hudutları içindeki her türlü sinema, tiyatro, konser, sirk, fuar ve panayır giriş biletleri, Türk Hava Kuvvetlerinin güçlendirilmesine katılma payına tâbidir."

b) 2 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 2

Türk Hava Kuvvetlerinin güçlendirilmesine katılma payının mükellefi, 1 inci maddede yazılı yerlerde giriş bileti satın alanlar, sorumlusu ise bilet satanlardır."

c) 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 3

Türk Hava Kuvvetlerinin güçlendirilmesine katılma payı, 1 inci maddede yazılı yerlere giriş biletlerinde bilet başına 5 Yeni Kuruştur. Katılma payı tutarı, biletler üzerinde, bedelden ayrı bir kalem halinde gösterilir."

(2) 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Yukarıda sayılan gelirlerden (k) bendinde belirtilenler, hasılatın elde edilmesini takip eden ayın son gününe kadar Kuruma ödenmek zorundadır. Bu süreler içinde ödemelerin yapılmasından ilgili kurum ve kuruluşların yetkili amirleri ile muhasebe yetkilileri ortaklaşa sorumlu olup, ödemelerin geciktirilmesi halinde ödenmesi gereken miktarlar % 5 cezaî faizle birlikte kendilerinden tahsil olunur."

(3) 7/11/1985 tarihli ve 3238 sayılı Kanunun;

a) 12 nci maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"e) 25/8/1971 tarihli ve 1473 sayılı Kanuna göre ayrılan payın tamamı,"

b) 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"2. 25/8/1971 tarihli ve 1473 sayılı Kanuna göre ayrılan payın tamamı, bilet bedeliyle birlikte tahsil edilir. Tahsilatı müteakip Fona ait meblağ ilgili ayın Katma Değer Vergisi beyannamesi ile birlikte Katma Değer Vergisi yönünden bağlı bulunulan vergi dairesine aynı süre içinde beyan edilerek ödenir. Bu meblağın beyanına ait usûl ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

(4) 30/4/1992 tarihli ve 3796 sayılı İstanbul Kentinde Yapılacak Olimpiyat Oyunları Kanununun 11 inci maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Birinci fıkranın (e) bendinde sayılan gelirler takip eden yılın ilk ayında, diğerleri ise tahsilini takip eden ayın 15'ine kadar ilgili kuruluşlarca Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu hesabına yatırılır."

(5) 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun;

a) 1 inci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin (b) alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"b) Her türlü şans ve talih oyunlarının tertiplenmesi ve oynanması,"

b) 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"e) Her türlü şans ve talih oyunlarını tertip edenler,"

c) 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasının (f) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"f) Darphane ve Damga Matbaası tarafından yapılan teslim ve hizmetler,"

(6) 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun;

a) 19 uncu maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"4. Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından düzenlenen müşterek bahis oynanması."

b) 20 nci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"2. Müşterek bahislerde, iştirakçilerden tahsil edilen tutardan Katma Değer Vergisi düşüldükten sonra kalan tutar."

c) 21 inci maddesinin (II) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir

"II- Müşterek Bahislerde: 5″

Yürürlükten kaldırılan hükümler

MADDE 11

(1) a) 13/7/1956 tarihli ve 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 40 ıncı maddesi,

b) 16/8/1961 tarihli ve 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) ve (ç) bentleri ile 29 uncu maddesi,

c) 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi,

ç) 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi,

d) 10/6/1985 tarihli ve 3230 sayılı Tanıtma Fonu Teşkili ile 11/7/1939 tarihli ve 3670 sayılı Milli Piyango Teşkiline Dair Kanunun 4 üncü Maddesine Bir Bent Eklenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin (a) ve (b) bentleri,

e) 7/11/1985 tarihli ve 3238 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi,

f) 4/4/1988 tarihli ve 320 sayılı Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 48 inci maddesi,

g) 30/4/1992 tarihli ve 3796 sayılı İstanbul Kentinde Yapılacak Olimpiyat Oyunları Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (f) bentleri,

ğ) 16/7/2004 tarihli ve 5228 sayılı Bazı Kanunlarda ve 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 61 inci maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi,

yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile bunlara dayanılarak çıkarılan mevzuatın bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten 31/12/2008 tarihine kadar, Kanunun 5 inci maddesinde öngörülen yatırım ve işletme giderlerine ilişkin azamî oran; 6132 sayılı Kanuna göre tertip edilen şans oyunları için % 26, 7258 sayılı Kanuna göre tertip edilen şans oyunları için % 38 ve 320 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca tertip edilen şans oyunları için % 18 olarak uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 2

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenmiş futbola dayalı müşterek bahis sisteminin ve risk yönetim merkezinin kurdurulması ve işlettirilmesi ile ilgili sözleşmelere

dayanılarak ödenen paylar, 5 inci maddede belirtilen giderlerin sınırlandırılmasına ilişkin orana dahildir.

GEÇİCİ MADDE 3

(1) Bu Kanunun 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan kurumlara 2007 yılında yapılacak ödemeler, Maliye Bakanlığı bütçesinin "12.01.32.00-01.6.0.08-1-05.8" tertibinde yer alan ödenekten karşılanır.

GEÇİCİ MADDE 4

(1) Cumhurbaşkanı, Bakanlığın teklifi üzerine; ülkenin tanıtımına, uluslararası organizasyonların gerçekleştirilmesine, spor ve kültürel faaliyetlerin yaygınlaştırılıp geliştirilmesine yönelik olarak bedeli Milli Piyango İdaresince karşılanmak üzere, İdarenin unvan ve logosunu taşıyan tesisler yaptırılmasına, tesislerin yapılacağı yer ve işletilmesi ile ihaleye ilişkin usûl ve esasları belirlemeye yetkilidir.

(2) Birinci fıkra kapsamında yapılacak iş ve işlemlerle ilgili ihaleler 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18 inci maddesindeki usûllerden biriyle yapılır ve söz konusu tesisler için yapılacak harcamalar ile Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğünün bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren 3 yıl içinde yapacağı otomasyon ve oyun sistemine ilişkin yatırım harcamaları bu Kanunda yer alan yatırım ve işletme giderlerine ilişkin sınırlamanın hesabında dikkate alınmaz.

GEÇİCİ MADDE 5

(1) İlgili kurum ve kuruluşlardan 6132 sayılı Kanun uyarınca şans oyunları tertip edenler için 31/3/2007 tarihi itibarıyla defter ve belgelerinde yer alan borç asıllarıyla ilgili olarak uygulanmak üzere, 5 inci maddede düzenlenen yatırım ve işletme giderleri üst sınırı; takvim yılının üçer aylık dönemleri itibarıyla hasılat ve her ne ad altında olursa olsun elde edilen diğer gelirler toplamına aynı maddeye göre belirlenen oranın uygulanması suretiyle, kamu payının ilgili olduğu dönemde bir önceki takvim yılının aynı dönemine göre hasılat ve her ne ad altında olursa olsun elde edilen diğer gelirler toplamında artış meydana gelmiş ise, bir önceki yılın aynı döneminde elde edilen hasılat ve her ne ad altında olursa olsun elde edilen diğer gelirler toplamına 5 inci maddeye göre belirlenen oranın uygulanması suretiyle bulunan tutar ile hasılat ve her ne ad altında olursa olsun elde edilen diğer gelirler toplamında bir önceki takvim yılının aynı dönemine göre meydana gelen artış tutarının % 29'unun toplanması suretiyle bulunur. Kamu payının ilgili olduğu dönemde yatırım ve işletme giderlerinin bu suretle bulunan tutardan daha düşük gerçekleşmesi hâlinde, bu maddeye göre belirlenen üst sınıra ulaşıncaya kadar, 31/3/2007 tarihi itibarıyla ilgili kurum ve kuruluşun defter ve belgelerinde yer alan borç asıllarına ilişkin ödemeleri, hesaplanan kamu

payından mahsup edilebilir. Bu suretle mahsup edilecek tutar, belirtilen tarihteki borç toplamını geçemez.

GEÇİCİ MADDE 6

(1) İlgili kurum ve kuruluşlardan 6132 sayılı Kanun uyarınca şans oyunları tertip edenler (Türkiye Jokey Kulübü) için bu maddenin yayımı tarihinden evvel Maliye Bakanlığı tarafından yapılan incelemeler sonucunda tahakkuk ettirilen kamu payı borçları ödeninceye kadar 5 inci maddede düzenlenen yatırım ve işletme giderleri üst sınırı %23 olarak uygulanır. Bu dönem içinde, anılan kamu payı borçları nedeniyle yapılan ödemeler hesaplanan kamu payından mahsup edilebilir.

Yürürlük

MADDE 12

(1) Bu Kanun yayımı tarihini izleyen ay başında yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 13

(1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun

Numarası : 7258

Kabul Tarihi : 29.04.1959

Resmi Gazete Sayısı : 10201

Resmi Gazete Tarihi: 09.05.1959

(…)

MADDE 5

Kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın;

a) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

b) Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler, dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

c) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarıyla bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

ç) Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

d) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarını oynayanlar mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından beş bin liradan yirmi bin liraya kadar idari para cezası ile cezalandırılır.

Bu madde kapsamına giren suçlarla bağlantılı olarak, spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarının oynanmasına tahsis edilen veya oynanmasında kullanılan ya da suçun konusunu oluşturan eşya ile bu oyunların oynanması için ortaya konulan

veya oynanması suretiyle elde edilen her türlü mal varlığı değeri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerine göre müsadere edilir.

Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Bu madde kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun erişimin engellenmesine ilişkin hükümleri uygulanır.

Bu madde kapsamına giren suçların işlendiği işyerleri mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından ihtarda bulunmaksızın üç ay süreyle mühürlenerek kapatılır. İş yeri açma ve çalışma ruhsatına sahip işyerlerinin ruhsatları mahallin en büyük mülki idare amirinin bildirimi üzerine ruhsat vermeye yetkili idare tarafından beş iş günü içinde iptal edilir.

Birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (ç) bentlerinde düzenlenen suçlar ile 5237 sayılı Kanunun 228 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen suç bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun;

a) 128 inci maddesinde yer alan taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma,

b) 135 inci maddesinde yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması,

c) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın 139 uncu maddesinde yer alan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi,

ç) 140 ıncı maddesinde yer alan teknik araçlarla izleme,

tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanabilir.*

4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

Numarası : 4733

Kabul Tarihi : 03.01.2002

Resmi Gazete Sayısı : 24635

Resmi Gazete Tarihi: 09.01.2002

Cezai hükümler

MADDE 8

(...)

k) Tütün mamulleri veya alkollü içkilerin tüketicilere satışını; internet, televizyon, faks ve telefon gibi elektronik ticaret araçları ya da posta ile sipariş yöntemi kullanarak yapmak üzere satış sistemi kuran veya faaliyette bulunanlara yirmibin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Satışın internet ortamında yapılması halinde, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda öngörülen usullere göre erişimin engellenmesine karar verilir ve bu karar hakkında da anılan Kanun hükümleri uygulanır.

4207 sayılı Tütün Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun

Numarası **:** 4207

Kabul Tarihi **:** 7.11.1996

Resmi Gazete Sayısı : 26.11.1996

Resmi Gazete Tarihi: 22829

Amaç

Madde 1 – (Değişik: 3/1/2008-5727/2 md.)

(1) Bu Kanunun amacı; kişileri ve gelecek nesilleri tütün ürünlerinin zararlarından, bunların alışkanlıklarını

özendirici reklam, tanıtım ve teşvik kampanyalarından koruyucu tertip ve tedbirleri almak ve herkesin temiz hava

soluyabilmesinin sağlanması yönünde düzenlemeler yapmaktır.

(...)

Diğer koruyucu önlemler

Madde 3 – (Değişik: 3/1/2008-5727/4 md.)

(1) Tütün ürünlerinin ve üretici firmaların isim, marka veya alâmetleri kullanılarak her ne suretle olursa olsun reklam ve tanıtımı yapılamaz. Bu ürünlerin kullanılmasını özendiren veya teşvik eden kampanyalar düzenlenemez. Tütün ürünleri üreten ve pazarlamasını yapan firmalar, her ne surette olursa olsun hiçbir etkinliğe isimlerini, amblemlerini veya ürünlerinin marka ya da işaretlerini kullanarak destek olamazlar.

(2) Tütün ürünleri sektöründe faaliyet gösteren firmaların isimleri, amblemleri veya ürünlerinin marka ya da işaretleri veya bunları çağrıştıracak alâmetleri kıyafet, takı ve aksesuar olarak taşınamaz.

(3) Tütün ürünleri sektöründe faaliyet gösteren firmalara ait araçlarda bu ürünlere ilişkin markaların tanınmasını sağlayacak bir uygulamaya gidilemez.

(4) Firmalar her ne amaçla olursa olsun üretilen ve pazarlaması yapılan tütün ürünlerini bayilere veya tüketicilere, teşvik, hediye, eşantiyon, promosyon, bedelsiz veya yardım olarak dağıtamazlar.

(5) Her ne amaçla olursa olsun, tütün ürünlerinin isim, logo veya amblemleri kullanılarak bildirim yapılamaz, basınyayın organlarına ilân verilemez.

(6) (Değişik:15/11/2018-7151/23 md.) Televizyonda yayınlanan programlarda, filmlerde, dizilerde, müzik kliplerinde, reklam ve tanıtım filmlerinde, sinema ve tiyatrolarda gösterilen eserlerde tütün ürünlerinin kullanılması ve görüntülerine yer verilmesi ya da internet, topluma açık olan sosyal medya veya benzeri ortamlarda ticari gaye ile veya reklam amacıyla tütün ürünlerinin kullanılması ve görüntülerine yer verilmesi yasaktır.

(7) (Değişik:15/11/2018-7151/23 md.) Sağlık, eğitim ve öğretim, kültür ve spor hizmeti verilen yerlerde ve bunların yerleşkelerinde tütün ürünlerinin satışı yapılamaz.

(8) Tütün ürünleri ve tütün ürünü ihtiva eden ve etmeyen nargile ile benzerleri onsekiz yaşını doldurmamış kişilere satılamaz ve tüketimlerine sunulamaz.(2)

(9) Onsekiz yaşını doldurmamış kişiler, tütün ürünü işletmelerinde, pazarlanmasında ve satışında istihdam edilemez.

(10) Tütün ürünleri, paket açılarak adet şeklinde veya daha küçük paketlere bölünerek satılamaz.

(11) Tütün ürünleri, (…) (3) otomatik makinelerle, telefon, televizyon ve internet gibi elektronik ortamlarla satılamaz ve satış amacıyla kargo yoluyla taşınamaz. (3)

(12) Tütün ürünleriyle ilgili izmarit, paket, ağızlık, kağıt ve benzeri atıklar çevreye atılamaz.

(13) Tütün ürünleri, onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin doğrudan ulaşacağı ve işletme dışından görülecek şekilde satışa arz edilemez. Tütün ürünleri satış belgesi olmaksızın ve satış belgesinde belirtilen yerin dışında satışa sunulamaz.

(14) Her türlü sakız, şeker, çerez, oyuncak, kıyafet, takı, aksesuar ve benzeri ürünler tütün ürünlerine benzeyecek veya markasını çağrıştıracak şekilde üretilemez, dağıtılamaz ve satılamaz.

(15) (Ek: 4/7/2012-6354/ 9 md.) Tütün ürünleri üretici, ithalatçı ve dağıtıcı firmaları ile tütün ürünlerinin isim, marka, amblem, logo veya bunları doğrudan çağrıştıran diğer isim ve alametler, tütün ürünleri harici mal ve hizmet sektörlerindeki firma veya ürünlerle ilişkilendirilemez ve tütün ürünüyle diğer ürün veya hizmetin birbiriyle ilişkili olduğu izlenimi verecek biçimde kullanılamaz. Tütün ürünleri harici mal ve hizmet sektörlerindeki firma ve ürünlerin isim, marka, amblem, logo veya bunları doğrudan çağrıştıran diğer isim ve alametler de, tütün ürünleriyle veya firmalarıyla ilişkilendirilemez ve ürün veya hizmetin tütün ürünüyle ilişkili olduğu izlenimi verecek biçimde kullanılamaz, hiçbir ürünün üzerinde tütün ürünlerini çağrıştıran herhangi bir

işaret ve renk bulunamaz. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından belirlenir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

Numarası : 6362

Kabul Tarihi : 06.12.2012

Resmi Gazete Sayısı : 28513

Resmi Gazete Tarihi: 30.12.2012

(…)

İzinsiz sermaye piyasası faaliyetinde uygulanacak tedbirler

MADDE 99 – (1) Kurul, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya, her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali ve nakit ya da sermaye piyasası araçlarının hak sahiplerine iadesi için tespit tarihlerinden itibaren bir yıl ve her hâlde vukuu tarihlerinden itibaren beş yıl içinde dava açmaya yetkilidir.

(2) İzinsiz sermaye piyasası faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile Kurulca bu konuda sorumluluğu tespit edilen ortak ve yöneticiler hakkında, söz konusu faaliyetlerden doğan zararın kesinleşmiş olması şartı aranmaksızın, 96 ncı maddenin ikinci fıkrası kıyasen uygulanır.

(3) İzinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin, internet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde; içerik ve yer sağlayıcılarının yurt içinde olması hâlinde, erişimin engellenmesine ilgili mevzuat uyarınca Kurul tarafından yapılan başvuru üzerine mahkemelerce karar verilir. İçerik ve yer sağlayıcılarının yurt dışında bulunması hâlinde, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu erişimi engeller.

(4) **(Ek: 17/4/2017-KHK/690-67 md.; Değiştirilerek kabul: 1/2/2018-7077/57 md.)** Kuruldan izin alınmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplandığına veya Türkiye'de yerleşik kişilere yönelik olarak internet aracılığıyla yurt dışında kaldıraçlı işlem ve kaldıraçlı işlemlerle aynı hükümlere tabi olduğu belirlenen türev araç işlemleri yaptırıldığına ilişkin bilgi edinilmesi halinde, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, ilgili internet sitesine erişimi engeller.[1]

[1] Değişiklik öncesi: "(4) Türkiye'de yerleşik kişilere yönelik olarak internet aracılığıyla yurtdışında kaldıraçlı işlem ve kaldıraçlı işlemlerle aynı hükümlere tabi olduğu belirlenen türev araç işlemleri yaptırıldığına ilişkin bilgi

(…)

Usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti

MADDE 109 – (1) Onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını halka arz edenler ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın sermaye piyasası araçlarını satanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

(2) Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Bu kişiler, bu suçun icrası kapsamında aynı zamanda birinci fıkrada tanımlanan suçu da işledikleri takdirde, sadece bu fıkrada tanımlanan suçtan dolayı cezaya hükmedilir ve ceza yarı oranında artırılır.

(…)

Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri

MADDE 115 – (1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.

(2) Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

(3) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir.

(4) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir.

(5) 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır.

edinilmesi halinde, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ilgili internet sitesine erişimi engeller.”

5411 sayılı Bankacılık Kanunu

Numarası : 5411

Kabul Tarihi : 19/10/2005

Resmi Gazete Sayısı : 25983 (Mük.)

Resmi Gazete Tarihi: 1/11/2005

İKİNCİ BÖLÜM

Suçlar

İzinsiz faaliyette bulunmak

Madde 150 - Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belge, ilân ve reklamlarında veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

(Değişik fıkra:20/2/2020-7222/17 md.) Yukarıdaki fıkralara aykırılık hâlinde Kurumun ilgili Cumhuriyet başsavcılığını muhatap talebi üzerine sulh ceza hâkimince, dava açılması hâlinde davaya bakan mahkemece iş yerlerinin faaliyetleri ve reklamlar geçici olarak durdurulur, ilânları toplatılır, bu aykırılıkların internet aracılığıyla işlendiğinin tespit edilmesi durumunda içerik ve yer sağlayıcıları yurt içinde ise internet sitelerine erişim engellenir. Bu tedbirler, hâkim kararıyla kaldırılıncaya kadar devam eder. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır.

(Ek fıkra:20/2/2020-7222/17 md.) Birinci ve ikinci fıkralardaki aykırılıkların içerik ve yer sağlayıcıları yurt dışında bulunan internet siteleri aracılığıyla gerçekleştirilmesi durumunda bu

internet sitelerine erişim, Kurumun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından engellenir.

633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

Numarası : 633

Kabul Tarihi : 22/6/1965

Resmi Gazete Sayısı : 12038

Resmi Gazete Tarihi: 2/7/1965

Din İşleri Yüksek Kurulu

MADDE 5

Din İşleri Yüksek Kurulu, Başkanlığın dini konularda en yüksek karar ve danışma organı olup on altı üyeden oluşur. Diyanet İşleri Başkanı, Aday Tespit Kurulunca en az lisans düzeyinde dini yüksek öğrenim görmüş veya dini ilimlerde temayüz etmiş kişiler arasından belirlenen yirmi dört adaydan on iki, ayrıca ilahiyat fakültesi öğretim üyelerinden dört kişiyi Kurul üyeliğine atanmak üzere tespit eder.

Kurul üyelerinin görev süresi beş yıldır. Yeni üye atanıncaya kadar süresi biten üyenin görevi devam eder. Üyeliklerde herhangi bir sebeple boşalma olması halinde, Aday Tespit Kurulunca seçilmiş olan adaylar veya ilahiyat fakültesi öğretim üyeleri arasından bulunduğu kontenjana göre, otuz gün içinde yeni üye atanır. Atanan üye, yerine atandığı üyenin görev süresini tamamlar.

Din İşleri Yüksek Kurulu kendi üyeleri arasından gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla bir başkan ve bir başkan vekili seçer.

Kurul, üye tam sayısının; salt çoğunluğu ile toplanır ve salt çoğunluğu ile karar alır.

Din İşleri Yüksek Kurulunun görevleri şunlardır:

a) İslam dininin temel bilgi kaynaklarını ve metodolojisini, tarihî tecrübesini ve güncel talep ve ihtiyaçları dikkate alarak dinî konularda karar vermek, görüş bildirmek ve dinî soruları cevaplandırmak.

b) Dinî konularda telif, tercüme, inceleme ve araştırmalar yapmak, yaptırmak, ihtiyaç duyduğu konularda inceleme ve araştırma grupları oluşturmak, bu hususta yurt içi veya yurt dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan yararlanmak, gerektiğinde bu alanlarda hizmet satın almak ve sonuçlarını Başkanlığa sunmak.

c) Yurt içinde ve yurt dışında İslam dinine mensup farklı dinî yorum çevrelerini, dinî-sosyal teşekkülleri ve geleneksel dinî-kültürel oluşumları incelemek, değerlendirmek, bu konularda ilmî ve istişari toplantılar, konferanslar düzenlemek ve çalışmalar yapmak.

ç) Yurt içinde ve yurt dışında İslam dini ile ilgili gelişmeleri, dinî, ilmî faaliyetleri, neşriyatı ve dinî propaganda mahiyetindeki çalışmaları takip etmek, bunları değerlendirmek ve sonucu Başkanlığa sunmak.

d) Başkanlıkça incelenmek üzere havale edilen basılı, sesli ve görüntülü eserleri dini bakımdan inceleyerek yayınlanıp yayınlanamayacağına karar vermek.

e) Özel kişi veya kuruluşlarca incelenmesi talep edilen dinî yayınları bedeli karşılığında incelemek ve mütalaa vermek.

f) Din Şûrası düzenlenmesi ile ilgili çalışmaları yürütmek.

g) Başkan tarafından verilen diğer konularda çalışma yapmak ve görüş bildirmek.

ğ) Resmi kurumlarca incelenmesi talep edilen dini yayınları bila bedel; özel kişi veya kuruluşlarca incelenmesi talep edilen dini yayınları bedeli karşılığında incelemek ve mütalaa vermek.

h) İlgili birim, kurum ve kuruluşlarla işbirliği yaparak namaz vakitleri ile dini gün ve geceleri tespit ve ilan etmek, bunun için gerekli çalışmaları yürütmek.

ı) Kur'an-ı Kerim meallerini Başkanlık ile diğer kamu kurumları, özel kişi ve kuruluşların talebi üzerine veya re'sen incelemek ya da incelettirmek.

(Ek fıkra: 2/7/2018 - KHK/703/141 md.) Beşinci fıkranın (h) bendine göre yapılacak inceleme sonunda İslam Dininin temel nitelikleri açısından sakıncalı olduğu Kurul tarafından tespit edilen meallerin, Başkanlığın yetkili ve görevli mercie müracaatı üzerine basım ve yayımının durdurulmasına, dağıtılmış olanların toplatılmasına ve imha edilmesine karar verilir. Yayının internet ortamında yapılması halinde, Başkanlığın müracaatı üzerine, yetkili ve görevli merci bu yayınla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verir. Bu kararın bir örneği gereği yapılmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığına gönderilir. Bu kararlara ve Başkanlığın talebinin reddine dair kararlara karşı tefhim veya tebliğinden itibaren iki hafta içinde yetkili ve görevli mercie itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. Toplatma ve imha kararına veya erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmiş olması, karara konu yayınların toplatılmasını ve bu yayınlara erişimin engellenmesini durdurmaz. Toplatma ve imha kararına konu yayınlar, bu karara süresi içinde itiraz edilmediği veya yapılan itiraz reddedildiği takdirde imha edilir.

Din İşleri Yüksek Kurulunun idari ve mali işleri Kurul Sekreterliğince yürütülür.

Din İşleri Yüksek Kurulunun çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

Din İşleri Yüksek Kurulunda, bu maddede sayılan görevlerin yerine getirilmesinde Din İşleri Yüksek Kurulu uzmanı ve Din İşleri Yüksek Kurulu uzman yardımcısı istihdam edilir. Din İşleri Yüksek Kurulu uzman yardımcısı olarak atanabilmek için 11 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlar aranır.

Din İşleri Yüksek Kurulu uzman yardımcılığı yarışma sınavında iki defa başarısız olanlar bir daha bu sınava katılamazlar.

Din İşleri Yüksek Kurulu uzman yardımcılığına atananlar, en az üç yıl çalışmak, yönetmelikte belirtilen yabancı dillerden en az birinden Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından en az (C) düzeyinde belgeye veya buna denk kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan bir belgeye sahip olmak kaydıyla, hazırlayacakları tezin kabulünden sonra açılacak mesleki yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Mesleki yeterlik sınavında başarılı olanlar Din İşleri Yüksek Kurulu uzmanı unvanını kazanırlar.

Din İşleri Yüksek Kurulu uzmanlığı mesleki yeterlik sınavında iki defa başarısız olanlar ile sınava girmeye hak kazandığı halde geçerli mazereti olmaksızın sınava girmeyenler, Din İşleri Yüksek Kurulu uzman yardımcısı unvanını kaybederler ve durumlarına uygun başka kadrolara atanırlar.

Din İşleri Yüksek Kurulu uzman yardımcılığı yarışma ve yeterlik sınavlarının şekil ve uygulama esasları ile Din İşleri Yüksek Kurulu uzman ve uzman yardımcılarının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir.

Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulu

MADDE 6

Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulu, bir başkan ile on iki üyeden oluşur. Kurul üyelerinin görev süreleri beş yıldır. Süresi sona erenler yeniden atanabilir.

Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulu Başkan ve üyelerinde aşağıdaki nitelikler aranır:

a) Başkanlıkta en az üç yıl görev yapmış olmak.

b) Dini yüksek öğrenim mezunu olmak.

c) Hafız olmak.

d) Aşere, takrib, tayyibe alanında yetkinliği Başkanlıkça kabul edilmiş olmak veya tefsir alanında doktora yapmış olmak.

Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Mushafların, cüzlerin, mealli mushafların ve Kur'an-ı Kerim metinlerinin hatasız ve eksiksiz basım ve yayımını sağlamak üzere kontrol ettikten sonra mühürlemek veya onaylamak.

b) Hatalı ve noksan olarak basılan veya yayımlanan mushaf ve cüzler ile sesli veya görüntülü Kur'an-ı Kerim yayınlarını tespit etmek.

c) Kıraat ilmi ile ilgili çalışmalar yapmak ve arşiv oluşturmak.

Basımcı ve yayımcılar, basım ve yayımını yaptıkları mushaf ve cüzler ile sesli ve görüntülü Kur'an-ı Kerim yayınlarından imzalı ikişer adedini Başkanlığa gönderir.

(Değişik beşinci fıkra: 2/7/2018 – KHK/703/141 md.) Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulunun onay ve mührü bulunmayan mushaflar, cüzler halindeki mushaflar, mealli mushaflar ile sesli, görüntülü ve elektronik ortamda hazırlanan Kur'an-ı Kerimler basılamaz ve yayınlanamaz. Onaysız veya mühürsüz basıldığı veya yayımlandığı tespit edilen mushaf ve cüzler halindeki mushaflar ile sesli, görüntülü ve elektronik ortamda hazırlanan Kur'an-ı Kerim yayınlarının Başkanlığın yetkili ve görevli mercie müracaatı üzerine basım ve yayımının durdurulmasına, dağıtılmış olanların toplatılmasına ve imha edilmesine karar verilir.

Beşinci fıkra kapsamına giren yayının internet ortamında yapılması halinde, Başkanlığın müracaatı üzerine, yetkili ve görevli merci bu yayınla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı verir.[1] Bu kararın bir örneği gereği yapılmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığına gönderilir.

Beşinci ve altıncı fıkralar hükümlerine göre verilen kararlara ve Başkanlığın talebinin reddine dair kararlara karşı tefhim veya tebliğden itibaren iki hafta içinde yetkili ve görevli mercie itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.

Toplatma ve imha kararına veya erişimin engellenmesi kararına itiraz edilmiş olması, karara konu teşkil eden yayınların toplatılmasına ve erişimin engellenmesine engel teşkil etmez.

Toplatma ve imha kararına konu teşkil eden yayınlar, bu karara süresi içinde itiraz edilmediği veya yapılan itiraz reddedildiği takdirde imha edilir.

[1] Değişiklik öncesi: "Beşinci fıkra kapsamına giren yayının internet ortamında yapılması halinde, Başkanlığın müracaatı üzerine, sulh hukuk mahkemesi bu yayınla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı verir. Bu kararın bir örneği gereği yapılmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.
Sulh hukuk mahkemesinin beşinci ve altıncı fıkralar hükümlerine göre verdiği kararlara ve Başkanlığın talebinin reddine dair kararlarına karşı tefhim veya tebliğden itibaren iki hafta içinde asliye hukuk mahkemesinde itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir."

Mushaflar, cüzler halindeki mushaflar, mealli mushaflar ile sesli, görüntülü ve elektronik ortamda hazırlanan Kur'an-ı Kerim basım ve yayım kriterleri yönetmelikle düzenlenir.

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu

Numarası : 1262

Kabul Tarihi : 14/5/1928

Resmi Gazete Sayısı : 898

Resmi Gazete Tarihi: 26/5/1928

MADDE 18 (Değişik: 2/1/2014-6514/31 md.)

10 uncu maddede yazılı tahlil neticesinde, müstahzarların terkibinde bulunan maddelerin saf olmadığı veya ruhsat almak için verilmiş olan formüle uymadığı veya müstahzarın tedavi vasıflarını azaltacak veya kaybedecek surette imal edilmiş olduğu anlaşılırsa, fiil suç oluşturmadığı takdirde, ruhsat sahibi ile müstahzarların bu şekilde imal edildiğini bilerek satan, satışa arz eden veya sattıranlara on bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

Müstahzarların bu Kanuna aykırı şekilde tanıtım ve satışını yapanlar ile bunları onaylı endikasyonu dışında pazarlayan ve bu şekilde reçete oluşumunu teşvik edenlere, ürünün son bir yıllık satış tutarı toplamının beş katına kadar idari para cezası verilir. Ancak bu ceza yüz bin Türk Lirasından aşağı olamaz.

Tanıtım veya satışların internet üzerinden yapılması hâlinde, Bakanlık tarafından derhâl erişimin engellenmesine karar verilir ve bu karar uygulanmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bildirilir.

Yetkili merciden izin almaksızın veya verilen izne aykırı olarak sağlık beyanı ile ürün tanıtım ve satışını yapanlar hakkında yirmi bin Türk Lirasından üç yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

Fiillerin tekrarı hâlinde verilecek idari para cezası, daha önce verilen cezanın iki katı olarak uygulanır.

MADDE 19 (Değişik: 23/1/2008-5728/43 md.)

(Değişik birinci fıkra: 2/1/2014-6514/32 md.) Ruhsatsız olarak müstahzar imal edenler veya bu şekilde imal edilen müstahzarları bilerek satan, satışa arz eden veya sattıranlar, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu müstahzarların kendilerine atfedilen tedavi vasıflarını haiz

olmadığı veya bu vasıfları azaltacak veya kaybedecek şekilde veya saf olmayan maddelerden imal edildiği anlaşıldığı takdirde ceza üçte bir oranında artırılır. Müstahzar olmamakla beraber hastalıkları teşhis veya tedavi ettiği beyanı ile herhangi bir ürünün satışını, pazarlamasını veya reklamını yapanlar bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca bunların tanıtım veya satışlarının internet veya başkaca herhangi bir elektronik ortam üzerinden yapılması hâlinde 18 inci maddenin üçüncü fıkrası uygulanır.

Memleket dışında yapılmış müstahzarları ruhsatsız olarak ticaret amacıyla ithal etmek veya bunların özelliklerini bilerek satmak veya satışa arz etmek veya sattırmak kaçakçılıktır. Bu fıkrada yazılı suçları işleyenler hakkında Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri tatbik olunur.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Numarası : 6102

Kabul Tarihi : 13/1/2011

Resmi Gazete Sayısı : 27846

Resmi Gazete Tarihi: 14/2/2011

DÖRDÜNCÜ KISIM

Haksız Rekabet

A) Genel olarak

I - Amaç ve ilke

MADDE 54

(1) Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.

(2) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.

II - Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar

MADDE 55

(1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,

5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,

8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak.

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

B) Hukuki sorumluluk

I - Çeşitli davalar

MADDE 56

(1) Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse;

a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,

b) Haksız rekabetin men'ini,

c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,

d) Kusur varsa zarar ve zıyanın tazminini,

e) Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini,

isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.

(2) Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de birinci fıkradaki davaları açabilirler, ancak araçların ve malların imhasını isteyemezler.

(3) Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler.

(4) Bir kimse aleyhine birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri gereğince verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur.

II - Çalıştıranın sorumluluğu

MADDE 57

(1) Haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, çalıştıranlara karşı da açılabilir.

(2) 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalar hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

III - Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu

MADDE 58

(1) Haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak, basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir; ancak;

a) Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,

b) Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa,

c) Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa,

yukarıda anılan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, aynı fıkrada sayılan kişilerden birinin kusuru hâlinde sıraya bakılmaksızın dava açılabilir.

(3) 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

(4) Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılamaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.

IV - Kararın ilanı

MADDE 59

(1) Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra ilan edilmesine de karar verebilir. İlanın şeklini ve kapsamını mahkeme belirler.

V - Zamanaşımı

MADDE 60

(1) 56 ncı maddede yazılı davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur.

VI - İhtiyati tedbirler

MADDE 61

(1) Dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir.

(2) Ayrıca, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması hâlinde cezayı gerektiren haksız rekabet konusu mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir.

(3) El koyma ile ilgili uygulama bu konudaki mevzuata tabidir.

(4) Gümrük idarelerindeki tedbir veya el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde, esas hakkında ilgili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar.

C) Ceza sorumluluğu

I - Cezayı gerektiren fiiller

MADDE 62

(1) a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştıranın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

II - Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu

MADDE 63

(1) Tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında bir haksız rekabet fiili işlenirse 62 nci madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır. Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir.

(…)

D) Sermaye koyma borcu

I - Konusu

MADDE 127- (1) Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak;

a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar,

b) Fikrî mülkiyet hakları,

c) Taşınırlar ve her çeşit taşınmaz,

d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları,

e) Kişisel emek,

f) Ticari itibar,

g) Ticari işletmeler,

h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,

i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar,

j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer,

konabilir.

(2) Kanunun 307 nci maddesinin ikinci, 342 nci maddesinin birinci ve 581 inci maddesinin birinci fıkra hükümleri saklıdır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

Numarası : 5718

Kabul Tarihi : 27.11.2007

Resmi Gazete Sayısı : 26728

Resmi Gazete Tarihi: 12.12.2007

Kişilik haklarının ihlâlinde sorumluluk

MADDE 35 – (1) Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim raçları ile ihlâlinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre;

a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,

b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya

c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku,

uygulanır.

(2) Kişilik haklarının ihlâlinde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tâbidir.

(3) Maddenin birinci fıkrası, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere de uygulanır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

Numarası : 5846

Kabul Tarihi : 5/12/1951

Resmi Gazete Sayısı : 13/12/1951

Resmi Gazete Tarihi: 7981

B) Ceza davaları:

I – Suçlar:

1. Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz[1]

Madde 71 – (Değişik: 23/1/2008-5728/138 md.)

Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

2. Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır. Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adlî para cezasına hükmolunamaz.

3. Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır.

4. Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

[1] Bu madde başlığı "1. Manevi haklara tecavüz:" iken, 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun 138 inci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

5. Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

6. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır.

Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Ek Madde 4 – (Ek: 21/2/2001 - 4630/37 md.)

Eser ve eser sahibi ile eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez. Bilgileri ve bilgileri temsil eden sayıları ve kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayınlanamaz veya topluma iletilemez.

Yukarıdaki fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da uygulanır.

(Değişik üçüncü fıkra: 3/3/2004-5101/25 md.) Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden

servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

Numarası **:** 6769

Kabul Tarihi **:** 22/12/2016

Resmi Gazete Tarihi: 10/1/2017

Resmi Gazete Sayısı : 29944

Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları

MADDE 7

(1) Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.

(2) Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır:

a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.

(3) Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması.

e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.

f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.

(4) Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.

(5) Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.

5187 sayılı Basın Kanunu

Numarası : 5187

Kabul Tarihi : 09.06.2004

Resmi Gazete Sayısı : 25504

Resmi Gazete Tarihi: 26.06.2004

Amaç ve kapsam

Madde 1 - Bu Kanunun amacı, basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemektir.

Bu Kanun basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsar.

Tanımlar

Madde 2 - Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Basılmış eser: Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını,

b) Yayım: Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını,

c) Süreli yayın: Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını,

d) Yaygın süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmişinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayınlarını,

e) Bölgesel süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayını,

f) Yerel süreli yayın: Tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınları,

g) Yayın türü: Süreli yayınların yaygın, bölgesel ve yerel yayın türlerinden hangisinin kapsamında olduğunu,

h) Süresiz yayın: Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri,

ı) Eser sahibi: Süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmi ya da karikatürü yapanı,

j) Yayımcı: Bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişiyi,

k) Basımcı: Bir eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişiyi,

l) Tüzel kişi temsilcisi: Yayın sahibi veya yayımcının tüzel kişi olması halinde bu tüzel kişiliğin yetkili organı tarafından, yöneticiler arasından belirlenen gerçek kişiyi veya kamu kurum ve kuruluşlarınca belirlenen gerçek kişiyi,

İfade eder.

Basın özgürlüğü

Madde 3 - Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.

Zorunlu bilgiler

Madde 4 - Her basılmış eserde, basıldığı yer ve tarih, basımcının ve varsa yayımcının adları, varsa ticarî unvanları ve işyeri adresleri gösterilir. İlân, tarife, sirküler ve benzerleri hakkında bu hüküm uygulanmaz.

Haber ajansı yayınları hariç her türlü süreli yayında, ayrıca yönetim yeri, sahibinin, varsa temsilcisinin, sorumlu müdürün adları ve yayının türü gösterilir.

Sorumlu müdür

Madde 5 - Her süreli yayının bir sorumlu müdürü bulunur. Sorumlu müdür, birden fazla ise her birinin sorumlu olduğu bölüm belirtilir.

Sorumlu müdür olabilmek için;

a) Onsekiz yaşını bitirmiş olmak,

b) Türkiye'de yerleşim yeri sahibi olmak ve devamlı oturmak,

c) En az ortaöğretim veya dengi bir eğitim kurumundan mezun olmak,

d) Kısıtlı veya kamu hizmetlerinden yasaklı olmamak,

e) Yüz kızartıcı suçlardan mahkûm olmamak,

f) T.C. vatandaşı olmayanlar için karşılıklılık koşulu aramak,

Gerekir.

Sorumlu müdürün Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olması halinde sorumlu müdürlüğü üstlenmek üzere müdür yardımcısı tayin edilir. Sorumlu müdür için bu Kanunda yer alan hükümler, sorumluluğu üstlenen yardımcı için de geçerlidir.

Süreli yayın sahibi

Madde 6 - Gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları süreli yayın sahibi olabilirler.

Süreli yayın sahibinin onsekiz yaşından küçük veya kısıtlı olması halinde kanunî temsilcisi, tüzel kişi olması halinde ise tüzel kişi temsilcisi hakkında da 5 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartlar aranır.

Beyanname verilmesi

Madde 7 - Süreli yayınların çıkarılması için, kaydedilmek üzere yönetim yerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına bir beyanname verilmesi yeterlidir. Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen kayıtlar alenidir.

Kayıt için verilen ve yayın sahibi, sahibin küçük veya tüzel kişi olması halinde temsilcisi ile sorumlu müdür tarafından imzalanan beyannamede yayının adı ve mahiyeti, hangi aralıklarla yayımlanacağı, yönetim yeri, sahibinin, varsa temsilcisinin, sorumlu müdürün ad ve adresleri ile yayının türü gösterilir.

Beyannameye, 5 inci ve 6 ncı maddelerde yazılı şartların varlığını gösteren belgeler ile yayın sahibi tüzel kişi ise tüzüğünün veya ana sözleşmesinin veya vakıf senedinin bir sureti eklenir.

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından beyanname ve eklerinin teslim edildiğini gösteren bir alındı belgesi verilir.

Beyannamenin incelenmesi

Madde 8 - Beyannamenin ve eklerinin gerekli veya gerçek bilgileri içermemesi veya yayın sahibinin veya temsilcisinin veya sorumlu müdürün 5 inci ve 6 ncı maddelerde yazılı şartlara sahip olmaması halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı beyannamenin verilmesinden itibaren iki hafta içinde eksikliğin giderilmesini veya gerçeğe aykırı bilgilerin düzeltilmesini yayın sahibinden ister. Bu istemin tebliği tarihinden itibaren iki hafta içerisinde yerine getirilmemesi halinde, Cumhuriyet

Başsavcılığı yayımın durdurulmasını asliye ceza mahkemesinden talep eder. Mahkeme en geç iki hafta içinde karar verir. Bu karara karşı acele itiraz yoluna başvurulabilir.

Beyanname içeriğinde meydana gelen her değişiklik, iki hafta içinde, gerekli belgelerle birlikte yeni bir beyanname ile aynı makama bildirilir.

Birinci fıkra hükmü, değişikliğe ilişkin beyannameler hakkında da uygulanır.

Sorumlu müdürün bu görevden ayrılması halinde, yenisi tayin edilinceye kadar sorumluluk yayın sahibine veya temsilcisine aittir.

Süreli yayın sahibinin hakkını kaybetmesi

Madde 9 - Süreli yayın sahibinin beyanname verdiği tarihten itibaren bir sene içinde süreli yayın yayımlanmaz veya yayımlandıktan sonra yayıma üç yıl müddetle ara verilirse beyanname hükümsüz kalır ve sağladığı hak ortadan kalkar.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri saklıdır. (İptal ikinci cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 31/1/2008 tarihli ve E.: 2004/81, K.: 2008/48 sayılı Kararı ile.)

Teslim yükümlülüğü

Madde 10 - Basımcı, bastığı her türlü yayının imzalı iki nüshasını, dağıtım veya yayımın yapıldığı gün, mahallin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmekle yükümlüdür.

Bu yükümlülük, basılmış eserin içerik ve biçim yönünden herhangi bir değişikliği içeren daha sonraki basımları ile tıpkı basımları için de geçerlidir.

Basımcıya bu yükümlülüğünü yerine getirdiğine dair bir alındı belgesi verilir.

Cezai sorumluluk

Madde 11 - Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.

Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.

Haber kaynağı

Madde 12 - Süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.

Hukukî sorumluluk

Madde 13 - Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı, yayımcının belli olmaması halinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Bu hüküm, süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır. Tüzel kişi şirketse, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınla birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Düzeltme ve cevap

Madde 14 - Süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda

yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.

Düzeltme ve cevapta, buna neden olan eser belirtilir. Düzeltme ve cevap, ilgili yazıdan uzun olamaz. Düzeltme ve cevaba neden olan eserin yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması hallerinde düzeltme ve cevap otuz satırı geçemez.

Süreli yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltme ve cevap yazısı, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır.

Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren onbeş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın, karara bağlar.

Sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir.

Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına hâkim tarafından karar verilmesi halinde, birinci fıkradaki süreler, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten, itiraz edilmişse yetkili makamın kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi halinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, birinci fıkradaki iki aylık düzeltme ve cevap hakkı süresine bir ay ilave edilir.

Zorunlu bilgileri göstermeme

Madde 15 - 4 üncü maddeye göre basılmış eserlerde gösterilmesi öngörülen hususların gösterilmemesi veya gerçeğe aykırı olarak gösterilmesi halinde, süreli yayınlarda sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, süresiz yayınlarda yayımcı ve adını ve adresini göstermeyen veya yanlış gösteren basımcı beşyüzmilyon liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda beşmilyar liradan az olamaz.

Durdurulan yayının yayımına devam etme

Madde 16 - 8 inci maddeye göre mahkeme kararıyla durdurulan yayına, usulüne uygun beyanname vermeden veya değişiklikleri bildirmeden devam edilmesi halinde yayın sahibi,

sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili birmilyar liradan onbeş milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda beşmilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz.

Teslim yükümlülüğüne uymama

Madde 17 - 10 uncu maddeye göre teslim yükümlülüğünü yerine getirmeyen basımcı, üçyüzmilyon liradan birmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Düzeltme ve cevabın yayımlanmaması

Madde 18 - Düzeltme ve cevabın yayımlanmasına ilişkin kesinleşmiş hâkim kararlarına uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili onmilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ağır para cezası, bölgesel süreli yayınlarda yirmimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda ellimilyar liradan az olamaz.

Sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilen ağır para cezasının ödenmesinden yayın sahibi, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Düzeltme ve cevap yazısının yayımlanmaması veya 14 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlara uyulmaksızın yayımlanması hallerinde hâkim ayrıca, masraflar yayın sahibi tarafından karşılanmak üzere, bu yazının tirajı yüzbinin üzerinde olan iki gazetede ilân şeklinde yayımlanmasına da karar verir.

Yargıyı etkileme

Madde 19 - (Mülga: 2/7/2012-6352/105 md.)

Cinsel saldırı, cinayet ve intihara özendirme

Madde 20 - Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar birmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz.

Kimliğin açıklanmaması

Madde 21 - Süreli yayınlarda;

a) 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin,

b) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların,

c) Onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının,

Kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar birmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz.

Basılmış eserleri engelleme, tahrip ve bozma

Madde 22 - Kanuna uygun olarak basılmış eserleri, bunların yayımını veya dağıtımını veya satışını önlemek amacıyla tahrip eden veya bozan kimse, fiili daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde, bir yıla kadar hapis ve birmilyar liradan beşmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Kanunun aradığı şartlara uyulmasına rağmen süreli ve süresiz yayınların basılmasını, yayımını, dağıtımını veya satışını şiddet veya tehditle engelleyen kimse, fiili daha ağır bir suç teşkil etmediği takdirde, iki yıla kadar hapis ve ikimilyar liradan onmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda öngörülen fiiller, umumi mahalde veya matbaanın veya umuma satış yapan veya dağıtım yapan yerlerde birden fazla kişi tarafından işlendiği takdirde verilecek ceza yarıya kadar artırılır.

Süreli yayınların dağıtımı

Madde 23 - Süreli yayınların dağıtımını yapan kişiler, kendilerinden dağıtımı istenen yayınları, dağıtımını yaptıkları diğer yayınlar için aldıkları satış fiyatı, tiraj ve sayfa sayısına göre belirlenen dağıtım ücretini aşmayacak bir bedel karşılığında, dağıtmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe aykırı davrananlar, dağıtımından kaçındıkları yayının toplam bedelinin on misli ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

Süreli yayınları perakende olarak satışa sunan gerçek veya tüzel kişiler, aynı anda diledikleri kadar dağıtım şirketiyle anlaşıp diledikleri yayınları satabilirler. Hiç kimse, bu kişilere, rakip yayınları satmama yükümlülüğü getiremez ve bu yayınları satmama koşuluna bağlı olan veya bu sonucu doğuracak edimlerde bulunamaz.

Yeniden yayım

Madde 24 - Bir süreli yayında yayımlanmış haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeksizin yeniden yayımlayanlar beşmilyar liradan onmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

Bu eserleri, yeniden yayım hakkı saklı tutulmuş olmasına rağmen, süreli yayın sahibinin izni olmadan yeniden yayımlayanlar yirmimilyar liradan kırkmilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılırlar.

El koyma, dağıtım ve satış yasağı

Madde 25 - Soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk el koyabilir.

Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155 inci maddesinde, 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir.

Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye'de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı hükümsüz kalır.

Yukarıdaki fıkra uyarınca yasaklanmış yayın veya gazeteleri bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar bu yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi gibi sorumludurlar.

Dava süreleri

Madde 26 - Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur.[1]

[1] 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunun 77 nci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "ceza davalarının" ibaresinden sonra gelmek üzere "bir muhakeme şartı olarak," ibaresi eklenmiş, fıkrada yer alan "iki ay"

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz.

Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar.

Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez. (1)

Görevli mahkemeler ve yargılama usulü

Madde 27 - Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür.

Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması halinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür.

Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlara ilişkin davalar acele işlerden sayılır.

Hürriyeti bağlayıcı cezaya çevirme yasağı

Madde 28 - 18 inci ve 22 nci maddelerdeki suçlar dışında bu Kanunda öngörülen suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez.

Tebligat

Madde 29 - Süreli yayının yönetim yeri, tebligat işlemleri yönünden, yayın sahibinin ve temsilcisinin, görevi devam ettiği sürece sorumlu müdürün yerleşim yeri sayılır.

---

ibaresi “dört ay”, “dört ay” ibaresi “altı ay” ve aynı maddenin altıncı fıkrasında yer alan “iki ayı” ibaresi “dört ayı” şeklinde değiştirilmiştir.

Yürürlükten kaldırılan hükümler

Madde 30 - 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

Geçici Madde 1 - Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yayımlanmakta olan süreli yayınların sahibi, sorumlu müdürü, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde yayınlarının türünü yönetim yerinin bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmek zorundadır. Bu süre içerisinde bildirim yükümlülüğüne uyulmaması halinde yayın sahibi, sorumlu müdür, beşyüzmilyon liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda beşmilyar liradan az olamaz.

Geçici Madde 2 - Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kamu kurum ve kuruluşlarınca yayımlanmakta olan süreli yayınların temsilcisi ve sorumlu müdürleri, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde süreli yayının basım ve yayımını bu Kanunda öngörülen hükümlere uygun hale getirirler.

Geçici Madde 3 - (Ek: 2/7/2012-6352/78 md.)

31/12/2011 tarihine kadar mahkemeler, yetkili mülki idari amirlikleri ve diğer makamlarca basılı yayınlarla ilgili olarak verilmiş toplatma, yasaklama, dağıtım ve satışın engellenmesi kararları, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde, yetkili ve görevli mahkemeden bu yasaklılığın devamı niteliğinde bir karar alınmamış olması durumunda kendiliğinden hükümsüz hale gelir. Bu tür kararlarla ilgili mevcut bilgi ve deliller kolluk tarafından iki ay içinde yetkili Cumhuriyet başsavcılığına iletilir. Mahkemelerce, bu yönde alınmış olan kararların bir örneği İçişleri Bakanlığına gönderilir.

Yürürlük

Madde 31 - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 32 - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Numarası : 6100

Kabul Tarihi : 12.01.2011

Resmi Gazete Sayısı : 27836

Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011

ONUNCU KISIM

Geçici Hukuki Korumalar

BİRİNCİ BÖLÜM

İhtiyati Tedbir

İhtiyati tedbirin şartları

MADDE 389- (1) Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır.

İhtiyati tedbir talebi

MADDE 390- (1) İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.

(2) Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir.

(3) Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.

İhtiyati tedbir kararı

MADDE 391- (1) Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdii ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir.

(2) İhtiyati tedbir kararında;

a) İhtiyati tedbir talep edenin, varsa kanuni temsilcisi ve vekilinin ve karşı tarafın adı, soyadı ve yerleşim yeri ile talep edenin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası,

b) Tedbirin, açık ve somut olarak hangi sebebe ve delillere dayandığı,

c) Tereddüde yer vermeyecek şekilde, neyin üzerinde ve ne tür bir tedbire karar verildiği,

ç) Talepte bulunanın, ne tutarda ve ne türde bir teminat göstereceği,

yazılır.

(3) İhtiyati tedbir talebinin reddi hâlinde, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır.

İhtiyati tedbirde teminat gösterilmesi

MADDE 392- (1) İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Adli yardımdan yararlanan kimsenin teminat göstermesi gerekmez.

(2) Asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davasının açılmaması üzerine teminat iade edilir.

İhtiyati tedbir kararının uygulanması

MADDE 393- (1) İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

(2) Tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir.

(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması için, gerekirse zor kullanılabilir. Zor kullanmak hususunda, bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memurun yazılı başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla yükümlüdürler.

(4) İhtiyati tedbiri uygulayan memur, bir tutanak düzenler. Bu tutanakta, tedbir konusu ve bulunduğu yer gösterilir; tedbir konusu ile ilgili her türlü iddia bu tutanağa geçirilir. Tedbiri

uygulayan memur, bu tutanağın bir örneğini tedbir sırasında hazır bulunmayan taraflara ve duruma göre üçüncü kişiye tebliğ eder.

(5) İhtiyati tedbir kararları hakkında kanun yoluna başvurulması hâlinde, tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örnekleri ilgili mahkemeye gönderilir.

İhtiyati tedbir kararına karşı itiraz

MADDE 394- (1) Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz.

(2) İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir.

(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

(4) İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir.

(5) İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz.

Teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması

MADDE 395- (1) Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen veya hakkında bu tedbir kararı uygulanan kişi, mahkemece kabul edilecek teminatı gösterirse, mahkeme, duruma göre tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir.

(2) Teminatın tutarı, tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasına göre; türü ise 87 nci maddeye göre tayin edilir.

(3) İtiraza ilişkin 394 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası, kıyas yoluyla uygulanır.

Durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması

MADDE 396- (1) Durum ve koşulların değiştiği sabit olursa, talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilir.

(2) İtiraza ilişkin 394 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası, kıyas yoluyla uygulanır.

İhtiyati tedbiri tamamlayan işlemler

MADDE 397- (1) İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar.

(2) İhtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder.

(3) Tedbir kalkmış veya kaldırılmış ise bu husus ilgili yerlere bildirilir.

(4) İhtiyati tedbir dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır.

Tedbire muhalefetin cezası

MADDE 398- (1) İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir.

Tazminat

MADDE 399- (1) Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür.

(2) Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır.

(3) Tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

İKİNCİ BÖLÜM

Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar

Delil tespitinin istenebileceği hâller

MADDE 400- (1) Taraflardan her biri, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş yahut ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması,

bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilir.

(2) Delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılır.

Görev ve yetki

MADDE 401- (1) Henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir.

(2) Noterlerin, 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca yapacağı vakıa tespitine ilişkin hükümler saklıdır.

(3) Esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez.

(4) Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir.

Delil tespiti talebi ve karar

MADDE 402- (1) Delil tespiti talebi dilekçeyle yapılır. Dilekçede tespiti istenen vakıa, tanıklara veya bilirkişilere sorulması istenen sorular, delillerin kaybolacağı veya gösterilmesinde zorlukla karşılaşılacağı kuşkusunu uyandıran sebepler ile aleyhine delil tespiti istenen kişinin ad, soyad ve adresi yer alır. Tespit talebinde bulunan, durum ve koşulların imkân vermemesi nedeniyle, aleyhine tespit yapılacak kişiyi gösteremiyorsa talebi geçerli sayılır.

(2) Mahkeme tarafından belirlenen tespit giderleri avans olarak ödenmedikçe sonraki işlemler yapılmaz.

(3) Tespit talebi mahkemece haklı bulunursa karar, dilekçeyle birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Kararda ayrıca, delil tespitinin nasıl ve ne zaman yapılacağı, tespitin icrası esnasında karşı tarafın da hazır bulunabileceği, varsa itiraz ve ilave soruların bir hafta içinde bildirilmesi gerektiği belirtilir.

Acele hâllerde tespit

MADDE 403- (1) Talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, karşı tarafa tebligat yapılmaksızın da delil tespiti yapılabilir. Tespitin yapılmasından sonra, tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece

kendiliğinden diğer tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına itiraz edebilir.

Delil tespiti kararında uygulanacak hükümler

MADDE 404- (1) Tespiti istenen vakıanın hangi delille tespit edileceğine karar verilmişse, bu kararın yerine getirilmesinde o delilin toplanmasına ilişkin hükümler uygulanır.

Tutanak ve diğer belgeler

MADDE 405- (1) Delil tespiti dosyası, asıl dava dosyasının eki sayılır ve onunla birleştirilir. Asıl davanın taraflarından her biri, iddia veya savunmasını ispat için bu tutanak ve raporlara dayanabilir.

Diğer geçici hukuki korumalar

MADDE 406- (1) Mahkemece, gerekli hâllerde, mal veya haklarla ilgili defter tutulmasına ya da mühürleme işleminin yapılmasına karar verilebilir.

(2) İhtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır.

6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun

Numarası : 6352

Kabul Tarihi : 02.07.2012

Resmi Gazete Sayısı : 28344

Resmi Gazete Tarihi: 05.07.2012

Dava ve cezaların ertelenmesi

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine,

karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.

(4) Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.

(5) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması hâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adlî Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adlî sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz.

5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu

Numarası : 5369[1]

Kabul Tarihi : 16/6/2005

Resmi Gazete Sayısı : 25856

Resmi Gazete Tarihi: 25/6/2005

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1

Bu Kanunun amacı; kamu hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektörü ile bu Kanun kapsamında belirlenen diğer alanlarda evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Tanımlar

MADDE 2

Bu Kanunda geçen;

Bakanlık: Ulaştırma Bakanlığını,

Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,

Elektronik haberleşme: İşaret, sembol, ses, görüntü ve elektrik işaretlerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını,

Evrensel hizmet: Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir

[1] Bu Kanunun adı "Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" iken, 5809 sayılı Kanunun 67 nci maddesiyle "Evrensel Hizmet Kanunu" şeklinde değiştirilmiştir.

bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri,

Evrensel hizmet yükümlüsü: Elektronik haberleşme sektöründe, ilgili mevzuatına göre Kurumca yetkilendirilmiş ve bu Kanun kapsamındaki hizmetleri sağlamakla yükümlü kılınan işletmeciyi,

Evrensel hizmetin net maliyeti: Bir işletmecinin, evrensel hizmet yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmek için sağladığı durum ile hiç yükümlü olmasaydı içinde bulunacağı durum arasındaki net maliyet farkını,

İşletmeci: İlgili mevzuatına göre Kurumca veya bu Kanun kapsamına alınmış hizmetler bakımından ilgili diğer mercilerce yetkilendirilmiş olan işletmecileri,

Alt yapı: Evrensel hizmetin sağlanmasını teminen hizmetin verilebilmesi için gerektiğinde öncelikle fiziki ortamın oluşturulmasına yönelik her türlü teçhizat, ekipman, bilgisayar, yazılım ve donanımı,

Deniz haberleşme hizmetleri: Sahil telsiz istasyonları aracılığıyla telsiz sistemleri kullanılarak gemi-kara ve gemi-gemi arasında ses ve veri şeklinde yapılan haberleşme hizmetlerini,

Deniz yolu ile yolcu taşıma işletmecisi: Ana kara ile ada arasında yolcu taşıma işini yapan ve Denizcilik Müsteşarlığından hat izni almış olan işletmeciyi,

Seyir güvenliği haberleşme hizmetleri: Her türlü deniz araçlarının emniyetli seyirleri için ses ve veri şeklinde yapılan telsiz yayın hizmetlerini,

Net satış hasılatı: 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun ek 37 nci maddesinde tanımı yapılan tutarı,

İfade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

İlkeler, Yükümlülük ve Hizmet Türleri

İlkeler

MADDE 3

Evrensel hizmetin sağlanmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde aşağıdaki ilkeler göz önüne alınır:

a) Evrensel hizmetten, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan herkes, bölge ve yaşadığı yer ayırımı gözetilmeksizin yararlanır.

b) Evrensel hizmet, fert başına gayrisafi yurt içi hasıla tutarı da göz önünde bulundurularak karşılanabilir ve makul fiyat seviyesinde sunulur.

c) Düşük gelirliler, engelliler ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların da evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirler alınır.

d) Evrensel hizmet, önceden belirlenmiş hizmet kalitesi standartlarında sunulur.

e) Evrensel hizmetin sunulmasında ve ulaşılmasında devamlılık esastır.

İşletmecinin yükümlülüğü

MADDE 4

İşletmeciler, bu Kanunda belirlenen evrensel hizmeti sağlamakla yükümlüdür. İmtiyaz ve görev sözleşmeleri ile ruhsat ve genel izinlerde her ne ad altında olursa olsun 3 üncü maddede belirtilen ilkelere aykırı düzenlemeler yapılamaz.

Bilgi teknolojileri yaygınlığı, internet alt yapısı ve karasal sayısal yayıncılık için ihtiyaç duyulan alt yapı malzemelerinin alımı ve montajı ile ulaşımı deniz yolu ile sağlanabilen yolcu taşıma hizmetlerinde yükümlü işletmeci şartı aranmaz.

Evrensel hizmetin kapsamı

MADDE 5

Evrensel hizmet;

a) Sabit telefon hizmetlerini,

b) Ankesörlü telefon hizmetlerini,

c) Basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerini,

d) Acil yardım çağrıları hizmetlerini,

e) İnternet hizmetlerini,

f) Ulaşımı deniz yoluyla sağlanabilen yerleşim alanlarına yolcu taşıma hizmetlerini,

g) Deniz haberleşmesi ve seyir güvenliği haberleşme hizmetlerini,

Kapsar.

Evrensel hizmetin kapsamı; ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartları da göz önünde bulundurularak, üç yılı aşmamak üzere belirli aralıklarla, Cumhurbaşkanınca yeniden belirlenebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Evrensel Hizmetin Gelirleri ve Net Maliyet

Evrensel hizmetin gelirleri

MADDE 6

a) Hazine Müsteşarlığı, Kurumca yapılan yetkilendirme nedeniyle hesaplarına yatırılan yetkilendirme ücretinin % 2'sini yatırıldığı tarihi takip eden ayın sonuna kadar,

b) Türk Telekom yıllık net satış hâsılatının %1'ini, izleyen yılın Nisan ayı sonuna kadar, Hazine payı ödemekle yükümlü işletmeciler dışındaki işletmeciler yıllık net satış hâsılatının %1'ini, izleyen yılın Haziran ayı sonuna kadar ve faaliyetleri gereği Hazine payı ödemekle yükümlü olduğu halde Hazine payı ödemeyi gerektirmeyen hizmetleri de yürüten işletmeciler Hazine payına esas teşkil etmeyen yıllık net satış hâsılatının %1'ini, evrensel hizmet katkı payı olarak Kurum hesabına izleyen yılın Haziran ayı sonuna kadar yatırır ve Kurum takip eden ayın sonuna kadar,

c) Kurum, Hazine payı ödemekle yükümlü işletmecilerin ödediği payın %10'unu, ödendiği ayı izleyen ayın sonuna kadar,

d) Kurum, verdiği idari para cezalarının % 20'sini, tahsil edildiği ayı takip eden ayın sonuna kadar,

e) Kurum, her üç ayda bir giderlerinin karşılanmasından sonra kalan miktarın % 20'sini, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu gereği genel bütçeye yapılacak ödemeden önce takip eden ayın onbeşine kadar,

Bakanlığa bildirir. Bu meblağ aynı süre içinde Bakanlığın Merkez Saymanlık Müdürlüğü hesabına aktarılır ve bütçeye "Evrensel hizmet gelirleri" adı altında gelir kaydedilir.

Bu süre içinde ödenmeyen katkı payları, Kurumun ilgili vergi dairesine yapacağı başvuru üzerine, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir. Vergi dairelerince yapılan tahsilatlar ertesi ayın sonuna kadar Kurum hesabına aktarılır. Süresinde ödenmeyen katkı paylarına, vade tarihinden ödendiği tarihe kadar geçen süre için, 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre gecikme zammı uygulanır.

Cumhurbaşkanı, yukarıda belirtilen oranları % 20'sine kadar artırmaya veya indirmeye yetkilidir.

İşletmecilerin evrensel hizmet sağlama yükümlülükleri nedeniyle ortaya çıkan evrensel hizmetin net maliyetinin karşılanması ve bu Kanun gereğince yapılacak diğer harcamaları karşılamak için Bakanlık bütçesine her yıl evrensel hizmet gelirleri tahmini kadar ödenek öngörülür. Evrensel hizmetler için ödenek ihtiyacı bu hizmet gelirleri tahmininden fazla olması halinde yeterli ödenek

Bakanlık bütçesine öngörülür. Bu amaçla konulan ödenek münhasıran, bu Kanun ile Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesi için kullanılır. Evrensel hizmet gelirlerinin tahsili ve giderlerin yapılmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık ile Maliye Bakanlığının müştereken hazırlayacağı yönetmelikle belirlenir.

Evrensel hizmetin net maliyeti

MADDE 7

Evrensel hizmetin net maliyeti; yükümlü işletmecinin, hizmetleri evrensel hizmet kapsamında karşılamadığı zaman ile evrensel hizmet yükümlüsü olarak karşıladığı zamanki net maliyetleri arasındaki fark esas alınarak hesaplanır. Ancak, evrensel hizmet net maliyetinin hesaplanmasında, işletmecilerin evrensel hizmet yükümlüsü olması dolayısıyla elde edeceği diğer gelirler de göz önüne alınarak değerlendirme yapılır. Evrensel hizmet yükümlülüğünün getirdiği ilave maliyet yükünü ortaya çıkaracak bu hesaplama net maliyetler üzerinden yapılır.

Bilgisayar okuryazarlığı da dahil olmak üzere bilgi toplumunun geliştirilmesine katkı sağlamak amacıyla bilgi teknolojilerinin yaygınlaştırılmasına yönelik alt yapı hizmetleri, farklı yayın ortamları ve teknolojisi kullanılarak yapılan sayısal yayıncılığın karasal sayısal vericiler üzerinden ülkemizdeki yerleşim alanlarının tamamını kapsayacak şekilde sunulmasına yönelik alt yapı hizmetleri ile münhasıran alt yapı kurulumu gerektiren benzeri mal alımlarında bu Kanunda öngörülen evrensel hizmet yükümlüsü olma ve net maliyet şartları aranmaz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Geçici ve Son Hükümler

MADDE 8

3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.

MADDE 9

3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.

MADDE 10

2813 sayılı Telsiz Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.

MADDE 11

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.

MADDE 12

Ekli (1) sayılı listede belirtilen kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı cetvelin Ulaştırma Bakanlığına ilişkin bölümüne eklenmiştir.

EK MADDE 1

Evrensel hizmet gelirlerine ilişkin bu Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin uygulanmasında, işletmecilerin yıllık net satış hasılatının belirlenmesinde yetkilendirmenin başlangıç ve sona erme tarihleri itibariyle kıst esası uygulanır. Bu hükmün ve bu Kanunun 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen istisna hükmünün uygulanmasında 25/6/2005 tarihi esas alınır.

GEÇİCİ MADDE 1

Bu Kanunda belirlenen evrensel hizmeti sağlamakla yükümlü işletmecilerin mevcut imtiyaz ve görev sözleşmeleri ile ruhsat ve genel izinlerinde yer alan 3 üncü maddede belirtilen ilkelere aykırı düzenlemeler en geç bir yıl içerisinde bu Kanuna uygun hale getirilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.

GEÇİCİ MADDE 2

Bu Kanun uyarınca Ulaştırma Bakanlığına verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla 2005 yılında ihtiyaç duyulan kadro değişiklikleri, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesinin son fıkrası hükmü uygulanmaksızın anılan Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yapılır.

Yürürlük

MADDE 13

Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 14

Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu

Numarası **:** 213

Kabul Tarihi **:** 04.01.1961

Yetki:

Mükerrer Madde 257 - (Ek: 30/12/1980-2365/45 md.)

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

(...)

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

7. (Ek: 28/11/2017-7061/19 md.) Elektronik ticarette vergi güvenliğini sağlamak amacıyla elektronik ortamda ticari faaliyette bulunan gerçek ya da tüzel kişi hizmet sağlayıcılara ve/veya başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişi aracı hizmet sağlayıcılara ticari faaliyetlerine ilişkin bildirim verme yükümlülüğü getirmeye, bildirimin içerik, format, standart, verilme süresi ve yöntemini

belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya, bildirim verme yükümlülüğünü iş hacmi, sektör, mükellef grupları, alış-satış tutarı, alım satıma konu mal ve hizmet türleri itibarıyla belirlemeye, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına ilişkin bildirime konu bilgilerin aracı hizmet sağlayıcıları tarafından alınması zorunluluğunu getirmeye, bu bent kapsamındaki bilgi ve bildirimlerin elektronik ortamda muhafaza ve ibraz edilmesi yükümlülüğü getirmeye ve uygulamaya ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye,

Yetkilidir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

Numarası **:** 2559

Kabul Tarihi **:** 04.07.1934

Resmi Gazete Sayısı : 2751

Resmi Gazete Tarihi: 14.07.1934

Madde 1 - Polis, asayişi amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder.

Yardım istiyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve ilgili mevzuatın kendisine verdiği vazifeleri yapar.

(…)

Madde 7 - (Değişik: 24/11/2004-5259/2 md.)

Kişilerin tek tek veya toplu olarak eğlenmesi, dinlenmesi veya konaklaması için açılan otel, motel, pansiyon, kamping ve benzeri konaklama yerleri; gazino, pavyon, meyhane, bar, birahane, içkili lokanta, taverna ve benzeri içkili yerler; sinema, kahvehane ve kıraathane; kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerleri; internet kafeler ve benzeri yerler umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır.

Sabit veya seyyar olarak kullanılan kara, deniz, hava ve her çeşit taşıma araçlarında, birinci fıkrada belirtilen faaliyetlerin icrası durumunda, bu yerler de umuma açık istirahat ve eğlence yeri sayılır.

Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin ruhsatı bağlı olduğu kolluk kuvvetinin görüşü alındıktan sonra belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler; bu alanların dışında il özel idareleri tarafından verilir. Kolluk kuvveti görüşünü yedi gün içinde verir. Ruhsat talepleri bir ay içinde sonuçlandırılır. İzin alınmadan açılan umuma açık istirahat ve eğlence yerleri kapatılır.

Bu iş yerlerinin faaliyet göstereceği alanları belirlemeye veya mevcut umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin bu amaç için ayrılan yerlerde toplanmasına, belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeler; bu alanlar dışında il özel idareleri yetkilidir.

Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin bulunacağı alanların tespiti ve bu yerlerin ruhsatlandırılmasında uygulanacak usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Bu iş yerleri için düzenlenen iş yeri açma ve çalışma ruhsatlarının bir örneği yetkili kolluk kuvvetine gönderilir. Bu iş yerleri genel güvenlik ve asayiş yönünden genel kolluk tarafından denetlenir.

Bu yerlerin ruhsatlandırılmasında 14.6.1989 tarihli ve 3572 sayılı İş Yeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanunun 5 inci ve 6 ncı maddelerinin hükümleri uygulanmaz.

Madde 8- (Değişik: 24/11/2004-5259/3 md.)

Polisçe kat'i delil elde edilmesi halinde;

A) Kumar oynanan umumî ve umuma açık yerler ile her çeşit özel ve resmi kurum ve kuruluşlara ait lokaller,

B) Mevzuata aykırı bir şekilde uyuşturucu madde imal edilen, satılan, kullanılan, bulundurulan yerler,

C) Mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler,

D) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler,

E) Derneklere, sendikalara, loca ve kulüplere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile benzeri kurum ve kuruluşlara ait ve yalnız üyelerinin yararlanması için açılan lokallerden, birden fazla denetim sonunda ve yazılı ihtara rağmen, iç yönetmeliğine aykırı faaliyet göstererek umuma açık yer durumuna geldiği tespit edilenler,

F) (Ek: 28/12/2006-5571/1 md.) Her türlü denize elverişli araçlarla günübirlik tur düzenleyen veya her türlü mal ve hizmet satanlardan, müşteriye faaliyetlerini duyururken veya müşteri kabul ederken çevreyi veya müşteriyi rahatsız edecek yöntemler kullananlar,

Mahallin en büyük mülkî amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir.

Bu maddede yazılı fiiller sebebiyle bir yıl içinde üç defa faaliyetten men edilen işyerlerinde, bu fiiller tekrar işlendiği takdirde, işyeri açma ve çalışma ruhsatları, mahallin en büyük mülkî amirinin bildirimi üzerine, belediye veya il özel idaresi tarafından beş iş günü içinde iptal edilir.

(…)

Adlî görev ve yetkiler

Ek Madde 6 - (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 md.; Değişik: 2/6/2007-5681/5 md.)

Polis, bu maddede yazılı görevlerinin yanında, Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer mevzuatta yazılı soruşturma işlemlerine ilişkin görevleri de yerine getirir.

Polis, bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirir.

Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alır.

Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar.

Yapılacak araştırma sonunda edinilen bilginin bir kabahate ilişkin olduğu hallerde, konu araştırılarak gerekli yasal işlem yapılır veya yapılması sağlanır.

Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan polis, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder.

Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderir.

Olay yeri dışında kalan ve o suça ilişkin delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi bulunan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılacak işlemler için Ceza Muhakemesi Kanununun arama ve elkoymaya ilişkin hükümleri uygulanır.

Polis, olaydaki failin, gözaltına alınan şüpheli ile aynı kişi olup olmadığının belirlenmesi bakımından zorunlu olması halinde, Cumhuriyet savcısının talimatıyla teşhis yaptırabilir.

Tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz.

İşleme başlanmadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanları tutanağa bağlanır.

Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur.

Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir.

Teşhis işlemi en az iki kez tekrarlanır ve teşhiste bulunması istenen kişiye, şüphelinin teşhis edilecek kişiler arasında yer almıyor olabileceği hatırlatılır.

Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konur.

Şüphelinin fotoğrafı üzerinden de teşhis yaptırılabilir. Ancak tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden teşhis yaptırılamaz. Değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerekir.

Teşhis işlemi tutanağa bağlanır.

(Ek fıkra: 2/1/2017-KHK-680/27 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/26 md.) Polis, sanal ortamda işlenen suçlarda, yetkili Cumhuriyet başsavcılığının tespiti amacıyla, internet abonelerine ait kimlik bilgilerine ulaşmaya, sanal ortamda araştırma yapmaya yetkilidir. Erişim sağlayıcıları, yer sağlayıcıları ve içerik sağlayıcıları talep edilen bu bilgileri kolluğun bu suçlarla mücadele için oluşturduğu birimine bildirir.

Ek Madde 7 - (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 md.)

Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.[1]

[1] 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK'nin 28 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "ülke seviyesinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve sanal ortamda" ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 27 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçlar ile bilişim suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürünün, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanının veya bilişim suçlarıyla sınırlı olmak üzere bilişim suçları ile ilgili daire başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen veriler tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.[2] [3]

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.; Değişik fıkra: 27/3/2015-6638/5 md.) Yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesi üyesidir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları, ilgili internet bağlantı adresi veya bağlantıyı tesbite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir.[4]

Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. (3)

---

[2] 27/3/2015 tarihli ve 6638 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle, bu fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan "yirmidört saat" ibaresi "kırk sekiz saat" şeklinde değiştirilmiştir.

[3] 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK'nin 28 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürünün veya İstihbarat Dairesi Başkanının" ibaresi "yazılı suçlar ile bilişim suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürünün, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanının veya bilişim suçlarıyla sınırlı olmak üzere bilişim suçları ile ilgili daire başkanının" şeklinde değiştirilmiş, aynı fıkraya "telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen veriler" ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 27 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[4] 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK'nin 28 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "veya iletişim bağlantısını" ibaresi ", ilgili internet bağlantı adresi veya bağlantıyı" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 27 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tesbit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlileri ile bilişim suçlarıyla sınırlı olmak üzere bilişim suçlarıyla ilgili daire başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.[5]

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.; Değişik fıkra: 27/3/2015-6638/5 md.) Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi; sıralı kurum amirleri, mülki idare amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları tarafından yılda en az bir defa yapılır. Bu faaliyetler Başbakanlık Teftiş Kurulu tarafından da denetlenebilir. Bu kapsamda yapılan denetimlerin sonuçları bir rapor hâlinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna sunulur.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.; Değişik: 15/8/2016-KHK-671/24 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/21 md.) Bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde tek bir merkezden yürütülür.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

[5] 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK'nin 28 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "görevlilerince" ibaresi "görevlileri ile bilişim suçlarıyla sınırlı olmak üzere bilişim suçlarıyla ilgili daire başkanlığı görevlilerince" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 27 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/1 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.[6]

[6] 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK'nin 14 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak" ibaresi "Cumhurbaşkanınca çıkarılan" şeklinde değiştirilmiştir.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu

Numarası : 2937

Kabul Tarihi : 01.11.1983

Resmi Gazete Sayısı : 18210

Resmi Gazete Tarihi: 03.11.1983

BİRİNCİ KISIM

Genel Hükümler, Kuruluş ve Görevler

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Amaç

Madde 1 – Bu Kanunun amacı; Devlet İstihbaratının istihsali ve kullanılması ile Milli İstihbarat Teşkilatının kuruluş, görev ve faaliyetlerine ait esas ve usulleri düzenlemektir.Tanımlar

Madde 2 – Bu Kanunda geçen deyimlerden;a) MİT: İstihbarat Teşkilatının kısaltılmış adını,

b) MİT mensubu: Bu Kanun veya bu Kanuna göre çıkarılmış yönetmelikler de yazılı görevleri yerine getirmekle görevlendirilmiş MİT personeli ile diğer görevlileri,

c) MİT personeli;1. MİT'in kadrosuna dahil memurları,

2. Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında olup MİT'de görevlendirilenleri,

3. MİT'de çalıştırılan sözleşmeli personeli,

ç) (Ek: 2/7/2018-KHK-703/152 md.) Teşkilat Başkanı: MİT Başkanını,

İfade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Kuruluş, Görev, Yetki ve Sorumluluk

KuruluşMadde 3 – Cumhurbaşkanına bağlı MİT kurulmuştur.

MİT; Başkan, Başkan yardımcıları, başkanlıklar, daireler ve şubeler ile diğer teşkilat birimlerinden oluşur.

MİT, Başkan tarafından idare edilir.Milli İstihbarat Teşkilatının (…) teşkilatı ihtiyaca göre yönetmelikle düzenlenir.

Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri

Madde 4 – Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenligine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı (…) ,Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı (…), Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanı (…) ve Milli Güvenlik Kuruluna tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

h) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Cumhurbaşkanınca (…) verilen görevleri yerine getirmek.

i) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

j) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.

(Değişik birinci cümle: 17/4/2014-6532/1 md.) Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanınca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.

Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yükümlülükleri

Madde 5 – Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri şunlardır:a) Kendi konularında;1. Görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak,

2. MİT tarafından istenecek haber ve istihbaratı elde etmek,

3. İstihbarata karşı koymak.

b) Elde ettikleri milli güvenliğe ilişkin haber ve istihbaratı anında MİT'e ulaştırmak.

MİT mensuplarına hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruşları gereken her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.

(Değişik üçüncü fıkra: 15/8/2017-KHK-694/62 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/58 md.) Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yukarıda belirtilen görev ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesiyle ilgili koordinasyonu sağlamak ve istihbarat çalışmalarının yöneltilmesinde temel görüşleri oluşturmak ve uygulamayı belirlemek üzere, Cumhurbaşkanının başkanlığında Milli İstihbarat Koordinasyon Kurulu (MİKK) kurulmuştur. Kurulun sekretarya hizmetleri MİT (…) tarafından yürütülür.

(Mülga dördüncü fıkra: 15/8/2017-KHK-694/62 md.; Aynen kabul:1/2/2018-7078/58 md.)

(Mülga beşinci fıkra: 15/8/2017-KHK-694/62 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/58 md.)

(Değişik altıncı fıkra: 15/8/2017-KHK-694/62 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/58 md.) Milli İstihbarat Koordinasyon Kurulunun üyeleri, ayrıntılı görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

Yetkiler

Madde 6 – (Değişik birinci fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:

a) Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait

arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar.

c) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir.

d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir.

e) İstihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilir, kimliğin gizlenmesi için her türlü önlemi alabilir, tüzel kişilikler kurabilir. Kimliğin oluşturulması veya tüzel kişiliğin kurulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belge, kayıt ve dokümanlar ile araç ve gereçler hazırlayabilir, değiştirebilir ve kullanabilir.

f) Yabancıların ülkeye giriş ve çıkış ile vize, ikamet, çalışma izni ve sınır dışı edilmesi gibi konularda, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir.

h) Yabancı unsurların ülkenin ve vatandaşların iletişim güvenliğini tehdit eden faaliyetlerinin engellenmesine yönelik çalışmalar yapabilir, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

i) MİT'te görev alan veya alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir.

j) MİT mensupları görevlerini yerine getirirken ceza ve infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerle önceden bilgi vermek suretiyle görüşebilir, görüşmeler yaptırabilir, görevinin gereği terör örgütleri dâhil olmak üzere millî güvenliği tehdit eden bütün yapılarla irtibat kurabilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Teşkilat Başkanı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından

aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, MİT tarafından kurulan merkez veya 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007-5651/12 md.) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkezler üzerinden yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.; Değişik üçüncü fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. (Mülga son cümle: 17/4/2014-6532/3 md.)(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri ve Devlet Denetleme Kurulu (…) tarafından yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.; Değişik onuncu fıkra: 2/7/2018-KHK-703/152 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; Teşkilat Başkanı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Bu Kanundaki görevlerin ifası ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında genel zabıtaya tanınmış olan hak ve yetkilerin, MİT mensuplarından kimlere tanınacağı, yönetmelikte belirtilir.

Sorumluluk

Madde 7 – Teşkilat Başkanı 4 üncü maddede belirtilen görevlerin yerine getirilmesinden Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olup, Cumhurbaşkanının dışında herhangi bir kişi veya makama karşı sorumlu tutulamaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜMOlağanüstü Hal, (…) Seferberlik veya Savaş Hali

Madde 8 – Olağanüstü haller ile (…) seferberlik veya savaş halinin ilanında, Milli İstihbarat Teşkilatının bakanlıklar, Türk Silahlı Kuvvetleri ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla münasebetleri, Milli Güvenlik Kurulunun mütalaası alındıktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan yönetmelikle düzenlenir.

Bu hallerde MİT için gerekli görülecek ilave personel, her türlük teknik araç ve gereçler, akaryakıt, silah, savaş gereci, donatım ve giyecek, bina ve tesisler gibi ihtiyaçlar Milli Savunma, İçişleri ve ilgili bakanlık, kamu kurum ve kuruluşlarıyla MİT arasında önceden hazırlanacak planlarla belli edilir.

Seferberlik veya savaş halinin ilanında silah altına alınan MİT mensupları, MİT emrine tertip edilir.

İKİNCİ KISIM

Kadro, Personel ve Mali Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Kadro ve Personel İşleri

Kadro

Madde 9 – Milli İstihbarat Teşkilatının fiili kadrosu, her yıl tarafından tespit olunur ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanır.

Memur ve sözleşmeli personel

Madde 10 – MİT kadrolarında istihdam edilen memurlar, bu Kanunda belirtilen özel hükümler dışında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabidir.

MİT'de istihdam edilen sözleşmeli personelin istihdam şekli, sözleşme esasları, alacakları ücretlerin taban ve tavanı ile sağlık işlerine ait esaslar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesindeki sözleşmeli personel istihdamına ilişkin şartlar aranmaksızın, yönetmelikle düzenlenir.

MİT'de sözleşmeli olarak çalıştırılan emekli personele ödenecek ücretler kendilerine sosyal güvenlik kuruluşlarınca bağlanmış olan emekli aylığının ve benzeri ödemelerin kesilmesini gerektirmez.

Askeri ve diğer person

Madde 11 – (Değişik: 15/8/2017-KHK-694/67 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/63 md.)

Milli İstihbarat Teşkilatında görevlendirilecek subay, astsubay, sivil memur, uzman erbaş, erbaş ve erlerin sınıf, rütbe, unvan ve miktarları her yıl ihtiyaca göre ilgili kurumlar ve MİT tarafından müştereken tespit edilir. Bu kapsamda görevlendirilecek subay, astsubay, sivil memur, uzman erbaş, erbaş ve erler ilgisine göre İçişleri Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı veya Genelkurmay Başkanlığınca teklif edilir; bunların görevlendirilmesine ise MİT tarafından karar verilir. Bunların teşkilat içinde görevlendirilmeleri, bölge değiştirmeleri, ihtisas ve ihtiyaca göre MİT tarafından yapılır.Milli İstihbarat Teşkilatında görevlendirileceklere ilişkin olarak 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve diğer mevzuatta öngörülen izin, onay ve benzeri şartlar aranmaz.Milli İstihbarat Teşkilatında görevlendirilen personelin her türlü istihkakları ilgili mevzuat hükümlerine göre bağlı bulundukları kurum bütçesinden ödenir. Ancak, emsali MİT personeline (kadro karşılık gösterilmek suretiyle sözleşmeli çalışanlar dahil) net ödenen tüm istihkaklar toplamının, bunların tabi oldukları kanunlar gereğince aldıkları bütün ödemelerin net tutarından fazla olması halinde aradaki fark bu personele MİT bütçesinden tazminat olarak ve net ödenir. Bunların MİT'teki emsal kadro ve görev unvanlarını belirlemeye Teşkilat Başkanı yetkilidir.

Personele ilişkin özel hüküm

Madde 12 – MİT personelinin görev, yetki ve sorumlulukları genel hükümlere ilave olarak nitelikleri, atama ve hizmet süreleri, yer değiştirme esasları ile teşkilata alınma usul ve şartları ve teşkilatla ilişiklerinin kesilmesi gibi hususlar yönetmelikle düzenlenir.(Ek fıkra: 15/8/2017-KHK-694/68 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/64 md.) MİT personelinin kimliğinin gizlenmesi esastır. Bu personele ilişkin özlük ve sosyal güvenlik haklarının tespitinde MİT (…) kayıtları esas alınır. Buna ilişkin usul ve esaslar Sosyal Güvenlik Kurumu ile MİT (…) tarafından müştereken hazırlanan ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan yönetmelikle belirlenir.

Atama işlemleri

Madde 13 – (Mülga birinci fıkra: 2/7/2018-KHK-703/152 md.)

(Mülga ikinci fıkra: 2/7/2018-KHK-703/152 md.)

(Mülga üçüncü fıkra: 2/7/2018-KHK-703/152 md.)

(Değişik dördüncü fıkra: 2/7/2018-KHK-703/152 md.) MİT kadrolarına yapılacak atamalar Resmi Gazete'de yayımlanmaz ve gizli tutulur.

İstifa

Madde 14 – (Değişik: 20/11/2017-KHK-696/51 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/46 md.)

MİT fiili kadrosuna atanan personel teşkilata yazılı olarak müracaat etmek suretiyle istifa edebilir. MİT personeli hakkında 657 sayılı Kanunun çekilmiş sayılma ile ilgili hükümleri uygulanmaz. İstifa müracaatında bulunan personel hakkında; uhdesinde bulunan bilgi, belge ve kayıtlar, yürüttüğü faaliyetler, takip ettiği iş ve işlemler ile kullanımında bulunan kaynak ve diğer hususlara ilişkin olarak teşkilat tarafından bir rapor oluşturulur ve bu rapor sonucuna göre işlem yapılır.MİT'te göreve başladıkları tarihten itibaren beş yıl geçmeden istifa edenler görevle ilişkilerinin kesildiği tarihten itibaren beş yıl geçmedikçe Devlet memurluğuna alınamazlar.

657 sayılı Kanunun 97 nci maddesinin birinci fıkrasının (D) bendi hükümleri saklıdır.

Zorunlu giderler

Madde 15 – MİT mensuplarına görevlerinin zorunlu kıldığı giderleri karşılamak üzere yönetmelikte belirlenecek miktar ve esaslara göre ödeme yapılır.

Bu harcamalar hakkında 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 77 nci maddesi hükmü uygulanır.

Hizmet tazminatı

Madde 16 – (Mülga : 13/7/1993 - KHK - 486/27 md.)

Madalya

Madde 16/A – (Ek: 17/4/2014-6532/4 md.)

Yurt içinde veya yurt dışında olağanüstü gayret ve fedakârlıkla yaptığı çalışmalar sonucunda; ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünün korunmasında, Devletin yücelmesinde, millî menfaatlere katkıda ve hizmette üstün başarı ve yararlılık gösteren MİT personeline madalya verilebilir.

Birinci fıkra uyarınca verilecek madalyaların ebat, biçim ve özellikleri, kimlere ve nasıl verileceği ile bunların kaydına, muhafazasına ve taşınmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Nakdi tazminat

Madde 17 – MİT mensuplarından:

a) Görevleri sırasında veya görevleri sona ermiş olsa bile MİT mensubu olmaları nedeniyle maruz kalacakları saldırı sonucu yaralanan, engelli hâle gelen veya ölenler hakkında 3/11/1980 tarih ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

b) Görevleri nedeniyle yaralanan veya hastalananlardan maluliyete uğrayanlara veya ölenlerin dul ve yetimlerine yoksa muhtaç ana ve babasına yoksa bakmakla yükümlü olduğu kardeşlerine genel hükümlere ilave olarak ayrıca tazminat verilir. Bu tazminatın miktarı birinci derecedeki Devlet memurunun maaşının brüt tutarının on katını geçemez.

c) Bu tazminatların birinden yararlanan diğerinden yararlanamaz.

Tazminatın verilmesine ait usul ve esaslar yönetmelikte gösterilir.

Sağlık İşleri

Madde 18 – (Mülga : 31/5/2006-5510/106 md.)

Başka kuruma nakil

Madde 19 – (Değişik: 15/8/2017-KHK-694/70 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/66 md.)

MİT fiili kadrosuna dahil personelden teşkilatın özelliği ve hizmetin gerekli kıldığı şart ve vasıflar gözönüne alınarak teşkilata intibak edemedikleri üstlerince tescil edilenler, Teşkilat Başkanının teklifi ve Cumhurbaşkanının uygun görmesi üzerine, genel hükümlere göre başka bir kurum veya kuruluşa naklen atanmak üzere Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Devlet Personel Başkanlığının yedi gün içinde atama teklifini yapmasını müteakip, ilgili kurum veya kuruluş tarafından on gün içinde atama işlemleri tamamlanarak ilgili personelin MİT ile ilişiği kesilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Mali HükümlerBütçe

Madde 20 – Milli İstihbarat Teşkilatının giderlerini karşılamak amacıyla her yıl Cumhurbaşkanlığı bütçesi içerisinde özel bir tertibe yeteri kadar ödenek konulur.

MİT (…) için konulan ödeneğin mali yıl içerisinde hizmete kafi gelmemesi halinde ihtiyaç duyulan ödenek Maliye Bakanlığınca öncelikle karşılanır.

MİT'e tahsis edilen ödeneklerin ita amiri Teşkilat Başkanıdır.

Teşkilat Başkanı bu yetkisini yazılı olarak devredebilir.

MİT (…) için Cumhurbaşkanlığı bütçesine konulan ödenekler, Yasama Organının ilgili komisyonunda gizli bir oturumda görüşülerek karara bağlanır.

MİT (…) bütçesinin hazırlanması ile harcama esas ve usulleri yönetmelikle belirlenir.

Gizli hizmet giderleri

Madde 21 – Teşkilat Başkanı gizli hizmet giderlerinin hizmetin gereklerine göre harcanmasından Cumhurbaşkanına karşı sorumludur.

Bütçe uygulaması

Madde 22 – MİT'in harcamaları, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve bunların ek ve değişikliklerine tabi değildir.

Bu konularda takip edilecek usul ve esaslar yönetmelikle tespit edilir.

Döviz tahsisi ve muafiyetler

Madde 23 – MİT tarafından yurt dışından sağlanacak her türlü silah, araç, gereç ve malzeme için acil ve zorunlu hallerde normal ithal kotası dışında öncelikle döviz tahsisi yapılır. Bu silah, araç, gereç ve malzemeler her ne yolla sağlanırsa sağlansın gümrük ve her türlü vergi, resim ve harçlardan muaftır.

Taşıt alımı

Madde 24 – MİT (…) 237 sayılı Taşıt Kanununun 4, 5 ve 6 ncı maddelerine tabi değildir.

Aynı Kanunun 10 uncu maddesi uyarınca gerek yurt içinden ve gerekse yurt dışından alınacak araçların cins ve miktarı ile nereden alınacağı Cumhurbaşkanının onayı ile tespit edilir. (4)

Silah taşıma

Madde 25 – (Değişik: 17/4/2014-6532/5 md.)

MİT mensupları ile emeklileri, demirbaş silahları ve zatî silahlarını MİT (…)(5) kayıtlarına geçirilmek ve MİT tarafından verilen belgelere işlenmek kaydıyla, meskûn mahaller dâhil her yerde taşıyabilirler. Bu suretle düzenlenen belgeler taşıma izni belgesi yerine geçer.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Çeşitli Hükümler

Soruşturma izni ve yargılama

Madde 26 – (Değişik: 17/2/2012-6278/1 md.)

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

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.) Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT'e bildirirler. MİT'in, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz. Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.) İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.; Değişik dördüncü fıkra: 15/8/2017-KHK-694/74 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/70 md.) Teşkilat Başkanı hakkında soruşturma yapılması Cumhurbaşkanının iznine bağlıdır. Soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararlarına karşı on gün içinde Danıştay Birinci Dairesine itiraz edilebilir. İtirazlar öncelikle incelenir ve en geç üç ay içinde karara bağlanır. Verilen kararlar kesindir. İzin verilmesi üzerine soruşturma Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılır. Hakim kararı gerektiren işlemlere dair Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının talepleri ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara yapılan itirazlar hakkında, soruşturma konusu suçların en ağırına bakmakla görevli Yargıtay ceza dairesini numara itibarıyla izleyen ceza dairesi başkanı tarafından karar verilir. Suçun son numaralı ceza dairesinin görevine girmesi halinde talebi inceleme yetkisi Birinci Ceza Dairesi Başkanına aittir. Hakim kararı gerektiren işlemlerde Başkanın verdiği kararlara karşı yapılan itirazı numara

itibarıyla izleyen ceza dairesi başkanı inceler. Son numaralı daire başkanının kararı Birinci Ceza Dairesi Başkanı tarafından incelenir. İddianame hazırlanması halinde kovuşturma Yargıtay ilgili ceza dairesince yapılır.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.) Aynı konuya ilişkin yeni ve somut bir delil ortaya çıkmadan yeniden soruşturma yapılamaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.) MİT mensupları ile istihbarat hizmetlerine yardımları tevsik edilenler ve bunların eş, çocuk, ana, baba ve kardeşleri Teşkilat Başkanının onayıyla 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan koruma tedbirlerinden yararlandırılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.) MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliği gereği veya görevin ifası sebebiyle diğer kişilere vermiş oldukları zararlar idare tarafından tazmin edilir. Tazmin, zararın göreve ilişkin bir hususdan doğması ve ilgili personelin kasıt veya ağır kusurunun bulunmaması hâlinde rücu işlemine konu edilmez.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.; İptal fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 30/12/2015 tarihli ve E.: 2014/122, K.: 2015/123 sayılı Kararı ile.)

(Ek fıkra: 15/8/2017-KHK-694/74 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/70 md.) Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanlar; ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması kaydıyla, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir.

Cezai hükümler

Madde 27 – (Değişik: 17/4/2014-6532/7 md.)

Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini, makam, görev ve faaliyetlerini herhangi bir yolla ifşa edenler ile MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenleyen veya değiştiren ya da bu sahte belgeleri kullananlara üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir.

Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlere üç yıldan beş yıla kadar, ihmal veya suistimal suretiyle önleyenlerle yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

Söz konusu fiillerin MİT mensuplarınca işlenmesi hâlinde verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.

(Ek fıkra: 20/11/2017-KHK-696/52 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/47 md.) İstifa işlemleri tamamlanmadan görev yerini terk eden, görev yerinden veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz veya mazeretsiz olarak kesintisiz on gün süreyle ayrılan MİT personeli, yürütülecek idari soruşturma sonucuna göre Devlet memurluğundan çıkarılır. Bu kişilere iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

Taleplerin karşılanması

Madde 28 – (Değişik: 17/4/2014-6532/8 md.)

Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz.

Bu Kanun ile diğer kanunlarda aynı konuyu düzenleyen farklı hükümler bulunması hâlinde bu Kanun hükümleri uygulanır.

Tanıklık

Madde 29 – (Değişik: 15/8/2017-KHK-694/76 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/72 md.)

Devletin çıkarlarının veya görevin gizliliğinin zorunlu kıldığı hâllerde MİT mensuplarının ve MİT'te görev yapmış olanların tanıklığı Teşkilat Başkanının, Teşkilat Başkanının tanıklığı ise Cumhurbaşkanının iznine bağlıdır.

İstisna

Madde 30 – Milli İstihbarat Teşkilatı merkez ve taşra kuruluşları ve personeli, Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkındaki Kanunun kapsamı dışındadır.

Milli İstihbarat Teşkilatında çalışan tabiplere Bazı Sağlık Personelinin Devlet Hizmeti Yükümlülüğüne Dair 21/8/1981 tarih ve 2514 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz. Ancak bunlardan pratisyen tabiplerin 4 yıl, uzman tabiplerin 4 yıl süre ile MİT'de sürekli çalışmaları şarttır.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/10 md.) Kamu kurum ve kuruluşları ile diğer kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında ihtiyaç duyulan hâllerde, kullanımlarında bulunan her türlü malzeme, ekipman, teçhizat ve cihazı, diğer kanunların bu konudaki düzenlemelerine bakılmaksızın MİT'e geçici olarak tahsis edebilir veya bedelsiz devredebilirler.

(Ek fıkra: 25/7/2018-7145/10 md.) MİT'in tarafı olduğu hukuk uyuşmazlıklarında, dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk dâhil, arabuluculuk usulü uygulanmaz.

(Ek fıkra: 25/7/2018-7145/10 md.) MİT, 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamı dışındadır.

Fiili hizmet zammı

Madde 31 – MİT fiili kadrosuna dahil olup, halen çalışan memurların teşkilatta geçen hizmet sürelerine, görevlerine intisap tarihinden başlamak üzere, 5434 sayılı Kanunun 32 nci maddesine göre yılda üç aylık fiili hizmet zammı eklenir.

Yönetmelikler

Madde 32 – Bu Kanunun muhtelif maddelerinde çıkarılması öngörülen yönetmelikler, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmak suretiyle yürürlüğe konulur. Bu yönetmelikler Resmi Gazete'de yayımlanmaz.

Yürürlükten kaldırma

Madde 33 – 644 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile ek ve değişikleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Ek Madde 1 – (Ek: 17/4/2014-6532/11 md.)

Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez.

6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz.

Teşkilat uhdesindeki bilgi ve belgelerin gizlilik derecelerinin ve sürelerinin tespit edilmesine, birim ve kısımlara ayrılmasına, kullanıma veya paylaşıma açılmasına ve bunların akademik çalışmalar ile her türlü yayın ve edebî eserde kullanılmasına Teşkilat Başkanı tarafından oluşturulacak bir Komisyonca karar verilir.

Ek Madde 2 – (Ek: 17/4/2014-6532/12 md.)

Bu maddede belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu kurulmuştur.

MİT tarafından yürütülen Devlet istihbarat hizmetleri ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından görevleri gereği yürütülen güvenlik faaliyetlerine ve istihbari nitelikteki faaliyetlere ilişkin olarak İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve MİT tarafından hazırlanacak yıllık raporlar Cumhurbaşkanlığına gönderilir. Cumhurbaşkanlığınca bu raporlar üzerine hazırlanacak yıllık rapor mart ayı içinde Güvenlik ve İstihbarat Komisyonuna sunulur. Komisyon, incelemelerini ve görüşmelerini raporun kendisine intikalinden itibaren doksan gün içinde tamamlar ve hazırlayacağı raporu bu süre içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunar.

Komisyonun üye sayısı on yedidir. Üye dağılımı siyasi parti gruplarının parti grupları toplam sayısı içindeki yüzde oranlarına göre yapılır.

Komisyonun görevleri şunlardır:

a) Millî güvenliğe ilişkin konularda görüş ve öneriler sunmak

b) Güvenlik ve istihbarat konularında uluslararası alanda kabul gören gelişmeleri izlemek

c) Kendi faaliyetlerine ilişkin rapor hazırlamak

d) Güvenlik ve istihbarat hizmetleri sırasında elde edilen kişisel verilerin güvenliğini ve bireyin hak ve özgürlüklerini koruyucu öneriler geliştirmek

Komisyon görüşmeleri kapalı oturumla yapılır. Kapalı oturumda Komisyon üyeleri, ilgili bakanlar, görevli hükümet temsilcileri ve Komisyonda görev yapan yasama uzmanları ile stenograflardan başkası bulunamaz.

Komisyon çalışmalarına ilişkin bilgi ve belgelerin saklanmasında ve korunmasında gizlilik esastır. Komisyon görüşmelerine katılanlar ile bu görüşmelere herhangi bir suretle vâkıf olanlar, Komisyon çalışmaları ve görüşülen konular hakkında hiçbir açıklama yapamaz ve bunları sır olarak saklamakla yükümlüdür.

Komisyon tarafından hazırlanan raporları ve bunların eklerini taşıyan, çoğaltan, teslim alanlar da dâhil olmak üzere tüm görevliler, bu raporların ve eklerinin korunması için gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

İlgili kurumlar ve Cumhurbaşkanlığınca hazırlanacak raporlarda, Komisyon raporlarında ve bunların ekleri ile Komisyon tutanaklarında, Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelere yer verilmez.

Komisyonun çalışma usul ve esaslarına ilişkin olarak bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü hükümleri uygulanır.

İlgili kurumlar ve Cumhurbaşkanlığınca hazırlanacak raporların hazırlanmasına ve kapsamına ilişkin usul ve esaslar (…) yönetmelikle belirlenir.

Geçici Madde 1 – Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte Milli İstihbarat Teşkilatının kuruluşu yeniden düzenlenir. Bu kuruluşa uygun şekilde yeniden kadrolar alınır.Bu kadroların alınması ve atamaların yapılması tarihine kadar geçecek süre zarfında eski kadrolar yürürlükte kalır ve bu kadrolara istinaden ödemelere devam edilir.Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Milli İstihbarat Hizmetleri Sınıfı personelinin memuriyet statülerinin gerçekleşmesi için alınmış bulunan her türlü onay bir defaya mahsus olmak üzere bu durumdaki personel için geçerli sayılır.

Geçici Madde 2 – Milli İstihbarat Teşkilatı personelinin, geçmiş yıllar için 31 inci maddeye göre fiili hizmet sürelerine eklenecek fiili hizmet zamları, ilave edilecek müddet hangi yıl için hesaplanmışsa o yılın emekli keseneği ve kurum karşılıkları ile aylık tutarına göre, kurumca tahakkuk ettirilir.

Geçici Madde 3 – Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe konuluncaya kadar 644 sayılı Kanun uyarınca çıkarılmış olan talimatların bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Geçici Madde 4 – (Ek: 17/2/2012-6278/2 md.)

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hâlen devam eden soruşturma ve kovuşturmalar hakkında da 26 ncı madde hükümleri uygulanır.

Geçici Madde 5- (Ek: 15/8/2017-KHK-694/78 md.; Aynen kabul:1/2/2018-7078/74 md.)

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce;

a) 32 nci madde, 657 sayılı Kanunun 80 inci maddesi, 3238 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrası ile 6136 sayılı Kanunun ek 6 ncı maddesi uyarınca Başbakan onayı ile yürürlüğe konulan yönetmeliklerin,

b) Başbakan tarafından 657 sayılı Kanunun 43 üncü maddesi uyarınca belirlenen ek gösterge rakamları, 152 nci maddesi uyarınca belirlenen zam ve tazminatlar ve ek 29 uncu maddesi uyarınca belirlenen kadro karşılığı sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların,

yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar uygulanmasına devam olunur.

Diğer mevzuatta Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ile ilgili olarak Başbakana yapılmış olan atıflar Cumhurbaşkanına yapılmış sayılır.

Geçici Madde 6- (Ek: 2/7/2018-KHK-703/152 md.)

Bu maddenin yayımlandığı tarihte Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı ve Müsteşar Yardımcılarının kadro unvanı Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanı ve Başkan Yardımcısı şeklinde değiştirilmiştir. Halen anılan kadrolarda bulunanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanı ve Başkan Yardımcısı kadrolarına atanmış sayılır.

Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanı ve Başkan Yardımcısına, sırasıyla Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı ve Müsteşar Yardımcısı için ilgili mevzuat hükümlerinde kadrosuna bağlı olarak öngörülmüş mali ve sosyal hak ve yardımlar kapsamındaki ödemeler aynı usul ve esaslar çerçevesinde yapılır. Bu ödemelerden vergi ve diğer kesintilere tabi olmayanlar bu maddeye göre de vergi ve diğer kesintilere tabi olmaz. Bunlar, emeklilik hakları bakımından da sırasıyla Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı ve Müsteşar Yardımcısına denk kabul edilir.

Diğer mevzuatta Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarına ve Müsteşar Yardımcılarına yapılan atıflar Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanına ve Başkan Yardımcılarına yapılmış sayılır.

Geçici Madde 7- (Ek: 2/7/2018-KHK-703/152 md.)

Diğer mevzuatta Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına veya MİT Müsteşarlığına yapılmış atıflar Milli İstihbarat Teşkilatına, MİT Müsteşarına yapılmış atıflar Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanına yapılmış sayılır.

Yürürlük

Madde 34 – Bu Kanun 1 Ocak 1984 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 35 – Bu Kanunun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

1/11/1983 TARİHLİ VE 2937 SAYILI ANA KANUNA İŞLENEMEYEN HÜKÜMLER:

1)3/7/2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanunun geçici maddesi:

Geçici Madde - 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesinde düzenlenen merkez, en geç altı ay içinde kurulur. Merkez kuruluncaya kadar 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi hükümleri uyarınca verilen iletişimin dinlenmesi, tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına dair karar veya yazılı emirler, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşlar tarafından derhal yerine getirilir; ilgili istihbarat kurumlarının mevcut sistemlerinin kullanılmasına devam olunur.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

Numarası : 6112

Kabul Tarihi : 15.02.2011

Resmi Gazete Sayısı : 27863

Resmi Gazete Tarihi: 03.03.2011

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1 - (1) Bu Kanunun amacı; radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi, ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması, medya hizmet sağlayıcılarının idarî, malî ve teknik yapıları ve yükümlülükleri ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, teşkilâtı, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 - (1) Bu Kanun, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında, her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa olsun elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla yapılan radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleriyle ilgili hususları kapsar. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılar, ikinci fıkra gereğince Türkiye'de yerleşik kabul edilenler ile üçüncü ve dördüncü fıkra hükümlerine tabi olanlardır.[1]

(2) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Medya hizmet sağlayıcı, şirket merkezinin Türkiye'de bulunması ve yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararların Türkiye sınırları içinde alınıyor olması durumunda Türkiye'de yerleşik kabul edilir.

[1] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 58 inci maddesiyle, bu fıkranın ikinci cümlesine "üçüncü" ibaresinden sonra "ve dördüncü" ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 48 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

b) Medya hizmet sağlayıcının şirket merkezinin Türkiye'de bulunmasına rağmen, yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararların Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesine taraf başka bir ülkede alınması ya da yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararlar Türkiye'de alınmakla birlikte şirket merkezinin anılan Sözleşmeye taraf başka bir ülkede bulunması durumunda medya hizmet sağlayıcı, yayın hizmeti faaliyetini yürüten işgücünün önemli bir kısmının bulunduğu ülkede yerleşik kabul edilir. Ancak,

1) Yayın hizmeti faaliyetini yürüten işgücü her iki ülkede de bulunmakla birlikte, hangi ülkede daha yoğun olarak çalışıldığının tespit edilemediği durumlarda medya hizmet sağlayıcı, şirket merkezinin bulunduğu ülkede yerleşik kabul edilir.

2) Yayın hizmeti faaliyetini yürüten işgücünün önemli bir kısmının, her iki ülkede de yoğun olarak faaliyet göstermediği durumlarda medya hizmet sağlayıcı, faaliyetine Türkiye'de daha önce başlamış olması ve Türkiye ekonomisi ile istikrarlı ve etkili bir bağlantısının bulunması hâlinde Türkiye'de yerleşik kabul edilir.

c) Bir medya hizmet sağlayıcının şirket merkezi Türkiye'de bulunmakla birlikte, yayın hizmeti faaliyetine ilişkin editoryal kararların Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede alınması ya da yayın hizmetlerine ilişkin editoryal kararlar Türkiye'de alınmakla birlikte şirket merkezinin anılan Sözleşmeye taraf olmayan üçüncü bir ülkede bulunması durumunda medya hizmet sağlayıcı, yayın hizmeti faaliyetini yürüten işgücünün önemli bir kısmının Türkiye'de bulunması hâlinde Türkiye'de yerleşik kabul edilir.

(3) İkinci fıkra hükümlerinin uygulanamadığı durumlarda;

a) Türkiye sınırları içinde konuşlandırılmış uydu bağlantısını kullanan medya hizmet sağlayıcılar,

b) Türkiye sınırları içinde konuşlandırılmış uydu bağlantısını kullanmamalarına rağmen, Türkiye'ye ait uydular üzerinde kapasite kullanan medya hizmet sağlayıcılar,

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında kabul edilir.

(4) (Ek: 17/4/2017-KHK-690/58 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/48 md.) Türkiye'ye ait uydular üzerinden Türkçe olarak Türkiye'ye yönelik yayın yapan veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte Türkiye'ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren yayın kuruluşları, bu maddenin diğer fıkralarına bakılmaksızın Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında kabul edilir. Bu kuruluşların da Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki kuruluşlar gibi Üst Kuruldan yayın lisansı alması zorunludur.

Tanımlar

MADDE 3 - (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Altyapı işletmecisi: Yayın hizmeti iletim altyapısını işleten kuruluşu,

b) Analog yayın: Analog modülasyon tekniği kullanılarak kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan yapılan yayın hizmetlerini,

c) Avrupa eserleri: Yapımı veya ortak yapımı Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesine taraf devletler ve Avrupa Birliğine üye devletlerde yerleşik gerçek veya tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilen görsel-işitsel eserleri,

ç) Bağımsız yapımcı: Serbestçe program üretme ve bu programları dağıtma hakkı bulunan, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun kayıtlı çalışanı olmayan ve ürettiği programlar üzerinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşa devrettiği sınırlı süre dışında, 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında belirtilen haklara sahip gerçek veya tüzel kişileri,

d) Başkan: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Başkanını,

e) Bölgesel yayın: Bir coğrafi bölge içindeki illerin toplam nüfusunun asgari yüzde yetmişine ve Üst Kurulca coğrafi bölge içinde belirlenen illere ulaştırılan yayın hizmetini,

f) Editoryal sorumluluk: Programların içeriği ve seçimi ile radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde bir yayın akış çizelgesi, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ise bir katalog içinde sunulmasına ilişkin düzenleme ve kontrol yetkisine sahip olmayı,

g) Gizli ticarî iletişim: Medya hizmet sağlayıcı tarafından reklam yapmak maksadıyla veya kamuyu yönlendirebilecek şekilde; mal veya hizmet üreticisinin faaliyetinin, ticarî markasının, adının, hizmetinin ve ürününün reklam kuşakları dışında ve reklam yapıldığına ilişkin açıklayıcı bir ses veya görüntü bulunmaksızın programlarda sözcükler veya resimler ile tanıtılmasını,

ğ) İletim: Yayın hizmetlerinin ilk olarak sağlanmasını,

h) İsteğe bağlı yayın hizmeti: Programların kullanıcının seçtiği bir zamanda ve münferit isteği üzerine medya hizmet sağlayıcı tarafından düzenlenmiş bir program kataloğuna bağlı olarak izlendiği veya dinlendiği yayın hizmetini,

ı) Kablo ortamı: Yayın hizmetinin her türlü kablo altyapısı üzerinden abonelere iletildiği ortamı,

i) Karasal ortam: Yayın hizmetinin karasal verici sistemleri vasıtasıyla alıcılara iletildiği ortamı,

j) Koruyucu sembol: Yayın hizmetinin içeriği hakkında izleyicilerin bilgilendirilmesi amacıyla medya hizmet sağlayıcılar tarafından kullanılan ortak sembolleri,

k) Logo/çağrı işareti: Medya hizmet sağlayıcılarının Üst Kurul ve ilgili kurumlara tescil ettirmek zorunda oldukları hizmet adının veya bu adın harf veya sözcüklerinin blok hâlinde grafik tasvirini veya sesli duyurusunu,

l) Medya hizmet sağlayıcı: Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi,

m) Multipleks: Çok sayıda karasal yayın hizmetinin bir veya birden çok sinyal hâline gelecek şekilde birleştirilmesi yöntemini,

n) Multipleks işletmecisi: Karasal ortamdan sunulacak birden fazla yayın hizmetinin, bir veya birden çok sinyal hâline gelecek şekilde birleştirilerek, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile altyapı işletmecisi veya verici tesis ve işletim şirketi arasında iletimini sağlayan kuruluşu,

o) Multipleks kapasitesi: VHF, UHF veya FM radyo frekans bantlarında, karasal televizyon veya radyo yayınları için kullanılan multipleksin içinden bir sayısal yayının iletimi için ayrılan kapasiteyi,

ö) Önemli olaylar: Toplum için büyük önem taşıdığı kabul edilen ve ülkenin geneline ücretsiz ve şifresiz yayın yapan televizyonlardan canlı olarak veya nesnel nedenlere bağlı olmak kaydıyla banttan yayınlanan, münhasır haklara konu olan spor ve kültür olaylarını,

p) Platform işletmecisi: Çok sayıda yayın hizmetini bir veya birden fazla sinyal hâline getirerek uydu, kablo ve benzeri ortamlardan şifreli ve/veya şifresiz olarak izleyicinin doğrudan alacağı şekilde iletimini sağlayan kuruluşu,

r) Program: Bir medya hizmet sağlayıcı tarafından hazırlanan bir yayın akış çizelgesi veya katalog içinde yer alan bir dizi görsel ve/veya işitsel unsurun oluşturduğu tek bir bütünü,

s) Program destekleme: Yayın hizmetinin sağlanmasıyla veya görsel-işitsel eserlerin üretimiyle bağlantılı olmayan gerçek veya tüzel kişilerin adını, markasını, logosunu, imajını, faaliyetlerini veya ürünlerini tanıtmak amacıyla programlara yönelik yaptığı her türlü katkıyı,

ş) Radyo ve televizyon reklamı: Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayınını,

t) Radyo yayın hizmeti: Karasal, kablo, uydu ve diğer yayın ortamları üzerinden yapılan ve bireysel iletişim hizmetlerini kapsamayan ses ve veri yayınını,

u) Sayısal yayın: Sayısal kodlama ve modülasyon tekniği kullanılarak kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan yapılan yayın hizmetini,

ü) Tele-alışveriş: Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere, mal veya hizmetlerin bir ücret karşılığında temini amacıyla kamuya yönelik doğrudan arz yayınını,

v) Televizyon yayın hizmeti: Programların bir yayın akış çizelgesine dayalı olarak eş zamanlı izlenebilmesi amacıyla bir medya hizmet sağlayıcı tarafından sunulan şifreli veya şifresiz görsel-işitsel yayın hizmetini,

y) Tematik yayın: Günlük yayın süresinin en az yüzde yetmişini haber, belgesel, eğitim, ekonomi, kültür, tarih, spor, müzik, sinema, dizi film, pazarlama veya benzeri konularda olmak üzere sadece belli bir türe veya genel izleyici kitlesi dışında belli bir izleyici kesimini hedef alan programlara ayıran yayını,

z) Ticarî iletişim: Radyo ve televizyon reklamları, program desteklemesi, tele-alışveriş ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin, ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek verilmesini,

aa) Ulusal yayın: Ülke nüfusunun asgarî yüzde yetmişine ve Üst Kurulca belirlenen yerleşim yerlerine karasal ortamdan ulaştırılan yayın hizmetini,

bb) Uydu ortamı: Yayın hizmetinin uydu kapasitesi vasıtasıyla alıcılara iletildiği ortamı,

cc) Ürün yerleştirme: Bir ürün, hizmet veya ticarî markanın, ücret veya benzeri bir karşılıkla program içine dâhil edilerek veya bunlara atıf yapılarak, program içinde gösterildiği her tür ticarî iletişimi,

çç) Üst Kurul: Radyo ve Televizyon Üst Kurulunu,

dd) Verici tesis ve işletim şirketi: Karasal ortamdan yayın yapmak üzere lisans alan medya hizmet sağlayıcılarının yayınlarının karasal verici istasyonlarından iletimini sağlamak için gerekli tesisleri kuran ve/veya işleten kuruluşu,[2]

ee) Yayıncı: Televizyon ve/veya radyo yayın hizmeti veren medya hizmet sağlayıcıyı,

[2] 2/1/2017 tarihli ve 687 sayılı KHK'nin 7 nci maddesiyle, bu bentte yer alan "kuran ve işleten" ibaresi "kuran ve/veya işleten" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7076 sayılı Kanunun 7 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

ff) Yayın hizmeti: Medya hizmet sağlayıcının editoryal sorumluluğu altında ve temel amacı kamuoyunu bilgilendirmek, eğlendirmek veya eğitmek üzere elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sunmak olan, bireysel iletişim hariç olmak üzere, televizyon yayın hizmeti, isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticarî iletişim ile radyo yayın hizmetini,

gg) Yayın hizmeti iletim altyapısı: Karasal, uydu, kablo ve benzeri ortamlardan yayın hizmetlerinin iletiminde kullanılan sistem ve tesisleri,

ğğ) Yayın iletim yetkisi: Multipleks, platform ve altyapı işletmecisi kuruluşlar ile verici tesis ve işletim şirketine radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini iletebilmeleri için Üst Kurulca verilen yetkilendirme belgesini,

hh) Yayın lisansı: Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer düzenlemelerde belirtilen şartları haiz oldukları takdirde kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan her türlü teknoloji ile yayın yapabilmeleri için her bir yayın türü, tekniği ve ortamına ilişkin olarak ayrı ayrı olmak üzere Üst Kurulca verilen izin belgesini,

ıı) Yayın ortamı: Kablo, uydu, karasal ve benzeri iletim ortamlarını,

ii) Yeniden iletim: Bir medya hizmet sağlayıcı tarafından sunulan yayın hizmetinin bütününün veya büyük bir bölümünün, kullanılan teknik araç ne olursa olsun alınmasını ve eş zamanlı olarak değişiklik yapılmadan iletilmesini,

jj) Yerel yayın: En fazla bir ilin sınırları içine karasal ortamdan ulaştırılan yayın hizmetini,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Genel Esaslar

Yeniden iletim

MADDE 4 - (1) Yayın hizmetlerinin alımı ve yeniden iletimi serbesttir. Yeniden iletim, ancak Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümleri çerçevesinde sınırlandırılabilir.

(2) Bir medya hizmet sağlayıcı kuruluşun aynı yayın hizmetini uydu, kablo ve karasal gibi farklı ortamlardan değişiklik yapmaksızın eş zamanlı olarak iletmesi yeniden iletim olarak kabul edilmez.

(3) 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla yeniden iletimin usul ve esasları Üst Kurulca yönetmelikle düzenlenir.

Yayın dili

MADDE 5 - (1) Yayın hizmetlerinin Türkçe yapılması esastır. Ancak Türkçe dışındaki dil ve lehçelerde de yayın yapılabilir. Yayınlar seçilen dilin kurallarına uygun olarak yapılmak zorundadır. Bu yayınlara ilişkin usul ve esaslar Üst Kurulca yönetmelikle belirlenir.

Medya hizmet sağlayıcının bağımsızlığı ve sorumluluğu

MADDE 6 - (1) Yayın hizmetlerinin içeriğine ve yayınlanmasına önceden müdahale edilemez ve yayınların içeriği önceden denetlenemez.

(2) Bu Kanunda, diğer kanunlarda ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası mevzuatta yer alan hükümler ile Üst Kurul tarafından bu hükümlerin uygulanmasına yönelik yürürlüğe konulan düzenleyici işlemler müdahale sayılmaz.

(3) Medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerinin kendileri, hisse sahipleri ve üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile bir başka gerçek ve tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmamasını sağlamak zorundadır.

(4) Medya hizmet sağlayıcılar, ticarî iletişim ile üçüncü şahıslar tarafından üretilenler de dâhil olmak üzere, yayınlanan tüm yayın hizmetlerinin içeriğinden ve sunumundan sorumludur.

(5) Medya hizmet sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde künye, iletişim ve adres bilgileri ile kayıtlı elektronik posta adresini izleyici temsilcisinin adını ve iletişim bilgilerini Üst Kurula bildirmek ve internet sitelerinde yayınlamak zorundadır.[3]

(6) Medya hizmet sağlayıcılar, sinematografik eserleri hak sahibiyle anlaşılan süre dışında yayınlayamaz.

Olağanüstü dönemlerde yayınlar[4]

MADDE 7 - (1) Savaşlar, terör amaçlı saldırılar, doğal afetler ve benzeri olağanüstü durumların ortaya çıkardığı kriz zamanlarında da ifade ve haber alma özgürlüğü esas olup, yayın hizmetleri önceden denetlenemez ve yargı kararları saklı kalmak kaydıyla durdurulamaz. Ancak, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hâllerde yahut kamu düzeninin ciddî şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan geçici yayın yasağı getirebilir.

[3] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 59 uncu maddesiyle, bu fıkrada yer alan "künye bilgilerini, iletişim adresini" ibaresi "künye, iletişim ve adres bilgileri ile kayıtlı elektronik posta adresini" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 49 uncu maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.
[4] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 164 üncü maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Başbakan veya görevlendireceği bakan" ibaresi "Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan" şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrasında yer alan "veya Hükümetin" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Medya hizmet sağlayıcı, Cumhurbaşkanının (…)[5]; millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın gerekleriyle ilgili bildirilerini, bildirinin ulaştığı gün saat 23:30'a kadar yayınlamakla yükümlüdür.

(3) Birinci ve ikinci fıkralar uyarınca alınacak kararlar aleyhine açılacak iptal davaları doğrudan Danıştayda açılır. Danıştay bu davalara öncelikle bakar ve karara bağlar, yürütmeyi durdurma talepleri hakkında kırksekiz saat içerisinde karar verir.

(4) (Ek: 2/1/2017-KHK-680/17 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/16 md.) Bu madde ile 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu uyarınca getirilen yayın yasak ve kısıtlamalarına aykırı olarak yayın yapılması hâlinde, Üst Kurul tarafından medya hizmet sağlayıcı kuruluşun programlarının yayını bir gün durdurulur ve bu halde 32 nci maddenin dördüncü fıkrası uygulanır. Bir yıl içinde; aykırılığın tekrarı halinde medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınlarının beş güne kadar, ikinci kez tekrar edilmesi halinde onbeş güne kadar durdurulmasına, üçüncü kez tekrar edilmesi halinde ise yayın lisansının iptaline karar verilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Yayın Hizmeti İlkeleri

Yayın hizmeti ilkeleri

MADDE 8 - (1) Medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla bu fıkrada yer alan ilkelere uygun olarak sunarlar. Yayın hizmetleri;

a) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı olamaz.

b) Irk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturamaz.

c) Hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamaz.

ç) İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez.

[5] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 164 üncü maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Başbakan veya görevlendireceği bakan" ibaresi "Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan" şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrasında yer alan "veya Hükümetin" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

d) Terörü övemez ve teşvik edemez, terör örgütlerini güçlü veya haklı gösteremez, terör örgütlerinin korkutucu ve yıldırıcı özelliklerini yansıtıcı nitelikte olamaz. (Mülga ikinci cümle: 2/1/2017-KHK-680/18 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/17 md.) (…)

e) Irk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, engellilik, siyasî ve felsefî düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içeremez ve teşvik edemez.[6]

f) Toplumun millî ve manevî değerlerine, genel ahlaka ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamaz.

g) Suç işlemeyi, suçluyu ve suç örgütlerini övücü, suç tekniklerini öğretici nitelikte olamaz.

ğ) Çocuklara, güçsüzlere ve engellilere karşı istismar içeremez ve şiddeti teşvik edemez.[7]

h) Alkol, tütün ürünleri ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı ile kumar oynamayı özendirici nitelikte olamaz.

ı) Tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak ve toplumda özgürce kanaat oluşumuna engel olmamak zorundadır; soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz; haberin verilişinde abartılı ses ve görüntüye, doğal sesin dışında efekt ve müziğe yer verilemez; görüntülerin arşiv veya canlandırma niteliği ile ajanslardan veya başka bir medya kaynağından alınan haberlerin kaynağının belirtilmesi zorunludur.

i) Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilân edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz.

j) Haksız çıkarlara hizmet eden ve haksız rekabete yol açan unsurlar içeremez.

k) Siyasî partiler ve demokratik gruplar ile ilgili tek yönlü veya taraf tutar nitelikte olamaz.

l) Genel sağlığa, çevrenin ve hayvanların korunmasına zarar verecek davranışları teşvik edemez.

m) Türkçenin, özellikleri ve kuralları bozulmadan doğru, güzel ve anlaşılır şekilde kullanılmasını sağlamak zorundadır; dilin düzeysiz, kaba ve argo kullanımına yer verilemez.

n) Müstehcen olamaz.

o) Kişi veya kuruluşların cevap ve düzeltme hakkına saygılı olmak zorundadır.

---

[6] 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu bentte yer alan "özürlülük" ibaresi "engellilik" şeklinde değiştirilmiştir.

[7] 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu bentte yer alan "özürlülere" ibaresi "engellilere" şeklinde değiştirilmiştir.

ö) Bilgi iletişim araçları yoluyla yarışma veya lotarya içeremez, dinleyici ve seyircilere ikramiye verilemez veya ikramiye verilmesine aracılık edemez.

p) Medya hizmet sağlayıcı tarafından yapılan veya yaptırılan anket ve kamuoyu yoklamalarının, hazırlık aşamasından sonuçların ilânına kadar noter nezaretinde gerçekleştirilmesi zorunludur.

r) Kişileri fal veya batıl inançlar yoluyla istismar edemez.

s) Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar içeremez.

ş) Şiddeti özendirici veya kanıksatıcı olamaz.

t) (Ek: 2/1/2017-KHK-680/18 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/17 md.) Terör eylemini, faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet edecek sonuçlar doğuracak şekilde sunamaz.

(2) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılsa dahi yayınlanamaz.[8]

(3) İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür.

(4) (Ek: 17/4/2017-KHK-690/60 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/50 md.) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, arkadaş bulma amacıyla kişilerin tanıştırıldığı ve/veya buluşturulduğu türden programlara, takviye edici gıdalar ve benzeri destekleyici ürünler de dâhil olmak üzere herhangi bir ürünün ilgili mevzuatına aykırı olarak sağlık beyanıyla satışına, pazarlanmasına ve/veya reklamına, sohbet, arkadaşlık ve eş bulma hatlarının ve hizmetlerinin tanıtımına yer verilemez. Katma değerli elektronik haberleşme hizmet numaraları, yerel aranır numaralar, benzeri özel içerikli hizmetlere ilişkin numaralar ile özel ücrete tabi diğer sabit ve mobil numaralar kullanılmak suretiyle, izleyici ve dinleyicileri yanıltıcı ve/veya haksız kazanca neden olacak şekilde yarışma, çekiliş, lotarya ve benzeri adlar altında ödül ve ikramiye taahhüt edilemez ve bu yöntemle ürün tanıtımı, satışı ve pazarlaması yapılamaz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

[8] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 60 ncı maddesiyle, bu fıkrada yer alan "koruyucu sembol kullanılmadan" ibaresi "koruyucu sembol kullanılsa dahi" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 50 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Yayın Hizmetlerinde Ticarî İletişim

Genel esaslar

MADDE 9 - (1) Ticarî iletişim, yayın hizmetinin diğer unsurlarından görsel ve işitsel olarak kolayca ayırt edilebilir olmak zorundadır.

(2) Ticarî iletişimde bilinçaltı teknikleri kullanılamaz.

(3) Gizli ticarî iletişime izin verilemez.

(4) Haber bülteni ve haber programlarını düzenli olarak sunan kişilerin görüntü veya seslerine ticarî iletişimlerde yer verilemez.

(5) Ticarî iletişim, medya hizmet sağlayıcının editoryal bağımsızlığını ve program içeriğini etkileyecek şekilde kullanılamaz.

(6) Ticarî iletişim, 8 inci maddede belirlenen esas ve ilkeler saklı kalmak kaydıyla;

a) Adalet, hakkaniyet ve dürüstlük ilkelerine uygun olmak,

b) Cinsiyet, ırk, renk veya etnik köken, tabiiyet, din, felsefî inanç veya siyasî düşünce, engellilik, yaş ve herhangi bir ayrımcılığı içermemek veya teşvik etmemek,[9]

c) Yanıltıcı olmamak ve tüketicinin çıkarlarına zarar vermemek,

ç) Çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar vermemek, deneyimsizliklerini veya saflıklarını istismar ederek, çocukları bir ürün veya hizmeti satın almaya veya kiralamaya doğrudan yönlendirmemek; çocukları reklamı yapılmakta olan ürün veya hizmetleri satın almak için ebeveynlerini veya başkalarını ikna etmeye doğrudan teşvik etmemek; çocukların ebeveynlerine, öğretmenlerine veya diğer kişilere duyduğu güveni istismar etmemek veya sebepsiz olarak çocukları tehlikeli durumlarda göstermemek,

d) Kadınların istismarına yönelik olmamak,

e) Sağlık, çevre ve güvenliğe zarar verecek davranışa teşvik etmemek,

zorundadır.

(7) Genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen gıda ve maddeler içeren yiyecek ve içeceklerin ticarî iletişimine, çocuk programlarıyla birlikte veya bu programların içinde yer verilemez.

[9] 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu bentte yer alan "özürlülük" ibaresi "engellilik" şeklinde değiştirilmiştir.

(8) Ticarî iletişim yayınlarının ses seviyesi diğer yayın bölümleri ile aynı seviyede olmak zorundadır.

Televizyon ve radyo yayın hizmetlerinde reklam ve tele-alışveriş

MADDE 10 - (1) Televizyon ve radyo yayın hizmetlerinde reklamlar ile tele-alışveriş, sesli ve/veya görüntülü bir uyarıyla açıkça fark edilebilecek ve program hizmetinin diğer unsurlarından kolaylıkla ayırt edilebilecek biçimde düzenlenir.

(2) Tele-alışveriş yayınları hariç her türlü reklam yayınlarının oranı, bir saat başından bir sonraki saat başına kadarki yayın içinde yüzde yirmiyi aşamaz.

(3) İkinci fıkrada belirtilen orana, program desteklemesi ve yayıncının kendi programlarının tanıtımlarına ayrılan süre ile ürün yerleştirme dâhil değildir. Program tanıtımlarının oranı, bir saat başından bir sonraki saat başına kadarki yayın içinde yüzde beşi aşamaz.

(4) İkinci fıkrada belirtilen süreden bağımsız olarak, sesli ve görüntülü bir uyarı ile açıkça belirtilerek, kesintisiz en az onbeş dakika süreyle tele-alışveriş yayını yapılabilir. Bu yayının süresi bir gün içinde toplam bir saati aşamaz.

(5) Ücretsiz yayınlanan ve Üst Kurul tarafından tavsiye edilen kamu hizmeti duyuruları reklam sürelerine dâhil edilmez.

(6) Reklam ve tele-alışveriş yayınları, programların arasına veya programın bütünlüğü, değeri ve hak sahiplerinin hakları zedelenmeyecek biçimde bir program içine yerleştirilebilir. Bağımsız bölümlerden oluşan programlarda veya devre araları içeren spor programları ve benzer yapıdaki olay ve gösteri programlarında, reklam ve tele-alışveriş yayınları bölüm veya devre aralarına yerleştirilir.

(7) Sinema ve televizyon için yapılmış filmler ile haber bültenleri ve çocuk programları, planlanan yayın süreleri otuz dakikadan fazla olması hâlinde, her otuz dakikalık yayın süresi için bir kez olmak üzere reklam ve tele-alışverişle kesilebilir.

(8) Dinî tören yayını içine hiçbir şekilde reklam ve tele-alışveriş yayını yerleştirilemez.

(9) Münhasıran reklam, tele-alışveriş ve öz tanıtım yayınlarına ayrılmış televizyon ve radyo yayın hizmetlerine bu madde hükümleri uygulanmaz.

(10) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Üst Kurulca yönetmelikle düzenlenir.

Belirli ürünlerin ticarî iletişimi

MADDE 11 - (1) Alkol ve tütün ürünleri için hiçbir şekilde ticarî iletişime izin verilemez.

(2) Reçeteye tabi ilaçlar ve tedaviler hakkında ticarî iletişim yapılamaz.

(3) Reçeteye tabi olmayan ilaçlar ve tedavilerin reklamları dürüstlük ilkesi çerçevesinde, gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak şekilde hazırlanır.

(4) İlaçlar ve tıbbi tedaviler için tele-alışverişe izin verilemez.

Program desteklemesi

MADDE 12 - (1) Bir program tamamen veya kısmen destek görmüşse, bu husus programın başında, program içindeki reklam kuşaklarına giriş ve çıkışta ve programın sonunda uygun ibarelerle belirtilir. Program tanıtımlarında programı destekleyene atıfta bulunulamaz.

(2) Desteklenen programlarda, destek verene veya üçüncü bir kişiye ait mal ve hizmetlere atıfta bulunulamaz ve bunların alınması, satılması ve kiralanması teşvik edilemez.

(3) Programlar, ticarî iletişimi yasaklanmış olan mal ve hizmetlerin üretimi veya satışıyla iştigal eden gerçek ve tüzel kişilerce desteklenemez. Tıbbi ürünleri üreten, pazarlayan veya satan ya da tıbbi tedavileri pazarlayan veya sunan gerçek ve tüzel kişilerin program desteklemesinde bulunması hâlinde, gerçek ve tüzel kişilerin ismi, markası, logosu veya imajı program desteklemesinde kullanılabilir; ancak gerçek ve tüzel kişilerin üretim veya satışını yaptığı reçeteye tabi tıbbi ürünler veya tıbbi tedaviler kullanılamaz.

(4) Haber bülteni ve dinî tören yayınlarında program desteklemesine izin verilemez.

(5) Program desteklemesinin, medya hizmet sağlayıcının editoryal bağımsızlığını ve sorumluluğunu etkilemesine izin verilmez. Programın başında, program içindeki reklam kuşaklarına giriş ve çıkışta ve programın sonunda program desteklemesi yapıldığı belirtilirken, programı destekleyenin ürün veya hizmetlerinin kiralanması veya satın alınması doğrudan teşvik edilemez ve ürün veya hizmetlere aşırı vurgu yapılamaz.

Ürün yerleştirme

MADDE 13 - (1) Sinema ve televizyon için yapılmış filmler, diziler ile spor ve genel eğlence programları haricinde, yayınlarda ürün yerleştirmeye yönelik uygulamalara yer verilemez. Ürün yerleştirme uygulamaları ticarî iletişimle ilgili düzenlemelere tabidir.

(2) Üst Kurul tarafından belirlenecek şartlarda, belirli mal ve hizmetlerin ücretsiz olarak program içine dâhil edildiği durumlarda da ürün yerleştirmeye izin verilebilir.

(3) Ürün yerleştirmenin, medya hizmet sağlayıcının editoryal bağımsızlığını ve sorumluluğunu etkilemesine izin verilmez. Ürün yerleştirmede, ürün veya hizmetlerin kiralanması veya satın alınması doğrudan teşvik edilemez ve ürüne aşırı vurgu yapılamaz. İzleyiciler, programın başında,

sonunda ve reklam arası sonrasında program başladığında, ürün yerleştirmenin varlığı hakkında açıkça bilgilendirilir.

(4) Haber bültenlerinde, çocuk programlarında ve dinî programlarda ürün yerleştirmeye izin verilmez.

(5) Ticarî iletişimi yasaklanmış ürünlerin ürün yerleştirmede kullanılmasına izin verilmez.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Yayın Hizmeti İçeriği

Genel ve tematik yayın

MADDE 14 - (1) Yayın hizmetlerinde, genel veya tematik içerikli yayın yapılabilir. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar yayın lisansı başvurusu sırasında yayınlarının türünü Üst Kurula yazılı olarak bildirir. Üst Kurul tarafından bu kuruluşlara verilecek yayın lisans belgesinde yayının türü açıkça belirtilir.

(2) Yayın hizmetlerinin Üst Kurula bildirilen türde ve seçilen dilde yapılması zorunludur. Yayın türü talep üzerine Üst Kurulun izniyle değiştirilebilir. Yayın türünün değiştirilmesine ilişkin şartlar Üst Kurulca belirlenir. Lisans belgesinde belirtilen türe uygun yayın yapmayan kuruluş yayın lisansı şartlarını ihlâl etmiş sayılır.

(3) Genel ve tematik içerikli yayın yapan televizyon kuruluşlarının, çocuk yayınlarında çizgi filmlere yer vermeleri hâlinde, çizgi filmlerin en az yüzde yirmisinin, diğer çocuk programlarının en az yüzde kırkının Türkçe dilinde üretilmiş yapım olması ve Türk kültürünü yansıtması zorunludur. Çocuk yayınlarının yayınlanma saatleri ve sürelerine yönelik istatistiksel veriler ile üretim yerine ilişkin bilgiler aylık dökümler hâlinde Üst Kurula bildirilir.

(4) Radyo ve televizyon kuruluşları, yayınlarında belirli oran ve saatlerde Türk halk ve Türk sanat müziği programlarına yer vermek zorundadır. Bu programların oran ve yayınlanma zamanı ile ilgili esaslar Üst Kurulca belirlenir.

(5) (Ek: 2/7/2018-KHK-703/164 md.) Radyo ve televizyonlar ayda en az doksan dakika gıda güvenliği, gıda güvenirliliği, bitki ve hayvan sağlığı ile toprak koruma, iş sağlığı ve güvenliği, çalışma hayatında kayıt dışılığın önlenmesi, sosyal güvenlik, işçi ve işveren ilişkileri, halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi ile teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin daha verimli kullanılabilmesi gibi konularda uyarıcı ve eğitici mahiyette yayınlar yapmak zorundadır. Bu yayınların, oran ve yayınlanma zamanı ile ilgili esaslar Üst Kurulca belirlenir. Bu programlar, Üst Kurul, ilgili bakanlık ve ilgili diğer kamu

kurum ve kuruluşları ile bilimsel kuruluşlar, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları veya sivil toplum kuruluşları tarafından hazırlanır veya hazırlatılır. Hazırlanan programların, ilgili Bakanlığın olumlu görüşü alındıktan sonra Üst Kurul tarafından radyo ve televizyonlarda yayınlanması sağlanır.

(6) (Ek: 2/7/2018-KHK-703/164 md.) Bu madde kapsamında yapılan yayınlar için herhangi bir bedel ödenmez. Bu yayınların ve sürelerinin denetimi Üst Kurulca yapılır.

Avrupa eserleri

MADDE 15 - (1) Ulusal karasal yayın lisansına sahip televizyon yayıncılarının;

a) Haberler, spor olayları, yarışmalar, reklamlar, tele-alışveriş ve bağlantılı veri yayınları için ayrılan süre dışında kalan yayın süresinin en az yüzde ellisini Avrupa eserlerine,

b) Haberler, spor olayları, yarışmalar, reklamlar, tele-alışveriş ve bağlantılı veri yayınları için ayrılan süre dışında kalan yayın süresinin veya program bütçesinin yüzde onunu bağımsız yapımcıların ürettiği Avrupa eserlerine,

ayırmaları zorunludur.

(2) İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcı kuruluşların Avrupa eserlerinin yapımına ve erişimine destek vermelerini teşvik edecek usul ve esaslar Üst Kurulca belirlenir.

Kısa gösterim hakkı

MADDE 16 - (1) Kamuoyu için büyük önem taşıyan olayların münhasır yayın haklarına sahip televizyon yayıncıları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında, diğer yayıncılara âdil, makul ve eşitlikçi bir temelde bedeli karşılığında kısa gösterim hakkı sağlamak zorundadır.

(2) Münhasır yayın hakkına konu olaylara erişim hakkı talep eden diğer televizyon yayıncılarına, kısa gösterimleri serbest bir biçimde seçme hakkı tanınır.

(3) Kısa gösterimler, kaynağını belirtmek suretiyle sadece haber programları içinde doksan saniyeyi geçmeyecek şekilde kullanılır ve isteğe bağlı medya hizmetlerinde ise sadece aynı programın aynı medya hizmet sağlayıcı tarafından banttan verilmesi durumunda uygulanır.

(4) Bu maddenin uygulanmasıyla ilgili usul ve esaslar Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Kamunun önemli olaylara erişimi

MADDE 17 - (1) Üst Kurul, toplum için büyük önem arz eden ulusal ve uluslararası olayları; ülke geneline şifresiz ve ücretsiz yayın yapan televizyon kanallarından canlı veya banttan

yayınlanmasını temin etmek amacıyla, konuyla ilgili diğer kurumların görüşlerini de almak suretiyle bir önemli olaylar listesi hazırlayarak ilân eder. Önemli olaylar listesi Üst Kurulca aynı usulle güncellenebilir.

(2) Önemli olayları yayınlayacak televizyon yayıncıları, önemli olaylar listesinde yer alan olayların ülke geneline şifresiz ve ücretsiz olarak yayınlanmasını sağlar.

(3) Televizyon yayıncıları, ayrıca Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesine taraf başka bir ülkenin listesinde yer alan önemli olaylarla ilgili münhasır haklarını, söz konusu ülke vatandaşlarının önemli bir kesimi tarafından izlenmesini engelleyecek şekilde kullanamaz.

(4) Kamunun önemli olaylara erişimi ile ilgili usul ve esaslar Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Düzeltme ve cevap hakkı

MADDE 18 - (1) Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlâl edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması hâlinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilecek biçimde düzeltme ve cevabı yayınlar. Düzeltme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullandırılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir.

(2) Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirtilen süre içinde yayınlanmaması hâlinde bu sürenin bitiminden; birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayınlanması hâlinde düzeltme ve cevabın yayınlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltmenin birinci fıkra hükümlerine uygun olarak yayınlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesidir.

(3) Sulh ceza hâkimi, istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı tebliğden itibaren yedi gün içinde yetkili asliye ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye ceza mahkemesi itirazı üç iş günü içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

(4) Hâkim tarafından düzeltme ve cevabın yayınlanmasına karar verilmesi hâlinde, birinci fıkradaki yedi günlük süre, sulh ceza hâkiminin kararına itiraz edilmemişse kararın kesinleştiği tarihten; itiraz edilmişse asliye ceza mahkemesi kararının tebliği tarihinden itibaren başlar.

(5) Düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin bu hakkı kullanmadan ölmesi hâlinde, bu hak mirasçılarından biri tarafından kullanılabilir. Bu durumda, ölümün altmış günlük düzeltme ve cevap hakkı süresi içinde gerçekleşmiş olması kaydıyla, kalan düzeltme ve cevap hakkı süresine otuz gün ilâve edilir.

(6) Gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlâl eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı, medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yapımcısı müştereken ve müteselsilen sorumludur.

(7) İlgili kişi birinci fıkrada belirtilen cevap ve düzeltme hakkını, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza mahkemesinden isteyebilir.

ALTINCI BÖLÜM

Özel Medya Hizmet Sağlayıcı Kuruluşlar

Kuruluş ve hisse oranları

MADDE 19 - (1) Özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşların şirket yapıları ve hisse oranları ile ilgili uymaları gereken hususlar şunlardır:

a) Yayın lisansı, münhasıran radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sunmak amacıyla Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş anonim şirketlere verilir. Aynı şirket ancak bir radyo, bir televizyon ve bir isteğe bağlı yayın hizmeti sunabilir. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, yayın lisansının verilmesinden sonra da ana sözleşmelerine bu maddedeki esaslara aykırı hükümler koyamazlar. Ana sözleşme değişiklikleri bir ay içinde Üst Kurula bildirilir.

b) Siyasî partiler, sendikalar, meslek kuruluşları, kooperatifler, birlikler, dernekler, (…) (1) mahallî idareler ve bunlar tarafından kurulan veya bunların doğrudan veya dolaylı ortak oldukları şirketler ile sermaye piyasası kurumları ve bunlara doğrudan veya dolaylı ortak olan gerçek ve tüzel kişilere yayın lisansı verilemez. Bu kuruluşlar, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara doğrudan veya dolaylı ortak olamaz.[10]

c) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların hisseleri nama yazılı olmak zorundadır. Herhangi bir kişi lehine intifa senedi ihdas edilemez.

[10] 20/8/2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanunun 67 nci maddesi ile bu bentte yer alan "vakıflar," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

ç) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde sermaye piyasası araçlarını ihraç ve halka arz edebilirler. Bu durumda mevzuat gereği Sermaye Piyasası Kurulunda kayda alınmadan önce Üst Kurulun onayının alınması zorunludur. Halka açık hisselerde nama yazılı olma şartı aranmaz.

d) Bir gerçek veya tüzel kişi doğrudan veya dolaylı olarak en fazla dört karasal yayın lisansına sahip medya hizmet sağlayıcı kuruluşa ortak olabilir. Ancak, birden çok medya hizmet sağlayıcıya ortaklıkta bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı hisse sahibi olduğu medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yıllık toplam ticarî iletişim geliri, sektörün toplam ticarî iletişim gelirinin yüzde otuzunu geçemez. Toplam ticarî iletişim geliri bu oranı aşan gerçek veya tüzel kişiler, Üst Kurul tarafından verilen doksan günlük süre içinde bu oranın altına inecek şekilde medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardaki hisselerini devreder. Verilen süre içinde Üst Kurul kararının gereğini yerine getirmeyen gerçek veya tüzel kişi hakkında, kararın gereğini yerine getirmediği her ay için Üst Kurulca dörtyüzbin Türk Lirası idarî para cezası uygulanır. (Ek cümle: 20/8/2016-6745/67 md.) Vakıf kurucuları bu Kanunun uygulanması açısından medya hizmet sağlayıcı kuruluş ortağı kabul edilir. Bu bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Üst Kurul tarafından belirlenir.

e) Gerçek kişiler için eşler ile üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlara ait hisseler de aynı kişiye aitmiş gibi değerlendirilir.

f) Bir medya hizmet sağlayıcı kuruluşta doğrudan toplam yabancı sermaye payı, ödenmiş sermayenin yüzde ellisini geçemez. Yabancı bir gerçek veya tüzel kişi en fazla iki medya hizmet sağlayıcı kuruluşa doğrudan ortak olabilir. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların ortağı olan şirketlere yabancı gerçek veya tüzel kişilerin iştirak ederek yayın kuruluşlarına dolaylı ortak olmaları hâlinde, yayıncı kuruluşların yönetim kurulu başkanı, başkan vekili ile yönetim kurulu çoğunluğu ve genel müdürünün Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve ayrıca yayıncı kuruluş genel kurullarında oy çoğunluğunun Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetini haiz gerçek veya tüzel kişilerde bulunması zorunludur. Şirket ana sözleşmelerinde bu hususları sağlayan düzenlemeler açıkça belirtilir.

g) Yerli veya yabancı hissedarlar hiçbir şekilde imtiyazlı hisse senedine sahip olamaz.

(2) (Ek: 2/1/2017-KHK-680/19 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/18 md.) Üst Kurul, lisans başvurularına ilişkin olarak ilgili kurumların görüşü de alınmak suretiyle milli güvenlik, kamu düzeninin korunması ve kamu yararı gereklerinden kaynaklanan sebeplerle lisans taleplerini reddedebilir.

(3) (Ek: 2/1/2017-KHK-680/19 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/18 md.) Ortakları ile yönetim kurulu başkan ve üyelerinin terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Millî İstihbarat

Teşkilatı veya Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen medya hizmet sağlayıcı kuruluşların lisans başvuruları reddedilir.

Hisse, şirket devri ve birleşme

MADDE 20 - (1) Yayın lisansı verilen bir anonim şirketin hisse devirleri, devir tarihinden itibaren otuz gün içinde, ortakların ad ve soyadları ile hisselerin devri sonucunda oluşan ortaklık yapısı ve oy payları hakkındaki bilgilerle birlikte Üst Kurula bildirilir.

(2) Şirket devir veya birleşme işlemlerinden önce Üst Kuruldan gerekli bilgi ve belgelerle izin alınması ve devir veya birleşme işleminin gerçekleşmesinden sonra otuz gün içinde Üst Kurula bildirimi zorunludur.

(3) Hisse devri, şirket devri ve birleşme işlemleri sonucunda oluşacak şirket yapısında bu Kanunda öngörülen hususlara aykırılık bulunması hâlinde, Üst Kurulun doksan günü geçmemek üzere vereceği süre içinde bu aykırılığın giderilmesi zorunludur. Aksi hâlde ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı iptal edilir.

(4) Birleşme, devralma ve nama yazılı olan hisselerin devirlerinde 19 uncu madde hükümleri, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri ile 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

Logo ve çağrı işareti

MADDE 21 - (1) İlgili mevzuata uyulması ve kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olmamak şartıyla, her türlü ad ve bu adı tasvir eden blok grafikler logo olarak; sesli duyurular ise çağrı işareti olarak kullanılabilir. Logo ve çağrı işaretlerinin Üst Kurul nezdinde tescili zorunludur. Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, logo ve çağrı işaretlerini Üst Kurul izni ile değiştirebilirler.

(2) Medya hizmet sağlayıcılar, test yayını yaptıkları süre de dâhil olmak üzere, yayın süreleri boyunca tek bir logo ve çağrı işareti kullanmakla yükümlüdür. Televizyon yayın hizmeti sağlayıcı kuruluşların, reklam yayını esnasında logolarını değiştirmek suretiyle kullanmaları ve blok grafiğinin temel karakteristiğini bozmamaları esastır.

(3) Bu maddenin uygulanmasına dair usul ve esaslar Üst Kurulca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

İzleyici temsilciliği

MADDE 22 - (1) Medya hizmet sağlayıcılar, ortak denetim ile öz denetim mekanizmalarının oluşturulması, izleyici ve dinleyicilerden ulaşan şikâyetlerin değerlendirilip kuruluşun yayın kuruluna sunulması ve sonuçlarının takip edilmesi amacıyla en az on yıllık meslekî tecrübeye

sahip bir izleyici temsilcisi görevlendirirler. Belirlenen izleyici temsilcisi uygun vasıtalarla kamuoyuna duyurulur ve Üst Kurula bildirilir.

Haber birimlerinde çalışanlar

MADDE 23 - (1) Medya hizmet sağlayıcılarının haber birimlerinde çalıştırılacak basın kartlı personelin asgarî sayısını Üst Kurul belirler. Bu personel 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna tabidir.

Koruyucu sembol sistemi

MADDE 24 - (1) Medya hizmet sağlayıcılar, koruyucu sembol sistemi kullanarak, izleyicileri program hizmetlerinin içeriği hakkında sesli veya yazılı olarak bilgilendirir.

(2) Koruyucu sembol sistemi ile ilgili usul ve esaslar Üst Kurulca belirlenir.

(3) Bu madde Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu hakkında da uygulanır.

Yayın kayıtlarının muhafazası

MADDE 25 - (1) Özel medya hizmet sağlayıcılar, yaptıkları her yayının kaydını bir yıl süreyle muhafaza etmekle yükümlüdür. Gerçek ve tüzel kişiler yapacakları işlemlere esas olmak üzere bu süre içinde yazılı olarak Üst Kurula başvurmak ve Üst Kurulca belirlenecek ücreti ödemek suretiyle yayın kaydından bir kopya alabilir.

(2) Özel medya hizmet sağlayıcılar, Üst Kurulun talep etmesi hâlinde, istenen yayın kaydının bir kopyasını, buna ilişkin yazının kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren on gün içinde Üst Kurula ulaştırmakla yükümlüdür.

(3) Yayının herhangi bir şekilde soruşturma veya kovuşturma konusu yapılması hâlinde, bu işlemlerin sonuçlandığının yetkili mercilerce ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşa yazılı olarak bildirilmesine kadar soruşturma veya kovuşturma konusu yayın kaydının saklanması zorunludur.

YEDİNCİ BÖLÜM

Frekans Planlaması ve Yayın Lisansı

Frekans planlaması ve tahsis

MADDE 26 - (1) Üst Kurul, millî frekans planında karasal radyo ve televizyon yayınları için 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 36 ncı maddesine göre Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları çerçevesinde televizyon kanal ve radyo frekans

planlamalarını yapar veya yaptırır. Frekans planlarında ulusal, bölgesel ve yerel karasal yayın ağlarının sayıları ve türleri ile sayısal yayınlar için multipleks sayıları belirlenir.

(2) Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu, karasal ortamdan gerçekleştireceği yayın hizmetlerinin sayısını ve kapsama alanlarını Üst Kurula bildirir. Bu taleplerin hangi oranda karşılanacağına frekans planları çerçevesinde Üst Kurulca karar verilir. Karasal televizyon ve karasal radyo yayınları için uygun görülen kanal ve frekanslar ile karasal sayısal yayınlar için bir multipleksten az olmamak üzere uygun görülen sayıda multipleks kapasitesi, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna tahsis edilir. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna tahsis edilen frekans ve multipleks kapasitesi ile en az dört karasal televizyon ve dört karasal radyo yayını yapılır. Tahsis tarihinden itibaren iki yıl içinde kullanılmayan veya kullanımına son verilen kanal, frekans ve multipleks Üst Kurul tarafından yeniden değerlendirilir. Tahsisten sonra, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun ilave karasal yayın ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde, kapasite imkânları ölçüsünde bu husus da yukarıdaki çerçevede değerlendirilir.

(3) Kamu kurum ve kuruluşlarının ikaz, duyuru ve eğitim maksadıyla karasal radyo veya televizyon yayını yapma talebinde bulunmaları halinde; bu talepler yapılacak protokol çerçevesinde Türkiye Radyo-Televizyon Kurumundan hizmet alınarak karşılanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kanunlarında radyo ve televizyon yayını yapabileceklerine ilişkin hüküm bulunan kamu kurum ve kuruluşlarından Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu tarafından herhangi bir ücret alınmaz. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu haricindeki kamu kurum ve kuruluşlarına kanal, frekans veya multipleks kapasitesi tahsisi yapılmaz.

(4) Sıralama ihalesine, radyo ve televizyon yayın şirketi olarak kurulan, radyo ve televizyon yayıncılık alanında en az bir yıl faaliyette bulunan, ihale şartnamesinde belirtilen ön şartları yerine getiren ve Üst Kuruldan ihaleye girmek için yeterlilik belgesi alan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar katılabilir.

(5) Karasal radyo yayınları için frekans planları esas alınarak yapılacak sıralama ihalesi sonucuna göre medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara radyo frekansı veya multipleks kapasitesi tahsis edilir. Sayısal televizyon frekans planı esas alınarak yapılacak sıralama ihalesi sonucuna göre medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara multipleks kapasitesi tahsis edilir. Yapılan tahsiste sunulacak yayın hizmetinin kapsama alanı, yayın türü ve kapasitenin yer alacağı multipleks belirtilir. Karasal yayın lisansı alan kuruluşlar en geç iki yıl içinde kendilerine tahsis edilen kanal, multipleks kapasitesi veya frekansların tümünden yayına geçmek zorundadır.

(6) Karasal ortamdan yapılacak radyo ve televizyon yayın hizmeti için tahsis edilmiş kanal, multipleks kapasitesi ve radyo frekansları için kamu ve özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan

yıllık kullanım ücreti alınır. Yıllık kullanım ücreti, söz konusu yayının nüfusa bağlı kapsama alanı, türü, verici gücü, frekansın bulunduğu bant ve yayının yapıldığı yerleşim biriminin ekonomik gelişmişlik seviyesi gibi nesnel kıstaslar esas alınarak Üst Kurul tarafından belirlenir.

(7) Multipleks kapasitesi tahsis edilerek karasal yayın lisansı verilen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar tarafından karasal ortamdan sunulacak radyo veya televizyon yayın hizmetleri, multipleks işletmecisi tarafından iletilir. Aynı multipleks içinde yer alan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, bir multipleks işletmecisi üzerinde anlaşarak yayınlarını iletirler.

(8) (Değişik birinci ve ikinci cümle: 2/1/2017-KHK-687/8 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7076/8 md.) Özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, Üst Kurulca kendilerine tahsis edilen televizyon kanalı, multipleks kapasitesi ile radyo frekanslarından yapacakları yayınlarını, tek bir verici tesis ve işletim şirketince kurulan ve/veya işletilen radyo ve televizyon verici tesislerinden yapmak zorundadır. Sermayesinin en az yarısı kamuya ait olmak üzere kurulan veya iştirak edilen verici tesis ve işletim şirketinin uyması gereken şartlar Üst Kurulca belirlenir ve şartları yerine getiren tek bir verici tesis ve işletim şirketine yayın iletim yetkisi verilir. (Mülga üçüncü cümle: 2/1/2017-KHK-687/8 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7076/8 md.) (…) Verici tesislerinden yararlanma usul ve esasları ile yıllık kira bedelleri, verici tesis ve işletim şirketinin görüşü alındıktan sonra Üst Kurulun onayıyla yürürlüğe konulur. Verici tesis ve işletim şirketi, Üst Kuruldan karasal yayın lisansı almış veya bu Kanunun geçici 4 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yayınlarına devam eden tüm kuruluşlara tarafsızlık ve hakkaniyet ölçülerinde, makul ve ayrımcılık içermeyecek koşullarda hizmet vermek zorundadır. Kurulmasına izin verilen radyo ve televizyon verici tesislerinin, bu Kanunda ve işletme izninde öngörülen amaçlar için kullanılıp kullanılmadığı Üst Kurul tarafından denetlenir. Verici tesis ve işletim şirketinin izin şartlarını ihlâl etmesi ve Üst Kurulca yapılan uyarıya rağmen aykırılığın giderilmemesi durumunda şirket, ihlalin giderilmediği her ay için yüzbin Türk Lirasından üçyüzbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır.[11]

(9) Frekans planlarının uygulanmasına, karasal sayısal yayına geçiş ve sıralama ihalesine ilişkin usul ve esaslar Üst Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Yayın lisansı türleri, süresi ve devir

MADDE 27 - (1) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, kablo, uydu, karasal ve benzeri ortamlardan yayın yapabilmeleri için her bir yayın tekniği ve ortamına ilişkin Üst Kuruldan ayrı ayrı lisans

[11] 2/1/2017 tarihli ve 687 sayılı KHK'nin 8 inci maddesiyle, bu fıkranın beşinci cümlesinde yer alan "Üst Kuruldan karasal yayın lisansı almış" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya bu Kanunun geçici 4 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yayınlarına devam eden" ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7076 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

almak zorundadır. Lisansın hangi yayın tekniği ve ortamına ilişkin verildiği lisans belgesinde açıkça belirtilir. Farklı yayın teknikleri ve ortamlarından aynı anda yayın yapmak isteyen kuruluşlar, her yayın tekniği ve ortamı için ayrı lisans almak ve eş zamanlı yayın yapmak zorundadır.

(2) Yayın lisans süresi on yıldır. Lisans süresi sonunda boşalan karasal yayın kapasitesi Üst Kurulca yeniden ihale edilir.

(3) Üst Kurulun karasal yayın lisansı verdiği bir kuruluş bu lisans haklarını devredemez. Yayın faaliyetine devam etmeme kararı alan kuruluş, lisansını Üst Kurula iade eder.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

Yayınların İletimi ve Yetkilendirme

Multipleks işletmecileri

MADDE 28 - (1) 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, multipleks işletmecilerinin uymaları gereken idarî, malî ve teknik şartlar Üst Kurulca belirlenir ve şartları yerine getiren kuruluşlara yayın iletim yetkisi verilir. Medya hizmet sağlayıcı şirketler de multipleks işletmeci şirketlere ortak olabilirler.

(2) Multipleks işletmecileri, radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin iletimi alanında sadece Üst Kuruldan karasal yayın lisansı almış kuruluşlara hizmet verebilirler.

(3) Multipleks işletmecileri, Üst Kurulca durdurulmasına karar verilen yayınların iletimini Üst Kurul kararının tebliğini takiben derhal durdurmak zorundadır. Yapılan tebliğe rağmen bu yayınları iletmeye devam eden multipleks işletmecilerinin yayın iletim yetkisi, Üst Kurul tarafından iptal edilir ve bu durum Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bildirilir.

Platform işletmecileri ve yayın hizmeti iletimi yapan altyapı işletmecileri

MADDE 29 - (1) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak üzere yetkilendirilen platform işletmecileri ve yayın hizmeti iletimi yapan altyapı işletmecileri; yayın hizmetleri yönünden bu Kanun hükümlerine tabidir. Yayın hizmetlerinin iletimi faaliyetlerine ilişkin uyulması gereken idarî, malî ve teknik şartlar Üst Kurulca belirlenir ve şartları yerine getiren kuruluşlara yayın iletim yetkisi verilir. Platform işletmecileri medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara tarafsızlık ve hakkâniyet ölçülerinde, makul ve ayrımcılık içermeyecek koşullarda hizmet vermek zorundadır. Platform işletmecilerinin medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan alacağı hizmet bedelleri Üst Kurulun onayı ile belirlenir.

(2) Platform ve yayın hizmeti iletimi yapan altyapı işletmecileri, iletimini yapacakları yayın hizmetlerini Üst Kurula bildirmek zorundadır.

(3) Platform ve altyapı işletmecileri, Üst Kuruldan yayın lisansı almayan veya yayın lisansı iptal edilen medya hizmet sağlayıcılar ile Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar ve bu Kanun hükümlerine aykırı yayın yaptığı Üst Kurulca tespit edilen bir başka ülkenin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin iletimini, Üst Kurul kararının tebliğini müteakiben durdurur. Tebliğe rağmen yayın hizmetlerinin iletimini durdurmayan işletmecinin yayın iletim yetkisi iptal edilir ve bu durum Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bildirilir.

Yayın hizmetlerinin internet ortamından sunumu

MADDE 29/A- (Ek:21/3/2018-7103/82 md.)

(1) Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, bu hak ve lisansları ile yayınlarını bu Kanun ve 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak internet ortamından da sunabilirler. Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini sadece internet ortamından sunmak isteyen medya hizmet sağlayıcılar Üst Kuruldan yayın lisansı, bu yayınları internet ortamından iletmek isteyen platform işletmecileri de Üst Kuruldan yayın iletim yetkisi almak zorundadır.

(2) Üst Kuruldan geçici yayın hakkı ve/veya yayın lisansı bulunmayan ya da bu hak ve/veya lisansı iptal edilen gerçek ve tüzel kişilerin yayın hizmetlerinin internet ortamından iletildiğinin Üst Kurulca tespiti halinde Üst Kurulun talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından internet ortamındaki söz konusu yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu karar, gereği yapılmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna gönderilir. Sulh ceza hâkimi, Üst Kurulun talebini en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı hakkında 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinin üçüncü ve beşinci fıkraları uygulanır.”

(3) İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunmasına rağmen, Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu Üst Kurulun görev alanına ilişkin uluslararası andlaşmalar ve bu Kanun hükümlerine aykırı yayın yaptığı Üst Kurulca tespit edilen bir başka ülkenin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcılarının veya platform işletmecilerinin yayın hizmetlerinin internet ortamından iletimi ile internet ortamından Türkçe olarak Türkiye’ye yönelik yayın yapan veya yayın dili

Türkçe olmamakla birlikte Türkiye'ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren yayın kuruluşlarının yayın hizmetleri hakkında da ikinci fıkra hükümleri uygulanır. Bu kuruluşların internet ortamındaki yayınlarına devam edebilmeleri için Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki diğer kuruluşlar gibi Üst Kuruldan yayın lisansı, bu kapsamdaki platform işletmecilerinin de yayın iletim yetkisi alması zorunludur.

(4) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, bireysel iletişim bu madde kapsamında değerlendirilmez ve radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini internet ortamından iletmeye özgülenmemiş platformlar ile radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerine yalnızca yer sağlayan gerçek ve tüzel kişiler bu maddenin uygulanmasında platform işletmecisi sayılmaz.

(5) İnternet ortamından radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin sunumuna, bu hizmetlerin iletimine, internet ortamından medya hizmet sağlayıcılara yayın lisansı, platform işletmecilerine de yayın iletim yetkisi verilmesine, söz konusu yayınların denetlenmesine ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Üst Kurul ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

DOKUZUNCU BÖLÜM

Seçim Dönemi

Seçim döneminde yayınlar

MADDE 30 - (1) Seçimlerle ilgili olarak seçim dönemlerinde yapılan yayınlara ilişkin usul ve esaslar Yüksek Seçim Kurulu tarafından düzenlenir.

(2) Üst Kurul, medya hizmet sağlayıcılarının seçim dönemlerindeki yayınlarını Yüksek Seçim Kurulunun kararları doğrultusunda izler, denetler ve değerlendirir.

(3) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 149/A maddesinde düzenlenen hükümler, Yüksek Seçim Kurulu kararlarını müteakip Üst Kurulca yerine getirilir.

Siyasî reklam

MADDE 31 - (1) Medya hizmet sağlayıcılar, Yüksek Seçim Kurulu tarafından ilân edilen seçim döneminde, yayın yasaklarının başlayacağı saate kadar siyasî parti ve aday reklamları yayınlayabilir.

(2) Siyasî reklamlar, bu Kanunda yer alan hükümlere ve Yüksek Seçim Kurulunca belirlenen usul ve esaslara uygun olmak zorundadır.

ONUNCU BÖLÜM

Yaptırımlar

İdarî yaptırımlar

MADDE 32 - (1) Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (f), (g), (ğ), (h), (n), (ö), (s), (ş) ve (t) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine ve aynı maddenin dördüncü fıkrasına aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz. Ayrıca, idarî tedbir olarak, ihlale konu programın yayınının beş keze kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilir. İhlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak, bu fıkra hükümlerine göre idarî para cezası ile birlikte idarî tedbire karar verilebileceği gibi, sadece idarî para cezasına veya tedbire de karar verilebilir.[12] [13]

(2) (Değişik birinci cümle: 17/4/2017-KHK-690/61 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/51 md.) 8 inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan ve/veya bu Kanun hükümleri kapsamında Üst Kurul tarafından belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmeyen medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı, yayının ortamı ve alanı gözönünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden yüzde üçüne kadar idari para cezası verilir. (Mülga ikinci cümle: 17/4/2017-KHK-690/61 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/51 md.) (…) İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz.

[12] 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK'nin 20 nci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "(s) ve (ş)" ibaresi "(s), (ş) ve (t)" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[13] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 61 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "(a), (b), (d), (g), (n), (s), (ş) ve (t) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine" ibaresi "(a), (b), (d), (f), (g), (ğ), (h), (n), (ö), (s), (ş) ve (t) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine ve aynı maddenin dördüncü fıkrasına" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 51 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

(3) Yükümlülük veya yasak ihlalinin suç oluşturması halinde, bu suç nedeniyle ilgililer hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde hükümlerine göre idarî para cezası veya idarî tedbir kararı verilir.

(4) İdarî tedbir uygulanması sonucu yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve ticarî iletişim yayını içermeksizin, Üst Kurulca temin edilen eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı, çevre eğitimi, engelli sorunları, sağlık ve benzeri kamuya yararlı konularda programlar yayınlanır. Yükümlülük veya yasağa aykırılık dolayısıyla idarî tedbir olarak programın yayınının durdurulması kararının verilmesi halinde, yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren fiilin işlenmesinden dolayı sorumluluğu olan programın yapımcısı veya varsa sunucusu, yayının durdurulduğu süre zarfında, aynı veya farklı medya hizmet sağlayıcı kuruluşta hiçbir ad altında başka bir program yapamaz veya sunamaz.[14]

(5) 8 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki ilkelerle dördüncü fıkrasına aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına; ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir. (Ek cümleler: 17/4/2017-KHK-690/61 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/51 md.) 8 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentleri dışındaki bentlerini, aynı maddenin ikinci fıkrasını ve bu Kanunun yayın hizmetlerinde ticari iletişimi düzenleyen hükümlerinden herhangi birini yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde yirmiden fazla ihlal eden medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayını beş güne kadar durdurulur. Bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının beş günden on güne kadar durdurulmasına; ihlalin ikinci tekrarı halinde ise yayın lisansının iptaline karar verilir. Programlarının yayını veya yayınları süreli durdurulan medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yaptırım kararının tebliğine rağmen kararın gereklerine aykırı olarak yayınlarına devam etmesi halinde yayın lisansının iptaline karar verilir.[15] [16]

(6) Yayın lisansı verilmesi için bu Kanunda aranan şartlardan birinin kaybedilmesi ile 6 ncı maddenin beşinci fıkrasında düzenlenen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, ilgili medya

[14] 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile bu fıkrada yer alan "özürlü" ibaresi "engelli" şeklinde değiştirilmiştir.
[15] 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK'nin 20 nci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "(a) ve (b)" ibaresi "(a), (b) ve (d)" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.
[16] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 61 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "ilkelere" ibaresi "ilkelerle dördüncü fıkrasına" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 51 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

hizmet sağlayıcı kuruluşa bu şartı yerine getirmesi için otuz günlük süre verilir. Verilen süreye rağmen şartı yerine getirmeyen kuruluşun yayınları üç ay süreyle durdurulur. Bu süre zarfında şartın yerine getirilmemesi halinde ise, ilgili kuruluşun yayın lisansı iptal edilerek kanal ve frekans kullanımına son verilir.[17]

(7) Yayın lisansının verilmesi için gerekli şartlara uygunluğunu hile ile elde ettiği tespit edilen kuruluşun yayın lisansı iptal edilir. Yayın lisansı iptal edilmiş olan kuruluştan alınmış olan yayın lisans bedeli ile kanal ve frekans yıllık kullanım bedeli iade edilmez.

(8) Bu Kanun hükümlerine göre idarî para cezasına veya idarî tedbire karar vermeye Üst Kurul yetkilidir. (Ek cümle: 17/4/2017-KHK-690/61 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/51 md.) Üst Kurul; ihlalin ağırlığı, haksız ekonomik kazancın ve tekrarın varlığı ile son beş yılda uygulanan idarî yaptırımlar gözetilmek suretiyle ikinci fıkrada belirtilen her bir ihlal için bir defaya mahsus olmak üzere, idarî para cezası uygulamak yerine medya hizmet sağlayıcı kuruluşu uyarabilir.

(9) Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre yargı yoluna başvurulur. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

(10) Bu madde hükümlerine göre Üst Kurul tarafından verilen uyarı ve idarî yaptırım kararları, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun Üst Kurula bildirdiği kayıtlı elektronik posta adresine tebliğ edilir. (Değişik ikinci cümle: 17/4/2017-KHK-690/61 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/51 md.) Üst Kurula bildirilen kayıtlı elektronik posta adresine tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması halinde Üst Kurula bildirilen adrese yapılan bildirim tebligat yerine geçer.[18]

(11) Bu Kanunda düzenlenmiş olan idarî para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ödenir.

Adlî yaptırımlar

MADDE 33 - (1) Üst Kuruldan yayın lisansı almadan veya yayınları Üst Kurul tarafından geçici olarak durdurulmasına ya da yayın lisansı iptal edilmesine rağmen yayın yapan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü, bir yıldan iki yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Tüzel kişiler hakkında ayrıca 5237

[17] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 61 inci maddesiyle, bu fıkranın birinci cümlesine "kaybedilmesi" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile 6 ncı maddenin beşinci fıkrasında düzenlenen yükümlülüğün yerine getirilmemesi" ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 51 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[18] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 61 inci maddesiyle, bu fıkranın birinci cümlesine "uyarı" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve idarî yaptırım" ibaresi eklenmiş, aynı cümlede yer alan "elektronik posta adresine gönderilmek suretiyle" ibaresi "kayıtlı elektronik posta adresine" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 51 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

sayılı Türk Ceza Kanununun 60 ıncı maddesindeki güvenlik tedbirleri uygulanır. İzinsiz olarak faaliyetine devam eden yayın cihaz ve tesisleri Üst Kurulca mühürlenerek kapatılır.

(2) Yayın lisansı olmasına rağmen lisans tipi dışında yayın yapan ve izinsiz verici tesis eden medya hizmet sağlayıcılar Üst Kurulca uyarılır, yapılan uyarıya rağmen izinsiz yayına devam edenler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) 25 inci maddeye uygun olarak yayın kayıtlarını bir yıl süreyle muhafaza etmeyen veya Üst Kurulca ya da Cumhuriyet başsavcılığınca istenmesine rağmen, süresi içerisinde ve aslına uygun olarak teslim etmeyen özel medya hizmet sağlayıcı kuruluş sorumlu müdürü bin günden beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

(4) Gönderilen kayıtların içerik bakımından istenen yayın olmaması veya kayıtlarda tahrifat, çıkarma, silme gibi işlemler yapılması hâlinde, özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşların sorumlu müdürü beşbin günden onbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

(5) Bu Kanun çerçevesinde açılan kamu davalarına Üst Kurul katılır.

ONBİRİNCİ BÖLÜM

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

Kuruluş

MADDE 34 - (1) Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla, idarî ve malî özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kurulmuştur.

(2) Üst Kurul, bu Kanun ve mevzuatta kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır.

(3) Üst Kurul, bu Kanunda ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kendisine tahsis edilen malî kaynakları görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde, kendi bütçesinde belirlenen usul ve esaslar dâhilinde serbestçe kullanır. Üst Kurulun malları Devlet malı hükmündedir, haczedilemez.

(4) Üst Kurul, Hükümet ile olan ilişkilerini Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bir Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan aracılığıyla yürütür.[19]

(5) Üst Kurul Sayıştay denetimine tabidir.

[19] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 164 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Başbakan veya görevlendireceği bir bakan" ibaresi "Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bir Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan" şeklinde değiştirilmiştir.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

MADDE 35 - (1) Üst Kurul, en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş, meslekleriyle ilgili konularda kamu kurum ve kuruluşları veya özel kuruluşlarda en az on yıl süreyle görev yapmış, meslekî açıdan yeterli bilgiye, deneyime ve Devlet memuru olma niteliğine sahip, otuz yaşını doldurmuş kişiler arasından Türkiye Büyük Millet Meclisince seçilen dokuz üyeden oluşur.

(2) Seçim için, siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı aday gösterilir ve Üst Kurul üyeleri bu adaylar arasından her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Ancak, siyasî parti gruplarında, Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak seçimlerde kime oy kullanılacağına dair görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.

(3) Üst Kurul üyelerinin seçimi, adayların belirlenerek ilânından sonra on gün içinde yapılır. Siyasî parti grupları tarafından gösterilen adaylar için ayrı ayrı listeler hâlinde birleşik oy pusulası düzenlenir. Adayların adlarının karşısındaki özel yer işaretlenmek suretiyle oy kullanılır. Siyasî parti gruplarının ikinci fıkraya göre belirlenen kontenjanlarından Üst Kurula seçilecek üyelerin sayısından fazla verilen oylar geçersiz sayılır.

(4) Karar yeter sayısı olmak şartıyla seçimde en çok oyu alan boş üyelik sayısı kadar aday seçilmiş olur. Seçim sonucu Resmî Gazetede yayımlanır.

(5) Üst Kurul üyelerinin görev süresi altı yıldır. Üyelerin üçte biri iki yılda bir yenilenir. Üyelerin görev sürelerinin bitiminden iki ay önce; üyeliklerde herhangi bir sebeple boşalma olması hâlinde, boşalma tarihinden veya boşalma tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise tatilin bitiminden itibaren bir ay içinde aynı usulle seçim yapılır. Bu seçimlerde, boşalan üyeliklerin siyasî parti gruplarına dağılımı, ilk seçimde siyasî parti grupları kontenjanından seçilen üye sayısı ve siyasî parti gruplarının hâlihazırdaki oranı dikkate alınmak suretiyle yapılır. Üyeliklerdeki boşalma sebebiyle yapılan seçimlerde seçilen üyeler, yerlerine seçildikleri üyelerin görev süresini tamamlar.

Üst Kurul Başkanı ve Başkan Vekili

MADDE 36 - (1) Üst Kurul üyeleri, seçim sonuçlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren onbeş gün içinde toplanarak kendi aralarından bir Başkan ve bir Başkan Vekili seçer. Başkan ve Başkan Vekilinin görev süreleri iki yıldır. Başkan Vekilliğine seçilen Üst Kurul üyelerinin Başkan Vekilliği görev süresi, Başkanın görevde bulunduğu süreyle sınırlıdır. Herhangi bir şekilde Başkan veya Başkan Vekilinin üyeliği sona erer veya Başkan veya Başkan Vekilliği boşalırsa, Üst Kurul ilk toplantısında Başkan ve/veya Başkan Vekili için seçim yapar.

(2) Üst Kurul, Başkan tarafından; Başkanın bulunmadığı hâllerde Başkan Vekili tarafından yönetilir ve temsil edilir. Başkan ve Başkan Vekilliğinin aynı anda boşalması durumunda en yaşlı üye Üst Kurula başkanlık eder.

(3) Başkanın görev ve yetkileri şunlardır:

a) Üst Kurul toplantılarının gündemini, gün ve saatini belirlemek, toplantıları idare etmek, gündeme alınmayan başvurular hakkında gerekli işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin olarak Üst Kurula bilgi vermek.

b) Üst Kurul kararlarının yayımlanmasını veya tebliğini sağlamak, bu kararların gereğinin yerine getirilmesini temin etmek ve uygulanmasını izlemek.

c) Hizmet birimlerinden gelen önerilere son şeklini vererek Üst Kurula sunmak.

ç) Üst Kurulun belirlediği stratejilere, amaç ve hedeflere uygun olarak, Üst Kurulun yıllık bütçesi ile malî tablolarını hazırlamak.

d) Üst Kurul ile hizmet birimlerinin uyumlu, verimli, disiplinli ve düzenli bir biçimde çalışmasının en üst düzeyde organizasyonu ve koordinasyonunu sağlamak, hizmet birimleri arasında çıkabilecek görev ve yetki sorunlarını çözmek.

e) Yıllık faaliyet raporlarını hazırlamak, amaç ve hedeflere, performans ölçütlerine göre faaliyetlerin değerlendirmesini yaptırmak ve bunları Üst Kurula sunmak.

f) Üst Kurulun faaliyet gösterdiği alanda strateji, politikalar ve ilgili mevzuat ile Üst Kurul ve personelin performans ölçütleri hakkında çalışma ve değerlendirme yapmak.

g) Üst Kurulun diğer kuruluşlarla ilişkilerini yürütmek ve Üst Kurulu temsil etmek.

ğ) Üst Kurul tarafından atanması öngörülenler dışındaki Üst Kurul personelini atamak.

h) Başkan adına imzaya yetkili personelin görev ve yetki alanını belirlemek.

ı) İdarî konulardaki diğer görevleri yerine getirmek.

(4) Başkan, Üst Kurula ilişkin olmayan görev ve yetkilerinden bir bölümünü, sınırlarını açıkça belirlemek ve yazılı olmak kaydıyla, alt kademelere devredebilir.

Görev ve yetkiler

MADDE 37 - (1) Üst Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Yayın hizmetleri alanında ifade ve haber alma özgürlüğünün, düşünce çeşitliliğinin, Rekabet Kurumunun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla rekabet ortamının ve çoğulculuğun güvence

altına alınması, yoğunlaşmanın önlenmesi ve kamu menfaatinin korunması amacıyla gerekli tedbirleri almak.

b) Millî frekans planında karasal radyo ve televizyon yayınları için 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümlerine göre Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları çerçevesinde televizyon kanal ve radyo frekans planlamalarını yapmak veya yaptırmak ve uygulamak.

c) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı talebinde bulunabilmeleri için gerekli idarî, malî ve teknik şartları belirlemek ve bu kuruluşlardan şartları sağlayanlara yayın lisansı vermek, denetlemek ve gerektiğinde iptal etmek.

ç) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, platform, multipleks, altyapı işletmecileri ile verici tesis ve işletim şirketinin radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin iletimi faaliyetlerine ilişkin uymaları gereken idarî, malî ve teknik şartları belirlemek, bunlara yayın iletim yetkisi vermek ve gerektiğinde iptal etmek.

d) Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcı kuruluşlardan alınacak yayın lisans ücretleri, karasal ortamdan sunulacak yayın hizmetleri için yıllık televizyon kanal, multipleks kapasitesi ve radyo frekansı kullanım ücretleri ile platform, multipleks, altyapı işletmecileri ve verici tesis ve işletim şirketinden alınacak yayın iletim yetkilendirme ücretini belirlemek.

e) Türkiye Cumhuriyeti topraklarında yerleşik medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerini, bu Kanun hükümlerine ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara uygunluğu açısından izlemek ve denetlemek.

f) Türkiye Cumhuriyeti topraklarında yerleşik olmayan, ancak Türkiye Cumhuriyeti yargı yetkisi altında bulunan medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin bu Kanun hükümlerine ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara uygunluğunu gözetmek, gerekli hâllerde diğer devletlerin yetkili kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapmak.

g) Yayın hizmetlerinin izlenmesi ve denetlenmesi için gerekli izleme ve kayıt sistemlerini, gerekli hâllerde yayıncı kuruluş stüdyolarına da cihaz yerleştirerek kurmak.

ğ) Medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinde yer verecekleri koruyucu sembol sistemi ile ilgili usul ve esasları belirlemek.

h) Medya hizmet sağlayıcılarının sunduğu yayın hizmetlerinde ve platform, multipleks, altyapı işletmecileri ile verici tesis ve işletim şirketinin sunduğu hizmetlerde bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata aykırılık tespit edilmesi veya yayın lisansı şartlarına uyulmaması hâlinde gerekli müeyyideleri uygulamak.

ı) Yayın hizmetlerine ilişkin kamuoyu araştırmaları yapmak veya yaptırmak ve bu araştırmaların sonuçlarını ilgili taraflar ve kamuoyuyla paylaşmak.

i) Yayın hizmetlerinin izlenme ve dinlenme oranı ölçümlerinin yapılmasına ve denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile bu usul ve esaslara uymayan şirket ve kuruluşlara uygulanacak müeyyideleri belirlemek.

j) 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla ve bireysel amaçlı iletişim yöntemleri hariç, teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yeni yayın iletim yöntemleri de dâhil olmak üzere yayın hizmetleri ile ilgili düzenlemeler yapmak ve deneme yayını izni vermek.

k) Yayın hizmetleri ile ilgili gelişmeleri takip etmek, sektöre ilişkin genel stratejileri, ortak denetim, özdenetim ve ortak düzenleme mekanizmalarını belirlemek; yayın hizmetlerinin ülkemizde gelişmesini sağlayacak çalışma ve teşviklerde bulunmak; medya hizmet sağlayıcılarının çalışanlarına yönelik eğitim ve sertifika programları düzenlemek ve sertifika vermek.

l) Yayın hizmetleri alanında hazırlanan mevzuat taslakları hakkında görüş bildirmek.

m) Görev alanına giren konularla ilgili ikincil düzenlemeleri yapmak.

n) Dışişleri Bakanlığının ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, yayın hizmetleri ile ilgili uluslararası hukuk tüzel kişiliğine sahip kuruluşlar nezdinde ülkemizi temsil etmek; medya hizmet sağlayıcılarının üye olmadığı uluslararası hukuk tüzel kişiliğine sahip olmayan uluslararası kuruluşlarda temsil görevini yerine getirmek ve bu bent gereğince düzenlenen ve uluslararası andlaşma niteliği bulunmayan belgeleri ilgili bakanlık ve kurumların görüşlerini de alarak usulüne göre imzalamak.

o) Üst Kurulun stratejik planını hazırlamak, performans ölçütlerini, amaç ve hedeflerini, hizmet kalite standartlarını belirlemek, insan kaynakları ve çalışma politikalarını oluşturmak.

ö) Engellilerin ve yaşlıların yayın hizmetlerine ve yeni teknolojilere erişimini kolaylaştırmak amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasını teşvik etmek.[20]

p) Taşınmaz alımı, satımı, kiralanması ve tahsisi konularını karara bağlamak.

r) Medya okuryazarlığının toplumun tüm kesimlerini içerecek şekilde yaygınlaştırılması amacıyla, başta Millî Eğitim Bakanlığı olmak üzere diğer kamu kurumları ile işbirliği yapmak.

[20] 25/4/2013 tarihli ve 6462 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu bentte yer alan "Özürlülerin" ibaresi "Engellilerin" şeklinde değiştirilmiştir.

s) Medya hizmet sağlayıcılardan görevleri kapsamında her türlü bilgi, belge ve kayıtları almak, medya hizmet sağlayıcıları yerinde denetlemek ve lisans şartlarına uymayan cihazları mühürleyerek kapatmak.

ş) Gerekli hâllerde geçici veya belli bir ihtisas gerektiren nitelikteki işler için hizmet satın almak.

t) Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü ve Yönetim Kurulu üyeliği için adayları belirlemek.

u) Kurul üyeleri ile Kurum personelinin uyacakları meslekî ve etik ilkeleri belirlemek.

ü) Üst Kurulun ana stratejisi ile amaç ve hedeflerine uygun olarak hazırlanan bütçesini görüşmek ve karara bağlamak.

v) Seferberlik ve savaş ilânı hallerinde görev ve yükümlülükleri yerine getirmek için ihtiyaç duyulan hususları, Milli Savunma Bakanlığı ile koordineli olarak çıkarılacak bir yönetmelikle belirleyerek yayıncı kuruluşlara bildirmek ve bunları denetlemek.

y) (Ek: 17/4/2017-KHK-690/62 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7077/52 md.) Yayın hizmetlerinde ailenin ve çocukların korunması ilkesini gözeterek, ailenin bütünlüğü ve sürekliliği ile çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerini destekleyecek nitelikteki aile ve çocuk dostu yapım ve dizileri, Üst Kurulca bir önceki yılda uygulanan idari para cezalarının yüzde yirmisini aşmamak kaydıyla, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile birlikte belirlenecek usul ve esaslara göre teşvik etmek.[21]

z) Mevzuatla verilen diğer görevleri yapmak.[22]

Yasaklar ve denetim

MADDE 38 - (1) Üst Kurul üyeleri ile üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yayın hizmetleri alanında Üst Kurulun görev ve yetki alanına giren konularda herhangi bir taahhüt işine giremez, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlarda veya bu kuruluşların doğrudan veya dolaylı ortaklık bağı bulunan şirketlerde ortak veya yönetici olamazlar.

(2) Üst Kurul üyeleri, aslî görevlerini aksatmayan bilimsel amaçlı eser hazırlama, ders ve konferans verme, jüri ve komisyon üyeliği yapma hariç, resmî veya özel nitelikte hiçbir görev

[21] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 62 nci maddesiyle, bu fıkraya (v) bendinden sonra gelmek üzere (y) bendi eklenmiş ve mevcut (y) bendi (z) bendi olarak teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 52 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.
[22] 17/4/2017 tarihli ve 690 sayılı KHK'nin 62 nci maddesiyle, bu fıkraya (v) bendinden sonra gelmek üzere (y) bendi eklenmiş ve mevcut (y) bendi (z) bendi olarak teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7077 sayılı Kanunun 52 nci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

alamaz, özel veya kamu medya hizmet sağlayıcılarının görev ve yetki alanına giren konularda doğrudan veya dolaylı olarak taraf olamaz ve bu konularda hiçbir maddî menfaat sağlayamaz ve siyasî partiye üye olamaz. Faaliyet alanı sosyal yardım ve eğitimle ilgili olan dernekler ve vakıflarda yürütülen görevler ve kooperatif ortaklıkları bu hükmün dışındadır.

(3) Üst Kurul üyeleri, göreve başlamadan önce mâliki oldukları, Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara ve yayın hizmeti yapan tüzel kişilere veya bunların iştiraklerine ait her türlü hisselerini ya da menkul kıymetlerini üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları dışındakilere, görev sürelerinin başlamasından itibaren otuz gün içinde satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır.

(4) Üst Kurul üyeleri ve Kurum personeli, Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara ve yayın hizmeti yapan gerçek ve tüzel kişilere ait her türlü sırları, görevlerinden ayrılmış olsalar bile açıklayamaz, kendilerinin veya başkalarının menfaatine kullanamaz.

(5) Üst Kurul üyeleri, kendileri veya üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarıyla ilgili konularda müzakere ve oylamaya katılamazlar. Bu durum karar metninde ayrıca belirtilir.

(6) Bu maddede belirtilen esaslara aykırı davranan Üst Kurul üyeleri görevlerinden çekilmiş sayılır. Bu husus Üst Kurul tarafından resen veya yapılacak müracaatın değerlendirilmesi sonucunda karara bağlanır ve gereği için Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bildirilir.

Üst Kurul üyelerinin teminatı, malî ve sosyal hakları[23]

MADDE 39 - (1) Üst Kurul üyelerine en yüksek Devlet memuru için belirlenen her türlü ödemeler dâhil malî haklar tutarında aylık ücret ödenir. en yüksek Devlet memuruna ödenenlerden, vergi ve diğer yasal kesintilere tabi olmayanlar bu Kanuna göre de vergi ve diğer kesintilere tabi olmaz. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer mevzuat uyarınca en yüksek Devlet memurunun yararlanmış olduğu sosyal hak ve yardımlardan, Üst Kurul üyeleri de aynı usul ve esaslar çerçevesinde aynen yararlanırlar.

[23] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 164 üncü maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "Başbakanlık Müsteşarı" ibaresi "en yüksek Devlet memuru" ve "Başbakanlık Müsteşarına" ibaresi "en yüksek Devlet memuruna" şeklinde değiştirilmiştir.

(2) Kamu görevlileri, Üst Kurul üyeliğinde bulundukları görev süresince kurumlarından ücretsiz izinli sayılır ve bu görevde geçirdikleri süreler mesleklerinde geçmiş gibi değerlendirilerek mümtazen terfi etmiş sayılırlar.

(3) Üst Kurul üyeleri, üyelikleri süresince Kuruldaki görevlerinden ve seçilerek geldikleri görevlerinden alınamaz.

(4) Üst Kurul üyeliklerine seçilenler 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Üst Kurul Başkan ve üyelerinin sigorta primine esas kazanç tutarları, Başkan ve üyeler için bakanlık müsteşarı esas alınarak belirlenir. Bu görevleri sırasında 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girenlerin bu görevde geçen süreleri makam tazminatı ile temsil tazminatı ödenmesi gereken süre olarak değerlendirilir ve emeklilik yönünden Başkan ve üyeler bakanlık müsteşarı için belirlenmiş olan ek gösterge, makam tazminatı ile temsil tazminatından aynı usul ve esaslara göre yararlandırılır.

(5) Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden emekli aylığı almakta olanlardan Üst Kurul üyeliklerine seçilenlerin, istekleri hâlinde emekli aylıkları kesilir ve sigorta primleri 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında ödenir. Bu şekilde emekli aylıklarını kestirmek suretiyle yeniden sigorta primi ödeyenlerin görev sürelerinin bitiminde emekli aylıkları genel hükümlere göre yeniden belirlenir.

(6) Üst Kurul üyelerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre yapılır ve bunlar hakkında soruşturma izni Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan tarafından verilir. 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 104 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları Üst Kurul üyeleri hakkında da uygulanır.[24]

(7) Üst Kurul üyeleri, her yıl ocak ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına mal bildiriminde bulunurlar.

Üst Kurulun çalışma esasları, toplantı ve karar yeter sayısı

MADDE 40 - (1) Üst Kurul, tam gün esasına göre çalışır, haftada en az bir defa olmak üzere, en az beş üyenin hazır bulunması ile toplanır ve en az beş üyenin aynı yöndeki oyuyla karar alır. Çekimser oy kullanılamaz.

[24] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 164 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Başbakan veya görevlendireceği" ibaresi "Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da" şeklinde değiştirilmiştir.

(2) Başkanın çağrısı veya üç üyenin birlikte talep etmesi hâlinde Üst Kurul olağanüstü toplantıya çağrılabilir.

(3) Toplantı gündemi Başkan, yokluğunda Başkan Vekili tarafından hazırlanarak, toplantıdan en az bir gün önce Üst Kurul üyelerine bildirilir. Gündeme yeni madde eklenebilmesi için toplantıda bir üyenin öneride bulunması ve önerilen maddenin Üst Kurulca kabul edilmesi gerekir.

(4) Geçerli mazereti olmaksızın üst üste iki, bir ay içerisinde üç defa toplantıya katılmayan Üst Kurul üyeleri üyelikten çekilmiş sayılır. Bu durum, Üst Kurul kararı ile tespit edilir ve Türkiye Büyük Milleti Meclisi Başkanlığına bildirilir.

(5) Üst Kurul toplantılarındaki müzakereler gizlidir ve açıklık kararı alınmadıkça müzakereler açıklanamaz.

(6) İhtiyaç duyulması hâlinde, görüşlerinden yararlanmak üzere ilgili kişiler Üst Kurul toplantısına davet edilebilir. Ancak Üst Kurul kararları toplantıya dışarıdan katılanların yanında alınamaz.

(7) Üst Kurulun gizliliği bulunmayan düzenleyici ve denetleyici nitelikteki kararları uygun vasıtalarla kamuoyuna duyurulur.

Malî kaynaklar ve bütçe

MADDE 41 - (1) Üst Kurulun gelirleri şunlardır:

a) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan alınacak yayın lisansı ücretleri.

b) Karasal ortamdan yayın yapan kamu ve özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan alınacak televizyon kanal, multipleks kapasite ve radyo frekans yıllık kullanım ücretleri.

c) 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yayın hizmetlerinin iletimi faaliyetinde bulunan platform, multipleks ve altyapı işletmecileri ile verici tesis ve işletim şirketinden alınacak yayın iletim yetkilendirme ücretleri.

ç) Medya hizmet sağlayıcılarının, program destekleme gelirleri hariç aylık brüt ticarî iletişim gelirlerinden ayrılacak yüzde birbuçuk paylar.[25]

d) Gerektiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bütçesinden alınacak Hazine yardımı.

e) Sair gelirler.

[25] 20/8/2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanunun 68 inci maddesi ile bu bentte yer alan "yüzde üç" ibaresi "yüzde birbuçuk" olarak değiştirilmiştir.

(2) Üst Kurul, gerektiği takdirde her yıl için yapacağı işlerin programını hazırlayarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bütçesinden bu işler için ayrılmasını talep ettikleri ödenek tutarını Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunar.

(3) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşların ticarî iletişim gelirlerinin, aracı kurumların hesaplarıyla birlikte Maliye Bakanlığınca denetlenmesi ile bu gelirlerin beyanına ve birinci fıkranın (ç) bendine göre alınacak payların ödenmesine ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Üst Kurulca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Gelirlerin tahsili

MADDE 42 - (1) (Değişik: 10/9/2014 - 6552/135 md.) Yayın lisans ücreti birinci taksiti lisans belgesinin verilmesinden önce ödenmek koşuluyla kalan taksitler takip eden her yılın Şubat ayının son gününe kadar ödenecek şekilde on eşit taksitte; yayın iletim yetkilendirme ücreti, yetki belgesinin verilmesini müteakip altı ay içinde eşit taksitlerle alınır.

(2) 41 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre ödenecek televizyon kanal, multipleks kapasitesi ve radyo frekans yıllık kullanım ücreti, her yılın ocak, nisan, temmuz ve ekim aylarında olmak üzere dört eşit taksitte, (ç) bendinde öngörülen ticarî iletişim gelirlerinden ayrılacak paylar, elde edildikleri ayı takip eden üçüncü ayın en geç yirmisinde ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar tarafından ödenir.

(3) (Değişik: 4/7/2012-6353/63 md.) Medya hizmet sağlayıcıları, her takvim ayı içinde elde ettikleri ticari iletişim gelirlerini, takip eden ayın son gününe kadar şekil ve içeriğiyle verilme usul ve esasları Üst Kurul tarafından belirlenen beyanname ile beyan ederler. İlgili dönemde gelir elde edilmemiş olsa dahi beyanname verilmesi zorunludur.[26]

(4) (Ek: 4/7/2012-6353/63 md.) Medya hizmet sağlayıcıları ile ticari iletişim gelirinin elde edilmesine aracılık yapanlar, yasal defter kayıtlarını, Üst Kurul payının hesaplanmasına esas teşkil eden ticari iletişim gelirlerinin doğru tespit edilmesini sağlayacak şekilde düzenlerler. Medya hizmet sağlayıcılar ile ticari iletişim gelirinin elde edilmesine aracılık yapanlar, Üst Kurul payının hesaplanmasına esas teşkil eden ticari iletişim gelirlerinin tespitine ilişkin olarak Üst Kurul tarafından veya Maliye Bakanlığına bağlı vergi incelemesine yetkili elemanlar tarafından incelendikleri hallerde, incelemeyi yapanlarca istenilen bilgileri vermeye ve bunlarla ilgili defter ve belgeleri ibraz etmeye mecburdurlar. Bilgiler yazı ile istenilir ve cevap vermeleri için kendilerine 15 günlük süre verilir. Zor durumda bulunmaları sebebiyle bilgi verme ve ibraz

[26] 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanunun 135 inci maddesi ile bu fıkrada yer alan "20'sine" ibaresi "son gününe" şeklinde değiştirilmiştir.

ödevlerini süresi içinde yerine getiremeyecek olanlara, sürenin bitmesinden önce yazı ile istemde bulunulması ve istemde belirtilen mazeretin kabule layık görülmesi kaydıyla kanuni sürenin bir katını geçmemek üzere ek süre verilebilir.

(5) (Ek: 4/7/2012-6353/63 md.) Üst Kurul tarafından üçüncü fıkra uyarınca verilmesi gereken beyannameyi süresinde vermeyen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar hakkında, beşbin Türk Lirası; dördüncü fıkrasında belirlenen bilgi verme ve ibraz yükümlülüklerini süresi içinde yerine getirmeyen veya eksik yerine getiren medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile ticari iletişim gelirinin elde edilmesine aracılık yapanlar hakkında, onbin Türk Lirası tutarında idari para cezası kesilir. Bu fıkra uyarınca kesilecek ceza, radyo kuruluşları hakkında yüzde elli oranında uygulanır. (Ek cümle: 10/9/2014 - 6552/135 md.) Beyannamenin kanuni süresinden sonraki ilk otuz gün içinde verilmesi hâlinde yukarıda belirlenen ceza tutarı 1/10 oranında, devam eden otuz gün içinde verilmesi hâlinde ceza tutarı 1/5 oranında, devam eden günlerde verilmesi hâlinde ise ceza tutarı tam olarak uygulanır.

(6) (Ek: 4/7/2012-6353/63 md.) Bu Kanunun 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (ç) bentlerinde yer alan Üst Kurul gelirlerinin süresinde ödenmemesi halinde bu gelirlere 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında faiz uygulanır.

(7) (Ek: 4/7/2012-6353/63 md.) Üçüncü fıkraya göre beyan edilmesi gereken ticari iletişim gelirlerinin süresinde beyan edilmediği veya eksik beyan edildiğinin tespiti üzerine medya hizmet sağlayıcılarına 30 gün içerisinde Üst Kurul gelirinin ödenmesi bir yazı ile bildirilir. Medya hizmet sağlayıcıları tarafından süresinden sonra beyan edilen Üst Kurul geliri beyan tarihini takip eden 30 gün içerisinde ödenir. Üçüncü fıkraya göre beyan edilmesi gereken Üst Kurul gelirinin süresinde beyan edilmemesi veya eksik beyan edilmesi halinde, beyan edilmesi gerektiği tarihten ödendiği tarihe kadar geçen süreye altıncı fıkra kapsamında faiz uygulanır.

(8) (Ek: 4/7/2012-6353/63 md.) Süresinde ödenmeyen Üst Kurul gelirleri genel hükümlere göre tahsil edilir. (Ek cümle: 10/9/2014 - 6552/135 md.) Bu madde hükümlerine göre Üst Kurulca yapılacak icra takiplerinde Ankara icra daireleri yetkilidir.

Üst Kurulun teşkilâtı, personeli ve kadroları (1)

MADDE 43 - (1) Üst Kurulun hizmet birimleri; daire başkanlıkları şeklinde teşkilâtlanmış ana hizmet ve destek hizmet birimleri ile danışma hizmet biriminden oluşur.

(2) Ana hizmet birimleri; İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı, İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı, Uluslararası İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Kamuoyu, Yayın Araştırmaları ve Ölçme

Dairesi Başkanlığı, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığıdır. Destek hizmet birimleri; İnsan Kaynakları ve Eğitim Dairesi Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri Dairesi Başkanlığı ile İdarî ve Malî İşler Dairesi Başkanlığıdır. Danışma hizmet birimi Hukuk Müşavirliğidir. Başkana bağlı olarak Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği kurulur. İhtiyaç duyulması halinde sayısı beşi geçmemek üzere yayıncılık faaliyetlerinin yoğun olduğu bölge merkezlerinde Üst Kurul kararıyla temsilcilik açılabilir.

(3) Başkana görevlerinde yardımcı olmak üzere iki başkan yardımcısı atanır. Başkan yardımcılarının en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmaları, Devlet memuriyetinde oniki yıllık meslekî tecrübeye ve Devlet memuriyeti için aranan koşullara sahip olmaları şarttır.

(4) Hukuk, yayıncılık, yönetim ve finans ile iletişim teknolojileri alanlarında ihtiyaca göre sayıları beşi geçmemek üzere başkanlık müşaviri görevlendirilebilir.

(5) Bu Kanun ile Üst Kurula verilen görevlerin gerektirdiği aslî ve sürekli görev ve hizmetler, Üst Kurul uzmanları ile Üst Kurul uzman yardımcılarından oluşan meslek personeli ve idarî personel eliyle yürütülür. Üst Kurul kadrolarına atanacakların, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde belirtilen şartları taşımaları gerekir. Söz konusu kadrolara yapılacak atamalara ilişkin diğer hususlar Üst Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

(6) Üst Kurul personeli, kadro karşılığı sözleşmeli statüde istihdam edilir, ücret ve malî haklar dışında her türlü hak ve yükümlülükler yönünden 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabidir. Personelin ücretleri ile diğer malî hakları toplamı, Üst Kurul üyeleri için yapılan ödemelerin toplamını geçmemek üzere kurum içi hiyerarşi de gözetilerek Cumhurbaşkanınca belirlenen esaslar çerçevesinde Üst Kurul tarafından tespit edilir.[27]

(7) Üst Kurul uzman yardımcılığına atanabilmek için; beşinci fıkrada belirtilen şartları taşımak, türleri Üst Kurulca belirlenen en az dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olmak, Kamu Personeli Seçme Sınavından Üst Kurul tarafından belirlenen puan türlerinden asgarî puanı almış olmak, Kamu Personeli Seçme Sınavında yabancı dil bölümündeki sorulardan en az yüzde altmışına doğru cevap vermiş olmak veya Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından asgarî (D) düzeyinde ya da dil yeterliği bakımından buna denkliği kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan başka bir belgeye sahip olmak, yapılacak sınavda başarılı olmak, sınavın yapıldığı yılın ocak ayının ilk gününde otuz yaşını doldurmamış olmak gerekir. Üst Kurul uzman yardımcılığına atananlar, en az üç yıl çalışmak, her yıl olumlu sicil almak ve istihdam edildikleri birimlerce belirlenecek konularda hazırlayacakları uzmanlık tezinin, oluşturulacak tez

[27] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 164 üncü maddesiyle, bu maddenin altıncı fıkrasında yer alan "Bakanlar Kurulunca" ibaresi "Cumhurbaşkanınca" şeklinde değiştirilmiştir

jürisi tarafından kabul edilmesi ve Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından asgarî (C) düzeyinde veya dil yeterliği bakımından buna denkliği kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan başka bir belgeye sahip olmaları kaydıyla yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Süresi içinde tezlerini sunmayan veya tezleri kabul edilmeyenlere tezlerini sunmaları veya yeni bir tez hazırlamaları için altı ayı aşmamak üzere ilave süre verilir. Yeterlik sınavında başarılı olanların uzman kadrolarına atamaları yapılır. Sınavda başarılı olamayanlar veya sınava girmeye hak kazandığı hâlde geçerli mazereti nedeniyle sınav hakkını kullanamayanlara, bir yıl içinde ikinci kez sınav hakkı verilir. Verilen ilave süre içinde tezlerini sunmayanlar, ikinci defa hazırladıkları tezleri kabul edilmeyenler, yabancı dil yeterlik şartını yerine getirmeyenler ile ikinci sınavda da başarı gösteremeyen veya sınav hakkını kullanmayanlar, uzman yardımcısı unvanını kaybederler ve Üst Kurulda durumlarına uygun kadrolara atanırlar. Uzman yardımcılığından Üst Kurul uzmanlığına atananlara bir defaya mahsus olmak üzere bir derece yükseltilmesi uygulanır.

(8) Üst Kurulun Üst Kurul uzman ve uzman yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar Üst Kurul tarafından yönetmelikle belirlenir.

(9) Başkan yardımcıları, I. Hukuk Müşaviri ve daire başkanları Başkanın teklifi üzerine Kurul kararıyla, diğer personel Başkan tarafından atanır.

(10) Üst Kurul personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre yapılır ve bunlar hakkında soruşturma izni Başkan tarafından verilir.

(11) Üst Kurul personeli sosyal güvenlik açısından 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılır.

(12) Emeklilik bakımından; başkan yardımcıları bakanlık genel müdürü, daire başkanları bakanlık genel müdür yardımcısı, I. Hukuk Müşaviri bakanlık I. Hukuk Müşaviri, Üst Kurul uzmanları Adalet uzmanı, Başkanlık müşaviri Üst Kurul müşaviri, uzman denetçi bakanlık müşaviri ile denk kabul edilir. Diğer unvanlardaki personele 657 sayılı Kanundaki eşdeğer kadrolara ilişkin hükümler uygulanır.[28]

(13) Üst Kurulun kadroları ekli (I) sayılı cetvelde gösterilmiştir. Anılan cetveldeki toplam kadro sayısı geçilmemek ve anılan cetvelde yer alan kadro unvanları ile 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı

[28] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 164 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Başbakanlık uzmanı" ibaresi "Adalet uzmanı" şeklinde değiştirilmiştir.

Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla, dolu kadrolarda derece değişikliği ile boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece değişiklikleri Üst Kurul kararıyla yapılır.

ONİKİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna ilişkin hükümler

MADDE 44 - (1) Yayın hizmetlerinin iletimine ilişkin teknik ve idarî konularda Üst Kurul ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu işbirliği yapar.

(2) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak üzere yetkilendirilen işletmeciler; elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu düzenlemelerine tabidirler. Ancak, bu işletmecilerden yayın hizmetlerinin iletimi için faaliyette bulunmak isteyenler, bu Kanun uyarınca Üst Kuruldan gerekli yayın iletim yetkisini almak ve Üst Kurul düzenlemelerine uymak suretiyle faaliyetlerini yürütebilirler.

(3) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, yayın hizmetlerinin iletiminde kullandıkları radyolink cihaz ve sistemleri için gereken izinleri, ilgili mevzuat çerçevesinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan alırlar.

(4) Ulusal ve uluslararası hava ve deniz seyrüsefer sistemlerine radyo ve televizyon sistemlerinden zararlı enterferanslar gelmesi hâlinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürmemek amacıyla enterferansa sebep olan vericileri yerinde tespit ederek geçici olarak kapatır ve durumu Üst Kurula bildirir. Üst Kurul bu Kanun çerçevesinde gerekli müeyyideleri ayrıca uygular.

(5) Radyo ve televizyon sistemlerinin diğer bantlarda faaliyet gösteren yayın dışı sistemler tarafından enterferansa maruz kalması hâlinde Üst Kurul, durumu Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bildirir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Üst Kurulca bildirilen enterferansın giderilmesi için gerekli önlemleri ivedilikle alır.

(6) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu uluslararası düzenlemeler ve millî frekans planı çerçevesinde Üst Kurulun görüşünü alarak frekans bantlarında değişiklik yapabilir.

(7) Bu Kanunun uygulanması açısından, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri saklıdır.

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun yükümlülüğü

MADDE 45 - (1) 8 inci maddede belirtilen yayın ilkeleri ile bu Kanunun yayın hizmetlerinde ticarî iletişimi düzenleyen hükümleri, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu yayınları hakkında da uygulanır.

(2) Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu ihlâlin niteliği açıkça belirtilerek Üst Kurulca uyarılır ve yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesi ilgili Bakanlığa bildirilir.

Sorumluluk ve sorumlu müdür

MADDE 46 - (1) Yayından doğan sorumluluk yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Bu hüküm yayın kuruluşunun bu Kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(2) Ancak, şirketi idare ve temsile yetkili kişiler, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermişlerse, bu durumda sorumluluk yayına karar veren söz konusu kişilere geçer.

(3) Özel radyo ve televizyon kuruluşları, sunacakları yayın hizmetlerinin özellik ve önemini değerlendirerek bir veya birden çok sorumlu müdür görevlendirir. Sorumlu müdür veya müdürlerin;

a) Türk vatandaşı olmaları,

b) Ulusal ve bölgesel düzeyde faaliyette bulunan yayın kuruluşlarının sorumlu müdürlerinin yüksek öğrenim mezunu olmaları,

c) Yerleşim yerlerinin Türkiye'de bulunması,

ç) Kamu hizmetlerinden yasaklı olmamaları veya kısıtlı bulunmamaları,

gerekir.

Tebligat ve yetkili mahkemeler

MADDE 47 - (1) Bu Kanun gereğince yapılacak tebligat hakkında 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.

(2) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile platform, multipleks ve altyapı işletmecileri ile verici tesis ve işletim şirketine yönelik olarak yapılacak genel nitelikli duyurular ile 7 nci madde çerçevesindeki bildiriler, Üst Kurulun internet sitesinde yayınlanır. Bu duyurular 7201 sayılı Kanuna göre yapılan tebligat hükmündedir.

(3) Üst Kurul aleyhine açılacak davalarda Ankara idare mahkemeleri yetkilidir.

Yürürlükten kaldırılan ve uygulanmayacak hükümler

MADDE 48 - (1) 13/4/1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun dışında, diğer kanunlarda medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara zorunlu yayın yükümlülüğü getiren hükümler uygulanmaz.

Üst Kurul üyeleri ve personele dair geçiş hükümleri

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Üst Kurul üyeliğine seçilen ve bu görevleri devam etmekte olanlardan halen 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeksizin sigorta primi ödemekte olanlar, 5510 sayılı Kanunun kamu personeli için uygulanmaya başlandığı 15/10/2008 tarihinden daha önceki bir tarihi geçmemek kaydıyla, Üst Kurul üyesi olarak göreve başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren geçen hizmet süreleri itibarıyla 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı kabul edilirler. Bu süreye ait emekli keseneği veya sigorta primi çalışan payı farkları kendileri tarafından, kurum karşılığı veya sigorta primi işveren payı farkları Üst Kurul tarafından ödenir. Sigortalı hizmet sürelerinin birleştirilerek aylık bağlanmasında, ilgisine göre mülga 24/5/1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun veya 5510 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden emekli aylığı almakta iken Üst Kurul üyeliğine seçilen ve halen görevde olanların, istekleri halinde emekli aylıkları kesilir ve sigorta primleri 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında ödenir ve bunların emekli aylıklarının yeniden bağlanarak emekli aylığı tutarlarının belirlenmesinde genel hükümlere göre işlem yapılır.

(2) Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte Üst Kurul üyesi olanların üyelikleri, üyelerin üçte birinin iki yılda bir yenilenmesi saklı kalmak kaydıyla, görev sürelerinin sonuna kadar devam eder.

(3) Bu Kanunla yapılan yeni düzenlemeler nedeniyle kadro ve görev unvanı değişmeyenlerden bu Kanunda öngörülen eğitim şartlarını taşıyanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın durumlarına uygun aynı unvanlı kadrolara atanmış sayılır. Kadro ve görev unvanları değişen yahut kaldırılan veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan personelden; Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Sekreter, Daire Başkanı ve Bölge Müdürü kadrolarında bulunanlar Üst Kurul Müşaviri kadrolarına, Başmüfettiş ve bölge müdür yardımcısı kadrolarında bulunanlar uzman denetçi kadrolarına, başka bir işleme ve tebligata gerek kalmaksızın bu Kanunun yayımı tarihinde atanmış

sayılır; diğerleri Başkan tarafından üç ay içinde Üst Kurulda durumlarına uygun kadrolara atanırlar. Bunlar atama işlemi yapılıncaya kadar Başkan tarafından ihtiyaç duyulan işlerde görevlendirilebilirler. Bunlar, yeni bir kadroya atanıncaya kadar, eski kadrolarına ait ücret ve diğer mali haklarını almaya devam ederler. Söz konusu personelin, atandıkları yeni kadroların aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir aya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar (fazla çalışma ücreti hariç) diğer malî hakları toplam net tutarının, atandıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir aya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar (fazla çalışma ücreti hariç) diğer malî hakları toplam net tutarından az olması hâlinde, aradaki fark, atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ve farklılık giderilinceye kadar kendilerine tazminat olarak ödenir.

(4) Bu Kanunun yayımı tarihinden sonra 43 üncü maddenin altıncı fıkrasına göre Üst Kurul kadrolarında bulunan personel için belirlenecek ücretler ile diğer malî haklar toplamının, bu Kanunun yayımı tarihinden önceki en son ayda Üst Kurul kadroları için belirlenmiş olan aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir aya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar ile fazla çalışma ücreti hariç diğer malî haklar toplamı net tutarından daha az olması hâlinde, aradaki fark söz konusu personele, kadrolarında kaldıkları sürece, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ve farklılık giderilinceye kadar tazminat olarak ödenir.

(5) Üst Kurul müşaviri ve uzman denetçi kadrosunda bulunanlar, Üst Kurulda Başkan tarafından uygun görülen birim ve işlerde görevlendirilirler. Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren Üst Kurulda yeni Üst Kurul müşaviri ve uzman denetçi ataması yapılmaz ve bu kadrolarda herhangi bir şekilde boşalma olması hâlinde, anılan kadrolar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

(6) Üst Kurul uzmanı ve Üst Kurul uzman yardımcısı kadrolarından teknik hizmetler sınıfında bulunanların hizmet sınıfı, genel idare hizmetleri olarak değiştirilmiştir.

(7) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Üst Kurulda görev yapmakta olan personel, bu Kanunun yayımı tarihinden önce yararlanmakta olduğu ek göstergelerden kazanılmış hak olarak yararlanmaya devam eder.

(8) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Üst Kurulda görev yapan personelden;

a) Fakülte veya dört yıllık yüksekokul mezunu olan,

b) Üst Kurulda beş yıllık hizmet süresini tamamlayan,

c) Son üç yıllık sicil not ortalaması seksen ve üzerinde olan,

d) Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından en az (D) düzeyinde puanı olan veya Üniversitelerarası Kurul Yabancı Dil Sınavından en az 60 puanı olan veya dil yeterliği bakımından buna denk kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan bir belgeye sahip olan,

e) Hazırlayacakları tez, bu Kanunun 43 üncü maddesinin yedinci fıkrasına göre kabul edilen veya doktora yapan ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde aynı fıkraya göre yapılacak yeterlik sınavında başarılı olanlar,

Üst Kurul uzmanlığı kadrosuna atanabilirler.

Yönetmelikler

GEÇİCİ MADDE 2 - (1) Bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulması gereken yönetmelikler, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde Üst Kurulca hazırlanır ve Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulur. Bu yönetmelikler yürürlüğe konuluncaya kadar mevcut düzenleyici işlemlerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Lisans sahibi kuruluşlar

GEÇİCİ MADDE 3 - (1) Bu Kanunun yayımı tarihinden önce kablo ve uydu ortamından yayın yapmak üzere yayın lisansı almış olan kuruluşların hakları lisans süresi sonuna kadar geçerlidir.

(2) Bu Kanunun yayımı tarihinde uydu ve kablo yayın lisansına sahip olan radyo ve televizyon yayın kuruluşları altı ay içinde durumlarını bu Kanun hükümlerine uygun hâle getirirler.

Kanal ve frekanslarla ilgili geçiş hükümleri

GEÇİCİ MADDE 4 - (1) Üst Kurulca sıralama ihalesi yapılıp, karasal yayın lisansları verilene kadar geçecek süre içerisinde, sadece 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun geçici 6 ncı maddesi uyarınca karasal ortamda yayında olan radyo ve televizyon kuruluşları, Üst Kurulca yayın yapmalarına müsaade edilmiş olan yerleşim yerleri ile sınırlı olmak kaydıyla, yayınlarına devam ederler. Bu kuruluşlardan, 41 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen kanal ve frekans yıllık kullanım bedeli, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren tahsil edilir. Kanal ve frekans kullanım bedelini 42 nci maddeye göre ödemeyen veya karasal yayın lisansları için sıralama ihalesinin yapılmasının ardından tahsise hak kazanmayan kuruluşların karasal yayınları bir ay içinde Üst Kurulca durdurulur. Sıralama ihalesinde tahsise hak kazanan kuruluşların yayınları Üst Kurulca belirlenen takvimde, daha önce yayın yaptıkları kanal ve frekanslardan, tahsis edilen kanal, multipleks kapasitesi ve frekanslara taşınır.

(2) (Değişik: 10/9/2014-6552/136 md.) Sıralama ihalesinde karasal sayısal televizyon multipleks kapasitesi tahsisine hak kazanan kuruluşlardan bir bölümüne, ihaledeki sıraları ve analog kanal kapasitesi dikkate alınarak en fazla iki yıl süreyle karasal sayısal yayının yanı sıra analog televizyon yayını yapmalarına da imkân tanınır. Tahsisi müteakip en geç iki yıllık süre sonunda analog karasal televizyon yayınları ülke genelinde tümüyle sonlandırılır ve analog karasal televizyon yayınları durdurulur. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu da kendisine yapılan tahsisler çerçevesinde ve Üst Kurulca verilen süre içinde karasal radyo ve televizyon yayınlarını eski kullandığı kanal ve frekanslardan tahsis edilen kanal, multipleks kapasitesi ve frekanslara taşır.

(3) Bu madde uyarınca Üst Kurulca yayınları durdurulan kuruluşların yayınlarına izinsiz olarak devam etmeleri durumunda bu kuruluşlar hakkında, 33 üncü maddenin birinci fıkrası uyarınca işlem yapılır.

(4) Karasal yayın lisanslarının verilmesinin ardından mevcut verici tesisleri özel medya hizmet sağlayıcılar tarafından kaldırılır veya tarafların mutabık kalacakları bir bedel karşılığında verici tesis ve işletim şirketine devredilir. Verici tesis ve işletim şirketi tarafından devralınmayan verici tesisleri Üst Kurulca yapılacak uyarının ardından üç ay içinde kaldırılır. Verilen süre içinde kaldırılmayan ve faaliyetine devam eden verici tesisleri Üst Kurulca mühürlenerek kapatılır.

(5) Frekans planları ve uygulama takvimi bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde hazırlanır.

(6) Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları dışındaki frekans bantları, sayısal yayına geçişin tamamlanmasını takiben Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun talebi çerçevesinde Üst Kurul tarafından boşaltılır.

(7) (Ek: 10/9/2014 - 6552/136 md.; Mülga: 2/1/2017-KHK-687/9 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7076/9 md.)

Müeyyideler

GEÇİCİ MADDE 5 - (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Üst Kurul tarafından yayıncı kuruluşlara uygulanan müeyyideler tekerrüre esas alınmaz.

Atıflar

GEÇİCİ MADDE 6 - (1) Mevzuatta 3984 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılır.

Bazı maddelerin uygulanması

GEÇİCİ MADDE 7 - (1) 15 inci maddede yer alan hükümler, Türkiye Cumhuriyetinin Avrupa Birliğine tam üye olduğu tarihten itibaren uygulanır. 19 uncu maddenin birinci fıkrasının (f) bendi, Türkiye Cumhuriyetinin Avrupa Birliğine tam üye olduğu tarihten itibaren Avrupa Birliğine üye ülkeler için uygulanmaz.

GEÇİCİ MADDE 8 - (1) (Mülga: 2/1/2017-KHK-680/21 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/20 md.)

(2) 11/11/1983 tarihli ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu ile mülga Radyo ve Televizyon Yüksek Kuruluna verilen görevler, Kurum Genel Müdürü ve Yönetim Kurulu üyelerinin atanmasına ilişkin olanlar hariç olmak üzere Kurum Yönetim Kuruluna devredilir.

Yürürlük

MADDE 49 - (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 50 - (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Kanun Numarası : 6698

Kabul Tarihi : 24.03.2016

Yayımlandığı RG : 07.04.2016 Sayı: 29677

Yayımlandığı Düstur : Tertip: 5 Cilt: 57

Amaç

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

MADDE 1 - (1) Bu Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 - (1) Bu Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır.

Tanımlar

MADDE 3 - (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Açık rıza: Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı,

b) Anonim hâle getirme: Kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesini,

c) Başkan: Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanını,

ç) İlgili kişi: Kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi,

d) Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi,

e) Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi,

kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi,

f) Kurul: Kişisel Verileri Koruma Kurulunu,

g) Kurum: Kişisel Verileri Koruma Kurumunu,

ğ) Veri işleyen: Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi,

h) Veri kayıt sistemi: Kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemini,

ı) Veri sorumlusu: Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi,

ifade eder.

Genel ilkeler

İKİNCİ BÖLÜM

Kişisel Verilerin İşlenmesi

MADDE 4 - (1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.

Kişisel verilerin işlenme şartları

MADDE 5 - (1) Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.

(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları

MADDE 6 - (1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.

Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi

MADDE 7 - (1) Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir.

(2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

(3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Kişisel verilerin aktarılması

MADDE 8 - (1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler;

a) 5 inci maddenin ikinci fıkrasında,

b) Yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında,

belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

(3) Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması

MADDE 9 - (1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler, 5 inci maddenin ikinci fıkrası ile 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede;

a) Yeterli korumanın bulunması,

b) Yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması,

kaydıyla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılabilir.

(3) Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler Kurulca belirlenerek ilan edilir.

(4) Kurul yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığına ve ikinci fıkranın (b) bendi uyarınca izin verilip verilmeyeceğine;

a) Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri,

b) Kişisel veri talep eden ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklılık durumunu,

c) Her somut kişisel veri aktarımına ilişkin olarak, kişisel verinin niteliği ile işlenme amaç ve süresini,

ç) Kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulamasını,

d) Kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tarafından taahhüt edilen önlemleri,

değerlendirmek ve ihtiyaç duyması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü de almak suretiyle karar verir.

(5) Kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilir.

(6) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Haklar ve Yükümlülükler Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü

MADDE 10 - (1) Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,

c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği,

ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,

d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.

İlgili kişinin hakları

MADDE 11 - (1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili;

a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme,

b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme,

c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme,

ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme,

d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini

isteme,

e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme,

f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme,

g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme,

ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme,

haklarına sahiptir.

Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler

MADDE 12 - (1) Veri sorumlusu;

a) Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek,

b) Kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek,

c) Kişisel verilerin muhafazasını sağlamak,

amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır.

(2) Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur.

(3) Veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır.

(4) Veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.

(5) İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgilisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Başvuru, Şikâyet ve Veri Sorumluları Sicili Veri sorumlusuna başvuru

MADDE 13 - (1) İlgili kişi, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir.

(2) Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Ancak, işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde, Kurulca belirlenen tarifedeki ücret alınabilir.

(3) Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını ilgili kişiye yazılı olarak veya elektronik ortamda bildirir. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir. Başvurunun veri sorumlusunun hatasından kaynaklanması hâlinde alınan ücret ilgiliye iade edilir.

Kurula şikâyet

MADDE 14 - (1) Başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde; ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her hâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurula şikâyette bulunabilir.

(2) 13 üncü madde uyarınca başvuru yolu tüketilmeden şikâyet yoluna başvurulamaz.

(3) Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.

Şikâyet üzerine veya resen incelemenin usul ve esasları

MADDE 15 - (1) Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapar.

(2) 1/11/1984 tarihli ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen şartları taşımayan ihbar veya şikâyetler incelemeye alınmaz.

(3) Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç; veri sorumlusu, Kurulun, inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri on beş gün içinde göndermek ve gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorundadır.

(4) Şikâyet üzerine Kurul, talebi inceleyerek ilgililere bir cevap verir. Şikâyet tarihinden itibaren altmış gün içinde cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır.

(5) Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, ihlalin varlığının anlaşılması hâlinde Kurul, tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek ilgililere tebliğ eder. Bu karar, tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirilir.

(6) Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, ihlalin yaygın olduğunun tespit edilmesi hâlinde Kurul, bu konuda ilke kararı alır ve bu kararı yayımlar. Kurul, ilke kararı almadan önce ihtiyaç duyması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini de alabilir.

(7) Kurul, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık olması hâlinde, veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilir.

Veri Sorumluları Sicili

MADDE 16 - (1) Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulur.

(2) Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.

(3) Veri Sorumluları Siciline kayıt başvurusu aşağıdaki hususları içeren bir bildirimle yapılır:

a) Veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgileri.

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği.

c) Veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamalar.

ç) Kişisel verilerin aktarılabileceği alıcı veya alıcı grupları.

d) Yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler.

e) Kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler.

f) Kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre.

(4) Üçüncü fıkra uyarınca verilen bilgilerde meydana gelen değişiklikler derhâl Başkanlığa bildirilir.

(5) Veri Sorumluları Siciline ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Suçlar

BEŞİNCİ BÖLÜM

Suçlar ve Kabahatler

MADDE 17 - (1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde hükümleri uygulanır.

(2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.

Kabahatler

MADDE 18 - (1) Bu Kanunun;

a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar,

b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

idari para cezası verilir.

(2) Bu maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır.

(3) Birinci fıkrada sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir.

ALTINCI BÖLÜM

Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Teşkilat Kişisel Verileri Koruma Kurumu

MADDE 19 - (1) Bu Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere, idari ve mali özerkliğe sahip ve kamu tüzel kişiliğini haiz Kişisel Verileri Koruma Kurumu kurulmuştur.

(2) Kurum Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkilidir.[185]

(3) Kurumun merkezi Ankara'dadır.

(4) Kurum, Kurul ve Başkanlıktan oluşur. Kurumun karar organı Kuruldur.

Kurumun görevleri

MADDE 20 - (1) Kurumun görevleri şunlardır:

a) Görev alanı itibarıyla, uygulamaları ve mevzuattaki gelişmeleri takip etmek, değerlendirme ve önerilerde bulunmak, araştırma ve incelemeler yapmak veya yaptırmak.

[185] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Başbakanlıkla" ibaresi "Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile" şeklinde değiştirilmiştir.

b) İhtiyaç duyulması hâlinde, görev alanına giren konularda kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, meslek örgütleri veya üniversitelerle iş birliği yapmak.

c) Kişisel verilerle ilgili uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, görev alanına giren konularda uluslararası kuruluşlarla iş birliği yapmak, toplantılara katılmak.

ç) Yıllık faaliyet raporunu Cumhurbaşkanlığına, Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonuna (…)[186] sunmak.[187]

d) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu

MADDE 21- (1) Kurul, bu Kanunla ve diğer mevzuatla verilen görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve kullanır. Görev alanına giren konularla ilgili olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez, tavsiye veya telkinde bulunamaz.

(2) Kurul, dokuz üyeden oluşur. Kurulun beş üyesi Türkiye Büyük Millet Meclisi, dört üyesi Cumhurbaşkanı tarafından seçilir.[188]

(3) Kurula üye olabilmek için aşağıdaki şartlar aranır:

a) Kurumun görev alanındaki konularda bilgi ve deneyim sahibi olmak.

b) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının

(A) bendinin (1), (4), (5), (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde belirtilen nitelikleri taşımak.

c) Herhangi bir siyasi parti üyesi olmamak.

ç) En az dört yıllık lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olmak.

d) (Mülga: 2/7/2018-KHK-703/163 md.)

(4) (Mülga: 2/7/2018-KHK-703/163 md.)

(5) Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kurula üye seçimini aşağıdaki usulle yapar:

[186] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu bentte yer alan " ve Başbakanlığa" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.
[187] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu bentte yer alan " ve Başbakanlığa" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.
[188] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan "iki üyesi Cumhurbaşkanı, iki üyesi Bakanlar Kurulu" ibaresi "dört üyesi Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

a) Seçim için, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı aday gösterilir ve Kurul üyeleri bu adaylar arasından her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Ancak, siyasi parti gruplarında, Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak seçimlerde kime oy kullanılacağına dair görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.

b) Kurul üyelerinin seçimi, adayların belirlenerek ilanından sonra on gün içinde yapılır. Siyasi parti grupları tarafından gösterilen adaylar için ayrı ayrı listeler hâlinde birleşik oy pusulası düzenlenir. Adayların adlarının karşısındaki özel yer işaretlenmek suretiyle oy kullanılır. Siyasi parti gruplarının ikinci fıkraya göre belirlenen kontenjanlarından Kurula seçilecek üyelerin sayısından fazla verilen oylar geçersiz sayılır.

c) Karar yeter sayısı olmak şartıyla seçimde en çok oyu alan boş üyelik sayısı kadar aday seçilmiş olur.

ç) Üyelerin görev sürelerinin bitiminden iki ay önce; üyeliklerde herhangi bir sebeple boşalma olması hâlinde, boşalma tarihinden veya boşalma tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise tatilin bitiminden itibaren bir ay içinde aynı usulle seçim yapılır. Bu seçimlerde, boşalan üyeliklerin siyasi parti gruplarına dağılımı, ilk seçimde siyasi parti grupları kontenjanından seçilen üye sayısı ve siyasi parti gruplarının hâlihazırdaki oranı dikkate alınmak suretiyle yapılır.

(6) Cumhurbaşkanı (…)[189] tarafından seçilen üyelerden birinin görev süresinin bitiminden kırk beş gün önce veya herhangi bir sebeple görevin sona ermesi hâlinde durum, on beş gün içinde Kurum tarafından, Cumhurbaşkanlığına (…)[190] bildirilir. Üyelerin görev süresinin dolmasına bir ay kala yeni üye seçimi yapılır. Bu üyeliklerde, görev süresi dolmadan herhangi bir sebeple boşalma olması hâlinde ise bildirimden itibaren on beş gün içinde seçim yapılır.

(7) Kurul, üyeleri arasından Başkan ve İkinci Başkanı seçer. Kurulun Başkanı, Kurumun da başkanıdır.

(8) Kurul üyelerinin görev süresi dört yıldır. Süresi biten üye yeniden seçilebilir. Görev süresi dolmadan herhangi bir sebeple görevi sona eren üyenin yerine seçilen kişi, yerine seçildiği üyenin kalan süresini tamamlar.

(9) Seçilen üyeler Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu huzurunda "Görevimi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak, tam bir tarafsızlık, dürüstlük, hakkaniyet ve adalet anlayışı içinde yerine

[189] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "veya Bakanlar Kurulu" ve "veya Bakanlar Kuruluna sunulmak üzere Başbakanlığa" ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.
[190] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "veya Bakanlar Kurulu" ve "veya Bakanlar Kuruluna sunulmak üzere Başbakanlığa" ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

getireceğime, namusum ve şerefim üzerine yemin ederim." şeklinde yemin ederler. Yargıtaya yemin için yapılan başvuru acele işlerden sayılır.

(10) Kurul üyeleri özel bir kanuna dayanmadıkça, Kuruldaki resmî görevlerinin yürütülmesi dışında resmî veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, hakemlik ve bilirkişilik yapamazlar. Ancak, Kurul üyeleri, asli görevlerini aksatmayacak şekilde bilimsel amaçlı yayın yapabilir, ders ve konferans verebilir ve bunlardan doğacak telif hakları ile ders ve konferans ücretlerini alabilirler.

(11) Üyelerin görevleri sebebiyle işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre yapılır ve bunlar hakkında soruşturma izni Cumhurbaşkanı tarafından verilir.[191]

(12) Kurul üyeleri hakkında yapılacak disiplin soruşturması ve kovuşturmasında 657 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

(13) Kurul üyelerinin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Kurul üyelerinin;

a) Seçilmek için gereken şartları taşımadıklarının sonradan anlaşılması,

b) Görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi,

c) Görevlerini yerine getiremeyeceklerinin sağlık kurulu raporuyla kesin olarak tespit edilmesi,

ç) Görevlerine izinsiz, mazeretsiz ve kesintisiz olarak on beş gün ya da bir yılda toplam otuz gün süreyle devam etmediklerinin tespit edilmesi,

d) Bir ay içinde izinsiz ve mazeretsiz olarak toplam üç, bir yıl içinde toplam on Kurul toplantısına katılmadıklarının tespit edilmesi,

hâllerinde Kurul kararıyla üyelikleri sona erer.

(14) Kurul üyeliğine seçilenlerin Kurulda görev yaptıkları sürece önceki görevleri ile olan ilişikleri kesilir. Kamu görevlisi iken üyeliğe seçilenler, memuriyete giriş şartlarını kaybetmemeleri kaydıyla, görev sürelerinin sona ermesi veya görevden ayrılma isteğinde bulunmaları ve otuz gün içinde eski kurumlarına başvurmaları durumunda atamaya yetkili makam tarafından bir ay içinde mükteseplerine uygun bir kadroya atanır. Atama gerçekleşinceye kadar,

[191] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Başbakan" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde değiştirilmiştir.

bunların almakta oldukları her türlü ödemelerin Kurum tarafından ödenmesine devam olunur. Bir kamu kurumunda çalışmayanlardan üyeliğe seçilip yukarıda belirtilen şekilde görevi sona erenlere herhangi bir görev veya işe başlayıncaya kadar, almakta oldukları her türlü ödemeler Kurum tarafından ödenmeye devam edilir ve bu şekilde üyeliği sona erenlere Kurum tarafından yapılacak ödeme üç ayı geçemez. Bunların Kurumda geçirdiği süreler, özlük ve diğer hakları açısından önceki kurum veya kuruluşlarında geçirilmiş sayılır.

Kurulun görev ve yetkileri

MADDE 22 - (1) Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Kişisel verilerin, temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde işlenmesini sağlamak.

b) Kişisel verilerle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlamak.

c) Şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen görev alanına giren konularda kişisel verilerin kanunlara uygun olarak işlenip işlenmediğini incelemek ve gerektiğinde bu konuda geçici önlemler almak.

ç) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için aranan yeterli önlemleri belirlemek.

d) Veri Sorumluları Sicilinin tutulmasını sağlamak.

e) Kurulun görev alanı ile Kurumun işleyişine ilişkin konularda gerekli düzenleyici işlemleri yapmak.

f) Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlemek amacıyla düzenleyici işlem yapmak.

g) Veri sorumlusunun ve temsilcisinin görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin düzenleyici işlem yapmak.

ğ) Bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek.

h) Diğer kurum ve kuruluşlarca hazırlanan ve kişisel verilere ilişkin hüküm içeren mevzuat taslakları hakkında görüş bildirmek.

ı) Kurumun; stratejik planını karara bağlamak, amaç ve hedeflerini, hizmet kalite standartlarını ve performans kriterlerini belirlemek.

i) Kurumun stratejik planı ile amaç ve hedeflerine uygun olarak hazırlanan bütçe teklifini görüşmek ve karara bağlamak.

j) Kurumun performansı, mali durumu, yıllık faaliyetleri ve ihtiyaç duyulan konular hakkında hazırlanan rapor taslaklarını onaylamak ve yayımlamak.

k) Taşınmaz alımı, satımı ve kiralanması konularındaki önerileri görüşüp karara bağlamak.

l) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Kurulun çalışma esasları

MADDE 23 - (1) Kurulun toplantı günlerini ve gündemini Başkan belirler. Başkan gereken hâllerde Kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir.

(2) Kurul, başkan dâhil en az altı üye ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar alır. Kurul üyeleri çekimser oy kullanamaz.

(3) Kurul üyeleri; kendilerini, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlarını, evlatlıklarını ve aralarındaki evlilik bağı kalkmış olsa bile eşlerini ilgilendiren konularla ilgili toplantı ve oylamaya katılamaz.

(4) Kurul üyeleri çalışmaları sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait öğrendikleri sırları bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.

(5) Kurulda görüşülen işler tutanağa bağlanır. Kararlar ve varsa karşı oy gerekçeleri karar tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde yazılır. Kurul, gerekli gördüğü kararları kamuoyuna duyurur.

(6) Aksi kararlaştırılmadıkça, Kurul toplantılarındaki görüşmeler gizlidir.

(7) Kurulun çalışma usul ve esasları ile kararların yazımı ve diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir.

Başkan

MADDE 24 - (1) Başkan, Kurul ve Kurumun başkanı sıfatıyla Kurumun en üst amiri olup Kurum hizmetlerini mevzuata, Kurumun amaç ve politikalarına, stratejik planına, performans ölçütlerine ve hizmet kalite standartlarına uygun olarak düzenler, yürütür ve hizmet birimleri arasında koordinasyonu sağlar.

(2) Başkan, Kurumun genel yönetim ve temsilinden sorumludur. Bu sorumluluk, Kurum çalışmalarının düzenlenmesi, yürütülmesi, denetlenmesi, değerlendirilmesi ve gerektiğinde kamuoyuna duyurulması görev ve yetkilerini kapsar.

(3) Başkanın görevleri şunlardır:

a) Kurul toplantılarını idare etmek.

b) Kurul kararlarının tebliğini ve Kurulca gerekli görülenlerin kamuoyuna duyurulmasını sağlamak ve uygulanmalarını izlemek.

c) Başkan Yardımcısını, daire başkanlarını ve Kurum personelini atamak.

ç) Hizmet birimlerinden gelen önerilere son şeklini vererek Kurula sunmak.

d) Stratejik planın uygulanmasını sağlamak, hizmet kalite standartları doğrultusunda insan kaynakları ve çalışma politikalarını oluşturmak.

e) Belirlenen stratejilere, yıllık amaç ve hedeflere uygun olarak Kurumun yıllık bütçesi ile mali tablolarını hazırlamak.

f) Kurul ve hizmet birimlerinin uyumlu, verimli, disiplinli ve düzenli bir biçimde çalışması amacıyla koordinasyonu sağlamak.

g) Kurumun diğer kuruluşlarla ilişkilerini yürütmek.

ğ) Kurum Başkanı adına imzaya yetkili personelin görev ve yetki alanını belirlemek.

h) Kurumun yönetim ve işleyişine ilişkin diğer görevleri yerine getirmek.

(4) Kurum Başkanının yokluğunda İkinci Başkan, Başkana vekalet eder.

Başkanlığın oluşumu ve görevleri

MADDE 25 - (1) Başkanlık; Başkan Yardımcısı ve hizmet birimlerinden oluşur. Başkanlık, dördüncü fıkrada sayılan görevleri daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanan hizmet birimleri aracılığıyla yerine getirir. Daire başkanlıklarının sayısı yediyi geçemez.

(2) Başkan tarafından, Kuruma ilişkin görevlerinde yardımcı olmak üzere bir Başkan Yardımcısı atanır.

(3) Başkan Yardımcısı ve daire başkanları; en az dört yıllık yükseköğretim kurumu mezunu, on yıl süreyle kamu hizmetinde bulunan kişiler arasından Başkan tarafından atanır.

(4) Başkanlığın görevleri şunlardır:

a) Veri Sorumluları Sicilini tutmak.

b) Kurumun ve Kurulun büro ve sekretarya işlemlerini yürütmek.

c) Kurumun taraf olduğu davalar ile icra takiplerinde avukatlar vasıtasıyla Kurumu temsil etmek, davaları takip etmek veya ettirmek, hukuk hizmetlerini yürütmek.

ç) Kurul üyeleri ile Kurumda görev yapanların özlük işlemlerini yürütmek.

d) Kanunlarla mali hizmet ve strateji geliştirme birimlerine verilen görevleri yapmak.

e) Kurumun iş ve işlemlerinin yürütülmesi amacıyla bilişim sisteminin kurulmasını ve kullanılmasını sağlamak.

f) Kurulun yıllık faaliyetleri hakkında veya ihtiyaç duyulan konularda rapor taslaklarını hazırlamak ve Kurula sunmak.

g) Kurumun stratejik plan taslağını hazırlamak.

ğ) Kurumun personel politikasını belirlemek, personelin kariyer ve eğitim planlarını hazırlamak ve uygulamak.

h) Personelin atama, nakil, disiplin, performans, terfi, emeklilik ve benzeri işlemlerini yürütmek.

ı) Personelin uyacağı etik kuralları belirlemek ve gerekli eğitimi vermek.

i) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu çerçevesinde Kurumun ihtiyacı olan her türlü satın alma, kiralama, bakım, onarım, yapım, arşiv, sağlık, sosyal ve benzeri hizmetleri yürütmek.

j) Kuruma ait taşınır ve taşınmazların kayıtlarını tutmak.

k) Kurul veya Başkan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.

(5) Hizmet birimleri ile bu birimlerin çalışma usul ve esasları, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilere uygun olarak Kurumun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.[192]

Kişisel Verileri Koruma Uzmanı ve uzman yardımcıları

MADDE 26 - (1) Kurumda, Kişisel Verileri Koruma Uzmanı ve Kişisel Verileri Koruma Uzman Yardımcısı istihdam edilebilir. Bunlardan 657 sayılı Kanunun ek 41 inci maddesi çerçevesinde Kişisel Verileri Koruma Uzmanı kadrosuna atananlara bir defaya mahsus olmak üzere bir derece yükseltilmesi uygulanır.

Personele ve özlük haklarına ilişkin hükümler

MADDE 27 - (1) Kurum personeli, bu Kanunla düzenlenen hususlar dışında 657 sayılı Kanuna tabidir.

(2) Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeline 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 11 inci maddesi uyarınca belirlenmiş emsali personele mali ve sosyal haklar kapsamında yapılan ödemeler aynı usul ve esaslar çerçevesinde ödenir. Emsali personele yapılan ödemelerden vergi ve diğer yasal kesintilere tabi olmayanlar bu Kanuna göre de vergi ve diğer kesintilere tabi olmaz.

[192] 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 163 üncü maddesiyle, bu fıkrada yer alan "Bakanlar Kurulu kararıyla" ibaresi "Cumhurbaşkanınca" şeklinde değiştirilmiştir.

(3) Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükümlerine tabidir. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli emeklilik hakları bakımından da emsali olarak belirlenen personel ile denk kabul edilir. 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı iken Kurul Başkanı ve üyeliklerine atananlardan bu görevleri sona erenler veya bu görevlerinden ayrılma isteğinde bulunanların bu görevlerde geçen hizmet süreleri kazanılmış hak aylık, derece ve kademelerinin tespitinde dikkate alınır. Bunlardan bu görevleri sırasında 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girenlerin bu görevlerde geçen süreleri makam tazminatı ile temsil tazminatı ödenmesi gereken süre olarak değerlendirilir. Kamu kurum ve kuruluşlarında 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı iken Kurul Başkanı ve üyeliklerine atananların, önceki kurum ve kuruluşları ile ilişiklerinin kesilmesi kendilerine kıdem tazminatı veya iş sonu tazminatı ödenmesini gerektirmez. Bu durumda olanların kıdem tazminatı veya iş sonu tazminatı ödenmesi gereken hizmet süreleri, Kurul Başkanı ile Kurul üyeliği olarak geçen hizmet süreleri ile birleştirilir ve emeklilik ikramiyesi ödenecek süre olarak değerlendirilir.

(4) Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinde, sosyal güvenlik kurumlarında, mahallî idarelerde, mahallî idarelere bağlı idarelerde, mahallî idare birliklerinde, döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlarda, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlarda, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseselerde görevli memurlar ile diğer kamu görevlileri kurumlarının muvafakati, hâkimler ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Kurumda görevlendirilebilir. Kurumun bu konudaki talepleri, ilgili kurum ve kuruluşlarca öncelikle sonuçlandırılır. Bu şekilde görevlendirilen personel, kurumlarından aylıklı izinli sayılır. Bu personelin izinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgileri ve özlük hakları devam ettiği gibi, bu süreler yükselme ve emekliliklerinde de hesaba katılır ve yükselmeleri başkaca bir işleme gerek duyulmadan süresinde yapılır. Bu madde kapsamında görevlendirilenlerin, Kurumda geçirdikleri süreler, kendi kurumlarında geçirilmiş sayılır. Bu şekilde görevlendirilenlerin sayısı Kişisel Verileri Koruma Uzmanı ve Kişisel Verileri Koruma Uzman Yardımcısı toplam kadro sayısının yüzde onunu aşamaz ve görevlendirme süresi iki yılı geçemez. Ancak ihtiyaç hâlinde bu süre bir yıllık dönemler hâlinde uzatılabilir.[193]

[193] 28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanunun 119 uncu maddesiyle bu fıkrada yer alan "diğer kamu görevlileri kurumlarının muvafakati" ibaresinden sonra gelmek üzere ", hâkimler ve savcılar ise kendilerinin muvafakati" ibaresi eklenmiştir.

(5) Kurumda istihdam edilecek personele ilişkin kadro unvan ve sayıları ekli (I) sayılı cetvelde gösterilmiştir. Toplam kadro sayısını geçmemek üzere 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki cetvellerde yer alan kadro unvanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla unvan ve derece değişikliği yapma, yeni unvan ekleme ve boş kadroların iptali Kurul kararıyla yapılır.

İstisnalar

YEDİNCİ BÖLÜM

Çeşitli Hükümler

MADDE 28 - (1) Bu Kanun hükümleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi.

b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi.

c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi.

ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.

d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.

(2) Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

a) Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.

b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.

c) Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.

ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.

Kurumun bütçesi ve gelirleri

MADDE 29- (1) Kurumun bütçesi, 5018 sayılı Kanunda belirlenen usul ve esaslara göre hazırlanır ve kabul edilir.

(2) Kurumun gelirleri şunlardır:

a) Genel bütçeden yapılacak hazine yardımları.

b) Kuruma ait taşınır ve taşınmazlardan elde edilen gelirler.

c) Alınan bağış ve yardımlar.

ç) Gelirlerinin değerlendirilmesinden elde edilen gelirler.

d) Diğer gelirler.

Değiştirilen ve eklenen hükümler

MADDE 30 - (1) (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(2) ila (5) - (26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(6) (7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(7) (11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

Yönetmelik

MADDE 31 - (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler Kurum tarafından yürürlüğe konulur.

Geçiş hükümleri

GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde 21 inci maddede öngörülen usule göre Kurul üyeleri seçilir ve Başkanlık teşkilatı oluşturulur.

(2) Veri sorumluları, Kurul tarafından belirlenen ve ilan edilen süre içinde Veri Sorumluları Siciline kayıt yaptırmak zorundadır.

(3) Bu Kanunun yayımı tarihinden önce işlenmiş olan kişisel veriler, yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde bu Kanun hükümlerine uygun hâle getirilir. Bu Kanun hükümlerine aykırı olduğu tespit edilen kişisel veriler derhâl silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. Ancak bu Kanunun yayımı tarihinden önce hukuka uygun olarak alınmış rızalar, bir yıl içinde aksine bir irade beyanında bulunulmaması hâlinde, bu Kanuna uygun kabul edilir.

(4) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde yürürlüğe konulur.

(5) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde, kamu kurum ve kuruluşlarında bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili koordinasyonu sağlamak üzere üst düzey bir yönetici belirlenerek Başkanlığa bildirilir.

(6) İlk seçilen Başkan, İkinci Başkan ve kura ile belirlenen iki üye altı yıl; diğer beş üye ise dört yıl görev yapar.

(7) Kuruma bütçe tahsis edilene kadar;

a) Kurumun giderleri Başbakanlık bütçesinden karşılanır.

b) Kurumun hizmetlerini yerine getirmesi amacıyla bina, araç, gereç, mefruşat ve donanım gibi gerekli tüm destek hizmetleri Başbakanlıkça sağlanır.

(8) Kurumun hizmet birimleri faaliyete geçinceye kadar sekretarya hizmetleri Başbakanlık tarafından yerine getirilir.

GEÇİCİ MADDE 2 - (Ek:28/11/2017-7061/120 md.)

(1) En az dört yıllık lisans öğrenimi veren siyasal bilgiler, iktisadi ve idari bilimler, iktisat, hukuk ve işletme fakültelerinden, mühendislik fakültelerinin elektronik, elektrik-elektronik, elektronik ve haberleşme, bilgisayar, bilişim sistemleri mühendisliği bölümlerinden ya da bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurt içi ve yurt dışındaki yükseköğrenim kurumlarından mezun olanlardan; mesleğe özel yarışma sınavı ile girilen ve belirli süreli meslek içi eğitimden ve özel bir yeterlik sınavından sonra 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin “Ortak Hükümler” başlıklı bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde belirtilen unvanlara ilişkin kurumların merkez teşkilatlarına ait kadrolara atanmış ve bu kadrolarda aylıksız izin süreleri hariç en az iki yıl bulunmuş olanlar ile öğretim üyesi kadrolarında bulunanlar, Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından en az yetmiş puan almış olmak ve atama tarihi itibarıyla kırk yaşından gün almamış olmak kaydıyla, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Kişisel Verileri Koruma Uzmanı olarak atanabilirler. Bu şekilde atanacakların sayısı on beşi geçemez.

Yürürlük

MADDE 32 - (1) Bu Kanunun;

a) 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 13 üncü, 14 üncü, 15 inci, 16 ncı, 17 nci ve 18 inci maddeleri yayımı tarihinden altı ay sonra,

b) Diğer maddeleri ise yayımı tarihinde, yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 33 - (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

(I) SAYILI CETVEL

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU KADRO LİSTESİ

SINIF	UNVAN	DERECE	TOPLAM
GİH	Başkan Yardımcısı	1	1
GİH	Daire Başkanı	1	7
GİH	Hukuk Müşaviri	1	1
GİH	Hukuk Müşaviri	3	3
AH	Avukat	6	4
GİH	Kişisel Verileri Koruma Uzmanı	5	10
GİH	Kişisel Verileri Koruma Uzmanı	7	20
GİH	Kişisel Verileri Koruma Uzman Yardımcısı	9	60
GİH	Mali Hizmetler Uzmanı	6	2
GİH	Mali Hizmetler Uzman Yardımcısı	9	2
GİH	Memur	5	5
GİH	Memur	7	5
GİH	Memur	9	5
GİH	Memur	11	5
GİH	Memur	13	5
GİH	Bilgisayar İşletmeni	7	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	6	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	7	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	8	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	9	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	10	5
GİH	Sekreter	5	3
GİH	Sekreter	8	7
GİH	Santral Memuru	9	1
GİH	Şoför	11	4
TH	Teknisyen	6	3
YH	Teknisyen Yardımcısı	9	2
YH	Hizmetli	11	10
	TOPLAM		195

6698 SAYILI KANUNA EK VE DEĞİŞİKLİK GETİREN MEVZUATIN VEYA ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İPTAL EDİLEN HÜKÜMLERİN YÜRÜRLÜĞE GİRİŞ TARİHİNİ GÖSTERİR LİSTE

Değiştiren Kanunun/KHK'nin/ İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararının Numarası	**6698 sayılı Kanunun değişen veya iptal edilen maddeleri**	**Yürürlüğe Giriş Tarihi**
7061	27, GEÇİCİ MADDE 2	5/12/2017
KHK/703	19, 20, 21, 25	24/6/2018 tarihinde birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının andiçerek göreve başladığı tarihte (9/7/2018)

5326 sayılı Kabahatler Kanunu

Numarası : 5326

Kabul Tarihi : 30.03.2005

Resmi Gazete Sayısı : 25772 (Mükerrer)

Resmi Gazete Tarihi: 31.03.2005

BİRİNCİ KISIM

Genel Hükümler

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç ve Kapsam, Tanım, Kanunîlik İlkesi ve Kanunun Uygulama Alanı

Amaç ve kapsam

MADDE 1

(1) Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla;

a) Kabahatlere ilişkin genel ilkeler,

b) Kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idarî yaptırımların türleri ve sonuçları,

c) Kabahatler dolayısıyla karar alma süreci,

d) İdarî yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu,

e) İdarî yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar,

Belirlenmiş ve çeşitli kabahatler tanımlanmıştır.

Tanım

MADDE 2

(1) Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.

Genel kanun niteliği

MADDE 3

(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır.

Kanunîlik ilkesi

MADDE 4

(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.

Zaman bakımından uygulama

MADDE 5

(1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir.

(2) Kabahat, failin icraî veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz.

Yer bakımından uygulama

MADDE 6

(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yer bakımından uygulamaya ilişkin 8 inci maddesi hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kanunlarda aksine hüküm bulunan haller saklıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

Kabahatten Dolayı Sorumluluğun Esasları

Kabahatin ihmali davranışla işlenmesi

MADDE 7

(1) Kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir.

Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk

MADDE 8

(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.

(2) Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.

(3) Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır.

(4) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanır.

Kast veya taksir

MADDE 9

(1) Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir.

Hata

MADDE 10

(1) Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır.

Sorumluluk

MADDE 11

(1) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idarî para cezası uygulanamaz.

(2) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idarî para cezası uygulanmaz.

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler

MADDE 12

(1) Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.

Teşebbüs

MADDE 13

(1) Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabileceğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.

İştirak

MADDE 14

(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir.

(2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir.

(3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir.

(4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suça iştirake ilişkin hükümler uygulanır.

İçtima

MADDE 15

(1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İdarî Yaptırımlar

Yaptırım türleri

MADDE 16

(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir.

(2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.

İdarî para cezası

MADDE 17

(1) İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir.

(2) İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.

(3) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(4) Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.

(5) İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

(6) Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

(7) İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi

MADDE 18

(1) Kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine, ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilir.

(2) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, eşyanın;

a) Kullanılmaz hale getirilmesi,

b) Niteliğinin değiştirilmesi,

c) Ancak belli bir surette kullanılması,

Koşullarından birinin yerine getirilmesine bağlı olarak belli bir süre geciktirilebilir. Belirlenen süre zarfında koşulun yerine getirilmemesi halinde eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya elkonulabileceği gibi; eşya, kişilerin muhafazasına da bırakılabilir.

(4) Eşyanın mülkiyeti, kanunda açık hüküm bulunan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, aksi takdirde Devlete geçer.

(5) Eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için fail hakkında idarî para cezası veya başka bir idarî yaptırım kararı verilmiş olması şart değildir.

(6) Kaim değerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir.

(7) Mülkiyeti kamuya geçirilen eşya, başka suretle değerlendirilmesi mümkün olmazsa imha edilir.

(8) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde yerine getirilir.

Saklı tutulan hükümler

MADDE 19

(1) Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için;

a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi,

b) İşyerinin kapatılması,

c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması,

d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması,

Gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar saklıdır.

Soruşturma zamanaşımı

MADDE 20

(1) Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez.

(2) Soruşturma zamanaşımı süresi;

a) Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

c) Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç,

yıldır. Ancak, 89 uncu maddesi hariç olmak üzere,1111 sayılı Askerlik Kanunu, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda belirtilen ve idari para cezasını gerektiren fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar idari para cezası verilerek tebliğ edilmediği takdirde idari yaptırım kararı verilemez, verilmiş olanlar düşer.

(3) Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

(4) Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.

(5) Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.

Yerine getirme zamanaşımı

MADDE 21

(1) Yerine getirme zamanaşımının dolması halinde idarî para cezasına veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar artık yerine getirilemez.

(2) Yerine getirme zamanaşımı süresi;

a) Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde yedi,

b) Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde beş,

c) Onbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasına karar verilmesi halinde dört,

d) Onbin Türk Lirasından az idarî para cezasına karar verilmesi halinde üç,

Yıldır.

(3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıldır.

(4) Zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesinin rastladığı takvim yılını takip eden takvim yılı başından itibaren işlemeye başlar.

(5) Kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Karar Verme Yetkisi ve Kanun Yolları

İdarî yaptırım kararı verme yetkisi

MADDE 22

(1) Kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye ilgili kanunda açıkça gösterilen idarî kurul, makam veya kamu görevlileri yetkilidir.

(2) Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri bu konuda yetkilidir.

(3) İdarî kurul, makam veya kamu görevlileri, ancak ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir.

(4) 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yer bakımından yetki kuralları kabahatler açısından da geçerlidir.

Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi

MADDE 23

(1) Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir.

(2) Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir.

(3) Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir.

Mahkemenin karar verme yetkisi

MADDE 24

(1) Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.

İdarî yaptırım kararı

MADDE 25

(1) İdarî yaptırım kararına ilişkin tutanakta;

a) Hakkında idarî yaptırım kararı verilen kişinin kimlik ve adresi,

b) İdarî yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiili,

c) Bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün deliller,

d) Karar tarihi ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliği,

Açık bir şekilde yazılır. Tutanakta, ayrıca kabahati oluşturan fiil, işlendiği yer ve zaman gösterilerek açıklanır.

Kararların tebliği

MADDE 26

(1) İdarî yaptırım kararı, 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir.

(2) İdarî yaptırım kararının ilgili gerçek kişinin huzurunda verilmesi halinde tutanakta bu husus açıkça belirtilir. Bu karara karşı başvurabileceği kanun yolu, mercii ve süresine ilişkin olarak bilgilendirildikten sonra kişinin karar tutanağını imzalaması istenir. İmzadan kaçınılması halinde bu durum tutanakta açıkça belirtilir. Karar tutanağının bir örneği kişiye verilir.

(3) Tüzel kişi hakkında verilen idarî yaptırım kararları her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilir.

(4) İdari yaptırım kararları, Maliye Bakanlığı ile idari yaptırım kararı verenler arasında yapılacak protokoller çerçevesinde, kararı verenler adına 213 sayılı Kanunun 107/A maddesi hükümlerine göre kurulan teknik altyapı kullanılmak suretiyle Maliye Bakanlığı tarafından elektronik ortamda tebliğ edilebilir. Elektronik ortamda yapılan tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Bu şekilde yapılan tebligatlar, birinci fıkra kapsamındaki tebliğ yerine geçer.

Başvuru yolu

MADDE 27

(1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir.

(2) Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir.

(3) Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir.

(4) Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir.

(5) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir.

(6) Soruşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı başvuru da bu itiraz merciinde incelenir.

(7) Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir.

(8) İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür.

Başvurunun incelenmesi

MADDE 28

(1) Başvuru üzerine mahkemece yapılan ön inceleme sonucunda;

a) Yetkili olmadığının anlaşılması halinde dosyanın yetkili sulh ceza mahkemesine gönderilmesine,

b) Başvurunun süresi içinde yapılmadığının, başvuru konusu idarî yaptırım kararının sulh ceza mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığının veya başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması halinde, bu nedenlerle başvurunun reddine,

c) (a) ve (b) bentlerinde sayılan nedenlerin bulunmaması halinde başvurunun usulden kabulüne,

Karar verilir.

(2) Başvurunun usulden kabulü halinde mahkeme dilekçenin bir örneğini ilgili kamu kurum ve kuruluşuna tebliğ eder.

(3) İlgili kamu kurum ve kuruluşu, başvuru dilekçesinin tebliği tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde mahkemeye cevap verir. Başvuru konusu idarî yaptırıma ilişkin işlem dosyasının

tamamının bir örneği, cevap dilekçesi ile birlikte mahkemeye verilir. Mahkeme, işlem dosyasının aslını da ilgili kamu kurum ve kuruluşundan isteyebilir. Cevap dilekçesi, idarî yaptırım kararına karşı başvuruda bulunan kişi sayısından bir fazla nüsha olarak verilir.

(4) Mahkeme, başvuruda bulunan kişilere cevap dilekçesinin bir örneğini tebliğ eder; talep üzerine veya re'sen tarafları çağırarak belli bir gün ve saatte dinleyebilir. Dinleme için belirlenen günle tebligatın yapılacağı gün arasında en az bir haftalık zaman olmasına dikkat edilir. Dinleme sırasında taraflar veya avukatları hazır bulunur. Mazeretsiz olarak hazır bulunmama, yokluklarında karar verilmesine engel değildir. Bu husus, tebligat yazısında açıkça belirtilir.

(5) Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır.

(6) Dinlemede sırasıyla; hazır bulunan başvuru sahibi ve avukatı, ilgili kamu kurum ve kuruluşunun temsilcisi, varsa tanıklar dinlenir, bilirkişi raporu okunur, diğer deliller ortaya konulur.

(7) Mahkeme, ilgilileri dinledikten ve bütün delilleri ortaya koyduktan sonra aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhinde idarî yaptırım kararı verilen tarafın kanunî temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Mahkeme son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar.

(8) Mahkeme, son karar olarak idarî yaptırım kararının;

a) Hukuka uygun olması nedeniyle, "başvurunun reddine",

b) Hukuka aykırı olması nedeniyle, "idarî yaptırım kararının kaldırılmasına",

Karar verir.

(9) İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir.

(10) Üçbin Türk Lirası dahil idarî para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararlar kesindir.

İtiraz yolu

MADDE 29

(1) Mahkemenin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır.

(2) İtirazla ilgili karar, dosya üzerinden inceleme yapılarak verilir.

(3) Mahkeme, her bir itirazla ilgili olarak "itirazın kabulüne" veya "itirazın reddine" karar verir.

(4) Mahkemenin verdiği karar taraflara tebliğ edilir. Vekil olarak avukatla temsil edilme halinde ayrıca taraflara tebligat yapılmaz.

(5) İdarî yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir.

Vazgeçme ve kabul

MADDE 30

(1) Kanun yoluna başvuran kişi, bu konuda karar verilinceye kadar başvurusundan vazgeçebilir. Vazgeçme halinde bir daha aynı konuda başvuruda bulunulamaz.

(2) İlgili kamu kurum ve kuruluşu da mahkeme tarafından karar verilinceye kadar kanun yolu başvurusunu kabul ederek idarî yaptırım kararını geri alabilir.

Masrafların ve vekalet ücretinin ödenmesi

MADDE 31

(1) İdarî yaptırım kararına karşı başvuru yolu harca tâbi değildir.

(2) Kanun yoluna başvuru dolayısıyla oluşan bütün masraflar ve vekalet ücreti, başvurusu veya savunması reddedilen tarafça ödenir.

İKİNCİ KISIM

Çeşitli Kabahatler

Emre aykırı davranış

MADDE 32

(1) Yetkili makamlar tarafından adlî işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

(2) Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir.

(3) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526 ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır.

Dilencilik

MADDE 33

(1) Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir veya belediye encümeni karar verir.

Kumar

MADDE 34

(1) Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir karar verir.

Sarhoşluk

MADDE 35

(1) Sarhoş olarak başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde davranışlarda bulunan kişiye, kolluk görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Kişi, ayrıca sarhoşluğun etkisi geçinceye kadar kontrol altında tutulur.

Gürültü

MADDE 36

(1) Başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

(2) Bu fiilin bir ticarî işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir.

Rahatsız etme

MADDE 37

(1) Mal veya hizmet satmak için başkalarını rahatsız eden kişi, elli Türk Lirası idarî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezası vermeye kolluk veya belediye zabıta görevlileri yetkilidir.

İşgal

MADDE 38

(1) Yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışa arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

(2) Yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımlar üzerine inşaat malzemesi yığan kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından yüz Türk Lirasından beşyüz Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) Özel kanunlardaki hükümler saklıdır.

Tütün mamullerinin tüketilmesi

MADDE 39

(1) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında tütün mamulü tüketen kişiye, ilgili idarî birim amirinin yetkili kıldığı kamu görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu fıkra hükmü, tütün mamulü tüketilmesine tahsis edilen alanlarda uygulanmaz.

(2) Toplu taşıma araçlarında tütün mamulü tüketen kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Kabahatin özel hukuk kişileri tarafından işletilen toplu taşıma araçlarında işlenmesi halinde bu ceza ilk başvurulan kolluk birim yetkilileri tarafından verilir. Kamuya ait toplu taşıma araçlarında işlenmesi halinde idarî para cezası verme yetkisi bakımından birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlarında, tütün mamullerinin tüketilemeyeceğini belirtir açık bir işarete yer verilmesine rağmen, bu yasağa aykırı hareket eden kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu ceza, şikâyet üzerine en yakın kolluk birimi yetkililerince verilir.

Kimliği bildirmeme

MADDE 40

(1) Görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu görevlisine kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

(2) Açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılıncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.

(3) Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.

Çevreyi kirletme

MADDE 41

(1) Evsel atık ve artıkları, bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yirmi Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bireysel atık ve artıkların atılması halinde de bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Fiilin yemek pişirme ve servis yerlerinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) Hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesen veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait sair bir alana bırakan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

(4) İnşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İnşaat faaliyetinin bir tüzel kişi adına yürütülmesi halinde bu tüzel kişi hakkında verilecek idarî para cezasının üst sınırı beşbin Türk Lirasıdır. Bu atık ve artıkların kaldırılmasına ilişkin masraf da ayrıca kişiden tahsil edilir.

(5) Kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyasını bunların toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günün dışında sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu eşyanın toplanması hususunda belediye tarafından belirli aralıklarla yılda üç günden az olmamak üzere belirlenen günler önceden uygun araçlarla ilân olunur.

(6) Kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bunların kaldırılmasına ilişkin masraf da kişiden ayrıca tahsil edilir.

(7) Bu kabahatler dolayısıyla idarî para cezasına belediye zabıta görevlileri karar verir.

(8) Bu kabahatler dolayısıyla meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idarî para cezasına karar verilmeyebilir.

(9) Bu madde hükümleri, belediye sınırları içinde uygulanır.

(10) Özel kanunlardaki hükümler saklıdır.

Afiş asma

MADDE 42

(1) Meydanlara veya parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara bez, kâğıt ve benzeri afiş ve ilân asan kişiye, yüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Aynı içerikteki afiş ve ilânlar, tek fiil sayılır.

(2) Birinci fıkra hükmü, yetkili makamlardan alınan açık ve yazılı izne dayalı olarak asılan afiş ve ilânlar açısından uygulanmaz. Bu izinde, afiş ve ilânın asılacağı zaman dilimi açık bir şekilde gösterilir. Bu afiş ve ilânlar izin verilen gerçek veya tüzel kişi tarafından bu sürenin dolmasını müteakip derhal toplatılır. Toplatma yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi halinde birinci fıkra hükmüne göre idarî para cezası verilir.

(3) Bu afiş ve ilânların kaldırılmasına ilişkin masraflar da ilgili kişilerden ayrıca tahsil edilir.

(4) Bu kabahatler dolayısıyla idarî para cezasına, kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir.

(5) Özel kanunlardaki hükümler saklıdır.

Asılsız ihbar

MADDE 42/A

112 Acil Çağrı Merkezini asılsız ihbarda bulunmak suretiyle meşgul ettikleri tespit edilen kişilere bu Kanuna göre il valileri tarafından ikiyüzelli Türk Lirası idari para cezası verilir. Tekerrür halinde bu ceza iki katı olarak uygulanır.

Silah taşıma

MADDE 43

(1) Yetkili makamlardan ruhsat almaksızın kanuna göre yasak olmayan silahları park, meydan, cadde veya sokaklarda görünür bir şekilde taşıyan kişiye, kolluk tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Tüzel kişilerin sorumluluğu

MADDE 43/A

(1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;

1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun,

2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun,

3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,

4) 252 nci maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun,

5) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun,

b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun,

c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının,

ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suçun,

d) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun,

tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.

Tüzel kişilerin bildirim yükümlülüğü

MADDE 43/B

(1) 5411 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan; bankalara, finansal kuruluşlara veya paranın sayım ve incelemesini yaparak bankalara destek hizmeti veren kuruluşlar ile mevzuat çerçevesinde dövize ilişkin işlemler yapmasına izin verilen şirketlere, her ne amaçla olursa olsun ibraz edilen paranın sahte olduğunun anlaşılması halinde, 5237 sayılı Kanunun 278 inci maddesinde düzenlenen bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde, bu maddede sayılan tüzel kişilere Cumhuriyet savcısı tarafından bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

EK MADDE 1

(1) 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır.

GEÇİCİ MADDE 1

(1) Bu Kanunda ve 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yürürlüğe giren diğer kanunlardaki idarî para cezaları ile ilgili olarak geçen "Türk Lirası" ibaresi karşılığında, uygulamada, 28.1.2004 tarihli ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun hükümlerine göre ülkede tedavülde bulunan para "Yeni Türk Lirası" olarak adlandırıldığı sürece bu ibare kullanılır.

GEÇİCİ MADDE 2

(1) Bu Kanun hükümleri, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idarî yaptırım kararları hakkında uygulanmaz.

GEÇİCİ MADDE 3

(1) Daha önce verilmiş olan idarî para cezasına ilişkin kararlara karşı henüz iptal davası açılmamış olmakla birlikte dava açma süresinin geçmemiş olması halinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde 27 nci madde hükümlerine göre sulh ceza mahkemesine başvuruda bulunulabilir.

Yürürlük

MADDE 44

(1) Bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 45

(1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Kanun Hük. Kar. nin Tarihi: 26/9/2011

No: 655

Yetki Kanununun Tarihi: 6/4/2011

No: 6223

Yayımlandığı Resmî Gazetenin Tarihi: 1/11/2011

No: 28102 (Mükerrer)

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Görevler

Amaç ve kapsam

MADDE 1- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektir.

Görevler

MADDE 2- (1) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının görevleri şunlardır:

a) Ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetlerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettirilmesi hususlarında, ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, milli politika, strateji ve hedefleri belirlemek ve uygulamak, gerektiğinde güncellemek.

b) Havacılık sanayi ve uzay teknolojilerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettirilmesi, havacılık sanayi ve uzay biliminin geliştirilmesi ile uzaya yönelik yeteneklerin kazanılması hususlarında, ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, milli havacılık sanayi ve uzay teknolojileri ile uzay politika, strateji ve hedeflerini belirlemek ve uygulamak, gerektiğinde güncellemek.

c) Uzaya ilişkin ulusal egemenlik kapsamındaki hakların kullanımına karar vermek, bu hakların yönetimi ve kullandırılmasına yönelik usul ve esasları belirlemek ve bu haklarla ilgili ulusal yükümlülüklerin gereklerini yerine getirmek.

ç) Ulaştırma ve denizcilik iş ve hizmetleriyle ilgili altyapı, şebeke, sistem ve hizmetleri ticari, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara, teknik gelişmelere uygun olarak planlamak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve geliştirmek.

d) Ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetlerinin ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında sunulmasını sağlamak.

e) Evrensel hizmet politikalarını ilgili kanunların hükümleri dahilinde ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartlarına göre belirlemek, evrensel hizmetin yürütülmesini sağlayacak esasları tespit etmek, uygulanmasını takip etmek ve net maliyetiyle ilgili hesapları onaylamak.

f) Bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde; ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlayarak e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetlere ilişkin eylem planları yapmak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri yapmak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek.

g) Uydu ve hava araçları tasarım ve test merkezleri, uydu, fırlatma araç ve sistemleri, hava araçları, simülatörler, uzay platformları dahil havacılık sanayi, uzay teknolojileri ve uzayla ilgili her türlü ürün, teknoloji, sistem, araç ve gereçleri yapmak, yaptırmak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek, geliştirmek ile bunların yurtiçinde tasarımı, üretimi, entegrasyonu ve gerekli testlerinin yapılmasını sağlamak amacıyla plan, proje ve çalışmalar yapmak, bu amacın gerçekleşmesini uygun teşviklerle desteklemek, bu teşviklere ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hususlarda ilgili ticari, sanayi ve eğitim kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşları arasında gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

ğ) Ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, havacılık ve uzay teknolojileri iş ve hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşmalar yapmak ve bu alanlarda uluslararası mevzuatın gerektirmesi halinde mevzuat uyumunu sağlamak.

h) Mevzuatla Bakanlığa verilen diğer görev ve hizmetleri yapmak.

İKİNCİ BÖLÜM

Bakanlık Teşkilatı

Teşkilat

MADDE 3- (1) Bakanlık merkez ve taşra teşkilatından oluşur. Merkez teşkilatı ekli (I) sayılı cetvelde, taşra teşkilatı ekli (II) sayılı cetvelde gösterilmiştir.

Bakan

MADDE 4- (1) Bakanlığın en üst amiri olan Bakan, Bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden Başbakana karşı sorumlu olup aşağıdaki görev, yetki ve sorumluluklara sahiptir:

a) Bakanlığı, Anayasaya, kanunlara, hükümet programına ve Bakanlar Kurulunca belirlenen politika ve stratejilere uygun olarak yönetmek.

b) Bakanlığın görev alanına giren konularda politika ve stratejiler geliştirmek, bunlara uygun olarak yıllık amaç ve hedefler oluşturmak, performans ölçütleri belirlemek, Bakanlık bütçesini hazırlamak, gerekli kanuni ve idari düzenleme çalışmalarını yapmak, belirlenen stratejiler, amaçlar ve performans ölçütleri doğrultusunda uygulamayı koordine etmek, izlemek ve değerlendirmek.

c) Bakanlık faaliyetlerini ve işlemlerini denetlemek, yönetim sistemlerini gözden geçirmek, teşkilat yapısı ve yönetim süreçlerinin etkinliğini gözetmek ve yönetimin geliştirilmesini sağlamak.

ç) Faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

Müsteşar ve Müsteşar Yardımcıları

MADDE 5- (1) Müsteşar, Bakandan sonra gelen en üst düzey kamu görevlisi olup Bakanlık hizmetlerini, Bakan adına ve onun emir ve yönlendirmesi doğrultusunda, mevzuat hükümlerine, Bakanlığın amaç ve politikaları ile stratejik planına uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla, Bakanlık birimlerine gereken emirleri verir, bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar. Müsteşar, bu hizmetlerin yürütülmesinden Bakana karşı sorumludur.

(2) Müsteşara yardımcı olmak üzere beş Müsteşar Yardımcısı görevlendirilebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Hizmet Birimleri

Hizmet birimleri

MADDE 6- (1) Bakanlığın hizmet birimleri şunlardır:

a) Karayolu Düzenleme Genel Müdürlüğü.

b) Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü.

c) Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğü.

ç) Tehlikeli Mal ve Kombine Taşımacılık Düzenleme Genel Müdürlüğü.

d) Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü.

e) Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü.

f) Haberleşme Genel Müdürlüğü.

g) Havacılık ve Uzay Teknolojileri Genel Müdürlüğü.

ğ) Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü.

h) Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü.

ı) Denetim Hizmetleri Başkanlığı.

i) Strateji Geliştirme Başkanlığı.

j) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığı.

k) Hukuk Müşavirliği.

l) Döner Sermaye İşletme Dairesi Başkanlığı.

m) Personel ve Eğitim Dairesi Başkanlığı.

n) Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı.

o) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.

ö) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği.

p) Özel Kalem Müdürlüğü.

Karayolu Düzenleme Genel Müdürlüğü

MADDE 7- (1) Karayolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Karayolu ulaştırması faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer ulaştırma türleriyle birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Karayolu taşımacılığı alanında taşımacı, organizatör, acente, komisyoncu, lojistik işletmecisi, terminal işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

c) Karayolu taşımacılığı alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Karayolu taşımacılığı alanında kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkin usul ve esasları belirlemek.

d) Karayolu taşımacılığı alanında taşımacı, organizatör, acente, komisyoncu, lojistik işletmecisi, terminal işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanlar ile şoförler başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Karayolu taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan yük ve yolcu terminalleri ile benzeri yapıların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları denetlemek.

f) Karayolu taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan her türlü taşıtın cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari niteliklerini belirlemek.

g) Karayolu araçlarının dönemsel teknik muayenelerine ilişkin usul ve esaslar ile dönemsel teknik muayene yapacakların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Karayolu ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; kullanımı ücrete tabi olan her çeşit karayolu, köprü ve tünel ücretleri, terminal kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

h) Ulaştırmanın çevreye olumsuz etkilerinin giderilmesinde koordinasyonu sağlamak.

ı) Karayolu ulaştırma hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

i) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü

MADDE 8- (1) Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Demiryolu ulaştırması faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer ulaştırma türleriyle birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Demiryolu altyapı işletmecisi ve demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında organizatör, acente, komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi ve benzeri faaliyette

bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

c) Demiryolu ulaştırması alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Demiryolu taşımacılığı alanında kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkin usul ve esasları belirlemek.

d) Demiryolu altyapı işletmecileri ve demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında organizatör, acente, komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanlar ile makinistler başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Her çeşit çeken ve çekilen demiryolu aracının tescilinin yapılması ve sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, bunların tescilini yapmak ve sicilini tutmak.

f) Demiryolu altyapısı ve çeken ve çekilen araçların kullanımı için asgari emniyet sınır ve şartlarını belirlemek ve bunları denetlemek.

g) Demiryolu altyapı işletmecileri ve demiryolu tren işletmecilerine ilgili emniyet belgelerini vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Demiryolu altyapısı kullanımı, tahsisi, erişimi ve ücretlendirmeye ilişkin olarak demiryolu altyapı işletmecileriyle demiryolu tren işletmecileri arasında oluşan ihtilafların çözümüne yönelik karar almak.

h) Demiryolu taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan yük ve yolcu garları veya istasyonları ile benzeri yapıların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları denetlemek.

ı) Lojistik köy, merkez veya üslerin yer, kapasite ve benzeri niteliklerini belirleyerek planlamak, kurulmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemek ve izin vermek, gerekli arazi tahsisi ile altyapıların kurulması hususunda ilgili kuruluşları koordine etmek ve uygulamasını takip etmek ve denetlemek.

i) Demiryolu tren işletmecilerince kullanılan her türlü çeken ve çekilen aracın cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari nitelikleri ile bunların dönemsel teknik muayenelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek.

j) Demiryolu tren işletmecilerince kullanılan her türlü çeken ve çekilen aracın dönemsel teknik muayenesini yapacakların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

k) Demiryolu ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; demiryolu altyapı kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

l) Demiryolu ulaştırma hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

m) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğü

MADDE 9- (1) Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Deniz ve içsular ulaştırması faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer ulaştırma türleriyle birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Deniz ve içsular ulaştırması alanında liman, iskele veya kıyı yapısı işletmecisi ile gemi işletmecisi, organizatör, acente, komisyoncu ve benzeri faaliyette bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

c) Deniz ve içsular ulaştırması alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Deniz ve içsular taşımacılığı alanında kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkin usul ve esasları belirlemek.

d) Deniz ve içsular ulaştırması alanında liman, iskele veya kıyı yapısı işletmecisi ile gemi işletmecisi, organizatör, acente, komisyoncu ve benzeri faaliyette bulunanlar ile gemi adamları başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Her çeşit gemi ve benzeri deniz ve içsu aracının tescilinin yapılması ve sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, bunların tescilini yapmak ve sicilini tutmak.

f) Gemi adamlarının sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirmek ve bunların sicilini tutmak.

g) Deniz ve içsular taşımacılığı alanında kullanılan her çeşit gemi ve benzeri deniz ve içsu araçlarının kullanımı için asgari emniyet sınır ve şartlarını belirlemek ve bunları denetlemek.

ğ) Denizde hareket imkânı bulunan ve ticari bir gayeye tahsis edilmiş olan, ancak tahsis edildiği gaye denizde seyrüseferi gerektirmeyen gemi ve benzeri deniz araçlarının kullanımı için asgari emniyet sınır ve şartlarını belirlemek ve bunları denetlemek.

h) Deniz ve içsular taşımacılığı alanında kullanılan her çeşit gemi ve benzeri deniz ve içsu araçlarına ilgili emniyet belgelerini vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

ı) Deniz ve içsular taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan her türlü gemi ve benzeri deniz ve içsu araçlarının cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari nitelikleri ile bunların dönemsel teknik muayeneleri ile denize ve yola elverişlilik izinlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek.

i) Deniz ve içsular taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan her türlü gemi ve benzeri deniz ve içsu aracının dönemsel teknik muayenesini yapacaklar ile denize ve yola elverişlilik izin belgelerini vereceklerin asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

j) Gemilerin ve diğer deniz araçlarının ulusal ve uluslararası sularda kendi aralarında veya kara tesisleriyle yaptıkları tehlike sinyalleri dahil her türlü haberleşmelerin takibini yapmak üzere gerekli teknik altyapıyı kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve denetimlerini yapmak, bu hizmete ilişkin usul ve esasları belirlemek.

k) Türk kıyılarında faaliyet gösteren liman, iskele ve benzeri kıyı yapılarına yanaşacak gemiler ile Türk boğazlarını kullanacak gemilere verilecek kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetleri vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

l) Türk kıyılarında meydana gelen ve her türlü gemi ve benzeri deniz araçlarının karıştığı kazalarla ilgili tahlisiye, kurtarma ve yardım ile acil durum müdahalesi faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetleri vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

m) Türk karasuları ve içsularında seyreden veya faaliyet gösteren her türlü gemi ve benzeri deniz araçlarından kaynaklanacak deniz kirlenmesinin önlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve bunları denetlemek.

n) Deniz seyrüsefer faaliyetleri için gerekli her türlü harita, kitap ve benzeri neşriyat ile bildirim hizmetlerini yapmak veya yaptırmak.

o) Her türlü amatör denizcilik faaliyetine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu faaliyetleri yapacakları yetkilendirmek ve denetlemek.

ö) Deniz ve içsular ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; liman, iskele ve kıyı yapılarının kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

p) Her türlü deniz ve içsu aracının deniz ve içsuları kirletmesini önleyecek tedbirleri almak, bu amaçla gerekli izlemeleri ve denetimleri yapmak, bu konuda diğer kuruluşlarla işbirliğini sağlamak.

r) Deniz ve içsular ulaştırma hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

s) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Tehlikeli Mal ve Kombine Taşımacılık Düzenleme Genel Müdürlüğü

MADDE 10- (1) Tehlikeli Mal ve Kombine Taşımacılık Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyoluyla yapılacak tehlikeli mal taşımacılığı faaliyetlerinin uluslararası sözleşmeler, standartlar ve mevzuata uygun olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer taşımacılık faaliyetleriyle uyumlu olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Kombine taşımacılık faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını sağlamak.

c) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Kombine taşımacılık alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

d) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında faaliyette bulunanlar ile şoförler, makinistler, hava ve deniz araçlarının ilgili personeli başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında kullanılan terminal, depolama tesisi ile benzeri yapıların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları denetlemek.

f) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında kullanılan her türlü karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyolu taşıtının cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari nitelikleri ile bunların dönemsel teknik muayenelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek.

g) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında kullanılan her türlü karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyolu taşıtının dönemsel teknik muayenesini yapacakların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Tehlikeli mal taşımacılığı ve kombine taşımacılık faaliyetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

h) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü

MADDE 11- (1) Deniz Ticareti Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Milli denizcilik ve deniz ticaretine ilişkin politika, strateji, hedef ve uygulama usul ve esaslarını hazırlamak.

b) Türk deniz ticaret ve turizm filosunun gelişmesi, yenilenmesi, pazar payının büyümesi ve milletlerarası rekabet gücü kazanması için gerekli tedbirleri almak.

c) Dünyadaki deniz ve içsu taşımacılığı ile ticaret filosu hakkındaki istatistikleri takip etmek, gelişme eğilimlerini izleyerek raporlamak, bu çerçevede Türk deniz ticaret filosu için strateji ve kısa, orta ve uzun vadeli plan hazırlamak ve uygulamak.

ç) Ülkenin deniz ve içsularındaki limanlar, iskeleler ve benzeri kıyı yapıları ile Türk boğazlarındaki deniz trafiğinin istatistiklerini tutmak, değerlendirmek ve yayımlamak.

d) Yukarıdaki bentlerdeki hükümler çerçevesinde ülkenin ihtiyaç duyacağı yeni limanlar, iskeleler ve benzeri kıyı yapılarının yer, kapasite ve diğer nitelikleri hakkında raporlar hazırlamak veya hazırlatmak.

e) Gemi kiralamalarında Türk ve yabancı bayrak çekilmesine ilişkin talepleri değerlendirmek ve ilgili mevzuatı uyarınca izin vermek.

f) Tarifeli deniz taşımacılığının usul ve esaslarını belirlemek, tarifeli deniz taşımacılığı yapanları yetkilendirmek ve denetlemek.

g) Deniz sigortacılığının gelişmesine ve etkin bir şekilde işlemesine yönelik tedbir almak, ilgili kurum ve kuruluşlarla gerekli koordinasyonu sağlamak.

ğ) Denizde hareket imkânı bulunan ve ticari bir gayeye tahsis edilmiş olan, ancak tahsis edildiği gaye denizde seyrüseferi gerektirmeyen gemi ve benzeri deniz araçlarının tescilinin yapılması ve sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esaslarını belirlemek, bunların tescilini yapmak ve sicilini tutmak.

h) İhracat, ithalat, üçüncü ülke ve transit taşımalardan Türk deniz ticaret filosunun ve limanlarının daha fazla pay almasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, ilgili kurum ve kuruluşları koordine etmek.

ı) Deniz taşımacılığı ve ticaretini olumsuz etkileyen insan kaçakçılığı, korsanlık ve benzeri her türlü suç ve faaliyetlerin önlenmesine yönelik çalışma yapmak, tedbir almak, böyle bir olayın gerçekleşmesi halinde ilgili kuruluşları koordine etmek.

i) Her türlü gemi ve benzeri deniz araçlarının alımı, satımı ve kiralanmasıyla ilgili usul ve esasları belirlemek.

j) Deniz ticaretinin gerektirdiği her türlü gözetim hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmeti yapacakları yetkilendirmek ve denetlemek.

k) Taşımacılık türleri arasında geçişi kolaylaştırmak ve birden fazla taşımacılık türünün bir arada kullanıldığı kombine taşımacılığı desteklemek ve geliştirmek.

l) Deniz hukuku ve deniz ticaretinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

m) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü

MADDE 12- (1) Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Çevrenin, denizin ve kıyı şeridinin korunması ilkesini gözeterek; tersaneler ile gemi geri dönüşüm tesisleri ve liman, iskele ve benzeri kıyı yapıları, kıyı yapılarıyla irtibatlı boru, kablo, kanal ve benzeri yapıların yer, kapasite ve benzeri niteliklerini belirleyerek planlamak, kurulmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemek ve izin vermek, gerekli arazi tahsisi ile altyapıların kurulması hususunda ilgili kuruluşları koordine etmek, uygulamasını takip etmek ve denetlemek.

b) Tersaneler ile gemi geri dönüşüm tesisleri ve liman, iskele ve benzeri kıyı yapıları, kıyı yapılarıyla irtibatlı boru, kablo, kanal ve benzeri yapıların kapasitelerinin artırılmasına veya modernizasyonuna yönelik tevsi yatırımlarına izin vermek ve denetlemek.

c) Tersaneler ile gemi geri dönüşüm tesislerinin modern üretim, yönetim ve pazarlama yapmasını sağlayacak tedbirleri almak, uygulamasını takip etmek ve ilgili kuruluşlarla koordinasyonu sağlamak.

ç) Gemi ve diğer deniz araçlarının yapımı, bakımı, onarımı, donatımı, geri dönüşümü ve yan sanayinin gelişmesi için gerekli tedbirleri almak.

d) Tersaneler ile gemi ve diğer deniz araçlarının projelerini incelemek, incelettirmek, onaylamak, yapımına izin vermek, projelere uygunluk bakımından denetlemek ve belgelendirmek.

e) Tersane ve gemi geri dönüşüm tesislerinde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek.

f) Gemiler ile diğer deniz araçlarında kullanılan can kurtarma, emniyet, tahmil, tahliye ekipmanları ve benzeri teçhizat ve malzemenin asgari niteliklerini belirlemek ve uygulanmasını sağlamak.

g) Ulusal ve yabancı klas kuruluşlarıyla işbirliği yapmak, gerektiğinde bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Tersaneler ile gemi ve diğer deniz araçlarının yapım, bakım, onarım, donatım, geri dönüşüm tesislerinin çalışma usul ve esasları ile asgari güvenlik şartlarını belirlemek ve denetlemek.

h) Gemi ve diğer deniz araçları sanayisinin gelişmesine ve teşvikine yönelik tedbirler almak ve bu hususta ilgili kuruluşlarla gerekli koordinasyonu sağlamak.

ı) Tersaneler ile gemi ve diğer deniz araçları yapımı, bakımı, onarımı, donatımı ve geri dönüşümü ve liman, iskele ve benzeri kıyı yapısı işletmecilik faaliyetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

i) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Haberleşme Genel Müdürlüğü

MADDE 13- (1) Haberleşme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Haberleşme ve posta hizmetleri ve bunlarla ilgili evrensel hizmetler ile acil durum haberleşmesine yönelik politika, strateji ve hedefleri belirlemek ve uygulanmasını takip etmek.

b) Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetler ve acil durum haberleşmesine yönelik hizmet politikalarını ve yürütülme esaslarını belirlemek ve uygulanmasını takip etmek.

c) Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetler ve acil durum haberleşmesine yönelik altyapı ve hizmetleri planlamak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek, geliştirmek ve bu alandaki farklı seçeneklerin birbirini tamamlayıcı şekilde yürütülmesini sağlayacak esasları belirlemek ve denetlemek.

ç) Bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde; ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlayarak e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar ile bu hizmetlere ilişkin eylem planlarını hazırlamak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri hazırlamak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek.

d) Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetleri karşılayacak evrensel hizmet yükümlüleri ile verilecek evrensel hizmetlerin net maliyetini belirlemek ve gerektiğinde bu amaçla hizmet satın almak.

e) Verilen evrensel hizmetlerle ilgili net maliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair evrensel hizmet yükümlülerini denetlemek ve evrensel hizmet yükümlülerine gerçekleşen net maliyeti ödemek.

f) Evrensel hizmet kapsamında sosyal açıdan korunmaya muhtaç kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak için bu kimselere verilecek hizmetler ile bunların yürütülmesini sağlayacak usul ve esasları belirlemek.

g) Haberleşme ve posta sektöründe belirlenmiş standartların ülke genelinde kullanılmasını sağlamak.

ğ) Haberleşme ve posta hizmetlerini geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; bu hizmetlere ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

h) Sabit ve mobil haberleşme altyapısı veya şebekelerinde kullanılan her türlü kablo ve benzeri gerecin taşınmazlardan geçirilmesiyle ilgili geçiş hakkına ilişkin usul ve esaslar ile bunların taşınmazlardan geçirilmesi için uygulanacak ücret tarifelerini belirlemek ve denetlemek.

ı) Sabit ve mobil haberleşme altyapısı veya şebekelerinde kullanılan her türlü baz istasyonu, anten, kule, dalga kılavuzu, konteynır ve benzeri araç, gereç ve tesisatın kurulması, bunların taşınmazlar üzerine yerleştirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile bunların taşınmazlar üzerine yerleştirilmesi için uygulanacak ücret tarifelerini belirlemek ve denetlemek.

i) Haberleşme, posta ve bunlarla ilgili evrensel hizmetlerin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

j) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunuyla Bakanlığa verilen görevleri yerine getirmek.

k) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Havacılık ve Uzay Teknolojileri Genel Müdürlüğü

MADDE 14- (1) Havacılık ve Uzay Teknolojileri Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Havacılık sanayi ve uzay teknolojilerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettirilmesi, havacılık sanayi ve uzay biliminin geliştirilmesi ile uzaya yönelik yeteneklerin kazanılması hususlarında, ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, milli havacılık ve uzay teknolojileri ile uzay politika, strateji ve hedefleri hakkında teklif hazırlamak.

b) Uzaya ilişkin ulusal egemenlik kapsamındaki hakların kullanımı, bu hakların yönetimi ve kullandırılmasına yönelik usul ve esasları hazırlamak ve bu haklarla ilgili ulusal yükümlülüklerin gereklerinin yerine getirilmesine yönelik iş ve hizmetleri yapmak.

c) Belirlenen milli havacılık ve uzay teknolojileri ile uzay politika, strateji ve hedefleri doğrultusunda bir uygulama programı hazırlamak, bu programın gerçekleştirilmesi için gerekli faaliyetlerde bulunmak, bu amaçla ilgili kurum ve kuruluşlarla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

ç) Uzay teknolojileri ve sistemleri ile havacılık sanayisine ilişkin düzenlemeler yapmak, standartlar belirlemek, kontrol, onay, sertifikasyon ve yetkilendirme hizmetlerini yürütmek.

d) Uydu ve hava araçları tasarım ve test merkezleri, uydu, fırlatma araç ve sistemleri, hava araçları, simülatörler, uzay platformları dahil uzay ve havacılıkla ilgili her türlü ürün, teknoloji, sistem, tesis, araç ve gereçleri yapmak, yaptırmak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek, geliştirmek ile bunların yurtiçinde tasarımı, üretimi, entegrasyonu ve gerekli testlerinin yapılmasını sağlamak amacıyla plan, proje ve çalışmalar yapmak veya yaptırmak, bu amacın gerçekleşmesini uygun teşviklerle desteklemek, bu teşviklere ilişkin usul ve esasları hazırlamak, bu hususlarda ilgili ticari, sanayi ve eğitim kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşları arasında gerekli işbirliği ve koordinasyon çalışmalarını yapmak.

e) Uzay ortamından ve teknolojilerinden yararlanarak insan sağlığının ve çevrenin korunmasına, doğal afetlerin önceden tespiti suretiyle hasarlarının azaltılmasına, doğal kaynakların değerlendirilmesine ve ülkenin kalkınmasına yönelik çalışmalar yapmak veya yaptırmak.

f) Olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde tüm uzay sistemlerinin ilgili kurum ve kuruluşlarla koordineli olarak kullanılmasını sağlamak.

g) Havacılık ve uzay bilim ve teknolojileri ve uygulamaları ile havacılık ve uzay hukuku, bunlarla ilgili finans, yönetim, pazarlama ve benzeri alanlarda çalışmalar yapmak veya yaptırmak.

ğ) Görev alanıyla ilgili hizmetlerin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

h) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü

MADDE 15- (Değişik: 18/6/2017-7033/84 md.)

(1) Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Devletçe yaptırılacak demiryolları, lojistik köy, merkez veya üsler, limanlar, barınaklar, kıyı yapıları, hava meydanlarının plan ve projelerini hazırlamak veya hazırlatmak ve onaylamak.

b) (a) bendinde belirtilen ulaştırma altyapılarının inşaatını yapmak ve/veya yaptırmak, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek.

c) (a) bendinde belirtilen ulaştırma altyapıları ile sanayi siteleri, fabrikalar, rafineriler, endüstriyel tesisler, organize sanayi bölgeleri, endüstri bölgeleri, teknoloji geliştirme bölgeleri, maden ocakları, sanayi kuruluşları ve benzeri tesislerin demiryolları ile bağlantısını sağlamak üzere iltisak hatlarını yapmak ve/veya yaptırmak gerekli görülmesi hâlinde karayolu bağlantılarını tesis etmek ve/veya ettirmek.

ç) Kamu kurum ve/veya kuruluşları, özel sektör ve/veya tüzel kişiler tarafından tamamlanan veya devam edenler de dâhil olmak üzere (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen ulaştırma altyapılarının inşaatı ve işletmesinin sağlanması amacıyla Kamu-Özel İşbirliği (KÖİ) modelleri geliştirerek esaslarını belirlemek, proje bazında gerekli görüldüğü hâllerde özel sektör gerçek ve tüzel kişilerle müzakerelerde bulunmak, katkı payları belirlemek, taahhüt vermek ve almak, kiralamak, kiraya vermek, işletmek, işlettirmek, garantiler almak ve vermek, özel sektörün katılımını sağlamak, ortaklık tesis etmek.

d) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, gerçek ve tüzel kişilerce yaptırılacak (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapılarının proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak.

e) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idarelerinin teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirmek ve uygun olanlarını Bakanlar Kurulunun iznine sunmak.

f) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idareleri tarafından yaptırılacak teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak.

g) (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapıları ile teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin standartlarını ve bunlarla ilgili birim fiyatları belirlemek.

ğ) Bakanlar Kurulunca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin ilgili kuruluşlarla işbirliği yaparak plan, proje ve programlarını hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve bunları yapmak veya yaptırmak.

h) Deniz altından ulaşımı ve haberleşmeyi sağlayıcı altyapı projelerini yapım ve işletim modelleri de geliştirerek planlamak, bu altyapılarla ilgili proje ve şartnameleri hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve onaylamak, yapmak veya yaptırmak, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek ve işletme esaslarını belirlemek.

ı) Denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak suyolu işlevi görecek kanal ve benzeri altyapı projelerini yapım ve işletim modelleri de geliştirerek planlamak, bu altyapılarla ilgili proje ve şartnameleri hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve onaylamak, yapmak veya yaptırmak, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek ve işletme esaslarını belirlemek.

i) Denetim yapmak veya yaptırmak amacıyla gerekli her türlü fiziki ve teknik altyapı ve tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve bunları denetlemek.

j) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2) Birinci fıkranın (ğ) bendi kapsamındaki teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri Hazine Müsteşarlığının uygun görüşü alınarak düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir. Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan proje maliyetlerinin ifa edildiği tarihe kadar, devredilen projeden sağlanan tüm brüt gelirleri Hazine Müsteşarlığınca belirlenen hesaba aktarır. Bu hasılatın protokolle tespit edilen oran esas alınarak belirlenen tutarı, hesabın bulunduğu banka tarafından Hazine Müsteşarlığı hesaplarına aktarılır. Söz konusu oranı belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Devralan kuruluşun belediye bağlı idaresi, belediye bağlı idaresinin ve/veya belediyenin sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip olduğu şirket olması hâlinde ve herhangi bir sebeple faaliyetlerinin sonlandırılması hâlinde, bu fıkra kapsamında ilgili kuruluş tarafından yerine getirilmesi gereken tüm yükümlülükler ilgili belediye tarafından üstlenilmiş sayılır.

Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü

MADDE 16- (1) Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Türkiye'nin ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, havacılık ve uzay teknolojileriyle ilgili çok taraflı uluslararası anlaşmalara, sözleşmelere ve kuruluşlara katılmasına dair görüş hazırlamak.

b) Çevre, enerji, sera gazları ve iklim değişikliği konularında ulusal ve uluslararası kuruluş, platform, oluşum ve benzeri yapıların çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, gerektiğinde bu çalışmalara katılarak Bakanlığı temsil etmek ve bu çalışmaların sonuçlarını Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarına bildirmek ve gereğini takip etmek.

c) Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının yabancı ülkeler ve uluslararası kuruluşlarla ilgili olarak yapacağı çalışmalar, toplantılar, ziyaretler ve benzeri faaliyetlerin yürütülmesine yardım etmek, gerekli koordinasyonu sağlamak.

ç) Bakanlık makamının yabancı ülkeler, uluslararası kuruluşlar veya bunların mensubu olan kişilerle ilgili olarak yapacağı çalışmalar, toplantılar, ziyaretler ve benzeri faaliyetler için gerekli her türlü protokol işlerini ve programı hazırlamak, takip etmek ve yürütmek.

d) Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının Avrupa Birliği ve Avrupa Birliğine uyum çalışmalarıyla ilgili olarak yapacağı çalışmalar, toplantılar, ziyaretler ve benzeri faaliyetlerin yürütülmesine yardım etmek ve gerekli koordinasyonu sağlamak.

e) Avrupa Birliği müktesebatı, uluslararası anlaşmalar ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde; ulaştırma operasyonel programını hazırlamak, ulaştırma operasyonel programı çerçevesinde desteklenecek yatırım ve faaliyetlere ilişkin projelerin seçimini, ihalesini ve sözleşmesini yapmak, yürütmek, kontrol ve izlemelerini gerçekleştirmek, gerçekleşen projelerin ödemelerini yapmak ve ilgili kurum ve kuruluşlara yürütülen proje ve faaliyetlerle ilgili bilgi, belge ve raporları vermek.

f) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Denetim Hizmetleri Başkanlığı

MADDE 17- (1) Denetim Hizmetleri Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın görev, hizmet ve amaçlarını daha iyi gerçekleştirmesi ile mevzuata, stratejik plan ve programlara uygun çalışmasını temin etmeye yönelik teklif hazırlamak.

b) Bakanlık ile Bakanlık kuruluşlarının her türlü faaliyet, iş ve işlemleriyle ilgili olarak inceleme ve soruşturma işlerini yürütmek.

c) Bakan tarafından belirlenen konularda araştırma ve incelemeler yapmak.

ç) Kanunlar ve Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Denetim Hizmetleri Başkanlığının ve müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile müfettiş yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir.

Strateji Geliştirme Başkanlığı

MADDE 18- (1) Strateji Geliştirme Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 22/12/2005 tarihli ve 5436 sayılı Kanunun 15 inci maddesi ve diğer mevzuatla strateji geliştirme ve mali hizmetler birimlerine verilen görevleri yapmak.

b) Bakanlık ile Bakanlık kuruluşlarının koordinasyonunu sağlamak ve bu kuruluşların faaliyetlerini izlemek ve faaliyetlerinin stratejik planlarına ve hedeflerine uygun olarak yürütülmesi için gerekli çalışmaları yapmak.

c) Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının görev alanlarıyla ilgili gerekli istatistikleri toplamak, değerlendirmek ve yayınlamak.

ç) Engellilerin ulaştırma ve haberleşme altyapılarını kolay kullanabilmeleri ve bu hizmetlerden yeterli seviyede yararlanabilmeleri için Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla ortak çalışmalar yapmak ve koordinasyonu sağlamak.

d) Bakanlık kuruluşlarının ilgili mevzuat uyarınca onaylanması gereken hizmet ücret tarifelerine ilişkin iş ve işlemleri yapmak.

e) Bakanlık kuruluşlarının uyguladıkları ücret tarifeleriyle ilgili istatistikleri toplamak, incelemek ve hizmetin niteliğine ve ülkenin ekonomik şartlarına göre uyumlu ve tamamlayıcı bir ücret sisteminin kurulmasına yönelik olarak Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla ortak çalışmalar yapmak.

f) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığı

MADDE 19- (1) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığının görevleri, Bakanlık ve Bakanlık kuruluşlarının görev ve hizmet alanlarıyla ilgili ve sınırlı olmak üzere, şunlardır:

a) Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde araştırma ve geliştirme faaliyeti yapmak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

b) Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde yerli, yabancı ve uluslararası araştırma ve geliştirme kuruluşlarına araştırma ve geliştirme faaliyeti yaptırmak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

c) Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde yerli, yabancı ve uluslararası üniversitelere araştırma ve geliştirme faaliyeti yaptırmak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

ç) Yerli, yabancı ve uluslararası araştırma ve geliştirme kuruluşlarıyla uzman değişimini de içeren teknik ve bilimsel işbirliği protokolleri yapmak ve uygulamak.

d) Yerli, yabancı ve uluslararası eğitim ve düşünce kuruluşlarıyla uzman değişimini de içeren teknik ve bilimsel işbirliği protokolleri yapmak ve uygulamak.

e) Politika ve strateji belirlenmesine yönelik araştırmalar yapmak, yaptırmak ve veri tabanları oluşturmak.

f) Hizmet sunumunda yenilikçiliği esas alan projeler yapmak veya yaptırmak.

g) Gerektiğinde konuyla ilgili yerli ve yabancı kişi ve kuruluş temsilcilerinin katılımına açık olarak Bakanlık ve kuruluşları personeline mesleki, teknik ve bilimsel eğitim vermek veya verdirmek.

ğ) Gerektiğinde konuyla ilgili üçüncü kişilerin de katılımına açık olarak yerli ve yabancı kişi ve kuruluşlardan Bakanlık ve kuruluşlarının personeli için mesleki, teknik ve bilimsel eğitim hizmeti almak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

h) Bakanlıkça yürürlüğe konulan düzenlemelerin ilgili sektör ve piyasa ile genel ekonomiye etkilerini ölçmeye yönelik araştırma yapmak veya yaptırmak.

ı) Ülkemiz tecrübelerinin başta komşu ülkeler olmak üzere, işbirliği içinde olunan gelişmekte olan ülkelere aktarılmasına yönelik program hazırlamak ve uygulamak.

i) Komşu ve gelişmekte olan ülkelerin gelişme çabalarına yardımcı olmak amacıyla bu ülkelere yönelik eğitim, teknik yardım ve işbirliği programları hazırlamak ve uygulamak.

j) Her türlü memnuniyet araştırması, kamuoyu araştırması yapmak, yaptırmak ve sonuçlarını ilgili birimlerle paylaşarak gereğini takip etmek.

k) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Hukuk Müşavirliği

MADDE 20- (1) Hukuk Müşavirliğinin görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın taraf olduğu adli ve idari davalarda, tahkim yargılamasında ve icra işlemlerinde Bakanlığı temsil etmek, dava ve icra işlemlerini takip etmek, anlaşmazlıkları önleyici hukuki tedbirleri zamanında almak.

b) Bakanlık hizmetleriyle ilgili olarak diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan mevzuat taslaklarını, Bakanlık birimleri tarafından düzenlenecek her türlü sözleşme ve şartname taslaklarını, Bakanlık ile üçüncü kişiler arasında çıkan her türlü uyuşmazlıklara ilişkin işleri ve Bakanlık birimlerince sorulacak diğer işleri inceleyip hukuki mütalaasını bildirmek.

c) Bakanlıkça hizmet satın alma yoluyla temsil ettirilen dava ve icra takiplerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bunları izlemek, koordine etmek ve denetlemek.

ç) Bakanlığın amaçlarını daha iyi gerçekleştirmek, mevzuata, plan ve programa uygun çalışmalarını temin etmek amacıyla gerekli hukuki teklifleri hazırlayıp Bakana sunmak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2) Birinci fıkrada belirtilen her türlü dava ve takip işleri ile diğer görevler Bakanlığın Hukuk Müşavirleri ve Avukatları aracılığıyla yerine getirilir. Gerekli hallerde dava ve takip işleri Hazine Avukatları aracılığıyla veya ihtiyaç duyulması halinde Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesinde öngörülen doğrudan temin usulüyle avukatlar veya avukatlık ortaklıklarıyla yapılacak avukatlık sözleşmeleri yoluyla yürütülür.

(3) Davalarda temsil yetkisi bulunan Hukuk Müşavirleri ve Avukatların bir listesi Bakanlıkça ilgili Cumhuriyet başsavcılıklarına ve bölge idare mahkemesi başkanlıklarına verilir. Bu listelerin birer nüshası, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından adli yargı çevresinde, bölge idare mahkemesi başkanlığınca idari yargı çevresinde bulunan mahkemelere gönderilir. Yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimleri, ilgili mahkemelerin başsavcılıklarına veya başkanlıklarına bildirilir. Listede isimleri yer alan Hukuk Müşavirleri ve Avukatlar, baroya kayıt ve vekâletname ibrazı gerekmeksizin temsil yetkilerini kullanırlar. Temsil yetkisi sona erenlerin isimleri yukarıda yazılı mercilere derhal bildirilir.

(4) Bakanlık lehine sonuçlanan dava ve icra takipleri nedeniyle hükme bağlanarak karşı taraftan tahsil edilen vekâlet ücretlerinin Hukuk Müşavirleri ve Avukatlara dağıtımı hakkında, 2/2/1929 tarihli ve 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat ve Saireye Verilecek Ücreti Vekâlet Hakkında Kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

Döner Sermaye İşletme Dairesi Başkanlığı

MADDE 21- (1) Döner Sermaye İşletme Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Döner Sermaye İşletmesini idari ve mali yönden yönetmek.

b) Gerçek ve kamu kurum ve kuruluşları dahil tüzel kişilere; Bakanlıkça verilecek her türlü yetki belgesi, işletme ruhsatı, çalışma ruhsatı, lisans, imtiyaz hakkı belgesi, tahsis belgesi, tescil belgesi, izin belgesi, emniyet belgesi, taşıt belge ve kartları, geçiş belgeleri, yola elverişlilik sertifikası, denize elverişlilik sertifikası, gürültü sertifikası, her türlü mesleki yeterlik belgesi ve benzeri belgelerin basım işlerini yapmak veya yaptırmak, bunları ilgililere vermek üzere hizmet birimlerine dağıtmak ve ücretlerini tahsil etmek.

c) Bakanlık hizmet birimlerince ücretli olarak verilecek her türlü teknik test, kontrol, rapor ve benzeri hizmetler, araştırma ve geliştirme hizmetleri, denizdibi tarama hizmetleri, her türlü gemi sürvey ve denetim hizmetleri, müşavirlik hizmetleri ile mesleki ve teknik eğitim, kurs, seminer ve benzeri hizmetlerin ücretlerini tahsil etmek.

ç) 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununun 33 üncü maddesinde belirtilen görevleri yapmak.

d) Bakanlığın görev alanına giren hizmetlerin yerine getirilmesi için gerektiğinde kiralama yapmak, mal ve hizmet satın almak.

e) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2) Döner sermaye işletmesinin gelirleri;

a) Birinci fıkrada sayılan faaliyetlerden elde edilen gelirlerden,

b) Kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu kurumu ve özel kuruluşlarca elde edilen aylık gayrisafi hasılattan alınacak %6,5 oranında payın %50'sinden,

c) Bağış, yardım ve diğer gelirlerden,

oluşur.

(3) Kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu kurumu ve özel kuruluşlarca elde edilen gayrisafi hasılattan yatırılacak pay, en geç tahsil edildiği ayı takip eden ayın sonuna kadar Bakanlık döner sermaye işletmesi muhasebe birimi hesaplarına yatırılır. Yatırılan miktarın %50'si takip eden ayın yirmisine kadar genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Bakanlık merkez muhasebe birimine aktarılır. Kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu kurumu

ve özel kuruluşlarca elde edilen aylık gayrisafi hasılattan alınacak payın %10'a kadar artırılmasına veya %3'e kadar indirilmesine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

(4) (Ek: 27/3/2015-6639/36 md.) Bakan; Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslar dâhilinde, söz konusu gelirlerden;

a) Savaş, iç savaş, terör, kargaşa ve benzeri olağanüstü koşullara sahip ülkelerde uluslararası taşıma yaparken saldırıya uğrayıp hayatını kaybeden şoför ve beraberindeki Türk vatandaşlarının varislerine 40.000 Türk lirasına kadar,

b) Bakanlık Döner Sermaye İşletmesinin mali imkânları ölçüsünde olmak üzere;

1) Ticari yolcu ve eşya taşımalarında kullanılan otobüs, minibüs, kamyonet, traktör, kamyon, tanker ve çekicilerden yaşları ilgili mevzuatın getirdiği yaş sınırının üzerinde olanları devir almaya, devir alınan taşıtların sahiplerine,

2) Karayolu yatırım projelerine,

3) Millî Gemi Sicili veya Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı ticari yük taşımalarında kullanılan gemilerden cins ve nitelikleri Bakanlıkça belirlenenlerin hurdaya ayrılmasını desteklemek amacıyla yerlerine asgari yüzde otuz beş yerli katkı oranıyla Türkiye'de inşa edilmek, asgari beş yıl Türk Bayraklı işletilmek ve inşasının üç yıl içinde tamamlanmaması veya inşasını müteakip beş yıldan önce satılması hâlinde genel hükümler uyarınca tahsil edilmesi şartlarıyla yeni gemilerin finansmanında kullanılmak ve hurda bedelini aşmamak üzere nakdi,

ödeme yaptırmaya yetkilidir.

(5) (Ek: 27/3/2015-6639/36 md.) Döner Sermaye İşletmesi, devir alınan dördüncü fıkranın (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan taşıtları yurt içi ve yurt dışındaki gerçek ve/veya tüzel kişilere satış, hibe, devir ve benzeri yöntemlerle değerlendirebilir. Bu işlemlerden elde edilen gelirler Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilir.

(6) Döner Sermaye İşletmesinin sermayesi 10.000.000 Türk Lirasıdır. Sermaye miktarını arttırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.(1)

(7) Döner Sermaye İşletmesinin diğer görevleri, gelirleri, giderleri, işleyişi, denetimi ile diğer hususlar Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir. (1)

Personel ve Eğitim Dairesi Başkanlığı

MADDE 22- (1) Personel ve Eğitim Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın insan gücünü; uzmanlık alanı, kadro, unvan, yaş ve benzeri yönlerden gerekli tedbirleri zamanında alarak planlamak ve geliştirmek.

b) Personelin başarısının ölçülmesine yönelik başarı ölçütlerinin oluşturulması konusunda çalışmalar yapmak.

c) Personelin atama, nakil, terfi, emeklilik ve benzeri özlük iş ve işlemlerini yürütmek ve Bakanlık kuruluşlarının 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun kapsamına giren personelinin atama işlemlerini sonuçlandırmak.

ç) İşçi ve işveren ilişkileri konusunda Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının çalışmalarını takip ve koordine etmek.

d) Hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim planlamasını yapmak ve gerekli eğitimleri vermek veya verdirmek.

e) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı

MADDE 23- (1) Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Bilgi teknolojileri, bilişim, bilgi işlem ve bilgi güvenliğiyle ilgili her türlü yatırım, iş, işlem ve hizmetleri yapmak veya yaptırmak ve bunları Bakanlık merkez ve taşra teşkilatının kullanımına sunmak.

b) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı

MADDE 24- (1) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) 5018 sayılı Kanun çerçevesinde; kiralama ve satınalma işlerini yürütmek, temizlik, aydınlatma, ısıtma, bakım, onarım, taşıma ve benzeri hizmetleri yapmak veya yaptırmak.

b) Genel evrak ve sosyal hizmetleri düzenlemek ve yürütmek.

c) Sivil savunma ve seferberlik hizmetlerini planlamak ve yürütmek.

ç) Sürekli ve geçici kurulların sekreterya hizmetlerini yapmak.

d) Hizmet birimlerinin talep etmesi halinde; bunların faaliyet ve yürüttüğü projelerle ilgili olarak kamuoyu ve toplumu bilgilendirmeye yönelik yazılı ve görsel belge basmak veya bastırmak, yurtiçi tanıtım toplantıları, tören ve benzeri çalışmalar yapmak veya yaptırmak.

e) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği

MADDE 25- (1) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğinin görevleri şunlardır:

a) Basın ve halkla ilişkilerle ilgili faaliyetleri hazırlamak, koordine etmek ve yürütmek.

b) 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununa göre yapılacak bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru bir şekilde sonuçlandırmak üzere gerekli tedbirleri almak.

c) Bakanlık makamının yurtiçindeki her türlü tören, konuşma, basın açıklaması, protokol ve benzeri işlerini düzenlemek ve yürütmek.

ç) Bakanlıkla ilgili medyada çıkan haberleri takip etmek.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Özel Kalem Müdürlüğü

MADDE 26- (1) Özel Kalem Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Bakanın resmi ve özel yazışmalarını yürütmek.

b) Bakanın kabul, davet, karşılama, ağırlama, uğurlama, milli ve dini bayramlarla ilgili hizmetlerini düzenlemek, yürütmek ve ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarla koordine etmek.

c) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Bakanlık Müşavirleri

MADDE 27- (1) Bakanlıkta, özel önem ve öncelik taşıyan konularda Bakana yardımcı olmak üzere otuz Bakanlık Müşaviri atanabilir.

Ortak görevler ve hükümler

MADDE 28- (1) 7 ila 14 üncü maddelerde düzenlenen Bakanlık hizmet birimleri sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak aşağıdaki görevleri de yerine getirirler:

a) Yürütülen faaliyetlerin çevreye uyumlu olmasını ve gelişmesini sağlamak.

b) Uluslararası mevzuatı takip etmek ve bunların gerektirmesi halinde mevzuat uyumu çalışması yapmak.

c) Ticari, ekonomik, teknik gelişmeler ve sosyal ihtiyaçları takip etmek ve bunlara bağlı olarak gerektiğinde yeni politikalar ve yürütülme esasları hakkında teklif hazırlamak.

ç) Verilecek yetki belgeleri ile diğer belge ve hizmetlerin ücret, süre, kapsam ve şekillerini belirlemek.

d) Gerekli idari düzenlemeleri hazırlamak.

e) Denetim yapmak veya yaptırmak amacıyla gerekli her türlü fiziki ve teknik altyapı ve tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve bunları denetlemek.

(2) 7 ila 12 nci maddelerde düzenlenen Bakanlık hizmet birimleri sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak hazırladıkları ve Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan Bakanlık idari düzenlemelerinde, bu düzenlemeleri ihlal edecek hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlar için;

a) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Hangi hâllerde uygulanacağını açıkça belirtmek kaydıyla; uyarma, geçici faaliyet durdurma ve yetki iptali şeklinde idari müeyyideler öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen idari müeyyideleri uygulamakla görevli ve yetkilidirler.

b) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Hangi hâllerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek kaydıyla; 7 nci maddede yer alan hizmet birimi beş bin Türk Lirasına kadar, 8 inci ve 11 inci maddelerde yer alan hizmet birimleri iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar, 12 nci maddede yer alan hizmet birimi beş yüz bin Türk Lirasına kadar, 9 uncu ve 10 uncu maddelerde yer alan hizmet birimleri ise beş milyon Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulaması öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen miktarda idari para cezası karar tutanağı düzenlemek veya düzenletmekle görevli ve yetkilidirler.

c) Hangi konularda ve ne şekilde yapılacağı ile sınırlarını açıkça belirtmek şartıyla; Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının sınır kapılarındaki birimleri, belediyelerin denetim birimlerini de denetimle yetkilendirebilir ve bunlara mensup kamu personeli eliyle denetim yaptırabilir ve ihlal veya idari para cezası karar tutanağı düzenlettirebilirler.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Sürekli ve Geçici Kurullar ile Çalışma ve Rehberlik Grupları

Sürekli ve geçici kurullar

MADDE 29- (1) Bakanlık, görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere bakanlık, kurum ve kuruluş, sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla aşağıdaki sürekli kurulları oluşturur.

a) Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu.

b) Demiryolu Koordinasyon Kurulu.

c) Araştırma Merkezi İzleme ve Yönlendirme Kurulu.

ç) Şûra Düzenleme Kurulu.

d) İnternet Geliştirme Kurulu.

(2) Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Ulaştırma alanında meydana gelen ciddi kazalarla ilgili araştırma, inceleme yapmak ve gerektiğinde bu araştırma ve incelemelere bağlı olarak ulaştırma altyapıları ve taşımacılık faaliyetlerinin emniyetinin iyileştirilmesi için teklif hazırlamak ve Bakana sunmak.

b) Bir ulaştırma türünde meydana gelen ve ulaştırma emniyet düzenlemeleri ve emniyet yönetimi bakımından belirgin bir etkiye sahip kaza ve olayları özel olarak araştırmak, incelemek ve bütün ulaştırma türlerini kapsayan emniyete ilişkin teklif hazırlamak ve Bakana sunmak.

c) Araştırma ve incelemesi yapılan kaza ve olayları raporlamak ve Bakana sunmak, gerektiğinde taraflara ve ilgili ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlara göndermek.

ç) Araştırma ve incelemesi yapılan kaza ve olaylar hakkında yıllık istatistikler yayınlamak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(3) Demiryolu Koordinasyon Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Demiryolu altyapı işletmecileri, tren işletmecileri ve Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü arasında uyum ve işbirliğini sağlamak, bunun için gerekli kararları almak.

b) Demiryolu politikaları geliştirmek ve Bakana sunmak.

c) Demiryolu sektörünü izleyerek sürdürülebilir bir yapı kazanması için teklif hazırlamak ve Bakana sunmak.

ç) Demiryolu sektörü yatırım ihtiyacıyla ilgili çalışmalar yapmak ve Bakana sunmak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(4) Araştırma Merkezi İzleme ve Yönlendirme Kurulunun görevleri, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığının faaliyetleriyle ilgili ve sınırlı olmak üzere, şunlardır:

a) Merkezin yürüteceği faaliyetleri değerlendirmek ve yönlendirmek.

b) Merkezin hazırlamış olduğu programları ve protokolleri değerlendirmek, yönlendirmek ve onaylamak.

c) Onaylanan program ve protokolleri izlemek ve sonuçlarını değerlendirmek ve Bakana sunmak.

ç) Merkezin gerçekleşen faaliyetlerinin sonuçlarını değerlendirmek ve Bakana sunmak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(5) Şûra Düzenleme Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Ulaştırma, Denizcilik, Haberleşme, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Şûrasını düzenlemek ve Şûranın amaç, kapsam ve programını belirlemek.

b) Şûrayla ilgili çalışma grupları oluşturmak, bunların çalışmalarını izlemek ve sonuçlandırmak.

c) Şûrayı gerçekleştirmek.

ç) Şûrayla ilgili raporları hazırlamak veya hazırlatmak.

d) Bakanın Şûrayla ilgili verdiği diğer görevleri yapmak.

(6) İnternet Geliştirme Kurulunun görevleri şunlardır:

a) İnternet ortamının ekonomik, ticari ve sosyal hayat ile bilim, eğitim ve kültür alanında etkin, yaygın, kolay erişilebilir olarak kullanımını teşvik edecek politika ve strateji önerileri hazırlamak ve Bakana sunmak.

b) Türk Kültürü, Türk Tarihi ve Türk Dünyasıyla ilgili bilgilerin internet ortamında daha fazla yer alması ve bunların tanıtılması hususunda çalışmalar yapmak, yaptırmak ve öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

c) İnternet ortamının güvenli, serbest, özgür ve faydalı kullanımı ile katma değer üretmesine yönelik öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

ç) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(7) Bakanlıkça teknik ve ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, evrensel hizmet, havacılık ve uzay teknolojileri iş, hizmet ve sistemleriyle ilgili olarak oluşturulacak politika ve stratejilerin tespitiyle ilgili çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere Bakanlık dışından bu alanlarda uzman kişiler ile faaliyet gösteren kuruluş temsilcilerinin katılımıyla görev süresi bir yılı geçmemek üzere geçici kurullar da oluşturabilir. Geçici kurulların görev süresi ihtiyaç halinde en fazla bir yıl ve bir kez uzatılabilir. Aynı anda en fazla iki adet geçici kurul çalıştırılabilir. Geçici kurullar, Bakanın doğrudan kendisinin belirlediği konularda verdiği görevleri yerine getirirler.

(8) Sürekli ve geçici kurulların üye sayısı yediyi geçemez.

(9) Sürekli ve geçici kurulların Bakanlık ve Bakanlık kuruluşları dışındaki kamu personeli olan üyelerine, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu üyelerine ödenen aylık ücretin %25'i, diğer üyelerine

ise %50'si Bakanlıkça ödenir. Bir kişinin birden fazla sürekli veya geçici kurulda üyeliği bulunması halinde, bu kişiye sadece bir kurul üyeliği için bu ödeme yapılır.

(10) Sürekli ve geçici kurul üyelerinin kurul çalışmalarıyla ilgili olarak uçak, otobüs ve trenle yaptıkları seyahatlerin yol giderleri sunacakları bilet karşılığı kendilerine ayrıca ödenir.

(11) Sürekli ve geçici kurullar, çalışmalarıyla ilgili konularda ihtiyaç oluşması halinde araştırma, inceleme ve danışmanlık hizmetleriyle sınırlı olmak üzere Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi vasıtasıyla hizmet alımı yapabilirler.

(12) Sürekli ve geçici kurullar tarafından yapılacak harcamalar ile kurul üyelerinin ücretleri bu amaçla Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi bütçesine konulan ödenekten karşılanır.

(13) Sürekli ve geçici kurul üyelerinin hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı, sahip olmaları gereken özellikler ile kurulların çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

(14) (Ek: 10/9/2014 - 6552/143 md.) Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulunca ihtiyaç duyulması hâlinde, çözümü özel uzmanlık veya teknik bilgiyi gerektiren kaza araştırma ve incelemelerinde bilirkişi görevlendirilebilir. Bilirkişi görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile bunlara verilecek ücretin miktarı Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlıkça belirlenir.

Çalışma ve rehberlik grupları

MADDE 30- (1) Bakanlık, görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak üzere diğer bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, meslek odaları, sivil toplum kuruluşları, özel sektör temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla çalışma grupları oluşturabilir.

(2) Hizmet birim amirleri, personel arasından rehberlik grupları oluşturabilir. Rehberlik grupları, hizmet birimi amiri tarafından belirlenecek personelin koordinasyonunda faaliyet gösterir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Sorumluluk ve Yetkiler

Yöneticilerin sorumlulukları

MADDE 31- (1) Bakanlığın her kademedeki yöneticileri; görevlerini mevzuata, stratejik plan ve programlara, başarı ölçütlerine ve hizmet kalite standartlarına uygun olarak yürütmekten üst kademelere karşı sorumludur.

Yetki devri

MADDE 32- (1) Bakan, Müsteşar ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak şartıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilirler. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.

Koordinasyon ve işbirliği

MADDE 33- (1) Bakanlık, görev ve hizmetleriyle ilgili konularda diğer bakanlıkların, kamu kurum ve kuruluşlarının uyacakları esasları; kaynak israfını önleyecek ve koordinasyonu sağlayacak tedbirleri içerecek şekilde ve mevzuata uygun olarak belirlemekle görevli ve yetkilidir.

(2) Bakanlık, diğer bakanlıkların görev ve hizmet alanına giren konulara ilişkin faaliyetlerinde ilgili bakanlıklara danışmakla ve gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla sorumludur.

Düzenleme yetkisi

MADDE 34- (1) Bakanlık; görev, yetki ve sorumluluk alanına giren ve kanunla belirlenmiş konularda idari düzenlemeler yapabilir.

ALTINCI BÖLÜM

Personele İlişkin Hükümler

Atama

MADDE 35- (1) 2451 sayılı Kanunun eki cetvellerde sayılanlar dışında kalan memurların atamaları Bakan tarafından yapılır. Bakan bu yetkisini alt kademelere devredebilir.

Kadrolar

MADDE 36- (1) Kadroların tespiti, ihdası, kullanımı ve iptali ile kadrolara ilişkin diğer hususlar 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre düzenlenir.

Ulaştırma ve Haberleşme, Havacılık ve Uzay Teknolojileri ile Denizcilik Uzmanlıkları (1)

MADDE 37- (1) Bakanlık görev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere merkez teşkilatında Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanı, Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcısı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcısı; merkez ve taşra teşkilatında ise Denizcilik Uzmanı ve Denizcilik Uzman Yardımcısı istihdam eder.

(2) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 22/11/2012 tarihli ve E: 2011/149, K: 2012/187 sayılı kararı ile.)

(3) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 22/11/2012 tarihli ve E: 2011/149, K: 2012/187 sayılı kararı ile.)

(4) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 22/11/2012 tarihli ve E: 2011/149, K: 2012/187 sayılı kararı ile.)

(5) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 22/11/2012 tarihli ve E: 2011/149, K: 2012/187 sayılı kararı ile.)

Yurtdışına gönderilecek personel

MADDE 38- (1) Bakanlık personeli, mesleki bilgi ve tecrübelerini geliştirmek ve ihtisas yapmak üzere genel hükümlere göre yurtdışına gönderilebilir.

Ek ödeme

MADDE 39- (Mülga: 11/10/2011-KHK-666/1 md.)

YEDİNCİ BÖLÜM

Çeşitli ve Geçici Hükümler

Araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi

MADDE 40- (1) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, her üç ayda bir giderlerinin karşılanmasından sonra kalan miktarın %20'sini, 5018 sayılı Kanun gereğince genel bütçeye yapılacak ödemeden önce takip eden ayın onbeşine kadar, 5809 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca araştırma ve geliştirme gelirleri olarak genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Bakanlığın merkez muhasebe birimi hesabına aktarır ve Bakanlığa bildirir. Aktarılan tutarlar karşılığında araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi amacıyla ilgili tertiplere ödenek kaydetmeye ve bu ödeneklerden yılı içerisinde harcanmayan tutarları ertesi yıl bütçesine devren ödenek kaydetmeye Bakan yetkilidir. Ödeneklerin kullanımına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından belirlenir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, elektronik haberleşme sektöründe öncelikli olarak desteklenmesini öngördüğü alanlara ilişkin görüşünü, her yıl 1 Eylül tarihine kadar bir rapor halinde Bakanlığa bildirir. Bakanlık, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi kapsamında, gerekli gördüğü bilgileri her türlü kamu kurum ve kuruluşlarından istemeye yetkilidir. Kendilerinden bilgi istenen kurumlar bu bilgileri mümkün olan en kısa zamanda vermekle yükümlüdürler.

(2) Birinci fıkrada belirtilen araştırma ve geliştirme destekleri için ayrılan ödenekten havacılık ve uzay teknolojilerine ilişkin araştırma ve geliştirme destekleri de verilebilir.

(3) Destek verilecek araştırma ve geliştirme projelerinin değerlendirilmesi ve izlenmesinde görevlendirilecek uzmanların vasıfları ile bunlara yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

(4) Bakan, genel bütçeye gelir kaydedilen tutarın %50'sini geçmemek kaydıyla, kaydedilen ödeneklerden harcanmayan tutarları 16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu kapsamındaki hizmetlerde kullanmaya yetkilidir.

(5) Yanıltıcı belge vermek veya başka bir surette kendilerine haksız ödeme yapıldığı tespit edilenlere yapılan ödemeler, Bakanlığın bildirimi üzerine, ilgili vergi dairelerince 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsil edilir.

Deniz kazalarının yönetimi

MADDE 41- (1) Türk boğazlar bölgesinde ve diğer kıyılarımızda; gemiler, tankerler ve her türlü deniz aracı ile tersaneler ve kıyı tesislerinde meydana gelen yangın ve kaza halleri ile doğal afetlerde denizde seyir güvenliğini sağlamak ve çevre kirliliğini önlemek, bu hallerin karada sebep olabileceği yıkım ve zararları engellemek amacıyla deniz ulaştırması, liman ve tersane hizmetlerinin planlanmasına yönelik faaliyet gösteren tüm kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların faaliyetlerinin düzenlenmesi, koordinasyonu, sevk ve idaresi, krize neden olan olayların başlangıcından neticelerinin ortadan kalktığının Bakanlıkça belirlenmesine kadar geçecek süre içerisinde, Bakanlığın görev ve yetkisindedir.

(2) Bakanlık, birinci fıkrada belirtilen görev ve yetki doğrultusunda, krizi yaratan olayların önlenmesi, ortadan kaldırılması veya kamu yararı ve milli menfaatlere uygun olarak sona erdirilmesi amacıyla; 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca acil durum yönetimine geçildiği hallerde, 5018 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmaksızın eleman, malzeme ve her türlü kara, deniz ve hava aracını temin eder veya ettirir, alınacak mal ve hizmetlerin bedelini belirler, ödemeleri yapar veya yaptırır.

Türk boğazlarında gemi trafik yönetimi tesisleri kurulması

MADDE 42- (1) Türk boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurmak amacıyla, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerdeki mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarruf altındaki taşınmazlar Maliye Bakanlığınca, Bakanlığın kullanımına tahsis edilir. Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen tesis ve inşaatların projelendirilmesi ve yapımında 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu, 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 17/2/2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu hükümleri uygulanmaz.

(3) Bu madde kapsamındaki tahsis ve imar planlarının tasdikinden önce Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görüşü alınır.

Bağlama kütüğü

MADDE 43- (1) Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli olanlar ve Milli Gemi Siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının malikleri veya işletenleri; söz konusu gemi, deniz ve içsu araçlarını bağlama kütüğüne kaydettirmek zorundadırlar.

(2) Bağlama kütüğüne kayda ilişkin usul ve esaslar ile yapılacak iş ve işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yürütüleceği yönetmelikle belirlenir.

Yürürlükten kaldırılan ve değiştirilen mevzuat ile atıflar

MADDE 44- (1) 9/4/1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 10/8/1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) (13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(3) (27/9/1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(4) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(5) (14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(6) Mevzuatta;

a) 9/4/1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 10/8/1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye yapılan atıflar bu Kanun Hükmünde Kararnameye,

b) Ulaştırma Bakanlığına ve Denizcilik Müsteşarlığına yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına,

c) Ulaştırma Bakanına veya Denizcilik Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakana yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanına,

ç) Ulaştırma Bakanlığı Müsteşarı ile Denizcilik Müsteşarına yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Müsteşarına,

yapılmış sayılır.

EK MADDE 1- (Ek: 27/3/2015-6639/37 md.)

(1) 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına ait bölümünde yer alan "Gemi Sürvey Uzmanı" unvanlı kadroların unvanı "Denizcilik Sörvey Mühendisi" olarak değiştirilmiştir. Mevcut "Gemi Sürvey Uzmanları", "Denizcilik Sörvey Mühendisi" kadrolarına atanmış sayılırlar. İlgili mevzuatında mühendis kadrosu için öngörülen mali ve sosyal hak ve yardımlar bunlar hakkında da aynen uygulanır. Ancak, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 9 uncu maddesi uyarınca mühendis kadrosunda bulunanlar için dereceler itibarıyla tespit edilmiş ek ödeme oranları bunlar hakkında 100 puan artırılarak uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce "Gemi Sürvey Uzmanı" kadrosunda görev yapmış olup hâlen Bakanlıkta diğer unvanlarda görev yapmakta olanlar "Denizcilik Sörvey Mühendisi" kadrolarına atanabilirler.

Hak ve yetkiler ile personelin devri

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının merkez ve taşra teşkilatına ait her türlü varlık, taşınır, araç, gereç, malzeme, demirbaş ve taşıtlar, borç ve alacaklar, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlar ve diğer dokümanlar ile kadro ve pozisyonlarda bulunan personel, hiçbir işleme gerek kalmaksızın Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına devredilmiş sayılır. Mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlardan Maliye Bakanlığınca Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığına tahsis edilmiş taşınmazlar hiçbir işleme gerek kalmaksızın tahsis amacında kullanılmak üzere Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına tahsis edilmiş sayılır.

(2) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının 2011 mali yılı harcamaları, 6091 sayılı 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa istinaden Maliye Bakanlığınca yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar, Ulaştırma Bakanlığı ve Denizcilik Müsteşarlığının 2011 yılı bütçesinde yer alan bütçe ödeneklerinden karşılanır.

(3) Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının bünyelerinde bulunan ve işletilen Döner Sermaye İşletmelerine ait her türlü varlık, taşınır ve taşınmaz, araç, gereç, malzeme, demirbaş ve

taşıtlar, borç ve alacaklar, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlar ve diğer dokümanlar ile kadro ve pozisyonlarda bulunan personel, mevcut kadro ve unvanlarıyla başkaca bir işleme gerek kalmaksızın bu Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesine devredilir ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi olarak faaliyetlerine devam eder.

(4) Bakanlığın teşkilatlanması sebebiyle teşkilat, görev, personel, kadro, demirbaş devri ve benzeri hususlarda ortaya çıkabilecek sorunları gidermeye Bakan yetkilidir.

Geçiş hükümleri

GEÇİCİ MADDE 2- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde Denizcilik Müsteşarlığında; Gemi Sörvey Kurulu Uzmanı olarak görev yapan personel Bakanlık için ihdas edilmiş olan Gemi Sürvey Uzmanı kadrolarına, denetleme şefi ve denetleme memuru olarak görev yapan personel ise Bakanlık için ihdas edilmiş olan sırasıyla şef ve memur kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle başka bir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılırlar.

(2) Ulaştırma Bakanlığı merkez teşkilatında; Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Kara Ulaştırması Genel Müdürü, Haberleşme Genel Müdürü, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı, Personel Dairesi Başkanı, Eğitim Dairesi Başkanı, Tarife ve Ticaret Dairesi Başkanı, Bağlı ve İlgili Kuruluşlar Dairesi Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Daire Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar ile taşra teşkilatında Bölge Müdürü unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(3) Denizcilik Müsteşarlığı merkez teşkilatında; Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Deniz Ulaştırması Genel Müdürü, Deniz Ticareti Genel Müdürü, Gemi İnşa ve Tersaneler Genel Müdürü, Teftiş Kurulu Başkanı, Deniz İşleri Başkanı, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanı, Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı, Muhabere ve Elektronik Dairesi Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Müsteşarlık Müşaviri, Daire Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar ile taşra teşkilatında Bölge Müdürü ve Gemi Sörvey Kurulu Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(4) İkinci ve üçüncü fıkralar uyarınca ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadroları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu şekilde atanan Bakanlık Müşavirleri, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabilir.

(5) Ulaştırma Bakanlığı merkez teşkilatında; APK Uzmanı ve Savunma Sekreteri unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(6) Ulaştırma Bakanlığı taşra teşkilatında; Bölge Müdür Yardımcısı unvanlı kadroda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile taşra teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(7) Denizcilik Müsteşarlığı taşra teşkilatında; Bölge Müdür Yardımcısı, Liman Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile taşra teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(8) Beşinci, altıncı ve yedinci fıkralar uyarınca ihdas edilen Araştırmacı kadroları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu şekilde atanan Araştırmacılar, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabilir.

(9) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığı kadrolarında bulunanlardan birinci, ikinci, üçüncü, beşinci, altıncı ve yedinci fıkralarda belirtilenler dışında kalanlar, Bakanlık için ihdas edilen aynı unvanlı kadrolara halen bulundukları kadro dereceleriyle başkaca bir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılırlar.

(10) Yukarıdaki fıkralarda sayılanlar hariç olmak üzere kadro unvanları değişenler veya kaldırılanlar ise altı ay içerisinde Bakanlıkta kazanılmış hak aylık derecelerine uygun başka bir kadroya atanırlar. Bunlar, atama işlemi yapılıncaya kadar Bakanlıkça ihtiyaç duyulan işlerde görevlendirilir ve yeni bir kadroya atanıncaya kadar eski kadrolarına ait aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer mali haklarını almaya devam ederler.

(11) Ulaştırma Bakanlığı ve Denizcilik Müsteşarlığında 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen sözleşmeli personel ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa göre istihdam edilen sürekli işçi kadrolarında bulunan personel pozisyon ve kadrolarıyla birlikte Bakanlığa devredilmiştir. Ulaştırma Bakanlığı ve Denizcilik Müsteşarlığı

adına vizeli boş sözleşmeli personel ile sürekli işçi kadroları başka bir işleme gerek kalmaksızın Bakanlık adına vize edilmiş sayılır.

(12) Bu madde uyarınca atanan veya atanmış sayılan personelin yeni kadrolarına atandıkları veya atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda aldıkları sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); yeni atandıkları kadrolara ilişkin olarak yapılan sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atandıkları veya atanmış sayıldıkları kadro unvanlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla kendi istekleriyle başka kurumlara atananlara fark tazminatı ödenmesine son verilir.

(13) Personelin, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığında geçen hizmetleri Bakanlıkta geçmiş sayılır.

(14) Maliye Bakanlığı uhdesinde Hazine Avukatları tarafından Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığını temsilen takip edilmekte olan dava ve icra takiplerine ilişkin dosyalar, Maliye Bakanlığı ve Bakanlıkça müştereken belirlenecek esaslara göre bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlığa devredilir. Bu şekilde devredilen dava ve icra takipleriyle ilgili olarak devir tarihine kadar yapılmış her türlü işlem Bakanlık adına yapılmış sayılır.

(15) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde; Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatına tahsis edilen kadroların ilk dağıtımını yapmaya Bakan yetkilidir. Bakan tarafından yapılan ilk dağıtım bir ay içerisinde ilgili Bakanlık ve kuruluşlara bildirilir. Bakan tarafından yapılan ilk dağıtım sonrası kadro tahsis ve tenkisine ilişkin hususlar ilgili mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilir.

Mevcut işlerin yürütülmesi

GEÇİCİ MADDE 3- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı teşkilatlanıncaya kadar, Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatında değişen veya yeni kurulan birimlere verilen görevler ve hizmetler, Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının mevcut personeli eliyle yürütülmeye devam olunur. Ulaştırma, Denizcilik ve

Haberleşme Bakanlığı teşkilat ve kadrolarını en geç altı ay içinde bu Kanun Hükmünde Kararnameye uygun hale getirir.

Kadro değişiklikleri

GEÇİCİ MADDE 4- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinden itibaren bir yıl süreyle 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesindeki sınırlamalara bağlı olmaksızın boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece, dolu kadrolarda derece değişikliği yapmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Devralınacak metro ve raylı sistemler

GEÇİCİ MADDE 5- (1) Büyükşehir belediyelerinin 13/7/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projeleri, Bakanlıkça devralınabilir.

(2) Bakanlar Kurulunca devralınabileceğine karar verilen her bir proje bakımından ayrı ayrı geçerli olmak üzere, yüklenicilerin belediyelerle akdedilmiş bulunan sözleşmeleri ile aynı şartlarda işi yürütmeye yazılı olarak muvafakat etmeleri kaydı ile Bakanlık; söz konusu projelerin mevcut sözleşmeleri ile devralınmasına da karar verebilir.

(3) Devir alım ve yapımı tamamlanmış olanlarının devir işlemleri, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ve ikinci fıkrasında belirtilen hükümler çerçevesinde düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir.

(4) Devir konusunda belediyelerle yapılacak protokoller ile belediyelerin yüklenicilerle yapmış bulundukları sözleşmelerin Bakanlıkça devralınması amacı ile Bakanlık ile yükleniciler arasında yapılacak sözleşmeler ve bu devirlerle ilgili yapılacak diğer işlemler damga vergisi ve harçlardan müstesnadır.

Ödenek kaydetme yetkisi

GEÇİCİ MADDE 6- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde 40 ıncı madde kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından Bakanlık merkez muhasebe birimine aktarılmış tutarları, aynı madde kapsamında Bakanlık bütçesine ödenek kaydetmeye Bakan yetkilidir.

Yetki belgesi yenileme ücretleri

GEÇİCİ MADDE 7- (1) Bakanlıkça karayolu taşımacılık faaliyetleriyle ilgili olarak verilmiş yetki belgelerinin 31/12/2013 tarihine kadar yenilenmesi halinde, yenilenme ücretleri güncel tam ücretin %5'i olarak uygulanır.

Düzenleyici işlemler, mevcut ve yürürlüğe konulacak idari düzenlemeler

GEÇİCİ MADDE 8- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yürürlüğe konulması gereken idari düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, mevcut tüzük, yönetmelik, tebliğ ve benzeri idari düzenlemelerin bu Kanun Hükmünde Kararnameye aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

(2) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci, 10 uncu ve 14 üncü maddelerinde yer alan hizmet birimlerinin görevleriyle ilgili ilk defa yürürlüğe konulacak idari düzenlemeler onsekiz ay, diğer hizmet birimlerinin görevleriyle ilgili ilk defa yürürlüğe konulacak idari düzenlemeler ise bir yıl içinde yürürlüğe konulur.

(3) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinde yer alan Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün demiryolu sektörünün serbestleşmesiyle ilişkili görevleriyle ilgili hükümler, demiryolu sektörünün tekel niteliğinin kaldırılmasına yönelik düzenlemelerin yürürlüğe girmesini müteakip uygulanır.

Yabancı bayrak çekilmiş olan yat, kotra, tekne ve gezinti gemilerinin Türk bayrağına geçişine ilişkin istisnalar

GEÇİCİ MADDE 9- (Ek: 18/1/2017-6770/38 md.)

(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yurtdışında bulunan veya yabancı bayrak çekilmiş olan Türk Gümrük Tarife Cetvelinin 8901.10.10.00.11 ve 8901.10.90.00.11 numaralarında yer alan mallar ile 89.03 tarife pozisyonunda yer alan mallardan yat, kotra, tekne ve gezinti gemilerinin, Türkiye'deki gerçek veya tüzel kişilere bedelsiz olarak intikali veraset ve intikal vergisinden; bunların Türkiye'ye ithali ile kayıt ve tesciline ilişkin iş ve işlemler, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (8) sayılı tarifede yer alan bağlama kütüğü ruhsatnamelerinden alınacak harçlar hariç olmak üzere, gümrük vergisi dahil her türlü vergi, resim, harç, fon ve paylardan müstesnadır.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren gemi, yat, kotra, tekne ve gezinti gemilerinin, Türkiye'ye ithali veya kayıt ve tescili öncesi dönemlere ilişkin olarak, bunları Türkiye'ye ithal edenler veya adlarına kayıt ve tescil ettirenler hakkında bunların ediniminden kaynaklı vergi incelemesi veya tarhiyat yapılmaz, daha önce yapılmış olan tarhiyatlardan varsa açılmış davalardan feragat edilmesi kaydıyla vazgeçilir, tahakkuk eden tutarlar terkin edilir, tahsil edilen tutarlar red ve iade edilmez. Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Yürürlük

MADDE 45- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 46- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

MÜLGA Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

***** Bu KHK 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanunun 191 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 6769 sayılı Kanunun geçici maddeleri gereğince mülga KHK'nin bazı hükümlerin uygulanmasına devam edileceğinden uygulayıcıya kolaylık sağlamak amacıyla 556 sayılı KHK sistemde korunmuştur.**

Kanun Hükmünde Kar.nin Tarihi : 24/6/1995 **No:** 556

Yetki Kanununun Tarihi : 8/6/1995, **No:** 4113

Resmi Gazete Sayısı : 22326

Resmi Gazete Tarihi: 27.6.1995

BİRİNCİ KISIM

BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Tanımlar ve Korumadan Yararlanacak Kişiler

Amaç ve kapsam

Madde 1 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır.

Bu Kanun Hükmünde Kararname, markaların korunmasına ilişkin esasları, kuralları ve şartları kapsar.

Tanımlar

Madde 2 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamede geçen:

a) "Marka", ortak markalar ve garanti markaları dahil ticaret markaları veya hizmet markalarını.

b) "Paris Sözleşmesi", Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair 20 Mart 1883 Tarihli Mukavele ile Türkiye tarafından onaylanmış değişikliklerini,

c) "Enstitü", 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Türk Patent Enstitüsünü.

d) "Marka Vekili", bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen haklarla ilgili konularda, ilgili kişileri Enstitü nezdinde temsil eden, danışmanlık yapan ve haklarının korunması için Enstitü nezdinde gerekli girişimlerde bulunan ve işlemleri yürüten kişileri,

ifade eder.

Korumadan yararlanacak kişiler

Madde 3 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin öngördüğü koruma; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişilerce elde edilir.

Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamına girmemekle beraber, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye'de marka korunmasından aynı şekilde yararlanır.

Milletlerarası anlaşmaların öncelikle uygulanması

Madde 4 - Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde, 3 üncü maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir.

İKİNCİ BÖLÜM

Markanın İçereceği İşaretler ve Markanın Elde Edilmesi

Markanın içereceği işaretler

Madde 5 - Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.[1] [2]

[1] Bu fıkraya "sayılar" ibaresinden sonra gelmek üzere 3/11/1995 tarih ve 4128 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle "malların biçimi veya ambalajlarının" ibaresi eklenmiş olup, metne işlenmiştir.
[2] Bu fıkrada yer alan “ambalajlarının”ibaresi, 22/6/2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle “ambalajları”şeklinde değştirilmiş ve metne işlenmiştir.

Marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili marka sahibine mal veya ambalaj için inhisari bir hak sağlamaz. (Ek cümle :22/6/2004 - 5194/12 md.) İnhisarî hak sağlamayan bu tür unsurlar tescil belgesi üzerinde açıkça belirtilir.

Marka hakkının elde edilmesi

Madde 6 - Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.

Marka tescilinde red için mutlak nedenler

Madde 7 - Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:

a) 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler,

b) (Değişik : 22/6/2004 - 5194/13 md.) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar,

c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar.[3]

d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar,

e) Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler,

f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar,

g) Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek markalar,

h) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, külterel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanları içeren markalar,

[3] Bu bende, "çeşit" ibaresinden sonra gelmek üzere 3/11/1995 tarih ve 4128 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle "vasıf" ibaresi eklenmiş olup, metne işlenmiştir.

ı) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 27/5/2015 tarihli ve E.: 2015/33, K.: 2015/50 sayılı Kararı ile.)

j) Dini değerleri ve sembolleri içeren markalar,

k) Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar.

(Ek fıkra : 3/11/1995 - 4128/5 md.;Değişik:22/6/2004 - 5194/13 md.) Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez.

Marka tescilinde red için nispi nedenler

Madde 8 - Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez:

a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa,

b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa.

Marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından markanın kendi adına tescili için, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe gösterilmeden yapılan başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine red edilir.

Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenilen marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez.

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise,

b)Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa,

Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya

tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu red edilir.

Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir.

Ortak ve garanti markalarının sona ermesinden itibaren üç yıl içinde ortak marka veya garanti markası ile aynı veya benzeri olan marka tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir.

Bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Markanın Koruma Kapsamı

Marka tescilinden doğan hakların kapsamı

Madde 9 - (Değişik: 21/1/2009 - 5833/1 md.)

Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir:

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması.

c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.

Markanın sözlük veya başka başvuru eserlerinde yer alması

Madde 10 - Tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde, jenerik ad izlenimi verecek şekilde, yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebi üzerine yayımcı, yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltir.

Ticari vekil veya temsilci adına tescilli markanın kullanımının yasaklanması

Madde 11 - Marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi adına, marka sahibinin izni alınmadan marka tescili yapılması halinde; marka sahibi kullanım için yetki vermemiş ise ve ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin markasının kullanılmasına itiraz etmek hakkı vardır.

Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna

Madde 12 - Dürüstce ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.

Marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi

Madde 13 - Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.

Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Markanın Kullanılması

Markanın kullanılması

Madde 14 - Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir.

Aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir:

a) Tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması,

b) Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması,

c) Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması,

d) Markayı taşıyan malın ithalatı.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Marka Tescilinden Doğan Haklarla

İlgili Hukuki İşlemler

Markanın hukuki işlemlere konu olması

Madde 15 - Tescilli bir marka, başkasına devir edilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir, rehin edilebilir. Rehin hakkı bakımından Medeni Kanunun rehin hakkına ilişkin hükümleri uygulanır.

Tescilli bir marka üzerindeki sağlararası işlemler yazılı şekle tabidir.

Markanın devri

Madde 16 - Marka, tescil edildiğini mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir.

Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm, işletmenin devrine, sözleşmeden doğan yükümlülük halinde uygulanır.

İkinci fıkra hükmü hariç olmak üzere, bir markanın devri, mahkeme kararının sonucu olan devir hariç, yazılı olarak yapılır ve devir sözleşmesi taraflarca imzalanır. Aksine sözleşmeler hükümsüzdür.

Markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz.

(İptal beşinci fıkra : Anayasa Mahkemesi'nin 13/5/2015 tarihli ve E.: 2015/49, K.:2015/46 sayılı Kararı ile.)

Devir, taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır.

Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez.

Ticari vekil veya temsilci adına tescilli markanın devri

Madde 17 - Marka sahibinin izni olmadan onun ticari vekili veya temsilcisi adına marka tescil edilmesi halinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin söz konusu tescilin kendi lehine devredilmesini isteme yetkisi vardır.

Markanın teminat olarak gösterilmesi

Madde 18 - Tescilli bir marka, işletmeden bağımsız olarak, teminat olarak gösterilebilir.

Markanın teminat olarak gösterilmesi, taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır.

Haciz

Madde 19 - Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak, haciz edilebilir.

Haciz sicile kayıt edilir ve yayınlanır.

Lisans

Madde 20 - Tescilli bir markanın kullanım hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir.

Lisans şartları

Madde 21 - Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, lisans inhisari değildir. Lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere aynı markaya ilişkin başka lisanslar da verebilir.

İnhisarı lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça, kendisi de markayı kullanamaz.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans hakkını alan kişi, markanın koruma süresinde markanın kullanılmasına ilişkin her türlü tasarrufta bulunabilir.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin markadan doğan haklarına, tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisari olmayan lisans sahiplerinin, dava açma hakları yoktur.

Altıncı fıkra hükümlerine göre, markaya tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı olmayan bir lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir. Marka sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirimin alındığı tarihten itibaren üç ay içinde, gerekli davanın açılmaması halinde, lisans alan yaptığı bildirimi de ekleyerek, kendi adına dava açabilir. Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Lisans alan, dava açtığını marka sahibine bildirir.

Marka sahibi, talimatlarıyla uygunluk içinde, lisans alan tarafından üretilen malın veya sunulan hizmetlerin kalitesini garanti edecek önlemleri alır.

Sözleşme şartlarının lisans alan tarafından ihlali halinde, tescilli bir markadan doğan haklar, lisans alana karşı, dava yoluyla ileri sürülebilir.

Lisans sicile kayıt edilmediği sürece, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Lisans sözleşmelerinde, bu Kanun Hükmünde Kararname ile konuya ilişkin diğer kanun, tüzük, yönetmelik ve tebliğlere aykırı hükümler bulunamaz. Bu tür düzenlemeler lisans tarihinden sonra yapılsa dahi, lisans sözleşmelerindeki aykırı hükümler geçersiz sayılır.

Hukuki işlemlerin başvurulara uygulanması

Madde 22 - Devir, lisans, intikal, haciz, rehin ve marka sahibi hakkındaki değişiklikler ile ilgili hukuki işlemler marka başvurularına da uygulanır.

(Ek fıkra :22/6/2004 - 5194/14 md.) Bildirim adresinde bir değişiklik olması durumunda, adres değişikliğinin yazılı olarak Enstitüye bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimin yapılmaması halinde, Enstitüde mevcut en son adrese yapılmış bildirimler geçerlidir.

İKİNCİ KISIM

BAŞVURU

BİRİNCİ BÖLÜM

Marka Başvurusu ve Ekleri

Başvuru şartları

Madde 23 - Bir markanın tescil edilmesi için, aşağıda belirtilen unsurlar ile başvuruda bulunmak şarttır:

a) Şekli ve kapsamı yönetmelikte belirlenen, başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri de içeren başvuru dilekçesi,

b) Markanın yayına ve çoğaltmaya elverişli örneği,

c) Markanın kullanılacağı malların veya hizmetlerin listesi,

d) Başvuru ücretinin ödendiğini gösterir belge aslı,

e) Sınıf veya sınıfların ücretinin ödendiğini gösterir belge aslı,

f) Marka vekili tayin edilmiş ise vekaletname,

g) Başvuru sahibi tüzel kişi ise imza sirküleri,

h) Başvuru sahibinin ticaretle uğraştığını gösterir belge,

Bir marka tescil başvurusunun geçerliliği için, başvuru ücretinin başvuru ile birlikte ödenmesi şarttır.

Her marka tescili için ayrı başvuru yapılması zorunludur.

Bir marka başvurusu ile birlikte veya daha sonra Enstitüye verilecek her türlü belge, bu Kanun Hükmünde Kararnameye ilişkin yönetmelikte öngörülen hususları kapsar.

Sınıflandırma

Madde 24 - Markaların kullanılacağı mallar veya hizmetler, markaların tescili amaçları için malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılır. Sınıflandırma ile ilgili ilkeler yönetmelikte belirtilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Rüçhan Hakkı

Milletlerarası sözleşmelere dayanan başvurulardan doğan rüçhan hakları

Madde 25 - Paris Sözleşmesine dahil ülkelerden birine mensup veya bu ülkelerden birine mensup olmamakla birlikte onlardan birinde ikametgahı veya işler durumda bir ticari müessesesi bulunan gerçek veya tüzel kişiler, bu ülkelerin herhangi birinde yetkili mercilere bir markanın tescili için usulüne uygun olarak yaptıkları başvuru tarihinden itibaren altı ay süreyle aynı marka için tescil belgesi almak üzere Türkiye'de başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır. Bu süre içinde kullanılmayan rüçhan hakları düşer.

Birinci fıkrada belirtilen süre içinde, rüçhan hakkına dayanılarak başvuru yapıldığı takdirde, rüçhan hakkının doğduğu tarihten itibaren üçüncü kişiler tarafından yapılacak rüçhan hakkına konu olan tescil başvurusunun mal veya hizmetler itibarıyla kapsamındaki başvurular ve bunlar adına yapılacak marka tescilleri hüküm ifade etmez.

Paris Sözleşmesine taraf bir ülke uyruğu olan gerçek veya tüzel kişi, Paris Sözleşmesine taraf olmayan bir ülkede marka tescili için geçerli bir başvuru yapmışsa, bu madde hükmüne göre, söz konusu başvurunun rüçhan hakkından yararlanır.

Sergilerde teşhir hakkından doğan rüçhan hakları

Madde 26 - Tescil başvurusundaki markanın kullanılacağı malları veya hizmetleri Türkiye'de açılan milli ve milletlerarası sergilerde veya Paris Sözleşmesine taraf ülkelerde açılan resmi veya resmi olarak tanınan sergilerde teşhir eden 3 üncü maddenin birinci fıkrasında yazılı gerçek veya

tüzel kişiler, sergideki teşhir tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'de marka tescil ettirmek için başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır.

Tescil başvurusunda belirtilen markanın kullanılacağı mallar veya hizmetler, sergide görünür şekilde resmi açılış tarihinden önce sergilenmişse rüçhan süresi, malların sergi yerine konulduğu veya hizmetin sergilendiği tarihten itibaren başlar.

Birinci fıkrada belirtilen sergilerden Türkiye'de açılanların yetkili mercileri, tescil başvurusundaki bir markanın kullanılacağı mallarını sergide teşhir edenlere veya hizmeti sergileyenlere, teşhir ettikleri malların çeşidini veya teşhir ettikleri hizmetlerin cinsini açıkça belirten ve malın veya hizmetin sergide görünür şekilde sergilendiği tarihi ve resmi açılış tarihini gösterir bir belge verir.

Yabancı ülkelerde teşhir edilen mallar veya hizmetler için, serginin açıldığı ülkenin yetkili mercileri tarafından düzenlenen ve üçüncü fıkrada yazılı hususları içeren bir belgenin verilmesi şarttır.

Başvurusu yapılmış veya tescil edilmiş bir markanın kullanılacağı malların Türkiye'de açılan sergilerde teşhir edilmesine ve sergi bittikten sonra ülkesine geri gönderilmesine engel olunmaz.

Bir sergide teşhir edilmiş, tescil başvurusu bulunan veya tescilli bir markanın kullanılacağı mallar veya hizmetler ile ilgili olarak birden çok başvuru yapılmışsa, bu durumda bu malları veya hizmetleri ilk sergileyen kişi, aynı zamanda sergilenmesi halinde ise ilk başvuruda bulunan kişi, rüçhan hakkından yararlanır.

Rüçhan hakkının hükmü

Madde 27 - 25 inci ve 26 ncı madde hükümlerine göre rüçhan hakkının hüküm ve sonuçları, rüçhan hakkının talep edildiği başvurunun tarihi itibariyle doğar.

Rüçhan hakkının talep edilmesi ve belgelendirilmesi

Madde 28 - Başvuru sahibi, yararlanmak istediği rüçhan hakkını başvuru ile birlikte talep eder. Bununla ilgili rüçhan hakkı belgesini, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde vermediği takdirde rüçhan hakkından yararlanma talebi yapılmamış sayılır.

Sergi teşhir hakkına dayalı olarak alınmış bir rüçhan, 25 inci maddeye göre verilen rüçhan süresini uzatmaz.

ÜÇÜNCÜ KISIM

TESCİL İŞLEMLERİ

BİRİNCİ BÖLÜM

Başvurunun İncelenmesi

Şekli inceleme

Madde 29 - Enstitü, başvurunun 23 üncü maddede belirtilen şartlara uygunluğunu ve herhangi bir şekli eksikliğin bulunup bulunmadığını inceler. Enstitü 23 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmü uyarınca herhangi bir eksikliğin olmadığına karar verirse, marka tescil başvurusu başvurunun Enstitüye veya onun yetkili kıldığı makama verildiği tarih, saat ve dakika itibariyle kesinleşir.

Rüçhan hakkı talep edilmişse, Enstitü tarafından 25 inci, 26 ncı ve 27 nci madde hükümlerine göre ayrıca inceleme yapılır.

Şekli eksiklerin giderilmesi

Madde 30 - Bir başvuruda, 23 üncü maddede yer alan şartların yerine getirilmediği tesbit edilirse, Enstitü söz konusu eksiklerin yönetmelikte öngörülen süre içinde giderilmesini başvuru sahibine bildirir.

Enstitü, 23 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen başvuru dilekçesinde başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgilerin bulunmaması veya eksik bulunması yahut (b), (c), (d) bentlerinde belirtilen belgelerden herhangi birinin verilmemesi halinde, başvuruyu reddeder.

Enstitü tarafından giderilmesi istenen ve 23 üncü maddenin birinci fıkrasının (e), (f), (g) ve (h) bentleri kapsamına giren eksiklerin, yönetmelikte öngörülen süre içinde giderilmiş olması koşuluyla, marka tescil başvurusu, başvurunun ilk yapıldığı tarih itibariyle kesinleşir.

Rüçhan hakkına ilişkin eksiklerin giderilmemesi, sadece rüçhan hakkının yitirilmesi bakımından hüküm ifade eder.

Başvuru yapma hakkı yönünden inceleme

Madde 31 - 3 üncü madde kapsamına girmeyen gerçek veya tüzel kişilerin başvurusu reddedilir.

Red için kesin nedenler yönünden inceleme

Madde 32 - Enstitü, başvurunun şekli yönden hiç bir eksiği bulunmadığına karar verirse, markanın kullanılacağı ve tescil kapsamına girmesi talep edilen mallar veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı itibariyle başvurunun özellikle 7 nci madde hükümleriyle uygunluğunu inceler.

Başvuru, 7 nci maddeye göre, uygun görülmeyen mallar veya hizmetlerin tamamı veya bir kısmı itibariyle reddedilir.

İKİNCİ BÖLÜM

Başvurunun Yayınlanması

Başvurunun yayınlanması

Madde 33 - Başvuru şartları eksiksiz bir şekilde yerine getirilmiş ve 29, 30, 31 ve 32 nci madde hükümlerine göre reddedilmemiş bir marka tescil başvurusu ilgili bültende yayınlanır.

Başvurunun birinci fıkrada belirtilen madde hükümlerine göre reddedilmesine, başvuru yayınlandıktan sonra karar verilirse, başvurunun reddedildiğine ilişkin karar ayrıca yayınlanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Üçüncü Kişilerin Görüş ve İtirazları

Üçüncü kişilerin görüşleri

Madde 34 - Marka başvurusunun yayınından sonra, herhangi bir gerçek veya tüzel kişi veya herhangi bir grup veya hizmetleri temin edenler, üreticiler veya imalatçıları temsil eden bir organ, tacir veya tüketiciler, 7 nci maddeye göre, markanın tescil için yeterli nitelikleri taşımadığını belirten yazılı görüşlerini Enstitüye sunabilir. Ancak bu kişiler, Enstitü nezdinde işlemlere taraf olamaz.

İtiraz

Madde 35 - Tescil başvurusu yapılmış markanın 7 nci ve 8 inci madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğineilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazlar ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılır.

8 inci maddenin son fıkrası çerçevesinde yapılacak itiraz, ancak itiraz eden kişinin markasını bu süre içerisinde kullanmaması halinde reddedilir.

İtirazlar yazılı ve gerekçeli olarak yapılır. Enstitü itiraz sahibinden, yönetmelikte öngörülen sürede yerine getirilmek üzere, ek belge, kanıt ve gerekçeler isteyebilir.

Bu süre içerisinde istenilen ek belge, kanıt ve gerekçeler Enstitüye verilmediği takdirde itiraz yapılmamış sayılır.

İtirazın incelenmesi

Madde 36 - Enstitü, itirazları incelerken gerekli gördüğü süre ve sıklıkta tarafların itiraz ve karşı görüşlerini ilgili taraflara iletir ve yazılı görüşlerini alır.

Enstitü gerekli görürse tarafları uzlaşmak için biraraya getirir.

Enstitü, yapılan itirazı geçerli bulmazsa reddeder. İtiraz, başvuruda kullanılacağı belirtilen mallar veya hizmetlerden bir kısmıyla ilgili olarak geçerli bulunursa, bu mallar veya hizmetlere ilişkin olarak kabul edilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Marka Başvurusu İle İlgili Şekli İşlemler

Yanlışlıkların düzeltilmesi

Madde 37 - Başvuru sahibinin talebi üzerine, marka başvurusunda içerik, mal veya hizmetlerde değişiklikleri kapsamayan; başvuru sahibinin adı ve adresindeki hatalar, imla hatalarına ilişkin yanlışlıkların düzeltilmesi, başvurunun incelenmesi işlemleri aşamasında yapılır.

Başvurunun geri çekilmesi

Madde 38 - Marka başvurusu, markanın tescil edilmesinden önce, başvuru sahibi tarafından geri çekilebilir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Tescil

Tescil

Madde 39 - Bu Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre başvurusunu eksiksiz yapmış veya eksiklerini gidermiş ve süresi içerisinde hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş bir başvuru, tescil edilerek sicile kaydedilir. Başvuru sahibine "Marka Tescil Belgesi" verilir.

Sicil kaydında; marka örneği, başvuru tarihi, marka tescil numarası, markanın kullanılacağı mallar veya hizmetlerin listesi, mal veya hizmetlerin sınıf veya sınıfları, marka sahibinin ve varsa vekilinin adı, soyadı, uyruğu, tüzel kişilerde ticaret ünvanı ve hangi ülkenin kanunlarına göre kurulu olduğu, adresi, tescil tarihi, marka ve marka hakları ile ilgili bütün değişiklikler ve yönetmelikte öngörülen diğer hususlar yer alır.

Marka sicili alenidir. Talep edilmesi ve yönetmelikte öngörülen ücretin ödenmesi koşuluyla sicil örneği verilir.

Sicil kaydı yapılan marka ile ilgili bilgiler yönetmelikte şekil ve şartları belirtildiği biçimde ve ikinci fıkrada yer alan unsurları da kapsamak üzere yayınlanır.

DÖRDÜNCÜ KISIM

Markanın Koruma Süresi ve Marka Tescilinin Yenilenmesi

Markanın koruma süresi

Madde 40 - Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir.

Yenileme

Madde 41 - Koruma süresi sona eren marka, sahibinin veya onun yetkili kıldığı vekilin talebi ve yönetmelikte öngörülen yenileme ücretinin ödenmesi koşuluyla yenilenir.

Enstitü, tescil süresinin dolmakta olduğunu, sürenin bitiminden önce ve yönetmelikte öngörülen süre içinde, marka hakkı sahibine haber verir. Enstitünün bu bilgiyi vermemiş olması, Enstitüye herhangi bir sorumluluk getirmez.

Yenileme talebinin yapılması ve yenileme ücretinin ödenmesi, koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içinde gerçekleştirilir. Bu sürenin kaçırılması durumunda, yenileme talebi, ek bir ücretin ödenmesi koşuluyla, koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden itibaren altı aylık süre uzatımı içinde de yapılabilir.

Yenileme süresi mevcut tescilin sona erdiği gün başlar. Yenileme sicile kayıt edilir ve yayınlanır.

Koruma süresinin bitiminden itibaren altı aylık süre içerisinde yenilenmeyen markalar hükümsüz sayılır.

BEŞİNCİ KISIM

MARKANIN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE MARKA HAKKININ SONA ERMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

Markanın Hükümsüzlüğü

Hükümsüzlük halleri

Madde 42 - Aşağıdaki hallerde markanın hükümsüz sayılmasına yetkili mahkeme tarafından karar verilir:

a) 7 ci maddede sayılan haller. (Ancak, 7 nci maddenin (ı) bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.)[4]

b) 8 inci maddede sayılan haller. (Ancak, 8 inci maddenin son fıkrası çerçevesinde açılan davada önceki hak sahibi koruma süresinin bitiminden itibaren 2 yıl içerisinde markasını kullanmamışsa bu bir hükümsüzlük nedeni sayılmaz.)

c) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 9/4/2014 tarihli ve E.: 2013/147, K.: 2014/75 sayılı Kararı ile.)

d) Marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş ise,

e) Hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali var ise,

f) 59 uncu maddeye aykırı kullanım.

Hükümsüzlük nedenleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, yalnız o mal veya hizmet ile ilgili olarak kısmi hükümsüzlüğe karar verilir.

(Ek fıkra : 3/11/1995 - 4128/5 md.;Değişik:22/6/2004 - 5194/15 md.) Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili hükümsüz sayılamaz.

Hükümsüzlük talebi

Madde 43 - Markanın hükümsüzlüğünü, ilgili mahkemeden, zarar gören kişiler, Cumhuriyet savcıları veya ilgili resmi makamlar isteyebilir.

Hükümsüzlüğün etkisi

Madde 44 - Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, kararın sonuçları geçmişe etkilidir.

[4] Bu bende; "davanın" ibaresinden sonra gelmek üzere 3/11/1995 tarih ve 4128 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile " tescil tarihinden itibaren" ibaresi eklenmiş olup, metne işlenmiştir.

Marka sahibinin kötü niyetli olarak hareket etmesinden kaynaklanan, zararın giderilmesine ilişkin tazminat talepleri saklı kalmak üzere, hükümsüzlüğün geriye dönük etkisi, aşağıdaki durumları etkilemez:

a) Markanın hükümsüz sayılmasından önce, bir markaya tecavüz sebebiyle verilen hukuken kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar,

b) Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce, yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler. (Ancak, hal ve şartlara göre, haklı sebepler ve hakkaniyet düşüncesi ile sözleşme uyarınca ödenmiş bedelin kısmen veya tamamen iadesi mümkündür.)

Bir markanın hükümsüzlüğüne ilişkin kesinleşmiş karar, herkese karşı hüküm doğurur.

İKİNCİ BÖLÜM

Marka Hakkının Sona Ermesi

Sona ermenin sebepleri

Madde 45 - Marka hakkı;

a) Koruma süresinin dolması ve markanın süresi içinde yenilenmemesi,

b) Marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi,

nedenlerinden birinin gerçekleşmesi ile sona erer.

Marka hakkının sona ermesi, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hüküm ifade eder. Marka hakkının sona ermesi, ilgili bültende yayınlanır.

Marka hakkından vazgeçme

Madde 46 - Marka sahibi, markanın kullanılacağı malların ve/veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir.

Vazgeçmenin yazılı olarak Enstitü'ye bildirilmesi gerekir. Vazgeçme, Marka Siciline kayıt tarihi itibariyle hüküm doğurur.

Marka Siciline kayıt edilmiş hakların ve lisans sahiplerinin izni olmadıkça, marka sahibi marka hakkından vazgeçemez.

Marka üzerinde, bir üçüncü kişi tarafından hak sahipliği iddia edilmekte ise, onun izni olmadıkça, marka hakkından vazgeçilemez.

ALTINCI KISIM

ENSTİTÜ KARARLARINA İTİRAZ

İtiraz

Madde 47 - Enstitü kararlarına karşı itiraz edilebilir.

Sonuçlanmayan kararlarla ilgili itiraz yapılabilmesi için, söz konusu karara ayrı itiraz yapılmasına izin verilmelidir.

İtiraza yetkili kişiler

Madde 48 - Enstitü tarafından alınacak kararlardan zarar gören kişiler, kararlara karşı Enstitü nezdinde itiraz yapabilir. Alınan kararlarla ilgili işlemlere taraf diğer kişiler doğrudan itiraz yetkisine sahiptir.

İtiraz şekli ve zamanı

Madde 49 - İtiraz, kararın bildiriminden sonraki iki ay içerisinde yazılı olarak Enstitüye yapılır. İtirazın değerlendirilmesi için, itiraz ücretinin itiraz sırasında ödenmesi gerekir. Kararın bildiriminden sonraki iki ay içinde, itiraz konusunun gerekçeleri yazılı olarak verilir. Bu süre içinde gerekçelerin verilmemesi halinde itiraz yapılmamış sayılır.

İlgili dairenin düzeltme kararı

Madde 50 - Enstitü ilgili dairesi, itirazın haklı olduğuna ve doğruluğuna ikna olursa, kararını düzeltebilir. Bu durum, alınan kararlarla ilgili işlemlere doğrudan taraf olmayan kişilerin itirazı halinde uygulanmaz.

Enstitünün ilgili dairesi yapılan itirazı kabul etmezse, itirazı herhangi bir yorumda bulunmaksızın, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kuruluna gönderir.

İtirazların incelenmesi

Madde 51 - İtiraz, incelenebilir nitelikte ise, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu, itirazın incelenmesi işlemlerini başlatır.

Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu, yönetmelikte öngörülen süre içinde, diğer taraf veya makam tarafından ileri sürülen görüşler hakkında, tarafları görüşlerini bildirmeye davet eder.

İtiraz hakkında karar

Madde 52 - İtirazın incelenmesinden sonra, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu, itiraz hakkında kararını verir.

Kararlara karşı dava açılması

Madde 53 - Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun, 47 ila 52 nci maddelerde belirtilen itiraz işlemleri ile ilgili kesinleşen kararlarına karşı, kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde, yetkili mahkemede dava açılabilir.

YEDİNCİ KISIM

GARANTİ MARKALARI VE ORTAK MARKALAR

Garanti markaları

Madde 54 - Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir.

Garanti markasının marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan bir işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılması yasaktır.

Ortak marka

Madde 55 - Ortak marka, üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir.

Ortak marka gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar.

Garanti markası veya ortak marka teknik yönetmeliği

Madde 56 - Bir garanti markasının veya ortak markanın tescili için başvuru ile birlikte markanın kullanılma usul ve şeklini gösterir bir teknik yönetmeliğin verilmesi zorunludur.

Garanti markası teknik yönetmeliği markanın garanti edilen mal veya hizmetlerin ortak özellikleri hakkında hükümler içerir ve markanın kullanılmasının kontrolunun yapılma şekillerini ve gerektiğinde uygulanacak cezaları öngörür.

Ortak marka teknik yönetmeliğinde, ortak markayı kullanmaya yetkili olan işletmeler belirtilir. Ortak markanın tescili için ortak marka sahipleri birlikte hareket eder.

Ortak markanın yenilenmesi için ortaklardan birinin başvurması yeterlidir.

Teknik yönetmeliğin değiştirilmesi

Madde 57 - Teknik yönetmelikte yapılacak değişiklikler Enstitü tarafından onaylanmadıkça uygulanamaz.

Teknik yönetmelikte yapılması istenilen değişiklikler, 56 ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına veya kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olması halinde, Enstitü tarafından değişiklik talebi reddedilir.

Kanun hükmünde kararnameye aykırı teknik yönetmelik

Madde 58 - Teknik yönetmelik, 56 ncı maddede öngörülen şartları içermediği takdirde, teknik yönetmelikte gerekli değişiklikleri yapması, Enstitü tarafından marka sahibine bildirilir. Marka sahibi bildirim tarihinden itibaren altı ay içinde gerekli değişiklikleri yapmaz ve teknik yönetmeliği düzeltmez ise, garanti markası veya ortak markanın tescili talebi red edilir.

Teknik yönetmeliğe aykırı kullanma

Madde 59 - Marka sahibi, garanti markasının veya ortak markanın belirli bir sürede teknik yönetmeliğe aykırı olarak kullanmasına göz yumar ve taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece tanınacak süre içinde, söz konusu aykırı kullanım düzeltilmediği takdirde, marka, tanınan süre sonunda mahkeme tarafından iptal edilir.

Devir ve lisans

Madde 60 - Garanti markasının veya ortak markanın devri veya bir ortak markada lisans verilmesi, Marka Siciline kayıt halinde geçerlidir.

SEKİZİNCİ KISIM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ DURUMLARI

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller

Madde 61 - (Değişik: 21/1/2009 - 5833/2 md.)

Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.

b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak.

d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.

Ceza hükümleri[5]

Madde 61/A - (Ek : 3/11/1995 - 4128/5 md.;Değişik: 21/1/2009 - 5833/3 md.)

Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.

Marka sahibinin talepleri

Madde 62 - Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

a) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,

b) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini,

[5] Bu madde başlığı, 21/1/2009 tarihli ve 5833 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin hükmüdür.

c) (Değişik : 3/11/1995 - 4128/5 md.) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması talebi.

d) (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, (Bu durumda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.).

e) (Değişik : 3/11/1995 - 4128/5 md.) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebi.

f) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması.

Hukuk davalarında yetkili mahkeme

Madde 63 - Marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.

Davacının Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir.

Tazminat

Madde 64 - Marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya

kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Tecavüzü kanıtlayan belgeler

Madde 65 - Marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir.

Yoksun kalınan kazanç

Madde 66 - Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar.

Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usulerinden birine göre hesap edilir:

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre,

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre,

c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre,

Yoksun kalınan kazancın hasaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur.

Yoksun kalınan kazancın artırımı

Madde 67 - Marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasının (a) veya (b) veya (c) bendlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birini seçmişse; mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatına vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir.

Markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılmış olması gerekir.

Markanın itibarı

Madde 68 - Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir.

Dava açılamayacak kişiler

Madde 69 - Marka sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz.

Zamanaşımı

Madde 70 - Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için, Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.

Görevli ve yetkili mahkeme

Madde 71 - (Değişik:22/6/2004 - 5194/17 md.)

Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.

Enstitünün bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Enstitünün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Enstitü aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerden Ankara ihtisas mahkemeleridir.

Hükmün ilanı

Madde 72 - Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatının bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep etmek hakkına sahiptir.

İlanın şekli ve kapsamı kararda tesbit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.

Lisans alanın dava açması ve şartları

Madde 73 - Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu

Kanun Hükmünde Kararname uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisarı olmayan lisans sahibi olanların, dava açma hakları yoktur.

Birinci fıkra uyarınca, marka hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı olmayan bir lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir.

Marka sahibinin, yukarıdaki fıkrada belirtilen talebi kabul etmemesi veya bildirimin alındığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli davanın açılmaması halinde, lisans alan yaptığı bildirimi de ekleyerek, kendi adına dava açabilir.

Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

Üçüncü fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını marka sahibine bildirmesi gerekir.

Marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava ve şartları

Madde 74 - Menfaatı olan herkes, marka sahibine karşı dava açarak, fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebilir.

Birinci fıkrada belirtilen davanın açılmasından önce, kendisinin Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınai faaliyeti sonucu üretilen ürünlerde kullanacağı markanın, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, marka sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep eder.

Bu talebin marka sahibine tebliğinden itibaren bir ay içinde marka sahibinin cevap vermemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmemesi halinde, menfaat sahibi birinci fıkraya göre dava açar.

Birinci fıkrada belirtilen dava, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından açılamaz.

Dava, marka üzerinde hak sahibi bulunan ve Marka Siciline kayıt edilmiş olan bütün hak sahiplerine tebliğ edilir.

Bu maddede belirtilen dava, markanın hükümsüzlüğü davasıyla birlikte de açılabilir.

Delillerin Tesbiti[6]

[6] Bu madde başlığı "Delillerin tesbiti davası" iken, 22/6/2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirlmiştir.

Madde 75 - Marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tesbitini mahkemeden isteyebilir.

İhtiyati tedbir talebi

Madde 76 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler, dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir.

İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra yapılabilir. İhtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir.

İhtiyati tedbirin niteliği

Madde 77 - İhtiyati tedbirler, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı ve özellikle aşağıda belirtilen tedbirleri kapsamalıdır:

a) Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,

b) Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi olanlar dahil, bulundukları her yerde el konulması ve bunların saklanması,

c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması

Madde 78 - Tesbit talepleri ve ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.[7]

Gümrüklerde el koyma

Madde 79 - Hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracaat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir.

El koyma ile ilgili uygulama bu konuda çıkarılacak mevzuatta düzenlenir.

Gümrük İdarelerindeki tedbir, el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde esas hakkında ihtisas mahkemesinde dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar.

[7] Bu maddede geçen "Tesbit davaları" ibaresi, 22/6/2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle "Tesbit talepleri" şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

DOKUZUNCU KISIM

İŞLEM YETKİSİ OLAN KİŞİLER VE MARKA VEKİLLERİ

İşlem yetkisi olan kişiler

Madde 80 - Aşağıda belirtilen kişiler marka konuları ile ilgili olarak Enstitü nezdinde işlem yapabilir:

a) Gerçek veya tüzel kişiler, Tüzel kişiler, yetkili organları tarafından tayin edilen kişi veya kişilerce temsil edilir.

b) Marka vekilleri.

İkametgahı yurt dışında bulunan kişiler ancak marka vekilleri vasıtasıyla temsil edilir.

Marka vekili tayin edilmesi halinde, tüm işlemler marka vekili vasıtasıyla yapılır. Marka vekiline yapılan tebligat asile yapılmış sayılır.

ONUNCU KISIM

ÜCRETLERİN ÖDENMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Ücretlerin ödeme süreleri ve sonuçları

Madde 81 - Yönetmelikte öngörülen marka başvurusu ve tescil edilmiş bir marka ile ilgili ücretler, başvuru sahibi veya marka sahibi veya varsa sicilde kayıtlı vekili tarafından ödenir.

Bir markanın tescil edilmesi ile ilgili işlemler için ödenmesi gereken ücretin, bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen süreler içinde ödenmemesi halinde, marka başvurusu geri çekilmiş kabul edilir.

ONBİRİNCİ KISIM

SON HÜKÜMLER

Yürürlükten kaldırılan hükümler

Madde 82 - (Değişik : 3/11/1995 - 4128/5 md.) 3/3/1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

GEÇİCİ HÜKÜMLER

Geçici Madde 1 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış marka başvuruları hakkında, başvuru tarihindeki Kanun hükümleri uygulanır.

Bu Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış ve sicile kaydedilmiş devir, intikal ve lisans işlemlerinden dolayı kazanılmış haklar saklı kalmak üzere, bu çeşit

işlemlerde meydana gelecek değişiklikler için bu Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanır.

Geçici Madde 2 - Hizmet markalarını fiilen kullananlar, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç oniki ay içinde, söz konusu hizmet markasını kullandıklarını kanıtlayacak resmi belgeleri de eklemek suretiyle hizmet markasının tescilini talep edebilecektir.

Enstitü, oniki aylık süre dolduktan sonra, hizmet markası sahiplerinin taleplerini ilk kullanım tarihlerini de dikkate alarak değerlendirir.

Geçici Madde 3 - Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin uygulanması bakımından, ihtisas mahkemeleri kuruluncaya kadar, asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinin hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresi Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir.

Yürürlük

Madde 83 - Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 84 - Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

5070 Elektronik İmza Kanunu

Numarası : 5070

Kabul Tarihi : 15.01.2004

Resmi Gazete Sayısı : 25355

Resmi Gazete Tarihi: 23.01.2004

Amaç

BİRİNCİ KISIM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Madde 1- Bu Kanunun amacı, elektronik imzanın hukukî ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esasları düzenlemektir.

Kapsam

Madde 2- Bu Kanun, elektronik imzanın hukukî yapısını, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerini ve her alanda elektronik imzanın kullanımına ilişkin işlemleri kapsar.

Tanımlar

Madde 3- Bu Kanunda geçen;

a) Elektronik veri: Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları,

b) Elektronik imza: Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi,

c) İmza sahibi: Elektronik imza oluşturmak amacıyla bir imza oluşturma aracını kullanan gerçek kişiyi,

d) İmza oluşturma verisi: İmza sahibine ait olan, imza sahibi tarafından elektronik imza oluşturma amacıyla kullanılan ve bir eşi daha olmayan şifreler, kriptografik gizli anahtarlar gibi verileri,

e) İmza oluşturma aracı: Elektronik imza oluşturmak üzere, imza oluşturma verisini kullanan yazılım veya donanım

aracını, verileri,

f) İmza doğrulama verisi: Elektronik imzayı doğrulamak için kullanılan şifreler, kriptografik açık anahtarlar gibi

g) İmza doğrulama aracı: Elektronik imzayı doğrulamak amacıyla imza doğrulama verisini kullanan yazılım veya

donanım aracını,

h) Zaman damgası: Bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve / veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kaydı,

ı) Elektronik sertifika: İmza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik

kaydı,

j) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu, İfade eder.[1]

İKİNCİ KISIM

Güvenli Elektronik İmza ve Sertifika Hizmetleri

BİRİNCİ BÖLÜM

Güvenli Elektronik İmza, Güvenli Elektronik İmza Oluşturma ve Doğrulama Araçları

Güvenli elektronik imza

Madde 4- Güvenli elektronik imza;

a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan,

b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,

c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,

d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan, Elektronik imzadır.

Güvenli elektronik imzanın hukukî sonucu ve uygulama alanı

Madde 5- Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur.

[1] (1) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 65 inci maddesinin üçüncü fıkrasında "Diğer mevzuatta geçen "Telekomünikasyon Kurumu" ibaresinden "Kurum"; "Telekomünikasyon Kurulu" ibaresinden de "Kurul" anlaşılır." hükmü yer almaktadır.

Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.[2]

Güvenli elektronik imza oluşturma araçları

Madde 6- Güvenli elektronik imza oluşturma araçları;

a) Ürettiği elektronik imza oluşturma verilerinin kendi aralarında bir eşi daha bulunmamasını,

b) Üzerinde kayıtlı olan elektronik imza oluşturma verilerinin araç dışına hiçbir biçimde çıkarılamamasını ve gizliliğini,

c) Üzerinde kayıtlı olan elektronik imza oluşturma verilerinin, üçüncü kişilerce elde edilememesini, kullanılamamasını ve elektronik imzanın sahteciliğe karşı korunmasını,

d) İmzalanacak verinin imza sahibi dışında değiştirilememesini ve bu verinin imza sahibi tarafından imzanın oluşturulmasından önce görülebilmesini,

Sağlayan imza oluşturma araçlarıdır.

Güvenli elektronik imza doğrulama araçları

Madde 7- Güvenli elektronik imza doğrulama araçları;

a) İmzanın doğrulanması için kullanılan verileri, değiştirmeksizin doğrulama yapan kişiye gösteren,

b) İmza doğrulama işlemini güvenilir ve kesin bir biçimde çalıştıran ve doğrulama sonuçlarını değiştirmeksizin doğrulama yapan kişiye gösteren,

c) Gerektiğinde, imzalanmış verinin güvenilir bir biçimde gösterilmesini sağlayan,

d) İmzanın doğrulanması için kullanılan elektronik sertifikanın doğruluğunu ve geçerliliğini güvenilir bir biçimde tespit ederek sonuçlarını değiştirmeksizin doğrulama yapan kişiye gösteren,

e) İmza sahibinin kimliğini değiştirmeksizin doğrulama yapan kişiye gösteren,

f) İmzanın doğrulanması ile ilgili şartlara etki edecek değişikliklerin tespit edilebilmesini sağlayan, İmza doğrulama araçlarıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı, Nitelikli Elektronik Sertifika ve Yabancı Elektronik Sertifikalar

[2] (1) 15/7/2016 tarihli ve 6728 sayılı Kanunun 45 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "teminat sözleşmeleri," ibaresi "banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri," şeklinde değiştirilmiştir.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı

Madde 8- Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerdir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, Kuruma yapacağı bildirimden iki ay sonra faaliyete geçer.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı yapacağı bildirimde;

a) Güvenli ürün ve sistemleri kullanmak,

b) Hizmeti güvenilir bir biçimde yürütmek,

c) Sertifikaların taklit ve tahrif edilmesini önlemekle ilgili her türlü tedbiri almak, İle ilgili şartları sağladığını ayrıntılı bir biçimde gösterir.

Kurum, yukarıdaki şartlardan birinin eksikliğini veya yerine getirilmediğini tespit ederse, bu eksikliklerin giderilmesi için, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına bir ayı geçmemek üzere bir süre verir, bu süre içinde elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyetlerini durdurur. Sürenin sonunda eksikliklerin giderilmemesi halinde elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyetine son verir. Kurumun bu kararlarına karşı 19 uncu maddenin ikinci fıkrası hükümleri gereğince itiraz edilebilir.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerinin devamı sırasında bu maddede gösterilen şartları kaybetmeleri hâlinde de yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları, Kurumun belirleyeceği ücret alt ve üst sınırlarına uymak zorundadır.

Nitelikli elektronik sertifika

Madde 9- Nitelikli elektronik sertifikada;

a) Sertifikanın "nitelikli elektronik sertifika" olduğuna dair bir ibarenin,

b) Sertifika hizmet sağlayıcısının kimlik bilgileri ve kurulduğu ülke adının,

c) İmza sahibinin teşhis edilebileceği kimlik bilgilerinin,

d) Elektronik imza oluşturma verisine karşılık gelen imza doğrulama verisinin,

e) Sertifikanın geçerlilik süresinin başlangıç ve bitiş tarihlerinin,

f) Sertifikanın seri numarasının,

g) Sertifika sahibi diğer bir kişi adına hareket ediyorsa bu yetkisine ilişkin bilginin,

h) Sertifika sahibi talep ederse meslekî veya diğer kişisel bilgilerinin,

ı) Varsa sertifikanın kullanım şartları ve kullanılacağı işlemlerdeki maddî sınırlamalara ilişkin bilgilerin,

j) Sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikada yer alan bilgileri doğrulayan güvenli elektronik imzasının, Bulunması zorunludur.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının yükümlülükleri

Madde 10- Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı;

a) Hizmetin gerektirdiği nitelikte personel istihdam etmekle,

b) (Değişik: 14/1/2016-6661/7 md.) Nitelikli sertifika verdiği kişilerin kimliğini resmî belgelere göre veya Türkiye Cumhuriyeti kimlik kartı vasıtasıyla uzaktan güvenilir bir biçimde tespit etmekle,

c) Sertifika sahibinin diğer bir kişi adına hareket edebilme yetkisi, meslekî veya diğer kişisel bilgilerinin sertifikada bulunması durumunda, bu bilgileri de resmî belgelere dayandırarak güvenilir bir biçimde belirlemekle,

d) İmza oluşturma verisinin sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından veya sertifika talep eden kişi tarafından sertifika hizmet sağlayıcısına ait yerlerde üretilmesi durumunda bu işlemin gizliliğini sağlamak veya sertifika hizmet sağlayıcısının sağladığı araçlarla üretilmesi durumunda, bu işleyişin güvenliğini sağlamakla,

e) (Değişik: 14/1/2016-6661/7 md.) Kanunlarda öngörülen sınırlamalar saklı kalmak üzere sertifikanın kullanımına ilişkin özellikler, uyuşmazlıkların çözüm yolları ile ilgili şartlar ve güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu hakkında talep eden kişiyi sertifikanın tesliminden önce bilgilendirmekle,

f) (Değişik: 14/1/2016-6661/7 md.) Sertifikada bulunan imza doğrulama verisine karşılık gelen imza oluşturma verisini başkasına kullandırmaması konusunda, sertifika sahibini bilgilendirmekle,

g) Yaptığı hizmetlere ilişkin tüm kayıtları yönetmelikle belirlenen süreyle saklamakla,

h) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma ve elektronik sertifika sahibine bildirmekle, Yükümlüdür.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı üretilen imza oluşturma verisinin bir kopyasını alamaz veya bu veriyi saklayamaz.

Nitelikli elektronik sertifikaların iptal edilmesi

Madde 11- Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı;

a) Nitelikli elektronik sertifika sahibinin talebi,

b) Sağladığı nitelikli elektronik sertifikaya ilişkin veri tabanında bulunan bilgilerin sahteliğinin veya yanlışlığının ortaya çıkması veya bilgilerin değişmesi,

c) Nitelikli elektronik sertifika sahibinin fiil ehliyetinin sınırlandığının, iflâsının veya gaipliğinin ya da ölümünün öğrenilmesi,

Durumunda vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaları derhâl iptal eder.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, nitelikli elektronik sertifikaların iptal edildiği zamanın tam olarak tespit edilmesine imkân veren ve üçüncü kişilerin hızlı ve güvenli bir biçimde ulaşabileceği bir kayıt oluşturur.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, faaliyetine son vermesi ve vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaların başka bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından kullanımının sağlanamaması durumunda vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaları derhâl iptal eder.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyetine Kurum tarafından son verilmesi halinde Kurum, faaliyetine son verilen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaların başka bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına devredilmesine karar verir ve durumu ilgililere duyurur.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı geçmişe yönelik olarak nitelikli elektronik sertifika iptal edemez.

Bilgilerin korunması

Madde 12- Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı;

a) Elektronik sertifika talep eden kişiden, elektronik sertifika vermek için gerekli bilgiler hariç bilgi talep edemez ve bu bilgileri kişinin rızası dışında elde edemez,

b) Elektronik sertifika sahibinin izni olmaksızın sertifikayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği ortamlarda bulunduramaz,

c) Elektronik sertifika talep eden kişinin yazılı rızası olmaksızın üçüncü kişilerin kişisel verileri elde etmesini engeller. Bu bilgileri sertifika sahibinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletemez ve başka amaçlarla kullanamaz.

Hukukî sorumluluk

Madde 13- Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, elektronik sertifika sahibine karşı sorumluluğu genel hükümlere tâbidir.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu Kanun veya bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin ihlâli suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları tazminle yükümlüdür. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı kusursuzluğunu ispat ettiği takdirde tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, söz konusu yükümlülük ihlâlinin istihdam ettiği kişilerin davranışına dayanması hâlinde de zarardan sorumlu olup, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu sorumluluğundan, Borçlar Kanununun 55 inci maddesinde öngörülen türden bir kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamaz.

Nitelikli elektronik sertifikanın içerdiği kullanım ve maddî kapsamına ilişkin sınırlamalar hariç olmak üzere, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının üçüncü kişilere ve nitelikli elektronik imza sahibine karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü şart geçersizdir.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu Kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu doğan zararların karşılanması amacıyla sertifika malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Sigortaya ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının görüşü alınarak Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Bu maddede öngörülen sertifika malî sorumluluk sigortası Türkiye'de ilgili branşta çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılır. Bu sigorta şirketleri sertifika malî sorumluluk sigortasını yapmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe uymayan sigorta şirketlerine Hazine Müsteşarlığınca sekizmilyar lira idarî para cezası verilir. Bu para cezasının tahsilinde ve cezaya itiraz usulünde 18 inci madde hükümleri uygulanır.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, nitelikli elektronik sertifikayı elektronik imza sahibine sigorta ettirerek teslim etmekle yükümlüdür.

Yabancı elektronik sertifikalar

Madde 14- Yabancı bir ülkede kurulu bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilen elektronik sertifikaların hukukî sonuçları milletlerarası anlaşmalarla belirlenir.

Yabancı bir ülkede kurulu bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından verilen elektronik sertifikaların, Türkiye'de kurulu bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından kabul edilmesi durumunda, bu elektronik sertifikalar nitelikli elektronik sertifika sayılır. Bu elektronik sertifikaların kullanılması sonucunda doğacak zararlardan, Türkiye'deki elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı da sorumludur.

Denetim

ÜÇÜNCÜ KISIM

Denetim ve Ceza Hükümleri

Madde 15- Elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının bu Kanunun uygulanmasına ilişkin faaliyet ve işlemlerinin denetimi Kurumca yerine getirilir.

Kurum, gerekli gördüğü zamanlarda elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarını denetleyebilir. Denetleme sırasında, denetleme yapmaya yetkili görevliler tarafından her türlü defter, belge ve kayıtların verilmesi, yönetim yerleri, binalar ve eklentilerine girme, yazılı ve sözlü bilgi alma, örnek alma ve işlem ve hesapları denetleme isteminin elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları ve ilgililer tarafından yerine getirilmesi zorunludur.

İmza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı

Madde 16- (Değişik: 23/1/2008 – 5728/525 md.)

Elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturanlar ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılırlar.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçlar elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenirse bu cezalar yarısına kadar artırılır.

Elektronik sertifikalarda sahtekârlık

Madde 17- (Değişik: 23/1/2008 – 5728/526 md.)

Tamamen veya kısmen sahte elektronik sertifika oluşturanlar veya geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifikaları taklit veya tahrif edenler ile bu elektronik sertifikaları bilerek kullananlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçlar elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenirse bu cezalar yarısına kadar artırılır.

İdarî para cezaları

Madde 18- (Değişik: 23/1/2008 – 5728/527 md.)

Bu Kanunun;

a) 10 uncu maddesindeki yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmeyen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına onbeşbin Türk Lirasından otuzbin Türk Lirasına kadar,

b) 11 inci maddesindeki yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmeyen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına onikibin Türk Lirasından yirmibin Türk Lirasına kadar,

c) 12 nci maddesi hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında onbeşbin Türk Lirasından otuzbin Türk Lirasına

kadar,

d) 13 üncü maddesinin beşinci ve yedinci fıkralarındaki yükümlülükleri yerine getirmeyen elektronik sertifika hizmet

sağlayıcısına onikibin Türk Lirasından yirmibin Türk Lirasına kadar,

e) 15 inci maddesi hükümlerine aykırı hareket eden elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına otuzbin Türk Lirasından ellibin Türk Lirasına kadar,

idarî para cezası Telekomünikasyon Kurulu tarafından verilir. Bu madde hükümlerine göre ilgili tüzel kişi hakkında verilecek olan idarî para cezasının üst sınırı yetmişbeşbin Türk Lirasıdır.

Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri[3]

Madde 19- (Değişik: 23/1/2008 – 5728/528 md.)

Bu Kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla ilgili tüzel kişiler hakkında Türk Ceza Kanununun 60 ıncı maddesi hükmüne göre tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

İdarî para cezasını gerektiren eylemlerin işlendikleri tarihten itibaren geriye doğru üç yıl içinde üçüncü kez işlenmesi hâlinde Kurum tarafından elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tüzel kişinin faaliyet izninin iptaline karar verilir.

Yönetmelik

DÖRDÜNCÜ KISIM

Çeşitli Hükümler

Madde 20- Bu Kanunun 6, 7, 8, 10, 11 ve 14 üncü maddelerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir.

Kamu kurum ve kuruluşları hakkında uygulanmayacak hükümler

[3] (1) 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunun 528 inci maddesiyle bu maddenin "İdarî nitelikteki suçların tekrarı ve kapatma" olan başlığı "Tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

Madde 21- Bu Kanunun 8 inci maddesinin dört ve beşinci fıkraları ile 15 ve 19 uncu maddesi hükümleri, elektronik sertifika hizmet sağlama faaliyeti yerine getiren kamu kurum ve kuruluşları hakkında uygulanmaz.

Madde 22- (22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

Madde 23- (18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

Madde 24- (5.4.1983 tarihli ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

Yürürlük

Madde 25- Bu Kanun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 26- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2016/16612 E.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 2014/56 E.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 2013/1138 E.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2013/15738 E.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/15427 E.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/902 E.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2013/11855 E.
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi - 2015/43589 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/2376 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/7834 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/18163 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/12487 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/7417 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/13534 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/6581 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/2045 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/944 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2011/2042 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2009/14941 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2009/8571 E.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2008/5680 E.
- Yargıtay 18. Ceza Dairesi - 2015/10377 E.
- Yargıtay 13. Ceza Dairesi - 2011/26435 E.
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi - 2011/20072 E.
- Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2002/23720 E.
- Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2011/12034 E.
- Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2007/18386 E.
- Yargıtay 5. Ceza Dairesi - 2015/6847 E.
- Yargıtay 2. Ceza Dairesi - 2012/3490 E.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2016/16612 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2016/16612 E.

Karar No : 2019/1233 K.

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... ve ... aleyhine 17/01/2012 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 02/07/2013 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Davacı vekili; müvekkiline ait facebook sayfasına davalılar tarafından sinkaflı sözler içeren mesajlar gönderildiğini, suça konu mesajların gönderildiği bilgisayarların IP numaralarının davalılara ait olduğunu, bu hakaret ve küfürler nedeniyle yapılan yargılamada davalıların cezalandırılmasına karar verildiğini, kararın kesinleştiğini, müvekkilinin bu haksız eylem neticesinde kişilik hakkının zedelendiğini belirterek, manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar; davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; davalıların davacıyı hiç tanımıyor olmaları, sosyal, fiziki olarak aralarında manevi tazminata konu eylemi işlemelerini gerektirir bir ilişkinin olmaması, davalıların kişiliği, yapmış oldukları meslek her iki davalınında birbirini tanımamaları birlikte değerlendirildiğinde; manevi tazminata konu fiilin davalılar tarafından işlendiği hususunda yeterli kanıya ulaşılmadığı, ceza mahkemesince davalı hakkında verilen HAGB kararının hukuk hakimini bağlamayacağı, diğer davalı hakkında ise verilen kesin hükmün Yargıtay denetiminden geçmeksizin kesinleştiği, bu davalı yönünden verilen hükmün de hukuk hakimini bağlamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; kararı davacı temyiz etmiştir.

Dosya kapsamından; davacının facebook sayfasına sinkaflı sözler içeren mesajlar gönderildiği, suça konu mesajların gönderildiği bilgisayarların IP numaralarının davalılara ait olduğu, davacının e-posta ve facebook adreslerine mail ve mesaj atıldığı saatlerde, mailin ve mesajın bırakıldığı mail adresine davalıların internete çıkış yaptıkları IP adresi üzerinden bağlantı

yapıldığı anlaşıldığından, dava konusu mesajların göderilmesinden hat sahibi davalılar sorumludur.

Bu nedenle; gönderilen mesajlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, her iki davalının da yazılan mesajlardan sorumlu olduğu kabul edilmeli ve uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmelidir. Bu yön gözetilmeden yanılgılı gerekçe ile davanın tümden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 06/03/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 2014/56 E.

Merci : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2014/56 E.

Karar No : 2015/1679 K.

Karar Tarihi : 17.6.2015

Taraflar arasındaki "manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 3. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.04.2011 gün ve 2010/399 E. 2011/172 K. sayılı kararın incelenmesi taraflar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 08.11.2012 gün ve 2011/7193 E. 2012/16450 K. sayılı ilamıyla;

"...Dava, haksız fiil nedeni ile manevi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, taraflarca temyiz olunmuştur

Davacı vekili, müvekkilinin cinsel taciz suçundan şikayetçi olduğu ceza davasının yapılan yargılaması sonucunda, mahkeme ilamının temyizi sonrasında Yargıtay'ca verilen kararın davalılara ait Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu adlı altı ciltlik eserde müvekkilinin ve diğer kişilerin isimlerinin açıkça yazılmak suretiyle yayınlandığını, bu durumun kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu, belirterek davalıların manevi tazminatla sorumlu tutulmalarını talep etmiştir.

Davalılar vekili, söz konusu kitapların bilimsel eser niteliğinde olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında davaların davacıların ismiyle adlandırıldığı, kitabın geniş kitlelere hitap etmediği, ceza hakimleri, savcılar ve ceza avukatlarınca okunduğu, kitapta isim belirtmenin hukuka aykırı olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, adı geçen eserde davacı ve diğer kişilerin isimlerinin kodlanmadan açıkça yazıldığı, söz konusu olayların anlatımında açıkça isim belirtmenin kitap içeriğine bir fayda sağlamadığı gibi, davacının isminin geçtiği olayın hassasiyeti ve Türk toplum yapısı da göz önünde tutulduğunda, yurt çapında dağıtımı ve satışı yapılan bir kitapta, bu tür bir olayla davacının adının açıkça belirtilmesinin davacının kişilik haklarını zedelediği, çevresine karşı davacıyı zor duruma düşürdüğü gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Bilimsel bilgi, taşıdığı özellikler dolayısıyla fikir üretiminin en yüce değer ve biçimi olma niteliğine haizdir ve herşeyden önce, insanlığın gerçekliğe ulaşması bakımından önemli bir araç

sayılır. Bu durum, bilimsel bilgi ve onu üreten araştırmacının geniş bir özgürlük alanında bulunmasını gerektirir. Bilimi serbestçe öğrenme, araştırma, yayma ve öğretme haklarını içeren bilim özgürlüğü Anayasada kişisel haklar arasında (madde 27) düzenlenmiştir. Anılan madde de herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama ve yayma ve bu konularda araştırma yapma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Keza, AB Temel Haklar Bildirgesinin 13. maddesinde "sanat ve bilimsel araştırma kısıtlamaya tabi olmamalıdır. Akademik özgürlüğe saygı gösterilmelidir" ibaresine yer verilmiştir. Bu bağlamda bilimsel özgürlük, bilimsel bir etkinlikte bulunan veya böyle bir faaliyette bulunmak isteyen tüm bireylere tanınmış ve bu bireylerin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı kalmış, öznel temel haktır.

Taşıdığı önem dolayısıyla insan hakları belgelerine giren bilim özgürlüğü, araştırma özgürlüğünü, araştırma için zorunlu araçlara ve ortama sahip olma hakkını ve bilimsel üretme özgürlüğü veya bilgilendirme ve yayın hakkını içerir. Bu çerçevede bilim adamı bilimsel metotlarını kullanarak araştırma yapma hakkına ve bu araştırmanın sonuçlarını yayma hakkına sahip olacak, kural olarak bu konularda dış bir engelle karşılaşmayacaktır. Hatta bu konularda karşılaşacağı maddi ve manevi engeller devlet tarafından ortadan kaldırılacaktır.

Düşünce özgürlüğünün bir alt kategorisi olan fakat, üretilmesindeki özel çabanın ya da emeğin doğal sonucu olarak, sıradan düşünceye göre daha sistematik ve derin sayılması gereken bilimsel eserler, kural olarak ancak kendi ilkeleri çerçevesinde sınır tanırlar ve istisnaen ancak insan yaşamına yönelen bir tehlike olasılığında kısıtlanabilirler. Bunun ötesine geçilerek yapılan sınırlamalar, toplumun bilimsel düşüncelerle buluşmasını önleyebilecek ve dolayısıyla gerçekliğe ulaşılmasını engelleyebilecektir. Bu bakımdan bilimsel özgürlük hukuki rejim ve yaptırım açısından diğer entelektüel özgürlüklere göre daha mutlak bir özgürlük rejiminden yararlanmasını gerektirir. Fakat tüm özgürlüklerde olduğu gibi bilimsel özgürlük de sınırsız değildir. Bilim özgürlüğü ile kişilerin, kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda somut olaydaki olgular itibariyle koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerekecektir.

Davaya konu olayda; bilimsel araştırma özgürlüğü kapsamında, aleniyet kazanmış ve kamu malı haline gelmiş Yargıtay ilamı, tarafların isimleri kodlanmadan davalıların yazmış oldukları Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu adlı altı ciltlik bilimsel çalışma ürünü olan kitapta yayınlanmıştır. Adı geçen eserin bilimsel nitelikli bir çalışma olduğu, kamuya açık hale gelen Yargıtay kararının bilimsel çalışma ürünü olan kitapta olduğu gibi yer almasından dolayı yukarıda anlatılan ilkeler ğereği davalıların sorumlu tutulamayacağı, çatışan yararlar dengesinin davacı aleyhine bozulmadığı, bu olayın davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmeyeceği gözetilerek

davanın tümden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, kişilik hakkına saldırı nedenine dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Davacı M.. T.. vekili 16/08/2010 harç tarihli dava dilekçesinde özetle; “müvekkilinin 14/11/2003 tarihinden beri İzmir Adliyesinde savcılık zabıt katibi olarak görev yaptığını, 18/07/2005 ile 11/04/2006 tarihleri arasında o dönem İzmir C. Başsavcı vekili olarak görev yapan Z....ile çalışmak için görevlendirildiğini ancak başladıktan sonra 8 ay boyunca Başsavcı vekilinin sözlü ve fiziksel taciziyle karşı karşıya kaldığını, fiziksel tacizin başlaması ve bu durumun çekilmez hale gelmesi nedeniyle davacının şikayette bulunduğunu, ailesinin ve çevresinin duymaması için çaba sarf ettiğini, Z.... hakkında soruşturma açıldığını ve cezalandırıldığını, sanığın Başsavcı vekili olması nedeni ile olayların o dönem için basında yer aldığını, davacının bu olayları unutmaya başladığı bir dönemde Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı ve tetkik hakimleri olan davalıların Nisan 2010 tarihinde yorumlu-uygulamalı Türk Ceza Kanunu adlı altı ciltlik eser yayınladıklarını, örnek Yargıtay kararlarının başladığı 3262 nolu sayfa ve devamındaki sayfalarda davacının başına gelen olayların, tüm aktörlerin isimlerinin açıkça yazılmak suretiyle ve olayın tamamının açık bir şekilde anlatıldığını, davacı tarafından bu durumun öğrenilmesiyle davacının tekrar psikolojik bunalıma girdiğini, bütün kötü olayları tekrar yaşamak zorunda kaldığını, adliyede çalışması nedeniyle bu olayın davacının çevresinde, savcı ve avukatlar tarafından duyulduğunu, müvekkilinin zor da olsa saklayabildiği bir olayın kamuoyuna duyurulduğunu, iffetinin tartışılır hale geldiğini, bir genç kızın hayalleri ve geleceğinin kararmış olduğunu, eserin bir defa yararlanılacak bir eser olmadığını, uzun yıllar boyunca yaygın kitlelerce okunacak nitelikte bulunduğunu belirterek tüm bu nedenlerle davacının isminin geçtiği söz konusu ciltlerin toplatılmasını, 50.000,00-TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar O.. Y.., H.. T..G.., M.. A.. ve A.. Basın Yayın ve Dağıtım San. Ve Tic. Ltd. Şti. vekili 11.10.2010 havale tarihli cevap dilekçesinde özetle; " Söz konusu kitapların bilimsel eser niteliğinde olduğunu, bilimsel eser niteliğinde olan kitaplarda fail ve mağdur adının olmasının hukuka aykırı olmadığını, ceza hukukundaki kitaplarının kaynağının yargısal kararlar olduğunu, geniş kitlelere hitap etmediğini, ceza hakimleri, savcılar ve ceza avukatlarınca okunduğunu, kitapta isim belirtmenin hukuka aykırı olmadığını, eserde adı geçen kişilerle ilgili vakıalar daha önce yargı konusu olduğu için ilgili mahkemelerin bulunduğu yerlerdeki kişiler tarafından duyulup öğrenildiğini, bu nedenle sözü edilen vakıaların ilk defa dava konusu eserde gündeme getirilmediğini, AİHM kararlarının ve Anayasa Mahkemesi kararlarının da isimler çıkarılmadan yayınlandığını, 2011 yılının başından itibaren UYAP sisteminde bulunan kararlardaki kişisel veriler rumuzlanmadan hakim ve savcının kullanımına açıldığını, dava konusu kararın son bölümünde rumuzlama yapılmış ise de ilk bölümünde yapılmamasının dizgi hatası olduğunu, olayın üzerine adliyeye gelen müfettişin yaptığı soruşturma sırasında tüm adliyenin olayı öğrendiğini ve olayın basına da yansıdığını, yine davacının ileri sürdüğü hususların daha sonra düzeltildiğini ve düzeltilmiş bir nüshasının davacı vekilini sunulduğunu bu nedenle kitabın toplatılmasına gerek olmadığını istenen tazminatın fahiş olduğunu savunarak" davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen kararın taraflarca temyiz edilmesi üzerine yukarıda başlık bölümde yazılan Yargıtay ilamı ile bozulmuş, karar düzeltme istemi oyçokluğu ile reddedilmiş, mahkemece önceki gerekçeler tekrar edilerek direnilmiş; hükmü davalılar vekili temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalılar O.. Y.., H.... ve M.. A.. tarafından yayına hazırlanan ve davalılardan A.. Basın Yay. Dağıtım San ve Tic. Ltd. Şti tarafından basılan eserde yer alan kararda, davalının isminin rumuzlanmadan ve rızası alınmadan açık bir şekilde yazılmasının kişilik hakkında saldırı oluşturup oluşturmayacağı noktasında toplanmaktadır.

İşin esasına girilmeden önce davacıya ait 13.01.2014 tarihli dilekçenin temyiz harcının tahsil edilip edilmediğinin belirlenmesi için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesinin gerekip gerekmediği ön sorun olarak tartışılmış, şu sonuca varılmıştır:

Davacı vekiline gerekçeli karar 09.12.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. 15 günlük yasal temyiz süresi geçtikten sonra davacı vekili tarafından mahkemeye verilmiş bir dilekçe olmamasına rağmen 25.12.2013 (Çarşamba) tarihinde yazı işleri müdürü tarafından davacıdan temyiz harcı tahsil edilmesi için müzekkere yazılmıştır. Ancak temyiz harcının tahsiline dair tahsilât makbuzu dosya içinde bulunmamaktadır. Bir diğer deyişle süresi içinde harcı yatırılmış davacıya ait bir

temyiz dilekçesi dosya içinde bulunmamaktadır. Davalılara ait temyiz dilekçesi ise 30.12.2013 tarihinde davacı vekiline tebliğ edilmiştir. 10 günlük yasal karşı temyiz süresi 09.01.2014 (Perşembe) sona erdikten sonra davacı vekili (dilekçe tarihi: 13.01.2014 pazartesi havale tarihi 13.01.2014) temyize cevap dilekçesi vermiş direnme kararının onanmasını; az olan miktar yönünden dosyanın incelenmek üzere Yargıtay 4. Hukuk Dairesine gönderilmesi istenilmiştir. Bu nedenle davacının hem asıl hem de karşı temyiz süresini geçirdikten sonra verdiği dilekçe nedeni ile dosyanın geri çevrilmesine gerek olmadığı oybirliği ile kabul edilmiştir.

İşin esasına gelince; uyuşmazlığın çözümünde etkili yasal mevzuata bakılacak olursa;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddeleri;

Özel ve aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla .öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, .düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

şeklindedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ilgili maddeleri;

"IX. Bilim ve sanat hürriyeti

Madde 27 - Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

..."

"A. Özel hayatın gizliliği

Madde 20 - Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Üçüncü cümle mülga: 3/10/2001-4709/5 md.)

…

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen

hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

şeklindedir.

Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri;

"II. Saldırıya karşı

1. İlke

Madde 24- Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

şeklindedir.

Önümüze gelen sorunun temelinde unutulma hakkı ve bunun sonucu olan kişisel verilerin ve kişilik hakkının korunması ile bilim ve sanat hürriyetinin birbiri karşısında sınırlarının belirlenmesi yatmaktadır. Sorunun çözümünde dikkat edilmesi gereken husus, bilim ve sanat özgürlüğü ile bireyin temel hakları arasında adil bir dengenin kurulmasıdır.

Kişisel veri belli veya belirlenebilir olan gerçek veya tüzel bir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder. Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Bireylerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Serbestçe Dolaşımı Karşısında Korunmasına İlişkin Direktif'in 2/a ve Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 2(a) maddelerinde benzer tanımlama yer almaktadır.

Kişisel verilerin korunması insan haklarıyla yakından ilişkilidir. Çünkü kişisel verilerin açıklanması öncelikle özel hayatın gizliliğini ihlal edilebileceği gibi bir takım diğer bağlantılı hakları da zarar görebilir.

AİHS'de kişisel verilerle ilgili bir hüküm yoktur. Ancak mahkeme konuyla ilgili kararlarında kişisel veri içeriğini doldurmuştur. Hemen ifade edilmesi gerekir ki kişisel verinin sayısal olarak sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak içtihatlar ve akademik yayınlar dikkate alındığında bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri, tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi,

sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları kişisel verileri olarak kabul edilebilir.

Kişisel verilerin korunması, çağımızda, insan hakları kavramı ve korunması bilincinin gittikçe gelişmesine paralel olarak önemini artırmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının temel amacı, bireyin özel yaşamının gizliliğinin güvence altına alınması yoluyla kişiyi korumaktır. Bilgi toplumunda giderek oldukça önemli bir konu haline gelen kişisel verilerin korunması hakkı, bireyin, demokratik bir hukuk devletinde özgür iradesiyle kendi yaşamını bizzat düzenleyebilmesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişiliğinin korunması ve özgür bireylerden oluşan bir toplum düzeninin oluşturulması, ancak bireyin kişisel verilerine ilişkin hakkının korunmasıyla mümkündür. Bu hak yukarıda ifade edildiği üzere TC Anayasası'nın 20/2 maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır.

Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.

Bu hak bir yandan kişiye "geçmişini kontrol etme", "belirli hususların geçmişinden silinmesini ve hatırlanmamayı isteme hakkı" sağladığı gibi, diğer yandan muhataplarına kişi hakkındaki bir kısım bilgilerin üçüncü kişilerin kullanmamasını veya üçüncü kişilerin hatırlamamasına yönelik önlenmeleri alma yükümlülüğü yükler. Bu hakkın; bireylerin fotoğraf, internet günlüğü gibi kendileri hakkındaki içerikleri silmek için üçüncü şahısları zorlamayı içermesinin yanında geçmişteki cezalarına ilişkin bilgilerin veya haklarında olumsuz yorumlara neden olabilecek bilgi ve fotoğraflarının kaldırılmasını isteme hakkını tanıdığı kabul edilmektedir. Diğer taraftan bu hak, bireyin geçmişindeki belirli yönlerinin mümkün olmayacak biçimde hatırlanmaması için önlemler alınmasını gerektirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 8. maddesinde yer alan özel yaşama saygı hakkı altında korunan "mahremiyet hakkı"nın, bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilmesi şeklindeki hukuki çıkarlarını da içerdiği ifade edilmektedir. Zira bireyin kendisine ait herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve bu bilgilere başkalarının ulaşamaması kısacası kişisel verilerinin mahrem kalması konusunda hukuki menfaati bulunmaktadır. (Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.182)

Kişiye unutulma hakkının sağlanması ile birlikte özel hayatının gizliliği korunmuş olacaktır.

Somut olaya bu kapsamda bakıldığında; davacı, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, müteselsilen cinsel saldırı suçunun mağdurudur. 2006 yılında gerçekleşen eylem tarihinde davacı bekâr olup maruz kaldığı eylem geleceği açısından etkilidir. Yapılan yargılama sonunda kamu görevlisi olan sanık ceza almıştır. Temyiz istemi üzerine yapılan inceleme sonunda ise hüküm 2009 yılında onanmıştır. Mağdur davacı gerek hazırlık gerekse de yargılama sırasında cinsel saldırının nasıl gerçekleştiğini açık bir şekilde anlatmış, bu anlatımlar doğal olarak karar metnine geçirilmiştir. Karar mağdur ve sanığın ismi rumuzlanmadan 2010 yılı nisan ayında yayınlanan kitapta yer almıştır.

Hemen ifade edilmelidir ki; davacının rızası dışında bir kitapta geçen ismi kişisel veri niteliğindedir.

Ayrıca şunun da ifade edilmesi gereklidir ki; unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de, bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır.

Davacı, geçmişte yaşadığı kötü bir olayın toplum hafızasından silinmesini istemektedir. Unutulma hakkı ile geçmişindeki yaşanan talihsiz bir olayın unutularak geleceğini serbestçe şekillendirmek, diğer bir deyişle hayatında, yeni bir sayfa açma olanağı istemektedir. Kaldı ki, davacı da yargılama sırasında verdiği dilekçelerinde bu istem üzerinde ısrarla durmuştur. Davacı unutulma hakkı ile özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini, aradan geçen süre nedeniyle toplum hafızasından silinmesini istemektedir.

Bu bağlamda değerlendirildiğinde; 4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer alması halinde unutulma hakkının bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Google Kararı"nda açıkladığı gibi ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol

ve halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi şeklinde, üstün bir kamu yararını ortaya koyan özel sebepler bulunmadığına göre bilimsel esere alınan kararda kişisel veriler açık bir şekilde yer almamalıdır.

Görüşmeler sırasında azınlıkta kalan üyeler mahkeme kararlarında yer alan isimlerin rumuzlanmasına gerek olmadığını, yargılamanın istisnalar haricinde açık bir şekilde yapıldığını hükmün alenen tefhim edildiğini, bu nedenle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediğini savunmuşlar ise bu görüş "sorunun mahkeme kararlarında isimlerin rumuzlanmadan yer alması değil, kararların kitaba alınması sırasında rumuzlanması gerekip gerekmediği sorunu olduğu" gerekçesi ile kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

O halde davacının isminin rumuzlanmadan kitapta yer almasının unutulma hakkını ve bunun neticesinde özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği dikkate alındığında davacı lehine manevi tazminat koşullarının gerçekleştiğinin kabulü zorunludur.

Ne var ki, Özel Dairece tazminat miktarı yönünden inceleme yapılmadığından bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda yazılı gerekçelerle yerel mahkemenin direnme kararı yerinde bulunduğundan tazminat miktarı yönünden mahkemenin kurduğu hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 17.06.2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu - 2013/1138 E.

Merci : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2013/1138

Karar No : 2014/16

Tarih : 15.01.2014

DAVA: Taraflar arasındaki haksız rekabetin tespiti vs. davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1.Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 09.03.2010 gün ve 2009/167 E-2010/41 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 20.01.2012 gün ve 2011/15509 E-2012/540 K. sayılı ilamı ile;

(... Davacı vekili, davalı şirketin müvekkili şirkete ait tescilli ve tanınmış markaları ile iltibas yaratacak şekilde aynı ibareleri ve tanıtma vasıtalarını içeren taklit ürünleri www.gittigidiyor.com adresi üzerinden ticaretini yapmak suretiyle satışa arz ettiğini, bu eylemlerinin müvekkilinin marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, davalının vaki haksız rekabetinin hükmen tespitine, menine ve yasaklanmasına, müvekkiline ait markalardan faydalanma haklarına tecavüzlerinin ref ve men ine, dilekçede belirtilen markaları taşıyan parfüm ve her türlü kozmetik ürünlerin davalının söz konusu internet sitesi üzerinden yayınının ve satışlarının durdurulmasına, satışa arzının önlenmesine, iltibasa sebebiyet veren ürünlerin ve ambalajların toplatılmasına ve imhasına, 10.000 YTL manevi tazminatın davalıdan faizi ile birlikte tahsiline, mahkeme kararının ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirket tarafından oluşturulan portalın çalışma sisteminin tamamen kullanıcılar arasında iletişimi sağlama ve yapılan alış verişlerde ödemenin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesi üzerine kurulduğunu, hiçbir ürünün satış, pazarlama, reklam ve dağıtımının müvekkili tarafından yapılmadığını, satışa arz olunan ürünlerin müvekkili şirket nezdinde bulunmadığını, site üzerinden gerçekleştirilen işlemlerle ilgili tüm hukuki sorumluluğun kullanıcılara ait olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece verilen ilk kararda taklit kozmetik ürünlerinin yayın ve satışının önlenmesine, diğer talepler yönünden davalı tarafa husumet düşmediğinden o talepler yönünden davanın husumetten reddine karar verilmiştir. Kararın Dairemizce bozulması üzerine mahkemece önceki kararda

direnilmesine dair karar oluşturulmuş ise de Hukuk Genel Kurulunun 15.12.2010 tarih ve 588/658 sayılı kararıyla mahkeme kararının değişik gerekçeye dayalı yeni bir hüküm niteliğinde olduğundan bahisle temyiz incelemesi yapılmak üzere Dairemize gönderilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve dava dışı satıcı tarafından davalının işlettiği www.gitti gidiyor.com adlı web sitesinden satışa sunulan ürünlerin üzerinde davacı adına tescilli markaların izinsiz olarak kullanılarak marka hakkına tecavüz edildiği hususunda davalıya ihtarname gönderilerek ihlalden haberdar edilmesi ve buna rağmen davalının tecavüz oluşturan içeriği web sitesinden kaldırmaması halinde kusurlu davranışından dolayı manevi tazminatla sorumlu tutulabilecek olmasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava dışı satıcı tarafından davalıya ait web sitesi aracılığıyla satışa sunulan ürünler üzerinde kullanılan markaların davacı adına tescilli olduğu ve satıcının eyleminin marka hakkına tecavüz oluşturduğu hususları mahkemenin de kabulündedir. Mahkemece, Türk Hukukunda internet ortamında yer sağlayıcısı olan davalının marka hakkına tecavüzden kaynaklanan sorumluluğunu düzenleyen yasal bir mevzuat bulunmadığından, bu konuda Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifi ve ABD Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası hükümleri ile 5846 Sayılı FSEK ek 4. maddesindeki servis ve bilgi içerik sağlayıcılarının sorumluluk şartını düzenleyen kısaca uyar/kaldır olarak ifade edilen sistemin kıyasen dava konusu uyuşmazlığa da uygulanması suretiyle bu konudaki yasal boşluğun doldurulması gerekeceği, buna göre de öncelikle ihlal teşkil eden içeriğin web sitesinden çıkartılması için davalıya ihtarname gönderilmesi zorunlu olup, ihtara rağmen söz konusu içerik web sitesinden çıkartılmadığı taktirde ancak davalının sorumluluğuna gidilebileceği, nitekim ilk karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun ile de internette servis/hizmet/erişim sağlayıcılar bakımından doğrudan sorumluluk getirilmeyip mahkemece somut uyuşmazlıkta da uygulandığı şekilde bir uyar/kaldır sistemi ile sorumluluk şartının benimsendiği, böylece mevcut yasa boşluğunun da giderildiği gerekçesiyle; önceden ihbar yapılmadan davalıya husumet yönetilmeyeceği görüşüyle dava reddedilmiştir.

Oysa 556 Sayılı KHKnin dava tarihinde yürürlükteki 61/(e) bendine göre, (a) ve (c) bentlerinde sayılan fiillerin işlenmesini hangi şekil ve şartlarda olursa olsun kolaylaştırmak marka hakkına tecavüz oluşturur. Her ne kadar; internet servis sağlayıcılarının marka hakkına tecavüzden

sorumluluk koşullarına dair özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, uyuşmazlık halinde 556 Sayılı KHK deki sorumluluğu düzenleyen 6l ve 62.madde hükümlerin uygulanması her zaman mümkündür. Bu bakımdan somut uyuşmalıkta bir yasal boşluk bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, kıyas yoluyla karşılaştırmalı hukukta mevcut hükümlerin veya 5846 Sayılı FSEK Ek 4 maddesi hükmünün yada sonradan yürürlüğe giren 5651 Sayılı Yasa hükümlerinin uygulanarak yasal boşluğun giderilmesine dair mahkeme görüşü isabetli görülmemiştir.

Ancak, yukarıda (1) nolu bentte de açıklandığı üzere, davalı yer sağlayıcısının ihlalden dolayı tazminatla sorumlu tutulabilmesi esasen kusur şartına bağlı olduğundan, tecavüz teşkil eden içeriğin bizzat yer sağlayıcı olan davalı tarafından işletmeciliğini yaptığı web sitesine konulmuş olması veya davalının içerik sağlayıcı üçüncü kişi satıcı ile el ve işbirliği içerisinde hareket etmiş olması halleri dışında tazminatla sorumlu tutulabilmesi için; hak sahibi tarafından tecavüze dair bir ihtarın davalıya ulaştırılması sonucu ihlalden haberdar olmasına rağmen tecavüz oluşturan içeriği web sitesinden çıkartmamak suretiyle kusurlu olduğunun kanıtlanması halinde mümkün olabilecektir.

Ne var ki, davacı iş bu davada davalıya ait web sitesi vasıtasıyla gerçekleştirilen marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ile 556 Sayılı KHK nin 61 ve 62. maddeleri gereğince tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve söz konusu içeriğin web sitesinden çıkartılması da dahil olmak üzere tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılmasını da talep ve dava etmiştir. Bu taleplerin ileri sürülebilmesi için davalının kusurlu olması şart değildir. Başka bir deyişle, web sitesi aracılığıyla gerçekleşen ihlale son verilmesi amacıyla web sitesinin işleticisi ve yer sağlayıcı durumundaki davalı aleyhine önceden ihtar gönderilmeksizin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, durdurulması ve önlenmesi talepli davanın açılması mümkündür. Bu nedenle, tecavüzün tespiti, durdurulması ve önlenmesi hakkındaki davada davalının pasif dava ehliyeti bulunduğunun kabulü ile işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, tecavüz oluşturan içeriğin web sitesinden çıkartılması hususunda ihtar yapılmadan davalı aleyhine dava açılamayacağı gerekçesiyle husumetten ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir...),

Gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, haksız rekabetin hükmen tespiti, meni, davacı şirkete ait markalardan faydalanma haklarına tecavüzün refi, internet sitesi üzerinden yapılan yayınının ve satışlarının durdurulması,

satışa arzın önlenmesi, iltibasa sebebiyet veren ürünlerin ve ambalajların toplatılması ve imhası, 10.000 YTL manevi tazminat ve mahkeme kararının ilanı isteklerine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı şirketin müvekkili şirkete ait tescilli ve tanınmış markaları ile iltibas yaratacak şekilde aynı ibareleri ve tanıtma vasıtalarını içeren taklit ürünleri www.gittigidiyor.com adresi üzerinden ticaretini yapmak suretiyle satışa arz ettiğini,bu eylemlerinin müvekkilinin marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, davalının vaki haksız rekabetinin hükmen tespitine, menine ve yukarda belirtilen diğer isteklerine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirket tarafından oluşturulan portalın çalışma sisteminin tamamen kullanıcılar arasında iletişimi sağlama ve yapılan alış verişlerde ödemenin güvenli bir şekilde gerçekleştirilmesi üzerine kurulduğunu, hiçbir ürünün satış, pazarlama, reklam ve dağıtımının müvekkili tarafından yapılmadığını, satışa arz olunan ürünlerin müvekkili şirket nezdinde bulunmadığını, site üzerinden gerçekleştirilen işlemlerle ilgili tüm hukuki sorumluluğun kullanıcılara ait olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacı adına tescilli markayı taşıyan ürünlerin internet sitesinde satışa sunulduğu tespit edilmişse de, davalı firmanın servis sağlayıcısı konumunda olduğu, elektronik ticarete ilişkin Avrupa Birliği Direktifine göre servis sağlayıcıların sorumluluğunun, ürünün taklit olduğu uyarısına rağmen satışa arzına devamı halinde söz konusu olduğu,davacının böyle bir girişimde bulunmadan doğrudan dava açtığı ve ayrıca davalının servis sağlayıcısı olarak kendiliğinden ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek durumda olmaması, talep halinde koşulları varsa ancak erişimi engelleme yetkisi bulunduğundan, davalının haksız rekabetinden söz edilemeyeceği gerekçesi ile bu yöndeki talebin husumetten reddine; ancak ürünlerin taklit olduğu tespit edildiğinden taklit kozmetik ürünlerin yayın ve satışının önlenmesine, koşulları oluşmadığından ilan talebinin de reddine karar verilmiştir.

Davacının temyizi üzerine verilen karar, Özel Daire tarafından; marka hakkına tecavüz sayılan eylemlerin 556 sayılı KHKnin 61.maddesinde düzenlendiği, dava tarihinde yürürlükte olan ilgili maddenin e bendinde (a) ve (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmanın marka hakkına tecavüz sayıldığı, davacının markasını taşıyan taklit kozmetik ürünlerinin davalının kendisine ait internet sitesi aracılığı ile satışa sunulması sonucu anılan madde uyarınca markaya tecavüz halinin gerçekleştiğinin kabulünün gerektiği, çünkü söz konusu maddede hangi şekil ve şartlarda olursa olsun marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin yapılmasını kolaylaştırmanın da marka hakkına tecavüz sayıldığı, 556 sayılı KHKde davalı servis sağlayıcının sorumlu

tutulabilmesi için ürünlerin taklit olduğuna ilişkin olarak önceden bir uyarıda bulunulması zorunluluğu da getirilmemiş olduğundan mahkemenin bu yöndeki gerekçesinin yerinde olmadığı, mahkemece, davalının kendisine ait internet sitesi aracılığı ile taklit ürünlerin satışa arz edilmesinin, satışının kolaylaştırılması suretiyle marka hakkına tecavüz olarak kabulü ile davacının tüm istemleri yönünden bu doğrultuda bir inceleme yapılarak hüküm tesis edilmesi gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur.

Yerel Mahkeme, davanın açıldığı tarihte "internet üzerinde faaliyet gösteren platform işleticilerinin sorumluluğu" konusunda Türk Hukukunda yasal düzenleme bulunmadığından "Elektronik Ticarete İlişkin AB Direktifi" emsal alınarak kanun boşluğunun giderilmeye çalışıldığı, zaten kararda AB direktifinin önerdiği çözümün yanı sıra özellikle "servis sağlayıcının kendiliğinden ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek" durumda olmaması ve ancak talep halinde şartları varsa erişimi engelleme yetkisi bulunduğunun vurgulandığı, bu kanun boşluğunun davanın devamı sırasında ilk karardan sonra yürürlüğe giren 5651 sayılı Yasa ile doldurulduğu, 5651 sayılı İnternet Üzerinden Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'un, kararda değinilen AB direktifinin uyarlanmasından ibaret olduğu, anılan kanunun 5.maddesine göre yer sağlayıcının, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı,kanunun 8. ve 9.maddelerine göre de, yer sağlayıcının, haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkan bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olduğu, yasanın karar tarihinden sonra yürürlüğe girdiği ve Türkiye AB ülkesi olmadığı için söz konusu direktifin Türk Hukuku yönünden bağlayıcılığının olmadığı, ancak bu konuda yasal boşluk bulunması nedeniyle boşluğun doldurulmasında söz konusu direktif hükümlerinden yararlanıldığı, öte yandan AB direktifinin ilgili hükümlerinin daha önce sadece 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4.maddesinin 4.fıkrasını değiştiren 12/03/2004 tarih ve 5101 sayılı yasa ile öngörüldüğü, davalının faaliyetinin konusunun zaten kullanıcılara bu verileri iletmekten ibaret olduğundan, gerek 5651 sayılı Yasa, gerek yasanın alındığı AB direktifi, ABD Digital Milenium Copyright Yasası ve gerekse bu konudaki lehte ve aleyhteki tüm yabancı mahkeme kararlarında "internet üzerinde teknik aracıların salt bu hizmetleri nedeniyle sorumlu olmadıkları vurgulandıktan sonra taklit satışı öğrendikten sonra erişimi engellememeleri veya uyarılara rağmen tedbir almamaları halinde istisnai olarak sorumlu olacaklarının benimsendiği, platform işleticiliği teknik alt yapı hizmetlerinin bizzat kendisinin "taklit fiillerini kolaylaştırmaya katkı" fiilleri kapsamında değerlendirilerek "marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin yapılmasını kolaylaştırma" olarak düşünülemeyeceği gerekçesiyle önceki hükümde direnildiği belirtilmişse de; Hukuk Genel Kurulu tarafından Mahkemece kurulan bu hükmün direnme kararı değil, yeni

bir hüküm olduğu, temyiz itirazlarının Özel Dairece incelenmesi gerektiği gerekçesi ile dosya Özel Daireye gönderilmiştir.Özel Daire tarafından ise hüküm, yukarıya başlık bölümüne metni aynen alınan gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, dava konusu uyuşmazlığın Yargıtay bozma kararında dayanılan 556 sayılı KHK'nın 61.maddesinin (e) bendi kapsamında "hangi şekil ve şartta olursa olsun, bu fillerin yapılmasını kolaylaştırma" hükmü kapsamında değerlendirilmesi olanağı olmadığı, zira davalının yasal ticari işlevinin zaten internet üzerinde teknik alt yapı vermekten ibaret olup, bu aktivitesinin yasal olduğu gibi direktifin 2.maddesiyle de öngörüldüğü üzere bu etkinlik veya kullanıcıların bu sitelere erişiminin ön izne de tabi tutulamayacağı, bu faaliyetlerini sürdürürken teknik iletimini sağladıkları üçüncü kişilere ait bilgi veya verilerin yasal içerik taşıyıp taşımadığını kontrol veya araştırma yükümlülüklerinin de bulunmadığını, zaten kendilerine böyle bir yükümlülük verilmiş olsaydı, dünyada bu yolla satılan milyonlarca ürün nedeniyle denetim imkansızlığı söz konusu olacağından işleticilerin de yasal sorumluluktan korunmak için bu tür faaliyetleri göze alamayacaklarından internet üzerinde elektronik ticaretin de engellenmiş olacağı, gerek Avrupa Adalet Divanı kararının ve gerekse Amerikan Mahkemesinin gerekçesinde kabul edildiği üzere, internet üzerinde taklit ürün satımı ihtimalinin her zaman olduğunu, ancak bunu önleme sorumluluğunun hak sahibine ait olup yer sağlayıcının ancak taklidi öğrendikten sonra satışa izin vermesi halinde sorumlu olacağını, dolayısıyla da TTK ile Rekabet Kanunu ve belirtilen TRİPS ve Paris Konvansiyonu'nun genel hükümleri ile güvenceye alınan "ticaret serbestisi" hakkı nedeniyle davalının sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı gibi, zaten karar tarihinden sonra yürürlüğe giren 5651 sayılı Yasa ile de açıkça sorumsuzluğunun kabul edildiğini, öte yandan anılan Yasada öngörüldüğü şekilde davacı ürünün taklit olduğunu tespit ettikten sonra erişimi engellemesi veya içerikten çıkarması için davalıya başvurmadığından kanunun 8 ve 9.maddeleri gereğince de sorumluluğuna gidilmesinin söz konusu olamayacağı, davalının verdiği alt yapı hizmetlerinin karşılığı olarak ücret alması ve ücretinde satılan ürünün bedelinin belirli bir yüzdesi şeklinde kararlaştırılmasının satışa iştirak olarak yorumlanamayacağı, zaten bu uygulamanın dava konusu ürünlerle sınırlı olmayıp, sitedeki tüm kullanıcıları kapsadığı, alıcıların daha güvenli alışveriş yapmalarını sağlamak dolayısıyla da rekabet gücünü artırmak için kullanıcı sözleşmesinin tanımlar bölümünde "güvenli hesap" adı altında bir sistem oluşturup ürün bedelini önce bu hesaba kabul edip kendi hizmet bedelini tahsil edip, alıcının da onayını aldıktan sonra bedeli satıcıya aktarması, hizmet bedelinin güvenlikli ifasına ve alıcının korunmasına yönelik bir uygulama olduğunu, sitede satın alınan ürünlerin dava dışı firmalara ait olduğu, dava sırasında davalının dosyaya sunduğu bilgilerle tespit edildiği, taklit ürün satışını öğrenen davacının erişimin önlenmesi için davalıya başvurmadan doğrudan dava açmayı yeğlediği, dolayısıyla da davalının

bozma kararında belirtilen gerekçeyle platform işleticiliği sıfatıyla sorumlu olması mümkün olmadığından ve taklidi bilerek satışa izin verdiği de kanıtlanamadığından, davalıya husumet düşmeyeceği, taklit ürün satan dava dışı kişilerin site üzerinde satışa devamının önlenmesi için asıl satıcıların davada taraf olmasına gerek olmayıp, siteye erişimi engelleme davalının sorumluluğunda olduğundan, sitedeki yayının ve satışın önlenmesine, diğer talepler yönünden davanın husumetten reddine ilişkin kararın hukuka uygun olduğundan önceki hükümde direnilmesine karar verilmiştir.

Direnme kararını davacı vekili temyiz etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının tescilli markalarını taşıyan taklit ürünlerin davalı yer sağlayıcısının işlettiği www.gittigidiyor.com adlı web sitesinde, dava dışı üçüncü kişiler tarafından satışa arzı suretiyle gerçekleştirilen tecavüz eyleminden dolayı, marka hakkına tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve tecavüzün haksız sonuçlarının ortadan kaldırılması talepli davada, davalı internet yer sağlayıcısının sorumluluğu hususunda dava tarihi itibariyle Türk Hukuk mevzuatında yasal boşluk bulunup bulunmadığı, kıyas yolu ile karşılaştırmalı hukuk ve 23/05/2007 tarihinde yürürlüğe giren 5651 sayılı Yasa hükümlerinin mi, yoksa mevcut 556 sayılı KHKnin 61-62.maddelerinin mi uygulanacağı, buna göre davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, durdurulması ve önlenmesi istemleri hakkında mahkemece verilen husumetten ret kararı yerine, işin esası yönünden inceleme yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık konularından biri olan marka ihlali nedeniyle internet yer sağlayıcısının sorumluluğuna ilişkin olarak 556 sayılı KHK'de açık bir hüküm bulunmadığından Türk Hukuku'nda dava tarihi itibariyle yasal bir boşluk bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulmasında yarar vardır:

Mahkemece, marka ihlali nedeniyle internet yer sağlayıcısının sorumluluğuna ilişkin olarak 556 sayılı KHK'de açık bir hüküm bulunmadığı, davalının ticari faaliyetinin, kullanıcıların eylemlerinden bağımsız bir şekilde gerçekleştirilen ve sadece internet üzerinden platform işletmeciliği yaparak, web sitesine kullanıcılar tarafından yüklenen verilere teknik erişim sağlanması olduğu, üçüncü kişilere ait verilerin yasal olup olmadıklarını kontrol ve araştırma yükümlülüğü bulunmadığı, bu nedenle de internet ortamındaki yer sağlayıcılığı faaliyetinin 556 sayılı KHK'de düzenlenmediği gibi, aynı KHK'nin dava tarihinde yürürlükte iken daha sonra 21.01.2009 tarih 5833/2.maddesi ile yürürlükten kaldırılan 61/(e) bendi kapsamındaki iştirak veya hangi şartlarda olursa olsun tecavüz fiillerinin yapılmasını kolaylaştırmak olarak da nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. İnternet yer sağlayıcısının sorumluluğuna dair herhangi bir

yasal düzenleme olmadığından, 4721 sayılı TMKnun 3.maddesine dayalı olarak 2000/31 sayılı AB Elektronik Ticaret Direktifi, ABD Dijital Milenyum Telif Hakları Yasası, 5846 Sayılı FSEK Ek. 4.maddesi hükümlerinden de istifade edilerek; hak sahibi tarafından önceden uyarı yapılmasına rağmen içeriğin web sitesinden çıkartılmayıp ihlale devam edilmesi halinde (uyar/kaldır ilkesi) sorumlu tutulması şeklindeki istisnai bir sorumluluk hali olarak kabulü suretiyle bu konudaki yasal boşluğun doldurulduğu, nitekim dava tarihinden sonra yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda da, AB Elektronik Ticaret Direktifi esas alınarak Türk Hukukunda internet yer sağlayıcısının sorumluluğunun aynı şekilde çözümlenmek suretiyle yasal boşluğun da giderildiği, dolayısıyla önceden ihtarname göndermeden davalıya doğrudan husumet yöneltilerek dava açılamayacağı görüşü benimsenmiş ise de;

24/06/1995 tarih 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin amacını düzenleyen 1.maddesinde; Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır.

Bu Kanun Hükmünde Kararname, markaların korunmasına ilişkin esasları, kuralları ve şartları kapsar. denilmekle tescil edilen markaların korunmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Yine dava tarihinde yürürlükte bulunan 61.maddesi de hangi fiillerin marka hakkına tecavüz sayılacağını saymıştır.Buna göre; a) 9'uncu maddenin ihlali,

b)Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

c)Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak,dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,

d)Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.

e) (a) ila (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

Öte yandan genel hüküm niteliğinde olup, dava tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununun (BK) 50.maddesine (6098 Sayılı TBK mad. 61) göre, asıl mütecaviz ile onun fiillerine iştirak eden, yardım eden veya yapılmasını kolaylaştıran kişiler zarar görene karşı müteselsilen

sorumludurlar. Bu husus, 21.01.2009 tarih 5833 sayılı Yasanın 2.maddesi ile yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nin 61/(e) bendinde de düzenlenmiş olup, Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Fiiller başlıklı 61.maddesinin, dava tarihinde yürürlükteki, (e) bendine göre, aynı maddenin (a) , (b) ve (c) bentlerinde sayılan fiillere iştirak etmek, yardımda bulunmak, bu tür eylemlerin yapılmasını teşvik etmek ve hangi şekil ve şartlarda olursa olsun kolaylaştırmak da marka hakkına tecavüzdür. Madde hükmü uyarınca da anılan eylemleri gerçekleştiren kişi de iştirak yolu ile mütecavizdir.

Yukarıda belirtilen madde metinleri göz önünde bulundurulduğunda, haksız fiilden kaynaklanan kusura dayalı sorumluluk türleri dava tarihinde yürürlükteki 818 sayılı mülga BK'nda genel hüküm niteliğinde ve 556 sayılı KHK 61/(e) bendinde de özel hüküm niteliğinde düzenlenmiş olup, davalı eyleminin de bu maddelerde belirtilen iştirak halinde sorumluluk halleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Yargılama sırasında 23.05.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usuller ; 5, 8 ve 9.maddelerinde de internet servis sağlayıcısının yükümlülükleri ve bu kapsamda kalan eylemlerden dolayı sorumluluk koşulları düzenlenmiştir. Ancak, dava tarihinden sonra bu konuda özel bir yasal düzenleme yapılmış olması nedeniyle dava tarihinde yürürlükte olan yukarıda bahsedilen genel ve özel hükümlerin varlığı karşısında internet yer sağlayıcısının sorumluluğu hususunda mevzuatta yasal boşluk bulunduğu sonucuna da varılamaz.

Öyle ise, yerel mahkemenin dava tarihinde internet yer sağlayıcısının sorumluluğu hakkında mevzuatta özel bir düzenleme bulunmayıp bu hususta yasal boşluk olduğuna dair direnme gerekçesi yerinde değildir.

Bunun yanı sıra, marka hakkına tecavüz eylemi esasen bir haksız fiil olduğundan, haksız fiilden dolayı tazminata hükmedilebilmesinin, mütecavizin kusurlu davranması şartına bağlı olmasına karşın (Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beşinci Bası, s. 503,504, Hamdi Yasaman , Marka Hukuku, Cilt II. s.1127-1133), tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve tecavüz sonuçlarının ortadan kaldırılması talepleri için kusurun varlığı şart değildir (Tekinalp Ü. a.g.e. s. 498, Yasaman H. a.g.e. s.1126).

Ancak, öğretide dava tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı KHK'nin 61.maddesi (e) bendine göre (a), (b) ve (c) bentlerinde öngörülen tecavüz fiillerine iştirak veya yardım etmek ya da bu fiilleri

teşvik etmek veya yapılmasını kolaylaştırmak eylemi, söz konusu eylem temelde bir akit dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) olduğuna göre, bu kişilerin sorumluluğunun ancak kusurlu olmaları halinde gündeme gelebileceği görüşü ileri sürülmektedir (Yasaman H. a.g.e. s.1020). Bunun yanı sıra, iştirak, yardım, teşvik ve kolaylaştırma fiillerini işleyenlerin asıl mütecavizin fiilinin tecavüz oluşturduğunu bilmeleri veya bilebilecek durumda bulunmaları da gerekir (Tekinalp Ü. a.g.e. s.460).

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, internetin yapısı, internet ortamının teknik özellikleri ve işletilme koşulları itibariyle davalının işlettiği web sitesinde üçüncü kişilerce gerçekleştirilen tecavüzleri bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun kabulü mümkün olamayacağından; somut uyuşmazlıkta ileri sürülen talepler bakımından da kusur şartının gerçekleşmesi ve dolayısıyla da davalının iştirak halinde sorumluluğuna gidilebilmesi için önceden haberdar edilmesi ve buna rağmen haklı veya yasal bir neden olmaksızın ihlal oluşturan içeriğin davalı tarafından web sitesinden çıkartılmaması gereklidir.

Açıklanan bu gerekçe itibariyle, davalı internet yer sağlayıcısı aleyhine açılan tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve tecavüz sonuçlarının ortadan kaldırılması davası bakımından da davalının iştirak halinde tecavüz nedeniyle sorumlu tutulabilmesi kusur şartına bağlı olduğundan; yerel mahkemenin direnme kararı açıklanan bu değişik gerekçe itibariyle yerindedir.

Ne var ki, somut uyuşmazlıkta davacının yukarıdaki paragrafta açıklanan tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi ve tecavüz sonuçlarının ortadan kaldırılması talebini de içeren 20.07.2006 tarihli dava dilekçesinin davalıya tebliği üzerine, davalı tarafça herhangi bir sorumlulukları bulunmadığından bahisle davaya karşı çıkılarak davanın reddi savunulmuş ve mahkemenin bu yolda verdiği ihtiyati tedbir kararına da itiraz edilerek, kaldırılması istenilmiştir. Oysa, dava dilekçesi aynı zamanda ihtarname yerine de geçeceğinden, tecavüzün varlığından haberdar olan davalının yasal ve haklı bir neden olmaksızın ihtarname gereğinin yerine getirilmemesinden dolayı kusurlu davrandığı ve artık bu talepler bakımından da davalıya husumet düşeceğinin kabulü ile anılan hususlarda davalıyı da bağlayıcı nitelikte eda hükmü kurulması gerekirken, yerel mahkemenin önceden ihtarname gönderilmediğinden bahisle davanın husumetten reddine ilişkin direnme gerekçesi isabetli değildir.

Yerel Mahkemece dava dışı asıl mütecavizler bakımından marka hakkına tecavüzün önlenmesine yönelik karar verildiği, böyle bir davada taklitçi üçüncü kişilerin taraf gösterilmesi zorunluluğunun da bulunmadığı, hükmün infazının da hakkındaki dava reddedilen davalı yer sağlayıcı tarafından gerçekleştirileceği, Özel Daire bozmasına uyulduğu taktirde başka türlü bir karar verilmesi imkanı olmadığı görüşü de açıklanmış ve direnme kararının hüküm fıkrasının (1)

nolu bendinde davalı internet yer sağlayıcısı hakkındaki davanın husumetten reddine, (2) nolu bendinde dava dışı asıl mütecavizler tarafından web sitesinde taklit markaları taşıyan ürünlerin yayın ve satışının önlenmesine, daha önce verilen tedbirin devamına karar verilmiştir.

Bilindiği üzere, dava tarihinde yürürlükteki mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 50.maddesi, 556 sayılı Markalar Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/(e) maddesi uyarınca asıl mütecaviz ile bu fiile iştirak eden kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığından bu kişiler aleyhine birlikte ya da ayrı ayrı dava açılması mümkündür.

Bir davada verilecek hükmün öncelikle taraflar arasındaki uyuşmazlığı giderecek ve yine o davanın taraflarını bağlayacak şekilde oluşturulması gerekir. Davalı işletmecinin web sitesi üzerinden piyasaya mal ve hizmet arz edenler ile alıcıların tabi oldukları kurallar; davalı tarafından hazırlanan ve elektronik ortamda imza suretiyle gerçekleştirilen Gittigidiyor Com Kullanıcı Sözleşmesi isimli sözleşme ile belirlenmiştir. Bu sözleşmede üyeler arasındaki iş ve işlemlerin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlandığı, özel bir ödeme ve güvenli hesap sistemi bulunduğu ve davalının sisteme erişimi engelleme hakkının olduğu hususları da yazılıdır. Bu durumda, marka hakkına tecavüz oluşturan içeriğin davalı tarafından web sitesinden çıkartılması ya da erişiminin engellenmesi ve yine ileride muhtemel tecavüz tehlikesinin önlenmesi hususunda davalıyı da bağlayan bir eda hükmü verilmesini istemekte davacının hukuki yararının bulunduğu aşikardır.

Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere davalıya tebliğ olunan dava dilekçesinin içeriği itibariyle tecavüzden haberdar olan ve buna rağmen üçüncü kişiler tarafından davalıya ait web sitesindeki ihlal oluşturan dava konusu içeriğin web sitesinden çıkartılması ya da erişimin engellenmesi şeklinde olumlu bir davranışta bulunmayarak, tecavüz teşkil eden içeriği işletmecisi olduğu www.gittigidiyor.com adlı web sitesinden çıkartmamak suretiyle kusurlu davranan davalının, iştirak halinde sorumluluğu nedeniyle davacının tescilli marka hakkına tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması talepleri bakımından eda hükmü oluşturulması gerekirken; davanın husumetten reddine ilişkin yerel mahkeme direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ile bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3.maddesinin atfı dikkate alınarak HUMK.nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440.maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15.01.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2013/15738 E.

Merci : Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/15738

Karar No : 2014/5119

Karar: Taraflar arasında görülen davad verilen 02/07/2013 tarih ve 2012/137-2013/117 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili ve davalı ... vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkiline adına tescilli markasının tanınmış bir marka olduğunu, davalıların ise www.yurticikargomagdurlari.com biçiminde internet sitesini tescil ettirerek yurtiçi kargo markasının kullandıklarını, bu internet sitesi alan adında müvekkilinin markasının kullanılmasının 556 sayılı KHK'nin 9/2-3 maddesi gereğince marka hakkına tecavüz oluşturduğunu, anılan sitede müvekkilinin kamuoyu önünde karalandığını bundan dolayı müvekkilinin ve markasının ticari itibarının zarar gördüğünü, maddi zararın ortaya çıktığını, davalılardan ...'nın avukat olduğunu, bazı eski acentelerinin müvekkili şirkete açtığı davalarda eski acenteleri vekil olarak temsil ettiğini, internet sitesinde gösterilen adresin davalı avukatın işyeri adresi olduğunu, davalıların söz konusu internet sitesini kuran ve içeriğini yöneten şahıslar olduklarını ileri sürerek, www.yurticikargomagdurlari.com adlı internet sitesine erişimin engellenmesine, davalıların, müvekkilinin marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasına ve devamının önlenmesine, 1.000 TL maddi, 10.000 TL manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... vekili, müvekkilinin, davacı şirket tarafından haksız olarak işten atıldığını ve mağdur edildiklerini söyleyen şube müdürlerinin iş davalarını ve resmi kurumlar önündeki işlerini vekil olarak takip ettiğini, müvekkilinin, temsil ettiği kişileri her mecrada hukuk kurallarına uygun şekilde savunduğunu, karalama küçük düşürme içeren herhangi bir beyanı olmadığını, mağdur şube müdürlerinin bu konularda hukuka uygun davranmaları için uyardığını ve yol gösterdiğini, www.yurticikargomagdurlari.com isimli internet sitesini davacının eski çalışanları olan mağdurların imece usulü para toplayarak oluşturduklarını ve ilerde açacakları davaları da düşünerek müvekkilinin iletişim bilgilerinin siteye yazıldığını, siteye haber eklenirken

müvekkilinin hukuki açıdan gerekli incelemeleri yaptığı ve haberi kendisinin siteye eklediğini, internet sitesinin kullanıcı adının ve şifresinin müvekkilinde ve bazı mağdur şube müdürlerinde bulunduğunu, internet alan adında ve içerikteki kullanımının 556 sayılı KHK'nın 9/2-e maddesi kapsamında olmadığını ve davacının marka hakkına tecavüz teşkil etmediğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, dava konusu internet sitesi içeriğinde "yurtiçi veya "yurtiçi kargo ibareleri geçse dahi, herhangi bir mal ya da hizmetin sunulmasına ilişkin olmayan, herhangi bir markanın tanınmışlığından haksız yararlanma teşkil etmeyen, imaj transferi yaratmayan, ticari amaç gütmeyen ve davacı ile rekabet etmeyen bu kullanımların markasal nitelikte olmadığı, bu nedenle alan adından ya da site içeriğinden dolayı davacının marka hakkına tecavüzün söz konusu olmadığı, bununla birlikte internet sitesi alan adında geçen "yurticikargomagdurlari ibaresi, davacı yönünden toplumda negatif bir çağrışım meydana getirtiği, böyle bir alan adı kullanımının davacıyı küçük düşüreceği ve ticari itibarını zedeleyeceğinin açık olduğu, bu internet alan adı tescili ve kullanımının, avukatlık görevi kapsamında olmadığı, dolayısıyla davalının bu internet alan adı tescil ve yönetiminden dolayı sorumlu olduğu, internet site içeriğinin ve internet alan adının ticari amaç taşımaması ve ticari herhangi bir fonksiyon görmemesine, ticari etki doğurmamasına ve bu şekildeki kullanımın markasal bir kullanım olmamasından dolayı 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddeleri kapsamında marka hakkına tecavüzün mevcut bulunmamasına rağmen, davalının bu eyleminin, TTK'nın 55/1-a-1 maddesi anlamında bir haksız rekabet teşkil ettiği, davalının haksız rekabetinden dolayı Türk Ticaret Kanunu'nun 56/1-d ve 1-e maddeleri gereğince davacının maddi ve manevi zarara uğradığının açık olduğundan ve iddia olunan maddi zararın tam olarak belirlenmesinin mümkün bulunmadığından, Türk Borçlar Kanunu'nun 50/2 ve 51. maddeleri gereğince, haksız rekabet eyleminin internet üzerinden gerçekleştirilmiş oluşu da dikkate alınarak değerlendirme yapıldığı gerekçesiyle, davalı ... yönünden davanın kısmen kabulü ile,davalının eylemi Türk Ticaret Kanunu'nun 55/1a-1 maddesi gereğince haksız rekabet olarak görüldüğünden davalının bu haksız rekabetinin durdurulmasına, devamının önlenmesine, internet sitesine erişimin durdurulmasına, taleple bağlı kalınarak 1.000 TL maddi ve takdiren 1.000 TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemlerin reddine, davalı olarak ... yönünden davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ile davalı ... vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekili ile davalı ... vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekili ile davalı ... vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 0,90 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, aşağıda yazılı bakiye 112,30 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalı ...'dan alınmasına, 17/03/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Mahkemece, ibareli internet alan adının kullanılmasının davacı aleyhine haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle haksız rekabetin önlenmesine, internet sitesine erişimin durdurulmasına, maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir.

Haksız rekabet eylemine esas alınan alan adının kullanıldığı web sitesi, davacı tarafın işçi-işveren ilişkilerinden kaynaklanan şikayet ve eleştirilerin yer aldığı internet iletişim ortamıdır. İfade ve eleştiri özgürlüğü sınırları dahilinde kalması kaydıyla herkesin şikayetlerini ortak bir platformda paylaşma hakkı bulunmaktadır.

Dava konusu alan adının toplumda olumsuz bir çağrışım yaratıcı nitelikte olduğu gerekçesi dışında, davalı tarafın kötü niyetli olarak ve sırf davacıya zarar vermek amacıyla yurtiçikargomagdurları ibaresini web sitesinin alan adı olarak kullandığı hususunda mahkemenin bir kabulü de bulunmamaktadır.

Bu bakımdan, davacı tarafın faaliyetlerinin eleştirildiği web sitesinde yurtiçikargomagdurları tanımlamasını içeren alan adı bulunması tek başına haksız rekabet olarak kabul edilemez. Bunun dışında, web sitesinde yer alan içeriklerin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı hakkında mahkemenin temyiz incelemesine konu edilen bir gerekçesi de bulunmadığına göre, ifade ve eleştiri özgürlüğünü engelleyecek şekilde web sitesine erişimin durdurulması suretiyle haksız rekabetin önlenmesi ve tazminata hükmedilmesine ilişkin kararın isabetli olmadığı düşüncesiyle sayın çoğunluk görüşüne muhalifim.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/15427 E.

Merci : Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/15427

Karar No : 2015/5999

Taraflar arasında görülen davada İstanbul Anadolu 1. Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 26/06/2014 tarih ve 2011/272-2014/169 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava konusu meblağ 19.292 TL'nin altında bulunduğundan 6100 sayılı Kanun'un geçici 3/2. maddesi delaletiyle uygulanması gereken HUMK'nın 3156 sayılı Kanun'la değişik 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin reddiyle incelemenin dosya üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dava dosyası için Tetkik Hakimi Fatma Serap İmamgiller tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalıya ait www.ilan...com adlı internet sitesi aracılığıyla davacıya ait www...com internet sitesinin veri tabanı, davacıya ait tasarımlar ve site görselleri ile ilanlar kopyalanmak suretiyle yayınlandığını ileri sürerek; 554 sayılı KHK hükümleri gereği tasarım haklarına tecavüzün, haksız rekabetin, FSEK kapsamında telif haklarına tecavüzün durdurulmasına, men'ine, siteye erişimin engellenmesine, 5.000,00 TL maddi, 5.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflara ait internet sitelerinin farklı görünüme sahip olduğunu, yer sağlayıcısı bulunduğu için kendisine herhangi bir uyarı da yapılmadığından üyelerin siteye koyduğu ilanlar sebebiyle sorumlu olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; davacıya ait 2010/02047 nolu tescilli internet sitesi sayfa tasarımlarından 1 nolu tasarım ile davalıya ait www.ilan...com adlı internet sitesinin ana sayfa yapısının benzerlik gösterdiği, ancak genel görünüm itibariyle olan bu benzerliğin web sitelerinin morfolojik (yapısal) özelliklerinden kaynaklandığı, yapısal ve teknik olarak benzerliğin tasarımların aynı ürün tipine dahil olmalarından kaynaklanan zorunlu bir benzerlik olduğu, davacının 2009/05869 no ile tescilli bulunan ikonların (grafik tasarımlar) davalıya ait sayfa tasarımlarında kullanılmadığı, davacı her ne kadar veri tabanı üzerinde işlenme

eser sahibi olarak hak sahibi olsa da veri tabanı içerisindeki verilere bu hak sahipliğinin genişletilemeyeceği, FSEK madde 6 fıkra 1-b ve 11 gereğince eser üzerindeki korumanın tek tek o eseri oluşturan veri ve materyeller için geçerli olmayacağı, bu suretle davalının internet sitesinde yayınlanan ilanlar için davacının FSEK hükümlerine göre koruma elde etmesinin hukuka uygun olmadığı, davacıya ait "...com" ibaresini taşıyan bir takım ilan ve görsellerin davalıya ait www.ilan...com adlı sitede kullanıldığı, davalının içerik sağlayıcı olması sebebiyle haksız rekabetten sorumlu tutulacağı gerekçesiyle; davanın kısmen kabulüne, davalıya ait www.ilan...com adlı internet sitesinde davacıya ait "..." ibaresini içerir görsellerin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine, davacı tarafa ait "..." ibaresini içeren görsellerin www.ilan...com adlı web sitesinden kaldırılmasına, 2.000,00 TL maddi, 2.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, hükmün ilanına karar verilmiştir.

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının, davalı vekilinin ise aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava; tasarıma tecavüz, FSEK'ten kaynaklanan eser sahipliğine tecavüz, haksız rekabetin tespiti meni, maddi manevi tazminat ile ilan istemine ilişkindir. www.ilan...com web sitesi üzerinde yapılan inceleme sonrasında düzenlenen 05/03/2012 tarihli bilirkişi raporunda; davalıya ait web sitesinin bütün sayfalarının en altında ilanları kontrol etmeden yayınladığı, ilan sorumluluğunun yayınlayan kişiye ait olduğu ve ilanda sakıncalı bir durum olduğunda “şikayet et” kısa yoluyla kendisine bildirilmesi gerektiğini beyan ettiği sitede “Siteye eklediğiniz tüm ilanlar kontrolden geçmeden direk yayınlanmaktadır. 5651 sayılı Yasa kapsamında bu site “yer sağlayıcı”dır, ilgili yasanın 5. maddesine göre: Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Eklenen tüm ilanlardan ilan sahipleri sorumludur. Yasak ve kanunlara aykırı olduğunu düşündüğünüz ilanların kaldırılma talepleri ve ilgili şikayetler için uyar-kaldır prensibiyle “iletişim” sayfasından veya ilan detayında yer alan “şikayet et” bölümünden bize bildirebilirsiniz...” metninin yayınlandığının tespit edildiği belirtilmiştir. 08/04/2014 tarihli bilirkişi raporunda da; davalının “yer sağlayıcı faaliyet belgesi”ne sahip olması karşısında davalının “içerik sağlayıcı” olduğuna dair davacının yeterli delil sunmaması sebebiyle 5651 sayılı Kanun gereği içerikten sorumlu olmayacağı bildirilmiştir. Davalı dava tarihinden sonraki tarihli de olsa yer sağlayıcılığı faaliyet belgesi ibraz etmiş, dava tarihinden itibaren davalının

www.ilan...com alan adı altında gösterdiği faaliyette bir değişikliğin olduğu da ispatlanamamıştır. Bu suretle; 28/07/2011 tarihli tespit raporunda da aksine bir belirleme olmadığı nazara alınarak, davalının içerik sağlayıcı değil, yer sağlayıcı olduğu kabul edilip davalının sorumluluğunun buna göre değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının, davalı vekilinin ise sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte yazılı nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, istek halinde aşağıda yazılı 40,80 TL harcın temyiz eden davacıya iadesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davalıya iadesine, 29/04/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2014/902 E.

Merci : Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/902

Karar No : 2014/11631

Tarih : 17.06.2014

DAVA: Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 2. Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 01.10.2013 tarih ve 2013/51 - 2013/33 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, müvekkilinin yüksek lisans tez çalışmasının ürünü olan "... ..." adlı kitabın, davalı tarafın "www. ... com" isimli internet sitesinde izinsiz ve telif bedeli ödemeksizin yayınlandığını ileri sürerek; tecavüzün tespitine, yayının durdurulmasına, FSEK' nin 68. Maddesi kapsamında 3 kat tazminat talep etme hakkı saklı tutularak, şimdilik 1.000,00 TL maddi ve 10.000,00 TL manevi tazminatın haksız iktibas tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, 5651 sayılı Yasa uyarınca, yer sağlayıcı sıfatına haiz davalının sorumluluğunun bulunmadığını, davacının, hukuka aykırılığı iddia edilen içeriğin çıkartılması hususunda müvekkiline bildirim yapmadığını, müvekkilinin kullanıcılardan ücret almadığını ve dava konusu eserin yayınlanması nedeni ile kazanç sağlamadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davanın kısmen kabulüne, davalının kendisine ait "www. ... com" alan adlı internet sitesinde, davacının "... ..." adlı FSEK kapsamında eser niteliğindeki yüksek lisans tezinin izinsiz olarak yayınlamasının FSEK'nin 25/II maddesi anlamında umuma iletim hakkının ihlali olduğunun tespitine, yayının durdurulmasına ilişkin talebin reddine, maddi tazminat isteminin kabulüne, 1.000,00 TL'nin 17/06/2011 dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, 5.000,00 TL manevi tazminatın 17.06.2011 dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1-) Dava, davacının yüksek lisans tez çalışması olan "... ..." adlı kitabın, davalının yer sağlayıcı olduğu "www. ... com" isimli internet sitesinde izinsiz ve telif bedeli ödemeksizin yayınlandığı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun "Yer Sağlayıcının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesinde "Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanun'un 8. ve 9. Maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür." hükmüne yer verilmiş; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4. Maddesiyle ise "…Dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür…" düzenlemesi getirilmiştir.

Bu suretle, yer sağlayıcı olan davalının hukuki sorumluluğunun 5651 sayılı Kanun hükümleri ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4. Maddesi kapsamında tespit edilmesi gerekirken eksik inceleme ve değerlendirmeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

2-) Bozma sebep ve şekline göre, davacı vekilinin ve davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin ve davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz eden taraflara iadesine, 17.06.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi - 2013/11855 E.

Merci : Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/11855

Karar No : 2014/1986

Tarih : 05.02.2014

DAVA: Taraflar arasında görülen davada İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 07.03.2013 tarih ve 2012/182 - 2013/39 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili ve katılma yoluyla davalı S. K. vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Fatma Karaman Odabaşı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davalının müvekkilinin tanınmış "BOSCH" ibareli markasını alan adı olarak tescil ettirdiğini ve internet sitesinde kullandığını belirterek marka hakkına tecavüzün durdurulmasına, kararın ilanına ve marka haklarına tecavüz nedeniyle 3.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı S. K., markanın tescilli olduğunu bilmeden alan adı olarak aldığını, bu adı satmak için bir site açtığını, sitede hiçbir şekilde BOSCH markasına zarar verecek beyan ya da satış işleminde bulunmadığını, alan adını satmak amacıyla BOSCH bayilerine mail attığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı F... Bilişim vekili, müvekkilinin yer sağlayıcı bir şirket olduğunu ve kendisine husumet yöneltilemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davalı F... Bilişim Çözümleri Ticaret Ltd. Şti.'nin alan adının kullanıldığı sitenin servis sağlayıcısı olduğu, 5651 sayılı Yasa 8. ve 9. maddeleri gereğince salt teknik hizmet servisi vermekten dolayı sorumluluğunun bulunmadığı, diğer davalının ise alan adını tescilli olduğunu bilmeden, adına tescil ettirip BOSCH bayilerine satmak için e-mailler gönderdiğini savunarak ihlali kabul ettiği, 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddeleri gereğince tanınmış markanın ticari amaçla sitede kullanımının marka haklarına tecavüz oluşturduğu, 556 sayılı KHK'nın 62. maddesi kapsamında manevi tazminat talep edilebileceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı F... Bilişim

Çözümleri Ticaret Ltd. Şti aleyhine açılan davanın husumetten reddine, diğer davalı S.K. aleyhine açılan dava yönünden, davacının marka haklarına tecavüzün tespitine ve tecavüzün önlenmesine, "www.b...com" alan adına Türkiye'de erişimin engellenmesine, 1.500 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ve katılma yoluyla davalı S. K. vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekili ve katılma yoluyla davalı S. K. vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekili ve katılma yoluyla davalı S. K. vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 0,90 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, aşağıda yazılı bakiye 76.45 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalı S. K.'den alınmasına, 05.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi - 2015/43589 E.

Merci : Yargıtay 7. Hukuk Dairesi

Esas No : 2015/43589

Karar No : 2016/6048

Tarih : 10.3.2016

* FACEBOOK SİTESİNDEKİ RESİME "ÇOK SADE VE GÜZELSİN" YORUMUNUN İŞ AKDİNİN GEÇERLİ SEBEPLE FESHİ NEDENİ OLUŞTURDUĞU (Davalı Alt İşverende Özel Güvenlik Görevlisi Olarak Çalışan Davacının Asıl İşveren Üniversite Hastanesinde Hemşire Olarak Çalışan İşçiye Yorumu - Cinsel Taciz Boyutuna Ulaşmamakla Birlikte Sataşma Niteliğinde Olup Olayın İşyerine Yansıdığı ve İş Akışının Bozulduğu)

* SOSYAL PAYLAŞIM SİTESİNDE YAPILAN YORUM (Hastane Özel Güvenlik Görevlisinin Hemşire Olarak Çalışan İşçinin Facebook'taki Resmine "Çok Sade ve Güzelsin" Yorumu - Sataşma Niteliğinde Olup Olayın İşyerine Yansıdığı ve İş Akışının Bozulduğu/Haklı Fesih Nedeni Bulunmasa da Fesih İçin Geçerli Bir Nedenin Bulunduğu)

* İŞ AKDİNİN FESHİ İÇİN GEÇERLİ NEDEN (Davalı Alt İşverende Özel Güvenlik Görevlisi Olarak Çalışan Davacının Asıl İşveren Üniversite Hastanesinde Hemşire Olarak Çalışan İşçinin Facebook'taki Bir Resmine Çok Sade ve Güzelsin" Yorumu Yapması - Sataşma Niteliğinde Olup Olayın İşyerine Yansıdığı ve İş Akışını Bozduğu)

* İŞÇİNİN İŞÇİYE SATAŞMASI (Davalı Alt İşverende Özel Güvenlik Görevlisi Olarak Çalışan Davacının Asıl İşveren Üniversite Hastanesinde Hemşire Olarak Çalışan İşçinin Facebook'taki Bir Resmine Çok Sade ve Güzelsin" Yorumu Yapması - Sataşma Niteliğinde Olup Olayın İşyerine Yansıdığı ve İş Akışını Bozduğu/Fesih İçin Geçerli Neden Oluşturduğu)

* SATAŞMA NEDENİYLE İŞ AKDİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ (Davalı Alt İşverende Özel Güvenlik Görevlisi Olarak Çalışan Davacının Asıl İşveren Üniversite Hastanesinde Hemşire Olarak Çalışan İşçinin Facebook'taki Bir Resmine Çok Sade ve Güzelsin" Yorumu Yapması/Olayın İşyerine Yansıdığı ve İş Akışının Bozulduğu - İşe İade Davasının Reddi Gerektiği)

* İŞE İADE TALEBİNİN REDDİ (Davalı Alt İşverende Özel Güvenlik Görevlisi Olarak Çalışan Davacının Asıl İşveren Üniversite Hastanesinde Hemşire Olarak Çalışan İşçinin Facebook'taki

Bir Resmine Çok Sade ve Güzelsin" Yorumu Yapmasının Sataşma Niteliğinde Olduğu/Olayın İşyerine Yansıdığı ve İş Akışının Bozulduğu - İş Akdinin Geçerli Nedenle Feshedildiği)

4857/m. 18, 20/2, 25/II-c

ÖZET: Davacı vekili, davacının hastanenin acil servisinde hemşire olarak çalışanın sosyal paylaşım sitesi olan Facebook'daki bir resmine "... çok sade ve güzelsin" şeklinde yorum yorum yaptığı için hemşirenin şikayeti ile iş akdinin feshedildiğini ve feshin geçerli bir nedeninin bulunmadığını öne sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı alt işveren işçisi olarak çalışan davacının asıl işveren bünyesinde kamu görevlisi olarak çalışan işçiye "Facebook" adlı sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki kabulden de anlaşıldığı üzere arkadaş olarak ekli olmadığı halde ortak arkadaşların olması sebebiyle gördüğü resmini beğenmesi ve "... çok sade ve güzelsin " şeklindeki sözü cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte sataşma niteliğinde olup olayın işyerine yansıdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir nedenin bulunduğunun kabulü gerekmektedir.

Açıklanan sebeple feshin geçerli olduğunun kabulüyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.

DAVA: Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

KARAR: Davacı vekili, davacının hastanenin acil servisinde hemşire olarak çalışan ...'in sosyal paylaşım sitesi olan Facebook'daki bir resmine "... çok sade ve güzelsin" şeklinde yorum yorum yaptığı için ...'nin şikayeti ile iş akdinin feshedildiğini ve feshin geçerli bir nedeninin bulunmadığını öne sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, ...; davanın sadece yüklenici firmaya karşı yürütülmesi gerektiğini savunarak, davalı şirket vekili ise davacının, diğer davalı ... Hastanesine bağlı olarak çalışmakta olan Hemşire ...'ye ait sosyal paylaşım sitesi sayfasında ahlaka ve adaba aykırı yorumlar yaptığını, davacının hakkında yorum yaptığı ve kendisini taciz ettiği hemşire hanımın arkadaşı dahi olmadığını, adı geçen hemşirenin yapılan yorumlardan ve tacizlerden rahatsız olarak şikayette bulunduğunu savunarak davanın reddini talep etmişlerdir.

Mahkemece; dava işe iade istemine dair olup, davacının beraber çalıştığı mesai arkadaşının fotoğrafına internet sosyal paylaşım sitelerinden bir tanesi üzerinden yaptığı "çok sade ve

güzelsin" yorumu üzerine, fotoğrafına yorum yapılan şahsın işverene şikayette bulunduğu ve bu sebeple davacının iş akdinin mesai arkadaşına cinsel tacizde bulunduğu sebebiyle feshedildiği, internet üzerindeki sosyal paylaşım sitelerinde kişilerin fotoğraflarını, yaşadıkları anlarını ve videolarını paylaştıkları ve paylaşım sitesinde bulunan diğer kişiler tarafından da bunların görüldüğü, kişilerin birbirleri hakkında yorumlar yaptıkları beğenide bulundukları tarafların öncesinde de birbirlerini tanıdıkları, dolayısıyla böyle bir paylaşım sitesi üzerinde paylaşılan bir fotoğrafa yapılan yorumun söylenen sözün içeriği de gözönüne alındığında cinsel taciz boyutuna ulaşmadığı, tarafların birbirlerini tanıdığı da gözönüne alındığında en fazla yayınlanan fotoğrafın beğenilmesi olarak ve bir iltifat olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu sebeplerle iş akdinin feshinin haklı veya geçerli bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 Sayılı İş Kanununun 18 vd. maddeleridir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İş Kanununun 18.maddesi bakımından işçinin davranışlarından kaynaklanan sebepler, işçinin aynı Kanunun 25/II.maddesinde öngörülen sebepler niteliğinde ve ağırlığında olmayan işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen, sözleşmeye aykırı davranışlarıdır. İşçinin davranışı ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerinde üretim ve iş ilişkisi süresince herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılamaz.

4857 Sayılı İş Kanununun 20.maddesinin ikinci fıkrasına göre geçerli nedene dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Somut olayda, ... Üniversitesi hastanesinde 2011 yılından beri özel güvenlik görevlisi olarak davalı alt işveren şirket işçisi olarak çalışan davacının iş akdine 20.10.2014 tarihinde " ... Müştekinin hastanede kamu görevlisi olduğu, üniversitenin üst işvereniniz olduğu, sosyal paylaşım sitelerindeki kişisel hesapların kişiye ait özel alan olduğu, müştekiye karşı cinsel tacizde bulunduğunuz tüm soruşturma dosyasında anlaşılmış olup iş akdine 4857 Sayılı Kanun'un 25/II-c (işverenin başka işçisine cinsel tacizde bulunması) maddesi gereği 20.10.2014 tarihinde son verilmiştir" içerikli fesih bildirimi ile son verilmiştir.

12.9.2014 tarihinde ... Üniversitesi Hastanesi Acil Servisinde hemşire olarak görev yapan ..., hastanede güvenlik görevlisi olarak çalışan ismini sonradan öğrendiği davacının Facebook adlı paylaşım sitesinde engelleyemediği bir durumdan dolayı fotoğrafını paylaştığını ve mesajla rahatsızlık verdiğini, şahsın davranışının özel hayatını etkilemiş olduğu ve görevine uygun bir eleman olmadığını belirterek başhekimliğe şikayette bulunmuştur.

Davalı Üniversitenin şikayeti 18.9.2014 tarihinde davalı alt işveren şirkete bildirmesi üzerine 19.9.2014 tarihinde davacıdan savunma vermesi istenilmiş, 22.9.2014 tarihli savunmasında " ben bu suçlamaları kabul etmiyorum, hastanede çalışmakta olan hemşireyi tanımıyorum, ona karşı bir husumetim de yoktur, ben 1 yıldır giriş kapısında görev yapmaktayım, bu olaydan dolayı hemşirenin acilde görev yaptığını öğrendim, Facebook bir paylaşım sitesidir, herkes yorum yapar , benim şifrem kardeşimde de var, böyle bir olaydan haberim yoktur, sabah işe geldiğimde öğrendim " şeklinde beyanda bulunmuştur. Dava dilekçesinde ise ...'nin fotoğrafını beğendiğini ve yorum yaptığını kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Davacının savunması ile dava dilekçesindeki kabulü birbiri ile çelişmekte olduğu gibi yine dava dilekçesindeki açıklamalardan mahkeme kabulünün aksine davacının ... isimli hemşire ile "Facebook" isimli sosyal paylaşım sitesinde arkadaş olmadığı, bu kişinin fotoğrafını ortak arkadaşlarının bulunması sebebiyle görebildiği anlaşılmaktadır.

Davalı alt işveren işçisi olarak çalışan davacının asıl işveren bünyesinde kamu görevlisi olarak çalışan işçiye "Facebook" adlı sosyal paylaşım sitesinde dava dilekçesindeki kabulden de anlaşıldığı üzere arkadaş olarak ekli olmadığı halde ortak arkadaşların olması sebebiyle gördüğü resmini beğenmesi ve "... çok sade ve güzelsin " şeklindeki sözü cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte sataşma niteliğinde olup olayın işyerine yansıdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir nedenin bulunduğunun kabulü gerekmektedir.

Açıklanan sebeple feshin geçerli olduğunun kabulüyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

4857 Sayılı İş Yasasının 20/3.maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1-)Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2-)Davanın REDDİNE,

3-)Karar tarihinde alınması gerekli 29,20 TL harçtan peşin alınan 25,20 TL harcın mahsubu ile bakiye 4,00 TL harcın davacıdan alınarak ...'ye gelir kaydına,

4-)Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalı şirketin yaptığı dosyanın Yargıtay'a geliş dönüş masrafı ve tebligat gideri dahil toplam 38,00 TL yargılama gideri ile davalı Üniversite'nin yapmış olduğu 18,00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalılara ayrı ayrı ödenmesine,

5-)Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ne göre 1.800,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalılara verilmesine,

6-)Artan gider ve delil avansının ilgilisine iadesine,

7-)Peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde davalı ...'ne iadesine, 10.03.2016 oybirliğiyle KESİN olarak karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/2376 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/2376

Karar No : 2014/17153

MAHKEMESİ : Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi

TARİHİ : 27/06/2013

NUMARASI : 2012/611-2013/431

Davacı R.. E.. vekili Avukat A. Ö. tarafından, davalı F.. İ.. aleyhine 03/12/2012 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 27/06/2013 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, açılan davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının sosyal paylaşım sitesi twitter üzerinden "@f._ i." adresli hesabında yazdığı "aynen çavuşesko gibi bir sonun var, bu milleti çıldırttın silaha sarılma ihtiyacımı duyuyor savaşsa savaş bunumu istiyorsun, bu alarm böyle çalacak... çalan ben değilim bilal milal sümmeye mümeyye... onları izleyin, onların alarmı çalsın. Haysiyetsizler... polisin- itin- mitinin varsa gönder, senin beni ölümle tehdit etmen üzerine geldim... sana fazla zaman ayıramam gereksiz birisin...." gibi sözlerle hakarette ve iftiralarda bulunduğunu, bu durumun kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu iddia ederek, uğranılan zararın davalıdan tazminini talep etmiştir.

Davalı, twitter hesabına başkaları tarafından girilerek davacı hakkında kendisinin de katılmadığı sözler yazıldığını, bu nedenle savcılığa suç duyurusunda bulunduğunu beyanla, davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, dava konusu sözlerin hakaret teşkil ettiğinin kabulüne ancak teknik olarak davalıya ait olduğunun ispatı mümkün olmadığından ve davalı taraf inkar ettiğinden şüphe sebebi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davaya konu olayda; her ne kadar davalı tarafça söz konusu hesabın başkaları tarafından ele geçirilerek davaya konu sözlerin yazıldığı belirtilmişse de mahkemece bu sözlerin gönderildiği twitter adresinin ve kullanıcısının ilgili internet servis sağlayıcısından da sorularak araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. Belirtilen hesabın kaynağından herhangi bir araştırma yapılmaksızın eksik ve yetersiz inceleme ile davanın reddine dair hüküm kurulması usul ve yasaya uygun olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 15/12/2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2014/7834 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/7834

Karar No : 2014/11797

Tarih : 16.09.2014

DAVA: Davacı Fetullah Gülen vekili tarafından, davalılar H. S. Y. vd. aleyhine 31.1.2013 gününde verilen dilekçeyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 18.2.2014 tarihli kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan raporla dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

KARAR: Dava, kişilik haklarına saldırı sebebiyle uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı asıl davada, "www.odatv.com" adlı internet sitesinde yer alan "Gülen'in bu açıklamaları çok tartışılacak 'el de öpülür etek de'"; birleşen davada, yine aynı sitede yer alan "kitap telifiyle yaşıyormuş! İnanalım mı" başlıklı yazılar ve bu yazılara yapılan yorumlarla kişilik haklarına saldırıldığını belirterek uğramış olduğu manevi zararının 5651 Sayılı Kanunun 4. maddesine göre içerik sağlayıcı olan davalılar tarafından tazmin edilmesini istemiştir.

Davalılar, 5651 Sayılı Yasa'da internet ortamında yapılan yayınlardan kimlerin sorumlu olduğunun sınırlı bir biçimde düzenlendiğini, kendilerinin bu kişiler arasında yer almamaları sebebiyle davanın husumet sebebiyle reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece; davaya konu yazılarda davacının kişilik haklarına her hangi bir saldırının bulunmadığı, yazılara yapılan yorumlarda ise davacının kişilik haklarına saldırıların mevcut olduğu tespit edilmiş, davalıların 5651 Sayılı Yasa'ya göre internet ortamında yapılan yayınlardan sorumlu olduğu belirtilen içerik sağlayıcısı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcı olmamaları sebebiyle asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgelerle özellikle "www.odatv.com" adlı internet sitesinin künyesine dair belgenin incelenmesinden; 5651 Sayılı Kanun madde 3'e göre içerik sağlayıcının

Kanunun emredici hükmüne rağmen belirtilmediği, ortam paylaşanların ayrıca içerik sağlayanı araştırmakla yükümlü olmadığı 5651 Sayılı Kanun'un madde 4'e göre içerik sağlayanın salt kullanıma sunmakla kusursuz sorumluluk türüyle sorumlu olduğu, künye bilgilerine göre imtiyaz sağlayanın davalı H. S. Y. olduğu, böylece ortamı kullanıma sunanın da davalı H. S. Y. olduğu, bu durumda H. S. Y.'ın 4. madde kapsamında kusursuz sorumlulukla sorumlu olacağı açıktır. Diğer davalı B. P.'ın ise sorumluluğunun türünün sitedeki yetkilerine göre belirlenmesi gerektiği açıktır. Şu durumda davanın esastan çözümlenmesi gerekli iken yazılı gerekçeyle davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiş; hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarda gösterilen sebeple BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istenmesi halinde iadesine, 16.9.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/18163 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/18163

Karar No : 2014/12640

Tarih : 30.09.2014

DAVA: Davacı Sascha K. vekili tarafından, davalı Ekşi Teknoloji ve Bilişim A.Ş aleyhine 13.2.2012 gününde verilen dilekçeyle kişilik haklarının ihlaline dayalı manevi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın reddine dair verilen 27.6.2013 tarihli kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 30.9.2014 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacı vekili ile karşı taraftan davalı vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan raporla dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: Dava, kişilik haklarının ihlaline dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, 1 Eylül 2007-16 Haziran 2011 tarihleri arasında Hilton grubunun İstanbul şubesinde otel müdürü olarak görev yaptığını, davalı şirketle Hilton İstanbul arasında imzalanan 31.1.2010 tarihli organizasyon sözleşmesi uyarınca, Hilton oteli bünyesinde yer alan iki katlı salonun 12.2.2011 gecesi için davalı şirkete tahsis edildiğini ve etkinlik alanının 12.2.2011 günü saat 15:30'da davalı şirkete teslim edildiğini, etkinlik sonrası davalı şirkete ait www.eksisozluk.com isimli internet sitesinde davacının ve otelin haksız, temelsiz ve ölçüsüz suçlama ve saldırılara maruz kaldığını, dalga geçildiğini, şoven, faşist, nazi denildiğini belirterek manevi zararının tazminini istemiştir.

Davalı, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalının yer sağlayıcı olup, sorumluluğunun 5651 sayılı kanunla belirlendiği, hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde, içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olduğu, davaya konu yazıların yazarlarının kimlikleri tespit edilemediği, yer sağlayıcı davalının yazılar sebebiyle sorumluluğunun bulunmadığı şeklindeki gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10.10.2013 tarihli Delfi As - Estonya kararında da belirtildiği üzere, kullanıcıların isim dahi belirtmeksizin siteye üye olup yorum yapabildiği durumlarda mağdurdan bu kişileri tespitini istemenin hakkaniyete uygun olmadığı, sitedeki yorumlardan dolayı site sahibi şirketin sorumluluğuna gitmenin pratik ve makul olduğu ve hukuken sorumlu tutulmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceği belirtilmiştir.

Dosya kapsamından davacı hakkında davalı şirketin sahibi olduğu sitede 2011 yılı şubat ayından itibaren saldırgan ve aşağılayıcı ifadeler kullanıldığı, 28.2.2011 tarihli ihtarnameyle davacının çalıştığı şirket adıyla davacının da ismi belirtilerek ve onun hakkında da geçerli olacak şekilde uyarıda bulunulduğu, buna rağmen uyar-kaldır sisteminin işletilmediği ve uzun bir süre yayına devam edildiği, makul süre ilkesinin de aşıldığı, ayrıca site sahibi olan davalının yorumların içeriğini denetleme yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır. Zira zararı doğuran saldırı eyleminin gerçekleşmesi elverişli ortamı hazırlayan-kullanıma sunan site sahibidir. Ayrıca bu tür durumlarda site sahibinin sorumluluğunun türü kusursuz sorumluluktur. Şu durumda, davacının kişilik haklarının ihlal edildiği benimsenerek uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yanılgıya dayalı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarda açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA** ve davacı yararına takdir olunan 1.100,00 TL duruşma avukatlık ücretinin davalıya yükletilmesine, davacıdan peşin alınan harcın istenmesi halinde iadesine, 30.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/12487 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/12487

Karar No : 2013/14479

Tarih : 18.09.2013

DAVA: Davacı M. vekili tarafından, davalı M. aleyhine 26/03/2012 gününde verilen dilekçe ile tespit ve yayının durdurulması istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 27/11/2012 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı M. tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, internet yoluyla yapılan yayının kaldırılması, saldırının hukuka aykırılığının tespiti ve durdurulması, aynı sitede aynı sayfadan duyurulması istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

23/05/2007 tarihinde yürürlüğe giren İnternet ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1,2,3 ve 4 numaralı bentlerinde, yayın içeriği nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi ya da kişilerin hangi usullerle ve hangi mercilere yayın durdurma talebinde bulunacakları aşamalarla belirlenmiş; belirlenen makam ve merciler arasında sadece yayına içerik sağlayıcısı ve yer sağlayıcısı ile sonraki aşamada Sulh Ceza Mahkemeleri görevli kılınmıştır.

5651 sayılı Yasanın 9/1-2 maddesinde davaya konu eylemi de kapsayacak şekilde; içerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişinin, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebileceği, içerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getireceği, bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılacağı, talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişinin onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebileceği, sulh ceza hâkiminin bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın

karara bağlayacağı, sulh ceza hakiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebileceğinin belirtilmesi karşısında, internet üzerinden yapılan yayınların durdurulmasına ve sayfanın kaldırılmasına yönelik istemlerde açıkça sulh ceza mahkemeleri görevli kılınmıştır. Şu halde, Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun bulunmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 18.09.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Dava; internet yoluyla kişilik haklarına saldırı nedenine dayalı yayın durdurma istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

5651 sayılı yasanın çıkarılış amacı internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

5651 sayılı yasanın 8. maddesi internet ortamında yapılan ve içeriği suç oluşturan yayınlarla ilgili erişimin engellemesini düzenlemiş olup bu suçlar ise maddede tek tek sıralanmıştır.

Aynı yasanın 9. maddesinde ise içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin önce içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına müracaat etmesi gerektiği, iki gün içerisinde talebi yerine getirilmez ise 15 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir.

Diğer yandan MK'nun 24. maddesine göre "hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir."

MK 25 "Davacı hakimden, saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, son ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir" hükümleri getirmiştir.

Öğretide belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa sorun da yoktur.

Davacı dilerse 5651 sayılı kanun gereğince Sulh Ceza Mahkemesine müracaat edebileceği gibi dilerse MK hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesine başvurabilecektir.

Kaldı ki 5651 sayılı yasada belirlenen 15 günlük hakdüşürücü süreyi kaçıran davacının her zaman genel hükümlere göre mahkemeye dava açması da mümkündür.

Açıklanan nedenlerle dairemizin bozma kararına katılmıyorum.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2013/7417 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/7417

Karar No : 2013/10004

Tarih : 27.05.2013

DAVA: Davacı T.C. Ziraat Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğü vekili tarafından, davalı B. Ç. vd. aleyhine 12.10.2012 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; ihtiyati tedbir talebinin reddine dair verilen 18.02.2013 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, kişilik haklarına saldırıya dayalı manevi tazminat ve ihtiyati tedbir istemlerine ilişkin olup, mahkemece 18.02.2013 tarihli ara karar ile tedbir talebinin reddine karar verilmiş, anılan hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı B. Ç.'in "www.muhalifgazete.com" isimli internet sitesinde "Ziraat Bankası'nda sular durulmuyor" başlığı ile kaleme aldığı yazı kişilik haklarına saldırılıdığını belirterek uğradığı manevi zararının davalılar tarafından tazminini ve hukuka aykırı yayının kaldırılması, durdurulması ve önlenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece 18.02.2013 tarihli ara karar ile davanın halen derdest olması, ihtiyati tedbir talebinin de davanın esasını çözecek mahiyette olması sebebi ile tedbir talebinin reddine karar vermiştir.

Uyuşmazlık, internet sitesinde kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayının tedbir yoluyla içerikten çıkarılması isteminin tek başına ya da tazminat istemiyle birlikte talep edilmesi halinde genel yetkili mahkemece değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

23/05/2007 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkında kanun'un 1. maddesinde; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usullerin düzenlendiği,

Aynı Yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasında; İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır. dendiği, İkinci fıkrasında ise, Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. şeklinde düzenlemeye yer verildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde; Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği, 25. maddesinde; Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceği, davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabileceği düzenlenmiştir.

5651 sayılı yasa, internet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 sayılı Medeni Kanuna göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya ilişkin görev yönünden özel bir düzenleme de içermektedir.

Şu halde, 5651 sayılı yasadaki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, internet sitesindeki yayının kaldırılmasına yönelik ihtiyati tedbir talebi yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin esası hakkında karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 27.05.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY: Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/13534 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/13534

Karar No : 2013/9321

Tarih : 21.05.2013

DAVA: Davacı E. D. vekili tarafından, davalı DK Gazetecilik A.Ş. aleyhine 09/08/2011 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın reddine dair verilen 29/03/2012 günlü kararın Yargıtay'da duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 21/05/2013 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacı vekili ile karşı taraftan davalı vekili geldiler. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davacının diğer temyiz itirazına gelince; dava, internet yoluyla yapılan yayının kaldırılması, hüküm özetinin yayımlanması ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

23/05/2007 tarihinde yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'un 9. maddesinin 1,2,3 ve 4 numaralı bentlerinde, yayın içeriği nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi ya da kişilerin hangi usullerle ve hangi mercilere yayın durdurma talebinde bulunacakları aşamalarla belirlenmiş; belirlenen makam ve merciler arasında sadece içerik sağlayıcısı ve yer sağlayıcısı ile sonraki aşamada Sulh Ceza Mahkemeleri görevli kılınmıştır.

5651 sayılı Yasanın 9/1-2 maddesinde davaya konu eylemi de kapsayacak şekilde; içerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişinin, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki

kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebileceği, içerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getireceği, bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılacağı, talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişinin onbeş gün içinde yerleşim yeri Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebileceği, Sulh Ceza Hâkiminin bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlayacağı, Sulh Ceza Hâkimi'nin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebileceğinin belirtilmesi karşısında, internet üzerinden yapılan yayınların durdurulmasına yönelik istemlerde açıkça Sulh Ceza Mahkemeleri görevli kılınmıştır. Şu halde, yayının nihai olarak durdurulması istemi yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekir. Karar, açıklanan nedenle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenle BOZULMASINA, davacının diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte açıklanan nedenle reddine ve temyiz eden davacı yararına takdir olunan 990,00 TL duruşma avuklık ücretinin davalıya yükletilmesine, peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 21.05.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Dava; internet yoluyla kişilik haklarına saldırı nedenine dayalı yayın durdurma istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş karar davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

5651 sayılı Yasanın çıkarılış amacı internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

5651 sayılı Yasanın 8. maddesi internet ortamında yapılan ve içeriği suç oluşturan yayınlarla ilgili erişimin engellemesini düzenlemiş olup bu suçlar ise maddede tek tek sıralanmıştır.

Aynı Yasanın 9. maddesinde ise içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin önce içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına müracaat etmesi gerektiği, iki gün içerisinde talebi yerine getirilmez ise 15 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir.

Diğer yandan MK'nun 24. maddesine göre "hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir."

MK 25 "Davacı hakimden, saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir" hükümleri getirmiştir.

Öğretide belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa sorun da yoktur.

Davacı dilerse 5651 sayılı Kanun gereğince Sulh Ceza Mahkemesine müracaat edebileceği gibi dilerse MK. hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesine başvurabilecektir.

Kaldı ki 5651 sayılı Yasada belirlenen 15 günlük hakdüşürücü süreyi kaçıran davacının her zaman genel hükümlere göre mahkemeye dava açması da mümkündür.

Açıklanan nedenlerle dairemizin bozma kararına katılmıyorum.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/6581 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/6581

Karar No : 2012/10331

Tarih : 13.06.2012

ÖZET: 5651 SAYILI YASADAKI ÖZEL DÜZENLEME GÖZETILDIĞINDE BU KONUDA GÖREVLI MAHKEMENIN SULH CEZA MAHKEMESI OLDUĞU ANLAŞILMAKTADIR. YEREL MAHKEMECE GÖREVSIZLIK KARARI VERILMESI GEREKIRKEN YAZILI ŞEKILDE KARAR VERILMIŞ OLMASI DOĞRU DEĞILDIR. BU NEDENLE KARARIN BOZULMASI GEREKMIŞTIR.

DAVA: Davacı O. K. vekili tarafından, davalı A. D. vd. aleyhine verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; ihtiyati tedbir isteminin reddine dair verilen kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: Davacı, internet sitesindeki yayın nedeniyle kişilik haklarının zarara uğradığını belirterek, sitedeki yayının tedbir yoluyla içerikten çıkarılmasını ve uğradığı manevi zararın ödetilmesini istemiştir.

Davalı, haksız ve yersiz açılan tedbir istemli davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, 13/12/2012 tensip kararıyla henüz deliller toplanmadığından ve uyuşmazlığın esası hakkında verilecek sonuca tedbir kararı ile ulaşılamayacağından "tedbir yoluyla yayından çıkarılması" isteminin reddine karar verilmiş, karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, internet sitesinde kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayının tedbir yoluyla içerikten çıkarılması isteminin tek başına ya da tazminat istemiyle birlikte talep edilmesi halinde genel yetkili mahkemece değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

23/05/2007 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı "İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkında kanun"? un 1. maddesinde; "içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve

toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usullerin" düzenlendiği,

Aynı yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasında; "İçerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır." dendiği, İkinci fıkrasında ise; Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hakiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir." şeklinde düzenlemeye yer verildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde; "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği", 25. maddesinde; "Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceği, davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabileceği " düzenlenmiştir.

5651 sayılı yasa, internet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 sayılı Medeni Kanuna göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya ilişkin görev yönünden mahsus bir düzenleme de içermektedir.

Şu halde, 5651 sayılı yasadaki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Yerel Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 13.06.2012 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/2045 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/2045

Karar No : 2013/1218

Tarih : 29.01.2013

DAVA: Davacı Çelik Enerji Tersane ve Ulaşım Sanayi A.Ş. vd. vekili tarafından, davalı H. Y. vd. aleyhine 12.7.2010 gününde verilen dilekçeyle 5651 Sayılı Yasayla internet yayının tedbiren kaldırılması ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda, davanın reddine dair verilen 31.3.2012 tarihli kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: 1-)Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-)Davacıların diğer temyiz itirazına gelince;

Davacılar, adlı internet sitesinin içerik sağlayıcısının ve internet sitesinde yazı yazanı dava ederek internet sitesindeki yayın sebebiyle kişilik haklarının zarara uğradığını belirtip, sitedeki yayının tedbir yoluyla içerikten çıkarılmasını, yayının hukuka aykırı olduğunun tespitini, tecavüzün önlenmesini ve uğradığı manevi zararın ödetilmesini istemiştir. Davalı, haksız ve yersiz açılan tedbir istemli davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, yayının düşünce özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek istemin reddine dair verilen karar, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, internet sitesinde kişilik haklarına saldırı teşkil eden yayının tedbir yoluyla içerikten çıkarılması isteminin tek başına yada tazminat istemiyle birlikte talep edilmesi durumunda bu istemin genel yetkili mahkemece değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

23.5.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5651 Sayılı İnternet ortamından yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi

hakkında kanunun 1. maddesinde; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye dair esas ve usullerin düzenlendiği,

Aynı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında; İçerik sebebiyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine dair içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir.Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır. dendiği, İkinci fıkrasında ise; Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir.Sulh ceza hakimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karar bağlar.Sulh ceza hakiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. şeklinde düzenlemeye yer verildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. Maddesinde; Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği, aynı Kanunun 25. maddesinde de; Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceği, davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabileceği düzenlenmiştir.

5651 Sayılı Yasa, internet ortamındaki yayınlar sebebiyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 Sayılı Medeni Yasaya göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya dair görev yönünden özel bir düzenleme de içermektedir.

Şu halde, 5651 Sayılı Kanunun özel düzenleme gözetildiğinde davacının tedbir nitelikli istemleri yönünden görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece açıklanan sebeplerle tedbir istemleri yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarda (2) sayılı bentte gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA**, davacıların diğer temyiz itirazlarının (1) sayılı bentte açıklanan sebeplerle

reddine ve peşin alınan harcın istenmesi halinde iadesine, 29.01.2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğundan sayın çoğunluğun (2) sayılı bentteki bozma kararına katılmıyoruz.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2012/944 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/944

Karar No : 2013/2132

Tarih : 11.02.2013

DAVA: Davacı F. Ö. tarafından, davalılar D... Haber Ajansı Yay. ve Tanıtım Tic. A.Ş. vdl. aleyhine 16.3.2011 gününde verilen dilekçeyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 6.10.2011 tarihli kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan raporla dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: 1-)Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalılardan D... Haber Ajansı A.Ş, Z. Ç., T. T. ve E. Ç.'ın temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-)Davalılardan N. Ç.'ın temyiz itirazlarına gelince;

Dava yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm; davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, 24.3.2010 ve 25.3.2010 tarihlerinde "www.yuksekovahaber.com" ve "www.gunlukgazetesi.net" isimli internet sitelerinde yapılan yayınlarla yürütmediği bir soruşturma sebebiyle ismi açıklanarak asılsız haber yapıldığını, aynı haberin ... Haber Ajansının internet sitesinde de bir kaç kez verildiğini, oysa tayininin çıkması sebebiyle 24.2.2010 tarihinde Yüksekova'dan ayrılmış olduğunu, yapılan yayınların kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalılar davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece, yapılan yayınların davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesi uyarınca içerik sağlayıcı, internet

ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olup, "www.yuksekovahaber.com" isimli internet sitesinin imtiyaz sahibi N. Ç.'ın yayından sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple N. Ç. hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, onun yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarda 2 numaralı bentte gösterilen sebeple davalılardan N. Ç. yararına **BOZULMASINA**, diğer davalıların temyiz itirazlarının ilk bentte gösterilen sebeplerle reddine, bozma nedenine göre davalılardan N. Ç.'ın diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davalılardan N. Ç.'dan peşin alınan harcın istenmesi halinde iadesine, 11.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2011/2042 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/2042

Karar No : 2011/8051

Tarih : 07.07.2011

ÖZET: DAVA, KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARIN TAZMİNİ VE YAYIN TALEBİNE İLİŞKİNDİR.

DAVA: Davacı Ö. F. E. vekili tarafından, davalı C. G. ve Ü. Ç. aleyhine 26/09/2008 gününde verilen dilekçe ile kişilik haklarına saldırı nedeniyle tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 30/09/2010 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, kişilik haklarına saldırı nedeniyle uğranılan zararın tazmini ve yayın talebine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş kararı davalılar temyiz etmişlerdir.

Davacı, "www.a..com" adlı internet sitesindeki yayınla kişilik haklarına saldırıldığı için manevi tazminat ve hüküm özetinin yayınlanmasını istemiştir.

Davalılar, yayının gerçek olduğunu, yazı içeriği ve fotoğraflara birçok yayın organında yer verildiğini ve yayınının hukuka uygun olduğunu savunmuşlardır.

Yerel mahkeme, tarafsız haber verme amacı dışına çıkıldığı hukuka aykırı yoldan elde edilen özel hayata ilişkin fotoğrafların yayınlanarak kişilik haklarına saldırıldığı gerekçesiyle davayı kısmen kabul etmiştir.

Yayın, internet ortamında yapılmış olduğundan; 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" hükümlerine göre davalıların sorumlulukları irdelenmelidir. Ayrıca aynı yayında ismi geçen P. Ö. tarafından yapılan şikayet üzerine Ankara 25. Asliye Ceza mahkemesi'nin 2009/1108 Esas sayılı dosyasında ceza davasının görüldüğü de anlaşılmaktadır. Şu durumda yerel mahkemece, anılan yasa hükümleri ve ceza davasının sonucunun da değerlendirilmesi ve

varılacak kanaate göre bir hüküm kurulması gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak verilen kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davalılar yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer yönlerin şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 07.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2009/14941 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2009/14941

Karar No : 2010/189

Tarih : 18.01.2010

DAVA: Davacı Simon Ç. tarafından, davalı Mardik Z. aleyhine 17/02/2009 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın husumet nedeniyle reddine dair verilen 01/10/2009 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, elektronik ortama gönderilen yazı ile kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi isteğine ilişkindir. Yerel mahkemece istem, pasif husumet yokluğu nedeniyle reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı tarafından yerel bir gazetede yazılmış olan yazı ile dava dışı Luiz B. isimli kişiye yönelen açıklama ve eleştirilerde bulunulmuştur. Davacı tarafından yapılan bu eleştirilerin haksız olduğunu düşünen davalı, Luiz B.'ın elektronik posta ortamındaki kişisel adresine bir yazı göndererek, davacının eleştirilerinin haksız olduğu yönündeki görüşlerini açıklamıştır. Luiz B., kişisel elektronik adresine davalı tarafından gönderilmiş olan bu yazıyı kamuya açık ve ilgi duyup üye olmak isteyen herkesin üye olabildiği internet yolu ile ulaşılabilen bir elektronik posta ortamına göndermiştir. Böylece davalı tarafından davacı hedef alınarak hazırlanmış olan yazı, elektronik posta yolu ile açıklık kazanmıştır. Davacı da bu yolla yazıdan haberdar olarak eldeki davayı açmıştır.

Dava konusu yazının davalı tarafından yazılmış olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu yazıyı sadece Luiz B. isimli kişiye göndermiş olsa da davacı, yazı içeriğinden sorumludur. Aynı yazının davalının bilgisi dışında başkalarının bilgisine sunularak açıklık kazandırılmış olması, davalının eylemine katılarak sonucun ağırlaşmasına yol açanların da sorumluğunu gerektirir. Ancak, bu durum davalının sorumluluğunu kaldırmaz. Davalının eylemi, yazının ilk yazıldığı anda tamamlanmış olup davalı, bunun yaratacağı tüm sonuçlardan sorumludur. Kaldı ki

elektronik ortamın giderek yaygınlaşması, kullanım kolaylığı gibi unsurlar gözetildiğinde davalının bu sonucu öngöremeyeceği de söylenemez.

Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, işin esasının incelenip yazı içeriğinde davacının kişilik değerlerine zarar veren hukuka aykırı bir yön bulunup bulunmadığı değerlendirildikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle istemin tümden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 18.01.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2009/8571 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2009/8571

Karar No : 2009/9921

Tarih : 15.09.2009

ÖZET: DAVACI, DAVA VE CEVABA CEVAP DİLEKÇESİNDE DAVANIN ÖZEL HUKUKA DAYALI OLDUĞUNU VE KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERE GÖRE AÇILDIĞINI VE DAVALILARIN EYLEMİNİN HAKSIZ EYLEM NİTELİĞİNDE OLDUĞUNU BELİRTMİŞTİR.

DAVA: Davacı O. G. vekili Avukat F. A. tarafından, davalı E. Teknoloji ve Bilişim Ltd. Şti ve H. A. aleyhine 31/10/2008 gününde verilen dilekçe ile internet sitesindeki yayınların hukuka aykırılığının tespiti, düzeltilmesi ve üçüncü kişilere duyurulmasının istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; mahkemenin görevsizliğine dair verilen 26/02/2009 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, davalı tarafa ait internet sitesinde, davacının kişilik haklarına saldırılması nedeniyle, yayınların hukuka aykırılığının tespiti, düzeltilmesi ve üçüncü kişilere duyurulması istemine ilişkindir. Yerel mahkemece mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesi reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalı tarafa ait internet sitesinde 02/10/2008 ile 03/10/2008 günleri arasında yapılan yorumlarla kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek yayınların hukuka aykırılığının tespiti ile düzeltilmesine ve üçüncü kişilere duyurulmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı taraf 23/05/2007 günü yürürlüğe giren 5651 sayılı Yasa'nın internet alanına ilişkin özel düzenlemeler içeren bir yasa olduğunu, bu nedenle olayda genel hükümler yerine bu yasanın uygulanması gerektiğini, davacının 5651 sayılı Yasa'nın 9. maddesine uygun biçimde başvuruda bulunmadığını, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasına yönelik istemin Sulh Ceza Mahkemesinden alınması gerektiğinden görev itirazında bulunmuştur.

Yerel mahkeme 5651 sayılı Yasa'nın 9. maddesi gereğince yayından çıkarma ve cevaba ilişkin istemlerin içerik sağlayıcısı veya olmazsa yer sağlayıcısına başvurularak yerine getirilmesinin istenebileceği, istemin reddedilmiş sayılması durumunda kişinin yerleşim yeri Sulh Ceza Mahkemesine başvurması gerektiği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliği yönünde karar vermiştir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Yasa 25.05.2007 günü yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. Yerel mahkeme gerekçesinde yer alan 9. maddede ise "içeriğin yayından çıkartılması ve cevap hakkı" düzenlenmiştir.

Davacı, dava ve cevaba cevap dilekçesinde davanın özel hukuka dayalı olduğunu ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelere göre açıldığını ve davalıların eyleminin haksız eylem niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

Medeni Yasa'nın 25. maddesinde kişilik hakkının korunması için açılacak davalara yer verilmiştir. Buna göre davacı, yargıçtan saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini ve bu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını isteyebilir. Bu tür istemlerle açılan davaların görülme yeri de genel mahkemelerdir. Şu durumda davacı istemi gözetilerek işin esasının incelenerek varılacak sonuca göre karar vermesi gerekirken yerinde olmayan hukuki niteleme ile görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davacı yararına BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 15.09.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi - 2008/5680 E.

Merci : Yargıtay 4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2008/5680

Karar No : 2009/8388

Tarih : 22.06.2009

ÖZET: DAVA KONUSU YAZILARIN YER ALDIĞI İNTERNET SİTESİ İLE DAVALI R. K. ARASINDAKİ İLİŞKİ ANLAŞILAMAMAKTADIR. SORUNUN ÇÖZÜMÜNDE, 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA YASA'DA YER ALAN DÜZENLEMELER GÖZ ÖNÜNDE TUTULMALIDIR.

DAVA: Davacı A. O. vekili Avukat K.Ka. tarafından, davalı R. K. aleyhine 13.04.2007 gününde verilen dilekçe ile hukuka aykırılığın tespiti, önlenmesi ve manevi tazminata hükmedilmesinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 14.02.2008 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü:

KARAR: Dava, internet yolu ile kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece, davanın içerik sağlayıcısı hakkında değil, yayını yapan kişi aleyhinde açılması gerektiği gerekçesiyle istem reddedilmiş; karar, davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Dava konusu edilen yazıların www.superpoligon.com isimli sitede yer aldığı ve davalı R. K.'ın internet sitesinin hazırlayıcısı olduğu ileri sürülmüştür.

Davalı ise, internet sitesinin imtiyaz sahibi olduğunu savunmuştur.

Dosya kapsamından, dava konusu yazıların yer aldığı internet sitesi ile davalı R. K. arasındaki ilişki anlaşılamamaktadır. Sorunun çözümünde, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Yasa'da yer alan düzenlemeler göz önünde tutulmalıdır. Şu durumda, bu konuda uzman bilirkişi görüşü de alınmak suretiyle davalının, sözü edilen Yasa'da tanımları yapılan ve sorumluluk koşulları da düzenlenmiş bulunan içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcı konumunda

bulunup bulunmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Yerel mahkemece açıklanan yönde bir araştırma ve inceleme yapılmadan, yerinde olmayan gerekçeyle, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine, 22.06.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum.

Yargıtay 18. Ceza Dairesi - 2015/10377 E.

Merci : Yargıtay 18. Ceza Dairesi

Esas No : 2015/10377

Karar No : 2015/12777

ÖZET: Twitter üzerinden hakaret içeren bir tweet'in retweet edilmesi sebebiyle yapılan yargılama sonunda yere mahkemece beraat kararı verilmesi sebebiyle inceleme yapılmıştır. Yargıtay 18. Ceza Dairesi verdiği kararlar bu beraat hükmünü "sanığın mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi" sebebiyle bozmuştur. Yani beraat kararının hukuka uygun olmadığını retweet yapılan hesabın kişinin kendi hesabın kişiye ait olması sebebiyle ceza alması gerektiğini bildirmiştir.

MAHKEMESİ :Sulh Ceza Mahkemesi

SUÇ : Hakaret

HÜKÜMLER : Beraat, mahkumiyet

Yerel Mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle, başvuruların süresi ve kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Temyiz isteklerinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede,

Katılanlar hakkındaki hakaret içeren sözlerin, sanığın kendi twitter hesabından atılması ve hayatın olağan akışına uygun düşmeyen sanık savunması karşısında, tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir.

1- Sanık …'e yükletilen hakaret eylemiyle ulaşılan çözümü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu eylemin sanık tarafından işlendiğinin Kanuna uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, Eylemin doğru olarak nitelendirildiği ve Kanunda öngörülen suç tipine uyduğu,

Hakaret eyleminin, dönemin Adana Valisi olan katılan …'un görevinden dolayı gerçekleştirildiği anlaşılmasına rağmen, TCK'nın 125/3-a maddesine göre uygulama yapılması gerektiği düşünülmemiş ise de, karşı temyiz bulunmadığından bozma yapılamayacağı,

Anlaşıldığından, sanık … müdafiinin ileri sürdüğü nedenler ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görülmemiş olmakla, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKMÜN ONANMASINA,

2- Sanık … hakkında kurulan hükmün temyizine gelince; Başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Sanığın, twitter adlı sosyal paylaşım sitesinde diğer sanık tarafından paylaşılan tweeti retweetlediğinin, kendi ikrarı ile de sabit olması karşısında, kamu görevlisine görevinden dolayı zincirleme şekilde hakaret suçunun unsurları itibariyle oluştuğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi,

Kanuna aykırı, katılanlar … ve … vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden, **HÜKMÜN BOZULMASINA**, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 07/12/2015 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

Yargıtay 13. Ceza Dairesi - 2011/26435 E.

Merci : Yargıtay 13. Ceza Dairesi

Esas No : 2011/26435

Karar No : 2013/1955

Tarih : 30.01.2013

• **İNTERNET ÜZERİNDEN MÜŞTEKİNİN RIZASI DIŞINDA KONTÖR TRANSFER ETMEK** (İnternet Üzerinden Girdiği Şifre İle Müştekinin GSM Numarasından Rızası Dışında Kontör Transfer Etmek - 5237 S.K. Md.244/4'ye Yer Alan Suçun Oluşacağı)

• **SİSTEMİ ENGELLEME BOZMA VERİLERİ YOK ETME VEYA DEĞİŞTİRME** (İnternet Üzerinden Girdiği Şifre İle Müştekinin GSM Numarasından Rızası Dışında Kontör Transfer Etmek - 5237 S.K. Md.244/4'ye Yer Alan Suçun Oluşacağı)

• **MÜŞTEKİNİN RIZASI DIŞINDA KONTÖR TRANSFER ETMEK** (İnternet Üzerinden Girdiği Şifre İle Müştekinin GSM Numarasından Rızası Dışında Kontör Transfer Etmek - 5237 S.K. Md.244/4'ye Yer Alan Suçun Oluştuğu)

5237/m.244

ÖZET: Suç tarihinde sanığın internet üzerinden girdiği şifre ile müştekinin GSM numarasından başka bir GSM numarasına, oradan da yine şifre vasıtasıyla kendi numarasına müştekinin bilgisi ve rızası dışında kontör transferi yapma şeklinde gerçekleşen eyleminin sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme 5237 Sayılı TCK'nın Md. 244/4'te yer alan suçun oluştuğu gözetilmelidir.

DAVA: Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

KARAR: Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve hakimin takdirine göre; suçun sanık tarafından işlendiğini kabulde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı anlaşılmış, diğer temyiz itirazları da yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Suç tarihinde sanığın internet üzerinden girdiği şifre ile müştekinin GSM numarasından başka bir GSM numarasına, oradan da yine şifre vasıtasıyla kendi numarasına müştekinin bilgisi ve rızası dışında kontör transferi yapma şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 244/4. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

SONUÇ: Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazı bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye uygun olarak BOZULMASINA, 30.01.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.11.2009 tarih ve 2009/11-193 esas ve 2009/268 karar sayılı kararında ayrıntısı ile açıklandığı üzere; "Veri" Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin 1. maddesinde "bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dahil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgiyi ifade eder", 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde ise "bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bilişim alanında suçlar bölümünde yer alan TCK'nın 243 ve 244. maddeler ile bilişim sistemi ve sistemin işleyişine yönelik saldırıların önlenmesi amaçlanmış olup, sistemin soyut unsurlarına karşı işlenen zarar verici fiiller yaptırım altına alınmıştır.

TCK'nın 244. maddenin 4. fıkrasında yer alan; "Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde..." biçimdeki ifadeden bu fıkradaki düzenlemenin tali norm niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, bilişim sistemleri aracılığıyla haksız çıkar sağlanmış olması halinde öncelikle Yasada düzenlenmiş olan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların oluşup oluşmadığı değerlendirilmeli, şayet gerçekleştirilen eylem bu suçlardan hiçbirisinin tanımına uygun değilse, o zaman 244. maddenin 4. fıkrası hükmü uyarınca uygulama yapılmalıdır.

Somut olay değerlendirildiğinde; sanığın suç tarihi olan 04/09/2007 tarihinde satın aldığı 100'lük Turkcell kontörünü kendisine ait 0536 ... ... nolu telefonuna yüklediği, aynı gün bir internet kafeden şikayetçinin süper şifresini öğrenerek bu şifreyi girmek suretiyle şikayetçiye ait 100 kontörden 70 kontörü önce A. adına kayıtlı 0536 ... ... nolu telefona gönderdiği, A.'in haberi olmaksızın aldığı süper şifreyi kullanarak O'na gönderdiği 70 kontörü bu kez de kendi adına kayıtlı ve kendisinin kullandığı 0536 ... ... nolu hatta gönderdiği, bu işlem sırasında 2 kontör transfer ücreti kesilerek 68 kontörün kendi hattına transfer olduğu, şikayetçiye ait telefon hattına Turkcell

tarafından 0536 ... ... numaralı telefona kontör transferi yapıldığına dair mesaj gelmesi üzerine kontör transferi yapılan telefonun kime ait olduğunu 2222 nolu servisten mesaj ile öğrendiği şeklinde gerçekleşen eylemdeki sanığın kastı; mağdura ait bulunan, ekonomik değeri ve doğrudan parasal karşılığı olan kontörü bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi telefon numarasına geçirmek suretiyle katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla varolan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği ve parasal değer ifade eden 70 adet kontörü alarak mal edinmeye yönelik olduğu açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle somut olayda 5237 sayılı TCY'nın 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan “bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık” suçunun gerçekleşmesi nedeniyle yerel mahkemenin uygulamasının usul ve yasaya uygun olduğundan hükmün onanmasına karar verilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzdan sayın çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi - 2011/20072 E.

Merci : Yargıtay 12. Ceza Dairesi

Esas No : 2011/20072

Karar No : 2012/12126

Tarih : 15.5.2012

• **KİŞİSEL VERİLERİ YAYMA SUÇU** (Köşe Yazarı Olarak Çalışan Katılanın Sanığın Genel Yayın Yönetmenliğini Yaptığı Gazetede Yazdığı Köşesinde Kullanılan Fotoğrafının Katılanın Rızası Olmadan Arkadaşlık Sitesine Konulması Eyleminin Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Yayma Suçunu Oluşturacağı)

• **SUÇ VASFINDA YANILGIYA DÜŞME** (Katılanın Sanığın Genel Yayın Yönetmenliğini Yaptığı Gazetede Yazdığı Köşesinde Kullanılan Fotoğrafının Rızası Olmadan Arkadaşlık Sitesine Konulduğu/Eylemin Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Yayma Suçunu Oluşturacağı - Suç Vasfında Yanılgıya Düşülerek Karar Verilmesinin Kanuna Aykırı Olduğu)

• **KÖŞE YAZARININ KÖŞESİNDEKİ FOTOĞRAFLAR** (Katılanın Rızası Olmadan Arkadaşlık Sitesine Konulması Eyleminin Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Yayma Suçunu Oluşturacağı)

5237/m.136

ÖZET: Köşe yazarı olarak çalışan katılanın, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafının, katılanın rızası olmadan arkadaşlık sitesine konulması eyleminin, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek, yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırıdır.

DAVA: Özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanıkların mahkumiyetine ilişkin hüküm sanıklar ve katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: 1- Sanık İ. Ş. hakkında kurulan hükme ilişkin incelemede:

Sanığın hükümden sonra 22.08.2007 tarihinde öldüğü anlaşılmakla, hakkındaki kamu davasının TCK'nın 64/1, CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince DÜŞÜRÜLMESİNE,

2-Sanık B. G. hakkında kurulan hükme ilişkin temyiz istemlerinin incelenmesinde:

Köşe yazarı olarak çalışan katılanın, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafının, katılanın rızası olmadan arkadaşlık sitesine konulması eyleminin, TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen, kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturacağı, hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek, yazılı şekilde karar verilmesi,

SONUÇ: Kanuna aykırı olup, sanık ile katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün, diğer yönleri incelenmeksizin öncelikle bu sebepten dolayı, 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca istem gibi BOZULMASINA, 15.05.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ:

Sanık hakkında TCK'nın 134. maddesi gereğince özel hayatın gizliliğini ihlalden kamu davası açılmış olup sanığın aynı madde gereğince mahkumiyetine dair hüküm, dairemizce eylemin verileri hukuka aykırı olarak yayma suçundan hüküm kurulması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Eylemin basın yoluyla hakaret olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.

1- Katılanın "S... N..." isimli gazetede yazdığı köşe yazısı için verdiği resim, sanık tarafından M... Bilişim Hizmetlerine ait "www.i... .net" isimli sosyal ağ platformu olarak hizmet veren sitede "belkiba" rumuzuyla yayınlanmış, evli ve iki çocuklu olan katılan için bekar, aradığı cinsiyet erkek 24-29 yaşlarında, aradığı ilişki arkadaşlık ve sitede sorulan birçok soruya cevap şeklinde kendisini tanıtan ve aradığı kişide bulunmasını istediği özellikler yazılmıştır.

2- Profil 14.10 2006 tarihi saat 16:31 de oluşturulduğu ve 16.10.2006 tarihi saat 16.28 de ise yayından kaldırıldığı ve yapılan araştırmada sanığın e-postası üzerinden oluşturulduğu sübuta ermiştir.

3- Sanığın eyleminin TCK'nın 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme olarak değerlendirilmesi yapıldığında;

Türk Ceza Kanunu'nun 135.maddesinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi ve 136.maddesinde ise verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma ve ele geçirme suçları düzenlenmiştir. Bugüne kadar kişisel verilerin neler olduğuna dair kanunun çıkarılmaması nedeniyle TCK'daki 135 ve 136. maddelerindeki hukuka aykırılığın hangi hallerde oluştuğuna ilişkin başvurulabilecek kapsayıcı bir kaynak ya da norm olmaması nedeniyle bu iki madde eksik norm sayılırlar. Belki zamanın ihtiyaçlarına cevap verecek "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu"

Meclisten geçtiğinde bu "çerçeve düzenleme" tamamlanmış olacaktır. Bununla beraber adı geçen ceza maddeleri yürürlükte olduğundan uygulanması sırasında çok dikkatli olunması gerekir. Doktrinde birçok tanım ve kapsam belirlemesi yapılmaktadır. Bu bilimsel görüşlerden hareketle kişisel verilerin hangileri olabileceğini belirlemek gerekir. Şu da bir gerçek ki bu verilerin tamamının da ceza normları ile korunması gerektiği düşünülmemelidir. Bu tasnifin esasını genel yaşam mahremiyetinden hareketle özel hayatın gizli alanını korumayı amaçlayan ve sağlayan bilgiler olarak anlamak gerekir.

Bilimsel görüşlerden hareketle kişisel verilerin neler olabileceğini şu başlıkları altında sınıflandırabiliriz.

a- Yaşam şekline ilişkin kişisel veriler: Kişilerin üçüncü kişiler tarafından ayırımcılığa uğramaması ve haysiyetinin korunmasıyla ilişkili olarak, dini inançları, cinsel tercihleri, etnik kökeni, suç geçmişi, politik eğilimleri ve kişisel özel aktivitelere ilişkin bilgiler bu bağlamda sayılabilecektir.

b- Ekonomik ve finansal kişisel veriler: Suçlular tarafından suistimale ve kimlik hırsızlığına hedef olmamak için kişinin mali varlığı, sahip olduğu hisse ve hesaplar, borçları, yaptığı alış verişler, kredi kartlarına ilişkin veriler. Ayrıca sayılan bu bilgiler ile kişinin nerede ve kimlerle bulunduğuna, sağlık bilgilerine ilişkin bilgiler de ortaya çıkarabileceğinden ve varlık bilgisinin toplumsal açıdan da özel sayılmasından dolayı önemi artmaktadır.

c- Bilişim alanına ilişkin kişisel veriler: e-postaların bizzat adresleri veya şifreleri, internet ortamında paylaşılan kişisel veriler mahrem olarak değerlendirilebilir. Bunun önemi şu bakımdan artmaktadır. İnternette gezinti yapan kişi birçok kişisel bilgileri paylaşmakta, bu bilgiler kayıt altına alınmakta, yine internet erişimine ilişkin iz kayıtlarının hizmet sağlayıcı ve sunucu sahipleri tarafından tutulabiliyor olması nedenleriyle artmaktadır.

d- Sağlıkla ilgili kişisel veriler: Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik (Kişinin kendine özgü fiziksel veya biyolojik niteliklerine dayalı olarak insanların kimliğini tespit için dijital teknolojiden faydalanma bilimi) veriler de kişisel veriler arasındadır.

e- Politik kişisel veriler: Toplum içinde yaşayan kişilerin siyasi tercihleri toplum katmanları arasında bilinme halinde ayırımcılığa maruz kalma ihtimali bulunduğundan bu bilgilerde kişisel veridir.

4- Anayasanın 38/3 ve Türk Ceza Kanunun 2. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenlemektedir. TCK'nın 2. maddesi "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez" hükmünü içermektedir. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi fiilin kanunda suç olarak gösterilmesi yetmez, bunun açık bir biçimde belirlenebilir olması gerekir. Suçların ve cezaların kanunda önceden açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerekir ki, insanlar neyin suç olduğunu önceden kolayca bilebilsin ve davranışlarını buna göre ayarlayabilsinler.

5- Yukarıda açıklanan kişisel veri açıklamalarına bakıldığında sanığın eyleminin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, amacın katılanı toplum nazarında küçük düşürmeye ve ahlaksız göstermeye yönelik olduğu dikkate alındığında eylem TCK'nın 125/1,2 ve 4. maddesi kapsamında hakaret suçunu oluşturmaktadır.

Aksine bir uygulamanın kabulü halinde paylaşım sitelerinde her gün onbinlerce kişisel sayfa ve profil oluşturanların eylemleri resen takip edilen suç haline gelir ki bütün yargı mesaisini buna harcasa bile işin altından kalkamaz. Kaldı ki bu sayfaların oluşturulması dünyanın her ülkesinden yapılmakta, kimin yaptığı da çoğu zaman tespit edilememektedir.

6- Sonuç olarak eylem hakaret suçunu oluşturmakta ve katılanlar FSEK'nun ek 4.maddesinde öngörülen prosedür çerçevesinde haklarına tecavüzün durdurulmasını veya 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un 9. maddesi gereğince içerik sağlayıcıya başvurarak sayfanın kaldırılmasını isteyebileceklerdir. Nitekim dava konusu olayda da sanık oluşturduğu profili 48 saat sonra kaldırmıştır.

Tüm açıkladığımız bu nedenlerden dolayı çoğunluğun 2 numaralı bozma düşüncesine katılmıyoruz.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2002/23720 E.

Merci : Yargıtay 7. Ceza Dairesi

Esas No : 2002/23720

Karar No : 2003/49

Tarih : 06.02.2003

DAVA: Ankara Eczacı Odasına ait internet adresindeki Web sitesinden yayınlanan "Ankara Eczacı Odası Başkanı Eczacı Hilmi Şener'in Konuşması" başlıklı yazı ile ilgili cevap-düzeltme isteminin, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 28/4.maddesindeki 10 günlük süre geçirildikten sonra yapıldığı gerekçesiyle reddine dair, Ankara 4.Sulh Ceza Mahkemesinin 12.09.2002 gün ve 2002/160 tekzip sayılı kararına vaki itirazın reddine ilişkin, Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesinin 27.9.2002 gün ve 2002/248 D.İş. sayılı kararı aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığından verilen 11.12.2002 gün ve 52007 sayılı yazılı emre müsteniden dava dosyası Cumhuriyet Başsavcılığının 18.12.2002 gün ve Y.E.2002/192253 sayılı ihbarnamesi ile daireye verilmekle okundu.

Mezkür ihbarnamede;

5680 sayılı Basın Kanunu'nun Ek-9.maddesinde yer alan, "Bu Kanunun yalan haber, hakaret ve benzeri fiillerden doğacak maddi ve manevi zararlarla ilgili hükümleri, bilişim teknolojileri ve internet ortamında sayfa açılması veya elektronik gazete, elektronik bülten vb. suretiyle yayınlanan her türlü yazı, resim, işaret, sesli veya sessiz görüntü ve benzerleri hakkında da uygulanır." hükmü karşısında, internet ortamında yayınlanan ve gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülen yazı, haber ve resimler ile ilgili cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasına yönelik istemin, anılan Kanun hükümleri uyarınca değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine reddinde isabet görülmemiş ve CMUK.nun 343.maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu yazılı emre atfen ihbar olunmuş bulunmakla gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR VE SONUÇ: Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı emre dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden, Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesinin 27.9.2002 gün ve 2002/248 D.İş. sayılı kararının CYUY'nun 343. maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince düşünülmesine, 06.02.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2011/12034 E.

Merci : Yargıtay 7. Ceza Dairesi

Esas No : 2011/12034

Karar No : 2013/4212

Tarih : 21.02.2013

DAVA: Yerel mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla işlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/3. maddesinde yer alan, "Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır." şeklindeki düzenleme nazara alındığında, Sulh Ceza Mahkemesi kararını 28.05.2008 tarihinde tebellüğ eden içerik sağlayıcısı sanığın yayını içerikten çıkartmasına rağmen süresi içinde düzeltme ve cevap metnini yayınlamadığı anlaşıldığından sanığın mahkumiyeti yerine süreyi bilmediğinden bahisle yasal olmayan ve yetersiz gerekçeyle beraatına karar verilmesi,

SONUÇ: Yasaya aykırı katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 21.02.2013 günü oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi - 2007/18386 E.

Merci : Yargıtay 7. Ceza Dairesi

Esas No : 2007/18386

Karar No : 2011/2720

Tarih : 10.03.2011

DAVA: 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na aykırılıktan Televizyon Yayıncılık A.Ş. 'ye, Telekomünikasyon Kurumu'nun 31.5.2006 tarihli ve 2815 Sayılı yazısı ile uygulanan 4.250,00 Yeni Türk lirası idari para cezasına itirazın kabulüyle idari yaptırım kararının kaldırılmasına ilişkin, Salihli 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 6.6.2007 tarihli ve 2007/123 Sayılı kararına yapılan itirazın reddine dair, Salihli Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.7.2007 tarihli ve 2007/518 değişik iş sayılı kararı aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığından verilen 13.11.2007 gün ve 57654 Sayılı kanun yararına bozma istemini içeren dava dosyası Cumhuriyet Başsavcılığının 13.12.2007 gün ve KYB.2007-256249 Sayılı ihbarnamesi ile daireye verilmekle okundu.

Mezkur ihbarnamede:

23.5.2007 tarihli ve 26530 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5651 Sayılı Kanunun 12. maddesiyle değişik 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 2/f maddesi gereğince "... Bu idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı 6.1.1982 tarihli ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurabilir." ibaresinin eklenmesi sebebiyle idari yaptırım kararına karşı itirazı inceleyen Salihli 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin itirazı karara bağladığı 6.6.2007 tarihinde görevli olmadığı, bu sebeple görevli olmayan mahkemece dosyanın incelenip esastan karar verilemeyeceği gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR VE SONUÇ: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Salihli Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.7.2007 tarihli 2007/518 değişik iş sayılı kararının C.M.K.nın 309/4-c maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesine, 10.3.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi - 2015/6847 E.

Merci : Yargıtay 5. Ceza Dairesi

Esas No : 2015/6847

Karar No : 2015/12839

Tarih : 22.06.2015

ÖZET: 5651 Sayılı Kanunun 9. Maddesi hükmüne göre internet erişiminin engellenmesi talebinde, 4721 Sayılı Medeni Kanunun 25/son maddesine dayanarak talep edenin yerleşim yerinin Ankara olması nedeniyle Ankara Sulh Ceza Hakimliği yetkilidir.

(4721 s. MK m. 25) (5271 s. Ceza Muhakemesi K m. 12) (5651 s. İnternet Yayınları ve Suçları Hakkında K m. 9)

Erişimin engellenmesi talebi üzerine yapılan yargılama sırasında; Silivri Sulh Ceza Hakimliğiyle Ankara 8. Sulh Ceza Hakimliği arasında oluşan olumsuz yetki uyuşmazlığının giderilmesi ve yargı yerinin belirlenmesi istemiyle gönderilen dosya YARGITAY C.Başsavcılığından tebliğnameyle daireye verilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

İncelenen dosya içeriğine, talebin niteliğine, 5651 sayılı Yasanın 9 uncu maddesine ve Silivri Sulh Ceza Hakimliğinin kararındaki gerekçeye göre, yerinde görülmeyen Ankara 8. Sulh Ceza Hakimliğinin 12/02/2015 gün ve 2015/653 Değişik İş sayılı YETKİSİZLİK kararının KALDIRILMASINA, dosyanın mahalline gönderilmesi için YARGITAY C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 22.06.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE KARAR VERİLDİ.

YEREL MAHKEME KARARI- Ankara 8. Sulh Ceza Hakimliğinin 12/02/2015 gün ve 2015/653 Değişik İş sayılı YETKİSİZLİK KARARI-

Talep eden vekili 25/12/2014 tarihli dilekçesinde ..Tv isimli internet sitesinde yayınlanan haberde müvekkilinin kişilik haklarını ihlal edildiğinden bahisle 5651 Sayılı Kanunun 9 uncu Maddesi gereğince Silivri Sulh Ceza Hakimliğinden içeriğe erişimin engellenmesi talebinde bulunmuş, bu taleple ilgili

dilekçede müvekkilinin Silivri 6 Nolu L Tipi Kapalı Cezaevinde bulunduğunu adres olarak beyan etmiş, talep konusunda Silivri Sulh Ceza Hakimliği ise; 4721 Sayılı Medeni Kanunun 25/son

maddesine dayanarak talep edenin yerleşim yerinin Ankara olması nedeniyle Ankara Sulh Ceza Hakimliği'nin yetkili olduğuna KARAR VERMİŞTİR.

Silivri Sulh Ceza Hakimliği'nin yetkisizlik kararı üzerine dosya hakimliğimize tevzi edilmiş olup yapılan incelemede; erişimin engellenmesine ilişkin taleplerle ilgili hangi yer hakimliğinin yetkili olduğu 5651 Sayılı KANUNDA DÜZENLENMEMİŞTİR. Ancak bu durumda 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yetki kuralları GEÇERLİ OLACAKTIR.

CMK'nun 12/5 madde fıkrasında "Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi DE YETKİLİDİR." hükmü öngörülmüş olup, internet üzerinden yapılan yayınlar konusunda kişilik haklarına ihlal edildiğini öğrenen kişinin oturduğu yerde bu durumu öğrenmesi halinde oturduğu yer Hakimliğinin yetkili olacağı genel HUKUK KURALIDIR.

Talep edenin Silivri Cezaevinde bulunduğunun anlaşılması karşısında Silivri Sulh Ceza Hakimliği'nin yetkili olduğu 5651 Sayılı Kanunun 9 uncu Maddesi hükmü dikkate alınarak Sulh Ceza Hakimliği'nin 24 saat içerisinde karar verme zorunluluğa da nazara alınıp internet üzerinden kişilik haklarının ihlal edildiğini öğrenen kişi, bulunduğu ilden yolculuk yaparak yerleşim yeri Hakimliğine gidip talepte bulunması düşünülemez. Zaten genel mantığa da kanun hükmüne göre aykırılık teşkil eder. Kanun düzenlenirken bu taleplerle ilgili kişilere kolaylık sağlanması amacıyla bulunduğu yer Hakimliğinden talepte bulunulması İMKANI VERİLMİŞTİR.

Şu hale göre; talep konusunda Silivri Sulh Ceza Hakimliği'nin inceleme ve karar vermesi gerektiği cihetle Hakimliğimizin yetkisizliği nedeniyle olumsuz yetki uyuşmazlığı ortaya çıktığından aşağıdaki şekilde KARAR VERMİŞTİR.

HÜKÜM: Gerekçesi açıklandığı üzere;

1-Taleple ilgili inceleme ve karar verme yönünden Hakimliğimizin **YETKİSİZLİĞİNE**,

2-Silivri Sulh Ceza Hakimliğiyle Hakimliğimiz arasında olumsuz yetki uyuşmazlığı ortaya çıktığından yetki ihtilafının çözülmesi için dosyanın YARGITAY 5. Ceza Dairesi'ne gönderilmesine,

3-Kararın talep eden vekiline tebliğine,

Dair, CMK'nun 268 maddesi gereğince 7 gün içerisinde Hakimliğimize verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt katibine beyanda bulunulması suretiyle kararın tebliğinden itibaren Ankara 9. Sulh Ceza Hakimliği nezdinde itiraz yolu açık olmak üzere dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verildi. 12.02.2015

Yargıtay 2. Ceza Dairesi - 2012/3490 E.

Merci : Yargıtay 2. Ceza Dairesi

Esas No : 2012/3490

Karar No : 2012/43666

Tarih : 15.10.2012

• GAZETENİN İNTERNET SİTESİNDE YER ALAN HABERE YAPILAN YORUM (İnternet İle Yapılan Yayınlar Yönünden Basın Kanunu Hükümlerinin Uygulanmasına İmkan Bulunmadığının Gözetileceği)

• HAKARET (Gazetenin İnternet Sitesinde Yer Alan Habere Yapılan Yorum Nedeniyle Açılan Kamu Davası - İnternet İle Yapılan Yayınlar Yönünden Basın Kanunu Hükümlerinin Uygulanmasına İmkan Bulunmadığının Gözetileceği)

• BASIN KANUNUNUN UYGULAMA ALANI (Hakaret/Gazetenin İnternet Sitesinde Yer Alan Habere Yapılan Yorum Nedeniyle Açılan Kamu Davası - İnternet İle Yapılan Yayınlar Yönünden Basın Kanunu Hükümlerinin Uygulanmasına İmkan Bulunmadığı)

• İNTERNET İLE YAPILAN YAYIN (Hakaret/Gazetenin İnternet Sitesinde Yer Alan Habere Yapılan Yorum Nedeniyle Açılan Kamu Davası - İnternet İle Yapılan Yayınlar Yönünden Basın Kanunu Hükümlerinin Uygulanmasına İmkan Bulunmadığı)

5187/m.2, 26

ÖZET: Somut olayda sanığın sorumlusu olduğu Gazetenin İnternet sitesinde anılan gazetede yayınlayan bir haberle ilgili rumuz ismiyle yapılan yorum üzerine sanık hakkında hakaret suçundan kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır. İnternet ile yapılan yayınlar yönünden Basın Kanunu hükümlerinin uygulanmasına imkan bulunmadığından sanık hakkında açılan kamu davasının kanunda yer alan sürenin geçmesi nedeni düşürülmesine karar verilemeyeceği gözetilmelidir.

DAVA: Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2.maddesinde bu kanunun uygulamasında;

Basılmış eser; Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını,

Yayım; Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını,

Süreli yayın; Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını,

Yaygın süreli yayın; Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmişinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayınlarını,

Bölgesel süreli yayın; Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayını,

Yerel süreli yayın ise; Tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınları, ifade etmektedir.

Aynı Kanunun 26.maddesine göre ise "Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir.

Somut olayda sanığın sorumlusu olduğu ... Gazetesi İnternet sitesinde anılan gazetede yayınlayan bir haberle ilgili T. rumuz ismiyle yapılan yorum üzerine sanık hakkında kamu davası açıldığı anlışılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle internet ile yapılan yayınlar yönünden Basın Kanunu hükümlerinin uygulanmasına imkan bulunmadığından sanık hakkında açılan kamu davasının düşürülmesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi,

SONUÇ: Bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan diğer yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 15.10.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 16. HD., E. 2018/2427 K. 2018/1862 T. 19.9.2018
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İzmir BAM, 4. HD., E. 2017/378 K. 2017/373 T. 25.4.2017
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Ankara BAM, 25. HD., E. 2017/447 K. 2017/441 T. 25.4.2017
- Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 7. HD., E. 2018/692 K. 2018/706 T. 19.4.2018

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 16. HD., E. 2018/2427 K. 2018/1862 T. 19.9.2018

MAHKEMESİ: İSTANBUL ANADOLU FİKRÎ VE SINAÎ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ

NUMARASI: 2017/626

DAVANIN KONUSU: Marka (Marka Hakkına Tecavüzden Kaynaklanan)

İstinaf incelemesi için dairemize gönderilen dosyanın ilk incelemesi tamamlanmış olmakla, HMK 356. Maddesi gereğince dosya içeriğine göre duruşma açılarak yapılan inceleme sonucu;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili, müvekkilinin ticaret unvanının klavuz unsuru olan ve adına Türk Patent ve Marka Kurumu dahil olmak üzere dünyanın birçok ülkesinde tescilli ve tanınmış "..." , "..." ve "..." esas unsurlu markaların ayırt edilemeyecek derecede aynısı veya benzeri olan "..." ibareli haksız rekabet ve tecavüz ürünü tv, box ve sair ürünlerin davalıya ait ....com isimli internet sitesinde yayınlandığını belirterek bu durumun markaya tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine, tecavüzün ve haksız rekabetin durdurulmasına, önlenmesine, giderilmesine, maddi ve manevi tazminata karar verilmesini, ayrıca ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece 23/01/2018 tarihinde davacı vekilinin ihtiyati tedbir talebi kabul edilerek 30.000,00 TL teminat karşılığında davalının alan adı sahibi ve yer sağlayıcı olduğu ....com alan adlı internet sitesindeki "..." markalı "antenler, uydu antenleri, yükselticiler ve bunların parçalarının " satışının önlenmesine, davalıya ait adreste depo, yükleme, mahalli ve nakliye araçlarında tedbir kararına konu ... markalı ürünlerin bulunması halinde el konulmasına ve yediemine teslimine karar verilmiş, bu karara davalı vekilince itiraz edilmiştir.

Davalı vekili itiraz dilekçesinde; müvekkilinin yer sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı olduğu, içeriklerden sorumlu olmadığını, dava konusu ... markasının müvekkiline ait bir marka olmadığını, iddia edildiği şekilde bir kullanım bulunmadığını, ürünlerin taklit yönünden incelenmediğini, ayrıca bilirkişi raporunda tespit edilen " ..." isimli kullanıcının davacının iddiasında belirttiği kullanıcılardan olmadığını, içeriklere ait url bilgisinin açık ve net bir biçimde bildirilmediğini, müvekkilince söz konusu kullanıcı profillerinde bahsi geçen ürün satışının tespit edilemediğini bildirerek tedbir kararının kaldırılmasını istemiştir.

Mahkemece itiraz üzerine duruşma açılarak inceleme yapılmış, inceleme sırasında davacı vekili davalının itirazlarına karşı çıkmış, ayrıca tedbir kararının davanın ihbar olunduğu kişilere karşı da

genişletilerek uygulanmasını istemiştir. Mahkemece itiraz incelemesi sonunda davacı tarafından davalıya iddaya konu tecavüzlerle ilgili 06/06/2017 tarihli ihtarnamenin 09/06/2017 tarihinde tebliğ edildiği, mahkemece yapılan bilirkişi incelemesi sırasında davaya konu ürünlerin satışının yapıldığı, buna göre gerek SMK 159/1 ve 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Kanunun 4. ve 5. Maddeleri gözetilerek davalı vekilinin ihtiyati tedbire itirazının reddine, yine davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı tedbirin genişletilmesi yönünde karar verilemeyeceği gerekçesi ile talebin reddine karar verilmiş, kararı davalı vekili istinaf etmiştir.

Davalı vekili istinaf sebebi olarak; dava konusu tanıtımların mahkemenin ara karar tarihinde internet sitesinde yer almadığının mahkemece tespit edildiğini, bu nedenle ihtiyati tedbirin kaldırılması gerektiğini, itiraz duruşmasının yapıldığı 27/03/2018 tarihli celsenin çok öncesinde söz konusu ürünlerin yer aldığı site kullanıcılarına ait sayfaların siteden kaldırıldığını, bu durumun bilirkişi raporu ile de tespit edildiğini, durum koşulların değiştiğini, müvekkilinin yer sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcı olarak içeriklerden sorumluluğunun bulunmadığını, kaldı ki söz konusu ürünlerin sitede yer alan ve bahsi geçen üç kullanıcı tarafından eklendiklerinin de bilirkişi raporunda tespit edildiğini, davacının gönderdiği ihtarnamede hak ihlaline ilişkin herhangi bir mahkeme kararı ve url bilgisinin sunulmadığını, bu nedenle bu gerekçenin de yerinde olmadığını, 5651 Sayılı kanunun 4.maddesi uyarınca ihlale konu içeriklere ilişkin ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak url bilgisinin verilmesi gerektiğini, ürünlerin taklit olup olmadığı konusunda bir inceleme yapılmadığını, eksik inceleme ile karar verildiğini bildirmiştir.

GEREKÇE:

Dava, markaya tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, maddi ve manevi tazminat talebine ilişkindir. Dairemiz önüne gelen uyuşmazlık ise ihtiyati tedbir kararına yapılan itirazın reddi kararına yöneliktir. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporundan da anlaşılacağı üzere davacının markaları tanınmış marka olup davalının alan adı sahibi ve yer sağlayıcısı olduğu internet sitesinde davacının markalarıyla benzerlik gösteren ve bu nedenle tüketiciler nezdinde iltibas oluşturma durumu bulunan "..." ürünlerinin tanıtım, reklam ve satışının yapıldığı, davacı tarafça çekilen ihtara rağmen ürün tanıtım ve satışlarının söz konusu internet sitesinde devam ettiği, sonradan bu sayfaların kaldırılmış olmasının ihlalin gerçekleşmediği anlamına gelmeyeceği gözetildiğinde, davalı vekilinin istinaf taleplerinin yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır.

Hal böyle olunca usul ve yasaya uygun olan ilk derece mahkemesi kararına yönelen davalı vekilinin istinaf talebinin reddi gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Davalı vekilinin istinaf talebinin HMK'nun 353/1-b-1 maddesi uyarınca ESASTAN REDDİNE,

2-Harç peşin alındığından yeniden harç alınmasına yer olmadığına,

3-Davalı tarafından yapılan istinaf yargılama giderlerinin kendi üzerinde bırakılmasına,

4-İstinaf incelemesi duruşmalı yapıldığından ve birden fazla duruşma icra edildiğinden davacı lehine Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 2.180,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Duruşmalı yapılan inceleme sonucunda oy birliği ile HMK'nun 362/1-f maddesi uyarınca kesin olarak karar verildi.19/09/2018

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İzmir BAM, 4. HD., E. 2017/378 K. 2017/373 T. 25.4.2017

DAVA: Tazminat (Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan)

DAVACI İSTEMİNİN ÖZETİ:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; 04.10.2013 tarihinde müvekkiller hakkında, www.mynet.com adresli haber sitesinde "Böyle ihanet görülmedi" başlıklı haber yayınlandığını, söz konusu haber içeriğinde; izin alınmaksızın, müvekkillerden K1 ve K2'nın fotoğrafı paylaşılmış, fotoğraflar tanınmaya mani olacak kadar sansürlenmemiş, müvekkilleri K1 ve K3'in isimlerinin açıkça yazıldığını, tarafların ne işle meşgul oldukları, müvekkilinin Antalya'da çalışmakta iken, İzmir'de başka bir belediyede atandığına dair haberle ilgisi olmayan ve tanınmasına sebep olan ayrıntılar açıklandığını, bu sebeplerle, müvekkillerinin tüm çevresi, haberin muhattabının müvekkilleri olduğunu anladığını, müvekkillerinin tüm geleceklerine sirayet edecek bu utanç verici suçun mağduru olarak teşhir edildiğini, müvekkillerinin teşhir edilmekle kalmamış, K1'in K3 ile sevgili oldukları, bu sebeple İzmir'e taşındığı, kendisiyle uzun yılladır aşk yaşadığına dair gerçeğe aykırı haber karşısında daha da kötü duruma düştüklerini, müvekkili K1'in, küçük kızı K4'ın böylesine çirkin bir suçun mağduru olduğu hususunun duyulması durumunda, kızının geleceği, çevresindeki insanların ona karşı ön yargılı olacağı ve ruh sağlığı üzerinde meydana gelecek olumsuz etkileri açısından, herkesten sakladığını, hal böyle iken, 04.10.2013 Cuma günü sabahında, kendisine gelen telefonlar sonucunda müvekkil bu olayın haberlere konu olduğunu öğrendiğini,bu türden bir olay yaşamış olmanın psikolojik çöküntüsü içinde bulunan müvekkili ve küçük kızı K4'ın, bir de bu olayın tüm Türkiye çapında duyulması ile karşı karşıya kaldığını, ayrıca haberde, olayla bir bağı olmamasına rağmen Müvekkil K2'in de fotoğrafının yayınlanmış olması sebebiyle kendisinin de isminin karalandığını, müvekkillerinin, olayın etkilerinin yanı sıra bir de bu haberler ile ağır bunalım geçirdiğini, müvekkillerinin kişilik haklarına yapılan bu saldırıya son verilmesi amacıyla, Karşıyaka 1. Noterliğinin 08.10.2013 tarih, N1 Yev. no'lu ihtarname ile "5651 S.K.'nun 9. Maddesi gereğince söz konusu haberin yayından kaldırılmasının talep edildiğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile, özel hayata, aile hayatına, konut ve haberleşme hürriyetine saygı hakkı düzenlendiğini, Anayasamızın " Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" üst başlığı altında düzenlenen 20. Maddesinin 1. Fıkrası "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmünü amir olduğunu,ayrıca aynı maddenin 3. Fıkrası; "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir" şeklinde

düzenlendiğini, yayımlanmış olan haberlerler ile okuyucunun daha fazla ilgisini çekebilmek adına olay kurgulanmış, kurgulanmamış dahi olsa müvekkillerin özel hayatlarının gizliliğine dokunulmuş, toplumda saygın birer birey olma hakları ellerinden alınmıştır. İşbu kişilik haklarına saldırı niteliğindeki haberlerin basın özgürlüğünün sınırları dahilinde kaldığının kabulünün mümkün olmadığını, iş bu sebeplerle; fazlaya ilişkin haklarımız saklı kalmak kaydıyla, müvekkillerden K1 için -5.000-TL,- K4 için -5.000-TL, K2 için -3.000-TL olmak üzere toplam -13.000,00-TL'nin haber tarihinden itibaren faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

DAVALI CEVABININ ÖZETİ:

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; Davacıların müvekkili şirketin sitesinde yayınlanan dava konusu haberin kişilik haklarını ihlal ettiğinden bahisle huzurdaki davayı ikame ettiklerini, Borçlar Kanunu'nun 72/I maddesi;"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar." hükmünün amir olduğunu, davacı tarafların bahis konusu haberin müvekkil Şirketin internet sitesinde 04.10.2013 tarihinde yayınlandığını iddia etmiştir. Dava tarihinin 05.10.2015 olduğu göz önüne alındığında iki yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu,işbu nedenle zamanaşımı def'inin kabulüyle huzurdaki davanın zamanaşımından reddi gerektiğini, ayrıca Borçlar Kanunu'nun 58. Maddesi uyarınca, manevi tazminat talep edilebilmesi için davacı tarafların kişilik haklarına davalı tarafından hukuka aykırı bir saldırıda bulunulması, bir manevi zararın oluşması, kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı ile manevi zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunması ve nihayet davalının sorumlu olmasını gerektiren kusuru veya bir kusursuz sorumluluk hali olması gerektiğini, tüm bu hususların da davacı tarafından ispatlaması gerektiğini, bu unsurlardan birinin dahi ispatlanamaması halinde manevi tazminat talebinin reddi gerektiğini beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

DELİLLER:

İzmir 11. Ağır CM 2013/403 E - 2014/217 K sayılı kararı, tanık ifadeleri, sosyal ve ekonomik durum araştırma tutanakları, internet çıktıları ve tüm dosya kapsamıdır.

İDM KARARININ ÖZETİ :

İlk Derece Mahkemesince verilen kararda özetle; 04/10/2013 tarihli dava konusu yayın incelendiğinde, davacı K1 ve kızı K4'ın resmi, rızası dışında temin edilerek yakın çevresi tarafından bilinecek biçimde bilgilerle birlikte yüzleri kısmen kapatılarak gazetede yayınlandığı, bu yayınla birlikte davacılara bir takım isnatlarda bulunulduğu,haberde davacıların fotoğrafının

yayınlanmasında kamu yararı bulunmadığı, ayrıca küçük K4'in de anne ve ablasının bu şekilde fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle mevcut olan aile bütünlüğünün zarara uğrayacağı kendisinin de bu nedenle kişilik haklarının saldırıya uğradığı, davacıların kişilik haklarına saldırının var olduğunun kabulü ile uygun miktarda manevi tazminata karar verilmesi gerektiğinden bahisle saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği, tarafların işgal ettikleri makam, diğer sosyal ve ekonomik durumlar da göz önüne alınarak zarara uğrayan davacıda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek şekilde münasip bir miktar üzerinden davacı K1 için -5.000,00-TL, davacı K4 için -5.000,00.- TL ve davacı K2 için -3.000,00.- TL olmak üzere toplam -13.000,00.- TL manevi tazminatın yayım tarihi olan 04.10.2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline davacılara ayrı ayrı ödenmesine karar verilmiştir.

İSTİNAF NEDENLERİ :

Davalı vekili istinaf dilekçesinde özetle; manevi tazminat talep edilebilmesi için gerekli şartların oluşmadığını, müvekkili tarafından hukuka aykırı bir saldırı bulunmadığını, haber yayını basın özgürlüğü, haber alma ve verme haklarının Anayasa ve AİHS ilgili maddeleri gereğince korunduğunu, müvekkilin haber sitesinde yayınlanan içeriğinin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, kişilik haklarına zarar gelmesi halinde 5651 Sayılı Kanun kapsamında içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkını kullanabileceğini, oysa davacıların haksız olarak müvekkilden tazminat alma yoluna başvurduklarını, dava konusu haberin X1 Gazetesi'nden alındığını ve kaynak olarak gösterildiğini, İDM kararında verilen manevi tazminat miktarının da fazla olduğunu belirterek başvurunun kabulüne, kararın kaldırılmasına,davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İSTİNAFA CEVAP :

Davalı vekilinin istinaf dilekçesi usulüne uygun olarak davacı tarafa tebliğ edilmiş, davacı yan cevap vermemiştir.

GEREKÇE:

Uyuşmazlık, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat isteğine ilişkindir.

İDM ince yapılan yargılama sırasında taraflarca gösterilen delillerin toplanmasında, değerlendirilmesinde usul ve esas bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı, özellikle basının sınırsız olmayan ifade özgürlüğünün AİHS'nin 10 uncu maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin korunması başlıklı 40'ıncı maddesi ile 4721 Sayılı TMK un kişilik haklarının korunmasına yönelik 24 ve 25 inci maddelerine göre sınırlandırılması hukuka uygun olduğuna göre, davalı tarafın tüm istinaf itirazları yerinde görülmemiştir.

Hal böyle olunca açıklanan nedenler ve tüm dosya içeriğine göre, davalı tarafın tüm istinaf nedenleri yerinde olmadığından istinaf başvurusunun 6100 Sayılı HMK un 353/1 inci fıkrasının (b-1) bendi uyarınca esastan reddine ilişkin karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

H Ü K Ü M : Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1-Davalı vekilinin duruşmalı olarak incelenmesi isteminin 6100 Sayılı HMK'nun 356/(1).maddesi uyarınca REDDİNE,

2-Davalı vekilinin ileri sürdüğü tüm istinaf nedenleri yerinde görülmediğinden istinaf isteminin 6100 Sayılı HMK'nun 353/1. fıkra (b-1) bendi maddesi gereğince ESASTAN REDDİNE,

3-Davalı tarafından peşin yatırılan -85,70-TL istinaf yoluna başvuru harcı, -51,70-tehiri icra karar harcı ile -222,00-TL istinaf karar ve ilam harcının mahsubuyla, bakiye -666,00-TL istinaf karar ve ilam harcının davalıdan alınarak Hazineye gelir kaydına,

4-Davalı tarafından yapılan istinaf giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

5-Artan gider avansının talep halinde yatırana iadesine,

6-Kesin olan işbu kararın taraflara tebliği, avans iade, harç tahsil işlemlerinin İlk Derece Mahkemesince yerine getirilmesine,

İlişkin dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda 6100 Sayılı HMK'nun 362. Maddesi (1-a) bendi uyarınca 25/04/2017 tarihinde KESİN olmak üzere oy birliği ile karar verildi.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Ankara BAM, 25. HD., E. 2017/237 K. 2017/844 T. 18.7.2017

TÜRK MİLLETİ ADINA

Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine açılan davanın yapılan yargılaması sonunda davanın kısmen kabulüne dair hükme karşı, süresi içinde bir kısım davalılar vekilleri tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine dosya incelendi.Gereği düşünüldü:

İDDİA: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, müvekkilinin 23/06/2003 tarihinde adalet müfettişi olarak göreve başladığını ve şu anda X3 Genel Sekreterliği görevini yürüttüğünü, davalı K1'ın 21/06/2015 tarihli X1 gazetesine ait internet sitesinde "K2'ye Başbakanlık Teklifi" başlığı altında yayınlanan yazıda müvekkili hakkında asılsız iddia ve karalamalarda bulunulduğunu, davalı K1'ın yazısında "...Geçenlerde X3 Genel Sekreteri K3'ın X2'ta bir demeci yayınlandığını, alenen hakimleri tehdit ettiğini ve diyor ki; Paralel yapı soruşturmalarında tutuklu bulunan 66 şüpheliye yönelik hukuksuz tahliye kararı veren “kamikaze hakimler” K4 ve K5 gibi başkaları da ortaya çıkabilir. Yeni bir kamikaze girişimi planlanabilir. X3, paralel yapı soruşturmalarında

görev alan yargı mensuplarının arkasında. Mayıs ayında gerçekleştirilen kamikaze hakim vakasının bir benzerinin planlanması ve hayata geçirilmesi durumunda gereği aynı şekilde yapılacaktır." Bu sözler, anayasa'nın açıkça ihlali değil mi? Hakimlere sanıkları tahliye ederseniz, siz de paralel çetenin üyesi sayılacaksınız tehdidini savuruyor K3. Bir de onlara kamikaze hakim denilmesine ses çıkarmıyor. Belki de kendisi, onları, ölüm uçuşu yapan Japon pilotlara benzetiyor. Adalet Bakanlığı X4 Başkan Yardımcılığı görevinden X3 Genel Sekreterliği'ne seçilen K3, asıl kamikazenin kendisi olduğunu bir gün mutlaka anlayacaktır." diyerek müvekkilinin beyanda bulunmadığı söz ve cümleler de eklenerek ki, müvekkilinin isim ve somut olaylara girmeden "X3'nın paralel örgüt yapılanmasıyla kararlı bir şekilde mücadelesinin devam edeceği, bunun siyasi gelişmeler ve konjoktürle alakasının olmadığı, yeni bir kamikaze hakimler olayı ile karşılaşıldığında suç işleyen kim olursa olsun gereğinin yapılacağı" şeklinde açıklama yaptığını, ancak davalıların müvekkilinin hakimleri tehdit ettiği anlamını çıkararak müvekkiline hakaret ve iftiralarda bulunduğunu, Basın Kanunu 13. maddesi gereğince eser sahibi ile birlikte yayıncı ve temsilcisi, yayın sahibi, lisans sahibi, yönetim kurulu başkanının müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğunu, davalı K1'ın eser sahibi, şirketin yayın sahibi ve işleten, K6'un internet yayın yönetmeni, K7'nın sorumlu müdür ve K8'in şirketin yönetim kurulu başkanı olduğunu, müvekkilinin açıklamalarında paralel yapı ile mücadele edileceğini kararlı bir tutum ile belirttiğini, basın özgürlüğünün sınırsız olmadığını, K1'ın yazısında objektif davranmayarak müvekkilini karaladığını, yazının eleştiri sınırları içinde kalmadığını, yersiz ve onur kırıcı deyimler kullanmanın hukuka aykırı bulunduğunu, tahkir edici bir dilin kullanılması halinde hukuka uygunluk durumunun söz konusu olamayacağını belirterek 15.000TL manevi tazminatın haksız fiil tarihi olan 21/06/2015 tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davacı vekili cevaba cevap dilekçesinde özetle; dava dilekçelerinde dava konusu yazının internet sitesinde yayınlandığı belirtilmiş ise de 21/06/2015 tarihli X1 gazetesinin 11. sayfasında da yer aldığını,dolayısıyla davalı tarafın husumet itirazının yerinde olmadığını,söz konusu köşe yazısının günlük yayın yapan X1 gazetesinde de yer aldığı için Basın Kanunu 13. maddeye göre basın yoluyla işlenen haksız fiillerde eser sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler, tüzel kişi anonim şirketse yönetim kurulu başkanının şirketle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğunu belirtmiştir.

SAVUNMA: Davalılar vekili cevap dilekçesinde özetle; yayının haber verme hak ve görev sınırları içinde davacı tarafla ilgi ve alakası olmayan hukuka uygunluk şartlarını taşıyan bir yayın olduğunu, köşe yazısının internet sitesinde yayınlandığını, Basın Kanunu 13. maddesinin yayın internet sitesinde yayınlandığından yazıda geçerli olmadığını, 5651 sayılı Yasada internet

ortamında yapılan yayınlarda sorumluluğun içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcıya ait olduğu hükmü bulunduğunu, bu nedenle K7, K6 ve K8 yönünden davanın husumetten reddi gerektiğini, yazının ana kaynağının F1 Genel Başkanı K9'nun 19/06/2015 tarihinde yapmış olduğu açıklama olduğunu, başkaca bir gazeteye beyan edilen ifadelerin eleştiri sınırlarını aşmaksızın yayınlandığını ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, güncel bir yorum yapıldığını, yapılan açıklamaya ekleme ya da çıkarma yapılmadığını, yazıda herhangi bir hakaret, iftira veya ithamın söz konusu olmadığını, yazıda davacının kişilik haklarını zedeler nitelikte ifadeler yer almadığını, yazıda hakim ve savcıların meslekten ihraç edilmelerine dair açıklamada bulunulduğunu, görünürdeki gerçeklik, güncel, toplumu ilgilendiren bir konuda kamu yararı da bulunan ve eleştiri sınırları içinde kalan yazı ile ilgili davanın reddi gerektiğini, konu ile ifade arasında düşünsel bağın korunduğunu, davacının vermiş olduğu beyanda kamikaze hakimler ifadesinin bulunduğunu, ifadelerin gerçek sahibinin davacı taraf olduğunu, talep edilen tazminatın fahiş olduğunu, davacının bizzat kendisinin ifadeleriyle kaleme alınan yazının objektif olarak yayınlanması nedeniyle davacının kişilik haklarının ihlaline dair iddialarının hukuki dayanaktan yoksun bulunduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ: Mahkemece yapılan yargılama sonunda özetle; davalı tarafça yayınlanan yazıda tüm hakimler tehdit edilmiş gibi yayın yapıldığı, görünürdeki gerçekliğe uygun haber yapılmadığından haberin hukuka da uygun olmadığı, haberin veriliş şekli ve kamuoyuna yansıtılış biçimi, davacıya karşı bir karalama kampanyası başlatıldığı kanaatini oluşturduğu, bu nedenle davalının ifade özgürlüğü altında yayın yaptığının kabulü mümkün olmadığından ve yapılan yayında davacının kişilik haklarına hukuka aykırı bir biçimde saldırının varlığı nedeniyle TBK'nın 58. ve TMK'nun 24 ve 25. maddelerindeki manevi tazminat koşulları oluştuğundan yayının toplum üzerindeki etkisi ile tarafların mali sosyal durumları nazara alınarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ: Davalı K8 vekili istinaf başvuru dilekçesinde özetle;

1-İnternet sitesi olan www.X1.com.tr adresli ortamda, 09/12/2014 tarihinde yayınlanan "K2'ye Başkanlık Teklifi" başlıklı yazı nedeniyle, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden davacı tarafından, 670 sayılı KHK kapsamında 30/09/2016 tarihinde ticaret sicilinden re'sen terkin edilen F2 Basın ve Basım San. Tic. A.Ş.'ni temsilen müvekkili K8 aleyhine huzurdaki davanın ikame edildiğini,yapılan yargılama neticesinde davanın, tüm davalılar yönünden olmak üzere, kısmen kabulü ve kısmen reddi yönünde karar verildiğini, yerel mahkeme kararının Anayasa'ya, kanuna ve hukuka aykırı olduğunu,

2-Yerel mahkemece Basın Kanunu'nun 13. maddesine istinaden, müvekkilinin sorumluluğunun bulunduğuna karar verildiğini, internet sitesinde yayınlanan bir yazı sebebiyle, kişilik haklarının ihlali iddiasıyla açılan tazminat davalarında, Basın Kanunu'nun uygulanma alanı olmadığını, internet ortamında yapılan yayınlardan doğan sorumluluk davalarında, 5661 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağını, söz konusu kanuna göre hukuki sorumlulukta husumet tevcihinin, içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcıya yöneltilmek durumunda olduğunu, kanunun açık hükmü karşısında, müvekkili K8 yönünden, davanın esasına girilmeksizin reddine karar verilmesi gerektiğini, bu nedenle yerel mahkeme kararının hukuka uygun olmadığını,

3-Davalı olarak gösterilen F2 Basın ve Basım San. Tic. A.Ş.'nin 670 sayılı Olağanüstü Hal KHK kapsamına alınarak, 30/09/2016 tarihinde ticaret sicilinden re'sen terkin edildiğini, anılan kararnamenin 5. maddesi ile 675 sayılı KHK'nun 16.maddesi uyarınca, kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayın evi ve dağıtım kanalları ile bunların sahibi gerçek veya tüzel kişiler aleyhine 17/08/2016 tarihinden önce açılan davalar hakkında dava şartı yokluğundan ret karar verileceğini, bu tür kararların duruşma günü beklenmeksizin dosya üzerinden kesin olarak verileceğini ve davacıya re'sen tebliğ edileceğini, tarafların yaptığı yargılama giderlerinin kendi üzerlerinde bırakılacağının düzenlendiğini, söz konusu KHK'ların, Anayasa'ya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde açılan davaların, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedildiğini, bu kapsamda, söz konusu KHK'ların Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususundaki kanaatler bir yana, yürürlükte bulunan mevzuatın uygulanma yükümlülüğü karşısında, davanın esastan kabulü yönünde verilen karar yerinde olmadığını,

4- Yerel mahkeme kararının, basın özgürlüğü kapsamında Anayasa'ya ve tüm yönleriyle hukuka uygun olmadığını, davacının bir başka gazeteye vermiş olduğu bu beyanatının, o tarihlerde medyada uzunca süre yer almış ve toplum ilgisine mazhar olmuş bir konu hakkında olduğunun dosya kapsamındaki delillerle sabit ve açık olduğunu, dava konusu köşe yazısının asıl kaynağının daha önceki bir tarihte 06/07/2015 tarihinde X2 Gazetesi'nde yayınlanan davacının bizatihi kendi beyanları olduğunu, davacının söz konusu beyanatlarına en ufak bir ekleme yahut çıkartma yapılmadığını, davaya konu edilen yazı içeriğinde, davacının ifadelerine aynen yer verildikten sonra yapılan açıklamaların hukuka aykırı olup olmadığının objektif olarak okuyucuların takdirine sunulduğunu, dava konusu yayında, davacıya yönelik herhangi bir hakaret, iftira veya itham, kısaca kişilik haklarına herhangi bir saldırı söz konusu olmadığını, dava konusu yazının, güncel olduğunu, yayınlanmasında kamu yararı bulunduğunu, değerlendirmelerin objektif, eleştiri sınırı kapsamında olduğunu, konu ile köşe yazısı arasında düşünsel bağlılık bulunduğunu belirterek,

Müvekkili hakkında açılan davanın öncelikle husumet nedeniyle reddine karar verilmesini, aksi kanaat hasıl olduğunda davanın esastan reddi ile aksi yöndeki mahkeme kararının kaldırılmasına ve yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı K6 ve K1 vekili istinaf dilekçesinde özetle;

1-Yerel mahkemece müvekkili K6'un dava konusu haberin yapıldığı internet sayfasının yayın yönetmeni olduğu, 5651 sayılı Kanunun 6.maddesine göre içerik sağlayıcının internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu bulunduğu gerekçesiyle müvekkil hakkındaki husumet itirazlarının reddedildiğini,

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2.maddesi dikkate alındığında, yerel mahkemece müvekkilinin görevinin tanımlanması konusunda yanılgıya düşüldüğünü, müvekkili K6'un, internet sayfasının içerik sağlayıcısı değil, internet sayfasının web koordinatörü olduğunu, web koordinatörünün görevinin, gazetede yayınlanan bir haberi hiçbir değişiklik yapmadan web sitesinde aynen yayınlamak olduğunu, müvekkili K6'un görevinin, yukarıda belirtilen görev tanımlarının hiçbirine girmediğini, internet sayfasının ayrı bir sorumlu müdürü olduğunu, müvekkili hakkındaki davanın husumet yönünden reddedilmesi gerekirken, görevinin içerik sağlayıcı olarak tanımlanıp aleyhinde tazminata karar verilmesinin yasaya aykırılık teşkil ettiğini,

2-Yerel mahkemenin müvekkili K1 aleyhinde manevi tazminata karar verdiğini,kararın gerekçesine göre davanın odak noktasının, davacının beyanlarının bütün hakimleri kapsayacak şekilde olup olmadığı ve buna bağlı olarak yazılan yazının görünür gerçekliğe uygun olup olmadığı oluşturduğunu, davacı tarafından yapılan açıklamanın bütün hakimleri kapsayacak şekilde olup olmadığı hususunda değerlendirme hatasında bulunduğunu, davacının davaya konu olan açıklamasının " Mayıs ayında gerçekleştirilen kamikaze hakim vakasının bir benzerinin planlanması ve hayata geçirilmesi durumunda gereği aynı şekilde yapılacaktır " şeklinde olduğunu, davacının bu beyanlarından, açıklamasını bütün hakimleri kapsayacak şekilde yaptığının açıkça görülmekte olduğunu, mahkeme kararında, bu açıklamanın hukuksal tahliye kararı veren hakimler hakkında olduğunu beyan ettiğini, halbuki hukuksal tahliye kararı veren hakimler hakkında zaten hukuki işlem başlatıldığını, onlar için yapılacak başka bir işlem kalmadığını, davacının beyanlarında kastedilenin bütün hakimler olduğunu, bütün hakimler olmasa bile aynı davranışta bulunan başka hakimler olduğunu, dolayısıyla müvekkilin dava konusu yazısının görünür gerçekliğe uygun olduğunu, dava konusu yazının, basın özgürlüğü sınırları içerisinde objektif olarak kaleme alındığını, eleştiri mahiyetinde olan ve kişilik haklarını

ihlal edecek nitelikte olmayan hukuka uygun bir yazı olduğunu, davanın reddi gerekirken kabulünün hatalı olduğunu,

3-Yargıtay kararlarına göre, takdir edilecek manevi tazminatın zenginleşmeye neden olmayacak miktar kadar olması gerekmekte iken yerel mahkemenin takdir ettiği manevi tazminat miktarının ölçüyü aşan mahiyette olduğunu belirterek 25/11/2016 tarihli kararın istinaf incelemesi sonucu kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili istinaf başvuru dilekçelerine karşı sunmuş oldukları cevap dilekçesinde özetle, dilekçelerinde ayrıntılı olarak belirttikleri nedenlerle ve re'sen nazara alınacak hususlar da göz önünde bulundurularak yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olduğundan davalılar vekillerinin istinaf başvurularının usulden ve esastan reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili 16/03/2017 tarihli ek beyan dilekçesinde özetle, 20/07/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlık Kurulu kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler gereğince kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete , dergi, yayınevi ve dağıtım kanalları ile bunların sahibi gerçek veya tüzel kişiler veya kapatılma ya da resen terkin üzerine Maliye Bakanlığı ile Vakıflar Genel Müdürlüğü aleyhine 17/08/2016 tarihi dahil bu tarihten sonra açılan davalar ile icra ve iflas takipleri hakkında 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5nci maddesi uyarınca dava veya takip şartının bulunmaması nedeniyle davanın reddine veya takibin düşmesine karar verilir, şeklinde belirtildiğini ancak davacı K8'in yetkilisi olduğu F2 ... Tic. AŞ.'nin OHAL'den ve darbe girişiminden çok önce 2016 yılının Şubat ayında kapatılmış olduğunu ve KHK'nın uygulanma alanına girmediğini, bu nedenlerle de 03/10/2016 tarihinde kabul edilerek 29/10/2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan KHK'nın yayım tarihinden 7-8 ay önce kapatılan şirket için uygulanmasının açıkça kanuna ve hukuka aykırı olduğunu, karşı tarafın iddialarının mesnetsiz olduğunu belirterek her iki dilekçe birlikte değerlendirilerek davalıların istinaf başvurularının usulden ve esastan reddine karar verilmesini talep etmiştir.

UYUŞMAZLIK KONUSU OLAN HUSUSLAR: Davaya konu yazı nedeniyle davacının kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği, manevi tazminat şartları oluşmuş ise hükmedilen manevi tazminatın, tazminatın amacına uygun miktarda olup olmadığı, davalılar K6, F2 Basın ve Basın San. Tic. A.Ş. ile K8'e husumet yöneltilip yöneltilemeyeceği konularında uyuşmazlık bulunmaktadır.

DELİLLERİN TARTIŞILMASI, DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE:

Dava, yayın yoluyla kişilik haklarının zedelenmesinden dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Davacı, davalı K1'ın 26/01/2015 tarihli X1 gazetesine ait internet sitesinde ve aynı tarihli gazetenin 11. sayfasında yer alan "K2'ye Başbakanlık Teklifi" başlığı altında yayınlanan yazı nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğini iddia ederek 15.000TL manevi tazminat ödetilmesini istemiş, davalılar ise davalılar K6,K7, F2 Basın ve Basın San. Tic. A.Ş. ile K8'e husumet yöneltilemeyeceğini, yazının basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, davacının kişilik haklarına saldırı niteliği taşımadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 8.000TL manevi tazminat ödetilmesine karar verilmiş olup davalılar K1, K6, K8 vekilleri süresi içinde yukarıda yazılı sebeplerle istinaf isteminde bulunmuşlardır.

Davacının kişisel itibarının korunması meşru amacı ile eldeki davayı açtığı, kanuni dayanağın Türk Medeni Kanunu 24. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu 58. maddesi olduğu tespit edilmiştir.

İlgili kanun maddeleri şöyledir.

Türk Medeni Kanunu 24. madde “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Türk Borçlar Kanunu 58. madde “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.” hükmünü içermektedir.

Basın özgürlüğü, Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasasının 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır.

Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden

farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir.

Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, yayınlarında Anayasanın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.

Öte yandan, bu konuda uluslararası metinlerde ifade özgürlüğünün nasıl yer aldığının incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

1982 Anayasasının 90.maddesinin son fıkrasında; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletler arası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşma hükümleri esas alınır." hükmü yer almaktadır. Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

Hal böyle olunca; Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gözetilerek verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun önemli özelliklerinden biri olup, toplumun ilerlemesinin ve her bir bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur. Bu özgürlük AİHS'nin 10/2.maddesine tabi olmak kaydıyla, sadece olumlu karşılanan ya da kimseye saldırgan gelmeyen ya da insanların kayıtsız kalabildiği "bilgi" ve "fikirler" için değil, Devlet veya halkın herhangi bir kesimi için saldırgan görünen sarsıcı nitelik taşıyan ya da rahatsız edici olan fikirler için de geçerlidir (Handysıde V.Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Başvuru No: 5493/72, Seri A No. 24,

s.23, paragraf 49). Çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşünce bunu gerektirir ve bunlar olmaksızın "demokratik bir toplum" olamaz. 10.maddede benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de bu, dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konması gerekmektedir (Pakdemirli-Türkiye Davası, Başvuru No:35839/97).

Basın özgürlüğü ise, ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir. AİHM basın ile ilgili kararlarında, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birisini oluşturduğuna değindikten sonra, basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğu belirtmektedir. Basın ve diğer medya organlarının ifade özgürlüğü, kamuoyuna yöneticilerin görüş ve davranışlarını tanıtmak ve yargılamak için en iyi araçlardan birisini sunmaktadır. Basına siyasal arenada ve kamunun ilgilendiği diğer alanlarda tartışma konusu olan bilgi ve görüşleri iletme görevi düşer. Basının bu görevi kamuoyunun da bilgi ve görüşleri alma hakkı ile tanımlanır (Handysıde V.Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Başvuru No: 5493/72, 49, Centro Europa 7 S.R.L. And Dı Stefano V. İtalya, Başvuru No: 38433/09, 131).

O halde, basın özgürlüğü; bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğüdür; diğer yönüyle de, halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Mahkeme'ye göre basın ancak bu şekilde, kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan "halkın gözcülüğü" ya da "bekçisi" görevi yapabilir. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi demokratik bir toplumun yararı dikkate alınarak sınırlandırılır (Édıtıons Plon V. Fransa, Başvuru No:58148/00, 44; Bladet Tromsø And Stensaas V. Norveç, Başvuru No:21980/93, 59).

Burada hemen şunun ifade edilmesi de gerekir ki, Sözleşme'nin 10.maddesi sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, fakat aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de korur. (Oberschlıck V. Avusturya, Başvuru No: 20834/92, 57). AİHM'nin yerleşik içtihadına göre; gazetecilik özgürlüğü ve mesleği, belirli ölçüde abartma, hatta kışkırtma unsurunu da içerir. (Prager And Oberschlıck V. Avusturya, Başvuru No: 15974/90, 38)

Basın özgürlüğünün tartışılmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise "değer yargısı" ile "olaya dayalı bilgilendirme" arasında ayırım yapmaktır. Bir olayın olup olmadığı kanıtlanabilir bir husus iken, bir değer yargısının kanıtlanmasının istenmesi gerçekleştirilemez ve kanaat özgürlüğüne müdahale oluşturur. AİHM'ne göre ulusal hukukun bu ayrımı öngörmemesi kendi başına ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturabilir.

İfade özgürlüğü geniş bir şekilde yorumlanmakta ise de, sınırsız olmadığı da Sözleşme'nin 10.maddesinin 2.fıkrasında ifade edilmiştir. Hukuken öngörülmüş olma ve meşru amaçlar kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması mümkündür.

Hukuken öngörülebilen bir ifade özgürlüğü sınırlandırılması için meşru bir amacın bulunup bulunmadığının tartışılması gereklidir. AİHS'nin 10.maddesinin 2.fıkrasına göre "bu özgürlüğün kullanılması, …demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir." Burada çözülmesi gereken temel sorun ifade özgürlüğü ile kişilik haklarına yönelik saldırı arasındaki sınırın hangi ölçütlere göre saptanacağı sorunudur (Hukuk Genel Kurulunun 28.03.2014 gün ve E:2013/4-768, K:2014/402 sayılı ilamı).

Kişilik hakları saldırıya uğrayan kimse Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi hükmü uyarınca manevi tazminat adı altında bir miktar para ödetilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken aynı Kanunun 51. maddesi uyarınca durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önünde tutmalıdır. Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesi hükmüdür. Bu kapsamda manevi tazminatın miktarı belirlenirken tarafların kusur oranı, sıfatı, statüsü, sosyal ve ekonomik durumları ile eylemin işleniş biçimi ve yöntemi dikkate alınmalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenler karar gerekçesinde objektif olarak gösterilmelidir. Manevi tazminat adı altında hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek nitelikte olmalı fakat bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmediği unutulmamalıdır. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin "Devir işlemlerine ilişkin tedbirler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında "20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan Kanun Hükmünde Kararnameler gereğince kapatılan ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya Hazineye devredilen kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının her türlü taşınır, taşınmaz, malvarlığı, alacak ve

hakları ile belge ve evraklarının (devralınan varlık); her türlü tespit işlemini yapmaya, kapsamını belirlemeye, idare etmeye, avans dahil her türlü alacak, senet, çek ve diğer kıymetli evraka ilişkin olarak dava ve icra takibi ile diğer her türlü işlemi yapmaya, devralınan varlıklarla ilgili olup kanaat getirici defter, kayıt ve belgelerle tevsik edilen borç ve yükümlülükleri tespite ve hiçbir şekilde devralınan varlıkların değerini geçmemesi, ek mali külfet getirmemesi, kefaletten doğmaması ve Fethullahçı Terör Örgütü (FETÖ/PDY)'ne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olmayan kişilerle gerçek mal veya hizmet ilişkisine dayanması şartıyla bu varlıkların değerlendirilmesi suretiyle bunları uygun bir takvim dahilinde ödemeye, kapatılan kurum ve kuruluşların taahhüt ve garanti ettiği ancak vermediği mal ve hizmet bedellerinin ödemesini durdurmaya veya ödemeye, tahsili mümkün olmadığı anlaşılan veya tahsilinde ve takibinde yarar bulunmayan hak ve alacaklar ile taahhüt ve garantilerin tahsilinden vazgeçmeye, her türlü sulh işlemini yapmaya, devralınan varlıklarla ilişkili kredi veya gerçek bir mal veya hizmet ilişkisine dayanan borçlar nedeniyle konulmuş ve daha önce kaldırılmış takyidatları kredinin veya borcun ödenebilmesini sağlamak amacıyla kaldırıldığı andaki koşullarla tekrar koydurmaya ve ihyaya, menkul rehinleri dikkate almaya, devralınan varlıklara konulan takyidatların sınırlarını belirlemeye ve kaldırmaya, finansal kiralama dahil sözleşmelerin feshine veya devamına karar vermeye, devralınan varlıkların idaresi, değerlendirilmesi, elden çıkarılması için gerekli her türlü tedbiri almaya, gerektiğinde devralınan varlıkların tasfiyesi veya satışı amacıyla uygun görülen kamu kurum ve kuruluşlarına devretmeye, devir kapsamında olmadığı belirlenen varlıkları iadeye, kapatılanların gerçek kişiye ait olması halinde devralınacak varlıkların kapsamını belirlemeye, tereddütleri gidermeye, uygulamaları yönlendirmeye, bütün bu işlemleri yapmak amacıyla usul ve esasları belirlemeye, vakıflar yönünden Vakıflar Genel Müdürlüğü, diğerleri yönünden Maliye Bakanlığı yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

29/10/2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin " Dava ve Takip Usulü" başlıklı 16. maddesinin 1. fıkrasında "20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler gereğince kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanalları ile bunların sahibi gerçek veya tüzel kişiler aleyhine 17/8/2016 tarihinden önce açılan davalar ile bu kapsamda Hazine ile Vakıflar Genel Müdürlüğüne husumet yöneltilen davalarda mahkemelerce, 15/8/2016 tarihli ve 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesi uyarınca dava şartı yokluğu nedeniyle red kararı verilir. Bu kararlar duruşma günü beklenmeksizin dosya

üzerinden kesin olarak verilir ve davacılara resen tebliğ edilir. Tarafların yaptığı yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır." hükmü yer almaktadır.

Aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin "Yürürlük" başlıklı 18. maddesinde"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesi hükümleri 15/10/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, diğer hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer." hükmü yer alır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde "e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

f)İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

m) Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri " ifade eder.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İnternet Daire Başkanlığı'na yazılan müzekkereye verilen cevapta;K6'un X1 gazetesinin internet sitesindeki görev ve sıfatını bildirir bilgi ve belgelerin bulunmadığı belirtilmiştir.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna yazılan müzekkereye verilen cevapta; X1 gazetesinin, 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kapatılan gazeteler arasında yer almakta olduğu, X1 gazetesinin bağlı olduğu F2 Basın ve Basım Sanayi Ticaret Anonim Şirketinin bu yazı tarihi itibariyle 01/09/2016 tarih ve 29818 - 2. mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 674 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 19. maddesi ve 22/11/2016 tarihli Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında 677 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesi kapsamında kayyımların yetkileri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atandığı şirketler arasında yer almamakta olduğu,diğer taraftan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Merkezi Sicil Kayıt Sistemi kayıtlarında yapılan inceleme neticesinde F2 Basın ve Basım Sanayi Ticaret Anonim Şirketinin ticaret sicilinden terkin edildiği bilgisine ulaşıldığını, bu kapsamda kurumlarınca yapılacak bir işlem olmadığını, kapatılan X1 gazetesi ile bağlı olduğu F2 Basın ve Basım Sanayi Ticaret Anonim Şirketi ile ilgili olarak 670 sayılı KHK'nin 5.maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında hareket edilmesinin uygun olacağının değerlendirildiği belirtilmiştir.

Erişim Sağlayıcıları Birliğine yazılan müzekkereye verilen cevapta;davalı K6'un 21/06/2015 tarihli X1 gazetesine ait internet sitesindeki görev ve sıfatını bildirir bilgi ve belgelerin birliklerinde mevcut bulunmadığı belirtilmiştir.

Ankara Valiliği İl Basın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğüne yazılan müzekkereye verilen cevapta; herhangi bir gazeteye ait internet sitesinin içerik sağlayıcısı, yer sağlayıcısı, sahibi ile internet yayın yönetmeni ve web koordinatörünün açık kimlik bilgilerini tutmaya ilişkin valiliğin herhangi bir görev ve sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir.

Her ne kadar davalı F2 Basın ve Basım Sanayi Ticaret A.Ş. ticaret sicilden terkin edildiği için tüzel kişiliğinin sona ermesi nedeniyle istinaf kanun yoluna başvurmamış ise de, davalı şirketin Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında 670 ve 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin kapsamında kalıp kalmadığı hususu kamu düzenine ilişkin olduğundan HMK 355. maddesi uyarınca davalı şirket açısından da bu husus resen dikkate alınmıştır.

Davacı vekili, K8'in yetkilisi olduğu F2 Basın ve Basın San. Tic. A.Ş.'nin OHAL'den ve darbe girişiminden çok önce 2016 yılının Şubat ayında kapatılmış olduğunu ve KHK'nın uygulanma alanına girmediğini belirtmiş ise de,Ankara Ticaret Sicil Müdürlüğüne yazılan müzekkereye verilen cevapta, davalı F2 Basın ve Basım Sanayi Ticaret Anonim Şirketi'nin 670 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ticaret sicil kaydının 30/09/2016 tarihinde re'sen kapatıldığı bildirildiğinden davalı şirketin sözkonusu KHK kapsamında kaldığı kanaatine varılmıştır.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna yazılan müzekkereye verilen cevap dikkate alındığında, F2 Basın ve Basım Sanayi Ticaret A.Ş.'nin ve bu şirketin sahibi olması nedeniyle davalı K8'in 670 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 5. maddesi ve 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 16/1 maddesi kapsamında kalması nedeniyle bu davalılar aleyhine açılan davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerektiği anlaşıldığından, bir kısım davalılar vekilinin bu yöndeki istinaf isteminin yerinde olduğu kanaatine varılmıştır.

Davacı vekili, davalı K6'un yayın yönetmeni olduğunu, davalı K6 vekili ise davalının internet sayfasının web koordinatörü olduğunu belirtmektedir. 5651 sayılı Yasa gereğince internet ortamında yapılan yayınlardan sorumlu olanlar "erişim sağlayıcı", "içerik sağlayıcı" veya "yer sağlayıcı" olarak belirtilmiştir. Davacı taraf davalının yayın yönetmeni olduğunu belirtmekte olup, dosya kapsamına göre davalının erişim sağlayıcı, içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcı olduğu hususu ispatlanamamış olduğundan 5651 sayılı Yasa hükümleri gereğince web koordinatörünün sorumluluğu söz konusu olmadığı için davalı K6 aleyhine açılan davanın husumet yokluğundan

reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya uygun olmadığından davalı K6 vekilinin bu yöndeki istinaf isteminin yerinde olduğu kanaatine varılmıştır.

26/01/2015 tarihli X1 gazetesine ait internet sitesinde ve aynı tarihli gazetenin 11. sayfasında yer alan "K2'ye Başbakanlık Teklifi" başlığı altında yayınlanan"Kim Kamikaze" başlıklı yazıda "Geçenlerde X3 Genel Sekreteri K3'ın X2'ta bir demeci yayınlandı. Alenen hakimleri tehdit ediyor ve diyor ki; 'Paralel yapı soruşturmalarında tutuklu bulunan 66 şüpheliye yönelik hukuksuz tahliye kararı veren "kamikaze hakimler" K4 ve K5 gibi başkaları da ortaya çıkabilir. Yeni bir kamikaze girişimi planlanabilir. X3, paralel yapı soruşturmalarında görev alan yargı mensuplarının arkasında. Mayıs ayında gerçekleştirilen kamikaze hakim vakasının bir benzerinin planlanması ve hayata geçirilmesi durumunda gereği aynı şekilde yapılacaktır.' Bu sözler, Anayasa'nın açıkça ihlali değil mi? Hakimlere sanıkları tahliye ederseniz, siz de paralel çetenin üyesi sayılacaksınız tehdidini savuruyor K3. Bir de onlara kamikaze hakim denilmesine ses çıkarmıyor. Belki de kendisi, onları, ölüm uçuşu yapan Japon pilotlara benzetiyor. Oysa herkes işin sonunun kötüye gittiğini görüyor. Ama kimin için? Bağımsız yargıyı savunanlar mı kazanacak? Yoksa Yürütme'nin talimatıyla hareket edenler mi? Adalet Bakanlığı X4 Başkan Yardımcılığı görevinden X3 Genel Sekreterliği'ne seçilen K3, asıl kamikazenin kendisi olduğunu bir gün mutlaka anlayacaktır." şeklinde ifadelere yer verildiği anlaşılmıştır.

Dava konusu yayında, davacının başka bir gazetede yer alan "Paralel yapı soruşturmalarında tutuklu bulunan 66 şüpheliye yönelik hukuksuz tahliye kararı veren "kamikaze hakimler" K4 ve K5 gibi başkaları da ortaya çıkabilir. Yeni bir kamikaze girişimi planlanabilir. X3, paralel yapı soruşturmalarında görev alan yargı mensuplarının arkasında. Mayıs ayında gerçekleştirilen kamikaze hakim vakasının bir benzerinin planlanması ve hayata geçirilmesi durumunda gereği aynı şekilde yapılacaktır." şeklindeki ifadeleri ile ilgili olarak davacının hakimleri tehdit ettiği şeklinde yayın yapılmıştır. Davacının paralel yapı soruşturmasında tahliye kararı veren hakimlerle ilgili açıklama yaptığı, başka hakimlerin de bu tür girişimlerle tahliye kararı verebileceği ve X3'nın bu şekilde tahliye kararı veren hakimler hakkında gereğinin yapılacağını belirttiği görülmektedir.

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre, İkinci Dünya Savaşı yıllarında Japonların kullandığı intihar uçağına "Kamikaze" denilmektedir.

Davalı tarafça yapılan haber bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davacı tarafça paralel yapı soruşturmalarında hukuksuz tahliye kararı veren hakimler hakkında gereği yapılacağı belirtilmiş olmasına rağmen, yazıda sanki tüm hakimler tehdit edilmiş gibi yorum yapıldığı, haberin/yazının görünür gerçekliğe uygun olmadığı, haberin/yazının veriliş şekli ve kamuoyuna yansıtılış biçiminin davacının kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı, kaldı ki ölüm uçuşu yapan japon

intihar uçaklarına "kamikaze" denildiği dikkate alındığında yazının sonunda " X3 Genel Sekreterliği'ne seçilen K3, asıl "kamikaze"nin kendisi olduğunu bir gün mutlaka anlayacaktır." şeklindeki yorumun olay tarihinde X3 Genel Sekreterliği görevini yürüten davacıyı tehdit niteliği de taşıdığı kanaatine varıldığından davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulması nedeniyle manevi tazminat ödetilmesi koşullarının oluştuğu anlaşıldığından ,davacının konumu, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve manevi tazminatın bir ceza olmadığı gibi, mal varlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmemiş olması ve yukarıda açıklanan ilkeler gözetildiğinde davanın kısmen kabulü ile 8.000 TL manevi tazminat ödetilmesi yönündeki ilk derece mahkemesi kararının manevi tazminat miktarı açısından ve davalı K1 yönünden usul ve yasaya uygun olduğu ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere söz konusu manevi tazminatın davalı şirket ve sahibi K8 ile davalı K6'tan tahsiline karar verilmesinin isabetsiz olduğu anlaşıldığından davalı K8 ile davalı K6'un istinaf isteminin kabulüne , davalı K1'ın istinaf isteminin reddi ile HMK 353/1-b-2 maddesi gereğince duruşma yapılmadan yeniden esas hakkında aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM:Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

A) Bir kısım davalılar vekillerinin istinaf başvurusunun duruşma yapılmadan KABULÜ ile, Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 25/11/2016 gün ve 2015/248 Esas, 2016/502 Karar sayılı kararının KALDIRILMASINA,

B)Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353.maddesinin 1.fıkrası (b) bendinin 2.maddesi uyarınca düzelterek yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği anlaşılmakla;

1)Davalı K1 ve K7 aleyhine açılan davanın KISMEN KABULÜ ile, 8.000TL manevi tazminatın 21/06/2015 olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılar K1 ve K7'dan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin manevi tazminat talebinin REDDİNE,

2) Davalılar F2 Basın ve Basım San. Ticaret A.Ş. ile K8 aleyhine açılan davanın dava şartı yokluğu nedeniyle USULDEN REDDİNE,

3)Davalı K6 aleyhine açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle REDDİNE,

4) 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı tarife gereğince; alınması gerekli 546,48TL nispi karar ve ilam harcından, peşin alınan 256,17TL harcın mahsubu ile bakiye 290,31TL karar ve ilam harcının davalılar K1 ve K7'dan alınarak Hazineye gelir kaydına,

5)Davacı tarafından peşin yatırılan ve alınmasına hükmedilen 256,17TL harcın yargılama gideri olarak davalılar K1 ve K7'dan alınarak davacıya verilmesine,

6)492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı tarife gereğince; istinaf kanun yolu başvurusu sırasında davalı K6 tarafından yatırılan 31,40TL, davalı K8 tarafından yatırılan 136,62TL istinaf karar harcının talep halinde yatıran davalılara iadesine,

7) Davacı tarafından hükümden önce yapılan 532,87 TL ile hükümden sonra yapılan 58,80 TL olmak üzere toplam 591,67TL yargılama giderinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326/2.maddesi uyarınca, tarafların haklılık oranına göre 315,59TL'sinin davalılar K1 ve K7'dan alınarak davacıya verilmesine, bakiye kısmın davacı üzerinde bırakılmasına,

8)Davalılar K8 ve K6 tarafından istinaf kanun yolu başvurusu sırasında yapılan 72,00TL yargılama giderinin davacıdan alınarak adı geçen davalılara verilmesine,

9)Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 332/3.maddesi uyarınca, hükümden sonraki yargılama giderlerinin haklılık oranına göre taraflara yüklenmesine,

10)Davacı, vekil ile temsil edildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.980TL vekalet ücretinin davalılar K1 ve K7'dan alınarak davacıya verilmesine,

11)Davalı K1, vekil ile temsil edildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.980TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

12)Davalı K6, vekil ile temsil edildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 7/2. maddesi uyarınca 1.800TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

13)Davalılar K8 ve F2 Basın ve Basım San. Tic. A.Ş yönünden açılan davanın, dava tarihinden sonra çıkarılan hükme/duruma dayalı olarak usulden reddine karar verildiğinden adı geçen davalılar lehine vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

14)Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 333.maddesi uyarınca, yatırılan gider avansının kullanılmayan kısmının hükmün kesinleşmesinden sonra iadesine,

C-1)Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin 1. fıkrası b bendinin 1 numaralı alt bendi gereğince; davalı K1'ın istinaf başvurusunun ESASTAN REDDİNE,

2)492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı tarife gereğince; alınması gerekli 546,48TL istinaf karar ve ilam harcından, peşin alınan 136,62TL harcın mahsubu ile bakiye 409,86TL harcın davalıdan alınarak HAZİNEYE GELİR KAYDINA,

3)İstinaf yoluna başvuran davalı tarafından yapılan istinaf kanun yolu giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

4)Dairemiz kararının tebliği ile harç tahsil müzekkeresi yazılması işlemlerinin ilk derece mahkemesi tarafından yapılmasına,

Dair, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362.maddesi gereğince; miktar veya değeri kırk bir bin beş yüz otuz (41.530) Türk Lirasını geçmeyen davalara ilişkin kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamayacağından miktar itibari ile kesin olmak üzere dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda 18/07/2017 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - Ankara BAM, 25. HD., E. 2017/447 K. 2017/441 T. 25.4.2017

DAVANIN KONUSU: Tazminat

Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine açılan davanın yapılan yargılaması sonunda davanın kısmen kabulüne dair hükme karşı, süresi içinde davalı K1 tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine dosya incelendi. Gereği düşünüldü:

İDDİA: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, müvekkilinin eski F1 Parti milletvekili olduğunu, erzincandetay.com adlı internet sitesinde 21/05/2015 tarihinde "X1" başlıklı haberde, müvekkili hakkında paralel yapı ile yakın olduğu izlenimi verilerek sahip olduğu görüş ve çizgisinden ayrıldığı, kuruluşunda emek verdiği ve bir dönem mensubu olduğu siyasi görüşünden ödün verdiği algısı yaratılmaya çalışıldığını, haber içeriğinin tamamen uydurma bilgiler ile haksız ve kasıtlı olarak kamuoyunu müvekkili ve bir dönem aktif şekilde çalıştığı siyasi partisi aleyhine yönlendirmek ve provoke etmek amacı ile hazırlandığını, müvekkili ile paralel yapı arasında herhangi bir yakınlık bulunmadığını, söz konusu gerçeğe aykırı haberin Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 2015/2175 D. İş sayılı dosyası ile erişiminin engellendiğini, haberin bazı internet sitesi ve facebook hesaplarında da alıntı yapılarak yayınlandığını, davalıların yalan yanlış yorum ve ifadelerle müvekkilinin manevi haklarına ve mesleki itibarına açıkça saldırdıklarını, müvekkilinin kişilik haklarının saldırıya uğradığını belirterek, 10.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

SAVUNMA: Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; müvekkilinin yalan haber yapmadığını, müvekkilinin davacıyı küçük düşürmediğini ve itibarsızlaştırmaya çalışmadığını, zaten davacı hakkında bu türden bir girişimin inandırıcı olamayacağını, davacının F2 Partisi geleneğinden olup söz konusu yapıyla bir bağının bulunmadığını, iş bu davayı açmasının bile kendisinin cemaat ya da paralel yapılanmaya karşı olduğunu gösterdiğini, aylık bir kuruş geliri bulunmadığını, müvekkilinin söz konusu tazminatı ödemesinin mümkün olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı Şirkete tebligat yapılmasına rağmen duruşmalara katılmamış ve cevap dilekçesi sunmamıştır.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ: Mahkemece yapılan yargılama sonunda özetle;davacının paralel yapı (FETÖ-PDY) ile birlikte olduğu izlenimi verildiği,dosyaya sunulan kira sözleşmesinin başlangıç tarihi ile söz konusu paralel yapı ile mücadelenin başlangıç tarihi

arasında yaklaşık üç yıl olup, kira sözleşmesi beş yıl süre ile yapıldığı,davacının söz konusu yapı ile ilgili olduğuna ilişkin herhangi bir delil ve belge ibraz edilmediği, bu duruma bakıldığında davalıların davacı hakkında yapmış oldukları haberin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu, basının sorumlu tutulmamasını gerektirir bir neden de bulunmadığı, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, olayın özellikleri, olay tarihi, kusur durumu, zararın ağırlık derecesi dikkate alındığında, hak ve nesafet ölçüleri içerisinde 5.000TL manevi tazminat verilmesi uygun bulunduğundan davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ: Davalı istinaf başvuru dilekçesinde özetle;

1-Ankara 21. Asliye Hukuk Mahkemesinin aleyhine verdiği 5.000TL manevi tazminat kararının yasa ve usule aykırı olduğunu,

2-17 ve 25 Aralıktan sonra devletin dahi FETÖ hakkında bir gün terör örgütü, bir gün silahlı terör örgütü derken bu yapının silahlı bir terör örgütü olduğunu 15 Temmuz'dan üç yıl evvel yazıp çizen kişi olduğunu,

3-Türkmendağı Suriye'de bulunduğunu, oradan darbe günü öncesinden Boğaziçi Köprüsüne geçtiğini, bunları birkaç senedir nasıl bir hal içerisinde bulunduğunu göstermek için yazdığını,

4-Cumhurbaşkanı'nın 17 ve 25 Aralıktan sonra Ankara'da gazetecilerle memleket meseleleri ile ilgili görüşmelerde bulunduğunu, o zamanlarda televiyonlarda FETÖ ile mücadele için herkesin elinin taşının altına sokmasını istediğini, açık açık F3' dan insanların hesaplarını kapatmalarını istediğini,

Örgüt elebaşı Gülen'in ise, F3'ya sahip çıkılmasını "herkül. Org." adlı internet adresinden duyurduğunu,

Kendisinin K2'ya hiçbir zaman FETÖ ile bağ var demediğini, böyle bir izlenimde bulunmadığını, söylediği tek şeyin herkesin elini taşın altına koyarken kendisi neden F3' ya mülkünü kiraya vermeye devam ettiği olduğunu,

5-Yalan haber yapmadığını, kendilerinin dava açarak lehine bir kira kontratı dahi sunduklarını, beş yıllık bir kontratının olduğunu ve bu kira sözleşmesine ait sürenin dolmadığını söylediklerini, hukuken ve vicdanen kendi aleyhine tazminata hükmedilmesinin doğru olmadığını,

6-ABD'deki örgüt elebaşı Gülen'in, kendisine iki kez ceza dava açtığını ve icra takibinde bulunduğunu, örgüt yüzünden gazete bürosunun ve haber sitesinin kapatıldığını, bir bilgisayarının bile kalmadığını, aylık 1TL bile gelirinin olmadığını, sokaklarda yaşadığını, akşamları yatalak kanser hastası annesinin yanına gecelemek için gittiğini, maddi durumu sıfır iken mahkemenin neye göre 5.000TL tazminata hükmettiğini anlamadığını,

7-İstinaf yoluna taşıyacak harç parası bulunmadığını, adli müzaheret talebinin bulunduğunu, ekonomik durumunun araştırılarak harçtan muaf tutulması gerektiğini belirterek Ankara 21. Asliye Hukuk Mahkemesinin ilgili kararının bozulmasını talep etmiştir.

UYUŞMAZLIK KONUSU OLAN HUSUSLAR: Manevi tazminat koşullarının oluşup oluşmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

DELİLLERİN TARTIŞILMASI, DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE:

Dava, kişilik haklarının zedelenmesinden dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Davacı, davalının sahibi olduğu erzincandetay.com adlı internet sitesinde 21/05/2015 tarihinde kendisi hakkında yazdığı yazı nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğini iddia ederek 10.000TL manevi tazminat ödetilmesini istemiş, davalı ise davanın reddini istemiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile 5.000TL manevi tazminat ödetilmesine karar verilmiş olup davalı, süresi içinde yukarıda yazılı sebeplerle istinaf isteminde bulunmuştur.

Davacının kişisel itibarının korunması meşru amacı ile eldeki davayı açtığı, kanuni dayanağın Türk Medeni Kanunu 24. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu 58. maddesi olduğu tespit edilmiştir.

İlgili kanun maddeleri şöyledir.

Türk Medeni Kanunu 24. madde “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Türk Borçlar Kanunu 58. madde “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.” hükmünü içermektedir.

6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 334. maddesinde " Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, (Değişik ibare: 6459 S.K.-K.T: 11.04.2013-R.G.T:

30.04.2013/m.22) “taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması” kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler.

Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler.

Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır." hükmü yer almaktadır.

Davalı istinaf başvuru dilekçesinde adlı yardım talebinde bulunmuştur.İlk Derece Mahkemesine yaptırılan sosyal ve ekonomik durum araştırmasında, davalının çalışmadığı, herhangi bir gelirinin bulunmadığı, üzerine kayıtlı bir malvarlığı bulunmadığı tespit edildiğinden HMK'nin 334. maddesindeki şartların gerçekleşmiş olduğu kanaatine varılarak davalının adli yardım talebinin kabulüne karar vermek gerekmiştir.

Basın özgürlüğü, Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasasının 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır.

Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir.

Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, yayınlarında Anayasanın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararıdır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken,

özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.

Öte yandan, bu konuda uluslararası metinlerde ifade özgürlüğünün nasıl yer aldığının incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

1982 Anayasasının 90.maddesinin son fıkrasında; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletler arası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşma hükümleri esas alınır." hükmü yer almaktadır. Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

Hal böyle olunca; Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gözetilerek verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun önemli özelliklerinden biri olup, toplumun ilerlemesinin ve her bir bireyin gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur. Bu özgürlük AİHS'nin 10/2.maddesine tabi olmak kaydıyla, sadece olumlu karşılanan ya da kimseye saldırgan gelmeyen ya da insanların kayıtsız kalabildiği "bilgi" ve "fikirler" için değil, Devlet veya halkın herhangi bir kesimi için saldırgan görünen sarsıcı nitelik taşıyan ya da rahatsız edici olan fikirler için de geçerlidir (Handysıde V.Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Başvuru No: 5493/72, Seri A No. 24, s.23, paragraf 49). Çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşünce bunu gerektirir ve bunlar olmaksızın "demokratik bir toplum" olamaz. 10.maddede benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de bu, dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konması gerekmektedir (Pakdemirli-Türkiye Davası, Başvuru No:35839/97).

Basın özgürlüğü ise, ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir. AİHM basın ile ilgili kararlarında, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birisini oluşturduğuna değindikten sonra, basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğu belirtmektedir. Basın ve diğer medya organlarının ifade özgürlüğü, kamuoyuna yöneticilerin görüş ve davranışlarını tanıtmak ve yargılamak için en iyi araçlardan birisini sunmaktadır. Basına siyasal arenada ve kamunun ilgilendiği diğer alanlarda tartışma konusu olan

bilgi ve görüşleri iletme görevi düşer. Basının bu görevi kamuoyunun da bilgi ve görüşleri alma hakkı ile tanımlanır (Handysıde V.Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Başvuru No: 5493/72, 49, Centro Europa 7 S.R.L. And Dı Stefano V. İtalya, Başvuru No: 38433/09, 131).

O halde, basın özgürlüğü; bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğüdür; diğer yönüyle de, halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Mahkeme'ye göre basın ancak bu şekilde, kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan "halkın gözcülüğü" ya da "bekçisi" görevi yapabilir. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi demokratik bir toplumun yararı dikkate alınarak sınırlandırılır (Édıtıons Plon V. Fransa, Başvuru No:58148/00, 44; Bladet Tromsø And Stensaas V. Norveç, Başvuru No:21980/93, 59).

Burada hemen şunun ifade edilmesi de gerekir ki, Sözleşme'nin 10.maddesi sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, fakat aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de korur. (Oberschlıck V. Avusturya, Başvuru No: 20834/92, 57). AİHM'nin yerleşik içtihadına göre; gazetecilik özgürlüğü ve mesleği, belirli ölçüde abartma, hatta kışkırtma unsurunu da içerir. (Prager And Oberschlıck V. Avusturya, Başvuru No: 15974/90, 38)

Basın özgürlüğünün tartışılmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise "değer yargısı" ile "olaya dayalı bilgilendirme" arasında ayırım yapmaktır. Bir olayın olup olmadığı kanıtlanabilir bir husus iken, bir değer yargısının kanıtlanmasının istenmesi gerçekleştirilemez ve kanaat özgürlüğüne müdahale oluşturur. AİHM'ne göre ulusal hukukun bu ayrımı öngörmemesi kendi başına ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturabilir.

İfade özgürlüğü geniş bir şekilde yorumlanmakta ise de, sınırsız olmadığı da Sözleşme'nin 10.maddesinin 2.fıkrasında ifade edilmiştir. Hukuken öngörülmüş olma ve meşru amaçlar kapsamında ifade özgürlüğünün sınırlandırılması mümkündür.

Hukuken öngörülebilen bir ifade özgürlüğü sınırlandırılması için meşru bir amacın bulunup bulunmadığının tartışılması gereklidir. AİHS'nin 10.maddesinin 2.fıkrasına göre "bu özgürlüğün kullanılması, …demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir." Burada çözülmesi gereken temel sorun ifade özgürlüğü ile kişilik haklarına yönelik saldırı arasındaki sınırın hangi ölçütlere göre saptanacağı sorunudur (Hukuk Genel Kurulunun 28.03.2014 gün ve E:2013/4-768, K:2014/402 sayılı ilamı).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; kamu görevlilerine yönelik eleştirinin sınırı sıradan kişiler için olandan daha geniştir ve kamu görevi yapan kişilerin görevlerinden dolayı kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanması gerekir. Çünkü kamu hizmetin yürütülmesi sırasındaki davranışların eleştirilmesinde kamu yararı bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; "siyasetçiler, özellikle de kendileri kamuoyuna yönelik olarak tartışmalı ifadelerde bulunan siyasetçiler söz konusu olduğunda, kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının özel bir kişi için geçerli olandan daha geniş olduğuna dikkat çekmiştir. (Mladina D.D. Ljubljana/Slovenya, Başvuru no: 20981/10, 17 Nisan 2014 tarihli karar) Siyasetle uğraşan kişilerin kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanması gerekir. Çünkü siyasetçi zorunlu ve bilinçli olarak eylem ve davranışlarını gazetecilerin ve vatandaşların kontrolüne açık bırakmakta, kamuoyuna mal olmuş kişiler haline gelmeyi bilerek tercih etmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 2014/8386 Esas 2015/3689 Karar sayılı ilamında "...davacının siyasi kimliği nedeniyle normal koşullardan daha ağır eleştiriye açık olması gerektiğinden bu şartlar altında ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesini gerektirir demokratik bir toplum için gereklilik bulunmadığı..." sonucuna varmıştır.

Delil olarak habere ait url bilgileri, internet ekran görüntüleri, internet sitesi künye bilgileri, Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 2015/2175 D. İş sayılı karar örneği, kira sözleşmesi örneği ibraz edilmiş, mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları araştırılmış ve tüm deliller toplanmıştır.

erzincandetay.com adlı internet sitesinde 21/05/2015 tarihinde "X1" başlıklı haberde "Bir zamanlar F1 Parti kurucularından Erzincan eski milletvekili olan K2, mensubu olduğu partisinin tutumunun aksine paralel yapıya bağlı olduğu tespit edilen F3'ya binasını kiraya vermesi F1 Partiye gönül vermiş ve tüm kamuoyunun dikkatini çekiyor. Erzincan F1 Partili eski milletvekili ve F1 Parti kurucularından K2, çok yakın bir zamana kadar F4 gazetesinin de sahibiydi. Edinilen bilgiye göre, K2, gerek gazetesinin, gerekse mensubu olduğu partisinin tutumunun aksine paralel yapıya bağlı olduğu tespit edilen F3'ya binasını Erzincan'da kiraya vermeye devam etmektedir. K2'nın, çelişkili bu tutumu, Erzincan'da kamuoyunun tepkisine neden oldu"şeklinde haber yapıldığı anlaşılmıştır.

Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 2015/2175 D. İş sayılı kararın incelenmesinde, talep edenin K2, karşı tarafın Erzincan Yerel İnternet Medya Yayıncılığı ve Gazetesi ile İnternet Medyası Yerel ve Ulusal Haberler Kurucu İmtiyaz Sahibi K1 olduğu, talebin erişimine engellenmesi talebi olup, 27.05.2015 tarihli karar ile 5651 sayılı Yasanın 9/1-3 maddesi uyarınca talebin kabulüne, 5651 sayılı Yasanın 9/4 maddesi uyarınca http://erzincandetay.com/tevhit-karakaya-neden-hala-

bankasya-ile-birlikte/926/ URL adresine erişimin engellenmesine ve karar örneğinin Erişim Sağlayıcıları Birliğine tebliğine karar verildiği anlaşılmıştır.

F3 Erzincan Şubesi kira sözleşmesinin incelenmesinde, Erzincan Merkez A1 Mahallesi'nde bulunan işyeri ile ilgili olarak kiraya verenin 1/2 hisse sahibi K3 ile 1/2 hisse sahibi K2, kiracının F3 Bankası A.Ş. olduğu, kira başlangıcının 15/09/2010 tarihli, kiralama süresinin 5 yıl olup kira bitiş tarihinin 15/09/2015 olduğu görülmüştür.

Somut olayda, davalının sahibi olduğu erzincandetay.com adlı internet sitesinde 21/05/2015 tarihinde davalı tarafından yazıda F1 Parti eski milletvekili ve F1 Parti kurucularından olan davacının mensubu olduğu partisinin tutumunun aksine paralel yapıya bağlı olduğu tespit edilen F3' ya binasını kiraya vermeye devam etmesinin eleştirildiği, bahse konu taşımazın gerçekten 15/09/2010 başlangıç tarihli 5 yıl süreli kira sözleşmesi ile 1/2 hisse sahibi davacı ve dava dışı diğer malik tarafından F3 Bankası A.Ş'ye kira verilmiş olduğu ve haber tarihinde de halen kira ilişkisinin devam ettiği, bu nedenle haberin güncel olduğu, davacınının siyasi bir kişilik olması nedeniyle sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere katlanması gerektiği, dolayısıyla söz konusu haberin davacının kişilik haklarına saldırı niteliği taşımadığı, haberin kamuyu aydınlatma ve bilgilendirme ilkeleri ışığında ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle de basın yolu ile kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat ödetilmesi koşullarının oluşmadığı anlaşıldığından, davanın kısmen kabulüne dair ilk derece mahkemesi kararının duruşma yapılmaksızın kaldırılarak davanın reddine dair yeniden esas hakkında hüküm kurulmasına yönelik HMK 353/1-b-3 maddesi gereğince aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

A- Davalı tarafın istinaf başvurusunun duruşma yapılmadan KABULÜ ile, Ankara 21. Asliye Hukuk Mahkemesinin 14/02/2017 gün ve 2015/297 Esas, 2017/34 Karar sayılı kararının KALDIRILMASINA,

B- HMK'nun 353.maddesinin 1.fıkrası (b) bendinin 3. maddesi uyarınca yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği anlaşılmakla;

1)Davanın REDDİNE,

2) 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (1) sayılı tarife gereğince; alınması gerekli 31,40TL maktu karar ve ilam harcının peşin alınan 170,78TL harçtan mahsubu ile fazla alınan 139,38TL harcın talep halinde davacıya iadesine,

3) 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli (1) sayılı tarife gereğince; başvuru sırasında alınması gerekli istinaf karar ve ilam harcı adli yardım talebi kabul edildiğinden başta alınmadığından bu konuda ayrıca karar verilmesine yer olmadığına,

4)Adli yardım talebinde bulunularak kanun yolu başvurusu yapılmış olup, kanun yolu giderleri davacı tarafından yatırılan gider avansından karşılandığından bu konuda karar verilmesine yer olmadığına,

4)Davacı tarafça yapılan, yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

5) HMK'nun 332/3.maddesi uyarınca, hükümden sonraki yargılama giderlerinin davacı tarafa yüklenmesine,

6)Davalı, vekil ile temsil edildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.980TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

7)HMK'nun 333.maddesi uyarınca, yatırılan gider avansının kullanılmayan kısmının hükmün kesinleşmesinden sonra iadesine,

Dair, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362.maddesi gereğince; miktar veya değeri kırkbir bin beş yüz otuz (41.530) Türk Lirasını geçmeyen davalara ilişkin kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamayacağından miktar itibari ile kesin olmak üzere, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 25/04/2017 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 12. HD., E. 2017/623 K. 2017/606 T. 4.12.2017

Taraflar arasında görülen davada verilen 29/03/2017 tarihli ihtiyati tedbir kararına davalılar vekilinin ve bir kısım müdahiller vekilinin itirazı üzerine verilen 26/05/2017 tarihli ihtiyati tedbire itirazın reddine ilişkin ara kararın davalılar vekili ve bir kısım müdahiller vekilince istinaf edilmesi üzerine düzenlenen rapor ve dosya kapsamı incelenip gereği görüşüldü;

İhtiyati Tedbir Talep Eden Davacı: Davacı vekilleri ilk derece mahkemesine sunmuş olduğu dava dilekçesinde; Davacı Türkiye Seyahat Acentaları Birliği'nin (TÜRSAB), Anayasa'nın 135 inci maddesine göre özel kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğine haiz meslek birliği olduğunu, ve TÜRSAB'ın 1618 sayılı yasayla kurulduğu, aynı kanundaki düzenlemeler doğrultusunda seyahat acentalığı mesleğiyle ülke turizminin korunması ve geliştirilmesi amacıyla her türlü önlemi almak konusunda yetkili olduğunu, TTK 56/3, 6100 sayılı HMK'nun 113 maddeleri ve Danıştay kararları doğrultusunda dava açmaya yetkili olduklarını, Türkiye'de seyahat acentalığı faaliyetinde bulunmak için TÜRSAB'a üye olma, Bakanlık'tan işletme belgesi alma, bakanlığa teminat ödemek ve birliklerine üye kayıt ücreti ve aidat ödeme zorunluluğu olduğunu, seyahat acentaları yönetmeliğinin 5 inci maddesinde, seyahat acentalarının hizmet alanlarının

düzenlendiğini, Hollanda Amsterdam'da kayıtlı Booking.com İnternational B.V. Ünvanlı davalı şirketin, www.booking.com internet adresi üzerinden online otel rezervasyonu ve satışını gerçekleştirdiğini, davalının faaliyetinin seyahat acentalığı faaliyeti kapsamında olduğunu, davalının çalıştıkları ülkelerde destek sağlamak ve bazı durumlarda müşteri hizmetleri sunmakla görevli destekleyici şirketlerden yararlandığını, Booking.com B.V'nin dünyadaki hiçbir destekleyici şirketi mesken tutmadığını, destekleyici şirketlerin booking.com işlem veya hizmet sorumlusu olarak yetkisinin bulunmadığını, davalılardan Bookingdotcom Destek Hizmetleri Ltd Şti'nin Booking.com B.V. şirketinin destek şirketi olduğu, davalı Booking.com B.V.'nin, www.booking.com internet sitesi üzerinden rezervasyon yapan kullanıcıları olan müşterilerine karşı sorumluluk yüklenmediğini, tüm sorumluluğun rezervasyon yapılan konaklama tesisine ait olduğunu, ihtilaf halinde Hollanda Hukuku'nun ve Amsterdam Mahkemeleri'nin görevli olduğunun belirtildiğini, davalıların sürekli olarak tüketicinin algısında gizli fırsatlardan ve indirimlerden yararlandırıldığı şeklinde TKHK'nun 61 inci maddesinde düzenlenmiş olan reklam ilkelerine aykırı, tüketiciyi aldatıcı mahiyette reklam yaptığını, tüketiciye karşı sonuçları ve kriterleri açıklanmamış ve doğruluğu herhangi bir mercii tarafından kanıtlanmamış veya denetlenmemiş reklamlarla saldırgan satış yöntemlerini kullanarak faaliyette bulunduğunu, davalıların ülkedeki mevzuatlara aykırı olarak otel konaklaması gerçekleştirdiğini, internet sitesinde yer alan otellere garanti oda uygulamasını dayattığını, bu sebeple birlik üyelerinin konaklama talebinde bulunan müşterilerine karşın zor durumda kaldığını, otellerin seyahat acentasıyla anlaşması olmasına rağmen bu uygulama sebebi ile oda satışı gerçekleştiremediğini, davalıların faaliyetlerinin TTK 54-55 maddelerine açıkça aykırı olduğunu. davalıların Türkiye'deki faaliyetlerinin de vergilendirilmediğini, buna karşılık konaklama satışı yapan birlik üyesi acentaların gelirinden vergilendirme yapıldığını sırf bu nedenle dahi eşit koşullarda rekabetin imkansız olduğunu, davalıların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında soruşturulması için Rekabet Kurumu'na 19.01.2015 tarihinde müracaat edildiğini, 23.07.2015 tarihinde soruşturma açıldığını, Rekabet Kurumu'nun 11.01.2017 tarihinde verdiği kararla davalılar hakkında 4054 s. kanunun 4 üncü maddesi kapsamında en iyi fiyat garantisi uygulaması nedeniyle 2.543.992,85 TL ceza verdiğini, yine T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tüketici'nin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü tarafından 6502 s. Kanun'un 77/12 maddesi gereğince davalıların faaliyetlerine yönelik reklamlarıyla ilgili olarak durdurma cezası verildiğini, davalılar hakkında birliklerine birçok tüketici şikayetinin geldiğini, bu sebeplerle davalıların üyeleri olan seyahat acentalarına yönelik haksız online konaklama rezervasyonu gerçekleştirme ve satış uygulamalarını TTK 54 ve "dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar" başlıklı 55 inci maddesi ile, ilgili maddelerine aykırı haksız fiilleri haksız rekabet

oluşturduğundan bu hallerin tespitine ve önlenmesine, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, ihtiyati tedbir talebiyle ilgili olarak, kendi üyelerinin Türkiye'de seyahat acentalığı faaliyetini yapabilmek için T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan işletme belgesi almak, Türsab'a üye olmak, üyelik bedeli ve aidat ödemek, tüketiciye sunulan hizmetler nedeniyle tüketicinin korunması hakkındaki kanun kapsamında hizmet sağlayıcısıyla birlikte tüketiciye karşı müşterek müteselsil sorumluluk taşımak, yine TKHK'nun 51 inci maddesinde düzenlenen paket tur sözleşmeleri kapsamında tüketicilere karşı ağır sorumluluklar altında bulunmak, kazançlarını vergilendirmek yükümlülüğü altında olduğunu, davalıların bu yükümlülüklerin hiçbirine tabi olmaksızın faaliyet yürüttüğünü bu sebeplerle TÜRSAB üyesi seyahat acentalarının mağduriyetinin ağır olduğundan ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir.

Aleyhe Tedbir Talep Edilen Davalılar: Davalılar Booking.com B.V. ve Bookingdotcom Destek Hizmetleri Ltd. Şti. vekilleri tarafından ilk derece mahkemesine sunulan cevap dilekçesinde: Davalı Bookingdotcom Destek Hizmetleri Ltd.Şti'nin diğer davalı şirketin destek şirketi olduğunu, kuruluş amacının Booking.com'a günlük bazda yardımcı olmak, Türkiye'de yer alan konaklama tesislerinin ve ortaklarını Booking.com ile sözleşme imzalaması amacıyla teşvik etmek, sözleşme imzalamış konaklama acentalarına yerel destek sağlamak şeklinde faaliyetleri olduğunu, bu sebeple herhangi bir internet sitesinin sahibi olmadığını, sunuculuğunu yapmadığını ve kontrol etmediğini, herhangi bir arabuluculuk hizmeti vermediğini, Booking.com adına yada onun için sözleşmesel ilişkiye girmeye yada başka bir şekilde temsile yetkili olmadığını, herhangi bir ticari sözleşmeyi imzalamadığını, diğer davalıya dahili destek sağladığını, turizm ve seyahat sektörü içerisinde faaliyette bulunmadığını, bu sebeple online otel rezervasyonu ve satışı nedeniyle TTK'nun ilgili maddeleri kapsamında herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını, seyahat acentası olmadığı için seyahat acentalarına yüklenmiş olan yükümlülüklerden sorumlu olmadığını, TTK kapsamında haksız rekabete yol açacak herhangi bir fiil, dürüstlük kuralına aykırı bir ticari faaliyette bulunmadığını, ihtiyati tedbir talebinin dayanaktan yoksun olduğunu,Davalı Booking.com B.V. yönünden ise davalının Hollanda yasaları çerçevesinde kurulmuş genel merkezi Amsterdam'da bulunan bir Ltd şirketi olduğunu, şirketlerin işletmiş olduğu internet sitesinin katılımcı konaklama tesislerinin odalarını rezervasyon için erişilir kıldığını, siteyi ziyaret eden ziyaretçilerin rezervasyon yapabildiğini, Booking.com'un rezervasyonu konaklama tesisine gönderdiği ve akabinde teyidini tüketicilere gönderdiği bir çevrim içi rezervasyon sistemi işlettiğini, herhangi bir oda satın almadığını veya satmadığını, tüketicinin doğrudan konaklama tesisine ödeme yaptığını, şirketin konaklama tesislerinden elde ettiği gelirin tüketicinin konaklama tesisinde kaldıktan sonra konaklama tesisi tarafından

kendilerine ödenen bir komisyondan müteşekkil olduğunu, konaklama tesisinin fiyatlarına müdahale etmediklerini, bu nedenle faaliyetlerinin seyahat acentalarının faaliyetlerinden farklı olduğunu, Booking.com B.V. şirketinin seyahat acentası olmadığını, bu sebeple seyahat acentalarına yüklenmiş olan yükümlülüklerden sorumlu tutulamayacağını, dolayısıyla davacının iddialarının aksine T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan faaliyet belgesi almak buna ilişkin teminat bedeli ödemek, davacı birliğe üye olmak ve üye aidatı ödeme yükümlülüklerinin olmadığını, ihtiyati tedbir talebinin reddine, haksız ve mesnetsiz davanın usul ve esasa ilişkin itirazları kapsamında reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı: İlk derece mahkemesi, HMK'nun 389 uncu maddesine göre, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı yada tamamen imkansız hale geleceğinin veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi halinde ihtiyati tedbir kararı verilebileceğinin düzenlendiğini, HMK'nun 390. maddesine göre tedbir talep eden taraf, davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda olduğunu, davacı davanın esası yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat edecek delil olarak kendilerine intikal eden tüketici şikayetlerini, Türkiye'de seyahat acentalığı faaliyeti yürütmek için 1618 sayılı yasa kapsamındaki yükümlülükleri, konuyla ilgili Avrupa ülkelerinde rekabet otoritelerinin başlatmış oldukları incelemeleri, kendilerinin konuyla ilgili olarak T.C. Maliye Bakanlığı, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve Rekabet Kurumu'na yapmış oldukları müracaatlar neticesi, kendilerine intikal eden cevabi yazılar, Rekabet Kurumu tarafından davalının en iyi fiyat garantisi uygulaması nedeniyle davalıya 11.01.2017 tarihli kararıyla verilmiş olan 2.543.992,85 TL ceza kararı, T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetim Genel Müdürlüğü tarafından 6502 s. kanunun 12 nci maddesi gereğince 14/06/2016 tarihinde verilen reklam durdurma cezası, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 04/02/2015 tarihli yazısı ile, davacı birliğin Booking.com B.V.'nin faaliyetleriyle ilgili yapmış olduğu müracaata verilen cevapta, Türkiye'de seyahat acentaları faaliyeti göstermek isteyen bir işletmenin bakanlıklarına teminat vermek, işletme belgesi almak, belirli bir adreste bulunmak, İş-Ticaret ve Vergi Hukuku açısından birçok bakanlık ve yerel yönetimlerce denetlenmek şeklinde ifade edilebilecek mevzuat düzenlemelerine tabii olma zorunluluğunun bulunduğu bir yerde hiçbir mevzuata tabi olmadan yasa dışı faaliyet gösteren firmaların bu eylemleriyle birlik üyesi seyahat acentaları karşısında aynı faaliyet alanı içerisinde hak ihlali gerçekleştirmiş olduklarının düşünüldüğüne ilişkin yazısı göz önüne alınarak davacının HMK 390 maddesi kapsamında ihtiyati tedbir yönünden yaklaşık ispat kuralını yerine getirdiği kabul edilerek tedbir talebinin kabulü ile HMK 389 ve devamı maddeleri gereğince, davacı meslek örgütünün üyelerinin ilerde telafisi

mümkün olmayacak zarara uğrayacakları ihtimaline binaen Hollanda menşeili, Booking.com B.V. şirketinin ve Bookingdotcom Destek Hizmetleri Ltd Şti'nin, Booking.com internet adresi üzerinden veya oluşturacakları başka bir adres üzerinden, Türkiye'de yerleşik otel, konaklama tesislerinin pazarlanması ve pazarlanmasına aracılık edilmesi yönündeki faaliyetin durdurulmasına, bu konuda Bilgi Teknolojileri Kurumu'na yazı yazılmasına, davacı meslek örgütü kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde meslek örgütü olduğundan teminat taktirine yer olmadığına karar vermiştir.

İstinaf Sebepleri: Davalılar vekili, tedbir kararının hukuka aykırı olduğunu, ihtilafın esasını çözer tarzda ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğini, hiç bir delile dayanmadığını, teminat aranmamasınında yerinde olmadığını, ihtiyati tedbirin Türk Turizmine ciddi ölçüde zarar verdiğini yine tüketicilerin menfaatlerine zarar verdiğini, Booking.com bir seyahat acentesi olmadığını,hukuk kuralları dahilinde hareket ettiğini, Türsabın amacının seyahat acentelerini pazarda suni olarak avantajlı konuma getirmek ve pazardaki rekabeti ortadan kaldırmak olduğunu, vergi hukukuna ilişkin iddiaların uyuşmazlıkla ilgisinin olmadığını, Rekabet kurulu kararının davayla ilgisinin olmadığını, mahkemenin itirazın reddine ilişkin kararının gerekçesiz olduğunu, HMK 389 uncu maddesine göre ihtiyati tedbir için şartların ve sebebin bulunmadığını, kararın gerekçesiz olduğunu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun teminat göstermeme gibi bir ayrıcalığı bulunmadığını, teminat alınmamasının yerinde olmadığını, TTK 58 inci maddesinin somut olayda öncelikle uygulanması gerekirken bu hükmün uygulanmamasının hatalı olduğunu, Booking.com sitesi vasıtasıyla tüketiciler çok sayıda konaklama tesisini hızlı bir şekilde arama tüketicilerin paraları karşılığı kalite ve değer bulmalarını sağladığını, tedbir kararıyla bundan mahrum kaldıklarını, şirketin müşteriyle konaklama tesisini bir araya getiren bir platform olduğunu tanıtım pazarlama ve satış faaliyeti bulunmadığını, acenta olmadığını, belirterek haksız ihtiyati tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir.

Davalı yanında Feri Müdahil Ş.. Turizm ve Tic. Ltd şti. İle, ...İnş Tic. A.Ş. istinaf dilekçesinde, kararın hatalı olduğunu tedbir kararı nedeniyle somut olarak zarara uğradıklarını, tedbir kararının gerekçesinin bulunmadığını, teminat aranmamasının kanun hükmüne aykırı olduğunu, kararın tüketicinin aleyhine komisyoncunun lehine olduğunu, belirterek ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasını talep etmişlerdir.

Gerekçe: İhtilaf, davalıların davacının üyeleri olan seyahat acentalarına yönelik online konaklama ve rezervasyonu gerçekleştirme ve satış uygulamalarına ilişkin haksız rekabet teşkil ettiği belirtilen eylemlerin tespiti ve önlenmesi ve haksız rekabetin sonucu oluşan maddi durumun kaldırılması istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesi, HMK'nun 389 uncu maddesine göre, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı yada tamamen imkansız hale geleceğinin veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi halinde ihtiyati tedbir kararı verilebileceğinin düzenlendiğini, HMK'nun 390. maddesine göre tedbir talep eden taraf, davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda olduğunu, Davacı davanın esası yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat edecek delil olarak kendilerine intikal eden tüketici şikayetlerini, Türkiye'de seyahat acentalığı faaliyeti yürütmek için 1618 sayılı yasa kapsamındaki yükümlülükleri, konuyla ilgili Avrupa ülkelerinde rekabet otoritelerinin başlatmış oldukları incelemeleri, kendilerinin konuyla ilgili olarak T.C. Maliye Bakanlığı, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve Rekabet Kurumu'na yapmış oldukları müracaatlar neticesi, kendilerine intikal eden cevabi yazılar, Rekabet Kurumu tarafından davalının en iyi fiyat garantisi uygulaması nedeniyle davalıya 11.01.2017 tarihli kararıyla verilmiş olan 2.543.992,85 TL ceza kararı, T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetim Genel Müdürlüğü tarafından 6502 s. kanunun 12 nci maddesi gereğince 14/06/2016 tarihinde verilen reklam durdurma cezası, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 04/02/2015 tarihli yazısı ile, davacı birliğin Booking.com B.V.'nin faaliyetleriyle ilgili yapmış olduğu müracaata verilen cevapta, Türkiye'de seyahat acentaları faaliyeti göstermek isteyen bir işletmenin bakanlıklarına teminat vermek, işletme belgesi almak, belirli bir adreste bulunmak, İş-Ticaret ve Vergi Hukuku açısından birçok bakanlık ve yerel yönetimlerce denetlenmek şeklinde ifade edilebilecek mevzuat düzenlemelerine tabii olma zorunluluğunun bulunduğu bir yerde hiçbir mevzuata tabi olmadan yasa dışı faaliyet gösteren firmaların bu eylemleriyle birlik üyesi seyahat acentaları karşısında aynı faaliyet alanı içerisinde hak ihlali gerçekleştirmiş olduklarının düşünüldüğüne ilişkin yazısı göz önüne alınarak davacının HMK 390 maddesi kapsamında ihtiyati tedbir yönünden yaklaşık ispat kuralını yerine getirdiği kabul edilerek tedbir talebinin kabulü ile HMK 389 ve devamı maddeleri gereğince, davacı meslek örgütünün üyelerinin ilerde telafisi mümkün olmayacak zarara uğrayacakları ihtimaline binaen Hollanda menşeili, Booking.com B.V. şirketinin ve Bookingdotcom Destek Hizmetleri Ltd Şti'nin, Booking.com internet adresi üzerinden veya oluşturacakları başka bir adres üzerinden, Türkiye'de yerleşik otel, konaklama tesislerinin pazarlanması ve pazarlanmasına aracılık edilmesi yönündeki faaliyetin durdurulmasına, bu konuda Bilgi Teknolojileri Kurumu'na yazı yazılmasına, davacı meslek örgütü kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde meslek örgütü olduğundan teminat taktirine yer olmadığına karar vermiştir.

İlk Derece Mahkemesinin kararında HMK'nun 390. maddesine göre tedbir talep eden taraf, davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorunda olduğunu, davacı davanın esası yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat edecek delil olarak kendilerine intikal eden tüketici şikayetlerini, Türkiye'de seyahat acentalığı faaliyeti yürütmek için 1618 sayılı yasa kapsamındaki yükümlülükleri, konuyla ilgili Avrupa ülkelerinde rekabet otoritelerinin başlatmış oldukları incelemeleri, kendilerinin konuyla ilgili olarak T.C. Maliye Bakanlığı, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve Rekabet Kurumu'na yapmış oldukları müracaatlar neticesi, kendilerine intikal eden cevabi yazılar, Rekabet Kurumu tarafından davalının en iyi fiyat garantisi uygulaması nedeniyle davalıya 11.01.2017 tarihli kararıyla verilmiş olan 2.543.992,85 TL ceza kararı, T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetim Genel Müdürlüğü tarafından 6502 s. kanunun 12 nci maddesi gereğince 14/06/2016 tarihinde verilen reklam durdurma cezası, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın 04/02/2015 tarihli yazısı ile, davacı birliğin Booking.com B.V.'nin faaliyetleriyle ilgili yapmış olduğu müracaata verilen cevapta, Türkiye'de seyahat acentaları faaliyeti göstermek isteyen bir işletmenin bakanlıklarına teminat vermek, işletme belgesi almak, belirli bir adreste bulunmak, İş-Ticaret ve Vergi Hukuku açısından birçok bakanlık ve yerel yönetimlerce denetlenmek şeklinde ifade edilebilecek mevzuat düzenlemelerine tabi olma zorunluluğunun bulunduğu bir yerde hiçbir mevzuata tabi olmadan yasa dışı faaliyet gösteren firmaların bu eylemleriyle birlik üyesi seyahat acentaları karşısında aynı faaliyet alanı içerisinde hak ihlali gerçekleştirmiş olduklarının düşünüldüğüne ilişkin yazısı gerekçe gösterildiğine göre mahkemenin yaklaşık ispat şartına ilişkin gerekçesinde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Öte yandan yaklaşık ispata ulaşılarak TTK 61 inci maddesine göre, haksız rekabet sayılan maddi durumun ortadan kaldırılması şeklinde konulan tedbir kararında bir hukuka aykırılık bulunmamasına göre diğer taraftan HMK 396/1durum ve koşulların değişmesi halinde talep üzerine her zaman ihtiyati tedbirin değiştirilmesi ve kaldırılması ilk derece mahkemesince mümkün olmasına göre ihtiyati tedbirin şartlarına yönelik istinaf başvurusunun reddine karar vermek gerekmiştir. Ancak ilk derece mahkemesinin HMK 392 nci maddesine farklı anlam vermek suretiyle tedbir kararı verirken teminat aramaması yerinde görülmemiştir. Hükmün bu nedenle kaldırılmasına ve tedbir kararı nedeniyle davalı ve müdahillerin olası zararlarının teminatı olmak üzere takdiren 500.000-TL nakdi veya süresiz kesin banka teminat mektubu karşılığı tedbir kararının uygulanmasına oy çokluğuyla kesin olmak üzere dosya üzerinde yapılan inceleme neticesinde karar vermek gerekmiştir.

Hüküm: Yukarıda açıklanan nedenlerle

Davalılar vekilinin ve bir kısım müdahiller vekilinin istinaf talebinin kısmen kabul, kısmen reddi ile; davalılar vekilinin ve bir kısım müdahiller vekilinin ihtiyati tedbire ilişkin istinaf başvurularının REDDİNE; İstanbul 5.Asliye Ticaret Mahkemesinin 2017/1174 esas 26/05/2017 tarihli itiraz üzerine verilen teminat alınmamasına ilişkin ret kararının HMK 353/b-2 maddesi gereğince kaldırılmasına,

"HMK 392 nci maddesi gereğince takdiren 500.000- TL nakdi veya kesin-süresiz banka teminat mektubunun lehine ihtiyati tedbir talep eden davacıdan alınmasına, muadil teminatın 1 hafta içinde yatırılmasına"

İstinaf yoluna başvuran davalılar ve bir kısım müdahiller tarafından yatırılan peşin istinaf karar harcının (Davalılar 31,40-TL , müdahil .. İnş. Tic. Ve A.Ş. 31,40- TL, müdahil .. Turizm ve Tic. Ltd. Şti. 31,40- TL) istek halinde kendilerine iadesine,

Dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda HMK 362.f maddesi gereği kesin olmak üzere oy çokluğuyla karar verildi. 04.12.2017

KARŞI OY

İstinafa konu ihtiyati tedbire ilişkin ara kararına ilişkin 4.12.2015 tarihli dava dilekçesinde;davacı vekili davalı yurtdışı şirketin, Türkiye de bir temsilci atamaksızın faaliyette bulunduğu, Türkiye de vergi ödemediği, bu işi seyahat acentalarından başkasının yapamayacağı; www.booking.com adresli site de tüketicilere online otel rezervasyonu yaparak otel satışı gerçekleştirdiği site incelendiğinde; diğer hizmet sağlayıcılarından daha iyi (düşük) olduğunu ifade eden en iyi fiyat garantisi hükümlerinin tüketicinin bu siteye yönelmesini sağladığını; yanıltıcı reklamlarla tüketicinin etkilendiği, ayrıca davalının konaklama tesislerine dayattığı garanti oda uygulaması nedeniyle seyahat acentelerine oda satışı yapmadığı belirtilerek "davalıların seyahat acentelerine yönelik haksız online konaklama rezervasyonu gerçekleştirme, satış ve uygulamalarının TTK 54 ve 55 inci maddelerine aykırı haksız fiilleri haksız rekabet oluşturduğundan bu hallerin tesbiti ve önlenmesine ,davacı Türsab üyesi seyahat acentelerinin mağduriyeti ağır olduğundan öncelikle ihtiyati tedbir kararı verilmesi talep edilmiştir.

Dava açılmasından 2 yıl sonra Mahkeme 29.3.2017 tarihli ara kararıyla Hollanda menşeli BookingcomB.V şirketinin Booking.com internet adresi üzerinden veya oluşturacakları başka bir adres üzerinden ,Türkiye de yerleşik otel, konaklama tesislerinin pazarlanması ve pazarlanmasına

aracılık edilmesi yönündeki faaliyetin durdurulmasına, BTK ya yazı yazılmasına ve teminat alınmamasına karar verilmiştir.

Davacının ihtiyati tedbirin uygulanmasını talebi beklenmeden BTK ya 29.3.2017 tarihli müzekkere yazılmıştır.

Müzekkere BTK nun 4.4.2017 tarihli yazısıyla gereğinin yapılması için 5651 s. kanunun 6.a/7 nci fıkrası uyarınca Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderildiği ve Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından Birliğin kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışında verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması konusunda koordinasyon görevine sahip olduğu, otellerin pazarlanmasının durdurulması isteminin birliğin görev alanında bulunmadığı gibi Bookingcom sitesi üzerinden Türkiyede yerleşik konaklama tesislerinin pazarlanması faaliyetlerinin durdurulduğu anlaşıldığından bir işlem yapılamadığı bildirilmiş, ancak davalı vekilinin beyanlarından ve birliğin yazısından ihtiyati tedbir kararı verilmesini müteakip, davalı tarafça tüketicilerin türkiyedeki yerleşik otellere erişimin durdurulduğu anlaşılmaktadır.

Öncelikle kanunda belirlenen İhtiyati tedbir kararı verilmesinin koşulları üzerinde durmak gerekmektedir. HMK 389/1 gereği mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Dava dilekçesinde davacı taraf ihtiyati tedbir talebi sebebini;davalının saldırgan satış faaliyetleri nedeniyle davacı üyeleri seyahat acentelerinin kar - müşteri kaybına uğraması olarak belirtilmiştir. Ancak toplanan tüm delillerden sektörde davacıdan başkaca taraflar bulunduğu, bir tarafta müşteri-tüketicilerle diğer yanda konaklama tesislerinin bulunduğu ve verilen ihtiyati tedbir kararının davalıdan ziyade diğer tarafların hukukunu etkilediği de tartışmasızdır.

Davanın hukuki dayanağı; TTK nun 55 inci maddesi ve devamı hükümleridir. Davalı şirketin sunduğu hizmette, kanuna aykırı hükümler varsa denetlenecek, yargılama sırasında tarafların argümanları üzerinde durulacaktır.

Rekabet Kurulu; rekabet ortamının sağlanması, geliştirilmesi ve korunması misyonuyla kurulmuş bir kamu kurumudur. Kamunun karar ve eylemlerinin rekabetçi anlayış çerçevesinde oluşturmak için gerekli tasarruflarda bulunur. Rekabet ise; herhangi bir piyasada ki satıcıların mal ve hizmetlerini sunmak için daha fazla müşteri edinmek isterler, satıcıların müşterilerini artırmak için giriştikleri yarışa rekabet adı verilir, olarak tanımlanmıştır.

Rekabet Kurulu yine davacı Türsab'ın şikayeti üzerine; soruşturma yapmış; sonucunda verdiği kararda; davalı şirketin küçük aile pansiyonlarından beş yıldızlı otellere kadar değişen yelpazede

konaklama tesislerinin uygunluk durumlarını ve fiili oda fiyatlarını yükledikleri, tüketici yorumlarının görülebildiği, bir çevrimçi rezervasyon platformu hizmeti sunduğu, oda alıp satmadığı, ödemenin otele davalının komisyonunu içerecek şekilde tesise yapıldığı,katılımcı konaklama tesislerinin odalarını rezervasyon için erişilebilir kılan, müşterinin siteye girdiğinde rezervasyon yapabildiği (hizmet), sitenin rezervasyonu konaklama tesisine gönderdiği akabinde teyidini tüketiciye gönderdiği bir çevrimiçi rezervasyonu sistemi işlettiği, bu kapsamda yer alan bütün hizmetlerin booking.com tarafından sağlandığı, bunun dışında seyahat, ulaşım, paket tatil, rehberlik hizmetleri, geziler, yiyecek, içeçek ve diğer turizm faaliyetlerinin ve hizmetlerinin satışı/rezervasyonu hizmeti sunmadığı tesbitlerine yer verilmiştir. (sahife 6,7)

Pazara ilişkin Türkiye özelinde yapılan değerlendirmelerde; yerel konaklama tesislerinin esas kanalın çevrimiçi konaklama rezervasyonu platformları oluşturulduğu, bookingcom'un bu teşebbüsler arasında dominant oyuncu olduğu, bu kapsamda turizm faaliyetlerinden oluşturduğu tüm ürünleri satabilen seyahat acenteleri geleneksel kanal olarak tanımlanarak tüketicilerin bu hizmetten yararlanabileceği gibi, internetin ve elektronik ticaretin yaygınlaşması ve gelişmesiyle ortaya çıkan davalı gibi sadece rezervasyon hizmeti sunan yeni kanallarında mevcut olduğu, ayrıca seyahat acentelerine benzer başkaca çevrim içi platformlar bulunduğu, Çevrimiçi kanalda faaliyet gösteren yerli rakiplerin birçoğunun internet siteleri potansiyel olarak tüm dünyaya açık iken sunulan dil seçeneğinin türkçeyle sınırlı olması nedeniyle fiili durumda ulaştığı tüketicilerin Türkiyede ki tüketicilerle sınırlı kaldığı, "konaklama rezervasyonu hizmetleri "olarak isimlendirilecek üst pazarın kendi içinde "geleneksel kanallardan sunulan konaklama rezervasyonu hizmetleri "ve çevrimiçi konaklama rezervasyonu platform hizmetleri olmak üzere iki alt pazara ayrıldığı hitap ettikleri tüketiciler verdikleri hizmetlerin farklılığı gibi sebeblerle birbirlerine alternatif olamayacakları, bu nedenle eylemleri ve konaklama tesisleriyle imzaladığı sözleşmeleri inceleme konusu olan Bookincom'un faaliyetlerinin bizzat örtüştüğü, "çevrimiçi konaklama rezervasyonu platform hizmetleri"ilgili ürün pazarı olarak tanımlanmıştır.

Kurul 4054 s. kanunun imzalanan sözleşmeleri kanunun 4 üncü maddesi kapsamında kabul ederek; davalının uygulanan geniş MFC hükümlerinin alınan komisyon oranları bakımından rekabeti azalttığı ve pazarı rakiplere kapama etkisi yarattığı,rakip platformların ,davalıyla anlaşmalı konaklama tesislerinden daha uygun oda fiyatı ve koşulları alamadığı , geniş MFC uygulaması nedeniyle yapacakları indirimleri tüm kanallarda yapmaya zorlanan konaklama tesislerinin, fiyat düşürme güdüsünün zayıflayacağı,davalıyla konaklama tesisleri arasında akdedilen sözleşmelerin "en iyi fiyat garantisi" "fiyat ve kontenjan paritesi" hükümlerinin rekabeti ihlal ettiği,diğer inceleme yapan birçok farklı Rekabet Kurulunun ortak kanaatinin; bu hükümlerin rekabeti sınırlayıcı olduğu ve bu hükümlerin taahhhüt mekanizmesiyle çözülebileceği kabul edilen

bir rekabet sorununa yol açtığı, 4054 s. kanunun 9/3 üncü fıkrası kurul karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceklerinin düzenlendiği, 9/1 fıkranın tamamlanmış ve ihlal tesbiti yapılmış olan bir inceleme açısından ihlalin sona erdirilmesi kararını, son fıkranın ise ihlal tesbitinin nihai olarak yapılmadığı bir aşamada ihlalin ne şekilde sona erdirilebileceği ne ilişkin görüş düzenlemesini içerdiği, bu bildirimin bir görüş şeklinde olması ve bu görüşün tarafa "kurul birinci fıkraya göre bir karar almadan önce gönderilmesi gerektiği,Kurulun nihai karara varmadığı ve bu yönüyle kanun kapsamında bir ihlali nihai olarak tesbit etmiş olamayacağı bir dönemde ve böyle bir tesbit yapmaksızın konu hakkında nihai karara varması düşünülemeyeceğinden bu bildirimin ancak görüş olabileceği, yürütülmüş bir soruşturmanın sonucunda ihlal tesbiti yapılan bir kararda 4054 s. kanun gereği yapılması gerekenin idari para cezası uygulanmasının yanısıra ihlal halen devam etmekte ise 9/1 maddesi uyarınca ihlale son verme kararının muhataplara bildirilmesi olduğu gerekçesiyle uygulanan fiyat ve kontenjan paritesi hükümlerinin ihlal teşkil ettiğine ve davalı şirketin .....-TL idari para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu ;davalının ihlali ne şekilde gidereceğine ilişkin görüş yazısında bildirdiği taahhütleri de incelemiş, bookingcom'un mevcut durumda sahip olduğu pazar gücü dikkate alındığında dahi incelenen pazarların gelişme ve büyümesinin devam edebileceği öngörüldüğünden bu aşamada ilgili koşulun sağlanacağı, bu çerçeve de taahhüt edilen sözleşme değişikliklerinin yapılması halinde dar MFC hükümlerini içerecek sözleşmelerin 4054 s. kanunun 5 inci maddesinde yer alan 3. şartı karşıladığı, bireysel muafiyet verilebileceği ancak ilgili pazarın ne yönde bir gelişme göstereceğinin belirsizliği dikkate alındığında dar MFC hükümlerinin içeren sözleşmelere tanınabilecek muafiyetin belirli bir süre sonunda yeniden gözden geçirilmesinde fayda olduğu tesbiti yapılmıştır.

Karara ekli karşı oy da ise; Bookingcom'un MFN uygulamalarının avrupa ülkelerinin önemli bir bölümünde de inceleme konusu olduğu, ancak Bookingcom'un mevcut uygulamalarının yerine dar MFN olarak adlandırılan konaklama tesisinin Bookincom'un rakiplerini bağlamayacak şekilde sadece kendi fiyatıyla bookingcom'un fiyatlarının aynı olmasını öngören taahhütleri üzerine Avrupadaki 23 ülke Rekabet otoriteleri tarafından açılan soruşturmaların idari para cezasına konu olmadan kapatıldığı belirtilmiştir.

Dosyada bir sureti mevcut Alman Rekabet Kurumu Bundeskartellamt başka bir platform olan HRS hakkında yaptığı soruşturma neticesinde geniş MFC hükümlerinin rekabeti kısıtladığına ve bu koşulların sözleşmeden çıkartılması talimatı vererek soruşturmayı tamamlamıştır.

Tüm anlatılanlara göre davacı tarafın davalının konaklama tesisleriyle yaptığı sözleşmedeki hükümler (en iyi fiyat - garanti oda) nedeniyle zarara uğradığını, tesislerden oda temin edilemediği bu sebeble zarara uğradıkları ileri sürülen bir davada; Türkiyedeki otellerin rezervasyonu yasaklanmak suretiyle ihtiyati tedbir kararı verildiği; verilen hizmetin tümünün yasaklanmasına haksız rekabet hükümlerinin de izin vermediği, elde ki davada davalının ancak konaklama tesisleriyle imzaladığı sözleşmelerde davacı üyeleri bakımından haksız rekabet teşkil edecek kısımları hakkında haksız rekabetin engellenmesine hüküm verilebilecek iken tüm ticari faaliyetin engellenmesi şeklinde bir ihtiyati tedbir kararının hukuki olmadığı ortadadır. İhtiyati tedbir kararı verilme koşulları kanunda açıkça yazılı olup giderilemeyecek ağır zarar koşulu mevcut olmadığı gibi, yargılamanın halen devam ettiği, arakararının dava açılmasından 2 yıl sonra verildiği gözönüne alındığında gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından sözedilemeyeceği, Sözleşmelerin 31.5.2017 tarihinde revize edildiği yolunda sadece beyandan ibaret bir bildirim Dairemize yapılmış ise de revize edilen sözleşmelerin sunulmadığı, ancak geniş MFC hükümlerinin(en iyi fiyat-garanti oda) hak ihlali mevcut olduğuna hükmeden Rekabet Kurulu dar MFC uygulamasının bu aşamada bireysel muafiyet koşullarına sahip olduğunu belirlediği gözönüne alındığında başvuru halinde bu durumun Kurum tarafından inceleneceği tabi olup yine ihtiyati tedbir kararı verilmesini haklı kılmayacaktır.

Sonuçta tüm dünyanın ulaşabildiği bir çevrimiçi konaklama rezervasyon hizmeti sunan internet sitesi; istinafa konu ara kararıyla sadece Türkiye Otellerinin yurt içi ve yurt dışı rezervasyonu erişime engellenmiş,Türk Otellerine internet sitelerinden Türkiye içinden ulaşılabilmesi fiilen kolaylıkla mümkün ise de aynı şeyi yurt dışı tüketiciler için söylemek mümkün değildir. Zira aşılamayan dil sorunu Rekabet Kurulu kararına da geçmiştir. Ancak Türkiyede ki bir tüketici internet kullanıcısı örneğin Antalyadaki bir otele bu platformdan ulaşamaz iken, Yunanistanda ki bir otel için bir engelleme bulunmamaktadır. Davacı üyeleri acenteler sadece yurtiçinde faaliyet göstermediği, yurtdışına da seyahat hizmeti sattıkları ve tedbir kararının sonuçları gözetildiğinde yurt dışı otellere rezervasyon yapılabilmesine bir engelleme olmamasıda ayrı bir çelişki olmuştur. Sonuç itibariyle Türkiye Otellerine yabancı tüketicinin erişimini engelleyen bu ara karar nedeniyle sektörün diğer tarafları olan tüketicilerin ve konaklama tesislerinin menfaatinin dikkate alınmadığı; tümüyle kaldırılması gerektiği kanaatına vardığımdan, ihtiyati tedbirin yasal koşulları taşıdığı, teminat alınmaması dışında kanuna aykırılık olmadığı yolunda ki sayın çoğunluğun görüşüne iştirak etmem mümkün olmamıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı - İstanbul BAM, 7. HD., E. 2018/692 K. 2018/706 T. 19.4.2018

DAVANIN KONUSU: Tapu İptali Ve Tescil (Satış Vaadi Sözleşmesinden Kaynaklanan)

KARAR

TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARININ ÖZETİ:

Davacı vekili dava dilekçesinde; Gemlik 1. Noterliğinin 18/05/2000 tarih ve 5969 yevmiye nolu düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile A1 Mah. 3283-5651-2111-498 parsel sayılı taşınmazlarda hissesini satın aldığı K2'in vefat ettiğini, mirasçıları K1 ve K3'in tapuda satış işlemi yaparak adına intikal yaptırdıklarını, ancak davalı K4'in hissesini devretmeyerek sözleşmeye aykırı davrandığını, sözleşmede belirtilen bedelleri K2'e peşin ödediğini belirterek; dava konusu taşınmazların adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı cevap dilekçesinde ; 48 yıldır ve halen davacı tarafından kullanılmakta olan bu ortak taşınmazlarla ilgili diğer maliklere kullanım ve işgal bedeli ödenmediğini, taşınmazlara ait ödenmemiş vergi borçları olduğunu, öncelikle davacının miras hakkı ve ortak mülkiyet gereği evin kullanımından doğan kira bedelini, zeytinlik olan arazilerin ürün bedelini 48 yıllık faiziyle ödemesi gerektiğini, Mayıs 2008'den beri emlak vergilerini ödemediğini, ödediğini iddia ettiği satış bedellerini ispatlayamadığını, sözleşmede usulsüzlük yaptıklarını belirterek; davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ: İlk Derece Mahkemesince "Davanın KABULÜNE, A1 mevkii 3283 parsel sayılı taşınmazdaki davalının miras hissesinin iptaline ve davacının adına tapuya kayıt ve tesciline, A3 mevkii 5651 parsel sayılı taşınmazdaki davalının miras hissesinin iptaline ve davacının adına tapuya kayıt ve tesciline, A2 mevkii 2111 parsel sayılı taşınmazdaki davalının miras hissesinin iptaline ve davacının adına tapuya kayıt ve tesciline, A4 mevkii 498 parsel sayılı taşınmazdaki davalının miras hissesinin iptaline ve davacının adına tapuya kayıt ve tesciline" karar verilmiştir.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ: Davalı vekili istinaf başvuru dilekçesinde özetle, Sayın yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı kabul etmediklerini, karara istinaf mahkemesine gönderilmek üzere bozulması dileğiyle itiraz ettiklerini, dava konusu taşınmazlar kök muris K5'a ait olup K5'ın 1968 yılında vefatıyla taşınmazlar K2, K6 ve K7'e intikal etmekle birlikte hisseleri oranında anılan tarihlerde uhdelerine geçirilmediğini, satış vaadinin yapıldığı tarih olan 18.05.2010 tarihinde mülkiyet iştirak halinde (elbirliğiyle mülkiyet halindeydi) elbirliği

mülkiyetinde esas olan tüm maliklerin tasarrufa katılmalarıdır, davalının murisi bulunan K2 satış vaadinde bulunduğu tarihte taşınmaz elbirliği mülkiyetine tabi olup diğer hissedar maliklerin (K5 ın diğer varisleri) satış vaadi sözleşmesine katılmadıklarını, aradan geçen sürede K2 satış vaadinin gereğini yerine getirilmeden vefat ettiğini, ekte sunulan yargıtay kararlarında da görüleceği üzere satış vaadinde ferağ verileceğini gösterir bir tarih bulunmadığından satış vaadine uyulmasını talep etmek süre olarak genel hükümlere tabi olduğunu, bu konuda ekli yargıtay kararında görüleceği üzere B.K.125 . maddedeki 10 yıllık süre yargıtay kararlarında nazara alınması gerektiği hüküm altına alındığını, ayrıca M.Knun olağan üstü zaman aşımı süresini düzenleyen İlgili maddesine nazaran 10 yıllık sürenin geçtiği nedeniyle ve her iki sebepten dolayı açılmış olan dava hukuki dayanaktan yoksun iken taraflarına karşı açılan davanın reddi gerekirken sayın yerel mahkemenin vermiş olduğu kararın haksız ve hukuka aykırı olduğu kanaatiyle lehine bozulması dileğiyle istinaf talebinde bulunduklarını, nitekim satış vaadi sözleşmesinde lehine vaadde bulunulan K8 bedeli ödeyeceğim demekte olup ödediğini gösterir kendisine ait kesin bir ifade de olmadığını, sonuç itibariyle böyle bir bedelde ödenmediğini, sayın yerel mahkeme de bu hususları nazara almayarak davanın haksız ve hukuka aykırı bir şekilde kabulüne karar vermiş olup bu bakımdan taraflarınca istinaf yoluna başvurma zaruretinin hasıl olduğunu, yukarıda açıklana nedenlerle, usul ve yasaya, yargıtay içtihatlarına açıkça aykırı olarak verilen yerel mehkeme kararının bozulmasına İSTİNAF taleplerinin kabulune mahkeme masrafları ve ücreti vekaletin davacı tarafa tahmiline karar verilmesini talep etmiştir.

DELİLLERİN TARTIŞILMASI VE GEREKÇE: Dava, satış vaadi sözleşmesinden kaynaklı tapu iptal ve tescil davasıdır.

Davacı, Gemlik 1. Noterliğinin 18/05/2000 tarih ve 5969 yevmiye nolu düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile A1 Mah. 3283-5651-2111-498 parsel sayılı taşınmazlarda hissesini satın aldığı K2'in vefat ettiğini, mirasçıları K1 ve K3'in tapuda satış işlemi yaparak adına intikal yaptırdıklarını, ancak davalı K4'in hissesini devretmeyerek sözleşeye aykırı davrandığını, sözleşmede belirtilen bedelleri K2'e peşin ödediğini belirterek; dava konusu taşınmazların adına tescilini talep etmiştir.

Mahkemece, davaya konu taşınmazlardaki davalının miras hissesinin iptaline ve davacı adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmiştir.

"Kaynağını Borçlar Kanununun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca Noter önünde re’sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme

türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.

Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil isteminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenmiş olmalıdır. Ancak, bedelden ödenmeyen bir kısım var ise, bu bedel Borçlar Kanununun 81. maddesi uyarınca depo ettirilmelidir.

Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağı bulunmalıdır. Elbirliği mülkiyetine (TMK m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla birlikte elbirliği ortaklığı çözülünceye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Bu durum, satışı vaat edilen taşınmazın tapusunda temliki tasarrufu engelleyen bir kaydın bulunması veya 5578 sayılı Kanunla değiştirilen 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmüne aykırı şekilde taşınmaz satışı vaat edilmesi ya da vaade konu taşınmazın bir başka mahkemede mülkiyet uyuşmazlığına konu olması halinde de geçerlidir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, Türk Medeni Kanununun 1009. maddesi uyarınca tapunun beyanlar hanesine şerhi mümkündür. Böylece, sözleşme alacaklısı sözleşmeden kaynaklanan kişisel hakkını kuvvetlendirmiş olur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürme olanağı kazanır. Tapu Kanununun 26/6 maddesi uyarınca bu şerh beş yıl için geçerli olup beş yılın dolmasıyla kayıttan silinir ve anılan gücünü yitirir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerhinden sonra beş yıl içinde kayda işlenen her türlü haciz, ipotek ve benzeri sözleşme alacaklısının haklarını kısıtlayacak nitelikteki şerhler de sözleşme alacaklısını bağlamaz" (Yargıtay 14.HD. 26.03.2013 tarih , 2013/2897 Esas, 2013/4619 Karar)

Satış vaadi sözleşmesine konu A1 Mah. 3283-5651-2111-498 parsel sayılı taşınmazlarda davalının murisi K2' dışında da paydaşlar bulunup bu paydaşlığın el birliği mülkiyeti biçiminde bulunduğu ve samahat mirasçılarından bir kısmının davacıya karşı payları oranında edimlerini yerine getirdiği ancak yapılan intikal ile davalı zafer ve davacının da halen taşınmazda el birliği mülkiyet ile paydaş olduğu anlaşılmaktadır. İfa olanağı bulunmadığından zamanaşımının dolduğuna ilişkin savunma yerinde görülmemiştir.Ancak bu hali ile taşınmaz el birliği mülkiyetine konu olup, satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağının bulunmadığından davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle; davalının istinaf başvuru talebinin kabulüne, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına, davanın reddine ilişkin kesin olarak karar verilmesi gerektiği kanısına varılmış ve aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Gerekçesi yukarıda izah edildiği üzere;

1-Davalı vekilinin istinaf başvurusunun KABULÜNE,

2-Gemlik 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 18/07/2017 tarih 2016/327 esas, 2017/379 karar sayılı kararının KALDIRILMASINA,

-Davanın ifa imkansızlığı nedeniyle REDDİNE,

-Harçlar tarifesi gereğince karar tarihi itibariyle alınması gereken 35,90 TL. maktu ret karar ve ilam harcının peşin alınan 518,31TL harçtan düşülmesi ile arta kalan 482,41TL. harcın davacıya geri verilmesine

-Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

-Kendisini vekille temsil ettiren davalı lehine hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 2.180,00 TL maktu vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

-Kullanılmayan gider avansının karar kesinleştiğinde taraflara iadesine,

3-Davalı tarafından yatırılan 31,40TL istinaf karar harcının istem halinde davalıya iadesine,

4-Davalı tarafından yapılan 47,50 TL istinaf yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5-İstinaf incelemesi sırasında duruşma açılmadığından kendisini vekille temsil ettiren davalı lehine vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

6-İstinaf kanun yolu aşamasında yatırılan ve kullanılmayan gider avansının talep halinde iadesine,

Dosya üzerinde yapılan inceleme neticesinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 353/1 bendi gereğince kesin olmak üzere oy birliği ile karar verildi.19/04/2018

Anayasa Mahkemesi Kararları (Norm Denetimi Kararları)

- Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2017 tarihli 5651 sayılı Kanun - BTK Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2017 tarihli 5651 sayılı Kanun - BTK Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - OHAL KHK Değişiklikleri Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - OHAL KHK Değişiklikleri Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 8/A Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 8/A Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - ESB Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - ESB Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 28 Ocak 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 2014 Değişiklikleri Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 28 Ocak 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 2014 Değişiklikleri Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 30 Aralık 2015 tarihli MİT Kanunu Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 30 Aralık 2015 tarihli MİT Kanunu Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı (Başvuru Dilekçesi)
- Anayasa Mahkemesi - 2 Ekim 2014 tarihli 5651 sayılı Kanun - Trafik Bilgisi Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 2 Ekim 2014 tarihli 5651 sayılı Kanun - Trafik Bilgisi Kararı (Yürütmenin Durdurulması Talebi)
- Anayasa Mahkemesi - 9 Nisan 2014 tarihli Elektronik Haberleşme Kanunu Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 22 Kasım 2012 tarihli İnternet Geliştirme Kurulu kararı
- Anayasa Mahkemesi - 29 Ocak 2009 tarihli TİB Kararı

Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2017/16

Karar Sayısı : 2019/64

Karar Tarihi : 24.07.2019

R.G. Tarih - Sayı : 13.11.2019 – 30947

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun'un;

A. 7. maddesiyle 31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının,

B. 22. maddesiyle 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesine eklenen (11) numaralı fıkranın (28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanun'un 99. maddesiyle aynı maddeye eklenen (9) numaralı fıkra nedeniyle (12) numaralı fıkra şeklinde teselsül ettirilmiştir) birinci ve üçüncü cümlelerinin,

C. 23. maddesiyle 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanunu'nun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesinde yer alan "*...Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın,...*" ibaresinin,

Ç. 25. maddesiyle 6/1/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen geçici 21. maddenin,

Anayasa'nın 2., 13., 20., 36., 90., 118., 138., 139., 140. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

6757 sayılı Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 7. maddesiyle 1324 sayılı Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen birinci fıkrası şöyledir:

"*(Değişik birinci fıkra: 15/8/2016-KHK-671/8 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/7 md.)* ***Genelkurmay Başkanı; orgeneral ve oramiraller arasından, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır.***"

2. 22. maddesiyle 5809 sayılı Kanun'un 60. maddesine eklenen (11) numaralı fıkra şöyledir:

"(11) (Ek: 15/8/2016-KHK-671/25 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/22 md.) ***Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir.*** *Kurum, bu fıkrada belirtilen görevlerin ifasında bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışır.* ***Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir.*** *Bu fıkraya göre bilgi ve belge talebinde bulunulması ve bu taleplerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Başbakanlıkça belirlenir.*"

3. 23. maddesiyle 3201 sayılı Kanun'un ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkra şöyledir:

"*(Ek fıkra: 15/8/2016-KHK-671/26 md.; Değişik fıkra: 3/10/2016-KHK-676/28 md.; Aynen kabul: 9/11/2016-6757/23 md.) Özel harekat birimlerinde istihdam edilmek üzere, yirmisekiz yaşından gün almamış olmak kaydıyla, en az lise veya dengi okul mezunları,* ***Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın****, fiziki yeterlilik ve mülakat sınavları ile polis meslek eğitim merkezlerine alınabilir. Bu fıkra kapsamında alınacak olanların eğitim süresi ve eğitim şekline ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Bakanlık tarafından belirlenir.*"

4. 25. maddesiyle 2576 sayılı Kanun'a eklenen geçici 21. madde şöyledir:

"**Geçici Madde 21-** (Ek: 15/8/2016-KHK/671/28 md.; Aynen kabul: 9/11/2016- 6757/25 md.)

31/12/2020 tarihine kadar bölge idare mahkemesi üyeliğine, hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen en az altı yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunan idarî yargı hâkim ve savcıları arasından atama yapılabilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 9/2/2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik

bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Olağanüstü Hâl Yönetim Usulünün Anayasal Çerçevesi

3. Olağanüstü yönetim usulleri; iç karışıklık, ayaklanma, savaş tehlikesinin baş göstermesi, savaş hâli, doğal afet, ağır ekonomik bunalım ve benzeri nedenlerle devletin ve toplumun güvenliğini büyük ölçüde sarsan durumlarla karşılaşıldığında başvurulan yönetim şekilleridir. Belirtilen durumların devletin ve toplumun varlığı ve güvenliği bakımından büyük bir tehlike oluşturduğu kuşkusuzdur. Olağan dönemdeki yönetim rejiminin ve hukuk kurallarının bu tehlikelerin giderilmesinde yetersiz kalabilmesi nedeniyle çağdaş hukuk sistemlerinde olağanüstü hâllerde özel yönetim usullerinin uygulanmasına da imkân tanınmaktadır. Bir başka ifadeyle olağanüstü yönetim usulleri bir zaruretten kaynaklanmakta olup demokratik anayasal düzenin korunması ve sürdürülebilmesi için bu yönetim usullerine başvurulması zorunluluğu ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda olağanüstü yönetimlere neden olan tehlikelerin bertaraf edilebilmesi için olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme ihtiyacı duyan yürütmenin yetkilerinin artırılması gerekebilmektedir.

4. Bununla birlikte demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri hukuku dışlayan, keyfî yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetim usulleri kaynağını Anayasa'da bulmakta, anayasal kurallara göre yürürlüğe konularak yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdürmektedir. Olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmaktır. Bu nedenle olağanüstü hâl yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın hukuki bir rejimdir.

5. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde olağanüstü hâl sebepleri Anayasa'nın 119. ve 120. maddelerinde düzenlenmiş ve 119. maddede "*tabiî afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri*"; 120. maddede de "*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması halleri*" olağanüstü hâl ilan edilme sebepleri olarak öngörülmüştür. Anayasa'nın 119. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca ilan

edilebilirken 120. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca Millî Güvenlik Kurulunun da görüşü alındıktan sonra ilan edilebilmektedir.

6. Anayasa'nın mülga 121. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir*" denilmektedir. Anılan hüküm uyarınca, olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisine sahiptir.

7. Anayasa'nın mülga 91. maddesinin birinci fıkrasında, sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin KHK'larla düzenlenemeyeceği belirtilmekte iken sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde, söz konusu hak ve ödevler yönünden de KHK ile düzenleme yapılmasına bir engel bulunmamaktadır.

8. Anayasa'nın mülga 121. ve 122. maddelerinin üçüncü fıkralarında da olağanüstü hâl ve sıkıyönetim hâlinin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK'ların Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulacağı, bunların TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usulün İçtüzük'te belirleneceği öngörülmüştür. TBMM İçtüzüğü'nün 128. maddesinin 9/10/2018 tarihli ve 1200 sayılı Karar'la değiştirilmeden önceki hâline göre "*Anayasanın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır./ Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır*" Söz konusu maddede, olağanüstü dönem KHK'larının da olağan dönem KHK'ları gibi komisyonlarda ve Genel Kurulda öncelikle ve ivedilikle görüşüleceği hükme bağlanmakla birlikte olağan dönem KHK'larından farklı olarak öncelikle ve ivedilikle görüşülme hususu, birtakım sürelere bağlanarak somutlaştırılmıştır.

B. Olağanüstü Hâl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi

9. Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "*...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun*

hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz" hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem KHK'ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini ifade ederek Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri gözönünde bulundurulduğunda olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.

10. Bununla birlikte olağanüstü hâl KHK'larının TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İptal davasına konu edilen 6757 sayılı Kanun, olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 671 sayılı KHK'nın TBMM tarafından onaylanması sonucunda yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla dava konusu kurallar diğer kanun hükümleri gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte bu denetim yapılırken söz konusu kuralların olağanüstü hâle yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.

11. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

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

13. Anayasa'nın 15. maddesine göre ise "*Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir./ Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*"

14. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler Anayasa'nın 13. maddesinde yer alırken savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, hatta kullanılmasının durdurulması özel olarak Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesiyle bu hususta tanınan yetki de sınırsız değildir. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekmektedir. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi ile masumiyet karinesinin bu hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir.

15. Olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde, söz konusu tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumla ilgisinin bulunması gerekir.

16. Olağanüstü hâl KHK'larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu düzenlemelerde olağanüstü hâlle ilgili kuralların yanında olağanüstü hâlle ilgisi olmayan kurallara da yer verilebilmesi bu tespitin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

17. Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlanmasını ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi esas alınabilir.

18. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın

Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

19. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'nın 15. maddesinde üç ayrı ölçüt öngörülmüştür. Bu ölçütlerden ilki anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan ve çekirdek alan olarak da ifade edilen temel hak ve özgürlüklere dokunma yasağıdır. Buna göre olağanüstü dönemde de olsa savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

20. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ikinci ölçüt kuralların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamasıdır. Bu yükümlülüklerin başında taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir.

21. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin başında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gelmektedir. MSHUS'un 4. ve AİHS'in 15. maddelerine göre milletin yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana geldiğinde devletler, bu sözleşmelerdeki yükümlülüklerini azaltacak tedbirler alabilirler. Ancak MSHUS'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4., 6 No.lu Protokol'ün 3. ve 13 No.lu Protokol'ün 2. maddelerinde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Dolayısıyla bu haklar yönünden yapılacak ikinci inceleme kapsamında Anayasa, MSHUS ve AİHS'te yer alan yükümlülük azaltılması mümkün olmayan ortak hak ve özgürlükler yönünden ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

22. Bununla birlikte MSHUS'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde, Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan bazı hak ve özgürlüklerin de yükümlülük azaltılmasına konu olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre olağanüstü durumlarda da hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle

hapsedilemez ve kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı yeniden yargılanamaz veya cezalandırılamaz. Ayrıca bu dönemde de herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin *ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken* gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir. Bu nedenle belirtilen hak ve özgürlükler Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer almasa da anılan hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez. Dolayısıyla bu haklara ilişkin düzenlemelerde sözü edilen sözleşme hükümlerinin gözetileceği tabiidir.

23. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kuralların *durumun gerektirdiği ölçüde* olmasıdır. Anılan maddedeki ölçülülük *olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum* karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Dolayasıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlamaya izin vermektedir.

24. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve bunun için gerekli olmasını, ayrıca araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunmasını ifade etmektedir. Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca tedbire konu temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama durumun gerektirdiği oranda olmalıdır. Bir başka deyişle alınan tedbirle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama durumun gerektirdiği oranı aşarak keyfi niteliğe dönüşmemelidir.

25. Ölçülülüğün tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm koşulları birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama teşkil eden tedbirin ölçülülüğüne ilişkin unsurlar değerlendirilirken olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikeler, sınırlamaya konu hak ve özgürlüğün niteliği ve tedbirin alındığı zamanın da gözönünde bulundurulması gerekir.

26. Son olarak Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması dışında temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine de izin verilmiştir. Ancak buradaki *durdurma* kavramı o hakkın tamamen kullanılamaz hâle gelmesi değil, onun kullanımının geçici olarak askıya alınması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz temel hak ve

özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması niteliğindeki tedbirler de ölçülülük ilkesinin yukarıda belirtilen esaslarına uygun olmalıdır.

27. Olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamayı konu edinen kurallara ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda da bu maddeye ilişkin inceleme yapılmadan önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır. Zira devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde yürürlüğe konulan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebilir. Anılan şekilde inceleme yapılması Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... *Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*" hükmünün de bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu ilk karar olan Aydın Yavuz ve diğerleri kararında da aynı inceleme yöntemi benimsenmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 193-195).

28. Buna göre yapılan incelemede kuralın Anayasa'nın 15. maddesi dışındaki maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olmadığının tespit edilmesi durumunda ayrıca Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır. Zira Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılabilmesi için öncelikle kuralın Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü güvencelere aykırılık taşıdığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kuralın temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olduğu tespit edildiğinde ise bu kez sınırlamanın *savaş, seferberlik veya olağanüstü hâl* dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesine uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapılacaktır.

29. Bununla birlikte Anayasa'da bazı temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde sınırlandırılmasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin sebep ve koşullar ilgili maddede özel olarak somutlaştırılmıştır. Bu nedenle anılan nitelikteki temel hak ve özgürlüklere temas eden olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınıp alınmadığının tespiti bakımından ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvenceler yönünden bir inceleme yapılması gerekli değildir. Bu gibi düzenlemelerin anayasallık

denetiminde doğrudan Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygunluğunun tespit edilmesi gerekir.

C. Kanun'un 7. Maddesiyle 1324 Sayılı Kanun'un 8. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasının incelenmesi

30. 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nın 47. maddesi "*31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlüğe girinceye kadar söz konusu Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.*" hükmünü içermektedir. Bu bağlamda 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 338. maddesinde Genelkurmay Başkanının görev ve yetkileri, aynı tarihli ve sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3 numaralı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da Genelkurmay Başkanının atanma usulü ve görev süresi düzenlenmiştir. Anılan hükümler çerçevesinde dava konusu fıkranın uygulanma imkânı kalmamıştır.

31. Açıklanan nedenle konusu kalmayan fıkraya ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

Ç. Kanun'un 22. Maddesiyle 5809 Sayılı Kanun'un 60. Maddesine Eklenen (11) Numaralı Fıkranın Birinci ve Üçüncü Cümlelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

32. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna verilen yetkinin son derece geniş olduğu, kişisel verilerin korunmasında ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında belirtilen kriterlerin kuralda bulunmadığı, kuralla kişisel verilere yapılan müdahalenin demokratik toplumun gerektirdiği şekilde ve ölçüde olmadığı, kişisel verilerin gizliliği ve güvenliğine ilişkin herhangi bir güvencenin bulunmadığı, bu itibarla hakkın özüne dokunduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anlam ve Kapsam

33. Dava konusu kurallarla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (Kurum) görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilme ve bunları değerlendirme, arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilme, bunlarla irtibat kurabilme ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilme veya aldırabilme yetkisi tanınmış;

Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebinin; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirileceği hükme bağlanmıştır.

34. Kurumun görev ve yetkilerinin çerçevesi 5809 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle belirlenmiştir. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi uyarınca Kurum, elektronik haberleşmeyle ilgili olarak ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden almak ve gerekli kayıtları tutmak görev ve yetkisine sahiptir.

35. Kanun'un 60. maddesinin dava konusu fıkrasından önceki fıkrasında da "*Kurum, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alır veya aldırır*" hükmüne yer verilmek suretiyle Kuruma kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması görevi verilmiş ve bu kapsamda siber saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alma ve aldırma imkânı tanınmıştır.

36. Anılan maddenin iptal davasına konu olan kuralların da yer aldığı fıkrası ise "*Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir. Kurum, bu fıkrada belirtilen görevlerin ifasında bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışır. Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir. Bu fıkraya göre bilgi ve belge talebinde bulunulması ve bu taleplerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Başbakanlıkça belirlenir.*" şeklindedir.

37. Dava konusu fıkradan sonraki fıkrada da "*Gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri, Kurumun bu maddedeki görevleri ile ilgili taleplerini, tabi oldukları mevzuat hükümlerini gerekçe göstermek suretiyle yerine getirmekten kaçınamazlar*" denmek suretiyle Kurumun anılan maddedeki görevleriyle ilgili taleplerin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır.

38. Kuralların anlam ve kapsamının belirlenmesinde yukarıda belirtilen kuralların bir bütün olarak gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Bu itibarla anılan maddede Kuruma siber güvenliği sağlama görevi verildikten sonra söz konusu hükmü izleyen fıkrada Kurumun "*...görevi kapsamında...*" ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilmesinin, değerlendirmesini yapabilmesinin, arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilmesinin, bunlarla irtibat kurabilmesinin ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri

alabilmesinin veya aldırabilmesinin öngörülmüş olması karşısında Kuruma tanınan bu yetki ve imkânların Kurumun siber güvenliğin sağlanması göreviyle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

39. Öte yandan aynı maddenin dava konusu kuralların bulunduğu fıkrasını izleyen fıkrasında da Kurumun anılan maddedeki görevleriyle ilgili taleplerinin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanırken "*...bu maddedeki görevleri ile ilgili...*" ibaresine yer verilmek suretiyle siber güvenliğin sağlanması görevinin verildiği hükme atıfta bulunulmuş olması da dava konusu kuralların yukarıda belirtilen anlam ve kapsamını teyid etmektedir.

40. Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendine göre Kurumun elektronik haberleşmeyle ilgili olarak her türlü bilgiyi ilgili yerlerden toplama yetkisine sahip olduğunun ayrıca hükme bağlandığı da (§ 37) gözetildiğinde kurallar uyarınca öngörülen yetki ve imkânların siber güvenliğin sağlanması görevi kapsamında tanındığı netlik kazanmaktadır.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

41. Bir kuralın Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumla ilgili olması gerekmektedir. Buna göre kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı, bunun yanı sıra olağanüstü hâl süresiyle sınırlı olarak uygulanmalıdır.

42. Dava konusu kuralların olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu anlaşılmakla birlikte olağanüstü hâl süresiyle sınırlı olarak uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip oldukları anlaşılmaktadır. Nitekim kurallar olağan dönemde geçerli olan bir kanunda değişiklik yaptığından sürekli bir etkiye sahiptir. Bu durum kurallara olağanüstü hâlin dışına taşan genel düzenleme niteliği vermektedir. Bu nedenle kuralların anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz. Kurallara ilişkin incelemenin, sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve elbette olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılması gerekir.

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

44. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

45. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*" denilerek özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınmıştır.

46. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise özel hayatın gizliliğine çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Maddede bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebepleri de sayılmış, böylece bunlara dayalı olarak anılan hakkın sınırlandırılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırmanın arama tedbirine özgü olarak yapılabileceği belirtildiğinden, bu sebepler 20. madde bağlamında dava konusu kural yönünden meşru bir sınırlandırma nedeni olarak kabul edilmeyebilir. Bununla birlikte, özel hayatın düzenlendiği maddede dava konusu kuralda belirtilen bilgi toplama yetkisi yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü halinde dahi bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür.

47. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında da herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Fıkrada ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

48. Özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne

serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde de yer almış; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.

49. Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür.

50. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*" denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

51. Dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

52. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik, gereklilik ve orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

53. Buna göre kişisel verilerin korunması hakkının sınırlanması için seçilen aracın, öngörülen amaca ulaşılabilmesi bakımından elverişli olması gerekir. Ayrıca seçilen araç bu hakkı en az

zedeleyici nitelikte bulunmalıdır. Bununla birlikte hakkı daha az zedeleyen aracın tercih edilmesi gerektiğinin söylenebilmesi için söz konusu araç aynı amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Daha hafif sınırlama teşkil eden aracın tercih edilmesi hâlinde öngörülen amaç gerçekleşmeyecek ise daha ağır sınırlama oluşturan aracın seçimi hususundaki tercih, Anayasa'ya aykırı olmaz. Bunun dışında hangi sınırlama aracının tercih edileceği hususunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

54. Kişisel verilerin korunması hakkına yönelik sınırlandırmalar orantılı da olmalıdır. Orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre kişisel verilerin korunması hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve aleyhine anılan hakkı sınırlanan kişinin bu hakkın korunmasındaki bireysel yararı arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararla kıyaslandığında, sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir. Kişiye yüklenen külfetin aşırı olup olmadığının tespitinde kişinin hak ve menfaatleri üzerinde oluşturduğu tesir ve sınırlamanın gerekçesini oluşturan meşru amacın niteliği göz önünde bulundurulmalıdır.

55. Dava konusu kurallar, Kuruma, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilme ve bunların değerlendirmesini yapabilme; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilme, bunlarla irtibat kurabilme ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilme veya aldırabilme konularında yetki tanımakta ve bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebinin ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilmesini öngörmektedir. Kurumun yetki ve talebine konu bilgiler genel anlamda belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eden kişisel veri kavramı kapsamındadır.

56. Bu itibarla kural yukarıda belirtilen kişisel veri niteliğinde olan bilgilerin, Kurum tarafından görevi kapsamında temin edilmesine imkân sağlamaktadır. Kurumun görevleri Kanun'un 6. maddesinde belirtilmiştir. Bununla birlikte Kanun'un 60. maddesinin (11), (12) ve (13) numaralı fıkraları gözetildiğinde söz konusu bilgi temininin, Kurumun siber güvenliği sağlama görevi kapsamında olanlarla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Siber güvenliğin sağlanması gittikçe artan bir önem taşımaktadır. Zira gelişen teknolojiyle birlikte bilgilerin gizliliğini korumak zorlaşmakta, bu bilgilere ulaşılması millî güvenlik tehditlerinden büyük ekonomik krizlere ve önemli kişisel zararlara varana kadar birçok soruna neden olabilmektedir. Bu nedenle kanun koyucunun bu alanı düzenlemesinin millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması yönünden bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun söz konusu düzenlemeleri gerçekleştirirken

kimi kurum ve kuruluşları yetkilendirmesi ise takdir yetkisi kapsamındadır. Kuşkusuz bu takdir yetkisinin anayasal sınırlar içinde kullanılması gerekir.

57. Anayasa'nın 20. maddesinde, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin; çerçevesi çizilmiş, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Bunun yanı sıra bu düzenlemeler resmî makamların özel hayatı ilgilendiren veri, bilgi ve belgelere yönelik keyfi müdahalelerine karşı güvence sağlamalıdır. Aksi durumda kamu otoritesinin bireye ilişkin kişisel nitelikteki verilere anayasal güvenceye aykırılık oluşturacak şekilde sınırsız ve mutlak olarak müdahalesi mümkün hâle gelir. Bu bağlamda dava konusu kurallar, Kanun'un 6. maddesi ve 60. maddesinin mezkûr fıkralarıyla birlikte değerlendirildiğinde kişisel veri niteliğindeki bilgilerin temin edilmesindeki amacın, kapsamın ve sınırların Kanun'da açıkça belirlendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralların belirlilik ilkesiyle çeliştiği söylenemez.

58. Öte yandan kurallar kişisel verilerin korunması hakkına yönelik bir sınırlama getirmektedir. Kurallarla Kuruma verilen bilgileri temin edebilme yetkisinin, Kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanında yer alan siber güvenliğin sağlanması amacıyla sınırlı olarak kullanılabileceği anlaşıldığından kuralların kişisel verilerin korunması hakkının kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasını engellediği söylenemez. Dolayısıyla kural hakkın özüne dokunmamaktadır. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken husus söz konusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır.

59. Bilgi çağı olarak da adlandırılan çağımızda bilgi ve iletişim teknolojisinde büyük ilerlemeler yaşanmakta ve bu gelişmeler toplumu kuşatmaktadır. Bu ilerlemeye koşut olarak siber saldırı ve tehditlerin de artarak devam ettiği görülmektedir. Bu durum siber güvenlik ihtiyacının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bireylerin güven içinde yaşamalarının sağlanmasında devlete yüklenen ödevler arasında şüphesiz siber güvenliğin sağlanması da yer almaktadır. Dolayısıyla siber güvenliğin sağlanmasının kamu güvenliğinin korunmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

60. Hedeflenen amacın gerçekleştirilmesi için kurallarla Kuruma ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilme ve değerlendirmesini yapabilme, arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilme, bunlarla irtibat kurabilme ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilme ya da aldırabilme yetkisinin verilmesi ile Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebinin ilgilisi tarafından gecikmeksizin yerine getirilmesi hükme bağlanmıştır. Siber güvenliğin sağlanması amacıyla getirilen sınırlamanın anılan amaca ulaşmak bakımından gerekli ve elverişli olmadığı söylenemez. Kurumun bilgi temini yetkisinin siber güvenliğin sağlanması göreviyle sınırlı olduğu ve kişisel bilgilerin gizliliğini ve

işletmecilerin ticari sırlarını korumakla yükümlü kılınması dolayısıyla bu yetkisini keyfi olarak kullanmasını önleyecek güvencelerin de sağlanmış olduğu dikkate alındığında kuralların getirdiği sınırlamanın orantısız olduğu da söylenemez.

61. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM ve Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 23. Maddesiyle 3201 Sayılı Kanun'un Ek 24. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın Birinci Cümlesinde Yer Alan "…Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın,…" İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

62. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla özel harekât birimine alınacaklar için Kamu Personel Seçme Sınavı (KPSS) şartının aranmamasının öngörüldüğü, bu durumun hiçbir objektif liyakat ölçütünün kullanılmaması sonucunu doğuracağı ve objektif ölçütleri dışlayan, siyasi, şahsi ilişkilerin etkili olduğu keyfi tercih ve uygulamalara neden olabileceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

63. 3201 sayılı Kanun'un ek 24. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde özel harekât birimlerinde istihdam edilmek üzere, yirmi sekiz yaşından gün almamış olan, en az lise veya dengi okul mezunlarının KPSS şartı aranmaksızın, fiziki yeterlilik ve mülakat sınavları ile polis meslek eğitim merkezlerine alınabileceği belirtilmiş olup söz konusu cümlede yer alan "…Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın,…" ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

64. Olağanüstü hâl kapsamında alınan tedbirler uyarınca çok sayıda kamu görevlisi meslekten ihraç edilmiştir. Meslekten ihraç edilen kamu görevlileri arasında güvenlik görevlileri de bulunmaktadır. Bu bağlamda söz konusu kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu söylenebilir. Ancak kural olağan dönemde geçerli olan bir kanunda değişiklik yaptığından sürekli bir etkiye sahiptir. Bu durum kurala olağanüstü hâlin dışına taşan genel düzenleme niteliği vermektedir. Bu nedenle anayasal denetimin Anayasa'nın olağan hukuk düzeni yönünden öngördüğü kurallar çerçevesinde yapılması gerekir.

65. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun

koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

66. Anayasa'ya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir.

67. Dava konusu kuralda öngörülen düzenleme, özel harekât biriminde istihdam edilecek adayların tümü için geçerli, soyut ve genel hüküm niteliğindedir. Bunun yanı sıra kanun koyucu kural ile terörle mücadelede etkinliği artırmayı hedeflediğini kuralın gerekçesinde "*...terörle mücadelede etkinliği artırmak amacıyla, en az lise ve dengi okul mezunu, yirmisekiz yaşından gün almamış ve askerlik hizmetini tamamlamış isteklilerin fiziki yeterlilik ve mülakat sınavları ile polis meslek eğitimi merkezlerine alınması düzenlenmektedir*" demek suretiyle ortaya koymuştur. Dolayısıyla kuralın kamu yararı amacı dışında bir amaçla getirildiği söylenemez.

68. Belirli yaş ve eğitim koşulunu taşıyanlar, fiziki yeterlilik ve mülakat sınavlarında başarılı olmaları hâlinde kural uyarınca KPSS şartı aranmaksızın polis meslek eğitim merkezlerine alınabileceklerdir. Polis meslek eğitim merkezlerine alınan kişiler, öğrenci statüsünde olup bunların kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Bu kişilerin polis memuru olarak atanmaları, polis meslek eğitim merkezindeki eğitimlerini başarıyla tamamlamalarına bağlı olduğundan atandıkları tarih itibarıyla kamu görevlisi statüsünü kazanmaları söz konusu olacaktır. Kural kapsamındaki kişilerin kamu görevlisi olmadığı ve özel harekât biriminde görevli polislerce icra edilen görevin özelliği dikkate alındığında, bu birimde görev yapacaklara ilişkin olarak polis memurluğuna atanma öncesi dönem bakımından getirilen kuralla özel harekât birimince yerine getirilen görevin gerektirdiği niteliklere uygun öğrenci alınmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görevin niteliklerinin gözönünde bulundurulduğu anlaşılan kurala göre ancak belirli bir eğitim koşulunu sağlayanların bu kapsamda başvuru yapabileceği, başvuran kişilerin de bilgi ve liyakatlerinin kuralın öngördüğü fiziki yeterlilik ve mülakat sınavlarıyla değerlendirilmesinin mümkün kılındığı gözetildiğinde kuralın keyfi tercih ve uygulamalara yol açtığı söylenemez. Bu yönüyle daha sonra özel harekât biriminde istihdam edilmek üzere öğrenci statüsü ile polis meslek eğitim merkezine alınacak kişilerin belirlenmesinde KPSS koşulu aranmamasında adalet ve hakkaniyet ölçütlerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

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

Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Recep KÖMÜRCÜ bu görüşe katılmamışlardır.

E. Kanun'un 25. Maddesiyle 2576 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 21. Maddenin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

70. Dava dilekçesinde özetle; yargı erkinin hukuk devletinin sağlanmasında en önemli fonksiyonu yerine getirdiği, getirilen düzenlemenin bölge idare mahkemesi üyeliğine liyakate ve objektif kriterlere göre atama yapılmasını öngören 2576 sayılı Kanun'daki kuralların terk edilmesine neden olduğu, kuralda yer alan üstün başarı koşulunun kim tarafından ve hangi kriterlere göre belirleneceğinin somut olmadığı, bu nedenle atamalarda sübjektif bir değerlendirmenin öne çıkacağı, bu durumun ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini zedelediği, denetim muhakemesinin hak arama hürriyetinin içinde yer aldığı, bu nedenle denetim muhakemesini yapacak hâkimlerin kıdemsiz ve düşük bir liyakat derecesine sahip olmasının hak arama hürriyetini işlevsiz kılacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 36., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

71. Dava konusu kuralla 31/12/2020 tarihine kadar bölge idare mahkemesi üyeliğine, hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen en az altı yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunan idarî yargı hâkim ve savcıları arasından atama yapılabilmesi öngörülmektedir.

72. Olağanüstü hâl kapsamında alınan tedbirler uyarınca çok sayıda adli yargı hâkimi ve Cumhuriyet savcısı ile idari yargı hâkim ve savcıları meslekten ihraç edilmiştir. Bu bağlamda söz konusu kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesiyle ilişkili olduğu söylenebilir. Zira anılan mesleklerden yapılan ihraçların -hâkim ve Cumhuriyet savcısı sayıları dikkate alındığında- üst mahkemelerde görev almak için aranan meslek kıdeminin azaltılmasını gerekli kıldığını söylemek mümkündür. Ancak kural olağan dönemde geçerli olan kanunda değişiklik yaptığından olağanüstü hâlin süresini aşar niteliktedir. Bu nedenle anayasal denetimin Anayasa'nın olağan hukuk düzeni yönünden öngördüğü kurallar çerçevesinde yapılması gerekir.

73. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

74. Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan hakları ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır.

75. Anayasa'nın 9. maddesinde yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*" Anılan maddeye göre bağımsızlık, mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken hiçbir organ, makam, merci veya kişinin etkisi altında olmamasını ifade etmektedir.

76. Hâkim ve savcıların atanmasına ve diğer özlük haklarına ilişkin görevlerin bağımsız bir organa verilmesi yargı bağımsızlığının ön koşuludur. Anayasa'nın 159. maddesinin sekizinci fıkrasında hâkim ve savcıların atanma ve yer değiştirmesinde yetkili merciin Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) olduğu belirtilerek bu konuda HSK'ya anayasal bir yetki tanınmıştır. Böylece derece mahkemeleri ile yüksek mahkemelerde görev yapan hâkim ve savcılar arasında bir ayrım gözetilmeksizin tüm hâkim ve savcıların atanması ve yer değiştirmesinde münhasıran HSK yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla 2576 sayılı Kanun'da aranan şartlara sahip olan hâkim ve savcıları bölge idare mahkemesi üyeliğine atama yetkisi HSK'ya ait olduğu gibi bu görevden başka bir göreve atama yetkisi de yine HSK'ya aittir.

77. Diğer taraftan Anayasa'nın 139. maddesinde hâkimlik ve savcılık teminatına ilişkin hükümlere yer verilmiş, 140. maddesinde ise hâkim ve savcıların atanma ve yer değiştirmelerinde uygulanacak usul ve esasların mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, idarî yargıda görev yapan hâkim ve savcıların bölge idare mahkemelerine veya bu görevden başka bir göreve atanmalarında HSK yetkili olup bunun usul ve esaslarını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.

78. Kural, belirli bir tarihe kadar bölge idare mahkemesi üyeliğine atanacak olan hâkim ve savcıların belirlenmesinde HSK'ya bir takdir yetkisi tanımaktadır. Hâkim ve savcıların hangi koşullar altında birinci sınıfa ayrılacağı ya da sınıf ve kıdemlerinin nasıl belirleneceği 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda belirlenmiştir. 2576 sayılı Kanun'un 3/E maddesinin birinci fıkrasına göre bölge idare mahkemesi üyeleri, en az birinci sınıfa ayrılmış olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcıları arasından HSK'ca atanır. Kural, birinci sınıfa ayrılmış hâkim veya savcı olma koşulunu sağlayan idarî yargı hâkim ve savcılarının yanı sıra 31/12/2020 tarihine kadar hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen

en az altı yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunan idarî yargı hâkim ve savcılarının da bölge idare mahkemesi üyeliklerine atanabilmelerine imkân sağlamaktadır. Bu itibarla kural, bölge idare mahkemesi üyeliklerine atama veya bu görevden alma konusunda HSK'nın münhasır yetkisi bakımından herhangi bir değişiklik getirmemektedir.

79. Adil yargılanma hakkı, öncelikle hâkimlerin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edebilmeleri için gerekli güvencelerin oluşturulmasını zorunlu kılar. Belirli bir süre için bölge idare mahkemesi üyeliğine atanabilecek idari yargı hâkim ve savcıların kapsamını genişletmekten ibaret olan kuralın, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını sağlayan güvencelerde herhangi bir etkisinin bulunmaması karşısında anılan güvencelere ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu söylenemez.

80. Öte yandan kuralda yer alan "…üstün başarısı…" ibaresinin soyut ve genel bir kavram olması kuralı belirsiz kılmamakta, bu durum kanun yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira kanun hükümlerinin genel ve soyut olması, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Kanuni düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

81. Bu bağlamda söz konusu ölçütün içeriği HSK tarafından belirlenmektedir. HSK diğer görevlerinin yanında adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının yükselme ve birinci sınıfa ayırma işlemlerini yapan anayasal kuruldur. HSK'nın anılan işlemleri gerçekleştirirken gözönünde bulunduracağı kıstaslar 2802 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Belirtilen nitelikleri itibarıyla kuralın belirsiz ve öngörülemez olduğundan söz edilemeyeceğinden kuralda belirlilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

82. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 36., 138. 139. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

83. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmasının sonradan giderilmesi imkânsız durumların ortaya çıkmasına neden olacağı ve zararlar doğuracağı belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun'un;

A. 1. 22. maddesiyle 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesine eklenen (11) numaralı fıkranın (28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanun'un 99. maddesiyle aynı maddeye eklenen (9) numaralı fıkra nedeniyle (12) numaralı fıkra şeklinde teselsül ettirilmiştir) birinci ve üçüncü cümlelerine,

2. 23. maddesiyle 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanunu'nun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesinde yer alan "…Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın,…" ibaresine,

3. 25. maddesiyle 6/1/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen geçici 21. maddeye,

yönelik iptal talepleri 24/7/2019 tarihli ve E.2017/16, K.2019/64 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye, cümlelere ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

B. 7. maddesiyle 31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen birinci fıkrası hakkında 24/7/2019 tarihli ve E.2017/16, K.2019/64 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkraya ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

24/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun'un;

A. 7. maddesiyle 31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun'un 8. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasına ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

B. 22. maddesiyle 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesine eklenen (11) numaralı fıkranın (28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanun'un 99. maddesiyle aynı maddeye eklenen (9) numaralı fıkra nedeniyle (12) numaralı fıkra şeklinde teselsül ettirilmiştir) birinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. 23. maddesiyle 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanunu'nun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesinde yer alan "…Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın,…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Hasan

Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Recep KÖMÜRCÜ'nün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ç. 25. maddesiyle 6/1/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen geçici 21. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

24/7/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Başkanvekili

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesine eklenen (11) numaralı (sonraki değişikliklerin ardından 12 numaralı) fıkranın iptali istenen birinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırılık iddiası Mahkememiz çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.

2. İptali istenen kurallar şu şekildedir: "*Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik Bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir… Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir.*" Kurallar, bir yandan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (Kurum) görevi kapsamında her türlü bilgi, belge, veri ve kayıtları ilgili yerlerden alabilme ve bunları değerlendirme, arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanma yetkisi vermekte, diğer yandan da ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlara da Kurum tarafından yapılan her türlü bilgi ve belge talebini gecikmeksizin yerine getirme yükümlülüğü getirmektedir.

3. Anayasa'nın 20. maddesi özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkını güvenceye almaktadır. Anayasa koyucu "*Özel hayatın … gizliliğine dokunulamaz*" şeklinde kesin bir dille özel hayatın mahremiyetinin önemine işaret etmiştir. Bu gizliliğin özel bir yansıması kişisel verilerin korunmasında karşımıza çakmaktadır. Anayasa'nın 20. maddesine 2010 yılında eklenen fıkrayla kişisel verilerin korunması hakkı açıkça güvenceye kavuşturulmuştur. Kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, "*kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu*

verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar".

4. Kimliği belirli veya belirlenebilir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eden kişisel veri, kişinin mahremiyetinin en önemli yönlerinden birini, dolayısıyla maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının da ayrılmaz unsurunu oluşturmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edildiği üzere, insanın "*onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır*" (AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 8/12/2015, § 164).

5. Bununla birlikte kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı sınırsız değildir. Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olmamak kaydıyla söz konusu hak sınırlandırılabilir. Bu güvencelerin başında "kanunla sınırlama" ölçütü gelmektedir. Buna göre, diğer temel hak ve hürriyetler gibi, kişisel verilerin korunması hakkının da sınırlandırılabilmesi kanunla mümkündür. Dahası bu hakkın yer aldığı Anayasa'nın 20. maddesinde "kanunla sınırlama" şartı, "*Kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir*" şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.

6. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri kapsamında kişisel verilerin korunması hakkını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin bulunması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp, yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir (bkz. Tuğba Arslan [GK], B.No: 2014/256, 25/06/2014, § 89).

7. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin "*hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir*" (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 153). Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke "*hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar*" (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak

belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

8. Kişilerin özel hayatlarının kamu otoriteleri başta olmak üzere başkalarının keyfi müdahalelerine karşı korunabilmesi için kanuni düzenlemelerin açık, anlaşılabilir ve kişilerin davranışlarını yönlendirebilmesini sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkını sınırlayan kanuni düzenlemelerin, hangi kapsamda ve amaçla kişisel verilerin isteneceği ve işleneceği, talep edilen verilerin mahiyeti, bu verilerin ne kadar süreyle saklanacağı, bu sürenin sonunda nasıl imha edileceği, verilerin amacına uygun kullanımının denetimi ve kişilerin kişisel verilerin işlendiğinden haberdar edilmesi gibi hususlar bakımından belirli ve öngörülebilir olması gerekmektedir.

9. Mahkememiz yakın tarihte bireysel başvuru kapsamında verdiği bir kararında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının dayanağı olan 4045 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinin gerektirdiği "kanunilik" şartını sağlayıp sağlamadığını denetlemiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu Kanun'un "*güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme içermediği*", bireyleri keyfiliğe karşı koruyacak hükümlere yer vermediği, bu anlamda "**bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu**" sonucuna ulaşmıştır (Fatih Saraman, [GK], B.No: 2014/7256, 27/2/2019, § 83).

10. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında, iptali istenen kurala benzer iki kuralı anılan kriterler yönünden incelemiş ve Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu kararların ilkinde internet trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından ilgili işletmecilerden alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini öngören kuralda "*temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamakta*" olduğu tespiti yapılmıştır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2.10.2014).

11. İkinci kararda ise içerik, yer ve erişim sağlayıcıları, TİB tarafından talep edilen bilgileri talep edildiği şekilde TİB'e teslim etmekle ve bu kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü kılan kanuni düzenlemeler, kişisel verilerin korunması hakkının gerektirdiği güvencelerden

yoksun olduğu için iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre iptali istenen kurallarda, talep edilen bilgilerin verilmesinden ilgili kişilerin haberdar olmalarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemekte, "*TİB'in hangi koşullarda ve hangi gerekçelerle istediği bilgilerin içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından Başkanlığa teslim edileceğine ya da verilen bilgilerin ne kadar süre ile TİB'de saklanacağına, talep edilen bilgilerin mahiyetine, içerik, yer ve erişim sağlayıcılara bildirilecek tedbirlere ilişkin herhangi bir belirlilik bulunmamakta*", belirli ve öngörülebilir olmayan düzenlemelerden dolayı kişisel verilerin korunması hakkı ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, §§ 168-170).

12. İptali istenen eldeki kuralların denetiminde Mahkememizin önceki kararlarından ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

13. Belirtmek gerekir ki, çoğunluğun kuralların anlam ve kapsamını belirlerken yaptığı değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Bu değerlendirmeye göre birinci cümlede yer alan "*görevi kapsamında*" ibaresi, Kurumun siber güvenlik kapsamındaki görevini ifade etmektedir. Halbuki Kurum'un görev ve yetkileri siber güvenlikle sınırlı değildir. Siber güvenlik Kurum'un Kanun'un 6. maddesinde sayılan yirmi sekiz görevinden biridir. Kuralda yer alan "görevi kapsamında" ibaresi, Kurum'un siber güvenlik dâhil tüm görevlerini kapsayacak şekilde anlaşılmaya müsaittir. Kurum'un kişisel verileri isteme ve işleme yetkisinin belli bir görevle (siber güvenlik) sınırlandırıldığı ne kuralın lafzından ne de maddenin sistematiğinden anlaşılmaktadır. En iyi ihtimalle ibarenin belirlilikten uzak olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun Kurum'un hangi görevleri kapsamında ve hangi amaçla kişisel verileri ilgili yerlerden isteme, işleme ve kullanma yetkisine sahip olduğunu daha açık şekilde ifade etmesi gerekirdi.

14. Hiç kuşkusuz temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahale alanı genişledikçe, muhtemel keyfi ve ölçüsüz uygulamalara karşı bireylere güvence sağlayan kuralların daha açık ve belirli olması gerekir. Kurum'un görev alanının oldukça geniş olduğu ve dolayısıyla da dava konusu kuralların geniş bir alanda kişilerin temel haklarına müdahaleye izin verdiği dikkate alındığında, kişisel verilerin korunması hakkını korumaya yönelik güvenceleri karşılayan açıklıkta ve belirlilikte düzenlemeye ihtiyaç olduğu izahtan varestedir.

15. Diğer yandan Kurum tarafından istenen ve işlenen kişisel verilerin mahiyeti, bu verilerin denetimi, kişilerin durumdan haberdar edilmesi gibi hususlar yönünden de güvencelere yer verilmiş değildir. Dolayısıyla hakkın korunması için gerekli belirlilik, öngörülebilirlik ve güvencelerden yoksun olan kuralların, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik keyfi müdahaleyi önleyecek kanuni güvencelere yer vermeksizin sınırlama getirdiği, dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu açıktır.

16. Yukarıda açıklanan gerekçelerle kuralların iptali gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Başkan

Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6757 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile 5809 sayılı Kanun'un 60. maddesine eklenen (1l) numaralı fıkranın birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmıştır. Dava konusu kurallar, "*Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir. Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi, ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmesizin yerine getirilir*" düzenlenmesini içermektedir.

2. Bir kişiye ait her türlü bilgi ve veriler onun kişisel verilerini oluşturmaktadır. Devlet, gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri bireylere ait bilgileri çeşitli gerekçelerle kaydetme, saklama, aktarma ve kullanma gibi işlemlerde kullanabilir. Kişisel verilerle ilgili yasal düzenlemelerde verilerin toplanması, kullanılması, ne kadar süre ile tutulacağı ve imhası gibi hususların açık ve net olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumlarda kötüye kullanımları engellemek ve keyfî uygulamaların önüne geçmek amacıyla belli güvenceler ortaya konulmalı ve bunların etkin bir şekilde işlemesi sağlanmalıdır. Kişisel verilere dönük müdahalelerin demokratik toplum düzeni gereklerine uygun ve ölçülü olması da anayasal bir zorunluluktur.

3. Çoğunluk, dava konusu kuralların anlam ve kapsamını belirlerken (11) numaralı fıkrada belirtilen "*Kurum, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alır veya aldırır*" düzenlemesinden hareketle iptali istenen kuralların "*Kurumun görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, veri ve kayıtları alabilmesi ve bu konuda bazı imkânlar tanınması siber güvenlik görevi ile ilgili ve sınırlı olduğu*" düşüncesindedir (§ 42). Bu bağlamda, 5809 sayılı Kanunun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendini de dikkate alan çoğunluğa göre dava konusu ilk kuraldaki "*görev ibaresi siber güvenlik açısından yüklenen sorumluluğu ifade etmektedir*" (§ 43).

4. 5809 sayılı Kanunun Kurumun yetkilerini düzenleyen 6. maddesine baktığımızda siber güvenliğin sağlanmasını kuruma verilen görevlerden sadece bir tanesini oluşturduğunu

görmekteyiz. Siber güvenliğin sağlanması kurumun görev ve yetkileri arasında olmakla birlikte, kurumun temel görevi elektronik haberleşme alanındaki kamu ve özel kesim faaliyetlerini düzenlemek, denetlemek ve gerektiğinde yaptırım uygulamaktır. Bu nedenle dava konusu kurallarda geçen görev ibaresinin siber güvenlik alanıyla ilgili ve sınırlı olduğu görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir.

5. Çoğunluk görüşü iptali istenen kuralların siber güvenliğin sağlanması üstün kamu yararı çerçevesinde demokratik toplum düzeni gereklerine uygun ve ölçülü olduğu düşüncesini taşımaktadır.

6. Anayasa Mahkemesi dava konusu kurallarla benzer nitelik taşıyan bir kararında (E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014) kişisel veri niteliğinde olan ve ciddi suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılmak üzere gerçek ve tüzel kişilere ilişkin trafik bilgisinin erişim veya yer sağlayıcılardan, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından herhangi bir gerekçe veya neden göstermeksizin temin edilmesine olanak sağlayan kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, trafik bilgisi adı altında temin edilecek olan bilgilerin birçok temel hakla doğrudan ilgili olup bu bilgilerin TİB tarafından herhangi bir kurala ve sınırlamaya tabi olmaksızın istenildiği zaman ve şekilde elde edilebilir olmasını temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından sorunlu bulmuştur.

7. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" denilerek özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı hükme bağlanarak kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

8. Dava konusu kurallarla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna son derece geniş yetkiler tanınmakla beraber kişisel verilerin güvenliği ve korunmasına ilişkin herhangi yeterli düzeyde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kurallarla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına bir müdahalede bulunulmaktadır. Kurum, görevi kapsamında ilgili gördüğü yerlerden kişisel verileri alma ve değerlendirme yetkisine sahiptir. Bu müdahale söz konusu hakların kullanılmasını son derece zorlaştırmadığı veya onları kullanılamaz hale getirmediğinden hakkın

özüne dokunmamakla beraber, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

9. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun şekilde, yasayla sınırlandırılabileceği belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

10. Elverişlilik ölçütüne göre bir yasal düzenlemenin sınırlama amacı bakımından elverişli sayılması için bu düzenlemenin arzulanan amaca veya amaçlara katkı yapması gerekmektedir. İncelediğimiz kurallar bu niteliği taşımaktadır. Gereklilik ise bir temel hakkı en az sınırlayan aracın seçilmesini gerektirmekle birlikte dava konusu kuralların, hakkı en az sınırlayan bir araç olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü söz konusu kurallar, çok geniş bir çerçeveyi kapsayarak bireyin her türlü kişisel verisinin toplanması, aktarılması, işlenmesini mümkün hale getirmektedir. Kuralların özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları ile kamu yararı amacıyla kurumu tanınan yetkiler arasında orantılı makul bir denge kurmayarak, birincisini ikincisi lehine adeta gözden çıkarmaktadır. Dolayısıyla kuruma tanınan yetkiler kişisel verilerin gizliliği, güvenliği ve korunması açısından hakka yönelik ölçüsüz bir müdahaleye neden olmaktadır.

11. Özel hayatın gizliliği ve bu kapsamda kişisel verilerin korunması konusu her şeyden önce insan onuruna saygı ve kişilik haklarına dayanmaktadır. Bu hak, kişinin saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini mümkün kılan şeref ve haysiyet, özel yaşam ve sağlık gibi kişisel değerler üzerindeki çıkarlarını belirterek, bireye kişiliğini dilediği şekilde, serbestçe geliştirebileceği, kendisi ve sevdikleriyle bir arada olabileceği özerk bir yaşam alanına sahip olma şansı vermektedir. Bu alanda birey, maddi ve manevi kişiliğini geliştirmek ve başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların güvence altına alınmasını istemek hakkına sahiptir.

12. Kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi sırasında bireyin bu veriler üzerindeki hakkı, onun devlet veya üçüncü kişiler tarafından sıradan bir veri nesnesine indirgenmesini önlemek amacını taşımaktadır. Kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmadan toplanması, işlenmesi ve aktarılması, kişinin basit bir veri nesnesi olarak değerlendirilmesine yol açtığından insan haysiyetini zedelemektedir. Bireyin, ahlaki ve toplumsal kişiliğinin gelişiminde ve diğer insanlarla olan ilişkilerini düzenlemede önemli bir kavram olan mahremiyetin ihlali insan haysiyetinin ve kişiliğinin ihlali anlamına gelmektedir.

13. Kişisel verilerin korunması kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine imkân tanıyarak, bireyin hayatını kendi özgür iradesiyle düzenlemesine katkı sağlamaktadır. Bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkı yeteri kadar korunmazsa, kişiliğini serbestçe geliştirmesi zora gireceğinden, özgür iradeleriyle yaşamlarını biçimlendiren bireylerden oluşan demokratik bir toplum düzeninin ortaya çıkması ve korunması da güçleşecektir.

14. Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu kuralların Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara katılmıyorum.

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60. maddesine 6757 sayılı Kanunun 22. maddesiyle eklenen (11) numaralı (ekin teselsülü ile 12 numaralı) fıkranın birinci ve üçüncü cümlelerinin iptal istemi Mahkememiz çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.

İptali istenen kurallar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna görevi kapsamına giren her türlü bilgi, belge, veri ve kayıtları ilgili kurumlardan alabilme, bunları değerlendirme, arşiv ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapılarından yararlanma yetkisi vermektedir.

Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı güvenceye alınmış ve kişisel veriler hakkında bilgilendirme, bu veriler erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanıp kullanılmadığını öğrenme hakkı güvence altına alınmıştır. Kişisel veri kavramı kimliği belirli veya belirlenebilir kişiye ait her türlü kişisel bilgiyi içermektedir. Kuşkusuz aynı maddede belirtildiği üzere bu hak kanunla sınırlanabilir. Ancak sınırlayan kanunun Anayasanın 20. maddesindeki güvenceleri içermesi, belirlilik ve öngörülebilirlik unsurlarını taşıması ve sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve ölçülü bulunması gerekir.

Anayasa Mahkemesi daha önce Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına kanunla verilen benzer yetkileri denetlediği kararında, iptali istenen kuralda temin edilecek bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı ve tutulacağı süre ve temin edilme gerekçesi gibi hususların gösterilmemesi nedeniyle kuralın belirli bulunmadığına işaret etmiştir (AYM 2/10/2014, E.2014/149, K.2014/151). Bu davada incelenen kuralda da hiçbir yasal sınır belirtilmeksizin Kurumun her türlü bilgiyi temin edip değerlendirebileceği öngörülmüştür. Böylesine geniş ve sınırları belirsiz bir düzenlemenin Anayasanın 20. maddesinde belirtilen güvencelere aykırı bulunduğu açıktır.

Belirtilen nedenlerle incelenen kuralların Anayasanın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk görüşünden ayrı oy kullandım.

Başkanvekili

Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

9/11/2016 tarih ve 6757 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun Ek 24 ncü maddesine eklenen dava konusu ibare ile Emniyet Özel harekât biriminde istihdam edilecek polislerin belirlenmesinde "Kamu Personel Seçme Sınavı (KPSS)" şartı aranmayacak; bu kadrolar için müracaat edecek en az lise veya dengi okul mezunları sadece fiziki yeterlilik ve mülakat sınavları ile Polis Meslek Eğitim merkezlerine alınabilecektir.

KPSS ile kamu görevlisi alımı uygulanmasını öngören düzenleyici tasarruf tek başına soyut norm denetimine esas alınamasa da; özellikli bir kamu görevine giriş için öngörülen koşulların, bu göreve nazaran daha az nitelik ve koşulun arandığı diğer bir kadroya (normal polis statüsüne) göre farklılaştırılarak, onlar için aranan KPSS şartının özel harekât polisi kadrosu statüsüne girecekler için aranmaması ve bunlar yönünden daha hafif şartlarla statüye giriş imkânının öngörülmesi "eşitlik" ilkesini açıkça ihlal eder mahiyettedir.

Konunun diğer bir cephesi, genel bilgi düzeyini ölçen bir sınava tâbi tutulmamanın doğal sonucunun, kamu hizmetine alınmada değerlendirilmeye tâbi tutulacak objektif bir kriterden yoksun kalınacağıdır. Fiziki yeterlilik ve mülâkat gibi getirilen kriterlerin ise genel bilgi düzeyini ve liyakati belirlemeye elverişli olmadığı izahtan varestedir. Alınacak bu kişilerin henüz kamu görevlisi statüsüne girmedikleri, öğrenci statüsünde oldukları düşünülebilirse de, bu durumun dahi sonucu değiştirici bir mahiyeti yoktur. Çünkü, öğrenci statüsünde olsalar da "özel harekat" polis memur adayları ile "normal polis" memuru adayları bakımından aynı karşılaştırma yapılmak durumundadır. Dolayısıyla bu yönde bir gerekçenin de anılan Anayasa'ya aykırılığı bertaraf edici mahiyeti bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; liyakat ölçütlerinin belirlenmesine engel olan, objektifliği sağlamaktan uzak ve emniyet teşkilatı kaynakları arasında makul olmayan bir istisna öngören dava konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ile 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Anayasa Mahkemesi - 24 Temmuz 2019 tarihli 5809 sayılı Kanun - BTK Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2017/16

Karar Sayısı : 2019/64

"…

A- GENEL AÇIKLAMALAR

Olağanüstü Yönetim Biçimleri Bir Hukuk Rejimidir. Ancak, Bu rejimin Uygulanması, Yürütme Organına İstediğini Yapma Olanağı Tanıyan Keyfi Bir Rejim Değildir:

6757 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, 20/07/2016 tarihinde ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması zaruri olan tedbirler ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesini amaçlamıştır. Çağdaş demokrasilerde olağanüstü yönetim usulleri devletin ya da ulusun varlığına yönelmiş olağanüstü bir tehdit ve tehlike ile bu tehdit ve tehlikenin olağan dönemlerde alınacak tedbirlerle ortadan kaldırılamayacak büyüklükte olması durumunda bu tehdit veya tehlikeyi ortadan kaldırmayı ve olağan düzene dönmeyi amaçlayan rejimlerdir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü yönetimler anayasal düzeni korumak ve savunmak amacı taşıyan rejimlerdir. Bütün olağanüstü yönetim usulleri gibi, olağanüstü hal de çağdaş anayasal demokrasilerde geçici nitelikte olan hukuki ve anayasal bir rejimdir. Bunun anlamı, olağanüstü halin yürütme organına istediğini yapma olanağını tanıyan keyfi bir rejim olmamasıdır Olağanüstü hal, anayasal demokratik rejimlerin istisnai hallerde askıya alınması değil, devletin ve ulusun varlığına yönelik bulunan büyük bir tehdit veya tehlikenin ortadan kaldırılması ve olağan hukuk düzenine dönmek amacıyla geçici bir süreyle yürütme organının yetki alanının olağan dönemlere göre genişletilebilmesi ve temel hak ve özgürlüklerin daha geniş ölçüde sınırlandırılabilmesi olanağını verir. Ancak bu yetki genişlemesi, yürütme organının hukuk devleti dışına çıkabilmesi sonucunu doğurmaz. Yürütmeorganı, olağanüstü hallerde de çerçevesi ve sınırları anayasa ve kanunlarla çizilen sınırlar içinde hareket etmek zorundadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 1991 tarihli kararlarında "... demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca, olağanüstü hal yönetimlerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde sonuçta bir "hukuk rejimi" dir" (E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.1.1991, RG. 5.3.1992-21162; E. 1991/6, K.1991/20, k.t. 3.7.1991, RG.

8.3.1992-21165) diyerek olağanüstü hal rejiminin hukuki ve sınırlı; aynı zamanda da anayasal düzeni askıya almayı değil, korumayı ve savunmayı amaçlayan bir yönetim biçimi olduğunu vurgulamıştır

Olağanüstü hal rejimi kısa süre içinde olağan hale dönmek içindir. Anayasal sistemi ve hukuk düzenini değiştirmenin aracı olamaz. Olağanüstü hallerin amacı, olağanüstü hal ilanına neden olan durumu en kısa sürede ortadan kaldıracak tedbirleri almak ve olağanüstü hal ilanı öncesi döneme geri dönmektir. Olağanüstü hal yönetimini anayasal düzeni ve hukuk sistemini yeniden düzenlemenin bir aracı olarak kullanmak olağanüstü hal yönetiminin mahiyetiyle bağdaşmaz. 6757 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'da yer alan ve iptali iş bu dilekçemiz ile talep edilen hükümler olağanüstü halin gerektirdiği nitelikte tebdirler değildir.

1982 Anayasası çağdaş anayasal demokrasilere uygun olarak, olağanüstü yönetim usullerini ve bunların sınırlarını 119-112. maddeler arasında olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali olarak belirlemiştir. Olağanüstü hal tabii afet ve ağır ekonomik bunalım (md. 119) ile şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması (md.

120) sebepleriyle Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından yurdun bir ya da birden fazla bölgesinde ya da tamamında süresi altı ayı aşmamak üzere ilan edilebilir. Anayasa'nın 120. Maddesine göre olağanüstü hal ilan edilebilmesi için Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşünü alması gerekir. Söz konusu karar Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulur.

1982 Anayasası, 121.maddesinde olağanüstü hallerde (122. maddesinde sıkıyönetimde) yürütme organına özel bir yetki vermekte; Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarabilmesine olanak tanımaktadır. Anayasa, 91. ve 121. maddelerinde olağanüstü dönemlerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameleri, bakanlar

kurulunun olağan zamanlarda sahip olduğu kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinden bazı açılardan farklı düzenlemektedir. Olağanüstü hallerde kanun hükmünde kararnameler Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılır. Bu kanun hükmünde kararnameler bir yetki yasasına dayanmaz. Bu kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın 91. maddesinde olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnameler için getirilmiş konu sınırlamasına bağlı değildir.

Söz konusu düzenlemelerden olağanüstü hallerde yürütme organının kanun hükmünde kararnameler yoluyla yetki alanını sınırsız bir biçimde genişlettiği sonucu elbette çıkarılamaz, çıkarılmamalıdır. Kanun hükmünde kararnamelerin kanun haline dönmesi bakımından da aynı husus geçerlidir. Parlamentodaki yasalaşma sürecinde sayısal çoğunluk, yapılan siyasi denetimin önemini azaltmakta, eleştirilerin dikkate alınarak yanlışlıkların düzeltilmesi sonucunu sağlamamaktadır.

1982 Anayasası anayasal demokrasiye dayalı hukuk devleti ilkesini benimsemiştir. Anayasayı yorumlama tekeline sahip Anayasa Mahkemesi de çok sayıda kararında 1982 Anayasasının bu özelliğini vurgulamaktadır. Bir düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı bir konu olup olmadığı, Anayasanın konuyla ilgili bütün maddeleri (md. 119, 120, 121, 125/6, 15 vb) gözönünde bulundurularak yapılmalıdır.

Olağanüstü halde sınırlama amacı ile bu amaca ulaşmak için seçilen araç arasında hakkaniyete uygun bir denge yoksa hak ihlali vardır.

Anayasa'nın 121/3. maddesinde yer alan ve kanun hükmünde kararnamelerin konu öğesini olağanüstü halin "gerekli kıldığı konularla" sınırlandıran hükümü "ölçülülük ilkesi"ne karşılık gelir. Ölçülülük ilkesi, Anayasa Mahkemesi'nin çok sayıdaki kararında da ifade ettiği gibi, sınırlama amacı ile bu amaca ulaşmak için seçilen araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmasını; önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını; amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını gerektirir (E.2014/122, K. 2015/123, RG. 1.3.2016-29640; E. 2013/158, K. 2014/68, RG. 9.4.2014-28967; E.2013/32, K.2013/112, RG.31.12.2013-28868). Ölçülülük

denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir (E. 2015/29, K.2015/95, RG.12.11.2015-29530). Dolayısıyla Anayasa'nın 121/3. maddesi olağanüstü hal kararnamesiyle başvurulacak araçlar ile olağanüstü hal ilanına yol açan tehlikeleri giderip olağan duruma geri dönmek amacı arasında uygun bir ilişkinin varlığını da şart koşmaktadır. 6757 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve

Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'da iş bu dilekçemiz ile iptalini talep ettiğimiz hususlar olağanüstü halin gerektirdiği konularla ilgili olmamasının yanı sıra, düzenlenen hükümle ulaşılmak istenen amaç arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 15/1. maddesine göre, "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir."

Bu hükme göre, olağanüstü halde alınacak önlemler hem "ölçülülük ilkesine" hem de "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler"e aykırı olmamalıdır. İptalini talep ettiğimiz düzenlemeler, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin milletlerararası hukuktan doğan yükümlülüklerimizi de ihlal eder niteliktedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler, olağanüstü halde alınacak tedbirlerin hukukun genel ilkelerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, 1949 Cenevre Sözleşmesi gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin kurduğu ve sözleşme hükümlerini yorumlayan yargısal ve yarı-yargısal organların kararlarına aykırı düşmemesi anlamına gelir (Anayasa Mahkemesi Kararı : E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K.1991/20).

Anayasa'nın 15/1. maddesiyle paralel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15/1. maddesi de devletlerin ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere aykırı olmamak şartıyla savaş ve diğer olağanüstü hallerde Sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı önlemler alınabileceğini belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özellikle devletlerin krizin gerektirdiği ölçüyü aşıp aşmadıklarını denetleme konusunda kendini yetkili görmektedir. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken, askıya almanın etkilediği hakların niteliği, olağanüstü durumun süresi ve olağanüstü duruma yol açan nedenler gibi, konuyla ilgili çeşitli etmenleri gözönünde bulundurur. (Brannigan and McBride/ Birleşik Krallık & 43; Lawless v. İrlanda & 36-38, İrlanda/Birleşik Krallık & 205; Aksoy/ Türkiye & 68; Nuray Şen/Türkiye, 17.06.2003 &25).

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi hükümlerinin taraf devletler tarafından sınırlanmasına ve askıya alınmasına ilişkin ölçütleri belirleyen 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Siracusa İlkelerine (U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985)) göre, devletin sözleşme hükümlerini askıya aldığı hangi bir tedbirin ulusun yaşamına karşı oluşan tehdidi ortadan kaldırmak için mutlak olarak gerekli ve tehdidin mahiyetiyle ve yaygınlığıyla orantılı olmalıdır

(& 51). Bir başka ifadeyle, Anayasa'nın 15/1. maddesinde şart koşulan ölçülülük ilkesi Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi bakımından da uygulanması zorunlu bir ilkedir. Bu tedbirlerin durumun mutlak biçimde gerektirdiği nitelikte olup olmadığının tespitinde ulusal makamların değerlendirmesi kesin olarak kabul edilemez (paragraf 57).

B. 6757 Sayılı Kanun Hükümlerinin Anayasaya Aykırılık Gerekçesi

1) 6757 sayılı Kanun'un 7. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

6757 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanunun 8 inci maddesinin 1 inci fıkrasında değişiklik

yapılmaktadır. Değişiklik uyarınca; "Genelkurmay Başkanı; orgeneral ve oramiraller arasından, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır."

1324 sayılı Kanun'un 8/1 maddesinin değişikliğe uğramadan önceki hali şu şekildeydi: "Genelkurmay Başkanı; Kara, Deniz veya Hava Kuvvetleri Komutanlığını yapmış general ve amiraller arasından, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır". Bu düzenleme uyarınca, Genelkurmay Başkanı, yalnızca Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlığını yapmış general veya amiraller arasından seçilebiliyordu.

6757 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile getirilen düzenleme uyarınca, Genelkurmay Başkanı'nın yalnızca Kuvvet Komutanlığı yapmış kişiler arasından seçilme şartı kaldırılmış, orgeneral ya da oramiraller arasından seçilebileceği öngörülmüştür.

Genelkurmay Başkanlığı'nın yanı sıra Kara Kuvvetleri Komutanlığı, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı, Hava Kuvvetleri Komutanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Genelkurmay İkinci Başkanlığı, 1. Ordu Komutanlığı, 2. Ordu Komutanlığı, 3. Ordu Komutanlığı, Ege Ordu Komutanlığı, Donanma Komutanlığı, Harp Akademileri Komutanlığı, Kara Kuvvetleri Eğitim ve Doktrin Komutanlığı, Türk Silahlı Kuvvetlerinde, orgeneral veya oramiral tarafından yönetilen birimlerdir. 6757 sayılı Kanun'un 7 nci maddesiyle yapılan değişiklik uyarınca, Jandarma Genel Komutanı, Genelkurmay İkinci Başkanı, 1. Ordu Komutanı, 2. Ordu Komutanı, 3. Ordu Komutanı, Ege Ordu Komutanı, Donanma Komutanı, Harp Akademileri Komutanı, Kara Kuvvetleri Eğitim ve Doktrin Komutanı da Genelkurmay Başkanı olarak atanabilecektir.

Bir Devletin bağımsızlığını koruyabilmesi, miili güvenliğini sağlayabilmesi bakımından Silahlı Kuvvetlerinin güçlü olması gerekir. Askerlik mesleğinin yapısında da emir komuta zinciri ile ast-üst ilişkisinin olmazsa olmaz bir yeri vardır. Çünkü kamusal nitelikteki bu görevin işlevini tam anlamıyla yerine getirebilmesi, belirli bir hiyerarşi dahilinde hareket edilmesini gerekli kılar. Askeri düzende, disiplin ve hiyerarşik yapı olmadığında, silahlı güçlerin topyekün bir hareket

kabiliyetinden, güvenliği sağlama ve savaşma yeteneğinden de bahsedilemez. Nitekim, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 13 maddesinde askerliğin temelinin disiplin olduğu belirtilmiştir. Aynı maddeye göre, disiplin: kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. Bu sebeple, ast ve üstün, görevlerini emir-komuta zinciri içerisinde, belirli bir disiplin dahilinde ifa etmeleri, askerlik mesleğinin doğal bir sonucudur.

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na göre, emir; hizmete ait bir talep veya yasağın sözle,yazı ile ve sair surette ifadesi iken (m.8), amir; makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir (m.9). Yine bu Kanun'na göre üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir (m.10).

Astın, üstün emrini yerine getirme yükümlülüğü ve sorumluluğu, Anayasa ve yasal düzenlemelerde de öngörülmüştür. Örneğin Anayasa'nın 137 nci maddesinde; "kamu hizmetlerinin görülmesinde ast-üst arasındaki emir ilişkisinden" söz edilmiştir. Keza, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 13 üncü maddesinde, askerliğin temelinin disiplin olduğu belirtildikten sonra, disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınacağı belirtilmiştir. Keza aynı Kanun'un 14 üncü maddesi, astın vazifelerini düzenlemiş ve astın, amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet görtermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve

nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecbur olduğu, astın muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremeyeceği, haddini aşamayacağı, icradan doğacak mesuliyetler emri verene ait olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi, askerlik mesleğinin tabi bir özelliği olan disiplin içinde, ast-üst ilişkisi dahilinde ve emir-komuta zincirine göre hareket etme, Anayasa ve yasalarda da hukuki bir ilişki tanımı olarak belirlenmiş ve bu ilişkinin taraflarına çeşitli yükümlülük ve sorumluluklar yüklenmiştir.

6757 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile kabul edilen düzenleme uyarınca, Genelkurmay Başkanı'nın yalnızca Kuvvet Komutanlığı yapmış kişiler arasından seçilme şartı kaldırılarak, Jandarma Genel Komutanı, Genelkurmay İkinci Başkanı, 1. Ordu Komutanı, 2. Ordu Komutanı, 3. Ordu Komutanı, Ege Ordu Komutanı, Donanma Komutanı, Harp Akademileri Komutanı, Kara Kuvvetleri Eğitim ve Doktrin Komutanının da Genelkurmay Başkanı olarak atanabilmesinin önü açılmıştır.

Söz konusu düzenleme uyarınca, örneğin Kara Kuvvetleri Komutanının astı konumunda bulunan 2. Ordu Komutanı, Genelkurmay Başkanı olarak atandığında, önceden emri altında bulunduğu kişi, artık astı konumuna geçmiş olacaktır. Böylelikle hiyerarşik ilişkinin dengesi, yapısı bozulmuş

olacak ve bu durum Silahlı Kuvvetlerin gücünü aldığı geleneksel hiyerarşik yapısı ve dokusunun zedelenmesine sebebiyet verecektir. Unutulmamalıdır ki, hiyerarşik ilişki ile yönetilen bir yapıda, sadece ast ve üstün yasal sorumluluk ve yükümlülükleri değil, psikolojik faktörler de önem taşımaktadır. Getirilen düzenleme ile yaş, tecrübe, bilgi, birikime dayalı liyakata dayanan sistem ters-düz edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti; "… eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir" (AYM., 07.04.2016, 2015/94, 2016/27).

Hukuk devleti ilkesi, ihdas edilen kanunların Anayasaya uygun olmasını gerekli kılar. Bu çerçevede Anayasanın 11 inci maddesinde; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" denilerek, hukuk devleti ilkesinin Yasama erki yönünden bağlayıcılığı ortaya konulmuştur.

Hukukun üstünlüğü ilkesi, yürütme ve yargı organlarını olduğu gibi, yasama organını da bağlamaktadır. Hukukun evrensel ilkeleri, uluslararası sözleşmelerde ve Anayasa'da kabul edilen evrensel kural ve ilkeler, hukukun üstünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesinde önemli bir rol oynar. Bu sebeple, hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa hükümlerine sadık kalarak, onun özüne ve ruhuna aykırı düzenlemelerden kaçınmalıdır. Bu yönüyle, Anayasa'da belirtilen temel ilke ve kaideler yasa koyucunun yasama yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. Yasa koyucu, keyfilikten uzak, Anayasal sınırlar dahilinde, yasama yetkisini kullanmalıdır. Bu sınır aşıldığı takdirde, Anayasa'nın 2 nci maddesinde gösterilen hukuk devleti ilkesine aykırı hareket edilmiş olur.

Getirilen düzenleme uyarınca, Türk Silahlı Kuvvetlerinin komuta kademesine ilişkin atamalarda Kuvvet Komutanlarının yaş, bilgi, birikim, tecrübe ve bulundukları rütbelere dayalı

liyakat ölçütü gözetilmeyip, belirli sayıda orgeneraller arasından siyasi maksat ve hedeflerle, keyfi olarak Genelkurmay Başkanının atanması söz konusu olabilecektir. Söz konusu atamalarda, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, kamu hizmetinin görülmesi ve kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin genel-geçer, liyakatın ve geleneksel teamüllerin esas alındığı objektif ilke ve kaideler yerine, keyfi uygulamalara kapı aralanması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu sebeple, getirilen düzenleme Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan, ast-üst ilişkisi kapsamında Kuvvet Komutanları ile Jandarma Genel Komutanının, organeral tarafından yönetilen diğer Silahlı Kuvvetler Birimlerine üstünlüğü, Anayasa'nın bazı hükümlerinde de kendisini göstermektedir.

Anayasa'nın 118 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur. Görüldüğü gibi, Milli Güvenlik Kurulu'nun üyeleri arasında yalnızca Kara, Hava, Deniz Kuvvet Komutanı ile beraber Jandarma Genel Komutanı da bulunmaktadır. Organerallik rütbesi tarafından yönetilen diğer Silahlı Kuvvetler Komutanlıkları ise Milli Güvenlik Kurulu'nda yer almamaktadır.

Milli Güvenlik Kurumu, Devletin milli güvenlik stratejisinin, millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanmasına ilişkin kararlar alan Anayasal bir kurum olup, bu Kurul'da yer alan Komutanların devletin ve ülkenin milli güvenlik stratejisine hakim olması, bu hususta bilgi, birikim ve tecrübelerinin bulunması, Genelkurmay Başkanlığı görevi için önemli bir ayrıcalıktır. Silahlı Kuvvetlerin orgenarel rütbesi ile yönetilen diğer komutanlıklarının Kurul'da yer almamaları ise, Genelkurmay Başkanlığı gibi Türk Silahlı Kuvvetlerinin en önemli ve en üstün rütbesine atanacak kimseler bakımından önemli bir eksikliktir. Sadece bu özellik dahi, Kuvvet Komutanları ile Jandarma Genel Komutanını, Genelkurmay Başkanlığı görevini yürütme kabiliyet ve kapasitesi açısından bir adım öne taşımakta, liyakat ölçüsü bakımından kayda değer bir nitelik arz etmektedir.

Diğer taraftan, Anayasa'ya göre, yargısal sorumluluk ve yargısal koruma bakımından da Kuvvet Komutanlıkları ve Jandarma Genel Komutanı, diğer komutanlıklardan farklı bir rejime tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148 inci maddesine göre, Genelkurmay Başkanının yanı sıra, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

Görüldüğü gibi, sadece Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesindeki hiyerarşik yapı olarak değil, Anayasal hükümler uyarınca, Milli Güvenlik Kurulu'nun üyesi olma ve yargısal koruma açısından Kuvvet Komutanlıkları ile Jandarma Genel Komutanlığının, yukarıda yer verdiğimiz orgenarel rütbesi ile yönetilen diğer komutanlıklardan üstün bir konumda olduğu ve liyakat ölçülerine göre bu komutanlıkların Genelkurmay Başkanlığı gibi bir göreve atanma bakımından öncelik taşıdığı kuşkusuzdur.

6757 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile kabul edilen düzenleme, sadece Türk Silahlı Kuvvetlerinin en üst komuta kademesindeki denge, disiplin ve hiyerarşik yapının zedelenmesi ve bozulmasına

yol açmayacak, aynı zamanda Anayasa'nın 118 ve 148 inci maddesindeki düzenlemeler kapsamında ortaya çıkan liyakat ölçülerine de aykırı hareket edilmiş olacaktır.

Yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda, 6757 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ile

getirilen düzenleme, Anayasa'nın 2., 118. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2) 6757 sayılı Kanun'un 22 nci maddesi ile 5809 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesine eklenen 11 inci fıkranın birinci ve üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

6757 sayılı Kanun'un 22 nci maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60 ncı maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Kanun'un 60 ncı maddesi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun yetkilerini düzenlemekte olup, maddeye 8 nci fıkrasından sonra gelmek üzere dört fıkra eklenmiştir.

Maddeye 11 inci fıkra olarak getirilen düzenlemeye göre; "Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir. Kurum, bu fıkrada belirtilen görevlerin ifasında bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışır. Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir. Bu fıkraya göre bilgi ve belge talebinde bulunulması ve bu taleplerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Başbakanlıkça belirlenir."

Görüldüğü gibi, 5809 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesine eklenen 11 inci fıkra uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, görevi kapsamında ilgili yerlerden her türlü bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilecek ve bunların değerlendirmesini yapabilecek, arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilecek, bunlarla irtibat kurabilecektir. Keza, Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilecektir.

Getirilen düzenleme ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na verilen bu yetki son derece geniş olup, kişisel verilerin gizliliği ve güvenlik hakkı yönünden sakıncalar içermektedir.

Anayasa'nın 2. Maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bireyi esas alan demokratik bir hukuk devletidir. Bu devletin bireyi bireyden ayırmaya yarayan bireyin diğer bireylerle olan şahsi, sosyal, ticari, mesleki ilişkilerine ve devletle olan ilişkilerine esas teşkil edecek, bireyin kim olduğunu ortaya koyabilecek, onu diğer bireylerden ayırt edebilecek bir "kimlik"e ihtiyaç

duyulduğu kuşkusuzdur. Esasen bireyi diğer bireylerden ayıran bu kimlik ve bu kimliği sembolize eden bireye ait tüm bilgi ve veriler kişisel verilerin temelini oluşturmaktadır.

Toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi, insanların diğer insanlarla ve devletle olan ilişkilerinin tesis edilebilmesi, bireye ait verilerin farklı şekillerde kullanımını gündeme getirir. Devlet, bazı kurumlarının görev ve yetkilerinin gereği olarak, bireylerin şahsına ait bilgileri kaydetme ya da mevcut bilgileri saklama, kullanma gereği duyabileceği gibi, gerçek veya özel hukuk tüzel kişiler de, mesleki yetkilerini kullanırken, kişilere ait verileri kaydetme, kullanma ve saklama gibi bazı işlemleri gerçekleştirme ihtiyacını duyabilir. Bununla birlikte, verilerin aidiyeti ve şahsi verilerin sadece o kişiyi ilgilendirmesi esasına bağlı olarak, tüm bu kullanımların, kötüye kullanmalara, suistimallere, hak ihlallerine karşı hukuki güvencelerle donatılması gerekir. Esasen kişisel verilerin kullanılması değil, gizliliği ve korunması kural olduğundan, bu verilerin gizliliği, kaydedilmesi, saklanması, verilmesi, aktarılması gibi verilerin işlenmesi olarak tarif edilebilecek hareket tarzlarının çağdaş demokratik hukuk devleti

ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi, şartlarının, istisnalarının açık bir şekilde yasal düzenlemelere bağlanması kaçınılmaz bir gerekliliktir. Zira, kişi güvenliği, hürriyeti, kişi dokunulmazlığı ne denli önemliyse, bireyin kişisel verilerinin korunması da özel hayatın gizliliğinin bir parçası olarak bireyin için o kadar önem taşımaktadır.

Teknolojinin son derece hızlı geliştiği günümüzde de bireye ait bilgilerin saklanması daha kolay olmakla birlikte, bu bilgilerin ulaşılabilirliği de artmaktadır. Bu durum, kişinin kişisel verilerin korunması hakkına müdahaleler oluşturabilmekte ve kişilerin temel bir hak olan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edilip edilmediği sorusunu gündeme getirebilmektedir.

Kişisel veri kavramı, "bir gerçek kişi ile ilgili her türlü bilgi" şeklinde ifade edilmektedir. Kişisel veri, "Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi"nde (108 no lu sözleşme); "kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler"; "Avrupa Topluluğu Kişisel Verilerin Korunması Yönergesi"nde; "belirli veya belirlenebilir bir kişiyle ilgili bütün bilgiler; buna benzer olarak, 6698 sayılı "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'da ise "Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" (m.3) olarak tarif edilmiştir.

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişisel verilerin hukuka uygun kaydedilmesi ve hukuka uygun kaydedilen kişisel verilerin yine hukuka uygun olarak kullanılması ve saklanmasını içermektedir. Kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin bir parçasıdır. Zira gerek Anayasalarda gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel olarak kişisel verilerin korunması hakkı güvence altına alınmamakla birlikte, kişisel verilere yönelik müdahaleler doğrudan bireyin özel

hayatını ilgilendirdiğinden, bu hak, yargısal içtihatlarda özel hayatın gizliliği hakkı (AİHS.m.8) çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Kişisel verilerin korunması hakkı uluslararası hukuk metinlerine de konu olmuş bir haktır. Uluslararası sözleşmelerde, birtakım uluslararası birliklerin yönergelerinde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel ilkeler ve çeşitli düzenlemeler mevcuttur.

OECD'de kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak, 23 Eylül 1980 tarihinde "Kişisel Verilerin Sınıraşan Trafiği ve Verilerin Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeleri" kabul edilmiştir. Bu temel kılavuz ilkelerin tavsiye kararı niteliğindedir, bu anlamda üye devletler açısından bağlayıcı değildir. OECD'nin kabul ettiği bu ilkeler, diğer uluslar arası örgütlerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelere de kaynaklık teşkil etmesi bakımından da önemlidir. OECD'nin kişisel verilerin korunmasında esas aldığı temel ilkeler; "veri toplamanın sınırlı olması ilkesi, veri kalitesi ilkesi, amacın belli olması ilkesi, kullanmanın sınırlı olması ilkesi, veri güvenliği ilkesi ve açıklık ilkesi"dir.

Birleşmiş Milletler Örgütü Verilerin Korunması Yönergesi, 14 Aralık 1990 tarihinde kabul edilmiştir. Bu yönerge, tavsiye kararı niteliğinde olduğu için, taraf devletler bakımından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu yönerge ile OECD'nin kararında olduğu gibi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin birtakım temel ilkeler getirilmiştir. Söz konusu yönergede, "Hukuka uygunluk ve dürüstlük ilkesi, doğruluk ilkesi, amacın belirli olması ilkesi, ilgilinin kendi bilgilerine erişim hakkı ilkesi, ayrımcılık oluşturacak bilgilerin kaydedilmemesi ilkesi ve güvenlik ilkesi" kişisel verilerin korunmasına yönelik temel ilkeler olarak benimsenmiştir.

Avrupa Konseyince kabul edilen, 108 nolu Verilerin Korunması Sözleşmesi'nde doğrudan doğruya kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa Birliği'nde kişisel verilerin korunmasına ilişkin birçok tüzük, yönerge ve antlaşmalar da

mevcuttur. Bunlara örnek olarak "Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiğine İlişkin Yönergesi, Özel Alanın Korunması ve Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Yönerge, Topluluk Organ ve Kurumları Tarafından Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafiği Hakkında Tüzük, Avrupa Topluluklarının Verilerin Stok Yapmak Üzere Kaydedilmesine İlişkin Yönerge, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Europol ve Schengen Antlaşmaları" gösterilebilir.

Bunun yanı sıra, kişisel verilerin korunması hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8 inci maddesindeki özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına konu olmuştur (Klass kararı 6 Eylül 1978; McVeigh/Birleşik Krallık ve

Murray/Birleşik Krallık Kararları, Leander/İsveç Kararı; Amann/İsviçre Kararı; Avukat Rotaru/Romanya Kararı)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında esasen iç hukukta müdahaleyi oluşturan yasanın niteliği ile ilgili olarak birtakım ortak sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Buna göre iç hukuktaki yasa;

- Açık ve net olmalıdır. Verilerin toplanması, muhafazası, süresi, imhası gibi hususlar ayrıntılı biçimde düzenlenmelidir, dolayısıyla birey hangi şartlar altında kişisel verilerine müdahale edilebileceğini bilmelidir.

- Kişisel verilerin kaydedilmesi ve kullanılmasının kötüye kullanılmasını engellemek ve keyfi uygulamaların önüne geçmek amacıyla belirli kontrol mekanizmaları öngörülmelidir. Bu kontrol mekanizmaları, müdahaleyi yapacak olan kurumdan bağımsız olarak oluşturulacak bir organ vasıtasıyla gerçekleştirilmelidir. Bu kontrol mekanizmasının denetiminin etkin bir biçimde işlemesi gerekir.

- Kişisel verilere müdahalenin demokratik toplumun gerektirdiği şekilde ve ölçüde olması gerekir. Demokratik toplumda, kişisel verilere müdahalenin kabul edilebilir olması, kişisel verilere müdahaleyi haklı gösterebilir.

- Yapılan müdahalenin, yasanın gerektirdiği usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekir. Usule uygun olarak tutulmayan kişisel veriler, hukuka uygun kabul edilemez.

Kişisel verilerin güvenliği ve korunması hakkı, doğrudan doğruya bir hak olarak 12 Eylül 2010 Referandumu ile kabul edilen Anayasa değişikliği ile mevzuatımıza girmiştir. Anayasa'nın 20 nci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre; "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

Bu hüküm getirilmeden önce, Türk Hukukunda kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak Anayasa'da açık bir düzenleme mevcut değildi, ancak bu hak, insan onuru ilkesi başta olmak üzere, Anayasanın 17 inci maddesinde düzenlenen kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ve 20 inci maddede güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkına dayandırılmaktaydı. 2010 yılında getirilen düzenlemeyle, kişisel veri güvenliği ve korunması hakkı, açık bir şekilde Anayasa'da düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır.

Ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nda "Kişisel verilerin kaydedilmesi" (m.135), "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" (m.136), "Verileri yok etmeme (m.138)" suçlarına yer verilmiş olup, böylelikle kişisel veri güvenliği hakkının ihlali niteliği taşıyan bazı davranışlar, belirli şartlar altında cezai yaptırımla karşılanarak, kişisel verilerin daha etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır.

6757 sayılı Kanun'un 22 nci maddesiyle, 5809 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesine eklenen 11 inci fıkranın birinci cümlesi uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, görevi kapsamında ilgili yerlerden her türlü bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilecek ve bunların değerlendirmesini yapabilecek, arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilecek, bunlarla irtibat kurabilecektir. Keza, üçüncü cümle kapsamında Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilecektir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na bu yetkiler verilirken, kişisel verilerin güvenliği ve korunmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiş, diğer bir ifadeyle kişisel veriler güvencesiz bırakılmıştır, bu sebeple iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında kabul olunduğu üzere kişisel verilere müdahale oluşturan iç hukuktaki yasanın açık ve net olması, verilere yönelik müdahale tür ve biçimlerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi, verilen yetkinin kötüye kullanılmasını engellemek ve keyfi uygulamaların önüne geçmek amacıyla belirli kontrol mekanizmalarının öngörülmesi, bu kontrol mekanizmalarının, müdahaleyi yapacak olan kurumdan bağımsız olarak oluşturulacak bir organ vasıtasıyla gerçekleştirilmesi, kişisel verilere müdahalenin demokratik toplumun gerektirdiği şekilde ve ölçüde olması gerekir. Bu kriterlere uygun olarak tutulmayan kişisel veriler, hukuka uygun kabul edilemez. Bu ağlamda yukarıda ayrıntılı olarak aktarılan uluslararası çerçeveye aykırı düzenleme Anayasa'nın 90. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, "… eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde

devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar" (AYM., 07.04.2016, 2015/94, 2016/27).

Hukuk devletinde, bireyin temel hak ve hürriyetlerinin koruması esas olup, hakka yönelik müdahalenin belirli şartlar altında yapılması esastır. Bu bakımdan keyfi uygulamalara sebebiyet vermemek adına, hakka yönelik müdahalelerin hangi şartlar altında yapılacağının denetime açık bir şekilde yasada gösterilmesi gerekir. Aksi halde, getirilen düzenleme ile, temel hak ve hürriyetlerin ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması anlamına geleceği gibi, hakkın özüne de dokunulmuş olur. Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum

düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. İptali talep edilen bu düzenleme hakkı tamamen kullanılmaz hale getirdiği bir başka deyişle hak kapsamındaki güvencelere tamamen aykırı olan bu düzenleme Anayasa'nın 13. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

6757 sayılı Kanun'un 22 nci maddesiyle, 5809 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesine eklenen 11 inci fıkra uyarınca, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na kişisel verilere yönelik ağır müdahaleler oluşturan birtakım yetkiler verilmekte, ancak bu müdahaleye ilişkin ayrıntılar gösterilmemektedir.

Getirilen fıkranın birinci ve üçüncü cümlelerinde, kişisel verilerin gizliliği ve güvenliğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiş olması nedeniyle, söz konusu yetkiler, kişisel verilerin gizliliği, güvenliği ve korunması hürriyeti açısından ölçüsüz müdahaleleri beraberinde getirecek, aynı zamanda bu yetkilerin kullanılması hakkın özüne de müdahale niteliği taşıyacaktır.

Bu sebeplerle, 6757 sayılı Kanun'un 22 nci maddesiyle 5809 sayılı Kanun'un 60 ıncı

maddesine eklenen 11 inci fıkranın birinci ve üçüncü cümleleri, Anayasanın 2., 13., 20. ve 90. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

3) 6757 sayılı Kanun'un 23. Maddesi ile 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanununun ek 24 maddesine yapılan ek fıkra düzenlemesinde yer alan "Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın" ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

6757 sayılı Kanun'un 23. Maddesi ile 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanununun ek 24 maddesine yapılan ek fıkra düzenlemesi öngörülmüştür.

3201 sayılı Emniyet Tekilat Kanununda yapılan değişiklik ile, özel harekat birimlerinde istihdam edilmek üzere, yirmisekiz yaşından gün almamış olmak kaydıyla, en az lise veya dengi okul

mezunları, Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın, fiziki yeterlilik ve mülakat sınavları ile polis meslek eğitim merkezlerine alınabilecektir.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32,RG. 21.5.2015-29362).

6757 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanununun ek 24 maddesine yapılan ek fıkra düzenlemesi kapsamında yapılacak özel harekat birimlerinde istihdam, Kamu Personel Seçme Sınavına girme şartı hariç tutularak yapılmaktadır. Kamu Personel Seçme Sınavına girme şartı hariç tutularak yapılacak atamalar, herhangi bir objektif kriterden yoksun olarak, siyasal iktidar tarafından liyakat ölçütü gözetilmeden keyfi biçimde yapılmasına kanuni bir zemin oluşturması nedeniyle Anayasanın demokratik hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine aykırıdır.

Getirilen düzenleme uyarınca, özel harekat birimine alınacak kişilerde KPSS şartının dahi aranmaması, hiçbir objektif liyakat ölçütünün bu tespitte kullanılmaması anlamına gelmektedir. Kamu Personel Seçme Sınavına girme şartının aranmıyor olması; objektif ölçütleri

dışlayan, siyasi, şahsi ilişkilerin etkili olduğu keyfi tercih ve uygulmalara kapı arayabileceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

6757 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanununun ek 24 maddesine yapılan ek fıkra düzenlemesi Anayasanın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

4) 6757 sayılı Kanun'un 25 inci maddesi ile 2567 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 21 inci maddenin Anayasaya aykırılığı

6757 sayılı Kanun'un 25 inci maddesi ile 6/1/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

Eklenen Geçici 32 inci maddeye göre; "31/12/2020 tarihine kadar bölge idare mahkemesi üyeliğine, hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen en az altı yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunan idarî yargı hâkim ve savcıları arasından atama yapılabilir."

2576 sayılı Kanun'un 3/E maddesinin 1 inci fıkrasına göre; "Bölge idare mahkemesi başkanı ve daire başkanları birinci sınıf olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş; daire

üyeleri ise en az birinci sınıfa ayrılmış olup birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanır."

Görüldüğü gibi, kural olarak Bölge İdare Mahkemesi üyeleri, en az birinci sınıfa ayrılmış olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanmaktadır. 6757 sayılı Kanun'un 25 inci maddesiyle kabul edilen düzenleme uyarınca, bölge idare mahkemesi üyeleri için yasada kabul edilen kriterler terk edilerek, 31.12.2020 tarihine kadar hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen en az altı yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunan idarî yargı hâkim ve savcıları arasından atama yapılabileceği kabul edilmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" denilerek, hukuk devleti Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

Hukuk devleti, en basit tanımıyla, devletin iş ve eylemlerinin hukukla sınırlanması demektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre hukuk devleti; "… eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar" (AYM., 07.04.2016, 2015/94, 2016/27)

Yasama organı yönünden hukuk devleti ilkesi, ihdas edilen kanunların Anayasaya uygun olmasını gerekli kılar. Bu çerçevede Anayasanın 11 inci maddesinin son fıkrasında; "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" denilerek, hukuk devleti ilkesinin Yasama erki yönünden bağlayıcılığı ortaya konulmuş, Anayasanın 146 ve devamı maddeleri uyarınca kurulan Anayasa Mahkemesi'ne Yasama organının faaliyetlerinin Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi yetkisi tanınmıştır. Yürütme organı yönünden ise hukuk devletinin yansıması, yürütmenin, üstlendiği görevleri yerine getirirken ve sahip olduğu yetkileri kullanırken kanunlara uygun davranma yükümlülüğüdür. Anayasanın 125 inci maddesiyle, "yürütmenin eylem ve işlemlerinin Yargı denetimine tabi olduğu" belirtilerek, hukuk devleti ilkesinin korunması amaçlanmıştır.

Görüldüğü gibi Yargı erki, hukuk devletinin sağlanmasında önemli bir rol oynamaktadır. Zira özellikle yasama ve yürütme faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi yargı tarafından yapılmaktadır. Getirilen düzenlemeyle, 2576 sayılı Kanun'da liyakat ölçüsü çerçevesinde objektif kriterlere göre atanması öngörülen Bölge İdare Mahkemesi üyeliğine ilişkin atama kriterleri, 31.12.2020 tarihine kadar terk edilmekte, bu süreye kadar sadece 6 yıl gibi hakimlik ve savcılık mesleği açısından az sayılabilecek bir süre bu görevi yürüten kişiler arasından Bölge İdare Mahkemesi üyesi seçilebilmesinin önü açılmış olmaktadır. Buna ilave olarak, mahkeme üyeliğine, yıl şartını sağlayan idari yargı hakim ve savcılar arasından, liyakata dayalı objektif bir kritere yer verilmeksizin, "üstün başarısı ile bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunanların" atanabileceği düzenlenmektedir.

İdari yargı hakim ve savcıların "üstün başarısı"nın kim tarafından ve hangi kriterlere göre tayin edileceği belirsiz olup, bu durum yıl şartını sağlayan hakim ve savcıların tamamen sübjektif bir değerlendirmeye tabi tutularak bölge adliye mahkemesi üyeliğine atanabileceğini ortaya koymaktadır. Aynı şekilde, bir hakim veya savcının "bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı" kim ya da hangi kurum tarafından, nasıl, hangi kriterlere göre tespit edilecektir. Bu hususlarda açık ilke ve kriterlere yer verilmemiştir. Bu sebeple iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 2. Maddesine aykırılık teşkil eder.

Aslında getirilen düzenlemenin temel amacının, belirli bir tarihe kadar bölge idare mahkemesi üyeliğine, hukuk devleti anlayışının ve erkler ayrılığının getirdiği prensipler, objektif liyakata dayalı ölçütler yerine, siyasi ve şahsi ilişkilere dayalı şekilde mahkeme üyeliğine atama yapmak olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu durum, erkler ayrılığı prensibine aykırı olup, yargı mensupları, hukukun ve yasaların güvencesinden çıkararak "siyasi iktidarın" insiyatifine bırakılmış olmaktadır.

Anayasanın 138 inci maddesi; "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" şeklindedir.

Anayasada, yargıçların bağımsızlığını korumak için 139 uncu maddede "hâkim teminatı" kabul edilmiştir. Maddede; "Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır" denilmektedir.

Anayasanın 140 ıncı maddesinde ise; "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür.

ederler.

Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa

Hakim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hakimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar" denilmektedir.

Kuvvetler ayrılığının geçerli olduğu bir ülkede, yargının, yürütme ve yasama erkinden bağımsız olması gerekir. Yargının siyasi otoriteden bağımsız bir yapısının ve işleyişinin olması, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için başlıca iki koşulun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilki mahkemelerin bağımsızlığı, ikincisi ise hakimlik teminatıdır.

Hakimlerin güvencelere sahip olmaması, onların objektif ve özgür bir biçimde karar vermelerine engel teşkil eder. Zira kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayıcı, malvarlığı değerlerini azaltıcı kararlar verme yetkisiyle donatılan kişilerin, onlara hiçbir güvence sağlamadan, hukuk kuralları çerçevesinde, baskı altında kalmadan ve etkilenmeden, özgürce ve objektif olarak karar vermelerini beklemek mümkün değildir. Hakim bağımsızlığının en önemli unsurlarından biri, hakimlik teminatıdır. Diğer bir anlatımla, hakim bağımsızlığının kabul

edilmesi, her şeyden önce bu bağımsızlığa ilişkin birtakım teminatların sağlanmasıyla mümkün olabilir.

Anayasa Mahkemesi de, 10.04.2014 tarih ve 57/81 sayılı kararında; "Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları ise onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılması amacını gütmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hâkimlik teminatı da aynı amaca yönelik olup, hâkim ve savcıların azledilmelerine, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayrılmalarına, herhangi bir sebeple aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmalarına engel oluşturmaktadır. Gerek mahkemelerin bağımsızlığı, gerekse hâkimlik teminatı ilkeleri, yargılama faaliyetine ilişkin ilkeler olup, esas olarak adil bir yargılama sistemini sağlama amacını gütmektedirler. Hakim ve savcıların belirli süre ile yurtdışına gönderilmelerinin ise yargılama faaliyeti ile bir ilişkisi bulunmamakta olup, hâkim ve savcıların yurt dışına gönderilmeleri konusunda HSYK'nın görevli kılınmamasının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına aykırılığı da söz konusu değildir"ifadelerine yer vererek hakimin bağımsızlığı ile hakim teminatı arasındaki ilişkiye işaret etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne göre, bağımsızlık kavramıyla; "yürütmeden ve taraflardan bağımsız olmak" anlaşılmalıdır (Ringeisen/Avusturya, 1971).

Bağımsız yargılama makamı, yargılama makamının yürütme başta olmak üzere diğer güçlerden ayrık, bağımsız olmasını, hiçbir erke, kurum ve kuruluşa, kişiye tabi olmamasını güvence altına alan bir kriterdir. Bu bakımdan bağımsızlık, yargılama makamının yasayla kurulmuş olmasının da doğal bir sonucudur (Clarke/Birleşik Krallık, 2005).

AİHM, hakimlerin görev süresinin, bağımsızlığın sağlanabilmesi bakımından belirleyici olan hususlardan biri olduğuna işaret etmektedir. Zira AİHM, bir organın, özellikle yürütmeden ve

davanın taraflarından "bağımsız" olup olmadığını belirlerken (23.06.1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika kararı, par. 55), üyelerinin atanma tarzına ve görev sürelerine (aynı karar, parag. 57), dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerinin varlığına (bk. 01.10.1982 tarihli Piersack/Belçika kararı, par. 27) ve bu organın bağımsız olduğu görüntüsü verip vermediğine (17.01.1970 tarihli Delcourt/Belçika kararı, par.

31) bakmak zorundadır (Campbell ve Fell/Birleşik Krallık).

6757 sayılı Kanun'un 25 inci maddesi ile 6/1/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Geçici 32 nci madde uyarınca, 31.12.2020 tarihine kadar, Bölge İdare Mahkemesi üyeliğine seçim için Kanun'un öngördüğü "objektif" kriter terk edilerek, hakim ve savcıların bağımsızlığı ortadan kaldırılmakta, atanma usulü yönünden tamamen siyasi iktidarın etki ve müdahalesine açık hale getirilmektedir. Bu sebeple, Bölge İdare Mahkemesi üyeliğine atanma usulünü belirli bir süreliğine değiştiren bu düzenleme, hakim ve mahkemelerin bağımsızlığını ortadan kaldırmakta ve bu yönüyle hukuk devleti ilkesi ne aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de "hak arama hürriyeti" oluşturmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kanun yollarına müracaat hakkı da, hak arama ve adil yargılanma hakkının bir unsurunu oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 nolu Protokol'ün 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasında; "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir" denilmektedir. Görüldüğü gibi, hak arama özgürlüğünün bir sonucu olarak denetim muhakemesine başvurulduğunda, bireyler uyuşmazlığın daha yüksek bir mahkemede görülmesini isteme hakkına sahip olmaktadır. Daha yüksek mahkemenin üyelerinin de belirli bir kıdeme ve liyakat derecesine sahip olması, bu gerekliliğin bir parçasıdır. Denetim muhakemesinin mantığında, uyuşmazlığın daha kıdemli hakimler tarafından yeniden incelenmesi ve böylelikle hükmün hukuka uygunluğunun daha tecrübeli ve liyakat derecesi yüksek hakimler tarafından denetlenmesini isteme hakkı yatmaktadır. Denetim muhakemesini yapan hakim, kıdemsiz ve düşük bir liyakat derecesine sahip olduğunda, yapılan denetim muhakemesi işlevselliğini

yitirecek, bu durum bireylerin adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyetine yönelik müdahale teşkil edecektir.

Yukarıdaki izah çerçevesinde, 6757 sayılı Kanun'un 25 inci maddesiyle getirilen düzenleme, Anayasa'nın 2., 36., 138., 139. ve 140. maddelerine açık aykırılık oluşturmakta olup, bu yönüyle hükmün iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesinin 6757 sayılı Kanun'un Anayasaya aykırı gördüğümüz maddelerinin anayasa uygunluğunu incelemesi ve esastan karara bağlaması zaman alabilecektir. Yargı denetimi yürütme organının hukuk devleti sınırları içinde kalmasını sağlayan en etkili araçtır. Olağanüstü hallerde yargı denetiminin önemi daha da artmakta, devlet organlarının işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması, yasama organının Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kalmasını sağlamak ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından özellikle önem taşımaktadır.

İptalini istediğimiz 6757 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti ilkesine, Anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına aykırılık oluşturan sonradan giderilmesi olanaksız durumların ortaya çıkmasına neden olacağı ve zararlar doğuracağı açık olduğundan, ayrıca Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme sonucunda iptal kararı vermesi durumunda bu kararının sonuçsuz kalmaması amacıyla kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulması istemiyle iptal davası açılmıştır.

IV. . SONUÇ VE İSTEM

1. 24.11.2016 tarihli ve 29898 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 6757 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair 7. maddesi ile 1324 sayılı Kanun'un 8. maddesinin Anayasa'nın 2., 118. ve 148. maddelerine,

2. 22. maddesi ile 5809 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesine eklenen 11 inci fıkranın birinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 90. maddelerine,

3. 23. maddesi ile 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanununun ek 24 maddesine yapılan ek fıkra düzenlemesinde yer alan "Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine,

4. 25. maddesi ile 2567 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 21. maddenin Anayasa'nın 2., 36., 138., 139. ve 140. maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2017 tarihli 5651 sayılı Kanun - BTK Kararı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2015/76

Karar Sayısı : 2017/153

Karar Tarihi : 15.11.2017

R.G. Tarih - Sayı : 7.2.2018 - 30325

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Dairesi

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

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

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

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

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

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

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA

ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 3.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

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

A. Uygulanacak Kural ve Sınırlama Sorunu

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

4. 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 5651 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılmıştır. Kararname'nin 22. maddesi ile Kanun'a eklenen ek 3. maddenin birinci fıkrası uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) kapatılmıştır. Kararname'nin 21. maddesinin (d) numaralı fıkrasıyla, itiraz konusu kuralı da içeren 8. maddenin (4) numaralı fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir. Kanun'un Kararname'nin 20. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre ise Başkan, Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı'nı ifade eder. Dolayısıyla Kararname ile yapılan değişiklikle, Kanun'un 8. maddesinin itiraz konusu kuralı içeren (4) numaralı fıkrasında sayılan hâllerde erişimin engellenmesi kararının resen Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim

Kurumu Başkanı tarafından verileceği kurala bağlanmıştır. İtiraz konusu kural esas inceleme aşamasında değiştirilmiş olmakla beraber itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu dava yönünden uygulanacak kural olma niteliğini sürdürdüğünden Anayasa'ya aykırılık iddiasının incelenmesi gerekir.

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

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

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

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

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

A. Birinci cümlesinin "İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..." ve "...yayınlara ilişkin olarak erişimin

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

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

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

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. Anlam ve Kapsam

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

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

12. Maddenin (4) numaralı fıkrasında, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması hâlinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya fuhuş suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının resen TİB tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır. İtiraz konusu kurala göre ise içerik veya yer sağlayıcısı yurt dışında bulunan ve

müstehcenlik suçunu oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı resen TİB tarafından verilecektir.

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

C. İtirazın Gerekçesi

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

D. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

17. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo,

televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir." denilerek düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kapsamı belirtilmiştir.

18. Maddenin ikinci fıkrasında ise "Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir." denilmiştir.

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

20. Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlanması düzenlenmiş ve "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı maddede "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir.

21. Çağımızın temel araçlarından biri olan internet, hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanılmaktadır. Verilerin saklanmasını ve erişilebilirliğini büyük ölçüde kolaylaştıran internet, bilgiye ulaşma ve bilgi ve düşüncelerin paylaşılması açısından çok etkili ve yaygın bir yöntem olduğu gibi kişilerin haberleşme ve iletişim sağlaması için de vazgeçilmez niteliktedir. İnternetin modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemi tartışmasızdır.

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

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

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

25. İnternetin haberleşme ve iletişimin yanı sıra suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak da dâhil olmak üzere hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanıldığı veya kullanılabileceği gözetildiğinde telefon veya telgraf gibi geleneksel haberleşme yöntemlerinden farklı olduğu, bu nedenle internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Haberleşme hürriyeti, haberleşme veya iletişim sağlama niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan internet içeriğini ya da uygulamalarını güvence altına almakta olup bunun dışında kalan, özellikle de yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamaz. Diğer bir ifadeyle içeriği suç oluşturan haberleşmeye müdahale edilmesine ilişkin olarak Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen hâkim onayı güvencesi, mahiyeti itibarıyla suç işlemeye veya işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik olan ve haberleşme hürriyetinin kullanım mecrası olarak kabulü mümkün olmayan internet yayınlarına genişletilemez. Dolayısıyla yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları yapan sitelere yönelik olarak hâkim kararı olmaksızın idare tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmamaktadır.

26. Buna karşılık haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesi, içeriği suç oluşturan bazı yayınlara da yer vermekle beraber haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan, özellikle sosyal medya gibi kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olan internet siteleri ya da uygulamalarını da kapsamaktadır. İtiraz konusu kural ise içeriği suç oluşturan bir yayının, suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla faaliyette bulunmayan, kitlesel

haberleşme ve iletişim sağlayan internet sitelerinde paylaşılması durumunda da hâkim onayı gerekmeksizin idarece resen erişimin engellenmesi kararı verilmesine olanak tanımaktadır.

27. Günümüzde sosyal medya olarak da ifade edilen internet siteleri dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği ve haberleşme sağladıkları bir mecra hâline gelmiştir. Kitlesel haberleşme aracı olarak kullanılan bu tür sitelerde içeriği suç oluşturan yayınların paylaşılması da söz konusu olabilmektedir. Esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan bu sitelerde yer alan içeriği suç oluşturabilecek yayınlar nedeniyle hâkim onayı olmaksızın sitenin tümüne yönelik olarak resen erişimin engellenmesi kararı verilmesi Anayasa'nın 22. maddesinde, haberleşmenin kanunla yetkili kılınmış mercii tarafından engellenmesi hâlinde engelleme kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı şeklinde açıkça ifade edilen güvenceyle bağdaşmamaktadır.

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

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

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

31. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. (AYM, E.2015/72, K.2016/44, 26/5/2016, § 7).

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

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

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

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

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

36. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede

yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez." Denilmekte; 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

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

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

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

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

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

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

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

VI. HÜKÜM

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

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

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

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

D. Birinci cümlesinde yer alan;

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

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

yönünden Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE,

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

15.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

İnternetin bu hızlı ve dinamik yapısı nedeniyle paylaşımların yaygınlaşmasını önlemek, yasadışı içeriklerle anında mücadele etmek ve bu amaçla hüküm altına alındığı anlaşılan ancak iptali istenen kuralın içinde yer alan katalog suçlardan TCK'nun suç saydığı müstehcen yayınlar

karşısında bu yayını yapmanın hakkın içeriği itibari ile düşünceyi yayma ve açıklama özgürlüğünü koruyan haberleşme hürriyeti kapsamında bir hak olarak mütalaa edilemeyeceği bu niteliği ile Anayasa'nın 22. maddesi güvencesinden istifade olanağı bulunmadığından iptali istenen kuralda yer alan ibare Anayasa'ya aykırı değildir.

Üye Serruh KALELİ

KARŞI OY

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

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

3. Çoğunluk görüşüne dayalı karara aşağıda açıklayacağımız nedenlerle katılmıyoruz.

4. 5651 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, dünyada yaşanan gelişmelere koşut olarak ülkemizde de internet dâhil hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suiistimal edilmesi suretiyle bir çok suç kolayca işlenir hale gelmiştir. Anayasa'nın 41 ve 58. maddeleri hükümleri uyarınca aileyi, çocukları ve gençleri internet dâhil elektronik iletişim araçlarının kullanılması suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması gerekmektedir. İşte bu sebeple 5651 sayılı Kanun'da elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesini teminen çıkarılmıştır. Bir başka söyleyişle 5651 sayılı Kanun, Anayasa'nın özel olarak korunmasını öngördüğü başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik bir kısım suçların kolayca işlenmesini önleyici tedbirleri hayata geçirmek için çıkarılmıştır. Bu husus, Kanun'un amaç ve kapsamına ilişkin 1. maddesinde, Kanun'un, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadele edilmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemeye yönelik olduğu şeklinde ifade edilmiştir.

5. Kanun'un gerekçesinde Kanunla yeni suç kategorilerinin oluşturulmadığı belirtilmiştir. Kanun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen bazı suçların internet dâhil elektronik ortamda

işlenmesi halinde, söz konusu suçların etkilerini sürdürmesinin önlenmesini amaçlamakta ve bu kapsamda idari ve yargısal koruma tedbirleri öngörmektedir.

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

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları,

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

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

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

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

10. Bununla beraber, Mahkememizin çoğunluğu tarafından haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesinin, içeriği suç oluşturan bazı yayınlara da yer vermekle beraber haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan, özellikle sosyal medya gibi kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olan internet siteleri ya da uygulamalarını da kapsadığı, itiraz konusu kuralın ise içeriği suç oluşturan bir yayının, suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla faaliyette bulunmayan, kitlesel haberleşme ve iletişim sağlayan internet sitelerinde paylaşılması durumunda da hâkim onayı gerekmeksizin idarece resen erişimin engellenmesi kararı verilmesine olanak tanıdığı ifade dilerek esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan bu sitelerde yer alan içeriği suç oluşturabilecek yayınlar nedeniyle hâkim onayı olmaksızın sitenin tümüne yönelik olarak resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinin Anayasa'nın 22. maddesinde ifade edilen güvenceyle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

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

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

A. Bilindiği üzere, internet 1990'lardan itibaren küresel bir ağ haline gelmiş, bilinen geleneksel iletişim araçlarından farklı olarak, iletişime çok büyük bir hız kazandırmış, farklı kesimlerce üretilen etkileşimli multimedya içeriklerinin dünyanın herhangi bir yerinden sayısız başka yerlerine saniyeler içerisinde ulaşabilmesini sağlamıştır. Bilginin çok daha hızlı ve ucuz bir şekilde yayılmasına olanak sağladığı için de toplumların geleneksel, ekonomik, siyasal ve kültürel yapılarını etkilemiş; böylece köklü değişim ve dönüşümlerin önünü açarak yönetimden siyasete, ekonomiden hukuka, aileden arkadaşlık ilişkilerine insanların tutum, davranış ve alışkanlıklarında önemli değişmelere sebep olmuştur. Bu değişim ve dönüşümler de işin doğası gereği yeni yönetimsel ve hukuksal sorunları ortaya çıkarmıştır.

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

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

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

E. İnternet trafiğinin farklı ülkeleri saniyeler içerisinde geçerek akması, böylesine karmaşık bir yapı içerisinde belli bir noktadaki bir sorunun, dünyanın uzak başka bir noktasındaki internet trafiğini olumsuz yönde etkileyebilmesi, web sitelerini barındıran sunucuların dünyanın her tarafına yayılmış olması, genel veya bölgesel internet noktalarının kontrol ve bakımının gerekli

olması gibi internetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı doğası ve özellikleri, çok boyutlu, çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapısı ve "ulusal sınır"sızlık/uluslararası niteliği, suç yeri ve zamanı ve suçlunun tespit edilmesi yönünden belirli zorlukları beraberinde getirmekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

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

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

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

13. Kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen internetin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğunda ve modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından büyük bir önem taşıdığında kuşku bulunmamaktadır.

Bununla beraber, internetin yalnızca haberleşme ve iletişim sağlamak için değil başka amaçlar için de etkin olarak kullanıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. Esasen, internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, haberleşme hürriyetinin suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamayacağı Mahkememiz çoğunluğunca da kabul edilmiş bulunmaktadır.

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

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

16. Teknik ve fiili özelliklerine yukarıda kısmen değinilen internette, sosyal medya olarak da ifade edilen ve kitlesel haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan ve dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebilmesine ve haberleşmesine olanak sağlayan sitelere ya da uygulamalara, engel olunmadığı sürece belirsiz sayıda suç oluşturan içeriğin yüklenebilmesinin de teknik olarak mümkün olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hal böyle olunca da, bir yandan haberleşme ve iletişim platformu olma niteliğini haiz olan ve böyle işlev gören, bir yanda da suç niteliğini haiz içerik barındıran sosyal medya site ve uygulamalarının, salt suç niteliğini haiz içerikleri yayınlamak amacıyla oluşturulmuş site ve uygulamalar ile tamamen aynı nitelik ve konumda değiller ise de, haberleşme özgürlüğüne ilişkin hâkim onayı güvencesinde bulunan ve suç niteliğini haiz içerik barındırmayan diğer sosyal medya site ve uygulamaları ile aynı konumda bulunduklarını söylemek de oldukça güçleşmektedir.

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

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

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

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

21. Dolayısıyla iptali istenilen kural uyarınca, halin icaplarına göre, öncelikle ilgili yayın, kısım veya bölümle ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilebileceği gibi, doğrudan sitenin

bütününe yönelik erişimin engellenmesine de karar verilebilecektir. Bunun yanında kuralda, idareye, suç oluşturan içerik nedeniyle diğer yöntemlere başvurmaksızın doğrudan sitenin tamamına yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı vermesini emreden bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu itibarla kuralda bir belirsizlik söz konusu değildir.

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

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

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2017 tarihli 5651 sayılı Kanun - BTK Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2015/76

Karar Sayısı : 2017/153

"1- Genel Açıklama

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle görevlidir. TİB, ayrıca 5651 sayılı Kanun'a göre internet içeriğinin izlenmesi/denetlenmesinden ve hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişimi engelleme kararlarının uygulanmasından da sorumludur.

TİB, 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak, internet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti hâlinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak anılan Kanun'da öngörülen gerekli tedbirleri almakla da görevlidir.

Erişimi engelleme, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir internet sitesine ulaşımının engellenmesidir. Hakkında erişim engelleme kararı verilen bir sitenin internet ortamında yayını kapatılmamakta, birtakım teknik yollar izlenerek ve yalnızca Türkiye sınırları içerisinden siteye ulaşılmasının önüne geçilmektedir.

5651 sayılı Kanun, esasen internet yayıncılığına ilişkin hükümler ve önemli tanımlamalar getirmekle birlikte, daha çok sitelerin erişime engellenmesi konusu öne çıkmaktadır. Kanun, 8. maddesi sitelere erişimin engellenmesi kararının verilmesi, bu karara konu olabilecek suçları ve bu kararın uygulanmasını düzenlemektedir. Erişim engelleme kararına konu olabilecek suçlar, anılan maddenin birinci fıkrasında sınırlı olarak sayılmıştır.

Bir internet sitesi hakkında erişim engelleme kararı vermeye, soruşturma safhasında hâkim (ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı); kovuşturma aşamasında ise mahkeme yetkilidir. Ayrıca Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen bazı durumlarda TİB tarafından da erişim engelleme kararı verilebilecektir.

Soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme, 8. maddede sayılan katalogdaki suçlardan dolayı her zaman erişim engelleme tedbirine hükmedebilir.

Ayrıca yine soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde erişim engelleme kararı verebilir. Cumhuriyet savcısı, bu yetkisini kullandıktan sonra kararı yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunar ve bu karar, hâkim tarafından yirmi

dört saat içerisinde onaylanmazsa, kendiliğinden ortadan kalkar.

Kanun, erişim engelleme kararı verebilecek yetkili bir organ olarak, ayrıca dava konusu fıkrada TİB'i belirlemiştir. TİB, katalogda sayılan suçlardan dolayı içerik ve/veya yer sağlayıcının yurt dışında olması hâlinde, kendiliğinden erişim engelleme kararı verebilecektir. Ayrıca, çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan içerikler söz konusu ise, içerik ve/veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa dahi, TİB tarafından erişim engelleme kararı verilebilecektir.

Öte yandan; 8. maddede, erişim engelleme kararlarının iki şekilde uygulanacağı düzenlenmiştir. Şayet erişim engelleme kararı hâkim/mahkeme yâhut Cumhuriyet savcısı tarafından verilmişse, kararın bir örneği gereği yapılmak üzere TİB'e gönderilir. TİB ise kararı erişim sağlayıcılara bildirerek uygulanmasını sağlayacak mercidir. TİB'in re'sen engelleme kararı verdiği durumlarda da yine bu karar TİB tarafından erişim sağlayıcılara bildirilmektedir.

Erişime engelleme kararı, erişim sağlayıcı tarafından kendisine bildirilmesinden itibaren dört saat içinde yerine getirilmek zorundadır. Bunun aksine hareket edenler için cezai hükümler getirilmiştir. Kanun'un 8. maddesine göre, koruma tedbiri niteliğindeki erişim engelleme kararını yerine getirmeyen erişim sağlayıcı sorumluları için para cezası öngörülmüştür. İdari tedbir niteliğindeki erişim engelleme kararlarının uygulanmaması durumunda ise idari para cezasının yanında yetki belgesinin iptaline de karar verilebilecektir.

5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine 11.09.2014 tarih ve 29116-Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6552 sayılı Kanun'un 127. maddesi ile eklenen on altıncı fıkrasında ise, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacağı, Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı, hâkimin, kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı öngörülmüşken; anılan fıkranın, Anayasa Mahkemesi'nin 02.10.2014 tarih ve E:2014/149, K:2014/151 sayılı kararı ile iptali üzerine; iptal kararına uygun olarak 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinde, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak

içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Bunun yanında, 5651 sayılı Kanun'un 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile değişik 9. maddesinde, kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden ilgililerin talepte bulunması durumunda erişimin engellenmesine hâkim tarafından karar verilebileceği kurala bağlanmış ve hâkimin bu kararları uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne göndereceği belirtilmiştir.

5651 sayılı Kanun'a 6518 sayılı Kanun'un 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinde ise, özel hayatın gizliliğinin ihlali hâlinde ilgililer tarafından talep edilmesi durumunda erişimin engellenmesine Başkanlık tarafından karar verilebileceği, ancak, talepte bulunan tarafından TİB'e talepte bulunulmasının ardından, aynı talebini 24 saat içerisinde sulh ceza hâkiminin kararına sunması öngörülmüş ve hâkimin erişimin engellenmesine karar vermemesi ya da 48 saat içinde kararını açıklamaması hâlinde erişimin engellenmesi tedbirinin kalkacağı düzenlenmiş ve hâkimin kararını uygulanmak üzere TİB'e göndereceği kuralına yer verilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık

Erişimin engellenmesi, Anayasa'nın 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti ve 26. Maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile doğrudan ilgili olup, Anayasa'nın 22. maddesinde, "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."; "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesinde de, "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması,

başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir." kuralına yer verilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

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

İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'in de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşünceler"in değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup, bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplum"dan bahsedilemez.

İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı zemin, bilgiye ulaşma, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle, sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline gelen internet konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü TİB'in oluşturulmasındaki temel amaç, iletişimin izlenmesi ve tespit edilmesi uygulamalarında yetkileri merkezileştirmektir. 5651 sayılı Kanun'a göre, TİB, internet içeriğinin izlenmesi/denetlenmesi ile hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim

engelleme kararlarının uygulanmasından sorumludur. Ayrıca TİB'in, internetteki içerik izleme sistemlerinin yapısı, zamanlaması ve yöntemlerini, filtreleme, engelleme ve izleme için kullanılacak yazılım ya da donanımın üretimine ilişkin asgari ölçütleri belirleme yetkisi de vardır.

Demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan "erişimin engellenmesi" tedbiri, yargı kararı ile yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen durumlarda, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle haberleşmenin engellenebileceği belirtilmekle birlikte; yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı kurala bağlanmıştır.

Dava konusu kuralda ise, katalogda sayılan suçlardan dolayı içerik ve/veya yer sağlayıcının yurt dışında olması hâlinde; ayrıca, çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan içerikler söz konusu ise, içerik ve/veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa dahi, TİB tarafından erişim engellemesi kararının re'sen verilebileceği düzenlenmektedir.

Bu itibarla; katalogda sayılan suçlarla ilgili olarak, hâkim onayına sunmayı aramaksızın, Telekomünikasyon İletişim Başkanı'na temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisini vermesi nedeniyle dava konusu kuralda Anayasa'nın 22. maddesine uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, Kanun'un 8. maddesinin altıncı fıkrasında, Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağı düzenlenmekle birlikte; bu kuralın, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yetkili merci tarafından verilen haberleşmenin engellenmesine yönelik kararın 24 saat içerisinde hâkimin onayına sunulması gerektiğine ilişkin güvenceyi sağlamadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle; bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse ilgili kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 4. fıkrasının, Anayasa'nın 22. maddesine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle bu fıkranın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına; bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine; iptali istenilen hükmün Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı

olduğunu açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslının, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin, dava dilekçesi ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerinin dizi listesine bağlanarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 24.06.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - OHAL KHK Değişiklikleri Kararı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2016/172

Karar Sayısı : 2016/165

Karar Tarihi : 2.11.2016

R.G.Tarih-Sayı : 8.11.2016-29882

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 123 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

A- 2., 5., 7., 8., 9., 10., 11., 15., 16., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 28., 29. ve 30. maddelerinin,

B- 26. maddesiyle 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanunu'nun ek 24. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan "…aranmaksızın…" ve "…ve mülakat…" ibarelerinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 8., 11., 91. ve 121. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME (KHK) KURALLARI

671 sayılı KHK'nın dava konusu kuralların yer aldığı maddeleri şöyledir:

"MADDE 2- 357 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 5- 926 sayılı Kanunun mülga 143 üncü maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

"MADDE 143- Yedek subay okulu öğrencilerine 6.528 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarın %50'si tutarında harçlık ödenir.

Kendi nam ve hesabına fakülte, yüksekokul veya meslek yüksekokullarını bitirenlerden astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine alınanlara, 2.680 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarın % 90'ı tutarında harçlık ödenir. 28/2/1982 tarihli ve 2629 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.

Kendi nam ve hesabına fakülte veya yüksekokulları bitirenlerden subay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine alınanlar, asteğmenler için ilgili mevzuatında öngörülen aylık ve mali haklar ile sosyal yardımlardan (tayın bedeli hariç) aynen yararlandırılırlar. 2629 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.

Harçlıkların küsuratlı çıkması durumunda, ödemelerde küsuratlı değerler tama (1 Türk Lirasına) iblağ edilir.

Harçlıklardan vergi ve diğer kesintiler yapılmaz. Harçlıklar haczedilemez."

MADDE 7- 31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanunun 2 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 2- Genelkurmay Başkanı, Millî Savunma Bakanlığının görevleri saklı kalmak kaydıyla; Silahlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanmasında personel, istihbarat, harekat, teşkilat ve eğitim hizmetlerine ait ilke ve öncelikler ile ana programları tespit eder.

Bunlardan;

a) İstihbarat, harekat, teşkilat ve eğitim hizmetlerinin Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığına bağlı kuruluşlar vasıtasıyla uygulanmasını sağlar.

b) Personel hizmetleri, özel kanunlarına göre yürütülür.

Lojistik ve tedarik hizmetleri için tespit etmiş olduğu ilke, öncelik ve ana programlar ile askeri okullardaki eğitim ve öğretim hizmetlerine ilişkin önerilerini, bu hizmetleri yürütecek olan Millî Savunma Bakanlığına bildirir."

MADDE 8- 1324 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Genelkurmay Başkanı; orgeneral ve oramiraller arasından, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır."

MADDE 9- 1324 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Barışta" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 10- 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulunun hakim sınıfından seçeceği bir üye Genel Sekreterlik görevini yapar."

MADDE 11- 1602 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Başkanlar Kurulu, Başkan ve Daire Başkanlarından oluşur."

MADDE 15- 11/5/2000 tarihli ve 4566 sayılı Harp Okulları Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 4- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak temin faaliyeti ile Hava Harp Okulunun birinci, ikinci ve üçüncü sınıflarına pilotaj eğitimi veren üniversiteler öncelikli olmak üzere üniversitelerin ilgili bölümlerinden öğrenci alınabilir. Bu öğrencilerin Hava Harp Okuluna geçişine ilişkin usul ve esaslar Millî Savunma Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken belirlenir."

MADDE 16- 4566 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 20- 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi yürürlükten kaldırılmış ve aynı fıkranın (c) ve (ı) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"c) Başkan: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanını,"

"ı) Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu,"

MADDE 21-5651 sayılı Kanunun;

a) 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir.

b) 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde ve "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde değiştirilmiştir.

c) 5 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve aynı maddenin altıncı fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir.

ç) 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan "Başkanlığın" ibaresi "Kurumun" şeklinde, "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Başkan" şeklinde değiştirilmiştir.

d) 8 inci maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve onüçüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, dördüncü, altıncı ve onbirinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde, onüçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlıkça" ibaresi "Kurum tarafından" şeklinde ve ondördüncü fıkrasında yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına" ibaresi "Kuruma" şeklinde değiştirilmiş ve onbirinci fıkrasında yer alan "ise Başkanlığın talebi üzerine" ibaresi ile onikinci fıkrasında yer alan "Başkanlık veya" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

e) 8/A maddesinin birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddenin beşinci fıkrasına "yer sağlayıcılara" ibaresinden sonra gelmek üzere "Başkan tarafından" ibaresi eklenmiştir.

f) 9/A maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "Başkanlığa" ibareleri "Kuruma" şeklinde, üçüncü ve altıncı fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Başkan" şeklinde ve sekizinci fıkrasında yer alan "Başkanlık" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiş, dokuzuncu fıkrasında yer alan "Başkanlık tarafından," ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

g) 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bünyesinde bulunan Başkanlıkça" ibaresi "tarafından" şeklinde, ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan "Başkanlığın" ibareleri "Kurumun" şeklinde, üçüncü fıkrasında yer alan "Başkanlığa" ibaresi "Kuruma" şeklinde, dördüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan "bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında" ibaresi "bu Kanunun 8 inci maddesi ile 8/A maddesinde" şeklinde ve beşinci, altıncı ve yedinci fıkralarında yer alan "Başkanlık" ibareleri "Kurum" şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri yürürlükten kaldırılmıştır.

ğ) Ek 1 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" ibaresi "Kurum" şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddenin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve altıncı fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

h) Ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Başkanlığa” ibaresi “Kuruma” şeklinde, “Başkanlıkta” ibaresi “Kurumda” şeklinde ve “yetmiş beşi” ibaresi “ikiyüzelliyi” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 22- 5651 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

“EK MADDE 3- (1) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılmıştır.

(2) Diğer mevzuatta Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, Telekomünikasyon İletişim Başkanına yapılan atıflar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanına yapılmış sayılır.”

MADDE 23- 5651 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 4- (1) Telekomünikasyon İletişim Başkanının görevi bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer ve hakkında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 18 inci maddesi hükümleri uygulanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görevli daire başkanlarının görevleri bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Bunlardan daha önce İletişim Uzmanı unvanını ihraz etmiş olanlar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda Bilişim Uzmanı kadrolarına atanmış sayılırlar.

(2) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görevli olup terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmadığı değerlendirilen personelden İletişim Uzmanı ve İletişim Uzman Yardımcıları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda bulunan Bilişim Uzmanı ve Bilişim Uzman Yardımcısı kadrolarına, diğer personel ise Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda bulunan aynı unvanlı kadrolara başka bir işleme gerek kalmaksızın halen bulundukları kadro derecesiyle atanmış sayılırlar. Bunların atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın kadroları ihdas edilmiş ve ilgili mevzuatı uyarınca Kurum kadro cetvellerine eklenmiş sayılır. Bu şekilde atananların Uzman ve Uzman Yardımcılığında geçirdiği süreler atanmış sayıldıkları Kurum kadrolarında geçmiş sayılır.”

MADDE 24- 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde tek bir merkezden yürütülür.”

MADDE 25- 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı maddesine sekizinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş ve sonraki fıkra teselsül ettirilmiştir.

"(9) Anayasanın 22 nci maddesinde sayılan sebeplerden biri veya birkaçına bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başbakanlık, alınması gereken tedbirleri belirler ve uygulanmak üzere Kuruma bildirir. Kurum Başkanı, Başbakanlığın gerekli gördüğü tedbirlere ilişkin kararını derhal işletmecilere, erişim sağlayıcılara, veri merkezlerine ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirir. Bu kararın gereği, derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren en geç iki saat içinde yerine getirilir. Bu karar, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kararını kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde karar kendiliğinden kalkar.

(10) Kurum, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması ve bu saldırılara karşı caydırıcılık sağlamak için her türlü tedbiri alır veya aldırır.

(11) Kurum, görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir; arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim altyapısından yararlanabilir, bunlarla irtibat kurabilir ve bu kapsamda diğer gerekli önlemleri alabilir veya aldırabilir. Kurum, bu fıkrada belirtilen görevlerin ifasında bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar ile işbirliği içerisinde çalışır. Bu kapsamda Kurum tarafından istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir. Bu fıkraya göre bilgi ve belge talebinde bulunulması ve bu taleplerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Başbakanlıkça belirlenir.

(12) Gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri, Kurumun bu maddedeki görevleri ile ilgili taleplerini, tabi oldukları mevzuat hükümlerini gerekçe göstermek suretiyle yerine getirmekten kaçınamazlar. İşletmeciler dışında Kurumun görevleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere bu maddenin ikinci fıkrasındaki yaptırım uygulanır."

MADDE 26- 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanununun ek 24 üncü maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve aynı Kanunun geçici 25 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "beşinci fıkrası" ibareleri "altıncı fıkrası" şeklinde değiştirilmiştir.

"Özel harekat birimlerinde istihdam edilmek üzere, yirmisekiz yaşından gün almamış olmak ve terhis tarihinden itibaren otuzaltı aydan fazla süre geçmemiş olmak kaydıyla, en az lise veya dengi okul mezunlarından askerlik hizmetini tamamlamış olanlar, Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın, fiziki yeterlilik ve mülakat sınavları ile polis meslek eğitim merkezlerine alınabilir."

MADDE 28- 6/1/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 21- 31/12/2020 tarihine kadar bölge idare mahkemesi üyeliğine, hâkimlik ve savcılık mesleğinde fiilen en az altı yıl görev yapmış ve üstün başarısı ile bölge idare mahkemesinde yararlı olacağı anlaşılmış bulunan idarî yargı hâkim ve savcıları arasından atama yapılabilir."

MADDE 29- 9/7/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "askeri personel" ibaresi "kolluk personeli" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 30- 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "haklardan da ayrıca" ibaresi "haklardan aynı şekilde" şeklinde değiştirilmiştir."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca yapılan ilk inceleme toplantısında, dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan ilk inceleme raporu, dava konusu KHK kuralları okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

2. Dava dilekçesinde özetle; olağanüstü hâl KHK'ları ile yapılması öngörülen işlemlerin "tedbir" niteliğinde olması gerektiği, tedbirin, mahiyeti gereği geçici bir nitelik taşıdığı, ilan edilen olağanüstü hâlin sebep ve amacı, darbe girişimi nedeniyle bozulan kamu düzeninin etkili ve süratli biçimde yeniden tesisi iken dava konusu kuralların bu amacın ötesine geçerek bazı kurum ve kuruluşların teşkilatlanmasıyla ilgili düzenlemeler öngördüğü, olağan kanunlarda olağanüstü hâl sona erdikten sonra da yürürlükte kalmaya devam edecek değişiklikler yaptığı, bu nedenle dava konusu kuralların; olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda çıkarılmış KHK olarak nitelendirilemeyecekleri ve yargı denetimine tabi oldukları belirtilerek anılan kuralların adil olması gereken hukuk düzenini zedelemeleri sebebiyle Anayasa'nın 2. maddesine; yasama organının sahip olduğu yasama yetkisinin yürütme organı tarafından kullanılmasına yol açtığından, kuvvetler ayrılığı ilkesinin yer verildiği Anayasa'nın Başlangıç kısmına; yürütme organının, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yasama yetkisi kullanarak dava konusu kuralları ihdas etmesi ve bu suretle yasama yetkisinin devredilmesi nedeniyle Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine; Anayasa'ya aykırı bir düzenleme yapılmış olması sebebiyle Anayasa'nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesine; yetki kanunu bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 91. maddesine ve olağanüstü hâlin gerekli kılmadığı bir konuda

olağanüstü hâl KHK'sı çıkarılmış olması nedeniyle Anayasa'nın 121. maddesine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

A. Olağanüstü Hâl KHK'larının Anayasal Çerçevesi

3. Olağanüstü yönetim usullerine iç karışıklık, ayaklanma, savaş tehlikesinin başgöstermesi, savaş hâli, doğal afet, ağır ekonomik bunalım ve bunlara benzer nedenlerle devletin ve toplumun güvenliğini büyük ölçüde sarsan durumlarla karşılaşıldığında başvurulur. Bu durumların, devletin ve toplumun varlığı ve güvenliği bakımından büyük bir tehlike oluşturduğu kuşkusuzdur. Olağan yönetimlerin ve olağan hukuk kurallarının bu tehlikelerin giderilmesinde yetersiz kalması nedeniyle çağdaş hukuk sistemlerinde olağanüstü yönetim biçimleri benimsenmiştir. Bir başka ifadeyle olağanüstü yönetim usulleri bir zaruretten kaynaklanmakta olup demokratik anayasal düzenin korunması ve sürdürülebilmesi için bu yönetim usullerine başvurulması zorunluluğu ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda olağanüstü yönetimlere neden olan tehlikelerin bertaraf edilebilmesi, olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme gereksinimi içerisinde bulunan yürütmenin yetkilerinin arttırılmasını gerektirebilmektedir.

4. Bununla birlikte demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir.

5. Anayasa'da ilan sebebi dikkate alınarak iki tür olağanüstü hâl yönetim usulü öngörülmüştür. Bu usullerden Anayasa'nın 119. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâle "Tabiî afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde"; 120. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâle ise, "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde" başvurulabilir. Anayasa'nın 119. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca ilan edilebilirken, 120. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşü alındıktan sonra ilan edilebilir.

6. Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında "Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün

Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir." denilmektedir. Bu hükme göre, olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarabilecektir.

7. Olağan dönemlerdeki KHK'lar ile olağanüstü dönem KHK'ları arasında yetki, konu ve TBMM'de görüşülme usulleri bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesine göre olağan dönemlerdeki KHK'lar Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılırken olağanüstü dönem KHK'larında bu yetki, Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrası ile 122. maddesinin ikinci fıkrasına göre Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna aittir. Olağanüstü dönem KHK'ları, dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alırlar ve bu nedenle yetki kanununun varlığına ihtiyaç duymazlar. Buna karşılık olağan dönemlerdeki KHK'ların bir yetki kanununa dayanmaları zorunludur.

8. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına göre, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin olağan dönemlerdeki KHK'lar tarafından düzenlenmesi mümkün olmadığı hâlde olağanüstü dönem KHK'ları açısından böyle bir konu kısıtlaması bulunmamaktadır.

9. Öte yandan Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinin üçüncü fıkralarında da olağanüstü dönem KHK'larının Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulacakları, bunların TBMM'ce onaylanmasına ilişkin süre ve usulün İçtüzük'te belirleneceği öngörülmüştür. TBMM İçtüzüğü'nün 128. maddesine göre "Anayasanın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. / Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır." Söz konusu maddede, olağanüstü dönem KHK'larının da olağan dönem KHK'ları gibi komisyonlarda ve Genel Kurulda öncelikle ve ivedilikle görüşüleceği hükme bağlanmakla birlikte olağan dönem KHK'larından farklı olarak "öncelikle" ve "ivedilikle" görüşülme hususu, birtakım sürelere bağlanarak somutlaştırılmıştır.

10. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi genel olarak Anayasa'nın 13. maddesinde; savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ise özel olarak Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. 15. maddede, "Savaş, seferberlik,

sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. / Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz." hükümlerine yer verilmiştir.

11. Bu madde uyarınca olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkündür. Ancak 15. madde, bu konuda sınırsız bir yetki tanımamakta, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına üç ölçüt getirmektedir. Buna göre sınırlandırma; milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olmamalı, durumun gerektirdiği ölçüde olmalı ve 15. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hak ve özgürlüklere dokunmamalıdır.

B. Olağanüstü Hâl KHK'larının Denetimi

12. İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Kanun hükmündeki düzenlemeler, yargı denetimine konu yapılabildikleri ölçüde temel hak ve özgürlükler etkili şekilde korunmuş ve güvence altına alınmış olur. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlere göre daha fazla sınırlandırıldığı olağanüstü dönem KHK'larının da bir hukuk devletinde Anayasa'ya uygunluk denetimine açık olması gerektiği söylenebilir. Ancak bu durum, yargısal denetime istisna getiren anayasal hükümlerin varlığını ve uygulanmasını etkilemez. Anayasa'da, 90. maddenin beşinci fıkrası, 125. maddenin ikinci fıkrası, 159. maddenin onuncu fıkrası gibi yargı denetimini kısıtlayan kimi istisnai maddelere yer verilmiştir.

13. Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi de bu kapsamdadır. Nitekim anılan cümlede yer alan "… olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz." hükmü ile olağanüstü dönem KHK'ları, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır.

14. Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'larının denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istediği açıktır. Nitekim Anayasa'nın 121. maddesinin gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir: "Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabiî afet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun

hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir… Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir." Bu gerekçe de denetim yetkisinin parlamentoya bırakıldığını göstermektedir.

15. Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan, olağanüstü hâl KHK'larını şekil ve esas bakımından yargısal denetime kapatan hükmün Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında yapılan açıklamalar da konuya ışık tutar niteliktedir. Bu hükmün Anayasa'nın 148. maddesine eklenmesine ilişkin önergeyi veren Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanının "Olağanüstü hâllerde çıkartılacak kanun hükmünde kararnameler, daha önce düzenlenen ve istisnaları olan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak, fert hak ve hürriyetlerini ve diğer sosyal hakları da sınırlayabilecektir .... Onun içindir ki, bu denetime tabi tutulmamalıdır… Biz diyoruz ki, bu tip kanun hükmündeki kararnameler, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değildir..." şeklindeki, kuralın gerekçesi mahiyetindeki açıklamaları, Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'larının yargı denetimi dışında bırakılmasını ve bu konuda sadece yasama meclisinin denetiminin varlığını amaçladığını ortaya koymaktadır.

16. Bu amaç çerçevesinde Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinde olağanüstü dönem KHK'larının Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulması ve bunların TBMM'ce onaylanmasına ilişkin süre ve usulün TBMM İçtüzüğü'nde belirlenmesi öngörülmüştür. Bu itibarla Anayasa, olağanüstü hâl süresince olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olağanüstü hâl KHK'sı çıkarma yetkisini, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, bunları denetleme yetkisini ise yasama organına vermektedir.

17. Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 6. maddesinde de hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı belirtilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde Anayasa hükümlerinin, Anayasa Mahkemesini de bağladığı ve yargı yetkisinin kaynağını ve sınırlarını belirlediği hususunda kuşku bulunmamaktadır.

18. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK'larının şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılamayacağının açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa'nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır.

19. Anayasa Mahkemesinin önüne getirilen kuralın niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu çerçevede bir işlemin muhtevası esas alınarak maddi kritere veya

işlemi tesis eden organ ve başvurulan usuller esas alınarak şekli-organik kritere göre niteleme yapılabilir. Hangi kriter esas alınırsa alınsın yapılan nitelemenin Anayasa'nın çizdiği çerçevenin dışına çıkılması, başka bir ifadeyle olağanüstü hâl KHK'larının şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğurmaması gerekir.

20. Anayasa Mahkemesi bir konuda karar verirken, hiç kuşkusuz aynı konuda daha önce verdiği kararları da değerlendirmekte ve bunu yaparken içtihat istikrarı ile içtihadın değiştirilmesi ve geliştirilmesi ihtiyacı arasındaki hassas dengeyi dikkate almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiğinde önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklamalı ve yeni görüşünü temellendirmelidir.

21. Anayasa Mahkemesi, konuya ilişksin olarak geliştirdiği içtihadında maddi kriteri esas alarak, bir olağanüstü hâl KHK'sının gerçekten Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından inceleme yapmıştır. Mahkeme, 10.1.1991 tarihinde oyçokluğuyla vermiş olduğu E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararında belirttiği ve E.1991/6, K.1991/20, E.1992/30, K.1992/36 ile E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararlarında sürdürdüğü içtihadında, "olağanüstü hâl KHK'sı" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden de Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorunda olduğunu ifade ederek, olağanüstü hâl KHK'sından söz edebilmek için yer, zaman ve konu ölçütlerini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi bu ölçütler çerçevesinde olağanüstü hâl ilanının gerekli kıldığı konuya ilişkin olmayan veya olağanüstü hâlin geçerli olduğu yer ya da dönem hâricinde yürürlükte olacak düzenlemeleri, olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde görmeyerek bunların olağan dönem KHK'sı olduğunu değerlendirip yargı denetimine konu yapmış bulunmaktadır.

22. Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK'sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır. Nitekim, 2003 yılında oyçokluğuyla verilen kararda, 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı KHK'nın 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen 7. maddesinde yer alan "Bu KHK ile Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılamaz." biçimindeki hükmün Anayasa'nın 125. maddesiyle bağdaşmadığı iddiası ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi K.1991/1 sayılı kararında söz konusu kuralın olağanüstü hâl KHK'sı hükmü olduğunu, dolayısıyla yargı denetimine tabi olmadığını belirterek iptal talebinin

reddine karar vermesine rağmen 2003 yılında verilen K.2003/42 sayılı kararda, aynı hükmün Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olması nedeniyle olağanüstü hâl KHK'sı değil olağan KHK olduğunu ifade ederek yargısal denetime tabi tutmuş ve yetki kanunu olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bularak anılan hükmü iptal etmiştir. Bu yaklaşım, Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK'larının yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecekti. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür.

23. Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa'ya aykırı düzenlemeler içerdiğinin ileri sürülmesi, bunların anayasallık denetimine tabi tutulmaları için yeterli değildir. Olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hükme rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmaz.

C. İptali Talep Edilen KHK Kurallarının Değerlendirilmesi

24. İptali talep edilen 671 sayılı KHK, ülkemizde 15 Temmuz 2016 gecesi Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde örgütlenmiş olan bir cunta tarafından demokratik anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırma teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında çıkarılmıştır. Cumhurbaşkanının başkanlığında 20.7.2016 tarihinde toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması ve şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra yurt genelinde, 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan etmiş ve bu karar 21.7.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Olağanüstü hâl ilan edilmesine yönelik söz konusu karar, TBMM'nin onayına sunulmuş ve Genel Kurulun 21.7.2016 tarihli ve 1116 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.

25. Olağanüstü hâlin ilan edilmesi ve bu kararın TBMM tarafından onaylanmasından sonra Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, 15.8.2016 tarihinde 671 sayılı KHK çıkarılmış ve 17.8.2016 tarihli ve 29804 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve aynı

gün TBMM'nin onayına sunulmuştur. Dava konusu kuralları da içeren söz konusu KHK, Anayasa'nın 121. maddesine dayanılarak ve olağanüstü hâlin geçerli olduğu dönem içerisinde yurdun tamamında geçerli olmak üzere çıkarılmış olan bir olağanüstü hâl KHK'sıdır.

26. Anayasa'nın 121. maddesi uyarınca çıkarılan dava konusu KHK hükümlerinin, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "… olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz." hükmü karşısında, esasa geçilerek yargısal denetiminin yapılması mümkün değildir.

27. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallara yönelik iptal taleplerinin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir.

III- HÜKÜM

15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

A- 2., 5., 7., 8., 9., 10., 11., 15., 16., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 28., 29. ve 30. maddelerinin,

B- 26. maddesiyle 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilât Kanunu'nun ek 24. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkrada yer alan "…aranmaksızın…" ve "…ve mülakat…" ibarelerinin,

iptali taleplerinin yetkisizlik nedeniyle REDDİNE, 2.11.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - OHAL KHK Değişiklikleri Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2016/172

Karar Sayısı : 2016/165

"…

II. GEREKÇELER

A. Olağanüstü Halin ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Niteliği ve 1982 Anayasasında Olağanüstü Hal ve Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi ile Yargısal Denetimi

Çağdaş demokrasilerde olağanüstü yönetim usulleri, devletin ya da ulusun varlığına yönelmiş olağanüstü bir tehdit ve tehlike ile bu tehdit ve tehlikenin olağan dönemlerde alınacak tedbirlerle ortadan kaldırılamayacak büyüklükte olması durumunda bu tehdit veya tehlikeyi ortadan kaldırmayı ve olağan düzene dönmeyi amaçlayan rejimlerdir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü yönetimler anayasal düzeni korumak ve savunmak amacı taşıyan rejimlerdir. Bütün olağanüstü yönetim usulleri gibi, olağanüstü hal de çağdaş anayasal demokrasilerde geçici nitelikte olan hukuki ve anayasal bir rejimdir. Bunun anlamı, olağanüstü halin yürütme organına istediğini yapma olanağını tanıyan keyfi bir rejim olmamasıdır. Olağanüstü hal, anayasal rejimlerin istisnai hallerde askıya alınması değil, devletin ve ulusun varlığına yönelik bulunan büyük bir tehdit veya tehlikenin ortadan kaldırılması ve olağan hukuk düzenine dönmek amacıyla geçici bir süreyle yürütme organının yetki alanının olağan dönemlere göre genişletilebilmesi ile temel hak ve özgürlüklerin daha geniş ölçüde sınırlandırılabilmesi olanağını verir. Ancak bu yetki genişlemesi, yürütme organının hukuk devleti dışına çıkabileceği anlamına gelmez. Yürütme organı, olağanüstü hallerde de çerçevesi ve sınırları anayasa ve kanunlarla çizilen sınırlar içinde hareket etmek zorundadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 1991 tarihli kararlarında "... demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi bir yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir. Ayrıca, olağanüstü hal yönetimlerinin

amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde sonuçta bir 'hukuk rejimi'dir." (10.1.1991 günlü ve E. 1990/25, K. 1991/1 sayılı karar) diyerek olağanüstü hal rejiminin hukuki ve sınırlı; aynı zamanda da anayasal düzeni askıya almayı değil, korumayı ve savunmayı amaçlayan bir yönetim biçimi olduğunu vurgulamıştır.

Olağanüstü hallerin amacı, olağanüstü hal ilanına neden olan durumu en kısa sürede ortadan kaldıracak tedbirleri almak ve olağan döneme geri dönmektir. Olağanüstü hal yönetimini anayasal düzeni ve hukuk sistemini yeniden düzenlemenin bir aracı olarak kullanmak olağanüstü hal yönetiminin mahiyetiyle bağdaşmaz. Bu nedenle olağanüstü hal döneminde yürütme organının alacağı tedbirler geçici ve istisnai nitelik taşımalıdır. Bu önlemler olağanüstü hal sona erdikten sonra da etkisini sürdürecek nitelikte olamaz, bir başka ifadeyle olağan dönemde de uygulanamaz.

Demokratik hukuk devleti içinde yer alan olağanüstü hal rejimleri ancak bazı temel ilkelere dayandıkları takdirde anayasaya uygun ve meşru sayılabilir.

1. Olağanüstü hal rejimi ve olağanüstü hal süresince alınacak tedbirler kanunilik ilkesine uygun olmalıdır.

2. Olağanüstü hal süresince alınacak tedbirler olağanüstü hal ilan nedeni ile sıkı bir bağ içinde olmalıdır. Tedbir olağanüstü hal ilan nedenini ortadan kaldırma amacına yönelik olmalı ve bu amacı gerçekleştirecek bir nitelik taşımalıdır. Olağanüstü hal ilanının konusunu ve amacını aşan ya da bunun dışında kalan tedbirler olağanüstü halle ilgili görülemez ve olağanüstü hale ilişkin bir düzenleme olarak nitelenemez.

3. Olağanüstü hal, en kısa sürede olağan döneme dönmeyi amaçlayan geçici bir rejimdir. Olağanüstü halin bu niteliğinin iki yönü vardır. Birincisi, olağanüstü hal, olağan bir niteliğe dönüşecek biçimde uzun süreli uygulanamaz. İkincisi, olağanüstü hal nedeniyle ve bu süre içinde alınacak tedbirler toplumda ve hukuk sisteminde özlü ve kalıcı etki yaratacak bir nitelik taşıyamaz. Bu tedbirler ancak olağanüstü hal süresince uygulanabilir. Olağanüstü halin sona ermesiyle birlikte kendiliklerinden ortadan kalkar.

4. Olağanüstü halde alınacak tedbirler yalnızca olağanüstü halin ilan edildiği bölge ya da bölgelerle sınırlı olarak uygulanabilir. Etkileri olağanüstü hal bölgesinin sınırlarını aşacak düzenlemeler yapılamaz.

1982 Anayasası çağdaş anayasal demokrasilere uygun olarak, olağanüstü yönetim usullerini ve bunların sınırlarını 119-122. maddeler arasında olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş

hali olarak belirlemiştir. Olağanütü hal tabii afet ve ağır ekonomik bunalım (md. 119) ile şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması (md. 120) sebepleriyle Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından yurdun bir ya da birden fazla bölgesinde ya da tamamında süresi altı ayı aşmamak üzere ilan edilebilir. Anayasanın 120. maddesine göre olağanüstü hal ilan edilebilmesi için Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü alması gerekir. Söz konusu karar TBMM'nin onayına sunulur.

1982 Anayasası 121. maddesinde olağanüstü hallerde (122. maddesinde sıkıyönetimde) yürütme organına özel bir yetki vermekte; cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun kanun hükmünde kararnameler çıkarabilmesine olanak tanımaktadır. Anayasa, olağanüstü dönemlerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameleri bakanlar kurulunun olağan zamanlarda sahip olduğu kanun hükmünde kararnameler çıkarma yetkisinden bazı açılardan farklı biçimde düzenlemektedir (madde 91 ve 121). Olağanüstü hallerde kanun hükmünde kararnameler cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılır. Bu kanun hükmünde kararnameler bir yetki yasasına dayanmaz. Bu kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın 91. maddesinde olağan

dönemlerdeki kanun hükmünde kararnameler için getirilmiş konu sınırlamasına bağlı değildir.

Söz konusu düzenlemelerden olağanüstü hallerde yürütme organının kanun hükmünde kararnameler yoluyla yetki alanını sınırsız bir biçimde genişlettiği sonucu elbette çıkarılamaz, çıkarılmamalıdır. 1982 Anayasası 2. maddede insan haklarına dayanan demokratik hukuk devleti ilkesini benimsemiş ve çok sayıda maddede bunu somutlaştıran düzenlemeler getirmiştir. Anayasayı yorumlama tekeline sahip Anayasa Mahkemesi de çok sayıda kararında 1982 Anayasasının bu özelliğini vurgulamaktadır.

Anayasanın 121/3. maddesi gereğince olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameler "olağanüstü halin gerekli kıldığı konular"la sınırlıdır. Bir düzenlemenin olağanüstü halin gerekli kıldığı bir konu olup olmadığı, Anayasanın konuyla ilgili bütün maddeleri (md. 119, 120, 121, 125/6, 15 vb) gözönünde bulundurularak yapılır. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü halin amacı ve nedenleriyle sınırlı olarak çıkarılmaları gerekir. Anayasa Mahkemesi de olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin amaç ve kapsamını insan haklarına dayanan demokratik hukuk devletine uygun olarak yukarıdaki biçimde belirlemiştir. Yüce Mahkemeye göre, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle getirilen düzenlemeler olağanüstü halin amacını ve sınırlarını aşmamalıdır. "Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içersinde "olağanüstü halin

gerekli kıldığı konularda" uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir. Bu tür kanun hükmünde kararnamelerle yalnızca olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir" (E. 1990/25, K.1991/1; E. 1991/6, K.1991/20). Kanun hükmünde kararnameler ile alınacak önlemlerin sadece olağanüstü hal ilân edilen bölge için geçerli olması bölge dışına taşırılmaması gerekir. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin uygulanacağı yer olağanüstü hal ilân edilen bölge veya bölgelerdir. Olağanüstü hal ilan edilmeyen bölgelerde kişi hak ve özgürlükleri olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile kısıtlanamaz. Olağanüstü hal belirli bir süreyle de sınırlıdır.Olağanüstü halin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, ancak olağanüstü hal yürürlükte olduğu zaman içinde uygulanabilirler. Kanun hükmünde kararnameler ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hal öncesine uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hal sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hal ilânı durumunda uygulanmak üzere geçerliklerini korumaları olanaksızdır.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi çıkarma yetkisi olağanüstü hal bölgesi ve süresiyle sınırlı olduğundan, Anayasa Mahkemesinin de isabetle belirttiği üzere, "… olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile, yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarının devamı isteniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü hal bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da

uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular "olağanüstü halin gerekli kıldığı konular" olamaz (E. 1990/25, K.1991/1; E. 1991/6, K.1991/20). Bir başka ifadeyle, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle yürürlükteki kanunlarda genel ve sürekli değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hal ve sıkıyönetimin kanunla belirlenmiş statülerinde olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleriyle değişiklik yapılması, Anayasanın 121/3. maddesinden başka Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi (1991/6 E. 1991/20K.) Anayasanın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" kuralına, 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine, 8. maddesindeki "Yürütme yetkisi ve görevini, Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulu tarafından, Anayasaya ve Kanuna uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmüne Başlangıç kısmındaki "… Kuvvetler ayırımının, … belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" temel ilkesine ve 11. maddesindeki "Anayasa

hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, digger kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" biçiminde düzenlenen Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine de aykırılık oluşturur.

Olağanüstü hallerde yürütme organı kendisine tanınan yetkileri ancak demokratik hukuk devletinin temel ilkelerine uygun olarak kullanabilir. Olağanüstü hal dönemlerinde yürütme organının hukuk içinde kalmasını sağlayacak en etkili denetim kuşkusuz ki yargısal denetimdir. Demokratik olmayan rejimler de olağanüstü hal ilan edebilir. Bir rejimin demokratik niteliği, olağan dönemler kadar olağanüstü dönemlerde de yürütme organının yetkilerini keyfi biçimde veya kötüye kullanıp kullanmadığının, temel hak ve özgürlüklerin kullanımını durumun gerektirdiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırıp sınırlandırmadığının yargı organı tarafından denetlenip denetlenemediğinde kendini gösterir. Bir başka ifadeyle, yürütme organının olağanüstü halde alacağı tedbirlerin Anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde alınıp alınmadığının, demokratik anayasal düzeni koruma ve savunma amacına yönelik olup olmadığının, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının denetimi yargı organı tarafından yapılır. Nitekim, dünyada da pek çok liberal ve kısmi liberal demokrasi örneğinde yürütme organına olağanüstü dönemlere özgü kararname çıkarma yetkisi verilmektedir. Yakın tarihinde sıklıkla olağanüstü yönetim usullerine başvuran Latin Amerika ülkelerinin hemen hemen tümünde, Avrupa Birliği ülkelerinde olağanüstü hal kararnamesi çıkarma yetkisi yürütme organına tanınmaktadır. Ancak söz konusu örneklerin hiçbirinde bu kararnamelerin yargısal denetimi yasaklanmamıştır. Türkiye'nin üyesi olduğu Venedik Komisyonu da olağanüstü rejimlere ilişkin hukuki standartları belirlediği 1995 tarihli (CDL-STD(1995) 012) raporunda olağanüstü hallerde yetkili kişi ve makamların eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması; olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yapılacak derogasyonların tehlikeyle orantılı olması; önlemlerin olağanüstü hal süresiyle ve bölgesiyle sınırlı olması gerektiğini vurgulamaktadır. Komisyon, 2016 tarihli hukuk devletinin standartlarına ilişkin raporunda (CDL-AD(2016)007) ve bu rapora atıf yaptığı Fransa'da olağanüstü hale ilişkin kanun tasarısıyla ilgili görüşünde (CDL-AD(2016)006)

1995 tarihli raporundaki görüşlerini yineliyerek olağanüstü hallerde yürütme organının yetkilerinin olağanüstü halin süresi, koşulları ve kapsamıyla sınırlı olduğunu belirtmiştir. Komisyon, olağanüstü halin varlığı ve süresiyle ilgili parlamento ve yargı denetimini, olağanüstü halin süresi ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalelerin kapsamını olağanüstü hale ilişkin temel ölçütler olarak saymıştır. Komisyon, gerçek olağanüstü hallerde bile hukuk devleti ilkesinin etkli ve yürürlükte olması gereğinin de altını çizmiştir (CDL-AD(2006)015).

Anayasanın 148. maddesi, olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri anayasaya uygunluk denetimi dışında tutmaktadır. Ancak bu yasak mutlak bir yasak olarak yorumlanamaz. Yargı denetiminde olağanüstü yönetim usûllerine ilişkin Anayasa, kanun ve kanun hükmünde kararname hükümlerinin 1982 Anayasasının 2. maddesinde güvenceye alınmış olan insan haklarına dayanan demokratik hukuk devleti ilkesine uygun olarak yorumlanıp değerlendirilmesi gerekir. Olağanüstü hale ilişkin Anayasa ve yasa hükümlerinin insan haklarına dayanan demokratik hukuk devleti ilkesine uygun olarak yorumlanması, Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS ve onu yorumlayan AİHM içtihatları gibi, Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerindeki düzenlemelerin de gözetilmesini gerektirir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında Anayasa hükümlerini AİHM içtihatlarına uygun olarak yorumlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 90/5. maddesi uyarınca, "...uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır" (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 45; B. No. 2014/5836, 16/4/2015, § 44) diyerek Sözleşmeye iç hukukta özel bir yer vermektedir.

Bu doğrultuda, Anayasanın 148. maddesinde anayasaya uygunluk denetiminin dışında tutulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasa Mahkemesinin içtihadıyla da açıklığa kavuştuğu üzere, konu, amaç ve süre açılarından Anayasanın olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler için öngördüğü hükümlere uygun olarak çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü hal dönemlerinde Anayasanın öngördüğü bu şartlara aykırı olan kanun hükmünde kararnameler olağan bir kanun hükmünde kararnameler niteliğindedir. Bu kararnameler Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı içinde olacaktır (E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K. 1991/20; E.2003/28, K. 2003/42) Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünde kararnamenin, Anayasanın 148. maddesindeki yargı denetimi yasağı kapsamına giren gerçek bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olup olmadığını araştırmakla görevlidir. Anayasa Mahkemesi de bunu, "Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi 'olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi' adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı

tutmadığı gerçekten bir 'olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi' niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. … Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa'ya uygunluk denetimine

bağlı tutulmayan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameler kuralı sayılamazlar ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlıdırlar" (E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K. 1991/20; E.2003/28, K. 2003/42) diyerek ifade etmiştir. Anayasanın 121. maddesine dayanılarak çıkarılan bir kanun hükmünde kararnamenin nitelemesi, onun dışsal nitelikteki "yetki" ve "şekil" öğelerini ve "bütünü"nü göz önünde tutmalı, içerdiği hükümlerin "esası"nı, yani "içerik ve muhtevasını" incelemelidir. Olağanüstü halin ilân edilme neden ve amacı, Anayasanın 121. maddesine dayanılarak çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin konusunu, yani bu durumlarda başvurulacak önlemlerin içerik ve kapsamını sınırlar.

Anayasanın 121/3. maddesinde yer alan ve kanun hükmünde kararnamelerin konu öğesini olağanüstü halin "gerekli kıldığı konularla" sınırlandıran hükmü "ölçülülük ilkesi"ne karşılık gelir. Ölçülülük ilkesi, Anayasa Mahkemesinin çok sayıdaki kararında da ifade ettiği gibi, sınırlama amacı ile bu amaca ulaşmak için seçilen araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmasını; önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını; amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını gerektirir (E.2014/122, K. 2015/123, RG. 1.3.2016-29640; E. 2013/158, K. 2014/68, RG. 9.4.2014-28967; E.2013/32, K.2013/112, RG.31.12.2013-28868). Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir (E. 2015/29, K.2015/95, RG.12.11.2015-29530). Dolayısıyla Anayasanın 121/3. maddesi olağanüstü hal kararnamesiyle başvurulacak araçlar ile olağanüstü hal ilanına yol açan tehlikeleri giderip olağan duruma geri dönmek amacı arasında uygun bir ilişkinin varlığını da şart koşmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin bu içtihadı, Venedik Komisyonunun yukarıda özetlediğimiz görüşüyle tamamen uyumludur. Komisyon, Olağanüstü Hallerde İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Görüşünde (CDL-AD (2006)015) hak ve özgürlüklerin yalnızca durumun mutlak biçimde gerektirdiği kapsamda ve sürede askıya alınması; gerekliliğin ve ölçülülüğün hem ulusal, hem de uluslararası denetime bağlı tutulması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon, aynı zamanda gerçek olağanüstü hallerde bile hukuk devleti ilkesinin işletilmesi gereğine vurgu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelere ilişkin olarak oluşturduğu içtihadı, Venedik Komisyonunun belirttiği ve Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti

ilkesinin en çok zedelenme olasılığının olduğu olağanüstü hallerde de korunması açısından son derece önemlidir. Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal süresince çıkarılan bir kanun hükmünde kararnamenin gerçek bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olup olmadığını araştırması ve bu nitelikte görmediği kararnameleri anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutması uluslararası standartların, bir başka ifadeyle Anayasanın 90/5. maddesinin gereklerini yerine getirmesi anlamına da gelmektedir.

Bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasanın öngördüğü anlamda "olağanüstü halin gerekli kıldığı konular"da çıkarılmış gerçek bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığının belirlenmesinde Anayasanın yalnızca 119., 120. ve 121. maddeleri değil, 125/6. madde ve 15. madde gibi konuya ilişkin bütün hükümlerinin göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekir (E. 2003/28, K. 2003/42).

Anayasanın 15/1. maddesine göre, "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir."

Bu hükme göre, olağanüstü halde alınacak önlemler hem "ölçülülük ilkesine" hem de "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler"e aykırı olmamalıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler, olağanüstü halde alınacak tedbirlerin hukukun genel ilkelerine ve AİHS, BMMSHS, 1949 Cenevre Sözleşmesi gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerin kurduğu ve sözleşme hükümlerini yorumlayan yargısal ve yarı-yargısal organların kararlarına aykırı düşmemesi anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi de "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler"i bu şekilde ifade etmektedir (E. 1990/25, K. 1991/1; E. 1991/6, K.1991/20). Bu bağlamda, AİHS ve ve onu yorumlayan AİHM kararlarının olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasaya uygunluk denetiminde çok önemli bir yeri vardır. AİHS ve AİHM'nin Türk anayasaya yargısındaki önemi 2010 Anayasa değişiklikleriyle hukuk sistemimize kazandırılan bireysel başvuru yoluyla daha da artmış ve belirginleşmiştir. Anayasa koyucu bireysel başvuruları karara bağlarken Anayasa Mahkemesi'nin AİHS ve AİHM kararlarını dikkate almasını istemektedir. Madde değişiklik gerekçesinde de bireysel başvuru kurumunun oluşturulmasının neden ve amaçları arasında AİHM'ye Türkiye'den giden başvuru ve AİHM'de Türkiye aleyhine sonuçlanan dava sayısını azaltmak olduğu belirtilmektedir. Anayasa koyucunun ortaya koyduğu bu amaca ulaşmanın yolu, yalnızca bireysel başvuru dosyalarında değil, özellikle iptal davası ve itiraz yolu ile önüne gelen işlerde de Anayasa Mahkemesi'nin başta AİHS ve AİHM içtihatları olmak üzere evrensel insan hakları ölçütlerini

istikrarlı biçimde kararlarına esas alması ve uygulamasıdır. Olağanüstü hallerde Anayasa Mahkemesinin AİHS ve AİHM içtihatlarının gerisine düşmemesi, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti olmanın bir gereği olduğu kadar temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha da büyük önem taşır. Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünde kararnamenin gerçek bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığını nitelerken Anayasa hükümlerini AİHS ve AİHM içtihatları doğrultusunda yorumlamalıdır.

Anayasanın 15/1. maddesiyle paralel olarak, AİHS'nin 15/1. maddesi de devletlerin ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere aykırı olmamak kaydıyla savaş ve diğer olağanüstü hallerde Sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı önlemler alınabileceğini belirtmektedir. AİHM de özellikle devletlerin krizin gerektirdiği ölçüyü aşıp aşmadıklarını denetleme konusunda kendini yetkili görmektedir. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken, askıya almanın etkilediği hakların niteliği, olağanüstü halin süresi ve olağanüstü hale yol açan nedenler gibi, konuyla ilgili çeşitli etmenleri gözönünde bulundurur. (Brannigan and McBride/ Birleşik Krallık paragraf 43; Lawless v. İrlanda paragraf 36-38, İrlanda/Birleşik Krallık paragraf 205; Aksoy/ Türkiye paragraf 68; Nuray Şen/Türkiye, 17.06.2003 paragraf 25).

BMMSHS hükümlerinin taraf devletler tarafından sınırlanmasına ve askıya alınmasına ilişkin ölçütleri belirleyen 1985 tarihli BM Siracusa İlkelerine (U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985)) gore de, devletin sözleşme hükümlerini askıya aldığı hangi bir tedbirin ulusun yaşamına karşı oluşan tehdidi ortadan kaldırmak için mutlak olarak gerekli ve tehdidin mahiyetiyle ve yaygınlığıyla orantılı olmalıdır (paragraf 51). Bir başka ifadeyle, Anayasa'nın 15/1. maddesinde şart koşulan ölçülülük ilkesi BMMSHS bakımından da uygulanması zorunlu bir ilkedir. Bu tedbirlerin durumun mutlak biçimde gerektirdiği nitelikte olup olmadığının tespitinde ulusal makamların değerlendirmesi kesin olarak kabul edilemez (paragraf 57). Bu düzenleme, Anayasanın 15/1. maddesinin "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi" şartına uygun olarak, kanun hükmünde kararnameler yoluyla alınacak olağanüstü tedbirlerin öncelikte iç hukukta Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gereğini de ortaya koymaktadır.

Anayasanın 15/2. maddesi "Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile

saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” diyerek olağanüstü hallerde bile askıya alınamayacak ya da ihlal edilemeyecek bir hak ve özgürlükler alanı yaratmaktadır.

AİHS ve BMMSHS de Anayasa'nın 15/2. maddesinde olduğu gibi olağanüstü hallerde de ihlal edilemeyecek çekirdek bir hak ve özgürlükler alanı öngörmektedir. AİHS'nin 15/2. maddesi ile yaşam hakkı (md.2), işkence ve kötü muamele yasağı (md.3) ile suç ve cezaların kanuniliği (md. 7) ilkelerinin olağanüstü dönemlerde bile ihlal edilmesi yasaklanmaktadır. Bunlara 6 No.lu Protokol ile getirilen ölüm cezası yasağı ile 7 No.lu Protokolün bir suç nedeni ile iki kez yargılanmayı yasaklayan hükmünü de eklemek gerekir. Ayrıca, AİHM'ye göre, AİHS'de açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, doğası ve niteliği gereği askıya alınması mümkün olamayacak başka bazı haklar da vardır. AİHM'ye göre, Sözlşmenin 15/2. maddesinde yer almamakla birlikte 14. maddede öngörülen ayrımcılık yasağı bu nitelikteki haklar arasında yer alır (K. İrlanda v. Birleşik Krallık, 18.1.1978, paragraf 225). AİHS'nin taraf devletlere ve kişilere Sözleşmede tanınan hakları kötüye

kullanamayacağına ilişkin 17. maddesi ile hak ve özgürlüklere yapılacak sınırlamaların öngörülen amaca uygun olmasını şart koşan 18. maddesi de niteliği gereği sınırlamaya konu olamaz. BMMSHS'nin 4. maddesi de Sözleşmenin yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, ayrımcılık yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, suç ve cezaların kanuniliği, kişi olarak tanınma hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin maddelerinin taraf devletler tarafından askıya alınmasına izin vermemektedir.

Anayasanın 15/2. maddesinde yer alan hak ve özgürlükler, AİHS ve BMMSHS gibi Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ilgili düzenlemeleri çerçevesinde ele alınmalı ve yorumlanmalıdır. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle bu alana dokunmak anayasaya aykırıdır. Anayasal demokrasiler hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlanmasının istisna olduğu rejimlerdir. Olağanüstü hal gibi istisnai durumlarda yürütme organının hak ve özgürlüklere müdahale yetkisinin genişlemesi hak ve özgürlüklerin esas, bunları sınırlamanın istisna olduğu ilkesini ortadan kaldırmaz. Ayrıca Anayasa, farklı olağanüstü yönetim usulleri düzenlemiştir. Bunun amacı, ulusun ve devletin karşı karşıya kalacağı tehdit ve tehlikenin büyüklüğüne göre yürütme organının daha büyük çaplı tedbir almasını sağlamaktır. Bu bağlamda, örneğin, savaş hali ile olağanüstü halde temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahale de farklı olacaktır. Olağanüstü hal ilanı ile temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak alınacak bir tedbir daha ağır bir olağanüstü yönetim usulünün yürürlükte olduğu bir durumda alınabilecek bir tedbir niteliği taşımamalıdır. Temel hak ve özgürlüklere müdahale ancak zorunluluk varsa yapılmalı ve sınırlamada en azla yetinilmelidir. Bu maddelerde sayılan hak ve özgürlükleri askıya alan ya da

ihlal eden veya Anayasa'nın 15/1. maddesine aykırı olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerine veya ölçülülük ilkesine aykırı bir düzenleme yapılması, Anayasa'nın olağanüstü yönetim usûlleri bağlamında öngörmediği bir yetkinin kullanılması anlamına gelir.

Sonuç olarak, bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasanın ilgili bütün hükümlerini dikkate alarak Anayasa'nın 121/3. maddesinde belirtilen "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkarılmış gerçek bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olup olmadığını araştırmak ve bu nitelikte olmayan kanun hükmünde kararnamelere anayasaya uygunluk denetimi yapmak Anayasa Mahkemesinin yetkisi ve görevidir.

B. 671 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Hükümlerinin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1) 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2., 5., 7., 8., 9., 10., 11., 15., 16., 28., 29. ve 30. Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde

Kararname" şeklindeki adı yanında Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu Kararında aynen "Olağanüstü hal kapsamında bazı kurum ve kuruluşlara ilişkin düzenleme yapılması;" denilerek, KHK ile olağanüstü hal ilanına neden olan sebebi ortadan kaldırmak amacının ötesinde olağan kanunlarda olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalmaya devam edecek genel, sürekli ve kalıcı değişiklikler yapılmasının amaçlandığını daha baştan ortaya koymaktadır.

Nitekim KHK'nin Birinci Bölüm'ü "Türk Silahlı Kuvvetlerine İlişkin Hükümler"e, İkinci Bölüm'ü "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna İlişkin Hükümler"e, Üçüncü Bölüm'ü "Çeşitli ve Son Hükümler"e ayrılmıştır.

Bu bölümlendirmeye dayalı ve devamı olarak KHK'nin;

2. maddesiyle, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanununun 24. maddesinin, "Hakkında işlem yapılan kişinin görevine devamının, soruşturmanın selametine yahut yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse geçici bir tedbir olarak işten el çektirilmesi hususunda askeri adalet müfettişince Milli Savunma Bakanından istemde bulunulur. Milli Savunma Bakanı tarafından yerine getirilen işten el çektirme işlemi, mahiyet ve sonuçları itibariyle Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunundaki hükümlere tabidir." şeklindeki üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmakta;

5. maddesiyle, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 25.7.2016 tarihli ve 669 sayılı KHK'nin 32. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 143. maddesiyle askeri öğrencilerin ve yedeksubayların harçlıkları yeniden düzenlenmekte;

7. maddesiyle, 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanunun 25.7.2016 tarihli ve 669 sayılı KHK'nin 34. maddesiyle değiştirilen 2. madddesi, tekrar değiştirilerek Genelkurmay Başkanının görev ve yetkileri yeniden düzenlenmekte;

8. maddesiyle, 1324 sayılı Kanunun 8. Maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek Genelkurmay Başkanının seçimi ve atanmasında yeni bir sisteme geçilmekte;

9. maddesiyle, 1324 sayılı Kanunun 25.7.2016 tarihli ve 669 sayılı KHK'nin 33. maddesiyle değiştirilen 1. maddesinin birinci fıkrasındaki "Barışta" ibaresi, yürülükten kaldırılarak Kuvvet Komutanlıklarının "savaşta" dahi Genelkurmay Başkanlığına bağlı olması ortadan kaldırılmakta;

10. maddesiyle, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 6. Maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi değiştirilerek Yüksek Mahkemenin genel sekreterlik seçimi yeniden düzenlenmekte;

11. maddesiyle, 1602 sayılı Kanunun 17. Maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek "Başkanlar Kurulu"nun oluşumu yeniden düzenlenmekte;

15. maddesiyle, 4566 sayılı Harp Okulları Kanununa eklenen geçici 4. Maddeyle, Harp Okullarına üniversitelerin ilgili bölümlerinden öğrenci alınması öngörülmekte ve geçişe ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ikincil düzenlemeye bırakılmakta;

16. maddesiyle, 4566 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Dekan yardımcılarının atanması; 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre yapılır." hükmü, yürülükten kaldırılmakta;

28. maddesiyle 2576 sayılı Kanuna eklenen geçici 21. madde ile 31.12.2020 tarihine kadar bölge idare mahkemesi üyeliğine hakim ve savcılık mesleğinde altı yıl görev yapmış olanların da atanabileceği öngörülmekte;

29. maddesiyle, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 3. 3. Maddesinin ikinci fıkrasındaki "askeri personel" ibaresi "kolluk personeli" şeklinde değiştirilerek, Komutanlığın askeri personelinin hukuki statüsüne son verilip, kolluk personeline indirgenmekte;

30. maddesiyle, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrasına 25.7.2016 tarihli ve 669 sayılı KHK'nin 110. maddesiyle eklenen ikinci

cümledeki "haklardan da ayrıca" ibaresi, "haklardan aynı şekilde" biçiminde değiştirilerek, Jandarma personeli mali hak kaybına uğratılmaktadır.

Bu bağlamda iptali istenen düzenlemelerde, olağanüstü hal ilanının konusu, amacı ve gerekleriyle bağdaşmayacak şekilde, olağanüstü hal KHK'si ile olağan dönemlerde olağan yasama işlemleriyle yasalaştırılmış kanunlar ile olağanüstü dönem KHK'leriyle değiştirilmiş KHK'lerde olağanüstü hal ortadan kalktıktan sonra da yürürlükte kalacak genel ve süreklilik taşıyan ve bu nitelikleriyle gelecek hukuk düzeninde özlü ve kalıcı etkilere yol açan hukuksal düzenlemeler yapılmıştır.

Anayasa'nın 120. maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3/1. maddesinin (b) bendine göre ülke genelinde 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hal ilan edilmesine Milli Güvenlik Kurulu'nun 20.7.2016 tarihli ve 498 sayılı tavsiye kararı gözönünde bulundurularak Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 20.7.2016 tarihinde karar verilmiş; bu karar 21.7.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. TBMM, olağanüstü halin ilanına ilişkin 2016/9064 Sayılı söz konusu Bakanlar Kurulu kararını 21.7.2016 tarihli 117. birleşiminde onaylamıştır. TBMM kararı 22.7.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Milli Güvenlik Kurulunun 498 sayılı tavsiye kararında;

"Fetullahçı terör örgütü adı verilen bir ihanet çetesinin, 15 Temmuz 2016 tarihinde, Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki mensupları vasıtasıyla silahlı bir darbe girişimi başlatmıştır.

Bu örgüt, kuruluş aşamasından itibaren etkisi altına aldığı eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, medya kuruluşları, ticari kuruluşlar ve kamu görevlileri aracılığıyla milleti ve devleti kontrol altında tutmayı amaçlamaktadır.

...

Demokrasimizin, hukuk devleti ilkesinin, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla, Anayasamızın 120. maddesi gereği, hükümete olağanüstü hal ilan edilmesi tavsiyesinde bulunulmasi kararlaştırılmıştır. Bu tavsiye, sadece ve sadece demokrasiye, hukuk devletine, hak ve özgürlüklere yönelik tehditlerin ortadan kaldırılması için yapılacak çalışmaları kolaylaştırma amacına yöneliktir." (http://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplanti)

denilerek olağanüstü hal ilanının 15 Temmuz 2016 tarihinde Fethullahçı Terör Örgütünün yaptığı darbe girişimi nedeniyle şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin bozulması nedenleriyle demokrasiye, hukuk devletine, vatandaşların hak ve özgürlüklerine yönelik olarak ortaya çıkan tehditlerin ortadan kaldırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 120. ve 121. maddeleri uyarınca, 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin amaç ve kapsamı, 2016/9064 Sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ilan edilen olağanüstü hal sebebine uygun olmalı ve bu sebebi ortadan kaldırarak en kısa sürede olağan döneme dönmeyi amaçlamalıdır. İptali istenen kurallarda Kanun Hükmünde Kararname'nin, olağanüstü hal ilânını gerektiren nedenler gözetilerek bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü önlemler almanın ötesinde bir amaca ve kapsama sahip olduğu ortadadır.

671 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin başlığından da anlaşılacağı üzere, Kanun Hükmünde Kararname yalnızca olağanüstü hal kapsamında alınacak tedbirlere değil, bütünüyle kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin yasal düzenlemelerde değişiklikler yapmaktadır. Bu itibarla iptali istenen kurallar, Anayasanın 121/3. maddesinde ifade edilen "olağanüstü halin gerekli kıldığı konu" olarak nitelenemeyeceğinden, iptali istenen kurallar Anayasa'nın 121. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32,RG. 21.5.2015-29362). İptali istenen kurallar, adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi ve Anayasaya aykırı bir düzenleme olması bakımından, Anayasanın hukuk devleti ilkesini güvenceye alan 2. maddesine aykırıdır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, iptali istenen kurallar, olağanüstü hal ilanına neden olan sebebi ortadan kaldırmak amacını taşımamamaktadır. Ayrıca yapılan düzenleme olağan kanunlarda olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalacak genel, sürekli ve kalıcı değişiklikler yapmaktadır. Olağan döneme ilişkin yapılacak düzenlemelerin usülü Anayasa'da açıkça belirtilmiştir. Çağdaş anayasacılık anlayışının vazgeçilmez araçlarından biri güçler ayrılığı ilkesidir. 1982 Anayasası da güçler ayrılığı ilkesini, bir başka ifadeyle devlet iktidarının yasama-yürütme-yargı organları arasında bölüştürülmesi anlayışını benimsemiştir.

Anayasanın Başlangıç Kısmının 4. paragrafında "kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu"na ilişkin ifade de güçler ayrılığı ilkesinin 1982 Anayasasının temel niteliklerinden biri olduğunu göstermektedir. Anayasa, hangi devlet organlarının hangi yetkileri kullanabileceğini çeşitli maddelerinde açıkça belirtmektedir. Buna göre, "Yasama Yetkisi" başlıklı Anayasanın 7. maddesi yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngörmekte; "Yürütme Yetkisi ve Görevi" başlığını taşıyan Anayasanın 8. maddesi, yürütme

yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılabileceğini belirtmekte; "Yargı Yetkisi" başlığını taşıyan 9. maddesi ise yargı yetkisini Türk Milleti adına bağımsız mahkemelere vermektedir. Anayasa, devletin yetkilerini üç devlet organı arasında paylaştırırken, bunların Anayasa ile kendilerine tanınmamış bir yetkiyi kullanmalarını ya da Anayasada kendilerine tanınan yetkileri aşarak yetkilerinin alanını ve kapsamını Anayasanın öngörmediği biçimde genişletmelerini de yasaklamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılmasına ve yerine getirilmesine ilişkin Anayasa'nın 8. maddesi ile TBMM`nin yasama yetkisini devretmesini yasaklayan 7. madde hükmü, ayrıca "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır....Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." biçimindeki Anayasanın 6. maddesi hükümleri bu yasağa ilişkin somut Anayasal düzenlemelerdir.

Devlet organlarının yetkilerini Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kullanmaları aynı zamanda Anayasa'nın normlar hiyerarşisinde bütün hukuk kurallarının üzerinde olmasının ve devlet organları da dahil olmak üzere bütün kişi, kurum ve kuruluşların Anayasa'ya aykırı davranmama yükümlülüğünün de bir gereği ve sonucudur. Anayasa da bu yükümlülüğü "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü" kenar başlığını taşıyan, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır" diyen ve kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağını belirten 11. maddede ifade etmektedir. Anayasa'nın 121/3. maddesi yürütme organına ancak olağanüstü halin gerektirdiği konuda kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapma olanağı tanımaktadır. 671 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bazı kurum ve kuruluşlarla ilgili düzenleme ve olağan kanunlarda sürekli ve kalıcı değişiklikler yapılmasıyla Anayasa'nın yürütme organına tanıdığı yetkinin sınırları aşılmaktadır.

Başka bir deyişle, iptali istenen kurallarda Anayasaya aykırı bulunan hükümler ile Bakanlar Kurulu Anayasanın kendisine izin vermediği bir konuda düzenleme yapmaktadır. Bu yönüyle iptali istenen kurallar, Anayasanın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne aykırıdır. Iptali talep edilen 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükmüyle yürütme organı TBMM'nin yetki alanına tecavüz etmistir. Bu bakımdan Anayasanın 7. maddesine aykırıdır. Iptali istenen hüküm, Anayasanın izin vermediği bir yetkiyi kullanması nedeniyle yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılmasını emreden Anayasanın 8. maddesine de aykırılık oluşturur. Söz konusu düzenlemeler, yürütme organına Anayasanın izin vermediği bir düzenleme yetkisi tanıması nedeniyle kuvvetler ayrılığını ihlal ederek Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki "… Kuvvetler

ayırımının, … belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" hükmüne de aykırıdır.

İptali istenen düzenlemeler Anayasa'nın 11. maddesinde ifadesini bulan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine de aykırılık oluşturur. Nitekim Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yürütme, Anayasa ile düzenlenmiş olağanüstü hale ilişkin yetkisini Anayasaya aykırı olarak kullanılmıştır. Sonuç olarak, herhangi bir devlet organının Anayasa ile kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanması veya bir yetkiyi Anayasanin çizdiği sınırları aşarak kullanması Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralına da aykırılık oluşturur.

İptali istenen kuralların olağanüstü halin gerektirdiği konular kapsamında olmaması ve olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalarak hukuk düzeninde genel, sürekli ve kalıcı etkilerde bulunacak olması, 671 sayılı KHK'nin iptali istenen kurallarını, Anayasa'nın 91. kapsamına sokar. Anayasa'nın 91. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisinden alınmış bir yetki kanunu da olmadığından, iptali istenen kurallar Anayasa'nın 91. maddesine de aykırılık oluşturur.

Yukarıda ve "Gerekçeler"in "A" Bölümünde açıklanan nedenlerle, 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2., 5., 7., 8., 9., 10., 11., 15., 16., 28., 29. ve 30. maddeleri, Anayasa'nın Başlangıç Kısmına, 2., 6., 7., 8., 11., 91. ve 121. maddelerine aykırı olduklarından iptalleri gerekir.

2) 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 20., 21., 22., 23., 24. ve 25. Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde

Kararname" şeklindeki adı yanında Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu Kararında aynen "Olağanüstü hal kapsamında bazı kurum ve kuruluşlara ilişkin düzenleme yapılması;" denilerek, KHK ile olağanüstü hal ilanına neden olan sebebi ortadan kaldırmak amacının ötesinde olağan kanunlarda olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalmaya devam edecek genel, sürekli ve kalıcı değişiklikler yapılmasının amaçlandığını daha baştan ortaya koymaktadır.

Nitekim KHK'nin Birinci Bölüm'ü "Türk Silahlı Kuvvetlerine İlişkin Hükümler"e, İkinci Bölüm'ü "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna İlişkin Hükümler"e, Üçüncü Bölüm'ü "Çeşitli ve Son Hükümler"e ayrılmıştır.

Bu bölümlendirmeye dayalı ve devamı olarak KHK'nin;

20. maddesiyle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. Maddesinin birinci fıkrasının, "Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını," şeklindeki (b) bendi yürürlükten kaldırılırken; "Başkan: Telekomünikasyon İletişim Başkanını," şeklindeki (c) bendi "Başkan: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanını", "Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu," şeklindeki (ı) bendi ise "Kurum: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu" şeklinde değiştirilerek, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı 5.4.1983 tarihli ve 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanunda düzenlenen "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu" yapılmış;

21. maddesiyle, bu değişikliğe uygun olarak 5651 sayılı Kanunda değişiklikler yapılmış;

22. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen ek 3. Maddenin (1) numaralı fıkrasıyla Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kapatılırken, (2) numaralı fıkrasıyla diğer mevzuatta Telekominikasyon İletişim Başkanlığına/Başkanına yapılan atıfların Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu Kurumuna/Kurumu Başkanlığına yapılmış sayılacağı belirtilmiş;

23. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. Maddeyle, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görevli personelin devrine ilişkin düzenlemeler yapılmış;

24. maddesiyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyat Kanununun ek 7. Maddesinin onuncu fıkrası değiştirilerek, bu KHK'nin 20. Ve 22. Maddesiyle yapılan değişiklikle uyumlu hale getirilmiş;

25. maddesiyle ise 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60. Maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere (9), (10), (11) ve (12) numaralı fıkralar eklenerek Kuruma yeni yetki ve idari yaptırım uygulama görevleri verilmiştir.

Yapılan düzenlemelerin FETÖ/PDY ile mücadele ile ilgisini kurmak mümkün olmadığı gibi olağanüstü hal ile de gerekçelendirilmesi söz konusu değildir. İptali istenen düzenlemeler, olağanüstü hal ilanının konusu, amacı ve gerekleriyle bağdaşmayacak şekilde, olağanüstü hal KHK'si ile olağan dönemlerde olağan yasama işlemleriyle yasalaştırılmış bulunan kanunlarda olağanüstü hal ortadan kalktıktan sonra da yürürlükte kalacak genel ve süreklilik taşıyan ve bu nitelikleriyle gelecek hukuk düzeninde özlü ve kalıcı etkilere yol açan hukuksal düzenlemeler niteliği taşımaktadır.

Oysa Anayasamıza göre olağanüstü hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile yapılması öngörülen işlemler "tedbir" niteliğindedir. Tedbir, mahiyeti gereği geçici bir nitelik taşımalıdır. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname'siyle getirilen düzenlemelerin geçici ve hükümlerinin de olağanüstü hal ilanına sebep olan durumun ortadan kaldırılmasına hizmet edecek nitelikte olması gerekir. Somut olayda Anayasanın 120. maddesine dayanarak ilan edilen olağanüstü halin nedeni ve amacı darbe girişimini düzenleyen, buna katılan ve destekleyenlere karşı gerekli önlemleri etkili ve hızlı biçimde almaktır. Bir başka ifadeyle, darbe girişimi nedeniyle ortaya çıkan şiddet eylemlerini ortadan kaldırarak bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmektir. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname'si ile alınacak tedbirlerin olağanüstü hal ilanına sebep olan durumu en kısa sürede ortadan kaldırmaya ve olağanüstü hal öncesi duruma dönmeye hizmet edecek nitelikte olması gerekir. 5651, 2559 ve 5809 sayılı Kanunlarda yapılan değişiklikler ile eklemeler, olağanüstü hal ilanının sebebini ve amacını aşmanın da ötesinde mevcut sistemi ortadan kaldıran ve yeni bir sistem kuran düzenlemelerdir. İptali istenen düzenlemeler, olağanüstü hal süresiyle sınırlı olarak uygulanma koşuluna aykırı olarak genel ve sürekli nitelik taşıyan, hukuk düzeninde özlü ve kalıcı bir etkiye neden olacak kuralla getirmektedir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü hal süresi sona erdikten sonra da bu düzenlemeler yürürlükte kalmaya devam edecektir. İptali istenen kurallar, Anayasanın 121/3. maddesinde ifadesini bulan, "olağanüstü halin gerekli kıldığı konu"da yapılmış düzenlemeler olarak nitelenemeyeceğinden iptali istenen kurallar Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32,RG. 21.5.2015-29362). İptali istenen söz konusu kurallar adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi ve Anayasaya aykırı olması bakımından, aynı zamanda Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

Bütün devlet organları gibi yürütme organı da Anayasanın koyduğu usul ve esaslara göre Anayasanın kendisine açıkça verdiği yetkileri kullanabilir. Herhangi bir devlet organının Anayasa ile kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanması Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığına, aynı zamanda da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.

İptali istenen düzenlemeler, olağanüstü hal ilanına neden olan sebebi ortadan kaldırmak amacını taşımamamaktadır. Ayrıca yapılan düzenlemeler olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalacak genel, sürekli ve kalıcı bir niteliktedir. Olağan döneme ilişkin yapılacak düzenlemelerin

usülü Anayasa'da açıkça belirtilmiştir. Çağdaş anayasacılık anlayışının vazgeçilmez araçlarından biri güçler ayrılığı ilkesidir. 1982 Anayasası da güçler ayrılığı ilkesini, bir başka ifadeyle devlet iktidarının yasama-yürütme-yargı organları arasında bölüştürülmesi anlayışını benimsemiştir. Anayasanın Başlangıç Kısmının 4. paragrafında "kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu"na ilişkin ifade de güçler ayrılığı ilkesinin 1982 Anayasasının temel niteliklerinden biri olduğunu göstermektedir. Anayasa, hangi devlet organlarının hangi yetkileri kullanabileceğini çeşitli maddelerinde açıkça belirtmektedir. Buna göre, "Yasama yetkisi" başlıklı Anayasanın 7. maddesi, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngörmektedir. "Yürütme yetkisi ve görevi" başlığını taşıyan Anayasanin 8. maddesi, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacağını belirtmektedir. "Yargi yetkisi" başlığını taşıyan 9. maddesi ise yargı yetkisini Türk Milleti adına bağımsız mahkemelere vermektedir.

Anayasa, devletin yetkilerini üç devlet organı arasında paylaştırırken, bunların Anayasa ile kendilerine tanınmamış bir yetkiyi kullanmalarını ya da Anayasada kendilerine tanınan yetkileri aşarak yetkilerinin alanını ve kapsamını Anayasanın öngörmediği biçimde genişletmelerini de yasaklamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılmasına ve yerine getirilmesine ilişkin Anayasanin 8. maddesi ile TBMM'nin yasama yetkisini devretmesini yasaklayan 7. madde hükmü, ayrıca "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır....Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." biçimindeki Anayasanın 6. maddesi hükümleri bu yasağa ilişkin somut Anayasal düzenlemelerdir. Devlet organlarının yetkilerini Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kullanmaları aynı zamanda Anayasanın normlar hiyerarşisinde bütün hukuk kurallarının üzerinde olmasının ve devlet organları da dahil olmak üzere bütün kişi, kurum ve kuruluşların Anayasaya aykırı eylem ve işlemlerden kaçınma yükümlülüğünün de bir gereği ve sonucudur. Anayasa da bu yükümlülüğü "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü" kenar başlığını taşıyan "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."diyen ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını belirten 11. maddesinde ifade etmektedir. Anayasanın 121/3. maddesi yürütme organına ancak olağanüstü halin gerektirdiği konuda kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapma olanağı tanımaktadır. 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedeki iptali istenen düzenlemeler ile Anayasanın yürütme organına tanıdığı yetkinin sınırları aşılmıştır.

Bir başka deyişle, iptali istenen kurallarda, bakanlar kurulu Anayasanın kendisine izin vermediği konularda düzenleme yapmaktadır. İpali istenenn kurallar bu yönüyle, Anayasanın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne aykırıdır. Iptali talep edilen 669 sayılı kanun hükmünde kararname hükmüyle yürütme organı TBMM`nin yetki alanına tecavüz etmistir. Bu bakımdan Anayasanın 7. maddesine aykırıdır. Iptali istenen hüküm, Anayasanın izin vermediği bir yetkiyi kullanması nedeniyle yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılmasını emreden Anayasanın 8. maddesine de aykırılık oluşturur. Söz konusu hüküm, yürütme organına Anayasanın izin vermediği bir düzenleme yetkisi tanıması nedeniyle kuvvetler ayrılığını ihlal ederek Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki "… Kuvvetler ayırımının, … belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

İptali istenen düzenlemeler, Anayasa'nın 11. maddesinde ifadesini bulan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine de aykırıdır. Nitekim Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yürütme, Anayasa ile düzenlenmiş olağanüstü hale ilişkin yetkisini Anayasaya aykırı olarak kullanmıştır. Sonuç olarak, herhangi bir devlet organının Anayasa ile kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanması veya bir yetkiyi Anayasanin çizdiği sınırları aşarak kullanması Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralına da aykırılık oluşturur.

İptali istenen kuralların olağanüstü halin gerektirdiği konular kapsamında olmaması ve olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalarak hukuk düzeninde genel, sürekli ve kalıcı etkilerde bulunacak olması, 671 sayılı KHK'nin iptali istenen kurallarını, Anayasa'nın 91. kapsamına sokar. Anayasa'nın 91. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisinden alınmış bir yetki kanunu da olmadığından, iptali istenen kurallar Anayasa'nın 91. maddesine de aykırılık oluşturur.

Yukarıda ve "Gerekçeler"in "A Bölümü"nde açıklanan nedenlerle, 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 20., 21., 22., 23., 24. ve 25. maddeleri, Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2., 6., 7., 8., 11., 91. ve 121. maddelerine aykırı olduklarından iptalleri gerekir.

3) 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 26. maddesiyle 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkradaki " … aranmaksızın …" İbaresi ile "ve mülakat" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 26. maddesiyle 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkrasıyla, özel harekat birimlerinde istihdam edilmek üzere, yirmisekiz yaşından gün almamış olmak ve terhis tarihinden itibaren otuzaltı aydan fazla süre geçmemiş olmak kaydıyla, en az lise veya dengi okul mezunlarından askerlik hizmetini tamamlamış olanların, Kamu Personel Seçme Sınavı şartı aranmaksızın, fiziki yeterlilik ve mülakat sınavları ile polis meslek eğitim merkezlerine alınabilmelerinin önü açılmaktadır.

Bundan böyle Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarının özel harekat birimlerinde görevlendirilecek personel, Kamu Personel Seçme Sınavına girmeden, fiziki yeterlilik ve mülakatla kamu görevine atabilecektir.

Yapılan düzenlemenin FETÖ/PDY ile mücadele ile ilgisini kurmak mümkün olmadığı gibi olağanüstü hal ile de gerekçelendirilmesi söz konusu değildir. İptali istenen ibareler, olağanüstü hal ilanının konusu, amacı ve gerekleriyle bağdaşmayacak şekilde, olağanüstü hal KHK'si ile olağan dönemlerde olağan yasama işlemleriyle yasalaştırılmış bulunan kanunlarda olağanüstü hal ortadan kalktıktan sonra da yürürlükte kalacak genel ve süreklilik taşıyan ve bu nitelikleriyle gelecek hukuk düzeninde özlü ve kalıcı etkilere yol açan hukuksal düzenleme niteliği taşımaktadır.

Oysa Anayasamıza göre olağanüstü hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile yapılması öngörülen işlemler "tedbir" niteliğindedir. Tedbir, mahiyeti gereği geçici bir nitelik taşımalıdır. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname'siyle getirilen düzenlemelerin geçici ve hükümlerinin de olağanüstü hal ilanına sebep olan durumun ortadan kaldırılmasına hizmet edecek nitelikte olması gerekir. Somut olayda Anayasanın 120. maddesine dayanarak ilan edilen olağanüstü halin nedeni ve amacı darbe girişimini düzenleyen, buna katılan ve destekleyenlere karşı gerekli önlemleri etkili ve hızlı biçimde almaktır. Bir başka ifadeyle, darbe girişimi nedeniyle ortaya çıkan şiddet eylemlerini ortadan kaldırarak bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmektir. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararname'si ile alınacak tedbirlerin olağanüstü hal ilanına sebep olan durumu en kısa sürede ortadan kaldırmaya ve olağanüstü hal öncesi duruma dönmeye hizmet edecek nitelikte olması gerekir. 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkradaki iptali istenen ibareler, olağanüstü hal ilanının sebebini ve amacını aşmanın da ötesinde Emniyet Genel Müdürlüğü özel harekat birimlerine personel alımında yeni bir system öngören niteliktedir. İptali istenen ibareler, olağanüstü hal süresiyle sınırlı olarak uygulanma koşuluna aykırı olarak genel ve sürekli nitelik taşıyan, hukuk düzeninde özlü ve kalıcı bir etkiye neden olacak kurallar getirmektedir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü hal süresi sona erdikten sonra

da bu ibareler yürürlükte kalmaya devam edecektir. İptali istenen ibareler, Anayasanın 121/3. maddesinde ifadesini bulan, "olağanüstü halin gerekli kıldığı konu"da yapılmış düzenlemeler olarak nitelenemeyeceğinden iptali istenen ibareler Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32,RG. 21.5.2015-29362). İptali istenen söz konusu ibareler adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi ve Anayasaya aykırı olması bakımından, aynı zamanda Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

Bütün devlet organları gibi yürütme organı da Anayasanın koyduğu usul ve esaslara göre Anayasanın kendisine açıkça verdiği yetkileri kullanabilir. Herhangi bir devlet organının Anayasa ile kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanması Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığına, aynı zamanda da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.

İptali istenen ibareler, olağanüstü hal ilanına neden olan sebebi ortadan kaldırmak amacını taşımamamaktadır. Ayrıca yapılan düzenlemeler olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalacak genel, sürekli ve kalıcı bir niteliktedir. Olağan döneme ilişkin yapılacak düzenlemelerin usülü Anayasa'da açıkça belirtilmiştir. Çağdaş anayasacılık anlayışının vazgeçilmez araçlarından biri güçler ayrılığı ilkesidir. 1982 Anayasası da güçler ayrılığı ilkesini, bir başka ifadeyle devlet iktidarının yasama-yürütme-yargı organları arasında bölüştürülmesi anlayışını benimsemiştir. Anayasanın Başlangıç Kısmının 4. paragrafında "`kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu"na ilişkin ifade de güçler ayrılığı ilkesinin 1982 Anayasasının temel niteliklerinden biri olduğunu göstermektedir. Anayasa, hangi devlet organlarının hangi yetkileri kullanabileceğini çeşitli maddelerinde açıkça belirtmektedir. Buna göre, "Yasama yetkisi" başlıklı Anayasanın 7. maddesi, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngörmektedir. "Yürütme yetkisi ve görevi" başlığını taşıyan Anayasanin 8. maddesi, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacağını belirtmektedir. "Yargi yetkisi" başlığını taşıyan 9. maddesi ise yargı yetkisini Türk Milleti adına bağımsız mahkemelere vermektedir.

Anayasa, devletin yetkilerini üç devlet organı arasında paylaştırırken, bunların Anayasa ile kendilerine tanınmamış bir yetkiyi kullanmalarını ya da Anayasada kendilerine tanınan yetkileri

aşarak yetkilerinin alanını ve kapsamını Anayasanın öngörmediği biçimde genişletmelerini de yasaklamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılmasına ve yerine getirilmesine ilişkin Anayasanin 8. maddesi ile TBMM`nin yasama yetkisini devretmesini yasaklayan 7. madde hükmü, ayrıca "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır....Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." biçimindeki Anayasanın 6. maddesi hükümleri bu yasağa ilişkin somut Anayasal düzenlemelerdir. Devlet organlarının yetkilerini Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kullanmaları aynı zamanda Anayasanın normlar hiyerarşisinde bütün hukuk

kurallarının üzerinde olmasının ve devlet organları da dahil olmak üzere bütün kişi, kurum ve kuruluşların Anayasaya aykırı eylem ve işlemlerden kaçınma yükümlülüğünün de bir gereği ve sonucudur. Anayasa da bu yükümlülüğü "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü" kenar başlığını taşıyan "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."diyen ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını belirten 11. maddesinde ifade etmektedir. Anayasanın 121/3. maddesi yürütme organına ancak olağanüstü halin gerektirdiği konuda kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapma olanağı tanımaktadır. 669 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamedeki iptali istenen düzenlemeler ile Anayasanın yürütme organına tanıdığı yetkinin sınırları aşılmıştır.

Bir başka deyişle, iptali istenen ibarelerde, bakanlar kurulu Anayasanın kendisine izin vermediği konularda düzenleme yapmaktadır. İpali istenenn ibareler bu yönüyle, Anayasanın 6. maddesindeki "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne aykırıdır. Iptali talep edilen ibarelerde yürütme organı TBMM'nin yetki alanına tecavüz etmistir. Bu bakımdan Anayasanın 7. maddesine aykırıdır. Iptali istenen ibareler, Anayasanın izin vermediği bir yetkiyi kullanması nedeniyle yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılmasını emreden Anayasanın 8. maddesine de aykırılık oluşturur. Söz konusu ibareler, yürütme organına Anayasanın izin vermediği bir düzenleme yetkisi tanıması nedeniyle kuvvetler ayrılığını ihlal ederek Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki "… Kuvvetler ayırımının, … belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

İptali istenen ibareler, Anayasa'nın 11. maddesinde ifadesini bulan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine de aykırıdır. Nitekim Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Yürütme, Anayasa ile düzenlenmiş olağanüstü hale ilişkin yetkisini Anayasaya aykırı olarak kullanmıştır. Sonuç olarak, herhangi bir devlet organının Anayasa ile kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanması veya bir yetkiyi Anayasanin çizdiği sınırları aşarak kullanması Anayasanın 11. maddesinde düzenlenen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralına da aykırılık oluşturur.

İptali istenen ibarelerin olağanüstü halin gerektirdiği konular kapsamında olmaması ve olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalarak hukuk düzeninde genel, sürekli ve kalıcı etkilerde bulunacak olması, 671 sayılı KHK'nin iptali istenen ibarelerini, Anayasa'nın 91. kapsamına sokar. Anayasa'nın 91. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisinden alınmış bir yetki kanunu da olmadığından, iptali istenen ibareler Anayasa'nın 91. maddesine de aykırılık oluşturur.

Yukarıda ve "Gerekçeler"in "A Bölümü"nde açıklanan nedenlerle, 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması

Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 26. maddesiyle 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkradaki " … aranmaksızın …" ibaresi ile "ve mülakat" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2., 6., 7., 8., 11., 91. ve 121. maddelerine aykırı olduklarından iptalleri gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesinin 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa'ya aykırı gördüğümüz maddelerinin Anayasa uygunluğunu esastan incelemesi ve esastan karara bağlaması zaman alabilecektir. Yargı denetimi yürütme organının hukuk devleti sınırları içinde kalmasını sağlayan en etkili araçtır. Olağanüstü hallerde yargı denetiminin önemi daha da artmakta, devlet organlarının işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması yürütme organının Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kalmasını sağlamak ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından özellikle önem taşımaktadır. İptalini istediğimiz 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin uygulanmasının insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti ilkesine, Anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına aykırılık oluşturan sonradan giderilmesi olanaksız durumların ortaya çıkmasına neden olacağı ve zararlar doğuracağı açık olduğundan, ayrıca Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme sonucunda iptal kararı vermesi durumunda bu kararının sonuçsuz kalmaması amacıyla kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulması istemiyle iptal davası açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

17.08.2016 tarihli ve 29804 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin;

1) 2., 5., 7., 8., 9., 10., 11., 15., 16., 28., 29. ve 30. maddeleri, Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2., 6., 7., 8., 11., 91. ve 121. maddelerine,

2) 20., 21., 22., 23., 24. ve 25. maddeleri, Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2., 6., 7., 8., 11., 91. ve 121. maddelerine

3) 26. maddesiyle 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun ek 24. maddesine eklenen üçüncü fıkradaki "… aranmaksızın …," ibaresi ile "… ve mülakat …" ibaresi, Anayasa'nın Başlangıç Kısmı ile 2., 6., 7., 8., 11., 91. ve 121. maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar ortaya çıkacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 8/A Kararı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2015/61

Karar Sayısı : 2016/172

Karar Tarihi : 2.11.2016

R.G. Tarih-Sayı : 9.12.2016-29913

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 4. maddesiyle değiştirilen, 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin (4) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinde yer alan "…10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın…" ibaresinin,

2- İkinci cümlesinin "…takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" bölümünün,

B- 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek 158. maddenin;

1- İkinci fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresinin,

b- İkinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinin,

c- Altıncı cümlesinde yer alan "Mütevelli Heyetinin" ibarelerinin,

2- Üçüncü fıkrasının,

3- Dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Mütevelli Heyetinin teklifi ve…" ibaresinin,

4- Beşinci ve altıncı fıkralarının,

C- 18. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na eklenen geçici 18. maddenin,

D- 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve…" ibaresinin,

E- 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının,

F- 24. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) sayılı Cetvelin "A-Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" kısmının "1-Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel" bölümünün;

1- (d) sırasında yer alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri," ibaresinin "il özel idaresi genel sekreteri," şeklinde değiştirilmesinin,

2- (e) sırasında yer alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," ibaresinin "il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," şeklinde değiştirilmesinin,

3- (g) sırasına "il yazı işleri müdürü" ibaresinden önce gelmek üzere eklenen "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü," ibaresinin,

G- 28. maddesiyle 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "raylı taşıma sistemleri" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "ile tünel" ibaresinin,

H- 29. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının,

I- 32. maddesiyle 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yeniden düzenlenen 51. maddesinin;

1- (2) numaralı fıkrasında yer alan "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresinin,

2- (6) numaralı fıkrasında yer alan "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresinin,

3- (8) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "…İlgili mevzuatın ve…" ibaresinin,

4- (13) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 35., 36., 40., 46., 55., 70., 87., 90., 123., 125., 128., 130., 132., 138., 153., 161., 162. ve 172. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların yer aldığı 6639 sayılı Kanun'un;

1- 4. maddesiyle değiştirilen 6487 sayılı Kanun'un 33. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"(4) Vakfa, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın her yıl ocak ayı içinde aktarılmak üzere Sağlık Bakanlığı bütçesinde ödenek ayrılır. Ayrılacak bu tutar 2015 yılında 15.000.000 TL olarak, takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak belirlenir."

2- 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanun'a eklenen ek 158. madde şöyledir:

"İstanbul'da Sağlık Bilimleri Üniversitesi adıyla yeni bir üniversite kurulmuştur. Bu Üniversite, Rektörlüğe bağlı olarak;

a) Tıp Fakültesi,

b) Hemşirelik Fakültesi,

c) Yaşam Bilimleri Fakültesi,

d) Sağlık Bilimleri Fakültesi,

e) Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksek Okulu,

f) Sağlık Bilimleri Enstitüsünden,

oluşur.

Üniversitenin yönetim organları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda öngörülen organlar ile Mütevelli Heyetinden oluşur. Mütevelli Heyeti; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur. Mütevelli Heyetine Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Müsteşarın katılmadığı toplantılara Rektör başkanlık eder. Mütevelli Heyeti, en az dört üye ile toplanır ve salt çoğunlukla karar alır. Bakan ve Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen üyelerin görev süresi dört yıldır. Mütevelli Heyetinin çalışma usul ve esasları, Mütevelli Heyetinin teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir.

Mütevelli Heyetinin görevleri şunlardır:

a) Üniversitenin stratejik planını ve bütçe teklifini onaylamak.

b) Kamu kurum ve kuruluşları ve gerçek ve özel hukuk tüzel kişileriyle iş birliği yapılmasına ve ortak projeler yürütülmesine karar vermek.

c) Yurt içinde ve yurt dışında Üniversiteye ait birimlerin ve bölümlerin kurulmasını teklif etmek.

d) Rektör tarafından gündeme alınması önerilen konularda karar vermek.

Üniversite, Birleşmiş Milletlerin resmî dil olarak kabul ettiği diller öncelikli olmak üzere, yabancı dilde eğitim veren program açma, yabancı yükseköğretim kurumları ile ortak program yürütme de dâhil olmak üzere yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarıyla her türlü iş birliğine dair protokol yapabilir. Yabancı dilde eğitim veren programlara, yurt dışından öğrenci kabul edilebilir. Mütevelli Heyetinin teklifi ve Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile yurt dışında Üniversiteye ait birimler kurulabilir. Yurt dışında eğitim yapılabilmesi ve personel istihdam edilebilmesi ile bu birimlerde görevlendirilecek öğretim elemanlarına yapılacak ödemeler, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Üniversite Yönetim Kurulunun belirleyeceği usul ve esaslara göre yapılır.

Üniversite, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak sağlık uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürütür. Üniversitenin birlikte kullanım protokolü imzaladığı eğitim ve araştırma hastaneleri, aynı zamanda Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsü kazanır. Üniversiteye tahsis edilecek öğretim elemanı kadroları, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirlenir ve öğretim üyesi atamaları bu kadrolara yapılır.

Üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısı, Rektörün önerisi ve Mütevelli Heyetinin onayı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından tespit edilir.

Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne adıyla hizmet vermek üzere inşa edilen ve hâlen Marmara Üniversitesi adına tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsü, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmiştir.

3- 18. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 18. madde şöyledir:

"(1) 1/1/2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine Kurul yetkilidir."

4- 22. maddesiyle 638 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte; Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünde; Genel Müdür Yardımcısı, Müşavir, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Müstakil/Unvanlı Daire Başkanı, Daire Başkanı, Bölge Müdürü, Bölge Müdür Yardımcısı, Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürü, Gençlik Hizmetleri ve Spor İlçe Müdürü, Federasyon Genel Sekreteri, Yurt Müdürü ve Gençlik Merkezi Müdürü kadrolarında bulunanların görevleri hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Bu fıkrada sayılanlar Araştırmacı kadrolarına hâlen bulundukları kadro dereceleriyle hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılır. Ancak, ilgililerin önceki kadroları ile atandıkları yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda bu fark, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde aradaki fark kapanıncaya kadar ödenir. Araştırmacı kadro veya pozisyonları atama işleminin yapıldığı tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın ihdas edilmiş ve herhangi bir sebeple boşalması hâlinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır."

5- 23. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ile 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hariç olmak üzere, tabi oldukları personel kanununa bakılmaksızın Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı ve ilgili kuruluşlar ile başkan ve üyeleri hariç olmak üzere 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda;

a) Görevden alınan veya görev süreleri sona eren müsteşarlar ile ek göstergesi 7600 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında bulunanlar Başbakanlık merkez müşaviri kadrolarına, ek göstergesi 7000 olan yönetici kadrolarında bulunanlar Başbakanlık müşaviri kadrolarına,

b) (a) bendinde belirtilenler hariç olmak üzere ek göstergesi 6400 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında veya pozisyonlarında bulunanlardan Başbakanlık Merkez Teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde Başbakanlık müşaviri, bakanlık merkez teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanlar bakanlığın müşavir kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda olanlar kurumlarının müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarına,

c) Ek göstergeleri 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde;

1) Daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

2) Daha önce (1) numaralı alt bentte belirtilen kadrolarda bulunmayanlardan ek göstergesi 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar ilgili kuruma ait (1) numaralı alt bentte yer alan kadro veya pozisyonlardan kurumlarınca tespit edilmiş olan kadro veya pozisyonlarına,

3) (2) numaralı alt bentte belirtilenlerden üç yıldan az görev yapmış olanlar, bu maddeye göre ihdas edilmiş sayılan merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

ç) Ek göstergesi 3600'den daha düşük tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde;

1) Daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

2) Diğerleri, bu maddeye göre ihdas edilmiş sayılan merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

atanırlar. Bu şekilde atananlardan bir ay içinde talepte bulunanlar, atamaya yetkili amirler tarafından bu fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonları dışındaki daha önce

bulundukları veya öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara bir ay içinde atanırlar.

Birinci fıkra kapsamında atananlar ile anılan fıkranın son cümlesi uyarınca talep üzerine yapılacak atamalar için uygun boş kadro veya pozisyon bulunmaması hâlinde, bunlar için başka bir işleme gerek kalmaksızın, söz konusu kadro veya pozisyonlar ihdas edilmiş ve kurumların kadro veya pozisyon cetvellerinin ilgili bölümlerine eklenmiş sayılır. Bu şekilde ihdas edilmiş sayılan kadro ve pozisyonlar boşalması hâlinde, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Anılan kadro ve pozisyonlara atananlar, atamaya yetkili amirleri tarafından belirlenen birimlerde istihdam edilir.

Birinci fıkra hükmü kapsamında atananlardan birinci fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonlarında kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali hakları, atandıkları söz konusu kadro veya pozisyonlarda bulunmaları kaydıyla, atandıkları tarihi takip eden ay başından itibaren ikinci yılın sonuna kadar fiili çalışmaya bağlı ödemeler hariç, önceki görevine ait ödeme unsurları esas alınarak verilmeye devam edilir.”

6- 24. maddesiyle değiştirilen 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin eki (I) sayılı cetvelin “A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar” kısmının, “1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel” bölümünün (d), (e) ve (g) sıraları şöyledir:

“(I) SAYILI CETVEL

EK ÖDEME ORANLARI

Ek Ödeme Oranı (%)

Kadro ve Görev Unvanı

d) Genel müdür yardımcısı, il özel idaresi genel sekreteri, büyükşehir belediyesi genel sekreter yardımcısı, ek göstergeleri genel müdür yardımcısı düzeyinde veya daha yüksek tespit edilen I. hukuk müşaviri, başkan yardımcısı ve kurum ve kurul başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar 190

e) Daire Başkanı, kadrolu yönetim kurulu üyesi, genel sekreter, İş Sağlığı ve Güvenliği Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü Başkanı, il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer I. hukuk müşaviri, il belediye başkan yardımcısı 185

g) (…) , İl nüfus ve vatandaşlık müdürü, il yazı işleri müdürü, il idare kurulu müdürü, il mahalli idare müdürü, il planlama ve koordinasyon müdürü, dernekler il müdürü, il afet ve acil durum müdürü, hukuk müşaviri, fakülte ve yüksekokul sekreteri, basın ve halkla ilişkiler müşaviri, basın müşaviri, müşavir, müdür, şube müdürü, ilçe müftüsü, başkan, daire başkan yardımcısı, kurum sekreteri, merkez sekreteri, enstitü sekreteri, genel sekreter yardımcısı, tiyatro müdür yardımcısı, Atatürk Kültür Merkezi müdür yardımcısı, opera ve bale müdür yardımcısı, (1) birlik sekreteri, müze başkanı, KİT'lerde başuzman, diğer belediye başkan yardımcıları ve (f) sırasında sayılanların yardımcıları 170

7- 28. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'un değişiklik yapılan 4. maddesi şöyledir:

"İrtifak hakkı kurulması

Madde 4- Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.

(Ek fıkra : 10/9/2014 - 6552/99 md.) Ancak, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri ile tünel yapılabilir. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmaz. Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınamaz."

8- 29. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(2) Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.”

9- 32. maddesiyle 5809 sayılı Kanun’un yeniden düzenlenen 51. maddesi şöyledir:

“Kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunması

MADDE 51- (1) Kişisel verilerin işlenmesinde; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması, doğru ve gerektiğinde güncel olması, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması ile işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi ilkelerine uyulur.

(2) Elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliği esas olup, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi yasaktır.

(3) Elektronik haberleşme şebekeleri, haberleşmenin sağlanması dışında abonelerin/kullanıcıların terminal cihazlarında bilgi saklamak veya saklanan bilgilere erişim sağlamak amacıyla işletmeciler tarafından ancak ilgili abonelerin/kullanıcıların verilerin işlenmesi hakkında açık ve kapsamlı olarak bilgilendirilmeleri ve açık rızalarının alınması kaydıyla kullanılabilir.

(4) İşletmeciler şebekelerinin, abonelerine/kullanıcılarına ait kişisel verilerin ve sundukları hizmetlerin güvenliğini sağlamak amacıyla uygun teknik ve idari tedbirleri alır.

(5) Bu Kanunun 49 uncu maddesi kapsamında veya kamu yararının sağlanması amacıyla Kurum tarafından işletmecilere getirilen yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için kişisel veriler işlenebilir.

(6) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilir.

(7) Trafik verileri; trafiğin yönetimi, arabağlantı, faturalama, usulsüzlük/dolandırıcılık tespitleri ve benzeri işlemleri gerçekleştirmek veya tüketici şikâyetleri ile arabağlantı ve faturalama anlaşmazlıkları başta olmak üzere, uzlaşmazlıkların çözümü amacıyla sadece işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı kalmak kaydıyla işlenir ve bu uzlaşmazlıkların çözüm süreci tamamlanıncaya kadar gizliliği ve bütünlüğü sağlanarak saklanır. Katma değerli elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ya da elektronik haberleşme hizmetlerinin pazarlanması

amacıyla ihtiyaç duyulan trafik verileri ile konum verileri anonim hâle getirilerek veya ilgili abonelerin/kullanıcıların açık rızalarının alınması ve sadece işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı kalmak kaydıyla, belirtilen faaliyetlerin gerektirdiği ölçü ve sürede işlenebilir.

(8) İşletmeciler konum verilerinin işlenmesinde abonelere/kullanıcılara bu verilerin işlenmesini reddetme imkânı sağlar. İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağrıları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilir.

(9) Abone/kullanıcı şikâyetlerinin incelenmesi ve denetim faaliyetleri kapsamında trafik ve konum verileri ile kişisel veriler, belirtilen faaliyetlerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilir.

(10) Bu Kanun kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin olarak;

a) Soruşturma, inceleme, denetleme veya uzlaşmazlığa konu olan kişisel veriler ilgili süreç tamamlanıncaya kadar,

b) Kişisel verilere ve ilişkili diğer sistemlere yapılan erişimlere ilişkin işlem kayıtları iki yıl,

c) Kişisel verilerin işlenmesine yönelik abonelerin/kullanıcıların rızalarını gösteren kayıtlar asgari olarak abonelik süresince,

saklanır. Veri kategorileri ile haberleşmenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere verilerin saklanma süreleri yönetmelikle belirlenir.

(11) İşletmeciler, tahsilata ilişkin riskin yönetilmesi ve kötü niyetli kullanımların önlenmesi amacıyla abonelerin elektronik haberleşme hizmetlerine yönelik fatura tutarı ve ödeme bilgilerini diğer işletmecilerle paylaşabilir veya işleyebilir.

(12) Bu Kanun kapsamında kişisel verilerin gizliliğinin, güvenliğinin ve amacı doğrultusunda kullanılmasının temininden işletmeciler sorumludur.

(13) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ’in katılımlarıyla 17.6.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının

incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Fatih ŞAHİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince Sağlık Bakanı Prof. Dr. Recep AKDAĞ, Müsteşar Prof. Dr. Eyüp GÜMÜŞ, Müsteşar Yardımcısı Hüseyin ÇELİK, Sağlık Politikaları Kurulu Üyesi Av. Adem KESKİN, I. Hukuk Müşaviri Av. Erol GÖKDÖL, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu I. Hukuk Müşaviri Av. Erol DEMİRCİ, Sağlık Bilimleri Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Cevdet ERDÖL, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi İkinci Başkanı Prof. Dr. Sinan ADIYAMAN, Ankara Tabip Odası Bir Önceki Dönem Başkanı Prof. Dr. Çetin ATASOY ve Hukuk Bürosu Avukatı Ziynet ÖZÇELİK'in, 20.10.2016 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 4. Maddesiyle Değiştirilen 6487 Sayılı Kanun'un 33. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının;

1- Birinci Cümlesinde Yer Alan "…10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın…" İbaresinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla Türkiye Yeşilay Vakfına aktarılacak kamu kaynağının amacına uygun kullanılıp kullanılmadığının denetim dışı bırakılmasının kamu yararıyla bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Dava konusu kuralla, Sağlık Bakanlığı bütçesinden Türkiye Yeşilay Vakfına aktarılması öngörülen ödeneğin 5018 sayılı Kanun'un 29. maddesine tâbi olmayacağı hüküm altına alınmaktadır.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı

durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan demokratik yönetim biçiminde, yürütme organına gelir toplama ve harcama yetkisi tanıyan bütçelerin yapımı, halkın temsilcilerinden oluşan yasama organının asli görevlerindendir. Yasama organı açısından aynı zamanda bir hak olan bu görev, yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerinin doğru, güvenilir ve kanunlara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin denetimini de kaçınılmaz kılmaktadır. Bu bağlamda, yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirlenmiş yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine "bütçe hakkı" denilmektedir. Anayasa'nın 87., 160., 162. ve 164. maddelerine göre bütçe hakkı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir (TBMM). Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Bütçe uygulamalarının denetimi görevi, bütçe işlemlerinin gün geçtikçe nitelik ve nicelik itibariyle artması ve karmaşıklaşması nedeniyle yasama organı adına tarafsız ve uzman kuruluşlar tarafından yerine getirilmektedir. Ülkemizde de bu görev, Anayasa'nın 160. maddesiyle Sayıştay'a verilmiştir. Yasama organının, yürütme organı üzerindeki bütçe denetimi büyük ölçüde Sayıştay tarafından yapılan bu denetimlere dayanmaktadır.

7. Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan kamu idarelerinin malî yönetimi ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar ise 5018 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'la, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi, kullanılması, muhasebeleştirilmesi ve raporlanması, ayrıca kaynakların kötüye kullanımının önlenmesi için yetkili kamu görevlilerinin gerekli önlemlerin alınmasından sorumlu tutulması ve Kanun'da belirtilen yöntemlere uygun olarak kamu otoritelerine hesap vermeleri öngörülmüştür.

8. 5018 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasında, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bütçelerinde öngörülmüş olmak kaydıyla; kamu yararı gözetilerek dernek, vakıf, birlik, kurum, kuruluş, sandık ve benzeri teşekküllere yardım yapılabileceği kural altına alınmış; ikinci fıkrasında, bu yardımların yapılması, kullanılması, izlenmesi, denetlenmesi ve kamuoyuna açıklanmasına ilişkin esas ve usullerin Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir.

9. 6487 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Yeşilay Cemiyeti tarafından Cemiyet ile aynı amaçları gerçekleştirmek üzere merkezi İstanbul'da olan "Türkiye Yeşilay

Vakfı" adında Vakıf kurulması öngörülmüş; maddenin (4) numaralı fıkrasında, Vakfa, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, her yıl ocak ayı içinde aktarılmak üzere Sağlık Bakanlığı bütçesinde ödenek ayrılacağı belirtilmiş ve dava konusu kuralla, aktarılacak ödeneğin 5018 sayılı Kanun'un 29. maddesi hükmüne tabi olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

10. Türkiye Yeşilay Vakfı da diğer vakıflar gibi 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na tâbidir. 5737 sayılı Kanun'un 33. maddesinde, vakıfların denetimine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Anılan maddenin son fıkrasında, vakıfların amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadî işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetiminin Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılacağı belirtilmiş; Kanun'un 10. maddesinde de, vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmayan, vakıf mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmayan vakıf yöneticilerinin vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesince görevlerinden alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, Sağlık Bakanlığı bütçesinden Türkiye Yeşilay Vakfına aktarılması öngörülen ödeneğin amacına uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığı Vakıflar Genel Müdürlüğünün denetimine tabi olup kamu kaynağının denetim dışı kalması söz konusu değildir.

11. Bu itibarla, 5018 sayılı Kanun'un 29. maddesine tabi olmaksızın Sağlık Bakanlığı bütçesinden Türkiye Yeşilay Vakfına ödenek aktarılmasını öngören kuralın, kamu kaynağının keyfî olarak kullanılmasına sebebiyet verdiği söylenemeyeceğinden kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır.

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

2- İkinci Cümlesinin "…takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" Bölümünün İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

13. Dava dilekçesinde özetle, Sağlık Bakanlığı bütçesinden Türkiye Yeşilay Vakfına ödenek aktarılmasına ilişkin kuralın nitelik olarak bütçe kanununda düzenlenmesi gerektiği, bu kapsamda, 2016 ve sonrasındaki yıllar için Sağlık Bakanlığı bütçesinden Türkiye Yeşilay Vakfına ödenek aktarılmasına olanak tanınmasının bütçenin yıllık olması ilkesiyle bağdaşmadığı gibi gelecek yıllarda halkın iradesiyle şekillenecek parlamentonun bütçe yapma hakkının da engellendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 87., 161. ve 162. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

14. 6487 sayılı Kanun'un 33. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dava konusu bölümü içeren ikinci cümlesinde; Türkiye Yeşilay Vakfına, 2015 yılı için Sağlık Bakanlığı bütçesinden 15.000.000 TL ödenek ayrılması öngörülmüş, dava konusu kuralla da 15.000.000 TL tutarındaki ödeneğin, takip eden yıllarda her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak Yeşilay Vakfına aktarılacağı hüküm altına alınmıştır.

15. Anayasa'nın 87. maddesinde, TBMM'nin "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" görev ve yetkisinin yanı sıra "bütçe kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek" görev ve yetkisine de ayrıca yer verilmiştir. Bütçe kanunlarını öteki kanunlardan ayrı tutan bu kural karşısında, kanun ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe kanunu ile düzenlenmesi veya herhangi bir kanunda yer alan hükmün bütçe kanunları ile değiştirilmesi ve kaldırılması olanaksızdır.

16. Anayasa'nın 88. maddesinde, kanunların TBMM'de teklif, görüşülme usul ve esasları düzenlenirken, bütçe kanunlarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeyle bütçe kanun tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, Genel Kurulda üyelerin gider arttırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiş ve Anayasa'nın 89. maddesiyle de Cumhurbaşkanı'na bütçe kanunlarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa'nın 163. maddesinde bütçede değişiklik yapılabilmesi esasları ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceği belirtilmiştir.

17. Anayasa'nın anılan maddeleri incelendiğinde, bütçe kanunlarına bütçe ile ilgili olmayan kurallar konulmamasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Anayasa'da birbirinden tamamen ayrı ve değişik olarak düzenlenen bu iki kanunlaştırma yönteminin doğal sonucu olarak, olağan kanun ile düzenlenmesi gereken bir konunun, bütçe kanunu ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması olanaksızdır. Bu durum, Anayasa'nın 161. maddesinde "Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz." denilmek suretiyle ifade edilmiştir. "Bütçe ile ilgili hükümler" kavramı, mali nitelikteki hükümleri değil, kanun konusu olabilecek bir kuralı kapsamaması koşuluyla bütçenin uygulanması ile ilgili, uygulamayı kolaylaştırıcı ve açıklayıcı nitelikte hükümleri ifade etmektedir. Anayasa'nın 161. maddesinin getiriliş amacı, bütçe kanunlarında, yıllık bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek, böylece bütçe kanunlarını ilgisiz kurallardan uzak tutarak kendi yapısı içinde bütünleştirmektir.

18. Anayasa Mahkemesinin 29.1.2014 tarihli, E:2013/66, K:2014/19 sayılı kararında da vurgulandığı üzere bir kuralın uygulanması sonucu gelir elde edilecek ya da harcama yapılacak olması, o kuralın bütçe kanunu kapsamında yer alması zorunluluğunu doğurmamaktadır. Bu

çerçevede, kamu kurumlarının ödeneklerine ilişkin kuralların kanun konusu yapılabilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bütçe kanunlarında ilgili kurumun o yıla ait ödenek miktarı ile harcama usul ve esasları düzenlenmekle birlikte, ödeneklere ilişkin genel ve soyut nitelikteki tüm kuralların, bütçe kanununda yer alması zorunlu değildir. Bu kapsamda, Türkiye Yeşilay Vakfına, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, 2015 yılı için Sağlık Bakanlığı bütçesinden ayrılan 15.000.000 TL tutarındaki ödeneğin, takip eden yıllarda da yeniden değerleme oranında artırılarak aktarılmaya devam edilmesini öngören kuralın, Anayasa'nın bütçe ile ilgili kurallarına aykırılığından söz edilemez.

19. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 87., 161. ve 162. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

B- Kanun'un 5. Maddesiyle 2809 sayılı Kanun'a Eklenen Ek 158. Maddenin;

1- İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" İbaresinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

20. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla Sağlık Bilimleri Üniversitesi için üyelerinin çoğunluğunu merkezi idarenin belirlediği üyelerden oluşan Mütevelli Heyeti adı altında bir yönetim organı öngörülmesinin, Üniversitenin bilimsel özerkliğini ortadan kaldırdığı, bu Heyet üzerinden Sağlık Bakanlığı'na, Üniversiteyi dolaylı yoldan kontrol etme yetkisi tanındığı, Anayasa'da sadece Türk Silahlı Kuvvetleri ile emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarıyla sınırlı olarak özel düzenlemeler yapılmasına olanak tanındığından Sağlık Bilimleri Üniversitesine diğer Devlet üniversitelerine nazaran özel bir statü verilmesinin mümkün olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

21. 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesiyle "Sağlık Bilimleri Üniversitesi" adı altında yeni bir üniversite kurulmuştur. Maddenin ikinci fıkrasının dava konusu ibareyi de içeren birinci cümlesinde, Sağlık Bilimleri Üniversitesi yönetim organlarının, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öngörülen organlar ile Mütevelli Heyetinden oluşacağı hüküm altına alınmakta olup dava konusu kural cümlede yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresidir.

22. Anayasa'nın 130. maddesinde, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe

sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı belirtilmiş; yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumluluklarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, kanun koyucu, anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla, yükseköğretim kurumlarının organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumluluklarını belirleme yetkisine sahiptir.

23. Devlet üniversitelerinde yönetim organlarının hangi birimlerden oluşacağı 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 13., 14. ve 15. maddelerinde üniversite organları "Rektör, Senato, Üniversite Yönetim Kurulu" olarak belirlenmiştir. Dava konusu kuralda ise Sağlık Bilimleri Üniversitesi yönetim organlarının, 2547 sayılı Kanun'da öngörülen organlar ile Mütevelli Heyetinden oluşacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre anılan Üniversitenin yönetim organları; Rektör, Senato, Üniversite Yönetim Kurulu ve Mütevelli Heyetinden oluşmaktadır.

24. Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yükseköğretim kurumlarının organlarını belirleme yetkisi kanun koyucuya verilmiştir. Kanun koyucu, Anayasa'nın ilgili kurallarına bağlı olarak, yükseköğretim kurumlarının yönetim organlarını belirleyebilir. Bu konuda kanun koyucuyu sınırlandıran anayasal bir kural bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için diğer devlet üniversitelerinden farklı bir teşkilatlanma öngörülebilir. Bu itibarla, dava konusu kuralla, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için 2547 sayılı Kanun'da öngörülen organlara ilave olarak "Mütevelli Heyeti" adı altında bir yönetim organı öngörülmesi, kanun koyucunun yükseköğretim kurumlarının organlarını belirleme kapsamında takdir yetkisinde olup kuralda Anayasa'nın 130. maddesine aykırı bir husus bulunmamaktadır.

25. Dava dilekçesinde, Mütevelli Heyetinin çoğunluğunun merkezi idarenin belirlediği üyelerden oluşmasının, Üniversitenin bilimsel özerkliğini zedeleyeceği ileri sürülmekte ise de dava konusu kuralda sadece Sağlık Bilimleri Üniversitesinin yönetim organlarının hangi birimlerden oluşacağı düzenlenmektedir. Mütevelli Heyetinin kimlerden oluşacağı ise ek 158. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenmektedir. Bu nedenle, adı geçen Üniversite için 2547 sayılı Kanun'da sayılan yönetim organlarına ilave olarak Mütevelli Heyeti şeklinde yeni bir yönetim organı öngören kuralın, Üniversitenin bilimsel özerkliğini zedelediği söylenemez. Heyetin üye yapısına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının dava konusu kural kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

26. Anayasa'nın 132. maddesinde, Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarının özel kanunlarının hükümlerine tâbi olacağı belirtilmek suretiyle anılan kurumlar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının kendine özgü koşulları da dikkate alınarak diğer üniversitelerden farklı bir hukuki rejime tabi tutulmasına olanak tanınmıştır.

27. Dava konusu kuralla, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için Mütevelli Heyeti adı altında yeni bir yönetim organı oluşturulması anılan üniversiteye özel bir statü verildiği anlamına gelmemektedir. Nitekim Sağlık Bilimleri Üniversitesi de tıpkı diğer Devlet üniversiteleri gibi Anayasa'nın 130. ve 131. maddelerinde yükseköğretim kurumları için öngörülen kurallara tabi olduğu gibi kuruluş kanununda belirtilen hükümler hariç olmak üzere yükseköğretim kurumlarının teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen 2547 sayılı Kanun'a tabidir.

28. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

2- İkinci Fıkrasının Dördüncü Cümlesinin ve Altıncı Cümlesinde Yer Alan "Mütevelli Heyetinin" İbarelerinin İncelenmesi

a. İptal Taleplerinin Gerekçesi

29. Dava dilekçesinde özetle, 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresine yönelik gerekçelerle kuralların, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

30. Dava konusu kurallarda, Mütevelli Heyetinin, en az dört üye ile toplanıp salt çoğunlukla karar alacağı ve Mütevelli Heyetinin çalışma usul ve esaslarının, Mütevelli Heyetinin teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

31. Sağlık Bilimleri Üniversitesinde Mütevelli Heyeti adı altında yeni bir yönetim organı oluşturulmasını öngören 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresine ilişkin gerekçeler dava konusu kurallar yönünden de geçerlidir. Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanun koyucu, anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla, yükseköğretim kurumlarına ait organların işleyişlerine yönelik usul ve esasları belirleme yetkisine sahiptir.

32. Bu bağlamda, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için bir yönetim organı olarak öngörülen Mütevelli Heyetinin en az dört üye ile toplanıp salt çoğunlukla karar almasını öngören kural ile Heyetin, çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi konusunda YÖK'e teklifte bulunma yetkisi tanıyan kurallar, yükseköğretim kurumlarına ait organların çalışma düzenlerinin belirlenmesine yönelik olup, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Kaldı ki Heyetin çalışma usul ve esaslarının belirlenmesinde nihai yetki YÖK'e aittir. Mütevelli Heyetinin bu konudaki yetkisi sadece teklif sunmaktan ibarettir.

33. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

3- Üçüncü Fıkrası ile Dördüncü Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "Mütevelli Heyetinin teklifi ve…" İbaresinin İncelenmesi

a. İptal Taleplerinin Gerekçesi

34. Dava dilekçesinde özetle, 2547 sayılı Kanun'da, Devlet üniversitelerinin yönetim organlarına ait olan yetkilerin, dava konusu kurallarla Sağlık Bilimleri Üniversitesinde, Sağlık Bakanlığının kontrolü altında olan Mütevelli Heyetine verilmesinin, üniversite özerkliğiyle bağdaşmadığı, Mütevelli Heyetine yurtdışında üniversiteye ait birimler kurmayı teklif etme görevi verilmesinin, diğer Devlet üniversitelerinde görev yapan personel ile Sağlık Bilimleri Üniversitesinde görev yapan personel arasında ayrımcılığa neden olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 10., 130. ve 132. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

35. Dava konusu üçüncü fıkrayla, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için yönetim organlarından biri olarak öngörülen Mütevelli Heyetine; Üniversitenin stratejik planını ve bütçe teklifini onaylama, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişileriyle işbirliği yapılmasına ve ortak projeler yürütülmesine karar verme, yurt içinde ve yurt dışında Üniversiteye ait birimlerin ve bölümlerin kurulması için YÖK'e teklifte bulunma, Rektör tarafından gündeme alınması önerilen konularda karar verme yetkisi tanınmaktadır. Dördüncü fıkranın üçüncü cümlesinde ise Bakanlar Kurulu kararıyla yurt dışında Üniversiteye ait birimler kurulabilmesi için, Mütevelli Heyetinin teklifi ve Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü aranmakta olup "Mütevelli Heyetinin teklifi ve" ibaresi dava konusunu oluşturmaktadır.

36. Sağlık Bilimleri Üniversitesinde Mütevelli Heyeti adı altında yeni bir yönetim organı oluşturulmasını öngören 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresine ilişkin gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir. Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile bunların görev, yetki ve sorumluluklarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre kanun koyucu, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için bir yönetim organı olarak öngörülen Mütevelli Heyetinin görevlerini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

37. Dava konusu kurallarla Mütevelli Heyetine verilen görev ve yetkiler, Üniversitenin genel idari faaliyetlerine yöneliktir. Bu yetki ve görevlerin, hangi yönetim organı tarafından kullanılacağını

belirleme yetkisi Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanun koyucuya aittir. Dolayısıyla, yukarıda anılan görev ve yetkilerin Sağlık Bilimleri Üniversitesi için bir yönetim organı olarak öngörülen Mütevelli Heyeti tarafından yerine getirilmesini öngören kurallar yükseköğretim kurumlarına ait organların görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi kapsamında olup, kanun koyucunun takdir yetkisinde kalmaktadır.

38. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

39. Kuralların Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

4- İkinci Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin İncelenmesi

a. İptal Taleplerinin Gerekçesi

40. Dava dilekçesinde özetle, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için yönetim organı olarak öngörülen Mütevelli Heyetinin, başkan dahil üç üyesinin Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ile Sağlık Bakanı tarafından atanacak iki kişiden oluşmasının, Üniversitenin, Sağlık Bakanlığının kontrolüne geçmesine sebebiyet vereceği, bu durumun ise üniversite özerkliğiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

41. Dava konusu kurallarda, Sağlık Bilimleri Üniversitesi Mütevelli Heyetinin; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile YÖK tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere toplam beş üyeden oluşacağı, Mütevelli Heyetine Sağlık Bakanlığı Müsteşarının, Müsteşarın katılmadığı toplantılara ise Rektörün başkanlık etmesi öngörülmüştür.

42. Anayasa'nın 130. maddesinde üniversiteler anayasal bir kuruluş olarak kabul edilmiş ve maddenin birinci fıkrasında, üniversitelerle ilgili başlıca kurallar belirlenmiştir. Anılan fıkrada, üniversitelerin, "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olmaları" ve "Devlet tarafından kanunla kurulmaları" öngörülmüştür. Maddenin dokuzuncu fıkrasında da yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumluluklarının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, yükseköğretim kurumlarının yönetim organlarının kimlerden oluşacağını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Ancak, kanun koyucunun bu yetkisini anayasal sınırlar içinde özellikle üniversitelerin bilimsel özerkliğini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

43. Bilimsel özerklik, bilimsel çalışmaların üniversite ortamında yürütülebilmesinin olmazsa olmaz koşulu olup üniversite mensuplarının, ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi

ve kurumların baskısı, yönlendirmesi olmadan ve toplumda hâkim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme olanaklarına sahip bulunmalarını ifade etmektedir. Üniversitelerin bilimsel özerkliği, üniversitelerde yürütülen eğitim, araştırma, yayın ve benzeri etkinliklerin planlanması, düzenlenmesi ve icra edilmesi aşamalarında, yönetim yetkisinin serbestçe kullanılabilmesini, belirtilen faaliyetlerle ilgili üniversite kaynaklarının kullanımına yönelik kararların üniversite yönetim organlarınca serbestçe alınabilmesini gerektirmektedir.

44. Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında, üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak Devlet tarafından kanunla kurulabileceklerinin hükme bağlanması ile güdülen amacın, siyasal çevrelerin, özellikle iktidarların ve değişik baskı gruplarının, üniversite çalışmaları ile eğitim ve öğretimi etki altında tutabilme yolunu kapatmak ve bu çalışmaların bilimsel gerekler ve gereksinmelerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

45. Yukarıda yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere bilimsel özerklik, idari ve mali özerklikle birlikte üniversitelerin özerkliği için olmazsa olmaz nitelikte bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Bu unsurlardan herhangi birine yapılacak müdahale diğer unsurların da olumsuz şekilde etkilenmesine sebebiyet verecektir. Bu bağlamda, üniversite yönetim organlarının, merkezi idarenin müdahalesine olanak verecek şekilde yapılandırılması, diğer bir ifadeyle üniversitelerin, merkezi idare tarafından doğrudan atanan kişiler tarafından yönetilmesi, bu kurumların bilimsel özerkliğini de doğrudan etkileyecektir. Zira, üniversite mensuplarının, bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilmesi için, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamın bulunması zorunludur.

46. 2547 sayılı Kanun'da Devlet üniversiteleri için yönetim organları Rektör, Yönetim Kurulu ve Senato olarak belirlenmiştir. Bu organlar, akademik kadrolardan teşekkül etmektedir. 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının dava konusu ikinci cümlesinde ise Sağlık Bilimleri Üniversitesinin yönetim organlarından biri olarak öngörülen Mütevelli Heyetinin; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile YÖK tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşması öngörülmüştür. Mütevelli Heyetinin, görev ve yetki alanına giren konularda salt çoğunlukla karar alabileceği göz önünde bulundurulduğunda, merkezi idareyi temsil eden Sağlık Bakanlığının Müsteşarı ile Sağlık Bakanının doğrudan seçeceği üyeler, karar alma sürecinde belirleyici olacaktır.

47. Kanun'un ek 158. maddesinin üçüncü ve devamı fıkralarında Mütevelli Heyetinin görev ve yetkileri sıralanmıştır. Mütevelli Heyetine, üniversitenin stratejik planını onaylama ve üniversiteye tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarını, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin ihtiyacını da dikkate almak suretiyle il bazında belirleme, norm kadro sayısını onaylama gibi yetkiler verilmiştir. Anılan hükümler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, Mütevelli Heyetine, Üniversite yönetiminde söz hakkı tanındığı anlaşılmaktadır.

48. Mütevelli Heyetinin üniversite yönetimine ilişkin mevcut yetkileri ve Mütevelli Heyetinin en az dört üye ile toplanıp salt çoğunlukla karar alabileceği göz önünde bulundurulduğunda, heyet üyelerinin çoğunluğunun Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ile Sağlık Bakanının seçeceği iki üyeden oluşmasının, merkezi idareye, Mütevelli Heyeti kanalıyla üniversite yönetimine ilişkin karar alma sürecinde belirleyici olacak şekilde söz hakkı tanıyacağı açıktır. Merkezi idareye, üniversite üzerinde denetim ve gözetim yetkisini aşan nitelikte bir yetki tanınması ise Anayasa'nın 130. maddesiyle güvence altına alınan bilimsel özerklik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

49. Açıklanan nedenlerle 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa'nın 130. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

50. Kural, Anayasa'nın 130. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, Anayasa'nın 132. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

51. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

52. Mütevelli Heyetinin üye yapısını düzenleyen Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptali nedeniyle, kuralla doğrudan ilgili olan, Mütevelli Heyetine, Sağlık Bakanlığı Müsteşarının, Müsteşarın katılmadığı toplantılara Rektörün başkanlık edeceğini düzenleyen ek 158. maddenin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinin uygulanma olanağı kalmadığından, bu cümlenin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

53. Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinin iptali yönündeki görüşe katılmamışlardır.

5- İkinci Fıkrasının Beşinci Cümlesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

54. Dava dilekçesinde özetle, 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine yönelik gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

55. Dava konusu kuralda, Mütevelli Heyetine, Bakan ve YÖK tarafından seçilen üyelerin görev süresinin dört yıl olduğu belirtilmiştir.

56. Sağlık Bilimleri Üniversitesinde Mütevelli Heyeti adı altında yeni bir yönetim organı oluşturulmasını öngören 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresine ilişkin gerekçeler dava konusu kural yönünden de geçerlidir. Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kanun koyucu, anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla, yükseköğretim kurumlarının organları ile bunların görev, yetki ve sorumluluğuna yönelik usul ve esasları belirleme yetkisine sahiptir.

57. Bu bağlamda, Sağlık Bilimleri Üniversitesi için bir yönetim organı olarak öngörülen Mütevelli Heyeti üyelerinin görev sürelerini düzenleyen kural, yükseköğretim kurumlarına ait organların çalışma düzenlerinin belirlenmesine yönelik olup, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Kural, Mütevelli Heyetinin oluşumunu düzenleyen Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinden bağımsız şekilde değerlendirildiğinde, Anayasa'nın yükseköğretim kurumlarını düzenleyen kurallarına aykırı bir husus taşımamaktadır.

58. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

6- Beşinci Fıkrasının Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

a. İptal Taleplerinin Gerekçesi

59. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kurallarla Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin tamamının, Sağlık Bakanlığının kontrolünde olan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin uygulama ve araştırma merkezi haline getirilmesinin üniversitelerin özerkliğiyle bağdaşmadığı, Üniversitedeki tıp eğitiminin teorik kısmının İstanbul'daki merkez kampüste, araştırma ve uygulama kısmının ise eğitim araştırma hastanelerinin bulunduğu illerde verilmesinin eğitim bütünlüğünü bozduğu, belirtilen eğitimin nasıl yapılacağı konusunda belirlilik bulunmadığı, ayrıca dava konusu kuralların diğer Devlet Üniversitelerinin, eğitim ve araştırma hastaneleriyle işbirliği yapmalarını da engellediği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

60. Dava konusu kurallarla, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 9. maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürüteceği, Üniversitenin birlikte kullanım protokolü imzaladığı eğitim ve araştırma hastanelerinin aynı zamanda Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsünü kazanacağı hüküm altına alınmaktadır.

61. Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, yükseköğretim kurumlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlarla ilişkilerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre kanun koyucu, anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla, yükseköğretim kurumları ile kamu kurum ve kuruluşları arasında ne tür bir işbirliği yapılabileceğini ve bu işbirliğinin usul ve esaslarını belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

62. 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesiyle, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin ilgili birimlerinin karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabilmesine olanak tanınmış ve birlikte kullanıma ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Maddede, birlikte kullanılacak sağlık birimlerinde, sağlık hizmetinin yanı sıra hem lisans hem de uzmanlık eğitimi verilmesi öngörülmüştür.

63. Dava konusu kurallarla, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin de diğer üniversiteler gibi Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle kullanım protokolleri yapabilmesi sağlanmıştır. Buna göre adı geçen Üniversite, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle protokol yapabilecek ve protokol yapılan hastaneler Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsünde olacaktır.

64. Sağlık Bilimleri Üniversitesine de diğer üniversiteler gibi Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle birlikte kullanım protokolleri yapma olanağı tanıyan ve bu hastanelerin üniversitenin uygulama ve araştırma merkezine dönüştürülmesini öngören kurallar yükseköğretim kurumları ile kamu kurum ve kuruluşları arasında yapılacak işbirliğine yönelik olup, Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrası kapsamında kanun koyucunun takdir yetkisindedir.

65. Dava dilekçesinde, uygulama ve araştırma merkezlerinde tıp eğitiminin nasıl yapılacağı konusunda belirsizlik bulunduğu ileri sürülmekte ise de, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin, Üniversite ile birlikte kullanımına ilişkin usul ve esaslar 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla, bu iddianın, dava konusu kurallar kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

66. Sağlık Bilimleri Üniversitesinin merkez kampüsünün İstanbul'da olması nedeniyle teorik eğitimin İstanbul'da, uygulamaya yönelik eğitimin başka bir şehirdeki eğitim ve araştırma hastanesinde verilmesinin tıp eğitiminin bütünlüğünü bozacağına yönelik iddianın incelenmesi ise yerindelik denetiminin kapsamında bulunduğundan bu husus anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

67. Diğer taraftan dava konusu kurallarda, eğitim ve araştırma hastanelerinin yalnızca Sağlık Bilimleri Üniversitesi ile protokol yapabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla dava konusu kurallar, diğer üniversitelerin eğitim ve araştırma hastaneleriyle imzaladıkları protokollerin sona ermesine neden olmadığı gibi diğer üniversiteler ile eğitim ve araştırma hastaneleri arasında yeni protokoller yapılmasına da engel oluşturmamaktadır.

68. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 130. maddesine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

69. Kuralların Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

7- Beşinci Fıkrasının Üçüncü ve Dördüncü Cümlelerinin İncelenmesi

a. İptal Taleplerinin Gerekçesi

70. Dava dilekçesinde özetle, Sağlık Bilimleri Üniversitesine ait birimlere tahsis edilecek kadroları il bazında belirleme ve Üniversite birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısını onaylama yetkisinin Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Mütevelli Heyetine verilmesinin, tıp eğitiminin Sağlık Bakanlığına devredilmesi anlamına geldiği, bu durumun üniversite özerkliği ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 130. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

71. Dava konusu kurallarla, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirleneceği ve öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılacağı, Üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısının, Rektörün önerisi ve Mütevelli Heyetinin onayı ile YÖK tarafından tespit edileceği belirtilmiştir.

72. 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresine ilişkin gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir. Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kanun koyucu anayasal sınırlar içinde

Mütevelli Heyetinin görevlerini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirlenmesini ve öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılmasını, Üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısının Rektörün önerisi ve Mütevelli Heyetinin onayı üzerine YÖK tarafından tespit edilmesini öngören kurallar, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

73. Diğer taraftan, üniversitelerde istihdam edilecek öğretim elemanlarının kadrolarının belirlenmesinde üniversite yönetim organlarına yetki verilmesi Anayasa'nın 130. maddesiyle üniversitelere tanınan bilimsel özerklikle de uyumludur. Sağlık Bilimleri Üniversitesinde bu yetkinin, Üniversitenin yönetim organı olan Mütevelli Heyetine verilmesi ise kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Kaldı ki, norm kadro sayısının tespiti bakımından nihai yetki de YÖK'e verilmiştir.

74. Dava dilekçesinde, öğretim elemanı kadrolarının belirlenmesinde yetkinin Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Mütevelli Heyetine verilmesinin tıp eğitiminin Sağlık Bakanlığına devredilmesi anlamına geldiği ileri sürülmekte ise de Mütevelli Heyetinde Sağlık Bakanlığının belirleyici olmasını sağlayan kural iptal edildiğinden, böyle bir sakıncanın meydana gelmesi de söz konusu değildir.

75. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 130. maddesine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

76. M. Emin KUZ 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi yönünden bu görüşe katılmamıştır.

8- Altıncı Fıkrasının İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

77. Dava dilekçesinde özetle, Marmara Üniversitesine tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsünün, tahsis amacı ortadan kalkmadan veya tahsis amacı dışında kullanıldığı tespit edilmeden Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinin kamu yararıyla bağdaşmadığı, niteliği itibarıyla idari işlem olan ve idarenin yetkisinde bulunan tahsis işlemine karşı yargı yolunu kapatmak amacıyla tahsisin kanun hükmüyle yapıldığı, Marmara Üniversitesinin uygun görüşünü almadan ve başka bir bina tahsis edilmeden Kampüsün devredilmesinin, Üniversitenin eğitim hizmetlerini yerine getirmesine de engel olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36., 123., 125. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

78. Dava konusu kuralla, Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne adıyla hizmet vermek üzere inşa edilen ve hâlen Marmara Üniversitesi adına tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsünün, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesi öngörülmektedir.

79. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucu her konuda düzenleme yapma yetkisine sahiptir.

80. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, hukuk devleti olmanın gereğidir. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması halinde, söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayrık hâl dışında, bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

81. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek, yargı mercilerine başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

82. Tahsis, kamu idareleri ve Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için mülkiyeti kendilerinde kalmak koşuluyla kamu idareleri veya köy tüzel kişiliklerinin kullanımına bırakılmasını ifade etmektedir. Anayasa'da, söz konusu taşınmazların tahsisine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından kanun koyucu, anayasal sınırlar içinde kalmak, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate almak koşuluyla kamu mallarının tahsisine ilişkin kuralları belirleme yetkisine sahiptir.

83. Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazların kamu idarelerine veya köy tüzel kişiliklerine tahsisine ilişkin kurallar 5018 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasında, kamu idarelerinin, kanunlarında belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazları, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz olarak tahsis edebileceği belirtildikten sonra ikinci fıkrasında, Hazinenin özel mülkiyetindeki

taşınmazları tahsis etmeye, kamu ihtiyaçları için gerekli olmayanların tahsisini kaldırmaya Maliye Bakanlığının yetkili olduğu belirtilmiştir.

84. Dava konusu kuralda ise Marmara Üniversitesine tahsisli olan Haydarpaşa kampüsünün, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesi öngörülmektedir. Kuralın gerekçesinde, ülkemizin ilk modern tıp fakültesi olan Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne için inşa edilen ve uzun yıllar tıp fakültesi olarak hizmet veren ve halen Marmara Üniversitesine tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsünün, yeni kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesiyle, büyük mimari değeri yanında ülkemizde tıp eğitimi alanında tarihten gelen özel bir konumu da bulunan bu binanın misyonuna uygun olarak tarihi adıyla birlikte yaşatılması amacıyla Kampüsün ilk kurulduğu adla hizmet vermek üzere, yeni kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsisinin sağlandığı ifade edilmiştir. Bu yönüyle kuralın kamu yararına aykırı bir amaçla ihdas edildiği söylenemez. Bu itibarla, kamu yararı amacı dışında bir amaç gözettiği saptanamayan ve kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalan kuralda, hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

85. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince kanun koyucu, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazların tahsisini kanunla yapabileceği gibi esas ve usulleri kanunda gösterilmek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir. Bu bağlamda, Haydarpaşa kampüsü kanun koyucu tarafından dava konusu kuralla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmiştir. Kanuni bir düzenlemeyle oluşturulan bu durumun, hukuka uygun olup olmadığının tespiti ise anayasal bir sorun olup, kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunun denetimini Anayasa Mahkemesi yapmaktadır. Dolayısıyla, Haydarpaşa Kampüsünün idari bir işlem yerine kanun hükmüyle Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinin hak arama hürriyetini ortadan kaldırdığı söylenemez.

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

87. Kuralın Anayasa'nın 123., 125. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 18. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 18. Maddenin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

88. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna (EPDK) elektrik enerjisinin dağıtımında ortaya çıkan kayıp-kaçakların azaltılmasına ilişkin detayları belli olmayan muğlak bir yetki tanındığı, elektrik dağıtım piyasasının özelleştirilmesi sonucu ihaleyi kazanan şirketlerin kayıp-kaçak oranlarını azaltmak için verdiği hedefleri yakalayamaması nedeniyle oluşan zararın tüketicilere yansıtılmasına yasal zemin oluşturulduğu, bu durumun aynı

zamanda özelleştirme şartnamesine de müdahale anlamına geldiği, bu şekilde kamu yararından ziyade elektrik piyasasında faaliyet gösteren işletmelerin çıkarlarının gözetildiği, faturalarını düzenli şekilde ödeyen elektrik abonelerine kayıp-kaçak bedeli altında ek mali yükümlülükler getirilmesinin anayasal bir dayanağının bulunmadığı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kayıp-kaçak bedelinin tüketicilere iade edilmesine yönelik kararının da dava konusu kuralla etkisiz hale getirildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 138. ve 172. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

89. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

90. Dava konusu kuralla, 1.1.2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine EPDK'nın yetkili olduğu belirtilmektedir.

91. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve malî politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır.

92. Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme, özel teşebbüsler kurma hürriyetine sahip olduğu ve Devletin, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın 167. maddesinde de, Devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı ifade edilerek, ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale etmek hususunda görevli kılındığı anlaşılmaktadır.

93. Türkiye'de elektrik dağıtım sektöründe rekabetçi bir yapı oluşturmak amacıyla, elektrik dağıtımında tekel konumunda bulunan Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş'nin özelleştirilmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede özelleştirmenin etkinliği için elektrik dağıtımı bakımından ülke 21 bölgeye ayrılmış ve bölgesel düzeyde dağıtım faaliyetlerinin özelleştirilmesine karar verilmiştir. Özelleştirme ile kayıp-kaçak oranlarının azaltılması ve sektördeki kamu tekelinin zayıflatılarak rekabetin artırılması amaçlanmıştır.

94. Teknik ve teknik olmayan kayıp şeklinde de ifade edilen "kayıp-kaçak elektrik", dağıtım sistemine giren toplam enerji ile tüketicilere fatura edilen enerji arasındaki fark şeklinde tanımlanmaktadır. Bu kayıp, elektriğin dağıtımı esnasında meydana gelen teknik sorunlardan meydana gelebileceği gibi elektriğin mevzuata aykırı şekilde kullanılmasından da kaynaklanabilmektir. Özellikle kaçak elektrik kullanımı olarak da ifade edilen elektriğin mevzuata aykırı şekilde kullanımı nedeniyle oluşan kayıp oranları dağıtım bölgeleri arasında farklılık göstermekte, bu oran bazı dağıtım bölgelerinde ülke ortalamasının çok üzerine çıkabilmektedir.

95. Dava konusu kuralla, dağıtım bölgelerindeki sosyoekonomik şartlar ve tüketici alışkanlıkları da gözetilerek teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde gerekli tedbirleri alma ve hedef kayıp-kaçak oranlarını belirleme konusunda elektrik piyasasını düzenlemek ve denetlemekle görevli olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun yetkili kılındığı anlaşılmaktadır. Böylece, Kurul, her bir dağıtım bölgesinin bir yıl önceki kayıp-kaçak oranlarını dikkate alarak bölgesel bazda kayıp-kaçakla mücadele eylem planı hazırlayabilecek ve hedef kayıp-kaçak oranlarını belirleyebilecektir.

96. Kuralın gerekçesinde de, yapılan düzenlemeyle kayıp-kaçak oranının yüksek olduğu bölgeler için bölgelerin sosyoekonomik şartları ve tüketici alışkanlıkları da gözetilmek suretiyle fiili kayıp-kaçak değerleri dikkate alınarak kayıp hedeflerinin belirli süreyle yeniden tespitinin amaçlandığı, teknik ve teknik olmayan kayıp oranları Türkiye ortalamasının çok üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, kayıplarla etkin mücadele edilmesi ve kayıp-kaçak oranlarının düşürülmesi için mevcut ikincil düzenlemelerin ötesinde ek önlemlerin alınması gerektiğinden, bu önlemlerin alınabilmesine yasal zemin oluşturmak amacıyla kuralın ihdas edildiği belirtilmiştir.

97. Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri gereğince Devlet, elektrik enerjisinin kaliteli, sürekli, kesintisiz, düşük maliyetli şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması ve bu sayede istikrarlı bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Dava konusu kuralın da elektrik enerjisi piyasasının sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamaya yönelik tedbirler kapsamında ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Kurala ilişkin yasama belgelerinin incelenmesinden ve kuralın objektif anlamından kamu yararı dışında bir amaç güttüğüne dair bir sonuca ulaşılamamaktadır.

98. Bu itibarla, tüketicilere güvenilir, kaliteli ve kesintisiz elektrik enerjisi hizmeti verilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmakla görevli olan Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna, kayıp-kaçak oranının yüksek olduğu dağıtım bölgelerinde sosyoekonomik şartları da gözeterek diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapma ve hedef kayıp-kaçak oranlarını belirleme yetkisi veren kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı

gibi, Devletin, milli ekonominin gereklerine uygun şekilde mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlayıcı tedbirler almasını öngören Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerinin de gereğidir.

99. Kayıp-kaçak oranlarının azaltılabilmesi için alınması gereken tedbirler uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmektedir. Bu nedenle dava konusu kuralla, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde farklı düzenlemeler yapma konusunda EPDK yetkili kılınmış ve hedef kayıp-kaçak oranları belirlenirken bir önceki yılın gerçekleşmelerinin de dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu tedbirlerin neler olduğunun kanun koyucu tarafından tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, EPDK'ya dağıtım bölgeleri arasında farklı düzenlemeler yapma ve kayıp-kaçak oranlarının belirlenmesi konusunda sınırları belirsiz bir yetki verilmesi söz konusu değildir.

100. EPDK'ya verilen yetki, kamu yararının sağlanmasının yanı sıra hizmet gerekleri ve yetkiyi veren Kanun'un amacının gerçekleştirilmesi ile sınırlıdır. Kurul, takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uygun davranmak zorunda olup işlemleri yargı denetimine tâbidir. Anayasa'nın 125. maddesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek, idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuştur.

101. Diğer taraftan, dava dilekçesinde, kuralın, faturalarını düzenli şekilde ödeyen elektrik abonelerine kayıp-kaçak bedeli olarak ek mali yükümlülükler getirilmesine yasal zemin oluşturduğu belirtilerek, kural uyarınca tüketicilere kayıp-kaçak bedeli adı altında ek bir mali yükümlülük getirilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmekte ise de, dava konusu kuralda, tüketicilerden kayıp-kaçak bedeli alınacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından, kayıp-kaçak bedeli alınmasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının dava konusu kural kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

102. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

103. Kuralın Anayasa'nın 138. ve 172. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 22. Maddesiyle 638 Sayılı KHK'ya Eklenen Geçici 13. Maddenin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "…Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve…" İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

104. Dava dilekçesinde özetle, Gençlik ve Spor Bakanlığı ile Spor Genel Müdürlüğünün teşkilat yapılarında herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen adı geçen kurumlarda genel müdür yardımcılarından şube müdürlerine kadar görev yapanların görevlerine son verilerek daha alt bir göreve atanmalarının hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği, statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığı, bu kişilerin yargı mercileri önünde dava açma haklarının engellendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36, 70. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

105. 638 sayılı KHK'nın geçici 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde ve Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünde; Genel Müdür Yardımcısı, Müşavir, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Müstakil/Unvanlı Daire Başkanı, Daire Başkanı, Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürü, Gençlik Hizmetleri ve Spor İlçe Müdürü, Federasyon Genel Sekreteri ve Gençlik Merkezi Müdürü kadrolarında bulunanların görevlerinin hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği hüküm altına alınmakta olup cümlede yer alan "Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde ve" ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

106. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereklerinden olan hukukî güvenlik ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

107. Kamu personeli olarak görev yapan kişilerin bulundukları görevlerden alınmalarını gerektiren haklı bir neden olmadıkça görevlerine son verilememesi, hukukî güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Kamu personelinin bulundukları görevden alınma ve başka bir göreve atanmalarının, haklarında bu yönde idari işlem tesis edilmesi ile gerçekleşmesi kural olmakla birlikte, hukukî ve fiilî zorunluluk hallerinde bu hususlarda yasal düzenlemeler yapılabileceği de kabul edilmektedir. Söz konusu zorunluluklar nedeniyle getirilen ve ilgililerin kazanılmış haklarını ihlal etmeyen düzenlemeler, hukukî güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

108. Kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmaları kapsamında, teşkilat yapısı değiştirilen kurum ve kuruluşların bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin, görevlerinin sona erdirilerek başka kadrolara atanmalarının öngörülmesi, söz konusu hukukî ve fiilî zorunluluklar nedeniyle getirilen yasal düzenlemelerin bir örneğini oluşturmaktadır. Böyle bir durumda, ilgililerin başka kadrolara atanmalarının sebep unsuru, ilgili kurumun ya da kuruluşun yeniden teşkilatlandırılması olup, yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden farklıdır. Söz

konusu hukukî ve fiilî zorunluluklar nedeniyle kazanılmış haklar korunarak başka kadrolara atama yapılması, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

109. Dava konusu kuralla, Gençlik ve Spor Bakanlığı merkez teşkilatı ile Bakanlığın bağlı kuruluşu olan Spor Genel Müdürlüğü merkez ve taşra teşkilatında yer alan bazı kadrolarda görev yapanların, görevlerinin hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ermesi öngörülmektedir.

110. 6639 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle 638 sayılı KHK'ya eklenen geçici 12. maddede, Gençlik ve Spor Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne ait Bölge Müdürlüklerinin kapatılması ve kapatılan Bölge Müdürlüklerinin kullanımında olan her türlü taşınır ile taşıt, araç, gereç ve malzeme, varsa her türlü borç ve alacaklar, yazılı ve elektronik ortamdaki her türlü kayıtlar ve diğer dokümanlar ile personelin Kredi ve Yurtlar İl Müdürlüklerine devredilmesi öngörülmüş, Gençlik ve Spor Bakanlığı ile Spor Genel Müdürlüğünün teşkilat yapısına ilişkin herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü teşkilatında yapılan değişiklikler ise Gençlik ve Spor Bakanlığı merkez teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünün merkez ve taşra teşkilatında yer alan bazı kadrolarda bulunanların görevlerinin sona ermesini gerektiren hukukî ve fiilî zorunluluk olarak değerlendirilemez.

111. Bu itibarla, Gençlik ve Spor Bakanlığı merkez teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde dava konusu kuralın yer aldığı fıkrada belirtilen kadrolarda görev yapan kişilerin, bu görevlerine hiçbir işleme gerek kalmaksızın son verilmesini öngören kural hukukî güvenlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

112. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

113. Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

114. Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, Anayasa'nın 36., 70. ve 125. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

E- Kanun'un 23. Maddesiyle 375 Sayılı KHK'ya Eklenen Ek 18. Maddenin;

1- Birinci Fıkrasının, (c) Bendinin (2) Numaralı Alt Bendi Dışında Kalan Bölümünün İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

115. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla liyakat ilkesine dayanan personel rejiminin yağma sistemine dönüştürüldüğü, görevlerinden alınan veya görev süresi sona eren yönetici

kadrosundaki kamu görevlilerinin, ek göstergelerine göre bulundukları görevden düşük statülü kadrolara atanmalarına olanak tanınarak bu kişilerin kazanılmış hak ve meşru beklentilerinin korunmadığı, böylece, kamu hizmetlerinin, tarafsız, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde sunulması güvencesinin ortadan kaldırıldığı, ayrıca atama işlemine karşı idari yargı mercileri önünde dava açma hakkının da sınırlandırıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 36., 70., 125. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

116. Dava konusu kuralla, 4857 sayılı İş Kanunu ile 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hariç olmak üzere, tabi oldukları personel kanununa bakılmaksızın Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı ve ilgili kuruluşlar ile başkan ve üyeleri hariç olmak üzere düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda, yönetici pozisyonunda çalışan kamu görevlilerinin, görevden alınmaları veya görevlerinin sona ermesi durumunda atanabilecekleri kadrolar düzenlenmektedir. Kuralda, anılan kamu kurum ve kuruluşlarında görevden alınan veya görev süreleri sona eren;

- Müsteşarlar ile ek göstergesi 7600 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında bulunanların Başbakanlık merkez müşaviri kadrolarına, ek göstergesi 7000 olan yönetici kadrolarında bulunanların Başbakanlık müşaviri kadrolarına,

- Yukarıda belirtilenler hariç olmak üzere ek göstergesi 6400 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında veya pozisyonlarında bulunanlardan Başbakanlık Merkez Teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanların Başbakanlık müşaviri, bakanlık merkez teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanların bakanlık müşaviri kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda görev yapanların ise kurumlarının müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarına,

- Ek göstergeleri 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlardan, daha önce 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunanların, daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

- Ek göstergeleri 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında üç yıldan az görev yapmış olanlardan, daha önce 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı

veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunmayanların, merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

- Ek göstergesi 3600'den daha düşük tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlardan, daha önce 657 sayılı Kanunun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden kadro veya pozisyonlarda bulunanların daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına, diğerlerinin ise merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

atanmaları öngörülmüş, bu şekilde atananlardan bir ay içinde talepte bulunanların ise atamaya yetkili amirler tarafından bu fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonları dışındaki daha önce bulundukları veya öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara bir ay içinde atanmaları hüküm altına alınmıştır.

117. Anayasa'nın 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerinin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla kanunla düzenleneceği, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının da kanunla özel olarak düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

118. Memurların atanması, görev ve yetkileri, aylıkları ve ödenekleri ile diğer özlük işleri, kural olarak 657 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu Kanun, bütün memurlar yönünden genel kanun niteliğindedir. Kanun'un 4. maddesinin (A) fıkrasına göre memurlar, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilmişlerdir.

119. Memur ile idare arasındaki ilişki, yasama organı tarafından hizmetin gereklerine göre kanunla düzenlenmektedir. Memur, belirli bir statüde, kanunla çerçevesi belirlenmiş nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte, o statünün sağladığı aylık, ücret, atanma, yükselme, nakil gibi kimi öznel haklara sahip olmaktadır. Kanun koyucu, bir kamu hizmetinde, görevin gerektirdiği nitelikleri ve koşulları saptamayı ya da saptanmış olanları değiştirmeyi, anayasal ilkeler içerisinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine göre serbestçe takdir edebilir. Bu çerçevede, memurların yönetici kadro veya pozisyonlarına veya bu görevlerden alınarak başka bir kadroya atanma usulleri ile görevin kapsamı ve süresi ile ilgili konularda anayasal ilkelere aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucu tarafından düzenleme yapılabilir.

120. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kamu görevlilerinin kazanılmış hakları, istihdam türüne bağlı olarak tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardır. Objektif ve genel hukuksal durumun, şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya kanuna aykırı görülerek iptal edilebilir. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar kazanılmış hak kapsamında değerlendirilmez.

121. 657 sayılı Kanun'un 76. maddesinin birinci fıkrasında, kurumların, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine eşit veya 68. maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilecekleri hüküm altına alınmakla birlikte, yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerinin hangi pozisyona atanabileceğini düzenleyen bir norm bulunmamaktadır. Bu durum, görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlisinin atanacağı pozisyon bakımından idareler arasında farklı uygulamalara sebebiyet verebilmektedir. Dava konusu kurallarla bu duruma son verilerek, başbakanlık, bakanlıklar, bağlı ve ilgili kuruluşlar ile başkan ve üyeleri hariç olmak üzere düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda, yönetici kadro veya pozisyonunda çalışan kamu görevlilerinin, görevden alınmaları veya görevlerinin sona ermesi durumunda atanabilecekleri kadrolar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Böylece, yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerinin atanacağı kadrolar önceden belirlenerek bu kişilerin atanabileceği kadrolar yönünden belirsizlik ortadan kaldırıldığı gibi kamu kurumları arasındaki farklı uygulamaların da önüne geçilmesi sağlanmıştır.

122. İdarenin, yönetici kadro veya pozisyonlarına atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, yönetici kadro veya pozisyonlarına atanan kişiler yönünden bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumunun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez. Dolayısıyla, yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görev süresi dolan veya görevden alınan kamu görevlilerinin atanacakları kadroları belirleyen dava konusu kuralın kazanılmış hak veya genel olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

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

124. Dava konusu kuralla yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapan kamu görevlilerinin kuralda belirtilen kadrolara atanmış sayılması değil, idari bir işlemle görevden alınması veya görev süresinin sona ermesi durumunda atanacağı pozisyonlar düzenlenmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralın doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamakta olup kuralların uygulanabilmesi için idarenin kamu görevlileri hakkında işlem tesis etmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca kural olarak tüm idari işlemlerde olduğu gibi anılan idari işlemler yönünden de kişilerin yargı mercilerine başvurması mümkün olduğundan kuralın hak arama özgürlüğünü zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

125. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

126. Kuralın Anayasa'nın 5. ve 70. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Birinci Fıkrasının (c) Bendinin (2) Numaralı Alt Bendinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

127. Dava dilekçesinde özetle, kariyer mesleklerin giriş şartları, mesleki nitelik ve özellikleri ile kamu yönetimindeki işlevleri gözetildiğinde daha önce kariyer meslek sınıfında görev yapmayan yönetici pozisyonundaki kamu görevlilerinin, görevden alındıktan sonra kariyer meslek sınıfına atanmalarına olanak tanınmasının, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, bu kişilerin kariyer mesleklere sınavla girip belli bir eğitimden sonra atananlarla aynı konuma getirilmelerinin eşitlik ilkesini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

128. Dava konusu kural, daha önce 657 sayılı Kanunun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden kadro veya

pozisyonlarda bulunmamakla birlikte ek göstergeleri 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, görevden alınmaları veya görev sürelerinin sona ermesi durumunda anılan kadrolara atanmalarını öngörmektedir

129. Bir önceki başlık altında belirtilen gerekçeler dava konusu kural yönünden de geçerli olup, kanun koyucu, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak kamu görevlilerinin statüsünde, unvanlarında, görev ve yetkilerinde değişiklikler yapabileceği gibi bu statüye atanma koşullarında da değişiklikler yapabilir.

130. Dava konusu kuralla daha önce kariyer meslek kadrosunda görev yapmayan yönetici kadro veya pozisyonundaki kamu görevlilerinin, yönetici kadro veya pozisyonunda belli bir süre görev yaptıktan sonra yeterli birikime ve deneyime sahip oldukları düşüncesiyle kariyer meslek kadrolarına atanabilmelerine olanak tanınmaktadır. Kuralla bu kadrolardaki kişilerin kariyer meslek kadrolarına atanabilmesine olanak tanınmasıyla kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır. Bu itibarla, daha önce 657 sayılı Kanunun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden kadro veya pozisyonlarda bulunmamakla birlikte toplam en az üç yıl süreyle ek göstergesi 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunan kamu görevlilerinin, anılan kadrolara atanmalarına olanak tanıyan kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

131. Diğer taraftan, toplam en az üç yıl süreyle yönetici kadro veya pozisyonunda görev yaparak belli bir yetkinliğe sahip olduktan sonra kariyer meslek kadrolarına atanmaya hak kazanan kamu görevlileriyle mesleğe, özel bir yarışma sınavını kazanarak, belli bir eğitim ve yeterlilik sürecini başarıyla tamamladıktan sonra atanmaya hak kazananlar aynı hukuksal konumda bulunmamaktadır. Bu nedenle, en az üç yıl süreyle yönetici kadro veya pozisyonunda görev yaparak belli bir yetkinliğe sahip olduktan sonra kariyer meslek kadrolarına atanan kamu görevlileriyle mesleğe, özel bir yarışma sınavını kazanarak, belli bir eğitim ve yeterlilik sürecini başarıyla tamamladıktan sonra atananlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

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

3- İkinci Fıkrasının İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

133. Dava dilekçesinde özetle, 375 sayılı KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı yönünden belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 36., 70., 125. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

134. Dava konusu kuralda, yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerinin, 375 sayılı KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen kadrolara atamalarının yapılabilmesi için uygun boş kadro veya pozisyon bulunmaması hâlinde, bunlar için başka bir işleme gerek kalmaksızın, söz konusu kadro veya pozisyonların kendiliğinden ihdas edilmiş ve kurumların kadro veya pozisyon cetvellerinin ilgili bölümlerine eklenmiş sayılacağı, bu şekilde ihdas edilmiş sayılan kadro ve pozisyonların boşalması halinde, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı, anılan kadro ve pozisyonlara atananların, atamaya yetkili amirleri tarafından belirlenen birimlerde istihdam edileceği hüküm altına alınmaktadır.

135. KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrası için belirtilen gerekçeler dava konusu kural yönünden de geçerli olup, Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleyerek kadro düzenlemesi yapma yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu bağlamda, kanun koyucu, kamu hizmetinin gerekleri yönünden ve kamu yararı amacıyla yeni kadrolar ihdas edebileceği gibi mevcut bazı kadroları birleştirebilir ya da kaldırabilir.

136. Yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerinin, KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen kadrolara atanabilmesi için uygun boş kadronun bulunması gerekmektedir. Bu durum kuşkusuz kadrosuz memur çalıştırılamayacağı kuralının da bir sonucudur. Dava konusu kuralla, görev süresi sona eren veya görevden alınan kamu görevlisinin atanacağı uygun boş kadro bulunmaması durumunda bu kadroların ihdas edilmiş sayılması öngörülmektedir. Yönetici kadro veya pozisyonundaki kamu görevlilerinin, görevden alınması veya görev süresinin sona ermesi durumunda bir an önce yeni kadrolarına atamalarının yapılmasına olanak tanınması, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kanun koyucunun takdir yetkisinde olup, kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

137. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

138. Kuralın Anayasa'nın, 5., 36., 70. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4- Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

139. Dava dilekçesinde özetle, KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı yönünden belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 36., 70., 125. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

140. Dava konusu kuralda, yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerine, yönetici kadro veya pozisyonlarında kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali haklarının, KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca atandıkları kadro veya pozisyonlarda bulunmaları kaydıyla, atandıkları tarihi takip eden ay başından itibaren ikinci yılın sonuna kadar fiili çalışmaya bağlı ödemeler hariç, önceki görevine ait ödeme unsurları esas alınarak verilmeye devam edileceği öngörülmektedir.

141. KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrası için belirtilen gerekçeler, dava konusu kural yönünden de geçerli olup, kanun koyucu statü hukuku çerçevesinde, görevden alınan veya görev süresi sona eren yönetici kadro veya pozisyonundaki kamu görevlilerinin mali haklarına ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir. Kanun koyucu kamu görevlilerinin mali haklarını düzenlerken özellikle kazanılmış hak ilkesine riayet etmek zorundadır.

142. Kamu görevlilerinin kazanılmış hakları, istihdam türüne bağlı olarak tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Diğer bir ifadeyle, bir kamu görevlisinin daha önce görev yaptığı unvana bağlı olarak elde ettiği mali haklar, ileriye dönük kazanılmış hak şeklinde değerlendirilemez. Bu nedenle, yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerinin bu görevler nedeniyle elde ettikleri mali hakların, görevden ayrıldıktan sonra atandığı kadro bakımından kazanılmış hak olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

143. Dava konusu kuralın, belli bir süre yönetici kadro veya pozisyonunda görev yaptıktan sonra görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerinin, bir süre daha eski görevine ait mali haklardan yararlanmasını sağlamak amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Kural gereğince, kamu görevlileri, ancak kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmak ve KHK'nın ek 18. maddesinin birinci fıkrası uyarınca atandıkları kadro veya pozisyonlarda bulunmak kaydıyla, atandıkları tarihi takip eden ay başından itibaren iki yıl süreyle önceki görevine ait mali haklardan yararlanmaya devam edecektir.

144. Buna göre, yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta iken görevden alınan veya görev süresi sona eren kamu görevlilerinin, belli şartlar altında eski görevine ait mali haklardan iki yıl süreyle daha yararlandırılması, şartları taşımayan kamu görevlilerinin ise bu haklardan yararlandırılmaması Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kanun koyucunun takdir yetkisinde olup, kuralda kazanılmış hak ilkesini ihlal eden bir yön bulunmamaktadır.

145. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

146. Kuralın Anayasa'nın 5., 36., 70. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 24. Maddesiyle 375 Sayılı KHK'nın Eki (I) Sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" Kısmının "1-Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel" Bölümünün;

1- (d) Sırasında Yer Alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri," İbaresinin "il özel idaresi genel sekreteri," Şeklinde; (e) Sırasında Yer Alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," İbaresinin "il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. Genel Açıklama

147. 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK ile 375 sayılı KHK'ya ilave edilen ek 9. ve ek 10. maddeler ile kamu görevlilerine yapılan aylık ve ek ödemelere ilişkin köklü değişikliklere gidilmiştir.

148. 375 sayılı KHK'nın ek 9. maddesiyle, kamu personeli için kurumsal ek ödemelerden kaynaklanan farklılıkların giderilmesi amacıyla tüm kurumsal ek ödemeler kaldırılarak tek bir ek ödeme sistemi getirilmiştir. KHK'ya ek (I) sayılı cetvelde de ek ödeme yapılacak kamu görevlilerinin kadro ve görev unvanları ile ek ödeme oranları gösterilmiştir.

149. 375 sayılı KHK'nın ek 10. maddesinde ise kamu idarelerinin merkez teşkilatları için ihdas edilen uzman kadroları ile merkez ve taşra teşkilatlarının bazı yönetici kademelerinde görev yapan personelin aylıklarındaki kurumlararası farklılıkların ortadan kaldırılması amacıyla ücret ve tazminat unsurlarından oluşan yeni bir ödeme sistemi getirilmiştir. Maddeye göre, KHK'ya ek (II)

sayılı cetvelde sayılan kadrolarda görev yapanlara, kadro unvanlarına karşılık gelen gösterge rakamlarının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlarda ücret ve tazminat ödemesi yapılması öngörülmüştür.

150. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 36. maddesinin dördüncü fıkrasında, büyükşehir olmayan illerde genel sekreter kadrosuna atananların genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık müstakil daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların ise genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanun'un 152. maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlanacakları hüküm altına alınmıştır. Kurala göre il özel idaresi genel sekreteri ile yardımcılarının aylıklarının hesabında, bakanlık müstakil daire başkanları ile bakanlık daire başkanları için öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanun'un 152. maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlar göz önünde bulundurulacak ve bu oranlara göre aylıkları hesaplanacaktır. Ayrıca dava konusu kurallarla, aylıklarına ilave olarak il özel idaresi genel sekreterine % 190, genel sekreter yardımcısına da % 185 oranında ek ödeme yapılacaktır.

151. Bakanlık müstakil daire başkanları ile bakanlık daire başkanları ise 375 sayılı KHK'ya ek (II) sayılı cetvelde yer aldığından, bu görevlerde bulunanlar (II) sayılı cetvelde unvanlarına karşılık gelen ücret ve tazminat göstergeleri üzerinden aylıklarını alacaklardır. Bakanlık müstakil daire başkanlığı kadrosu (II) sayılı cetvelin (7) numaralı sırasında; bakanlık daire başkanlığı kadrosu ise (8) numaralı sırada düzenlenmiştir. Bu kapsamda bakanlık müstakil daire başkanlarına ek (II) sayılı cetvelin (7) numaralı sırasında bulunan kadrolar için öngörülen 54.300 ücret ve 30.000 tazminat göstergesi, bakanlık daire başkanlarına ise (8) numaralı sırasında bulunan kadrolar için öngörülen 51.900 ücret ve 28.575 tazminat göstergesi üzerinden hesaplanacak tutarda aylık ödenecektir.

b. İptal Taleplerinin Gerekçesi

152. Dava dilekçesinde özetle, 5302 sayılı Kanun'un 36. maddesinin dördüncü fıkrasında, büyükşehir olmayan illerde görev yapan il özel idaresi genel sekreterlerinin, genel idare hizmetlerine dahil bakanlık müstakil daire başkanları; genel sekreter yardımcılarının ise bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanun'un 152. maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlandırılmasının öngörüldüğü, bu doğrultuda, il özel idaresi genel sekreterinin, bakanlık müstakil daire başkanlarının bulunduğu 375 sayılı KHK'nın eki (II) sayılı cetvelin (7) numaralı sırasında; il özel idaresi genel sekreter yardımcısının ise bakanlık daire

başkanlarının bulunduğu (8) numaralı sırasında yer alması gerekirken anılan kadroların ek (I) sayılı cetvelde düzenlendiği, bu durumun eşdeğer görev olan Bakanlık müstakil daire başkanlığı ile bakanlık daire başkanlığında görev yapanlara nazaran daha düşük maaş almalarına sebebiyet verdiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

c. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

153. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kurallar ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

154. Dava konusu kurallarla il özel idaresi genel sekreteri ile genel sekreter yardımcısı kadrolarında görev yapanlara 375 sayılı KHK'ya ek (I) sayılı cetvelde yer verilerek aylıklarına ilave olarak % 190 ve % 185 oranında ek ödeme yapılması öngörülmektedir. Uyuşmazlığın özünü, il özel idaresi genel sekreteri ile yardımcılarının, 375 sayılı KHK'nın (I) sayılı cetveli yerine eşdeğer görev olduğu ileri sürülen bakanlık müstakil daire başkanları ile bakanlık daire başkanlarının yer aldığı (II) sayılı cetvelde yer alması gerektiği hususu oluşturmaktadır.

155. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde kanun koyucunun kazanılmış hakları ihlal etmemek koşuluyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirlemesine engel bulunmamaktadır.

156. Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55. maddesinde "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur." denilmektedir. Maddeyle, emeğin karşılıksız bırakılmaması ve emeğin karşılığının ücret olarak verilmesi amaçlanmaktadır.

157. Kamu görevlileri ile kamu yönetimleri arasındaki ilişkiler kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Kamu personeli, belirli bir statüde, nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte, o statünün sağladığı ücret, atanma, yükselme gibi kimi haklara sahip olmaktadır. Kamu hizmetine giriş, hizmet içinde yükselme ve bulunulan statünün sağladığı haklar, statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Bu durum, Anayasa'nın kamu görevlileriyle ilgili genel ilkelerin düzenlendiği 128. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Kanun koyucu, statü

hukuku çerçevesinde yürütülen memuriyet hizmetine girmeye, memuriyette yükselmeye, özlük haklarına ve bunun gibi diğer hususlara ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir.

158. 5302 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasında, il özel idaresi genel sekreterinin, il özel idaresi hizmetlerini vali adına ve onun emirleri yönünde, mevzuat hükümlerine, il genel meclisi ve il encümeni kararlarına, il özel idaresinin amaç ve politikalarına, stratejik plan ve yıllık çalışma programına göre düzenleyip yürütmekle görevli olduğu belirtilmiş, maddenin dördüncü fıkrasında da toplam nüfusu 3.000.000'a kadar olan illerde ihtiyaca göre en fazla iki, nüfusu bunun üzerinde olan illerde ise en fazla dört genel sekreter yardımcılığı kadrosunun ihdas edilebileceği ifade edilmiştir.

159. 5302 sayılı Kanun'un 36. maddesinin dördüncü fıkrasında, büyükşehir olmayan illerde genel sekreter kadrosuna atananların genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık müstakil daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların ise bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanun'un 152. maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlanacakları hüküm altına alınmıştır.

160. Dava konusu kurallarda ise aylıklarına ilave olarak il özel idaresi genel sekreterine % 190, genel sekreter yardımcısına %185 oranında ek ödeme yapılması öngörülmüştür. Buna göre anılan kadrolarda görev yapanların aylıkları 5302 sayılı Kanun'un 36. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca hesaplanmaya devam edecek, dava konusu kurallarla da aylıklarına ilaveten kadrolarına karşılık gelen oranlarda ek ödeme yapılacaktır. Bu açıdan bakıldığında kuralların, il özel idaresi genel sekreteri ve yardımcılarının mali haklarında bir azalmaya sebebiyet verdiği söylenemez. Bu itibarla, il özel idaresi genel sekreteri ile sekreter yardımcısının aylıklarına ilave olarak ek ödeme yapılmasına olanak tanıyan kurallar, statü hukuku çerçevesinde kamu görevlilerinin özlük haklarının belirlenmesi kapsamında kanun koyucunun takdir yetkisinde olup, kurallarda hukuk devleti ilkesi ile emeğin karşılıksız bırakılmamasını amaçlayan Anayasa'nın 55. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

161. Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Belirtilen ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı

anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

162. İl özel idaresi genel sekreteri ile yardımcıları, mahalli idare olarak örgütlenen il özel idaresi bünyesinde 5302 sayılı Kanun'la kendilerine verilen görevleri yapmaktadırlar. Genel idare hizmetleri sınıfına dahil olan bakanlık müstakil daire başkanları ile bakanlık daire başkanları ise kuruluş kanunlarında kendilerine verilen görevleri yerine getirmektedir. Dolayısıyla, bir mahalli idare olan il özel idaresi bünyesinde görev yapan il özel idaresi genel sekreteri ve yardımcıları ile genel idare hizmetleri sınıfına dahil olan bakanlık müstakil daire başkanı ve bakanlık daire başkanlarının aynı hukuki konumda bulundukları söylenemez.

163. 5302 sayılı Kanun'un 36. maddesinin dördüncü fıkrasında, il özel idaresi genel sekreter kadrosuna atananların genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık müstakil daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların ise bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanun'un 152. maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlandırılması öngörülmekte ise de anılan düzenleme, il özel idaresi genel sekreteri ile yardımcılarının, bakanlık müstakil daire başkanları ile bakanlık daire başkanlarıyla eşdeğer görevde oldukları ve aynı mali haklardan yararlanacakları anlamına gelmemektedir.

164. Dolayısıyla, il özel idaresi genel sekreteri ve yardımcılarının, bakanlık müstakil daire başkanı ile bakanlık daire başkanlarından farklı bir hukuki konumda bulunmaları nedeniyle farklı kurallara tabi tutulmalarında Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

165. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 10., 55. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

2- (g) Sırasına "il yazı işleri müdürü" İbaresinden Önce Gelmek Üzere Eklenen "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü" İbaresinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

166. Dava dilekçesinde özetle, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü kadrosunun, İçişleri Bakanlığına bağlı bakanlık il müdürü statüsünde olduğu, bu nedenle il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin 375 sayılı KHK'ya ek (II) sayılı cetvelin 9. sırasında yer alan bakanlık il müdürleri için öngörülen gösterge rakamları üzerinden ücret ve tazminat alması gerekmekte iken dava konusu kuralla nüfus ve vatandaşlık işleri müdürlerine ek (I) sayılı cetvelde yer verildiği, bu durumun ise diğer bakanlık

il müdürlerine nazaran daha düşük maaş almalarına sebebiyet verdiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

167. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

168. Dava konusu kuralla il nüfus ve vatandaşlık müdürü olarak görev yapanlara 375 sayılı KHK'ya ek (I) sayılı cetvelde yer verilerek bu kişilerin aylıklarına ilave olarak % 170 oranında ek ödeme yapılması öngörülmektedir. Uyuşmazlığın özünü, il nüfus ve vatandaşlık müdürünün, 375 sayılı KHK'nın (I) sayılı cetveli yerine eşdeğer görev olduğu ileri sürülen bakanlık il müdürlerinin yer aldığı (II) sayılı cetvelde yer alması gerektiği hususu oluşturmaktadır.

169. (155) numaralı paragrafta da ifade edildiği üzere kanun koyucu, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir. Bu çerçevede, il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin mali haklarını belirleme yetkisi de kamu görevlilerinin özlük haklarının belirlenmesi kapsamında kanun koyucuya ait olup, bu kadroya 375 sayılı KHK'ya ek (I) sayılı cetvelde yer verilmek suretiyle, aylıklarına ilave olarak % 170 oranında ek ödeme yapılmasını öngören kuralda Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile ve emeğin karşılıksız bırakılmamasını amaçlayan 55. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

170. 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, İçişleri Bakanlığı teşkilatının, merkez ve taşra teşkilatı ile bağlı kuruluşlardan meydana geleceği belirtilmiş; 8. maddesinde, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, Bakanlığın ana hizmet birimi olarak öngörülmüştür. Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, nüfus hizmetlerini düzenlemek, yürütmek, takip etmek, denetlemek ve değerlendirmek Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün görevleri arasında sayılmıştır. Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasında, İçişleri Bakanlığının, taşra teşkilatı kurmaya yetkili olduğu, ikinci fıkrasında da nüfus ve vatandaşlık hizmetlerini yürütmek üzere, illerde il nüfus ve vatandaşlık müdürlükleri, ilçelerde ilçe nüfus müdürlükleri kurabileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, il nüfus ve vatandaşlık işleri müdürlüğü esasında, İçişleri Bakanlığının ana hizmet birimi olan Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatını oluşturmaktadır.

171. Bakanlık il müdürleri, bağlı oldukları bakanlıkların, kuruluş kanunlarındaki görev ve yetkilerini, il bazında yerine getirmekle sorumludurlar. İl nüfus ve vatandaşlık müdürleri ise İçişleri Bakanlığının ana hizmet birimlerinden olan Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün görev ve sorumluluğunda bulunan nüfus ve vatandaşlık hizmetlerine ilişkin

işlemlerin il bazında yürütülmesinden sorumludurlar. Dolayısıyla, il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin görev ve yetkileri itibarıyla, bakanlık il müdürlerinden farklı hukuki konumda bulundukları açıktır. Bu nedenle, il nüfus ve vatandaşlık işleri müdürlerinin, bakanlık il müdürlerinden farklı kurallara tabi tutulmalarında Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır.

172. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10., 55. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

G- Kanun'un 28. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesine "…raylı taşıma sistemleri…" İbaresinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen "…ile tünel…" İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

173. Dava dilekçesinde özetle, günümüz şartlarında taşınmazların altında tünel yapılmasında kamu yararının bulunduğu, ancak mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerektiği, taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olmasının Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ölçüsüzce sınırlandırılması sonucunu doğurduğu, bu durumun devletin her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurması ve hukuk güvenliğini sağlaması yükümlülüğüyle bağdaşmadığı gibi mahkemeye erişimi de sonuçsuz bıraktığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

174. 2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının dava konusu ibarenin de bulunduğu birinci cümlesinde, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri ile tünel yapılabileceği hüküm altına alınmaktadır. Dava konusu kural, cümlede yer alan "ile tünel" ibaresidir.

175. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren temel bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesinde, "Herkes,

mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmek suretiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir hak olup maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.

176. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Ancak bu amaçla yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

177. 2942 sayılı Kanun'un "İrtifak hakkı kurulması" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasının dava konusu kuralın da yer aldığı birinci cümlesinde, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların altında tünel yapılabileceği belirtilmiştir.

178. Kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi bakımından tünel gibi yatırımların yapılmasında kamu yararı bulunduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu tür yatırımların yapılması amacıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahale meşru bir amaca dayanmaktadır. Öte yandan, taşınmazın değerini azaltan her türlü müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge, kural olarak malikin ekonomik kayıpları telafi edilmek suretiyle sağlanabilir. Bu bağlamda, taşınmazın altında tünel yapılması suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengesizlik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçüsüz kılacaktır.

179. Dava dilekçesinde de taşınmazın altında tünel yapılmasında kamu yararı bulunduğu kabul edilmekle birlikte, Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca, taşınmaz sahiplerine bu işlem nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olmasının mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu ileri sürülmüştür. Ancak, taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceğini öngören kural Anayasa Mahkemesinin 14.5.2015

tarihli ve E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Dolayısıyla, taşınmazın altında tünel yapılması suretiyle taşınmazda oluşacak değer kaybı için taşınmaz sahiplerine tazminat ödenmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

180. Bu itibarla, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların altında tünel yapılabilmesini öngören kuralın mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale niteliği taşıdığı söylenemez.

181. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

182. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

183. Kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 29. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen 8/A Maddesinin (1) ve (2) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

184. Dava konusu kurallar, 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. maddesiyle değiştirilmiştir.

185. Bu nedenle, konusu kalmayan fıkralara ilişkin iptal talepleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

I- Kanun'un 32. Maddesiyle 5809 Sayılı Kanun'un Yeniden Düzenlenen 51. Maddesinin; (2) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "…ilgili mevzuatın ve…", (6) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ve (8) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "…İlgili mevzuatın ve…" İbareleri İle (13) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. Genel Açıklama

186. 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinde, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esaslar düzenlenmektedir. Maddenin ilk hâlinde yer alan, kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'na (BTK) ait olduğu yolundaki hükmün, Anayasa'nın 20. maddesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesinin 9.4.2014 tarihli ve E.2013/122, K.2014/74 sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine haberleşmeyle

ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin usul ve esaslar 6639 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmiştir.

187. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken ilkeler sayılmış; (2) numaralı fıkrasında ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesinin yasak olduğu belirtilmiş; (6) numaralı fıkrasında, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verilerinin ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilmesi öngörülmüş; (8) numaralı fıkrasında, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağrıları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgilerinin işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilmesine olanak tanınmış; (13) numaralı fıkrasında ise maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların BTK tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

2- (2) Numaralı Fıkrada Yer Alan "…ilgili mevzuatın ve…" İbaresinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

188. Dava dilekçesinde özetle, Anayasa'nın 20. maddesine göre, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, dava konusu "ilgili mevzuat" ibaresinin ise belirsiz olduğu, konuya ilişkin olarak yürürlükte bulunan mevzuatın karmaşıklığı dikkate alındığında, dava konusu kuralla elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların rızası olmadan dinlenmesine, kaydedilmesine, saklanmasına olanak tanındığı, bu durumun ise özel hayatın gizliliğine orantısız ve keyfi şekilde müdahalede bulunulmasına sebebiyet verdiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

189. 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliğinin esas olup ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesinin yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Dava konusu kural, fıkrada geçen "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresidir.

190. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

191. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu; bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı belirtildikten sonra kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin de kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Böylece kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

192. Kişisel verilerin korunması hakkı, insan onurunun korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Türkiye'nin taraf olduğu 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür. Ancak bu sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

193. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için, bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri ve bilgilerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hâle getirilebilir.

194. Kanun'un 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliğinin esas olduğu ifade edildikten sonra, dava konusu kuralla "ilgili mevzuatın"

öngördüğü durumlar istisna tutularak, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi yasaklanmıştır. Böylece, kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaklanmış olmakla beraber ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi mümkün kılınmıştır.

195. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin rızasıyla işlenebilmesine olanak tanınmış, Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan 9.4.2014 tarihli ve E.2013/122, K.2014/74 sayılı kararında da bu husus teyit edilerek kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 20. maddesinin açık hükmü ve Anayasa Mahkemesinin anılan kararı gözetildiğinde, kanunla bir belirleme ve sınırlama yapılmaksızın yürütmenin düzenleyici işlemleriyle haberleşmeye ilişkin kişisel verilerin işlenmesine anayasal açıdan olanak bulunmamaktadır. Bu bağlamda, elektronik haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesine olanak tanıyan kuralda yer alan "ilgili mevzuat" ibaresiyle de kişisel verilerin işlenmesiyle ilgili düzenlemeler öngören diğer kanun hükümlerinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, kuralın gerekçesinde de Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişisel verilerin işlenmesi konusunun kanunla düzenlenmesi gerektiğinden elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğine yönelik hususlara ilişkin olarak yeni bir kanun tasarısı hazırlandığı ifade edilmiştir. Ayrıca kişisel verilerin korunması konusunda çerçeve kanun niteliği taşıyan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da, kişisel verilerin ancak kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebileceği hüküm altına alınmıştır.

196. Dolayısıyla, kuralda yer alan "ilgili mevzuat" kavramı, elektronik haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesiyle ilgili yasal düzenlemeleri ifade ettiğinden, dava konusu kuralda, kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesini öngören Anayasa'nın 20. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

197. Günümüzde, milli güvenlik, istihbarat, suçla mücadele gibi çok farklı nedenlerle kişisel verilerin işlenmesine ihtiyaç duyulabilmektedir. Ayrıca zaman içerisinde gelişen teknolojiyle birlikte bu konuda yeni kanuni düzenlemeler yapılması da gerekebilir. Bu nedenle, haberleşmeye ilişkin kişisel verilerin hangi durumlarda işlenebileceğinin kanunla tek tek sayılmak suretiyle belirlenmesi mümkün değildir. Dava konusu kuralda da genel bir belirleme yapılarak haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesinin yasak olduğu hüküm altına alındıktan

sonra, elektronik haberleşmeye ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olanak tanıyan ilgili kanun hükümleri saklı tutulmuştur.

198. Diğer taraftan, dava konusu kuralla, konuyla ilgili kanunlarda haberleşmeye ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olanak tanınmakla birlikte bu konuda kanun koyucunun sınırsız bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim, 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kişisel verilerin işlenmesinde; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkelerine uyulması gerektiği belirtilmiş, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4. maddesinde de, benzer ilkelere yer verilerek kişisel verilerin işlenmesinde gözetilmesi gereken hususlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın kişisel verilerin işlenmesi noktasında kanun koyucuya sınırsız bir takdir hakkı verdiği söylenemez.

199. Bu itibarla, ilgili kanunların öngördüğü durumlarda, haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesine olanak tanıyan kuralda belirsizlik bulunmadığı gibi, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının özüne dokunan ya da bu hakkı ölçüsüz şekilde sınırlandıran bir husus bulunmamaktadır.

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

3- (6) Numaralı Fıkrada Yer Alan "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" İbaresi ile (8) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "…İlgili mevzuatın ve…" İbaresinin İncelenmesi

a. İptal Taleplerinin Gerekçesi

201. Dava dilekçesinde özetle, 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresine ilişkin gerekçelerle kuralların, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

202. 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verilerinin ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabileceği belirtilmiş, (8) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde de, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağrıları ile 29.5.2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil

durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgilerinin işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Dava konusu kurallar, anılan fıkralarda yer alan "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ve "İlgili mevzuatın ve…" ibareleridir.

203. 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan"…ilgili mevzuatın ve…" ibaresine ilişkin bir önceki başlık altında belirtilen gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir.

204. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

4- (13) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

205. Dava dilekçesinde özetle, Anayasa Mahkemesinin 9.4.2014 tarihli ve E.2013/122, K.2014/74 sayılı kararıyla, BTK'ya elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmesine karşın anılan kararın görmezden gelinerek dava konusu kuralla yetkinin yeniden BTK'ya verildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

206. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de incelenmiştir.

207. Dava konusu kuralla, elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına ilişkin kuralları düzenleyen 51. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların BTK tarafından belirleneceği hüküm altına alınmaktadır.

208. Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum" olarak nitelendirilmiştir.

209. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına

gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

210. Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi zorunludur. Kural olarak, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

211. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır. Buna göre, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına yönelik temel kuralların kanunla düzenlenmesi zorunludur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararında, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesi konusunda BTK'ya doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmesinin Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

212. Bu bağlamda, Kanun'un yeniden düzenlenen 51. maddesinde, elektronik haberleşme sektöründe, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken ilkeler sayıldıktan sonra, kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına ilişkin kurallar herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde düzenlenerek konuya ilişkin temel kurallar belirlenmiştir. Maddede belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasına ilişkin teknik ve uygulamayı esas alan detayların belirlenmesi konusunda BTK'ya yetki verilmesini öngören kuralda belirsizlik bulunmadığı gibi yasama yetkisinin devri de söz konusu değildir.

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

214. Kuralın Anayasa'nın 153. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

215. Dava dilekçesinde özetle, Türkiye Yeşilay Vakfına aktarılacak kamu kaynağının amacına uygun kullanılıp kullanılmadığının denetim dışı bırakılmasının kamu yararıyla bağdaşmadığı,

Sağlık Bakanlığı bütçesinden Türkiye Yeşilay Vakfına aktarılacak ödeneğe ilişkin düzenlemenin bütçe kanununda yer alması gerektiği, Sağlık Bilimleri Üniversitesinde çoğunluğu merkezi idare tarafından belirlenen üyelerden oluşan Mütevelli Heyeti adı altında bir yönetim organı öngörülmesinin, Üniversitenin bilimsel özerkliğini ortadan kaldırdığı, Sağlık Bilimleri Üniversitesine diğer Devlet üniversitelerine nazaran özel bir statü verilmesinin Anayasa'nın 132. maddesiyle bağdaşmadığı, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin tamamının, Sağlık Bakanlığının kontrolünde olan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin uygulama ve araştırma merkezi haline getirilmesinin üniversite özerkliğini zedelediği, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilecek kadroları belirleme yetkisinin Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Mütevelli Heyetine verilmesinin, tıp eğitimini Sağlık Bakanlığına devretmek anlamına geldiği, halen Marmara Üniversitesine tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsünün, tahsis amacı ortadan kalkmadan veya tahsis amacı dışında kullanıldığı tespit edilmeden Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinin kamu yararıyla bağdaşmadığı, EPDK'ya kayıp-kaçak elektrik oranlarının belirlenmesi konusunda verilen yetkinin muğlak olduğu, elektrik dağıtım piyasasının özelleştirilmesi esnasında ihaleyi kazanan şirketlerin kayıp-kaçak oranlarını azaltmak için verdiği hedefleri yakalayamaması nedeniyle oluşan zararın tüketicilere yansıtılmasına yasal zemin oluşturulduğu, bu durumun aynı zamanda özelleştirme şartnamesine de müdahale anlamına geldiği, faturalarını düzenli şekilde ödeyen elektrik abonelerine kayıp-kaçak bedeli altında ek mali yükümlülükler getirilmesinin anayasal bir dayanağının bulunmadığı, Gençlik ve Spor Bakanlığı ile Spor Genel Müdürlüğünün teşkilat yapısında herhangi bir değişiklik olmadığı halde adı geçen kurumlarda genel müdür yardımcılarından şube müdürlerine kadar görev yapanların görevlerine son verilerek daha alt bir göreve atanmalarının hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği, tabi oldukları personel kanununa bakılmaksızın Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı ve ilgili kuruluşlar ile başkan ve üyeleri hariç olmak üzere düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda, yönetici kadro veya pozisyonunda çalışan kamu görevlilerinin, görevden alınmaları veya görev süresinin sona ermesi durumunda, ek göstergelerine göre bulundukları görevden düşük statülü kadrolara atanmalarına olanak tanınmasının kazanılmış hak ilkesini ihlal ettiği, daha önce kariyer meslek sınıfında görev yapmayan yönetici pozisyonundaki kamu görevlerinin, görevden alındıktan sonra kariyer meslek sınıfına atanmalarına olanak tanınmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, büyükşehir olmayan illerde görev yapan il özel idaresi genel sekreterlerinin, genel idare hizmetlerine dahil bakanlık müstakil daire başkanları; genel sekreter yardımcılarının ise bakanlık daire başkanları ile eşdeğer görevde olmasına rağmen aynı mali haklardan yararlandırılmamasının hukuk devleti ve ücrette adaletin sağlanması ilkelerine aykırı olduğu, il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin bakanlık il müdürlüğü statüsünde olmasına rağmen bakanlık il

müdürlerine sağlanan mali haklardan faydalandırılmamalarının kazanılmış hak ilkesini ihlal ettiği, özel mülkiyete konu taşınmazın altında tünel yapılması karşılığında taşınmaz malikine herhangi bir ücret ödenmemesinin mülkiyet hakkıyla bağdaşmadığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesinde TİB'e sınırları belirsiz bir yetki verilmesinin, haberleşme, ifade ve basın hürriyetine keyfi olarak müdahale edilmesine sebebiyet verdiği, TİB tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarına karşı sulh ceza hakimine sadece onaylama yetkisi verilmesinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğu, ilgili mevzuat uyarınca haberleşmeye ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olanak tanınmasının özel hayatın gizliliğine orantısız ve keyfi şekilde müdahalede bulunulmasına sebebiyet verdiği, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme konusunda BTK'nın yetkili kılınarak Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili daha önce verdiği kararın etkisiz hale getirildiği, bu çerçevede dava konusu kuralların bu haliyle uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 22. maddesiyle, 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve…" ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 5. maddesiyle, 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek 158. maddenin; ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu cümlelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin, REDDİNE,

C- 4. maddesiyle değiştirilen, 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin (4) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinde yer alan "…10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın…" ibaresine,

2- İkinci cümlesinin "…takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" bölümüne,

D- 5. maddesiyle, 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek 158. maddenin;

1- İkinci fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden" ibaresine,

b- Dördüncü ve beşinci cümlelerine,

c- Altıncı cümlesinde yer alan "Mütevelli Heyetinin" ibarelerine,

2- Üçüncü fıkrasına,

3- Dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Mütevelli Heyetinin teklifi ve…" ibaresine,

4- Beşinci ve altıncı fıkralarına,

E- 18. maddesiyle, 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na eklenen geçici 18. maddesine,

F- 23. maddesiyle, 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı KHK'ya eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarına,

G- 24. maddesiyle, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) sayılı Cetvelin "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" kısmının "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel" bölümünün;

1- (d) sırasında yer alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri," ibaresinin "il özel idaresi genel sekreteri," şeklinde değiştirilmesine,

2- (e) sırasında yer alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," ibaresinin "il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," şeklinde değiştirilmesine,

3- (g) sırasına "il yazı işleri müdürü" ibaresinden önce gelmek üzere eklenen "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü," ibaresine,

H- 28. maddesiyle 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "raylı taşıma sistemleri" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "ile tünel" ibaresine,

I- 32. maddesiyle, 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yeniden düzenlenen 51. maddesinin;

1- (2) numaralı fıkrasında yer alan "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresine,

2- (6) numaralı fıkrasında yer alan "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresine,

3- (8) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "…İlgili mevzuatın ve…" ibaresine,

4- (13) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal talepleri 2.11.2016 tarihli ve E.2015/61, K.2016/172 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, cümle, bölüm, ibare ve değişikliklere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

J- 29. maddesiyle, 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları hakkında, 2.11.2016 tarihli ve E.2015/61, K.2016/172 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkralara ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2.11.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

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

217. 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanun'a eklenen ek 158. maddenin; ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu cümlelere ilişkin iptal hükümlerinin, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI- HÜKÜM

27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 4. maddesiyle değiştirilen, 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin (4) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinde yer alan "…10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın…" ibaresinin,

2- İkinci cümlesinin "…takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" bölümünün,

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

B- 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek 158. maddenin;

1- İkinci fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

c- Üçüncü cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Recai AKYEL ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- Dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

e- Altıncı cümlesinde yer alan "Mütevelli Heyetinin" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Mütevelli Heyetinin teklifi ve…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- Beşinci fıkrasının;

a- Birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- Dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- Altıncı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 18. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na eklenen geçici 18. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 24. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) sayılı Cetvelin "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" kısmının "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel" bölümünün;

1- (d) sırasında yer alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri," ibaresinin "il özel idaresi genel sekreteri," şeklinde değiştirilmesinin,

2- (e) sırasında yer alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," ibaresinin "il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," şeklinde değiştirilmesinin,

3- (g) sırasına "il yazı işleri müdürü" ibaresinden önce gelmek üzere eklenen "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü," ibaresinin,

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

G- 28. maddesiyle 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "raylı taşıma sistemleri" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "ile tünel" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

H- 29. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları, 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. maddesiyle değiştirildiğinden, bu fıkralara ilişkin iptal talepleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

I- 32. maddesiyle 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yeniden düzenlenen 51. maddesinin;

1- (2) numaralı fıkrasında yer alan "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresinin,

2- (6) numaralı fıkrasında yer alan "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresinin,

3- (8) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "…İlgili mevzuatın ve…" ibaresinin,

4- (13) numaralı fıkrasının,

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

2.11.2016 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "…raylı taşıma sistemleri…" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "…ile tünel…" ibaresi:

1. 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "…raylı taşıma sistemleri…" ibaresinden sonra gelmek üzere "…ile tünel…" ibaresi eklenmiştir. Buna göre, maliklerin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak, taşınmazların altında tünel yapılabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi halinde, taşınmazlara ilişkin her hangi kamulaştırma yapılmayacağı da kural altına alınmış olduğundan, tünel inşası durumunda da kamulaştırma yapılmayacaktır.

2. Bahse konu 4. maddenin ilk halinde mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi kaydıyla taşınmazların üzerinde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılması durumunda taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği hükmü yer almakta iken anılan cümlenin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesinin 14.5.2015 tarihli, E:2014/177, K:2015/49 sayılı kararıyla, teleferik ve benzeri ulaşım hatları, her türlü köprü, metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri gibi, ilgili bölgede yaşayan tüm kişiler bakımından yararlar sağlayan yatırımların külfetinin bir kısım taşınmaz maliklerine yüklenmesinin adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmayacağı, bu nedenle anılan taşınmazların değerinde oluşan azalma nedeniyle taşınmaz maliklerine uygun bir tazminat ödenmesinin mülkiyet hakkının gereği olduğunu belirtilerek, malikin tazminat hakkından mahrum bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir. Buna göre, bahse konu inşaat işleri meyanında tünel inşaatı dolayısıyla taşınmazlarının değerinde azalma oluşacak kişiler, İdareden tazminat talep edebileceklerdir. Ancak, iptali istenen kural gereğince, İdare vatandaşın mağduriyetini gidermek amacıyla istese de kamulaştırma yapamayacaktır.

3. Mülkiyet hakkına devletçe yapılabilecek müdahalelerin güvencesi Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenmiş olan kamulaştırma müessesesidir. Anayasa'ya göre temel ilke, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıkları peşin ödenmek şartıyla, kamulaştırma yapılması veya irtifak kurulmasıdır. Yine Anayasanın 46. maddesine göre, nakden ve peşin olarak ödenmesi gereken kamulaştırma ve kesin hükme bağlanan artırım bedelleri, bazı özel şartların mevcudiyeti halinde beş yılı aşmayacak şekilde taksitle ödenebilecektir. Bu haller Anayasa'da tahdidi olarak

sayılmış olup, bunlar tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizmden ibarettir. Diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkı yönünden metro, teleferik ve tünel gibi inşaatlar bu anayasal istisnanın dışında kalan, bedeli peşin ödenmesi gereken kamu müdahaleleridir.

4. Mülkiyet hakkı, bir malı dilediğince kullanma, semerelerinden faydalanma ve mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunmayı kapsayan bir haktır. Bir taşınmazın maliki de kanunlar çerçevesinde konut olarak kullanmak istediği bir yeri kullanırken aynı zamanda özel yaşamı güvence altına alan Anayasa'nın 20. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin koruması altındadır. A.İ.H.M. bu bağlamda "konutunda rahatsız edilmeden yaşamak hakkı"nı esas almak suretiyle, çevresel etkilerin ve müdahalelerin dahi özel hayatın korunmasına ilişkin Sözleşme hükmünün ihlali olarak değerlendirmektedir (Taşkın ve diğerleri/Türkiye, 46117/99). Altında tünel inşa edilen bir taşınmaz malın konut olarak kullanılması halinde AİHM'nin bahse konu içtihadı kapsamında incelenmesi gerekeceği açıktır.

5. Kuralla. tünel inşaatından mülkiyet hakkı olumsuz etkilenen bir kişinin mağduriyetinin, peşin ödeme yapılarak kamulaştırma yöntemiyle giderilmesi yerine kişinin ancak zararlarını tazminat yoluyla karşılamaya icbar edilmesinde Anayasa'nın 35. maddesiyle bağdaşmayan, aşırı bir sınırlandırma yapıldığı anlaşılmaktadır. Kural, bu nedenle Anayasa'nın 35. maddesine aykırıdır.

6. Öte yandan, böyle bir durumda yargısal yollara başvurulup uzun süreçlerin tamamlanmasından sonra tazminat elde edilse bile, Anayasa'nın 46. maddesinde yer alan peşin ödeme ilkesine Anayasa'da öngörülen haller dışında yasa ile istisna getiren kural, Anayasa'nın 46. maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

KARŞIOY GEREKÇESİ

27.3.2015 tarihli ve 6693 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle 638 sayılı KHK'ya eklenen Geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve…" ibaresi:

1. Yasa ile yapılan düzenleme sonucunda Gençlik ve Spor Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne ait bölge müdürlükleri kapatılmış, Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü teşkilatında her hangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca, iptali istenen kuralın öngördüğü şekilde yasa ile göreve son verme işlemlerinde hukuki ve fiili zorunluluk bulunmadığı düşüncesiyle kuralın, hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

2. Bununla birlikte yasa ile görevden alma işlemlerinde yeni bir yapılanmadan kaynaklanan hukuki ve fiili zorunluluğun takdiri, dar bir yoruma elverişli değildir. Yasa ile Gençlik ve Spor Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Kredi ve Yurtlar Kurumunun teşkilatında önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna bağlı olarak kimi kamu görevlilerinin de yer değiştirmesi, başka görevlere atanması gerekebilecek olup bunlardan bir kısmının, teşkilat yapısında bir değişiklik yapılmasa da Bakanlık Merkez Teşkilatı veya Spor Genel Müdürlüğünde hizmetine ihtiyaç duyulabilecektir.

3. Görevlerine son verilenlerin kazanılmış haklarını ihlal etmeyen, ancak bulundukları kadro derecesiyle araştırmacı kadrolarına atanacaklarını öngören düzenlemenin, İdarede etkin ve verimli çalışmaya elverişli görevlendirme yapılması için Bakanlığın bütünü çerçevesinde bir personel düzenlemesi amacıyla yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki araştırmacı kadrolarına yasa ile atanmış sayılanların idari işlemle yeniden eski görevlerine atanmalarına da bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda bir zorunluluğa dayanmadığı, başka bir ifadeyle keyfi olduğu yolunda net bir yargıya ulaşılması mümkün olmayan kuralın Anayasa'nın "hukuki güvenlik" ilkesine de aykırı olduğundan söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasa Mahkemesince 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının Mütevelli Heyetinin oluşumunu düzenleyen ikinci cümlesi oybirliğiyle iptal edilmiştir. İptal edilen hüküm "Mütevelli Heyeti; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur". şeklindeydi.

2. Dava konusu hükmün iptal gerekçesinde Mütevelli Heyetinin üniversite yönetimine ilişkin mevcut yetkileri ve Mütevelli Heyetinin en az dört üye ile toplanıp salt çoğunlukla karar alabileceği göz önünde bulundurulduğunda, Mütevelli Heyeti üyelerinin çoğunluğunun Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ile Sağlık Bakanının seçeceği iki üyeden oluşmasının merkezî idareye Mütevelli Heyeti kanalıyla üniversite yönetimine ilişkin karar alma sürecinde belirleyici olacak şekilde söz hakkı tanıyacağı, merkezî idareye üniversite yönetimi üzerinde denetim ve gözetim yetkisini aşan nitelikte bir yetki tanınmasının Anayasa'nın 130. maddesiyle güvence altına alınan bilimsel özerklikle bağdaşmadığı hususlarına yer verilmiştir.

3. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi; Mütevelli Heyetinin oluşumunu, Mütevelli Heyetinde bulunan kişilerin bu heyette yer almaması gerektiği gerekçesiyle değil toplam sayı olarak beş olan Mütevelli Heyeti üyelerinin çoğunluğunun Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ve Sağlık Bakanının seçeceği iki üye olarak belirlenmesinin merkezî idareye, Mütevelli Heyeti kanalıyla yönetimde söz hakkı tanımakta olduğunu ve bunun Anayasa'nın 130. maddesiyle güvence altına alınan özerklik ilkesiyle bağdaşmadığını belirterek iptal etmiştir.

4. Anayasa Mahkemesi kararında daha sonra 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince iptal edilmiştir. İptal edilen cümle "Mütevelli Heyetine Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Müsteşarın katılmadığı toplantılara Rektör başkanlık eder." şeklindedir.

5. Kanaatimizce 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptali sonrasında bile dava konusu üçüncü cümlenin uygulanma kabiliyeti halen devam etmektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin iptal kararını dikkate alarak yasama organı tarafından yeni Mütevelli Heyeti oluşumu tesis edilmesi durumunda Mütevelli Heyetine yine Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Müsteşarın katılmadığı toplantılara Rektör başkanlık edebilecektir. Dolayısıyla Mütevelli Heyetinin oluşumunun iptali sonrasında da bu kuralın uygulanma kabiliyeti mevcuttur.

6. Bu nedenle Mütevelli Heyetinin üye yapısını düzenleyen Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptali nedeniyle kuralla doğrudan ilgili olan Mütevelli Heyetine Sağlık Bakanlığı Müsteşarının, Müsteşarın katılmadığı toplantılara Rektörün başkanlık edeceğini

düzenleyen ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinin uygulanma kabiliyeti kalmadığından bu cümlenin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince iptali gerektiğine yönelik çoğunluk görüşüne katılmamaktayız.

6639 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2809 sayılı Yasa'ya eklenen 158. maddenin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Mütevelli Heyetine Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Müsteşar'ın katılmadığı toplantılara Rektör başkanlık eder" hükmü çoğunluk kararıyla, uygulama kabiliyetinin kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Çoğunluk kararında iptal edilen hükmün uygulama kabiliyetinin kalmadığının gerekçesi olarak, söz konusu hükümden önce gelen "Mütevelli Heyeti; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile Yüksek Öğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur." hükmünün iptal edilmiş olması gösterilmektedir.

6216 sayılı Yasa'nın 43. maddesinin dördüncü fıkrasında, iptal veya itiraz başvurusu kanunun sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali, kanunun diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, Mahkemenin, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

Uygulama kabiliyeti kalmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilen hükmün, işbu başvuruda iptal edilmesi hususunda başvuruda bulunulduğunda ve hükmün kendisinden önce gelen hükümden bağımsız anlam ifade ettiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Tartışmanın esası, kendinden önce gelen hükmün iptal edilmesinin, anılan düzenlemenin de iptalini gerektirip gerektirmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Hükmün uygulama kabiliyeti kalmadığı gerekçesiyle iptaline gerekçe oluşturan önceki hüküm, üniversitenin organlarından mütevelli heyetinin oluşumunu düzenlemekte olup Sağlık Bakanı'nın seçeceği iki üye ile birlikte Müsteşar'ın heyette bulunmasının idareye belirleyici şekilde söz hakkı üstünlüğü sağlayacağı, bu nedenle, Rektör ve profesör unvanlı bir üyenin heyette etkisiz kalacağı gerekçesiyle iptal edilmiştir. İptal kararı yayımlandıktan sonra yapılacak düzenlemede de Müsteşarın heyette kalması mümkündür. Çünkü iptal gerekçesinde, Müsteşarın heyette bulunmasının hukuken dayanaksız olduğundan söz edilmemekte, Müsteşarla birlikte Sağlık Bakanı'nın atayacağı iki üyenin, öğretim üyelerine sayısal üstünlük sağlamasının Anayasaya aykırılık oluşturduğu belirtilmektedir. Bu durumda bu hükmün iptalinin, Müsteşarın Mütevelli Heyetine başkanlık etmesini düzenleyen hükmün iptalini gerektirdiği söylenemeyeceğinden, bu hükmün önceki hükümden bağımsız olarak incelenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Sağlık Bakanlığı Müsteşarı'nın mütevelli heyetine başkanlık edeceğini düzenleyen hükmün uygulama kabiliyetinin kalmadığı gerekçesiyle iptaline ilişkin çoğunluk kararına katılınmamıştır.

KARŞIOY GEREKÇESİ

6639 sayılı Kanunla 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa ilave edilen ek 158. maddenin iptali talep edilen beşinci fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Anılan fıkranın üçüncü cümlesinde, Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirlenmesi ve öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılması öngörülmektedir.

Kararın gerekçesinde maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…ile Mütevelli Heyetinden…" ibaresinin Anayasaya aykırılığı iddiasının reddine ilişkin gerekçelerin beşinci fıkranın üçüncü ve dördüncü cümleleri yönünden de geçerli olduğu, Anayasanın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre kanun koyucunun anayasal sınırlar içinde Mütevelli Heyetinin görevlerini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, bu bağlamda Üniversiteye tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirlenmesini ve öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılmasını öngören kuralın da kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu ve kuralda Anayasaya aykırı bir hususun bulunmadığı belirtilmektedir.

İkinci fıkranın birinci cümlesindeki ibarenin reddine ilişkin gerekçede ise, Anayasanın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yükseköğretim kurumlarının organları ile bunların görev, yetki ve sorumluluklarını belirleme yetkisinin kanun koyucuya verildiği, kanun koyucunun Anayasanın ilgili kurallarına bağlı olarak yükseköğretim kurumlarının yönetim organlarını belirleyebileceği, bu konuda kanun koyucuyu sınırlandıran anayasal bir ilke bulunmadığından düzenlemenin Üniversitenin bilimsel özerkliğini zedelemediği ifade edilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan ibarenin iptali talebinin reddine ilişkin karara ve yukarıda özetlenen gerekçeye katılmakla birlikte, yükseköğretim kurumlarının organlarının görev, yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi konusunda yasama organının takdir yetkisini sınırlandıran anayasal bir ilke bulunmadığı yönündeki tespite katılmamıza imkân bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, kuralın Anayasanın 131. maddesi yönünden de incelenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 131. maddesinde yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel

araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulunun (YÖK) kurulacağı belirtilerek YÖK'e yükseköğretimin planlanması, düzenlenmesi, yönetilmesi, denetlenmesi ve yönlendirilmesi görevi verilmiş bulunmaktadır.

YÖK'ün Anayasa ile verilen bu görevleri yerine getirebilmesi bakımından, 2547 sayılı Kanunla üniversitelerin ihtiyaçlarını, eğitim-öğretim programlarını, bilim dallarının niteliklerini, araştırma faaliyetlerini, uygulama alanlarını, fizikî imkânlarını, öğrenci sayılarını ve ilgili diğer hususları dikkate alarak öğretim üyesi kadrolarını dengeli bir oranda tespit etme görevi de YÖK'e verilmiş bulunmaktadır.

Üniversitelere tahsis edilen öğretim üyesi kadrolarına atama yapılmasının usul ve esasları da 2547 sayılı Kanunda belirlenmekte ve atamalar yukarıda belirtilen ilke çerçevesinde yapılmaktadır.

İncelenen maddenin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesinde ise, öğretim üyesi kadroları da dahil olmak üzere öğretim elemanı kadrolarının Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirlenerek öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılacağı öngörülmek suretiyle yetki doğrudan Mütevelli Heyetine verilmektedir.

Anayasanın 131. maddesine göre yükseköğretimin planlanması ve eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetlerinin yönlendirilmesi kapsamında YÖK'ün, öğretim üyelerinin üniversiteler ve üniversitelerin birimleri arasında dengeli bir şekilde dağılımını tespit etmekle sorumlu olduğu dikkate alındığında, üçüncü cümlede öngörülen hükmün Anayasanın 131. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bu itibarla, beşinci fıkranın üçüncü cümlesinin Anayasanın 131. maddesine aykırılığından dolayı iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyorum.

Anayasa Mahkemesi - 2 Kasım 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 8/A Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2015/61

Karar Sayısı : 2016/172

"…

1) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 4. maddesi ile değiştirilen 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki "10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın" ibaresi ile ikinci cümlesindeki, "… takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" ifadesinin Anayasa'ya Aykırılığı

Yeşilay Vakfı'na kamu kaynağı aktarılmasına ilişkin yasal düzenleme 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 357 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33 üncü maddesinde yapılmıştır.

Söz konusu madde hükmü şu şekildedir: "Türkiye Yeşilay Cemiyeti tarafından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Türkiye Yeşilay Cemiyeti ile aynı amaçları gerçekleştirmek üzere merkezi İstanbul'da olan "Türkiye Yeşilay Vakfı" adında Vakıf kurulur.

(2) Vakıf;

a) Kurumlar vergisinden (iktisadi işletmeleri hariç),

b) Yapılacak bağış ve yardımlar sebebiyle veraset ve intikal vergisinden,

c) Her türlü muameleler dolayısıyla düzenlenen kağıtlar damga vergisinden, yapılan işlemler harçtan, müstesnadır.

(3) Vakfa yapılacak nakdi bağış ve yardımların tamamı gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri tarafından beyannameleri üzerinde bildirilen gelir veya kazançtan indirilebilir. Vakıf, Bakanlar

Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara diğer kanunlarla tanınan vergi, harç ve diğer istisna ve imkânlardan aynen yararlanır.

(4) Vakfa, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın yardım yapılmak üzere, Sağlık Bakanlığı bütçesinde gerekli ödenek öngörülür."

Görüldüğü üzere, 6487 sayılı Kanunun 33 üncü maddesi ile oldukça geniş yetkilere sahip ve benzer amaç ve işlevleri gören hiçbir dernek ve vakfa tanınmayan imkânlar Yeşilay Vakfı'na tanınmış ve vakfa kamu kaynağı aktarılmasının yasal altyapısı oluşturulmuştu.

6639 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle ise 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 33 üncü maddesinin dördüncü fıkrası "Vakfa, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın her yıl ocak ayı içinde aktarılmak üzere Sağlık Bakanlığı bütçesinde ödenek ayrılır. Ayrılacak bu tutar 2015 yılında 15.000.000 TL olarak, takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak belirlenir." şeklinde değiştirilerek, bir yandan Vakfa aktarılacak kaynağın 5018 sayılı Kanunun 29. maddesine tabi olmaması öngörülürken; diğer yandan bütçe gibi yıllık olan bir Kanunda gelecek yılların parlamentosunu yükümlülük altına sokup bütçe yapma hakkını elinden alan düzenlemeler yapılmaktadır.

İstisna tutulan 5018 sayılı Kanunun "Bütçelerden yardım yapılması" başlıklı 29. maddesi şöyledir:

"Bütçelerden yardım yapılması

Madde 29- Gerçek veya tüzel kişilere kanuni dayanağı olmadan kamu kaynağı kullandırılamaz, yardımda bulunulamaz veya menfaat sağlanamaz. Ancak, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bütçelerinde öngörülmüş olmak kaydıyla; kamu yararı gözetilerek dernek, vakıf, birlik, kurum, kuruluş, sandık ve benzeri teşekküllere yardım yapılabilir.

Bu yardımların yapılması, kullanılması, izlenmesi, denetlenmesi ve kamuoyuna açıklanmasına ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

Maddenin ikinci fıkrasının göndermede bulunduğu "Dernek, Vakıf, Birlik, Kurum, Kuruluş, Sandık ve Benzeri Teşekküllere Genel Yönetim Kapsamındaki Kamu İdarelerinin Bütçelerinden

Yardım Yapılması Hakkında Yönetmelik" 3.7.2006 tarihli ve 2006/10656 sayılı BKK ile kabul edilmiş ve 17.7.2006 tarihli ve 26231 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anılan Yönetmeliğin 5. maddesinde yardım yapılabilme şartları düzenlenirken; "Yardımların kullanılması, izlenmesi ve denetlenmesi" başlıklı 7. maddesi,

"MADDE 7 - (1) Teşekküller, yardımları kamu yararı gözeterek veriliş amacına uygun olarak kullanmak zorundadır.

(2) Yardım alan teşekküller, yardımın amacına uygun olarak harcanıp harcanmadığına ilişkin bilgi, belge ve kayıtların birer örneği ile faaliyet raporlarını,

faaliyetin bitimini müteakip bir ay içinde veya devam eden faaliyetlerine ilişkin bilgi, belge ve raporlarını takip eden yılın ilk ayı içerisinde yardım yapan idareye göndermek zorundadır.

(3) Yardım yapan idareler, yapılan yardımla sınırlı olmak üzere gerekli gördüğü her türlü inceleme, kontrol ve denetimi yapmaya yetkilidir. Denetim sırasında görevli memur tarafından istenecek bilgi, belge ve kayıtların gösterilmesi, verilmesi, sorulan soruların yazılı ve/veya sözlü olarak cevaplandırılması zorunludur."

şeklinde;

"Yardımların kamuoyuna açıklanması" başlıklı 8. maddesi ise,

"MADDE 8- (1) İdareler, yardım yapılan teşekküllerin isim listesini, teşekküllere ilişkin bilgileri, yardımın amacını, konusunu ve yapılan yardım tutarlarını, izleyen yılın Şubat ayı sonuna kadar kamuoyuna açıklar."

şeklinde düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, Yeşilay Vakfına Sağlık Bakanlığı bütçesinden 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29. maddesi hükmüne tabi olmaksızın yardım yapılmasını öngören iptali istenen düzenleme, 5018 sayılı Kanunun 29. maddesinin ikinci fıkrasının verdiği yetkiyle 2006/10656 sayılı BKK ile kabul edilen Yönetmeliğin 7. maddesindeki "yardımları kamu yararı gözeterek veriliş amacına uygun olarak kullanmak" ve "yardımın amacına uygun olarak harcanıp harcanmadığına ilişkin bilgi, belge ve kayıtların birer örneği ile faaliyet raporlarını, faaliyetin bitimini müteakip bir ay içinde veya devam eden faaliyetlerine ilişkin bilgi, belge ve raporlarını takip eden yılın ilk ayı içerisinde yardım yapan idareye göndermek" yükümlülüğünden Yeşilay Vakfını azade kılmanın yanında yardım yapan Sağlık Bakanlığının denetimi dışına taşımayı ve ayrıca 8. maddesine göre de yapılan yardımların kamuoyuna açıklanmasını önlemeyi amaçlamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, "hukuk devleti" ilkesini; hukuk güvenliği, kamu yararı, nesnellik kriteri, adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle birlikte açıkladığı 17.6.2010 günlü ve E.2008/22, K.2010/82 sayılı kararında; "(...) Hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. (…) Kanunların, kamu yararının

sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir." demiştir.

Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun, hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

"Hukuk devleti" ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isâbetle vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri arasında yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile; bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle Yeşilay Vakfı'na amaçlarını gerçekleştirmek üzere, Sağlık Bakanlığı bütçesinden yapılacak kamusal yardımın, yapılış amacına uygun kullanılmasını, denetiminin sağlanmasını ve kamuoyuna açıklanmasını güvence altına alacak sistemleri kurması gerekir. Aksine yasakoyucunun kurulu sistemden istisna tutmaya yönelik, amaç dışı kullanıma ve her türlü yolsuzluk ve usulsüzlüğe açık kaynak kullanımı teşvik eden yasal düzenlemeler yapmasının kamu yararıyla bağdaşmayacağı da açıktır.

Bu itibarla, adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, dava konusu düzenlemenin amaç unsuru yönünden özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar gözetilerek ve kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarıldığından ve nihaî olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmiş olduğundan söz edilemez. Sağlık Bakanlığı bütçesinden Yeşilay Vakfına yapılacak yardımları 5018 sayılı Kanunun 29.

maddesinden istisna tutan düzenleme, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasını amaçlayan "hukuk devleti ilkesi" ve "hukukun genel ilkeleri" ile bütünüyle çatışma hâlinde olduğundan, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, çağdaş demokrasi hesap verebilir demokrasidir ve demokratik devlet ilkesi, kamusal kaynak kullanan herkesin halka ve yetkili mercilere hesabını vermesini gerektirir. İptali istenen düzenleme kamu kaynağının hesabının verilmemesini öngördüğünden, Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 87. maddesinde "bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek" Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmış; 161. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel

kişilerinin harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı kurallaştırılırken ikinci fıkrasında, "Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir." denilmiş ve 162. maddesinde ise bütçenin görüşülmesi düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 30.12.2010 günlü ve E.2008/83, K.2010/121 sayılı Kararında da belirtildiği üzere, "Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. (…) Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. (…) Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir."

"Bütçenin yıllık olması" temel bütçe ilkelerindendir ve Anayasa'nın 161. maddesinin birinci fıkrasında da açıkça belirtilmiştir. 6639 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 6487 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına Yeşilay vakfına aktarılmak üzere Sağlık Bakanlığı 2015 yılı bütçesine 15 milyon TL ödenek konulup; "takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak belirlenir." denilmesi ve böylece 2006 ve sonrasındaki yıllarda Sağlık Bakanlığı bütçesine Yeşilay Vakfına aktarılmak üzere konulacak ödeneklerin 6639 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15.4.2015

tarihinden belirlenmesi bütçenin yıllık olması ilkesiyle bağdaşmadığından, iptali istenen ifade Anayasa'nın 161. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, "bütçe hakkı" Türkiye Büyük Millet Meclisinindir ve bütçenin görüşülmesi Anayasa'nın 162. maddesinde düzenlenmiştir. Bütçe hakkının parlamentonun olması, parlamentonun bütçe ödeneklerini tahsis ederken iradesi üzerinde hiçbir sınırlamanın olmaması demektir. Gelecek yıllarda halkın iradesiyle şekillenecek parlamentonun iradesinin, bu günkü parlamento çoğunluğu tarafından belirlenmesi ve bu belirlemenin Sağlık Bakanlığı bütçesine Yeşilay Vakfına yardım amacıyla ne kadar ödenek konulacağı ayrıntısına inmesi, parlamentonun bütçe hakkı" ile bağdaşmadığından, "… takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" ifadesi, Anayasa'nın 87. maddesine aykırıdır.

Bütçenin görüşülmesi Anayasa'nın 162. maddesinde düzenlenirken; yasaların görüşülmesi Anayasa'nın 88. maddesinde farklı bir usule tabi tutulmuş ve Anayasa'nın 89.

maddesinde Cumhurbaşkanına bütçe kanunlarını bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Bu bağlamda, bütçe kanunlarında düzenlenmesi gereken ödenek tahsisleri ile miktarlarının kanunla düzenlenmesi, Anayasa'nın 161. ve 162. maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 4. maddesi ile değiştirilen 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki "10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesine; ikinci cümlesindeki, "… takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" ifadesi ise Anayasa'nın 87., 161. ve 162. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa eklenen ek 158. maddenin;

a) İkinci fıkrasının birinci cümlesindeki " … ile Mütevelli Heyetinden …" ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci cümleleri ve altıncı cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin …" ve "…

Mütevelli Heyetinin …" ibarelerinin; üçüncü fıkrası ile dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin teklifi ve ..." ibaresinin ve beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "… Mütevelli Heyeti tarafından …" ibaresi ile dördüncü cümlesindeki "… ve Mütevelli Heyetinin onayı …" ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddeyle İstanbul'da Sağlık Bilimleri Üniversitesi adıyla yeni bir üniversite kurulmakta; üniversite için 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda öngörülen organlara ek olarak ayrıca öngörülmeyen Mütevelli Heyeti oluşturularak 2547 sayılı Kanunda Rektör, senato ve yönetim kuruluna verilen görevlerin bir kısmı Mütevelli Heyetine verilmekte; Devlet üniversitelerinden farklı olarak "özel statülü" kurulan ve Sağlık Bakanlığı'nın kontrolünde oluşturulan "Mütevelli Heyeti" üzerinden üniversitenin akademik ve bilimsel özerkliği ortadan kaldırılmakta ve Anayasa'nın sınırlarını çizdiği çerçevenin dışında özel konumlu kurulan üniversite ile diğer Devlet üniversiteleri arasında ayrımcılık yapılmaktadır.

Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücünü yetiştirmek amacıyla kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı belirtilmiş; ikinci fıkrasında, kanunda gösterilen usul ve esaslara göre vakıflar tarafından Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurulabileceğine yer verilmiş; dokuzuncu fıkrasında, yükseköğretim kurumlarının kuruluş

ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları, üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usullerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alındıktan sonra, 132. maddesinde ise Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarının özel kanun hükümlerine tabi olduğu kurallaştırılmıştır.

Anayasa'daki bu kurallara göre;

(i) Devlet tarafından kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olarak kurulacak devlete ait yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri; organlarının seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları; Devletin üniversiteler üzerinde gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri kanunla düzenlenecek;

(ii) Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre vakıflar tarafından Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilecek;

(iii) Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumları için özel kanun hükümleri getirilebilecektir.

Anayasa'nın 130. maddesinin birinci ve dokuzuncu fıkralarındaki kurallara göre, Devlete ait yükseköğretim kurumlarının, teşkilat (kuruluş) ve organlarının, bunların işleyişleri ile görev, yetki ve sorumluluklarının, Devletin üniversiteler üzerindeki gözetim ve denetim hakkını kullanma usullerinin bütünlük içinde ve bir örnek teşkil edecek şekilde kanunla düzenlenmesi; 131. maddesine göre ise bu kurallardan istisnai özel hükümlerin, Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarıyla sınırlı olarak getirilmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla Devlete ait yükseköğretim kurumlarının teşkilat, organlar, işleyiş, görev, yetki, sorumluluk ve Devletin üniversiteler üzerindeki gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri açısından bir örnek olması ve "özel statülü" üniversite kurulmaması Anayasal bir zorunluluktur.

Anayasa'nın 130. maddesinin ikinci ve onuncu fıkralarında sözü edilen vakıf üniversiteleri için ayrı bir kanun çıkarılmak yerine, vakıf üniversiteleri 2547 sayılı Kanuna eklenen ek maddelerde (ek madde 2 ila ek madde 15) düzenlenmiştir.

2547 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde, vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyetinin bulunması; mütevelli heyetin vakıf yönetim organı tarafından seçilmesi; mütevelli heyetin kendi üyeleri arasından bir başkan seçmesi; vakıf yükseköğretim kurumunun tüzelkişiliğinin mütevelli heyet tarafından temsil edilmesi; vakıf yükseköğretim kurumları yöneticilerinin Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanması; yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmelerinin mütevelli heyet tarafından yapılması, atama ve görevden alınmalarının ve

yükseköğretim kurumunun bütçesinin mütevelli heyet tarafından onaylanması ve izlenmesi öngörülmüştür.

Bu kurallara göre mütevelli heyeti, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar tarafından 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre kurulan vakıf yükseköğretim kurumlarının üst yönetim ve karar organıdır.

İptali istenen düzenlemelerde, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin 2547 sayılı Kanunda öngörülen organlar yanında ayrıca mütevelli heyetinin olması; beş üyeli mütevelli heyetinin Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ve Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile üniversite rektörü ve Yükseköğretim Kurulu'nun seçeceği bir üyeden oluşması; Başkanının Sağlık Bakanlığı Müsteşarı olması ve böylece beş üyeli heyette üçünün Sağlık Bakanlığınca belirlenip, Başkanının da Bakanlık Müsteşarı olması ve dolayısıyla Üniversite yönetiminin Sağlık Bakanlığının uhdesinde merkezileşmesi öngörülmüş; Sağlık Bakanlığının uhdesinde merkezileşen mütevelli heyetine, (i) 2547 sayılı Kanunun 13. maddesi ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 11.

ve 17. maddeleri uyarınca üniversitelerde rektörün yetkisinde olan "Üniversitenin stratejik planını ve bütçe teklifini onaylamak."; (ii) 2547 sayılı Kanunun 13. ve 15. maddelerine göre üniversite rektörü ile üniversite yönetim kurulunun yetkisinde olan "Kamu kurum ve kuruluşları ve gerçek ve özel hukuk tüzel kişileriyle işbirliği yapılmasına ve ortak projeler yürütülmesine karar vermek; (iii) 2547 sayılı Kanunun 13. ve 14. maddelerine göre üniversite rektörü ile üniversite senatosunun yetkisinde olan "Yurt içinde ve yurt dışında Üniversiteye ait birimlerin ve bölümlerin kurulmasını teklif etmek"; (iv) Üniversite içinde üniversite rektörü üzerinde bir karar organı yaratılarak "Rektör tarafından gündeme alınması önerilen konularda karar almak" yetkileri yanında ayrıca (v) öğretim üyesi atamaları ve norm kadronun belirlenmesinde söz ve karar sahibi kılınmıştır.

334 sayılı 1961 Anayasasının 120. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen, Devlet eliyle ve kanunla özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulacak üniversiteler için üçüncü fıkrasında, üniversitelerin devletin gözetimi ve denetimi altında, kendileri tarafından seçilen organları eliyle yönetileceği belirtildikten sonra, "Özel kanuna göre kurulan Devlet üniversiteleri hakkındaki hükümler saklıdır." denilerek özel kanunla kurulan (örneğin Ortadoğu Teknik Üniversitesi gibi) özel statülü/konumlu üniversiteler ayrık tutulurken; 2709 sayılı 1982 Anayasasının 130. maddesinde, özel kanunla özel statülü/konumlu kurulan üniversitelere özgü bir düzenlemeye yer verilmeyerek bütün Devlet üniversitelerinin teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim - öğretim, araştırma, yayım, öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlenmiştir. Bu düzenlenişin geri planında 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 6.11.1981 tarihli ve 17506 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması ve Anayasa'nın 130. maddesinin 2547 sayılı Kanundaki esaslara göre düzenlenmesi gerçeği de yatmaktadır. Nitekim 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı 1982 Anayasasının 130. maddesine ilişkin Milli Güvenlik Kurulu Anayasa Komisyonu Değişiklik Gerekçesinde, "Danışma Meclisi tarafından kabul edilmiş bulunan

140 ıncı madde, 130 uncu madde olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemede 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile getirilmiş bulunan ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun hükümlerine göre Anayasa hükmü niteliğindeki esaslardan Anayasada yer alması gerekenler göz önünde bulundurulmuştur." denilerek 2547 sayılı Kanundaki esasların Anayasa'nın 130. maddesine taşındığı vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 3708 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 2547 sayılı Kanuna eklenen ek 19. maddedeki, Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak, Milli Eğitim Bakanlığının önerisi üzerine uygun görülen üniversitelere Bakanlar Kurulu kararıyla özel statü verilmesine ve özel statü verilen üniversitenin dokuz kişilik bir Üst Yönetim Kurulu tarafından yönetilmesine ilişkin

kuralları, 29.6.1992 tarihli ve E.1991/21, K.1992/42 sayılı kararında, "Anayasa'nın 130. maddesinde öngörülen üniversite dışında özel konumlu üniversite kurulamaz. Üniversitelere ilişkin ortak ilkeler de bu maddede yer almaktadır… Anayasa'ya aykırı yasa kurallarıyla uygulamaların geçerliği söz konusu olamaz. Anayasa'nın çerçevesini ya da sınırlarını çizdiği konum (statü) dışındaki üniversite konumu, üniversiteler arasında ayrım yaratan bir olumsuzluktur." gerekçesiyle iptal etmiştir.

Bu itibarla, İstanbul'da Devlet üniversitesi olarak kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinde, 2547 sayılı Kanunda öngörülen üniversite organlarının üzerinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar tarafından 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre kurulan vakıf yükseköğretim kurumlarına özgü mütevelli heyetine yer verilmesi ve Devlet üniversitelerinde üniversite organlarının (rektör, yönetim kurulu ve senato) yetkisinde olan görevlerin mütevelli heyetinin uhdesinde merkezileştirilmesi ve böylece Anayasa'nın sınırlarını çizdiği çerçevenin ve 132. maddesinde belirtilen istisnanın dışında özel statülü/konumlu Devlet üniversitesi kurulması, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 130. maddesinde, üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip olduğu belirtilmiş ve Devletin yetkisi gözetim ve denetim ile sınırlandırılmıştır. Başka bir anlatımla üniversitelerin, Devletin gözetimi ve denetimi altında, kendi organları tarafından yönetilmesi, öğretim üye ve yardımcılarının göreve alınmaları ve yükseltilmelerinin kendi organları tarafından yürütülmesi; üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanlarının Yükseköğretim Kurulu veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne surette olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamaması ve üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilmeleri bilimsel özerkliğin bir gereği olarak belirtilmiştir.

İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinde üniversitenin organları dışında üst yönetim ve karar organı olarak mütevelli heyetinin öngörülmesi, beş üyeli mütevelli heyetinin başkanı dahil üç üyesinin Sağlık Bakanlığınca oluşturularak üst yönetim ve karar organının Sağlık Bakanlığının ve dolayısıyla idarenin kontrolüne verilmesi ve üniversite organlarının uhdesinde olan yetkilerin mütevelli heyetine devredilmesi, üniversite

özerkliği ile bağdaşmadığından, iptali istenen düzenlemeler Anayasa'nın 130. maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve ayrımcılık yasaklanmıştır.

Diğerleri yanında yurtdışında üniversiteye ait birimler kurmayı teklif etme, birlikte kullanılacak eğitim ve araştırma hastanelerinin eğitim birimleri ve ihtiyacını dikkate alarak üniversiteye tahsis edilecek kadroları il bazında belirleme ve üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısını onaylama gibi personel çalıştırmaya ve dolayısıyla üniversitede istihdam edilen öğretim üyesi ve yardımcıları ile idari personele ilişkin olan üniversite organlarına ait yetkilerin mütevelli heyetine verilmesi, diğer Devlet üniversitelerinde istihdam edilen kişiler ile İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinde istihdam edilen kişiler arasında ayrımcılığa yol açtığından iptali istenen düzenlemeler, Anayasa'nın 10. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa eklenen ek 158. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki " … ile Mütevelli Heyetinden …" ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci cümleleri ve altıncı cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin …" ve "… Mütevelli Heyetinin …" ibareleri; üçüncü fıkrası ile dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin teklifi ve ..." ibaresi ve beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "… Mütevelli Heyeti tarafından …" ibaresi ile dördüncü cümlesindeki "… ve Mütevelli Heyetinin onayı …" ibaresi, Anayasa'nın 10., 130. ve 132. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin beşinci fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin beşinci fıkrasıyla, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak sağlık uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürüteceği; Üniversitenin birlikte kullanım protokolü imzaladığı eğitim ve araştırma hastanelerinin, aynı zamanda Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsü kazanacağı; Üniversiteye tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirleneceği ve öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılacağı; Üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısının, rektörün önerisi ve mütevelli heyetinin onayı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından tespit edileceği kurallaştırılarak; Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna

bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin tamamının Sağlık Bilimleri Üniversitesinin uygulama ve araştırma merkezi haline getirilmesinin önü açılmakta; yükseköğretim kurumlarının yetki ve

sorumluluğunda olan tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin araştırma ve uygulama ayağı üzerinden teorik eğitim kısmı da Sağlık Bakanlığının kontrolüne verilerek, bir yandan üniversite özerkliği yok edilirken, diğer yandan teorik eğitimin İstanbul'da üniversite merkezinde, araştırma ve uygulama eğitiminin ise araştırma ve uygulama hastanelerinin bulunduğu illerde verilmesi öngörülerek tıp eğitiminin bütünlüğü ortadan kaldırılmaktadır.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa ilk defa 21.1.2010 tarihli ve 5947 sayılı Kanunun 11. maddesiyle eklenen, sonra 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı KHK'nin 58. ve 4.7.2012 tarihli ve 6354 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen ek 9. madde bir zorunluluktan kaynaklanmıştır.

Tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi, teorik eğitim ile araştırma ve uygulama eğitimi bütünlüğüne dayanmakta ve araştırma ve uygulama eğitimi yapılabilmesi de tıp fakültesi bünyesinde araştırma ve uygulama merkezi yapılıp donatılmasından geçmektedir. Ancak, çoğu illerdeki üniversiteler bünyesinde "uygulama ve araştırma merkezi" yapılıp donatılmadan, bulunan boş binalara tıp fakültesi tabelası asılarak tıp fakülteleri açılmış, yetersiz sayıda öğretim üyesi görevlendirilerek öğrenci alımına başlanmıştır. Tıp eğitiminin gerektirdiği araştırma ve uygulama eğitiminin yapılabilmesi için de Sağlık Bakanlığına ait illerdeki devlet hastanelerinin eğitim ve araştırma hastanesine dönüştürülmesini, eğitim ve araştırma hastanesinin Sağlık Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü alınarak il valisi ile üniversite rektörü arasında imzalanan protokol kapsamında Sağlık Bakanlığı ile üniversite tıp fakültesinin birlikte kullanımını ve birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimlerinin tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülmesini öngören ek 9. madde yasalaştırılmıştır.

3359 sayılı Kanunun yürürlükte bulunan ek 9. maddesinin birinci fıkrasına göre, adrese dayalı nüfus kayıt sistemi sonuçlarına göre toplam il nüfusu 750.000'e kadar olan illerde eğitim ve araştırma hizmetlerinin, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verilmesi ve bu illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversitelerin, tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım protokolü yapmaları zorunludur. Dolayısıyla İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği sağlık uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürüteceği eğitim ve araştırma hastaneleri, ya mevcut tıp fakültelerinin birlikte kullanım protokolü yaptıklarının (varsa) dışında kalan eğitim ve araştırma hastaneleri

olacak ya da özerkliğe sahip üniversitelerin mevcut tıp fakülteleri, Sağlık Bakanlığının mütevelli heyeti temelinde yönetimini elde tuttuğu Sağlık Bilimleri Üniversitesi

ile Sağlık Bakanlığına ait eğitim ve araştırma hastaneleri üzerinde rekabete girecek ve nihayetinde tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği araştırma ve uygulama faaliyetini yapacağı sağlık tesisinden mahrum kalabileceklerdir. Mahrum kalma mevcut tıp fakültelerinin tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi için zorunlu bulunan araştırma ve uygulama faaliyetlerini yapamamaları demektir.

Öte yandan mevcut tıp fakültelerinin birlikte kullanım protokolleri yaptıkları eğitim ve araştırma hastaneleri ile tıp fakülteleri aynı il sınırları içindedir. Bu bağlamda, tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği teorik eğitim ile araştırma ve uygulama eğitimi aynı il sınırları içinde ve ayrı binalar da olsa birbirine yakın mekanlarda yapılmaktadır. Ancak, Sağlık Bilimleri Üniversitesi İstanbul'da kurulmakta ve dolayısıyla tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği teorik eğitimin Sağlık Bilimleri Üniversitesinin İstanbul yerleşkesinde verilmesi; buna karşın araştırma ve uygulama eğitiminin ise Sağlık Bakanlığının Türkiye'nin değişik illerinde bulunan eğitim ve araştırma hastanelerinde verilmesi öngörülmektedir. Tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmı ile araştırma ve uygulama kısmının iç içeliğe dayalı bütünlüğü göz önüne alındığında tıp lisans eğitimi öğrencisi veya tıpta uzmanlık eğitimi gören hekimin teorik eğitimi İstanbul'da, buna karşın araştırma ve uygulama faaliyetlerini Kars veya Van ya da Adana veyahut da Sinop'ta yapabilmesi fiili imkansızlık nedeniyle mümkün görünememektedir.

İptali istenen düzenlemelerde, tüm bu çelişkili hususlar ile fiili imkansızlıkları gidermeye, mevcut üniversitelerin tıp fakültelerinin birlikte kullanımında olan sağlık tesislerinin birlikte kullanımının devam edeceğine güvence oluşturan ve tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminde teori ile araştırma ve uygulama bütünlüğünün nasıl sağlanacağına ilişkin açık, net ve uygulanabilir kurallar olmadığı gibi alt düzenleyici işlemlere yetki veren bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Sağlık Bilimleri Üniversitesinin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak sağlık uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürüteceğine;

Üniversitenin birlikte kullanım protokolü imzaladığı eğitim ve araştırma hastanelerinin, aynı zamanda Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsü kazanacağına; Üniversiteye tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirlenip öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılacağına; Üniversitenin

birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısının, rektörün önerisi ve mütevelli heyetinin onayı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından tespit edileceğine yönelik düzenlemeler; Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin tamamının Sağlık Bilimleri Üniversitesinin uygulama ve araştırma merkezi haline getirilmesinin önünü açarak eğitim ve araştırma hastaneleriyle birlikte kullanım protokolü yapmış mevcut üniversite tıp fakülteleri için koruyucu önlem içermediği, tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmı ile araştırma ve uygulama kısmının iç içeliğe dayalı bütünlüğünü ortadan kaldırıp, nasıl ve ne şekilde sağlanacağına ilişkin açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir kurallar taşımadığı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Yürürlükteki mevzuatta Sağlık Bakanlığına, pratisyen hekimlere tıp biliminin belirli alanlarında uzmanlık ve özel yetenek kazandırmayı ve yetkilendirmeyi amaçlayan bir yükseköğretim olan "tıpta uzmanlık eğitimi" dışında, "tıp lisans eğitimi" alanında yetki ve görev verilmemiş; tıp lisans eğitiminde düzenleme yapma dahil görev ve yetkiler Yükseköğretim Kurumu ile özerk üniversitelere tanınmıştır.

Bununla birlikte iptali istenen düzenlemelerde, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin üst yönetim ve karar organı olan mütevelli heyetinin Sağlık Bakanlığının kontrolünde olması ve Sağlık Bakanlığının kontrolünde olan ve İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin tıp lisans eğitimi ve tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği araştırma ve uygulamalı eğitimi, teorik eğitimden mekânsal olarak koparak Türkiye'nin her yerindeki eğitim ve araştırma hastanelerinde ortak kullanım protokolü kapsamında vermesi yanında, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadrosunu onaylama ve il bazında tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarını belirleme yetkisi de Sağlık Bakanlığının kontrolündeki mütevelli heyetine verilmekte ve böylece Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Sağlık Bilimleri Üniversitesine Türkiye'nin her tarafında tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi verme ve tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmını araştırma ve uygulama kısmından mekânsal olarak koparma yetkisi tanınarak tıp lisans eğitimi, görev ve yetkisi olmayan Sağlık Bakanlığına terk edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.6.1992 tarihli ve E.1991/21, K.1992/42 sayılı kararında, "Bilimsel özerklik, kuruluştan işleyişe değin, bilimin gerektirdiği özgürlük ortamının tüm çalışmalarla yönetimde bir yaşam biçimi olarak sağlanmasıdır. Devletin gözetim ve denetim hakkı, yürütmenin üniversitede söz sahibi olması, çalışmalara el atıp bunları yönlendirip yönetmesi biçiminde algılanamaz. Üniversiteler, en üst düzeydeki bilim kuruluşlarıdır. Özgür toplumun bilim alanındaki simgeleridir. Yönetim yapısı ve biçimi, üniversitenin niteliğini açıklar. Bilgi edinme, bilgi üretme ve insan yetiştirme amacının ortaya çıkardığı yapının, araştırma, deneyim ve tüm çabalarla gerçeği bulma ereğine özgün bir kurum olduğu gözardı edilemez. Özetlenen bu özellikleriyle üniversite, bilimi yaşama katan, usun öncülüğünü, düşüncenin aydınlığını somutlaştıran kurumlardır. Varlığının temeli kendi toplumu olmakla birlikte, amaç ve işlevinin gerektirdiği atılımlar ve

devingenlikle onun önünde yürürler. Kurumlaşmış gelenek ve ilkeleriyle toplumun itici gücüdürler. Anayasa gerekleriyle uyumsuz bir üniversite yapısına geçerlik tanınamaz. Üniversitede devlet yönetimindeki sıralama türünde bir yönetim biçimi, düşünce üretimine, özgür düşünce ve özgür çalışmaya elverişli bir ortama engeldir. Bilimsel çalışmalarının, bilimsel yönetim ve bu özelliğe uyumlu olmak gerekir. Danışmanın, dayanışmanın ve kimi günde yarışmanın yerini akçalı olanaklara dayanan biçimsel üstünlük çabaları alırsa, bilgi ve bilim yerine görüntü egemen olur. Nesnel kurallara uymayıp öznel kuralları yeğleyerek özel konumlu üniversite oluşturmak Anayasa'nın öngördüğü üniversite yapısıyla bağdaşmamaktadır." denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında vurgulandığı üzere, en üst düzeydeki bilim kuruluşları olarak özgür toplumun bilim alanındaki simgeleri olan üniversiteler, bilgi edinme ve üretme ile insan yetiştirme amaçları doğrultusunda araştırma, deneyim ve tüm çabalarla gerçeği bulma ereğine özgülenmiş bir kurum olmayı gerektiriyor; bilimsel özerklik, kuruluştan işleyişe değin, bilimin gerektirdiği özgürlük ortamının tüm çalışmalarla yönetimde bir yaşam biçimi olarak sağlanması anlamına geliyor; Devletin gözetim ve denetim hakkı, yürütmenin üniversitede söz sahibi olmasını ve çalışmalara el atıp bunları yönlendirip yönetmesini içermiyor ise; İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadrosunu onaylama ve il bazında tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarını belirleme yetkisinin Sağlık Bakanlığının kontrolündeki mütevelli heyetine verilmesi, Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Sağlık Bilimleri Üniversitesine kurulu bulunduğu merkez dışında ve Türkiye'nin her ilinde tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi verme ve tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmını araştırma ve uygulama kısmından mekânsal olarak koparma yetkisi tanınması ve Yükseköğretim Kurumu ile üniversitelerin görev ve sorumluluğundaki tıp lisans eğitiminin, mütevelli heyeti

üzerinden görev ve yetkisi olmayan Sağlık Bakanlığına terk edilmesi, üniversite özerkliği ile bağdaşmadığından iptali istenen düzenlemeler Anayasa'nın 130. maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin beşinci fıkrası, Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

c) 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin altıncı fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin altıncı fıkrasıyla, Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne adıyla hizmet vermek üzere inşa edilen ve hâlen Marmara Üniversitesi adına tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsü, yasayla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmektedir.

6639 sayılı Kanuna kadar Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampüsü olarak hizmet veren ve görkemli mimarisi ile dikkat çeken tarihi yapı, 34. Osmanlı Padişahı II.

Abdülhamit döneminde 1894 yılında Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane ismiyle tıp fakültesi olarak inşa edilmeye başlanmış ve inşası 1903'de tamamlanan binada 1903 yılında tıp eğitime başlanmıştır. 1933 yılına kadar tıp eğitiminde kullanılan bina, Haydarpaşa Tıp Fakültesine Avrupa yakasında yeni hizmet binası tahsis edilmesi nedeniyle 1933 yılında Haydarpaşa Lisesine tahsis edilmiştir. 1933-1983 yılları arasında Haydarpaşa Lisesi olarak kullanılan Tıbbiye binası, 1979-1980 eğitim-öğretim yılında Haydarpaşa Lisesinin yatılı bölümünün kapatılması ve Haydarpaşa Lisesinin Haydarpaşa Endüstri Meslek Lisesi'nin yeni yapılan ek binasına taşınması nedeniyle 1983 yılında Marmara Üniversitesi'ne tahsis edilmiş; 1984-1985 öğretim yılında Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi tarihi binaya taşınmıştır. Tarihi binada halen Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Tıp Fakültesi, Eczacılık Fakültesi ve Hukuk Fakültesi bulunmaktadır.

Halen Marmara Üniversitesi adına tahsisli bulunan Haydarpaşa Kampüsü, kamunun hizmet malıdır. Hizmet malları bir kamu hizmetine, o hizmetin öğesini oluşturacak biçimde bağlanmış olan taşınmaz mallardır. Kadastro Kanununun 16. maddesinin (A) bendine göre, kamu hizmetlerinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, kayıt, belge veya özel kanunlarına göre Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye, köy veya mahalli idare birlikleri tüzel kişiliği adlarına tespit olunurlar. Başka bir anlatımla, bu mallar tapu kütüğünde söz konusu idareler adına tescil edilirler. Bunlar esas itibariyle devletin özel malı olup, tahsis işlemi ile kamu (hizmet) malı statüsü kazanırlar. Bu malların kamu hizmetine bağlandığı tahsis işlemi kaldırılmadıkça, satılmaları, başka bir kamu idaresince

kamulaştırılmaları, başka bir kamu idaresine (hizmetine) tahsisleri veya haczedilmeleri hukuken söz konusu değildir. Kamu (hizmet) malının sahibi konumundaki kamu tüzel kişisi, tahsisi kaldırırsa diğer bir kamu tüzel kişisi kamulaştırma yapabilir; tahsis işlemi kaldırılıp idarenin özel malı statüsüne sokulursa, başka bir kamu idaresine bedel karşılığı satılabileceği gibi bedelsiz olarak başka bir kamu tüzel kişisine tahsis de edilebilir.

Nitekim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasında, kamu idarelerinin kanunlarında belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz olarak tahsis edebilecekleri ve tahsis edilen taşınmazların amaç dışı kullanılamayacağı belirtilirken; ikinci fıkrasında Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri tahsis etmeye, kamu ihtiyaçları için gerekli olmayanların tahsisini kaldırmaya Maliye Bakanlığının; diğer taşınmazları tahsis etmeye ve tahsisini kaldırmaya ise maliki kamu idaresinin yetkili olduğu kurallaştırılmış; 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 13. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde ise Hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden kamu hizmeti için kullanılması gerekli olanları; genel, katma ve özel bütçeli idarelere tahsis etmek ve tahsis amacının ortadan kalkması veya amaç dışı kullanılması halinde tahsisi kaldırmak; tahsisi kaldırılan taşınmaz mallar üzerinde Hazine dışındaki

kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapı ve tesisleri tasfiye etmek, tasfiyeye ilişkin esas ve usulleri belirlemek görevleri Milli Emlak Genel Müdürlüğüne verilmiştir.

Taşınmaz tahsisi, niteliği itibariyle idari bir işlemdir. Anayasa Mahkemesi 25.05.1976 günlü ve E. 976/1, K. 976/38 sayılı kararında idari işlemi; "Kamu kurumu ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili olması gereken işlemdir." şeklinde tanımlamıştır. İdari işlem ve eylemlerden dolayı çıkacak uyuşmazlıkların çözümü de idari yargının görev alanına girmektedir.

İdari işlemlerin temel özelliklerinden biri, idari işlemlerin baştan hukuka uygun olduklarının varsayılması ve yargı kararıyla iptal edilmedikçe edilinceye kadar uygulanmasına devam edilmesidir.

Eğitim-öğretim faaliyetlerinde kullanılmak üzere 1983 yılında Marmara Üniversitesine idari işlemle tahsis edilen ve tahsis edildiği tarihten itibaren Haydarpaşa Kampüsü olarak hizmet veren Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının yürürlükteki mevzuata göre Marmara Üniversitesine tahsisinin kaldırılarak Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilebilmesi ve bu tahsisin hukuka

uygun olabilmesi için, ya Marmara Üniversitesine tahsis amacının ortadan kalkması ya da Marmara Üniversitesinin söz konusu binayı tahsis amacı dışında kullanması gerekmektedir.

1983'den 2015 yılına kadarki 32 yıllık süre içinde Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampüsü olarak eğitim-öğretim hizmeti veren ve bu süre içinde Marmara Üniversitesiyle özdeşleşip, diğer üniversitelerle rekabet halindeki Marmara Üniversitesinin marka kimliğine değer katan tarihi binanın tahsis amacı ortadan kalkmadan veya tahsis amacı dışında kullanıldığı ortaya konulmadan Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından tahsisinin kaldırılması durumunda, Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğu ve 36. maddesine göre de adil yargılanma hakkı herkese tanındığı için Marmara Üniversitesinin hukuka aykırı bu işleme karşı dava açma hakkını kullanma yolları açıktır.

Yasa koyucunun, niteliği itibariyle idari işlem olan ve idarenin yetkisinde bulunan tahsis işlemine karşı yargı yolunu kapatmak ve hak arama özgürlüğünü engellemek amacıyla tahsis işlemini yasa yoluyla yaptığı açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiş; 6. maddesinde egemenliği Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı; 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu; 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı kurallaştırılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Yasamanın genelliği ilkesine göre yasa koyucu istediği alanda istediği düzenlemeyi istediği şekilde yapmakta takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine uyarak adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının eğitim-öğretim faaliyetlerinde kullanmasında kamu yararı olduğu için 1983 yılında Marmara Üniversitesine tahsisi yapılmıştır. Tahsisin idari işlemle ortadan kaldırılabilmesi için ya tahsis amacının ortadan kalkması veya Marmara Üniversitesinin taşınmazı tahsis amacının dışında kullanması; tahsisin yasa yoluyla ortadan kaldırılıp Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilebilmesi için ise en azından Marmara Üniversitesine tahsisteki kamu

yararından daha üstün bir kamu yararı olduğunun ve bunun hakkaniyete uygun olduğunun ortaya konulması gerekir.

İptali istenen düzenlemenin, Anayasa'nın 56. maddesinde kurallaştırılan sağlık hakkıyla ilgisi olduğu ve sağlık hakkında daha üstün bir kamu yararı bulunduğu ileri sürülebilir. Ancak, eğitim-öğretim hakkı ile sağlık hakkı Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmişlerdir ve aralarında bir üstünlük olduğundan söz edilecekse eğitim-öğretim hakkı 42. maddeye konu oluştururken, sağlık hakkı ise 56. maddeye konu oluşturmuştur. Öte yandan, sağlık hakkının ön koşulu, sağlık hizmetini verecek yetişmiş insan gücünü yetiştirmekten geçmektedir ve Marmara Üniversitesi söz konusu binada yakın zamana kadar diğerleri yanında tıp eğitimi de vermiştir ve bundan sonra da vermesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır.

1983'de Marmara Üniversitesine milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirmek amacıyla tahsis edilen ve 6639 sayılı Kanuna kadarki 32 yıllık süre içinde Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampüsü olarak eğitim-öğretim hizmeti veren Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binası, Sağlık Bilimleri Üniversitesine daha üstün bir kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla değil, yine milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirmek üzere tahsis edilmektedir. 1983'den 2015 yılına kadarki 32 yıllık hizmet süresi içinde Marmara Üniversitesiyle özdeşleşip, diğer üniversitelerle rekabet halindeki Marmara Üniversitesinin marka kimliğine değer katan Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının, Marmara Üniversitesinden alınıp Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinde daha üstün bir kamu yararı bulunmadığı gibi yapılan tahsis işlemi adalete ve hakkaniyete uygun olmadığından, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Yasa koyucunun, niteliği itibariyle idari işlem olan ve idarenin yetkisinde bulunan tahsis işlemini, ortada daha üstün bir kamu yararı da bulunmadan yasayla elinden alıp başka bir kamu tüzel kişisine yasayla tahsis ederek Marmara Üniversitesi tüzel kişiliğinin hak arama özgürlüğünü engellemesi ve yargı yolunu kapaması, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu kuralına yer verilmiştir. Üniversitelere ise Anayasa'nın 130. maddesinde idari, mali ve bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirme görevi verilmiştir. Marmara Üniversitesine Anayasal görevi olan milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirmek üzere 1983 yılında tahsis edilen ve Marmara Üniversitesi tarafından halen Haydarpaşa Kampüsü olarak Adalet Meslek Yüksekokulu, Eczacılık Fakültesi ve Hukuk Fakültesi hizmeti veren Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının, Marmara Üniversitesinin uygun görüşü alınmadan ve Marmara Üniversitesine bu hizmeti yürüteceği başka bir bina da tahsis

edilmeden yasayla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinin Marmara Üniversitesince yürütülen Anayasal görevlerde aksamaya yol açacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu durum, Anayasa'nın 130. maddesiyle verilen ve Marmara Üniversitesi tarafından Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasında Haydarpaşa Kampüsü olarak yerine getirilen milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirme hizmetinin Anayasa'nın 123. maddesindeki esaslara göre hizmet binası, öğretim üyesi ve öğrenciler ile kampüs nitelemesine uygun eğitsel ve sosyal donatılar bütünlüğü içinde ve ahenkle yerine getirilmesinin önkoşulu olan idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasal görevin yerine getirilmesini sekteye uğrattığı için, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 123. ve 130. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin altıncı fıkrası, Anayasa'nın 2., 36., 123., 125. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 18. maddesi ile 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen "Dağıtım sistemindeki kayıpların azaltılmasına ilişkin tedbirler" başlıklı geçici 18. maddede "1/1/2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine Kurul yetkilidir." denilerek, EPDK'ya bu kayıp-kaçakların azaltılmasına ilişkin muğlak, detayı belli olmayan bir yetki tanınmıştır. Bu noktada, Kurul'un kayıp-kaçağı nasıl önleyeceğine dair hiçbir açık hüküm yer almamakla birlikte,

dava konusu yasal düzenlemenin Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmelerinde elektrik kayıp-kaçak bedeline ilişkin olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı temsilcisi tarafından yapılan açıklamada EPDK'nın 2011-2015 döneminde her yıl için 21 dağıtım bölgesine ayrı ayrı kayıp-kaçak oranlarının belirlemesi ihtiyacının ortaya çıktığı belirtilmiştir. Ayrıca, 18. madde düzenlemesiyle 2011-2015 tarife döneminin son yılı olan 2015 için EPDK'ya hedef kayıp kaçak oranlarının yeniden belirlemesi yetkisinin verilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Madde gerekçesinde " teknik ve teknik olmayan kayıp oranları Türkiye ortalamasının çok üzerinde olan elektrik dağıtım bölgelerinde, kayıplarla etkin mücadele edilmesi ve düşürülmesi ile ek önlemelerin alınabilmesine yasal imkan sağlanması amaçlanmıştır. Bu kapsamda ilgili

dağıtım bölgeleri için 1/1/2016 tarihine kadar bölgesel bazda düzenleme yapabilme yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna verilmektedir." denilmek suretiyle dava konusu düzenleme ile dağıtım şirketleriyle yapılan sözleşmelerin kayıp-kaçak oranlarının yeniden belirlenerek değiştirilmesinin amaçlandığı görülmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 15 inci maddesine göre, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması ve idareyle yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla bedeli aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a) İşin yapılma veya teslim tarihi.

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla, işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.

Öte yandan 6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen GEÇİCİ MADDE 18'de öngörülen ve sözleşmelerin değiştirilmesi anlamına gelen durum 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10 uncu maddesinde sayılan mücbir sebep hallerinden birisi de değildir. Buna göre, ihalesi yapılmış bir sözleşmede asli unsurlardan birisi olarak kabul edilen sözleşme bedelinin değiştirilebilmesi hukuken mümkün değildir.

Dava konusu düzenlemeyle, Elektrikte kaçak kullanımın yüksek olduğu bölgelerde faturalarını düzenli bir şekilde ödeyen elektrik abonelerinin daha fazla kayıp-kaçak ücreti ödemesi ve kayıp-kaçağı düşük olan bölgelerin kaçağın yüksek olduğu bölgelere daha fazla kaynak aktarmasına yasal bir zemin yaratılmaya çalışıldığı görülmektedir. Oysa yapılan düzenlemenin hukuka aykırı olduğu açıktır. Elektrik kayıp-kaçak hedefleri ile gerçekleşmeler arasındaki farktan kaynaklanan zarar mevcut durumda şirketlerin üzerine yüklenmektedir. Ancak dava konusu düzenlemeyle şirketler aleyhine olan bu zarar kamu tarafından üstlenilecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise, yasaların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını

gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç öğesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2.6.2011 tarihli ve 2008/88 Esas, 2011/85 Karar sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi, "hukuk devleti" ilkesini; hukuk güvenliği, kamu yararı, nesnellik kriteri, adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle birlikte açıkladığı başka bir Kararında şu tespitlerde bulunmuştur: "(...) Hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. (…) Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.2010 Tarihli ve 2008/22 Esas, 2010/82 Karar sayılı Kararı).

Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun, hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

"Hukuk devleti" ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların, yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri arasında yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle, yasakoyucunun, bu esası gözardı etmemesi ve yasama normlarında, bu olguyu en iyi şekilde yansıtması zorunludur.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin unsurlarından biri 'belirlilik' ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi,

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

6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen "Dağıtım sistemindeki kayıpların azaltılmasına ilişkin tedbirler başlığı taşıyan GEÇİCİ MADDE 18'de "1/1/2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine Kurul yetkilidir." düzenlemesi ile hem kamu yararı esas göz ardı edilmiştir hem de EPDK'ya bu kayıp-kaçakların azaltılmasına ilişkin muğlak, ucu açık, belirsiz, detayı belli olmayan bir yetki tanınmıştır. Elektrik dağıtımının özelleştirilmesi sürecinde gerek kamunun, gerek vatandaşların, gerekse de özel sektörün kâr edeceğine ilişkin yaklaşımlarla bu düzenlemenin gerekçesi olarak ifade edilen "Dağıtım şirketlerinin kâr edememesi" durumu devletin enerji politikalarında elektrik dağıtımının özelleştirmesi sürecine kamu yararı yaklaşımından ziyade özel sektörün karlılığını öne çıkaran bir tutum içerisinde olduğunu göstermektedir. Bu durumun kamu yararı amacı gütmediği kesindir. Bu nedenle, kamu yararı amacı gözetmeyen bu düzenleme Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmiştir. İptal edilmelidir.

Bununla birlikte, elektrik dağıtım şirketlerinin tamamı özelleştirilirken ihaleleri kazanan şirketlere kayıp-kaçağı azaltmak için hedefler verilmiş ve hedefi yakalayamayan şirketin, oluşan zararı kendisinin üstlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştı. Ancak bazı elektrik dağıtım bölgelerinde hedefin çok uzağında kalındığı görülmüş ve hatta bu oran hedefinin daha da arttırıldığı bilgisi kamuoyuna yansımıştır. Düşük performanstan dolayı gerçekleşen yüksek kayıp-kaçak düzeyinin oluşturduğu ek maliyeti dağıtım şirketlerinin üstlenmesi ve bu ek maliyetler hiçbir şekilde tüketicilere yansıtılmaması gerekirken dava konusu düzenlemeyle dağıtım şirketlerinin oluşan ek maliyetlerini karşılamak için tüketicilerin ödeyeceği elektrik faturalarının arttırılacağı ortadadır. Böylece, elektrik kayıp-

kaçağı düşük olan bölgeler, kaçağın yüksek olduğu bölgelere daha fazla kaynak aktaracaktır. Bu, düzenli ödeme yapan abonelerin daha fazla kaçak parası ödeyeceği anlamına gelmektedir.

Öte yandan bir özelleştirme yapılırken özelleştirmenin şartnamesinde riskler, kârlılık durumu, verimlilik durumuna ilişkin analizlere yer verilmektedir. Özelleştirilecek kamu işletmesine talipli şirketler belli bir bedel karşılığı şartnameyi alıp incelemektedir. Bu şartname üzerinden ihale gerçekleştirilmekte ve şirketler bu şartlara göre kâr edeceğini düşünerek bu süreci nihayetlendirmektedirler. Özelleştirme öncesi belirlenen ihale şart ve kriterlerinin süreç tamamlandıktan sonra değiştirilmesi haksız kazanca yol açacaktır. İptali istenen dava konusu düzenleme, kayıp kaçak oranlarının diğer bölgelerden yüksek olan bölgelerde EPDK'nın fiyatları ayarlamaya yetkili olmasının kanuni zemine yerleştirilmesi ve doğrudan doğruya özelleştirme şartnamesine, ihalesine, kanunla müdahale anlamına gelmektedir.

Kayıp-kaçak oranının yeniden düzenlenmesiyle elektrik dağıtım şirketlerine ek finansman yaratılması geçtiğimiz yıllarda Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) kararlarına da yansımıştır. Örneğin, 16.12.2010 tarihinde EPDK'nın 2932 sayılı kararına göre Dicle Elektrik Dağıtım Şirketinin 2013 yılı hedefi yüzde 42,06 olarak belirlenmişti. Ancak EPDK'nın 15.11.2012 tarihli 4128 sayılı kararına göre Dicle Elektrik Dağıtım Şirketinin kayıp kaçak hedefi yüzde 71,07 olarak revize edilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle Dicle EDAŞ'a 400 milyon TL ek finansman sağlanmaktadır.

EPDK'nın 15.11.2012 tarihli kararına göre 2015 yılı kayıp kaçak oran hedefleri Dicle EDAŞ için yüzde 49,03; Vangölü EDAŞ için yüzde 35,94; Aras EDAŞ için yüzde 17,73; Toroslar EDAŞ için yüzde 10,72; Boğaziçi EDAŞ için yüzde 9,78 olarak yeniden belirlenmiştir. Oysa Türkiye Elektrik Dağıtım Şirketi verilerine göre, Dicle, Vangölü ve Aras Elektrik Dağıtım Şirketlerinin bulunduğu bölgelerde fiili kayıp kaçak oranının yüzde 75'ler düzeyinde olduğu bilinmektedir.

Ülkemizde elektrik tüketim faturalarını oluşturan kalemler tüketicilere hiçbir şekilde yükümlülüğü olmayan ekonomik yük getirmektedir. Elektrik faturalarından tüketim tutarı, kayıp/kaçak bedeli (tüketim tutarı içerisinde saklı), dağıtım bedeli, iletim sistemi kullanım bedeli, perakende satış hizmet bedeli, sayaç okuma bedeli, enerji fonu, TRT payı, elektrik tüketim vergisi ve KDV kalemleri adı altında tahsilat yapılmaktadır. Kayıp/kaçak elektrik bedelinin elektrik tüketimine yönelik bir uygulamadır. Kayıp/kaçak bedeli elektrik enerjisinin iletimiyle ilgilidir. Elektrik enerjisi, abonelere iletilmek üzere santrallerden dağıtım sistemine girmektedir. Elektrik enerjisinin bir kısmının iletim hatlarındaki teknik problemler nedeniyle yolda kaybolması, bir kısmının da kaçak kullanılması nedeniyle santrallerden çıkan elektrik enerjisinin tamamı tüketicinin sayacından geçmemektedir. Santrallerden çıkan elektrik enerjisi miktarı ile tüketicinin sayacındaki elektrik enerjisi miktarı arasındaki fark "kayıp/kaçak" olarak ifade edilmektedir.

Diğer bir ifadeyle kayıp/kaçak bedeli elektrik sisteminde var olan teknik ve teknik olmayan kaybın maliyetinin

kayıp/kaçak bedeli oranları ölçüsünde karşılanabilmesi amacıyla tüketicilere yöneltilen bir bedeldir.

Oysa Anayasa'nın 172. maddesi, Devlete tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etmek görevlerini yüklemiştir. Ancak elektrik abonesi olan tüketicilerden Anayasal hiçbir dayanağı olmadan ve Anayasa'ya aykırı şekilde, 6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen GEÇİCİ 18. madde ile mali yükümlülükler getirilmesi sağlanmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, "satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir." hükümleri yer almaktadır. Görüldüğü gibi 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. madde dayanak gösterilerek elektrik abonelerinden tahsil edilecek her türlü kaçak/kayıp bedeli hukuki dayanaktan ve anayasal ilkelerden yoksun olacağı gibi Tüketicinin korunması hakkında kanun hükümleri ile de çelişecektir.

Bu yönüyle, dava konusu geçici 18. madde faturalarını düzenli ödeyen tüketiciler bakımından ek mali yükümlülükler getirdiği ve ihaleyi alan firmalar için de sözleşme sonrası yeni şartlar oluşturduğundan ve haksız kazanca yol açtığından Anayasa'nın 172. maddesindeki Tüketicilerin korunması ile ilgili "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder" hükmüne aykırıdır. İptal edilmelidir.

Öte yandan, T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu elektrik kayıp-kaçak bedelinin tahsilinin hukuka aykırı olduğuna ilişkin kararında (E: 2013/7-2454, K: 2014-679) 21.5.2014 Tarihli Kararı'nda. "...Elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlanmak suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin, kurallara uyan abonelerden tahsili yoluna gitmek hukuk devleti ve adalet düşünceleri ile bağdaşmamaktadır. Hem bu hal, parasını her hâlükârda tahsil eden davacı Kurum'un çağın teknik gelişmelerine ayak uydurmasına engel olur, yani davacı kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ihtiyacı duymayacağı gibi; elektriği hırsızlamak suretiyle kullanan kişilere karsı önlem alma ve takip etmek için gerekli girişimlerde de bulunmasını engeller. Oysa ki, elektrik kaybını önleme ve hırsızlıkları engelleme veya hırsızı takip edip, bedeli ondan tahsil etme görevi de bizzat enerjinin sahibi bulunan davacıya aittir.

Bununla birlikte, tüketici olan vatandaşın faturalara yansıtılan kayıp-kaçak bedelinin hangi miktarda olduğunun apaçık denetlenebilmesi ve hangi hizmetin karşılığında ne bedel ödediğini bilmesi, yani şeffaflık hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır." tespitinde bulunmuştur.

Yüksek yargı kararında, bu uygulamanın hukuk devleti ilkesi ve adalet anlayışıyla bağdaşmadığı, dağıtım şirketlerinin kayıp enerji miktarını azaltmak ya da kaçak kullanımı engellemek için altyapı ve üstyapıda gerekli yatırım ve organizasyonu yapmasına engel teşkil edeceği gibi gerekçelere dayanmıştır. İlgili dağıtım şirketinin yapmış olduğu karar düzeltme girişimi de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.12.2014 tarihinde vermiş olduğu kararıyla reddedilerek, 21.5.2014 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı kesinleşmiştir. Son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu tahsilatların iadesine karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ödemesini zamanında ve düzgün yapan tüketiciden elektrik kayıp-kaçak bedelinin alınamayacağı yönündeki kararına rağmen, yasama organı tarafından bu karar göz ardı edilerek kanunlaşmış olan dava konusu düzenleme hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi toplumda adalet dengesinin kurulmasına engel olacak niteliktedir.

Ayrıca, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmünü içermektedir.

Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır. Bu nedenle iptali istenen kural ile kesinleşmiş mahkeme kararlarının uygulanamayacağının öngörülmüş olması Anayasa'nın 138. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle 6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. madde, Anayasa'nın 138. maddesini de ihlal etmiştir. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. madde, Anayasa'nın 2., 138. ve 172. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı

fıkrasındaki "Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve …" ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanunun 21. maddesiyle 638 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 12. maddeyle, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü bölge müdürlükleri kapatılarak bölge müdürlüklerinin kullanımında olan her türlü taşınır, araç, gereç, malzeme, borç ve alacakları ile kayıt ve dokümanları personeliyle birlikte

Kredi ve Yurtlar İl Müdürlüklerine devredilirken; 6639 sayılı Kanunun 22. maddesiyle 638 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasıyla ise bölge müdürlükleri kapatılarak personeliyle il müdürlüklerine devredilen Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü yanında Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde; Genel Müdür Yardımcısı, Müşavir, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Müstakil/Unvanlı Daire Başkanı, Daire Başkanı, Bölge Müdürü, Bölge Müdür Yardımcısı, Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürü, Gençlik Hizmetleri ve Spor İlçe Müdürü, Federasyon Genel Sekreteri, Yurt Müdürü ve Gençlik Merkezi Müdürü kadrolarında bulunanların görevlerinin hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ererek Araştırmacı kadrolarına hâlen bulundukları kadro dereceleriyle hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılacakları kurallaştırılmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilirken; 129. maddesinin ilk fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlileri, Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü kılınmışlardır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen kanunla düzenlemeden amaç; nitelik, atanma, görev, yetki, hak ve yükümlülükler ile aylık ve ödenekleri kapsayan unsurlar, yasama tasarrufuyla düzenlensin de nasıl düzenlenirse düzenlensin serbestliğinde değil; kanunla düzenlemenin, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğinin bilinci içinde ve Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete verilen temel amaç ve görevleri hayata taşıyacak personel sistemi bütünlüğü içinde yapılması; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin de görevlerini Anayasa'nın 129. maddesinin ilk fıkrasına göre Anayasa ve kanunlara sadık kalarak yapmasıdır. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasındaki kurallaştırmada önceliğin kamu görevlilerine/personeline değil, Devletin varlık nedeni olan ve

herkesi ilgilendiren müşterek/ortak işlere veya meselelere yani kamu hizmetlerine/görevlerine verilmiş olmasının anlamı da budur.

Kamu personel sisteminde "spoil system" (yağma sitemi) ve liyakat sistemi olmak üzere başlıca iki sistem görülmektedir. Tarihte "yağma sistemi", Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

İngiltere'de on dokuzuncu yüzyıla kadar yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmakta ve aristokrat sınıfı "çalışmak" demek olan memurluk yapmak yerine, elindeki memuriyet kadrolarını başkalarına kiralamakta ya da satmaktaydı.

Spoil system, en özgün ifadesini ABD Başkanı Andrew Jackson'ın, 1829'da söylediği "Ganimet, seçimden zaferle çıkanındır." sözünde bulmaktadır. Bu sistemde,

iktidarın değişmesiyle, tüm kamu görevleri el değiştiriyor; devlet kadroları, seçimi kazanan siyasal parti/başkan için seçim zaferinin "ganimet"i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasal partinin siyasal destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görülüyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasal partilere yakınlık, yandaşlık ve sadakat kriterine bağlanmasına dayanan yağma sistemi, 1883'de yürürlüğe giren Pendleton Act'a kadar sürmüştür. Sınıflandırma ve liyakatin esas alındığı bu yasadan itibaren ABD'de giderek azalan yağma sistemi, yerini liyakate terk ederek günümüzde yüzde birler seviyesine düşmüştür.

Türkiye'de ise, personel rejimi olarak Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminin başlangıçtan beri "liyakat ilkesi" üzerinde yükselen statü hukuku geçerlidir.

Anayasa'nın 70. maddesinde, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrım gözetilemez." kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, "eşitlik" ve "liyakat" ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi "görevin gerektirdiği nitelikler" ifadesini, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında; "Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine

getirilmemiş olacak demektir." şeklinde yorumlayarak, "görevin gerektirdiği nitelikler"den "liyakat" ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesine göre kamu idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görecek memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ve ortak düzenlemeler, Anayasa'nın 70. maddesindeki ilke çerçevesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ile 5. maddesindeki Devletin temel amaç ve görevleri ve 70., 128. ve 129. maddelerinde kurallaştırılan temel ilkeler üzerine oturtulmuştur. 657 sayılı Kanunun 3. maddesinde "kariyer" ve "liyakat" Kanunun temel ilkeleri olarak belirlenmiş; kariyer ilkesi, devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetişme koşullarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme olanağı sağlamak; liyakat/yeterlik ilkesi ise, devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi,

sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini yeterlik sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit olanaklarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak olarak tanımlanmıştır.

Keyfiyete izin vermeyen liyakat ilkesi ile uzmanlaşmaya önem veren kariyer ilkesi, hukuk devleti ilkesini benimsemiş Cumhuriyet rejimlerinde, kamu personel sisteminin temel taşıdır ve kamu hizmetlerinin hukuka uygun ve kamu yararına sonuç verecek şekilde düzenli, süratli, etkili, verimli ve ekonomik şekilde yürütülebilmesi bu ilkelerin ödünsüz uygulanmasından geçmektedir.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları, idare hukukunun temel ilkelerinden biridir. Nitekim 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un 1. maddesinde, Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunlara bağlı kuruluşlarda teşkilat kanunu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın atama ve nakillerin 2451 sayılı Kanuna göre yapılacağı hüküm altına alınmış; 2. maddesinin birinci fıkrasında, Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararla atama yapılacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrasında "Bunların nakilleri ve görevden alınmaları da aynı usule göre olur." denilerek söz konusu ilke yasa kuralı haline getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin hukuk güvenliğinin sağlanması bağlamında geliştirdiği istikrar kazanmış içtihadına göre;

(i) Bir statüye atanmış olan kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı sürece görev güvencelerinin sağlanması,

(ii) Hukuki statüde değişiklik olduğu takdirde, kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması,

(iii) Kamu görevlilerinin meşru beklentilerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereğince korunması,

Gerekmektedir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlar ile bundan sonraki kararlarında yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından, vazgeçtiği gözlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine gitmesinin kamu yönetimi, kamu hizmetleri ve kamu personeli üzerinde yol açtığı tahribatın boyutları üzerine yapılmış bilimsel çalışmalar olmamakla birlikte, siyasal iktidarı cesaretlendirerek keyfi yönetimin önünü açtığı açıktır.

6639 sayılı Kanunun 21. maddesiyle 638 sayılı KHK'ye eklenen geçici 12. maddeyle, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü bölge müdürlükleri kapatılarak personeliyle birlikte Kredi ve Yurtlar İl Müdürlüklerine devredilirken; 6639 sayılı Kanunun 22. maddesiyle 638 sayılı KHK'ye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasıyla ise Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü bölge müdürlüklerinin kapatılmasının arkasına sığınılarak Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü yanında teşkilat yapısında hiçbir değişiklik olmayan Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde; Genel Müdür Yardımcısından şube müdürüne kadar tüm personelin yasayla görevlerinden alınark araştırmacı kadrolarına atanmaları öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa Mahkemesi daha yakın zamanlarda aldığı 3.4.2013 tarihli ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararında, "Diğer taraftan, teşkilat yapısı değiştirilen Devlet Su işleri Genel Müdürlüğü ve Elektrik İşleri Etüd İdaresi Genel Müdürlüğünün bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin görevlerinin sona erdirilerek müşavir veya araştırmacı kadrolarına atanmış sayılmalarının öngörülmesi, yeniden teşkilatlanma sonucu ortaya çıkan hukuki ve fiili

zorunluluklar nedeniyledir. Meydana gelebilecek bu değişiklik, daha önce kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da uygulanabilecektir." diyerek, teşkilat yapısının değişmesi ve yeniden teşkilatlanmada ortaya çıkan hukuki ve fiili zorunlulukları, kamu görevlilerinin görevlerinden alınıp araştırmacı veya müşavir kadrolarına atamada gerekçe olarak nitelemiştir.

Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü'nün teşkilat yapısında hiçbir değişiklik olmadığı halde Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde Genel Müdür Yardımcısından şube müdürüne kadar olan kadrolarda görev yapan ve bu kadrolara liyakat ve kariyer ilkelerine göre atanan/atanması gereken kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmeseler de en azından bulundukları kadrolarda görev güvencelerinin sağlanmasına yönelik meşru beklentilerine dayalı hukuk güvenliklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, hiçbir şekilde statü hukukunun liyakat ilkesine dayandığı gerçeği ile görevden almaların atamadaki usule göre olacağı ilkesi ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez. Bu itibarla iptali istenen ibareler, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Statü hukukunda, hukuk güvenliği

ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmakta; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir.

"Doğruluğun düşünce sistemlerinin ilk erdemi olması gibi, adalet de toplumsal kurumların ilk erdemidir… Kanunlar ve kurumlar ne kadar etkin ve iyi düzenlenmiş olursa olsun, şayet adaletsiz iseler, yeniden düzenlenmeli ya da kaldırılmalıdırlar… adalet bazılarının özgürlüğündeki eksilmenin, başkaları tarafından paylaşılan daha büyük bir iyi ile haklı kılınmasını kabul etmez… adaletin sağlamış olduğu haklar politik pazarlığa veya toplumsal çıkar hesaplarına bağlı değildir… bir adaletsizliğe ancak daha büyük bir adaletsizlikten kaçınmak için müsamaha gösterilebilir." (Bkz. RAWLS, John; A Theory of Justice, s:3-4, Oxford University Press, 1985.).

Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü'nün teşkilat yapısında hiçbir değişiklik olmadığı halde Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde Genel Müdür Yardımcısından şube müdürüne kadar olan kadrolarda görev yapanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından bulundukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanması hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olmasına rağmen, kazanılmış

hak olarak değerlendirilmese dahi, adaletli bir hukuk düzeninde meşru beklentilerin karşılanması niteliğinde olduğundan; statü hukukuna ve liyakat ile kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, yasayla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmaları, hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasa'nın 70. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

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

İptali istenen ibareler, Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü'nün teşkilat yapısında yapılan değişikliklerin zorunlu bir sonucu değildir. Buna göre söz konusu işlemin sebep unsuru, teşkilattaki değişiklikten dolayı kadroların iptal edilmesi, yeni kadrolar ihdas edilmesi değildir. Bu yanıyla da yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden farklı bir yanı da bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2013

tarihli ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararında da belirtildiği üzere "… bu durumun, sebep unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespitinin anayasal bir sorun olduğu ve bu yöndeki denetimin Anayasa Mahkemesince yapılması gerektiği açıktır." Anılan atama işleminin idari işlemle yapılması durumunda, kişiler hak arama hürriyetlerini kullanabilecekler iken, doğrudan kanunla yapılması nedeniyle, idari yargı mercileri önünde hak arama özgürlüklerinin sınırlandığı da apaçık bir gerçektir. Anayasa'nın 70. maddesinin göndermesiyle kariyer ve liyakat ilkelerine dayalı bir personel sisteminde, teşkilattaki değişiklikten dolayı bir kısım kadroların iptali ve yeni kadroların ihdası gibi ayrık durumlar hariç, kamu görevlilerinin atamalarındaki usulü göre görevden alınmaları ve atama ve görevden almaların idari işlemlerle gerçekleştirilip yürütme organının yetkisinde olması gerçeği karşısında, görevden almalara karşı kamu görevlilerinin hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak amacıyla yasama tasarrufunda bulunulması ve

nihayetinde kamu görevlilerinin yargı mercileri önünde dava açma haklarının ellerinden alınması, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanunun 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki "Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 36., 70. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin birinci fıkrasıyla;

4857 sayılı İş Kanunu ile 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hariç olmak üzere, tabi oldukları personel kanununa bakılmaksızın Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı ve ilgili kuruluşlar ile başkan ve üyeleri hariç olmak üzere 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda;

a) Görevden alınan veya görev süreleri sona eren müsteşarlar ile ek göstergesi 7600 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında bulunanlar Başbakanlık merkez müşaviri kadrolarına, ek göstergesi 7000 olan yönetici kadrolarında bulunanlar Başbakanlık müşaviri kadrolarına,

b) (a) bendinde belirtilenler hariç olmak üzere ek göstergesi 6400 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında veya pozisyonlarında bulunanlardan Başbakanlık Merkez Teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanlar görevden alındıklarında veya

görev süreleri sona erdiğinde Başbakanlık müşaviri, bakanlık merkez teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanlar bakanlığın müşavir kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda olanlar kurumlarının müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarına,

c) Ek göstergeleri 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde;

1) Daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları,

yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

2) Daha önce (1) numaralı alt bentte belirtilen kadrolarda bulunmayanlardan ek göstergesi 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar ilgili kuruma ait (1) numaralı alt bentte yer alan kadro veya pozisyonlardan kurumlarınca tespit edilmiş olan kadro veya pozisyonlarına,

3) (2) numaralı alt bentte belirtilenlerden üç yıldan az görev yapmış olanlar, bu maddeye göre ihdas edilmiş sayılan merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

ç) Ek göstergesi 3600'den daha düşük tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde;

1) Daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

2) Diğerleri, bu maddeye göre ihdas edilmiş sayılan merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

atanmaları ve bu şekilde atananlardan bir ay içinde talepte bulunanların, atamaya yetkili amirler tarafından bu fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonları dışındaki daha önce bulundukları veya öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara bir ay içinde atanacakları öngörülmekte;

İkinci fıkrasında, birinci fıkra kapsamında atananlar ile anılan fıkranın son cümlesi uyarınca talep üzerine yapılacak atamalar için uygun boş kadro veya pozisyon bulunmaması hâlinde, bunlar için başka bir işleme gerek kalmaksızın, söz konusu kadro veya pozisyonların ihdas edilmiş ve kurumların kadro veya pozisyon cetvellerinin ilgili bölümlerine eklenmiş sayılacağı; bu şekilde ihdas edilmiş sayılan kadro ve pozisyonların boşalması hâlinde, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı ve anılan kadro ve pozisyonlara atananların, atamaya yetkili amirleri tarafından belirlenen birimlerde istihdam edilecekleri;

Üçüncü fıkrasında, birinci fıkra hükmü kapsamında atananlardan birinci fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonlarında kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali haklarının, atandıkları söz konusu kadro veya pozisyonlarda bulunmaları kaydıyla, atandıkları tarihi takip eden ay başından itibaren ikinci yılın sonuna kadar fiili çalışmaya bağlı ödemeler hariç, önceki görevine ait ödeme unsurları esas alınarak verilmeye devam edileceği;

kurallaştırılarak; Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin temel niteliklerine ve Anayasa'da yer alan kamu hizmeti ile kamu personeline ilişkin kurallara ve bu kurallardan türetilmiş 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine rağmen; Türkiye'nin Tanzimat ile başlayan ve Cumhuriyetle taçlandırılıp 657 sayılı Kanunla zirveye taşınan "liyakat" ilkesi temelli statü hukukuna dayalı personel sistemi, tam anlamıyla ve nihai şekilde "spoil system"e (yağma sistemi) dönüştürülmektedir. Çünkü 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'ler ile sonraki yasal düzenlemelerde geçici maddelere dayandırılan görevden almalar, 6639 sayılı Kanunla 375 sayılı KHK'ye ek madde eklenerek süreklilik boyutuna vardırılmıştır.

Tarihte "spoil system" (yağma sitemi) Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

İngiltere'de on dokuzuncu yüzyıla kadar yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmakta ve aristokrat sınıfı "çalışmak" demek olan memurluk yapmak yerine, elindeki memuriyet kadrolarını başkalarına kiralamakta ya da satmaktaydı.

Spoil system, en özgün ifadesini ABD Başkanı Andrew Jackson'ın, 1829'da söylediği "Ganimet, seçimden zaferle çıkanındır." sözünde bulmaktadır. Bu sistemde, iktidarın değişmesiyle, tüm kamu görevleri el değiştiriyor; devlet kadroları, seçimi kazanan siyasal parti/başkan için seçim zaferinin "ganimet"i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasal partinin siyasal destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görülüyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasal partilere yakınlık, yandaşlık ve sadakat kriterine bağlanmasına dayanan yağma sistemi, 1883'de yürürlüğe giren Pendleton Act'a kadar sürmüştür. Sınıflandırma ve liyakatin esas alındığı bu yasadan itibaren ABD'de

giderek azalan yağma sistemi, yerini liyakate terk ederek günümüzde yüzde birler seviyesine düşmüştür.

Türkiye'de ise, personel rejimi olarak Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminin başlangıçtan beri "liyakat ilkesi" üzerinde yükselen statü hukuku geçerlidir.

Anayasa'nın 70. maddesinde, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrım gözetilemez." kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, "eşitlik" ve "liyakat" ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi "görevin gerektirdiği nitelikler" ifadesini, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında; "Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir." şeklinde yorumlayarak, "görevin gerektirdiği nitelikler"den "liyakat" ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilirken; 129. maddesinin ilk fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlileri, Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü kılınmışlardır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen kanunla düzenlemeden amaç; nitelik, atanma, görev, yetki, hak ve yükümlülükler ile aylık ve ödenekleri kapsayan unsurlar, yasama tasarrufuyla düzenlensin de nasıl düzenlenirse düzenlensin serbestliğinde değil; kanunla düzenlemenin, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğinin bilinci içinde, Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete verilen temel amaç ve görevleri hayata taşıyacak personel sistemi bütünlüğü içinde ve Anayasa'nın 70. maddesinde öngörüldüğü üzere kamu görevine atama, görev içinde yükseltme ve göreve son vermenin "liyakat" ilkesine dayandırılarak yapılması ve memurlar ve diğer kamu görevlilerinin de görevlerini Anayasa'nın 129. maddesinin ilk fıkrasına göre Anayasa ve kanunlara sadık kalarak yürütmesidir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasındaki kurallaştırmada önceliğin kamu görevlilerine/personeline değil, Devletin varlık nedeni olan ve herkesi ilgilendiren müşterek/ortak işlere veya meselelere yani kamu hizmetlerine/görevlerine verilmiş olmasının anlamı da budur.

Önceliğin kamu hizmetlerine verilmesi Cumhuriyet rejiminin ontolojik temelinde yatar. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir. Tarihsel olarak Roma Cumhuriyetinde kamu görevi/hizmeti olarak nitelendirilen ortak işleri görmek üzere tayin edilen kişilere "magistratus" deniyordu ve bunlar kamusal otoriteyle yani halkın bütününü ilgilendiren meseleleri kapsayan bir otoriteyle donanmış bulunuyordu.

Cumhuriyet rejiminin kamunun ortak işleri bağlamında varlık kazanıp, ortak işlerin görülmesinin her şeyden üstün tutulması anlayışına dayanması nedeniyledir ki, Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmetlerini yürütecek olan kamu görevlilerinin görevlerini kamu yararına ve hukuka uygun yürütmelerine güvence oluşturmak üzere kamu görevlilerinin özelliklerinin yasayla düzenlenmesi öngörülmüş ve kamu idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütecek memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ve ortak düzenlemeler, Anayasa'nın 70. maddesindeki ilke çerçevesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 5. maddesindeki Devletin temel amaç ve görevleri ile 70., 128. ve 129. maddelerinde kurallaştırılan temel ilke ve kurallar üzerine oturtulmuştur. 657 sayılı Kanunun 3. maddesinde "kariyer" ve "liyakat" Kanunun temel ilkeleri olarak belirlenmiş; kariyer ilkesi, devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetişme koşullarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme olanağı sağlamak; liyakat/yeterlik ilkesi ise, devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini yeterlik sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit olanaklarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak olarak tanımlanmıştır.

Keyfiyete izin vermeyen liyakat ilkesi ile uzmanlaşmaya dayanan kariyer ilkesi, hukuk devleti ilkesini benimsemiş Cumhuriyet rejimlerinde, kamu personel sisteminin temel taşıdır ve kamu hizmetlerinin hukuka uygun ve kamu yararına sonuç verecek şekilde düzenli, süratli, etkili, verimli ve ekonomik şekilde yürütülebilmesi bu ilkelerin ödünsüz uygulanmasından geçmektedir.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları ise idare hukukunun temel ilkelerinden biridir. Nitekim 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un 1. maddesinde, Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunlara bağlı kuruluşlarda teşkilat kanunu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın atama

ve nakillerin 2451 sayılı Kanuna göre yapılacağı hüküm altına alınmış; 2. maddesinin birinci fıkrasında, Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararla atama yapılacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrasında "Bunların nakilleri ve görevden alınmaları da aynı usule göre olur." denilerek söz konusu ilke yasa kuralı haline getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin tüm bu tarihsel olguları, Cumhuriyet rejiminde kamu görevlilerinin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetinin özelliği ve önceliğinden kaynaklanan niteliğini ve Anayasal ilke ve kuralları gözeterek, asli ve sürekli kamu hizmetlerinin tarafsız, tüm yurttaşlara

eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde sunulmasının kamu görevlilerinin hukuk güvenliklerinin sağlanmasından geçtiği gerçeğinden hareketle geliştirdiği istikrar kazanmış içtihadına göre;

(i) Bir statüye atanmış olan kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı sürece görev güvencelerinin sağlanması,

(ii) Hukuki statüde değişiklik olduğu takdirde, kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması,

(iii) Kamu görevlilerinin meşru beklentilerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereğince korunması,

Gerekmektedir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 06.04.2006 günlü ve E.2003/112, K.2006/49; 04.02.2010 günlü ve E.2007/97, K.2010/32; E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararları).

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlar ile bundan sonraki kararlarında yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından vazgeçerek "yasamanın genelliği ilkesi" ile çapraşık açıklamalardan sonra nihayetinde "statü hukukunda kazanılmış haktan söz edilemeyeceği" argümanına dayanan yeni içtihada gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine gitmesinin kamu yönetimi, kamu hizmetleri ve kamu personeli üzerinde yol açtığı tahribatın boyutları üzerine yapılmış bilimsel çalışmalar şimdilik olmamakla birlikte, siyasal iktidarı cesaretlendirerek keyfi yönetimin önünü açtığı açıktır. Siyasal İktidarın KHK'lerle başlattığı görevden almalar Milli Eğitim Bakanlığında sınavla kazanılmış okul müdürlüğü ve şube müdürlüklerine kadar taşınarak üç yıl içinde 10 binin üzerinde kamu görevlisi yasayla görevlerinden alınmış; nihayetinde bu görevden almalar, 6639 sayılı Kanunla sürekliliğe taşınarak kamu personel sistemi "yağma sistemi"ne taşınmıştır.

Kamu personeline ilişkin temel düzenleme olan ve dolayısıyla bu konudaki düzenlemelerin yorumunda referans alınması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3 üncü maddesinde, Anayasa'nın 70 inci maddesinden hareketle, Kanunun temel ilkeleri, "sınıflandırma", "kariyer", "liyakat" olarak ortaya konulmuş; liyakat-yeterlilik, "Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır." şeklinde tanımlanmış; 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadroların, emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmayacağı

kurallaştırılmıştır. Memurların atandıkları kadrolar, 657 sayılı Kanunun sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnasını oluşturan istisnai memuriyete atamada, istisnai memuriyete atananlar açısından kazanılmış hak sayılmıyorsa, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine dayalı atamalarda ise atananlar açısından ileriye yönelik kazanılmış hak sayılıyor demektir.

Dolayısıyla, kamu personeline ilişkin düzenlemelerin Anayasal yorumunda, kamu hizmetinin veya Cumhura ait ortak işlerin Cumhuriyet rejimiyle özdeşleşen niteliğinin göz önüne alınması ve Anayasal ilke ve kurallar çerçevesinde temellendirilmiş statü hukukunun ve bunun kodifiye edilmiş hali olan 657 sayılı Kanunun temelinin liyakat ilkesi olduğunun gözetilerek sistem bütünlüğü içinde analiz edilmesi temel bir zorunluluktur.

Statü hukukunun temel özelliği, kişilerin Devlet tarafından tek yanlı olarak belirlenmiş statüye girerek statü çerçevesinde görev yapmayı kabul etmesi olmakla birlikte; ayırt edici niteliği kamu görevlerine girme, sınıflar içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde temel ölçünün liyakat ilkesine dayandırılmasıdır. Liyakat ilkesi ise bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmayı gerektirir. Çünkü, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapılabilmesine engel bulunmamakla birlikte, bu yönde yapılacak yasal düzenlemelerde, önceliğin kamu hizmetlerinin hukuka ve kamu yararına yürütülmesine verilerek daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi, liyakat ilkesi ile ve hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği mutlak bir zorunluluktur. Bu işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise kamu hizmetlerinin sunumunda istikrara hizmet etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ise yasaların kamu yararına dayanması ile adaletin ve hukuk güvenliğinin sağlanmasına ilişkin gün ışığında yönetim özleminden doğmuştur.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi, bireyin hukuki durumunun süreceği yönündeki beklentilerinin güvence altına alınması anlamına

gelir. Kamu görevlilerinin hukuk güvenliği içinde çalışmaları, kamu görevlilerine tanınmış bir ayrıcalık değil, kamu hizmetinin önceliği ve özelliğinin zorunlu bir sonucudur.

Bu bağlamda, statü hukukuna dayanan ve liyakat ilkesini temel alan personel sisteminde, kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerde ve bu düzenlemelerin yorumunda, kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmeseler de en azından bulundukları kadrolarda görev güvencelerinin sağlanmasına yönelik meşru beklentilerine dayalı hukuk güvenliklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmazıdır. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, hiçbir şekilde statü hukukunun liyakat

ilkesine dayandığı gerçeğinin ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez; geçmesine müsaade edilemez. Aksinin kabulü, Cumhuriyet rejiminin ontolojik temelinde yatan kamuya ait ortak işlerin, yani asli ve sürekli kamu hizmetlerinin tarafsız, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde sunulmasının, kamu görevlilerine hukuk güvenliği sağlanmasından değil de seçilmişlerin irade, istek ve çıkarlarına göre yönetimden geçtiğidir ki; bunun demokratik devlet ilkesi üzerinde yükselen Cumhuriyet rejimindeki anlamı seçilmişlerin despotizmidir.

Bu itibarla Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışının temelinde yatan, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin (herkese yani Cumhur'a ait ortak işlerin) gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, tarafsız, düzenli, sürekli, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde yürütülmesinin ön koşulu ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın bileşeni olan statü hukukuna dayalı personel sisteminin, yağma sistemine dönüştürülerek; görevlerinden alınan veya görev süresi sona eren yönetici kadro ve pozisyonundaki kamu görevlilerinin ek göstergelerine göre, yaptıkları görevden düşük statülü Başbakanlık merkez müşaviri, Başbakanlık müşaviri, bakanlık müşaviri, müşavir, danışman, müfettiş, denetçi, araştırmacı gibi kadrolara atanmalarını; bu şekilde daha düşük statülü görevlere atananlardan yönetici kadro veya pozisyonunda kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali haklarının atandıkları daha düşük statülü kadrolarda iki yıl süreyle eski kadrolarından ödenmesini, iki yıldan fazla süren sürelere ilişkin olanlar ile asıl kadrolarında fiilen iki yıldan az süre görev yaptıktan sonra düşük statülü görevlere atananların mali haklarının düşük statülü kadrodan ödenmesinin öngörülmesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik devlet ilkesi ile Anayasa'nın 5. maddesindeki Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığından iptali istenen düzenlemeler bir bütün olarak Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine; kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı halde görev güvencelerini ortadan kaldırdığı, kamu görevlilerinin kazanılmış hakları olmakla birlikte (en azından mali haklar kazanılmış haktır), kazanılmış hakları olarak değerlendirilmese dahi meşru beklentileri hukuki güvenlik ilkesi gereğince korunmadığı için ise yine bir bütün olarak Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; yasayla yapılan düzenleme Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin, tarafsız, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde sunulmasının güvencesini ortadan kaldırdığı için Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Statü hukukunda, hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmakta; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu

görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir.

"Doğruluğun düşünce sistemlerinin ilk erdemi olması gibi, adalet de toplumsal kurumların ilk erdemidir… Kanunlar ve kurumlar ne kadar etkin ve iyi düzenlenmiş olursa olsun, şayet adaletsiz iseler, yeniden düzenlenmeli ya da kaldırılmalıdırlar… adalet bazılarının özgürlüğündeki eksilmenin, başkaları tarafından paylaşılan daha büyük bir iyi ile haklı kılınmasını kabul etmez… adaletin sağlamış olduğu haklar politik pazarlığa veya toplumsal çıkar hesaplarına bağlı değildir… bir adaletsizliğe ancak daha büyük bir adaletsizlikten kaçınmak için müsamaha gösterilebilir." (Bkz. RAWLS, John; A Theory of Justice, s:3-4, Oxford University Press, 1985.).

Anayasa'nın 70. maddesinde, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrım gözetilemez." kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, "eşitlik" ve "liyakat" ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiş; Anayasa Mahkemesi, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında ; "görevin gerektirdiği nitelikler" ifadesinden "liyakat" ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Kamu idarelerinin teşkilat yapılarında hiçbir değişiklik olmadığı durumlar yanında her durum ve şart altında, kamu görevlilerinin "kariyer" ve "liyakat" ilkelerine göre yükseldikleri görevlerden alınarak daha düşük statülü görevlere atanmalarını öngören ve atandıkları görevlerde mali haklarını süre şartına bağlayan iptali istenen düzenlemeler, statü hukukuna ve statü hukukunun bileşenleri olan liyakat ile kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 70. maddesine aykırıdır.

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

İptali istenen düzenlemeler, kamu idarelerinin teşkilat yapılarında yapılan değişikliklerin zorunlu bir sonucu değildir. Buna göre iptali istenen düzenlemelerde öngörülen görevden alarak daha düşük statülü göreve atama işleminin sebep unsuru, teşkilatlardaki değişikliklerden dolayı kadroların iptal edilmesi, yeni kadrolar ihdas edilmesi değildir. Bu yanıyla da statü hukukuna dayanan liyakat sisteminde yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden farklı bir yanı da bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2013 tarihli ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararında da belirtildiği üzere "… bu durumun, sebep unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespitinin anayasal bir sorun olduğu ve bu yöndeki denetimin Anayasa Mahkemesince yapılması gerektiği açıktır." İptali istenen düzenlemelerdeki görevden alarak daha düşük statülü göreve atama ve mali haklarını süreye bağlı tutup süreyle sınırlama işlemlerinin, statü hukukuna dayanan personel sisteminde idari işlemle yapılması durumunda, kişiler hak arama hürriyetlerini kullanabilecekler iken, görevden alarak daha düşük statülü göreve atamanın ve mali haklarını süreye dayandırıp süreyle sınırlandırmanın yasa kuralı haline getirilmesi nedeniyle, idari yargı mercileri önünde hak arama özgürlüklerinin sınırlandığı da apaçık bir gerçektir. Anayasa'nın 70. maddesinin göndermesiyle kariyer ve liyakat ilkelerine dayalı bir personel sisteminde, teşkilattaki değişiklikten dolayı bir kısım kadroların iptali ve yeni kadroların ihdası gibi ayrık durumlar hariç, kamu görevlilerinin atamalarındaki usulü göre görevden alınmaları ve atama ve görevden almaların idari işlemlerle gerçekleştirilip yürütme organının yetkisinde olması gerçeği karşısında, görevden almalara karşı kamu görevlilerinin hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak amacıyla yasama tasarrufunda bulunularak görevden alıp daha düşük statülü görevlere atamanın, mali hakların süreye bağlanmasının yasallaştırılması; başka bir deyişle hukuka aykırı işleme karşı hak arama yollarına başvuracak bireylerin elde etmek istedikleri hukuki sonuçların yasama tasarruflarıyla ellerinden alınması yoluyla hak arama özgürlüğünün etkisizleştirilmesi, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, ek 18. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde, daha önce 657 sayılı Kanunun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan görevlerde bulunmayanlardan ek göstergesi 3600-6400 arasında tespit edilen yönetici kadro ve pozisyonlarında toplam en az üç görev yapmış olanların ilgili kuruma ait müfettişlik ve uzmanlık kadrolarına atanmaları öngörülmektedir.

3600-6400 arası ek gösterge kamu idarelerindeki yönetici kadrolardan bakanlıklar ile bağımsız genel müdürlüklerinin merkez teşkilatındaki genel müdür yardımcısı ve daire başkanı kadroları ile taşra teşkilatında bölge müdürü ve il müdürü kadrolarına işaret etmektedir.

Buna göre örneğin; Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığında Bilgi İşlem Dairesi Başkanı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığında Destek Hizmetleri Dairesi Başkanı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığında Eğitim ve Yayın Dairesi Başkanı, Ulaştırma Denizcilik ve

Haberleşme Bakanlığında Personel ve Eğitim Daire Başkanı, DSİ Genel Müdürlüğünde 1. Bölge Müdürü vb. toplam üç yıl daire başkanlığı/bölge müdürlüğü görevinde bulunmak suretiyle müfettiş olabilecektir.

Bilindiği üzere müfettişlik ve uzmanlıklar kariyer mesleklerdendir. Müfettişlik ve uzmanlık mesleklerine 657 sayılı Kanunda öngörülen genel ve özel şartları taşıyanlar mesleğe özel yarışma sınavına (yazılı ve sözlü/mülakat) tabi tutulmak suretiyle alınmaktadır.

Kişinin mesleğe özel yarışma sınavında başarılı olabilmesi için yürürlükteki mevzuat hükümleri bağlamında mesleğini yaparken de kullanacağı Anayasa hukukunun, borçlar hukukunun, ceza muhakemesi hukukunun, ticaret hukukunun, medeni hukukun genel esasları; idari yargı, idari teşkilat, devlet aleyhine işlenen cürümler, ayni haklar, kıymetli evrak, Türk vergi kanunlarının esasları, mikro/makro ekonomi, maliye teorisi, maliye politikası, kamu borçları, bütçe ve bütçe çeşit ve teknikleri, kamu giderleri ve gider kanunlarının esasları, kamu borçları, genel muhasebe, bilanço analizi ve teknikleri, ticari hesap gibi kuramsal dersler ve mevzuat hükümlerinin yanında İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinden birinde sınava girmesi ve başarılı olanların sözlü sınavında da başarılı olması gerekmektedir.

Genellikle 3 yıl süreli yardımcılık eğitiminde yukarıdaki mevzuat hükümleri ayrıntılı ve uygulamalı şekilde yeniden eğitime konu oluşturmakta; kurumun görev alanına giren mevzuatı ile bürokratik işleyişi yanında denetim teknikleri, iş ve süreç analizleri ile soruşturma usullerine yönelik eğitimden ve mesleğin gerektirdiği mesleki ve kişisel özellikler ve mesleki etik değerler kişilere kazandırıldıktan sonra yazılı ve sözlüden oluşan yeterlilik sınavının da başarılması gerekmektedir.

Hemen hemen bütün kamu idarelerinde, idari organizasyon içindeki iş, işlem ve faaliyetlerin denetimi; meslek içi eğitimden geçmiş, genel denetim tekniklerini ve soruşturma yöntemlerini bilen ve mesleğe özgü etik kurallara özen gösteren "uzman" elemanlarca yapılmaktadır.

Yargı kararlarında da müfettişlik mesleğinin kariyer yapısı açıkça vurgulanmış; "Denetim hizmetlerinin diğer idari hizmetlerinden ayrı olarak düzenlenmiş bulunması" bu konuya ilişkin Danıştay İçtihatlarının standartlaşmış gerekçesi haline gelmiştir. (Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 21/10/1983 gün, E.1983/16. K.1983/25; Danıştay 5 nci Dairesi 05/12/1979 gün, E.1978/7382 K.1979/4731; Danıştay 5 nci Dairesi E:2007/1347, K:2009/3719 sayılı kararı;

Danıştay 2 nci Dairesi E:2012/8653; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu YD İtiraz 2013/293 sayılı kararı).

Denetim hizmetleri, uluslararası alanda da ayrı bir kariyer olarak kabul edilmektedir.

Yolsuzlukla ilgili ulusal ve uluslararası anketler yolsuzlukla mücadelede en etkin yolun; seçilmiş, iyi yetiştirilmiş, tecrübeli denetim elemanları olduğunu göstermektedir.

Şeffaflık Derneği'nin yayınlanan son Yolsuzluk Algı Endeksinde ülkemizin 11 sıra geriye gitmesi göstermesinin yanında son altı yılda sergilemiş olduğu olumlu çabayı da götürmesi oldukça manidardır.

"Yolsuzluk algısı ve yolsuzluk denetimi doğru orantılıdır; yolsuzluk algısı, yolsuzluk deneyimleri ile aynı doğrultuda değişim göstermektedir. Öte yandan, yolsuzluğa karşı tutum yolsuzluk algısı ile ters orantılıdır." (TESEV, Yolsuzluk ve Yolsuzlukla Mücadele Türkiye Değerlendirme Raporu, sayfa 9).

Avrupa Birliği'nin 2014 Yılı İlerleme Raporunda Türkiye'nin, kamu yönetimi reformuna yönelik kapsamlı bir stratejik çerçevesi bulunmadığı, bu nedenle bir kamu yönetimi reformu stratejisinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş, (www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf) yerindelik denetiminin yerine getirilmesinde kilit durumdaki Teftiş Kurulları ile ilgili yapılacak mevzuat değişikliklerinde düzenleyici etki analizi yapılmadığı vurgulanmış, kamu sektörünün ve kamudaki insan kaynaklarının yönetimini geliştirmeyi amaçlayan ve liyakate dayalı terfiyi sağlayan kamu reformlarına duyulan ihtiyacın devam ettiği, kamu görevlilerinin görevden alınmaları ve başka görevlere atanmalarının verimliliği azaltacağı ve kamu yönetimini daha da siyasileştireceği yönünde büyük bir endişe oluştuğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Yasa koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Yönetici kadrolarından ek göstergesi 3600-6400 aralığında olan kamu görevlilerinin görevlerinden alınarak müfettişlik ve uzmanlık kadrolarına atanmalarının, müfettişlik ve uzmanlık mesleklerinin giriş şartları, mesleki nitelik ve özellikleri ve mesleklerin kamu yönetimindeki işlevleri gözetildiğinde elverişli olmadığı açık olmanın yanında, müfettişlik ve uzmanlık mesleğinin eğitiminden geçerek mesleğe özgü nitelikleri kazanmayan kamu görevlilerinin bu mesleklere atanarak bu mesleklerin söz konusu kişilere yaptırılmaları gerekli olmamanın ötesinde, söz konusu işler Devlet hayatında nitelikleri taşımayanlar tarafından yaptırılmayacak derecede önemli işlerden olduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yönetici kadrolarından ek göstergesi 3600-6400 aralığında olan kamu görevlileri ile mesleğe özel yarışma sınavıyla giren ve mesleğe özgü özel bilgi ve yetenekler ile etik değerlerin kazandırıldığı genellikle 3 yıl süreli yardımcılık eğitiminden sonra yeterlilik sınavıyla atanılan kariyer meslek mensubu müfettiş ve uzmanların hukuksal durum ve konumları aynı değildir. Hukuksal durum ve konumları farklı olan 3600-6400 ek göstergeli yönetici kadrolarında bulunanların müfettişlik ve uzmanlık kadrolarına atanması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36., 70., 125. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 6639 sayılı Kanunun 24. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı Cetvelde, "… (d) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel

sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreteri,' şeklinde ve aynı bölümün (e) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' şeklinde değiştirilmiş, aynı bölümün (g) sırasına 'il yazı işleri müdürü' ibaresinden önce gelmek üzere 'İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,' ibaresi eklenmiş …" şeklinde yapılan değişikliklerin Amayasaya Aykırılığı

22.2.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. maddesine, 2.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 24.10.2011 tarihli ve 661 sayılı KHK'nin 62. maddesiyle eklenen dördüncü fıkrasıyla, "… Büyükşehir belediyesi bulunan illerde genel sekreter kadrosuna atananlar, genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık genel müdürleri, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananlar bakanlık bağımsız daire başkanları, 1. hukuk müşaviri ve daire başkanı kadrosuna atananlar ise bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynen yararlanırlar; diğer illerde ise genel sekreter kadrosuna atananlar genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık bağımsız daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananlar ise genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlanırlar..." hükmü getirilmiştir.

2.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 10. Maddenin eki "(II) Sayılı Cetvel (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge Cetveli)"nin 4. sırasında "Genel Müdür", 7. sırasında "Genel Müdür Yardımcısı, … müstakil daire başkanı (Başbakanlık, bakanlık ve müsteşarlıklarda teşkilat kanunlarında hizmet birimi olarak tanımlanmış birimlerde)," 8. sırasında ise "Daire Başkanı," kadro görev unvanlarına yer verilirken;

666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9. maddenin eki "(I) Sayılı Cetvel -Ek Ödeme Oranları"in (A-1/d) sırasında, "… büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,…", (A-1/e) sırasında, "…büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer I. hukuk müşaviri, …" ve (A-1/g) sırasında ise "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,…" kadro görev unvanlarına yer verilmiştir.

İl Özel İdaresi personeli açısından, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu özel kanun durumundadır.

5502 sayılı Kanun'un 36. maddesine ek dördüncü fıkranın eklendiği 661 sayılı KHK ile 666 sayılı KHK aynı günlü (2.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı) Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girerken; 666 sayılı KHK'yi Bakanlar Kurulu 11.10.2011'de, daha önceki bir sayıyı alan 661 sayılı KHK'yi ise on üç gün sonra 24.10.2011'de kabul etmiştir.

Aynı konuyu düzenleyen iki farklı yasada birbirinden farklı hükümler varsa, konuya genel kanun yerine özel kanun hükmünün, ilk çıkan kanun yerine son çıkan kanun hükmünün uygulanacağı hukukun genel kabullerindendir.

661 sayılı KHK'nin 62. maddesiyle 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. maddesine eklenen dördüncü fıkrada, büyükşehir belediyesi bulunan illerde, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların bakanlık bağımsız daire başkanları, 1. hukuk müşaviri ve daire başkanı kadrosuna atananların ise bakanlık daire başkanları; diğer illerde ise genel sekreter kadrosuna atananların genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık bağımsız daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların ise genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlanacakları hüküm altına alınmış ise;

"büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı", "diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri," "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri" ve "büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı" kadro görev unvanlarının, 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9. maddenin eki (I) Sayılı Cetvel'de değil, 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 10. maddenin ekli (II) Sayılı Cetvelde yer alması hukuk tekniğinin ve yasa kodifiye etmenin mutlak gereğidir.

Oysa AKP Hükümeti, daha önceki sayıyı (661) taşıyan KHK'yı daha sonraki bir tarihte (24.10.2011) kabul ederken; daha sonraki sayıyı (666) taşıyan KHK'yı daha önceki bir tarihte (11.10.2011) kabul edip, her ikisini de aynı tarihli Resmi Gazete'de (2.11.2911) yayımlayarak aynı tarihte yürürlüğe girmelerini sağlamakla Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna muhtaç bir hukuk kaosuna yol açmayı başarabilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013 tarih ve E:2013/63, K:2013/163 sayılı kararıyla (I) Sayılı Cetvel'in (A-1/g) sırasındaki "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü" ibaresini; 13.11.2014 günlü ve E.2014/172, K.2014/170 sayılı kararı ile ise (I) Sayılı Cetvel'in (A-1/d) sırasındaki "diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,…" ve (A-1/e) sırasında, "büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı" ibarelerini, 6223 sayılı Yetki Kanununun kapsamında bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırı

bularak iptaline karar vermiş ve iptal kararlarının kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini uygun görmüştür.

Bu defa 6639 sayılı Kanunun 24. Maddesiyle 375 sayılı KHK'nin eki (I) Sayılı Cetvelin (A-1/d) sırasında yer alan "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri," ibaresi "il özel idaresi genel sekreteri," şeklinde ve aynı bölümün (e) sırasında yer alan "büyükşehir

belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," ibaresi "il özel idaresi genel sekreter yardımcısı," şeklinde değiştirilmekte; aynı bölümün (g) sırasına "il yazı işleri müdürü" ibaresinden önce gelmek üzere ise "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü," ibaresi eklenmektedir.

Böylece 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. Maddesinin dördüncü fıkrasına göre, il özel idaresi genel sekreteri, bakanlık bağımsız daire başkanına ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanunun 152. Maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlar ödenecek ve dolayısıyla (II) Sayılı Cetvel'in 7. Sırasına göre (54.300 + 30.000) gösterge üzerinden aylık alacakken, (I) Sayılı Cetvel'in (A-1/d) sırasından %190 ek ödeme alacak; il özel idaresi genel sekreter yardımcısı ise bakanlık daire başkanına mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanunun 152. Maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlar ödenecek ve dolayısıyla (II) Sayılı Cetvel'in 8. Sırasına göre (51.900 + 28575) puan gösterge üzerinden aylık alacakken, (I) sayılı Cetvel'in (A-1/e) sırasından %185 ek ödeme alacaktır. Öte yandan İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürü (II) Sayılı Cetvel'in 9. Sırasında Bakanlık İl Müsürü için öngörülen gösterge üzerinden aylık alacakken; (I) Sayılı Cetvel'in (A-1/g) sırası üzerinden %170 oranında ek ödeme alacak ve böylece söz konusu kişilerin aylıkları 1000 TL ile 1500 TL arasında düşecektir. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlâl etmemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Nitekim

Anayasa'nın 55. maddesinin ikinci fıkrasında Devlete, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. maddesinin dördüncü fıkrasında, il özel idaresi genel sekreterinin statüsü bakanlık bağımsız daire başkanı ile il özel idaresi genel sekreter yardımcısının statüsü ise bakanlık daire başkanıyla eşdeğer kabul edilerek il özel idaresi genel sekreterine, bakanlık bağımsız daire başkanının, il özel idaresi genel sekreter yardımcısına ise bakanlık daire başkanın özlük haklarının ödenmesi öngörülmüş ve bu haklar kendileri açısından kazanılmış hak statüsüne kavuşmuşken; yasakoyucunun 6639 sayılı Kanunla 375 sayılı KHK'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in Anayasa Mahkemesince iptal

edilen hükümlerinde il özel idaresi genel sekreteri ile il özel idaresi genel sekreter yardımcısının statüsüyle bağdaşmayan ve kazanılmış haklarını ihlal eden değişiklikler yapması, kazanılmış hakları korumadığı gibi, adaletet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 2. ve 55. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan İl Vatandaşlık ve Nüfus Müdürlüğü, İçişleri Bakanlığına bağlı il müdürlüğü olduğundan ve il valiliklerinin yazı işleri müdürlüğü ile aynı statüde bulunmadığından Bakanlık İl Müdürlükleri ile aynı konumdadır. İl Vatandaşlık ve Nüfus Müdürlüğü'nün özlük hakları da il müdürlükleri ile aynıdır. İl Müdürlüğü statüsünde olan İl Vatandaşlık ve Nüfus Müdürlüğü'nün diğer il müdürlükleri gibi (II) sayılı Cetvel'in 9. Sırasından özlük haklarını alması gerekirken, (I) sayılı Cetvelin (A-1/g) sırası üzerinden il valiliklerine bağlı müdürlüklerle aynı özlük haklarına tabi ttulması, aynı gerekçeyle Anayasa'nın 2. Ve 55. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve ayrımcılık yasaklanmıştır. Bakanlık bağımsız daire başkanı ile aynı statüde bulunan il özel idaresi genel sekreterine, bakanlık daire başkanı ile aynı statüde olan il özel idaresi genel sekreter yardımcısına ve bakanlık il müdürleri ile aynı statüde olan il vatandaşlık ve nüfus müdürlerine, farklı ücretler verilerek negatif ayrımcılığa tabi tutulmaları, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanunun 24. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı Cetvelde, "… (d) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreteri,' şeklinde ve aynı bölümün (e) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' şeklinde değiştirilmiş, aynı bölümün (g) sırasına 'il yazı işleri müdürü' ibaresinden önce gelmek

üzere 'İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,' ibaresi eklenmiş …" şeklinde yapılan değişiklikler, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 28. maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabileceği; taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmayacağı ve taşınmaz sahiplerine bu

işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği hükmü getirilmiş ve CHP Meclis Grubu ikinci fıkradaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." kuralının iptali için Yüksek Mahkemenize iptal davası açmıştı. Dava henüz sonuçlanmamıştır.

Bu defa 6639 sayılı Kanunun 28. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "raylı taşıma sistemleri" ibaresinden sonra gelmek üzere "ile tünel" ibaresi eklenerek, altında tünel yapılan taşınmaz sahiplerine de kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesi kurallaştırılmaktadır.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ile bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı veren bir haktır. Özel mülkiyetteki bir taşınmaza kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması halinde kamulaştırılarak kamu hizmetine tahsis edilmesi gerekmektedir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasa'nın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında, "Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir." denilerek, Devlete özel

mülkiyet üzerinde kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yanında idari irtifak kurma yetkisi de tanınmış; buna dayalı olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "İrtifak hakkı kurulması" başlıklı 4. maddesinde, "Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir." hükmü getirilmiş; "Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları" başlıklı 11. maddesinin son fıkrasında ise, "Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir." denilmiştir.

Bu bağlamda kamulaştırma, taşınmazın tamamı veya bir kısmının kamulaştırılması olarak biçimsel bir kamulaştırma olabileceği gibi, mülkiyet hakkından doğan birtakım yetkilerin kısıtlanması şeklinde içeriksel bir kamulaştırma yani sınırlı ayni hak çeşidi olan irtifak hakkının kurulması şeklinde de olabilmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı belirtildiğinden; irtifak hakkı tesisi yoluyla kamulaştırmanın konusunu, taşınmazın belirli bir kesimi yanında yüksekliği, derinliği ya da taşınmaz üzerindeki herhangi bir kaynak da oluşturabilmektedir. Böylece taşınmaz mülkiyetinden doğan bazı yetkilerin idareye geçerek idarenin taşınmaz üzerindeki yararlanma ve kullanımına malikin rıza göstermesi veya malikin bu yetkilerini kullanması idare yararına yasaklanarak mülkiyetten kaynaklanan bazı hakların kullanımından vaz geçmesi şeklindeki kamulaştırma işlemi, ifadesini Anayasa'nın 46. maddesinde bulduğu üzere, idari irtifak olarak adlandırılmakta; kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, "kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü" kamulaştırma bedeli olmaktadır.

Bir meyve bahçesinin yüksekliğinden yüksek gerilimli enerji nakil hattı çekilmesi veya bir konut ya da işyerinin altından (derinliğinden) tünel, tramvay/metro ya da üstünden (yüksekliğinden) teleferik veya köprü ya da viyadük geçmesi durumunda, can ve mal güvenliği alınmış olsa ve meyve bahçesini kullanma, ürünlerinden yararlanma, kiralama ya da satma hakları engellenmese veya konutta oturma, kiralama ya da satmaya hukuken müdahale edilmese dahi, ne o meyve bahçesi eski meyve bahçesidir; ne de o konut ya da işyeri eski konut ya da işyeridir. Altından tünel veya tramvay geçen konut ile geçmeyen konutun, üstünde teleferik işleyen işyeri ile işlemeyen işyerinin bir olmayacağı açıktır. Can ve mal güvenliği alınmış ve mülkiyetten kaynaklanan haklara helal getirilmemiş olsa dahi sonradan konutun altında tünel açılması veya metro ya da üstünden

teleferik geçmesi durumunda ekonomik değer kaybına uğrayacağı, tartışma götürmeyen olgusal bir gerçektir.

Olgusal bir gerçek olduğu içindir ki, bu gibi durumlarda malikin uğrayacağı zararı karşılamak üzere Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında idare lehine irtifak kurulması öngörülmüş ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinde, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması öngörülmüş; 11. maddesinin son fıkrasında ise, irtifak hakkı tesisi yoluyla kamulaştırma nedeniyle taşınmaz veya kaynakta oluşacak değer düşüklüğü tutarının kamulaştırma bedeli olacağı belirtilmiştir. Kaldı ki, Anayasa'da güvence altına alınan taşınmazın kuru mülkiyet hakkı değil, kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkilerinin ekonomik değeridir ve Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında bu ekonomik değerin taşınmazın "gerçek karşılığı" olacağı belirtilmiştir.

İdari irtifak kurulsun ya da kurulmasın, Devlet bir konutun altında tünel yapıyorsa can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemleri alması, hukuksal sorumluluğundadır ve almaması yani tünelin göçmesi ya da çökmesi durumunda konutta meydana gelecek zararlar ile can ve mal kaybından doğacak zararlardan genel hükümler yanında idare hukukuna göre "hizmet kusuru" bağlamında zaten sorumludur. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmesi ise taşınmazın içeriksel değil,

ancak biçimsel kamulaştırılması durumunda söz konusu olabilir. Bu bağlamda, can ve mal güvenliği için gerekli önlemlerin alınması ile mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi, söz konusu imalatlarla fiilen içeriksel kamulaştırılmaya maruz kalmış taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğünün bedelini ödememenin gerekçesi olamaz.

Günümüz şartlarında taşınmazların altında tünel yapılmasında, kamu yararı olabilir ve dolayısıyla kişilerin mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanması Anayasal olarak mümkündür. Ancak, mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için, taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerekir.

Taşınmazın derinliği taşınmazın altında tünel yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma yerine fiili şekilde yapılması ve bu kullanımdan kaynaklanan taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Anayasa'nın 46.

maddesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak ve özünü ortadan kaldıracak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı için, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

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

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece, yargı

mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

İptali istenen düzenlemede mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını doğrudan yasaklayan bir kural olmamakla birlikte, kamulaştırma bedeli ödenmemesi yanında tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesi de kurallaştırıldığından, dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Çünkü, taşınmaz sahipleri sonradan taşınmazlarının altında tünel yapılması nedeniyle taşınmazın uğradığı değer kaybını bilirkişi veya emlak değerleme uzmanı raporlarıyla ortaya koyarak yetkili mahkemelere başvursalar dahi mahkemeler tazminat ve benzeri başka bir ad altında herhangi bir ödemeye hükmedemeyeceklerdir.

Devletin kamusal faaliyetlerinden dolayı mal ve mülklerinde ortaya çıkan ve para ile ifade edilebilen zararlarının karşılanmaması sonucunu doğuran bu durum, hukuk devletinin gereği olan Devletin her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurması, bunu geliştirerek sürdürmesi ve kişilerin hukuk güvenliğini sağlaması yükümlülüğüyle bağdaşmadığı gibi, mahkemeye erişimi sonuçsuz bırakmayı amaçladığından adil yargılanma hakkını da ihlal etmekte ve dolayısıyla iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesinde, "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." denilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre "mal ve mülk" iktisadi bir değere sahip para ile ifade edilebilen her türlü taşınır ve taşınmaz, Hazine arazisi üzerine yapılan gecekondu (Öner Yıldız-Türkiye kararı), yüksek enflasyon dönemlerinde kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi nedeniyle uğranılan gelir kaybı (Aka-Türkiye davası; Akkuş-Türkiye davası), haklar, şirket hisseleri (Bramelid ve Malstrom-İsveç davası), bir zarardan doğan tazminat hakları (Stran Grek Refineries ve Stalis Andrealist-Yunanistan davası), her türlü alacak hakkı, tahkim kararları, patentler, emekli maaş hakkı (Müler-Avusturya davası), müşteri kitlesi (Man Varle ve diğerleri-Hollanda davası), alkollü içki satma ruhsatı (Tre Traktörer Aktiebolag-İsveç davası) kira alma hakkı (Mellacher ve diğerleri-Avusturya davası), işletme ve imtiyaz hakları (Matos e Silva, Lda ve diğerleri-Portekiz davası), fikri mülkiyet hakları (Anheuser-Busch Inc.-Portekiz davası) gibi ekonomik çıkarları ifade etmekte; bunun da ötesinde ekonomik bir değere sahip her türlü

unsur mülk kavramı içinde değerlendirilirken, meşru beklentiler de mal-mülk kavramına dahil edilebilmektedir.

AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerin özerk olduğunu ve sadece devletlerin iç hukukuna gönderme yapılarak yorumlanamayacağını (Ringeisen Avusturya'ya karşı, 16 Temmuz 1971; König Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı, 28 Haziran 1978) belirterek, medeni hak ve yükümlülüklerin evrensel niteliğini öne çıkarmıştır.

1 No'lu Protokolünün 1. maddesi medeni haklardan olan mülkiyet hakkını güvence altına alırken, Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ise mahkemeye erişimi ve adil yargılanmayı güvence altına almaktadır.

Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir gereği olmakla birlikte, hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için tek başına yeterli değildir. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkını açık tutan bir düzenlemenin, mahkemeye erişimi etkisiz kılacak veya sonuçsuz bırakacak nitelikte olması halinde, düzenlemenin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez. Adil yargılanma hakkı ise, yargılama sonunda hakkı olanı elde ederek adaletin gerçekleşmesini gerektirir.

Taşınmazların altı tünel yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve tünel yapılması ile tünelin kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında, taşınmazda ortaya çıkan parasal değer kaybının mahkeme yoluyla elde edilmesi olanağını da sonuçsuz bıraktığından Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6639 sayılı Kanunun 28. maddesi, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 29. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin;

a) Birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci

fıkrasının birinci cümlesi ile yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan

hallerde Başbakanlık; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği; öngörülmektedir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 2013/39 Esas sayılı ve 22.05.2013 tarihli kararında belirttiği üzere "Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörülebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir". Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri olan "hukukî belirlilik" ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve

olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

5651 sayılı kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir...." kuralı ile internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesinde, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başbakanlığa, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili olarak da ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlığa sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetki tanınmaktadır.

Böylelikle, erişim engelleme kararı verilen içeriğin, hangi hal ve kapsamda yaşam hakkını tehdit edeceği, kişilerin can güvenliğini veya genel sağlığı etkileyeceği veya hangi suçların işlenmesinin erişim engelleme kararı ile önüne geçileceği belirtilmemiş, bu konudaki takdir yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tamamen Başbakanlık ve Bakanlıklara bırakılmıştır. Kanunun, bireylerin hak ve hürriyetlerine, hukuk güvenliğine hizmet etmesi gerekirken, tamamen soyut ve genel ifadelerle internete erişim ve bununla doğrudan bağlantılı olarak ifade, basın, haber alma, iletişim, haberleşme ve ticari faaliyette bulunma hürriyetleri kısıtlanmıştır.

Madde gerekçesinde hukuken korunması gereken yüksek menfaatin göz önünde bulundurulduğu belirtilse de, internet üzerinden yaşam hakkı ihlalinin, genel sağlığı etkileyici fiil ya da içeriğin, kamu düzeninin veya güvenliğinin korunmasının veya suç işlenmesinin önlenmesinin önüne geçilmesinin herhangi bir siteye erişimin engellenmesi kararının verilmesi ile gerçekleşmeyeceği aşikâr olduğu gibi, böyle bir durum olduğu iddia ediliyor olsa dahi en azından kesin illiyet rabıtasının tesisi üzerine usulüne uygun olarak çıkarılacak kanunla yapılması gerekir. İnternette paylaşılan içeriğin hangi hal ve durumlarda bahsedilen yüksek kamu menfaatlerine hizmet için engelleneceği muammadır. Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan haller de tanımlanmamıştır.

Düzenleme, yasamanın, kanunu uygulama konusunda yürütmeye geniş takdir yetkisi bıraktığını kanıtlar niteliktedir ki bu durum hukuki belirlilik ve anayasal devlet ilkeleri ile bağdaşmaz.

Kanun koyucunun, Anayasa'da da yer alan kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi genel kavramlara yer vermek suretiyle belirlilik ilkesini dolanmak amacıyla oluşturduğu yasa metni dikkate alındığında, belirtilen bu kavramlar her ne kadar bugün hukuk diline geçmiş olsa da, bu durum belirlilik kazanmak için yeterli değildir. Bugün bu kavramların Anayasa'da yer alıyor olması dahi tartışma konusuyken, hiçbirinin somutlaştırılmaksızın doğrudan doğruya temel hürriyetleri kısıtlama ve hatta bireyler hakkında ceza soruşturması sonuçları doğuracak yasaya temel alınması hukuk kurallarına aykırıdır. Bu kavramların Anayasa'da da bulunması, somutlaştırma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü anayasalar, bireylere doğrudan uygulanacak normları değil, devlet ve bireyin temel haklarının kullanılmasına ilişkin çerçeve hükümleri ihdas eder. Bir kanunun "hukuken belirli" olduğundan bahsedilebilmesi için sayılan şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

 Temel haklara müdahalenin oranına bağlı olarak yasada olan normların somutlaştırılması gerekir.

 Yasa tekniği açısından daha somut bir düzenleme ve kavram kullanma olanağı varken, bu olanağın kullanılmayıp soyut ve belirsiz hükümlerle kişilerin hürriyetini sınırlandırmak veya kişiler hakkında ceza soruşturması yapmak belirlilik ilkesine aykırıdır.

 Belirsiz hukuki kavramların, en azından yargılama veya hukuki yorum yöntemleri ile açıklanabilir olması elzemdir.

 Yasanın uygulamasında yeknesaklık sağlanamayacaksa belirlilikten söz edilemez.1

Ayrıca, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak kapsamı ve mahiyeti değişebilen bu yanıyla da Başbakanlığa ve Başkanlığa verilen internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukuki belirsizlik içinde, hâkimlerin, Başbakanlığın ve Başkanlığın -olası- keyfi uygulamalarının önü açılmıştır. Bununla birlikte yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir. Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili olarak da ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlığa (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'na) verilen

erişimi engelleme yetkisi ile de bir hukuki belirsizlik yaratılarak, yalnızca Başbakanlık kanalıyla değil, Bakanlıklar tarafından da TİB'in baskı altına alınması sağlanmıştır ve Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin

1 Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEFD, C.IX,1-2 2005, Dr. Osman Can

önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her şarta ve duruma göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmiştir. Kuşkusuz, böylesi bir düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırıdır.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde sayılan sebeplerden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından yapılacak internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı -içerik sahibi de dâhil olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin engellenmesi sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia eden kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi sebebiyle 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinde "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama

ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. …" hükmü yer almaktadır.

Bu bağlamda, ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. İfade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi,

anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. İfade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkili olup, görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez (Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976).

İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. İnternet sayesinde kişiler bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yayma imkânı bulmaktadırlar. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır Demokratik bir sistemde ise, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kalarak kullanmaları şarttır.

5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan

hallerde Başbakanlığa; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlığa internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engelleme yetkisinin tanınması, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkisini keyfi şekilde kullanma imkânı vermesinden dolayı, 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin, Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin; ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü Anayasa'nın 22. maddesinin birinci fıkrasına, 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar…" hükmüne ve 28. maddesinin birinci fıkrasındaki, "Basın hürdür, sansür edilemez…" hükmüne aykırıdır.

Ayrıca, çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (ifade özgürlüğü)" ile Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir. Çünkü anılan Anayasa kuralında, Temel hak ve hürriyetlerin … ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü ile Hâkimlere, Başbakanlığa ve Başkanlığa internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimi engelleme imkânı tanınarak, temel hak ve hürriyetlerden sayılan "ifade hürriyeti"ne, "haberleşme hürriyeti"ne ve "basın hürriyeti"ne doğrudan müdahale ederek, Anayasamızda güvence altına alınan bu hürriyetlerin kullanımının engellenmesi konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Söz konusu hüküm, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araç olan ve bilgi, düşüncelerin açıklanması, karşılıklı paylaşılması, yayılması ve bilginin elde edilmesi bakımından vazgeçilmez olan İnternet'e erişimin, Başbakanlık, hâkim kararı veya Başkanlık kanalıyla kapsamı oldukça belirsiz yetkilere dayanılarak engellenebileceğini düzenlemektedir. Anayasal koruma altında olan ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkının sınırlanması açısından keyfi uygulamaların önünü açan bir düzenlemedir. Böylesi bir düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç

işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller gibi, soyut ve muğlâk gerekçelere dayanılarak, kanun-dışı yollarla sınırlanması anlamına gelmektedir. Muhtevasında daha soyut ve daha muğlak kavramları barındıran Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi suretiyle ifade hürriyetini, haberleşme hürriyetini ve basın hürriyetini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesi, "ölçülülük ilkesi" ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü internet erişim hakkını ölçüsüzce ve orantısızca sınırlandırmakta ve Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi"ni teminat altına alan 13. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, Temel Hak ve Hürriyetler, ulusal ve uluslararası mevzuatta tanınmış, bireye yalnızca kişi olarak tanımlanması nedeniyle hasredilen, Anayasa ve ulusalüstü insan hakları sözleşmeleri ile güvence altına alınmış hürriyetlerdir.

2003 yılının Aralık ayında yapılan Birleşmiş Milletler Bilgi Toplumu Dünya Zirvesi'nde, Birleşmiş Milletler Kurucu Belgesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ("İHEB") çerçevesinde sürdürülebilir gelişim ve yaşam kalitesini artırma yönünde

insanların ve toplumların potansiyellerini azami ölçüde kullanabilmeleri için herkesin bilgi yaratma, bilgiye ulaşma, bilgiyi kullanma ve paylaşma hakkı olduğu ve bu hakları kullanabilmelerini sağlayacak şartların yaratılması hususunda katılımcı devletler, özel sektör ve sivil toplum temsilcileri bir sonuç bildirisi yayınlamışlardır.

Birleşik Krallık Devlet Televizyonu BBC, 2009 - 2010 arasında, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 26 ülke ve 14 bini Internet kullanıcısı dahi olmayan 27 bin yetişkin nezdinde yaptığı bir araştırma sonucunda, her beş kişiden birinin yani %79'luk bir kesimin Internet erişimini temel bir insan hakkı olarak gördüğü ortaya çıkmıştır. Ülkemiz bakımından da sonuç çok ilginçtir. Ülkemizde Internet erişiminin temel bir hak olduğunu düşünenlerin oranı % 91 çıkmıştı. Bu sonuç Avrupa'da Portekiz'in ardından ikinci en yüksek sonuçtur.

16 Mayıs 2011 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları komisyonu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları komisyonu raportörünün katkılarıyla hazırlanarak yayınladığı bir raporla Internet erişiminin temel bir insan hakkı olduğunu ve bu sayede insanların fikir ve ifade hürriyetlerini kullanabildiğini ifade etmektedir. Bu rapora göre,

 Keyfi olarak Internet sitesi veya içerik bloklama ve filtreleme adli veya tamamen bağımsız düzenleyici makam tarafından kanuni sınırlamalara uygun olarak yapılmalıdır. Şahsi yorumuma

göre düzenleyici kurumun bu yetkisi ani bloklama veya filtreleme için yargılamayı gerektiren haller dışındaki çocuk pornosu, dolandırıcılık ve terör suçları gibi zararın çok büyük ve hukuk ihlalinin çok açık olduğu hallerle sınırlı olmalıdır.

 Meşru fikir ve ifade hürriyeti kullanımları ceza hukuku kapsamından çıkarılmalıdır.

 Hizmet sağlayıcılara gayrı makul sorumluluklar yüklenmemelidir.

 Yetersiz mahremiyet ve gizli bilgi korumasının iyileştirilmesi için düzenlemeler yapılmalıdır.

Bahsedilen raporda kabul edildiği üzere, internete erişim hakkı, ifade hürriyeti ve haberleşme hürriyeti ile doğrudan ilgili olup, hukuk literatüründe dördüncü kuşak haklardan biri olarak yerini almıştır. Bu sebeple, internete yapılacak herhangi bir ölçüsüz kısıtlama, temel hak ve özgürlüklere ket vurulması anlamına gelecektir.

Avrupa Birliği Parlamenter Meclisi 4 Mart 2014'te Internet erişiminin, ifade hürriyetinin, eğitim hakkının, kültürel hayatta yer alma hakkının, siyasi hakların, toplanma, örgütlenme ve dernekleşme haklarının kullanılabilmesini gerçekleştiren bir olgu olduğunu kabul etmiştir. Internet'i bu sebeple AİHS'nin 10. maddesi çerçevesinde değerlendirdiklerini bildirmiştir.

AB, BM'e ve üye devletlere de bu konuda uyum halinde kodifikasyon çağrısı yapmıştır. Estonya, Finlandiya, Fransa gibi ülkeler Internet erişimini temel bir hak olarak

kabul edip kendi iç mevzuatlarına dercetmişlerdir. Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesi'ne göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Tüm bu kanun hükümleri ve belirtilen hukuk prensipleri ışığında, bir hakkın sınırlandırılabilmesi için gerçekleşmesi zorunlu olan unsurlar şunlardır:

a) Söz konusu sınırlamanın kanunla öngörülüp öngörülmediği ve hukukilik koşulunu karşılayıp karşılamadığı incelenir.

b) Yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine yani meşru amaca uygun olup olmadığı değerlendirilir.

c) Müdahalenin demokratik bir toplumda zaruri olup olmadığı dikkate alınır.

Hakların, belirlenen bu ölçütlerin dışında bir sebeple sınırlandırılması kabul edilemez ve demokratik bir toplumda hakların sınırlanmasına yol açacak müdahale, sıradan kaygılara dayanılarak gerçekleştirilemez.

Sınırlandırılması mümkün olan hakların da, özüne (hakkın çekirdek alanına) müdahale edilmeksizin sınırlandırılması esastır. Dolayısıyla, bir hakkın sınırlandırılabilir olması, o hak sınırlandırılabilir olsa dahi mevcut sınırlandırma sebepleri ortadan kalktığında, hala kullanılabiliyor olmasını gerektirir. Hakkın, sınırlandırmaya karar veren merci tarafından hiçbir sebepte faydalanılamaz hale getirilmesi, ölçüsüz bir sınırlamaya yol açar.

İnternete erişim hakkı artık başlı başına dördüncü kuşak temel haklardan sayılmakla, ifade ve haberleşme, hatta basın hürriyetinin gereği gibi yaşanabilmesi için olmazsa olmaz unsurlardan biri olup, erişim hakkının sınırlanması ancak kanunla ve hakkın özüne müdahale edilmeksizin gerçekleştirilmelidir.

Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasamızın 90. maddesine göre kanun hükmünde olup, bu Sözleşme ve onu yorumlayan ve içtihat hukuku ile geliştiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da yerel mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen 552 ifade hürriyeti ihlali kararının 231'i yani % 41,8'i ülkemiz aleyhine verilmiştir. Türkiye'yi ikinci sırada ancak ve sadece 34 kararla Avusturya takip etmektedir. Ülkemizde rakamı tam olarak bilinememekle birlikte en az yaklaşık 60 bin web sitesine erişim engellenmiştir.

Anayasa'nın ve demokrasi prensiplerinin gelişebilmesi ve toplumda çoğulcu demokrasi anlayışının yerleşebilmesi için, ifade hürriyetinin ne kadar olmazsa olmaz bir şart olduğu, bugün gerek Anayasa ve Kanunlarda gerekse uluslararası düzlemde tartışmasızdır. Bu konuda, devletin; bireylerin ifade hürriyeti hakkını kullanmasına mani olmama negatif yükümlülüğü gibi, ifade hürriyetinin gereği gibi kullanılabilmesi ve buna ilişkin ortam ve imkânın topluma yerleştirilerek fikir teatisinin sağlanabilmesi için gereken her türlü tedbirin alınması pozitif yükümlülüğünün bulunduğu, içinde yaşadığımız yüzyılın ve toplumların gereklerine bağlı olarak kabul edilmektedir. Mahkeme kararlarında sıklıkla vurgulandığı üzere, demokrasilerde eleştirilmeyecek kişi ya da kurum yoktur. Hatta şu kadar ki, Anayasa'yı, kanunların öngördüğü çerçevede eleştiren kişiler dahi, Anayasa'nın bu güvencesinden faydalanırlar. Eğer Devlet ve Hükümet, pozitif yükümlülüğünü, eleştirel tüm yorumlara karşı soruşturma ve kovuşturma başlatmak şeklinde uygulama yolunu seçerse, bu durumda toplumdaki bireyler düşüncelerini sürekli bir tehdit altında olmaktan kaçınmak için paylaşmaktan imtina ederler ki bu durumda, devlet ve hükümet, Anayasa ile güvence altına aldığı hakları dolaylı yoldan kullandırtmamış olur. İptali istenen yasa metninde geçen, "(...) suça konu içeriği yayan ve oluşturan kişiler hakkında Başkan suç duyurusunda bulunur." İfadesindeki hukuki belirsizlik ve öngörülemezlik sebebiyle, bireylerin fikirlerini

paylaşmaktan imtina etmesi söz konusu olacak ve yasama eliyle bireyin ifade hürriyeti alanına ölçüsüz bir müdahale ortaya çıkacaktır.

Ayrıca, ifade hürriyeti ve diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların toplumun tamamına yönelen açık ve yakın bir tehdide karşılık verebilir nitelikte olup yasayla öngörülmesi, kapsamının belli olması, keyfi olmaması ve yargı denetimine tabi olması gerekir. Soruşturma kapsamındaki ifadelerin suç sayılması hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik bakımından Anayasa'ya da aykırılık teşkil edecektir. (AİHM 10308 Sayılı ve 13.11.2008 tarihli Kayasu/Türkiye Kararı) Şüphesiz ki, hukuki sınırlandırma ölçütlerine uymaksızın verilen erişim engelleme kararı, kişilerin internet üzerinden ifadelerini yayması ve haberleşme özgürlüğünü de ihlal eder.

AİHM'in Türkiye Hakkında vermiş olduğu 23.06.2009 tarih ve 3009/377 Sayılı Ahmet Yıldırım vs. Türkiye kararında,

Davada, 5651 Sayılı Kanun'un birçok uygulamasında olduğu gibi yer sağlayıcı Google Sites'a erişim engelleme ile ilgili hiçbir bilgi sunulmamıştır. TİB'de ilk verilen kararın infaz için yeterli olmadığından bahisle tüm Google sitesinin engellenmesini mümkün kılabilmiştir. AİHM, bu tür önlemlerin her halde sözleşmeyi ihlal edeceğinin söylenemeyeceğini ancak konunun, erişimi, sınırlarını ve olası keyfi müdahaleye karşı etkili bir yargısal denetimi içeren katı yasal çerçeve ile düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesi hükmü, mahkemeye, denge incelemesi yapma, sözleşme ve mahkeme içtihadını dikkate alarak karar verme yükümlülüğü getirmediğinden bahisle, yasanın demokratik bir toplumda hukuk devletinin sağladığı korumayı sağlayamadığını belirtmiştir. Kararın devamında, "Keyfi müdahaleleri mümkün kılan 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesi'nin Yürürlükten kaldırılması gerektiğine karar vermiştir.

AİHM'in pilot karar niteliği teşkil eden bu kararına uygun olarak 5651 Sayılı Kanun hükümleri tartışmalıyken, yürürlükte bulunan kanuna getirilen ek yükümlülüklerle ifade ve haberleşme hürriyetinin kullanılmasına engel hükümler düzenlenmesi, hukukun genel ilkeleri ve Anayasa'nın 90. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

Dava dilekçemizin muhtelif kısımlarında belirtildiği üzere yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü bu unsurların hiçbirini ihtiva etmemekte ve belirlilik ile öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisini idarenin inisiyatifine bırakmaktadır. Benzer bir yetkinin

Başkanlık'a verilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi'nin 2014/4705 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli kararında da "TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir..."değerlendirilmesine yer verilerek erişimin engellenmesine ilişkin olarak Başkanlık'a verilen yetkinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 29 Mayıs 2014 tarihli 2014/4705 sayılı kararında, "… daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgisi olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişiminin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır…" değerlendirmesinde bulunarak çok sayıda içerik barındıran web sitelerinin tamamına erişimin engellenmesine yönelik yaptırımların, kanunu ihlal etmeyen bireylerin de hakkına müdahale etmiş olacağını vurgulamış ve "… siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruculaların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir." şeklinde hüküm vererek, tüm siteye erişimi engellemenin ifade hürriyetinin özüne zarar verdiği ve pek çok birey için ağır müdahale oluşturduğunun altını çizmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin şirket merkezi yurt dışında bulunan ve yer sağlayıcı sıfatını haiz bir sosyal paylaşım sitesi hakkında, sitenin tamamına erişimin engellenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin bir başka başvuru neticesinde verdiği 2 Nisan 2014 tarihli ve 2014/3986 sayılı kararında ise; "İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir amaçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternet'in sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın

yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır", internet erişimi hakkının diğer temel haklarla bağlantısı ve bu konuda idarenin göstermesi gereken özen vurgulanmıştır. Bu itibarla anılan kararda, Anayasa Mahkemesi, İnternete erişim ile kullanılabilen sosyal medya alanlarının ifade özgürlüğü bakımından bulunduğu konumun önemini vurgulamış; sayıca fazla üyesi bulunan bir sitenin tamamen engellenmesinin hukuka uygun

olmadığını belirtmiştir. Aynı zamanda hiçbir kanuni temele dayanmaksızın tüm site hakkında verilen erişim engelleme kararlarının Anayasa ve Uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış ifade özgürlüğü hakkının özüne bir müdahale sayılacağına hükmetmiştir.

5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinde yer alan düzenlemeler yakın zamanda Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararıyla iptal edilen 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasında yer alan milli güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına dair gecikmesinde sakınca bulunan hallerde erişimin engellenmesine ilişkin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na ("Başkanlık") keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikte sınırları belirsiz bir yetki tanıyan düzenlemeler ile oldukça benzerdir. Hatta 8/A maddesinin kapsamı, iptal edilen maddeye göre daha geniş tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 16. fıkrasına ilişkin iptal kararında, "Dava konusu kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur…

… Hukukun genel prensibi gereği "hukuken korunması gereken amaçla", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "hukuki himaye yönteminin yani aracın" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir.

Kuralda yer alan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri; "amaç-araç" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı olan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma

özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtasıdır.

Erişimin engellenmesinde seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle şartları oluşmadan öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütününün erişime engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu durumda dava konusu kural ile TİB, belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece milli güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi veya kamu düzenini tehdit ettiği değerlendirilen ilgili yayına erişimin engellenmesi kapsamında tüm internet sitesine erişimi engelleyebilecektir. Kanun'un 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin ölçülülük ilkesi gereğince kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Bunun da sınırlı bir alanda idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği açıktır… Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir…" değerlendirmesine bulunarak, erişimin engellenmesine ilişkin olarak Başkanlık'a verilen yetkinin Anayasa'nın öngördüğü kurallarla bağdaşmadığı yönünde karar vermiştir.

Bu itibarla, "milli güvenlik", "kamu düzeninin korunması" veya "suç işlenmesinin önlenmesi" gibi kapsamı ve değerlendirmesi yargı organları tarafından dahi tartışmalı olan ve her somut olay bazında ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektiren hukuki normların, idare tarafından değerlendirilmesi beklendiği dava konusu 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararına açıkça aykırı biçimde yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 153 üncü maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler.

Dolayısıyla yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılamaz. Anayasa Mahkemesinin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasıyla aynı içerikte olduğundan, 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen, 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir." düzenlemesi, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 40., 90. ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

Bu düzenleme ile erişimin engellenmesi kararının Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirileceği, İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirileceği öngörülmüştür.

İnternet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde açıkça ve tâdâdî bir biçimde belirtilmiştir. Buna göre, "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engel-lenmesine karar verilir:

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Ka-nunda yer alan suçlar.”

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, “Erişimin engellenmesi kararının, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından veri-leceği; soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği; bu durumda Cumhuriyet savcı-sının kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin de, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği”; dördüncü fıkrasında da, “İçeriği birinci fıkrada belirti-len suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halin-de veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) ben-dinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, ‘Çocukların cinsel istismarı’, ‘Müstehcenlik’ ve ‘Fuhuş’ suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının re ’sen Başkanlık tarafından verileceği ve bu kararın, erişim sağla-yıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği” hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de, ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukuu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcı-sı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5)

ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, 'Çocukların cinsel istismarı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re 'sen Başkanlık tarafından verilebilecektir.

5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrası ile artık, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Böylelikle, "erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâller" arasına, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan haller de eklenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, Erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından derhal erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilecektir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği de derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilecektir.

2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un bilgi toplumuna giden yolda ciddî engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olduğu; 6.2.2014 gün, 6518 sayılı Kanun ve 11.9.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut hâliyle dahi kamuoyunda tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine, her seferinde daha kısıtlayıcı yöntemlere başvurarak, interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan düzenlemelerin, demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı açıktır. Hâl böyle iken, son kanuni değişiklik olan, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasında öngörülen "…Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl

ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." düzenlemesinin toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son tahlilde, haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti ve basın hürriyeti kapsamında Türkiye'nin bilişim toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği âşikârdır. Kuşkusuz, kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan bu tür düzenlemeler, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Bu bağlamda, hukuk devletinde, günümüz çağdaş ve uygar toplumlarında, haberleşme hürriyetini, ifade hürriyetini ve basın hürriyetini gerçekleştirmenin bir vasıtası ve -deyim yerinde ise- bir uzantısı olan internet olgusuna ve erişimine ilişkin düzenlemeler yapılırken, kanunkoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve hukukun ana kurallarına bağlı kalmak durumundadır. O halde, haberleşme hürriyetinin, ifade hürriyetinin ve basın hürriyetinin kullanılmasının ve geliştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması; söz konusu hak ve hürriyetlerin kullanılmasını güçleştirecek, iletişimin engellenmesini kolaylaştıracak ve hızlandıracak düzenlemelerden kaçınılması, haberleşme, iletişim ve basın hukukunun ana kurallarının ve "hukuk devleti" ilkesinin gereklerindendir.

6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının "…Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, kısıtlayıcı yöntemlerle, ülkemizde, İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak mâhiyette bir düzenleme

anlamına gelmekte olup, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır,

Bu nedenlerle 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 8/A maddesinin birinci fıkrasının "…Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, Anayasamızın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu

cümleden olarak, basın da, haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Oysa, "…Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." düzenlemesi ülkemiz açısından internet ortamında İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran ve kolaylaştıran, Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Haberleşme hürriyeti"nin, "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin ("ifade özgürlüğü"nün)" ve "Basın hürriyeti"nin kullanımını sınırlandırması yanında, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir.

Anayasamızın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. 5651 sayılı Kanuna 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" kanunun 29. maddesi ile eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasınının ikinci ve üçüncü cümlesinde öngörülen dava konusu yapılan düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin internet ortamında kullanılmasının doğal bir uzantısı olan bilgi paylaşımının, erişimin engellenmesi kararı ile sınırlandırdıktan sonra, bir de bu kararın yerine getirilmesinin çabuklaştırılıp, hızlandırılması, anılan Anayasal hakların kanun-dışı yollarla sınırlanması anlamına gelmektedir. Şüphesiz, anılan Kural'da geçen "kanun" sözcüğü ile

Anayasa koyucunun, "Anayasa'ya uygun olan kanun" mefhûmunu murâdettiği açıktır. Kaldı ki, dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen "ölçülülük" ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Kanunkoyucu, yasal düzenlemeler yaparken "hukuk devleti" ilkesinin bir unsuru olan "ölçülülük ilkesiyle" bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında âdil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. 'Elverişlilik', başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin olmasını ifade etmektedir.

Bu bilgiler ışığında dava konusu yasal düzenlemeye bakıldığında, "elverişlilik" unsuru gereği, başvurulan önlemin (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin) ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda elverişli olmadığı; "gereklilik" unsuru gereği, başvurulan önlemin (yine erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren

dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin), ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda gerekli olmadığı ve 'orantılılık' yönünden ise başvurulan önlem (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin) ile ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin bulunmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, iptali istenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının "…Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, ülkemiz açısından internet ortamında erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, haberleşme, ifade ve basın hürriyetlerini, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve "ölçülülük ilkesi"ne aykırı olacak şekilde ölçüsüz ve orantısız biçimde sınırladığı için Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtivâ eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına

sahiptir." denildikten sonra, ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir.

6639" sayılı Kanun'un" 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasında öngörülen düzenlemeler ile sayılan sebeplerden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından yapılacak İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmaktadır.

Ayrıca, İdari kararla bir URL'ye (içeriğe) hatta içinde milyarlarca kişi ve kuruma ait binlerce terabayt veriyi barındıran bütün bir Internet hizmetine erişimin engellenmesi başlı başına Anayasa'ya aykırı olduğu gibi, Başkanlık tarafından bildirilen kararın içerikten dört saat içinde kaldırılması, içeriği kaldırılan kişinin yetkili mercilere başvurmasını ve/veya engellemenin sebebini öğrenmesini mümkün kılamayacak kadar kısa bir süredir.

Bu itibarla, erişimin derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde engellenmesi sonucunda, Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia eden kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, İçerik

çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarına karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle 6639 sayılı Kanun'un" 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının "…Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. İptali gerekir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının "…Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, Anayasa'nın 2., 13. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptal edilmelidir.

Şüphesiz, Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve lüzûmsuz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, dava dilekçemizin (a ve b) numaralı madde başlığı altında, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir" şeklinde düzenlenen birinci fıkrası hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin;

"(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkanlık tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu

suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üçbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir." şeklindeki üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz.

Zira 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasında geçen "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması

sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir" şeklindeki 8/A maddesinin birinci fıkrası ile aynı maddenin (3), (4) ve (5) nolu fıkraları arasında organik bir bağ mevcuttur.

6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrası olmaksızın, 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin; " (3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. (4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkanlık tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üçbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir." şeklinde düzenlenen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları tek başlarına hüküm ifade etmezler ve başlıbaşına varlıklarını sürdüremezler. Öyle ise, 6639 sayılı Kanunun 29.

maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci fıkrasının birinci cümlesi hakkında az yukarıda (dava dilekçemizin [a ve b] maddesinde) ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin (3), (4) ve (5) nolu fıkraları için de aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrası hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin (3), (4) ve (5) nolu fıkralarının da uygulanamaması sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin birinci fıkrasının iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyetleri kalmayan 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin (3), (4) ve (5) nolu fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

c) İkinci fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrasında, Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına

saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrasında içeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının verilmesini takip eden yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı belirtilmektedir. Dava dilekçemizin muhtelif yerlerinde bahsettiğimiz üzere verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından kaldırılması kararının değerlendirmesine sunulması yerine onayına sunulması, başta Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Bu bağlamda, 6639 sayılı Kanun'un" 29.maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrası Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

İnternet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sarâhaten ve tâdâdî olarak belirtilmiştir. Buna göre, "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluştur-duğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi-ne karar verilir:

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Ka-nunda yer alan suçlar."

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, Erişimin engellenmesi kararının, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından veri-leceği; soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği; bu durumda Cumhuriyet savcı-sının kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin de, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği; dördüncü fıkrasında da, "İçeriği birinci fıkrada belirti-len suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halin-de veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) ben-dinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık tarafından verileceği ve bu kararın, erişim sağlayı-cısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği" hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de, ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukûu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcı-sı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt

bentlerinde yazılı suçları (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı, re'sen Başkanlık tarafından verilebilecektir.

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasına göre artık "yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin

korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlık" tarafından erişimin engellenmesine karar verilebilecektir. Böylelikle, erişimin engellenmesi kararı verilebilecek haller arasına 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan haller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, "yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması, geciktirilmesinde sakınca olan haller" de eklenmiş bulunmakta ve erişimin engellenmesi kararı verebilecekler arasına, hâkim ve Cumhuriyet Savcısının yanında, Başbakan ve TİB Başkanı da eklenmiş bulunmaktadır.

Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunana hallerde, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci cümlesi en geç yirmidört saat içinde, hâkimin onay vermediği sürece kaldırılacak olan erişimin engellenmesi tedbiri için Cumhuriyet Savcısını yetkili görürken, dava konusu Kural, yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının doğrudan idare tarafından yerine getirileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda daha ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 5651 sayılı kanunun 8. maddesinden sonra gelmek üzere 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un" 29. maddesi ile eklenen 8/A maddesi ile "yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"de erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi sürecine nazaran, daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni tarafından daha ciddî yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hâllerde (katalog suçlarda), 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl (daha sıkı bir yargı denetimi) öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş bulunan ve muhtevâsında daha soyut ve

daha muğlak kavramları barındıran yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"de öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi sûretiyle ifade hürriyetini, haberleşme hürriyetini ve basın hürriyetini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesi, "ölçülülük ilkesi" ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmamıştır. Bu itibarla, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenlemeler, Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi"ni teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırıdır. İptal edilmelidir.

"Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrası ile getirilen düzenlemede Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı, bu karara karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin engellenmesi sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia edenin ve ilgilisinin aleyhine olması halinde, kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi sebebiyle, dava konusu 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrası hükmü, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinde yer alan düzenlemeler yakın zamanda Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararıyla iptal edilen 6552

sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasında yer alan millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkan'ın talimatı

üzerine Başkanlık tarafından yapılacağı; erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı düzenlemeleri ile oldukça benzerdir. Hatta 8/A maddesinin kapsamı, iptal edilen maddeye göre daha geniş tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 16. fıkrasına ilişkin iptal kararında, "…Dava konusu kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur…

Hukukun genel prensibi gereği "hukuken korunması gereken amaçla", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "hukuki himaye yönteminin yani aracın" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Kuralda yer alan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri; "amaç-araç" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı olan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtasıdır.

Erişimin engellenmesinde seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle şartları oluşmadan öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütününün erişime engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu durumda dava konusu kural ile TİB, belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece milli güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi veya kamu düzenini tehdit ettiği değerlendirilen ilgili yayına erişimin engellenmesi kapsamında tüm internet sitesine erişimi engelleyebilecektir. Kanun'un 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin ölçülülük ilkesi gereğince kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Bunun da sınırlı bir alanda idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir…" şeklinde karar vermiştir.

"Milli güvenlik", "kamu düzeninin korunması" veya "suç işlenmesinin önlenmesi" gibi kapsamı ve değerlendirmesi yargı organları tarafından dahi tartışmalı olan ve her somut olay bazında ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektiren hukuki normların, idare tarafından değerlendirilmesi beklendiği dava konusu 8/A maddesinin ikinci fıkrası hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararına açıkça aykırı biçimde yeniden düzenlenmiştir.

Dava dilekçemizin muhtelif kısımlarında belirtildiği üzere yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin ikici fıkrası bu unsurların hiçbirini ihtiva etmemekte ve belirlilik ile öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisini idarenin inisiyatifine bırakmaktadır. Benzer bir yetkinin Başkanlık'a verilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi'nin 2014/4705 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli kararında da "TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir."

değerlendirmesine yer verilerek erişimin engellenmesine ilişkin olarak Başkanlık'a verilen yetkinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Dolayısıyla yasama organı, yasa

çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılamaz. Anayasa Mahkemesinin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 8/A maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasıyla aynı içerikte olduğundan, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29.maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrası olan "Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar." şeklindeki düzenleme, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrası olan "Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz

saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar." şeklindeki düzenleme, Anayasa'nın 2., 13., 40. ve 153. maddelerine aykırıdır iptali gerekir.

9) 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin;

a) İkinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve.…" ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin ikinci fıkrasında "Elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliği esas olup, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının

rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi yasaktır." hükmü yer almaktadır. Böylece anılan fıkra ile elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi mümkün kılınmaktadır.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler

içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. 6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanmasının, kesilmesinin ve takip edilmesinin önü açılmaktadır. Böylece elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verilerinin gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her mevzuatın değişebilen öngörülemez ölçütlerine göre ortadan kaldırılabilecektir. Kuşkusuz böylesi bir düzenlemenin Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve …" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Şüphesiz, 6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasında ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanmasının, kesilmesinin ve takip edilmesinin düzenlenmiş olması, "Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel Hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. İlgili mevzuatın öngördüğü durumların belirsizliği ve kapsamının genişliği karşısında, Türk Hukukunda yürürlükte olan mevzuat sayısının sınırsızlığı ve fazlalığı da düşünüldüğünde, elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında ve tamamen sınırsızca, hukuka ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen Özel Hayatın gizliliği ve korunması ilkesine aykırı biçimde dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi mümkün olacaktır.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "kanunda öngörülen haller"in nelerden ibâret olduğu ise, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesini, kaydedilmesini, saklanmasını, kesilmesini ve takip edilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresi, Anayasa'nın 20. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında "bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı

gösterilmesini isteme hakkı"na sahip olduğuna ve bu hak, Anayasamızda "temel hak ve hürriyetler" arasında sayıldığına göre, özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdâhale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" Kural'ında öngörülen "kanun" sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, "Anayasa'ya uygun olan kanun mefhûmu"nun murâdedildiği aşikârdır. Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanunilik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin

(ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Özellikle temel hakların sınırlandırılmasında öngörülen amaçla kullanılan araç arasındaki orantılılık ilkesi ve ilişkisi gözetilmeden, sınırlandırmada temel hakların aleyhine bir orantısızlık yaratılarak, sınırlamanın meşruiyetini yitireceği ortadayken, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin ikinci fıkrasında ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangileri veya hangisi olduğu belirtilmeyerek ve ilgili mevzuat kavramının sınırlarının belirsiz muğlak ucunun açık olması, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan ilgili mevzuatın sayılarının sınırsızlığı da düşünüldüğünde elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanmasının, kesilmesinin ve takip edilmesinin, başka bir deyişle özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelecek olan her türlü idari, kazai tasarrufun önünü açan bu düzenlemenin orantısız, ölçüsüz olduğu, Anayasa'nın 13. maddesi hükmünü de ihlal ettiği ortadır. Bu itibarla, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 51. maddesinin birinci fıkrasındaki, "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresinin Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve …" ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız ibârenin sonunda yer alan "ve" bağlacından önce gelen sözcük grubunu oluşturan ibârenin öngördüğü Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin sonunda yer alan "ve" bağlacı anlamını yitirecek uygulanma kabiliyeti kalmayacaktır.. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden

düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin sonunda yer alan ve uygulama kabiliyeti kalmayacak olan "ve" bağlacının da iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz.)

b) Altıncı fıkrasındaki "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51.maddesinin altıncı fıkrasındaki düzenlemeye göre "Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilir." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenleme uyarınca, ilgili mevzuat hükümleri gerekçe gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılabilecektir. Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını

gerekli kılar. 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki düzenlemeye göre "Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilir." şeklinde yapılmış olan düzenleme uyarınca, ilgili mevzuat hükümleri gerekçe gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılabilecektir. Altıncı fıkrasındaki ilgili mevzuatın hükümlerinin tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hükümlerinin hangilerinin olduğu belirtilmeyerek, herhangi bir mevzuatın hükümleri gerekçe gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılabilecektir. Böylece kişilerin trafik ve konum verilerinin (kişisel verilerin) gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her ilgili mevzuat hükmünün değişebilen, öngörülemez ölçütleriyle göre yurt dışına aktarılabilecektir. Kuşkusuz böylesi bir düzenlemenin Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,,…" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasında Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesinin düzenlenmiş olması, "Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel Hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. İlgili mevzuat hükümlerinin öngördüğü durumların belirsizliği ve kapsamının genişliği karşısında, Türk Hukukunda yürürlükte olan mevzuat sayısının sınırsızlığı ve fazlalığı da düşünüldüğünde, "Kişisel verilerin trafik ve konum verilerinin ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen Özel Hayatın gizliliği ve korunması ilkesine aykırı biçimde yurt dışına aktarılabilmesi mümkün olacaktır.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep

etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "kanunda

öngörülen haller"in nelerden ibaret olduğu ise, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki"…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresi, Anayasa'nın 20. maddesi hükmüne aykırıdır.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında "bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"na sahip olduğuna ve bu hak, Anayasamızda "temel hak ve hürriyetler" arasında sayıldığına göre, özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdahale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" Kural'ında öngörülen "kanun" sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, "Anayasa'ya uygun olan kanun mefhûmu"nun murâdedildiği aşikârdır. Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanunilik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin (ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Özellikle temel hakların sınırlandırılmasında öngörülen amaçla kullanılan araç arasındaki orantılılık ilkesi ve ilişkisi gözetilmeden, sınırlandırmada temel hakların aleyhine bir

orantısızlık yaratılarak, sınırlamanın meşruiyetini yitireceği ortadayken, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin altıncı fıkrasında ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuat hükümlerinin hangileri veya hangisi olduğu belirtilmeyerek ve ilgili mevzuat kavramının sınırlarının belirsiz muğlak ucu açık olması, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan ilgili mevzuat hükümlerinin sayılarının sınırsızlığı düşünüldüğünde, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin trafik ve konum verilerinin ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesinin başka bir deyişle özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelecek olan her türlü idari, kazai

tasarrufun önünü açan bu düzenlemenin sınırsız ve orantısız olduğu bu nedenle de Anayasa'nın 13. maddesi hükmünü de ihlal ettiği ortadır. 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki, "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresi Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptal edilmelidir.

c) Sekizinci fıkrasındaki "İlgili mevzuatın ve …" ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin sekizinci fıkrasında, "İşletmeciler konum verilerinin işlenmesinde abonelere/kullanıcılara bu verilerin işlenmesini reddetme imkânı sağlar. İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağrıları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilir." hükmü bulunmaktadır.

Bu düzenleme ile konum verilerinin işlenmesinde işletmeciler abonelere/kullanıcılara verilerin işlenmesini reddetme imkanı sağlayacaklar ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağrıları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebileceği düzenlenmiştir. Herkesçe kabul edilen ve bilinen acil yardım çağrıları, sıhhi İmdat (Ambulans) 112, Yangın 110, Polis İmdat 155, Alo Trafik 154, Jandarma İmdat 156 ve benzeri çağrılar olup, 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesinde tanımlanan afet ve acil durum hâlleri şu şekilde düzenlenmiştir.

5902 sayılı Kanunun 2. maddesinin (a) bendinde, Acil durum: Toplumun tamamının veya belli kesimlerinin normal hayat ve faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan ve acil müdahaleyi gerektiren olayları ve bu olayların oluşturduğu kriz halini;

(b) bendinde, Afet: Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayları,… ifade eder.

5902 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, Acil durum: Toplumun tamamının veya belli kesimlerinin normal hayat ve faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan ve acil müdahaleyi gerektiren olayları ve bu olayların oluşturduğu kriz halini; Afet: Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayları ifade etmektedir.

İşte, acil yardım çağrıları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilecektir. Bütün bu acil yardım çağrıları ve 5902 sayılı sayılı kanunun öngördüğü hallere bir de ilgili mevzuatın öngördüğü durumlar… da eklenmektedir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun

olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların

öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde, abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilecektir. Böylece, konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her mevzuatın değişebilen öngörülemez ölçütlerine göre ortadan kaldırılabilecektir. Kuşkusuz böylesi bir düzenlemenin Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve…" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasında ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla

işlenebilmesinin düzenlenmiş olması, "Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel Hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. İlgili mevzuatın öngördüğü durumların belirsizliği ve kapsamının genişliği karşısında, Türk Hukukunda yürürlükte olan mevzuat sayısının sınırsızlığı ve fazlalığı da düşünüldüğünde, abonelerin/kullanıcıların tamamının rızası dışında ve tamamen sınırsızca, konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri, hukuka ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen Özel Hayatın gizliliği ve korunması ilkesine aykırı biçimde yetkilendirilmiş kişilerce işlenebilecektir.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "kanunda öngörülen haller"in nelerden ibaret olduğu ise, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilmesinin öngören dava

konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve …" ibaresi, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrası hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında "bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"na sahip olduğuna ve bu hak,

Anayasamızda "temel hak ve hürriyetler" arasında sayıldığına göre, özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdahale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" Kural'ında öngörülen "kanun" sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, "Anayasa'ya uygun olan kanun mefhumunun murâdedildiği aşikârdır. Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanunilik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin (ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Özellikle temel hakların sınırlandırılmasında öngörülen amaçla kullanılan araç arasındaki orantılılık ilkesi ve ilişkisi gözetilmeden, sınırlandırmada temel hakların aleyhine bir orantısızlık yaratılarak, sınırlamanın meşruiyetini yitireceği ortadayken, 27.03.2015 tarihli ve 6639 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin sekizinci fıkrasında ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangileri veya hangisi olduğu belirtilmeyerek, ilgili mevzuat kavramının sınırlarının belirsiz muğlak ucu açık olması, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan ilgili mevzuatın sınırsızlığı da düşünüldüğünde ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilmesinin, başka bir deyişle özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelecek olan her türlü idari, kazai tasarrufun önünü açan bu düzenlemenin sınırsız ve orantısız olduğu bu yönüyle de Anayasa'nın 13. maddesi hükmünü ihlal ettiği ortadır. Bu itibarla, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki, "…ilgili mevzuatın ve …" ibaresinin Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve …" ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız ibârenin sonunda yer alan "ve" bağlacından önce gelen sözcük grubunu oluşturan ibârenin öngördüğü Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin sonunda yer alan "ve" bağlacı anlamını yitirecek ve bağlacın uygulanamaması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin

Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin sonunda yer alan ve uygulama kabiliyeti kalmayacak olan "ve" bağlacının da iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

d) Onüçüncü fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin onüçüncü fıkrasında, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü yer almaktadır. Buna göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisi tanınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve

olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin onüçüncü fıkrasındaki

dava konu düzenleme kapsamı genişletilerek Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisinin, iptal kararını hiçe sayacak şekilde, aynı mahiyette yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin onüçüncü fıkrasında, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmiştir. İptal edilmelidir.

5/11/2008 tarihli, 5809 sayılı 10/11/2008 tarihli 27050 (Mük.) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Kanunu ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile ülke genelinde elektronik haberleşme hizmetlerinin yaygınlaştırılması, yeni yatırımların teşvik edilmesi, bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ve sektördeki rekabetin denetlenmesini amaçlanmıştır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması" başlıklı 51. maddesinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (Kurum), elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisi tanınmıştı.

Bunun üzerine, 24.07.2012 tarihli ve 28363 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik" yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelikle, elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi, haberleşme içeriğine ilişkin verilerin dışındaki kişisel verilerin saklanması ve gizliliğinin korunması için elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin uyacakları usul ve esasları düzenlenmişti. Anılan yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali ve yürütmenin durdurulması için açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesince yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi üzerine devam eden yargılama sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik" ve bu Yönetmeliğin dayanağını teşkil eden Kanun hükmü olan 5/11/2008 tarihli, 5809 sayılı

Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesi olan "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." hükmünü, kişisel verilerin işlenmesi ve

gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme ve bu konuda düzenleme yapma yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakıldığı, yasama organı tarafından temel ilkeleri koyulmadan, çerçevesi çizilmeden, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılmasının Anayasa'nın 7, 13 ve 20. maddelerine ve sonuçta Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek, Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla yargıya taşımıştır.

Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinin iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında şu tespitlerde bulunmuştur.

"…Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan ve dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişiksiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır.

Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin

işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na veren itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..."

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Dolayısıyla yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılamaz. Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 51. maddesinin onüçüncü fıkrasında, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü, Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesi ile aynı mahiyette olduğundan, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin onüçüncü fıkrasındaki, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hüküm Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden

düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun 51. maddesinin onüçüncü fıkrası, Anayasa'nın 2. ve 153. maddesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile değiştirilen 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin dördüncü fıkrasındaki dava konusu ibare ile Yeşilay'a verilecek ödenek Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun denetim hükümleri dışına çıkarılmak suretiyle bütünüyle denetimsiz, kontrolsüz bir yapı öngörülmüştür. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na göre herhangi bir vakfa, kamuya yararlı derneğe, bir yere kaynak aktarılırsa devlet bunu denetleyecektir, bunun sonuçlarını da kamuoyuna açıklayacaktır. Dava konusu düzenlemede ise Yeşilay Vakfına aktarılan kaynağın denetiminin önü kapanmıştır. Denetimin olmaması kamu kaynaklarının amacına uygun olarak kullanıp kullanılmadığının tespit edilmesinin önündeki en büyük engeldir. Ayrıca parlamentonun bütçe hakkı ihlal edilmiş ve bütçenin yıllık olma ilkesiyle bağdaşmayan düzenleme yapılmıştır. Dava konusu ibarenin uygulanması halinde, bütçeden yapılan nakdi yardımların veya nakit dışı kaynaklardan arsa, arazi verilmek suretiyle yapılan yardım ve desteklerin saydam ve hesap verilebilir bir yönetim anlayışı yerine kaynakların kötü kullanıma açık biçimde yolsuzluklara konu edilmesi ve kamunun zarar uğratılması ve kamunun kaynaklarının doğru şekilde ve amacına uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi bütünüyle imkansız hale geldiğinden vergi mükelleflerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

2) İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesi'nin öngörülen Mütevelli Heyeti temelinde özel statülü ve Sağlık Bakanlığının kontrolünde kurularak özerkliğinin ortadan kaldırılması, Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Mütevelli Heyetine üniversite organlarına ait yetkilerin verilip, tıp lisans eğitiminde söz sahibi kılınması ve Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne adıyla hizmet vermek üzere inşa edilen ve hâlen Marmara Üniversitesi adına tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsünün, yasayla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilerek Marmara Üniversitesinin Marmara Üniversitesince yürütülen Anayasal görevlerde aksamaya yol açılması Anayasa'ya aykırı olmanın yanında, özerkliği bulunmayan yükseköğretim kurumunda pratisyen hekim ve uzman hekim yetiştirilecek olması ile Marmara Üniversitesinin Anayasal görevlerini yapmasının engellenmesinin ileride telafisi olmayan zararları ortaya çıkacaktır.

3) 6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen GEÇİCİ MADDE 18 "1/1/2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke

ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine Kurul yetkilidir." düzenlemesi ile hem kamu yararı esası göz ardı edilmiş; hem de EPDK'ya bu kayıp-kaçakların azaltılmasına ilişkin muğlak, ucu açık, belirsiz, detayı belli olmayan bir yetki tanınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ödemesini zamanında ve düzgün yapan tüketiciden elektrik kayıp-kaçak bedelinin alınamayacağı yönündeki kararına rağmen, yasama organı tarafından bu karar göz ardı

edilerek kanunlaşmış olan dava konusu düzenleme hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gibi toplumda adalet dengesinin kurulmasına engel olacak niteliktedir. Dava konusu düzenlemeyle, Elektrikte kaçak kullanımın yüksek olduğu bölgelerde faturalarını düzenli bir şekilde ödeyen elektrik abonelerinin daha fazla kayıp-kaçak ücreti ödemesine ve kayıp-kaçağı düşük olan bölgelerin kaçağın yüksek olduğu bölgelere oranla daha fazla kaynak aktarmasına yasal bir zemin oluşturulduğu görülmektedir. Oysa yapılan düzenlemenin hukuka, anayasal ilkelere ve yüksek yargı organlarının kararlarına aykırı olduğu açıktır. Uygulanması halinde tüketicilere ileride telafisi olmayan mali yükler getirileceği kesindir.

4-5) İptali istenen düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı Gerekçelerde ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur. İptali istenen kuralların yürürlükte kalması durumunda hem kamu hizmetlerinden yararlanan yurttaşların, hem Anayasa'ya aykırı düzenlemelere muhatap olacak kamu görevlilerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

6) Düzenlemenin Anayasaya aykırılığı Gerekçeler bölümünde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Anayasa'ya aykırı düzenleme nedeniyle İl Özel İdare Müdürü, Müdür Yardımcısı ve Hukuk Müşavirleri ile İl ve Vatandaşlık Müdürleri aylıklarını az alacaklarından ileride telafisi olmayan zararları ortaya çıkacaktır.

7) Taşınmazların altı (derinliği) tünel yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve tünel ile tünelin kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırıdır. Uygulanması halinde altında tünel yapılan taşınmaz sahiplerinin ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

8) 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan hükümler, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araç olan ve bilgi, düşüncelerin açıklanması, karşılıklı paylaşılması, yayılması ve bilginin elde edilmesi bakımından vazgeçilmez

olan İnternet'e erişimin, Hakim veya Başbakanlık veya Başkanlık tarafından belirsiz yetkilere dayanılarak engellenebileceğini düzenlemektedir. Anayasal koruma altında olan ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkının sınırlanması açısından keyfi uygulamaların önünü açan bir düzenlemedir. Yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerektiği halde 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan hükümler bu unsurların hiçbirini ihtiva etmemekte ve belirlilik ile öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisini idarenin inisiyatifine bırakmaktadır.

İçerik çıkartılması ve Erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi ânından itibaren "dört saat" içinde yerine getirileceği öngörülerek, kısıtlayıcı ve internet ortamında yapılacak engellemeleri arttırıcı yöntemlerle erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesi hızlandırılmakta; Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başbakanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilecek, bu kararın gereği derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getireceği ve Başbakanlık veya ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde kararın kendiliğinden kalkacağı, hükme bağlanmakta;

"Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak veya gecikmesinde sakınca bulunan haller" ibâresiyle, sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle, Hakim, Başbakan ve Başkanlığa, Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Başbakanın ve ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlığa verilen erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Telekomünikasyon Kurumunun ve idarenin olası keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken, Yaşam

hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir.

Ayrıca hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde nasıl açıklayacağı, nerede açıklayacağı, ilgililere bildirim yapıp yapmayacağı, ilgililerin karardan nasıl haberdar olacağı ve karara ilişkin hukuki yollara nasıl başvurabileceği gibi hususlar dahi düzenlenmemiştir. Bu süreçte idarenin vereceği kararlarda ve yapacağı işlemlerde şeffaflık bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda, yalnızca Başbakanlık ve Bakanlıkların bilgisi dahilinde başlatılacak bir süreç, sulh ceza hakimi verilen kararı onaylamadığı takdirde karar kendiliğinden ortadan kalksa bile, ilgili kişilerin bu durumdan haberi dahi olmayacaktır. 8/A maddesinin 2. fıkrasında Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Başbakanlık veya Başkanlık tarafından

verilen söz konusu içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararı, tedbir niteliğinde bir karardır. Zira hâkim kararı onaylamadığı veya kırk sekiz saat içinde kararını açıklamadığı takdirde söz konusu karar kendiliğinden kalkacaktır. İçeriğin yayından kaldırılması, söz konusu içeriğin İnternet ortamından tamamen kalkması sonucunu doğuracak ve karar hukuka aykırı bulunsa veya kendiliğinden kalksa dahi söz konusu içerik çoktan yok olmuş olacaktır. Bu niteliğiyle içeriğin yayından kaldırılması davanın esasını çözümleyecek niteliktedir. Bu da kararın tedbir niteliğini aşacaktır.

Bu çerçevede 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeler Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır ve bilgi paylaşımı ve bilgiye erişim açısından günümüzde var olan en önemli araçlardan İnternet'in yönetişimi ve İnternet'e erişim hususunda idareye geniş yetkiler tanınması suretiyle, ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve bilgiye erişme hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır.

9) 6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde

elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanmasının, kesilmesinin ve takip edilmesinin önü açılmaktadır, böylelikle, ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesini, kaydedilmesini, saklanmasını, kesilmesini ve takip edilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) dokunulmasına Anayasa'ya aykırı biçimde izin verilmektedir.

6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki düzenlemeyle ilgili mevzuatın hükümlerinin tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hükümlerinin hangilerinin olduğu belirtilmeyerek, herhangi bir mevzuatın hükümleri gerekçe gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılabilecektir. Böylece kişilerin trafik ve konum verilerinin (kişisel verilerin) gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her ilgili mevzuat hükmünün değişebilen, öngörülemez ölçütlerine göre yurt dışına aktarılabilmesinin önü açılmakta, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) dokunulmasına izin verilmektedir.

6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın

hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde, abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilecektir. Böylece, konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her mevzuatın değişebilen öngörülemez ölçütleriyle ve her yargı hükmüne ve her yargı kararının değişebilen öngörülemez ölçütlerine göre ortadan kaldırılabilecektir, ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerce işlenebilmesinin öngören dava konusu düzenlemeyle, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunulmasına izin verilmektedir.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak yeni

yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar kanunlaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Dolayısıyla yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılamaz. Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 51. maddesinin onüçüncü fıkrasındaki, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü ile Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi göz ardı edilmiştir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen düzenlemeler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dava konusu kuralların uygulanması hâlinde, "Hukuk devleti" ilkesi cihetinden Anayasa'nın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı kesindir.

Dava konusu kurallar hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa'ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu yasal düzenlemeler yönünden "Yürürlüğü Durdurma" Kararı verilmeyip, sadece İptal Kararı verilmesi hâlinde, bu İptal Kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

15.4.2015 tarihli ve 29327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un;

1) 4. maddesi ile değiştirilen 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki "10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesine; ikinci cümlesindeki, "… takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında artırılarak…" ifadesi ise Anayasa'nın 87., 161. ve 162. maddelerine,

2) 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa eklenen ek 158. maddenin;

a) İkinci fıkrasının birinci cümlesindeki " … ile Mütevelli Heyetinden …" ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci cümleleri ve altıncı cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin …" ve "… Mütevelli Heyetinin …" ibarelerinin; üçüncü fıkrası ile dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin teklifi ve ..." ibaresinin ve beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "… Mütevelli Heyeti tarafından …" ibaresi ile dördüncü cümlesindeki "… ve Mütevelli Heyetinin onayı …" ibaresi, Anayasa'nın 10., 130. ve 132. maddelerine,

b) Beşinci fıkrası, Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine,

c) Altıncı fıkrası, Anayasa'nın 2., 36., 123., 125. ve 130. maddelerine,

3) 18. maddesi ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. maddesi, Anayasa'nın 2., 138. ve 172. maddelerine,

4) 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki "Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 36., 70. ve 125. maddelerine,

5) 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36., 70., 125. ve 128. maddelerine,

6) 24. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı Cetvelde, "… (d) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreteri,' şeklinde ve aynı

bölümün (e) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' şeklinde değiştirilmiş, aynı bölümün (g) sırasına 'il yazı işleri müdürü' ibaresinden önce gelmek üzere 'İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,' ibaresi eklenmiş …" şeklinde yapılan değişiklikler, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine;

7) 28. maddesi, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine,

8) 29. maddesi ile 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin;

a) Birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 40., 90. ve 153. maddelerine,

b) Birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri, Anayasa'nın 2., 13. ve 40. maddelerine,

c) İkinci fıkrası, Anayasa'nın 2., 13., 40. ve 153. maddelerine; 9) 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin;

a) İkinci fıkrasındaki "…ilgili mevzuatın ve …" ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine,

b) Altıncı fıkrasındaki "…ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,…" ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine,

c) Sekizinci fıkrasındaki "…İlgili mevzuatın ve …" ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine,

d) Onüçüncü fıkrası Anayasa'nın 2. ve 153. maddelerine,

aykırı olmaları nedeniyle, gerek yukarıda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkeme'niz tarafından re'sen belirlenecek nedenlerle iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına,

Karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz.

Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - ESB Kararı

Esas Sayısı : 2015/88

Karar Sayısı : 2016/156

Karar Tarihi : 7.9.2016

R.G.Tarih-Sayısı: 19.10.2016-29862

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 30. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları…" ibaresinin,

B- 40. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 6., 7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu (BTK) kararının iptali talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İtiraz konusu kuralların yer aldığı 6639 sayılı Kanun'un;

1- 30. maddesiyle değişiklik yapılan 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi şöyledir:

> "(1) Birliğin kuruluşu bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanır.
>
> (2) Birlik, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan

internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.

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

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

2- 40. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun;

a) 30 uncu maddesi 19/2/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

b) 32 nci maddesi 26/1/2015 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

c) Diğer maddeleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 22.10.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatih ŞAHİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Genel Açıklama

3. Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB), internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili olarak verilen ve 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışında kalan erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere kurulmuş, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur.

4. ESB'nin kuruluşu ile görev ve yetkileri 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin (5) numaralı fıkrasında, Birliğin, 5809 sayılı Kanun kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşacağı, (3) numaralı fıkrasında, çalışma usul ve esaslarının BTK tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği, (4) numaralı fıkrasında, Tüzüğün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip Birliğin faaliyete başlayacağı kural altına alınmıştır. Buna göre, Tüzüğün BTK tarafından uygun bulunması, Birliğin faaliyete geçebilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır.

5. İtiraz konusu kuralla Kanun'un geçici 3. maddesinde değişiklik yapılmadan önce, Birlik tüzüğünün mevcut internet sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanacağı yolundaki hüküm uyarınca Tüzük, fiili erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren dört işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren bir işletmeci ile internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren yedi işletmeci tarafından hazırlanarak 14.4.2014 tarihinde BTK'nın onayına sunulmuş ve BTK'nın 30.4.2014 tarihli kararıyla onaylanarak ESB faaliyetlerine başlamıştır.

6. Tüzüğün, Kanun'da aranan yeterli çoğunluktaki işletme tarafından hazırlanmadığı ileri sürülerek BTK'nın Birlik Tüzüğünü uygun bulma kararının iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle açılan davada, Danıştay 13. Dairesinin 20.1.2015 tarihli ve E.2014/2037 sayılı kararıyla, Tüzüğün, yetkilendirilmiş tüm internet sağlayıcıları ile fiilen erişim hizmeti veren işletmelerin toplamının en az dörtte biri tarafından imzalanması gerekirken, fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmeciler ile diğer dört işletmecinin toplamının dörtte biri tarafından hazırlanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.

7. Yürütmenin durdurulması kararı üzerine, itiraz konusu kurallarla ESB Tüzüğünün hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresi "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet sağlayıcıları" şeklinde değiştirilerek yapılan değişikliğin 19.2.2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

B- Kanun'un 30. Maddesiyle Değişiklik Yapılan 5651 Sayılı Kanun'un Geçici 3. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "…bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları…" İbaresinin İncelenmesi

1- İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle, ESB Tüzüğünün kimler tarafından hazırlanacağını düzenleyen kuralda yapılan değişikliğin, kamu yararından ziyade, yargı kararını bertaraf etme amacını taşıdığı

belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 6., 7., 9., 11., 125., ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, ESB'nin, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün, Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı hükmü yer almakta iken itiraz konusu kuralla madde metninde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresi, "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirilmiştir.

10. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanın, Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla öngörülebilir ve uygulanabilir şekilde kanunla düzenlenmesi kanun koyucunun takdirinde olup kanun koyucu, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde düzenlemeler yapabilir.

11. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda âdil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise, kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır.

12. Anayasa Mahkemesince "kamu yararı" konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması halinde, söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayrık hâl dışında, bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

13. Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu

organların ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği kurala bağlanmıştır.

14. Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi, yasama organının kesinleşmiş olan mahkeme kararlarını kanun yoluyla ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

15. İnternetteki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi erişimin engellenmesi yoluyla yapılabilmekte, erişimin engellenmesi ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan, infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılmasını sağlamak için kurulan ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağlamakta ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli bulunmaktadır. 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre ESB, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşmaktadır. Birliğin çalışma usul ve esasları Tüzükle belirlenmekte ve Tüzüğün BTK tarafından onaylanmasıyla birlikte ESB, erişimin engellenmesine yönelik faaliyetlerine başlayabilmektedir.

16. Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının itiraz konusu kuralla yapılan değişiklikten önceki birinci cümlesinde, Birlik Tüzüğünün mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanması öngörülmekle birlikte söz konusu cümlede geçen "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresinden, abonesi bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının mı, yetkilendirilmiş tüm internet servis sağlayıcılarının mı kastedildiği konusunda belirsizlik oluşması üzerine itiraz konusu kuralla madde metninde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresinin "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği görülmektedir.

17. Yapılan değişikliğin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun, kuralda değişiklik yapılmadan önce de Birlik Tüzüğünün sektörde fiilen faaliyette bulunan işletmelerin en az dörtte biri tarafından hazırlanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, kuralın ilk halinde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresiyle abonesi bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının ifade edilmek istendiği, ancak bu ibarenin uygulamada farklı şekilde yorumlanması üzerine kurala açıklık getirmek ve oluşan belirsizliği

gidermek amacıyla "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği sonucuna varılmaktadır.

18. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince, ESB Tüzüğünün kimler tarafından hazırlanabileceğini belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu kapsamda, ESB Tüzüğünün abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile internet erişimi hizmeti veren işletmeler tarafından hazırlanmasını öngören kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır. İtiraz konusu kuralın ESB Tüzüğünü hazırlayacak asgari işletme sayısına açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan belirsizliği gidermek amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında, kamu yararına aykırı bir yönü bulunmadığı gibi yargı kararını etkisizleştirmeye yönelik bir düzenleme olarak da değerlendirilemez.

19. Açıklanan nedenlerle, kanun koyucu tarafından getirilen ve genel, objektif nitelik taşıdığı görülen kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

20. Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 6., 7., 9., 11. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 40. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinin İncelenmesi

1- İtirazın Gerekçesi

21. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralla, ESB Tüzüğünün hazırlanmasına yönelik düzenlemelerin yargı kararını etkisiz hale getirmek amacıyla geçmişe yürütüldüğü belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 6., 7., 9., 11., 125., ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

22. İtiraz konusu kural, Kanun'un 30. maddesinin, 19.2.2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğini öngörmektedir. Buna göre, Kanun'un 30. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde Birlik Tüzüğünün bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanacağı yolunda yapılan değişiklik, 19.2.2014 tarihinden geçerli olmak üzere Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe girecektir.

23. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk devletinde uyulması zorunlu olan temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi,

kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

24. İtiraz konusu kural, 15.4.2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmakla birlikte ESB Tüzüğünün, 19.2.2014 tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanmasına olanak tanımaktadır. Bu açıdan bakıldığında kuralla, yürürlük tarihinden önce gerçekleşmiş bir olaya ilişkin düzenleme yapıldığında tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda, yapılan düzenlemenin kanunların geriye yürütülmemesi ilkesinin istisnaları kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

25. ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantı kurarak erişimin engellenmesi ile ilgili kararların bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurulmuş kamusal yönü ağır basan bir özel hukuk tüzel kişisidir. ESB'nin faaliyetlerine başlayabilmesi ESB Tüzüğünün BTK tarafından onaylanmasıyla mümkündür. Dolayısıyla, Tüzüğün onaylanmasına ilişkin 30.4.2014 tarihli BTK kararının yargı kararıyla yürürlüğünün durdurulması ESB'nin faaliyetlerinin sona ermesine neden olacağı gibi faaliyetlerine başladığı tarihten itibaren verdiği kararların da hukuken geçersiz sayılmasına sebebiyet verebilecektir. İtiraz konusu kuralla, ESB Tüzüğünün onaylanmasına ilişkin işlemin yürürlüğünün durdurulması üzerine erişimin engellenmesine yönelik kararların uygulanması noktasında ortaya çıkacak sorunların giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, ESB Tüzüğünü hazırlayacak asgari işletme sayısını düzenleyen 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişikliğin geçmişe yürütülerek 19.2.2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını koordine etmekle görevli olan ESB'nin, verdiği kararların geçerliliği konusunda oluşabilecek hukuki sorunların önüne geçilmesi ve faaliyetlerine kesintisiz bir şekilde devam etmesi amacıyla yapılan düzenlemede kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

26. Bu itibarla, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, ESB Tüzüğünü hazırlayacak asgari işletme sayısını düzenleyen kurala açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan belirsizliği gidermek amacıyla ihdas ettiği bir kuralı aynı yetki kapsamında geçmişe dönük olarak yürürlüğe girmesine olanak tanıması, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir geriye yürüme olarak nitelendirilemeyeceği gibi yargı kararını etkisizleştirmeye yönelik bir düzenleme şeklinde de değerlendirilemez.

27. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

28. Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 6., 7., 9., 11. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

29. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kurallarla yargı kararının etkisiz hale getirilmesinin telafisi güç ve imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 30. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları…" ibaresine,

B- 40. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine,

yönelik iptal talepleri 7.9.2016 tarihli ve E.2015/88, K.2016/156 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibare ve bende ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 7.9.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 30. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları…" ibaresinin,

B- 40. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 7.9.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Anayasa Mahkemesi - 7 Eylül 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - ESB Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2015/88

Karar Sayısı : 2016/156

Davacı Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği tarafından, Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 20/01/2015 günlü, E.2014/2037 sayılı karara, davalı idarenin itiraz etmesi üzerine oluşturulan dosya incelendi:

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a, 19/02/2014 günlü, 28918 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6518 sayılı Kanun'un 90. maddesiyle eklenen 6/A maddesiyle, kişilik haklarına saldırı ve özel hayatın gizliliğini ihlal durumlarında hâkim veya Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin kurulması öngörülmüş, Birliğe elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterebilmek için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirilen ve yetkilendirilecek tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin üye olması zorunlu kılınmış, üye olmayan işletmecilerin faaliyette bulunamayacakları, Birliğin çalışma usul ve esaslarının Bilgi Teknolojileri ve iletişim Kurumu tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği belirtilmiş, aynı Kanun'un 100. maddesiyle eklenen geçici 3. maddesinin birinci fıkrasında, Birliğin kuruluşunu bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlayacağı; ikinci fıkrasında, Birliğin, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı ve maddenin devamındaki fıkralarda, Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması ya da anılan işletmecilerin üye olmaması durumunda idari para cezası uygulanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan hükümlere istinaden, dava konusu edilen 30/04-/2014 günlü, 2014/DK- TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararı ile, fiilen erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 4 işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 1

işletmeci ile 7 internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeci olmak üzere toplam 12 işletmeci tarafından imzalanan Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü onaylandıktan sonra, internet servis sağlayıcısı işletmecilerden biri tarafından hazırlanan ve toplam 116 işletmecinin katılımıyla hazırlanan Tüzük tasarısı davalı idareye sunulmuş; ancak 15/05/2014 günlü, 233466 sayılı işlemle, dava konusu Kurul kararı ile Tüzük onaylandığı için başvuru hakkında işlem tesis edilemeyeceğinin bildirilmesi üzerine davacı tarafından bakılan dava açılmış, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı kararıyla, Tüzüğün, 5651 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm uyarınca, yetkilendirilmiş yani mevcut 282 internet servis sağlayıcısı ile fiilen erişim hizmeti veren 4 işletmecinin toplamının en az dörtte biri tarafından imzalanması gerektiği hâlde; fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmeciler ile diğer 4 işletmecinin toplamının dörtte biri dikkate alınarak toplam 12 işletmeci tarafından imzalandığı; bu durumda, Kanun'da öngörülen yeter sayıda imzalanmayan Tüzüğün onaylanmasına ilişkin

dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı, öte yandan, anılan Kanun'un Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki "mevcut" ibaresinden fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerin anlaşılması gerektiğine ilişkin davalı idare yorumunun, yetkilendirilmiş tüm işletmecilerin üye olma zorunluluğu bulunan Birliğin oluşumundaki çoğulculuğa aykırı olacağı gerekçesiyle, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiş, bu karara davalı idare tarafından itiraz edildikten sonra, 15/04/2015 günlü, 29327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6639 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile, 5651 sayılı Kanun'un, uyuşmazlığın çözümüne esas alınan Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresi, "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" olarak değiştirilmiş, 40/a maddesinde ise, 30. maddenin 19/02/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, dava konusu işleme esas alınan 5651 sayılı Kanun'un 19/02/2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasında, 15/04/2015 günlü, 29327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6639 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile, Birliğin Tüzüğü'nün onaylanması için aranan imza yeter sayısı hesabında, abonesi bulunan yani fiilen hizmet veren internet servis sağlayıcılarının sayısının dikkate alınacağı yönünde değişikliğe gidilmesi ve anılan Kanun'un 40/a maddesi ile, bu değişikliğin yürürlük tarihinin, Geçici 3. maddenin yürürlüğe girdiği 19/02/2014 tarihi olarak belirlenmesi sonucu, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin itiraz konusu kararının gerekçesi geçersiz hale gelmiş, dava konusu işlem, tesis edildiği tarih itibarıyla yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Dolayısıyla, 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 4C/a maddelerinin uyuşmazlıkta uygulanacak kural haline geldiğinde kuşku bulunmamaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmış; 4. maddesinde ise bu ilkenin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, tüm eylem ve işlemleri bağımsız yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğunun bilincinde olan devlettir.

Bu çerçevede iptali istenen Yasa maddeleri ile Danıştay Onüçüncü Dairesince verilmiş yürütmenin durdurulması kararı ile hukuka aykırılığı tespit edilmiş olan dava konusu işleme, anılan yargı kararını bertaraf edecek şekilde yasal dayanak oluşturulduğu anlaşıldığından, anılan düzenlemeler Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının 'kamu yararı" olması gerekir.

Kamu yararını gerçekleştirmek ereğiyle yasa koyucu, değişik yolların seçimini siyasi tercihlerine göre belirleyebilecektir. Ancak, yasa koyucunun kişisel, siyasi ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani kamu yararı dışındaki özel ve başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu yasayla düzenlediği durumlarda amaç öğesi bakımından yasanın sakatlığı ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılığı söz konusu olur.

Dolayısıyla, iptali istenen düzenlemeler, yukarıda açıklandığı gibi, bir yetki saptırmasını örneklemekte ve yasama erkinin kamu yararına değil, belli bir özel çıkarı korumaya, bunun için yargı kararlarının uygulanmasını engellemeye yönelik olarak kullanıldığını ortaya koymaktadır. Bu durum, söz konusu yasama işlemlerini, amaç unsuru bakımından sakatlayarak, Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine açıkça aykırı olduğu için, iptali istenen düzenlemeler hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırı bulunmuştur.

Ayrıca, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrasında kuvvetler ayrımı ilkesine yer verilmiş; 6. maddesinde, egemenliğin Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı ve hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı kurala bağlanmış; 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kurallaştırılmış, 138. maddesinin son fıkrasında ise, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." denilerek istisnai bir duruma yer verilmemiştir.

Bu çerçevede, Yasama organının, beğenmediği yargı kararlarını, üstelik de geriye yönelik uygulanmak üzere kanun çıkartıp etkisiz hale getirmesi, diğer bir ifade yasama erkinin yargı kararlarını değiştirmek/ortadan kaldırmak amacıyla kullanılması, Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinin son fıkrası hükmüne aykırılık teşkil ettiği gibi, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirten

9. maddesine ve Başlangıç kısmındaki kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı bulunmaktadır. Zirâ, bir hukuk devletinde yargı kararı, yine ancak bir yargı kararı ile kaldırabilir.

Öte yandan, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle

getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa'nın belirtilen 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli, olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu, yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların

tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Bu nedenle, iptali istene düzenlemeler, Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı bulunmuştur.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı 11. maddesine de aykırılığı sonucunu da doğuracaktır (Anayasa Mahkemesi'nin 03/06/1988 günlü, E:1987/28, K:1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Bu durumda, yargı kararını bertaraf etmek amacı taşıdığı anlaşılan 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6.,7., 9., 11., 125. ve 138. •maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 17/3. maddesi uyarınca, Danıştay İdari Dava Dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları davalarda yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verdikleri kararları itiraz yoluyla inceleme ile görevli olup bu aşamada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmasına engel yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Nitekim, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 27/02/2013 günlü, E:2012/3152 sayılı karara yapılan itirazın görüşülmesi sırasında verdiği 26/09/2013 günlü, YD. İtiraz No:2013/372 sayılı kararıyla uyuşmazlıkta uygulanacak kural niteliğinde olan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Kişisel verilerin işlenmesi ve korunması" başlıklı 51. maddesinde yer alan "(1) Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirmeye yetkilidir." hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. Maddelerine aykırı olduğu kanısına varılması üzerine itiraz

yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; Anayasa Mahkemesince verilen (26/07/2014 günlü, 29072 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan) 09/04/2014 günlü ve E:2013/122,

K:2014/74) sayılı karar ile itirazın esası hakkında hüküm verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6.,7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerin aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine

başvurulmasına, bu kuralların Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 04/05/2015 gününde, oyçokluğu ile karar verildi."

Anayasa Mahkemesi - 28 Ocak 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 2014 Değişiklikleri Kararı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/92

Karar Sayısı : 2016/6

Karar Tarihi : 28.1.2016

R.G. Tarih-Sayı : 03.03.2016-29642

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Üçüncü cümlesinde yer alan ".otuz gün içinde." ibaresinin,

2- Dördüncü cümlesinde yer alan "İlan süresi geçtikten sonra." ibaresinin,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ibaresinin,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." ve ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibarelerinin,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 10., 13., 22., 26., 28., 35., 36., 37., 40., 138., 140., 167. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların da yer aldığı;

1. 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi şöyledir:

"Madde 11- (Değişik : 5/11/2003-4999/6 md.)

(Değişik birinci fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalar askı suretiyle otuz gün süre ile ilan edilir. Bu ilan ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmündedir. Tutanak ve haritalara karşı itirazı olanlar; askı tarihinden itibaren otuz gün içinde kadastro mahkemelerinde, kadastro mahkemesi olmayan yerlerde kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelerde dava açabilirler. İlan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalar kesinleşir. Orman kadastro komisyonlarınca düzenlenen tutanak ve haritaların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak Hazine hariç itiraz olunamaz ve dava açılamaz.

(Değişik ikinci fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Hak sahibi gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılacak sınırlamaya itiraz davalarında hasım Orman Genel Müdürlüğü; 2 nci maddeye göre orman sınırları dışına çıkarma işlemlerine karşı açılacak itiraz davalarında ise hasım Hazine ve Orman Genel Müdürlüğüdür.

(Değişik üçüncü fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Orman Genel Müdürlüğünce açılacak davalarda hasım, hak sahibi gerçek ve tüzel kişilerdir.

(Değişik dördüncü fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Kadastrosu yapılıp kesinleşen Devlete ait ormanlar orman vasfı ile, 2 nci maddeye göre orman sınırları dışına çıkarılan yerler ise kaydında belirtme yapılarak hâlihazır vasfı ile; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle, en geç üç ay içinde hiçbir harç ve bedel alınmaksızın Hazine adına tapu kütüklerine kaydedilir.

Bu Kanunun;

a) 20.6.1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi,

b) 23.9.1983 tarihli ve 2896 sayılı, 5.6.1986 tarihli ve 3302 sayılı kanunlarla değişik 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi,

Uygulamaları ile orman sınırları dışına çıkarılan, ancak fiilen orman olduğu Orman Genel Müdürlüğünce tespit edilen yerler, talep üzerine Maliye Bakanlığınca Orman Genel Müdürlüğüne tahsis edilir. Tahsisi yapılan bu yerler Hazine adına tapuya orman vasfıyla tescil edilir.

Sınır noktaları ile ölçü işinde kullanılan tüm noktalardaki taş, beton kazık ve diğer işaretler Orman Genel Müdürlüğünce korunur. Noktaların tahribatı veya yerlerinin değiştirilmesi yasaktır.

2. 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesi şöyledir:

"Ek Madde 9- (Ek : 31/7/2008 - 5801/2 md.)

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce yapılacak spor tesislerine bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre izin verilebilir. Verilen bu izinlerden bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 25/6/2010-6001/33 md.) 9/5/1985 tarihli ve 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun çerçevesinde köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yol, su, atık su, gölet, mezarlık ve altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesi maksadı ile verilen izinlerden bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hariç olmak üzere; yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre orman sayılan alanlardan bedelli izin verilebilir. Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir. (Ek cümle: 26/2/2014-6527/3 md.) Verilen bu izinlerden ağaçlandırma ve arazi izin bedeli dışında herhangi bir bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Yukarıdaki fıkrada belirtilen bina ve tesislerin, yükseköğretim kurumlarınca veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir. Bu takdirde kullanım bedeli, süresi, yapılan bina ve

tesislerin devri gibi hususlar genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit edilir. İzin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğalgaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ve yine bu Kanunun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler hariç olmak üzere, binaların taban alanları toplamı, izne konu orman sayılan alanın yüzde onbeşini geçemez.

(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine, karayolu sınır çizgisi içinde kalmak kaydıyla izin verilir. Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Ayrıca; demiryolu, otoyol, Devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında zorunlu olarak ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanlara, Orman Genel Müdürlüğünce belirlenen yerlerden ağaçlandırma bedeli alınarak izin verilebilir."

3. 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi şöyledir:

"İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama:

Madde 84- 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalalere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete'de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'da ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.

(Ek: 26/2/2014-6527/8 md.) 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler."

4. 2886 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 4- (Ek: 26/2/2014-6527/9 md.)

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve 84 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden henüz yasaklama kararı verilememiş olanlar hakkında da 84 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmü uygulanır."

5. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi şöyledir:

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

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

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

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

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.) Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

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

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

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

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

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

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

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

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.(3)

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

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

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) (Ek: 26/2/2014-6527/17 md.) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.

(16) (Ek: 10/9/2014-6552/127 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.)

6. 5651 sayılı Kanun'un 9/A. maddesi şöyledir:

"Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

MAD-DE 9/A- (Ek: 6/2/2014-6518/94 md.)

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

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

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

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

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

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

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

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

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

7. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesi şöyledir:

"Sözleşme

MADDE 4- (1) Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir.

(2) Tesisin ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden yüklenici sorumludur. Yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(3) İdarenin sözleşmede belirtilen bedeli yükleniciye ödemekte gecikmesi hâlinde uygulanacak gecikme faizine ve şartlarına ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(4) İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler (.) Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir.

(5) Yüklenici, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Kanunda belirtilen şartları haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine idarenin onayı ile devredebilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine devredilmiş sayılır.

(6) Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.

(7) Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup

edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliğiyle ilgili hâllerin neler olduğu ve bildirim usulleri yönetmelikle belirlenir. Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir. Bu hâllerde de, finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır.

(8) Yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde sözleşme feshedilir. Taahhüdün yerine getirilmemesi dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise sözleşme derhâl feshedilir.

(9) (Değişik: 26/2/2014-6527/23 md.) Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.

(10) Sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır ve yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilir. Maliye Bakanlığınca Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı

aranmaksızın iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin olunur. Bu durumda taşınmaz üzerindeki tüm yapı ve tesisler sağlam ve işler durumda Hazineye intikal eder. Taşınmaza veya üzerinde bulunan yapı, tesis ve müştemilata yüklenici tarafından zarar verilmesi hâlinde, zarar bedeli de yükleniciden ayrıca alınır. Bunlardan dolayı, hak lehtarı veya üçüncü kişilerce üst hakkından kaynaklanan herhangi bir hak veya talepte bulunulamaz. Sözleşmenin fesih tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Önceden bildirilen günde yüklenici veya vekili hazır bulunmaz ise durum tespit tutanağı yüklenicinin yokluğunda düzenlenir ve keyfiyet tutanakta belirtilir. Sözleşmenin feshedilmesi hâllerinde kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir. Yükleniciden kaynaklanan sebeple sözleşmenin feshi hâlinde yüklenicinin kesin teminatı Hazineye gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenicinin borcuna mahsup edilmez ve yükleniciler kesin teminat için herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamaz.

(11) Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması (.) kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.

(12) İdare ile yüklenici arasında imzalanacak sözleşme Türkçe olarak hazırlanır. Ancak yüklenicinin talebi hâlinde sözleşme Türkçe ve İngilizce olarak iki dilde hazırlanabilir. Metinler arasında herhangi bir çelişki olması hâlinde Türkçe metin esas alınır.

(13) Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir."

8. 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi şöyledir:

"Mevcut ihaleler ve yönetmelik

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. (Değişik ikinci cümle: 26/2/2014-6527/24 md.) Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür.

(3) (Ek: 26/2/2014-6527/24 md.) Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gerekleri mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilir ve işler buna göre yürütülür.

(4) Bu Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen yönetmelik altı ay içerisinde yürürlüğe konulur."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 14.5.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 6831 Sayılı Kanun'un 11. Maddesinin Birinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan ".otuz gün içinde." İbaresi İle Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "İlan süresi geçtikten sonra." İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, kuralda yapılan değişiklik ile orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalara karşı dava açma süresinin askı suretiyle ilanından itibaren altı ay iken otuz güne düşürüldüğü ve bu süre içerisinde dava açılmayan kararlara ilişkin harita ve tutanakların kesinleşmesinin öngörüldüğü, hukuksal işlemlerin sonuç doğurması için muhatabına şahsen tebliğ edilmesi gerekirken mülkiyet hakkına dayanan orman

kadastrosuna ilişkin işlemlerin yüksek ve engebeli koşullarda yaşayan ya da büyük şehirlere taşınmış kişilere şahsen yapılacak tebliğ yerine ilanen tebliğ edilmesinin ve ilandan itibaren otuz gün içerisinde dava açma zorunluluğu olmasının mülkiyet hakkının korunması bakımından demokratik hukuk devletinin gerekleri arasında yer alan hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği gibi hak arama hürriyetine ve mahkemeye erişim hakkına da engel teşkil ettiği, ayrıca ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı, bunların yanında hak arama hürriyetinin özünü ortadan kaldırdığı belirtilerek dava konusu ibarelerin, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi, Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritaların askı suretiyle otuz gün süre ile ilan edilmesini, bu ilanın ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmünde olmasını, tutanak ve haritalara karşı itirazı olanların askı tarihinden itibaren otuz gün içinde kadastro mahkemelerinde, kadastro mahkemesi olmayan yerlerde ise kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelerde dava açabilmelerini, söz konusu ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritaların kesinleşmesini, bu tutanak ve haritaların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak Hazine haricinde itiraz olunamayacağını ve dava açılamayacağını, açılacak davalarda yer alacak hasımları, haklarındaki tutanak ve haritaların kesinleşmeleri durumunda ormanların tapuya kayıt ve tescillerini düzenlemektedir.

5. Maddede yer alan dava konusu "otuz gün" ibaresi, orman kadastro komisyonların tarafından alınan kararlara ilişkin düzenlenecek tutanak ve haritalara askıya çıkarılmalarından itibaren kadastro mahkemelerinde veya kadastro mahkemelerinin olmaması durumunda kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelere dava açma süresini, "İlan süresi geçtikten sonra" ibaresi ise, otuz günlük ilan ve dolayısıyla dava açma süresinin geçmesi ile birlikte dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşmesini öngörmektedir.

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

7. Hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ilkesi bulunmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

8. Kadastro tutanak ve haritalarının kesinleşmesinden itibaren on yıl içerisinde, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açılabilirse de on yıldan sonra bu nedenlere dayanarak itiraz edilemez ve dava açılamaz. Belirtilen on yıllık süre dava konusu kurallar uyarınca; otuz günlük ilan süresinin geçmesinden sonra haklarında dava açılmayan tutanak ve haritaların kesinleşmesi ile başlayacaktır. Otuz günlük süre içerisinde dava açılması durumunda tutanak ve haritalar kesinleşmeyecek, kesinleşme için açılan davanın sonucu beklenecektir.

9. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur. Dava konusu ibarelerle öngörülen dava açma süresini belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak koşuluyla kanun koyucuya aittir.

10. Kanun'un genel gerekçesinden, düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin 22.5.2012 tarihli ve E. 2012/108 K. 2013/64 sayılı kararı ile verilen iptal hükmünün boşluğunun doldurulması ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun benzer hükümleri ile uyumluluk sağlanması amacıyla; içeriğinden ise kadastro çalışmalarının hızlandırılarak, ivedi bir şekilde sonuçlandırılması ve taşınmazların tapuya bağlanmasının, böylece hak sahiplerinin haklarına bir an önce kavuşmalarının sağlanması dolayısıyla kamu yararı amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ne var ki, bir düzenlemenin kamu yararına yönelik olarak yapılmış olması, onun Anayasa'ya uygunluğu bakımından tek başına yeterli değildir. Temel hak ve hürriyetler bakımından meşru amaçla getirilen sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen kriterlere aykırı olamaz. Bu anlamda dava konusu kuralların da Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık taşımaması gerektiği açıktır.

11. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren temel bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın sadece kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir.

12. Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ise bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp

kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar.

13. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır.

14. Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddî surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

15. Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan, hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir.

16. Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşmesi ile gerek orman gerekse diğer vasıflardaki taşınmazların sınırları belirlenmiş olacak ve tapu kütüğüne kayıt edilebilecektir. Kesinleşme ne kadar erken olursa hak sahiplerinin haklarına kavuşmalarının da o kadar hızlı olacağı kuşkusuzdur. Ayrıca sürenin uzamasının tereddütler oluşmasına, işlemler kesinleşmediğinden sürekli itiraz edilebileceğinden hukuki belirsizliklerin yaşanmasına, hak sahiplerinin haklarına geç ulaşmalarına dolayısıyla da kamu hizmetinin aksamasına neden olacağı açıktır. Kanun koyucu belirtilen olumsuzlukların yaşanmaması için

kesinleşme süresini otuz gün olarak öngörmüştür. Anılan süre sınırlamaları kamu düzeniyle doğrudan ilgili olan kadastro işlemlerinin hızlandırılması ve düzenli bir tapu sicilinin oluşturulması bakımından gereklidir. Dava konusu ibarelerle öngörülen süreler, hak sahiplerinin haklarına bir an önce ulaşmalarını, belirsizlik içerisinde kalmamalarını ve hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında kalmamalarını sağlayacağından hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerine dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine aykırı olarak değerlendirilemez.

17. Öte yandan belli bir hakkın mahkemede ileri sürülebilmesi ya da hak arama hürriyeti kapsamında bir davanın açılabilmesi için öngörülecek süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup, adil yargılama hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Dava ya da hukuki işlemler için tanınan süreler, mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılması zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet ederler. Süre sınırlaması getiren bu müdahaleler, devletin takdir yetkisi içinde olup, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı oldukça ve hakkın özünü zedelemedikçe Anayasa'da yer alan hak arama hürriyetini engellemiş sayılmazlar.

18. Dava konusu ibarelerin de yer aldığı 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca orman kadastro komisyonları tarafından alınan kararlara ilişkin tutanak ve haritalar askı suretiyle otuz gün boyunca ilan edilirler. Bu şekilde yapılan ilan ilgililere şahsen gerçekleştirilmiş tebligat hükmündedir. İlan edilen bu tutanak ve haritalara karşı hak sahibi gerçek ya da tüzel kişi tarafından askı tarihinden itibaren otuz gün içerisinde kadastro mahkemelerinde, bu mahkemenin olmadığı yerlerde ise kadastro davalarına bakmakla görevlendirilmiş mahkemelerde dava açılabilecektir. Otuz günlük ilan süresi geçtikten sonra dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritalar kesinleşecektir. Kesinleşme tarihinden itibaren on yıl geçmesi ile artık Hazine dışında kadastrodan önceki nedenlere dayanılarak itiraz edilemeyecek, dava açılamayacaktır. Ayrıca düzenlemede tapulu ve tapusuz taşınmaz ayrımı da bulunmamaktadır. Kadastrodan önceki nedenlere dayalı olarak açılacak davalarda hak düşürücü süre on yıldır. Böylece kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalarına karşı kadastrodan önceki nedenlere dayalı olarak otuz günlük ilan süresi içerisinde dava açılmaz ise bu süre geçtikten sonra tutanak ve haritaların kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde de aynı nedenlere dayanılarak dava açılabilecektir.

19. Kadastro çalışmalarının hızlanmasını ve bir an önce sonuca bağlanmasını sağlamak gibi kamu yararı taşıyan meşru bir amaçla ilan ve buna bağlı olarak dava açma sürelerinin sınırlanması ulaşılmak istenilen amaca gerçekleştirmek için hem gerekli hem de elverişlidir. Kaldı ki kadastro

mahkemelerinde açılacak davalar için otuz gün, genel yetkili mahkemelerde on yıl içerisinde dava açma zorunluluğu mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek kadar da kısa değildir. Bu nedenle hak sahiplerinin dava açma haklarını kullanabilmeleri bakımından ölçülü ve bir an önce haklarına kavuşmasını ve uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, bu kişilerin haklarının ve hukuki güvenliklerinin korunmasını sağlamaya elverişlidir. Bunun yanında ilan süresi geçtikten sonra kesinleşen tutanak ve haritalara karşı hak sahiplerinin kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açma hakkını tamamen ortadan kaldırmadığı gibi on yıl gibi makul ve uzun bir süreye bağlamaktadır. Bu nedenle dava konusu ibarelerin, kişilerin mülkiyet haklarının sona ermesine ya da ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verdiği, bireyin hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı ve ulaşılmak istenen meşru amaç ile de orantılı olmadığından söz edilemeyeceği gibi hak arama ve mahkemeye erişim haklarının özüne dokunacak boyutta bir sınırlandırma, temel hakkın kullanımını ortadan kaldıran ya da güçleştiren, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen ve ölçülü olmayan bir müdahale içerdiği de söylenemez. Dolayısıyla belirtilen ibarelerin hak arama hürriyetine, mahkemeye erişim hakkına ve mülkiyet hakkına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

B- Kanun'un 3. Maddesiyle 6831 Sayılı Kanun'un Ek 9. Maddesine Eklenen Beşinci Fıkranın İkinci Cümlesinde Yer Alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

21. Dava dilekçesinde özetle, orman sayılan alanlarda üniversitelerin eğitim ve araştırma tesisleri ile öğrenci yurdu yapılmak üzere verilen izinlerde ağaçlandırma bedeli, ağaçlandırma ve erozyon kontrolü geliri, arazi izin bedelinden bir ya da bir kaçının alındığı halde erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) karayolu sınır çizgisi içinde yapılan veya yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisler yapımı ve işletmesi için verilen izinlerden bu bedellerin hiç birinin dava konusu kural uyarınca alınmayacağı, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerektiği, bazı tesislerden herhangi bir bedel alınmamasının kamu yararıyla bağdaşmamasının yanında adalet ve hakkaniyete de uygun düşmediği, bunun yanında Anayasa'nın Devlete verdiği ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi görevi verilmesine rağmen herhangi bir bedel alınmamasının mali

kaynak yokluğu nedeniyle muadil ormanlık alanın yetiştirilememesi ve dolayısıyla orman alanlarının daralmasıyla sonuçlanacağı, kar amaçlı tesisler için izne konu alanın Devlet bütçesinin kaynaklarıyla oluşturulmasının da adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

22. Kanun'un ek 9. maddesi, Devlet ormanlarına yapılacak tesisleri, bu tesisler için bedel alınıp alınmamasını, tesisleri yapabilecek kurum ve kuruluşları, köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yapılabilecek tesisleri, bu ormanlara bina ve tesislerin özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde izin verecek kurumu, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki tesisler ile demiryolu, otoyol, Devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında zorunlu olarak ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanları düzenlemektedir.

23. Maddenin beşinci fıkrası ise, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine karayolu sınır çizgisi içerisinde kalması şartıyla izin verilmesini, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen bu tesislerden herhangi bir bedel alınmamasını öngörmekte olup ".bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

24. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Ayrıca bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Bununla birlikte kamu otoritelerinin hak, yetki, görev ve sorumluluklarının ne şekilde düzenleneceği de kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu bu takdir hakkını anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere istediği gibi kullanabilecektir.

25. Anayasa'nın 5. maddesinde, "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." denilmektedir. Buna göre, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak Devletin temel amaç ve görevlerindendir.

26. Anayasanın 169. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında "Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz." denilmektedir.

27. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli yasaların çıkarılması görevi Devlete verilmiştir. Keza, maddenin üçüncü fıkrasında, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceğine dair hüküm yer almaktadır. Ayrıca 169. maddenin ikinci fıkrasında, kamu yararının bulunması halinde Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olabileceği belirtilmektedir. Buna göre, Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olması için kamu yararının bulunması mutlaktır. Anayasa'da bu konuyla ilgili olarak başkaca bir sınırlama veya düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa, Devlet ormanları üzerinde özel mülkiyete izin vermemekte, sadece, kamu yararının bulunması halinde irtifak hakkı tesis edilmesine olanak tanımaktadır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde erişme kontrolü uygulanan karayolu ve bu karayolu için gerekli bina ve tesislerin yapımı için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda ek 9. maddenin beşinci fıkrası ile erişme kontrolü uygulanan yol yapımı için gereken ulaştırma yapılarına, bunların müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerinin yapılmasına izin verilmiştir. Kuralda öngörülen tesislerin yapılmasının erişme kontrolü uygulanan yollar açısından zorunluluk taşıdığı belirgindir. Bunun yanında, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde kalan ve Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen tesislerden bedel alınmaması öngörülmektedir. Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı erişme kontrolü uygulanan karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yer alan yapı ve tesislere izin verilmesi sonucu bedel alınıp alınmaması konusu Anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı yönü bulunmamaktadır.

28. Öte yandan söz konusu yapı ve tesisler, 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendine göre kamulaştırılmış, kamuya terk veya tahsis edilmiş karayolunda mülk ile olan sınır çizgisini; diğer karayollarında, yarmada şevden sonra hendek varsa hendek dış kenarı, hendek yoksa şev üstü kenarı, dolguda şev etek çizgisini; yaya yolu ile ayrılmış karayolunda yaya yolunun mülkle birleştiği çizgiyi ifade eden ve daha önce sınırları belirlenen ve orman alanı ile arasında engel olan karayolu sınır çizgisi içerisinde bulunacak, diğer anlatımla daha önce izin verilen mevcut sınırın ötesinde orman alanına yeni bir müdahaleye neden olmayacaktır. Dolayısıyla ormanlık alanların korunmasına ya da genişlemesine engel olmayacak düzenlemenin Anayasa'nın 5. ve 169. maddelerine de aykırı olduğu söylenemez.

29. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

30. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

C- Kanun'un 8. Maddesiyle 2886 Sayılı Kanun'un 84. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkra ile Kanun'un 9. Maddesi ile 2886 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 4. Maddenin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

31. Dava dilekçesinde özetle, şube kavramının tanımının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılmayarak öğreti ve yargı içtihatlarına bırakıldığı, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre üçüncü kişilerle merkez adına hukuki işlemler yapabilmenin şube olmak için yeterli olduğu, şubenin ve şube personelinin yaptığı hukuki işlemlerden merkezin de sorumlu olduğu, şube personelinin şahsi kusurunun bu sorumluluğu ortadan kaldırmadığı, ticari vekil, ticari temsilci (mümessil) gibi yetkili temsilcilerin temsil ettikleri tüzel kişi adına üçüncü kişilerle yaptıkları hukuki işlemlerden ve şahsi kusurlarından kaynaklanan fiil ve davranışlarından tüzel kişinin de sorumlu olduğu halde Kanun'un 84. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile idarelerin belirsiz gerekçelerle haklarında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı vermesi gereken tüzel kişiler hakkında ihale bedelinin üç katı tutarındaki tazminatın peşin olarak ödenmesi koşuluyla ihaleden yasaklama kararı vermemesinin kurallaştırıldığı, ayrıca Kanun'a eklenen geçici 4. maddeyle bu kuralın geçmişe de uygulanmasının öngörüldüğü, böylece kurallarla hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuki belirlilik ve yasamanın genelliği ilkelerinin de ihlal edildiği, bununla birlikte dava konusu kuralların sadece Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler için getirilerek diğer gerçek ya da tüzel kişilerin kapsam dışında tutulmasının eşitlik ilkesine uygun olmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

32. Kanun'un 84. maddesinde, idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklamaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Kanun'un 84. maddesinin birinci fıkrasında, 83. madde öngörülen ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında; hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kıracak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağrıyı ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak olarak ifade edilen yasak fiil ve davranışların ihale safhasında vaki olmuşsa bu fiil ve davranışları gerçekleştirenlerin idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmemeleri ve fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi, ikinci fıkrasında, yasaklama kararının haklarında yasaklama kararı verilenlerin sermayesinin çoğunluğuna sahip oldukları tüzel kişilere de uygulanması, üçüncü fıkrasında, ihalenin yapılmasından sonra usulüne göre sözleşme yapmayanlar, sözleşme yapılmasına rağmen taahhüdünden vazgeçenler ile mücbir sebep dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirmeyenler hakkında yasaklama kararı uygulanması hükmedilmektedir.

33. Kanun'un 84. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında aynı Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda bulunanların dışında Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerin şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerinin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve 83. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil ve davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği tespit edilenlere, verilecek bir ay içerisinde ihale bedelinin üç katı tazminatı peşin ödemeleri durumunda haklarında yasaklama kararı verilmemesi öngörülmektedir.

34. Kanun'un dava konusu geçici 4. maddesinde ise, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında 84. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yasaklama kararı verilebilecekken henüz verilmemiş olanlar hakkında da 84. maddenin dördüncü fıkrasının uygulanacağı belirtilmektedir.

35. Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi

eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken kabahat ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece kabahatin konusunu esas alarak ve benzer eylemler için öngörülen yaptırım miktarlarını kıyaslayarak haksızlık ve yaptırım arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Haksızlığa konu eylem ile yaptırım arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir.

36. Zaman içinde toplum gereksinimlerinin değişmesi yeni ihtiyaçlara uygun önlemlerin alınmasını, var olanların güçlendirilmesini, geliştirilmesini ya da gereksiz olanların kaldırılmasını zorunlu kıldığından, izlenen suç ve ceza politikasına uygun olarak gerekli yasal önlemleri almak kanun koyucunun görevidir. Hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetini, idari yaptırımları, kamu düzeninin sağlanması için alınacak idari önlemleri belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak çeşitli düzenlemeler yapabilir.

37. Dava konusu kuralların gerekçelerinde, Türkiye genelinde faaliyet gösteren ve bir çok il ve ilçede çok sayıda şubesi olan bazı bankaların para çekme makineleri (ATM) ile bazı telekomünikasyon şirketleri, GSM operatörleri ve medya kuruluşlarının baz istasyonları, radyo ve televizyon vericileri için kullanılmak üzere ihtiyaç duyulan başta Hazineye ait olanlar olmak üzere diğer kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar hakkında, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uyarınca yapılan kiralama ihaleleri sonucunda kiralama işlemi yapıldığı, Türkiye genelinde faaliyet gösteren bu tüzel kişilerin sadece bir il veya ilçede faaliyette bulunan şubelerinin veya temsilciliklerinin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışlarından dolayı haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesinin kamu hizmeti niteliği de olan faaliyetlerinde önemli ölçüde aksamalara, az sayıda tüzel kişiliğin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmesine ve vatandaşların hizmet alma kalitesinin olumsuz yönde etkilenmesine neden olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin ivedi bir şekilde giderilmesi, bu yapılırken de kamusal kaynakların en etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği de olan faaliyetlerinde önemli ölçüde aksamalar olmaması, az sayıda tüzel kişinin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmemesi ve vatandaşların hizmet alma kalitesinin olumsuz yönde etkilenmemesi ve kamu zararının önlenmesi için

öngörülen kurallarla ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının, süresinin ve bu yaptırımdan ne şartlarla vazgeçilebileceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

38. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

39. Dava konusu kuralda, ihaleden yasaklama kararı verilmeyecek haller ve bunun şartları açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu, ihaleden yasaklama kararı verilmemesinin koşullarını ve kuralın içeriğinin çerçevesini belirlemiştir. Yasaklama kararının verilmemesinin şartları şunlardır:

1- Aynı Kanun'un 83. maddesinde yer alan fiil ve davranışlarda bulunulmaması,

2- Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişi olunması,

3- Tüzel kişilerden şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından dolayı 84. maddenin üçüncü fıkrasındaki belirtilen fiil ve davranışların gerçekleşmesi,

4- Verilecek bir aylık süre içerisinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatın peşin ödenmesi.

40. Bunun yanında kuralda geçen şube personeli, vekil, mümessil ya da şahsi kusur gibi bazı kavramlar diğer kanunlara, genel hükümlere, yargı kararlarına ve öğretiye göre belirlenebilir niteliktedir. Kaldı ki bu kavramların kanun koyucu tarafından önceden tek tek tanımlanarak kanun metninde ifade edilmesi olanaksızdır. Bunun yanında kuralın muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkündür. Dolayısıyla belirtilen kavramları içermesi nedeniyle dava konusu kuralların da öngörülemez ya da belirsiz olduğundan söz edilemez.

41. Dava konusu kural ile ihaleden yasaklamaya neden olacak fiil veya davranış nedeniyle doğabilecek kamu zararının ihale bedelinin üç katı tazminat alınması suretiyle karşılanmasını öngörmüştür. Böylece kanun koyucu, bir yandan ihaleden yasaklamaya neden olabilecek fiil ve davranışların önlenmesi için yaptırım öngörürken diğer taraftan da belirli şartları taşımak ve muhtemel kamu zararını tazminatla karşılamak koşuluyla yasaklama yaptırımı uygulanmamasını hükme bağlamıştır. Böylelikle kanun koyucu kurallarda belirlenen şartları yerine getiren kişiler açısından yaptırım uygulama yetkisinden feragat etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir

yetkisine dayanarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla düzenlediği kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır.

42. Dava konusu geçici 4. madde ile maddenin yürürlüğe girdiği tarihte 83. maddede belirtilenler dışında 84. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan fiil ve davranışları gerçekleştirenlere bu fıkra uyarınca henüz yasaklama kararı verilmemiş ise, 84. maddenin dördüncü fıkrasının onların hakkında da uygulanması hükmedilmektedir. Böylece 84. maddenin dördüncü fıkrası geçmiş dönemlere de uygulanabilecektir. İhaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının, süresinin ve bu yaptırımdan ne şartlarla vazgeçilebileceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde ise henüz uygulanmamış bu yasaklamadan belirli koşullarla vazgeçmek de kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun belirtilen takdir hakkı kapsamında ihaleden yasaklama yaptırımının kapsamını daraltması mümkün olduğu gibi koşulları ve çerçevesi önceden belirlenmek şartıyla ihaleye katılmaktan yasaklama kararından da vazgeçebileceği açıktır. Dolayısıyla dava konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaz.

43. Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "kanun önünde eşitlik" ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

44. Dava konusu kurallar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamanın belirli şartların gerçekleşmesi durumunda uygulanmamasını öngörmektedir. Haklarında ihaleden yasaklama kararı uygulananlar ya da uygulanması ihtimali bulunanlar ile diğer isteklilerin aynı konumda oldukları kabul edilemeyeceğinden aralarında eşitlik karşılaştırması yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerle yerel faaliyet gösteren diğer gerçek ya da tüzel kişilerin hukuksal durumları aynı değildir. Bu nedenlerle, farklı konumlardaki kişilere farklı yaptırımlar belirlemek ya da yaptırımların uygulanma koşullarını değiştirmek kanun koyucunun takdirinde olup eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

45. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 17. Maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (15) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

46. Dava dilekçesinde özetle, düzenlenme nedenine ilişkin gerekçe bulunmayan kuralın saklı gerekçesinin erişimin engellenmesi kararının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısında ve işleyişinde yapılan son düzenlemeler ile Adalet Bakanlığına dolayısıyla yürütme organına yakın hâkimlerin vermesini sağlamak olduğu, düzenleme ile taraflı bir yargı yaratılmak istenildiği, tarafsız ve bağımsız olması gereken yargı organına gölge düşürüldüğü, böylesi bir düzenlemenin mahkemelerin bağımsızlığı ve bağımsız yargı ilkeleri ile bağdaşmadığı, hakimlik teminatına ve kanunî hâkim güvencesine aykırılık teşkil ettiği, bu ilkeleri ihlal eden düzenlemenin kuvvetler ayrığı ilkesini de ihlal etmesinin kaçınılmaz olduğu, kural ile yeni özel yetkili mahkemeler ihdas edildiği, bu durumun yürütme ve yasama organının yargılama faaliyetlerine müdahalesini önlemeye yarayan tabii (kanuni, olağan) hâkim ilkesiyle çeliştiği, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesine neden olacak ve bu haliyle sulh ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdahale niteliği taşıyan düzenlemenin diğer ilkelerin yanında hukuk devleti ilkesini de ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 37., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Kuralın Anlam ve Kapsamı

47. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suçları, kimlerin karar verebileceğini, bu kararın usul ve esaslarını, kararlara itirazı, verilen kararların yerine getirilmesi usullerini, Tele-ko-mü-ni-kas-yon İle-ti-şim Baş-kan-lı-ğı (TİB) tarafından erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâlleri, engelleme kararının kaldırılmasını, erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyenlere uygulanacak yaptırımları ve bu yaptırımlara karşı başvurulabilecek kanun yollarını, erişimin engellenmesine ilişkin kararları vermeye yetkili mahkemelerin belirlenmesi usulünü düzenlemektedir.

48. 5651 sayılı Kanun'un (1) numaralı fıkrası uyarınca, internet ortamında gerçekleştirilen ve içeriği aynı fıkranın bentlerinde belirtilen suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe olan eylemlerde erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasına göre erişimin engellenmesi kararı soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmak üzere Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilmektedir. Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunar, hâkim kararını yirmi dört saat içerisinde verir. Kararın onaylanmaması durumunda tedbir Cumhuriyet savcısı

tarafından derhal kaldırılır. Bunun yanında (4) numaralı fıkra uyarınca erişimin engellenmesi kararı birinci fıkranın (a) bendinin (2), (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı olan çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarında Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından da verilebilir. İlgili suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı ya da beraat kararı verilmesi durumunda karar kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir.

49. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak da erişimin engellenmesini isteyebilirler. Bu talebin yirmi dört saat içerisinde değerlendirilmesi gerekir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin talebi ile hâkim erişimin engellenmesi kararı verebilir. Hâkim yapılan başvuruyu yirmi dört saat içerisinde karara bağlamalıdır. Bu karara karşı CMK hükümleri uyarınca itiraz edilmesi mümkündür. Karara konu içerik yayından kaldırılır ise karar kendiliğinden hükümsüz kalacaktır. Erişim sağlayıcı kendisine gönderilen kararı derhal, en geç dört saat içerisinde yerine getirmelidir. Kararın yerine getirilmemesi halinde sorumlu kişi hakkında adli para cezası uygulanacaktır.

50. Kanun'un 9/A maddesi uyarınca internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurusu üzerine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilir. Bunun yanında aynı maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre (1) numaralı fıkra uyarınca erişimin engellenmesini Telekomünikasyon İletişim Başkanlığından talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunarlar. Bunun yanında aynı maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişimin engellenmesi kararı (9) numaralı fıkraya göre yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması gerekmektedir.

51. Kanun'un 8. maddesinin dava konusu (15) numaralı fıkrasında, 8. maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesi öngörülmektedir.

c- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

52. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

53. Hukuk devletinde, ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, ceza yargılamasına ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Nitekim Anayasa'nın 142. maddesinde, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." denilmiştir.

54. Dava dilekçesinde Kanun'un farklı gerekçelerle çıkarıldığı iddiası anayasallık denetimi açısından sınırlı bir işleve sahiptir. Anayasa'nın açıkça amaç öngörmediği durumlarda Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kurala ilişkin yasama belgelerinin incelenmesinden ve kuralın objektif anlamından kanunun kamu yararı dışında bir amaç güttüğüne dair bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun mahkemelerin görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi kapsamında, erişimin engellenmesi kararını vermek üzere birden fazla sulh ceza mahkemesi olan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenmesini öngörmesi takdir yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla dava konusu kuralda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

55. Anayasa'nın 37. maddesinde, "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz." denilmektedir.

56. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri, ikinci fıkrasında ise hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilerek hukuk devleti olmanın zorunlu bir gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

57. Anayasa'nın 140. maddesinde "Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür. Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri,

görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir." denilmiştir.

58. Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibariyle hukuki yapılanmasının, kanuni (doğal) hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana iliş-kin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleş-mesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, kanuni hâkim ilkesinin bünyesinde, "kanuniliğin" yanı sıra "önceden belirlenmiş" olmaya da yer veril-miştir. Kanuni hâkim ilkesi, suçun işlenmesinden veya uyuşmazlığın doğmasından önce davayı görecek yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Kanuni hâkim ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına; başka bir anlatımla, sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur.

59. Kanun'un gerek 8. maddesinin dava konusu kural dışındaki fıkralarında gerekse 9. ve 9/A maddelerinde internet erişiminin engellenmesine ilişkin kararların verilmesi usulü ve kararı verecek makamlar düzenlenmiş, erişimin engellenmesi kararının verileceği mahkemeler ve hâkimlikler de belirlenmiştir. Dava konusu kural ile birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunması hâlinde hangisinin yetkili olduğuna Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun karar vereceği öngörülmektedir. Belirli bir suçun işlenmesinden sonra buna ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamayan kural, istisnai alanda geçerli olup birden fazla sulh ceza mahkemesinin bulunması durumuna münhasırdır. Bunun yanında kural, yürürlüğe girmesini müteakip kapsamına giren tüm davalara ve şüpheli ayrımı olmaksızın herkese uygulanabilecektir. Diğer anlatımla belirtilen erişim engeline neden olan eylem ya da eyleme ilişkin başvuru bulunmaksızın bu konulara hangi mahkemenin bakacağı, yani görevli mahkeme önceden belirlenmiştir. Kaldı ki görevlendirme Anayasa'nın 159. maddesi ile bir mahkemenin kaldırılması ya da yargı çevresini değiştirmekle görevlendirilmiş Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın kanuni hâkim güvencesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

60. Hukuk devleti olmanın ön şartları arasında yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı olduğu açıktır. Yargı bağımsızlığı, insan hakları ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir.

Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin bağımsızlığı konusunda Anayasa ile tanınan teminat, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hâkim bağımsızlığının yalnız yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum ve kuruluşlar ile kişilere karşı da sağlanması gerekir.

61. Yargı bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hâkimlerin yargı içi ve dışı her türlü etki ve kuşkudan uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, tarafların ve toplumun yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir. Hâkimler, hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalar bile kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Herhangi bir baskının, etkinin yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler.

62. Dava konusu kuralda geçen sulh ceza hâkimleri diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atanmakta ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunmaktadır. Bu çerçevede, sulh ceza hâkiminin, internete erişime ilişkin kararlarının etkisiz veya yürütmenin etkisi altında kalabileceğine yönelik iddiaların anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca sulh ceza mahkemelerinin bağımsızlığı yönünden diğer mahkemelerden farklı bir konuma yerleştirildikleri ve bağımsızlık güvencelerinin zayıflatıldığı kanaatini oluşturacak herhangi bir neden görülmemektedir. Zira dava konusu kural sadece birden fazla mahkemenin bulunduğu yerler için görevli mahkemeyi belirleme usulünü öngörmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralın hâkimlik teminatını, yargı bağımsızlığını ve mahkemelerin tarafsızlığını olumsuz etkilediği söylenemez.

63. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 37., 138., 140. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

64. Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

65. Kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 18. Maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A Maddesine Eklenen (9) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

66. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralda Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı içerik sahibi de dâhil olmak üzere hiç kimseye itiraz hakkı tanınmadığı, itiraz yolunun da gösterilmediği, bu durumun hak arama hürriyetinin açık bir biçimde ihlâli anlamına geldiği, içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişiye sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz hakkının tanınmamasının da hak arama hürriyetini, yetkili mercilere başvurma hakkını ve başvurulacak kanun yolları ile süresinin bildirilmesine ilişkin hakları ihlal ettiği, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet, başvuru ya da herhangi bir talep bulunmaksızın TİB Başkanının resen erişimin engellemesine ilişkin tedbir kararına hükmedebilmesinin sansür niteliğinde olduğu ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, ayrıca ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin çok açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına geldiği, ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlarda dahi öngörülmediği halde erişimin engellenmesine ilişkin tedbir sürecinin özel hayatın gizliliğinin ihlâli durumu için öngörülmüş olmasının ve sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmasının ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmadığı, 9/A. maddesinin bütün fıkraları arasında organik bir bağın mevcut bulunduğundan açılan diğer dava sonucu (8) numaralı fıkranın iptaline karar verilmesi durumunda varlığının sürdürmesi mümkün olmayan dava konusu kuralın da 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptaline karar verilmesinin gerekeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

67. 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca internet ortamında özel hayatının gizliliğinin ihlali edildiğini ileri süren kişiler doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına (TİB) başvurulabileceği gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Başkanın emri üzerine TİB tarafından da erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilecektir. Maddenin (8) numaralı fıkrasında, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı belirtilmiş, dava konusu (9) numaralı fıkrasında ise (8) numaralı fıkra kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulmasını ve sulh ceza hâkiminin kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklamasını öngörmektedir.

68. Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti düzenlenmekte olup bu madde uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin kararı ile haberleşme

engellenmiş ise bu karar yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmalıdır. Aksi halde bu karar kendiliğinden kalkmış sayılacaktır. Benzer hüküm basın hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasında da bulunmaktadır. Bu nedenle engelleme kararının hâkim onayına sunulması Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasının emrettiği bir husustur. Dava konusu kural, aynı maddenin 8. fıkrasına göre yapılan kısıtlamanın hâkim onayına sunulmasına ilişkindir. Bu anlamda dava konusu kural, Başkanlığın gerçekleştirdiği erişimin engellenmesi işleminin yargısal denetimini sağladığından temel hak ve özgürlükleri kısıtlamak bir yana korunmasına katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlaması ya da kısıtlaması da söz konusu değildir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 8.12.2015 tarihli ve E. 2014/87, K. 2015/112 sayılı kararı ile 6518 sayılı Kanun'un 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6) (7) ve (8) numaralı fıkralarını Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal talebinin reddine karar vermiştir.

69. Öte yandan, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Erişimin engellenmesi kararının hâkimin onayına sunulmaması ya da hâkimin kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklamaması hâlinde kararın kendiliğinden kalkmış sayılacağına ilişkin bir düzenlemenin kuralda yer almaması kuralı münhasıran Anayasa'ya aykırı hale getirmez. Nitekim dava konusu kural ile Başkanlığın, (8) numaralı fıkraya göre takdir yetkisini kullanarak vereceği erişimin engellenmesi kararı yargı denetimine tâbi kılınmaktadır. Başkanlığın engelleme kararı sulh ceza hâkimi tarafından incelenerek sonuca bağlanacaktır. Kararın sulh ceza mahkemesi onayına sunulması ve kuralda belirtilen sürede açıklanması emredici hüküm içermektedir. Kaldı ki Kanun'a göre üst norm olan Anayasa'nın 22. maddesinde yetkili merciin kararını yirmi dört saat içerisinde görevli hâkim onayına sunacağı, hâkimin kırk sekiz saat içerisinde kararını açıklayacağı, aksi halde kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte 5271 sayılı CMK'nın 267. maddesi uyarınca, hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268. maddesi uyarınca da, itiraz hakkı ilgililere tanınmıştır. Mağdurun bu ilgililer kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, mağdurun da CMK hükümleri uyarınca itiraz hakkının bulunması karşısında hukuk devletinde bulunması zorunlu olan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esasının gerçekleştiği, kişilere etkili hak arama ve başvurma imkânı sağlayan güvencelerin tanındığı açıktır. Bu bağlamda kuralda itiraz yolunun öngörülmemesi hak arama hürriyetini, yetkili mercilere başvurma ve başvurulacak kanun yolları ile süresinin bildirilmesine ilişkin hakları engellemez. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri

ortadan kaldırmayan, özüne dokunmayan ya da sınırlandırmayan kuralın Anayasa'nın 13. maddesine aykırılığından da söz edilemez.

70. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

71. Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

72. Dava dilekçesinde özetle, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan sözleşmelere ilişkin mücbir sebep ve olağanüstü hallerin neler olduğunun açıklanmamış olması ve Kanun'da düzenlenmemesinin idareye geniş ve ölçüsüz takdir yetkisi tanıdığı ve hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı, hukukun temel ilkeleri arasında sözleşmeye bağlılık ilkesinin bulunduğu, sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan dengenin sonradan şartların olağanüstü şekilde değişmesinin adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırılık oluşturmaması için sözleşmenin değişen şartlara uydurulabileceği, bu uyarlamanın Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinden yararlanılarak gerçekleştirilebileceği ancak buna hâkimin karar vermesi gerektiği, öte yandan Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yüklenici lehine düzenlemelerin bulunduğu halde dava konusu kurallarla sözleşme bedelini doğrudan veya dolaylı olarak değiştirmenin gerekçesinin yaratıldığı ve ihtilaflara ilişkin düzenlemelerin Kanun'da bulunmasına rağmen dava konusu kuralın öngörülmesinin genel hukuk kuralları, sözleşmeye bağlılık ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, Anayasa'da ihaleye ilişkin hükümlerin bulunmaması nedeniyle kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal bir engel bulunmadığı ancak bunun kanun koyucunun hiç bir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmeyeceği, belirlenen usullerin dışına çıkabilmek için kamu yararının bulunması gerektiği oysa gerekli hazırlıklar yapılmadan ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra hukuki belirliliği olmayan ve hatta doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vazgeçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirildiği, bunu öngören yasal düzenlemelerin kamu yararına olmadığı gibi mali anlamda kamu zararına neden olacağının açık olduğu, bu durumun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, istekli olarak ihaleye giren ve üzerine ihale yapıldıktan sonra sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün olmasına rağmen imzalanan sözleşmede sonradan doğrudan veya dolaylı yollarla değişiklikler yapılmasına olanak tanınmasına

ya da sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususların sözleşmede belirlenmesine yönelik kurallar konulmasının ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini bütünüyle ortadan kaldıracağı, düzenlemelerin üzerine ihale yapılan istekliye ihaleden sonra ayrıcalık tanıdığı için eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, bunların yanında düzenlemenin Devlete verilen mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma göreviyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

73. 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bu Kanun'un amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir. Kanun uyarınca gerçekleştirilecek kamu özel işbirliği (KÖİ) sözleşmeleri aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (ö) bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini ifade etmektedir.

74. Kanun'un 4. maddesinde, "sözleşme" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasında ise genel olarak, KÖİ modeli ile gerçekleştirilecek projelere ilişkin olarak yapılan sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılması, bedelin güncellenmesi ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi düzenlenmektedir.

75. Maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesi, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesini, ikinci cümlesi, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağının anlaşılması durumunda bedelin bakan onayı ile güncellenmesini ve buna bağlı düzenlemelerin yapılmasını, üçüncü cümlesi,

Yüksek Planlama Kurulunun (YPK) yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunularak, Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılmasını, dördüncü cümlesi, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi ile sözleşmedeki değişikliklerin sözleşmede öngörülmesini, beşinci cümle ise, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubunun iade edilmesini ve sözleşme konusu işlerin hesabının genel hükümlere göre yapılmasını öngörmektedir.

76. Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

77. Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanunun genel olması, yalnızca kanunun belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir.

78. Belirtildiği üzere Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının takdiri kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığı incelenebilir.

79. Sağlık hizmetleri, nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Devletin, sağlık hizmetinin önemi ve ivediliği nedeniyle çeşitli tedbirler alması doğal ve zorunludur. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde

sürdürmesini sağlama ödevi verilmiştir. Sağlık hizmetinin sunumunu engelleyecek ya da zorlaştıracak engelleri gidermek üzere tedbir alınması Anayasa'nın Devlete verdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunluluğunun bir gereğidir. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu geciktirilemez ve ikame edilemez. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanılacak türdeki hizmetlerdendir.

80. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

81. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E. 2013/50, K. 2015/38 sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere "Kamu Özel İş Birliği" modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir. Geleneksel kamu hizmeti sunumundaki dinamizm eksikliğine çare olarak öngörülen bu model, hem çok sayıda hizmet unsurunu içermesi nedeniyle karmaşık hem de uzun süreli bir ilişki barındırmaktadır. Çünkü sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi için gerekli finansmanın sağlanması uzun süreli ve esneklik içeren sözleşmeler yoluyla yapılmaktadır. Uzun vadeye yayılan bu model aynı zamanda büyük bir finansman gerektirmektedir. Bu modelde yüklenici, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece

belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir. Dolayısıyla gerçekleştirilecek yatırım özel sektör tarafından yapılsa da mülkiyeti kamuya ait bir tesis söz konusudur. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında, 6428 sayılı Kanun'un genel gerekçesinden, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayması, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanıması gibi avantajları dikkate alınarak sağlık hizmetlerinin sunumunda KÖİ modelinin benimsendiği ve bu amacın kamu yararına dönük olduğu belirtilmiştir.

82. Kuralda geçen "sözleşme eklerinin uygulanmasını etkileyen sebeplerin ortaya çıkması" ya da "sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi" ibarelerinin düzenlenme amacının, mücbir sebep ya da olağanüstü hal kavramlarının dışında zaman içerisinde gerçekleşebilecek muhtemel sorunları çözerek sağlık hizmeti sunumunun sorunsuz devamını sağlayarak ihtiyaçları karşılamak olduğu anlaşılmaktadır. KÖİ modelinin uygulandığı hastanelerde ne zaman, hangi alanlarda ya da hangi nedenle ihtiyaç olacağının, bu ihtiyacın boyutunun ve ne zaman doğacağının önceden kanunla belirlenmesi olanağı yoktur. Sağlık hizmetinin önemi, ivediliği ve ertelenemez oluşu da dikkate alındığında bir an önce ihtiyaçların giderilmesi gerektiği de açıktır. Nitekim Kanun'un madde gerekçesinde özetle, sağlık hizmetlerinin niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar göz önüne alınarak, sağlık hizmetlerinin kaliteli şekilde sürdürülebilmesi için finansman ihtiyaçlarının alternatif kaynaklardan karşılanması zorunluluğu nedeniyle geliştirilen KÖİ modelinin hayata geçmesi ve sorunsuz çalışabilmesi için oldukça karmaşık ve geniş kapsamlı olarak yapılan sözleşmelerin sürekli değişmesi ve güncellenmesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Mücbir sebep niteliği taşımayan ancak sağlık hizmetinin yerine getirilmesini zorlaştıran nedenlerin gerçekleşebileceğinin önceden öngörülmesi mümkün olmadığından hastanelerde bulunması gereken yatak sayısını, tıbbi malzeme ihtiyacını belirlemek de olanaksızdır. Bunun yanında zaman içerisinde tıbbi teknolojinin değişmesi ve/veya gelişmesi yepyeni ihtiyaçlar ortaya çıkaracaktır. Böylece her yeni teknolojik gelişme ya da değişme sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğması olasıdır. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi için idareye takdir hakkı tanınmasında kamu yararı olduğu anlaşılmaktadır. Üstelik KÖİ modelinde özel sektör ile karmaşık ve uzun süreli ortaklık yapılmaktadır. Bu ortaklık kamu kaynaklarının ve bütçesinin sınırlı olması nedeniyle tercih edilmektedir. Yapılan yatırımlar oldukça büyük boyutlu ve kolay vazgeçilemeyecek niteliktedir. Kaldı ki yatırımın gerçekleşmesinden, özellikle kamu hizmeti sunumunun başlamasından sonra geri dönülmesi büyük kamusal zararlara neden olabilecektir. Finansmanın özel sektör tarafından

karşılandığı düşünüldüğünde karşılıklı hükümler içeren sözleşmelerin yerine getirilmesinde kamu yararı olduğu açıktır.

83. Diğer taraftan dava dilekçesinde ahde vefa yani söze bağlılık ilkesinden bahsedilmektedir. Bu ilke uyarınca sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra koşullar ne kadar değişirse değişsin, taraflar sözleşmenin gereğini aynen yerine getirmek zorundadırlar. Ancak bu ilke mutlak ve sınırsız değildir. Sözleşmenin değişen koşullar karşısında feshi ya da yeni koşullara uyarlanması, kanunda özel olarak öngörülmüş olduğu gibi, genel olarak doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği kabul edilen haller vardır. Bu haller her zaman sayılmak suretiyle belirtilemez. Bu durumda kanunlara genel hükümler konulabileceği gibi kanuna dayanmak üzere belirleme düzenleyici işlemlere bırakılabilmektedir. Sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan nedenlerle sözleşmenin uygulanması taraf ya da taraflar için artık imkânsız hale gelmiş ya da sözleşmenin sürdürülmesi dürüstlük kuralına aykırı hâli gelmiş ise hâkimden uyarlama yapılmasını istemek mümkündür. Kanun koyucu, KÖİ modeli uygulamasında bu hususları kanun maddesi olarak ancak genel hüküm olarak düzenlemiştir. Diğer bir anlatımla kanun koyucu, sözleşmenin taraflarca kolaylıkla sona erdirilmesi yerine olabildiğince tadil edilmesi yoluyla devamını öngörmektedir. Bunu yaparken de uyarlama için hâkime başvurmak yerine tarafların aralarında anlaşma yoluna gitmelerini ve buna göre değişiklik yapılmasını uygun görmektedir. Zira uyarlamanın yargı kararı ile yapılması hem zaman alacak hem de taraflar açısından daha külfetli olacağı tartışmasızdır. Bu şekilde hem sözleşmenin devam etmesi sağlanırken ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması yine tarafların karşılıklı iradeleri ile gerçekleştirilmektedir. Aralarındaki sorununun yargı kararına gerek kalmaksızın karşılıklı irade ile çözülmesinin kamu menfaatini zedeleyen herhangi bir yön olmadığı gibi hem ivedi hem de daha etkili ve yararlı olacağından sağlık hizmetinin sorunsuz devamı açısından kamu yararına olduğu tartışmasızdır.

84. Bu bağlamda dava konusu kural, belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler içermekte ve hukuki durumu soyut olarak düzenlemektedir. Ayrıca sözleşme ve sözleşme taslağında değişiklik ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi usulünü düzenleyen ve kamu yararı amacı dışında bir amaç güttüğü saptanamayan kural, belirtilen yönleri itibarıyla hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

85. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık isteyen ve teknik konulara ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin diğer fıkralarında gerek sözleşme içeriğinde yer alacak hususlar gerek sözleşmeye riayet

edilmemesi halinde gerçekleştirilecek yaptırımlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Nitekim belirtilen maddenin (2), (7), (8) ve (10) numaralı fıkralarında sözleşmeye riayet edilmemesi, taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda idarenin yapması gerekenleri ve uygulanacak yaptırımları içermektedir. Bunun yanında dava konusu kuralda sözleşme taslağında ve imzalanan sözleşmelerde değişiklik yapılmasına ilişkin genel esaslar ve koşullar belirlenmiştir. Buna göre fıkranın birinci cümlesinde sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi, ikinci cümlede, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağının anlaşılması durumunda bedelin bakan onayı ile ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenmesi, üçüncü cümlede ise Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunularak Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılması öngörülmektedir. Kural uyarınca belirlenmeyen sadece önceden tespiti mümkün olmayan değişiklik nedenleridir. Belirtildiği üzere bu nedenlerin önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması olanaklı değildir. Kuralın düzenlenme amacı bunun gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve ortaya çıktıktan sonra giderilmesi için gerekli değişikliklerin yapılabilmesidir. Kural farklı aşamalara ve durumlara göre düzenlenmiş ve değişiklik yapmanın sınırları belirlenmiştir. Nitekim kuralın ilk üç cümlesi sözleşme ve eklerinde değişikliğe ilişkin farklı hususları düzenlemiştir. Bu hususlar;

1- Sözleşmenin uygulanabilirliğini ve anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, bedel değişikliği yapmaksızın, sözleşme ve eklerinde değişiklik,

2- Sözleşmede yer alan bedelin güncellenmesi,

3- YPK'nın yetkilendirme kararından sonra ön fizibilete raporu ve projelerde değişiklik yapılmasıdır.

86. Bununla birlikte kuralda sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine ilişkin hususların da sözleşmede belirleneceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca kuralda geçen kavramların genel hükümlere, yargı kararlarına ve öğretiye göre belirlenmesi de mümkündür. Bununla birlikte gerek mücbir sebep gerek olağanüstü hal gerektiren olayların tek tek belirlenerek bunlara hukuki sonuç atfedilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki belirtilen hususların yönetmelik gibi idari düzenleyici işlemlerle de tespit edilmesi mümkündür. Nitekim 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (13)

numaralı fıkrasında "Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir." denilerek bazı hususların yönetmelikte açıklanacağı belirtilmiş, 9.5.2014 tarihli ve 28995 No.lu Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 59. maddesinde mücbir sebep halleri sayılmıştır. Dolayısıyla gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak kullanabileceği takdir alanı tanınmasının hukuki belirsizlik oluşturduğu söylenemez.

87. Anayasa'nın "Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi" başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrasında, "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler." denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu hükümle Devlete, piyasada fiilen veya anlaşma sonucu oluşabilecek tekelleşmeleri önleme ödevi yüklenmektedir.

88. Dava konusu kurallarla öngörülen sözleşme veya sözleşme taslağında gerekli değişikliklerin yapılması ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi durumu tekelleşmeye neden olmayacaktır. Zira sözleşmenin feshi nedenleri 6428 sayılı Kanun'da aynen devam etmektedir. Dava kurallar ile mücbir sebep, olağanüstü hal ve sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda sadece sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında tadilat yapılması söz konusudur. Sözleşmede değişikliğe neden olacak hususların neler olacağı konusunda idarenin de takdir hakkının olduğu, uygun görülmeyen hususların kabul edilmeyebileceği, bu durumda da yargı yoluna başvurulması gerektiği açıktır. Ayrıca konuyla ilgili kişilerin sonradan ortaya çıkan ve tadilata neden olan eylemlerin kanundaki şartları taşımadığını belirterek yine yargı yoluna gidilmesi de olanaklıdır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 167. maddesine aykırılığından da söz edilemez.

89. Öte yandan dava dilekçesinde dava konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildir. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Bunun yanında

ihalenin gerçekleşmesinden önce ya da sonra gerekli koşullar oluştuğu takdirde sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi ilişkin hususları belirleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup nitekim 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da sözleşmede değişiklik yapılması, devri ve feshine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Kanun koyucu, dava konusu kural ile sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesinin genel çerçevesini belirlemiştir. Kanun'da belirtilen hallerin gerçekleşmemesi durumunda sözleşme şartlarında değişiklik yapılamayacağı açıktır. KÖİ modeli sözleşmelerinin niteliği ve süreleri dikkate alındığında ihalenin gerçekleşmesinden sonra değişen ve gelişen koşullara uygun olarak sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılamaması bu modelin işlememesine ve dolayısıyla da sağlık hizmeti sunumunu olumsuz etkilenmesine neden olabilecektir. Kaldı ki belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığından söz edilemez.

90. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

91. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

H- Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilen İkinci Cümlesinde Yer Alan ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." ve ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." İbarelerinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

92. Dava dilekçesinde Kanun'un geçici 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki;

a- ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile ." ibaresine ilişkin olarak özetle; 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi ile öngörülen üst hakkı tesisine ilişkin kurallar ile 6428 sayılı Kanun'daki kuralların birbirinden farklı olduğu, kırk dokuz yıl olan üst hakkı tesisine yönelik sürenin otuz yıla indirildiği ve değişiklik ile üst hakkı sözleşmesinin Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sağlık tesisi yanında hizmet alanları için de tesis edilebildiği, üst hakkı tesisinin süresinin ve ayrıca hizmet tesislerini de içerecek şekilde kapsamının değişmesi ile yapım ve işletme maliyetlerinin değişmesinin ihale yapıldıktan ve sözleşme imzalandıktan sonra ihale şartlarının da değişmesi sonucunu doğurduğu, oysa her ihalenin kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerektiği, ihale yapıldıktan sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılmasının ihalede rekabeti ortadan kaldıran ve üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü,

sözleşmede üst hakkı sözleşmesi üzerinden değişiklikler yapılmasının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağdaşmamasının yanında adil ve hakkaniyetli olmadığı ayrıca hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralına da uygun olmadığı, bu uygulamanın kamu yararı ölçütüyle örtüşmediğinden hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil ettiği, bunların yanında ihalede rekabeti ortadan kaldırdığı ve ihale yapılan istekli lehine ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü için eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu,

b- ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresine ilişkin olarak özetle; hukuki uyuşmazlıkların, uyuşmazlığa konu işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre çözülmesi gerektiği, bu ilkenin ihale ve sözleşme hukukunun temelini oluşturduğu, dava konusu kural uyarınca ihale işlerin sonradan yürürlüğe giren yasal kurallara göre sonuçlandırılmasının ihalelerde rekabeti ortadan kaldıran bir işlev görmesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği, idari yargı mercileri nezdinde davaların olduğu ve bunlardan bir kısmı için yürütmeyi durdurma kararı verildiği halde Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağı, bu davaların kimleri ilgilendirdiğinin belli olduğu, kanunların genelliği ilkesi uyarınca kuralların belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi gerektiği öte yandan hukuki güvenliğin sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil, aynı zamanda yürürlükteki hukuk düzeninin süreceğine duyulan güveni de içermesi nedeniyle yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre verilmiş yargı kararlarını geçersiz kılan yasal düzenlemelerin yapılmasının bu ilkeyle bağdaşmayacağı, ayrıca bu durumun kamu yararı ilkesiyle de örtüşmediği, Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasına ilişkin olarak yer verilen iptal gerekçelerinin dava konusu kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine aykırı olduğu,

ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

93. Kanun'un geçici 1. maddesi, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde bu madde çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin nasıl sonuçlandırılacağını, uygulanacak kuralları, sözleşmelerin geçerliliğini, yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen kararların nasıl yerine getirileceğini düzenlemektedir. Dava konusu ibareleri de içeren (1) numaralı fıkra; "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. (Değişik ikinci cümle: 26/2/2014-6527/24

md.) Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır." şeklinde olup fıkranın birinci cümlesi, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi gereğince ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işlerin mevcut ihale şartnameleri doğrultusunda gerçekleştirilmesini hükmederken üst hakkı ve sözleşme ya da sözleşme taslaklarında değişiklik yapılmasına ilişkin 4. maddenin (9) numaralı fıkrasının bu uygulamadan istisna tutularak süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanmasını öngörmektedir. Buna göre üst hakkı ile sözleşme ve eklerinde yapılacak değişiklikler ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin işlemlere 6428 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

94. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda kanunların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar; geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

95. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile ilgili olarak gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme ayrımı yapılmaktadır. Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.

96. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca KÖİ modeli yatırımlarda sözleşmeler belirtilen sabit yatırım dönemi hariç en fazla otuz yıl olmak üzere yapılabilmektedir. Aynı Kanun'un 1. maddesi uyarınca sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı

tesis edilebilmektedir. İdare ile yüklenici arasındaki hukuki ilişki belirtilen sürelerin sonuna kadar devam etmektedir. Dolayısıyla aralarındaki hukuki ilişki devam eder niteliktedir. Bu nedenle kazanılmış haktan ya da kesinleşmiş işlemlerden söz edilemez.

97. Diğer yandan KÖİ modelinin ilk uygulamaları 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre gerçekleştirilmekte iken 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile bu Kanun hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Ek 7. maddeye göre ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişilere tanınan üst hakkı en fazla kırk dokuz yıl olarak saptanmışken 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile bu süre otuz yıla indirilmiştir. Ayrıca KÖİ modelinde sürekli ve bağımsız üst hakkı tanınması benimsenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 826. maddesi üst hakkının sürekli ve bağımsız olması için en az otuz yıl olarak kurulması gerekmektedir. Dava konusu kural ile üst hakkına ilişkin süre otuz yıl olarak öngörülerek 6428 sayılı Kanun hükümleriyle uyumlu hale getirilmiştir. Bunun yanında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrası sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında değişiklik yapılması ve sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesine ilişkindir. Yeni koşulların ortaya çıkması durumunda ancak tarafların ortak iradeleri ile sözleşmede değişiklik yapabilmeleri ya da sözleşmeyi sona erdirmeleri söz konusudur. Böylece kişilerin iradelerinin tek taraflı etkisiz kılınması söz konusu değildir. Böylece dava konusu ibareler ile gerek TMK ve 6428 sayılı Kanun arasında gerekse sözleşmeler arasında eşgüdüm sağlanmasının amaçlandığı ve bu amacın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki dava konusu ibareler ile 3359 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler ile 6428 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler aynı hükümlere tabi olabilecektir. Böylece yapılan değişiklik ile eski ve yeni kuralların geçerli olduğu dönemde yapılan üst hakkı ve sözleşmelere ilişkin uygulamalar ortak hükümlere tabi kılınmakta, kurallar arasındaki farklar giderilerek eşgüdüm sağlanmakta ve aynı hukuki durumdaki yükleniciler aynı hükümlere tabi olmaktadır. Bu anlamda yapılan değişikliklerin hukuki güvenlik ve istikrarı engellediği ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

98. Öte taraftan dava dilekçesinde ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresinin Anayasa'nın 138. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 138. maddede hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları, bu organlar ve idarenin mahkeme

kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

99. Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

100. Dava konusu ibare ile mevcut ihaleler yönünden ile sözleşme ve eklerinin değiştirilmesi ve sona erdirilmesi konularına yönelik olup sözleşmeden doğan ihtilaflara ilişkin değildir. Zira kuralda devam eden yargılamalara uygulanacağına ilişkin hüküm olmadığı gibi bu konuda etkilediği açılmış bir dava olup olmadığının belirlenmesi ya da var ise kurala göre karar verilmesi de olanaklı değildir. Ayrıca kuralın yargılaması devam eden davalara uygulanmasına ilişkin bir Kanun'da ifade de yer almamaktadır. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması da söz konusu değildir. Dolayısıyla yargı mercilerince verilecek kararların uygulanmasını öngören kural Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir.

101. Açıklanan nedenlerle, dava konusu ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." ibaresi Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine, ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresi Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

102. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresi yönünden, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN ise her iki ibare yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

103. 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresinin Anayasa'nın 167. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

104. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kural ile mevcut ihale dokümanlarında ve sözleşmelerde geçmiş ve geleceği kapsayacak şekilde düzenleme yapılmasının tüm ihalelerin temelinde yatan rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerini askıya alacağı, yolsuzluk ve

usulsüzlükleri yasallaştıracağı, somut ihaleler hakkında verilmiş yargı kararlarını etkisiz hâle getireceği, mevcut ihale dokümanlarına göre ihale yapıldığı ve sözleşmeye bağlanarak hukuksal işlemin tamamlandığı halde ihaleden sonra değişiklik yapılması sonucu ihale dokümanına göre teklifte bulunan isteklilerin tekliflerini değiştirebilmelerinin engellendiği, bu durumun yapılmış ihalede saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenirliliğin ortadan kalkması ve dolayısıyla yapılmış ihalenin hukuken sakatlanması sonucunu doğuracağı, uygulamanın adil ve hakkaniyete uygun olmamasının yanında kamu yararı ölçütüyle, hukuk devleti ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanınması sonucunu doğurması nedeniyle de kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, bununla birlikte idari yargı mercilerinde görülmekte olan hukuki uyuşmazlıklar için her aşamada verilecek her türlü yargı kararının gereğinin, yargı kararı doğrultusunda değil, mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesi ile hukuk yollarının kapatılmış olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

105. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

106. Dava konusu kural, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihinden önce 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin ihale dokümanı ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesini öngörmektedir.

107. Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmıştır. Böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur. Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da bunları ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında da "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, davaya taraf olan kişinin anayasal güvencelerinin etkin olarak korunması

ve hukuka uygunluğun sağlanması için, idarenin kendisi hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması gerekmektedir.

108. Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsılması, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, yargı kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş olacaktır.

109. Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

110. Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindendir.

111. Kamu bütçesini aşacak boyutta finansman gerektiren KÖİ modeliyle yapılan yatırımların kapsamı, boyutu, ekonomik değeri ve sağlık hizmetine yapacağı katkılar düşünülerek ihale sürecine ilişkin işlemlerin ve sonrasında imzalanan sözleşmelerin mümkün olduğu ölçüde sürdürülmesinin hedeflenmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Gerekçesine bakıldığında dava konusu kuralın, 6428 sayılı Kanun kapsamında kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukuki anlamda güven içeren yatırımlara destek vermeleri nedeniyle ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin bazı tadilatlarla düzeltilebilmesi, hukuka dolayısıyla da mahkeme kararlarına uygun hâle getirilebilmesi için idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale dokümanı ve sözleşmelerde gereken düzenlemelerin yapılması suretiyle işlerin yürütülmesi amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

112. Kural uyarınca sözleşmeler ve ihale dokümanları iptal edilmeyecek, mahkeme kararlarının gerekleri yönünde değiştirilecektir. Böylece hem mahkeme kararlarının gerekleri yerine getirilecek hem de sözleşme ve ihale süreci devam edebilecektir. Dolayısıyla dava konusu kural uyarınca idari yargı organları tarafından verilen kararların uygulanmamasını ya da geciktirilmesini öngörmemekte, sadece bu kararların uygulanma şeklini göstermektedir. Diğer anlatımla kural, yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm niteliğini almış yargı kararlarının etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Doküman ya da sözleşmelerde kararlar doğrultusunda değişiklik yapılması, kararların yerine getirilmemesi anlamını da taşımaz. Kural, idarenin mahkeme kararını değiştirebilmesine değil sadece karar doğrultusunda doküman ya da sözleşmenin değiştirilmesini hükmetmektedir. Kaldı ki yargı organı tarafından ihalenin tamamen iptal edilmesi ya da ana unsurlarının iptal edilmesi durumunda doküman ya da sözleşmelerde değişiklik yapılması olanağının da ortadan kalkacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle kural, doküman ya da sözleşmede değişiklik yapılarak uygulanması mümkün haller için geçerlidir. Tüm bunlara rağmen kararın yerine getirilmediğinin düşünülmesi durumunda yeniden yargı yoluna gidilmesi de mümkündür. Dolayısıyla dava konusu kural hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil ettiği söylenemez.

113. Öte yandan dava dilekçesinde kuralın eşitlik ilkesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildirler. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer hukuki durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan diğer isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Üstelik belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Haklarında verilmiş yargı kararı bulunan yüklenicilerin dava konusu kurala tabi olacakları kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığından söz edilemez.

114. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

115. M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

116. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların uygulanmasının insanların maddi ve manevi zararlarının doğmasına yol açacağı, hukuk devleti sayılmanın gereği olarak anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması gerektiği, aykırılıkların sürdürülmesinin, hukukun üstünlüğü ilkesini zedeleyeceği ve bu durumda kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından hukuk devleti yönünden de giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açılacağı belirtilerek yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan ".otuz gün içinde." ibaresi ile dördüncü cümlesinde yer alan "İlan süresi geçtikten sonra." ibaresine,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ibaresine,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkraya,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddeye,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkraya,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkraya,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasına,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." ve ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresine,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal talepleri, 28.1.2016 tarihli ve E.2014/92, K.2016/6 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 28.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan ".otuz gün içinde." ibaresi ile dördüncü cümlesinde yer alan "İlan süresi geçtikten sonra." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan;

a- ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

28.1.2016 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesiyle, 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ".bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz" ibaresinin iptali isteminin reddine ilişkin çoğunluk kararına aşağıdaki nedenlerle katılmıyoruz:

2. İptali istenen kuralla, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine, karayolu sınır çizgisi içinde kalmak kaydıyla izin verilmesini öngören beşinci fıkranın kapsamındaki bu tesislerden, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilenlerden herhangi bir bedel alınmayacağı öngörülmektedir.

3. Kural kapsamındaki yerlerin "karayolu sınır çizgisi içinde" olanları ifade ettiği açıktır. Dolayısıyla, hangi tesislerden bedel alınmayacağı, karayolu sınır çizgisine göre belirlenecektir. "Karayolu sınır çizgisi"nin 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesindeki tanımına göre "kamulaştırılmış, kamuya terk veya tahsis edilmiş karayolunda mülk ile olan sınır çizgisini; diğer karayollarında yarmada şevden sonra hendek varsa hendek dış kenarı, hendek yoksa şev üstü kenarı, dolguda şev etek çizgisini; yaya yolu ile ayrılmış karayolunda yolun mülkle birleştiği çizgiyi" ifade etmektedir. Yine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre karayolu sınır çizgisi aynı ölçütlere göre tanımlanmaktadır. Anılan Kanun'da, otoyollarda karayolu sınır çizgisi belirlenirken sadece üzerinden trafik akan yol gövdesi değil, otoyol hizmet tesisleri, bakımevleri gibi zorunlu tesis ve güvenlik alanlarının da gözetileceği öngörülmektedir.

4. İlgili yasalarda yapılan bu tanımlamalara göre karayolu sınır çizgisinin mülkle birleştiği durumlar dışında somut ve önceden belirlenebilir bir sınır çizgisi mevcut olmayıp, bu çizginin otoyol projesi yapılırken idare ve/veya müteahhit tarafından serbestçe belirlenebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, orman içinden geçen otoyollarda zorunlu olarak müdahale edilecek orman alanı, özel bir mülke temas etmedikçe, idare tarafından istenildiği ölçüde orman sahasına girebilecektir.

5. Anayasa, birçok ülke anayasasından farklı olarak, ormanların korunmasını özel ve sıkı bir rejime bağlamıştır. Tarihsel olarak Fatih Sultan Mehmet'le başlayan ancak Osmanlı döneminde gereğince uygulanamayan, ormanların gerekirse en sert tedbirlerle korunması kaygısı, Cumhuriyet döneminde ormanlara tekrar verilen öneme rağmen orman alanlarının kaybının önlenemeyişi, anayasa koyucuyu, 1961 ve 1982 Anayasalarında özel hükümler vazetmeye

yöneltmiştir. Anayasa'nın 169. maddesi, ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi için Devlete görev vermiş; devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağını, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağını, yanan ormanların yerine yenisinin yetiştirileceğini hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesinin 17.2.2002 tarihli ve E:2000/75, K:2002/200 sayılı kararında şu husus vurgulanmaktadır:

"Devlet ormanlarının gerçek ve tüzelkişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir."

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararlarında, orman arazileri üzerinde Devletçe yapılan ve işletilen tesisler için bedel alınmamasını Anayasa'ya aykırı bulmadığı; orman arazisinde madencilik faaliyeti yapılması halinde ise devlet hakkının %30 fazlasıyla alınacak olmasını, zorunlu olarak yapılacak madencilik faaliyeti ile ormanın aynen korunması arasındaki kamu yararını makul bir dengeye kavuşturduğu gözetilerek, orman alanındaki madencilik faaliyetlerini Anayasa'ya aykırı bulmadığı anlaşılmaktadır.

6. İptali istenen kuralla, yap-işlet-devret modeliyle yapılacak ve işletilecek tesislerden, kamu idareleri tarafından yapılanlar gibi, herhangi bir bedel alınmaması esası getirilmiştir. Bu durum, daha önce Anayasa Mahkemesince incelenen ve Anayasa'ya aykırı bulunmayan düzenlemelerden de oldukça ileri gitmektedir. Çünkü bu durumda madencilik faaliyetlerinde olduğu gibi dengeleyici bir unsur (devlet hakkı) söz konusu olmadığı gibi, herhangi bir bedel veya ücret ödemeyecek olan girişimci, aynı oranda yüksek kar elde edecek ancak eksilen orman arazisinin telafisi için ayrılması gereken kamu kaynakları karşılanmayacaktır. Anayasa Mahkemesinin önceki içtihatlarıyla oluşan ve ormanların aynen korunması gereği ile zorunlu hallerde kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla orman alanlarına belli ölçülerde müdahaleyi olanaklı kılan irtifak hakkı kullanımı arasında sağlanan adil denge, bu kez iptali istenen kuralla bozulmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Muhtelif kanunlarda değişiklik yapılması amacıyla milletvekillerince verilen 4 ayrı kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Plân ve Bütçe Komisyonunda birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kuruluna sevkedilmiş ve 26.2.2014 tarih ve 6527 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" olarak kabul edilerek 1.3.2014 tarih ve 28928 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un 3. maddesi ile 6831 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın 2. cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz..." ibaresi ile Kanun'un 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın ve Kanun'un 18. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın anılan kanun tekliflerinde yer almadığı ve bu kuralların TBMM Plân ve Bütçe Komisyonunca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

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

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

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

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

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

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

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

Açıklanan nedenlerle; yukarıda işaret edilen kuralların Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı, Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin iptallerine karar verilmesi istenmiştir. Bu kapsamda aşağıdaki kuralların da iptali istenmiş, ancak Mahkememiz çoğunluğu tarafından kurallar Anayasaya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

Aşağıda belirtilen kuralların, açıklanan nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

I- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrası

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenen, 4. maddesinin 9 numaralı fıkrası şu şekildedir:

"(9) Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır."

Kural, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, uzun süreli bir sözleşmede bu gibi değişikliklerin yapılması ihtiyacının olabileceği, kanun koyucunun mümkün olduğunca sözleşmeyi sona erdirmeden devam ettirme amacında olduğu, bu açıdan bu gibi düzenlemeleri yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu gerekçeleriyle Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

İptali istenen fıkrada, kamu özel ortaklığı kapsamında yapılan ihaleler ve imzalanan sözleşmelerde daha sonra değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıkarsa bunların ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak çeşitli durumlar öngörülmüş ve bu durumlara ilişkin olarak çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Getirilen düzenlemenin genel gerekçesi kapsamında şu hususlara yer verilmiştir: ".Kamu Özel İşbirliği projelerinin ülkemizde yeni uygulanmaya başlanması, yüksek bütçeli olup uzun vadeye dayanması sebebiyle projelerin temelini oluşturan karmaşık sözleşmelerin gelişen hal ve durumlar için gözden geçirilip güncellenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde projelerin kolaylıkla sona erdirilmesi gündeme gelecektir ki; bu durumda ortaya çıkacak zarar kamuya, hem hizmetlerin aksaması hem de maddi kayıp olarak yansıyacaktır. Ayrıca yapısı gereği uluslararası nitelikte ve büyük ölçekli olan bu projelerin sona erdirilmesi hizmetler ve maliyette ortaya çıkan zararın yanı sıra uluslararası piyasada; ülkemiz adına güven ve yatırımcı kaybına da sebebiyet verecektir. Bu sebeplerden dolayı Teklif ile sözleşmelerde değişiklik yapılması ve bu değişikliklere ilişkin hükmün Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış sözleşmelere de uygulanması amaçlanmıştır. Ayrıca bu kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti dikkate alınarak idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale tümüyle iptal edilmeksizin, ihale dokümanı ve sözleşmelerde kararların gerektirdiği düzenlemeler yapılarak işlerin yürütülmesi öngörülmüştür."

Kanun koyucu, yüksek maliyet gerektiren ve uzun süreli yapılması gereken yatırımların özel sektör tarafından yapılıp, sağlık hizmeti verilmesini sağlamak amacıyla kamu özel işbirliği (KÖİ) usulünü kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin 14.2.2013 tarih ve E. 2011/150, K. 2013/30 sayılı kararında KÖİ, "özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir." şeklinde tanımlamıştır. Buna göre, KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir.

KÖİ'ne ilişkin sözleşme, 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre özel hukuk hükümlerine tabi olmakla beraber, sözleşmenin kurulması özel hukuk hükümlerine göre tarafların bir araya gelerek

akit serbestisi çerçevesinde sözleşmenin şartlarını belirlemeleri şeklinde olmamakta; öncesinde, kiminle sözleşme yapılacağının ve sözleşmenin şartlarının belirlenmesi için, söz konusu Kanun'un 3. maddesi gereğince ayrıca bir de ihale yapılması gerekmektedir. Nitekim, Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında "İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır", denilmiş, maddenin müteakip fıkralarında ihalenin ne şekilde yapılacağı açıklanmış, arkasından 4. maddede de sözleşmenin yapılması düzenlenmiştir.

Buna göre idare, yapılan ihalelerde saydamlığı, rekabeti eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun zamanda ve şartlarda karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Özel hukuk sözleşmelerinde iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun suretle rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur. Özel hukuk sözleşmelerinde uyulması gereken kurallar kamu hukuku için yeterli değildir. İdarenin özel hukuka göre yapacağı sözleşmelerde uyacağı birçok kural vardır. Bu kuralların başında ekonomik açıdan en avantajlı teklifi değerlendirmek vardır. Ayrıca idare sözleşme yapacağı kişiyi ve yeri serbestçe seçememektedir. Kanun koyucu, bu şekilde sözleşme öncesinde ihale süreci öngörerek, kamu yararının daha iyi gerçekleşmesini sağlamaya çalışmaktadır.

KÖİ'ne ilişkin sözleşmeler uzun süreli olduklarından, zamanla değişen şartlara sözleşmenin uyarlanması, öngörülmeyen durumlara göre gözden geçirilmesi gerekebilir. Ancak, kamu yararı gereği, ihale sürecinden sonra kurulan sözleşmenin, ihale sonucuna göre yapılması gerekli olduğu gibi, daha sonraki değişikliklerin de bu esas çerçevesinde gerçekleştirilmesi, ihaleyi anlamsız hale getirecek şekilde yapılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesi gereğince hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin

düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

İptali istenen fıkranın birinci cümlesinde, "Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir" denilmiştir.

Buna göre, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde Sağlık Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi öngörülmektedir. Bu cümle, ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin uygulanma aşamasına ilişkindir.

Kuralda geçen, "mücbir sebepler, olağanüstü haller" ibareleri, geniş bir anlama sahip olmakla beraber, anlamı ve kapsamı gerek kanunlarda gerekse uygulamada açıklığa kavuşturulduğundan bu konularda bir belirsizlik olduğunu söylemek uygun değildir. Keza, söz konusu hallerde, sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanması da bir gerekliliktir. Ancak, cümlenin devamındaki, "..veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde." ibareleri, son derece geniş olup, mücbir sebep veya olağanüstü hal dışında bir başka nedenden dolayı da sözleşmenin değiştirilmesine izin vermektedir. Bu hükme göre, bedel aynı kalmak kaydıyla sözleşmenin diğer unsurları değiştirilebilecektir. Bu kapsamda bedel değiştirilmeden, örneğin yüklenicinin borçları hafifletilebilecek yahut ağırlaştırılabilecektir. Bu şekilde bedel değişmese de, edim değiştirilebildiğinden, bedelin de bundan dolaylı olarak etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu şekilde taraflar, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra, sözleşmenin önemli unsurlarında değişiklik yaparak, daha önceki ihale sürecini anlamsız hale getirebileceklerdir. Kural bu haliyle, belirsiz olup idareye, keyfiliğe yol açabilecek geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu durumun, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Tarafların sözleşmede yapabilecekleri değişikliklerin geçerli olmasını, Bakanın onayına tâbi kılmak da, yukarıda belirtilen sakıncayı gidermek için yeterli bir güvence oluşturmamaktadır.

Fıkranın ikinci cümlesinde sözleşmede değişiklik yapılmasını öngören bir diğer durum düzenlenmiş ve "Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin

tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır" denilmiştir.

Bu cümlede de, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen işin tamamlanmayacağının anlaşılması durumunda bedelin Bakan onayı ile güncellenmesi ve buna bağlı düzenlemelerin yapılması öngörülmektedir. Güncelleme ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak yapılacaktır. Bu cümle, birinci cümle gibi yapım aşamasına ilişkindir; ancak ondan farklı olarak bedel değişikliği yapılabilmektedir; burada bedelin de güncellenmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması kabul edilmiştir.

Şu halde yukarıda incelenen birinci cümledeki duruma benzer şekilde, bu cümlede düzenlenen duruma göre de, "mücbir sebepler ve olağanüstü hâller" dışında, "yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâli" son derece geniş ve belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ayrıca, yukarıda birinci cümle açısından ifade edildiği üzere, ihale yapılıp tamamlandıktan sonra, sözleşmede değişiklik yapılarak, daha önce yapılan ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

İptali istenen fıkranın üçüncü cümlesinde ise "Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Bu hükme göre de, ihaleden sonra, ancak sözleşmesinin yapılmasından önceki aşamada, "ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde" Yüksek Planlama Kurulundan yeni duruma göre yetkilendirme alarak, sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli değişiklikler yapılabilecektir. Burada da yine ihale bedelinin değiştirilmesini gerektiren bir değişiklik olması halinde, yeni duruma göre, ihale bedelinin değiştirilmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması öngörülmüştür. Ancak burada, değişikliğin gerçekleşebilmesi, Bakanın onayı ile değil, Yüksek Plânlama Kurulunun yetkilendirmesi ile gerçekleşebilecektir.

Bu cümle açısından yine, "ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde" ibaresi son derece geniş ve

belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, yukarıda incelenen birinci ve ikinci cümleler açısından ifade edildiği üzere, ihalenin tamamlanmasından sonra, sözleşme şartlarında değişiklik yapılarak, ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

İptali istenen fıkranın dördüncü ve beşinci cümlelerinde Anayasaya açık bir aykırılık bulunmamakla beraber, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, fıkranın bir bütün olarak Anayasaya uygunluğu oylanıp değerlendirildiğinden, önceki cümlelere bağlı olarak bu cümlelerin de Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, 6527 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle değiştirilen, 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

II- Kanun'un 24. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası."İbareleri

Dava konusu ibareleri de içeren geçici 1. maddenin 1. fıkrası şu şekildedir;

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır."

Görüldüğü gibi, geçici 1. maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinde, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde süreci başlatılan ihalelerin, yeni hükümlerde belirtilen usule göre değil, mevcut ihale şartlarına göre, yani kaldırılan ek 7. maddede öngörülen şekilde sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir. İptali istenen ibarelerin de yer aldığı ikinci cümlede ise, süreci başlatıldığı için kaldırılan ek 7. maddeye tâbi kılınan ihalelerde ve sözleşmesi imzalanmış işlerde, üst hakkı tesisine ilişkin hükümler, 3. maddenin 7. fıkrası ile 4. maddenin 9. fıkrasındaki hükümler istisna tutulmuş ve onlara da uygulanması kabul edilmiştir. Buna göre, süreci başlatıldığı için ek 7. madde kapsamındaki ihalelere ve sözleşmesi tamamlanmış işlere de, yukarıda (1 numaralı başlıkta) incelenen 4. maddenin 9. fıkrası hükümleri uygulanacaktır.

İptali istenen ibareler Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasaya uygun bulunup, iptal talebi reddedilmiştir.

İptali istenen ibarelerden ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." kısmına ilişkin ret kararı kanaatimizce isabetli olmakla beraber; ". ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibarelerinin iptali talebinin de reddedilmesi isabetli olmamıştır.

İptali talep edilen ". ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibareleri yukarıda incelediğimiz ve Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüz, 4. maddenin 9. fıkrasına atıf yapmaktadır. O nedenle, yukarıda 1 numaralı başlık altında incelenen 4. maddenin 9. fıkrasına ilişkin Anayasaya aykırılık nedenleri burada da geçerlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 6428 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibarelerinin de Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce mücbir sebep hâllerinde sözleşmenin sona erdirilmesi düzenlenmekte iken, yapılan değişiklikle mücbir sebeplerin yanında "olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla" Sağlık Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabileceğinin; ayrıca "yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde" bedelin, ihalede nihaî teklifin verildiği tarih esas alınarak güncelleneceğinin ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemelerin yapılacağının hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

Böylece anılan kural, mücbir sebep hâllerinde "sözleşmenin sona erdirilmesine" imkân vermekte iken, yapılan değişiklikle mücbir sebeplerin yanında çok daha geniş bir şekilde sayılan sebeplerle ve "sözleşmenin sona erdirilmesine" değil, "sözleşme ile eklerinde ve yapım işlerinde bedelde değişiklik yapılmasına" imkân verecek hâle getirilmiş bulunmaktadır.

Kararda, 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında getirilen bu düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğu, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen şartlara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip bir takdir yetkisi tanınmasının hukukî belirsizlik oluşturduğunun söylenemeyeceği, bu sebeple Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılığın söz konusu olmadığı belirtilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ve keyfî uygulamalara karşı koruyucu tedbirler içermesini gerektirmektedir.

Mücbir sebep ve olağanüstü hâl sayılabilecek olayların ve durumların genel hükümlere ve yargı kararlarına göre belirlenmesi mümkün olmakla birlikte, fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinde yer verilen "sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde" ve "yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle" ibareleri, "mücbir sebepler" ve "olağanüstü hâller" ibarelerini anlamsız ve gereksiz hâle getirdiği gibi sözleşme ve eklerinde veya bedelde değişiklik yapılmasının şartlarını, hatta bütün fıkra hükmünü belirsiz hâle getirmekte ve keyfî uygulamalara açık görünmektedir. Söz konusu ibareler, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan bütün ihalelerin

sözleşmelerinde ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelde değişiklik yapılmasına imkân verecek ve mücbir sebeplerin veya olağanüstü hâllerin bulunup bulunmadığını incelemeyi gereksiz kılacak genişlikte ve belirsizliktedir.

Dolayısıyla mezkûr düzenlemenin açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olduğundan ve keyfî uygulamalara karşı objektif koruyucu tedbirler içerdiğinden söz edilemez.

Kararın gerekçesinde de belirtildiği gibi, belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, hukukî belirliliği de ifade etmekte; erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması kaydıyla, mahkeme içtihatları ve düzenleyici işlemler ile de hukukî belirliliğin sağlanabileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, dava konusu kuralın, gerekçede belirtildiği şekilde "muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak" açıklıktan ve netlikten uzak olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, kanunların objektif ve adil kurallar içermesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu sebeple yasama organının kanunî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir.

Kamu harcamalarında Kamu İhale Kanununun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal norm bulunmamakta ise de, kanun koyucunun, şehir hastaneleri bakımından Kamu İhale Kanununda yer verilenlerden farklı usul ve esasları öngördüğü 6428 sayılı Kanunda da yukarıda belirtilen ölçütlere uyması gerekmektedir.

Yasama organının 6428 sayılı Kanunu da kamu yararı amacıyla çıkardığı ve Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında, Mahkememizin önceki kararlarında vurgulanan şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi gibi ihale esaslarını bu amacın gerçekleştirilmesi için zorunlu ilkeler olarak belirlediği görülmektedir.

Kararın gerekçesinde dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin kamu yararı amacına dönük olduğu belirtilmekte ve Anayasaya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığının Anayasa Mahkemesince değerlendirilemeyeceği bilinmekte ise de, anılan Kanunda yapılan değişikliklerde de yukarıda belirtilen esaslara uygun düzenlemeler getirilmesi ve öngörülen yeni düzenlemelerin de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedelememesi gerekmektedir.

6428 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hükme bağlanmakla birlikte, bu sözleşmeler idare ile yükleniciler arasında sözleşme serbestisi kapsamında değil, Kanunun 3. maddesinde belirlenen "İhale ilke, usul ve esasları" çerçevesinde

gerçekleştirilen ihalelerin sonunda yapılmakta ve 4. maddesinde belirlenen şartlara da tâbi bulunmaktadır.

Bu sebeple, 4. maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan değişikliğin ihale sürecini ve 3. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ihale esaslarını anlamsız ve etkisiz hâle getirmemesi gerekmektedir. Ancak, ihale süreci tamamlanmış ve sözleşmesi yapılmış işlerde sözleşme şartlarının değiştirilmesine ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelin artırılmasına imkân tanıyan mezkûr düzenlemenin taşıdığı yukarıda aktarılan belirsizliğin, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek sonuçlar doğurmaya da elverişli olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, dava konusu kuralın belirlilik ilkesine uygun olmaması, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini de zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olması sebebiyle Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2- 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde bu Kanunun yürürlüğe girmesinden (9/3/2013 tarihinden) önce söz konusu projelerin dayanağını oluşturan 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre başlatılan ve süreci devam eden ihalelere bulunduğu safhadan itibaren 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin "belli istekliler arasında ihale esasları"nı belirleyen yedinci fıkrasının uygulanması öngörülmekte iken, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu hükmün yanında 6428 sayılı Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının da, üstelik süreci devam eden ihaleler yanında sözleşmesi imzalanmış olan işlere de uygulanmasına imkân verecek genişlikte bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla ilgili olarak yukarıda (1) numaralı şıkta belirtilen gerekçelerle dava konusu ibarelerin de belirlilik ilkesine uygun olmadığı ve adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek nitelikte olduğu için Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Üstelik, ihalenin tamamlanmasından ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan kanun değişikliği ile yükleniciye yeni imkânlar sağlayan dava konusu kuralın, ihale öncesinde yüklenici ile aynı hukukî durumda bulunan, ancak Kanunun yürürlükteki hükümlerine, projelere ve diğer ihale şartlarına göre değerlendirme yaparak teklif veren ve ihaleyi kazanamayan diğer teklif sahipleri bakımından adalet ve hakkaniyet ölçütlerine aykırılığı, kuralın geçici hüküm olması ve zaman itibariyle etkisi yönünden anılan teklif sahipleri için telafi edilemeyecek niteliği sebebiyle çok daha açık olarak ortaya çıkmaktadır.

3- 6527 sayılı Kanunla 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen üçüncü fıkrada, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten (1/3/2014'ten) önce 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi

çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükme bağlanmaktadır.

Bu hükmün iptali talebi de, anılan hükmün, ancak yargı kararlarının mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesinin mümkün olduğu işler bakımından uygulanabileceği, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptal edilmesi hâlinde bu hükmün uygulanmasının mümkün olmayacağı, 6428 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlerin önemi, yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukukî olarak güvenli yatırımlara destek vermelerinden dolayı ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin düzeltilerek işlerin yürütülmesi amacıyla getirildiği anlaşılan kuralın hak arama özgürlüğüne, hukukî güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil etmediği gerekçeleriyle kabul edilmemiştir.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı tutumlardan kaçınan, hukuku devletin bütün organlarına hâkim kılan, Anayasa ve hukuk kuralları ile kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlet olarak tanımlanmakta ve mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasama ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşan hukukî durumlara dokunamaması veya ortadan kaldıramamasının hukuk devletinin temel ilkelerinden olduğu; aksi hâlde yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulünün gerekeceği belirtilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasındaki "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmünün gereği olarak Anayasa Mahkemesince yapılan yukarıdaki tespitler, yargı kararlarının sonuçsuz kalmasına yol açtığı belirlenen kanuni düzenlemelerin de iptaline karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu tespitlere dayanarak, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve mahkemece verilen kararın uygulanmasını istemenin, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz şartı olduğunu; mahkemeye erişim hakkının, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirdiğini; mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacağını; hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için Devletin her türlü işlem ve

eyleminin yargı denetimine açık olması gerektiğini; yargı mercileri tarafından verilen kararların da, yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirmeyecek şekilde gecikmeksizin uygulanması gerektiğini; zira hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabileceğini belirtmektedir (3/10/2013 tarihli ve E.2012/73, K.2013/107 sayılı Karar).

Özetlediğimiz ve katıldığımız bu belirlemelere rağmen iptal sonucuna katılmadığımız yukarıdaki kararın karşıoy gerekçesinde ifade edildiği üzere, yargı kararının konusundan kaynaklanan imkânsızlık veya uygulanamazlık hâlleri, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır. Hukukî ve fiilî imkânsızlık hâlleri yargı kararlarının uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırabildiğinden, söz konusu durumlarda yargı kararlarının uygulanmamasında veya idarece belirlenecek şekilde uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığını belirten yargı kararları da bulunmaktadır.

Oysa dava konusu kuralda ihale ve sözleşmelerin konusu olan işlerin tamamlanmış ve sonuç olarak geri dönülemeyecek durumların ortaya çıkmış olması gibi fiilî ve hukukî imkânsızlık hâllerinden söz edilmeden, hatta hiçbir şart öngörülmeden, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükme bağlanarak, yargı kararına konu ihalelerin bu kararlardan etkilenmeyeceği ve ihaleyi alan yüklenicilerin her hâlükârda işe devam edecekleri ortaya konulmuştur.

Dava konusu kuralda yargı kararının kapsamına ilişkin herhangi bir şart öngörülmediğinden mezkûr hükmün, çoğunluğun red gerekçesinde ifade edildiği şekilde, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptali hâlinde uygulanamayacağı şeklinde anlaşılması da mümkün değildir.

Bu sebeplerle, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen yargı kararlarının sonuçsuz kalmasının yolunu açan dava konusu kuralın Anayasanın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde anılan hükümlerin iptali gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun red yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Anayasa Mahkemesi - 28 Ocak 2016 tarihli 5651 sayılı Kanun - 2014 Değişiklikleri Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2014/92

Karar Sayısı : 2016/6

"II. GEREKÇELER

1) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. Maddesiyle Değiştirilen 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun 11. Maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "… otuz gün içinde …" İbaresi ile Dördüncü Cümlesindeki "… İlan süresi geçtikten sonra …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesiyle değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasıyla, orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalara karşı dava açma süresi, askı suretiyle ilanından itibaren altı ay iken, altı aylık süre otuz güne düşürülmekte ve otuz günlük ilan süresi geçtikten sonra dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşeceği kurala bağlanmaktadır.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 7. maddesine göre, devlet ormanları ile daha önce sınırlaması yapılmış olup da sınırlandırma sırasında orman olduğu halde orman sınırları dışında kalmış ormanların, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarına ait ormanların ve özel ormanların orman kadastrosu ile bu ormanların içinde ve bitişiğinde bulunan her çeşit taşınmazın ormanlarla müşterek sınırlarının tayini ve tespiti ve 2. madde (orman sayılan yerlerden orman sınırları dışına çıkarma) uygulamaları ile ilgili olarak kadastrosu kesinleşmiş yerlerde tespit edilen fenni hataların düzeltilmesi işleri orman kadastro komisyonları tarafından yapılmakta; 9. maddesine göre orman kadastro komisyonları kadastrosu yapılacak ormanların sınırlarını, arazi üzerinde belirleyerek tutanağa bağlama ve belirlenen sınır noktalarını ölçerek haritalama işlemlerini yapma şeklinde gerçekleştirmekte; 11. maddesine göre ise, orman kadastro komisyonları tarafından orman sınırlarının tespitine yönelik yapılan söz konusu tutanak ve haritalar askı suretiyle ilan edilmektedir.

Orman kadastro komisyonlarının Orman Genel Müdürlüğünce atanacak bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisinin başkanlığında, bir orman yüksek mühendisi veya orman

mühendisi veya bunların bulunmaması halinde orman teknikeri, bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisi veya bunların bulunmaması halinde ziraat teknisyeni, mahalli ziraat odalarınca bildirilecek bir temsilci ile beldelerde belediye encümenince, mahalle ve köylerde muhtarlıkça bildirilecek bir temsilci olmak üzere bir başkan ve dört üyeden oluşmasının temelinde, ormanların Anayasal koruma altında olması yanında, ormanların ve orman sayılan yerlerin tespitinin özel uzmanlık bilgisi gerektiriyor olması yatmaktadır.

Ormanlar ise ağaç türlerine göre belirli bir rakımdan/yükseklikten sonra yetişmekte ve buralarda genellikle yine Anayasal koruma altında olan orman köylüleri yaşamaktadır.

Kamu hizmetlerinin orman köylerine yeterince ve etkin şekilde götürülememesi ve mevsimlik orman işlerinde çalışmaya dayalı düşük gelir seviyesi, bir yandan orman köylerinde eğitim seviyesinin düşük kalmasına yol açarken, diğer yandan sürekli bir gelire ve daha iyi eğitim, sağlık ve diğer kamu hizmetlerine erişim amacıyla orman köylerinden şehirlere kitlesel göçlere sebep olmuş ve olmaktadır.

Orman köylerinin yüksek ve engebeli arazilerde dağınık şekilde yapılaşmaları coğrafi gerçek; orman köylülerinin mevsimlik orman işlerine dayalı düşük gelir seviyesi ekonomik gerçek; orman köylerinde eğitim seviyesinin göreli yetersizliği sosyolojik gerçek; nüfusun şehirlere kitlesel göçü demografik gerçek ve orman kadastrosunun özel uzmanlık gerektiriyor olması ise hukuki-teknik gerçekler arasındadır.

Bu şartlar altında yasakoyucu, orman kadastro komisyonları tarafından hazırlanan tutanak ve haritalara karşı dava açma süresini altı aydan otuz güne düşürmüş ve ilan süresi (otuz gün) içinde dava açılmaması halinde tutanak ve haritaların kesinleşmesini öngörmüştür.

İptali istenen ibareler, mülkiyet hakkıyla ilgilidir. Anayasa'nın 35. maddesinde temel bir insan hakkı olarak düzenlenen mülkiyet hakkı, kişiye başkalarının hakkına zarar vermemek ve yasaların öngördüğü sınırlamalara uymak şartıyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı verir.

Hukuksal işlemlerin, kendilerine bağlanan hukuksal sonuçları doğurabilmesi için muhataplarına bildirilmesi gerekir. Bildirim esas olarak tebligat ile yapılır. Bu bağlamda tebligat, yetkili makamlarca tesis edilmiş hukuki işlemlerin, hukuki sonuçlarından etkilenen kişilere bildirimi ve bildirimin usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. Tebligatın hukuka ve usulüne uygun yapılması, Anayasa ile güvence altına alınmış hakların kullanılabilmesinin önkoşulu ve hak arama hürriyetinin en önemli güvencelerinden biridir.

Mülkiyet gibi temel bir hakkı ilgilendiren ve orman kadastrosu gibi özel uzmanlık gerektiren bir işlemin sonucunda düzenlenen tutanak ve haritaların muhataplarına tebliğinin, yüksek ve engebeli arazilere yayılmış eğitim düzeyi göreceli düşük ve çoğunluğu da şehirlere göçmüş orman köylerinde askıya çıkarılma yoluyla ilanının, ilgililere şahsen yapılmış tebliğ hükmünde sayılması yetmezmiş gibi, bir de askı suretiyle ilanının altı aydan otuz güne düşürülmesi ve ilan süresi olan otuz gün içinde dava açılmaz ise tutanak ve haritaların kesinleşecek olmasının, ilgililerin yetkili mahkemeler önünde hak arama hürriyetini etkin bir şekilde kullanmalarına engel oluşturacağı açıktır. Çünkü, düzenleme orman köylerinin özelliklerini dikkate almadan ilgili orman köyünde arazisi bulunanlardan uzak şehirlere göçmüş olanlar da dahil herkesin otuz günlük askı süresi içinde, askıya çıkarılan tutanak ve haritalardan haberdar olmaları gerekeceği gibi bir varsayıma dayanmaktadır. Orman köylerinin gerçekleriyle bağdaşmayan bu varsayım sonucunda ilgililer bu kısacık süre içinde, orman kadastrosu gibi özel uzmanlık gerektiren harita ve tutanaklardan haberdar olamayacakları, hukuki-teknik içeriği hakkında bilgilenemeyecekleri ve yapılması gereken hukuksal işlemler hakkında bilgilenme amaçlı araştırma yapamayacakları için askıya çıkarılan harita ve tutanaklara ilişkin hukuksal iddialarını yetkili yargı makamları önüne getirip hukuksal haklarını arayamayacaklardır. Oysa, hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının herkes için en geniş şekilde güvence altına alınması demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından biridir.

Bu itibarla iptali istenen ibareler, askıya çıkarılarak ilan edilen orman kadastro komisyonu tutanak ve haritalarının ilgililer tarafından bilinmesi, hukuki-teknik içeriği hakkında bilgilenmesi ve hukuksal yolların öğrenilmesinin ötesinde haberdarlığı konusunda dahi kişilere yeterli güvence ve korumayı sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmamanın yanında kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelediğinden Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı; 35. maddesindeki mülkiyet hakkının korunmasına yeterli ve gerekli güvenceyi sağlamadığı ve 36. maddesindeki hak arama özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandırdığı için Anayasanın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, dava açma hakkının kullanımına ilişkin kamu düzenini sağlama amacıyla getirilebilecek sınırlamaların, hak arama özgürlüğünün özünü ortadan kaldıracak ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olacak şekilde olmaması gerekir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "hukuk güvenliği" ilkesidir. Hukuk güvenliği ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve

işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Öte yandan, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

Bu bağlamda yasakoyucu, orman kadastro işlemlerinin ilgililerine tebliğini ve bu tebliğe ilişkin askı süresi ile dava açmada hak düşürücü süreyi düzenlerken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve özgürlüklerin sınırlanmasının ölçüsü olan "ölçülülük ilkesi" ile bağlıdır. Bu ilke "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Çok sayıda kişiyi ilgilendiren orman kadastro işlemlerinin tebligatının askı suretiyle ilanının elverişliliğinden söz edilebilirse de orman köylerinin coğrafi, ekonomik, demografik, yerleşme ve sosyolojik özellikleri dikkate alındığında askı süresinin altı aydan otuz güne düşürülmesinin gerekliliğinden söz edilemez. Yasa koyucunun, orman kadastro işlemlerinin kamu düzeni açısından bir an önce kesinleşmesi ile ilgililerin orman kadastro işlemlerinin sonuçlarından haberdar olmalarını sağlayacak ve hak kaybına uğrayanların yetkili mahkemelerde hak arama yollarını kullanabilmeleri için gerekli hazırlıkları yapmalarına yeterli olacak süreyi, orantılı bir şekilde kararlaştırması gerekir. Bu bağlamda, ilgililere şahsen tebliğ yerine geçen askı süresi ile dava açma süresinin altı aydan otuz güne düşürülmesini öngören iptali istenen ibareler, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı ve hakkın özünü ortadan kaldırdığı için Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine bu açılardan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesiyle değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "… otuz gün içinde …" ibaresi ile dördüncü cümlesindeki "… İlan süresi geçtikten sonra …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3. Maddesi ile 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun Ek 9. Maddesine Eklenen Beşinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki "… bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinde, Devlet ormanları üzerinde 6831 sayılı Kanunun 16., 17. ve 18. maddelerinde belirtilenlere ek olarak izin verilerek kamu yararına yapılabilecek yapı ve tesisler ile bunlardan alınacak bedeller düzenlenmektedir.

6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan alanlarda verilen izinlerde;

(i) Bu alanların ağaçlandırılması için yapılacak giderlerin karşılığı olarak alınan "Ağaçlandırma Bedeli";

(ii) Kamu yararı dışında kar amacı güdülerek yapılacak her türlü tesisin proje toplam bedelinden orman sahasına isabet eden kısmının yüzde ikisi oranında alınan "Ağaçlandırma ve Erozyon Kontrolü Geliri";

(iii) İznin yasal dayanağına göre, Ormancılık faaliyetinin yapılamaması nedeniyle orman idaresinin mahrum kaldığı her türlü değer karşılığında (md. 17) ya da arazinin orman örtüsü ve bulunduğu bölgenin özelliklerine göre hektar başına tespit edilen miktarda (md. 16 ve18) her yıl alınan "Arazi İzin Bedeli";

Gelirlerinden bir ya da bir kaçı alınmaktadır.

6831 sayılı Kanuna göre orman sayılan alanlarda Kanunun ek 9. maddesinin;

- Birinci fıkrasına göre, Gençlik ve Spor Bakanlığınca yapılacak spor tesislerinden; ikinci fıkrasına göre, 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun çerçevesinde köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yol, su, atık su, gölet, mezarlık ve altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesi maksadı ile verilen izinlerden herhangi bir bedel alınmaması;

- Üçüncü fıkrasına göre devlet üniversitelerine eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla verilen izinlerden "Ağaçlandırma Bedeli" ile "Arazi İzin Bedeli"; altıncı fıkrasına göre, demiryolu, otoyol, devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanması için verilen izinlerde "Ağaçlandırma Bedeli" alınması öngörülmüşken;

İptali istenen ifadenin yer aldığı beşinci fıkrada ise, erişme kontrolü uygulanan karayollarında, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerinden herhangi bir bedel alınmaması kurallaştırılmıştır.

28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, "Bakım İşletme Tesisi", "bakım ve

işletme gibi yolla ilgili yapı ve tesisleri"; "Hizmet Tesisleri" ise "otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisleri" şeklinde tanımlanmış; 4. maddesinin (a) bendinde erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletmesinde sermaye şirketlerinin görevlendirilebileceği; (b) bendinde ise Karayolları Genel Müdürlüğünce yapılmış ve yapılmakta olan otoyollar üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı ve işletmesinin şirketlere yaptırılabileceği belirtilmiştir.

Bu kurallara göre, 6831 sayılı Kanuna göre orman sayılan alanlarda yapılan/yapılacak üniversitelerin kamu yararına özgülenmiş eğitim ve araştırma tesisleri ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu'na öğrenci yurtları yapımı için verilen izinlerden "Ağaçlandırma bedeli" ile "Arazi izin bedeli" alınırken; erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisler yapımı ve işletmesi için verilen izinlerden "Ağaçlandırma bedeli", "Ağaçlandırma ve erozyon kontrolü geliri" ve "Arazi izin bedeli"nden hiç biri alınmayacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde sosyal hukuk devleti ilkesine yer verilmiş; 5. maddesinde ise Devlete, kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak görevleri verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir. Yasakoyucu, yasamanın genelliği ilkesi gereğince kendine tanınan takdir yetkisi bağlamında dilediği yasal tasarruflarda bulunabilir. Ancak, Anayasal kurallara, sosyal hukuk devleti ilkelerine ve hukukun temel prensiplerine uymakla yükümlüdür. Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Devletin yerleşim yerleri arasında ulaşımı sağlamak amacıyla yapacağı/yaptıracağı erişme kontrollü karayolu güzergahının orman alanlarından geçmesi durumunda, gerekli izinlerin verilmesi gerekeceğinde kamu yararı olduğu kuşkusuzdur. Hatta, erişme kontrollü karayollarında karayolunun müştemilatı olan bakım işletme tesisleri ile hizmet tesislerinin yapılabilmesi için karayolu sınır çizgisinin geniş tutularak bakım işletme tesisleri ile hizmet tesislerinin yapılacağı

ormanlık alanların iznin kapsamına alınmasında da kamu yararı olduğu söylenebilir. Ancak, üniversitelerin kamu yararına özgülenmiş eğitim ve araştırma tesisleri ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu'na öğrenci yurtları yapımı için verilen izinlerden dahi "Ağaçlandırma bedeli" ile "Arazi izin bedeli" alınırken; erişme kontrollü karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesislerin yapımı ve işletilmesi için verilen izinlerden herhangi bir bedel alınmamasının kamu yararıyla bağdaşmamanın yanında adalet ve hakkaniyete de uygun düşmeyeceği açıktır. Bu nedenle iptali istenen ifade, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırıdır. Öte yandan, Anayasa'nın 169. maddesinde Devlete, ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi için gerekli yasaları koyma ve önlemleri alma görevi verilmiş; Devlet ormanlarının zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu oluşturmayacağı kuralı getirilmiştir. Devlete Anayasa ile verilmiş ormanların korunması ve orman alanlarının genişletilmesi görevi, ormanlık alanlarda yapılacak kamu hizmetleri ile kamu yararı amaçlı yatırımların gerektirdiği irtifak hakkına dayalı izin tasarruflarından, izne konu oluşturan hizmet ve yatırımın niteliği ve kamu yararı ile ilişkisine göre "Ağaçlandırma bedeli", "Ağaçlandırma ve erozyon kontrolü geliri" ve "Arazi izin bedeli"nden bir ya da birkaçının alınmasını gerektirmektedir. Çünkü, kamu yararına oluşturulan irtifak hakkına dayalı her izin ormanlık alanların fiilen daralmasıyla sonuçlanmakta; Devlete Anayasa ile verilen ormanlık alanların korunması ve genişletilmesi görevi ise, en azından izne konu oluşturan alana muadil yeni ormanlar yetiştirilmesini gerekli kılmaktadır. Nitekim, bu güne kadar çıkarılan yasal düzenlemelerde bu husus gözetilmiştir. Erişme kontrollü karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesislere ilişkin izinlerden herhangi bir bedel alınmaması, izne konu oluşturan alana muadil ormanlık alanın mali kaynak yokluğu nedeniyle yetiştirilememesi ve dolayısıyla orman alanlarının daralmasıyla sonuçlanacağı için, iptali istenen ifade Anayasa'nın 169. maddesine; ticari kar amaçlı tesisler için izne konu muadil ormanlık alanın, finansmanı vergilerle sağlanan Devlet bütçesi kaynaklarıyla oluşturulması ise adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "… bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ifadesi, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir. 3) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8. Maddesi ile 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkra ile 9. Maddesiyle 2886 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 4. Maddenin Anayasaya Aykırılığı Kamu kurum ve kuruluşlarının her türlü kaynaktan karşıladıkları mal ve hizmet alımları ile yapım

işlerinin ihalesinde 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu; genel bütçeye dahil dairelerle özel (katma) bütçeli idarelerin ve özel idare ile belediyelerin satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesinde ise 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 83. maddesinde ihalelerde yasak fiil ve davranışlar sayıldıktan sonra "İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama" başlıklı 84. maddesinin birinci fıkrasında, 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulundukları anlaşılanlar hakkında bir yıla kadar bütün ihalelere katılma yasağı konulacağı, bu kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı ve müteahhitlik siciline işleneceği kuralları getirilmiş; üçüncü fıkrasında ise aynen, "Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete'de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir." denilmiştir. 6527 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkrasıyla ise; 2886 sayılı Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmeyeceği kurala bağlanırken; 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesinde ise maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 83. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve 84 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden henüz yasaklama kararı verilememiş olanlar hakkında da 84 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir. 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 40., 48. 103. vd. maddelerinde "şube"den söz edilmekle birlikte şubenin tanımı yapılmamış; ekonominin dinamik yapısı ve sürekli bir gelişim içinde olmasından dolayı tanımlama öğreti ile yargı içtihatlarına bırakılmıştır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, üçüncü kişilerle merkez adına hukuki işlemler yapabilme şube olmak için yeterli sayılmaktadır. Buna göre, şubenin ve dolayısıyla şube personelinin üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerden ve bu

işlemin sonuçlarından merkez sorumludur ve şube personelinin şahsi kusuru merkezin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Öte yandan ticari vekil, ticari temsilci (mümessil) gibi yetkili temsilciler, 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 547 - 552. maddelerinde düzenlenmiştir. 6098 sayılı Kanuna göre ticari temsilci (mümessil), "işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir." (md. 547/1) ve ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğu, tescilin yapılmış olmasına da bağlı değildir (md. 547/2).

Ticari vekil ise "bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir." (md. 551/1) ve bu yetki işletmenin alışılmış bütün işlerini kapsamaktadır (md. 551/2). Kanun'un 552. maddesinde ise "Diğer tacir yardımcıları" düzenlenmiştir. Bu kurallarda ticari vekil, ticari temsilci (mümessil) gibi yetkili temsilcilerin üçüncü kişilerle, temsil ettikleri tüzel kişi adına yaptıkları hukuki işlemlerden tüzel kişi sorumlu tutulmuş; bunların şahsi kusurlarından kaynaklanan fiil ve davranışları da tüzel kişinin sorumluluğundan istisna tutulmamıştır. 2886 sayılı Kanun'un kapsamındaki genel bütçeye dahil dairelerle özel (katma) bütçeli idarelerin ve özel idare ile belediyelerin satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesine merkez adına şube veya tüzel kişinin yetkili temsilcisi ya da ticari vekili veyahut da merkez veya tüzel kişinin yönetim kurulu başkanı girmiş ve tüzel kişi üzerine ihale yapıldıktan sonra yasal süresi içinde sözleşme yapılmamış veya sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçilmiş ya da mücbir sebepler dışında taahhüt sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemiş ise, tüm bu durumlarda merkez adına hareket eden şubenin personeline veya tüzel kişilik adına hareket eden ticari temsilci ve ticari vekillere izafe edilebilecek herhangi bir kusur söz konusu olamaz. Kusur sorumluluğu ya da sübjektif sorumlulukta sorumluluğun temel unsuru kusurdur ve "kusur olmadan sorumluluk doğmaz" ilkesi geçerlidir. Kusur, sübjektif sorumluluğun kurucu unsurudur. Dolayısıyla sorumluluğun doğabilmesi için zarar, uygun nedensellik ilişkisi ve hukuka aykırılık unsurlarından başka zarar veren kişinin davranışının kusurlu olması da gerekir. Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde, "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür." denilmiştir. Bu bağlamda, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesinde, edimin ifası süreci zamana yaygın olmadığı için taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmesi bedelin ödenmemesi dışında söz konusu olamayacağı ve bedelin ödenmemesinin de tüzel kişinin sorumluluğunda olması bir yana, kazanılmış bir ihalede merkez ya da tüzel kişinin bilgisi ve hatta açık ya da örtülü kararı olmaksızın şube personeli veya ticari temsilci ya da ticari vekilin sözleşmeyi imzalamaması

veya sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçmesi (satın alınan veya kiralanan ya da üzerine irtifak hakkı tesis edilen arazinin teslim alınması, tapuya tescili vb. ile bedelin ödenmesi) gibi bir durum hiçbir şekilde söz konusu olamaz. Daha açık ifadeyle satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ihale edildikten sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi durumları, mutlak surette merkezin veya tüzel kişinin yönetim kurulunun almış olduğu kararların yerine getirilmesi bağlamında söz konusu olabilir ve bu durumların gerçekleşmesi halinde şube personeli veya ticari temsilciye ya da ticari vekile herhangi bir şekilde şahsi kusur izafe edilemeyeceğinden, "kusur" tüzel kişiliğe aittir. Kaldı ki her şeye rağmen şahsi kusur izafe edilebileceği ileri sürülse dahi tüm bu kusurlardan yukarıda belirtildiği üzere genel hükümlere göre tüzel kişi sorumludur. İptali istenen kurallarda ise, sadece "Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler" gibi belirli bir firma grubu için, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ihale edildikten sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi; tüzel kişilerin kararı olmaksızın şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurları ile gerçekleşebilecek fiillermiş gibi, "şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan" ifadesinin arkasına sığınılarak ve böylece idarelerin bu derece belirsiz gerekçeye dayanmaları sağlanarak, idarelerce haklarında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği tespit edilen tüzel kişiler hakkında ihale bedelinin üç katı tutarındaki tazminatın peşin olarak ödemesi koşuluyla ihaleden yasaklama kararı verilmemesi kurallaştırılmakta; bu kuralın 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesiyle geçmişe de uygulanması öngörülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "hukuki belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Öte yandan, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, yasama organı, yasa yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyabilir ya da Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında bir konuyu isterse soyut bir şekilde düzenleyerek genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıları alt düzenleyici işlemlere bırakabilir. Ancak, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesinden sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesinin sorumluluğu kural olarak şube personeli veya ticari temsilciye ya da ticari vekile izafe edilebilecek şahsi bir kusur

olmadığından, idare durumları aynı veya benzer olan tüzel kişilerden, bazılarını iptali istenen düzenlemenin kapsamına alır (ki bu bazıları bu yasanın çıkarılmasının arkasındaki güçtür) ve ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin ödemek kaydıyla ihaleye katılmaktan yasaklama kararının dışında tutarken; bazılarını ise, genel hükümlere dayanıp kusur şube personeli veya ticari temsilci ya da ticari vekilin değil, tüzel kişinindir diyerek maddenin kapsamı dışında tutabilecektir. Oysa ihaleden yasaklama kararı verilmesi doğrudan kamu düzeni ile ilgilidir. Yasakoyucu doğrudan kamu düzeni ile ilgili söz konusu hukuksal belirsizliği gidermek için alt düzenleyici işlemler de öngörmediği için hukuksal belirsizliğin alt hukuksal düzenlemelerle giderilmesi de olanaklı değildir. Bu itibarla hukuki belirsizlik içeren iptali istenen düzenlemeler, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. İptali istenen kurallar sadece, "Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler" için getirilmiştir. Oysa, genel bütçeye dahil dairelerle özel (katma) bütçeli idarelerin ve özel idare ile belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yaptıkları satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalelerine, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler yanında belirli bir il veya bölge ya da bölgelerde faaliyet gösteren tüzel kişiler ile gerçek kişiler de katılmakta ve bunlar üzerine de ihaleler yapılmaktadır. İptali istenen düzenlemelerin kapsamına sadece Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerin alınıp, diğerlerinin kapsam dışında tutulması, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilere ayrıcalık tanınması sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkrası ile 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir. 4) 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. maddesine eklenen Onbeşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı:

Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 15 inci fıkra ile 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıkla 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi"ni düzenleyen 9. maddesi ve "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi"ni düzenleyen 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verileceği hükmünü içermektedir. Görüldüğü gibi, anılan düzenleme, erişimin engellenmesi kararı verilmesi ve bunun infazı, içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi ve özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesi talebi hakkında karar verilebilmesi konularında yargılama hukuku yönünden yeni bir kural vâzetmekte ve bu hususlarda görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğunu göstermektedir. Mezkûr düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı yönünden kritiğine geçmeden önce, 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve (6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen) 9/A maddelerinde öngörülen düzenlemelerin kısaca gözden geçirilmesinde yarar vardır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. maddesi, aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan katalog suçlar bakımından internet ortamında yapılan ve içeriği anılan maddenin yine birinci fıkrasında sayılan katalog suçlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilmesinin usûl ve esaslarını düzenlemektedir. Buna göre, anılan maddede sayılan suçların internet ortamında işlendiği hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak, soruşturma evresinde hâkim (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı), kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından bu yayınlara erişimin engellenmesine karar verilebilecektir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından erişimin engellenmesine karar verildiği takdirde Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunacak ve hâkim de en geç yirmidört saat içinde kararını verecektir. Bu süre içinde erişimin engellenmesi kararının hâkim tarafından onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacaktır. Dava konusu yaptığımız kuralda atıf yapılan diğer bir hüküm ise 5651 sayılı Kanunun 9. maddesidir. "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı bu madde ise, internet ortamında yapılan bir yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların öncelikle içerik sağlayıcısına, içerik sağlayıcısına ulaşılamaması hâlinde ise yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkartılmasını isteyebileceği gibi, doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia ettiği yayına erişimin engellenmesini isteyebileceği öngörülmüş ve bu yöntemin usûl ve esasları gösterilmiştir. Görüldüğü gibi, anılan 9. maddenin, 8. maddeden farkı, 8. maddede

erişimin engellenmesine karar verilebilmesi için internet ortamında vukû bulması ve içeriği hakkında 8. madenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan suçların işlendiği hususunda yeterli şüphe sebebi bulunması hâlinde re'sen yargı organının harekete geçerek erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının erişimin engellenmesine karar verebilmesi mümkün iken, 9. maddede ise içeriğe erişimin engellenmesine karar verebilmek için, öncelikle, "internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiği"ne dair somut bir iddianın varlığı gerekmektedir.

Başka bir deyişle, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla öngörülen değişiklikten önceki halinde, erişim engelleme tedbiri tek bir maddede belirtilen suçlar için öngörülmüşken, değişiklikler ile birlikte, "kişilik haklarının ihlâli" ve "özel yaşamın gizliliğinin ihlâli" halleri için de bu tedbirin uygulanması söz konusu olmuştur. 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde öngörülen prosedür, katalog suçlar olarak tâbir edilen; intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile Atatürk'e karşı işlenen suçlar ile ilgili suç şüphesi bulunan hallerde erişimi engelleme kararı alınmasına ilişkindir. Burada sayılanların hepsi Türk Ceza Kanunu ile 5816 sayılı Kanun'da tanımlanmış ve ağır yaptırımlara bağlanmış suçlar olup, madde metnine göre, suç şüphesi halinde erişim engelleme kararı; kovuşturma evresinde mahkeme, soruşturma evresinde hakim, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmektedir. Bu son durumda, savcının kararı, 24 saat içinde hakim onayına sunulur ve onay verilmediği taktirde erişim engelleme derhal kaldırılır. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesindeki düzenlemeye göre yargı (hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı) re'sen harekete geçebilmekte iken, 9. maddede öngörülen düzenleme ile Cumhuriyet savcısının karar mekanizmasında herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır.

F 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesi ise yeni bir düzenleme olup, 6518 sayılı Kanun ile eklenmiştir. Anılan maddeye göre ise, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler, doğrudan Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına müracaat ederek özel hayatının gizliliğinin ihlâli iddiasına konu içeriğin engellenmesi tedbirinin uygulanması talebinde bulunabileceklerdir. Bu yeni maddede yargının (hâkimin) fonksiyonu ise bu talebin uygun olup olmadığına (yâni içeriğin talepte bulunanın gerçekten özel hayatının gizliliğini ihlâl edip etmediğini değerlendirip) karar vermekten ve bu değerlendirmeden sonra vereceği kararı en geç kırksekiz saat içinde açıklamak ve doğrudan Başkanlığa göndermekten ibârettir. 5651 sayılı

Kanunun söz konusu 9/A maddesinde de hâkimin, mahkemenin ve Cumhuriyet savcısının ortada bir iddia, bir talep olmaksızın görev gereği (ex officio) harekete geçebilme yetkisi bulunmamaktadır.

İşte, dava konusu yaptığımız 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile eklenen onbeşinci fıkrası, öngördüğü düzenlemeden, az yukarıda

kısaca söz edilen 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile, 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararlarının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek olan sulh ceza mahkemeleri tarafından verileceğini öngörmektedir. Başka bir deyişle, bundan böyle 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddesi uyarınca internet ortamında yapılan bir yayın içeriğinin (8. maddede katalog suçların oluştuğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunup bulunmadığını; 9. maddede kişilik haklarının ihlâl edilip edilmediğini; 9/A maddesinde ise özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirip) engellenmesine karar verme görev ve yetkisi, birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek olan sulh ceza mahkemeleri tarafından verilecektir.

Böyle bir düzenlemeye niye gidildiği, böyle bir düzenlemeye gitmeye neden ihtiyaç duyulduğu konusunda madde gerekçesinde herhangi bir ibâre yoktur. Ancak, bu hükmün ihdasındaki saklı gerekçenin, erişimin engellenmesi kararlarını verecek olan hâkimlerin, 6524 sayılı Kanunla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısında ve işleyişinde yapılan son düzenleme ile yürütmeye (Adalet Bakanlığı'na ve dolayısı ile yürütme organına) yakın hâkimlerin vermesini sağlamak olduğunu tahmin edebilmek, hiç de zor değildir. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 15 inci fıkrasının ihdasındaki asıl gayenin, erişimin engellenmesi taleplerinin yürütme organına yakın hâkimler tarafından değerlendirilmesini ve sonuç olarak verilecek olan kararın yürütme organının (Adalet Bakanı'nın) istediği şekilde ittihâzını sağlamak amacına mâtuf olduğu çok açıktır. Esâsen, getirilen bu düzenleme ile "taraflı" bir yargı yaratılmaktadır ve "tarafsız" ve "bağımsız" olması gereken yargı organına gölge düşürülmektedir. Böylesi bir düzenleme, Anayasa'nın 138. maddesinde somutlaşan "Mahkemelerin bağımsızlığı / bağımsız yargı" ilkesine açıkça aykırıdır. 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi hükmünce, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilebilmesini öngören dava konusu düzenleme, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yürütme organına (Adalet Bakanına)

bağımlı yapısı ve işleyişi de nazara alındığında, başlıbaşına, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşamaz niteliktedir.

Zirâ, Anayasamızın "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine yer veren 138. maddesinin birinci fıkrasında "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler." ifadesine yer verildikten sonra ikinci fıkrasında, "Hiç bir organın, makamın, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği; genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı" açık ve kesin bir dille ifade edilmiştir. Oysa, iptalini talep ettiğimiz 15 inci fıkrada erişimin engellenmesine ilişkin hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesi öngörülmektedir. Bu hüküm (aşağıda ayrıntılı biçimde değineceğimiz üzere), Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi"ni hükme bağlayan 37. maddesi ile "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesini benimseyen 138. maddesinin yukarıda değinilen buyurucu hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmesinin yanında, yine Anayasa'nın "Hâkimlik ve savcılık mesleği" kenar başlıklı 140. maddesi hükmünü de ihlâl etmektedir. Çünkü, Anayasa'nın 140. maddesinin ikinci fıkrası, "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler." hükmünü âmirdir. Halbuki, iptalini talep ettiğimiz Kural, birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde erişim engelleme kararının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesini öngörmekle, az yukarıda değinildiği gibi, ülkemizde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yürütmeye (Adalet Bakanı'na) zaman zaman bağımlı hale getirilmek istenen yapısı ve işleyişi de nazara alındığında, böylesi bir görevlendirmenin, Anayasa'nın 140. maddesinde ifadesini bulan "Hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ... esaslarına göre görev ifa edeceklerine" dair hükmüne de aykırılık teşkil edeceği ortadadır.

Kanaatimizce, getirilen bu düzenleme, aynı zamanda, erişimin engellenmesi kararlarının verilmesi ve buna ilişkin iddiaların değerlendirilmesi konusunda bir alamda "özel yetkili mahkeme"ler ihdâs etmektedir. Oysa, bilindiği gibi, 6526 sayılı Kanunla Türk Yargı Sisteminde "Özel Yetkili Mahkemeler" kaldırılmış olmakla, artık bu mahkemelerin hukuk düzenimizde yeri yoktur. Buna rağmen, dava konusu kural ile, âdetâ, 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddeleri ile bir nev'î yeni "Özel Yetkili Mahkemeler" kurulmaya ve hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Yakın bir geçmişte, 6526 sayılı Kanunla Özel Yetkili Mahkemelerin görevlerine son verilirken, şimdi, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkrasıyla -az yukarıda açıklandığı veçhile- bir anlamda yeni özel yetkili mahkemeler vücûda getirilmesi, kanaatimizce, tam bir çelişki mâhiyetindedir. Başka bir değişle, 6527 sayılı Kanunun

17. maddesi ile getirilen düzenlemede, bir yandan, "erişim engelleme"ye ilişkin tedbir konusunda karar vermeye yetkili mercii olan tabiî hâkim ilkesinden vazgeçilip, bu yetkiyi birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmekle, bir nev'i özel yetkili mahkeme ihdas edilmekte, bir yandan da 6526 sayılı Kanunun 1. maddesi ile mevcut özel yetkili mahkemeler kaldırılmaktadır. Bu nedenle, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen düzenleme ile, ceza yargılaması konusunda "tabiî hâkim" ilkesi açısından çelişkiye düşülmektedir.

Böylesi bir çelişki, aynı zamanda, Anayasa'nın 37. maddesinde ifadesini bulan "Kanunî hâkim" ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde tedbir kararlarıyla görevli ve yetkili mercii, esas itibariyle, Sulh Ceza Hâkimi ya da (5 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 3. Yargı Paketi ile Türk hukukuna dâhil olan) "Özgürlük Hâkimi"dir. Şimdi, bu kuraldan dönülmekte; 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddelerine göre erişimin engellenmesine karar verme görev ve yetkisi birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmektedir. Anılan maddede öngörülen erişim engelleme kararı verme yetkisinin "tabiî hâkim" den alınarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmesi, ceza yargılaması hukuku ve tabiî hâkim ilkesi açısından çok önemli bir handikaptır. Zirâ, kişilik haklarının ya da özel hayatın gizliliğinin ihlâli iddiasına konu bir yayında bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacaktır.

Kaldı ki, sanık-şüpheli hakkında mahkûmiyete, beraate, tutuklamaya, adlî kontrole ve daha birçok karara / hükme / tedbire hâkim kararıyla (tek başına) karar verilebilirken, erişim engelleme kararı bakımından karar merciinin kendi doğal hâkimi (sulh ceza mahkemesi) dışında birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemesi olarak öngörülmesi, Anayasamızın "Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi"ne ayrılık oluşturacaktır.

Bu cümleden olarak, "Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi" üzerinde kısaca durmak istiyoruz: Yüksek mâlûmları olduğu üzere, "Tabiî mahkeme" veya "olağan mahkeme" ilkesi, bir uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir (Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara, 1998, sh.95). Yâni, tabiî mahkeme (yahut olağan mahkeme), yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir (Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, sh.844). Kısacası, tabiî mahkeme

(olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hâkimine de "tabiî hâkim" denir (Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı Yayınları, Sekizinci Baskı, 1996, sh.129). Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece, tabiî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yâni kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. "Tabiî hâkim (doğal yargıç)" ilkesinin doğal sonucu "olağanüstü (istisnaî) mahkemelerin kurulmasının yasaklanmasıdır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).

"Tabiî hâkim (olağan hâkim) ilkesi" yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zirâ, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, evvelâ yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise, mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü, o kişileri yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hâkimler sırf onlar için atanmamıştır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).

Burada önemle belirtmek gerekir ki, tabiî hâkim ilkesi ve kezâ Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkeme kurulmasını yasaklamaktadır. "Kurulma"dan kastedilen şey, "bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir." (KUNTER, a.g.e., sh.130).

Anayasamız, "Tabiî hâkim" ilkesini "Kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:

"Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

Görüldüğü gibi, maddede "Tabiî hâkim" veya "tabiî mahkeme" ifadesi geçmemektedir. Ancak, Anayasa'nın 37. maddesinde "kanunî hâkim güvencesi" adı altında düzenlenen şeyin, aslında "tabiî hâkim ilkesi" olduğu söylenebilir (GÖZLER, a.g.e., sh.846).

"Tabiî hâkim (doğal yargıç, kanunî, olağan hâkim)" ilkesi hakkında buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra somut olayımıza baktığımızda, 6527 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 15 inci fıkrasında yer alan düzenlemenin (yâni, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden

fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesine ilişkin düzenlemenin) Anayasa'nın yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız 37. maddesi hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Zira, görüldüğü gibi, Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. Burada, "kurulma"dan kasdedilen şeyin, "bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi yanında, çalışmalarının düzenlenmesi" olduğunu az yukarıda belirtmiştik. Bilindiği üzere, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı "Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun"un 9. maddesine göre sulh ceza mahkemeleri, "tek hâkimli" mahkemelerdir ve her il merkezi ile bölgelerin coğrafî durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur. Sulh ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme esâsı budur. Oysa, şimdi, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkra ile getirilen düzenlemede 8. maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verileceğinin öngörülmesi, sulh ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdâhale niteliği taşımaktadır. Öyle ise, mezkûr düzenleme Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükmüne açıkça aykırı bir düzenleme olup, kanaatimizce, iptali gerekmektedir.

Nihâyet, "Mahkemelerin bağımsızlığı", "Hâkimlik teminatı" ve "Kanunî (tabiî) hâkim" ilkelerini ihlâl eden bir düzenlemenin, Anayasamızın Başlangıç bölümünün 4. paragrafında ifade edilen "Kuvvetler ayrılığı" prensibine de aykırılık teşkil etmesi kaçınılmazdır. Zirâ, "tabiî hâkim" ilkesinin ihlâli sonucunda erişimin engellenmesi kararını verecek olan hâkimlerin, yürütme organının her an tesiri altında kalma riski bulunan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenmesi "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine gölge düşürür. Mahkemeleri "bağımsız" olmayan bir yargı erkinin ise yasama ve yürütme erklerinden "ayrı" ve "müstakil" bir erk olarak kabûlü mümkün değildir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesi, "başlangıçta belirtilen temel ilkeler"e bağlı olduğuna ve "kuvvetler ayrılığı" prensibine de "başlangıçta belirtilen temel ilkeler" arasında yer verildiğine göre, dava konusu düzenleme, Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi ile bu maddede atıf yapılan Anayasa'nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

Bu itibarla, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkra ile getirilen dava konusu düzenleme, Anayasa'nın Başlangıç bölümünün dördüncü

paragrafı ile 2., 37., 138. ve 140. maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. 5) 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 18. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 9/A maddesine eklenen Dokuzuncu fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı: (5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile getirilen 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası hakkındaki iptal gerekçemize geçmeden önce, Kanunun 9/A maddesi getirilen düzenlemeyi ana hatlarıyla (genel olarak) değerlendirmek istiyoruz). 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinde "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" müessesesi düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla eklenen 9/A maddesi, özel hayatın gizliliğinin ihlâli nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren kişinin doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB'e), erişimin engellenmesi talebiyle başvurabileceği, TİB'in de başvuruda şekil yönünden eksiklik bulunmayan hallerde, otomatik olarak erişim engelleme kararı vereceği ve bu kararı dört saat içinde yerine getirilmek üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne göndereceği bir usûlü öngörmektedir. Bu tedbirin devamlılığı, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkimine başvuru ve sulh ceza hâkiminin onayı şartına bağlanmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâlinde, "erişimin engellenmesi" tedbiri, tek bir maddede (5651 sayılı Kanun, madde:8) belirtilen suçlar için öngörülmüşken, değişiklikler ile birlikte, "kişilik haklarının ihlâli" ile "özel yaşamın gizliliğinin ihlâli" halleri için de bu tedbirin uygulanması söz konusu olmuştur. 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde öngörülen prosedür, katalog suçlar olarak tâbir edilen; intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile Atatürk'e karşı işlenen suçlar ile ilgili suç şüphesi bulunan hallerde erişimi engelleme kararı alınmasına ilişkindir. Burada sayılan suçların her biri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5816 sayılı Kanun'da tanımlanmış ve ağır yaptırımlara bağlanmış suçlar olup, anılan 8. madde metnine göre, suç şüphesi halinde erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmektedir. Bu son durumda ise, Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur ve hâkim tarafından onay verilmediği taktirde erişim engelleme tedbiri derhâl kaldırılır. 5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanunla öngörülen değişikliklerle birlikte; "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. madde ile kişilik haklarının ihlâli halinde erişim engelleme ve içeriğin yayından çıkarılması prosedürü öngörülmüşken, "Özel Hayatın Gizliliği Nedeniyle

İçeriğe Erişimin Engellenmesi" başlıklı 9/A maddesi ile de, erişim engellemelerde doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nı (TİB) ve TİB Başkanı'nı yetkili kılan bir süreç getirilmiştir. Aynı maddenin ilk düzenlemesi ile (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile yapılan değişiklikten önce), gecikmesinde sakınca bulunan haller için "… doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir" şeklinde bir düzenleme getirilmiş idi. Görüldüğü üzere, erişim engelleme tedbirinin devamlılığı için sulh ceza hâkiminin onayını alma zorunluluğu, tedbirin TİB başkanının emri üzerine alındığı durumlara özgü olmak üzere kaldırılmış bulunuyordu. Her ne kadar, "Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir" ibâresi, 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile, "Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." biçiminde değiştirilmişse de, değiştirilen ifadede, hâkimin onayına sunulmaması halinde engelleme kararının doğrudan kalkmış sayılacağına ilişkin bir ifade olmaması, yine bir eksikliktir ve -kanaatimizce- maddenin öngördüğü düzenlemeyi bir bütün olarak sakatlamaktadır. Nihâyet, 5651 Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin ortaya çıkardığı diğer bir hukukî sorun da "özel hayatın gizliliğini ihlâl" kavramına ilişkindir. Anılan maddede, diğer düzenlemelerin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa herhangi bir atıf yapılmamış olması ve kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlâli olgusunun ayrı bir maddede düzenlenmesi, subjektif bir kavram olan özel hayatın gizliliğinin hangi tanımının esas alınacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Unutulmamalıdır ki, yeni düzenlemeye göre, "özel hayatın gizliliğinin" ihlâline ilişkin bir mağduriyet iddiası, herhangi bir merciin değerlendirmesine yer bırakmadan, süreci re'sen başlatacaktır. Bu nedenle, düzenlemedeki muğlâklık, kabûl edilebilir nitelikte değildir. 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen 9/A maddesi hakkında buraya kadar yapmış olduğumuz genel değerlendirmeden sonra, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile getirilen 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrasında öngörülen düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesine gelince: Hemen belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası dışında kalan birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları hakkındaki Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçeleri, 6518 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle Yüksek Mahkemenize daha önce sunduğumuz 17.4.2014 tarihli iptal dava dilekçemizde tafsilâtlı bir biçimde açıklanmıştı. Aynı zamanda, mezkûr dava dilekçemizde, "anılan maddeye 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile ilgili olarak

Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde herhangi bir iptal talebine ve gerekçeye yer verilmediği; bu fıkraya ilişkin iptal talebimiz ile bu talebimize esas teşkil edecek gerekçe yazımının, 6527 sayılı Kanuna karşı Yüksek Mahkemenizde bilâhare ve süresinde yapacağımız iptal başvurusu sırasında belirtilmek üzere, tarafımızdan şimdilik saklı tutulduğu" dile getirilmişti. İşte, işbu dava dilekçemiz ile, bu bapta, 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine eklenen dokuzuncu fıkrası hakkında Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerine yer verilmiştir. Dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesine geçmeden önce, getirdiği düzenlemenin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından diğer fıkralarının da değerlendirilmesi ve buna göre her birinin Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkrası hakkında iptal talebinde bulunduğumuz işbu dava dilekçemizde de) ayrı ayrı tartışılması gerekmektedir. Bu tartışmaya ilişkin görüşlerimiz ile (az yukarıda değindiğimiz gibi), 6518 sayılı Kanunun 94. maddesinin 5651 sayılı Kanuna getirdiği 9/A maddesinin daha önce 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizde iptali istenen birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları hakkındaki Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçeleri, anılan dava dilekçemizde belirtilmişti. Ancak, işbu dava ile iptalini talep ettiğimiz 9/A maddesinin dokuzuncu fıkrasının, aynı maddenin sekizinci fıkrası ile doğrudan bağlantısı bulunduğundan, daha önce Yüksek Mahkemenize sunulan 17.4.2014 tarihli dilekçemizde 6518 sayılı Kanunun 94. maddesinin 5651 sayılı Kanuna getirdiği 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları hakkındaki Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçelerini, -Yüksek Mahkemenin hoşgörüsüne sığınarak- burada da aynen tekrarlamak istiyoruz. 6518 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin iptali talebiyle daha önce Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizde 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de belirttiğimiz gibi;

5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin birinci fıkrasında internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Başkanlığa (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı / TİB) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği hükme bağlanmaktadır. Böylece, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler doğrudan TİB'e başvurarak Başkanlıktan içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceklerdir.

Kişilerin doğrudan TİB'e yapabilecekleri bu talebe karşı TİB'in ne yapacağı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiş ve buna göre Başkanlığın, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere

derhâl Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği) bildireceği, erişim sağlayıcılarının da bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getireceği öngörülmüştür.

Bu aşamadan sonra düzenlemenin nasıl işleyeceği hususu ise maddenin beşinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar denilmiştir.

Şu hâlde, özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden bir kişi, erişimin engellenmesi tedbiri uygulanması için önce doğrudan Başkanlığa müracaat edecek, daha sonra ise Başkanlığa yaptığı bu talebini yirmidört saat içerisinde sulh ceza mahkemesinin onayına sunacaktır. Sulh ceza hâkimi ise bu talebe karşı iki türlü karar verebilecektir; ya kişinin talebini uygun görüp, daha önce Başkanlık tarafından ilgili içeriğe konulan erişimin engellenmesi tedbirini onaylayacak ve kararını doğrudan Başkanlığa gönderecek ya da talebi uygun görmeyip reddedecek ve böylece daha önce Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararı kendiliğinden kalkmış olacaktır.

6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinde, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı -içerik sahibi de dâhil- hiç kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiştir. Dolayısı ile bu düzenleme (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirttiğimiz gibi), Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"nin açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir.

Dahası, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında ise, Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir denilmekle, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına (onay verilmemesine) ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu gösterilmiş, ancak itirazda bulunma hakkı sadece Başkanlığa tanınmıştır. Oysa, özel hayatının ihlâl edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, asıl özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamıştır.

Hukuk yaratma ve kanun yapma tekniği adına tam bir garâbet olan bu düzenleme (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirtildiği gibi), hiç kuşkusuz, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"ni açık bir biçimde ihlâl etmektedir.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi ile getirilen düzenlemede, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı -içerik sahibi de dâhil olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla ve özel hayatının ihlâl edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, esâsen, özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamakla Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, Basın hürriyeti ve hak arama hürriyeti) ihlâl edildiğini iddia eden ve ilgilisinin aleyhine olması halinde, gerek Başkanlık ve gerekse kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine maddede Başkanlığın işlem ve kararlarına veya sulh ceza hâkiminin kararlarına karşı ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi hasebiyle (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirttiğimiz üzere), 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

İşbu dava dilekçemizde dava konusu yapılan 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin dokuzuncu fıkrasının doğrudan bağlantılı bulunduğu aynı maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır" biçimindeki düzenleme ise tam bir "sansür" hükmüdür ve Telekomünikasyon İletişim Başkanına doğrudan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmaktadır. Anılan düzenlemeye göre, özel hayatın gizliliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde TİB Başkanı erişimi doğrudan engelleyebilecektir. Dahası, herhangi bir

ihbar, iddia, şikâyet ya da başvuru olmaksızın, herhangi bir kişinin talebi dahî bulunmaksızın TİB Başkanı, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmüne dayanarak, kendi kendine (ex officio) erişimin engellemesine ilişkin tedbir kararına re'sen hükmedebilecektir. Söz gelimi, bir bakan hakkında herhangi bir içerikte aleyhe bir haberin yer alması durumunda, herhangi bir ihbar ya da iddia olmaksızın, yürütme organı ile iyi geçinmek durumunda olan TİB Başkanı 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin (işbu dava dilekçemizin konusu olan ve 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantılı bulunan) sekizinci fıkrasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak hemen ve re'sen ilgili siteyi kapatabilecektir. Böylesi bir düzenlemenin, daha önce Türk hukukunda eşi ve benzeri görülmemiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle eklenen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasıyla getirilen ve herhangi bir talep, ihbar ya da başvuru dahî olmaksızın doğrudan TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmasına olanak sağlayan yeni düzenleme -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz, Kanunun 9/A maddesinin (işbu dava dilekçemizin konusu olan ve 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantılı bulunan) sekizinci fıkrası ile TİB Başkanına böylesi bir yetki verilmesi, daha açık bir söyleyişle, özel hayatın gizliliğinin ihlâli olasılığına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunduğu hâllerin varlığı mazeret ve gerekçe gösterilerek TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınması, Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin; 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin çok açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli çok yeni bir Kararında, "Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı

olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır." demek suretiyle ifade özgürlüğünün önem ve değerine işâret etmiştir.

Zirâ (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirttiğimiz gibi), çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Dahası, böylece, Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (ifade özgürlüğü)" ile Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir. Zirâ, anılan Anayasa kuralında Temel hak ve hürriyetlerin … ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa (işbu dava dilekçemizin konusu olan ve 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantılı bulunan), 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan "ifade hürriyetine" doğrudan müdâhale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Bu, apaçık, ifade özgürlüğü gibi temel bir hakkın ve hürriyetin kanun-dışı bir yolla sınırlanması anlamına gelmektedir.

Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, yirmidört saat içinde hâkim onay vermediği sürece kalkacak bir erişim engelleme tedbiri için Cumhuriyet savcısını yetkili görürken, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası TİB Başkanı'nın emri üzerine verilmiş erişim engelleme kararlarının doğrudan idare tarafından verileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 9/A maddesi, "özel hayatın gizliliğinin ihlâli" durumu için öngörülmüş süreçten daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni tarafından daha ciddî yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hallerde (katalog suçlarda) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş özel hayatın gizliliğinin ihlâli halinde öngörülen düzenlemenin kısıtlamaya yönelik hızlandırılmış bir süreç olması, ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de

belirttiğimiz gibi), 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan söz konusu düzenleme, Anayasa'nın hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Dava konusu dokuzuncu fıkra hükmü ile, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması hükmünün getirilmesi, yine daha önce 5651 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yapılan ve Anayasa'ya aykırılığı iddia olunan sekizinci fıkrada öngörülen düzenlemeyi Anayasa'ya uygun hâle getirmemektedir.

5651 sayılı Kanunun 9/A maddesi ile doğrudan TİB Başkanına erişime engelleme emri verebilme yetkisi vermesi nedeniyle ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin en çok ihlâle mâruz kaldığı fıkranın sekizinci fıkra olduğu gözükse de, söz konusu temel hak ve hürriyetlere vâki ihlâllerin, aynı maddenin TİB Başkanlığına kişilerin müracaatı üzerine içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanması kararı verme yetkisi tanıyan 9/A maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları için de geçerli olduğu açıktır. Zirâ, 9/A maddesinin söz konusu birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında da açık bir biçimde (bu kez, gecikmesinde sakınca bulunmayan hâller söz konusu olduğunda) yine kişilerin Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişim engellenmesi tedbirine karar verme yetkisi tanınmaktadır. Dolayısı ile, daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçeleri, anılan maddenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları için de aynen geçerlidir. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin (özellikle birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları olmak üzere) tamamı Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine açıkça aykırıdır.

Kuşkusuz, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine eklenen 9/A maddesinin yukarıda sözünü ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı, aynı maddenin daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile işbu dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız dokuzuncu fıkrasına da sirâyet etmekte ve anılan bu fıkranın da -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırılığı sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (9) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin (daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde

dava konusu yaptığımız) ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile (işbu dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız) dokuzuncu fıkrası için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra eklenen 9/A. maddesinin bütün fıkraları arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur. 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesine bilâhare 6527 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkrası olmaksızın aynı maddenin sekizinci fıkrası başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, sekizinci fıkranın varlığı söz konusu olmaksızın, 9/A maddesinin dava konusu yaptığımız dokuzuncu fıkrası başlıbaşına varlığını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesi hakkında serdettiğimiz bütün iptal gerekçeleri, anılan maddenin tamamına şâmil olmakla (daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde) iptalini talep ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkra hükümleri hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları için olduğu kadar işbu dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen) dokuzuncu fıkra hükmü için de aynen geçerlidir.

Diğer yandan, -yüksek malûmları olduğu üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir: "Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan ve daha önce Yüksek Mahkemeye sunduğumuz 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizin konusu olan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, işbu dava dilekçemizin bu bölümünde Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri açıklanan 94. maddesi hükümleri ie özellikle anılan maddenin sekizinci fıkrası hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin dokuzuncu fıkrası hükmünün de uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A

maddesinin daha önce Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizde iptalini talep ettiğimiz sekizinci fıkrasının iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan aynı maddenin -işbu davanın konusu olan- dokuzuncu fıkrasının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir. 6) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. Maddesinin Dokuzuncu Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı A) Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1., 2., 4., 5., 6., 10. ve 13. maddelerinin, Anayasanın 2., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı olduğundan iptali; bunlar iptal edildiğinde kalan 3., 7., 8., 9., 11., 12., 14. 15., 26. ve geçici 1. maddelerinin uygulama olanağı kalmayacağından 6216 sayılı Kanunun 43 ncü maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki kurallara göre iptal edilmesi gerekeceği istemiyle iptal davası açılmış; dava Yüksek Mahkemenizde E. 2013/50 sayısını almış ve henüz esastan görüşülmemiştir. Dava Dilekçesi ile Ek Dava Dilekçesinde de belirtildiği üzere devletin varlık nedenlerinden biri olan ve kamu hizmeti olduğu tartışılmayan sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu personeli eliyle ve kamucu anlayışla üretilmesinden, 6428 sayılı Kanun ile vaz geçilerek, gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmiştir. Dava ve Ek Dava Dilekçelerinde de vurgulandığı üzere, Anayasal ve yasal kurallara göre "Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde veya yeterli gelmez ise kendi borçlanarak kendi yapıp, sağlık hizmetlerini Anayasanın 128 inci maddesindeki kurallar çerçevesinde kamu personeli eliyle yürütmesi ile "Yap-Kirala-Devret Modeli" kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca (yüklenicinin koyduğu finansmanın ana para ve faizi, kullanılan kredilerin ana para ve faizi, finansman giderleri, enflasyon ve kur riski ile bunların toplamına eklenen karı da kapsayan) kullanım bedeli, (karı da içeren) hizmet bedeli ve garanti ve borç üstleniminin risk primleri dahil olmak üzere maliyet ve risk analizlerinin yapılıp karşılaştırılması ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yükün hesaplanıp kaynağının gösterilmesi ile Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin Kanun tasarısına eklenmesi Anayasal bir zorunluluk iken, Kanun Tasarısı, bu hukuksal zorunlulukların hiç biri yapılmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuş" ve yasalaşmıştır. Dava ve Ek Dava Dilekçelerinde, Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmelerinde Sağlık Bakanı Sayın Recep Akdağ tarafından örnek olarak verilen Kayseri Şehir Hastanesi örneğine de

yer verilerek; "Sabit sermaye yatırımı 650 milyon TL olan ve 520 milyon TL'si kredi şeklinde kullanılıp Hazine garantisi kapsamına alınan ve ayrıca yüklenicinin enflasyon ve kur değişimine ilişkin finansal riskleri devlet tarafından üstlenilip sıfırlanan bir hastane için, 25 yılda 3 milyar 425 milyon TL ödenmesinin Sağlık Bakanlığınca olağan karşılandığı gerçeği göz önüne alındığında, 6428 sayılı Kanunda öngörülen "Yap-Kirala-Devret" modelinde kamu yararı olmadığı Kayseri Şehir Hastanesi örneğiyle sabittir ve 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde öngörülen "Ön fizibilite raporu"nun, Anayasanın 163 üncü maddesi ile 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki kuralları karşılamadığı ve ilgisinin de bulunmadığı açık olduğu gibi, işlerliğinin bulunmadığı da "Karşı Oy"da belirtilen örnekle açığa çıkmıştır." denilmişti. 6527 sayılı Kanunun 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasındaki iptali istenen düzenlemeler, 6428 sayılı Kanun'un iptali için Dava Dilekçesi ile Ek Dava Dilekçesinde belirtilen bütün husus ve gerekçelerin doğruluğunu bir kez daha ortaya koymuştur. 6527 sayılı Kanunun 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla;

"Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır." kuralları getirilerek; gerekli ve yeterli hazırlıklar yapılmadan ön fizibilite raporu ve ön projeye dayanılarak ihale edilen yapım işlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerinin imzalanmasından sonra yasa ile sözleşmelerde kamu aleyhine sonuç doğuracak değişiklikler yapılmasını öngören düzenlemeler yapılmaktadır.

Değişiklik yapılmasının gerekçeleri ise 6428 sayılı Kanun kapsamında ne anlama geldikleri ve içinde nelerin yer aldığı hukuken belirsiz olan "Mücbir sebepler, olağanüstü hâller" gibi kapsamı belirsiz genel ifadelerin ötesinde, "sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi" gibi taraflar arasında imzalanmış sözleşme hükümlerini ortadan kaldırarak sözleşme ve eklerine yeni hükümler koymaya varan açık hukuksuzluklara taşınmaktadır.

Bu düzenlemelerle, ihale edilerek sözleşmeye bağlanmış işlerde, edimin ifası (sözleşmenin yürütümü) aşamasında mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde, sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilecek ve böylece sözleşme bedeli aynı kalmakla birlikte sözleşme kapsamındaki işlerden bazıları sözleşme kapsamından çıkarılarak ifasından vaz geçilebilecek; sözleşmenin yapım işleri kısımlarının ise mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bu defa sözleşme bedeli, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncelleme suretiyle artırılacak ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılacaktır.

Daha açık bir ifadeyle sunulacak sağlık hizmetinin değişik yöntemlere göre alternatif maliyetleri, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydası, gelecek hükümetlerin 30 yılını bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesi teknik gerekçeleriyle ortaya konulmadan, ihale için gerekli ve yeterli hazırlıklar yapılmadan, maliyet-fayda, maliyet yarar analizlerine ve projelerine dayandırılmadan, ön proje ve ön fizibilite raporuna dayalı bir belirsizlik içinde ihaleye çıkarılan işlerin, istekliler arasında ihalesi yapılıp sözleşmesi imzalandıktan sonra, hukuki belirliliği olmayan ve hatta doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vaz geçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirilmesini öngören yasal düzenlemeler yapılmaktadır.

B) Anayasaya Aykırılık Sorunu

6428 sayılı Kanunla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlara dayalı olarak ihale edilmesi ve kamu-özel işbirliği modeli çerçevesinde özel hukuk hükümlerine göre yaptırılması düzenlenmektedir.

Kanun kapsamındaki tesislerin yapımı ile hizmet alımı ihalelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ve buna bağlı 11.6.2011 tarihli ve 27961 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 26.4.2011 tarihli ve 2011/1807 sayılı BKK ile yürürlüğe konulan "3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar"a tabi olmamasının meşruiyeti kamu-özel işbirliği modeline göre yaptırılmalarına dayandırılmıştır.

Ancak, meşruiyeti nereden sağlanırsa sağlansın tesislerin yapılması ve hizmetlerin temin edilmesi nihayetinde ihaleye bağlanmış ve ihale sonucunda özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme düzenlenmesi öngörülmüştür.

Dolayısıyla edimin ifası sürecinde doğrudan veya dolaylı olarak sözleşme bedelini etkileyecek "mücbir sebep" ve "olağanüstü haller"in neler olduğunun 6428 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olması ve ihale öncesi düzenlenen idari ve teknik şartnameler ile ihale sonrası düzenlenen sözleşmelerde açıkça ve tek tek yer alması temel bir zorunluluktur.

5.1.2002 tarihli Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Mücbir sebepler" başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasında, mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller; doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak "olağanüstü halleri" de kapsayacak şekilde belirlenmiş ve Kanunda ayrıca "olağanüstü haller"e yer verilmemiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında "mücbir sebepler"e, sözleşmenin bedelinde doğrudan veya bir kısım imalatların yapımının sözleşme kapsamından çıkarılması gibi dolaylı yollarla değişiklik yapılması gibi parasal sonuç doğuran bir mali işlev yüklenmemiş; "mücbir sebep", edimin ifasını geciktiren veya engelleyen durum olduğundan, sözleşme süresinin uzatılması ya da sözleşmenin feshi nedeni olarak öngörülmüş; ayrıca mücbir sebep hallerinin idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi, yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli kaldırmaya gücünün yetmemiş olması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihten itibaren idareye başvurulmuş olması gibi şartlara bağlanmıştır.

Aynı Kanun'un 15. maddesinde ise sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığı kurallaştırılmıştır. Sadece sözleşmenin, işin yapılma veya teslim yerinde ve ayrıca işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme planında değişiklik yapılabilmesi öngörülmüştür.

Öte yandan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasların belirlendiği "Yapım İşleri Genel Şartnamesi"nin "Yüklenicinin kusuru dışındaki hasar ve zararlar" başlıklı 26. maddesi; "(1) Olağanüstü haller ve doğal afetlerin işyerlerinde ve yapılan işlerde meydana getireceği hasar ve zararlar ile sigortalanabilir riskler (all risk) sigorta kapsamında bulunduğundan yüklenici, bu hasar ve zararlar için idareden hiç bir bedel isteyemez. Ancak bu hasar ve zararlardan meydana gelecek gecikmeler için yükleniciye gerekli ek süre verilir.

(2) Savaş, yurt içinde seferberlik, ayaklanma, iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya bir nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyonlar ve bunlar için alınan önlemler sonucunda meydana gelecek riskler gibi sigortalanması mümkün olmayan riskler ile idarenin işlerin tamamlanmış kısımlarını teslim alarak kullanmasından dolayı bu kısımlardan doğacak riskler idareye aittir."

Şeklinde kurallaştırılmıştır.

Oysa, iptali istenen düzenlemelerde, "mücbir sebepler"in yanına "olağanüstü haller" de eklenip "mücbir sebepler ve olağanüstü haller"in neler olduğu açık ve tartışmadan uzak bir kesinlikte belirtilmeksizin ve sözleşmelerde de yer verilmeksizin, gerçekleşmesi halinde dahi işin süresi içinde ifa edilememesine veya hiç yapılamamasına neden olabilecek "mücbir sebepler ile olağanüstü haller"e ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra doğrudan veya dolaylı yollarla sözleşme bedelini değiştirme işlevi yüklenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "hukuki belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, kişilerin hukuk güvenliği yanında, idarede istikrarı da sağlar.

İhalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra doğrudan veya dolaylı yollarla sözleşme bedelini değiştirme işlevi yüklenen "mücbir sebepler ile olağanüstü haller"in kamu-özel işbirliği modeli kapsamında yapılacak tesisler ile hizmet alımlarında neler olduklarının açık ve tartışmadan uzak bir şekilde belirlenmemiş olması "hukuki belirlilik" ilkesiyle bağdaşmadığı; bu belirsizlikten dolayı doğrudan ve dolaylı yollarla sözleşme bedelini değiştirmeye kadar uzanan idareye geniş ve ölçüsüz takdir yetkisi tanıdığı; yükleniciler açısından anlaşılabilir, bilinebilir ve öngörülebilir olmadıkları ve dolayısıyla uygulanmaları halinde tereddüt ve belirsizliklere yol açacağı için iptali istenen maddenin birinci ve ikinci cümlelerinde geçen "mücbir sebepler" ve "olağanüstü haller" ibareleri Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde, Anayasa'nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen temel ve evrensel ilkelerine de uygun davranılması gerekir.

Hukukun temel ilkeleri arasında "sözleşmeye bağlılık ilkesi" yer almaktadır.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre (YHGK'nun 3.2.1998 gün ve E.1987/11-411 K.1988/66,1.7.1992 gün ve E.1992/13-360 K.1992/425, 26.2.1997 gün ve E.96/679, K.96/119 sayılı kararları ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21.11.1991 gün ve E.1991/8374, K. 1991/10619, 6.4.1995 gün ve E.1995/154 K.1995/3339 sayılı vd. kararlar), hukukun temel ilkelerinden olan sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa - Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkelerinin hukukumuzda da kabul edildiği belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere, bu ilkelere göre sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Başka bir deyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Bu bağlamda sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Sözleşmeler durumun değişmeyeceği şartlar altında yapılmaktadır.

Bununla birlikte bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan denge sonradan şartların olağanüstü şekilde değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulur ise sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki meydana gelebilmekte ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratabilmektedir. Hukukta bu zıtlık; (Clausula Rebüs Sio Stantibus - Beklenmeyen hal şartı) sözleşmenin değişen şartlara uydurulması ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşme yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse taraflar artık o akitle bağlı tutulamazlar. Değişen bu koşullar karşısında Medeni Kanun'un 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi gereği ortay çıkar. Sözleşmenin edimler arasındaki dengeyi bozan olağanüstü halleri, harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı

yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi; sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir. Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda "İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ" gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre, alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar. Yargıtay kararlarında, "İşlem Temelinin Çökmesi" durumunda sözleşmeye müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama yetkisinin yasa koyucuya değil, uyuşmazlığa bakan hakime ait olduğu da vurgulanmıştır.

İptali istenen düzenlemelerde, "mücbir sebepler" ve "olağanüstü haller"e ek olarak "sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması" ile "sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi" de sözleşme bedelini doğrudan veya dolaylı olarak değiştirmenin gerekçesi yapılmıştır.

Böylece, ihalenin yapılması ve sözleşmenin imzalanmasından sonra bedelin doğrudan ve dolaylı şekilde değiştirilmesi, Yargıtay içtihatlarında belirtilen savaş, ekonomik kriz ve ulusal parayla yapılan ihalelerde ulusal paranın aşırı değer kaybetmesi gibi sözleşmenin yapıldığı sırada beklenmeyen olağanüstülüklere ek olarak her türlü olağan durumları da kapsayacak ve hatta sözleşme bedeli aynı kalmakla birlikte sözleşme kapsamındaki bazı imalat ve işlerin yapılmasından vazgeçilmesini ve hatta projede her türlü değişikliğe gidilmesini sağlayacak şekilde "sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması" ifadesiyle gerekçelendirilmiştir.

Ancak, 6428 sayılı Kanun'un "Bedel" başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "Dönem sonunda Türkiye İstatistik Kurumunca belirlenen dönemsel Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranında kullanım bedeli artışı yapılır. Yüklenici tarafından yabancı para birimi ile kredi temin edilmesi ve kullanım bedelinin yeniden belirleneceği tarihteki ilgili döviz kurundaki değişimin Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranından yüksek veya düşük olması hâlinde, idare tarafından yönetmelikle belirlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacak düzeltme katsayısı marifetiyle kur farkı hesaplanır ve yabancı para birimi ile borçlanma oranında kullanım bedeline eklenir veya kullanım bedelinden çıkarılır." denilerek, yüklenicinin ekonomik kriz dönemleri yanında olağan seyrindeki enflasyon ve kur riskleri bir bütün olarak sıfırlanmıştır. Bu bağlamda, Yargıtay içtihatlarında "işlem temelinin çökmesi" nedeniyle "sözleşmeye bağlılık ilkesi"ne istisna oluşturan ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde

düşmesi gibi ekonomik olağanüstülüklerin maliyeti, Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereği karşılanacağından; "sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması" ifadesinden geriye "işlem temelinin çökmesi" dışında ileri sürülebilecek her türlü afaki durum kalmaktadır ki bunların hukukun temel ilkeleri arasında yer alan "sözleşmeye bağlılık ilkesi"ni ortadan kaldırmayacağı her türlü tartışmanın dışındadır.

İptali istenen düzenlemede, "sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi" de sözleşme bedelinin sonradan doğrudan veya dolaylı artırılmasına gerekçe yapılmıştır.

Sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi halinde itilafı çözecek olan bağımsız ve tarafsız yargıdır. Nitekim; 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (11) numaralı fıkrasında, "Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması ve davanın Türkiye'de görülmesi kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler." kuralına yer verilmiştir.

Sözleşme bedelinin doğrudan değiştirilmesinin bir başka nedeni de maddede "yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebepler" olarak ortaya konmuştur. İhale edilerek sözleşmeye bağlanmış yapım işlerinde, yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebepler, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 26. maddesinde belirtildiği üzere birincisi, olağanüstü haller ile doğal afetlerin işyerinde ve yapılan iş ve imalatlarda meydana getireceği hasar ve zararlardır ki bunlar sigortalanabilir riskler (all risk) sigorta kapsamında bulunduğundan, bunlardan dolayı sözleşme bedelinde artırım yapılamaz; ikincisi ise sigorta kapsamında bulunmayan savaş, seferberlik, ayaklanma, iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyon nedeniyle işyeri ve imalatlarda meydana gelecek hasarlar ile bunlar için alınan önlemler nedeniyle oluşacak zararlardır ki, bunlar sözleşme bedelinin artırılmasını değil; bunlar nedeniyle oluşacak zarar, ziyan ve masrafların hesaplanarak yükleniciye ayrıca ödenmesini gerektirmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere;

Deprem, sel baskını vb. doğal afetler ile kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve ihaleyi açam kurumca belirlenecek diğer mücbir sebepler ile olağanüstü hallerin ihale hukuku ve yapım işleri mevzuatında, sözleşme bedelinin doğrudan veya dolaylı olarak artırılmasına değil de sözleşmenin süresi içinde veya hiç ifa edilememesine yol açan durumlar olması ve bu nitelikleriyle de süre uzatımı verilmesi ile sözleşmenin feshine gerekçe oluşturması;

"Sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması" kapsamında değerlendirilecek ve bu yanıyla da "işlem temelinin çökmesi" nedeniyle "sözleşmeye bağlılık ilkesi"ne istisna oluşturabilecek ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi ekonomik olağanüstülüklerden ve hatta olağan seyrinden kaynaklanacak enflasyon ve kur riskinin Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince zaten karşılanıyor olması;

"Sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi" halinde itilafı çözecek olanın bağımsız ve tarafsız yargı olduğunun 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (11) numaralı fıkrasında kurallaştırılmış olması;

"Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebepler" den olağanüstü haller ile doğal afetlerin işyerinde ve yapılan iş ve imalatlarda meydana getireceği hasar ve zararlar sigortalanabilir riskler (all risk) sigorta kapsamında bulunduğundan, bunlardan dolayı sözleşme bedelinde artırım yapılamayacağı; sigorta kapsamında bulunmayan savaş, seferberlik, ayaklanma, iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyon nedeniyle işyeri ve imalatlarda meydana gelecek hasarlar ile bunlara karşı alınan önlemler nedeniyle oluşacak zarar, ziyan ve masrafların bedeli ise hesaplanarak yükleniciye sözleşme bedelinden ayrıca ödenecek olması;

Nedenleriyle, ihale yapılıp sözleşme imzalandıktan sonra doğrudan ve dolaylı olarak sözleşme bedelinin artırılmasını öngören, "Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır." kuralları; hukukun temel ilkeleri arasında yer alan "sözleşmeye bağlılık ilkesi" ile bağdaşmadığından, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.6.2013 günlü ve E. 2012/18, K.2013/80 sayılı kararında da vurgulandığı gibi, Devlet harcamalarında Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel bulunmamaktadır. Ancak, kanun koyucunun, bazı mal ve hizmetleri Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışında tutarak farklı usullere tâbi kılabilme yetkisine sahip olması, bu amaçla çıkarılacak kanunlarda hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.6.1972 günlü ve E. 1972/14, K. 1972/34 sayılı kararından bu yana içtihat haline gelen kararlarına göre, "Hukuk devleti ilkesi"nin öğeleri arasında "yasaların kamu yararına dayanması" ilkesi yer almaktadır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Sağlık hizmetleri sunumunun değişik yöntemlere göre alternatif maliyetleri, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydası, 30 yılı bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesi teknik gerekçeleriyle ortaya konulmadan, yapım işleri ile hizmet alımı işlerinin ihaleleri için gerekli ve yeterli hazırlıklar ile maliyet-fayda, maliyet yarar analizleri yapılmadan ve ihale konusu yapım işleri projelerine dayandırılmadan, ön proje ve ön fizibilite raporuna dayalı bir belirsizlik içinde ihaleye çıkarılarak istekliler arasında ihalesi yapılıp sözleşmesi imzalandıktan sonra, hukuki belirliliği olmayan ve hatta doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vazgeçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirilmesini öngören yasal düzenlemelerde kamu yararı olmadığı ve tam tersine mali anlamda kamu zararını öngördüğü açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.

İptali istenen düzenlemenin devamında yapım işleri için "Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır." kurallarına yer verilmiştir.

İstekli olarak ihaleye giren ve üzerine ihale yapıldıktan sonra sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin "Basiretli bir iş adamı gibi davranma" yükümlülüğü vardır. Sağlık tesisi gibi bina yapım işleri, uygulama projelerine ve iş kalemleri ile mahal listelerine dayalı olarak imalat metrajları

çıkarılabilen ve dolayısıyla yapım maliyeti tespit edilebilen işlerdir. Yüklenici bunları bildiği halde, 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre idarenin hazırladığı "her bir proje için, ihale iş ve işlemlerinde kullanılmak üzere ön proje, ön fizibilite raporu, fizibilite raporu, temel standartlar dokümanı ile ihale dokümanı"na bağlı bir belirsizliğe dayalı olarak ihaleye çıkarılan işin ihalesine istekli olmuş, tüm riskleri üstlenerek ve muhtemel maliyet bedeline kârına ilaveten ayrıca risk primini de ilave ederek teklifte bulunmuş ve nihayetinde ihaleyi kazanarak sözleşmeyi imzalamıştır. 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (10), (11), (12) ve (13) numaralı bentlerinde sözleşmede belirtilecek hususlar düzenlenmiş ve (10) numaralı fıkrasında, "Sözleşmenin feshedilmesi hâllerinde kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir. Yükleniciden kaynaklanan sebeple sözleşmenin feshi hâlinde yüklenicinin kesin teminatı Hazineye gelir kaydedilir." kuralına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, söz konusu işlerin ihalesine giren istekliler, 6428 sayılı Kanundaki yasal kuralları ve idarenin hazırladığı "her bir proje için, ihale iş ve işlemlerinde kullanılmak üzere ön proje, ön fizibilite raporu, fizibilite raporu, temel standartlar dokümanı ile ihale dokümanı"na dayalı belirsizliği bilerek ve isteyerek ihaleye katılmışlar; öngörebildikleri risklere karşı risk primini de hesaba katarak teklifte bulunmuşlardır.

İhale yapılıp, üzerine ihale yapılan yüklenici ile sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmede hukuka uygun veya hukuka aykırı gerekçelerle sözleşme bedeline ilişkin doğrudan veya dolaylı yollarla değişiklikler yapılması ve buna ek olarak ihaleden sonra 6428 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen bentlerine göre "Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar" ile "kesin teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin kurallar" da dahil hazırlanarak imzalanmış sözleşmeye sonradan "Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir." türünden kurallar konulup, "Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre" yapılacak olması, ihaleye istekli olanların teklif verme şartlarını bütünüyle değiştireceğinden ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri bütünüyle ortadan kalkmış olacaktır.

Oysa, kamu adına yapılan bütün ihalelerde olduğu ve 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da belirtildiği üzere, "İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır."

Bu itibarla iptali istenen düzenlemeler bir bütün olarak ihalede saydamlığı, rekabeti ve eşit muameleyi ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla kamu yararı ilkesiyle bağdaşmadığı için Anayasa'nın

2. maddesine, üzerine ihale yapılan istekliye ihaleden sonra ayrıcalık tanıdığı için Anayasa'nın 10. maddesine; Devlete verilen mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma göreviyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 167. maddesine aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrası, Anayasa'nın 2. 10. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 24. Maddesi ile Değiştirilen 6428 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki "… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …" İbaresi ile "… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …" İbaresinin ve 24. Maddesi ile Geçici 1. Maddeye Eklenen (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

a) Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki "… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Maddede sözü edilen, "süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler", 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5396 sayılı Kanun'la eklenen ek 7. madde ile bu maddenin verdiği yetkiyle yürürlüğe konulan 3.7.2006 tarihli ve 2006/10655 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekindeki "Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik" hükümlerine göre ihale edilmiş ve sözleşmeye bağlanmışlardır.

3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi ile 2006/10655 sayılı BKK ile yürürlüğe giren Yönetmelik'teki üst hakkı tesisine ilişkin kurallar ile 6428 sayılı Kanundaki üst hakkı tesisine ilişkin kurallar birbirinden farklıdır.

Bu bağlamda, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre, sağlık tesisleri yüklenicinin kendisine ait taşınmazlar üzerine yaptırılabileceği gibi süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere Hazineye ait taşınmazların bedelsiz devri suretiyle de yaptırılabilirken; 6428 sayılı Kanuna göre (md. 1/2- u ve md. 2), üst hakkı sözleşmesi Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sağlık tesisi yanında hizmet alanları için de tesis edilebilmekte ve süresi sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçememektedir.

Öte yandan, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesinde Hazineye ait taşınmazlar üzerinde bedelsiz üst hakkı tesisiyle yapılacak sağlık tesisi kırkdokuz yıl olarak belirtilmekle birlikte, ihalesi yapılan ve sözleşmeye bağlanan Şehir Hastaneleri Projelerinin tamamına yakınında söz konusu süre yirmibeş yıl olarak öngörülmüştür.

Sağlık tesislerine bedelsiz tahsis edilen Hazine taşınmazlarının tahsis süresi, tesislerin sabit yatırım ve işletme maliyetlerinin temel bileşenlerinden biri olduğundan, "süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler" de üst hakkı tesisinin süresinin ve ayrıca hizmet tesislerini de içerecek şekilde kapsamının değişmesi, yapım ve işletme maliyetleri de değiştirmekte ve dolayısıyla bu durum ihale yapıldıktan ve sözleşme imzalandıktan sonra, ihale şartlarının da değişmesi sonucunu doğurmaktadır.

Her ihale kendi şartları içinde değerlendirilir. Şehir Hastaneleri Projelerine istekli olarak teklifte bulunanlar, mevcut idari ve teknik şartnamelere göre teklifte bulunmuşlardır. Temel maliyet bileşenlerinden biri olan tahsis edilecek Hazine arazisinin kapsamına dayalı alanı ile tahsis süresi değiştiğinde, teklif edilen bedelin de değişeceğini kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, ihale yapıldıktan sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılması, ihalede rekabeti ortadan kaldıran ve üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanıyan bir işlev görmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuk devletinde, Anayasa'nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen temel ve evrensel ilkelerine de uygun davranılması gerekir.

Hukukun temel ilkeleri arasında "sözleşmeye bağlılık ilkesi" yer almaktadır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmakta; ihale ve sözleşmeler, durumun değişmeyeceği şartlar altında yapılmaktadır.

Ortada hukuken geçerli olabilecek hiçbir sebep yok iken, "süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler" de üst hakkı sözleşmesi üzerinden değişiklikler yapılması "sözleşmeye bağlılık ilkesi" ile bağdaşmamanın yanında adil ve hakkaniyete uygun olmadığı ve

kamu yararı ölçütüyle de bağdaşmadığı için Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamayı, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulmasını gerektirmektedir.

Süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlerde, ihaleden sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılması, ihalede rekabeti ortadan kaldırdığı ve ihaleye katılan isteklilerden üzerine ihale yapılan istekli lehine ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü için iptali istenen ibare Anayasa'nın 10. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, geçici 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …" ibaresi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki "… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6527 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasıyla, 6428 sayılı Kanunun yukarıda iptali istenen 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının, süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağı kurallaştırılmıştır.

6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasına ilişkin olarak yukarıda (Gerekçeler'in 4. maddesinde) yer verilen iptal gerekçelerinin tamamı kelimesi kelimesine, "… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …" ibaresi için de geçerlidir. Tekrar olacağı için yer verilmemiştir.

Bu itibarla, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 24. maddesi ile değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …" ibaresi, 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının iptaline ilişkin yukarıda yer verilen gerekçelerle Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, "süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler" kapsamında olan Şehir Hastanesi projeleri ihale ve sözleşmelerinin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemleriyle Türk Tabipleri Birliği tarafından idari yargı mercileri nezdinde davalar açılmıştır. Bu davalar sonucunda pek çok projenin yürütmesi durdurulmuştur.

Örneğin; Ankara-Etlik Şehir Hastanesi yapılacağı gerekçesiyle Ankara'nın Etlik semtinde bulunan Etlik İhtisas Hastanesi boşaltılarak 30 Haziran 2011 tarihinde ihale edilmiştir. Türk

Tabipleri Birliği'nin açtığı yürütmenin durdurulması ve iptal davası sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesi 6 Temmuz 2012 gün ve E. 2011/3392 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Sağlık Bakanlığı'nın yaptığı itirazı ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 17 Ekim 2012'de reddetmiştir.

Yargı kararına rağmen, 12 Eylül 2013 tarihinde sözleşme imzalanmış ve 24 Ekim 2013'de de Ankara-Etlik Şehir Hastanesi Projesi'nin temel atma töreni yapılarak sözleşmenin ifasına başlanmıştır.

Öte yandan, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na, 3.7.2005 tarihli ve 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek 7. maddenin sekizinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemiyle itiraz yoluyla açtığı davada, Anayasa Mahkemesi 6.6.2013 günlü, E. 2012/105, K.2013/71 sayılı kararında, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin 6428 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırıldığından bahisle, konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

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

Hukuki uyuşmazlıkların, uyuşmazlığa konu işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre çözülmesi gerekeceği, temel bir hukuk ilkesidir ve bu ilke ihale ve sözleşme hukukunun temelini oluşturmaktadır. Örneğimizde Danıştay Onüçüncü Dairesi 6 Temmuz 2012 gün ve E. 2011/3392 sayılı kararıyla 30 Haziran 2011 tarihinde yapılan ihale işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş; Sağlık Bakanlığı'nın yaptığı itirazı da Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu reddetmiştir.

"Süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler"in, ihalelerin yapıldığı ve sözleşmelerin imzalandığı tarihlerde yürürlükte bulunan hukuk kuralları yerine, sonradan yürürlüğe giren yasal kurallara göre sonuçlandırılması, sözleşmeler ihaleye dayandığı ve her ihale yürürlükteki mevzuata göre yapıldığı için, ihalelerde rekabeti ortadan kaldıran bir işlev gördüğünden, iptali istenen ibare Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 138. maddesinin üçüncü fıkrasında, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı ve herhangi bir beyanda bulunulamayacağı kurallaştırılırken; dördüncü fıkrasında, "Yasama ve

yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ile idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." denilmiştir.

6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının, süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağını öngören iptali istenen düzenlemenin kapsamındaki şehir hastanesi projesi ihalelerin tamamı için idari yargı mercileri nezdinde davalar açılmış; bunlardan bir kısmı için yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. İptali istenen ibarenin kapsamındaki ihale ve sözleşmelerin hangileri oldukları ve bunlardan hangi firmaların yararlanacakları somut olarak tek tek bellidir.

Anayasa Mahkemesi, daha yeni bir kararında, "Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre kanun, genel hukuk kuralları koymalı, genel, soyut ve kişilik dışı hükümler içermelidir. Kanunun genel olması, herkesin statüsünü düzenleyeceği anlamına gelmemekte, yalnızca kanunun belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir. Şu halde, kanun hükümlerinin, her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayrım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir." demiştir. (Bkz. Yüksek Mahkemenin 18.6.2013 günlü E. 2012/18, K. 2013/80 sayılı kararı).

Anayasanın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesinin alt unsuru olan hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olmasını gerekli kılar. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil, aynı zamanda yürürlükteki hukuk düzeninin süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre verilmiş yargı kararlarını geçersiz kılan yasal düzenlemeler yapılması, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi düzenlemeden yararlanacak kişilerin tek tek belli olması kamu yararı ilkesiyle örtüşmemekte ve ayrıca mahkemelerin somut olaylar hakkında vermiş olduğu kararların yasama organı tarafından değiştirilmesi sonucunu doğuracak yasal düzenlemeler yapılması Anayasa'nın 138. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

c) Geçici 1. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrasıyla, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin, yargı kararı doğrultusunda değil, ihale dokümanı ve sözleşmelerde geçmişe yönelik olarak gerekli düzenlemelerin yapılarak yerine getirilmesi ve işlerin yürütülmesi öngörülerek; bir yandan, ihaleye istekli olup teklifte bulunanların tekliflerinin dayanağını oluşturan mevcut ihale dokümanlarında ve ihale dokümanlarına göre biçimlenen sözleşmelerde ihaleden ve sözleşmenin imzalanmasından sonra geçmişi kapsayacak ve geleceği kucaklayacak şekilde düzenleme yapılması ve işlerin yapılan düzenlemeler doğrultusunda yürütülmesi öngörülerek, tüm ihalelerin temelinde yatan rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkeleri askıya alınmanın ötesinde ihale yolsuzluk ve usulsüzlüklerini kılıfına uydurmak da değil, ihale yolsuzluk ve usulsüzlükleri yasal hale getirilirken; diğer yandan somut ihaleler hakkında verilmiş yargı kararları etkisiz hale getirilmektedir.

Sağlık Bakanlığı, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre Türkiye'nin değişik bölgelerinde şehir hastanesi projesi ihaleleri açmıştır.

İhalelere istekli olanlar, mevcut ihale dokümanlarını incelemişler ve mevcut ihale dokümanlarına göre teklifte bulunmuşlardır. İdare de teklifler içinden uygun teklifte bulunan istekli üzerine ihaleyi yapmıştır. Bu bağlamda mevcut ihale dokümanlarına göre ihale yapılmış ve sözleşmeye bağlanarak hukuksal işlem tamamlanmıştır.

İhale dokümanında ihaleden sonra değişiklik yapılması, ihale dokümanına göre teklifte bulunan isteklilerin tekliflerini de değiştirecektir. İsteklilerin tekliflerinin değişecek olması, yapılmış ihalede saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenirliliğin ortadan kalkması ve dolayısıyla yapılmış ihalenin hukuken sakatlanması demektir. Sadece bu da değil; ihalelerin yolsuzluk ve usulsüzlüklere açılması ve hatta bu durum yasa gereği yapılıyorsa ihale yolsuzluk ve usulsüzlüklerinin yasallaştırılması anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.2013 günlü ve E. 2011/63, K. 2013/28 sayılı kararında belirtildiği üzere, "Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlâl etmemesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir."

Bir mal veya hizmet alımı ya da yapım işi ihalesinin saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkelerine göre yapılıp sonuçlandırılmasında kamu

yararı olduğu kuşkusuzdur. Yapılmış bir ihale için, yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin, yargı kararı doğrultusunda değil de, ihale dokümanı ve sözleşmelerde geçmişe yönelik olarak gerekli düzenlemelerin yapılarak yerine getirilmesi ve işlerin bu düzenlemeler çerçevesinde yürütülmesi, adil ve hakkaniyete uygun olmamanın yanında kamu yararı ölçütüyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Hukuk devletinin diğer bir alt unsuru da sözleşmeye bağlılık ilkesidir.

Mevcut ihale dokümanlarına göre ihale yapılıp, sözleşme imzalandıktan sonra ihale dokümanlarında ve sözleşmede değişiklik yapılması ve işlerin yapılan değişiklikler doğrultusunda yürütülmesi, ihalede saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi ve güvenirliliği ortadan kaldırarak yapılmış ihaleyi hukuken sakatladığı ve bu durum sözleşmeye bağlılık ilkesiyle de bağdaşmadığı için, iptali istenen düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

İhale dokümanı ile sözleşmede, ihaleden ve sözleşmenin imzalanmasından sonra değişiklik yapılarak işlerin yapılan değişikliklere göre yürütülmesi, ihaleye girip istekli olanlardan, üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanınması sonucunu doğurduğu için, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereğidir.

Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." denilmektedir. Bu kuralda, mahkeme kararlarına uymaktan, değiştirmemekten ve yerine getirilmesini geciktirmemekten yasama organı ayrık tutulmamıştır.

Yasama organının mahkeme kararlarına uyması ve değiştirememesi ilkesi yasama organının kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması anlamına gelmektedir. Her ne kadar, şehir hastanesi projesi ihalelerine karşı idari yargı mercilerinin vermiş oldukları kararlar kesinleşmemiş olmakla birlikte, iptali istenen düzenlemede bir yandan, kesinleşmiş yargı kararlarını da kapsar şekilde "idari yargı mercilerince verilen kararların gerekleri" denilerek kesinleşmiş yargı kararlarının gereğinin de mevcut ihale dokümanı ve sözleşmelerde yapılacak değişikliklerle yerine getirilmesinin sağlanması; diğer yandan yürürlükteki mevzuata göre ihalesi yapılmış ve sözleşmeye bağlanmış hukuki işlemlere karşı idari yargı mercilerinde görülmekte olan hukuki uyuşmazlıklar için her aşamada verilecek her türlü yargı kararının gereğinin, yargı kararı doğrultusunda değil, mevcut ihale dokümanında

ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesinin öngörülmesi sonucunda hukuk yollarının kapatılmış olması, Anayasa'nın 138. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 24. maddesi ile 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrası, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) Orman kadastro komisyonu tutanak ve haritalarının ilgililere şahsen tebliğ yerine geçen askı süresi ile dava açma süresinin altı aydan otuz güne düşürülmesi, mülkiyet sahiplerinin mahkemeye erişim hakkını etkili bir şekilde kullanmalarını engelleyeceğinden, iptal davası sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içinde mülkiyet sahiplerinin ileride telafisi olmayan maddi zararları ortaya çıkacaktır.

2) Erişme kontrollü karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesislere ilişkin izinlerden herhangi bir bedel alınmaması, izne konu oluşturan alana muadil ormanlık alanın mali kaynak yokluğu nedeniyle yetiştirilememesine yol açarak tüm insanların maddi ve manevi zararlarının doğmasına yol açacaktır.

3) "Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler" gibi belirli bir firma grubu için, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ihale edildikten sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi durumlarında, ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödemeleri durumunda ihaleden yasaklama kararı verilmemesini öngören düzenleme, aynı durumda olan gerçek kişiler ile Türkiye genelinde faaliyet göstermeyen tüzel kişilerin bu haktan yararlanamayıp ihale yasağı kapsamına alınmalarına bağlı olarak maddi zararlarına neden olacaktır.

4) 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddelerine göre erişimin engellenmesine karar verme görev ve yetkisi birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmektedir. Anılan maddede öngörülen erişim engelleme kararı verme yetkisinin "tabiî hâkim"den alınarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmesi, ceza yargılaması hukuku ve "tabiî hâkim" ilkesi açısından çok önemli bir handikaptır. Zirâ, kişilik haklarının ya da özel hayatın gizliliğinin ihlâli iddiasına konu bir yayında bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi

halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacak ve "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesini zedeleyecektir.

5) 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinden sonra vâzolunan 9/A maddesinin sekizinci fıkrası ile, "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" tedbirinin uygulanabilmesine imkân veren ve son derece suiistimale açık bir durum ortaya koyan bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu düzenleme ile Telekomünikasyon İletişim Başkanının emriyle ölçüsüz şekilde "erişimin engellenmesi" tedbirinin uygulanabileceği bir durum yaratılmaktadır. 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin dava konusu yaptığımız dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantısı bulunan sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan "ifade hürriyetine" doğrudan müdâhale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Bu, apaçık, ifade özgürlüğü gibi temel bir hakkın ve hürriyetin kanun-dışı bir yolla sınırlanması anlamına gelmektedir. Dava konusu dokuzuncu fıkra hükmü ile, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması hükmünün getirilmesi, yine daha önce 5651 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yapılan ve Anayasa'ya aykırılığı iddia olunan sekizinci fıkrada öngörülen düzenlemeyi Anayasa'ya uygun hâle getirmemektedir.

6) İhale edilerek sözleşmeye bağlanmış işlerde, edimin ifası (sözleşmenin yürütümü) aşamasında, hukuki belirliliği ve hukuka uyarlığı bulunmayan gerekçelerle değişiklikler yapılması yoluyla doğrudan veya dolaylı yollarla ihale/sözleşme bedelinin değişmesini öngören düzenlemeler nedeniyle kamunun ve dolayısıyla vergi mükelleflerinin ileride telafisi olmayan maddi ve manevi zararları ortaya çıkacaktır.

7) 6428 sayılı Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile iptali istenen 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanması ve ayrıca 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin yargı kararı yerine mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde yapılacak düzenlemeler temelinde yerine getirilip işlerin yürütülmesi sonucunda, kamunun ve dolayısıyla vergi mükelleflerinin ileride telafisi olmayan maddi ve manevi zararları ortaya çıkacaktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de

zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

01.03.2014 tarihli ve 28928 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 26.02.2014 tarihli ve 6527 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un;

1) 1. maddesiyle değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "… otuz gün içinde …" ibaresi ile dördüncü cümlesindeki "… İlan süresi geçtikten sonra …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine,

2) 3. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "… bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ifadesi, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine,

3) 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkrası ile 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine,

4) 17. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafı ile 2., 37., 138. ve 140. maddelerine,

5) 18. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 9/A maddesine eklenen dokuzuncu fıkrası, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine,

6) 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrası, Anayasa'nın 2. 10. ve 167. maddelerine;

7) 24. maddesi ile,

a) Değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …" ibaresi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine,

b) Değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine,

c) 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrası, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

Anayasa Mahkemesi - 30 Aralık 2015 tarihli MİT Kanunu Kararı

Esas Sayısı : 2014/122

Karar Sayısı : 2015/123

Karar Tarihi : 30.12.2015

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan ".Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibaresinin,

B- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

a- (a) bendinde yer alan "., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibaresinin,

b- (b) bendinin,

c- (c) bendinin,

d- (i) bendinde yer alan ".alan veya." ibaresinin,

2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan ".yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla." ibaresinin,

C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

1-İkinci fıkranın ikinci cümlesinin,

2- Üçüncü fıkrada yer alan "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da." ve ".delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ." ibarelerinin,

3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin,

4- Sekizinci fıkranın,

D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

1- Birinci fıkrasında yer alan ".yetkisiz olarak alan, temin eden, ." ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının,

3- Dördüncü fıkrasında yer alan ".ihmal veya." ve ".yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere." ibarelerinin,

E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" ibaresinin,

F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin,

2- İkinci cümlesinde yer alan "Ancak, ." ibaresinin,

G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin;

1- Birinci fıkrasının,

2- İkinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 7.,10., 12., 13., 17., 20., 22., 26., 28., 29., 36., 38., 74., 125., 138., 140. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

Dava konusu kuralların yer aldığı 6532 sayılı Kanun'un;

1- 1. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Millî İstihbarat Teşkilatının görevleri " başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin millî güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Millî Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Millî Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

h) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konulardaBakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.

i) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.)Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

j) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.

(Değişik birinci cümle: 17/4/2014-6532/1 md.)Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Millî İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Başbakanca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir."

2- 3. maddesiyle değiştirilen2937 sayılı Kanun'un "Yetkiler" başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"(Değişik birinci fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:

a) Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar.

c) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç

olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir.

d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir.

e) İstihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilir, kimliğin gizlenmesi için her türlü önlemi alabilir, tüzel kişilikler kurabilir. Kimliğin oluşturulması veya tüzel kişiliğin kurulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belge, kayıt ve dokümanlar ile araç ve gereçler hazırlayabilir, değiştirebilir ve kullanabilir.

f) Yabancıların ülkeye giriş ve çıkış ile vize, ikamet, çalışma izni ve sınır dışı edilmesi gibi konularda, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir.

h) Yabancı unsurların ülkenin ve vatandaşların iletişim güvenliğini tehdit eden faaliyetlerinin engellenmesine yönelik çalışmalar yapabilir, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

i) MİT'te görev alan veya alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir.

j) MİT mensupları görevlerini yerine getirirken ceza ve infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerle önceden bilgi vermek suretiyle görüşebilir, görüşmeler yaptırabilir, görevinin gereği terör örgütleri dâhil olmak üzere millî güvenliği tehdit eden bütün yapılarla irtibat kurabilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, MİT tarafından kurulan merkez veya 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007-5651/12 md.)

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkezler üzerinden yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.; Değişik üçüncü fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilirAncak, casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.(1)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. (Mülga son cümle: 17/4/2014-6532/3 md.)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları (.) (1) tarafından yapılır. (1)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıkları ile MİT Müsteşarlığının görüşü alınmak suretiyle Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/3 md.) Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/3 md.) Bu Kanundaki görevlerin ifası ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında genel zabıtaya tanınmış olan hak ve yetkilerin, MİT mensuplarından kimlere tanınacağı, yönetmelikte belirtilir."

3- 6. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Soruşturma izni ve yargılama " başlıklı 26. maddesi şöyledir:

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

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirirler. MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz. Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen,delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanır. MİT Müsteşarı hakkındaki yargılama Yargıtay ilgili dairesince yapılır.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Aynı konuya ilişkin yeni ve somut bir delil ortaya çıkmadan yeniden soruşturma yapılamaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT mensupları ile istihbarat hizmetlerine yardımları tevsik edilenler ve bunların eş, çocuk, ana, baba ve kardeşleri MİT Müsteşarının onayıyla 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan koruma tedbirlerinden yararlandırılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliği gereği veya görevin ifası sebebiyle diğer kişilere vermiş oldukları zararlar idare tarafından tazmin edilir. Tazmin, zararın göreve ilişkin bir hususdan doğması ve ilgili personelin kasıt veya ağır kusurunun bulunmaması hâlinde rücu işlemine konu edilmez.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanlar, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir."

4- 7. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Cezai hükümler" başlıklı 27. maddesi şöyledir:

"Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini herhangi bir yolla ifşa edenler ile MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenleyen veya değiştiren ya da bu sahte belgeleri kullananlara üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir.

Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlere üç yıldan beş yıla kadar, ihmal veya suistimal suretiyle önleyenlerle yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

Söz konusu fiillerin MİT mensuplarınca işlenmesi hâlinde verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır."

5- 8. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Taleplerin karşılanması" başlıklı 28. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz.

Bu Kanun ile diğer kanunlarda aynı konuyu düzenleyen farklı hükümler bulunması hâlinde bu Kanun hükümleri uygulanır."

6- 9. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Tanıklık" başlıklı 29. maddesi şöyledir:

"MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlar, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamaz. Ancak,Devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâllerde MİT mensuplarının tanıklığı MİT Müsteşarının, MİT Müsteşarının tanıklığı ise Başbakanın iznine bağlıdır."

7- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. madde şöyledir:

"Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez.

6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz.

Teşkilat uhdesindeki bilgi ve belgelerin gizlilik derecelerinin ve sürelerinin tespit edilmesine, birim ve kısımlara ayrılmasına, kullanıma veya paylaşıma açılmasına ve bunların akademik çalışmalar ile her türlü yayın ve edebî eserde kullanılmasına Müsteşar tarafından oluşturulacak bir Komisyonca karar verilir."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılmalarıyla 10.7.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi, Raportör Hamit YELKEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin Rapor ve Ek Rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı Hakan FİDAN ile diğer yetkililerin 30.12.2015 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (h) Bendinde Yer Alan ".Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e dış güvenlik,terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konulardaBakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirme görevinin verildiği, ancak düzenlemede Bakanlar Kurulunca verilecek söz konusu görevlerin kapsam ve sınırları gösterilmeyerek hukuki belirsizliğe ve keyfiliğe neden olunduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

5. Dava konusu kuralda, MİT'in Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getireceği düzenlenmiş ve bu düzenleme yapılırken söz konusu görevin sadece dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda olabileceği belirtilerek verilecek görevin kapsamı, sınırları ve içeriği hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık, anlaşılabilir ve uygulanabilir şekilde belirlenmiştir.

6. Kuralda yer alan "görev" veya bu görevi niteleyerek içeriğini belirleyen "dış güvenlik", "terörle mücadele" ve "millî güvenlik" ibarelerinin soyut ve genel kavramlar olması ise kuralın belirsizlik taşıması anlamına gelmemekte, yasa yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira yasa kurallarının genel ve soyut olması, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle, kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

7. Öte yandan, Anayasa'nın 117. maddesinde, "Millî güvenliğin sağlanmasından . Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Bakanlar Kurulu sorumludur." hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, millî güvenliği sağlama sorumluluğu bulunan Bakanlar Kurulunun, Anayasa tarafından kendisine verilen bu sorumluluğun gereğini yerine getirmek üzere millî güvenlik ile millî güvenliği doğrudan ilgilendiren "dış güvenlik" ve "terörle mücadele" konularında MİT'e görev verme yetkisine sahip kılınması doğaldır.

8. Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ile birlikte Bakanlar Kuruluna ait olup Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca bu yetki ve görev Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Dolayısıyla düzenlemenin genel ve soyut niteliğinden Bakanlar Kuruluna MİT'e hukuka aykırılık oluşturabilecek nitelikte bir görev verme yetkisinin verildiği sonucunun çıkarılması mümkün değildir.

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

B- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinde Yer Alan "., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir " İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

10. Dava dilekçesinde özetle dava konusu ibareyi içeren kuralla MİT'e görevlerini yerine getirirken uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme yetkisinin verildiği,ancak Kanun'da "uygun koordinasyon yöntemleri" ibaresiyle ne kastedildiğinin belirtilmediği, bu durumun belirsizliğe ve MİT'in keyfi uygulamalarına imkân tanıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

11. Dava konusu ibareyle MİT'e "uygun koordinasyon yöntemleri uygulayabilme" yetkisi verilmiş ve bu düzenleme yapılırken Kanun'un 6. maddesinde söz konusu yetkinin ancak MİT'in görevlerinin yerine getirilmesi kapsamında ve yerli, yabancı her türlü kurum, kuruluş, örgüt,

oluşum ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilme şeklinde kullanılabileceği belirtilerek anılan yetkinin kapsamı, sınırları ve içeriği hem kişiler hem de idare yönünden açık olarak belirlenmiştir.

12. Kuralda yer alan "uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme" ibaresinin soyut ve genel bir kavram olmasının ise bir önceki kuralın Anayasa'ya aykırılık sorununun incelendiği bölümde belirtilen gerekçeye dayandığı anlaşılmaktadır.

13. Günümüzde istihbarat servisleri sadece ülkelerin istihbarat ihtiyaçlarının karşılanması görevlerini yerine getirmemekte, arabuluculuk başta olmak üzere çeşitli diplomasi araçları açısından da işlev görebilmektedirler. Bu çerçevede, MİT'e verilen her türlü kurum, kuruluş, örgüt, oluşum ve kişilerle ilişki kurabilme yetkisinin, veriliş amacına uygun ve etkin olarak kullanılabilmesi için, karmaşık ve çok boyutlu ilişkiler içeren temaslarda, farklı durumlara göre farklı ve uygun yöntemlerin uygulanması gereği ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla görevin niteliğinden kaynaklanan esnekliği sağlamak üzere dava konusu kuralın düzenlenmesinde, hukuki belirlilik ilkesine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

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

C- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

15. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilme, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilme ve bunlarla irtibat kurabilme yetkisinin verildiği, ayrıca kuralda anılan kurum ve kuruluşların kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarının düzenlendiği, bu durumun anılan kuruluşların uhdesinde bulunan ve kişilerin özel hayatına ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin MİT'in eline geçmesi sonucunu doğuracağı, dolayısıyla kuralın özel hayatın gizliliği ve hukuk devleti ilkelerini zedeleyeceği, öte yandan, kuralda yer alan tüzel kişiliği bulunmayan kuruluş ibaresiyle ne kastedildiğinin açık olmadığı, bu nedenle kuralın belirsizlik taşıdığı belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

16. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

17. Dava konusu kuralda, MİT'in kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği, bu kapsamda talepte bulunulanların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacakları düzenlenmektedir. Buna göre, kural uyarınca bilgi, belge, veri ve kayıt verme yükümlülüğü bulunanlar arasında gerçek kişilerin bulunmadığı açık olup kuralla gerçek kişiler dışındaki kurum ve kuruluşlar yönünden bir yükümlülük getirilmektedir.

18. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilerek özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınmıştır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğine çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Maddede bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebepleri de sayılmış, böylece bunlara dayalı olarak anılan hakkın sınırlandırılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırmanın "arama" tedbirine özgü olarak yapılabileceği belirtildiğinden, bu sebepler 20. madde bağlamında dava konusu kural yönünden meşru bir sınırlandırma nedeni olarak kabul edilmeyebilir. Bununla birlikte, özel hayatın düzenlendiği maddede dava konusu kuralda belirtilen bilgi toplama yetkisi yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü halinde bile bu hakkın Anayasa'nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

19. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

20. Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu hak sınırsız olmayıp Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin korunması ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle sınırlandırılabilir.

21. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konamaması nedeniyle taraf olmadığı 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistikî veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür.

22. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

23. Dava konusu kuralda, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kurum ve kuruluşların uhdesinde bulunan bilgi, belge, veri ve kayıtların MİT tarafından temin edilebileceği belirtilmektedir. İstenilebilecek bu bilgiler arasında özel hayatın gizliliği kapsamında kalacak bilgiler ve kişisel veriler de bulunabileceğinden, kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına sınırlama getirildiği açıktır. Ancak bu sınırlama, 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle MİT'e verilen görevlerin, yani ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun yerine getirilebilmesini, dolayısıyla millî güvenliği, kamu düzenini ve suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak amacıyla getirilmekte olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

24. Anılan kapsamda sınırlama yapılırken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere de yer verildiği, böylece hem özel

hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği, hem de bu haklar ile millî güvenliğin, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekleri arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir.

25. Bu bağlamda, Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında, bilgi, belge, veri ve kayıt isteme yetkisinin, ancak MİT'in Kanun'da belirtilen görevlerini yerine getirirken kullanabileceği belirtilmiş, dolayısıyla bu yetki, MİT'in Kanun ile belirlenen görevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bilgilerle sınırlandırılmıştır.

26. Aynı maddenin altıncı fıkrasında da madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, bu Kanun'da belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı ve elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Böylece MİT'e verilen yetki kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması teminat altına alınırken bunların sadece istihbarat faaliyetleri çerçevesinde kullanılabileceği belirtilerek anılan bilgilerin kural olarak adli soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılmasının önüne geçilmiştir. Bu çerçevede örneğin savunma ve kişilerin kendilerini veya yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaması hakları kapsamında kalan bilgilerin yargılamada kullanılamaması güvence altına alınmıştır.

27. Bu konudaki bir başka güvence de Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre, MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyecektir.

28. Kanun'un 27. maddesinde ise MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgi ve belgelerin herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya bunların medya veya kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca da kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir.

29. Anılan hükümlerle dava konusu kural kapsamında elde edilecek bilgilerin amacı dışında kullanılmasını önleyecek ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı görülmektedir.

30. Kanunda, dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği gibi, bu bilgilerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek mekanizmalara da yer verilmiştir. Bu bağlamda 2937

sayılı Kanun'un 6. maddesinin sekizinci fıkrasında, "Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları (.) tarafından yapılır." denilerek dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını başta Başbakan olmak üzere diğer sıralı amirlerin ve Başbakanlık Teftiş Kurulu elemanlarının denetleyebileceği hükme bağlanmıştır.

31. Aynı şekilde, 1.4.1981 tarihli ve 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun'un 2. maddesi uyarınca Devlet Denetleme Kurulu da MİT'in görev ve faaliyetine ilişkin olarak her türlü inceleme, araştırma ve denetleme yapma görev ve yetkisine sahip olup aynı Kanun'un 6. maddesi uyarınca tespit edilen hukuka aykırılıklarla ilgili gerekli idari ve adli sürecin başlatabilmesi mümkün bulunmaktadır.

32. Bunların dışında, 6532 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. maddeyle MİT de dâhil olmak üzere güvenlik faaliyetleri ve istihbari nitelikteki faaliyetler konusunda çalışmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) bünyesinde, siyasi parti gruplarının güçleri oranında temsil edildiği TBMM üyelerinden oluşan Güvenlik ve İstihbarat Komisyonunun kurulduğu görülmektedir. Güvenlik ve istihbarat faaliyetlerine ilişkin yıllık rapor hazırlayarak bunu Meclis Başkanlığına sunma görev ve yetkisine sahip olan bu Komisyonun, güvenlik ve istihbarat hizmetleri sırasında elde edilen kişisel verilerin güvenliğini ve bireyin hak ve özgürlüklerini koruyucu öneriler geliştirme yetkisi de bulunmaktadır. Bu çerçevede dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik Meclis denetimini sağlayacak mekanizmanın da kurulduğu görülmektedir.

33. Bu yönleriyle dava konusu kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına getirilen sınırlamanın, söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

34. Öte yandan, Türk hukuk sisteminde, kamu kurum ve kuruluşlarının veya özel kuruluşların tüzel kişiliğe sahip olma zorunlulukları bulunmamakta olup tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara da yer verilmiş bulunmaktadır. Dava konusu bendin birinci cümlesinde yer alan "tüzel kişiliği bulunmayan kuruluş" ibaresiyle, tüzel kişiliği bulunmayan kamu veya özel nitelikli kuruluşların kastedildiği açık olup bu yönüyle kuralın belirsizliğe neden olan bir yönü de bulunmamaktadır.

35. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

36. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bendin ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Ç- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

37. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e bazı soruşturma ve kovuşturma dosyalarından bilgi ve belge alma yetkisinin verildiği, bu durumun soruşturma ve kovuşturmalardaki bilgilerin ve uygulanacak tedbirlerin açığa çıkmasıyla birlikte soruşturma ve kovuşturmaların amacına ulaşmasına engel olacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

38. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

39. Dava konusu kuralda, MİT'e 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek alabilme yetkisi tanınmaktadır.

40. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

41. İnsan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu korumakla yükümlü olan hukuk devletinin önemli gereklerinden biri de hiç şüphesiz insan hak ve özgürlükleri yönünden tehdit içeren suçla etkin bir şekilde mücadele etmektir. Ancak bu mücadele yapılırken Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "adil yargılanma hakkı" uyarınca şüpheli ve sanık haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi, bu çerçevede suçun soruşturulması ve kovuşturulması süreçlerinin etkin ve adil bir şekilde işletilmesini sağlayacak tedbirlerin alınması gerekir.

42. Etkin ve adil bir soruşturmanın koşullarından biri, soruşturmanın gizliliği ilkesidir. Bu ilke sayesinde, bir taraftan soruşturma işlemlerinin açığa çıkmasının önüne geçilerek delillerin karartılması ve soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi önlenmekte, diğer taraftan da kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesinin önüne geçilmektedir. Bu yönüyle soruşturmanın

gizliliği, hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bir zorunluluk arz etmekte, hem de Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan "suçsuzluk karinesi"nin gereklerinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır.

43. Kovuşturma aşaması yönünden ise kural olarak alenilik ilkesi geçerli olup bu süreçle ilgili olarak yargılamanın kamuya açık ve kamunun denetiminde gerçekleşmesi gerekmektedir.

44. Dava konusu kuralla MİT'e bazı suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek alma yetkisi verilerek soruşturmanın gizliliği ilkesine bir istisna getirilmekte, ayrıca kovuşturma aşamasıyla ilgili olarak sadece ilgililerine tanınan belge alma yetkisi MİT'e de tanınmış bulunmaktadır. Ancak bu yetki tanınırken kuralda bir sınırlama öngörülmekte ve tüm suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin değil, sadece devletin güvenliğine, anayasal düzene, bu düzenin işleyişine, millî savunmaya ve devletin sırlarına karşı işlenen suçlara yönelik bir yetki verilmektedir.

45. 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinde MİT'in görevleri sayılmış ve bu görevler arasında ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun da bulunduğu belirtilmiştir.

46. Kuralda MİT'e verilen yetkinin anılan suçlarla sınırlandırılması, bu suçların doğrudan MİT'in görev alanıyla ilgili olanları kapsaması ve kuralın objektif metni ile gerekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu yetkinin, MİT'e yukarıda anılan görevleri etkin bir şekilde yerine getirmek üzere verildiğini göstermektedir.

47. MİT'e verilen bu görevlerin niteliği dikkate alındığında ise bunların, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, anayasal düzeni ve toplumun güvenliğini tesis etmekle görevli devletin varlığı, bağımsızlığı ve anayasal düzenin devamı yönünden önemli olduğu, dolayısıyla bu görevlerin etkin bir şekilde yürütülmesinde, önemli bir kamu yararının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

48. Kuralla bu şekilde kamu yararının sağlanması amacıyla MİT'e söz konusu bilgilere erişim yetkisi tanınırken, Kanun'un diğer hükümleriyle bu yetkinin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesini önleyecek tedbirlere yer verildiği görülmekte, böylece kuralın ölçülü olmasının sağlandığı anlaşılmaktadır.

49. Bu bağlamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca soruşturmanın gizliliğini ihlal etmek suçtur ve bu suçun dava konusu kural nedeniyle gizli soruşturma işlemleri hakkında bilgi sahibi olan MİT mensupları yönünden de geçerli olduğu hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinde de MİT'in elde ettiği bilgi ve belgelerin

gizliliği hükümlerine yer verilmiş ve 27. maddesinde MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgi ve belgelerin herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya bunların medya veya kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür.

50. Dava konusu kural uyarınca temin edilmesi öngörülen bilgiler de bu kapsamda kalmakta olup söz konusu bilgilerin amacı dışında ve kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmelerine neden olacak şekilde kullanılmasını önleyecek yasal güvence sağlanmıştır.

51. Aynı gerekçelerle kuralın gizli soruşturma işlemlerini açığa çıkarması, dolayısıyla delillerin karartılması ve soruşturmanın amacına ulaşmasını tehlikeye düşürmesi de söz konusu değildir. Ayrıca MİT görevlilerinin de soruşturmada görev alan kolluk görevlileri gibi genel görevli güvenlik kurumu personeli olduklarının dikkate alınması gerekir.

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

D- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (i) Bendinde Yer Alan ".alan veya ." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

53. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e, hâlen görev yapmakta olan mensuplarına güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek üzere test teknik ve yöntemlerini uygulama yetkisinin verildiği, oysa bu kişilerin, daha önce güvenilirlikleri ve uygunlukları tespit edilerek mesleğe alındıkları, dolayısıyla güvenilirlikleri ve mesleğe uygunlukları tespit edilerek göreve alınan bu kişilerin yeniden böyle bir teste tabi tutulmasına imkân tanınmasının, kişilerin insan onuruna aykırı bir muameleye maruz kalması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

54. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." denilmiş, üçüncü fıkrasında ise ".kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz." hükmüne yer verilmiştir.

55. Buna göre, kişinin maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının doğal bir sonucu olarak insan onuruna saygı gösterilmesi ve kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulmaması gerekir. İnsan onuruna saygı gösterilmesi ise insanın ne durumda,

hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ifade eder.

56. Dava konusu kuralla MİT'e, bünyesinde görev alan kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinesi uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilme yetkisi tanınmaktadır.

57. Devletin millî güvenliği açısından önemli ve çoğu kez gizli olan bilgilere vâkıf olan istihbarat teşkilatı mensuplarının, bu bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlarla paylaşmalarının, devletin millî güvenliği açısından ciddi tehditler yaratabileceği açıktır. Bu nedenle istihbarat teşkilatlarında, millî güvenlik açısından oldukça önemli ve gizli olan bu bilgilerin yetkisiz kişi ve kuruluşların eline geçmesinin önlenmesi için en üst düzeyde güvenlik önlemlerinin alınması gerekebilmekte ve bu gereklilik istihbarat teşkilatlarının diğer kamu kuruluşlarından farklı güvenlik standartlarını geliştirmelerine neden olabilmektedir.

58. Öte yandan, istihbarat teşkilatlarının elindeki bilgilerin öneminin ve mahiyetinin onları yabancı istihbarat teşkilatlarının hedefi haline getirmesi, bu farklı güvenlik standardının belirlenmesi zaruretini arttıran bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

59. Dava konusu kuralla anılan farklı güvenlik standardının zorunlu bir gereği olarak MİT'e söz konusu yetkinin verildiği anlaşılmaktadır.

60. Kuralda anılan test ve tekniklerin, MİT'te görev alan bazı kişilere değil, herhangi bir ayırım yapmaksızın herkese uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu da kuralla özel olarak bazı kişilerin hedef alınmadığını, düzenlemenin MİT tarafından yürütülen görevin doğasından kaynaklanan bir zorunluluğa dayandığını göstermektedir.

61. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E- Kanun'un 3. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkrada Yer Alan ".yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

62. Dava dilekçesinde özetle dava konusu ibarenin de yer aldığı kuralla MİT'e 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesindeki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin denetlenmesi yetkisinin

verildiği, verilen bu yetkinin sınırsız ve belirsiz olduğu, kuralla MİT'e 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesindeki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmama yetkisinin verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, ayrıca kuralla bu şekilde herhangi bir sınır olmaksızın kişilerin iletişiminin denetlenmesine izin verilmesinin özel hayatın korunması hakkını ve haberleşme hürriyetini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 20. ve 22. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

63. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

64. Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren onbirinci fıkrasında, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla Kanun'un 6. maddesindeki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği (iletişimin denetlenebileceği) düzenlenmektedir.

65. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir.

66. Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

67. Dava konusu ibarenin de yer aldığı fıkrayla MİT'e görev ve yetkisi kapsamında kalan önleyici istihbarat elde etme ve analiz yapabilme amacıyla iletişimi denetleme yetkisi verilmekte olup bu yetki verilirken yetkinin hangi amaçla, hangi hallerde, ne şekilde, hangi mercilerin ne tür izniyle ve kimleri kapsayacak şekilde kullanılacağına ilişkin kurallar hem kişiler hem de idare yönünden açık şekilde düzenlenerek konuya ilişkin temel kurallar kanunla belirlenmiştir.

68. Fıkrada, MİT'in bu yetkiyi, "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın" kullanabileceğinin belirtilmiş olması isekuşkusuzMİT'in bu yetkiyidilediği şekilde ve herhangi bir kurala bağlı

olmaksızın kullanabileceği anlamında değil, iletişimin denetlenmesiyle ilgili mevzuatta bulunan diğer hükümlere bağlı olmaksızın ve fakat fıkrada yer alan kurallara bağlı kalarak kullanabileceğini belirtmek içindir.

69. Aynı hukuki kurumla ilgili farklı düzenlemeler yapılırken esas alınacak kuralların birbirine karıştırılmaması veya bir diğerine uygulanmaması için zaman zaman uygulanan bu yöntemin, kanun yapma tekniğinin zorunlu bir sonucu olduğu açık olup bununla MİT'e, kanunların üstünde genel ve sınırları belirsiz bir yetkinin verildiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

70. Öte yandan, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." ve 22. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır." denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları güvence altına alınmıştır. Anılan maddelerin ikinci fıkralarında ise bu hakların çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlandırılabileceği belirtilerek, bu hakların mutlak olmadığı ve maddelerinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Maddelerde bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması sebepleri de sayılmış böylece bunlara dayalı olarak anılan hakların sınırlandırılabilmesine imkân tanınmıştır. 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırma nedenlerinin "arama" tedbirine özgü olarak uygulanabileceği kabul edilse bile 18. paragrafta belirtilen gerekçelerle bu hakkın da millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

71. Ayrıca haberleşme hürriyetinin özel olarak düzenlendiği 22. maddenin ikinci fıkrasında, söz konusu sınırlama sebeplerine bağlı kalınarak yapılacak sınırlamanın ancak usulüne uygun olarak verilecek hâkim kararıyla mümkün olabileceği belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında "İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir." denilerek bu kuralın da mutlak olmadığı ve bu kurala bazı kurumlar yönünden kanunla sınırlamalar getirilebileceği açıkça belirtilmiştir.

72. Ancak özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının sınırlandırılabilmesi için maddelerinde belirtilen sebeplerin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

73. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.

74. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

75. Dava konusu ibareyi de içeren kuralla, MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla bazı koşullarda kişilerin iletişiminin tespit edilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilerek özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirilmektedir.

76. Ancak bu sınırlama getirilirken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal önlemlere yer verildiği, böylece hem özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği, hem de bu hakların korunması ile millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir.

77. Bu bağlamda, kuralla 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle MİT'e verilen görevlerin, yani ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun yerine getirilebilmesini teminen ve sadece önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek, dolayısıyla millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirildiği ve bu sınırlamanın, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

78. Zira demokratik ülkelerde örnekleri görüldüğü üzere bazı istisnai durumlarda, özellikle de millî güvenliği tehdit eden terör ve casusluk faaliyetlerine karşı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu çerçevede, ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturabilmek için ve bu amaçların gerçekleştirilmesiyle sınırlı olmak üzere yurtdışında veya yabancılar tarafından yurt içinde gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin veya millî

güvenlik açısından son derece önemli ve gizli bilgilere vâkıf olan MİT mensuplarının gerçekleştirdiği iletişimin denetlenmesi önlemine başvurulması gerekebilir.

79. Bu yönüyle, kanun koyucunun, herkesi kapsamayacak şekilde ve sadece kuralda belirtilen sınırlı alanla ilgili olarak MİT'i, Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen istisnaları uygulayabilecek kamu kuruluşu niteliğinde sayması mümkün görülmektedir.

80. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere Kanun'un 27. maddesinde MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgilerin gizliliği prensibi benimsenmiş ve bunların herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya medya ya da kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesi uyarınca da kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek suç olarak düzenlenmiş olup bu hüküm de haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin korunmasında önemli bir güvence sağlamaktadır. Öte yandan, anılan yetki sadece önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla verildiğinden bu yetkinin kullanılması sonucu elde edilen bilgilerin anılan amaç dışında kullanılması, örneğin adli soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılması mümkün değildir.

81. Mevzuatta dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği gibi bu bilgilerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek güvencelere de yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda anılan yetkinin veya bu yetki nedeniyle elde edilen bilgilerin amacı dışında kullanılması, bir başka ifadeyle millî güvenlik istihbaratını oluşturmak üzere önleyici istihbarat elde edilmesi veya analiz yapılması amaçları dışında kullanılması hâlinde kişilerin yargı yoluna başvurmaları mümkündür.

82. Bunların dışında, 2937 sayılı Kanun'un ek 2. maddesiyle TBMM bünyesinde kurulan Güvenlik ve İstihbarat Komisyonunun dava konusu kural kapsamındaki uygulamanın kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik Meclis denetimi yapma yetkisine sahip olduğunun da belirtilmesi gerekir.

83. Bu çerçevede anılan hükümlerle söz konusu bilgilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı söylenebilir.

84. Bu yönleriyle dava konusu ibareyle özel hayat ve haberleşme hürriyetinin gizliliği haklarına getirilen sınırlamanın, söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

85. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

86. Serruh KALELİ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

87. Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve M. Emin KUZ fıkrada yer alan ".yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim." ibaresi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

F- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

88. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyeti kapsamında olduğunu belirttiği veya belgelendirdiği eylemlerle ilgili olarak Cumhuriyet savcılarının soruşturma yapma ve kamu davası açma yetkisinin kaldırıldığı, bu durumun hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, kuralla MİT'e diğer hiçbir kişi ve kurumda bulunmayan bir ayrıcalık tanındığı, bunun kanun önünde eşitlik ilkesini zedelediği, ayrıca kuralla MİT'in görev ve faaliyeti kapsamında kalan eylemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmasının, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması gerektiği yönündeki anayasal kuralı ihlal ettiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

89. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhuriyet savcılarının, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde konuyu MİT Müsteşarlığına bildirecekleri belirtilmekte, dava konusu ikinci cümlesinde ise MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmayacağı ve herhangi bir koruma tedbirinin uygulanmayacağı düzenlenmektedir.

90. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiş, 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve 125. maddesinin birinci fıkrasında "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olacağı ilkesi kural olarak benimsenmiştir.

91. Çağdaş hukuk sistemlerinde, ceza yargılaması alanında, yaş, görev, unvan gibi kişilerin belli vasıfları dikkate alınarak bazı kişiler yönünden genel soruşturma ve kovuşturma usullerinden ayrı özel soruşturma ve kovuşturma usulleri belirlenebilmektedir. Bu tür kuralların getiriliş amacı ise bazı kişiler yönünden ayrıcalıklı/imtiyazlı bir sınıf oluşturmak değil genel olarak daha adil bir yargılama yapılmasını sağlamaktır.

92. Türk hukuk sistemi açısından konuya bakıldığında da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerine yer verdiği görülmektedir. Ancak anayasa koyucu ve kanun koyucu, uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan bazı nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç isnadı yapılan herkes hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı kişiler bakımından uygulanmayacak, bunlar hakkında ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak, hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir.

93. Esasen Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrasında da "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır." denilmek suretiyle, kamu görevlileri yönünden özel soruşturma usullerinin uygulanması anayasal güvenceye kavuşturulmuş bulunmaktadır.

94. Dava konusu kuralda da millî güvenlik yönünden son derece önemli görevler yürüten MİT mensuplarının, yürüttükleri görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılındıkları anlaşılmaktadır.

95. Bu çerçevede, 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında, MİT mensuplarının görev suçları yönünden özel soruşturma usulü belirlenerek bu kişilerin soruşturulabilmesi için Başbakandan izin alınması gerektiğinin düzenlendiği, dava konusu kuralın yer aldığı ikinci fıkrasında ise bu usulün nasıl uygulanacağının açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir.

96. Buna göre, Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde, MİT Müsteşarlığına bildirimde bulunacaklar ve bu bildirim üzerine, MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri uygulayamayacaklardır. Ancak bu durumda da maddenin ilk fıkrasında belirtilen kural gereği görev suçu olduğu anlaşılan eylem yönünden Başbakandan izin alınarak soruşturma yapılabilecek ve Başbakan tarafından izin verilmemesi halinde bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurulabilecektir.

97. Dava konusu kural, görev suçlarıyla ilgili olup MİT mensuplarının görevi dışındaki şahsi suçlarını düzenlememektedir. Ancak MİT mensuplarının görev suçlarıyla şahsi suçları arasında

ayrım yapmanın, diğer kamu görevlilerine nazaran zor olduğunun da dikkate alınması gerekmektedir. Zira MİT'in görevlerinin niteliği nedeniyle birçok faaliyeti gizli olup bunların MİT'in yetkilileri dışındaki kimselerce bilinmesi söz konusu olmamaktadır. Kuralın lafzından ve madde gerekçesinden kuralla MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bu özellik nedeniyle kuralda belirtilen özel soruşturma usulünün belirlendiği, böylece millî güvenlik açısından gizli kalması gereken MİT görev ve faaliyetlerinin açığa çıkarılmasının veya engellenmesinin önlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

98. Bu usulün benimsenmesi nedeniyle MİT'in, mensuplarının şahsi suçlarını da görev suçu kapsamında kaldığını belirterek Kanun'un başka bir hukuki müessese için öngördüğü usulün öngörmediği bir alanda kullanılabilmesine neden olabileceği, bunun da keyfiliğe yol açacağı düşünülebilir. Ancak Kanun'da bu sakıncanın ortaya çıkmasını engelleyecek yasal güvencelere yer verildiği, dolayısıyla bir taraftan MİT'in gizli kalması gereken görev ve faaliyetlerinin açığa çıkması önlenirken diğer taraftan bunun keyfiliğe neden olmasının önüne geçecek tedbirlerin alındığı görülmektedir.

99. Bu bağlamda, öncelikle demokratik bir hukuk devletinde bir kamu kuruluşunun, mensuplarının şahsi suçlarını görev suçu olarak göstermesinin beklenemeyeceğinin belirtilmesi gerekir. Ancak MİT, bir mensubunun şahsi suçunu görev suçu olarak gösterse dâhi Cumhuriyet savcısının söz konusu kişiyle ilgili soruşturma yapma imkânı ortadan kalkmamakta, 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca görev suçu olduğu bildirilen eylemle ilgili olarak Başbakandan soruşturma izni istemesi ve Başbakanın da eylemi görev kapsamında kabul edip izin vermemesi hâlinde idari yargı yoluna başvurması mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla Başbakanın bu denetiminin ve akabindeki yargı denetiminin aslında kişisel suç kapsamında olan eylemlerin görev suçu kapsamında gösterilmesini önleyebilecek nitelikteki güvenceleri sağladığı açıktır.

100. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevlerini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak, millî güvenliğe ilişkin gizli kalması gereken görev ve faaliyetlerin açığa çıkmasını ve görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT mensupları yönünden görevin niteliğinden kaynaklanan farklı bir soruşturma usulü benimsemesi, takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup bu yönüyle dava konusu kuralın, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşen bir yönü bulunmamaktadır (Aynı yönde değerlendirmeler içeren kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2012/19, K. 2013/17; 4.7.2013 tarihli ve E. 2012/100, K. 2013/84 sayılı kararları).

101. Öte yandan, düzenlemeyle MİT'in görevi kapsamındaki işlem ve faaliyetlerin yargı denetimi dışına çıkarılması da söz konusu değildir. Zira maddede atıfta bulunulan kişilerin görev suçları yönünden soruşturma yapılmasının izne bağlanması, söz konusu kişilerin işledikleri suçların yargı denetimi dışına çıkarılması sonucunu doğurmamaktadır. Bu kişilere ilişkin soruşturma izni verilmemesi kararı da bir idari işlem olup her idari işlem gibi bu işlem de Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabi bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kişiler hakkında soruşturma izninin verilmemesi hâllerinde idari yargı yoluna başvurmak suretiyle bu kararın kaldırılması ve bu kişiler hakkında yargılama yapılması mümkün bulunmaktadır.

102. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

103. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkrada Yer Alan "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da." ve ".delilleri ve dayanakları gösterilmeyen." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

104. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağının öngörüldüğü, bu durumun suç ve suçlunun kovuşturulması imkânını ortadan kaldırdığı, hak arama özgürlüğünü ve dilekçe hakkını ihlal ettiği, ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 160. maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip kamu davasını açması gerektiği, dava konusu kuralla buna sınırlamalar getirilmesinin kanun önünde eşitlik ilkesini de zedelediği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

105. Dava konusu ibarelerin yer aldığı kuralda, MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca

işleme konulmayacağı belirtilmekte, böylece anılan faaliyetlere ve görevlilere ilişkin ihbar ve şikâyete bağlı olarak soruşturma açılmasının şartları düzenlenmektedir.

106. İhbar ve şikâyet, suçları soruşturmakla görevli mercilerin herhangi bir suçun işlendiğini öğrenme yollarındandır. Ayrıca görevli mercilerin, basın yayın yoluyla, suçun işlendiğini öğrenen başka mercilerin bildirmesiyle veya doğrudan doğruya suç işlendiğini öğrenme yolları da vardır. İhbar, bir kimsenin suç işlendiğini yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara bildirmesidir. Şikâyet ise suçtan zarar gören kimsenin yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara başvurarak soruşturma açılmasını istemesidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza ve disiplin soruşturmalarına ilişkin diğer özel kanunlarda ve kimi düzenleyici işlemlerde, ihbar ve şikâyetlerin şekil şartları, ihbar ve şikâyetlerin değerlendirilmesi yöntemleri ve hukuki sonuçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

107. Hukuk devletinde ceza soruşturmasına ilişkin kurallar, ceza muhakemesi hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri, sosyal ve hukuki ihtiyaçlar göz önüne alınarak saptanacak suç ve ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, takip ettiği suç ve ceza politikasının bir gereği olarak suç işlediği ileri sürülen kamu görevlilerinin cezasız kalmamaları ile bunların haksız yere soruşturulmamaları gereklerini gözeterek, bunlar arasında âdil bir denge kurabilir.

108. İhbar ve şikâyette bulunma, Anayasa'nın 36. ve 74. maddelerinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün ve dilekçe hakkının gerçekleştirilmesinin önemli araçları olmakla birlikte bunların kötüye kullanılarak kamu hizmetinin işleyişinin kısıtlanmasına veya engellenmesine yahut hakkında suç isnadında bulunulan kamu görevlisinin kişisel haklarının zedelenmesine neden olacak şekilde kullanılmasının hukuk düzenince himaye edilmesi düşünülemez. Bu nedenle yapılacak yasal düzenlemelerde anılan haklarla kamu hizmetlerinin aksatılmaması ve kamu görevlilerinin kişisel haklarının zarar görmemesi arasındaki âdil dengenin kurulması gerekmektedir.

109. Dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağı öngörülmekle asılsız iddialarla kamu hizmetlerinin aksatılmasının önüne geçilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, kuralla asılsız ihbar ve şikâyetler nedeniyle soruşturulan veya yargılanan kamu görevlisinin şerefinin, mesleki saygınlığının ve kişisel haklarının zarara uğraması durumunda kimin sorumlu olacağının bilinmesi temin edilerek kötü niyetli ihbar ve şikâyetlerin önlenmesi amaçlanmaktadır.

110. Kuralla bu şekilde tüm ihbar ve şikâyetler yönünden değil, sadece asılsız veya kötü niyetli olabilecek ihbar ve şikâyetler yönünden bir sınırlama getirilmiş olması, bir yandan kişilerin hak arama özgürlüğü ve dilekçe haklarını kullanmalarına imkân tanırken öteki yandan kamu hizmetlerinin aksatılmaması ve kamu görevlilerinin kişisel haklarının zarar görmemesi şeklindeki kamu yararının korunmasını sağlamaktadır. Böylece kuralla anılan haklar ve kamu yararı arasındaki âdil dengenin kurulması amaçlanmaktadır.

111. Kaldı ki kuralla Cumhuriyet savcısının hangi olay ve olguları ciddi bularak soruşturmaya başlayacağı yönündeki takdir yetkisi sınırlandırılmamakta, sadece isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetleri işleme koyma zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Zira Cumhuriyet savcısının soruşturmayı başlatmasının tek yolu aldığı ihbar ve şikâyetler olmayıp kendisi de herhangi bir şekilde öğrendiği bir olayla ilgili olarak resen soruşturma başlatma yetkisine sahip bulunmaktadır. Dava konusu kural sadece ihbar ve şikâyetlere ilişkin olup Cumhuriyet savcısının resen başlatacağı soruşturmalara ilişkin bir hüküm içermemektedir.

112. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi ve suç ve ceza siyasetini belirleme yetki ve görevi uyarınca, kamu görevlileri hakkında suç işlediklerine dair yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için gerekli koşulları belirlemek anayasal sınırlar içinde yasama organının takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Dolayısıyla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin ihbar ve şikâyetlerin işleme konulması yönünden dava konusu kuralla anılan koşulların düzenlenmesinde, hukuk devleti ilkesine, hak arama özgürlüğüne ve dilekçe hakkının gereklerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

113. Ayrıca mevzuatta kamu görevlileri hakkında suç işlediklerine dair yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için gerekli koşulların neler olacağı hususu sadece MİT mensupları yönünden düzenlenmemiş, diğer tüm kamu görevlileri yönünden 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde ve bazı özel kanunlarda benzer şekilde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, 4483 sayılı Kanun kapsamında tüm memur ve kamu görevlileriyle ilgili olarak bir soruşturma başlatılabilmesi için yapılan ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir. Bu yönüyle dava konusu kuralla MİT mensupları yönünden bir ayrıcalığın yapılması veya kanun önünde bir eşitsizliğin yaratılması söz konusu değildir.

114. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Ğ- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın Birinci Cümlesinin İncelenmesi

a- Cümlenin 353 Sayılı Kanun'un 15/A Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Son Cümlesi ile Yedinci Fıkrasının Son Cümlesine Atıfta Bulunan Bölümü

115. Dava konusu kuralda, 25.10.1963 gün ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıfta bulunularak buradaki usul ve hükümlerin MİT Müsteşarı hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

116. Dava konusu kuralla atıfta bulunulan 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesi Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E. 2014/89, K. 2015/3 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve bu hükümlerin iptaliyle dava konusu kuralın bu hükümlere atıfta bulunan bölümlerinin uygulanma kabiliyeti kalmamıştır.

117. Açıklanan nedenle dava konusu cümlenin, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunan bölümüne ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

b- Cümlenin Kalan Bölümü

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

118. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin dava konusu kuralı içeren dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde, MİT Müsteşarına ilişkin özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

119. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, tüm MİT mensuplarının bu arada MİT Müsteşarının görevlerini yerine getirirken görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulabilmeleri Başbakanın iznine bağlı bulunmaktadır.

120. Dava konusu kuralda, hem bu izin usulüne hem de izin verilmesi halinde yürütülecek soruşturmaya ilişkin olarak MİT Müsteşarı yönünden yeni kurallar belirlenmekte, böylece MİT Müsteşarının soruşturulabilmesi, diğer MİT mensuplarına göre ayrı bir soruşturma usulüne bağlanmaktadır. Bu çerçevede, kural uyarınca MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanacak, ancak atıfta bulunulan hükümlerden 353

sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E. 2014/89, K. 2015/3 sayılı kararıyla iptal edildiğinden uygulanma imkânı bulmayacaktır.

121. Buna göre, MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlar hakkındaki soruşturmalarda Başbakandan soruşturma izni istenecek, Başbakan anılan kararı vermeden önce araştırma veya ön inceleme yapabilecek ve bu araştırma ve ön incelemeyi bizzat yapabileceği gibi görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırabilecektir. Bu şekilde görevlendirilen kişiler, 4483 sayılı Kanun'da ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahip olacaklardır. Başbakanın vereceği izin verme veya vermeme kararına karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebileceklerdir.

122. Cumhurbaşkanının soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itirazı kabul etmesi veya Başbakanın soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına süresinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi hâllerinde MİT Müsteşarı hakkında soruşturma aşamasına geçilecek, fakat bu soruşturmayı ilgili Cumhuriyet savcısı değil Başbakanın denetim elemanları arasından belirleyeceği üç kişilik soruşturma kurulu yapacaktır.

123. Soruşturma Kurulu, bu soruşturmayı yürütürken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olacak ve soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabilecektir. Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek Başbakana sunacak, Başbakan, kamu davasının açılmasına gerek görürse ilgili Yargıtay dairesinde dava açılacak, ancak gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecektir.

2- İptal Talebinin Gerekçesi

124. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümlerin uygulanacağının düzenlendiği, anılan hükümlerde belirtilen usul ve hükümlerin Anayasa'nın 148. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca sadece Yüce Divan yargılamasına tabi Genelkurmay Başkanı ile kuvvet komutanları için geçerli olabileceği, dava konusu kuralla MİT Müsteşarı yönünden de bu usul ve esasların geçerli kılınmasının Anayasa'nın 148. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

125. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

126. Dava konusu kuralda MİT Müsteşarının görev suçlarına ilişkin olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

127. 91., 92. ve 93. paragraflarda açıklandığı üzere, anayasa koyucu ve kanun koyucu, bazı kişiler yönünden uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak genel soruşturma ve kovuşturma usulü kurallarına istisnalar getirebilmekte ve bunlar yönünden özel soruşturma ve kovuşturma usulleri belirleyebilmektedir. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

128. Dava konusu kuralda da anılan çerçevede millî güvenlik yönünden son derece önemli ve kritik görevler yürüten MİT Müsteşarının yürüttüğü görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılındığı anlaşılmaktadır.

129. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak, gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT Müsteşarı yönünden farklı bir soruşturma usulü benimsemesi, takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup bu yönüyle dava konusu kuralın, hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

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

131. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinin yedinci fıkrasında "Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, anılan kişilerin görev suçlarına ilişkin olarak yargılama görev ve yetkisi Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesine ait olup kanunlarla bu hükme aykırı bir düzenleme getirilmesi mümkün değildir.

132. 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin birinci fıkrasında bu anayasal düzenlemeye paralel olarak anılan kişilerin görev suçlarıyla ilgili yargılamanın Yüce Divanda yapılacağı belirtilmiş, kalan fıkralarında ise anılan kişilerle ilgili olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmiştir.

133. Dava konusu kuralda, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıfta bulunularak anılan kişiler yönünden belirlenen özel soruşturma usul ve hükümlerinin MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda da uygulanacağı belirtilmekte, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları

ile Jandarma Genel Komutanının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanacağını düzenleyen birinci fıkrasına herhangi bir atıfta bulunulmamaktadır.

134. Dava konusu kuralda, MİT Müsteşarının yargılamasının Yüce Divanda yapılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden kuralın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır.

135. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN Anayasa'nın 2. maddesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

H- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Sekizinci Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

136. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla Türkiye'de tutuklu veya hükümlü bulunan yabancıların, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 18. maddesinde belirtilen kurallara ve usule aykırı olarak Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilmesine veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesine imkân tanındığı, bu durumun anılan maddedeki güvenceleri etkisiz hâle getirerek kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesine yol açtığı, bu yönüyle kuralın hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği, iade işleminin kuralda yer alan millî güvenlik veya ülke menfaatleri gibi muğlâk ifadelere bağlanmasının belirsizliğe neden olduğu, ayrıca kuralın anılan güvencelere aykırı olarak yabancıların iadesine imkân tanıyarak suç işleyen yabancılara cezadan kurtulma veya daha az ceza alma olanağı sağladığı, bu durumun da mağdurların haklarının korunmasını önleyerek cezaların şahsiliği ilkesini zedelediği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

137. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

138. Dava konusu kuralda, Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanların millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği düzenlenmektedir.

139. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı

güçlendiren dayanaklardan biri olmanın yanında bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yoludur. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin ve çağdaş demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biridir.

140. Suçluların iadesi usulü ve koşulları TCK'nın 18. maddesinde düzenlenmiş olup kural olarak yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan yabancının anılan usul ve koşullara uyulmaksızın talep eden ülkeye iade edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

141. Dava konusu kuralla TCK'nın 18. maddesinde düzenlenen suçluların iadesi usulünden, ilkeleri itibariyle oldukça ayrılan farklı bir usule yer verilmektedir. Zira TCK'nın 18. maddesinde ve uluslararası hukukta kabul edilen suçluların iadesinde, kural olarak suçun yurt dışında işlenen bir suç olması, suçun işlendiği yer devletinin bunu kovuşturmak veya hüküm vermişse cezayı infaz etmek üzere faili istemesi gerekmektedir. Ayrıca iadesi talep edilen failin, Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olmasına gerek bulunmamaktadır.

142. Dava konusu kural uyarınca benimsenen iade usulünde, bir yabancının yurt dışında suç işlemesi gerekmemekte, yurt içinde suç işlemiş olsa bile iade edilmesine imkân tanınmaktadır. Ayrıca kişinin sadece yargılanması veya cezasının infaz edilmesi amaçlarıyla iadesi şartı aranmamakta, kişinin yargılanma veya cezasının infazı dışındaki amaçlarla da iadesi mümkün bulunmaktadır. Ancak bunun için kişinin Türk vatandaşı olmaması ve Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olması, millî güvenlik veya ülke menfaatleri yönünden gereklilik bulunması şartları birlikte aranmakta ve bu usulde iadeye, kişinin bulunduğu yer Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değil Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile karar verilmektedir.

143. Dolayısıyla dava konusu kuralın hem teknik anlamda iadeye, yani yurt dışında suç işleyen yabancıların yargılanması veya cezalarının infaz edilebilmesi için iadeye, hem de işlediği suç nedeniyle yargılanması ve cezasının infaz edilmesi amacı olmaksızın iadeye imkân tanıdığı görülmektedir.

144. Kuralda, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri bulunan kişilerin iade edilemeyeceği yönünde güvenceye yer verilmediği görülmektedir. Bu durumun kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan

yaşam hakkı başta olmak üzere düşünce, kanaat ve din özgürlüğü ile ayrımcılık, kötü muamele ve işkence yasağı haklarını ihlal edebileceği açıktır. Ayrıca aynı hak ihlallerinin takas yoluyla yapılacak iadelerde de gerçekleşmesi mümkündür.

145. Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca bu karara ilişkin idari işlem de diğer tüm idari işlemler gibi yargı denetimine tabi olduğundan bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurulması mümkün bulunmaktadır. Ancak kuralla öngörülen, tutuklu ve hükümlülerin iadesi ve takası (yurt dışına teslimi) olduğundan bu konuda sadece yargı yollarının öngörülmüş olması yeterli olmamakta, ilgili kişilerin bu yolu etkili bir şekilde kullanabilmelerini sağlayacak güvencelerin de sağlanmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu kişilerin sınır dışı edilmesinden sonra yargı denetimi yapılmasının hiçbir anlamı olmayacaktır.

146. Nitekim Anayasa Mahkemesi, sınır dışı ve suçluların iadesi işlemlerine ilişkin yapılan tedbir talepli bireysel başvurularda, anılan etkili yargısal güvenceyi sağlamak amacıyla söz konusu işlemlerin yürürlüğünü derhâl durdurmaktadır (Akhmad Khalimov [TAK], B. No: 2016/1129, 20.1.2016). Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de sınır dışı işlemlerinde bu prensibi uygulamakta ve anılan işleme karşı yapılan başvuru sonuçlanmadan kişinin sınır dışı edilmesi hâlinde etkili bir başvuru yolunun öngörülmemesi nedeniyle ihlal kararları verebilmektedir (bkz. A.D ve diğerleri/Türkiye, B. No: 22681/09, 22.7.2014, §§ 95-104; Gebremedhin/Fransa, B. No: 25389/05, 26.4.2007, § 66).

147. Mevzuatta da anılan nitelikte kurallar yer almakta olup 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinde, sınır dışı etme yönünden etkili bir başvuru yolu öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre, sınır dışı etme kararının gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilmesi, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisine, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirme yapılması ve yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesi gerekmektedir.

148. 2937 sayılı Kanun'da, tutuklu ve hükümlülerin iade ve takas işlemlerine karşı yargı yollarını kullanabilme yönünden etkili bir başvuru yolu oluşturulmaksızın dava konusu kuralla söz konusu istisnai usulün benimsendiği görülmektedir.

149. Dava konusu kuralla anılan nitelikte güvenceler ve konuya ilişkin benzeri teminatlar öngörülmeden koşulları ve sınırları belirsiz bir yetkinin düzenlenmesi, kişilerin hukuki güvenliklerini ve hak arama hürriyetlerini ihlal etmektedir.

150. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

151. Kuralın, Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 7. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan ".yetkisiz olarak alan, temin eden,." İbaresi İle Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

152. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kurallarla MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak ve temin etmek ile 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında kalan bilgilerin yayımlanması, yayılması veya açıklanması fillerinin suç olarak düzenlenip cezai müeyyideye bağlandığı, bu durumun kişilerin haberleşme, ifade ve basın hürriyetleri ile bilgi edinme haklarını zedelediği, ayrıca 27. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç yönünden üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülmesinin anılan hakların ölçüsüzce sınırlandırılmasına neden olduğu, öte yandan, aynı kuralla MİT mensuplarının ailelerinin kimliklerini ifşa etmenin suç olarak düzenlenmesinin, anılan kişilerin ailelerine yönelik olarak imtiyaz tanınması sonucunu doğurarak kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek dava konusu kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 10., 22., 26., 28., 29. ve 74. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

153. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kurallar, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

154. 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dava konusu ibareyi de içeren birinci fıkrasında, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok edenlerin dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmekte olup dava konusu kuralı ".yetkisiz olarak alan, temin eden." ibareleri oluşturmaktadır.

155. Aynı maddenin dava konusu üçüncü fıkrasında ise MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgelerle MİT mensuplarının veya ailelerinin kimliklerine ilişkin bilgi ve belgelerin radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması suç olarak düzenlenmekte ve bu suça ilişkin olarak 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar

Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenlerin ve bunları yayanların üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir.

156. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, "Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır." denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetler arasında yer alan "ifade hürriyeti" ve "basın hürriyeti" güvence altına alınmıştır. Anılan maddelerin sırasıyla ikinci ve dördüncü fıkralarında ise bu hürriyetlerin millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği, 28. maddenin beşinci fıkrasında ise devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı yazanların veya bastıranların veya aynı amaçla basanların, başkasına verenlerin, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceği belirtilerek bu hürriyetlerin mutlak olmadığı ve anılan nedenlere dayalı olarak sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir.

157. Benzer şekilde, Anayasa'nın "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" kenar başlıklı 74. maddesinin dördüncü fıkrasında bilgi edinme hakkı güvence altına alınmış, aynı maddenin son fıkrasında ise "Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi . kanunla düzenlenir." denilmek suretiyle bu hakka ilişkin kuralın norm alanını belirleme yetkisi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla bu hakkın da kanunda belirlenecek nedenlere dayalı olarak sınırlandırılması mümkün bulunmaktadır.

158. Ancak anılan hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için yukarıda belirtilen nedenlerin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, ifade ve basın hürriyeti ile bilgi edinme hakkı yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu

ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

159. Dava konusu kurallarla MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği veya hazırladığı ve doğası itibariyle gizli olan, bu nedenle de sadece yetkili kişilerle paylaşılabilen bilgi ve belgelerin elde edilmesi veya temin edilmesi ile bunların ve MİT mensuplarının veya ailelerinin kimliklerinin her türlü medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması suç olarak düzenlenerek ifade ve basın hürriyetleri ile bilgi edinme hakkına bir sınırlama getirilmektedir. Fakat bu sınırlama, millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturabilmek ve karşı istihbarat faaliyetlerinde bulunabilmek amacıyla elde edilen, bu yönüyle millî güvenliğin korunmasına ilişkin devlet sırlarını ve kişilerin özel hayatına ilişkin hususları da içeren bilgi ve belgelerin gizliliği ile görevlerini yerine getirebilmelerinin zorunlu gereği olarak kimliklerini gizleyerek çalışan MİT mensuplarının görev, şahıs ve aile güvenliklerinin sağlanmasına yönelik bir düzenlemedir. Dolayısıyla anılan sınırlama millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin tesis edilmesi ve korunması amaçlarıyla getirilmekte olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

160. Bu şekilde, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında anılan hak ve hürriyetlere sınırlama getirilirken kurallarda bunun sadece MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği ve doğası itibariyle gizli olan ve bu nedenle sadece yetkili kişilerle paylaşılabilen bilgi ve belgeler ile MİT mensuplarının veya ailelerinin kimlikleriyle sınırlandırılmış olması, hem anılan hakların kullanımını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olarak hakların özünün zedelenmesini önlemekte, hem de sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını temin ederek anılan haklar ile millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu güvenliğinin ve kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması arasındaki makul dengenin kurulmasını sağlamaktadır.

161. Öte yandan, hukuk devletinde ceza ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kurallarla söz konusu eylemlerin suç olarak düzenlenip

bunun için kurallarda belirtilen nitelik ve ölçüde cezalar belirlenmesinde hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

162. Ayrıca maddenin dava konusu üçüncü fıkrasında, anılan suçu işleyenlerin üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmekte olup TCK'nın 61. maddesi uyarınca hâkim somut olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alarak suçun kanuni tanımında öngörülen cezasının alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlemekle yükümlü bulunmaktadır. Dolayısıyla yukarıdaki kriterler esas alınmaksızın keyfi olarak suç faillerinden kimine alt sınırdan kimine üst sınırdan ceza uygulanması mümkün değildir. Dava konusu kuralla farklı suç faillerine farklı cezalar verilebilmesine imkân tanınmasının nedeni, cezanın suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı gibi somut olaya göre değişebilecek durumlara uygunluğunun sağlanması, böylece ceza adaletinin tesis edilmesidir.

163. Kanun'da bu şekilde güvencelere yer verilerek dava konusu kuraldaki cezanın ancak anılan objektif kriterler esas alınarak belirlenebilmesine izin verilmesi, kurala konu sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde uygulanmasına imkân tanımakta, böylece kuralın ceza yaptırımı yönüyle de ölçülülüğünü sağlamaktadır.

164. Bu yönleriyle dava konusu kurallarla anılan haklara getirilen sınırlamanın, hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

165. Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre, eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

166. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen dava konusu kuralla MİT mensuplarının ve ailelerinin kimliklerinin ifşa edilmesinin suç olarak öngörülme nedeninin, bu kişilere ve ailelerine kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık tanımak değil,

yürüttükleri görevler nedeniyle kimliklerinin ifşa olmasının, MİT mensuplarının görevlerini yerine getirme imkânını ortadan kaldırması ve kendileri ile birlikte ailelerinin güvenliklerini tehdit altına sokmasıdır. Dolayısıyla dava konusu kuralla anılan kişilerin özel durumundan kaynaklanan nedenlere dayalı olarak farklı bir kuralın düzenlenmesi söz konusu olup bunun eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

167. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 10., 13., 26., 28. ve 74. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

168. Kuralların, Anayasa'nın 5., 22. ve 29. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

İ- Kanun'un 7. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Yer Alan ".ihmal veya." ve ".yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

169. Dava dilekçesinde özetle 2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin yerine getirilmesini ihmal suretiyle önleyenlerin ve aynı Kanun kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngören dava konusu kuralın, adil ve ölçülü olmadığı belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

170. 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dava konusu ibareleri de içeren dördüncü fıkrasında, 2937 sayılı Kanun ile belirlenen görev ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesine yönelik eylemler suç olarak düzenlenmekte ve bunlar cezai müeyyideye bağlanmaktadır. Buna göre, 2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlerin, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla ihmal veya suistimal suretiyle önleyenlerle yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir.

171. Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu, söz konusu

takdir yetkisinin kullanılmasında suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle eylemin suç olarak düzenlenmesinde ve cezalandırılmasında güdülen amaç ile bunun için seçilen araç arasında makul ve adil bir oranın bulunması, bir başka ifadeyle cezalandırma yetkisi kullanılırken de ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekmektedir.

172. Dava konusu ibarelere ilişkin kuralla 2937 sayılı Kanun kapsamında kalan görev ve yetkiler ile yükümlülüklerin yerine getirilmesinin engellenmesine yönelik fillerin suç olarak nitelendirilip cezalandırılmasında güdülen amacın, millî güvenliği ve kamu düzenini korumak olduğu açıktır. Nitekim Kanun'un 4., 5. ve 6. maddelerinde düzenlenen bu görev ve yetkiler incelendiğinde bunların bir bütün olarak ülkenin millî güvenlik siyasetinin, dolayısıyla kamu güvenliği ve düzeninin sağlanmasında ve yürütülmesinde son derece önemli görev ve yetkiler olduğu anlaşılmaktadır.

173. Anılan nitelikteki görev, yetki ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi, kamu görevi kapsamı dışında kalan kişilerin eylemleriyle önlenebileceği gibi bunlarla ilişkili görevlerin veya yükümlülüklerin ihmal edilmesi veya icrai hareketlerle yerine getirilmemesi eylemleriyle de engellenebilir. Bu yönüyle kanun koyucunun anılan amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak şekilde dava konusu kuralda belirtilen eylemleri suç olarak düzenleyip bunlar yönünden izlediği caza siyasetine bağlı olarak takdir yetkisi kapsamında kuralda belirtilen ölçü ve nitelikte cezalar belirlemesinde, hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

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

175. Kuralın, Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 8. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un Başlığıyla Birlikte Değiştirilen 28. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz ." İbaresi ile 11. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

176. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kurallarla MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde MİT tarafından yapılan herhangi bir talebi yerine getirenlerin, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin hukuki ve cezai sorumluluklarının doğmamasının öngörüldüğü, bunun, hukuk yargılaması açısından aleyhlerine dava açılamaması

nedeniyle haksız olanın, ceza yargılaması açısından ise ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmasını engelleyeceği ve anılan kişilere hukukumuzda başka hiçbir gerçek veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık ve dokunulmazlık sağlayacağı, ayrıca söz konusu kişilerin hukuka aykırı işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulması imkânını da ortadan kaldıracağı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

177. 2937 sayılı Kanun'un "Taleplerin karşılanması" başlıklı 28. maddesinin dava konusu ibareleri de içeren birinci fıkrasında "Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz." denilmiş, ek 1. maddesinin dava konusu ikinci fıkrasında ise "6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz." hükmüne yer verilmiştir.

178. Buna göre, 2937 sayılı Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilecek ve bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Aynı şekilde, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların ve istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmaları bir başka ifadeyle hukuki ve ceza sorumluluklarının doğması söz konusu olamayacaktır.

179. Kurallarla anılan kişilerin MİT'in istemi doğrultusunda yerine getirdiği her türlü talep, faaliyet, görev ve yardımlar, bu çerçevede olası kanun dışı hatta suç teşkil eden eylemler yönünden sorumlu olmayacaklarının öngörüldüğünün kabul edilmesi hâlinde kuralların başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere birçok anayasal ilke ve kurala aykırılık teşkil edeceği açıktır.

180. Ancak kuralların lafzı ve yer aldığı Kanun'un diğer hükümleriyle birlikte taşıdığı anlam ve kapsam dikkate alındığında, kurallardan böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

181. Zira Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın MİT'in tüm taleplerinin yerine getirileceği öngörülmemekte, sadece "Bu Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde" yapılan taleplerin yerine getirileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki dava konusu kuralda,

6. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin tüm fiillerinin değil, bu fiillerden sadece MİT'in görevleri kapsamında kalanlarının hukuki ve cezai sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla Kanun'la MİT'e verilen görev ve yetkiler dışında MİT'in herhangi bir kişi veya kuruluştan talepte bulunması mümkün olmadığı gibi, MİT'in Kanun'da belirtilen görevleri dışında kalan fiiller yönünden herhangi bir kimseye hukuki ve cezai bağışıklık tanınması da mümkün değildir. Kanun'da, MİT'e hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre, dava konusu kurallar uyarınca MİT'in haksız fiil teşkil eden yasa dışı taleplerini veya suç teşkil eden taleplerini yerine getirenlerin ve MİT'e görev ve faaliyetlerinde yardımcı olanların haksız fiil teşkil eden eylemlerinden veya suç teşkil eden fiillerinden sorumlu olacaklarının ve kuralların buna engel olan bir yönünün bulunmadığının kabulü gerekir.

182. Aksi takdirde Anayasa ve kanunların hiç kimseye, bu çerçevede Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM üyeleri ve konu bağlamında MİT'in görev ve yetkilerini doğrudan yerine getiren görevlilerine bile vermediği bir bağışıklığı, MİT'in görevlendirdiği veya talepte bulunduğu kişilere tanıdığını kabul etmek gerekir ki bunun, başta kuralların yer aldığı Kanun'un genel mantığı olmak üzere hukuk anlayışı ve sistematiğiyle bağdaştırılması olanaksızdır.

183. Dava konusu kuralların düzenlenme ihtiyacının, MİT'in görev ve yetkilerinin özelliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. MİT'e verilen yetki ve görevler, kural olarak yasaklanmış olan ancak Kanun'un verdiği açık yetki nedeniyle hukuka uygun hale gelen fiilleri içerebilmektedir. MİT görevlilerinin Kanun'da kendilerine verilen yetkiye istinaden birtakım faaliyetler yürütmesi, bu çerçevede örneğin 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bazı suçlara mahsus olmak üzere kural olarak gizli olan soruşturma dosyalarından bilgi ve belge istemeleri mümkün bulunmakta ve MİT görevlilerinin bu yetkilerini kullanma noktasında herhangi bir tereddütleri bulunmamaktadır. Ancak aynı durum, bu talepleri karşılamak zorunda olan kişiler yönünden, verilen örnek bağlamında soruşturma savcıları yönünden geçerli değildir. Zira soruşturma savcısının, 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bu bilgileri verme yükümlülüğü bulunduğu gibi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca soruşturmanın gizliliğini sağlama zorunluluğu da bulunmaktadır. Dolayısıyla soruşturma savcısının kanunun kendisine yüklediği iki yükümlülükten birini tercih etmesinin sorumluluğuna neden olabileceği, verilen örnek bağlamında anılan bilgilerin MİT'e verilmesi nedeniyle sorumlu tutulabileceği yönünde tereddütleri bulunabilir. Aynı şekilde yasa dışı bir terör örgütünün yapacağı olası eylemlerden önceden haber alınabilmesi amacıyla örgüte üye olan bir MİT görevlisinin "örgüte üye olma" fiilinin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Ancak aynı durum kamu görevlisi sıfatı bulunmayan ve MİT'in görevlendirdiği kişiler yönünden bu ölçüde açık ve belirgin

değildir. Kanun'un ek 1. maddesindeki kuralla MİT'in görevlendirdiği veya yardımını talep ettiği kamu görevlisi olmayan kişilerin de MİT'in görev ve yetkisi kapsamında kalan yardım ve faaliyetlerden tıpkı MİT görevlileri gibi sorumlu olmaması esasının sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla, dava konusu kurallarla yapılan düzenlemelerin, bu gibi tereddütleri gidermeye yönelik olduğu anlaşılmakta olup bunların kuralların düzenlenişi için makul nedenler olmadığı söylenemez.

184. Öte yandan, dava konusu kurallarla anılan kişilerin yerine getirdikleri talepler ile görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmamalarının sebebi, bu kişilerin haksız fiil veya suç teşkil eden eylemlerine hukuki ve cezai bağışıklık tanıyarak bunlara kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık vermek değildir. Bunun nedeni, çeşitli gereklere dayalı olarak Kanun'un hukuka uygunluk niteliği tanıdığı, dolayısıyla haksız fiil veya suç oluşturmayan görev ve faaliyetlerin bu kişiler tarafından herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla dava konusu kurallarda, anılan görev ve faaliyetlerin yerine getirilmesi için tanınan hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak tamamlayıcı bir sorumluluk hukuku kuralının düzenlenmesi söz konusu olup bunun eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

185. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

186. Kuralların, Anayasa'nın 125. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 9. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 29. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

187. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapmasının yasaklandığı, bu durumun anılan konulara ilişkin olarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını önleyeceği, bunun ise hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." hükmüne yer verildiği, bu hükmün mefhumu muhalifinden belirtilen istisna dışında herkesin tanıklık yapma yükümlülüğünün bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği ve yine Anayasa'nın 12. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." denildiği, dolayısıyla anılan kişilerle ilgili olarak tanıklıkta bulunma yükümlülüğünün kaldırılmasının belirtilen anayasal

hükümlerle de çeliştiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 12. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

188. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

189. Dava konusu cümlenin de yer aldığı kuralla 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinde yer alan ve görevin gizliliği ile devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâllerde MİT mensuplarının tanık olarak dinlenebilmesini MİT Müsteşarının iznine bağlayan düzenlemede değişiklik yapılmakta ve devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâller hariç olmak üzere MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamayacağı düzenlenmektedir.

190. Buna göre, düzenlemenin önceki hâlinde kural olarak MİT mensuplarının tanıklığına başvurulması mümkünken ve ancak görevin gizliliği ve devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı istisnai hâlde bu kişilerin tanıklığına izin verilmeyebilirken, dava konusu kuralla MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapması kural olarak yasaklanmakta ve sadece devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı istisnai hâlde bu tanıklığa izin verilebilmektedir.

191. Bu çerçevede dava konusu kural, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olan, ancak görevin gizliliği ve devletin çıkarları yönünden alenileşmesinde bir sakınca bulunmayan konularda da MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların tanıklığına başvurulmasını önlemektedir.

192. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hukuksal olanakları kapsamlı biçimde kullanabilme ve bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğünün, hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olarak etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını isteme hakkını da bünyesinde barındırdığında kuşku bulunmamaktadır. Bu yönüyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını önleyen kuralların, adaletin gerçekleşmesini önleyerek hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesine zarar vereceği açıktır.

193. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan araçlar arasında tanık delili de mevcut olup bu yönüyle kişilerin, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin bilgisi olanların tanıklığına başvurma hakları bulunmaktadır.

194. Öte yandan, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine 2001 değişiklikleriyle eklenen "adil yargılanma" ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz

uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AİHM uygulamasındaki adil yargılanma hakkı güvencelerinden birini de tanık dinletme ve sorgulama hakkı oluşturmaktadır.

195. Elbette ki bu hak mutlak olmayıp birtakım haklı ve makul nedenlerin bulunması hâlinde ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olarak sınırlandırılabilir. Bu yönüyle Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kimsenin kendisi veya kanunda belirtilen yakınları aleyhine tanıklık yapmaya zorlanması mümkün olmadığı gibi, kişilerin özel hayatının korunması amacıyla veya devletin Anayasa'da belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek üzere yürüttüğü görevlerin zorunlu kıldığı hâllerde de buna sınırlamalar getirilebilir.

196. Dava konusu kuralla MİT mensuplarının, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin tüm konularda tanıklık yapması kural olarak yasaklanmakta, sadece devletin menfaatlerinin zorunlu kıldığı hallerde bu kişilerin anılan konularda tanıklık yapması yetkili merciin iznine bırakılmaktadır. Oysa MİT'in görev ve faaliyet alanı çok geniş olup MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olup açıklanmasında devletin yürüttüğü göreve zarar vermeyecek fakat maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına, dolayısıyla sadece devletin çıkarlarının değil, bireylerin haklarının tespit edilerek korunabilmesine katkı sağlayacak konuların da bulunması mümkündür.

197. Dava konusu kuralda bu husus gözetilmeyerek açıklanmasında devletin yürüttüğü göreve zarar vermeyecek, fakat bireylerin haklarının tespit edilerek korunabilmesine katkı sağlayacak konularda da tanıklık yapılması yasaklanmaktadır. Bu durum, haklı ve makul bir nedene dayalı olmaksızın tanık deliline başvurma hakkına ölçülü olmayan bir sınırlama getirilmesi sonucunu doğurmakta ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını önleyerek hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine yol açmaktadır.

198. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

199. Kuralın, Anayasa'nın 12. ve 38. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 11. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

200. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in uhdesinde bulunan istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin, bazı suçlar hâriç olmak üzere adli mercilerce istenemeyeceği düzenlemesine yer verildiği, bu durumun resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu

ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleyeceği, ayrıca yargı organlarının bağımsızlığı nedeniyle maddi gerçeği ortaya çıkarabilmeleri amacıyla her türlü bilgi, belge, veri ve kayıt, rapor, değerlendirme ve analizlere ulaşabilmeleri gerekirken anılan kuralla bunun engellendiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

201. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

202. Dava konusu kuralda, adli mercilerce TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölümünde yer alan suçlarla ilgili olanlar hâriç olmak üzere MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin istenemeyeceği düzenlenmektedir.

203. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca hukuksal olanakları kapsamlı biçimde kullanabilme ve bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, kişilere hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olarak etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını isteme hakkını tanımaktadır. Bu yönüyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını önleyen kuralların adaletin gerçekleşmesini önleyerek hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü ilkelerine zarar vereceği açıktır.

204. Diğer ülkelerdeki istihbarat teşkilatlarında olduğu gibi MİT'in de elde ettiği istihbarat bilgilerinin önemli bir kısmı doğası gereği kesin olmayan, bu nedenle adli işlemlerin tesisinde esas alınamayan ve delil değeri taşımayan bilgilerden oluşmaktadır. Ancak adli işlemlerin tesisinde esas alınamayan bu bilgiler, millî güvenlik siyasetinin belirlenmesinde ve önleyici güvenlik önlemlerinin alınması ile karşı istihbarat faaliyetlerinin organize edilmesinde önemli faydalar sağlayabilmekte ve doğası gereği bu bilgilerin gizliliğinin sağlanması gerekmektedir.

205. Dava konusu kuralla MİT'in uhdesinde bulunan istihbari bilgilerin kural olarak adli mercilerce istenemeyeceği düzenlenerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünde herhangi bir katkısı olmayacak, ancak aleniyet kazanması halinde istihbarat faaliyetlerini aksatabilecek bilgilerin gizliliğinin muhafaza edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

206. Kuralla bu şekilde bir taraftan adli mercilerce MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin istenmesi sınırlandırılırken, öbür taraftan bu sınırlamanın MİT'in esas çalışma alanına ilişkin suçlarla ilgili olan ve MİT dışında başka bir kurum veya kuruluşta bulunmayacak bilgiler yönünden (TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölümünde yer alan suçlar) uygulanmayacağı düzenlenmiş, böylece maddi gerçeğin

ortaya çıkarılmasına katkı sunabilecek bilgiler yönünden bir sınırlama yapılmasına izin verilmemiştir.

207. Bu çerçevede kuralın, işlenen suçlara yönelik olarak maddi gerçeğin araştırılmasını önleyen bir yönü bulunmamaktadır.

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

209. Kuralın, Anayasa'nın 138. ve 140. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

210. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

211. 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci cümlesinde yer alan "Ancak." ibaresinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

212. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralların Anayasa'ya açıkça aykırı olduğuve yürürlüklerinin durdurulmaması hâlinde hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararların ortaya çıkacağı, bu nedenle kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 9. maddesiyle değiştirilen, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Ancak,." ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen sekizinci fıkrasına,

2- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu fıkra ve cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C- 1- 1. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan ".Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibaresine,

2- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

a- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

aa- (a) bendinde yer alan "., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibaresine,

ab- (b) bendine,

ac- (c) bendine,

ad- (i) bendinde yer alan ".alan veya." ibaresine,

b- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan ".yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla." ibaresine,

3- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

a- İkinci fıkranın ikinci cümlesine,

b- Üçüncü fıkrada yer alan "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da." ve ".delilleri ve dayanakları gösterilmeyen." ibarelerine,

c- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ileyedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümü dışında kalan kısmına,

4- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

a-Birinci fıkrasında yer alan ".yetkisiz olarak alan, temin eden,." ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasına,

c- Dördüncü fıkrasında yer alan ".ihmal veya." ve ".yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere." ibarelerine,

5- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" ibaresine,

6- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına,

yönelik iptal talepleri, 30.12.2015 tarihli ve E.2014/122, K.2015/123 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

D- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümü hakkında, 30.12.2015 tarihli ve E.2014/122, K.2015/123 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

30.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLEkarar verilmiştir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

213. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez." denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

214. 6352 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen sekizinci fıkranın ve aynı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 30.12.2015 tarihinde karar verilmiştir.

VII- HÜKÜM

17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan ".Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B-3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

a- (a) bendinde yer alan "., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- (b) bendinin,

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

bb- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

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

d- (i) bendinde yer alan ".alan veya." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan ".yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla." ibaresinin;

a- Fıkrada yer alan ".yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim." ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Fıkranın kalan bölümü yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

1- İkinci fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Üçüncü fıkrada yer alan "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da." ve ".delilleri ve dayanakları gösterilmeyen." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin;

a- 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümüne ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- Sekizinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

1- Birinci fıkrasında yer alan ".yetkisiz olarak alan, temin eden,." ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının,

3- Dördüncü fıkrasında yer alan ".ihmal veya." ve ".yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere." ibarelerinin,

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

E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci cümlesinde yer alan "Ancak,." ibaresinin, 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmadığından, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

30.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLA

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine, 17/4/2014 tarihli ve 6532 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen fıkrada yer alan ". yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla." ibaresinin iptali istenmiştir.

2. İptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu ek fıkra şu şekildedir: "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir."

3. Öncelikle kuralın anlam ve kapsamını belirlemek gerekir. Kuralla önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla MİT Müsteşarının veya yardımcısının onayıyla, aynı maddede ve diğer kanunlarda öngörülen hükümlere bağlı olmaksızın, fıkrada belirtilen kişilerin iletişimlerinin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği düzenlenmektedir. Kurala göre iletişimleri denetlenebilecek kişileri iki grupta değerlendirmek mümkündür. Birinci grupta (a) yurt dışında bulunan herkes, (b) yurt içindeki yabancılar ve (c) ankesörlü telefon kullanan herkes yer almaktadır. İkinci grupta ise (a) MİT mensupları, (b) MİT'te görev almış olanlar ve (c) MİT'te görev almak için başvuranlar bulunmaktadır. Kuralın Anayasa'ya uygunluğu denetlenirken bu iki grup açısından farklı değerlendirmeler yapılması kaçınılmazdır.

4. Haberleşme hürriyetinin demokratik toplumlarda vazgeçilmez ve ikame edilemez bir öneme sahip olduğu bilinmektedir. Bu hürriyet, kişilerin özel hayatına ilişkin bilgileri sadece istediği kişilerle paylaşmasına imkân tanımaktadır. Mahremiyetin korunması, kişilerin dış müdahaleden masun özerk alanlarının korunması amacına hizmet eder. Bu nedenle, haberleşmenin gizliliğinin ihlali kişisel özerklik ve özgürlük alanına ağır bir müdahaledir.

5. Haberleşmenin gizliliğine müdahale, ancak belli meşru amaçların zorunlu kıldığı çok istisnai durumlarda ve ölçüde haklılaştırılabilir. Genel olarak ifade etmek gerekir ki milli güvenliğin korunması, organize suçlarla ve özellikle de terörle mücadele edilmesi gibi sebepler kişilerin özel hayatlarına ve özellikle de haberleşmelerine müdahale edilmesini gerekli kılabilmektedir. Başta yaşama hakkı olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin ve demokratik düzenin korunması amacıyla iletişimin denetlenmesi gerekebilir. Bu bağlamda, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakkının sınırsız olmadığı açıktır. Ancak, iletişimi denetleme yetkisinin kontrolsüz bir şekilde idari makamlara tanınması ve yetkinin kötüye kullanılması, bizatihi korunmak istenen değerleri ortadan

kaldırabilecek sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle yetkinin kapsamının, sınırlarının ve kötüye kullanılmasını önleyecek ya da kötüye kullanımın zararlarını telafi edecek etkili denetim mekanizmalarının hukuk sisteminde öngörülmesi gereklidir. Nitekim anayasal hükümler, özel hayata saygı hakkının ve haberleşme hürriyetinin belli amaçlarla sınırlandırılabileceğini, ancak bu sınırlamaların kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük kriterlerine uygun olması gerektiğini açıkça belirtmektedir.

6. Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesinin birinci fıkrasına göre "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar."

7. Anayasa'nın 22. maddesinin "İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir." şeklindeki üçüncü fıkrasının yorumu, somut davada belirleyici niteliktedir. Fıkra biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki şekilde yorumlanabilir. Geniş yorum benimsendiğinde, hâkim kararıyla denetleme kuralına kanunla bazı kamu kurum ve kuruluşları yönünden istisna getirilebilir, bu kamu kurum ve kuruluşları hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın kurum içinde veya dışında bulunan belli kişilerin haberleşmelerini denetleyebilirler. Bu anayasa hükmünün dar yorumu ise, hâkim kararıyla iletişimin denetlenmesine getirilen istisnanın ancak kanun tarafından öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarında disiplini ya da milli güvenliği koruma gibi amaçlara yönelik olduğunun kabulünü gerektirir.

8. Mahkememiz çoğunluğunun, açıkça tartışmamakla birlikte, söz konusu anayasal hükmü geniş yorumladığı anlaşılmaktadır. Gerek hükmün lafzının, gerekse anayasa koyucunun amacının söz konusu hükmün bu kadar geniş yorumlanmasına müsait olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle, fıkra istisnaların "uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları"ndan, başka bir ifadeyle istisnaların uygulanacağı "yer"den bahsetmektedir. Danışma Meclisi'nin taslağında yer almayan bu hükmü maddeye ekleyen Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesi bu durumu daha net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu gerekçe şu şekildedir: "Maddeye 'İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir' fıkrası eklenmiştir. Böylece, haberleşme

hürriyetinin ve gizliliğinin istisnaî olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceği öngörülmüştür."

9. Diğer yandan, anayasa koyucunun amacının da özel hayata ve haberleşmeye müdahalede hâkim kararının alınması gerektiğine ilişkin ilkeyi işlevsiz kılacak bir hüküm ihdas etmek olduğu söylenemez. Anayasa'da "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında yer alan, özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21) ve haberleşme hürriyeti (m.22) hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kişilerin bireysel özerklikleri ile maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirmede bu derece önemli olan söz konusu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, idareden bağımsız şekilde hâkim kararı güvencesi sağlandığı görülmektedir. Nitekim, Danışma Meclisi'nin maddeye ilişkin gerekçesinde bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: "Özel hayatın gizliliğinin korunması ve konut dokunulmazlığında olduğu gibi, haberleşmenin gizliliği de ancak hâkim kararıyla kaldırılabilecek; fakat kanunun açıkça yetkili kıldığı başka bir merci dahi, acele hallerde, istisnaen, bu yolda emir verebilecektir."

10. Anayasanın 22. maddesinin son fıkrasının, kanunla öngörülen belli kurumlarda ve kurumla ilgili kişilerin iletişimlerinin denetlenmesinin ötesinde, hemen herkesi hâkim kararı olmadan dinleme sonucunu doğuracak şekilde geniş anlaşılması, hâkim kararıyla dinleme ilkesini istisnalarla işlevsiz kılabilecek, dolayısıyla söz konusu hak ve özgürlükleri korumasız bırakabilecektir. Bu nedenle 22. maddenin son fıkrasının özgürlükçü bir yaklaşımla dar yorumlanması gerekir. Bu istisnai kuralın amacı, cezaevi gibi sıkı disiplin kurallarının uygulandığı bazı kamu kurum ve kuruluşlarında iletişimin denetiminin hâkim kararı olmadan yapılabilmesini sağlamaktır.

11. İptali istenen kuralda, hâkim kararı olmadan MİT Müsteşarının veya yardımcısının onayıyla iletişimi denetlenebilecek olan ikinci gruptaki kişiler kurumda çalışan, çalışmış veya çalışacak olanlardır. Anayasa'nın 22. maddesinin son fıkrası gereği, kanun koyucunun MİT Müsteşarı ya da yardımcısına, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla, bu kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi yetkisi vermesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır. MİT mensuplarının, MİT'te çalışmış veya çalışacak olanların iletişimlerinin denetimi, kurum içi disiplin ve istihbarata karşı koyma (kontrespiyonaj) çalışmaları kapsamında gerekli ve ölçülü olarak kabul edilebilir.

12. Buna karşılık, birinci grupta yer alan kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi söz konusu olduğunda aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. MİT'le hiçbir şekilde ilgili bulunmayan çok geniş bir kesimi kapsayan bu kişilerin iletişimleri, ancak Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da en geç yirmidört saat

içinde hâkim onayına sunulmak kaydıyla, yetkili merciin emriyle denetlenebilir. Bu nedenle, iptali istenen ibare, birinci grupta yer alan kişiler yönünden Anayasa'nın 22. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

13. Bir an için 22. maddenin son fıkrasının hâkim kararı olmaksızın MİT Müsteşarı ve yardımcısına birinci grupta yer alan kişilerin de iletişimini denetleme konusunda yetki verdiği kabul edilse bile kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ışığında değerlendirilmesi ve iptal edilmesi gerekirdi. Burada verilen yetkinin gerçekten istisnai nitelikte olup olmadığını, başka bir ifadeyle haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin 13. maddede güvenceye alınan kriterlere uygun olup olmadığını belirlemek gerekir.

14. Öncelikle MİT Müsteşarı veya yardımcısına verilen yetki kullanılarak iletişimleri denetlenecek kişilerin, gerçekten de istisnanın anlamına uygun olacak şekilde, dar bir alanda sınırlı sayıda kişiyi kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir. Kuralla iletişimlerinin denetlenmesine hâkim kararı olmaksızın izin verilen grubun yurt dışında bulunan vatandaş olsun olmasın herkesi, yurtiçindeki tüm yabancıları ve ankesörlü telefonla görüşen herkesi içine alacak şekilde geniş bir kesimi kapsadığı görülmektedir. Üstelik bu kişilerin belli bir suçu işlediği ya da işleyeceği şüphesi, terör örgütlerine ya da yabancı istihbarat teşkilatlarına mensup olup olmadıkları gibi hususlara bakılmaksızın "önleyici istihbarat elde etmek" veya "analiz yapabilmek" amacı gibi oldukça geniş bir çerçevede kapsamın belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

15. Diğer yandan, kuralda iletişimin denetlenmesinin belli bir süreyle sınırlandırılması ve denetleme tedbiri sona erdikten sonra içeriklerin imha edilmesi gibi güvencelere yer verilmemiştir.

16. Anayasa'nın 20., 21. ve 22. maddelerinin ikinci fıkraları, kişilerin özel hayatlarına saygı ve konut dokunulmazlığı hakları ile haberleşme hürriyetlerinin millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabileceğini öngörmektedir. Bu kapsamda, iletişimin denetlenmesinin özellikle terörle mücadele ve demokratik düzenin korunması bakımından gerekli olduğu hususu izahtan varestedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarında da belirtildiği üzere, demokrasiyi korumak için başvurulan bu tedbirlerin kötüye kullanılması durumunda, "polis devleti" uygulaması haline geleceği ve bizzat korunmak istenen demokrasiyi yok edebilecek potansiyele sahip olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesi tedbirinin kötüye kullanılması karşısında yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması bir zorunluluktur (bkz. Klass ve diğerleri/Almanya, B.No: 5029/71, 6 Eylül 1978, §§ 42, 49, 50; Roman Zakharov/Rusya, B.No: 47143/06, 4 Aralık 2015, § 232, 233).

17. Kuşkusuz bu güvencelerin başında yargısal denetim gelmektedir. AİHM'e göre, iletişimin denetlenmesi talimatının verilmesi, denetlemenin uygulanması ve tamamlanmasından sonrası olmak üzere üç aşamada denetim kararını alan ve uygulayan idareden bağımsız bir denetim ve gözetimin yapılması gerekir. Bu denetim, prensip olarak ve tercihen yargı tarafından yapılmalıdır. Zira demokratik toplumun temel niteliklerinden biri olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Dibacesinde açıkça atıf yapılan hukukun üstünlüğü, idari organların bireysel haklara yönelik müdahalelerinin bağımsızlık, tarafsızlık ve gerekli usul güvencesini en iyi şekilde sağlayan yargının denetimine tâbi tutulmasını gerektirir (Klass ve diğerleri/Almanya, § 55).

18. AİHM, Klass kararında, idareden tamamen bağımsız olarak görev yapan "Parlamento Kurulu" ve onun oluşturduğu "G 10 Komisyonu"nun sağladığı güvenceleri dikkate alarak, iletişimin denetlenmesi aşamalarında yargısal kontrolün olmamasını demokratik toplumda sınırı aşan bir eksiklik olarak görmemiştir (Klass ve diğerleri/Almanya, § 56). Bununla birlikte, kural olarak, kişilerin iletişiminin denetlenmesinin her aşamada yargısal kontrolünün yapılması gerekir. Nitekim AİHM, kısa bir süre önce verdiği kararda, iletişimin denetlenmesinin hâkim kararıyla yapılması ve denetlenmesi gerekliliğini daha net bir şekilde vurgulamıştır. AİHM'e göre, harici yargısal denetimin gecikme riski taşıyacağı çok acil durumlarda, hâkim kararı olmadan da idari emirle iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilir. Ancak iletişimin denetlenmesi talimatının verildiği sırada yargısal onayın aranmadığı bu tür acil durumlarda alınan tedbirlerin, bilahare mutlaka yargısal nitelikte bir denetime tabi tutulması gerekir (bkz. Szabó ve Vissy/Macaristan, B.No: 37138/14, 12 Ocak 2016, § 81).

19. Esasen, iptali istenen kuralın da içinde bulunduğu Kanun'un 6. maddesine, 3/7/2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesine göre, MİT'e Kanunla verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, "Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir."

20. Aynı fıkranın devamında, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda MİT Müsteşarı veya yardımcısı tarafından verilen yazılı emrin yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin derhal kaldırılacağı, bu halde dinlemenin

içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceği, durumun bir tutanakla tespit edilip tutanağın denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği belirtilmektedir.

21. Müteakip fıkrada iletişimin denetlenmesinin ne kadar süreyle yapılabileceğine dair hükümler yer almaktadır. Buna göre, iletişimin denetlenmesine yönelik kararlar en fazla üç ay için verilebilecek, bu süre her defasında üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilecek, ancak casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilecektir.

22. Öte yandan, iptali istenen kuralın aksine, burada dinleme tedbirinden sonra elde edilen bilgilerin akıbeti hakkında da önemli güvencelere yer verilmiştir. Buna göre, "Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir." Ayrıca elde edilen kayıtların Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı, bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

23. Dava konusu kuralda ise bu güvencelerden hiçbirine yer verilmemiştir. Kural "yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın" ibaresiyle, sadece denetlemenin hâkim kararıyla olması ya da sonradan hâkim onayına sunulması şeklindeki güvenceyi değil, aynı zamanda denetim emrinin verilmesi, emrin icrası ve denetim sonrası aşamalarda haberleşme hürriyetini korumaya yönelik diğer teminatları da devre dışı bırakmıştır.

24. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, kuralın haberleşme hürriyetine demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmayan bir sınırlama getirdiği, dolayısıyla Anayasa'nın 22. maddesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan gerekçelerle, fıkrada yer alan ".yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim." ibaresi yönündençoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

M.Emin KUZ

FARKLI GEREKÇE

2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen on birinci fıkrada yer alan ".yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla." ibaresi Mahkememizce incelenmiş kuralın iddia edildiği gibi, Anayasa'nın 2., 7., 20. ve 22. maddelerine aykırı olmadığına beş'e karşı on iki oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Benimde katıldığım Mahkememiz red gerekçesine kısmi yetersizliği nedenleri ile karara aşağıda açıklanan ek gerekçeler dahilinde katılınmıştır.

İptali istenen dava konusu kurala göre;

MİT'nın önleyici istihbarat elde etmek için analiz yapabilmek amacı ile halen mevzuatımızda (telekomünikasyon aracılığı ile kişilerin iletişiminin tespit edilebilmesi için CMK 135. maddesi ya da 2559 ile 2803 sayılı Kanun'da ve de 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında) belirtilen şartlar gerçekleşmese de MİT müsteşarı ya da yardımcısının onayı ile yurt dışında gerçekleştirilen / yabancılar tarafından gerçekleştirilen / ankesörlü telefonlar ile gerçekleştirilen / MİT mensupları, MİT'te görev almış olanlar veya görev almak üzere başvuranlarca gerçekleştirilenlerin / iletişimleri tespit edilebilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek ve kayda alınabilecektir.

İletişimin tespiti için mevcut düzenlemelerde aranan hakim kararı, kural kapsamındakiler yönünden MİT müsteşar ve yardımcısının onay yeterliliği içine alınmış, düzenlemelerde iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için aranan diğer suç işlendiğine dair kuvvetli şüphesi ya da demokratik hukuk devletine yönelik ciddi tehlikenin varlığı şartları yerine de yine iptali istenen kural kapsamındaki kişi ya da eylemin gerçekleştirildiği yer ve araçlar yönünden önleyici istihbarat elde etmek ve analiz kabiliyeti amaçlarının unsur olarak eklendiği görülmektedir.

MİT, ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve Anayasal düzenine, milli gücünü meydana getiren bütün unsurlara karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında istihbarat oluşturmak, bunu ilgili kamu kurumları ile paylaşmak, demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu milli güvenliğin, kamu düzeninin var olması için suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak şeklinde yasal bir görev alanına sahiptir.

Mahkememiz yaptığı değerlendirmede;

Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz amacı ile MİT'e iletişim tespit ve kayda alınmasında diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın bir yetki verildiğini, verilen yetkinin özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirdiğinin açık olduğunu ancak demokratik ülkelerde terör ve casusluk faaliyetlerine karşı istisnai durumlarda iletişimin denetlenmesine

ihtiyaç duyulabildiğini, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme özgürlüğü hakkına vaki bir müdahalede, sınırlama rejiminin saydığı nedenlerle bağlı olarak MİT'in bunu uygulayabilecek nitelikte bir kurum sayılacağını, Anayasa'nın 20. ve 22. maddesi kapsamında, kural ile gelen müdahalede hakların korunması ile milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasındaki makul dengenin kurulduğu ve amaca ulaşmada ölçülü olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca, bu sonuca ulaşırken denetim ilkeleri kapsamı dışında tutulacak dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunacağı amacı dışında ya da kötüye kullanılmasını önleyecek, denetleyecek yasal güvencelerin varlığı da ölçülülüğe gerekçe yapılmıştır.

Sorun kural kapsamında elde edilen bilgilerin akıbetinden ziyade kural ile gelen iletişimin denetlenmesi ve değerlendirilmesinde ilgili yasaların bugün aradığı ve şart koştuğu unsurları aşan bir yetkinin MİT Müsteşar ve yardımcısına verilmesi noktasındadır.

Bu yetkinin amaç ve kapsamı belirlenmeli, kuralın Anayasal haklara getirdiği müdahalenin kanuniliği, gerekliliği ve ölçülülüğü değerlendirilmesi yapılmalıdır. Kararda demokratik toplumda gereklilik değerlendirilmesi yeterince yapılmamış Anayasa'nın 16. maddesinde değerlendirmeye alınmamıştır.

Sınırlamanın MİT'e verilen görev kapsamı içinde "alınması gerekli tedbirler" den olduğuna ilişkin müdahale alanı yönünden başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç değerlendirilmesi yapıldığında; kanun koyucunun kuralda belirttiği sınırlı alan içinde kalanlardan, yurt dışında bulunanların ülke dışında yaşadıkları süreçte ülke aleyhine yasa dışı faaliyetlerde bulunma kolaylıklarına karşı takipte ve önlemdeki hukuki zorluklar, yurt içinde yaşayan yabancılar yönünden ise bunların ülkede yerleşik düzen nedeniyle bulunmamaları, olanların ise yabancı tabiyet ve kimlik taşımalarının getirdiği farklı hukuki koruma alanları, yabancıların ülke milli menfaatlerinin korunması ve yaşatılmasında beklenilmesi doğal diyemeyeceğimiz hassasiyet yoklukları, farklı duyarlılık ölçütleri ile Anayasa'nın 16. maddesinde öngörülen, yabancının hak ve hürriyetlerinin vatandaştan farklı olarak sınırlanıp düzenlenebilmesine verdiği yetki karşısında getirilen sınırlamanın anılan hakların özünü zedeleyen bir niteliğinden bahsedilemeyeceği ve MİT'in görevlerini yerine getirmesinde gerekli ve zorunlu olduğu görülmektedir.

Ayrıca MİT mensuplarının, MİT'de görev almış olanların veya almak üzere başvuranlar hakkında da kurumun önemi, ödevi, amacı karşısında önleyici istihbarat elde etme ve analiz etme anlamında verilen yetkinin hakka ölçüsüz bir müdahale niteliği taşıdığı söylenemeyecektir.

Yukarıda açıklanan nedenler ile, kural ile gelen müdahale bizatihi demokratik düzenin varlığının ispatı vücudu için gerekli ve korunması amacına erişmek için lüzumlu sınırı aşmamakta ve

Anayasa'nın 16. maddesinin öngördüğü yetki sınırı içinde kaldığından çoğunluk görüşüne anılan nedenlerle farklı gerekçe ile katılınmıştır.

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasının (b) Bendinin İkinci Cümlesi Yönünden

1. 2937 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının (b) bendinin birinci cümlesinde,MİT'in kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği belirtildikten sonra iptali istenen ikinci cümlesinde, bu kapsamda talepte bulunulanların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

2. Anayasa'nın 25., 26., 27. ve 28. maddelerinde ifade ve kanaat hürriyeti ve basın özgürlüğü; 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmaile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilerek adil yargılanma ve savunma hakkı; 38. maddesinin beşinci fıkrasında "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." denilerek kişinin kendisini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamaması hakkı güvence altına alınmıştır.

3. Yine Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; ikinci fıkrasında, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara el konulamayacağı, yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde, el koymanın kendiliğinden kalkacağı; üçüncü fıkrasında ise herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı, kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık

rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

4. Anayasa'da düzenlenen bu haklar, mutlak olmayıp Anayasa'nın ilgili maddelerinde ve diğer maddelerinde belirtilen gereklere dayalı olarak sınırlandırılabilir. Kuşkusuz bu sınırlama yönünden de Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere uygun davranılması gerekir.

5. Anayasa'nın 20. maddesinde millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, bir kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranabilmesi ve bunlara el konulabilmesi için usulüne göre verilmiş hâkim kararı bulunması şartını aramıştır. Hakim kararı şartı yönünden Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümünün IV. Başlığı olan "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında düzenlenen özel hayatın gizliliği(m.20), konut dokunulmazlığı(m.21) ve haberleşme hürriyeti(m.22) ortak hükümler içermektedir.

6. Anayasa'da kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

7. Kişisel verilere ilişkin kuralların aynı zamanda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilmesine, ulaşılabilmesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine ilişkin hususlarda bir belirlilik içermesi gerekmektedir. Ancak iptali istenilen düzenlemede kişisel verileri koruyucu herhangi bir kurala yer verilmeksizin, kapsamı ve sınırları alabildiğine geniş bir alanda tüm kamu ve özel kurum ve kuruluşlarda bulunan kişisel verilere, veri sahipleri ile birlikte bu kurum ve kuruluşların rıza ve muvafakatleri olmasa ve hatta mevzuatta buna engel düzenlemeler bulunsa dahi, güvenlik nedeniyle bir kamu kurumuna bu verileri de içerebilecek bilgi ve belgeleri verme zorunluluğu getirilmesi belirtilen anayasal güvence ile de bağdaşmaz.

8. Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayatın korunması, her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini gerektirir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin rıza gösterdiği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Bu koruma bireyinkendisine ilişkin herhangi bir bilginin rızası olmaksızın

açıklanmamasını, yayılmamasını, nakledilmemesini ve bu bilgilere başkalarının ulaşamamalarını da kapsamaktadır.

9. Çağdaş demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, şartları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir.

10. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri bulunmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

11. Konu kişisel veriler olunca, Anayasa tarafından kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin ve Anayasa'nın 2. maddesinde esasları düzenlenen hukuk devletinin ön koşulları arasında yer alan hukuki güvenlik ile belirlilik ilkelerinin gereklerinin yerine getirilebilmesi içinbu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hale getirilebilir.Belirtilen ilkeler doğrultusunda, kişisel verileri düzenleyen kanunlarda kişisel verilerin neden ve hangi gerekçeyle temin edileceğine ilişkin olarak konu ve amaç sınırlamasının yapılması yanında bu verilerin kapsamının ve ne şekilde kullanılacağının da belirlenmiş olması gerekmektedir.

12. Mahkememiz 2.10.2014 tarih ve E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararında,internet trafik bilgisinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden herhangi bir hukuki inceleme ya da sürece dahil olmadan alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenleyen 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptaline karar verirken dayandığı gerekçelerden bazıları şöyledir:"Kuralda, temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır...Bu durumda verilerin işlenebileceği hallerin kanunda açıkça yer alması

zorunluluğu bulunmasına karşın, kuralda herhangi bir belirleme ve sınırlama yapılmaksızın doğrudan kişisel veri niteliğindeki trafik bilgisinin temin edilmesine ve işlenmesine olanak sağlanmasının bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu açıktır...Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen dava konusu kural ile kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme yetkisi olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın amaç, gerekçe, kapsam ve sınırlama yasal düzenlemede yer verilmemiştir...".

13. Anayasa Mahkemesinin kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak verdiği diğer kararlarda da ortaya koyduğu bu gerekçeler dikkate alındığında, kişisel verilerin ilgili üçüncü kişiler ya da kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşılabilmesi için, söz konusu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkilendirilmiş olmaları ve bu verilerin ilgili kurum ve kişilerin görevlerini yapması için gerekli olmasının yanı sıra bu görevlerin yerine getirilmesi ile de sınırlı olması gerekir. Kişisel verilere ilişkin kuralların aynı zamanda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilmesine, ulaşılabilmesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine ilişkin hususlarda bir belirlilik içermesi de gerekmektedir.

14. Buna göre maddenin iptali istenen ikinci cümlesindeki, kendilerinden talepte bulunulan kurum ve kuruluşların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarına ilişkin düzenleme, bentteki kuralın uygulama kapsamını genişleterek kişileri, kendileri veya yakınları aleyhine suçlayıcı nitelikte delil göstermeye veya meslekleri nedeniyle öğrendikleri ve kişilerin savunma hakkına ilişkin sırları içeren bilgi, belge, veri ve kayıtları vermeye zorlamakta ve böylece anılan anayasal kural ve güvencelerle bağdaşmayacak sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecek bir nitelik taşımaktadır.

15. Mevzuatımızda sır saklama yükümlülüğüne, bir kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikte beyanda bulunmama hakkı kapsamında düzenlemelere yer verilmiştir. Sözgelimi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Sır saklama" başlıklı 36. maddesinde, avukatlara meslekleri nedeniyle öğrendikleri savunmaya ilişkin bilgilerin mahremiyetini koruma ödevi verilmiştir. Basın Kanunu'nun "Haber kaynağı" başlıklı 12. maddesinde süreli yayın sahibinin, sorumlu müdürün ve eser sahibinin, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde, kişilerin kendilerini ve yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamayacağını öngören düzenlemeler bulunmaktadır. Dava konusu bendin ikinci cümlesindeki kuralla bu bilgileri vermekle yükümlü kuruluşların anılan mevzuatı mazeret göstererek söz konusu bilgileri vermekten kaçınamayacaklarının aksi takdirde hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacaklarının düzenlenmesi, kişileri anılan nitelikteki (savunmaya ve

kişilerin kendilerini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikteki) bilgi ve belgeleri de vermeye zorlayabilecek nitelikte olup, bunun anılan haklara ölçüsüz bir müdahaleye neden olacağı açıktır.

16. Kanun'da kişilerin sır saklama, savunma ve kişilerin kendilerini veya yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamama gibi anayasal hakları kapsamında kalan bilgilerin sadece istihbari amaçla kullanılıp başka bir amaçla kullanılmayacağına ilişkin bir güvenceye de yer verilmiş değildir.

17. Bu ilkelere göre itiraz konusu kurala bakıldığında, itiraz konusu düzenlemenin de içerisinde bulunduğu (b) bendi ile MİT'e verilen yetkinin kapsamı hem muhatap kurumlar, hem de üzerinde yetki kullanılacak alan bakımından alabildiğince geniş kapsamlıdır. Buna göre, MİT'e muhatap kurumlar; kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan oluşmaktadır. Bu belirlemeye göre tüm kurum ve kuruluşlar kapsamda bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, MİT bu kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilecek, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi merkezlerinden ve iletişim altyapılarından yararlanabilecek ve bunlarla irtibat kurabilecektir.

18. Milli güvenlik gerekçeleriyle MİT'in erişimine açılan bu alanda kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, anayasal haklarını, kişisel verilerini doğrudan ilgilendiren birçok husus bulunduğunda kuşku yoktur. Güvenlik amacıyla bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahalenin sözkonusu olduğu hallerde kamu makamlarına yetki verilirken temel hak ve hürriyetlerin yeterince korunmasına özen gösterilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Aksi takdirde anayasal güvencelerin bir anlamı kalmaz. MİT'e bu şekilde milli güvenlik amacıyla geniş bir yetki verilecekse, yapılan görevle doğrudan bağlantılı, talebin amacıyla sınırlı ve zorunlu hallerde bu yetkinin kullanılabilmesinin de öngörülmesi, bu sınırların korunmasını sağlayacak ve amaç dışı kullanımına engel olacak tedbirlerin alınması gerekir.

19. Ancak, iptali istenilen kuralda MİT'ekişilerin anayasal hakları, temel hak ve özgürlükleri ve bu kapsamda olmak üzere kişisel verileriyle ilgili çok geniş bir alanda verilen erişim, işleme, paylaşma, kullanma yetki ve sınırları ile bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslara yer verilmemiştir. Bu anlamda kişisel veri niteliğindeki bilgi ve belgeleri, arşiv ve kayıtları ve elektronik bilgi merkezleri ile iletişim altyapılarını amaç, kapsam, kullanım ve işleme yetkileri açısından gereksiz, ölçüsüz ve belirsiz biçimdeMİT'in erişimineaçan kuralAnayasa'nın 2., 13., 20., 28. ve 38. maddelerine aykırıdır.

2- 6. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkrada Yer Alan ".yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının

onayıyla." İbaresi İle Fıkrada Yer Alan ".yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim." İbaresi Yönünden

20. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iptali istenen ibareleri de içeren onbirinci fıkrası ile MİT'e "önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek" amacıyla hâkim kararı olmaksızın iletişimi tespit etme yetkisi verilmektedir.

21. Kişilerin iletişiminin tespit edilmesine ilişkin genel düzenlemeler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Buna göre, CMK'nın 135. maddesi uyarınca, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve iletişimin tespiti dışında başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması halinde ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde derhal mahkemeye sunulmak üzere Cumhuriyet savcısının kararı ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Bu tedbire ancak ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verilebilecektir. Ayrıca maddede bu tedbire başvurulacak durumlar, süresi, şekli ve uygulanması ile ilgili olarak çok ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, ayrıca, CMK'nın 135. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, "Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz." kuralına da yer verilmek suretiyle, genel hüküm niteliğinde olmak üzere CMK'daki koşullar oluşmaksızın herhangi bir kimsenin telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenilmesi yasaklanmıştır.

22. Ancak, 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Kanun'un 1., 2. ve 3. maddeleriyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesine, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun Ek 5. maddesine ve 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen fıkralar ve ek maddeyle CMK'nın 135. maddesinde belirtilen bu hükümlere istisnalar getirilerek anılan kurumların görevleri kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olmak üzere iletişimin tespitine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

23. 5397 sayılı Kanunla, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir;

"Avrupa Birliği (AB) müktesebatı; siyasi kriterler, adalet hizmetleri, iç ve dış güvenlik olmak üzere üç temel sütundan oluşmaktadır. Üçüncü sütunda yer alan "iç ve dış güvenliğin korunması", devletin istihbarat hizmetlerinin düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Günümüzde, toplum ve

devlete gelecek olan tehlikelerin önceden sezilmesi ve bunların önlenmesi için tedbir alınması, demokratik hukuk devletinin korunması açısından, kaçınılmaz bir zorunluluk olmuştur.

Anayasanın koruma altına aldığı özel hayat ve haberleşme özgürlüğüne, devlet tarafından, suç öncesi yapılacak olan müdahalelerin, AB standartlarına uygun olarak bir kanunla yapılması ve sınırlama sebeplerinin bu kanunda gösterilmesi gerekmektedir.

3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile, Anayasanın özel hayat, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetine ilişkin 20, 21 ve 22 nci maddeleri yeniden düzenlenmiştir. Bu alanlara Devletin müdahale edebilmesi için; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmalı, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır. Bunlar bulunmadıkça, kişinin özel hayatına dokunulamaz, konutuna girilemez, haberleşmesi engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Anayasanın 22 nci maddesi, haberleşme hürriyeti açısından istisnalar olabileceğini kabul etmiş ve bunun kanunla belirlenmesini öngörmüştür.

Suç ve suçluluk ile mücadelede istihbarat vazgeçilmez bir araçtır. İstihbarat çalışmaları ise, bilgi toplamak ve depolamak şeklinde olduğundan, özel hayat ve aile hayatı ile yakından ilgilidir. Elektronik yoldan yapılan iletişimin suç öncesi alanda dinlenmesi ise, haberleşme hürriyeti ile ilgilidir. Anayasanın bu düzenlemesi karşısında, Türkiye'de istihbarat hizmetlerinin yapılabilmesi için, kanunla düzenleme yapılması ihtiyacı bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Ülkemizde önleyici amaçlı istihbarat dinlemesi düzenlenmediğinden, hazırlanan Teklif ile, bu önemli eksiklik giderilecektir. İletişimin her ne sebeple olursa olsun dinlenmesi, Anayasamızın 20 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddeleri ile garanti altına alınmış bulunan "özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına" uygun olarak yapılacaktır".

24. Görüldüğü üzere, kanun koyucu gerek suçların takibi ve suçluların tespiti ve gerekse önleyici amaçlı istihbarat dinlemesi bakımından hakim güvencesinin Anayasa'daki özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına ilişkin 20. maddenin bir gereği olduğunu kabul etmiştir. Nitekim sözkonusu gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesi de dikkate alınarak 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme şöyledir;

"Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet

sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir."

25. Bu düzenlemeye göre 5397 sayılı Kanun'la değişen 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilecektir.

26. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacak, yirmidört saatlik sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılacak ve bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilip durum bir tutanakla tespit edilecektir.

27. Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilecek; durum bir tutanakla tespit edilecek ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilecektir.

28. Anılan fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, 2937 sayılı Kanun'da belirtilen amaçlar dışında, yani istihbari amaçlar dışında kullanılamayacak ve elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerli olacaktır.

29. Ayrıca, anılan (Kanun'un 6. maddesinde belirtilen) usul ve esaslara aykırı dinlemeler, hukuken geçerli sayılmayacak ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

30. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. Maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 5. Maddesinde de iletişimin tespiti için aynı yöntem benimsenmiş bulunmaktadır. Buna göre, mevzuatımızda telekomünikasyon aracılığıyla kişilerin iletişiminin tespit edilebilmesi için ya CMK'nın 135. maddesinde belirtilen şartların yahut 2559

ile 2803 sayılı Kanun'da ve 2937 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

31. İptali istenen ibarelerin de bulunduğu kuralla ise bu hükümlerden farklı bir istisna getirilmekte ve CMK'nın 135., 2559 sayılı Kanun'un Ek. 7., 2803 sayılı Kanun Ek 5. maddelerinde belirtilen şartlar yahut 2937 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında belirtilen şartlar gerçekleşmese de kişilerin iletişiminin tespitine imkan sağlayan yeni bir düzenlemeye yer verilmektedir.

32. Buna göre, MİT, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıda belirtilen şartlara ve düzenlemelere (özellikle de CMK'nın 135. maddesi ve 2937 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkrası arasındaki düzenlemelere) bağlı kalmaksızın, MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında gerçekleştirilen, yabancılar tarafından gerçekleştirilen, ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen, MİT mensupları, MİT'te görev almış olanlar veya görev almak üzere başvuranlarca gerçekleştirilen iletişimler tespit edilebilecek, dinlenebilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek ve kayda alınabilecektir.

33. Görüldüğü üzere, iletişimin tespiti yönünden dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin, daha önce var olan iki ayrı düzenlemelerden (CMK 135. ve 2937 s.K'nun 6. maddesinin ikinci ve onbirinci fıkraları arasındaki düzenleme) şu iki temel farkı bulunmaktadır:

1. Diğer iki düzenleme uyarınca, iletişimin tespit edilebilmesi için kural olarak "hâkim kararı" aranmaktayken, dava konusu düzenlemede "MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayı" yeterli görülmekte,

2. İletişimin tespitine karar verilebilmesi için;

a. CMK'nın 135. maddesindeki düzenleme uyarınca, "suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı",

b. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı",

şartları aranmaktayken, dava konusu kuralda, yalnızca "önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla" iletişimin tespitine imkan sağlanmaktadır.

34. Yani, değişiklikten önce iletişimin tespit edilebilmesi için CMK'nın 135. maddesindeki düzenleme uyarınca bir suç işlenmesi ve iletişimi tespit edilecek kişinin bu suçu işlediğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ya da 2937 sayılı Kanun gereği bir suç işlenmemiş olsa bile Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk

devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı ve her iki düzenlemede de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emriyle olsa bile sonuçta hâkim kararı aranmaktayken, dava konusu kurala ilişkin düzenlemede bu koşullar oluşmaksızın da önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla ve hâkim kararı yerine MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla iletişimin tespit edilmesine imkân tanınmaktadır.

35. Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren onbirinci fıkrasında, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarındaki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği düzenlenmektedir.

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

37. Öte yandan, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin sınırlandırılmasında ilgili Anayasa maddelerinde belirtilen sebeplerin varlığı yanında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

38. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.

39. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir (Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 günlü, E. 2013/67, K. 2013/164 sayılı kararı).

40. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında, maddede belirtilen sebeplere bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağı, müdahalenin yetkili merciin kararı ile yapılması halinde ise bunun yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerektiği belirtilerek hâkim kararı olmaksızın haberleşme hürriyetinin gizliliğine dokunulamayacağı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

41. Maddenin üçüncü fıkrasında ise "İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir." denilerek bu kuralın da mutlak olmadığı ve bu kurala da bazı kurumlar yönünden sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir.

42. Ancak bu istisna, aktif bir süje olarak haberleşme hürriyetini hâkim kararı olmaksızın sınırlayabilecek kurumlar yönünden değil, pasif bir nesne olarak hürriyeti sınırlanabilecek kurumlar yönünden tanınmıştır. Bir başka ifadeyle, bu istisna ile herhangi bir kuruma başkalarının iletişimine hâkim kararı olmaksızın müdahale etme yetkisi verilmemekte, cezaevleri gibi özel niteliği bulunan bazı kurumlarda hâkim kararı olmaksızın iletişime müdahale edilmesi yetkisi verilebileceği düzenlenmektedir.

43. Nitekim madde gerekçesinde, "Maddeye 'İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.' fıkrası eklenmiştir. Böylece haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirleneceği öngörülmüştür." denilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır.

44. Buna göre, anılan istisna uyarınca hâkim kararı olmaksızın bazı kurumlarda haberleşme hürriyetine ve gizliliğine sınırlamalar getirilmesi mümkünse de herhangi bir kurum veya kuruluşun hâkim kararı olmaksızın veya sonradan hâkim onayına sunulmak üzere yetkili merciin emri olmaksızın başkalarının haberleşme hürriyetine ve gizliliğine müdahale etmesi mümkün değildir.

45. İptali istenen kuralla MİT'e, "önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek" gibi tamamen belirsiz ve geniş bir alanda ve Kanunun bu konuda sınırları ortaya koyan nitelikteki düzenlemelerine ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın iletişimin dinlenmesi yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüyle ilgili 20. ve 22. maddelerinde bu hak ve özgürlüklerin ancak "millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak" usulüne göre verilmiş hâkim kararı ya da yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış

merciin yazılı emri ile sınırlamaya cevaz verirken, iptali istenen düzenlemede öngörülen sınırlama nedeni Anayasadaki sınırlama nedenlerinden milli güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili olmakla birlikte bunları aşan "önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek" gibi tamamen belirsiz ve geniş bir alana ilişkin bir nedenle hakim güvencesi de olmaksızın iletişimin tespitine imkan vermektedir.

46. Ayrıca, dava konusu ibareyle hiçbir sınırlama ve ayırım ölçütü kullanılmaksızın yurt içindeki tüm yabancıların iletişimi ile yurtdışındaki herkesin iletişiminin, bu çerçevede örneğin yurt dışına seyahat etmek üzere çıkan vatandaşların iletişiminin tespit edilmesine, dinlenebilmesine, kayda alınmasına ve iletişim sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilmesi, sınırlandırma aracı ile sınırlandırma amacı arasında bulunması gereken makul dengeyi ortadan kaldırmakta ve Anayasa'nın 20. ve 22. maddesiyle güvence altına alınan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasına neden olmaktadır.

47. Açıklanan nedenlerle iptali istenen ibarelerle oluşan düzenleme Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 22. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İkinci Cümlesi

48. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinde, MİT mensuplarına ilişkin özel soruşturma ve kovuşturma usulleri düzenlenmektedir.

49. Bu değişiklikten önce de mevcut olan, maddenin birinci fıkrası uyarınca, MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bırakılmıştır. Buna göre, Başbakanın izni olmaksızın herhangi bir MİT görevlisi hakkında işlediği görev suçuyla ilgili bir soruşturma başlatılması veya yürütülmesi mümkün bulunmamaktadır. İptali istenen Kanunla bu düzenlemeden sonra gelmek üzere eklenen fıkrada dava konusu cümleyi de içeren şu kurala yer verilmiştir;

"Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirirler. MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz.Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir."

50. Fıkra ile "MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin" tüm soruşturma işlemleri bakımından "MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde" mutlak bir koruma sistemi öngörmekte, bu durumda kurum ve mensupları hakkında adli yönden koruma tedbirleri de dahil olmak üzere herhangi bir işlem yapılması yasaklanmaktadır. Böylece suçların takibi, soruşturma ve kovuşturma işlemleri bakımından adli mercilerin yetkileri ortadan kaldırılarak inisiyatif tamamen MİT'e verilmektedir.

51. Fıkrada geçen"ile mensuplarına" ibaresinin kendinden önce gelen "MİT görev ve faaliyetleri" ibarelerine ve birinci fıkraya izafeten kullanıldığı, dolayısıyla bu ibarenin kendinden önce gelen ibarelerden ve fıkradan bağımsız/ilgisiz olamayacağı ve kendisinden önce gelen ibare ve fıkrayla birlikte değerlendirildiğinde, ibarenin "ile mensuplarının görev ve faaliyetleri" anlamında kullanıldığının tespiti hâlinde, kuralın sadece görev suçlarına ilişkin bir izin sistemini içerdiği söylenebilirse de, düzenlemede buna ilişkin bir belirginlik sözkonusu olmadığı gibi görev suçları yönünden zaten bir önceki fıkrada düzenleme olması nedeniyle kuralla örtülü olarak kişisel suçları da kapsayan bir izin sisteminin öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

52. Kural gereğince Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirimde bulunacaklar ve bu bildirim üzerine, MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri uygulayamayacaklardır. Ancak bu durumda da maddenin ilk fıkrasında belirtilen kural gereği görev suçu olduğu anlaşılan eylemin soruşturulabilmesi için Başbakandan izin alarak soruşturma yapabileceklerdir.

53. Görüldüğü üzere, dava konusu kuralın da bulunduğu fıkrayla, MİT mensuplarının görevsuçlarına ilişkin maddenin birinci fıkrasında düzenlenen soruşturma usulünde herhangi bir değişiklik yapılmamaktadır. Soruşturma izni, bir ceza muhakemesi müessesesi olup kural olarak bu izin alınmadan herhangi bir soruşturma işleminin yapılması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim bu hususları tüm memurlar ve kamu görevlileri yönünden genel olarak düzenleyen 2.12.1999 günlü, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir

örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler." denilmek suretiyle bu husus açıkça ortaya konulmuştur.

54. Belirtilen açıklamalar karşısında dava konusu kuralın yer aldığı fıkra hiç düzenlenmemiş olsaydı bile maddenin birinci fıkrasının amir hükmü gereği, MİT mensuplarının görev suçlarıyla ilgili soruşturma izni alınmadan bunlar hakkında adli bir işlem yapılması veya bir koruma tedbirinin uygulanması zaten mümkün bulunmamaktaydı. Dolayısıyla bu kuralın yalnızca görev suçlarını kapsayacak şekilde anlaşılması halinde birinci fıkrada düzenlenen durumun farklı şekilde ifade edilmesine neden ihtiyaç duyulduğu sorusu açıkta kalacaktır. Bu nedenle burada amacın, birinci fıkradaki korumanın hem suçlar hem de korumaya alınan kişiler açısından genişletilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bir an için fıkrada düzenlenen durumun görev suçlarına ilişkin olduğu düşünülse bile burada kişisel suç-görev suçu ayrımının yapılmasında dahi inisiyatif tamamen MİT'e bırakılmış bulunmaktadır.

55. 5271 sayılı CMK'nın 160. ve devamı maddelerine bakıldığında bir eylemin kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte bir suça vücut verip vermediği ve suçun nitelendirmesini yapma, bu yönüyle suçun görev suçu olup olmadığını belirleme yetkisinin Cumhuriyet savcısına bırakıldığı görülmektedir.

56. İptali istenen kural gereğince, bir suç şüphesi durumunda Cumhuriyet savcısının, suçun MİT mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin olup olmadığına bakmaksızın bir başka ifadeyle kişisel suçlar yönünden de eylemin MİT'in görevi kapsamında kalıp kalmadığını MİT Müsteşarlığına sorması ve eğer yanıt olumlu olursa hiçbir adli işlem yapmaksızın tıpkı görev suçlarında olduğu gibi soruşturma izni istemesi gerekmektedir. Yani bu durumda, Cumhuriyet Savcısı yargı yetkisini kullanabilip kullanamayacağını MİT'e sorarak öğrenecek, MİT'in cevaz vermesi halinde ve verdiği kapsamda bu yetkisini kullanabilecektir. Bu durum, Kanun'un bir başka hukuki müessese için kabul ettiği bir usulün, öngörülmeyen başka bir alanda kullanılabilmesine neden olabilecektir ki, bu durumun keyfiliğe neden olması ihtimali karşısında Devletin her türlü işlem ve eyleminin hukuka uygun olması gerektiği yönündeki hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

57. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiş ve 125. maddesinin birinci fıkrasında "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olacağı ilkesi kural olarak benimsenmiştir.

58. Çağdaş hukuk sistemlerinde, ceza yargılaması alanında, yaş, görev, ünvan gibi kişilerin belli vasıfları dikkate alınarak genel soruşturma ve kovuşturma usullerinden ayrılan özel soruşturma

ve kovuşturma usullerine yer verilebilmekte, bu çerçevede kamu görevlileri yönünden genel yetki kurallarından ayrılarak ve çeşitli kriterler baz alınarak "kişi bakımından yetki kuralları" belirlenebilmektedir. Anayasa koyucu ve kanun koyucu, uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlar hakkında ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir. (Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 günlü, E. 2012/19, K.2013/17 sayılı kararı).

59. Nitekim Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında "Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır." denilmek suretiyle kamu görevlileri yönünden özel soruşturma usullerinin uygulanması anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

60. İptali istenen kuralda da anılan çerçevede milli güvenlik yönünden önemli görevler yürüten MİT mensuplarının yürüttükleri görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılınmak istendiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevlerini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak ve gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT mensupları yönünden farklı bir soruşturma usulü benimsemesinin takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır.

61. Ancak yapılan düzenlemeye bakıldığında, kural gereği Cumhuriyet savcısı, MİT mensuplarının sadece görev ve faaliyetlerine ilişkin eylemlerine değil, suç konusu olabilecek herhangi bir eylemine bu arada şahsi suçlarına konu olabilecek eylemlerine ilişkin bir ihbar veya şikâyet aldığında veya böyle bir durumu öğrendiğinde de bunların MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında kalıp kalmadığını MİT Müsteşarlığına soracak ve eylemin görev kapsamında kaldığının belirtilmesi durumunda, eylemin şahsi suç kapsamında kaldığını tespit etmiş olsa bile hiçbir adli işlem yapamayacaktır. Yalnızca, görev suçları için öngörülen prosedürü işleterek eylemin soruşturulabilmesi için Başbakandan veya Müsteşardan soruşturma izni isteyebilecektir. Bu prosedür uygulanmadan önce Cumhuriyet savcısının adli yönden hiçbir işlem yapamaması ve

herhangi bir koruma tedbirinin uygulanamaması nedeniyle izin alınmış olsa dahi yürütülecek soruşturmanın sağlıklı ve etkili olabilmesi de mümkün değildir.

62. Yani bu halde, yasama dokunulmazlığına sahip bir milletvekili bile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren meşhud bir şahsi suç işlediğinde hakkında derhal soruşturma başlatılabilirken, bir MİT mensubu aynı suçu işlediğinde soruşturma başlatılamayacak, bu eylemin MİT'in görevi kapsamında kalıp kalmadığı sorulacak ve eğer MİT, eylemin görevi kapsamında kaldığını belirtirse hiçbir adli işlem yapılamayacak, sadece söz konusu eylem için soruşturma izni istenebilecektir.

63. Kuralla CMK'nın 160. ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcılarının, eylemin kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte bir suça vücut verip vermediğini ve suçun nitelendirmesini yapma, bu yönüyle suçun görev suçu olup olmadığını belirleme yetkisi, MİT mensupları yönünden ortadan kaldırılmakta ve bu yetki MİT Müsteşarlığına verilmektedir.

64. Bu durum karşısında dava konusu kuralla MİT mensuplarının her türlü eylemini değerlendirme, bu yönüyle bu eylemlerin görev suçu kapsamında kalıp kalmadığına karar verme yetkisinin yargı mercilerinden alınarak MİT'e verilmesi, MİT'e bazı şahsi suçları, görev suçu kapsamında değerlendirerek bunların özel bir soruşturma usulüne tabi kılınabilmesi imkânını tanımakta, bu yönüyle Kanun'un başka bir hukuki müessese için kabul ettiği usulün, öngörülmeyen bir alanda kullanılması keyfiliğine izin vermektedir. Kanun'un öngördüğü yeni usul, çok geniş bir alanla ilgili olarak suç teşkil edebilecek eylemlerin gerçekleşme şartlarının ve olası cezai sorumlulukların belirlenmesi imkânını ortadan kaldıracak bir nitelik taşımaktadır. Bu nitelikteki bir düzenlemeyi hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceğini, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını öngören Anayasa'nın 138. maddesi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

65. Hukuk devletinde, Devletin her türlü işlem ve faaliyetinin hukuka uygun olması, kamu görevlilerinin hukuk dışına çıkan eylemlerinin etkili biçimde soruşturulması ve yargı bağımsızlığının en üst seviyede korunması gerekir. İptali istenen ibare bu niteliklere tamamen aykırı bir düzenleme içerdiğinden hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

66. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırıdır.

4- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkrasının Birinci Cümlesi

67. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin dava konusu kuralı içeren dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde, MİT Müsteşarına ilişkin olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

68. Daha önce belirtildiği üzere 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tüm MİT mensuplarının bu arada MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulabilmesi Başbakanın iznine bağlı bulunmaktadır.

69. Dava konusu kuralda, hem bu izin usulüne hem de izin verilmesi halinde yürütülecek soruşturmaya ilişkin olarak MİT Müsteşarı yönünden yeni kurallar belirlenmekte, böylece MİT Müsteşarı, diğer MİT mensuplarına göre ayrı bir soruşturma rejimine bağlanmaktadır. Bu çerçevede, kural uyarınca MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda, 25.10.1963 günlü ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanacaktır.

70. Buna göre, MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlar hakkındaki soruşturmalarda Başbakandan soruşturma izni istenecek, Başbakanın vereceği "izin verme veya vermeme" kararına karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilecek ve itiraz sonucu Cumhurbaşkanının verdiği karar kesin olacaktır. Yani bu karara karşı yargı yolu kapalı olacaktır. MİT müsteşarı hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Cumhurbaşkanınca verilecek karar üzerine herhangi bir soruşturma açılması mümkün olmayacaktır.

71. Cumhurbaşkanının soruşturmaya izin yönünde karar vermesi veya Başbakanın soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına süresinde itiraz edilmemesi hallerinde ise MİT müsteşarı hakkında soruşturma aşamasına geçilecek, fakat bu soruşturmayı ilgili Cumhuriyet savcısı değil Başbakanın denetim elemanları arasından belirleyeceği üç kişilik soruşturma kurulu yapacaktır.

72. Soruşturma kurulu, bu soruşturmayı yürütürken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olacak ve soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabilecektir. Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek Başbakana sunacak, Başbakan, kamu davasının açılmasına gerek görürse ilgili Yargıtay dairesinde dava açılacak, ancak gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecek ve bu karar kesin olacaktır. Bir başka ifadeyle Başbakanın kovuşturma yapılmasına yer olmadığı yönündeki kararına karşı yargı yolu kapalı olacaktır. Görüldüğü üzere dava konusu kuralla sadece MİT Müsteşarının soruşturulmasına ilişkin izin prosedürünün nasıl işleyeceği düzenlenmemekte, aynı zamanda izin verilmesi halinde söz

konusu soruşturmanın yapılmasına ilişkin olarak özellikle soruşturmayı yürütecek merci yönünden genel kurallardan ayrılan özel bir soruşturma usulü benimsenmektedir.

73. 6519 sayılı Kanun'un 61. maddesiyle 353 sayılı Kanun'a 15. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesi ile ilgili olarak Mahkememizce verilen 14.1.2015 günlü, E:2014/89 ve K:2015/3 sayılı kararda, iptali istenilen ibare ile itiraz makamı olarak Cumhurbaşkanlığı makamının belirlenmiş olması nedeniyle, hem suçtan zarar görenlerin hem de soruşturulacak kimselerin soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararlarına karşı yargısal denetime başvurma imkânının ortadan kaldırılmış olduğu, bu haliyle Başbakanın ve İçişleri Bakanının anılan işlemlerinin yargı denetimi dışına çıkarılmasının, Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri arasında saydığı, kişi ya da kurumların yanı sıra idarenin ve yasama organının da anayasal ilkelerle bağlı olduğu anlamına gelen"hukuk devleti","hak arama özgürlüğü"ve "idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması"ilkelerine aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 36., 105. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ve fıkranın son cümlesi ile birlikte iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşünekatılmamıştık. İptali istenen düzenleme 353 sayılı Kanun'a 15. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesine yollama yaptığından anılan karşıoy gerekçeleri burada da geçerlidir.

74. Belirtilen gerekçelerle kuralın iptaline karar verilmesi gerektiğini düşündüğümüzden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadık.

75. Açıklanan nedenlerle, 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yukarıda belirtilen kuralları ile yapılan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Erdal TERCAN

Anayasa Mahkemesi - 30 Aralık 2015 tarihli MİT Kanunu Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2014/122

Karar Sayısı : 2015/123

Esas Sayısı : 2014/122 Karar Sayısı : 2015/123

"…

IV. ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇELERİ

1-) 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 1. maddesi ile 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 4 maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde geçen:

"… Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." Sözcük grubunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, Milli İstihbarat Teşkilâtı'na (MİT'e) yeni bir görev verilmekte ve 6532 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendi uyarınca, "Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek" MİT'in yeni görevleri arasında yer almaktadır. Kuralda, MİT'e Bakanlar Kurulunca verilip yerine getirmek zorunda olduğu görevler, "dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konular" olmak üzere üç değişik olguya taâllûk etmektedir. Bundan böyle, Bakanlar Kurulu, mezkûr düzenlemeye dayanarak "dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konular"da MİT'e görev verebilecektir.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6532 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki mevcut 4. maddesinin (f) bendi "Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak." hükmünü ihtiva etmektedir. 6532 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin (f) bendinde yer alan mezkûr düzenlemeye dokunulmayarak, anılan madde ile ihdâs olunan (h) bendi ile "dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda" MİT, Bakanlar Kurulunca verilen görevleri getirme konusunda görevlendirilmekte ve böylece -deyim yerinde ise- Milli

Güvenlik Kurulu'nun yanında MİT bakımından ikinci bir "âmir" vucûda getirilmektedir. Anayasanın 118. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, "Millî Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur." Görüldüğü gibi, Anayasal bir kuruluş olan Milli Güvenlik Kurulu'nun bünyesinde Başbakan, Başbakan yardımcıları, Adalet, Milli Savunma, İçişleri ve Dışişleri Bakanları da yer almakta ve böylece Başbakan da dahil olmak üzere Bakanlar Kurulu'nun kimi üyeleri de, zâten, Milli Güvenlik Kurulu'nun yapısı içerisinde yer almaktadır. Hâl böyle olunca, Milli Güvenlik Kurulu ile Bakanlar Kurulu arasında görev-yetki geçişmesi husûle gelmesi kaçınılmazdır.

Diğer yandan, 6532 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan dış güvenlik, terörle mücadele ve

millî güvenliğe ilişkin konularda "Bakanlar Kurulunca verilen görevler"in neler olduğu ve MİT'e verilecek olan bu meçhûl görevlerin sınırlarının nerede başlayıp nerede biteceği madde metninde açıklanmış değildir. Kuşkusuz, istihbarat faaliyetlerinin kişi hak ve hürriyetlerini ihlâl etmeden gerçekleştirilmesi ve denetimi açısından, yaşamın her alanında olduğu gibi, istihbarat alanındaki hukukî düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve çerçevesi çizilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ideal bir istihbarat faaliyetini düzenleyen kanun hükümlerinin, istihbarat örgütünün yapısını, temel işlevini, görev alanlarını, yetkilerini, sınırlarını ve denetim mekanizmalarını açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlemesi gerekir.

Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde de; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri

koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve

uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

2937 sayılı Kanunun 6532 sayılı Kanunla değişik 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "… Dış güvenlik, terörle mücadele ve milî güvenliğe ilişkin

konularda Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." hükmü ile MİT'e verilecek görevlerin konuları belirtilmiş (dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenlik), ancak, bu üç konuda MİT'e Bakanlar Kurulunca ne tür görevler verileceği belirtilmemiştir. Başka bir ifade ile, Kuralda, Bakanlar Kurulunca MİT'e verilecek görevlerin "niceliği"ne yer verilmiş, ancak, bu görevlerin "niteliği"ne değinilmemiştir. Kuralda, Bakanlar

Kurulunca MİT'e verilen görevlerin hangi konulara münhasır oldukları (nicelikleri) gösterilmektedir; ancak, bu görevlerin ne tür görevleri kapsayacağı (nitelikleri) belirsizdir.

Diğer yandan, iptali istenen düzenlemede "… Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek" ibâresiyle verilen sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle,

Bakanlar Kurulunun dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda

kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Bakanlar Kuruluna MİT'e görev verme yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Bakanlar Kurulunun olası keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken; dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda her görevlendirmeye göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasına 6532 sayılı Kanununun

1. maddesiyle eklenen (h) bendinde yer alan "… Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibâresi, Anayasanın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

(Dava konusu yapılan 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasına 6532 sayılı Kanununun 1. maddesiyle eklenen (h)

bendinde yer alan "… Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibâresi hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6532 sayılı Kanunun

1. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda …" ibâresinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeyle bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası hükmü gereğince, 6532 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "… Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibâresinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan 6532 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda …" ibâresinin de iptaline karar verilmesi ciheti Yüksek Mahkemenizin takdirindedir).

2-) 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 3. maddesi ile değişik 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 6. maddesinin,

a.) Birinci fıkrasının (a) bendinde geçen:

", uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir"

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenlemenin yer aldığı 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin tamamı (dava-dışı "Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir …" ibâresi ile birlikte değerlendirildiğinde) bu düzenleme ile (2937sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik birinci fıkrasında yer alan "Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır" ibâresinden de anlaşıldığı üzere), MİT'in yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabileceği, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabileceği öngörülmektedir (Bu açıklamamızdan da anlaşılacağı üzere, davamız, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ", uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibâresine ilişkindir; Kural'ın, dava-dışı, "Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir" ibâresine müteveccih herhangi bir iptal talebimiz bulunmamaktadır).

6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan dava konusu ibârede, MİT'in uygulayabileceği öngörülen "uygun koordinasyon yöntemlerinin" neler olduğu ve MİT'e verilecek olan anılan "uygun koordinasyon yöntemlerini uygulama" yetkisinin sınırlarının nerede başlayıp, nerede biteceği hükme bağlanmış değildir. Yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi bölümünde de açıkladığımız üzere, kuşkusuz, istihbarat faaliyetlerinin kişi hak ve hürriyetlerini ihlâl etmeden gerçekleştirilmesi ve denetimi açısından, yaşamın her alanında olduğu gibi, istihbarat alanındaki hukukî düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve çerçevesi çizilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ideal bir istihbarat faaliyetini düzenleyen kanun hükümlerinin, istihbarat örgütünün yapısını, temel işlevini, görev alanlarını, yetkilerini, sınırlarını ve denetim mekanizmalarını açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlemesi gerekir.

Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde de; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi bölümünde de açıkladığımız üzere, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden

müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan dava konusu ibârede yer alan “, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir” hükmü ile MİT’e verilen yetki açıklanmış, ancak, uygun koordinasyon yöntemlerinin sınırları, kapsamı ve mâhiyeti belirtilmemiştir. Başka bir ifade ile, Kuralda, MİT’e uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme yetkisinin “niceliği” açıklanmış, ancak, bu yetkinin “niteliği” düzenleme dışında bırakılmıştır. Kuralda, MİT’e verilen uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme yetkisinin hangi konulara münhasır oldukları, yasakoyucunun “uygun koordinasyon yöntemleri” ibâresi ile ne murâdettiği belirsizdir.

Diğer yandan, iptali istenen düzenlemede “, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir” ibâresi ile, MİT’e verilen sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle, kapsamı ve mâhiyeti değişebilen hukukî belirsizlik içinde, MİT’in olası keyfî uygulamalarının önü açılırken; uygulanabileceği belirtilen uygun koordinasyon yöntemleri

konularında her ortama, görevin niteliğine, zamana ve zemine göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan dava konusu “, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir” ibâresi, Anayasanın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız ibârenin başında yer alan “,” (virgül) biçimindeki noktalama işaretinden sonra gelen sözcük grubunu oluşturan ibârenin öngördüğü Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin başında yer alan “,” (virgül) biçimindeki noktalama işareti

anlamını yitirecek ve bu noktalama işaretinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde geçen dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin başında yer alan ve uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan “,” (virgül)

biçimindeki noktalama işaretinin de iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

b-) Birinci fıkrasının (b) bendini oluşturan:

"b) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar."

Söz gruplarının (tümcelerinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenlemenin birinci tümcesi ile (2937sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik birinci fıkrasında yer alan "Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır" ibâresinden de anlaşıldığı üzere), önceki düzenlemeden farklı bir biçimde MİT'e yeni bir yetki verilmekte ve böylelikle MİT'in Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu

kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği öngörülmekte; ikinci tümcesi ile de, MİT tarafından bu kapsamda talepte bulunulanların (kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlarının), kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacakları hükme bağlanmaktadır.

Görüldüğü gibi, 2937 sayılı Kanunun 6532 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinin birinci fıkrasının iptalini talep ettiğimiz (b) bendinin ilk tümcesine göre, bundan böyle MİT, kamu kurum ve kuruluşlarından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan;

a-) Bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilecektir,

b-) Bunlara (kamu kurum ve kuruluşlarından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer

tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara) ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilecektir,

c-) Bunlarla (kamu kurum ve kuruluşlarından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlarla) irtibat kurabilecektir.

Dahası (2937 sayılı Kanunun 6532 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinin birinci fıkrasının iptalini talep ettiğimiz (b) bendinin ikinci tümcesine göre de;

MİT'in bu kapsamda talepte bulunacağı (kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar) kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklardır.

Düzenlemenin ana hatlarını bu şekilde ortaya koyduktan sonra (Yüksek Mahkemenin sabrına ve hoşgörüsüne sığınarak) "istihbarat" mefhûmunun genel bir açıklamasını yapmaya çalışacağız.

"İstihbarat" sözcüğü, etimolojik açıdan Arapça "istihbar", "haber" ve "bilgi alma" kelimesinin çoğuludur (Ümit Özdağ, İstihbarat Teorisi, Kripto Yayınları, Ankara, 2008, sh.17; Ahmet Yüksel, II. Mahmud Devrinde Osmanlı İstihbaratı, Kitap Yayınevi / Tarih ve Coğrafya Dizisi, İstanbul, 2013, sh.23).

Türkçe'de kullanılan istihbarat için Arapça'da; ''Haberleşmeler, haberleşme dolayısıyla yapılan yazışmalar.'' anlamına gelen ''Muhaberat'' kelimesi kullanılmaktadır. Arap ülkelerinin çoğunda İstihbarat teşkilatları da ''El Muhaberat'' ismiyle görev yapmaktadır (Mehmet Canlı, "İstihbarat Tanımının İncelenmesi: İstisbarat Nedir? Ne değildir? Sh.1, http://mehmetcanli1966.blogspot.com.tr /2014/01/istihbarat-nedir-ne- değildir.html [Çevrimiçi Kaynak], Erişim Tarihi: 31.5.2014). İngilizce'de ise istihbarat sözcüğünün karşılığı olan kelime, "intelligence"; akıl, zekâ, anlayış, haber, bilgi ve istihbarat anlamına gelmektedir. İngilizce'de vurgu, haberin toplanmasında değil, toplananların birleştirilmesinde ve değerlendirilmesindedir. Belki de, Türkçe'de, toplum, "malûmatın derlenmesine" daha fazla ağırlık verdiği için "istihbarat" sözcüğü tercih edilmiş; bir Amerikalı ve bir İngiliz için ise, daha ziyâde, "malûmatın değerlendirilmesine" ağırlık verildiği için "intelligence" sözcüğü ile aynı faaliyeti tanımlamakta kullanılmıştır (Özdağ, a.g.e., sh.17-18; Canlı, a.g.m., sh.1).

Görüldüğü gibi, istihbarat, bir toplumda yaşayan kişilere göre farklı anlamlara geldiği gibi, değişik ülkelerde; ülkeler arasındaki kültürel farklılıklara ve hatta yönetim biçimi farklılıklarına göre de değişik anlamlara gelebilmektedir. Hâl böyle olunca, herkesin kabûl edebileceği bir istihbarat

tanımı yapmak daha da zor görünmektedir (Canlı, a.g.m., sh.1 vd.). Ancak, literatürdeki mevcut tanımlardan yola çıkarak "istihbarat" sözcüğünün tanımı şu şekilde yapılabilir: İstihbarat, ulaşılabilen bütün açık, yarı açık ve / veya gizli kaynaklardan her türlü aracın kullanılması sonucunda elde edilen her türlü veri, malûmat ve bilginin ulusal-genel veya ulusal-özel plandaki politikaların gerçekleştirilmesi ve ulusal politikalara zarar verilmesinin engellenmesi amacıyla toplandıktan sonra önemine ve doğruluğuna göre sınıflandırılması, karşılaştırılması, analiz edilerek değerlendirilmesi süreci ve bu sürecin sonucunda ulaşılan bilgidir. (Özdağ, a.g.e., sh.30; Canlı, a.g.m., sh.4.).

Bu tanımdan da anlaşılabileceği gibi, istihbarat bir süreçtir ve bu sürecin bir "döngüsü / çarkı" vardır. Bu süreç (döngü / çark) şu aşamalardan oluşur:

1-) İstek ve sorunun tesbiti,

2-) İhtiyaçların tesbiti ve çalışma planının yapılması, 3-) Veri, malûmat ve bilginin toplanması,

4-) Toplanan veri, malûmat ve bilginin karşılaştırılarak, güvenilirliğinin test edilmesi ve doğrulanarak düzenlenmesi,

5-) Yeterli bilgi olup olmadığının kontrolü; yeterli bilgi yoksa, yeterli bilgi için aramaya ve tasnife devam edilmesi,

6-) Veri, malûmat ve bilginin analizinin entegrasyon, analiz ve sentezinin yapılarak yorumlanması,

7-) Ortaya çıkan istihbaratın üst makamlara aktarılması ve gözden geçirilmesi,

356).

8-) İstihbaratın siyasî / askerî karar alıcılara iletilmesi (Özdağ, a.g.e., sh.355-

Bu döngüye dikkat buyrulduğunda, üçüncü aşamanın "Veri, malûmat ve bilginin toplanması" aşaması olduğu görülecektir. İşte, Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini açıklamaya çalıştığımız 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle eklenen birinci fıkrasının (b) bendini oluşturan düzenleme, istihbarat döngüsünün (çarkının) üçüncü aşaması olan "Veri, malûmat ve bilginin toplanması" aşamasını oluşturmakta ve anılan süreci düzenlemektedir.

İstihbarat sürecinde "bilgi toplama" aşamasının önemi ortadadır; zirâ, bu aşama, istihbarat faaliyetinin sonunda siyasî / askerî karar alıcılara (müşterilere) iletilecek "ürün"ün -âdetâ- "hammaddesi"ni oluşturmaktadır. "Hammadde" olmadan "ürün" elde edilemeyeceğine göre,

istihbarat çarkında "hammadde"nin sağlanacağı "veri, malûmat ve bilginin toplanması" aşamasının ne kadar önemli olduğu âşikârdır.

İstihbarat örgütleri, sadece gizli bilgilerin elde edilmesi ile ilgilenmez; açık, kapalı her türlü kaynaktan elde edilen ve istihbaratın (bilginin / ürünün) elde edilme amacına hizmet edecek tüm kaynak ve bilgilerle ilgilenir (Canlı, a.g.m., sh.3). Bu cümleden olarak, "açık kaynak" ve "kapalı kaynak" terimleri üzerinde kısaca durulmasında yarar vardır.

"Açık kaynak", kaynağı tarafından gizlenmeyen veya istendiği halde gizlenemeyen, kamunun kullanımına açık olan kaynaklar olup, bununla kastedilen gazete, dergi, kitap, broşür, veri tabanları, internet, CD Rom veya ikili görüşmeler sırasında elde edilenler de dâhil olmak üzere, kamunun kullanımına açık olan her türlü veri, haber, bilgi ve belgedir. Bu kaynağa erişimde casus kullanmaya veya uydulardan fotoğraf çekmeye gerek yoktur (Özdağ, a.g.e., sh. 319-320).

"Kapalı kaynak" ise kamunun kullanımına açık olmayıp, kaynağı tarafından gizlenen, istihbarat örgütlerinin sinyal istihbaratı, insanî istihbarat, fotoğraf / uydu istihbaratı, casusluk ve diğer istihbarat yöntemlerini kullanarak yaklaştığı (Özdağ, a.g.e., sh.369-370) ve bilginin elde edilmeye çalışıldığı gizli kaynaklardır.

Temel bilgilerin büyük bir bölümü "açık kaynak"lardan elde edilebilir türden bilgilerdir. İstihbarat örgütlerinin büyük bir bölümünü oluşturan "açık kaynak"ların istihbarat analizindeki önemi küçümsenmemelidir. Sadece "açık kaynak"lara dayanılarak ortaya çıkarılan bilgiler uzman istihbaratçıları bile şaşırtacak ölçüde, ciddî bilgiler içerebilir; dahası, sadece açık kaynaklara dayanılarak sonuçta "çok gizli" olarak tasnif edilebilecek bilgilere dahî ulaşılabilir (Özdağ, a.g.e., sh.322). Metod açısından bakıldığında ise, açık kaynak istihbaratı, uygulanması en kolay ve en ucuz bilgi toplama yoludur ve her hedef ile ilgili olarak "açık istihbarat kaynağı" ziyâdesiyle mevcuttur (Özdağ, a.g.e., sh.320-321).

"Espiyonaj", yâni "casusluk" kavramıyla "istihbarat" kavramı birbiriyle karıştırılmamalıdır. Göral'a göre, "İstihbarat meşrû yollarla karşı taraftan bilgi edinmektir. Espiyonaj ise karşı tarafın kanunlarını ihlâl ederek yapılan haber alma şeklidir. Diğer adıyla casusluktur." (Ekrem Göral: "İstihbaratın Gücü ve Gücün İstihbaratı",

http://www.dho.edu.tr/sayfalar/00 Anasayfa/11 Pusula/75/istihbaratingucu .html, [Çevrimiçi Kaynak], Erişim Tarihi: 31.5.2014, sh.2).

Şüphesiz, devletler için, bağımsızlıklarını, güvenliklerini, ülkelerin bütünlüğünü, anayasal düzenlerini ve millî güçlerini meydana getiren unsurlara karşı içten ya da dıştan

gelebilecek mevcut ve muhtemel tehditler hakkında bilgi toplamak ve istihbarat oluşturmak bir ihtiyaçtır ("İstihbarat Nedir?" http://cilkin.blogcu.com/istihbarat-nedir/4022517, [Çevrimiçi Kaynak], Erişim Tarihi: 30.5.2014, sh.1). Ancak, "bilgi toplamak ve istihbarat oluşturmak", meşrû yollarla yapılmalıdır. İstihbarat oluşturmak amacıyla bilgi toplamak, başka bir ifade ile istihbarat döngüsünün (çarkının) üçüncü aşaması olan "Veri, malumât ve bilginin toplanması" aşamasında gayrimeşrû yollara sapıldığında, yapılan faaliyetin adı "istihbarat oluşturmak"tan çıkar ve (az yukarıda açıklandığı gibi) "espiyonaj (casusluk)" faaliyetinin alanına girilmiş olur. Başka bir deyişle, "hammadde"nin sağlanmasında gayrimeşrû yollara tevessül edilmesi halinde, bu "hammadde"nin işlenmesiyle elde edilecek "ürün"ün (bilginin) de meşrû olmayacağı ve anayasal düzen tarafından himâye görmeyeceği açıktır.

Genellikle alan araştırmalarına başlamadan önce konuyla ilgili daha önce yapılmış olan çalışmaların kayıtlarından ve derlenmiş bilgi kaynaklarından istifade edilir. Yazılı kaynaklar da kendi aralarında çeşitli biçimde gruplandırılabilir:

1-) Kitaplar, dergiler, çeşitli istatistikî kaynaklar, resmî rapor ve yazışmalar, kurum kayıtları (hastane, hapishane, işyerleri, meslekî kuruluşlar, fabrikalar vb.),

2-) Vakâ çalışmalarına ilişkin kayıtlar. Burada belirli mesleklerde gerçekleştirilen kayıt tutma sisteminden yararlanma söz konusudur. Genellikle gizli tutulan bu kayıtlardan ilgili kurumlardan izin alınarak yararlanılabilir (Örneğin, psikiyatr, psikolog, sosyal hizmetler uzmanı, sosyal çalışmacı vb. meslek çalışanlarının çalışmaları),

3-) Kişisel bilgiler, bilim insanları, siyasîler, gazeteci ve yazarlar gibi toplumda belirli bir isim yapmış kişilerin özel arşivlerinden izin alınmak suretiyle veya istihbaratî tekniklerle yararlanılabilir (Örneğin, günlükler, notlar, hâtıratlar, mektuplar, otobiyografiler),

4-) Dolaylı belgeler, araştırma konusuyla doğrudan ilgili olmasa bile, dolaylı olarak konuya ışık tutabilecek belgeler (Örneğin, rehber, yıllık, ansiklopedi ve sözlüklerle diğer belgeler).

Bu kaynaklar içerisinde "kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, bankalar ve benzeri finans kuruluşlarının ve diğer tüzel kişilerin" kamuya açık bilgi, belge, veri ve kayıtları, özel arşivleri, elektronik bilgi işlem merkezleri ile iletişim alt yapıları olabileceği gibi (açık kaynaklar); kamuya açık olmayan bilgi, belge, veri ve kayıtları, özel arşivleri, elektronik bilgi işlem merkezleri ile iletişim alt yapıları da olabilir (kapalı kaynaklar). İşte "kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, bankalar ve benzeri finans kuruluşlarının ve diğer tüzel

kişilerin" kamuya açık olmayan kapalı (gizli) kaynaklarına, ancak, söz konusu kamu kurum, kuruluş ve tüzel kişilerin sadece özel yetkiyle donatılmış görevlileri erişebilir.

Şüphesiz, devletlerin karar alıcı birimleri (siyasî ve askerî karar alıcıları) istihbaratın birer müşterisidirler; bu açıdan bakıldığında millî güç unsurlarını, istihbaratın (istihbarat sonucunda elde edilen bilginin / ürünün) "müşterisi" (alıcısı) olarak görmek yanlış olmayacaktır (Göral, a.g.m., sh.3). İstihbarat, alıcıya (müşteriye) olası tehditleri teşhis etmesinde, yâni, alıcıya ne zaman ve ne şekilde harekete geçmesi gerektiğinin farkına varmasında yardımcı olur (Şeref Çetinkaya, "21. Yüzyıl Güvenlik Ortamının Gerektirdiği İstihbarat Yapılanması Nasıl Olmalıdır?" 21. Yüzyıl Türkiye Enstitüsü, Sh.4, http://www.21yyte.org/ [Çevrimiçi Kaynak], Erişim Tarihi: 30.05.2014). Her ne kadar, Devletin karar alıcı birimleri fırsat ve tehditleri öngörmekle yükümlü iseler de, risk ve tehditlerin belirlenip değerlendirilmesinde ve böylelikle istihbarat ürünlerinin üretilmesinde "Hukuk devleti" ilkesine sâdık kalınması gerekmektedir. Kamuya açık olmayan kapalı (gizli) kaynaklardan gayrimeşrû yollarla (örneğin, espiyonaj / casusluk yoluyla) edinilen bilgilerdeki hukuka aykırılığın, alıcı (müşteri) durumundaki millî güç unsurlarının vereceği kararlara da sirâyet etmesi ve böylelikle, tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması gereken bir devleti, "hukuk devleti" ilkesinden uzaklaştırması kaçınılmazdır.

Diğer yandan, istihbarat, sadece gizli bilgilerin elde edilmesi ile ilgilenmez; açık

/ kapalı her türlü kaynaktan elde edilen ve amaca hizmet edecek tüm bilgilerle ilgilenir (Canlı, a.g.m., sh.3). Ne var ki, ne tür olursa olsun, ister açık, isterse kapalı hangi tür

kaynaktan sağlanırsa sağlansın; istihbarat faaliyetinin hukuk düzenine ve yasalara uygun (meşrû, legal) olarak yürütülmesi gerekmektedir. Yâni, siyasî ve / veya askerî karar alıcılardan her kim olursa olsun ya da hangi amaca hizmet ederse etsin, istihbarat süreci (döngüsü / çarkı) bütün evreleri ile hukuka uygun biçimde çalışmalıdır.

Millî İstihbarat Teşkilâtı (MİT) resmî internet sitesinde istihbaratı şu şekilde tanımlamaktadır: "İstihbarat, devlet tarafından belirlenen ihtiyaçlara karşılık olarak çeşitli kaynaklardan derlenen haber, bilgi ve dokümanların işlenmesi sonucu elde edilen üründür." (http://www.mit.gov.tr/isth-olusum.html / [Çevrimiçi Kaynak], Erişim Tarihi: 3.6.2014). Bu tanıma göre, devlet tarafından belirlenen ihtiyaçlara karşılık olarak elde edilen ve zamanı geldiğinde siyasî / askerî karar alıcılara (müşterilere) iletilecek olan bu ürünün yasal yollarla üretilmesi gerekir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olayımıza baktığımızda, bu bapta Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini serdettiğimiz dava konusu düzenleme ile, MİT'e kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği

bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilmesinin, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilmesinin ve bunlarla irtibat kurabilmesinin önü açılmaktadır. Başka bir deyişle, bundan böyle MİT, dava konusu Kural'da sayılan kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlarının açık ya da gizli ayırımı yapmaksızın bütün kaynaklarına (bilgi, belge, veri ve

kayıtlarına, özel arşivlerine, elektronik bilgi işlem merkezleri ile iletişim alt yapılarına) istisnasız bir biçimde erişebilecek ve ulaşabilecektir. Yâni, MİT, istihbarat döngüsünün (çarkının) üçüncü safhası olan "veri, malûmat ve bilginin toplanması" aşamasında temin ettiği bilginin / ürünün "hammadde"sini kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların sadece açık kaynaklarından değil, bilûmum kapalı (gizli) kaynaklarından da elde edebilecektir. Böylece, MİT, meşrû yollarla açık kaynaklardan elde edebileceği bilgiyi (hammaddeyi), gayrimeşrû yollarla kapalı kaynaklardan edinebilmesinin önü açılmaktadır. Böylesi bir hukuksuzluğun Anayasal düzen ile ve özellikle Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.

Başka bir değişle, 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile birinci fıkrasına eklenen (b) bendinin birinci tümcesinde öngörülen düzenleme ile, MİT'e kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların istisnasız kapalı (gizli) bütün kaynaklarına erişim hakkı ve yetkisi tanınmakta ve böylece, bizzat yasa eliyle MİT'in "espiyonaj" (casusluk) gibi meşrû olmayan yollarla kapalı (gizli) bütün bilgi, belge, veri ve kayıtlara ulaşmasının önü açılmakta, -deyim yerinde ise- MİT'in kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara karşı "espiyonaj / casusluk" faaliyetinde bulunmasına cevaz verilmektedir. Artık, 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasına 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile eklenen (b) bendinin birinci tümcesinde öngörülen düzenleme ile, anılan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar, birer "açık kaynak" durumuna indirgenmekte ve bu kurum ve kuruluşların sahip oldukları kapalı (gizli) bilgilerin mahremiyeti tamamen ortadan kalkmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde tebârüz ettirilen "Hukuk devleti" ilkesinin, böylesine sakat bir düzenlemeyi himâye etmeyeceği açıktır. Zirâ, Yüksek Mahkeme'nizin pek çok Kararında isâbetle vurgulandığı veçhile, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Dava konusu düzenlemenin ise (yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle), Anayasa Mahkemesi'nin mezkûr tanımında ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesini açık bir biçimde ihlâl ettiği âşikârdır.

Mezkûr düzenleme, yâni, MİT'in kamu kurum ve kuruluşlarından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu

kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilmesi, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilmesi ve bunlarla irtibat kurabilmesi (az yukarıda açıklandığı veçhile Anayasanın 2. maddesine aykırılık teşkil etmesi yanında) Anayasanın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi ile de çelişmektedir.

Zirâ, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar, arşivlerinde, elektronik bilgi işlem merkezlerinde ve iletişim alt yapılarında ilgililer, muhataplar, müşteriler vb. kişiler hakkında gizli (mahrem) kalması gereken çok özel bilgi, belge, veri ve kayıtlar ihtivâ ediyor olabilirler. Bu tür mahrem ve gizli bilgi, belge, veri ve kayıtlar, o ilgililerin, muhatapların, müşterilerin vb. kişilerin "özel hayatlarını" ilgilendiriyor olabilir. Bu tür bilgilerin, başka hiç kimse tarafından bilinmemesi, sadece ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gerekiyor olabilir. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen

(b) bendindeki bu düzenleme ile, artık, MİT, sadece ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gereken her türlü bilgiye erişmesinin önü açılmaktadır.

Anayasamızın 20. maddesinin birinci fıkrası, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

hükmünü âmirdir. Hâlbuki, dava konusu yaptığımız ve MİT'in, - sadece- ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gereken her türlü bilgiye erişmesine ve o bilgileri işlemek suretiyle istihbarat ürünü elde edilmesine imkân sağlayan böylesi bir düzenleme, Anayasanın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesini güvence altına alan

20. maddesinin, özellikle, birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." kuralı ile bağdaşmamaktadır.

Bu bölümde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini açıklamaya çalıştığımız 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin

1. fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi "… ve bunlarla irtibat kurabilir." İbâresi ile sona ermektedir. Böylece, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesinin tamamı olan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla

irtibat kurabilir." hükmü nazara alındığında, MİT'in Kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilmesinin, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilmesinin yanında, bir de, "bunlarla (yâni, Kamu kurum ve kuruluşlarıyla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıyla, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlarla) irtibat kurabileceği" öngörülmektedir. İşte, bu bapta, söz konusu ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri üzerinde durmak istiyoruz.

Şüphesiz, anılan bentte yer alan "… ve bunlarla irtibat kurabilir." ibâresinin, tümcenin diğer sözcük öbeğini teşkil eden "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir …" ibâresinden ayrı düşünülebilmesi mümkün değildir. Başka bir değişle, tümcenin "… ve bunlarla irtibat kurabilir." ibaresi dışındaki sözcük grubu hakkında

serdettiğimiz bütün Anayasaya aykırılık gerekçeleri, mezkûr "… ve bunlarla irtibat kurabilir." İbâresine de sirayet etmekte ve bu ibârenin de Anayasanın 2. ve 20. maddeleri hükümlerine aykırılığı sonucunu doğurmaktadır. Şöyle ki,

Veri, malûmat ve bilginin entegrasyon, analiz ve sentezinin yapılarak yorumlanmasında (stratejik analizde) karşılaşılan önemli bir sorun da "soft / yumuşak veri" (söylentiler, düşünceler, fikirler, anekdotlar, yorumlar vb.) ile "hard / sert veri"den (olgular, istatistikler, olaylar vb.) gelen ve bazen birbirlerine bütünleştirmek zor olan malûmat türleri kullanılmaktadır (Özdağ, a.g.e., sh:317-318). Hard / sert veri - soft / yumuşak veri karşılaştırması yapılırken, hard / sert verilerin ölçülebilir; soft / yumuşak verilerin ise ölçümlenemez verilerden oluştuğu bilinmektedir. İstihbarî bir faaliyette hard / sert verinin sağlıklı bir analizinin yapılabilmesi için aynı konuda elde edilen soft / yumuşak verilerin yorumlanması gerekmektedir. Bunun için de, hard / sert verilerin elde edildiği kaynaklarda soft / yumuşak verilere sahip olan unsurların düşünce dünyasına girmek gerekmektedir. Bu da, ancak, soft / yumuşak verilere sahip olan unsurlarla "irtibat kurmak" suretiyle yapılabilir ki, işte, 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesinde yer alan "… ve irtibat kurabilir." ibâresinin -kanaatimizce- yegâne amacı budur; yâni, kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlarının arşivlerine, elektronik bilgi işlem merkezlerine ve iletişim alt yapılarına girerek açık ya da kapalı bütün kaynaklarından sağlanacak hard / sert bilgilere sahip olanlarla "irtibat kurarak" onların düşünce dünyasına girmek suretiyle soft / yumuşak verilere erişebilmektir.

Bu bağlamda, MİT, istihbarat döngüsünün (çarkının) üçüncü safhası olan "veri, malûmat ve bilginin toplanması" aşamasında temin ettiği bilginin / ürünün "hammadde"sini "irtibat kurmak suretiyle" kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların sadece açık kaynaklarından değil, bilûmum kapalı (gizli) kaynaklarından da elde edebilecektir. Böylece, MİT (az yukarıda da açıkladığımız veçhile), meşrû yollarla açık kaynaklardan elde edebileceği bilgiyi (hammaddeyi), gayrimeşrû yollarla kapalı kaynaklardan "irtibat kurmak suretiyle" edinebilmesinin önü açılmaktadır. Başka bir değişle, 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik birinci fıkrasına eklenen (b) bendinin birinci tümcesinde öngörülen düzenleme ile, MİT'e kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu

niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların istisnasız kapalı (gizli) bütün kaynaklarına onlarla "irtibat kurmak suretiyle" erişim yetkisi tanınmakta ve böylece

MİT'in "espiyonaj" (casusluk) gibi meşrû olmayan yollarla kapalı (gizli) bütün bilgi, belge, veri ve kayıtlara ulaşmasının önü açılarak, -deyim yerinde ise- MİT'in kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu

kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara karşı "espiyonaj / casusluk" faaliyetinde bulunmasına cevaz verilmektedir. Böylesi bir düzenlemenin Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.

2937 sayılı Kanunun 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (b) bendinin ilk tümcesinin "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir …" sözcük grubu hakkında yukarıda Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçemizde de açıkladığımız veçhile, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan "Hukuk devleti" ilkesinin, böylesine sakat bir düzenlemeyi himâye etmeyeceği açıktır. Zirâ, Yüksek Mahkeme'nizin pek çok Kararında büyük bir isâbetle vurgulandığı veçhile, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Dava konusu düzenlemenin ise, Anayasa Mahkemesi'nin mezkûr tanımında benimsenen "hukuk devleti" ilkesini açık bir biçimde ihlâl ettiği âşikârdır.

Mezkûr düzenleme, yâni, MİT'in kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu

kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlarından bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilmesi, arşivlerinden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapılarından yararlanabilmesi amacıyla bunlarla

irtibat kurabilmesi (az yukarıda açıklandığı veçhile Anayasanın 2. maddesine aykırılık teşkil etmesi yanında) Anayasanın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi ile de çelişmektedir.

Zirâ (az yukarıda da açıklandığı gibi), kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar, arşivlerinde, elektronik bilgi işlem merkezlerinde ve iletişim alt yapılarında ilgililer, muhataplar, müşteriler vb. kişiler hakkında gizli (mahrem) kalması gereken çok özel bilgi, belge, veri ve kayıtlar ihtivâ ediyor olabilirler. Bu mahrem ve gizli bilgi, belge, veri ve kayıtlar, o ilgililerin, muhatapların, müşterilerin vb. kişilerin "özel hayatlarını" ilgilendiriyor olabilir. Bu tür bilgilerin, başka hiç kimse tarafından bilinmemesi, sadece ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gerekiyor olabilir. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (b) bendindeki bu düzenleme ile, artık, MİT, sadece ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gereken her türlü bilgiye -yetkili kişi ve birimleriyle irtibat kurmak suretiyle- erişmesinin önü açılmaktadır.

Anayasamızın 20. maddesinin birinci fıkrası, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmünü âmirdir. Hâlbuki, dava konusu yaptığımız ve MİT'in, - sadece- ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gereken her türlü bilgiye -bunların yetkili kişi ve birimleriyle irtibat kurarak- erişmesine ve o bilgileri işlemek suretiyle istihbarat ürünü elde edilmesine imkân sağlayan böylesi bir düzenleme, Anayasanın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesini güvence altına alan 20. maddesinin, özellikle, birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." kuralı ile bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan (yukarıda, dava dilekçemizin 6532 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde dava konusu yaptığımız ibâre hakkında Anayasaya aykırılık gerekçelerimizde de belirttiğimiz veçhile), Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net,

saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî

uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık ve net olmayan, elâstikî kavramlar ihtivâ eden kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunla değişik birinci fıkrasına eklenen (b) bendinin birinci tümcesinde yer alan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir …" tümcesi içerisinde yer alan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler …" sayılırken bu sözcük grubunun hemen devamında bir de "… ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan …" söz edilmiştir. Oysa "tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar"ın ne anlama geldiği ve bunların hangileri olduğu Kuralda belirtilmemiştir. Hukukumuzda "tüzel kişiliği bulunmayan kuruluş" biçiminde herhangi bir kurum veya mefhum bulunmamaktadır. Kuralda, MİT'in bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve irtibat kurabileceği "tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar" ile hangi kuruluşlardan söz edildiği ve bu -sözde- tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların tür ve nitelikleri belirsizdir. Böylesi bir düzenleme ile MİT'in, kapsamı ve mâhiyeti belirsiz olan "tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar"ın arşivlerinden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapılarından yararlanabilmesi ve bunlarla irtibat

kurulabilmesi olanaklı hâle gelmekte, başka bir ifade ile, -deyim yerinde ise- bu ne idüğü belirsiz "tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar" MİT bakımından bilgi, belge, veri ve kayıtlarına ulaşılabilecek birer açık ve / veya kapalı kaynak konumuna getirilmektedir.

Dolayısı ile, iptalini talep ettiğimiz 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunla değişik birinci fıkrasına eklenen (b) bendinin birinci tümcesinde yer alan "… tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar …" biçimindeki ibâre ile MİT'e görev verme yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Bakanlar Kurulunun keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken;

bilgi, belge, veri ve kayıtların toplanmasında öngörülemez ölçütler getirilmektedir. Bu itibarla, söz konusu dava konusu Kural'ın içerisinde yer alan "tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar" ibâresinin ihtivâ ettiği "hukukî belirsizlik" nedeniyle mezkûr düzenleme Anayasanın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi ile de çelişmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan birinci tümcesinin tamamını oluşturan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir." söz grubu, Anayasanın 2. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesini oluşturan "Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar." söz grubunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesine gelince:

Bu düzenleme ile, MİT'in bilgi, belge, veri ve kayıtlarını alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişilerin ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların MİT tarafından bilgi, belge, veri ve kayıtlarını alabilme, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilme ve bunlarla irtibat kurabilme talebinde bulunulduğunda, bu tür kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişilerin ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacakları hükme bağlanmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu düzenlemeyi öngören 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesi ile (az yukarıda Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini açıklamaya çalıştığımız) birinci tümcesi arasında çok sıkı bir bağlantı bulunmaktadır

ve kuşkusuz, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi hakkında ileri sürdüğümüz Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri, aynı fıkranın

(b) bendinin ikinci tümcesine de sirâyet etmekte ve anılan ikinci tümcenin de -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasaya aykırılığı sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (2/b) numaralı madde başlığı altında, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkranın (b) bendinin birinci tümcesi olan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu

niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir." tümcesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçeleri, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesi olan "Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar." tümcesi için de aynen geçerlidir. Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve lüzûmsuz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, dava dilekçemizin -yukarıda- (2/b) numaralı madde başlığı altında, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçelerini, ikinci tümcesi için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz. Zirâ, 6532 sayılı Kanunun

3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi ile 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesi arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesi olan "Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar." Kuralı olmaksızın 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi olan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt

yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir." Kuralı başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi olan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir." Kuralının varlığı söz konusu olmaksızın, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesi olan "Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar." Kuralı tek başına hüküm ifade etmez ve başlıbaşına varlığını sürdüremez. Öyle ise, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi hakkında az yukarıda (dava dilekçemizin 2/b maddesinde) ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçeleri, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesi için de aynen geçerli olacaktır.

Bununla birlikte, ikinci tümcede yer alan anılan düzenleme, birinci tümcede yer alan düzenlemenin bir nev'i tamamlayıcısı -deyim yerinde ise- tescîli mâhiyetindedir. 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının

(b) bendinin ikinci tümcesi olan "Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden

kaçınamazlar." Kuralındaki, aynı bendin birinci tümcesinde yer alan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir." Kuralındaki "hukuka aykırılığın dozunu", dolayısı ile, Anayasanın (yukarıda iptal gerekçelerini açıkladığımız) 2. ve 20. maddelerine olan ihlâli, daha da arttırır ve pekiştirir mâhiyettedir.

Zirâ, "Bu kapsamda talepte bulunulanlara (yâni, kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve [tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen] tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara), kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarını" hükme bağlamak, bilgi, belge, veri ve kayıtlarından, arşivlerinden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanılmak ve

kendileriyle irtibat kurulmak istenen kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara, "hukuka düzeni"ne ve dolayısı ile "Anayasanın (yukarıda iptal gerekçelerini açıkladığımız) 2. ve 20. maddelerine" aykırılığı bir nev'î "dayatma" anlamına gelmektedir. Çünkü, böyle bir düzenleme ile, artık, bilgi, belge, veri ve kayıt toplamada açık ve / veya kapalı kaynak niteliğine indirgenen kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle, MİT'in istihbarat döngüsü kapsamındaki taleplerini yerine getirmekten kaçınamayacaklar; başka bir deyişle, kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların, MİT'in taleplerini ret gerekçeleri ne kadar doğru, isabetli ve yerinde olursa olsun, kendi mevzuatlarındaki hükümleri, MİT'in bilgi toplama talepleri sırasında mazeret olarak ileri süremeyeceklerdir. Söz gelimi, bir hastası hakkında son derece gizli (ya da mahfuz / mahrem) bir tıbbî bir bilgiye (sırra) sahip bir hastane yönetimi ya da bir müşterisi hakkında asla paylaşılmaması gereken gizli bir malî bir bilgiye vâkıf bulunan bir banka yönetimi, bu saklı bilgilerin paylaşılmaması konusunda kendi mevzuatında hüküm olsa dahî, bu hükümleri gerekçe göstererek bu gizli (hafî / mahfuz / mahrem) bilgileri, talep halinde MİT'e vermekten kaçınamayacaktır.

Yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de ileri sürdüğümüz üzere, bundan böyle MİT, dava konusu Kural'ın birinci tümcesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlarının açık ya da gizli ayırımı yapmaksızın bütün kaynaklarına (bu kurum ve kuruluşlar kendi mevzuatındaki hükümleri gerekçe göstererek karşı koysalar dahî bilgi, belge, veri ve kayıtlarına, özel arşivlerine, elektronik bilgi işlem merkezleri ile iletişim alt yapılarına) istisnasız bir biçimde erişebilecek ve ulaşabilecektir. Yâni, MİT, istihbarat döngüsünün (çarkının) üçüncü safhası olan "veri, malûmat ve bilginin toplanması" aşamasında temin ettiği bilginin / ürünün "hammadde"sini kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel

kişiliği bulunmayan kuruluşların sadece açık kaynaklarından değil, bu kuruluşlardan gelebilecek olası itirazlara rağmen, bilûmum kapalı (gizli) kaynaklarından da elde edebilecektir. Böylece, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi ile bilgi toplama yönünden MİT'e sağlanan ayrıcalık, aynı bendin ikinci tümcesi ile pekiştirilmekte ve -deyim yerinde ise- sağlama alınmakta ve MİT'in meşrû yollarla açık kaynaklardan elde edebileceği bilgiyi (hammaddeyi), gayrimeşrû yollarla -kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların mevzuatında aksine hükümler olsa dahî- kapalı kaynaklardan edinebilmesinin önü açılmaktadır. Böylesi bir hukuksuzluğun Anayasal düzen ile ve özellikle Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.

Artık, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesinde öngörülen düzenleme ile (aynı bendin birinci tümcesinde olduğu gibi), anılan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar, birer "açık kaynak" durumuna indirgenmekte ve bu kurum ve kuruluşların sahip oldukları kapalı (gizli) bilgilerin mahremiyeti tamamen ortadan kalkmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde tebârüz ettirilen "Hukuk devleti" ilkesinin, böylesine sakat bir düzenlemeyi himâye etmeyeceği açıktır. Zirâ, Yüksek Mahkeme'nizin pek çok Kararında isâbetle vurgulandığı veçhile, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen

kılan, Anayasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Dava konusu düzenlemenin ise (yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle), Anayasa Mahkemesi'nin mezkûr tanımında ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesini açık bir biçimde ihlâl ettiği âşikârdır.

Mezkûr düzenleme, yâni, MİT'in kamu kurum ve kuruluşlarından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilmesi, bunlara ait arşivlerden,

elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilmesi ve bunlarla irtibat kurabilmesi (az yukarıda açıklandığı veçhile Anayasanın 2. maddesine aykırılık teşkil etmesi yanında) Anayasanın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi ile de çelişmektedir.

Zirâ (yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun

6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi bölümünde de vurguladığımız üzere), kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel

kişiliği bulunmayan kuruluşlar, arşivlerinde, elektronik bilgi işlem merkezlerinde ve iletişim alt yapılarında ilgililer, muhataplar, müşteriler vb. kişiler hakkında gizli (mahrem) kalması gereken çok özel bilgi, belge, veri ve kayıtlar ihtivâ ediyor olabilirler. Bu tür mahrem ve gizli bilgi, belge, veri ve kayıtlar, o ilgililerin, muhatapların, müşterilerin vb. kişilerin "özel hayatlarını" ilgilendiriyor olabilir. Bu tür bilgilerin, başka hiç kimse tarafından bilinmemesi, sadece ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gerekiyor olabilir. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesindeki düzenleme ile, artık, MİT'in, sadece ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gereken her türlü bilgiye -bu kurum ve kuruluşların kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle olası karşı koymalarına ve itirazlarına rağmen- erişmesinin önü açılmaktadır.

Anayasamızın 20. maddesinin birinci fıkrası, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmünü âmirdir. Hâlbuki, dava konusu yaptığımız ve MİT'in, - sadece- ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gereken her türlü bilgiye erişmesine ve o bilgileri işlemek suretiyle -bu

kurum ve kuruluşların kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle olası karşı koymalarına ve itirazlarına rağmen- istihbarat ürünü elde edilmesine imkân sağlayan böylesi bir

düzenleme, Anayasanın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesini güvence altına alan 20. maddesinin, özellikle, birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." kuralı ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan ikinci tümcesinin tamamını oluşturan "Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar." söz grubu, Anayasanın 2. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeyle bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet

Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının

uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün

iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesi olan "Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir." Kuralı hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ikinci tümcesi olan "Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar." Kuralının uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu itibarla, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937

sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin birinci tümcesinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (b)

bendinin ikinci tümcesinin de iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz.

c-) (c) bendini oluşturan:

"c) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin dava-dışı birinci fıkrasında yer alan "Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:" Kural'ı ile birlikte değerlendirildiğinde), Millî İstihbarat Teşkilatı'nın (MİT'in) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebileceği ve bunlardan örnek alabileceği hükme bağlanmaktadır.

Dava konusu düzenlemede atıf yapılan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlar, sırasıyla, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar", "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar", "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" ile "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" olup; bunlardan Altıncı Bölümde yer alan ve "Halkı askerlikten soğutma" başlığını taşıyan 318, "Askerleri itaatsizliğe teşvik" başlığını taşıyan 319, Seferberlikle ilgili görevin ihmali" başlığını taşıyan 324, "Düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü" başlığını taşıyan 325. ve "Askerî yasak bölgelere girme" başlığını taşıyan

332. maddeler hariç olmak üzere, Dördüncü bölümde yer alan "Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak" başlıklı 302., "Düşmanla işbirliği yapmak" başlıklı 303., "Devlete karşı savaşa tahrik" başlıklı 304., "Temel millî yararlara karşı hareket" başlıklı 305., "Yabancı devlet aleyhine asker toplama" başlıklı 306., "Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma" başlıklı 307., "Düşman devlete maddî ve malî yardım" başlıklı 308.; Beşinci

bölümde yer alan "Anayasayı ihlâl" başlıklı 309., "Cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı" başlıklı 310., "Yasama organına karşı suç" başlıklı 311., "Hükûmete karşı suç" başlıklı 312., "Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan" başlıklı 313., "Silâhlı örgüt" başlıklı 314., "Silah sağlama" başlıklı 315, "Suç için anlaşma" başlıklı 316.; Altıncı bölümde yer alan "Askeri komutanlıkların gasbı" başlıklı 317., "Yabancı hizmetine asker yazma, yazılma" başlıklı 320., "Savaş zamanında emirlere uymama" başlıklı 321., "Savaş zamanında yükümlülükler" başlıklı 322., "Savaşta yalan haber yayma" başlıklı 323.; Yedinci bölümde yer alan "Devletin güvenliğine ilişkin belgeler" başlıklı 326, "Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme" başlıklı 327.,

"Siyasal veya askerî casusluk" başlıklı 328., "Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama" başlıklı 329., "Gizli kalması gereken bilgileri açıklama" başlıklı 330., "Uluslararası casusluk" başlıklı 331., "Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik" başlıklı 333., "Yasaklanan bilgileri temin" başlıklı 334., "Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini" başlıklı 335., "Yasaklanan bilgileri açıklama" başlıklı 336., "Yasaklanan bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklama" başlıklı 337., "Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi" başlıklı 338. ve "Devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma" başlıklı 339. maddelerinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak MİT'in soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanakları ile her türlü bilgi ve belgeye erişebileceği ve bunlardan örnek alabileceği öngörülmektedir.

Yüksek mâlûmları olduğu üzere, ceza muhâkemesi faaliyeti iki evreden oluşmaktadır. Bunlar, soruşturma ve kovuşturma evreleridir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre "Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi"; aynı fıkranın (f) bendine göre de "Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade etmektedir.

Gereksiz yere dava açılmasını önlemek ve kovuşturmanın sağlıklı ve hızlı bir biçimde yapılabilmesini sağlamak için, dava açılmadan önce hazırlık yapılmasına gerek vardır. Soruşturma evresi, suçları takiple yetkili mercilerin bir suçun işlendiği konusunda bilgi edinmeleriyle başlar. Kovuşturmanın amacı ise, suç isnâdı konusundaki cezaî uyuşmazlığı, kolektif olarak, kesin hüküm hâlini alacak bir son kararla çözmektir (Toroslu- Feyzioğlu, a.g.e., sh.255).

Ceza muhâkemesinde şüpheli veya sanık, savunma hakkını bizzat kendisi veya temsilcisi vasıtasıyla kullanabileceği gibi, bu konuda bir müdâfiinin hukukî yardımından da yararlanabilir. Müdâfiiye, savunma görevini gereği gibi yapabilmesi için bir kısım yetkiler tanınmıştır. Bu yetkilerden biri de, soruşturma ya da kovuşturma evresinde "dosyayı inceleme" yetkisidir.

Müdâfiinin gereği gibi savunma yapabilmesi için, şüpheliye veya sanığa isnat edilen suçu, suçla ilgili delilleri ve belgeleri öğrenmesi, bilmesi gerekir. Bunu sağlamak amacıyla müdâfii, kural olarak, soruşturma dosyasının içeriği ile dava dosyasının tamamını inceleyebilecek ve istediği belgelerin sûretini harçsız olarak alabilecektir (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde: 153, fıkra:5). Hatta, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 153. maddesinin beşinci fıkrası hükmünce, "dosyayı inceleme yetkisi" müdâfiinin (bu meyanda suçtan zarar görenin vekilinin), aynı zamanda "hakkı"dır.

Nitekim, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun "İşlerin stajyer veya sekreterle takibi, dâva dosyalarının incelenmesi ve dosyadan örnek alma" kenar başlıklı 46. maddesinin ikinci fıkrasında, "Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez." denilmek suretiyle, avukat veya stajyerin, vekâletnamesi olmaksızın dahî dâva ve takip

dosyalarını inceleyebilme yetkisi olduğu vurgulanmış; dosyadaki kağıt ve belgelerin örneği veya fotokopisini alabilmesi ise, vekâletname ibrazı şartına bağlanmıştır. Buna göre, Baroya kayıtlı olmak şartı ile, her avukat vekâletnamesi olsun ya da olmasın Türkiye'nin her yerinde soruşturma ya da kovuşturma evresinde herhangi bir dosyayı inceleyebilir ve içeriğine muttâlî olabilir. Bu hak, hukuk sistemimizde avukatlara tanınmış bir "yetki" ve - hatta- "hak"tır. Bir avukatın (ister müdâfii, isterse suçtan zarar görenin vekili olsun), soruşturma evresinde soruşturma dosyasını incelemesi veya dosyadaki belgelerin sûretini alması, soruşturmanın gâyesini tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabileceğine ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 153. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 19. maddesi hükmü ile yürürlükten kaldırılmış ve böylece, soruşturma evresinde, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürse bile, müdâfiin ve / veya suçtan zarar görenin vekilinin dosya içeriğini incelemesinin veya belgelerden örnek almasının önü açılmıştır (Kovuşturma evresinde ise, müdâfiin ya da suçtan zarar gören vekilinin dosya içeriğini ve dosyada muhâfaza altına alınmış delilleri inceleyebilmesi ve bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilmesi, öteden beri -zâten- mümkün idi).

Bütün bu bilgiler ışığında, somut olaya baktığımızda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (az yukarıda zikrettiğimiz) İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve

kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilmesine ve bunlardan örnek alabilmesine cevaz veren dava konusu düzenleme ile, hukuk sistemimizde ve hukuk usûlünde sadece avukatlara (ve avukat stajyerlerine) tanınmış olan soruşturma evresinde "dosya içeriğini inceleme ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilme yetkisi ve hakkı, artık, MİT'e de tanınmaktadır. Böylesi bir düzenlemenin, Anayasamızın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşır yanı yoktur.

"Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.2013 gün ve 2013/33 Esas, 2013/122 Karar sayılı Kararı). Bu cümleden olarak, Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhâkemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasanın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak durumundadır.

Hukuk düzenimizde, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde dosya içeriğini ve delilleri inceleyebilmek ve belge örneği alabilmek yalnızca davanın taraflarına ile sanık ya da şüpheli ya da sanık müdâfiine sağlanan bir yetki ve hak olduğuna göre, davanın tarafları (süjeleri) ile müdâfii ve suçtan zarar gören vekili (avukatlar ile avukat stajyerleri) dışında hiç kimsenin (muhâkemenin hangi evresi olursa olsun) soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, dosyadaki bilge ve belgelere (delillere) erişebilme ve bunlardan örnek alabilme yetkisi bulunmamaktadır.

Diğer yandan (az yukarıda değinildiği üzere), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 153. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen "Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabilme" şartı, 6526 sayılı Kanunun 19. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığına göre; bu şart (soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmemesi koşuluyla dosyanın incelenebilmesi ve dosyadaki bilgi ve belgelerden örnek alınabilmesi şartı), hâlen davanın tarafları ile müdâfiiler ve suçtan zarar görenlerin vekilleri dışındaki gerçek veya tüzel kişi olan (Millî İstihbarat Teşkilâtı da dâhil), herkes için devam ediyor demektir. Nitekim, "Soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesi" demek, soruşturmanın geciktirilmesi,

engellenmesi, olayın aydınlatılmasının zorlaştırılması demektir (Nur CENTEL / Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2008, s.190).

5271 sayılı CMK'nun 153. maddesinin üçüncü fıkrasının değişiklikten önceki metninde ise, "Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklar" hiçbir şekilde kısıtlamaya tabî olmaksızın erişime açıktı. Şüphesiz, burada ölçülü bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak, 6526 sayılı Kanunun 19. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 153. maddesinde yapılan değişiklikle, artık hiçbir kısıtlama olmaksızın şüpheli, sanık ve müdâfii ile suçtan zarar gören vekili bakımından soruşturma dosyasındaki her türlü işlem, bilgi ve belge içeriğinden haberdâr olunmasının yolu açılmıştır.

Ancak, davanın tarafı olmayanlar ile bunların yasal temsilcileri dışındaki şahıslara soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, dosyadaki her türlü bilgi ve belgeye erişim ve sûret alma yetkisi ve hakkı tanınması, "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek nitelikte" bir durumdur. Şüphesiz, MİT'in tarafı olduğu (dava konusu Kural'da atıf yapılan suçlarla ilgili dosyalar da dâhil) gerek yetkilileri ve gerekse yasal temsilcileri (avukatları) mârifetiyle dosya içeriğini inceleyebilme, ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek alabilme yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki, dava konusu düzenleme ile, MİT'in taraf olmadığı soruşturma ve / veya kovuşturma dosyalarında, bu bapta dava konusu yaptığımız Kural'da atıf yapılan suçlara ilişkin ifade tutanaklarına, dosyadaki her türlü bilgi ve belgeye erişim ve bunlardan örnek alma hakkı ve yetkisi tanınmakla, doğrudan suçla mücadele -bir anlamda- zayıflatılmış olmaktadır. Soruşturma ile yakalanması istenen şüphelinin ve elde edilmesi gereken diğer deliller ile işlenen suçun aydınlatılması, bazen dosyanın bir kısım içeriğinin davanın tarafları dışındaki kişilerden gizli tutulmasını gerektirir.

Dolayısı ile, bir soruşturma dosyasının ilk işlem anından itibaren tamamen MİT'in erişimine açık hâle getirilmesi, devam eden soruşturma tedbirlerinin ifşâ edilmesine yol açabileceğinden, suçla mücadeleyi neredeyse imkânsız hâle getirecektir. Hâlbuki (5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 1. maddesinde de açıklandığı gibi), ceza kanunlarının amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde getirilen düzenleme ile MİT'e 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek

alabilme yetkisi ve hakkı tanımaktadır. Böylece, MİT'in tarafı olmadığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturma (dava) dosyaları MİT yönünden birer "açık kaynak" hâline getirilmekte, hiçbir sınırlama olmaksızın MİT'in, soruşturma ve kovuşturma (dava) dosyalarındaki her türlü işlem, bilgi

ve belgeden haberdâr olmasının yolu açılmakta ve böylece MİT'in taraf olmadığı soruşturma ve kovuşturmalarda, doğrudan doğruya suçla mücadele zayıflatılmış olmaktadır.

Şüphesiz, "hukuk devleti" olmanın gereklerinden biri de, ceza mevzuâtımızda tanımlanan suçlarla "etkin" biçimde mücadele edilerek, toplum barışını sağlamak ve suç işlenmesini önlemektir. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde getirilen düzenleme (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Millî İstihbarat Teşkilâtı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır." biçimindeki dava-dışı tümce ile birlikte değerlendirildiğinde), 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara ilişkin bu gerekliliği tamamen ortadan kaldıracak mâhiyettedir. Bu itibarla, söz konusu hüküm, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükmü, Anayasanın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuşkusuz, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde getirilen düzenleme hakkında ileri sürdüğümüz Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri, aynı bendin tamamı için geçerli olup, Kural'ın "… soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir." biçimindeki sözcük öbeğinden önce gelen "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin …" sözcük öbeğine de sirâyet etmekte ve anılan bu ibârenin de - kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasaya aykırılığı sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, bu bapta ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçeleri, dava konusu Kural'da yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin …" sözcük öbeği için de aynen geçerlidir. Yüksek Mahkemenizin

gereksiz yere zamanını almamak ve lüzûmsuz tekrarlara yol açmamak adına, dilekçemizin iş bu bölümünde ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçelerini, "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin …" sözcük öbeği için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz. Zirâ, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere)

ilişkin …" sözcük öbeği ile "… soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir." biçimindeki sözcük öbeği arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin …" sözcük öbeği olmaksızın devamındaki "… soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir." Kuralı başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "… soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir." Kuralının varlığı söz konusu olmaksızın, aynı bentte yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin …" sözcük öbeği tek başına hüküm ifade etmez ve başlıbaşına varlığını sürdüremez. Öyle ise, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan hüküm hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçeleri, Kural'ın tamamı için aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeyle bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının

uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün

iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "… soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir." Kuralı hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, aynı bentte yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin …" sözcük öbeğinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı

Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "… soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir." sözcük grubunun iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin …" sözcük öbeğinin de iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

d-) (i) bendinde geçen: "… alan veya …"

Sözcük öbeğinin (ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin dava-dışı birinci fıkrasında yer alan "Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:" Kural'ı ile, yine 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinin dava konusu yaptığımız ibâre dışında kalan "MİT'te görev … alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir." sözcük grubu ile birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu ibâre ile, "Millî İstihbarat Teşkilatı'nın (MİT'in) kendi bünyesinde görev alacak kişiler yanında, MİT'te görev 'alan kişilerin' de güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir." hükmü getirilmektedir.

Dava konusu "… alan veya …" ibâresinin yer aldığı Kural'ın öngördüğü hüküm ile, "Millî İstihbarat Teşkilatı'nın (MİT'in) kendi bünyesinde MİT'te görev 'alan kişilerin' güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası dahil test teknik ve yöntemlerinin uygulanabileceği öngörülmektedir. Şüphesiz, MİT'te görev alan kişiler içerisinde, MİT Müsteşarı, müsteşar yardımcıları, MİT bünyesindeki hizmet birimlerinin yönetici konumundaki üst düzey görevlileri ve MİT'in her kademesinde kıdemli veya kıdemsiz, eski veya yeni muhtelif kişiler bulunmaktadır. MİT'te görev alan bu kişilerin, daha önce (göreve başlarken) güvenilirlikleri ve uygunlukları belirlenerek ve dolayısı ile kendilerine itimât edilerek MİT uhdesinde göreve başlatıldıkları bir vâkıâdır. Bu meyanda, MİT'te görev ("alan" değil) "alacak" olan kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek amacıyla, MİT'in bir takım test ve teknik yöntemler kullanmasında, kanaatimizce, Anayasaya herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır. Ancak, MİT'te görev "alan" ile, görev "alacak" kişileri -deyim yerinde ise- aynı kefeye koymak ve -muhtemelen türlü riskleri göze alarak, özel hayatından ve aile yaşantısından tâvizler vererek ve bu meyanda ifâ ettiği görev gereği pek çok fedâkarlığa katlanarak- yıllarını MİT'e hizmet

vererek geçirmiş bir MİT görevlisinin (Kural'da belirtildiği gibi, MİT'te görev "alan" bir kişinin) güvenilirliğini ve uygunluğunu test etmek, o kişinin insan haysiyetiyle bağdaşmaz.

Nitekim, TBMM Adalet Komisyonunun 5271 sayılı CMK Tasarısına İlişkin Raporu'nda aynen şu görüşlere yer verilmiştir: "Anayasal açıdan ahlakî değil, bağlayıcı bir hukukî değer olan insan haysiyetinden vazgeçmek mümkün değildir. (…) İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevî güçtür. Son bir tahlilde insan haysiyeti adı verilen değerin hür irade olduğu söylenebilir. İnsanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerin inkârı anlamına gelen her türlü işlem insan haysiyetine aykırıdır." (Cumhur Şahin, İzzet Özgenç; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı, Mart, 2007; TBMM Adalet Komisyonunun 5271 sayılı CMK Tasarısına İlişkin Raporu, Tarih:1.12.2004, Esas:1/535, 1/292, Karar: 65; sh.499 vd.).

Anayasamızın "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" kenar başlıklı

17. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz." denilmektedir. Kuşkusuz, Anayasanın bu hükmünde geçen "… kimse …" mefhûmu, MİT'te görev "alan" kişileri de kapsamaktadır. Bu itibarla, hangi amaçla ve sâikle olursa olsun, MİT'te görev alan kişilerin, güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemeye çalışmak, o kişilerin, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muâmeleye tâbî tutulması anlamına gelmekte ve dolayısı ile, Anayasanın -

yukarıda belirtilen- 17. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "… kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir … muameleye tâbi tutulamaz." ilkesiyle bağdaşmamaktadır (Bu beyanımızdan da anlaşılabileceğini gibi, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendini oluşturan Kural'da MİT'te görev "alacak" kişilerin MİT tarafından güvenilirliklerinin ve uygunluklarının belirlenmesine ve bu belirlemede kullanılacak yöntemlere ilişkin herhangi bir iptal talebimiz yoktur; iptal talebimiz, MİT'te görev "alan" kişilerin, MİT tarafından güvenilirliklerinin ve uygunluklarının belirlenmesine münhasırdır).

Bu nedenle, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendini oluşturan "MİT'te görev alan veya alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir." hükmünde geçen ve MİT'te görev "alan" kişilerin, MİT tarafından güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlenmesine cevaz veren dava konusu ibâre (Kural'ın öngördüğü düzenleme bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde), MİT'te görev "alan" kişiler yönünden rencide edici (incitici) mâhiyettedir; insan haysiyetiyle bağdaşmamaktadır ve bu itibarla, dava konusu ibâre, Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, daha önce güvenilirlikleri ve uygunlukları tesbit edilen ve böylece Devlet'in itimâdını kazanan kişilerin görev aldıkları Kurumlarca güvenilirliklerini ve

uygunluklarını yeniden teste tâbî tutmak suretiyle, o kişileri rencide etmek, incitmek, insan haysiyeti ile bağdaşmamakta ve dolayısı ile böylesi bir uygulama, "hukuk devleti" ilkesi ile de çelişmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isâbetle vurgulandığı gibi, Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasaya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Buna göre, Anayasamızın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesi, kişilerin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muâmelelere tâbî tutulmamalarını gerektirir. Bu itibarla, hangi amaçla ve sâikle olursa olsun, daha önce güvenilirlikleri ve uygunlukları tesbit edilen ve böylece Devlet'in itimâdını kazanarak MİT'te görev "alan" kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını yeniden belirlemeye çalışmak, o kişilerin, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muâmeleye tâbî tutulması anlamına gelmekte ve dolayısı ile, MİT'te görev "alan" kişilerin, MİT tarafından güvenilirliklerinin ve uygunluklarının

belirlenmesine cevaz veren böylesi bir düzenleme, Anayasamızın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin dava-dışı birinci fıkrasında yer alan "Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:" Kural'ı yanında, yine 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinin dava konusu yaptığımız ibâre dışında kalan "MİT'te görev … alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir." sözcük grubu ile birlikte değerlendirildiğinde; 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendini oluşturan "MİT'te görev alan veya alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir." hükmünde geçen, "… alan veya

…" ibâresi, Anayasanın 2. ve 17. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız "… alan veya …" ibâresinin sonunda yer alan "veya" bağlacından önce gelen "alan" sözcüğü hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin sonunda yer alan "veya" bağlacı da Kural içerisindeki anlamını yitirecek ve bu bağlacın uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde geçen "alan" sözcüğünün iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı

ibârenin sonunda geçen ve uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan "veya" sözcüğünün de iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

e-) Ek (Onbirinci) fıkrada geçen:

"… yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …"

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi: 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine

eklenen ek (Onbirinci) fıkrada öngörülen düzenleme ile, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki (2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin 6532 sayılı Kanunun 3.

maddesi ile eklenen işbu onbirinci fıkrasına kadar olan) hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgileri değerlendirilebileceği, kayda alınabileceği hükme bağlanmaktadır.

Davamız, bu Kural içerisinde yer alan "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla 'yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla' yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tesbit edilebilmesini, dinlenebilmesini, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesini ve kayda alınabilmesini öngören düzenlemeye ilişkin olup, Kuralın bu düzenlemenin dışında kalan "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla (…) yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tesbit edilebilmesine, dinlenebilmesine, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesine ve kayda alınabilmesine" yönelik olarak herhangi bir iptal talebimiz bulunmamaktadır.

Şu halde, Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla (…) yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebilmesine, dinlenebilmesine, sinyal bilgileri değerlendirilebilmesine, kayda alınabilmesine yönelik herhangi bir talebimiz olmadığına göre, tabiatıyla, Kuralı oluşturan tümcenin yüklemini (fiilini) teşkil eden yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgileri

değerlendirilebilmesi, kayda alınabilmesi şeklindeki sözcük grubunun iptalini talep etme cihetine gitmemiş olmamız doğaldır. Tarafımızdan, tümcenin yüklemini (fiilini) oluşturan iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgileri değerlendirilebilmesi, kayda alınabilmesi sözcük grubu hakkında da iptal talebinde bulunulmuş olsa idik, iptali konusunda herhangi bir talebimiz bulunmayan "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla (…) yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla

gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tesbit edilebilmesine, dinlenebilmesine, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesine ve kayda alınabilmesine"ne ilişkin ibâre yüklemsiz kalacak ve bir anlam ifade etmeyecekti. İşte, bu yüzden, tarafımızdan, iş bu dilekçe ile, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada öngörülen Kuralın, "… yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …" ibâresi hakkında iptal talebinde bulunulmuştur.

Hemen belirtmek gerekir ki, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrasında dava konusu yaptığımız ibârede öngörülen düzenlemeye göre, Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla "… yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …" yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tesbit edilebilmesine, dinlenebilmesine, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesine ve kayda alınabilmesine cevaz veren böylesi bir düzenleme "hukuk devleti" ilkesini hiçe saymak anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, MİT, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tesbit edilebilmesinde, dinlenebilmesinde, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesinde ve kayda alınabilmesinde hiçbir sınır tanımadan, "önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacı" adı altında, 2937 sayılı Kanunun "yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkrasından önce gelen bütün) hükümlere" ve "diğer kanunlardaki düzenlemelere" bağlı kalmaksızın, sadece "MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla" yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimini tesbit edebilecek, dinleyebilecek, sinyal bilgilerini değerlendirebilecek ve kayda alabilecektir.

Yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi bölümü ile, yine yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal gerekçesinde de açıkladığımız

üzere, istihbarat faaliyetlerinin kişi hak ve hürriyetlerini ihlâl etmeden gerçekleştirilmesi ve denetimi açısından, yaşamın her alanında olduğu gibi, istihbarat alanındaki hukukî düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve çerçevesi çizilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ideal bir istihbarat faaliyetini düzenleyen kanun hükümlerinin, istihbarat örgütünün yapısını, temel işlevini, görev alanlarını, yetkilerini, sınırlarını ve denetim mekanizmalarını açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlemesi gerekir. Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde de; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Kezâ, yine yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi bölümü ile, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal gerekçesinde de açıkladığımız üzere, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin, hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukukî

yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrasında dava konusu yaptığımız ibârede yer alan "… yukarıdaki hükümlere ve diğer

kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …" ibâresinde geçen "yukarıdaki hükümler"in hangi hükümler olduğu ve yine "bağlı kalınmayacak" olan "diğer kanunlardaki düzenlemeler"in hangileri olduğu belirtilmemiştir. Böylece, MİT'in, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT

mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimini tespit ederken, dinlerken, sinyal bilgilerini değerlendirirken ve kayda alırken "bağlı kalmayacağı" belirtilen "yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkrasından önce gelen) hükümlerin" ve "diğer kanunlardaki düzenlemeler"in neler olduğu belirlenmemiştir. Şüphesiz, böylesi bir belirsizlik altında, bir de, MİT Müsteşarına veya yardımcısına verilen sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle, kapsamı ve mâhiyeti değişebilen hukukî belirsizlik içinde, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi, kayda alınabilmesi, "MİT Müsteşarının veya yardımcısının onayı"na bağlanmakla, iletişiminin tespit edilebilmesinde, dinlenebilmesinde, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesinde ve kayda alınabilmesinde - olası-keyfî uygulamalarının önü açılırken; "yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın" sözcük öbeğiyle de, her ortama, görevin niteliğine, zamana ve zemine göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir.

Zirâ, dava konusu ibâre, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada yer almakta olup, bu fıkra hükmünde dava konusu ibârede geçen "yukarıdaki hükümler" arasında (2937 sayılı Kanunun 1. ilâ 6. maddesinin ek [Onbirinci] fıkrasına kadar) bir çok madde, fıkra, bent, tümce ve ibâre mevcuttur. Şüphesiz, bunların her biri, farklı yasal düzenlemeler içermektedir. Dava konusu ibârede geçen "yukarıdaki hükümler" sözcükleri ile yasakoyucunun, bu hükümlerden hangilerini murâtteği anlaşılamamaktadır. Benzer şekilde, dava konusu ibârede geçen ve pek çok düzenleme ihtivâ eden "diğer kanunlardaki düzenlemeler"in hangi kanunlardaki, hangi düzenlemeler olduğu belirsizdir. Bu nedenle, dava konusu ibâre ile, sınırları ve çerçevesi belirli olmayan bir düzenlemeye sebebiyet verilmiştir.

Kanaatimizce, ne maksatla olursa olsun, dava konusu ibârenin yer aldığı Kural'da dava-dışında bıraktığımız "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla" dahî olsa, böylesi bir belirsizliğe yol açılması, bu belirsizliğin mâzereti ve haklı gerekçesi olamaz. Bu itibarla, 6532

sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada dava konusu yaptığımız ibârede öngörülen düzenleme, Anayasanın 2. maddesinde tanımlanan "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Diğer yandan, MİT'in, kendisini, -dava konusu ibârede olduğu gibi- gerek yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkrasından önce gelen) hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların

iletişimi tespit edilebilmesi, dinleyebilmesi, sinyal bilgilerini değerlendirebilmesi ve kayda alınabilmesi, Anayasanın "yasama yetkisi" kenar başlıklı 7. maddesi hükmüne de aykırıdır. Zirâ, Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Buna göre, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden alınıp, başka bir gerçek ya da tüzel kişiye, makâma veya mercîiye devri, "yasama yetkisinin devri" anlamına gelecektir.

Dava konusu ibârede ise, yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkrasından önce gelen) hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek adı altında, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilecek, dinlenebilecek, sinyal bilgilerini değerlendirebilecek, kayda alınabilecek ve böylece, "yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkrasına kadar olan) hükümler" ile "diğer kanunlardaki düzenlemeler" -deyim yerinde ise- by-pass edilerek (hiçe sayılarak), MİT Müsteşarı veya yardımcısı, bir anlamda, kendisini yasakoyucunun yerine koyacaktır. Başka bir deyişle, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebilmesinde, dinlenebilmesinde, sinyal bilgilerinin değerlendirebilmesinde ve kayda alınabilmesinde, sadece kanun hükümlerinin uygulanması gerekirken, dava konusu ibârenin öngördüğü düzenleme ile, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış

olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebilmesinde, dinlenebilmesinde, sinyal bilgilerinin değerlendirebilmesinde ve kayda alınabilmesinde (Kanunî düzenlemeler değil de) MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayı yeterli olacaktır. Kanaatimizce, ne maksatla olursa olsun, dava konusu ibârenin yer aldığı Kural'da dava-dışında bıraktığımız "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla" dahî olsa, MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayının bulunması, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebilmesinin, dinlenebilmesinin, sinyal bilgilerinin değerlendirebilmesinin ve kayda alınabilmesinin mâzereti ve haklı gerekçesi olamaz.

Bu itibarla, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada dava konusu yaptığımız ibârede yer alan sözcük grubu, bir bütün (kül) hâlinde değerlendirildiğinde, "Yasama yetkisi"nin MİT Müsteşarı veya yardımcısına "devri" anlamına gelmektedir ve dolayısı ile, Anayasanın 7. maddesi hükmüne açıkça aykırıdır.

Diğer yandan, mezkûr düzenleme, yâni, MİT'in Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkradan önce gelen) hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; -yalnızca- MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimini tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi ve kayda alınabilmesi (az yukarıda açıklandığı veçhile Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırılık teşkil etmesi yanında) Anayasanın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi ile de çelişmektedir.

Zirâ, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi sırasında kişiler (karşılıklı görüşmenin tarafları, aralarındaki iki yönlü / etkileşimli (karşılıklı) görüşmeleri sırasında gizli (mahrem) kalması gereken çok özel bilgileri paylaşıyor olabilirler. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada dava konusu yaptığımız ibâre ile, artık, "yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkradan önce gelen) hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; -yalnızca- MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla" yurt dışında veya yabancılar

tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimini tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi ve

kayda alınabilmesi olanaklı hâle gelmektedir.

Anayasamızın 20. maddesinin birinci fıkrası, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmünü âmirdir. Hâlbuki, dava konusu yaptığımız ve "yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkradan önce gelen) hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; -yalnızca- MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla" yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimleri sırasında, kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren bilgiler de dâhil, her türlü bilgiye erişmesine ve o bilgileri işlemek suretiyle istihbarat ürünü elde edilmesine imkân sağlayan böylesi bir düzenleme, Anayasanın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesini güvence altına alan 20. maddesinin, özellikle, birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." kuralı ile bağdaşmamaktadır.

6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada dava konusu yaptığımız ibârede öngörülen düzenleme, aynı

zamanda, Anayasamızın "Haberleşme hürriyeti"ni güvence altına alan 22. maddesi ile de çelişmektedir. Zirâ, Anayasanın "Haberleşme hürriyeti" kenar başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrası "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır." hükmünü âmirdir. Şüphesiz, yüzyüze görüşmeler dışında, iletişim, günümüzde yalnızca mobil ya da ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilmemektedir; bunların yanında çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık,

kişiler, bir haberleşme yolu olarak e-posta yöntemini de kullanmakta, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumlarını internet ortamından (muhtelif internet / sosyal medya ve paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izlemektedirler. Bu cümleden olarak, basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmakta ve günceli yakalamak için internetin hızından yararlanmaktadır. İşte, Anayasamız, bütün bu haberleşme faaliyetini Anayasal bir hak olarak 22. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına almıştır.

Oysa, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada dava konusu yaptığımız "… yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki

düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …" ibâresi, ek (onbirinci) fıkrasının dava konusu yapmadığımız "Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla (…) yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir" sözcük grubu ile bir bütün (kül) hâlinde değerlendirildiğinde, öngörülen düzenleme ile Anayasanın 22. maddesinin birinci fıkrası hükmünde güvence altına alınan "Haberleşme hürriyeti"nin "özü"ne dokunur mâhiyettedir.

Zirâ, ne maksatla yapılırsa yapılsın, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yapılmış olsa dahî, kanaatimizce, kişilerin (vatandaş ya da yabancı olsun) her ne şekil ve surette cereyan ederse etsin, aralarında gerçekleşen iletişimin, kendilerinin bilgisi, rızası ve muvâfakatları dışında "yukarıdaki (6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek [Onbirinci] fıkradan önce

gelen) hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; -yalnızca- MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla" tesbiti, dinlenmesi, değerlendirilmesi ve kayda alınması, demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "haberleşme özgürlüğü"ne müdâhale anlamına gelmektedir. Böylesine haksız bir müdâhalenin ise, "haberleşme özgürlüğü"nü teminât altına alan Anayasanın 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri hükümleri tarafından himâye görmeyeceği açıktır.

Her ne kadar, Anayasamızın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında "İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirlenir." denilmiş ise de, bu Kural'da belirtilen "kanun" sözcüğüyle "Hukuk devleti" ilkesine, dolayısıyla "Anayasaya uygun" bir Kanunun murâdedildiği âşıkârdır. Oysa, dava konusu yaptığımız 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada yer

alan "… yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …" ibâresi (yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız veçhile), "hukuk devleti" ilkesine aykırı olması hasebile, "Anayasa"ya ve Anayasanın murâdettiği "kanun" kavramı içerisinde telâkkî edilemez. O halde, Anayasanın

22. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirlenir." Kuralı, MİT'i, istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarından biri hâline getirmemekte ve dolayısı ile -bu bapta- dava konusu yaptığımız ibârede (düzenlemede) beliren Anayasaya aykırılığı gidermemekte ve telâfi etmemektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrada dava konusu yaptığımız "… yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …" ibâresi (sözcük grubu), Anayasanın 2., 7., 20. ve

22. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3-) 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 6. maddesi ile 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 26. maddesine eklenen,

a.) Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan:

"MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile (ek ikinci fıkranın dava-dışı birinci tümcesi ile birlikte değerlendirildiğinde), Cumhuriyet savcılarının, MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ve bu durumu MİT Müsteşarlığına bildiklerinde, MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmayacağı ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır. Buna göre, Cumhuriyet savcıları, MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ve bu durumu MİT Müsteşarlığına bildiklerinde, MİT Müsteşarlığı, ihbar ve şikâyeti alan Cumhuriyet savcısına, ihbar ve şikâyet konusu olayın görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya ihbar ve şikâyet konusu olayın görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belgelendirmesi hâlinde Cumhuriyet savcısı tarafından adlî yönden başkaca hiç bir işlem yapılamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri de uygulanmayacak ve böylece ihbar ve şikâyet konusu eylem (fiil) -suç teşkil etse dahî- hiçbir

hukukî işlem yapılmaksızın soruşturma kapatılacak, olası suç konusu eylem ve suçun fâli cezasız kalacaktır.

Cumhuriyet savcısı, ceza muhâkemesinde hukukî ilişkinin "süjesi" olduğundan, hem bazı ödevleri yerine getirmekle yükümlüdür hem de bazı yetkilere sahiptir (Selahattin Keyman, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara, 1970, sh.141 vd). Muhâkeme ilişkisinin pasif süjesi olduğunda savcının ödevlerinden, aktif süjesi olduğunda ise savcının yetkilerinden söz edilir. Cumhuriyet

savcısının ödevlerinin başında iddia göreviyle ve dolayısıyla ceza muhâkemesiyle ilgili olanlar gelir. Ancak, Cumhuriyet savcısının bunların dışında kalan ödevleri de vardır. Örneğin, herhangi bir suç haberini alan Cumhuriyet savcısı, kamu davası açmaya yer olup olmadığını belirlemek üzere hemen soruşturmaya başlar ve gerekli işlemleri bizzat veya kolluğun yardımıyla yapar; buna Cumhuriyet savcısının "soruşturma yapma ödevi" denir. Ayrıca, Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonunda suç haberinin gerçek olduğu konusunda yeterli delil elde etmişse, kamu davasının açılması için bir iddianame düzenleyerek görevli ve yetkili mahkemeye vermekle ve mahkemenin iddianameyi kabûl etmesiyle açılan kamu davasını yürütmekle yükümlüdür; buna da Cumhuriyet savcısının "kamu davası açma ve yürütme ödevi" denilmektedir (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, madde: 170/1 ve 175/1). İddianameyi düzenlemek ve açılan kamu davasını yürütmek ödevini Cumhuriyet savcısı bizzat yerine getirir (Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, sh.118-119).

Bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Bu hükme göre, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmakla yükümlüdür. Bu görev tarifinde, "işin gerçeğini araştırmak" konusunda suça ve suçluya ilişkin herhangi bir istisnaya (ayrıksı duruma) yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısı, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin, şüphelinin ya da eylemin niteliğine ve türüne bakmaksızın bilâ istisna, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak mükellefiyetindedir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olaya baktığımızda, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının, MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ve bu durumu MİT Müsteşarlığına bildiklerinde, MİT Müsteşarlığının, konunun "görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi" veya "belgelendirmesi" hâlinde adlî yönden başkaca bir işlem yapılmayacağının ve herhangi bir

koruma tedbiri uygulanmayacağının öngörülmesi, yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukunun temel kurallarına ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesinde yer alan Kural'ın getirdiği düzenleme, Kural'da MİT Müsteşarlığının, ihbar ve şikâyet konusu vâkıânın kendi görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adlî yönden başkaca işlem yapılamaması ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanamaması, MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyetin Cumhuriyet savcıları tarafından işleme konulmaması, ceza yargılaması açısından ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması anlamına gelmektedir.

Hâlbuki (az yukarıda da değinildiği üzere), bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiği izlenimi edinen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde, Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşturması halinde, Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenleyeceği (kamu davası açacağı) öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip, kamu davasını açmak mükellefiyetindedir. Buna göre, Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırması, delil toplaması ve kamu davası açması için yegâne ölçüt, -her ne şekil ve sûrette olursa olsun- ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olmasıdır.

Ne var ki, bu bölümde dava konusu yaptığımız Kural'ın öngördüğü düzenlemede, Cumhuriyet savcısı, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olsa dahî, suç işlendiği izlenimini veren ahvâlin dayanağı olan ihbar ve şikâyetin MİT müsteşarlığının, ihbar ve şikâyet konusu vâkıânın kendi görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde hiçbir işlem yapmayacak ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi ile 170. maddesinde kendisine verilen "işin gerçeğini araştırma" ve -gerekirse- "kamu davası açma" görevlerini yerine getirmeyecektir. Bu düzenleme ile MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında görev alanlar ile MİT mensuplarının şikâyet edilmesi ya da işledikleri suç fiilinin ihbârı sonucunda adlî yönden herhangi bir işlem yapılması ve herhangi bir koruma tedbirinin uygulanması imkânsız hâle geleceğinden, suçun ortaya çıkarılması ve suç işleyen MİT görevlilerinin korunduğu

izlenimine yol açması nedeniyle, Kural'da öngörülen düzenleme, bu açıdan da, -yukarıda da vurgulandığı üzere-

ceza hukukunun temel kurallarına ve Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Zirâ, ihbar veya şikâyet konusu olayın MİT'in görev ve faaliyet alanına girip girmediğine bakmaksızın, Cumhuriyet savcılarının, ihbar veya şikâyet aldıklarında suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamaları ve ilgililer hakkında -gerekirse- kamu davası açabilme yetkilerini kullanmaları "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bu bağlamda kazanılmış hakları güvence altına alan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün

kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2005 gün ve 2004/68 Esas, 2005/104 Karar sayılı Kararı).

Diğer yandan, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının, MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ve bu durumu MİT Müsteşarlığına bildiklerinde, MİT Müsteşarlığının, konunun "görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi" veya "belgelendirmesi" hâlinde adlî yönden başkaca bir işlem yapılmayacağının ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmayacağının öngörülmesi -yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukuna hâkim olan bütün ilke ve

kurallara aykırı bir biçimde-, Milli İstihbârat Teşkilâtı'nın (MİT'in) görev ve faaliyetlerine ve Milli İstihbârat Teşkilâtı (MİT) mensuplarına, hukukumuzda başka hiçbir gerçek ve / veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık yaratılmakta ve böylece MİT'in görev ve faaliyetlerini yerine getirenler / MİT mensupları ile MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer almayanlar / MİT mensubu olmayanlar arasında bâriz bir biçimde "kanun önünde eşitsizlik" husûle getirmektedir.

Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle

ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, … kanun önünde eşit…" olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine MİT'in görev ve faaliyetlerini yerine getirenler / MİT mensupları ile MİT'in görev ve faaliyetleri içerisinde yer almayanlar / MİT mensubu olmayanlar da girmektedir. Az yukarıda belirtildiği veçhile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası hükmünce, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini

araştırmaya başlar." Bu hükme göre, Cumhuriyet savcısı, MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer almayanlar / MİT mensubu olmayanlar veya MİT mensubu olup da, MİT müsteşarlığı tarafından, ihbar veya şikâyet konusu olayın MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilmeyen veya belgelendirilmeyenler hakkında herhangi bir ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmakla yükümlü iken, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcıları MİT Müsteşarlığının, konunun "görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi" veya "belgelendirmesi" hâlinde MİT'in görev ve faaliyetlerini yerine getirenler / MİT mensupları hakkında adlî yönden hiç bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri cihetine gidilemeyecektir.

Hâl böyle olunca, MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alanlar ve MİT mensupları ile MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer almayanlar ve MİT mensubu olmayanlar (veya MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alıp ya da MİT mensubu olup da, MİT Müsteşarlığı tarafından konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilmeyenler veya belgelendirilmeyenler) arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelmesine yol açacaktır. Cumhuriyet savcısı, MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer almayanlar ve MİT mensubu olmayanlar (veya MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alıp veya MİT mensubu olup da, MİT Müsteşarlığı tarafından konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilmeyenler veya belgelendirilmeyenler) hakkında 5271 sayılı CMK.nun 160. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ihbar, şikâyet veya başka bir surette suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve 5271 sayılı CMK.nun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturması halinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak mükellefiyetinde iken, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan dava konusu düzenleme ile MİT müsteşarlığınca ihbar ve

şikâyet konusu olayın MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilmesi veya belgelendirilmesi hâlinde, MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alanlar ve / veya MİT mensupları hakkında aynı veya benzeri bir ahvâlin vukuu durumunda, adlî yönden hiçbir işlem yapamayacaktır.

Başka bir değişle, suçu sâbit görülen MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alan ve

/ veya MİT mensubu bir şüpheli veya sanık hakkında, MİT müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası ile 170. maddesi hükümlerine tamamen mugâyir bir biçimde), Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılamayacak ve kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Dördüncü Kısım'ında 90. ve devamı maddelerinde öngörülen Koruma tedbirleri olan yakalama ve gözaltı, tutuklama, adlî kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinin tatbîki

cihetine gidilemeyecektir. O halde, dava konusu mezkûr düzenleme, apaçık, MİT görev ve faaliyetlerinde bulunanlar ile MİT mensuplarına sağlanan -deyim yerinde ise- yasal bir "zırh" ve bir "kalkan" anlamına gelmektedir ve aynı yasal koruma ve kollamanın, diğer kamu kurum ve kuruluşlarına, görev ve faaliyetlerine ve MİT mensubu olmayan kişilere uygulanmaması "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu aykırılık, Anayasanın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasanın "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensupları hakkında adlî yönden işlem yapılabilmesi ve herhangi bir koruma tedbirine hükmolunabilmesi, "MİT müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi" şartına bağlanmakla, haklarında ihbar veya şikâyet olan MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunanlar ile MİT mensupları lehine; fakat, haklarında, MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunmayanlar ile MİT mensubu olmayanlar veya MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alsa veya MİT mensubu olsa dahî, "MİT müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmemesi veya belgelendirmemesi" hâlinde bu kişiler aleyhine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü "Hiçbir kişiye … imtiyaz tanınamaz." dediğine göre, haklarında ihbar veya şikâyet vâkî olan ve MİT müsteşarlığı tarafından ihbar ve şikâyet konusu olan olayın kendi görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilen veya belgelenen MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunanlar ile MİT mensuplarına (olası

şüphelilere) bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasanın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, "Devlet organları" kavramı içerisine "Yasama organı" da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6532 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile haklarında ihbar veya şikâyet vâkî olan ve MİT müsteşarlığı tarafından ihbar ve şikâyet konusu olan olayın kendi görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilen veya belgelenen MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunanlar ile MİT mensupları (olası şüpheliler) yönünden lehe bir düzenleme getirdiğinden, "Kanun önünde eşitlik" ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan dava konusu düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.

6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkrasının ikinci tümcesinde öngörülen düzenleme, kanaatimizce, Anayasamızın

125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi

amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu Kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu" mefhûmu içerisine ceza muhâkemesinde ihbar, şikâyet veya başka bir surette Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılan "soruşturma evresi"nin de dâhil olduğu kuşkusuzdur. Az yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı veçhile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası hükmünce, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmakla yükümlüdür. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcıları MİT Müsteşarlığının, konunun "görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi" veya "belgelendirmesi" hâlinde, MİT'in görev ve faaliyetlerini yerine getirenler / MİT mensupları hakkında adlî yönden hiç bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri cihetine

gidilemeyecektir. Böylesi bir düzenleme, apaçık, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu"nun MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensuplarına kapatılması; başka bir ifade ile, (MİT Müsteşarlığının, Cumhuriyet savcısına gelen herhangi bir ihbar veya şikâyet konusu vâkıânın) görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunun belirtilmesi veya belgelendirilmesi durumunda MİT'in yargı denetiminden muaf tutulması anlamına gelmektedir. Dolayısı ile, mezkûr düzenleme ile (dava-dışı 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın birinci tümcesindeki düzenleme de dikkate alındığında), Cumhuriyet savcılarının MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde, MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adlî yönden başkaca bir işlem yapılmaması ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmamasına yönelik mezkûr düzenleme ile MİT'in eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmakla, Anayasanın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan dava konusu düzenleme, Anayasanın 2., 10. ve 125. maddelerine açıkça aykırıdır. İptali gerekir.

b.) Ek (üçüncü) fıkrasında geçen:

"İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da …" Sözcük grubu (ibâresi) ile,

"… delilleri ve dayanakları gösterilmeyen …"

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile (ek ikinci fıkranın dava-dışı birinci tümcesi ve ek üçüncü fıkranın dava-dışı "… belli bir olayı ve nedeni içermeyen ihbar ve şikâyetler, … Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmaz." ibâresi ile birlikte değerlendirildiğinde), Cumhuriyet savcılarının, MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında, bu ihbar ve şikâyetlerin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığının anlaşılması ya da delilleri ve dayanaklarının gösterilmemesi hâlinde Cumhuriyet savcılarınca işleme konmayacağı öngörülmektedir.

Başka bir deyişle, bu düzenleme ile, Cumhuriyet savcılarının, MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyeti işleme koymaları, ihbar ve şikâyetin isimsiz,

imzasız, adressiz yahut takma adla yapılmaması ve ihbar ve şikâyet konusu olayın delillerinin ve dayanaklarının gösterilmesi şartına bağlanmaktadır.

6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (üçüncü) fıkrada yer alan ve bu bapta dava konusu yaptığımız sözcük gruplarının (ibârelerinin) getirdiği düzenleme, Kural'da öngörülen koşulları taşımayan ihbar ve şikâyet dilekçelerinin Cumhuriyet savcıları tarafından işleme konulmaması, ceza yargılaması açısından ön inceleme ve soruşturma evresine geçilemediği için varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması anlamına gelmektedir.

Hâlbuki (az yukarıda da değinildiği üzere), bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiği izlenimi edinen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde, Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşturması halinde, Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenleyeceği (kamu davası açacağı) öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip, kamu davasını açmak mükellefiyetindedir. Buna göre, Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırması, delil toplaması ve kamu davası açması için yegâne ölçüt, -her ne şekil ve sûrette olursa olsun- ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olmasıdır.

Ne var ki, bu bölümde dava konusu yaptığımız ibârelerin öngördüğü düzenlemede, Cumhuriyet savcısı, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olsa dahî, suç işlendiği izlenimini veren ahvâlin dayanağı olan ihbar ve şikâyetin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapılması ya da ihbar şikâyetin konusu olan vâkıâ ile ilgili olarak delillerin ve dayanaklarının gösterilmemesi hâlinde hiçbir işlem yapmayacak ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi ile 170. maddesinde kendisine verilen "işin gerçeğini araştırma" ve -gerekirse- "kamu davası açma" görevlerini yerine getirmeyecektir. Bu düzenleme ile MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında görev alanlar ile MİT mensuplarının şikayet edilmesi ya da işledikleri suç fiilinin ihbârı imkânsız hale geleceğinden, suçun ortaya çıkarılması ve suç işleyen kamu görevlilerinin korunduğu izlenimine yol açması nedeniyle, Kural'da öngörülen koşulları

taşımayan ihbar ve şikayetlerin işleme konulmamasını öngören dava konusu "isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da…" ibâresi ile "… delilleri ve dayanakları gösterilmeyen …" ibâresi, ceza hukukunun temel kurallarına ve Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasanın 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmektedir. Kezâ, Anayasanın "Siyasî Haklar ve Ödevler" başlıklı Dördüncü Bölümünde yer alan "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" kenar başlıklı 74. maddesi de, "Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir." hükmünü âmirdir.

Anayasanın 36. maddesinde "Hak arama hürriyeti"; 74. maddesinde ise "Dilekçe hakkı" düzenlendiğine ve anılan haklar Anayasamız tarafından teminat altına alındığına göre, "ihbar ve şikayette bulunma eylemi"nin "hak arama hürriyeti" ile "dilekçe hakkı" ve -bu meyanda- "bilgi edinme hakkı"nın bir parçası olduğu açıktır. Suçluların ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla dilekçe vermek, ihbar ve şikâyette bulunmak suretiyle "dilekçe hakkı"nın ve "hak arama hürriyeti"nin kullanılması da hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Zirâ, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 16.1.2014 gün ve 2013/61 Esas, 2014/3 Karar sayılı Kararı).

Yönetime karşı dilekçe ve şikâyetlerin bireysel veya toplu olarak bildirilmesinin, demokratik bir toplumda bazı sorunların çözümü için etkili bir yol olduğu, bu nedenle dilekçe hakkının, bir siyasal hak olarak tanınıp Anayasal güvenceye kavuşturulduğu

kuşkusuzdur (Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.2010 gün ve 2008/111 Esas, 2010/22 Karar sayılı Kararı).

Yasakoyucu, kamu otoritesinin saygınlığı ve kamu görevlisinin onurlu bir yaşam sürme hakkı ile hak arama özgürlüğü, dilekçe hakkı ve temel hakların korunması arasındaki dengeyi korumak zorundadır. Hak arama özgürlüğünü ve dilekçe hakkını kullanan kişi, ihbar ve şikâyette bulunurken gerçeklere ve delillere dayandığı takdirde her türlü yasal tehditten uzak kalacağından

emin olmalıdır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.2008 gün ve 2004/76 Esas, 2008/108 Karar sayılı Kararı).

Öte yandan, şikâyet ve ihbardan beklenen toplumsal yararlar gözetildiğinde ihbar veya şikâyette bulunanın açık kimliğinin belli olup olmaması birinci derecede önem taşımadığı gibi esasen soruşturmacı tarafından yapılması gereken araştırma ve delil toplama yükümlülüğünün ihbarcı ve şikâyetçi tarafından yapılması ve sunulması şartı, ihbar ve şikâyetin hukuksal niteliğine de uygun değildir (Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.2008 gün ve 2004/76 Esas, 2008/108 Karar sayılı Kararı, Üye Zehra Ayla Perktaş'a ait Muhalefet Şerhi).

Gerçekten, Cumhuriyet savcısının (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun

160. maddesi hükmünce) ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hâli öğrenir öğrenmez işin gerçeğini araştırmaya başlaması ve (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi hükmünce) ihbar ve şikâyet üzerine suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşması hâlinde kamu davası açma görevini yerine getirilmesi için ihbar ve şikâyet yönteminde (dilekçe hakkı ile hak arama hürriyetinin kullanımında) isim, imza, adres veya gerçek ad aranması, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ihbar ve şikâyetin işleme konulabilmesi için bir koşul olarak aranmadığı gibi, şikâyet ve ihbardan beklenen toplumsal yararlar gözetildiğinde ihbar veya şikâyette bulunanın ille de açık kimliğinin (isminin, imzasının, adresinin ya da gerçek adının) belli olup olmaması, birinci derecede önem taşımamaktadır. Şikâyet ve ihbardan beklenen toplumsal yararlar ve bu meyanda, olası bir suçun ve suç fâilinin ortaya çıkartılmasında belirecek kamu yararı gözetildiğinde, Cumhuriyet savcısının gerçeği araştırması, delil toplaması ve -gerekli

gördüğü takdirde- kamu davasını açabilmesinin, ihbar veya şikâyette bulunanın mutlaka açık kimliğinin (isminin, imzasının, adresinin ya da gerçek adının) mevcûdiyeti şartına bağlanması, kanaatimizce, demokratik toplumların en temel değerlerinden olan "dilekçe hakkı" ile "hak arama hürriyeti"nin ihlâli anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, yine şikâyet ve ihbardan beklenen toplumsal yararlar gözetildiğinde ihbar veya şikâyette bulunanın, ihbar ve şikâyetinin (dava konusu düzenlemede olduğu gibi), Cumhuriyet savcılarınca işleme konulabilmesinin "delillerin ve dayanaklarının gösterilmesi" şartına bağlanması ihbar ve şikâyetin hukukî niteliğine de uygun değildir. Zirâ, Ceza Muhâkemesinde ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez … işin gerçeğini araştırmak ve delilleri toplamak görevi, bizzat Cumhuriyet savcısına verilmiş bir görevdir (5271 sayılı Ceza Muhakemesi

Kanunu, madde:160). Oysa, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (üçüncü) fıkrada yer alan ve bu bapta dava konusu yaptığımız sözcük gruplarının (ibârelerinin) getirdiği düzenleme ile, bu görev, Cumhuriyet savcısından alınarak ihbar ve şikâyette bulunanlara verilmektedir. Anayasanın 36. maddesi kapsamında "hak arama hürriyeti"ni; 74. maddesi kapsamında da "dilekçe hakkı"nı kullanmak suretiyle ihbar ve şikâyette bulunan kişiye, ihbar ve şikâyet konusu yaptığı vâkıânın delillerini ve dayanaklarını göstermesini istemek, Cumhuriyet savcısının "delil toplama" görevini, o kişiye "devretmek" anlamına gelmektedir. Oysa, ihbar ve şikâyette bulunmak suretiyle "hak arama hürriyeti" ile "dilekçe hakkı"nı kullanan kişiye, ihbar ve şikâyetinin işleme konulabilmesi için "delillerini ve dayanaklarını gösterme" şartını dayatmak, kanaatimizce, hak arama hürriyeti" ile "dilekçe hakkı"nın özünü zedeler mâhiyettedir. Zirâ (az yukarıda atıf yaptığımız Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.2008 gün ve 2004/76 Esas, 2008/108 Karar sayılı Kararı'nda da son derece isâbetle vurgulandığı gibi), "Hak arama özgürlüğünü ve dilekçe hakkını kullanan kişi, ihbar ve şikâyette bulunurken gerçeklere ve delillere dayandığı takdirde her türlü yasal tehditten uzak kalacağından emin olmalıdır."

Bu nedenle dava konusu düzenleme, gerçek ve iyi niyetle yapılabilecek ihbarları aşırı şekilde güçleştirdiği gibi, aynı zamanda, yukarıda dava dilekçemizin (3/a) bölümünde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini açıkladığımız 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesini oluşturan düzenlemeye koşut biçimde, MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunanlar ile MİT mensuplarına - deyim yerinde ise- yasal bir "zırh" ve bir "kalkan" sağlamakta ve aynı yasal koruma ve kollamanın, diğer kamu kurum ve kuruluşlarına, görev ve faaliyetlerine ve MİT mensubu olmayan kişilere uygulanmaması "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, … kanun önünde eşit…" olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında görev alanlar / MİT mensupları ile MİT'in görev ve faaliyetleri içerisinde yer almayanlar / MİT mensubu olmayanlar da girmektedir. Yukarıda da belirtildiği veçhile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası hükmünce, Cumhuriyet savcısı, MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer almayanlar / MİT mensubu olmayanlar veya MİT mensubu olup da (6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 26. maddesine eklenen ikinci fıkrasının ikinci tümcesindeki düzenleme de nazara alındığında), MİT müsteşarlığı tarafından, ihbar veya şikâyet konusu olayın MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu

belirtilmeyen veya belgelendirilmeyenler hakkında isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen herhangi bir ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak durumunda iken, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine

eklenen Ek (üçüncü) fıkrada yer alan dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcıları, MİT Müsteşarlığının, konunun "görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi" veya "belgelendirmesi" hâlinde, MİT'in görev ve faaliyetlerini yerine getirenler / MİT mensupları hakkında isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen herhangi bir ihbar ve şikâyetle ilgili olarak adlî yönden hiç bir işlem yapmayacak ve ihbar ve şikâyet dilekçelerini işleme koymayacaktır.

Hâl böyle olunca, ceza yargılaması açısından, MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında görev alanlar ve MİT mensupları ile MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer almayanlar ve MİT mensubu olmayanlar (veya MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alıp ya da MİT mensubu olup da, MİT Müsteşarlığı tarafından konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilmeyenler veya belgelendirilmeyenler) arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelecektir. Cumhuriyet savcısı, MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer almayanlar ve MİT mensubu olmayanlar (veya MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alıp veya MİT mensubu olup da, MİT Müsteşarlığı tarafından konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin

olduğu belirtilmeyenler veya belgelendirilmeyenler) hakkındaki ihbar ve şikâyetler isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla dahî yapılsa ya da delilleri ve dayanakları gösterilmese bile, 5271 sayılı CMK.nun 160. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ihbar, şikâyet veya başka bir surette suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve 5271 sayılı CMK.nun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturması halinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak ya da başka bir ifade ile, ihbar ve şikâyeti işleme koymak mecbûriyetinde iken, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (üçüncü) fıkrada yer alan dava konusu ibârelerin öngördüğü düzenleme ile MİT müsteşarlığınca ihbar ve şikâyet konusu olayın MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilmesi veya belgelendirilmesi hâlinde, ihbar ve şikâyetin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığının anlaşılması ya da ihbar ve şikâyetin delilleri ile dayanaklarının gösterilmemesi

hâlinde, MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alanlar ve / veya MİT mensupları hakkında benzer bir durumda, ihbar ve şikâyeti işleme koymayacaktır.

Başka bir deyişle, hakkında ihbar veya şikâyet vâki olan MİT'in görev ve faaliyetlerinde yer alan ve / veya MİT mensubu bir şüpheli veya sanık hakkında (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası ile 170. maddesi hükümlerine tamamen mugâyir bir biçimde), ihbar ve şikâyet gerçek isim, imza ve adres kullanılarak yapılmış olsa dahî, Cumhuriyet savcısı tarafından işleme konulmayacaktır. O halde (az yukarıda değinildiği gibi), dava konusu mezkûr düzenlemede öngörülen aynı yasal koruma ve kollamanın, diğer kamu kurum ve kuruluşlarına, görev ve faaliyetlerine ve MİT mensubu olmayan kişilere uygulanmaması "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu aykırılık, Anayasanın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasanın "Hiçbir

kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensupları hakkında ihbar ve şikâyetin işleme konulabilmesi için gerçek isim, imza ve adres bilgileri ile delillerin ve dayanaklarının gösterilmesi şartına bağlanmakla, haklarında ihbar veya şikâyet olan MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunanlar ile MİT mensupları lehine, ama, MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunmayanlar ile MİT mensubu olmayanlar aleyhine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü "Hiçbir kişiye … imtiyaz tanınamaz." dediğine göre, haklarında ihbar veya şikâyet vâkî olan ve (6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 26. maddesine eklenen ikinci fıkrasının ikinci tümcesindeki düzenleme de nazara alındığında) MİT müsteşarlığı tarafından ihbar ve şikâyet konusu olan olayın kendi görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilen veya belgelenen MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunanlar ile MİT mensupları (olası şüpheliler) yönünden bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasanın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, "Devlet organları" kavramı içerisine "Yasama organı" da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6532 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile haklarında ihbar veya şikâyet vâkî olan ve (6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 26. maddesine eklenen ikinci fıkrasının ikinci tümcesindeki düzenleme de nazara alındığında) MİT müsteşarlığı tarafından ihbar ve şikâyet konusu olan olayın kendi görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğu belirtilen veya belgelenen MİT'in görev ve faaliyetlerinde bulunanlar

ile MİT mensupları (olası şüpheliler) yönünden lehe bir düzenleme getirdiğinden, "Kanun önünde eşitlik" ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (üçüncü) fıkrada yer alan dava konusu ibârelere ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 26. maddesine eklenen Ek (üçüncü) fıkrada geçen "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da …" ibâresi ile "… delilleri ve dayanakları gösterilmeyen …" ibâresi, Anayasanın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine açıkça aykırıdır. İptali gerekir.

c-) Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesi olan:

"MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanır."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

O halde, öncelikle, dava konusu Kural'da atıf yapılan 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usûl ve hükümlerin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununa 6519 Sayılı Askerlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 61. maddesi ile eklenen "Yüce Divanda yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usulü:" kenar başlıklı 15/A maddesi şöyledir:

"MADDE 15/A- Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları ile Jandarma Genel Komutanı, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

Bu suçlardan dolayı soruşturma açılmasına, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları hakkında Başbakan, Jandarma Genel Komutanı hakkında İçişleri Bakanı karar verir.

Bu suçlara ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları hakkında Başbakan, Jandarma Genel Komutanı hakkında İçişleri Bakanı, araştırma, gerekiyorsa ön inceleme yaptırarak soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Soruşturma izni verilmiş bulunanlar izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmanın emniyeti ve sıhhatli olarak devam etmesi amacıyla geçici süre ile görevden uzaklaştırılabilir. Anılan kararlara karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilirler. İtiraz üzerine Cumhurbaşkanı tarafından verilen karar kesindir.

İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler işleme konulmaz.

Araştırma veya ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırılabilir. Bu şekilde görevlendirilen kişiler, 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda ön inceleme ile görevlendirilen kişilere

tanınan yetkilere sahiptir.

Soruşturma izni verilmemesi kararı hakkında ilgililer tarafından yapılan itirazın Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmesi veya soruşturma izni verilmesi kararına karşı süresi içinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi üzerine, izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmayı yapmak üzere denetim elemanlarından üç kişilik bir soruşturma kurulu oluşturulur. Kurul, soruşturma sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olup, soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurur.

Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili mercie sunar. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. Bu karar kesindir.

İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görürse, soruşturma dosyasını Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak üzere Anayasa Mahkemesine gönderir.”

İşte, dava konusu Kural’da, MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarla ilgili olarak 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıf yapılmakta olup; anılan maddenin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi, sırasıyla;

"Anılan kararlara karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilirler. İtiraz üzerine Cumhurbaşkanı tarafından verilen karar kesindir."

Biçiminde olup, yine dava konusu Kural'da, MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarla ilgili olarak atıf yapılan 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin beş, altı ve yedinci fıkraları da, sırasıyla;

"Araştırma veya ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırılabilir. Bu şekilde görevlendirilen kişiler, 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahiptir.

Soruşturma izni verilmemesi kararı hakkında ilgililer tarafından yapılan itirazın Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmesi veya soruşturma izni verilmesi kararına karşı süresi içinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi üzerine, izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmayı yapmak üzere denetim elemanlarından üç kişilik bir soruşturma kurulu oluşturulur. Kurul, soruşturma sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere

sahip olup, soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurur.

Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili mercie sunar. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. Bu karar kesindir."

Şeklindedir.

1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 17.2.2012 tarihli ve 6278 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik "Soruşturma izni ve yargılama" kenar başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında ise;

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

Denilmektedir.

Şu hâle göre; 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan (dava konusu):

"MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanır."

Kural'ı ile, bu Kural'da atıf yapılan 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkraları hükümleri ve 2937 sayılı Kanunun 17.2.2012 tarihli ve 6278 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik 26. maddesinin birinci fıkrası hükmü birlikte (kül) hâlinde değerlendirildiğinde, MİT Müsteşarı için geçerli olmak üzere;

MİT Müsteşarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlı olacak,

MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanacak ve buna göre;

MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda MİT Müsteşarı hakkında Başbakan tarafından soruşturma izni verilmesine karar verilmesi hâlinde MİT Müsteşarı bu karara karşı on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilecek; itiraz üzerine Cumhurbaşkanı tarafından verilen karar kesin olacak,

Araştırma veya ön inceleme, izin vermeye yetkili merci (MİT Müsteşarı için Başbakan) tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırılabilecek; bu şekilde görevlendirilen kişiler, 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahip olacak,

MİT Müsteşarı hakkında soruşturma izni verilmemesi kararı hakkında ilgililer tarafından yapılan itirazın Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmesi veya MİT Müsteşarı hakkında Başbakan tarafından soruşturma izni verilmesi kararına karşı MİT Müsteşarı tarafından süresi içinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi üzerine, izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmayı yapmak üzere denetim elemanlarından üç kişilik bir soruşturma kurulu oluşturulacak; Kurul, soruşturma sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun

Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olup, soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabilecek,

Soruşturma Kurulu, MİT Müsteşarı hakkında yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili mercie (MİT Müsteşarı yönünden Başbakan'a) sunacak; izin vermeye yetkili merci (MİT Müsteşarı yönünden Başbakan) MİT Müsteşarı hakkında kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecek ve bu karar kesin olacaktır.

Görüldüğü gibi, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan (dava konusu) Kural'ı ile, bu Kural'da atıf yapılan 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkraları hükümleri ve 2937 sayılı Kanunun 26. maddesinin birinci fıkrası hükmü birlikte (kül) hâlinde değerlendirildiğinde, MİT Müsteşarı için geçerli olmak üzere, az yukarıda belirtilen sonuçlara ulaşılmaktadır. Başka bir değişle, MİT Müsteşarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlı olacak,

Başbakan'ın MİT Müsteşarı hakkında soruşturma yapılması izni verip vermemesine göre, MİT Müsteşarı hakkında (bu aşamadan sonra), 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkraları hükümlerinde öngörülen usûl ve esaslar uygulanacaktır.

Anayasanın 148. maddesinin yedinci fıkrasında, "Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar." denilmiş; Anayasamızın bu Hükmü, 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin birinci fıkrasında, "Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları ile Jandarma Genel Komutanı, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar." denilmek suretiyle tekrarlanmıştır.

O halde, Anayasamızın 148. maddesinin yedinci fıkrası hükmüne açıkça vurgu yapan ve aynı hükmü tekrarlayan 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin birinci fıkrası ile, diğer fıkraları hükümleri bir bütün (kül) hâlinde değerlendirildiğinde ve özellikle, 353 sayılı Kanunun 15/A maddesinin "Yüce Divanda

yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usulü" kenar başlığı da nazara alındığında, anılan maddenin, esâsen, sadece, Yüce Divanda yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usûlünü düzenlediği ve yine anılan madde hükmüne göre, Yüce Divanda yargılanacak olan asker kişilerin de Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı ile sınırlı olduğu ve bu yasal düzenlemenin, 353 sayılı Kanunun 15/A maddesinin "tamamına şâmil" bulunduğu izâhtan vârestedir.

Öyle ise, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin (aralarında 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek [dördüncü] fıkrasında atıf yapılan 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkraları da dâhil) tamamının Yüce Divanda yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usûlüne ilişkin olup, sadece bu hususu düzenlediği; Yüce Divanda yargılanacak olan asker kişilerin de Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı'ndan ibaret olup, anılan maddede, bu asker kişiler dışında (asker veya sivil), hiç kimse hakkında herhangi bir düzenleme getirilmediği açıkça anlaşılmaktadır.

Hâl böyle olmasına (353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinde -sadece- Yüce Divanda yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usûlünün düzenlenmesine) rağmen, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural ile 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usû ve esaslara yapılan atıf nedeniyle, MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda da 353 sayılı Kanunun 15/A maddesinin anılan hükümlerinin

uygulanacağı öngörülmekte, başka bir deyişle, Yüce Divanda yargılanacak asker kişiler arasına (asker kişi olmamasına rağmen) MİT Müsteşarı da dâhil edilmektedir.

Daha açık bir biçimde ifade etmek gerekirse, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural ile 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usûl ve esaslara yapılan atıf nedeniyle (sadece, Yüce Divanda yargılanacak olan Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı'nı ilgilendiren), sırasıyla;

"Anılan kararlara karşı (aralarında Yüce Divanda yargılanacak olan asker kişilerin de bulunduğu) ilgililerin on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebileceği; itiraz üzerine Cumhurbaşkanı tarafından verilen kararın kesin olduğu,

Araştırma veya ön incelemenin, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırılabileceği; bu şekilde görevlendirilen kişilerin, 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahip olduğu,.

Soruşturma izni verilmemesi kararı hakkında (aralarında Yüce Divanda yargılanacak olan asker kişilerin de bulunduğu) ilgililer tarafından yapılan itirazın Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmesi veya soruşturma izni verilmesi kararına karşı süresi içinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi üzerine, izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmayı yapmak üzere denetim elemanlarından üç kişilik bir soruşturma kurulunun oluşturulacağı; Kurulun, soruşturma sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olup, soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabileceği,

Kurulun, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili mercie sunacağı; izin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar vereceği ve bu kararın kesin olduğu"

Biçimindeki usûl ve esasların, MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda da geçerli olacağı hükme bağlanmaktadır.

Dolayısı ile, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural'da öngörülen böylesi bir düzenleme, apaçık, Anayasanın 148. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan ve Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları

ile Jandarma Genel Komutanının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda (Anayasa Mahkemesi'nde) yargılanacağı Kural'ının, Anayasanın anılan hükmüne aykırı bir biçimde MİT Müsteşarına da teşmîli anlamına gelmektedir.

Kaldı ki, böylesi bir düzenleme ile, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın dava-dışı ikinci tümcesinde öngörülen "MİT Müsteşarı hakkındaki yargılama Yargıtay ilgili dairesince yapılır." hükmü ile de tam anlamıyla bir "çelişki (mübâyenet)" husûle gelmektedir. Başka bir değişle, MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda, hem Yüce Divanda yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usûlünü benimseyip hem de MİT

Müsteşarı hakkındaki yargılamanın Yargıtay ilgili dairesinde yapılacağını kabûl etmek, -kanaatimizce- tam anlamıyla bir çelişkidir.

Bu itibarla, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural'da öngörülen düzenleme ve bu düzenlemede MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda uygulanacak usûl ve esaslar konusunda 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıf yapılması ve atıf yapılan bu hükümlerin de sadece Yüce Divanda yargılanacak asker kişiler olan Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı ile ilgili soruşturma usûlünü düzenlemesi; diğer yandan, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin ise ilham ve kaynağını Anayasanın 148. maddesinin yedinci fıkrası hükmünden alması; MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmaların 353 sayılı Askeri

Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesi kapsamına dâhil edilmesinin, Anayasanın 148. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan Kural'ın, Anayasanın anılan hükmüne aykırı bir biçimde "MİT Müsteşarına da teşmîli" anlamına gelmesi hususları nazara alınarak, açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde öngörülen Kural, Anayasanın 148. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Bu cümleden olarak, aşağıdaki hususu da Yüksek Mahkeme'nizin takdirlerine önemle arz etmek istiyoruz:

Yüksek Mahkeme'nin dikkatlerinden kaçmayacağı veçhile, biz, iş bu dava dilekçemizin 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural'da MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda uygulanacak usûl ve esaslar konusunda atıf yapılan 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına yönelik olarak herhangi bir iptal gerekçesine yer vermedik. Zirâ, iş bu davamızın konusu, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesi olup; bu nedenle, Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal gerekçemizi de, tabîi olarak,

yalnızca bu Kural'a (yâni, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek [dördüncü] fıkranın birinci tümcesine) hasrettik. Çünkü, dava dilekçemizin bu bapta Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal başvurumuza konu olan hükmü, 6532 sayılı Kanunun 6.

maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan Kural'dır. Bu itibarla, kanaatimizce, işbu davada Anayasaya aykırılığının tartışılması gereken hükümler, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan Kural'ın kendisidir ve anılan Kural'da öngörülen düzenlemedir ("MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümlerin uygulanacağı" hükmüdür).

Bununla birlikte, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural'da MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda uygulanacak usûl ve esaslar konusunda atıf yapılan 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesinden birincisi olan "Anılan kararlara karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilirler." tümcesindeki "… Cumhurbaşkanlığına …" ibâresi ile ikincisi olan "İtiraz üzerine Cumhurbaşkanı tarafından verilen karar kesindir." tümcesinin tamamına ve kezâ, altıncı fıkrasının tamamı olan, "Soruşturma izni verilmemesi kararı hakkında ilgililer tarafından yapılan itirazın Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmesi veya soruşturma izni verilmesi kararına karşı süresi içinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi üzerine, izin vermeye yetkili merci tarafından soruşturmayı yapmak üzere denetim elemanlarından üç kişilik bir soruşturma kurulu oluşturulur. Kurul, soruşturma sırasında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olup, soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurur." Kural'ı ile yedinci fıkrasının tamamını oluşturan "Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek izin vermeye yetkili mercie sunar. İzin vermeye yetkili merci kamu davasının açılmasına gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verir. Bu karar kesindir." Kural'ına karşı, Anayasaya aykırılıkları nedeniyle, tarafımızdan, Yüksek Mahkeme'nizde daha önce süresi içerisinde iptal davası açılmış ve bu hükümlerin Anayasaya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçeleri, Yüksek Mahkemenize daha önce sunduğumuz mezkûr dava dilekçemizde tafsîlâtlı bir biçimde açıklanmıştır (Yüksek Mahkeme'nin yoğun mesâisini daha fazla meşgûl etmemek ve lüzûmsuz tekrarlara sebebiyet vermemek gâyesiyle, mezkûr dava dilekçemizde 353 sayılı Kanunun 15/A maddesinde iptal davamıza konu yaptığımız hükümleri ile ilgili daha önce serdettiğimiz Anayasaya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçelerini de, bu meyanda, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek

(dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural'ın Anayasaya aykırılığını açıklamaya çalıştığımız bu bapta, aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz).

Her ne kadar, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde atıf yapılan 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümlerden, daha önce 6519 Sayılı Askerlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 61. maddesi ile 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununa 15 inci maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesinin Yüksek Mahkeme'nizde iptal davasına konu yaptığımızı açıkladığımız hükümleri arasında 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın dava konusu birinci tümcesinde atıf yapılan hükümlerden 353 sayılı Kanunun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesinden birincisi olan "Anılan kararlara karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilirler." tümcesinde "Anılan kararlara karşı ilgililer on gün içinde (…) itiraz edebilirler." ibâresi ile beşinci fıkrasının tamamı olan "Araştırma veya ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırılabilir. Bu şekilde görevlendirilen kişiler, 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahiptir." Kural'ına yönelik olarak daha önce Yüksek Mahkeme'nize sunduğumuzu belirttiğimiz sâbık iptal dava dilekçemizde herhangi bir iptal talebinde bulunmamış isek de; şüphesiz, bu kez, iş bu dava dilekçemizde Anayasanın 148. maddesinin yedinci fıkrası hükmüne aykırılığı nedeniyle ileri sürdüğümüz iptal gerekçelerinin, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usûl ve hükümlerin tamamını kapsadığını belirtmek isteriz.

Diğer yandan, -yüksek malûmları olduğu üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet

Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının

uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün

iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapıldığını ve tarafımızdan daha önce Yüksek Mahkeme'nize sunulduğunu beyan ettiğimiz sâbık dava dilekçemizin konusu olan 6519 Sayılı Askerlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair

Kanunun 61. maddesi ile 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununa 15 inci maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesi hakkında Yüksek Mahkeme'nizce verilecek olası bir iptal kararı, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde öngörülen Kural'ın da uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkeme'nize ait olmak üzere- 6519 Sayılı Askerlik Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun

61. maddesi ile 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununa 15 inci maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesi hakkında, Yüksek Mahkeme'nize daha önce sunduğumuz dava dilekçemizde iptalini talep ettiğimiz hükümlerinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan aynı maddenin -işbu davanın konusu olan- 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural'ın da iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkeme'nin takdirlerine bırakmaktayız.

d-) Ek (sekizinci) fıkrasını oluşturan:

"Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanlar, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanların (yâni yabancı uyrukluların), millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmaktadır.

Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir.

Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkelerden biri de, kuşkusuz, "hukuk devleti" ilkesidir.

"Hukuk devleti" ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. Bireylerin özgürlük alanına (gerektiğinde) en ağır müdâhalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin, yine hukuk düzeni tarafından korunması, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir. Nitekim, "suçta ve cezada kanunîlik" ilkesi, "belirlilik"

ilkesi, "kıyas yasağı", "ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği" ilkesi (geçmişe uygulama yasağı), "hukuk devleti" ilkesinin gereklerindendir (Şahin-Özgenç; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı, Mart, 2007, TBMM Adalet Komisyonu Tarafından Hazırlanan TCK Tasarısına İlişkin Rapor, Tarih:3.8.2004, Esas:1/593, Karar:60, sh.88-89).

Türkiye'de bulunan tutuklu ve hükümlülerin geri verilmesine (iadesine) veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanların takas edilebilmesine ilişkin koşullar, Türkiye'nin çeşitli devletlerle imzalamış bulunduğu iki taraflı sözleşmeler ile Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde belirlenmiştir.

Ancak, geri vermeye (iadeye) ve takasa ilişkin asgarî şartların, iç hukuk düzenlemesi olan kanunla belirlenmesi, uygulamada tek düzeliği sağlaması açısından önem taşımaktadır. Geri verme taleplerinin hangi usûl ve esaslara göre yerine getirileceği, uluslararası sözleşmelerde genellikle düzenlenmemekte; bu konunun düzenlenmesi, taraf devletlerin iç-hukukuna bırakılmaktadır. Kişi özgürlüğünün -kural olarak- kısıtlanması sonucunu doğuran geri vermenin (iadenin) usûl ve esâsına ilişkin asgarî şartların kanunla belirlenmesine ihtiyaç vardır.

Nitekim, Türk hukukunda "geri verme" ye (iadeye) ilişkin koşullar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 18. maddesinde ayrıntılı olarak hükme bağlanmıştır. "Geri verme" başlığını taşıyan anılan maddede;

"(1) Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, talep üzerine, kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilir. Ancak, geri verme talebine esas teşkil eden fiil;

a) Türk kanunlarına göre suç değilse,

b) Düşünce suçu veya siyasi ya da askerî suç niteliğinde ise,

c) Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse,

d) Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç ise,

e) Zamanaşımına veya affa uğramış ise, Geri verme talebi kabul edilmez.

(2) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

(3) Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi halinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.

(4) Kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında bu madde ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

(5) Mahkeme geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verirse, bu kararın yerine getirilip getirilmemesi Bakanlar Kurulunun takdirine bağlıdır.

(6) Geri verilmesi istenen kişi hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasına, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verilebilir.

(7) Geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde, ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir.

(8) Geri verme halinde, kişi ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir."

Denilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 18. maddesi gerekçesine göre, "Türkiye'de bulunan tutuklu ve hükümlülerin geri verilmesi (iadesi) yoluna, ancak, Türkiye'nin egemenlik sahası dışında işlenmiş olan suçlar dolayısıyla gidilebilir." (TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, sh.418 vd.; Şahin-Özgenç; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, sh.125). Hemen belirtmek gerekir ki, geri vermenin (iadenin) dayanağını oluşturan fiilin (eylemin) Türk kanunlarına göre "suç" oluşturması gerekir. Eğer, geri vermenin (iadenin) dayanağını oluşturan fiil (eylem) "suç" oluşturmuyor ise, Türkiye'de bulunan bir tutuklu ve hükümlünün başka bir ülkeye iadesi veya başka bir ülkede

tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, talep üzerine, kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla, geri verilebilir (veya takas edilebilir).

Diğer yandan, geri vermenin dayanağını teşkil eden fiilin, düşünce suçu veya siyasî ya da askerî suç niteliğinde olmaması gerekir. Suç, yurtdışında işlenmiş olmakla birlikte, Türk Devletinin güvenliğine karşı, Türk Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse, geri verme talebi kabûl edilmez (5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Geri verme" başlığını taşıyan 18.

maddesi gerekçesi; TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, sh.418 vd.; Şahin-Özgenç; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, sh.125).

Geri verme talebinin dayanağını oluşturan suçla ilgili olarak, gerek talep eden devlet hukukuna göre, gerekse Türk hukukuna göre dava ve ceza zamanaşımının dolmamış olması ve kezâ, suçun, her iki devlet yönünden de affa uğramamış bulunması gerekir.

Diğer yandan, ceza hukukumuzda "geri verme"nin usûl ve esaslarını düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 18. maddesinin dördüncü fıkrası hükmünde, "Kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında bu madde ve Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir." denilmektedir. Buna göre, geri verme (iade) talebi hakkında karar vermeye kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi görevli ve yetkili kılınmıştır. Başka bir deyişle, Mahkemeye, gerek anılan maddede, gerekse ilgili sözleşme hükümleri çerçevesinde inceleme yaparak, geri verme talebinin kabûl edilebilirliği veya reddi yönünde karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, "madde metninde, hukukumuz açısından yeni bir hükme yer verilmiştir: Geri verme hâlinde talep eden devlette kişiye işkence ve insanlık dışı muâmele yapılabileceğine dair kuvvetli şüphe sebepleri mevcut ise, yani bu konudaki kuşkunun somut vakıalara dayanması durumunda, talep kabul edilmeyecektir." (5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Geri verme" başlığını taşıyan 18. maddesi gerekçesi; TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, sh.418 vd.; Şahin-Özgenç; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, sh.125). Bununla birlikte, kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesinin, geri verme talebinin kabûl edilebilir olduğuna karar vermesi durumunda, Bakanlar Kurulu, siyasî gerekçelerle kişinin talep eden devlete geri verilmesinden imtinâ edebilir (5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Geri verme" başlığını taşıyan 18. maddesi gerekçesi; TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı:664, sh.418 vd.; Şahin-Özgenç; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, sh.126; 5237 sayılı TCK. m.18, f.5). Kanaatimizce, aynı ilkelerin, Türk

vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunan yabancı uyruklu kişilerin başka bir ülkeye iade edilebilmesinde olduğu gibi, başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanların takas edilebilmesinde de geçerli kabûl edilmesi gerekir..

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen dava konusu Ek (sekizinci) fıkra hükmü ile, yukarıda açıklanmaya çalışılan "geri verme (iade) ya da takas" koşullarından hiç birine riâyet edilmeksizin, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Türkiye'de tutuklu veya hükümlü bulunan kişilerin, Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği (geri verilebileceği) veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmaktadır.

Görüldüğü gibi, bu Kural'da geri vermeye (iadeye) ya da takasa konu suç mevzûu eylemlerin Türkiye'nin egemenlik sahası dışında işlenmiş olup olmadığı; geri vermenin (iadenin) veya takasın dayanağını oluşturan fiilin (eylemin) Türk kanunlarına

göre "suç" oluşturup oluşturmadığı; geri vermenin veya takasın dayanağını teşkil eden fiilin, düşünce suçu veya siyasî ya da askerî suç niteliğinde olup olmadığı; suçun, yurtdışında işlenmiş olmakla birlikte, Türk Devletinin güvenliğine karşı, Türk Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenip işlenmediği; işlenmişse geri verme talebinin ya da takas yolunun kabûl edilemeyeceği; kezâ, geri verme talebinin dayanağını oluşturan suçla ilgili olarak, gerek geri verme ya da takas talep eden devlet hukukuna göre, gerekse Türk hukukuna göre dava ve ceza zamanaşımının dolup dolmadığı ve kezâ, suçun, her iki devlet yönünden de affa uğrayıp uğramadığı hususlarında hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Diğer yandan, az yukarıda açıkladığımız veçhile, Türk hukukunda geri verme (iade) talebi hakkında karar vermeye kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi görevli ve yetkili kılınmış iken, bu hukukî lâzime de tamamen göz ardı edilmek suretiyle dava konusu

düzenlemede, Türkiye'de bulunan tutuklu veya hükümlü yabancıların (herhangi bir mahkeme kararı aranmaksızın), Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmaktadır. Nihâyet, dava konusu Kural'da, tutuklu veya hükümlü yabancıların, başka bir ülkeye iade edilebilmesi veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesi "millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâller" gibi, muğlâk, elâstikî ve -deyim yerinde ise- ucu-açık hâllere inhisâr ettirilmekte ve böylece "hukukî belirlilik" ilkesine aykırı davranılmaktadır. Dolayısı ile, dava konusu

düzenlemenin, tutuklu veya hükümlü yabancıların geri verilmesi veya takas edilmesinde Türk Ceza Hukukunun kabûl ettiği usûl ve esaslara ve dolayısı ile "hukuk devleti" ilkesine uygun olduğunu ileri sürebilmek mümkün değildir.

Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmektedir. "Maddede belirtilen 'hukuk devleti', insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurmak ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasaya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2002 gün ve 2002/38 Esas, 2002/89 Karar sayılı Kararı).

Nitekim, az yukarıda açıkladığımız veçhile, suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için, uyulması gereken ana ilkelerden biri de, "hukuk devleti" ilkesidir. "Hukuk devleti" ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi belirtir. Bireylerin özgürlük alanına (gerektiğinde) en ağır müdâhalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin, yine hukuk düzeni tarafından korunması, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir. Aynı şekilde, tutuklu veya hükümlü bulunanların, başka bir ülkeye iade edilmesinde veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilmesinde güdülen amaca ulaşabilmek için uyulması gereken ana ilkelerden biri de,

kuşkusuz, "hukuk devleti" ilkesidir. Zirâ, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 1. maddesinin birinci tümcesinde, Ceza Kanununun amacı; "kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek" olarak açıklanmıştır. Anılan Kural'da korunan değerler arasında "hukuk devleti" ilkesi de yer aldığına göre, tutuklu veya hükümlü bulunanların, başka bir ülkeye iade edilmesinde veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilmesinde, "hukuk devleti" ilkesi, korunması gereken değerler arasındadır.

Oysa, yukarıdaki bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen dava konusu Ek (sekizinci) fıkra hükmü ile, yukarıda açıklanmaya çalışılan "geri verme (iade) ya da takas" koşullarından hiç birine riâyet edilmeksizin, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Türkiye'de tutuklu veya hükümlü bulunan kişilerin, Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği (geri verilebileceği) veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmaktadır.

Görüldüğü gibi, bu Kural'da geri vermeye (iadeye) ya da takasa konu suç konusu eylemlerin Türkiye'nin egemenlik sahası dışında işlenmiş olup olmadığı; geri vermenin (iadenin) veya takasın dayanağını oluşturan fiilin (eylemin) Türk kanunlarına göre "suç" oluşturup oluşturmadığı; geri vermenin veya takasın dayanağını teşkil eden fiilin, düşünce suçu veya siyasî ya da askerî suç niteliğinde olup olmadığı; suçun, yurtdışında işlenmiş olması hâlinde, Türk Devletinin güvenliğine karşı, Türk Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenip işlenmediği; işlenmişse geri verme talebinin ya da takas yolunun kabûl edilemeyeceği; kezâ, geri verme talebinin dayanağını oluşturan suçla ilgili olarak, gerek geri verme ya da takas talep eden devlet hukukuna, gerekse Türk hukukuna göre dava ve ceza zamanaşımının dolup dolmadığı ve kezâ, suçun, her iki devlet yönünden de affa uğrayıp uğramadığı hususlarında hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Diğer yandan, az yukarıda açıkladığımız veçhile, Türk hukukunda geri verme (iade) talebi hakkında karar vermeye, kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi görevli ve yetkili kılınmış iken, bu Kural da tamamen göz ardı edilmek suretiyle dava konusu düzenlemede, Türkiye'de bulunan tutuklu veya hükümlü yabancıların, Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, dava konusu Kural'da, tutuklu veya hükümlü yabancıların, başka bir ülkeye iade edilebilmesi veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesi, "millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâller" gibi, muğlâk, elastikî ve -deyim yerinde ise- ucu-açık hâllere inhisâr ettirilmekte ve böylece "hukukî belirlilik" ilkesine de aykırı davranılmaktadır. Dolayısı ile, dava konusu düzenlemenin, tutuklu veya hükümlü yabancıların geri verilmesi veya takas edilmesinde

Türk Hukukunun kabûl ettiği usûl ve esaslara ve dolayısı ile "hukuk devleti" ilkesine uygun olduğunu ileri sürebilmek mümkün değildir.

Diğer yandan Anayasamızın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, "Ceza sorumluluğu şahsîdir." denilmektedir. Bu hükmün anlamı, kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağıdır. Nitekim, aynı ilke, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında da tekrarlanmış ve "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz." biçiminde ifade edilmiştir. Şüphesiz, "ceza sorumluluğunun şahsîliği" ilkesinin mefhûm-u muhâlifinden (karşıt kavramından) çıkartılacak sonuç, "kişinin, ancak kendi fiilinden sorumlu olduğu"dur. Şüphesiz, bir hukuk devletinde, kişinin eylemi, Türk Ceza Kanununda suç

olarak tanımlanan herhangi bir eyleme (tipik fiile) uyuyorsa, o kişi bunun cezaî sorumluluğuna katlanmak durumundadır. Kişinin, vatandaş ya da yabancı olması -kural olarak- bu sonucu etkilemeyecektir.

6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen dava konusu Ek (sekizinci) fıkra hükmünde ise, yukarıda açıklanmaya çalışılan "geri verme (iade) ya da takas" koşullarından hiç birine riâyet edilmeksizin, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Türkiye'de tutuklu veya hükümlü bulunan kişilerin, Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği (geri verilebileceği) veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmakla, suç işleyen tutuklu veya hükümlü yabancıların iade veya takas suretiyle, bir anlamda, cezadan kurtulmalarına veya daha az ceza almalarına zemin hazırlanmaktadır. Dava konusu Kural'da, geri verme (iade) veya takas edilme işleminin, sadece MİT mensupları bakımından yapılacağına dair herhangi bir sınırlandırma hükmüne yer verilmemesi, bu iddiamızı doğrulamaktadır. Dolayısı ile, dava konusu Kural ile, suç işleyen fâillerin ve şeriklerinin (tutuklu ve hükümlü yabancı uyruklu kişilerin) başka bir ülkeye geri verilmesi (iadesi) veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesi, kolaylaşmış olmaktadır. Hâl böyle olunca, tutuklu veya hükümlü bulunan yabancı uyruklu kişilerin başka bir ülkeye iade edilebileceğine veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceğine ilişkin dava konusu düzenlemenin, Türkiye'de suçtan zarar gören kişiler (mağdurlar) yönünden kabûl edilebilir bir durum olduğunu ileri sürebilmek mümkün değildir. Bu itibarla, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen dava konusu Ek (sekizinci) fıkra hükmü, suç işleyen tutuklu veya hükümlü yabancıların geri verilme (iade) ya da takas suretiyle, bu suç fâillerinin, bir anlamda, cezadan kurtulmasına zemin hazırlamak ve hukuka aykırı bu duruma cevaz vermekle, Anayasanın "ceza sorumluluğunun şahsîlığı" ilkesini benimseyen 38. maddesinin yedinci fıkrası hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (sekizinci) fıkrası hükmü, Anayasanın 2. ve

38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

4-) 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 7. maddesi ile değişik 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 27. maddesinin,

a-) Birinci fıkrasında geçen:

"… yetkisiz olarak alan, temin eden, …"

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile (6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında dava konusu yaptığımız ibâre, aynı fıkrada yer alan dava-dışı diğer sözcük grubu ile birlikte değerlendirildiğinde), Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmektedir. Dolayısı ile, dava konusu ibârenin yer aldığı Kural'da bütün unsurları ile yeni bir suç tanımı getirilmektedir.

Buna göre, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen suç; "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak, temin etmek, çalmak, sahte olarak üretmek, bunlar üzerinde sahtecilik yapmak ve bunları yok etmek" biçiminde tanımlanmakta olup, bu suça bağlanan müeyyide ise, "dört yıldan on yıla kadar hapis cezası" olarak öngörülmektedir (İptal başvurumuz, Kural'da geçen . "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak, temin etmek" eylemlerinin suç kapsamına alınmış olmasına münhasırdır; Kural'da geçen "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, … çalmak, sahte olarak üretmek, bunlar üzerinde sahtecilik yapmak ve bunları yok etmek" eylemlerinin suç kapsamı içerisine alınmış ve bu eylemlerin müeyyideye bağlanmış olmasına yönelik herhangi bir iptal istemimiz mevcut değildir).

Dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun

27. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç tanımının "hukukî konu"sunun (yâni, bu suç tanımı ile "korunmakta olan hukukî menfaat"in) "Millî İstihbarat Teşkilâtı'nın görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler (dolayısı ile Millî İstihbarat Teşkilâtı'nın görev ve faaliyetleri)" olduğu kuşkusuzdur. Zirâ, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinde dava konusu ibârenin yer aldığı birinci fıkrasında; "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak, temin etmek, çalmak, sahte olarak üretmek, bunlar üzerinde sahtecilik yapmak ve bunları yok etmek" suç olarak tanımlanmaktadır.

Yine, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan suçun "mağduru" ("pasif süjesi"), - özü itibariyle- "Millî İstihbarat Teşkilâtı"dir. Zirâ, bu sonuca, dava konusu ibârenin yer aldığı Kural'da geçen "Millî

İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler …" ibâresinden rahatlıkla ulaşılabilmektedir.

Dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun

27. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan (iptal başvurumuza konu) suçun "fâili" ise, "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri yetkisiz olarak alan, temin eden … kişi"dir.

Görüldüğü gibi, dava konusu Kural'daki düzenlemeye göre, birinci fıkrada öngörülen suçun fâili "herkes" olabileceği gibi, az aşağıda dava dilekçemizin (4/b) bölümünde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini açıkladığımız diğer bir dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 27. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemede atıf yapılan yasa hükümlerine göre ise, Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerine ve bunlara ilişkin sahte belgeleri; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlayan, yayan veya açıklayan "eser sahibi", "sorumlu müdür", "yayın yönetmeni", "genel yayın yönetmeni", "editör", "basın danışmanı", "sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili", "yayımlatan", "yayımcı", "basımcı", "içerik sağlayıcı" ve "erişim sağlayıcı" da, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dava konusu birinci fıkrasında tanımlanan suçun "fâili" olabilecektir. Bu kişilerin, üretmekte oldukları hizmetin mâhiyeti gereği Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan "haberleşme hürriyeti"ni; 26. maddesinde güvence altına alınan "ifade hürriyeti"ni, 28. maddesinde güvence altına alınan "basın hürriyeti"ni ve 74. maddesinde güvence altına alınan "bilgi edinme hakkı"nı yoğun bir biçimde

kullandıkları ve dolayısı ile bu hürriyetlerle temînat altına alınan hakların aktif birer süjesi oldukları kuşkusuzdur. Kaldı ki, haberleşme hürriyetinden, ifade hürriyetinden ve basın hürriyetinden yalnızca eser sahibi, sorumlu müdür, yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı, sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili, yayımlatan, yayımcı, basımcı, içerik sağlayıcı ve erişim sağlayıcı gibi medya unsurlarını yoğun biçimde kullananlar istifade etmemektedir; bunların yanında, çağdaş demokratik toplumlarda herkes, bilgi edinme hakkından, haberleşme hürriyetinden, ifade hürriyetinden ve basın hürriyetinden yoğun biçimde istifade etmektedir.

O halde, yaptıkları çalışmaların bir gereği olsun veya olmasın "bilgi edinme hakkı" çerçevesinde "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri yetkisiz olarak alan, temin eden" (az aşağıda, dava dilekçemizin [4/b] bölümünde dava konusu yapılan 6532 sayılı

Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan) "radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle

iletişim araçları"nı yoğun biçimde kullanan bu (gerçek veya tüzel) kişiler yanında (dava dilekçemizin iş bu [4/a] bölümünde dava konusu yaptığımız ibârenin yer aldığı birinci fıkrada sayılan) "herkes"in birer "fâil" ve bu tür faaliyetler kapsamında tezâhür eden fiillerin de "suç" olarak tanımlanması ve bu eylemlerin bir de "müeyyide"ye bağlanması, demokratik toplumların en temel değerlerinden olan "bilgi edinme hakkı"na, "haberleşme özgürlüğü"ne, "ifade özgürlüğü"ne ve "basın özgürlüğü"ne yönelik ağır bir müdâhale anlamına gelmektedir. Öyle ise, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dava konusu birinci fıkrasında ihdâs edilen "suç tanımı", Anayasanın 22., 26., 28. ve 74. maddelerinde temînat altına alınan "haberleşme", "ifade", "basın" hürriyetleri ile "bilgi edinme" hakkını ihlâl edici mâhiyettedir.

Nitekim, Anayasanın "Haberleşme hürriyeti" kenar başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir." denilmiş; "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde "Basın hürdür, sansür edilemez." hükmü getirilmiştir. Anayasamızın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında ise, "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar…" denilmektedir. Anılan maddede, "başka yollarla" ibâresine yer verildiğine göre, düşünce ve kanaatleri "başka yollarla tek başına ya da toplu olarak açıklama ve yayma" yöntemlerinden biri de, hiç şüphesiz, Anayasal bir hak olan "Haberleşme hürriyeti" ile "Basın hürriyeti"ni kullanmaktır.

Şüphesiz, -her ne surette tezâhür ederse etsin- Anayasamızın 74. Maddesinde güvence altına alınan "bilgi edinme hakkı"nın doğal bir yansıması ve uzantısı sayılması gereken "ifade özgürlüğü", "haberleşme hürriyeti" ve "basın hürriyeti"nin kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik her türlü müdâhale, söz konusu Anayasal hakların çiğnenmesi ve dolayısı ile Anayasanın "haberleşme hürriyeti"ni temînat altına alan 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinin; "ifade özgürlüğü"nü temînat altına alan

26. maddesinin birinci fıkrasının ve "basın hürriyeti"ni düzenleyen 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükümlerinin ihlâli anlamına gelecektir. Böylesi bir kısıtlama /

sınırlama, yasal bir düzenlemeyle öngörülecek olursa, o düzenlemeyi öngören yasa kuralının da Anayasanın anılan hükümlerine aykırılığı sonucunu doğuracaktır.

İşte, somut olayda, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve cezâi yaptırıma bağlanan düzenleme (az aşağıda, dava dilekçemizin [4/b] bölümünde dava konusu yapılan 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme bağlamında ele alındığında), açıklanmaya çalışılan nedenlerle Anayasamızda güvence altına alınan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)", "basın hürriyeti"nin ve "bilgi edinme hakkı"nın kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik bir nitelik taşımaktadır. Başka bir ifade ile, Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri koruma

adına Anayasamızda temel hak ve hürriyetler arasında sayılan "haberleşme hürriyeti", "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' (ifade özgürlüğü)" ve "basın hürriyeti" ile siyasî haklar arasında yer verilen "bilgi edinme hakkı"nın sağladığı güncel, çağdaş ve demokratik hakların kullanımı zorlaştırılmaktadır. Bu itibarla, dava konusu düzenleme, Anayasanın "haberleşme hürriyeti"ni temînat altına alan 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi; "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"ni ("ifade özgürlüğü"nü) temînat altına alan 26. maddesinin birinci fıkrası ile "basın hürriyeti"ni düzenleyen 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükümlerine aykırı olduğu kadar, "bilgi edinme hakkı"nı temînat altına alan 74. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne de aykırıdır. .

Diğer yandan, Anayasanın 22. maddesinde "haberleşme hürriyeti"; 26. maddesinde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" (ifade özgürlüğü); 28. maddesinde de "basın hürriyeti"; 74. maddesinde de "bilgi edinme hakkı" temînat altına alındığına göre, "bilgi edinme hakkı"nın, "haberleşme" ve "basın" hürriyetlerinin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin (ifade özgürlüğü'nün)" birer unsuru olduğu açıktır. "Bilgi edinme hakkı", "haberleşme hürriyeti" ile "basın hürriyeti"nin sağladığı hakları kullanmak suretiyle "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin (ifade özgürlüğü'nün) kullanılması da "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir.

Anayasamızda ayrı ayrı teminat altına alınan "haberleşme hürriyeti"nin, "basın hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin (ifade özgürlüğü'nün) ve "bilgi edinme hakkı"nın özüne dokunacak her türlü sınırlama ya da kısıtlamanın Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde tanımlanan "hukuk devleti" ilkesini de zedeleyeceği âşikârdır. Zirâ, Anayasanın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel

ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. "Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasaya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür." (Anayasa Mahkemesi'nin 4.5.2005 gün ve Esas:2004/4, Karar:2005/25 sayılı Kararı).

Bu itibarla, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 27. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ve az yukarıda açıklandığı veçhile haberleşme hürriyetini, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini (ifade özgürlüğünü), basın hürriyetini ve bilgi edinme hakkını kısıtlamaya ve bu hürriyetlerin kullanımını zorlaştırmaya yönelik 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 27. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasanın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne de aykırıdır.

Ayrıca, Anayasanın 5. maddesinde, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır. "Hukuk devleti" ilkesi, Anayasanın 5. maddesi bağlamında anlam ve içerik kazanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 14.3.2005 gün ve Esas:2003/70, Karar:2005/14 sayılı Kararı / Son tümce tarafımızdan koyu yazılmıştır).

"Hukuk devleti" olarak tanımlanan Türkiye Cumhuriyeti'nin vatandaşları adına egemenlik yetkisini kullanan kanunkoyucunun, Anayasa ve hukukun genel ilkeleri ile koruma altına alınmış ve temel insan hak ve hürriyetlerinin bir parçası olarak görülen "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)", "basın hürriyeti"nin ve "bilgi edinme hakkı"nın kullanılmasını sınırlandırıcı hükümler ihdâs etmesi ve bu bağlamda siyasal engeller çıkarması, Anayasanın -yukarıda belirtilen- 2., 5., 22., 26.,28. ve 74. maddeleri hükümleri ile bağdaşmaz. Bu bağlamda, iptali istenen dava konusu ibârenin yer aldığı mezkûr düzenleme, Anayasamızda güvence altına alınan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)", "basın hürriyeti"nin ve "bilgi edinme hakkı"nın

kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik (Anayasanın 5. maddesi hükmü anlamında) "siyasal bir engel" niteliğindedir. Anayasanın 5. maddesi hükmünce, Devletin temel amaç ve görevleri kapsamında kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik ve sosyal

engelleri kaldırmaya çalışması gerekirken, aksine bir davranışla, dava konusu Kural'da öngörüldüğü veçhile, "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri yetkisiz olarak almak, temin etmek" biçiminde yeni bir suç ve ceza ihdâsı cihetine gidilmesi, "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)", "basın hürriyeti"nin ve "bilgi edinme hakkı"nın kullanımını kısıtlayacak ve zorlaştıracak mâhiyette böylesi bir engel yaratılması, -kanaatimizce- Anayasanın 5. maddesi hükmüne de açıkça aykırılık anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, Anayasanın 29. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinde, "Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, malî ve teknik şartlar koyamaz." denilmiştir. Az yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile, iptali istenen dava konusu mezkûr düzenleme (az aşağıda, dava dilekçemizin [4/b] bölümünde dava konusu yapılan 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme bağlamında ele alındığında), Anayasamızda güvence altına alınan "bilgi edinme hakkı" kapsamında değer ve anlam kazanan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik (Anayasanın 5. maddesi hükmü anlamında) "siyasal bir engel" niteliğinde olduğunu göre, bu bapta iptal başvurumuza konu yapılan dava konusu ibârenin

yer aldığı 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasındaki Kural'a göre, "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri yetkisiz olarak almak, temin etmek" biçiminde yeni bir suç ve ceza ihdâsı cihetine gidilmesi, yasakoyucunun "bilgi edinme hakkı"nı kullanmanın doğal bir uzantısı sayılması gereken kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasına, yâni, "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)", "basın hürriyeti"nin ve dolayısı ile "bilgi edinme hakkı"nın kullanımının önüne engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal bir şart koyması anlamına gelmektedir. Bu itibarla, bu bapta Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini açıklamaya çalıştığımız dava konusu ibârenin yer aldığı Kural'da öngörülen düzenleme, -kanaatimizce- Anayasanın

29. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Nihâyet, Anayasanın "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" kenar başlıklı 74. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, bilgi edinme … hakkına sahiptir." denilmektedir. Bilgi edinme hakkı, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerini ve bu faaliyetlere ilişkin bilgi ve belgelere ulaşmayı, içeriklerini öğrenmeyi, bu bağlamda - gerek görüldüğü takdirde- bu bilgi ve belgelerden örnek alabilmeyi ve temin edebilmeyi de ihtivâ eder. Çoğulcu ve katılımcı demokrasilerde, "bilgi edinme hakkı" kapsamında bireyler, -Millî İstihbarat Teşkilâtı da dâhil olmak üzere- yasama, yürütme ve yargı organları ile merkezî ve mahallî idarelerin, kamu kurum, kuruluş ve kurullarının faaliyetlerine ilişkin bilgi edinme ve -gerekli gördükleri takdirde- bu faaliyetlerin yer aldığı bilgi ve belgelere erişme, (yetkisiz dahî olsa) bunların örneklerinden "alma" ve "temin etme" hakkına sahiptir.

Diğer yandan, dava konusu ibârede "yetkisiz olarak alma, temin etme" fiilleri suç olarak tanımlandığına göre, "Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri "yetkili olarak almak, yetkili olarak temin etmek" fiilleri suç teşkil etmeyecektir. Böylesi bir suç tanımı, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri "yetkisiz" olarak almış ve temin etmiş ve böylece dava konusu ibârenin yer aldığı fıkradaki suç konusu tipik fiili gerçekleştirmiş olan kişilerin bilgi edinme haklarının hiçe sayılması anlamına gelmektedir.

Bu itibarla, dava konusu ibârenin yer aldığı düzenleme, Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetleri hakkında bilgi edinmek ve bu bağlamda buna ilişkin bilgi ve belgeleri almak ve temin etmek isteyen bireylerin Anayasamızın 74. maddesinin üçüncü fıkrasında temînat altına alınan "bilgi edinme hakkı"nın ihlâli anlamına geldiğinden, dava konusu ibâre, Anayasanın 74. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüne de aykırıdır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında geçen "… yetkisiz olarak alan, temin eden, …" ibâresi, Anayasanın 2., 5., 22., 26., 28., 29. ve 74. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız ibârenin sonunda yer alan "," (virgül) biçimindeki noktalama işaretinden önce gelen sözcük grubunu oluşturan ibârenin öngördüğü Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin sonunda yer alan "," (virgül) biçimindeki noktalama işareti anlamını yitirecek ve bu noktalama işaretinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin sonunda yer alan ve

uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan "," (virgül) biçimindeki noktalama işaretinin de iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

b-) Üçüncü fıkrasının tamamı olan:

"Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin Birinci ve ikinci fıkraları kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4. ve 6. maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmekte ve dolayısı ile, bütün unsurları ile yeni bir suç tanımı getirilmektedir.

Dava konusu Kural'da öngörülen suç tanımında atıf yapılan 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ise (sırasıyla) şöyledir:

"Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini herhangi bir yolla ifşa edenler ile MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenleyen veya değiştiren ya da bu sahte belgeleri kullananlara üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir."

Buna göre, dava konusu Kural'ın atıf yaptığı 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin (yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal talebinde bulunduğumuz dava konusu ibârenin yer aldığı) birinci

fıkrasında öngörülen suç; "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak, temin etmek, çalmak, sahte olarak üretmek, bunlar üzerinde sahtecilik yapmak ve bunları yok etmek" iken; (dava-dışı) ikinci fıkrasında öngörülen suç ise, "MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini herhangi bir yolla ifşa etmek ve MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenlemek veya değiştirmek ya da bu sahte belgeleri kullanmak"tır.

Şu hâle göre, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında atıf yapılan 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin (yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal talebinde bulunduğumuz dava konusu ibârenin yer aldığı) birinci ve (dava-dışı) ikinci fıkralarında tanımlanan suçlarla birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu Kural'da öngörülen suç; "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerine ve bunlara ilişkin sahte belgeleri; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlamak, yaymak veya açıklamak; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre bunları yaymak" biçiminde tanımlanmakta olup, bu suça bağlanan müeyyide ise, "üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası" olarak öngörülmektedir.

Dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun

27. maddesinin üçüncü fıkrasında atıf yapılan 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin (yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimizi açıkladığımız dava konusu ibârenin yer aldığı) birinci ve (dava-dışı) ikinci fıkraları ile birlikte değerlendirildiğinde, yukarıda belirtilen suç tanımının "hukukî konu"sunun (yâni, bu suç tanımı ile "korunmakta olan hukukî menfaat"in) "Millî İstihbarat Teşkilâtı'nın görev ve faaliyetleri ile MİT mensupları ve aileleri" olduğu kuşkusuzdur. Zirâ, (dava-dışı) 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında; "Millî İstihbarat

Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak, temin etmek, çalmak, sahte olarak üretmek, bunlar üzerinde sahtecilik yapmak ve bunları yok etmek; ikinci fıkrasında ise, "MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini herhangi bir yolla ifşa etmek ve MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenlemek veya değiştirmek ya da bu sahte belgeleri kullanmak" suç olarak tanımlanmakta ve dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik

2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında birinci ve ikinci fıkralara (yâni bu suç tanımlarına ve dolayısı ile bu suçların hukukî konularına ve mağdurlarına / Millî İstihbarat Teşkilâtı'nın görev ve faaliyetleri ile MİT mensupları ve ailelerine) açıkça atıf yapılmaktadır.

Yine, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan suçun "mağduru" ("pasif süjesi"),

-özü itibariyle- "Millî İstihbarat Teşkilâtı ile MİT mensupları ve aileleri"dir. Zirâ, bu sonuca, dava konusu Kural'da (yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimizi açıkladığımız dava konusu ibârenin yer aldığı) birinci ve (dava-dışı) ikinci fıkralara yapılan atıftan rahatlıkla ulaşılabilmektedir.

Anayasanın "Kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." denilmektedir. Görüldüğü gibi, Anayasamızın bu hükmünde, imtiyaz tanınamayacak olanlar arasında vurgu yapılanlardan biri de "aile"dir. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen düzenlemenin ve bu düzenleme kapsamında tanımlanan suçun "hukukî konusu" (korunmakta olan hukukî menfaat) ile "mağdur"u (pasif süjesi) dikkate alındığında, MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları

vasıtasıyla yayımlamak, yaymak veya açıklamak suç konusu eylemin maddî unsuru olarak açıklanmak ve bu eylem bir müeyyideye bağlanmakla (Kural'da atıf yapılan dava-dışı ikinci fıkra hükümleri de nazara alındığında), yasakoyucu tarafından MİT mensuplarının "aileleri"ne imtiyaz (ayrıcalık) tanınmış ve MİT mensubu olanların aileleri"nin korunduğu izlenimine yol açılmış olmaktadır.

Mezkûr düzenlemeye göre, MİT mensubu olmayanların ailelerinin kimlik bilgilerini radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlamak, yaymak veya açıklamak suç teşkil etmezken, MİT mensubu olanların ailelerinin kimlik bilgilerinin aynı yöntemlerle açıklanmasının suç olarak tanımlanması ve böylece (dava konusu üçüncü fıkrada atıf yapılan dava-dışı ikinci fıkra hükmü de nazara alındığında) MİT mensubu olanların ailelerine ayrıcalık tanınması, şüphesiz, Anayasanın

10. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmü ile bağdaşmaz.

Bu itibarla, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 27. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme ve bu düzenlemede atıf yapılması nedeniyle, aynı maddenin (dava-dışı) ikinci fıkrasında geçen "MİT mensupları ve ailelerinin …" kimlikleri kapsamındaki bilgi ve belgelerin radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanmasının, dava konusu üçüncü fıkrada öngörüldüğü gibi suç olarak tanımlanması ve cezâî yaptırıma (müeyyideye) bağlanması, MİT mensubu olanların ailelerine imtiyaz sağlanması ve böylece MİT mensubu olanların ailelerinin korunduğu izlenimine yol açması nedeniyle, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 27. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenleme, Anayasanın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne açıkça aykırıdır.

Dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun

27. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan suçun "fâili" ise, yine, dava konusu Kural'da yapılan atıf nedeniyle (yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimizi açıkladığımız dava konusu ibârenin yer aldığı) birinci ve (dava-dışı) ikinci fıkra hükümleri de nazara alındığında, "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerine ve bunlara ilişkin sahte belgeleri; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlayanlar, yayanlar veya açıklayanlar; 5187 sayılı Basın Kanununun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4. ve 6. maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar"dır.

Ancak, dava konusu düzenlemede öngörülen suçun fâilinin (ya da fâillerinin) daha iyi anlaşılabilmesi için, anılan Kural'da (başka bir atıf şeklinde yapılan) "… 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri …" hükümlerinin gözden geçirilmesi gerekmektedir.

9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun "Cezai sorumluluk" başlığını taşıyan 11. maddesi şu hükmü içermektedir:

"Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.

Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de

yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır."

Kezâ, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun "İçerik sağlayıcının sorumluluğu" başlığını taşıyan 4. maddesi:

"(1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.

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

"Erişim sağlayıcının yükümlülükleri" başlıklı 6. maddesinde ise: "(1) Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hü- kümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle,

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

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

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

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

yükümlüdür.

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

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

Denilmektedir.

Buna göre, Dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan suçun "fâili" olabilecek kişiler (Kural metni içerisinde 5187 sayılı Basın Kanununun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4. ve 6. maddelerine yapılan atıflar da nazara alındığında), şunlardır:

- Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla (Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimlik bilgilerini yayımlaması, yayması veya açıklaması halinde) eser sahibi,

- Süreli yayınlarda (Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimlik bilgilerini yayımlaması, yayması veya açıklaması halinde) eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili (Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, yayımlatan)

- Süresiz yayınlarda (Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimlik bilgilerini yayımlaması, yayması veya açıklaması halinde) eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı,

- İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan (Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimlik bilgilerini yayımlaması, yayması veya açıklaması ile ilgili olarak) her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan (gerçek veya tüzel kişi) içerik sağlayıcı,

- Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan (Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimlik bilgilerini yayımlayan, yayan veya açıklayan) her türlü gerçek veya tüzel kişi erişim sağlayıcı.

Görüldüğü gibi, dava konusu Kural'daki düzenlemeye göre dava konusu üçüncü fıkrada öngörülen suçun fâili "herkes" olabileceği gibi, bu düzenlemede atıf yapılan yasa hükümlerine göre ise, Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerine ve bunlara ilişkin sahte belgeleri; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlayan, yayan veya açıklayan "eser sahibi", "sorumlu müdür", "yayın yönetmeni", "genel yayın yönetmeni", "editör", "basın danışmanı", "sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili", "yayımlatan", "yayımcı", "basımcı", "içerik sağlayıcı" ve "erişim sağlayıcı" da, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dava konusu üçüncü fıkrasında tanımlanan suçun "fâili" olabilecektir. Bu kişilerin, üretmekte oldukları hizmetin ve yerine getirmekte oldukları çalışmanın mâhiyeti gereği Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan "haberleşme hürriyeti"ni; 26. maddesinde güvence altına alınan "ifade hürriyeti"ni ve 28. maddesinde güvence altına alınan "basın hürriyeti"ni yoğun bir biçimde kullandıkları ve dolayısı ile bu hürriyetlerle temînat altına alınan hakların aktif birer süjesi oldukları kuşkusuzdur.

O halde, yaptıkları çalışmaların bir gereği olarak (dava konusu Kural'da sayılan) "radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları"nı yoğun biçimde kullanan bu (gerçek veya tüzel) kişilerin birer "fâil" ve bu çalışma faaliyetleri kapsamında tezâhür eden fiillerin de

"suç" olarak tanımlanması ve bu tür faaliyetlerin bir de "müeyyide"ye bağlanması, demokratik toplumların en temel değerlerinden olan "haberleşme özgürlüğü"ne, "ifade özgürlüğü"ne ve "basın özgürlüğü"ne yönelik ağır bir

müdâhale anlamına gelmektedir. Öyle ise, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dava konusu üçüncü fıkrasında ihdâs edilen "suç tanımı", Anayasanın 22., 26. ve 28. maddelerinde temînat altına alınan "haberleşme", "ifade" ve "basın" hürriyetlerini ihlâl edici boyuttadır.

Nitekim, Anayasanın "Haberleşme hürriyeti" kenar başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir." denilmiş; "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde "Basın hürdür, sansür edilemez." hükmü getirilmiştir. Anayasamızın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında ise, "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar…" denilmektedir. Anılan maddede, "başka yollarla" ibâresine yer verildiğine göre, düşünce ve kanaatleri "başka yollarla tek başına ya da toplu olarak açıklama ve yayma" yöntemlerinden biri de, hiç şüphesiz, Anayasal bir hak olan "Haberleşme hürriyeti" ile "Basın hürriyeti"ni kullanmaktır.

Şüphesiz (yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan dava konusu ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimizde de açıkladığımız veçhile), -her ne surette tezâhür ederse etsin- Anayasamızda güvence altına alınan "ifade özgürlüğü", "Haberleşme hürriyeti" ve "Basın hürriyeti"nin kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik her türlü müdâhale, söz konusu Anayasal hakların çiğnenmesi ve dolayısı ile Anayasanın "Haberleşme hürriyeti"ni temînat altına alan 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinin; "ifade özgürlüğü"nü temînat altına alan 26. maddesinin birinci fıkrasının ve "Basın hürriyeti"ni düzenleyen 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükümlerinin ihlâli anlamına gelecektir. Böylesi bir kısıtlama / sınırlama, yasal bir düzenlemeyle öngörülecek olursa, o düzenlemeyi öngören yasa kuralının da Anayasanın anılan hükümlerine aykırılığı sonucunu doğuracaktır.

İşte, somut olayda, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve cezâi yaptırıma bağlanan düzenleme, açıklanmaya çalışılan nedenlerle Anayasamızda güvence altına alınan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi

açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik bir nitelik taşımaktadır. Başka bir ifade ile, Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, MİT mensuplarını ve ailelerinin kimlik bilgilerini koruma adına Anayasamızda temel hak ve hürriyetler arasında sayılan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin sağladığı güncel, çağdaş ve demokratik hakların kullanımı zorlaştırılmaktadır. Bu itibarla, dava konusu düzenleme, Anayasanın "haberleşme hürriyeti"ni temînat altına alan 22. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi; "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"ni ("ifade özgürlüğü"nü) temînat altına alan 26.

maddesinin birinci fıkrası ile "basın hürriyeti"ni düzenleyen 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükümlerine açıkça aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasanın 22. maddesinde "haberleşme hürriyeti"; 26. maddesinde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" (ifade özgürlüğü); 28. maddesinde de "basın hürriyeti" teminat altına alındığına göre, "haberleşme" ve "basın" hürriyetinin "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin (ifade özgürlüğü'nün)" -deyim yerinde ise- bir uzantısı olduğu açıktır. "Haberleşme hürriyeti" ile "basın hürriyeti"nin sağladığı hakları kullanmak suretiyle "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin (ifade özgürlüğü'nün) kullanılması da "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir.

Yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan dava konusu ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimizde de açıkladığımız veçhile, Anayasamızda ayrı ayrı teminat altına alınan "haberleşme hürriyeti"nin ve "basın hürriyeti"nin özüne dokunacak her türlü sınırlama ya da kısıtlamanın Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde tanımlanan "hukuk devleti" ilkesini de zedeleyeceği âşikârdır. Zirâ, Anayasanın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. "Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 19.1.2006 gün ve 2005/99 Esas, 2006/8 Karar sayılı Kararı). "Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız

Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür." (Anayasa Mahkemesi'nin 4.5.2005 gün ve Esas:2004/4, Karar:2005/25 sayılı Kararı).

Bu itibarla, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 27. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen ve az yukarıda açıklandığı veçhile haberleşme hürriyetini, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini (ifade özgürlüğünü) ve basın hürriyetini kısıtlamaya ve bu hürriyetlerin kullanımını zorlaştırmaya yönelik 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik

27. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasanın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne de aykırıdır.

Ayrıca (yukarıda, dava dilekçemizin [4/a] bölümünde, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan dava konusu ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimizde de değindiğimiz üzere), Anayasanın 5. maddesinde, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin

bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır. "Hukuk devleti" ilkesi, Anayasanın 5. maddesi bağlamında anlam ve içerik kazanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 14.3.2005 gün ve Esas:2003/70, Karar:2005/14 sayılı Kararı / Son tümce tarafımızdan koyu yazılmıştır).

"Hukuk devleti" olarak tanımlanan Türkiye Cumhuriyeti'nin vatandaşları adına egemenlik yetkisini kullanan kanunkoyucunun, Anayasa ve hukukun genel ilkeleri ile koruma altına alınmış ve temel insan hak ve hürriyetlerinin bir parçası olarak görülen "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin kullanılmasını sınırlandırıcı hükümler ihdâs etmesi ve bu bağlamda siyasal engeller çıkarması, Anayasanın -yukarıda belirtilen- 2., 5., 22., 26. ve 28. maddeleri hükümleri ile bağdaşmaz. Bu bağlamda, iptali istenen dava konusu mezkûr düzenleme, Anayasamızda güvence altına alınan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik (Anayasanın 5. maddesi hükmü anlamında) "siyasal bir engel" niteliğindedir. Anayasanın 5. maddesi hükmünce, Devletin temel amaç ve görevleri kapsamında kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışması gerekirken, aksine bir davranışla, dava konusu Kural'da öngörüldüğü veçhile, "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT

mensupları ve ailelerinin kimliklerine ve bunlara ilişkin sahte belgeleri; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla

yayımlamak, yaymak veya açıklamak; 5187 sayılı Basın Kanununun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4. ve 6. maddeleri hükümlerine göre bunları yaymak" biçiminde yeni bir suç ve ceza ihdâsı cihetine gidilmesi, "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin kullanımını kısıtlayacak ve zorlaştıracak mâhiyette böylesi bir engel yaratılması, -kanaatimizce- Anayasanın 5. maddesi hükmüne de açıkça aykırılık anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, Anayasamızın "Süreli ve süresiz yayın hakkı" kenar başlıklı 29. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinde, "Kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, malî ve teknik şartlar koyamaz." denilmiştir. Az yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin iptali istenen dava konusu üçüncü fıkrasındaki mezkûr düzenleme, Anayasamızda güvence altına alınan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin kullanımını kısıtlamaya ve zorlaştırmaya yönelik

(Anayasanın 5. maddesi hükmü anlamında) "siyasal bir engel" niteliğinde olduğunu göre, dava konusu Kural'a göre, "Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerine ve bunlara ilişkin sahte belgeleri; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlamak, yaymak veya açıklamak; 5187 sayılı Basın Kanununun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4. ve 6. maddeleri hükümlerine göre bunları yaymak" biçiminde yeni bir suç ve ceza ihdâsı cihetine gidilmesi, yasakoyucunun kanun, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasına, yâni, "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin kullanımının önüne engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal bir şart koyması anlamına gelmektedir. Bu itibarla, bu bapta Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerini açıklamaya çalıştığımız dava konusu Kural'da öngörülen düzenleme, - kanaatimizce- Anayasanın 29. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, Anayasanın 2., 5., 10., 22., 26.,

28. ve 29. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Diğer yandan, dava konusu Kural'da tanımlanan suçun unsurlarına, hukukî konusuna (ihdâs edilen suçla korunan hukukî menfaate), mağdurun, fâilin ve fiilin niteliklerine göre, mezkûr suç için öngörülen müeyyide (üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası) ölçüsüz, orantısız ve fâhiş olduğu kadar, "suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma" prensibine de aykırıdır. Bu vâkıâ bile, başlıbaşına (az yukarıda belirttiğimiz üzere), "6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dava konusu üçüncü fıkrasında ihdâs edilen "suç tanımı"nın, Anayasanın 22., 26. ve 28. maddelerinde temînat altına alınan "haberleşme", "ifade" ve "basın" hürriyetlerini ihlâl edici boyutta olduğu" yolundaki görüşümüzü doğrular mâhiyettedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cezanın belirlenmesi" başlığını taşıyan 61. maddesinde Hâkimin, somut olayda, suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suç konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını, failin kast ve taksirine dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlemesi ve bunun da gerekçesini kararında göstermesi gerekirken, karar mevkiinde bulunan hâkime, dava konusu Kural'da olduğu gibi, çok geniş bir takdir hakkı kapsamında, hem fâhiş hem de keyfî olabilecek nitelikte ve üstelik, arada üç kat fark olan bir (hürriyeti bağlayıcı cezaya) hapis cezasına hükmetme yetkisi verilmesi, ceza hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırıdır.

Kuşkusuz, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye (suç tanımına, unsurlarına, hukukî konusuna, mağdura ve fâile) ilişkin -yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile- Anayasaya

aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri, aynı fıkrada söz konusu suç için öngörülen müeyyideye, yâni "…üç yıldan dokuz yola kadar hapis cezası verilir." ibâresine de sirâyet etmekte ve bu sözcük grubunun da -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasaya aykırılığı sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasının "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresine kadar olan "Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde;

9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında …" sözcük grubu için ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçeleri, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasının sonunda yer alan "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresi için de aynen geçerlidir. Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve lüzûmsuz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasının "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresine kadar olan bölümü hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçelerini, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasının "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresi için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle

yetiniyoruz. Zirâ, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasını oluşturan her bir sözcük arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresi, Kural'daki diğer sözcükler olmaksızın tek başına hüküm ifade edemez ve başlıbaşına varlığını sürdüremez. Öyle ise, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun üçüncü fıkrasının "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresi de dâhil olmak üzere Kural'da yer alan sözcük grubu hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz bütün Anayasaya aykırılık gerekçeleri, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasının "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresi için de aynen geçerlidir.

Dava konusu yapılan 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun üçüncü fıkrasının "Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında

Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında …" sözcük grubu ile ilgili olarak Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin

üçüncü fıkrasında yer alan ve Kural'da tanımlanan suç konusu tipik fiilin müeyyidesini gösteren "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun üçüncü fıkrasının "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresi dışında kalan sözcük grubunun iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "… üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir." ibâresinin de iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

c-) Dördüncü fıkrasında geçen: "… ihmal veya …"

Sözcük öbeği (ibâresi) ile,

"… yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere …"

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlere üç yıldan beş yıla kadar, ihmal veya suistimal suretiyle önleyenlerle yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verileceği hükme bağlanmaktadır.

Buna göre, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında -esâsen- üç ayrı suç tipi öngörülmekte olup, bunlar, sırasıyla; "2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engellemek"; "2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını ihmal veya suistimal suretiyle önlemek" ve "2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemek" biçiminde tanımlanmakta olup, bu eylemlere bağlanan müeyyideler ise, birinci hâlde "üç yıldan beş yıla kadar", ikinci ve üçüncü hâllerde ise, "iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası" olarak öngörülmektedir (İptal başvurumuz, Kural'da geçen . "Bu Kanun (2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu) kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını … ihmal … suretiyle önlemek ve yine bu

Kanun kapsamındaki (2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu) yükümlülükleri yerine getirmemek" eylemlerinin suç kapsamına alınmış olmasına münhasırdır; Kural'da geçen "Bu Kanun (2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu) kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engellemek … veya suistimal suretiyle önlemek" eylemlerinin suç kapsamı içerisine alınmış ve bu eylemlerin müeyyideye bağlanmış olmasına yönelik herhangi bir iptal istemimiz mevcut değildir).

Dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun

27. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen suç tanımının "hukukî konu"sunun (yâni, bu suç tanımı ile "korunmakta olan hukukî menfaat"in) "2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılması (dolayısı ile Millî İstihbarat Teşkilâtı'nın görev ve yetkileri)" olduğu kuşkusuzdur. Zirâ, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında; "2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engellemek; anılan Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını ihmal veya suistimal suretiyle önlemek ve yine anılan Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmemek" fiilleri suç olarak tanımlanmaktadır.

Yine, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında tanımlanan suçun "mağduru" ("pasif süjesi"), -özü itibariyle- "Millî İstihbarat Teşkilâtı"dır. Zirâ, dava konusu ibârelerin yer aldığı Kural'da geçen "Bu Kanun 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu) kapsamındaki …" ibâresinden hareketle, bu sonuca rahatlıkla ulaşılabilmektedir.

Dava konusu 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun

27. maddesinin dördüncü fıkrasında tanımlanan (iptal başvurumuza konu) suçun "fâili" ise, "Bu Kanun (2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu) kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını … ihmal … suretiyle önleyenler ve yine bu Kanun kapsamındaki (2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununu) yükümlülükleri yerine getirmeyenler"dir; yâni, bu tanımlamaya göre, dava konusu yaptığımız ibârelerin yer aldığı Kural'da öngörülen suçların fâili -kamu görevlisi olsun olmasın- "herkes" olabilir.

Oysa, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle yapılan değişiklikten önce 2937 sayılı Kanunun mezkûr suçlara karşılık gelen 28. maddesindeki düzenleme aynen şöyle idi:

"Bu Kanunda yazılı yetkilerin kullanılmasını ihmal veya suistimal suretiyle önleyen kamu görevlileri hakkında Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

Görüldüğü gibi, mevcut Kanunun önceki düzenlemesinde benzer suçların fâili olabilecek kişiler konusunda bir sınırlama mevcuttu ve bu tür suçların ancak kamu görevlileri tarafından işlenebileceği öngörülmüştü. Hâlbuki, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan mezkûr düzenleme ile, artık bu tür suçların sadece "kamu görevlileri" tarafından değil, "herkes" tarafından işlenebileceği kabûl edilmiş ve dolayısı ile, bu tür suçları (2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını … ihmâl … suretiyle önlemek ve yine anılan Kanun kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirmemek suçlarını) işleyen her kim olursa olsun -kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın- cezalandırılabilmesinin önü açılmıştır.

Anayasanın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir.

"Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasanın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır." (Anayasa Mahkemesi'nin 6.4.2006 gün ve 2003/112, 2006/49 Karar sayılı Kararı).

"Ülkesinde, toplum halinde yaşamanın ilk ve vazgeçilmez şartı olan güvenliği ve sosyal düzeni sağlayamamış olan devlete hukuk devleti denemez. Bir hukuk devletinin varlık sebebi, insan haklarına dayalı âdil ve güvenli toplumsal bir düzen kurmak ve bunu kesintisiz bir şekilde sürdürmektir. Bunu sağlamak için çeşitli araçlara ihtiyaç bulunmaktadır. (…) Modern Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun, daha doğrusu çağdaş hukuk sisteminin bütününün temelini Hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır.

Hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Oranlılık ilkesi, hukuk devletine hâkim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, Ceza Muhakemesi işleminin yapılması ve sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makûl bir oranın (ölçünün) bulunmasını, orantısızlık durumunda

işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlılık (ölçülülük) ilkesi denir." (TBMM Adalet Komisyonunun CMK Tasarısına İlişkin Raporu, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, a.g.e., sh. 499).

Diğer yandan, Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" kenar başlıklı 13. maddesinde ise, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin

ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiş ve böylece, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının, "demokratik toplum düzeninin gereklerine" ve "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı vurgulanmıştır.

Yasaların genel, objektif, âdil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve hakkâniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkâniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Şüphesiz, kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devleti ilkesini ve kamu barışını korumak, "demokratik toplum düzeninin gereklerinden"dir. Kezâ, yasakoyucu, yasal düzenlemeler yaparken "hukuk devleti" ilkesinin bir unsuru olan "ölçülülük" ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında âdil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. Elverişlilik, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını; gereklilik, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin bulunmasını ifade etmektedir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olayı incelediğimizde, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan ve 2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını … ihmâl … suretiyle önlemek ve yine bu Kanun kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirmemek suçlarını işleyen "her kim" olursa olsun -kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın- "herkes"i içine alacak şekilde cezalandırılabilmesinin önünü açan böylesi bir düzenleme, "hukuk devleti" ilkesinin ön-koşullarından olan kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, yasaların genel, objektif, âdil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması, hakkaniyeti gözetmesi ve "ölçülü" olması ("ölçülülük") ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kezâ, mezkûr düzenlemede başvurulan önlem (2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını ihmâl suretiyle önleyenleri ve anılan Kanun kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyenleri cezalandırmak) ile, ulaşılmak istenen amaç

(2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılması ve anılan Kanun kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi) arasında, makûl, meşrû ve âdil bir dengenin bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu itibarla, dava konusu ibârelerin yer aldığı 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan mezkûr düzenleme, suç konusu fiilleri gerçekleştiren "fâil" kapsamı içerisine "herkes"i alacak şekilde suçun mâhiyetini genişletmek ve buna mukâbil, mezkûr suçların fâili olabilecek "herkes"in temel hak ve hürriyetlerini tahdit edecek şekilde, özgürlüğü bağlayıcı ceza (müeyyide) öngörmek suretiyle, "demokratik toplum düzeninin gereklerine" ve "ölçülülük" ilkesine aykırı biçimde sınırlandırmakta ve böylece Anayasanın

13. maddesinin ikinci tümcesi hükmünü ihlâl etmektedir.

Diger yandan, yine bu bapta dava konusu yaptığımız ibârelerin yer aldığı 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan mezkûr düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç (2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılması ve anılan Kanun kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacı) ile, başvurulan önlem (2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını ihmâl suretiyle önleyenleri ve anılan Kanun kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyenleri cezalandırmak tedbiri) mukâyese edildiğinde, yasakoyucunun bâriz biçimde Devlet'in yürütme organına (Başbakanlığa) bağlı bir teşkilâtı (Millî İstihbarat Teşkilâtını), yâni, "birey"e karşı "Devlet"i -deyim yerinde ise- "kayırması" anlamına gelmektedir. Oysa, bir "hukuk devleti"nde, yasakoyucunun yeni bir suç tanımı ve ceza müeyyidesi öngörürken, "Devlet"i kayırması ve "birey" ile "Devlet" arasındaki dengeyi "Devlet"in lehine bozucu mâhiyette hükümler ihdâs etmesi kabûl edilemez. Bu itibarla, dava konusu yaptığımız ibârelerin yer aldığı mezkûr düzenleme, ceza hukukunun temel kurallarına ve Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen "… ihmal veya …" ibâresi ile "… yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere …" ibâresi, Anayasanın 2. ve 13. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız dava konusu ibârelerden "… ihmal veya …" ibâresinin sonunda yer alan "veya" bağlacından önce gelen "ihmal" sözcüğü hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin sonunda yer alan "veya" bağlacı da Kural içerisindeki anlamını

yitirecek ve bu bağlacın uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 27. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen "ihmal" sözcüğünün iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin sonunda geçen ve uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan "veya" sözcüğünün de iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

5-) 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 8. maddesi ile değişik 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen:

", bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu sözcük grubunun (ibârenin) yer aldığı 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişik 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava-dışı "Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, …" biçimindeki düzenleme bir bütün (kül) hâlinde değerlendirildiğinde, 2937 sayılı Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde MİT'in yapacağı her türlü talepleri yerine getirenlerin hukukî ve cezaî sorumluluklarının doğmayacağı hükme bağlanmaktadır.

Buna göre, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde MİT tarafından yapılan herhangi bir talebi yerine getirenlerin hukukî ve cezaî sorumlulukları doğmayacak; bu tür taleplerin yerine getirilmesi sırasında eylemin haksız fiil oluşturması hâlinde zararın tazmîni istenemeyecek; eylemin suç teşkil etmesi hâlinde ise, soruşturmaya ya da kovuşturmaya gerek duyulmadan, yetkili mercîler tarafından hiçbir adlî işlem yapılamayacaktır. MİT'in talebini yerine getiren kişiler de, hukukî veya cezaî bir tâkîbata

mâruz kaldıklarında, dava konusu düzenlemeden -deyim yerinde ise-, cankurtaran simidi gibi yararlanabileceklerdir. Söz gelimi, MİT'in bir talebini yerine getirmekte iken bir noktadan başka bir noktaya hızla aracını sevk ederken husûle getirdiği bir trafik kazası sonucunda bir veya birden fazla kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet veren bir kişi, aleyhinde başlatılacak herhangi bir hukukî ve / veya cezaî soruşturma sırasında davalı veya şüpheli sıfatıyla yaptığı savunmada, "kazanın MİT tarafından kendisine verilen bir görev sırasında husûle geldiğini; dava konusu Kural'a göre kendisinin hiçbir hukukî ve cezaî sorumluluğunun bulunmadığını" ileri sürerek

sorumluluktan kurtulabilecektir. Dava konusu Kural'ın arkasına sığınılarak yapılacak olası böyle bir savunmanın, hak ve nasafet ilkeleriyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.

Sorumluluk (mes'ûliyyet), uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü olma ve işlenmiş bir suçun cezasını çekme olarak tanımlanmakta; günlük dilde ise, bir kimsenin belli olaylar nedeniyle hesap verme ve açıklama yapma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Hukukî anlamıyla sorumluluk ise, bir

kimsenin, belli olaylar üzerine, kendi aleyhine doğacak hukuksal sonuçlara katlanması yükümlülüğüdür. Hukuk kurallarına aykırı tutum ve davranışlar, doğal olarak beraberinde sorumluluğu da gerektirir (Lütfi Gülşan, "Hukuk Sisteminde Sorumluluk ve Unsurları", [Çevrimiçi Kaynak], http://web.ogm.gov.tr/birimler/ merkez/teftis/Dokumanlar/Hukuk%20 Sisteminde%20Sorumluluk%20ve%20unsurlar

%C4%B1%20Lutfi%20G%C3%9CL%C5%9EAN.pdf, sh.1, Erişim Tarihi:12.6.2014).

Türk Ceza Kanununun hükümlerinden ayrık tutulduğu ayrıca ve açıkça belirtilmedikçe, her Türk vatandaşı Türk Ceza Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu sonuca, "ceza kurallarının mecbûrîliği ilkesi"nden hareketle de ulaşılabilir. Bu ilkeye göre, ceza kanunları yürürlüğe girdikleri andan itibaren, hükümlerini ihlâl eden bütün kişiler hakkında, zorunlu olarak uygulanır (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 1985, C.1, Sh.240; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, Sh.536).

Yukarıda (dava dilekçemizin 3/a ve 3/b maddeleri başlığı altında da) açıkladığımız veçhile, bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun

160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Bu görev tarifinde, "işin gerçeğini araştırmak" konusunda suça ve suçluya ilişkin herhangi bir istisnaya (ayrıksı duruma) yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısı, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin, şüphelinin ya da eylemin niteliğine ve türüne bakmaksızın bilâ istisna, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak mükellefiyetindedir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olaya baktığımızda, 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişik 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan bir talebi yerine getirirken suç işleyen kişi

(şüpheli) hakkında (bir anlamda) kamu davası açabilme yetkisinin elinden alınması yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukunun temel kurallarına ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zirâ, ceza kanunları -kural olarak- bütün kişiler için "mecbûrî" ise, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde MİT tarafından yapılan her türlü talebi yerine getiren herkes için "mecbûrî"dir.

6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişik 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan dava konusu düzenleme, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenleri hukukî ve cezaî sorumluluktan bağışık tutmakta ve hukuk yargılaması açısından aleyhlerine dava açılamaması nedeniyle haksız olanın; ceza yargılaması açısından da ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması anlamına gelmektedir.

Hâlbuki (az yukarıda da değinildiği üzere), bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiği izlenimi edinen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde, Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşturması halinde, Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenleyeceği (kamu davası açacağı) öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip, kamu davasını açmak mükellefiyetindedir. Buna göre, Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırması, delil toplaması ve kamu davası açması

için yegâne ölçüt, -her ne şekil ve sûrette olursa olsun- ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olmasıdır.

Ne var ki, bu bölümde dava konusu yaptığımız Kural'ın öngördüğü düzenleme karşısında, örneğin, Cumhuriyet savcısı, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olsa dahî, suç işlendiği izlenimini veren ahvâlin MİT'in talebi üzerine gerçekleştiğini öğrenmesi hâlinde, MİT'in talebini yerine getiren fâil (ya da fâiller) hakkında hiçbir işlem yapmayacak ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi ile 170. maddesinde kendisine verilen "işin gerçeğini araştırma" ve -gerekirse- "kamu davası açma" görevlerini yerine getirmeyecektir. Bu düzenleme ile MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında kendisinden herhangi bir talebi yerine getirmesi

istenenlerin ihbar veya şikâyet edilmesi üzerine, adlî yönden herhangi bir işlem yapılması veya haksız fiilden kaynaklanan bir zararın tazmîni için genel hükümlere göre hukuk davası açılabilmesi imkânsız hâle geleceğinden, haksız fiilin veya suçun ortaya çıkarılmadığı ve MİT'in talebini yerine getirirken haksız fiil ya da suç işleyen fâillerin korunduğu izlenimine yol açması nedeniyle, Kural'da öngörülen düzenleme, bu açıdan da, -yukarıda da vurgulandığı üzere- ceza hukukunun temel kurallarına ve Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Zirâ, ihbar veya şikâyet konusu olayın MİT'in talebi doğrultusunda meydana gelip gelmediğine bakmaksızın, Cumhuriyet savcılarının, ihbar veya şikâyet aldıklarında suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez (suç, MİT'in talebinin yerine getirilmesi nedeniyle işlenmiş dahî olsa) kamu davası açmak üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamaları ve (suçu, MİT'in talebini yerine getirirken işlemiş dahî olsa) ilgililer hakkında -gerekirse- kamu davası açabilme yetkilerini kullanmaları; kezâ, eylemin mağduru olan kişilerin uğradıkları maddî veya manevî zararlarını tazmin bakımından haklarını hukuk davası açabilmek suretiyle kullanmaları, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Diğer yandan, 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibâre ile (Kural'ın, dava-dışı "Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir," ibâresi de dikkate alındığında) MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlerin hukukî ve cezaî sorumluluğunun doğmayacağının öngörülmesi -yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukuna hâkim olan bütün ilke ve kurallara aykırı bir biçimde-, Milli İstihbârat Teşkilâtı'nın (MİT'in) görev ve faaliyetlerine ve Milli İstihbârat Teşkilâtı (MİT) mensuplarına ya da MİT mensubu olsun

veya olmasın MİT'in taleplerini yerine getirenlere hukukumuzda başka hiçbir gerçek ve / veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık sağlanması anlamına gelmekte ve böylece MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenler ile bu tür talepleri yerine getirmeyenler arasında, bâriz bir biçimde, "kanun önünde eşitsizlik" husûle getirilmektedir.

Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, … kanun önünde eşit…" olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenler ile bu tür talepleri yerine getirmeyenler de girmektedir. Az yukarıda değinildiği veçhile, MİT'in taleplerini yerine getirme kapsamında olmayan bir eylemin haksız fiil ya da suç teşkil etmesi hâlinde, fâilin mevzuat hükümleri gereği hukukî ve cezaî sorumluluğu doğabilecek iken, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlerin, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibârenin öngördüğü hükme göre, hukukî ve cezaî sorumluluğu doğmayacaktır.

Hâl böyle olunca, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenler ile bu tür talepleri yerine getirmeyenler arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelecektir. Örneğin, Cumhuriyet savcısı, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirmeyenler arasında hakkında 5271 sayılı CMK.nun 160. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ihbar, şikâyet veya başka bir surette suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve 5271 sayılı CMK.nun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturması halinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak mükellefiyetinde iken, 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibâre ile (Kural'ın, dava-dışı "Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir," ibâresi de dikkate alındığında) dava konusu düzenleme ile MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenler hakkında aynı veya benzeri bir ahvâlin vukuu hâlinde, adlî yönden hiçbir işlem yapamayacaktır.

Başka bir değişle, suçu sâbit görülen MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getiren herhangi bir şüpheli veya sanık hakkında, (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası ile 170. maddesi hükümlerine tamamen mugâyir bir biçimde), Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılamayacak ve kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Dördüncü Kısım'ında 90. ve devamı maddelerinde öngörülen Koruma tedbirleri olan yakalama ve gözaltı, tutuklama, adlî kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi,

gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinin tatbîki cihetine gidilemeyecektir. O halde, dava konusu düzenleme, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlere, âdetâ, Anayasamızın 83. maddesi hükmü gereği hukuk düzenimizde sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri'ne tanınan bir nev'î "dokunulmazlık" bahşetmekte; mezkûr düzenleme, MİT'in taleplerini yerine getirenlere -deyim yerinde ise- yasal bir "zırh" ve bir "kalkan" anlamına gelmektedir. Bu itibarla, aynı yasal koruma ve kollamanın, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirmeyen kişilere uygulanmaması, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu aykırılık, Anayasanın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasanın "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlerin hukukî ve cezaî sorumluluklarının doğmayacağını öngören anılan düzenleme ile, bu tür talepleri yerine getirenler lehine, ama, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirmeyenler aleyhine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü "Hiçbir kişiye … imtiyaz tanınamaz." dediğine göre, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlere (olası şüphelilere) bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın

10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasanın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, "Devlet organları" kavramı içerisine "Yasama organı" da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6532 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenler yönünden lehe bir düzenleme öngördüğünden, "Kanun önünde eşitlik" ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.

6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenleme, kanaatimizce, Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir

hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu Kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu" mefhûmunun; hukuk

muhâkemesinde ihtiyâti haciz, ihtiyâti tedbir, delil tesbiti, dava ikâmesi, itiraz, temyiz ve yargılanmanın yenilenmesi; ceza muhâkemesinde ise ihbar, şikâyet veya başka bir surette Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılan soruşturma evresi ile Mahkeme huzurunda cereyan edecek olan kovuşturma evresi, temyiz, itiraz ve yargılanmanın yenilenmesi gibi usûlî işlemleri de kapsayacağı kuşkusuzdur. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenlemede olduğu gibi, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlerin hukukî ve cezaî sorumluluğunun doğmayacağını öngörmek, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlere "yargı yolu"nu kapatmak anlamına gelmektedir. Zirâ, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlerin MİT mensubu (idareye bağlı bir memur ve kamu görevlisi) olması ihtimâli, kuvvetle muhtemeldir. Böylesi bir düzenleme, apaçık, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu"nun MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri (MİT mensubu memur ve kamu görevlileri sıfatını hâiz olarak) yerine getirenlere kapatılması; başka bir ifade ile, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri (MİT mensubu memur ve kamu görevlileri sıfatını hâiz olarak) yerine getirenlerin yargı denetiminden muaf tutulması anlamına gelmektedir. Dolayısı ile (dava- dışı 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava-dışı "Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir," ibâresindeki düzenleme de dikkate alındığında), dava konusu mezkûr düzenleme ile MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getiren olası idareye mensup kişilerin, bu taleplerin yerine getirilmesi kapsamındaki eylem ve işlemlerine karşı -bir anlamda- yargı yolu kapatılmakla, Anayasanın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ", bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" ibâresi, Anayasanın 2., 10. ve

125. maddelerine açıkça aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız ibârenin başında yer alan "," (virgül) biçimindeki noktalama işaretinden sonra gelen sözcük grubunu oluşturan ibârenin öngördüğü Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin başında yer alan "," (virgül) biçimindeki noktalama işareti anlamını yitirecek ve bu noktalama işaretinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile 2937 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin başında yer alan ve uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan ","

(virgül) biçimindeki noktalama işaretinin de iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

6-) 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 9. maddesi ile değişik 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinin tamamı ile ikinci tümcesinin ilk sözcüğü olan:

"MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlar, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamaz. Ancak,"

Söz ve sözcük grubunun (tümcesi ve ibâresinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile (mevcut Kanunun önceki düzenlemesinden farklı olarak), MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamayacağı hükme bağlanmaktadır.

Gerçekten, 6532 sayılı Kanunun 9. maddesi ile yapılan değişiklikten önce 2937 sayılı Kanunun "Tanıklık" kenar başlıklı 29. maddesi, "Görevin gizliliği ve Devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hallerde MİT mensuplarının tanık olarak dinlenebilmesi, MİT Müsteşarının iznine bağlıdır." hükmünü âmirdi ve görüldüğü gibi, MİT mensuplarının tanıklık yapabilmesi, görevin gizliliği ve Devletin çıkarlarının zorunlu kılması hallerine münhasır olmak üzere MİT Müsteşarının iznine bağlı idi. Başka bir deyişle, görevin gizliliği ve Devletin çıkarlarının zorunlu kılmadığı hallerde MİT Müsteşarının iznine bağlı olarak MİT mensuplarının tanık olarak dinlenebilmesi mümkündü. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 9. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 29. maddesinin birinci tümcesinde öngörülen değişiklik ile, bundan böyle, MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapabilmeleri imkânsız hâle gelmiştir.

Hukuk kuralı ve hukuk düzeni tarafından "olması gereken" şeklinde ortaya konan değer ya da değerler bütünü, kişiler tarafından ihlâl edildiğinde, değer yargıları koymak suretiyle toplumu ve yaşayanları yönlendirmek istediği amaçlar da zarar görecektir. Hatta, böyle bir ihlâl iddiasının dahî hukuk düzenine zarar verdiği düşünülebilir. Değerlerin ve amaçların uğradığı zararların en geniş anlamıyla giderilebilmesi için, kuralı ihlâl eden kişilere, yine hukukun öngördüğü müeyyidelerin uygulanması gereklidir (Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İnternet Baskısı [Çevrimiçi Kaynak], Ankara, 1996,.sh.2, http://auhf.ankara.edu.tr/ kitaplar/ kamu-hukuku/ceza-muhakemesi-hukukunda-taniklik/, Erişim Tarihi:13.6.2014). Hukuk kuralının ihlâli iddiası ortaya atıldıktan sonra, böyle bir ihlâlin gerçekten vâki olup olmadığı, varsa kimin tarafından ne şekilde gerçekleştirildiği ve uygulanması gerekli müeyyidenin ne olacağı sorunlarının çözümü

amacıyla muhâkeme faaliyeti yürütülecektir (Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1987, sh. 162-163). O halde, muhâkeme faaliyeti, maddî sorun ve hukukî sorun olmak üzere iki temel sorunu çözmeyi amaçlar. Maddî olayların bir araya gelmesinden oluşan maddî sorunun "oluş biçimi" hakkında yetkili makamın bir sonuca varması ve ispata ulaşması, "gerçek"in tesbit edilmesi anlamına gelir (Erol Cihan, "Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:XXVII, sayı:3-4, Sh.1-2; Feyzioğlu, a.g.e., sh.2-3, dipnot:7).

Maddî ve hukukî sorunun çözülerek ispata ulaşılması için, doktrinde "ispat gereci" olarak adlandırılan bir takım gereçlere ihtiyaç bulunmaktadır. Geçmişte meydana gelmiş bir olayın muhâkeme sırasında temsilini sağlayan söz konusu gereçler olmaksızın maddî sorunun çözümü imkânsızdır (Nevzat Gürelli, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", İstanbul, 1967, sh.1-2; Feyzioğlu, a.g.e., sh.3). İşte, tanık beyanı, bu ispat gereçleri içerisinde yer almakta olup, ister hukuk isterse ceza muhâkemesi hukukunda, ispatla ilgili temel kavramlar içerisinde tanığın yeri büyüktür.

Yeryüzündeki hiçbir hukuk düzeni, tanıktan vazgeçebilmiş değildir ve en azından yakın gelecekte, tanık beyanına başvurma zorunluluğundan arınmış bir muhâkeme de düşünülememektedir (Feyzioğlu, a.g.e., sh.3). Bu zorunluluk, muhâkeme hukukunun bütün dallarında ve bunlarla ilgili kanunî düzenlemelerde tanık beyanına yer verilmesi sonucunu doğurmuştur. Ancak, ceza muhâkemesinde, özellikle, önceden delil hazırlamanın imkânsızlığı nedeniyle, tanığın ve tanık beyanının sahip olduğu önem, muhâkeme hukukunun diğer kollarına kıyasla çok daha büyüktür (Tahir Taner, Ceza Muhâkemesi Hukuku, İstanbul, 1955, sh.186). "Tanıklık, kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal bir görevdir. Kişilerin tanıklık etmeleri toplumun menfaati gereğidir."

(1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu Gerekçesi, Muhtar Çağlayan, Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu, Cilt:2, Ankara, 1966, sh.358).

Tanıklık yapma ödevinin Anayasamızdaki temelini ise Anayasanın 38. maddesinin beşinci fıkrasında "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." hükmü oluşturmaktadır. Şöyle ki, Anayasamız, zikrettiği bu durumda tanıklıktan çekinmeyi bir temel hak olarak öngörmek suretiyle, tanıklığın kural olarak yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğunu öngörmektedir. Anayasanın 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükmü de, varılan bu sonucu desteklemektedir (Feyzioğlu, a.g.e., sh.30). Öyle ise, Türkiye'de bulunan herkes (görülmekte olan bir davanın tarafı olmamak kaydı ile) tanıklık etmekle yükümlüdür (Toroslu-Feyzioğlu, a.g.e., sh.176).

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olaya baktığımızda, dava konusu düzenleme ile, MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlara, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapma yasağı getirmekle, maddî olayların bir araya gelmesinden oluşan maddî sorunun "oluş biçimi" hakkında yetkili makamın bir sonuca varmasını ve ispata

ulaşmasını engellemekte, "gerçek"in tesbit edilmemesi ve maddî sorunun çözümsüz kalması anlamına gelmektedir. Geçmişte meydana gelmiş bir olayın muhâkeme sırasında temsilini sağlayan bir takım isbat gereçleri olmaksızın maddî sorunun çözümü imkânsız olduğuna ve tanık beyanının da bu ispat gereçleri içerisinde içerisinde bulunduğu kabûl edildiğine göre, herhangi bir tanığın, MİT mensubu ya da MİT'te görev yapmış olması veya tanıklık yapacağı hususun MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bulunması vâkıâsı, maddî gerçeğin ortaya çıkartılmasına engel olmamalıdır. Zirâ, Anayasamazın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılan "hukuk devleti" ilkesi, hukuk ve ceza yargılamasında maddî gerçeğin ortaya çıkartılmasını ve böylece maddî ve hukukî sorunun - hukukî yollarla- çözülerek ispata ulaşılmasını gerektirir. Bu itibarla, dava konusu tümcenin öngördüğü düzenlemede olduğu gibi "MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlar, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamaz," denilmek suretiyle maddî gerçeğin ortaya çıkartılmasını engelleyecek biçimde bir Kural ihdâsı, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Zirâ, TBMM Adalet Komisyonunun 5271 sayılı CMK Tasarısına İlişkin Raporu'nda da belirtildiği gibi; "Modern Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun, daha doğrusu çağdaş hukuk sisteminin bütününün temelini Hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır." (Şahin-Özgenç; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Birinci Baskı, Mart, 2007, TBMM

Adalet Komisyonunun 5271 sayılı CMK Tasarısına İlişkin Raporu, Tarih:1.12.2004, Esas:1/535, 1/292, Karar: 65; sh.499).

Az yukarıda da açıkladığımız veçhile, "tanıklık" ödevinin Anayasamızdaki temelini, Anayasanın 38. maddesinin beşinci fıkrasında "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." hükmü oluşturduğuna göre, bu hükmün mefhûm-u muhâlifinden (karşıt kavramından), Kişilerin, kendilerini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı mâhiyette olmadıkça beyanda bulunabilecekleri ve bu yolda delil gösterebilecekleri anlamı çıkmaktadır. Başka bir deyişle, Anayasamız, bu hükmü ile, tanıklıktan çekinmeyi bir temel hak olarak öngörmek suretiyle, esâsen, tanıklık yapmanın kural olarak yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğunu öngörmektedir. Tanıklıktan çekinme hâlleri ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 45., 46., 47. ve 48. maddelerinde ayrıntılı biçimde açıklanmış olup, bu hükümler arasında MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlar hakkında tanıklıktan çekinme konusunda ayrı ve özel bir düzenleme getirilmemiştir. Şüphesiz, MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olmayan hususlarda tanıklıktan çekinmeleri durumunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun anılan hükümleri uygulanacaktır; ancak, dava konusu Kural'da olduğu gibi, MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlara, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapma yasağı getirilmesi, Anayasanın tanıklık yapmanın kural olarak yerine getirilmesi zorunlu bir ödev olduğunu öngören 38. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne aykırıdır.

Kezâ, Anayasanın 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükmü de, varılan bu sonucu destekler ve doğrular mâhiyettedir. Az yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile, Anayasamız 38. maddesinin beşinci fıkrasında, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." hükmü ile esâsen "tanıklıktan çekinme hakkı"nı temel bir hak olarak öngördüğüne ve yine Anayasamızın 12. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce, Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını ihtiva ettiğine göre, "tanıklık", bu ödevi yerine getiren kişinin (MİT mensubu da olsa, MİT'te görev yapmış da bulunsa), içinde yaşadığı "topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları"ndan biridir. Öyle ise, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlara taâllûk etse dahî, MİT mensuplarının veya MİT'te görev yapmış olanların tanıklık yapmaları, aynı zamanda içinde yaşadıkları "topluma ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları" gereğidir.

Bu itibarla, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olsa dahî, MİT mensuplarının veya MİT'te görev yapmış olanların tanıklık yapmalarını engelleyen dava konusu Kural, MİT mensuplarının veya MİT'te görev yapmış olanların tanıklık ödevleri kapsamında "topluma ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları"nı yerine getirmelerini engellemesi nedeniyle, kanaatimizce, Anayasanın 12. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 9. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanununun 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinin tamamı ile ikinci tümcesinin ilk sözcüğü olan, "MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlar, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamaz. Ancak," ibâresi, Anayasanın 2., 12. ve 38. maddelerine açıkça aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız birinci fıkranın birinci tümcesinin bitiminden itibaren, dava-dışı ikinci tümcenin başında yer alan "Ancak," sözcüğünden önce gelen birinci tümcede öngörülen Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu birinci tümcenin sonunda, dava-dışı ikinci tümcenin ise başında yer alan "Ancak," sözcüğü anlamını yitirecek ve bu sözcüğün uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6532 sayılı Kanunun 9. maddesi ile 2937 sayılı Kanunun 29. maddesinin dava konusu birinci fıkrasının birinci tümcesinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, dava-dışı ikinci tümcenin başında yer alan ve uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan "Ancak," sözcüğünün de iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

7-) 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 11. maddesi ile

1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"na eklenen Ek 1. maddenin,

a-) Birinci fıkrasının tamamı olan:

"Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Dava konusu düzenlemede atıf yapılan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci bölümünde yer alan suçlar, "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" olup; bunlardan Yedinci bölümde yer alan "Devletin güvenliğine ilişkin belgeler" başlıklı 326, "Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme" başlıklı 327., "Siyasal veya askerî casusluk" başlıklı 328., "Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama" başlıklı 329., "Gizli kalması gereken bilgileri açıklama" başlıklı 330., "Uluslararası casusluk" başlıklı 331., "Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik" başlıklı 333., "Yasaklanan bilgileri temin" başlıklı 334., "Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini" başlıklı 335., "Yasaklanan bilgileri açıklama" başlıklı 336., "Yasaklanan bilgileri siyasal veya askerî

casusluk maksadıyla açıklama" başlıklı 337., "Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi" başlıklı 338. ve "Devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma" başlıklı 339. maddelerinde düzenlenen suçlar hariç olmak üzere, Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin, adlî mercîlerce istenemeyeceği öngörülmektedir.

Anayasanın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesi, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmünü âmirdir. Kezâ, Anayasanın "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." denilmektedir. Diğer yandan, Anayasanın "Hâkimlik ve savcılık mesleği" kenar başlıklı 140. maddesinin ikinci fıkrasında, "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler." denilmek suretiyle, "yargı bağımsızlığı" ilkesine vurgu yapılmıştır.

Kuşkusuz, Anayasamızın 2. maddesinde tanımlanan "hukuk devleti" ilkesini gerçekleştirme yöntemlerinden biri de, yargı bağımsızlığını yerleştirmek ve yargı mercîilerine güven duyulmasını sağlamaktır. Mahkemelerin bağımsızlığı, yargı erkinin, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olmasını ve bu bağlamda, yetkilerini kullanmasını ve görevlerini yerine getirmesini ifade etmektedir. "Mahkemelerin

bağımsızlığı" ilkesi ise, hâkimlerin yasama ve yürütme organlarına bağlı olmaksızın Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verebilmelerini amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isâbetle vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup

güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

"Diğer taraftan, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasının asıl amacı maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Bu bağlamda, hâkim, maddi gerçeğe ulaşmak için gerek resen gerekse tarafların ileri sürdüğü konularda gerekli araştırma ve incelemeyi yapacaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 31. 10.2013 gün ve 2013/9 Esas, 2013/121 Karar sayılı Kararı). Gerçeğe ulaşabilmek amacıyla gerekli araştırma ve inceleme kapsamında hâkim, her türlü bilgi, belge, veri ve kayıt, rapor, değerlendirme ve analizlere zorunlu olarak erişmek durumundadır. Bu zorunluluk, hâkimin, maddî gerçeğe ulaşılmasına yöneliktir. Hâkimlerin, dava konusu Kural'da belirtildiği gibi, istihbarî nitelikte dahî olsa, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere biçiminde bir ayırım yapılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan bütün suçlarla ilgili olarak, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, her türlü bilgi, belge, veri, kayıt ve analizlere ulaşmak istemesi, ceza yargılamasının doğal sonucudur.

Bu bilgiler ışığında dava konusu düzenlemeye bakıldığında, Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyeceğine ilişkin düzenleme, adlî mercîilerin (Mahkemelerin) resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasının maddi gerçeğe ulaşılmak biçiminde tezâhür eden asıl amacına erişmesini engelleyici mâhiyette bir düzenlemedir. Oysa, az yukarıda belirtildiği gibi, Mahkemelerin istihbarî nitelikte dahî olsa, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere biçiminde bir ayırım yapılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan bütün suçlarla ilgili olarak, her türlü bilgi, belge, veri, kayıt ve analizlere ulaşmak istemesi, ceza yargılamasının doğal sonucu olup, bunu engellemeye yönelik her türlü kısıtlama Anayasanın "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesini benimseyen 138. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." Kural'ı ile, yine "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine vurgu yapan Anayasanın 140. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler." Kural'ının ihlâli anlamına gelecektir. Dolayısı ile, Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin,

Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyeceğine ilişkin dava konusu düzenleme ile, Anayasamızın 138. ve 140. maddeleri hükümleri gereği görevlerinde bağımsız olan; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermek durumunda bulunan; mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminâtına göre görev ifa eden hâkimlerin resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasının asıl amacı olan maddi gerçeğe ulaşılması engellenmekte; bu itibarla, adlî mercîilerin görev ve yetkilerini tam anlamıyla ifâ edebilme imkânları ortadan kaldırılmakta ve böylece "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi ile "hukuk devleti" ilkesi zedelenmektedir.

Diğer yandan, dava konusu Kural'da öngörüldüğü üzere, adlî mercîiler (mahkemeler) yönünden Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyeceğine yönelik böylesi bir kısıtlama hükmünün, âdil bir hukuk düzeni tesisini gerekli kılan "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir. Yasakoyucunun dava konusu Kural'da olduğu gibi, asıl amacı maddî gerçeğe ulaşılmak olan ceza yargılamasını engelleyici nitelikte hükümler ihdâs etmesi, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. "Hukuk devleti" ilkesi, adlî mercilerin (Mahkemelerin), dava konusu Kural'da olduğu gibi, "Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere" biçiminde bir ayırıma tâbi tutulmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda tarif edilen her suçla ilgili olarak, Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesinde istihbarî nitelikte dahî olsa, her hâlükârda, adaletin tecellisine ve maddî gerçeğin ortaya çıkartılmasına yarayacak her türlü bilgi, belge, veri, kayıt ve analizlere ulaşmasını gerektirir.

Bu itibarla, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek

1. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen düzenleme yönünden, Kuralın, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine olduğu kadar, ceza hukukunun temel ilkelerine ve "hukuk devleti" ilkesine aykırılığından da söz etmek gerekir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural, Anayasanın 2., 138. ve 140. maddeleri hükümlerine aykırıdır. İptali gerekir.

b-) İkinci fıkrasının tamamı olan:

"6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağı öngörülmekte ve buna göre, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacak kişiler arasında 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenlere, yâni, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine atıf yapılmaktadır.

O halde, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'a göre, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacak olanlar; 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler olarak sayılmıştır.

6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'da kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacak olanlar sayılırken atıf yapılan 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde ise, "İstihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilir, kimliğin gizlenmesi için her türlü önlemi alabilir, tüzel kişilikler kurabilir. Kimliğin oluşturulması veya tüzel kişiliğin

kurulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belge, kayıt ve dokümanlar ile araç ve gereçler hazırlayabilir, değiştirebilir ve kullanabilir." denilmiştir. Demek ki, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'da (6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine yapılan atıf nedeniyle) kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacak olanlar arasında istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden MİT tarafından kimlikleri değiştirilenler de (kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın); görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Zirâ, 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde,

"Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır." denilmiştir. 6532 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 6.

maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde ise, "İstihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilir" denildiğine göre; MİT'in, 2937 sayılı Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken sahip olduğu yetkiler arasında "istihbarî faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilme" yetkisi de bulunmaktadır.

O halde, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'a göre, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacak olan MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerden, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlardan veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerden görev, faaliyet ve yardımları sırasında bir haksız fiil ikâ etmeleri hâlinde, olası bir zararın tazmîni istenemeyecek; eylemin suç oluşturması hâlinde ise, soruşturma ya da kovuşturma yapmaya gerek duyulmayacak ve yetkili mercîler tarafından, haklarında hiçbir işlem yapılamayacaktır. Dolayısı ile, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağından MİT'in görev, faaliyet ve yardımları sırasında olası hukukî veya cezaî bir tâkîbata mâruz kaldıklarında, dava

konusu düzenlemenin kendilerine sağladığı ayrıcalıktan, -deyim yerinde ise- cankurtaran simidi gibi yararlanabileceklerdir. Söz gelimi, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle, hukuka aykırı bir eylem gerçekleştirdiklerinde, aleyhlerinde başlatılacak herhangi bir hukukî ve / veya cezaî soruşturma sırasında davalı veya şüpheli sıfatıyla yaptıkları savunmada, "olayın MİT tarafından kendilerine verilen bir görev sırasında husûle geldiğini; 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'a göre de kendilerinin hiçbir hukukî ve cezaî sorumluluklarının bulunmadığını" ileri sürerek sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Dava konusu Kural'ın arkasına sığınılarak yapılacak olası böyle bir savunmanın, hak ve nasafet ilkeleriyle ve dolayısı ile, "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.

Yukarıda (6532 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen Kural'da dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de açıkladığımız veçhile), sorumluluk (mes'ûliyyet), uyulması

gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü olma ve işlenmiş bir suçun cezasını çekme olarak tanımlanmakta; günlük dilde ise, bir kimsenin belli olaylar nedeniyle hesap verme ve açıklama yapma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Hukukî anlamda sorumluluk ise, bir kimsenin, belli olaylar üzerine, kendi aleyhine doğacak hukuksal sonuçlara katlanması yükümlülüğüdür. Hukuk kurallarına aykırı tutum ve davranışlar, doğal olarak beraberinde sorumluluğu da gerektirir(Gülşan, a.g.m,http://web.ogm.gov.tr/birimler/merkez/teftis/Dokumanlar/Hukuk%20 Sisteminde%20 Sorumluluk%20ve%20unsurlar%C4%B1%20Lutfi%20G%C3% 9CL%C5%9EAN.pdf, [Çevrimiçi Kaynak], Erişim Tarihi:12.6.2014).

Türk Ceza Kanununun hükümlerinden ayrık tutulduğu ayrıca ve açıkça belirtilmedikçe, her Türk vatandaşı Türk Ceza Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu sonuca,

"ceza kurallarının mecbûrîliği ilkesi"nden hareketle de ulaşılabilir. Bu ilkeye göre, ceza kanunları yürürlüğe girdikleri andan itibaren, hükümlerini ihlâl eden bütün kişiler hakkında, zorunlu olarak uygulanır (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, a.g.e., Sh.240; Gözler, a.g.e., Sh.536).

Yukarıda (dava dilekçemizin 3/a ve 3/b maddeleri başlığı altında da) açıkladığımız veçhile, bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun

160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Bu görev tarifinde, "işin gerçeğini araştırmak" konusunda suça ve suçluya ilişkin herhangi bir istisnaya (ayrıksı duruma) yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısı, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin, şüphelinin ya da eylemin niteliğine ve türüne bakmaksızın bilâ istisna, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak mükellefiyetindedir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olaya baktığımızda, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, sorumlu tutulamayacak olan MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin görev, faaliyet ve yardımları sırasında suç işlemeleri hâlinde, bu kişiler (şüpheliler) hakkında (bir anlamda) kamu davası açabilme yetkisinin elinden alınması, yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukunun temel kurallarına ve "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Zirâ, ceza kanunları -kural olarak- bütün kişiler için "mecbûrî" ise, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, sorumlu tutulamayacak olan MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler de dâhil olmak üzere, herkes için "mecbûrî"dir.

6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağını öngören dava konusu Kural, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenleri sorumluluktan bağışık tutmakta ve dolayısı ile, hukuk yargılaması açısından aleyhlerine dava açılamaması nedeniyle haksız olanın; ceza yargılaması açısından ise, ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılamaması anlamına gelmektedir.

Ne var ki, bu bölümde dava konusu yaptığımız Kural'ın öngördüğü düzenleme karşısında, örneğin, Cumhuriyet savcısı, bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olsa dahî, suç işlendiği izlenimini veren ahvâlin MİT'in talebi üzerine MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle gerçekleştiğini öğrenmesi hâlinde, MİT'in talebini yerine getiren fâil (ya da fâiller) hakkında hiçbir işlem yapmayacak ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi ile 170. maddesinde kendisine verilen "işin gerçeğini araştırma" ve -gerekirse- "kamu davası açma" görevlerini yerine getirmeyecektir. Bu düzenleme ile, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin ihbar veya şikâyet edilmesi üzerine, adlî yönden herhangi bir işlem yapılması veya haksız fiilden kaynaklanan bir zararın tazmîni için genel hükümlere göre hukuk davası açılabilmesi imkânsız hâle geleceğinden, haksız fiilin veya suçun ortaya çıkarılmadığı ve MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin haksız fiil ya da suç işlemeleri hâlinde, korundukları izlenimine yol açması nedeniyle, Kural'da öngörülen düzenleme, bu açıdan da, -yukarıda da vurgulandığı üzere- ceza hukukunun temel kurallarına ve Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Zirâ, yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile, ihbar veya şikâyet konusu olayın MİT'in talebi doğrultusunda meydana gelip gelmediğine bakmaksızın, Cumhuriyet savcılarının, ihbar veya şikâyet aldıklarında suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez (suç, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler tarafından işlenmiş dahî olsa) kamu davası açmak üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamaları ve (suç, MİT'in görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle işlenmiş dahî olsa) ilgililer hakkında -gerekirse- kamu davası açabilme yetkilerini kullanmaları; kezâ, eylemin mağduru olan kişilerin uğradıkları maddî veya manevî zararların tazmîni bakımından haklarını, hukuk davası açabilmek suretiyle kullanmaları, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Diğer yandan, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce, istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden

MİT tarafından kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağının öngörülmesi, -yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukuna hâkim olan bütün ilke ve kurallara aykırı bir biçimde- kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlere, hukukumuzda -kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın- başka hiçbir gerçek ve / veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık sağlanması anlamına gelmekte ve böylece MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler ile MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olmayanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilmeyenler arasında, bâriz bir biçimde, "kanun önünde eşitsizlik" husûle getirilmektedir.

Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle

ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, … kanun önünde eşit…" olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler ile kimlikleri değiştirilsin ya da değiştirilmesin, istihbari faaliyetler için görevlendirilmeyenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olmayanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilmeyenler de girmektedir. Yukarıda (dava dilekçemizin 5. maddesi başlığı altında, 6532 sayılı Kanunun

8. maddesi ile değişik 2937 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasında dava konusu yaptığımız ibârenin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesinde de değindiğimiz veçhile), MİT'in taleplerini yerine getirme kapsamında olmayan bir eylemin haksız fiil ya da suç teşkil etmesi hâlinde, fâilin mevzuat hükümleri gereği hukukî ve cezaî sorumluluğu doğabilecek iken, dava konusu 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'a göre, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacaklardır.

Hâl böyle olunca, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler ile MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilemeyenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olmayanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilmeyenler arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelecektir. Örneğin, Cumhuriyet savcısı, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden

kimlikleri değiştirilemeyenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olmayanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilmeyenler hakkında 5271 sayılı CMK.nun 160. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ihbar, şikâyet veya başka bir surette suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya mahâl olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve 5271 sayılı CMK.nun

170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturması halinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak mükellefiyetinde iken, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'a göre, kamu görevlisi olup

olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler hakkında aynı veya benzeri bir ahvâlin vukûu hâlinde, adlî yönden hiçbir işlem yapamayacaktır.

Başka bir değişle, suçu sâbit görülen kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerden herhangi bir şüpheli veya sanık hakkında, (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası ile 170. maddesi hükümlerine tamamen mugâyir bir biçimde), Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılamayacak ve kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Dördüncü Kısım'ında 90. ve devamı maddelerinde öngörülen Koruma tedbirleri olan yakalama ve gözaltı, tutuklama, adlî kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli

soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinin tatbîki cihetine gidilemeyecektir. O halde, dava konusu düzenleme, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlere, âdetâ, Anayasamızın 83. maddesi hükmü gereği hukuk düzenimizde sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri'ne tanınan bir nev'î "dokunulmazlık" bahşetmekte; mezkûr düzenleme, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlere, -deyim yerinde ise- yasal bir "zırh" ve bir "kalkan" anlamına gelmektedir. Bu itibarla, aynı yasal koruma ve kollamanın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilemeyenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olmayanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilmeyenlere uygulanmaması, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu aykırılık, Anayasanın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasanın "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin,

MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağını öngören anılan düzenleme ile,

kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler lehine, ama, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilemeyenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olmayanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilmeyenler aleyhine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü "Hiçbir kişiye … imtiyaz tanınamaz." dediğine göre, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlere bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasanın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, "Devlet organları" kavramı içerisine "Yasama organı" da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6532 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler yönünden lehe bir düzenleme öngördüğünden, "Kanun önünde eşitlik" ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'ın öngördüğü düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.

6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'ın öngördüğü düzenleme, kanaatimizce, Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu Kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu" mefhûmunun; hukuk muhâkemesinde ihtiyâti haciz, ihtiyâti tedbir, delil tesbiti, dava ikâmesi, itiraz, temyiz ve yargılanmanın yenilenmesi; ceza muhâkemesinde ise ihbar, şikâyet veya başka bir surette Cumhuriyet savcısı

tarafından başlatılan soruşturma evresi ile Mahkeme huzurunda cereyan edecek olan kovuşturma evresi, temyiz, itiraz ve yargılanmanın yenilenmesi gibi

usûlî işlemleri de kapsayacağı kuşkusuzdur. Oysa, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural'ın öngördüğü düzenlemede olduğu gibi, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağını öngörmek, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlere "yargı yolu"nu kapatmak anlamına gelmektedir. Böylesi bir düzenleme, apaçık, Anayasanın

125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu"nun, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlere kapatılması; başka bir ifade ile, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin yargı denetiminden muaf tutulması anlamına gelmektedir. Dolayısı ile dava konusu mezkûr düzenleme ile kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlere, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlara veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlere, bu taleplerin yerine getirilmesi kapsamındaki eylem ve işlemlerine karşı -bir anlamda- yargı yolu kapatılmakla, Anayasanın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6532 sayılı Kanunun 11. maddesi ile 2937 sayılı Kanuna eklenen Ek 1. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen dava konusu Kural, Anayasanın 2., 10. ve 125. maddelerine açıkça aykırıdır. İptali gerekir.

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Yüksek mâlûmları olduğu üzere, Kamu Hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için, yasal bir düzenlemenin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve bu yasal düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, iş bu dava dilekçemizde mufassal bir biçimde açıklamaya çalıştığımız

veçhile, 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Kanun'un 1., 3., 6., 7., 8 ve 9. maddelerinin iptallerini talep ettiğimiz dava konusu fıkra, bent, tümce ve ibâreleri yönünden, bu iki şart birlikte gerçekleşmiştir.

Dava dilekçemizde de mufassal bir biçimde açıklamaya çalıştığımız veçhile, dava konusu yapılan ve Anayasaya aykırılıkları nedeniyle iptali istenen ve bu bapta da yürürlüklerinin durdurulması talep olunan fıkra, bent, tümce ve ibârelerin öngördüğü düzenlemelerle;

Milli Güvenlik Kurulu ile Bakanlar Kurulu arasında görev-yetki geçişmesi husûle gelmekte; sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş bir yetkiyle, Bakanlar Kurulunun dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Bakanlar Kuruluna MİT'e görev verme yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Bakanlar Kurulunun keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken; dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda her görevlendirmeye göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmekte,

Uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme biçiminde MİT'e verilen sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle, kapsamı ve mâhiyeti değişebilen hukukî belirsizlik içinde, MİT'in olası keyfî uygulamalarının önü açılırken; uygulanabileceği belirtilen uygun koordinasyon yöntemleri konularında her ortama, görevin niteliğine, zamana ve zemine göre değişebilen öngörülemez ölçütler benimsenmekte,

MİT, istihbarat döngüsünün safhalarından biri olan "veri, malûmat ve bilginin toplanması" aşamasında temin ettiği bilginin / ürünün "hammadde"sini, kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların sadece açık kaynaklarından değil, bilûmum kapalı (gizli) kaynaklarından da elde edebilmesinin ve böylece, MİT'in, meşrû yollarla açık kaynaklardan elde edebileceği bilgiyi (hammaddeyi), gayrimeşrû yollarla kapalı kaynaklardan edinebilmesinin önü açılmakta,

MİT'in, -sadece- ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar tarafından bilinmesi gereken her türlü bilgiye erişmesine ve o bilgileri işlemek suretiyle istihbarat ürünü elde edilmesine imkân sağlanmakta,

MİT'in "espiyonaj" (casusluk) gibi meşrû olmayan yollarla kapalı (gizli) bütün bilgi, belge, veri ve kayıtlara ulaşmasının önü açılarak, -deyim yerinde ise- MİT'in kamu kurum ve kuruluşlarının,

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve (tarafımızdan kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara karşı "espiyonaj / casusluk" faaliyetinde bulunmasına cevaz verilmekte,

MİT'e, görev verme yetkisi ile yaratılan "hukukî belirsizlik" içinde Bakanlar Kurulunun keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken; bilgi, belge, veri ve kayıtların toplanmasında öngörülemez ölçütler getirilmekte,

MİT'in meşrû yollarla açık kaynaklardan elde edebileceği bilgiyi (hammaddeyi), gayrimeşrû yollarla -kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler

ve (tarafımızdan asla kabûl anlamına gelmeyen) tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşların mevzuatında aksine hükümler olsa dahî- kapalı (hafî, gizli, mahrem) kaynaklardan edinebilmesinin önü açılmakta,

Hukuk usûlümüzde, sadece avukatlara (ve avukat stajyerlerine) tanınmış olan soruşturma evresinde "dosya içeriğini inceleme ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilme" yetkisi ve hakkı, artık (taraf olsun olmasın), MİT'e de tanınmakta,

MİT'in tarafı olmadığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturma (dava) dosyaları MİT yönünden birer "açık kaynak" hâline getirilmekte, hiçbir sınırlama olmaksızın MİT'in, soruşturma ve kovuşturma (dava) dosyalarındaki her türlü işlem, bilgi ve belgeden haberdâr olmasının yolu açılmakta ve böylece MİT'in taraf olmadığı soruşturma ve kovuşturmalarda, doğrudan doğruya suçla mücadele zayıflatılmış olmakta,

MİT'te görev "alan" kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını yeniden belirlemeye çalışmak, o kişilerin, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muâmeleye tâbî tutulması anlamına geldiğinden, MİT'te görev "alan" kişilerin, MİT tarafından güvenilirliklerinin ve uygunluklarının belirlenmesine cevaz verilmekte,

MİT'in istihbarat sürecinde veri, haber veya bilginin kapalı kaynaklardan kanun-dışı yollar kullanılarak, sinyal istihbaratı yapmak suretiyle hedefin bilgisi dışında ve

/ veya hedefin işbirliği olmadan toplayabilmesi olanaklı hâle getirilmekte,

2937 sayılı Kanunun 6532 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik 2937 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ek (Onbirinci) fıkrasından önce gelen bütün hükümlere" ve "diğer kanunlardaki düzenlemelere" bağlı kalmaksızın, yalnızca, "MİT Müsteşarı veya yardımcısının

onayıyla" önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacı adı altında, yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin MİT tarafından tesbit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirebilmesi ve kayda alabilmesi olanaklı hâle gelmekte,

MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyetin Cumhuriyet savcıları tarafından işleme konulmaması, ceza yargılaması açısından ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması sonucu doğmakta,

MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında görev alanlar ile MİT mensuplarının şikâyet edilmesi ya da işledikleri suç fiilinin ihbârı sonucunda adlî yönden herhangi bir

işlem yapılması ve herhangi bir koruma tedbirinin uygulanması imkânsız hâle gelmekte ve böylece MİT görevlilerinin korunduğu izlenimine yol açılmakta,

Herhangi bir ihbar veya şikâyet suretiyle Cumhuriyet savcılarına intikâl edecek bir durumda MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adlî yönden hiçbir işlem yapılmaması öngörülmekle, MİT'in görev ve faaliyetlerine ve MİT mensuplarına, hukukumuzda başka hiçbir gerçek ve / veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık, -deyim yerinde ise- bir nev'î dokunulmazlık sağlanmakta,

MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensupları hakkında ihbar ve şikâyetin işleme konulabilmesi için gerçek isim, imza ve adres bilgileri ile delillerin ve dayanaklarının gösterilmesi şartına bağlanmakta ve böylece MİT'in görev ve faaliyetleri ile MİT mensupları hakkında ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi zorlaştırılmakta,

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinde -sadece- Yüce Divanda yargılanacak asker kişilerle ilgili soruşturma usûlünün düzenlenmesine rağmen, 6532 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanunun 26. maddesine eklenen Ek (dördüncü) fıkranın birinci tümcesinde yer alan dava konusu Kural ile 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usû ve esaslara yapılan atıf nedeniyle, MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda da 353 sayılı Kanunun 15/A maddesinin anılan hükümlerinin uygulanacağı öngörülmekte, başka bir deyişle, Yüce Divanda yargılanacak asker kişiler arasına (asker kişi olmamasına rağmen) MİT Müsteşarı da dâhil edilmekte,

Türkiye'de bulunan tutuklu veya hükümlü yabancıların, Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmakla, geri vermeye (iadeye) ya da takasa konu suç konusu eylemlerin Türkiye'nin egemenlik sahası dışında işlenmiş olup olmadığı; geri vermenin (iadenin) veya takasın dayanağını oluşturan fiilin (eylemin) Türk kanunlarına göre "suç" oluşturup oluşturmadığı; geri vermenin veya takasın dayanağını teşkil eden fiilin, düşünce suçu veya siyasî ya da askerî suç niteliğinde olup olmadığı; suçun, yurtdışında işlenmiş olması hâlinde, Türk Devletinin güvenliğine karşı, Türk Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenip işlenmediği; işlenmişse geri verme talebinin ya da takas yolunun kabûl edilemeyeceği; kezâ, geri verme talebinin dayanağını oluşturan suçla ilgili olarak, gerek geri verme ya da takas talep eden devlet hukukuna, gerekse Türk hukukuna göre dava ve ceza zamanaşımının dolup dolmadığı ve kezâ, suçun, her iki devlet yönünden de affa uğrayıp uğramadığı hususlarında hiçbir düzenlemeye yer verilmemek suretiyle, bu kurallar göz ardı edilmekte,

Türk hukukunda geri verme (iade) talebi hakkında karar vermeye, kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi görevli ve yetkili kılınmış iken, bu Kural da tamamen

göz ardı edilmek suretiyle Türkiye'de bulunan tutuklu veya hükümlü yabancıların, Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği hükme bağlanmakta; kezâ, suç işleyen tutuklu veya hükümlü yabancıların iade veya takas suretiyle, bir anlamda, cezadan kurtulmalarına veya daha az ceza almalarına yol açılmakta,

Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri koruma adına Anayasamızda temel hak ve hürriyetler arasında sayılan "haberleşme hürriyeti", "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' (ifade özgürlüğü)" ve "basın hürriyeti" ile siyasî haklar arasında yer verilen "bilgi edinme hakkı"nın sağladığı güncel, çağdaş ve demokratik hakların kullanımı zorlaştırılmakta; bunun yanında, Millî İstihbarat Teşkilâtının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, MİT mensuplarını ve ailelerinin kimlik bilgilerini koruma adına Anayasamızda temel hak ve hürriyetler arasında sayılan "haberleşme hürriyeti"nin, "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti'nin (ifade özgürlüğü'nün)" ve "basın hürriyeti"nin sağladığı hakların kullanımı güçleştirilmekte,

2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını … ihmâl … suretiyle önlemek ve yine bu Kanun kapsamındaki yükümlülükleri yerine getirmemek suçlarını işleyen "her kim"

olursa olsun -kamu görevlisi olup olmadığına bakılmaksızın- "herkes"i içine alacak şekilde cezalandırılabilmesinin önü açılmakta,

MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde MİT tarafından yapılan herhangi bir talebi yerine getirenlerin hukukî ve cezaî sorumluluklarının doğmaması; bu tür taleplerin yerine getirilmesi sırasında eylemin haksız fiil oluşturması hâlinde zararın tazmîninin istenememesi; eylemin suç teşkil etmesi hâlinde ise, soruşturmaya ya da kovuşturmaya gerek duyulmaksızın, yetkili mercîler tarafından hiçbir adlî işlem yapılamaması öngörülmekle, yine, MİT'in görev ve faaliyetlerine ve MİT mensuplarına, hukukumuzda başka hiçbir gerçek ve / veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık, -deyim yerinde ise- bir nev'î dokunulmazlık sağlanmakta,

MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenleri hukukî ve cezaî sorumluluktan bağışık tutmakta ve bu uygulama, hukuk yargılaması açısından aleyhlerine dava açılamaması nedeniyle haksız olanın; ceza yargılaması açısından da ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması anlamına gelmekte ve bir anlamda, MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan talepleri yerine getirenlerin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmakta,

MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında kendisinden herhangi bir talebi yerine getirmesi istenenlerin ihbar veya şikâyet edilmesi üzerine, adlî yönden herhangi bir işlem yapılması veya haksız fiilden kaynaklanan bir zararın tazmîni için genel hükümlere göre hukuk davası açılabilmesi imkânsız hâle gelmekte,

MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlara, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapma yasağı getirmekle, maddî olayların bir araya gelmesinden oluşan maddî sorunun "oluş biçimi" hakkında yetkili makamın bir sonuca varmasını ve ispata ulaşması zorlaşmakta; böylece, "gerçek"in tesbit edilmemesi ve maddî sorunun çözümsüz kalması ihtimâli belirmekte; bu meyanda, MİT mensuplarının veya MİT'te görev yapmış olanların tanıklık ödevleri kapsamında "topluma ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları"nı yerine getirmeleri engellenmekte,

Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbarî nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyeceğine ilişkin düzenleme ile, adlî mercîilerin (Mahkemelerin) resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu

ceza yargılamasının maddî gerçeğe ulaşılmak biçiminde tezâhür eden asıl amacına erişmesi engellenmekte ve bu itibarla, adlî mercîilerin görev ve yetkilerini tam anlamıyla ifâ

edebilme imkânları ortadan kaldırılmakta,

MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamayacağı öngörülmekle, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler sorumluluktan bağışık tutulmakta ve dolayısı ile, hukuk yargılaması açısından aleyhlerine dava açılamaması nedeniyle haksız olanın; ceza yargılaması açısından ise, ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılması engellenmekte ve bir anlamda, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmakta,

Dolayısı ile, anılan düzenlemelerle, Anayasada "Temel haklar ve hürriyetler" arasında sayılan "Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı", "Haberleşme hürriyeti", "Düşünceyi açıklama ve yayma hakkı (İfade özgürlüğü)", "Basın hürriyeti", "Hak arama hürriyeti" ile "Siyasî haklar" arasında sayılan "Dilekçe hakkı" (bu meyanda) "Bilgi edinme hakkı", "Kişinin temel hak ve hürriyetlerinin, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlanamayacağı" prensibi, "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, "Ceza kurallarının mecbûrîliği" ilkesi, "Hukukî belirlilik" ilkesi ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" prensibi", -söz konusu hakların özüne dokunurcasına- "Hukuk devleti" ve "Adalet" ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlanmakta ve "Hukuk devleti" ilkesi ihlâl edilmektedir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen fıkra, bent, tümce ve ibâreler, Anayasaya açıkça aykırıdır. Dava konusu fıkra, bent, tümce ve ibârelerin uygulanması halinde, "Hukuk devleti" ilkesi, "Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı", "Haberleşme hürriyeti", "Düşünceyi açıklama ve yayma hakkı (İfade özgürlüğü)", "Basın hürriyeti", "Hak arama hürriyeti" ile "Siyasî haklar" arasında sayılan "Dilekçe hakkı" (bu meyanda) "Bilgi edinme hakkı", "Kişinin temel hak ve hürriyetlerinin, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlanamayacağı" prensibi, "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, "Ceza kurallarının mecbûrîliği" ilkesi, "Hukukî belirlilik" ilkesi, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" prensibi konularında Anayasanın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı kesindir.

Dava konusu fıkra, bent, tümce ve ibâreler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasaya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu yasal düzenlemeler yönünden "Yürürlüğü Durdurma" Kararı verilmeyip, sadece İptal Kararı verilmesi halinde, bu İptal Kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin, hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken "hukukun üstünlüğü" ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende ise, kişinin temel hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, "hukuk devleti" ilkesi yönünden (yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile), telâfîsi imkânsız durum ve zararlara yol açacaktır.

Böylesi bir ahvâlin husûle gelmesini önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenen dava konusu fıkra, bent, tümce ve ibârelerin, iş bu dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması talebiyle Yüksek Mahkemenizde iş bu dava açılmıştır.

VI. SONUÇ VE İSTEM

17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un,

1-) 1. maddesi ile 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde geçen "… Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibâresinin Anayasanın 2. maddesine,

2-) 3. maddesi ile değişik 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde geçen ",

uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibâresinin Anayasanın 2. maddesine; (b) bendinin tamamının Anayasanın 2. ve 20. maddelerine; (c) bendinin tamamının Anayasanın

2. maddesine; (i) bendinde geçen "… alan veya …" ibâresinin Anayasanın 2. ve 17. maddelerine; ek (Onbirinci) fıkrada geçen "… yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla …" ibâresinin Anayasanın 2., 7., 20. ve 22. maddelerine,

3-) 6. maddesi ile 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 26. maddesine eklenen ek (ikinci) fıkranın ikinci tümcesinin Anayasanın 2., 10. ve 125. maddelerine; ek (üçüncü) fıkrasında geçen "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla

yapıldığı anlaşılan ya da …" ibâresi ile "… delilleri ve dayanakları gösterilmeyen …" ibâresinin Anayasanın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine; ek (dördüncü) fıkrasının birinci tümcesinin Anayasanın 148. maddesine; ek (sekizinci) fıkrasının tamamının Anayasanın 2. ve 38. maddelerine,

4-) 7. maddesi ile değişik 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî

İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 27. maddesinin birinci fıkrasında geçen "… yetkisiz olarak alan, temin eden, …" ibâresinin Anayasanın 2., 5., 22., 26., 28., 29. ve 74. maddelerine;

üçüncü fıkrasının tamamının Anayasanın 2., 5., 10., 22., 26., 28. ve 29. maddelerine; dördüncü fıkrasında geçen "… ihmal veya …" ibâresi ile "… yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere …" ibâresinin Anayasanın 2. ve 13. maddelerine,

5-) 8. maddesi ile değişik 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 28. maddesinin birinci fıkrasında geçen ", bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" ibâresinin Anayasanın 2., 10. ve

125. maddelerine,

6-) 9. maddesi ile değişik 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi ile ikinci

tümcesinin ilk sözcüğü olan "MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlar, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamaz. Ancak," tümcesi ve ibâresinin Anayasanın 2., 12. ve 38. maddelerine,

7-) 11. maddesi ile 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu"na eklenen Ek 1. maddesinin birinci fıkrasının tamamının Anayasanın 2.,

138. ve 140. maddelerine; Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının tamamının Anayasanın 2., 10. ve 125. maddelerine;

Aykırı olmaları nedeniyle, gerek lâyihamızda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkeme'niz tarafından re'sen belirlenecek nedenlerle İPTALLERİNE ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

Karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz."

Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/87

Karar Sayısı : 2015/112

Karar Tarihi : 8.12.2015

R.G. Tarih-Sayı: 28.01.2016 - 29607

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

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

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

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

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

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

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

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

E- 85. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un

2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerinin ve (o) bendinde yer alan "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." ibaresinin,

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

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

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

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

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

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

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

2- Eklenen (4) numaralı fıkrasının,

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

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

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

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

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

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların yer aldığı 6518 sayılı Kanun'un;

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

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

(...)

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

(...)

Yetkilidir."

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

"Aşırı düşük teklifler

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

İhale komisyonu;

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

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

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

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

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

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

"Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir."

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

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

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

" MADDE 2- (1) Bu Kanunun uygulamasında;

(...)

n) Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,

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

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

(...)

ifade eder."

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

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

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

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

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

"(3) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

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

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

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

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

"Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 6- (1) Erişim sağlayıcı;

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

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

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

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

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

yükümlüdür.

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

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

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

"Erişim Sağlayıcıları Birliği

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri

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

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

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

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

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

"İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi

MADDE 9-

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

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

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

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

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

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

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

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

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de

yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

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

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

"Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"GEÇİCİ MADDE 3 -

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

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

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

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

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL,

Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 14.5.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

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

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

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

a- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya faaliyetlerini sürdürebilmeleri için alınması zorunlu olan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinin vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge koşuluna bağlanmasının, vergi ödeme gücüne ulaşma amacı için elverişli ve gerekli olmadığı, mükelleflerin bu şekilde ticari faaliyette bulunmalarının engellenmesinin adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi orantılılık ilkesi ile de bağdaşmadığı, vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatı için mükelleflerin ticari

faaliyette bulunmalarını engelleyecek düzenlemeler yoluyla piyasadan çekilmeye zorlanmalarının Devlete verilen görevlerle uyuşmadığı, bu durumun vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatının hiç sağlanamaması riskini de taşıdığı, iptali istenilen bölümün adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerine uymadığı, çalışma ve sözleşme hürriyetini demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

9. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle

getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

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

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

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

13. Söz konusu sınırlamanın, amacı itibarıyla Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca ödev olarak belirlenen vergi borcu ile diğer kamu borçlarının düzenli ve sürekli bir biçimde tahsilini, kamu alacağının güvence altına alınmasını ve tahsilatın hızlandırılmasını sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir. Anayasa ve kanunlarla, kamu giderlerinin karşılanabilmesi için bir ödev olarak

öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda, kanunlarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin, buna bağlı olarak kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumanın aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında olan, keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan iptali istenen kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.

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

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

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

a- İptal Talebinin Gerekçesi

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

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

28. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir

olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

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

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

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

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

33. Ekonomik açıdan en avantajlı teklife ise Kanun'un 38. maddesinde hüküm altına alınan aşırı düşük tekliflerin tespit edilmesi ve sorgulanması işlemlerinden sonra ulaşılmakta, bir başka ifadeyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif, verilen en düşük fiyat teklifini değil, aşırı düşük tekliflerden arındırılmış teklifler içerisindeki en düşük fiyat teklifini ifade etmektedir. Bu nedenle, aşırı düşük tekliflerin değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi gerekmektedir. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda da, ihale komisyonunun aşırı düşük

teklifleri değerlendirirken bu teklifler nedeniyle sözleşmenin yürümesini sıkıntıya düşürmemek, verilen aşırı düşük tekliflerle işin yapılabilirliğini belirleyebilmek için dikkate alacağı hususlar belirtilmiştir. Ancak bu hususlar tahdidi olarak sayılmayıp, "...gibi hususlarda..." denilmek suretiyle işin özelliğinden kaynaklanan ve teklifte önemli olduğu tespit edilen, fakat kuralda belirtilmeyen hususlarda açıklama yapılmasının sağlanması amaçlanmıştır. Her şeyden önce sayma yönteminin tercih edilmesi durumunda, daima bazı hususların eksik kalma olasılığı söz konusu olacaktır. Özellikle yapılan işin özelliğine göre değişik bileşenlerin söz konusu olduğu ihale hukukunda bu hususları kanunda saymanın mümkün olmadığı açıktır.

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

"...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

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

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

43. 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, "Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek." Kurum'un görev ve yetkileri arasında sayılmış, Kurum'un, Kurul kararıyla bu Kanun'un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kurul ve Kurum'un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı, standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulacağı belirtilmiştir. İptali istenilen ibarelerin bulunduğu kuralın da, bu kapsamda Kurum'a verilen görev ve yetkileri içerdiği anlaşılmaktadır.

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

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

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

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

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

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

50. Öte yandan, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan düzenleyici işlemler kamu ihalesine katılacak tüm kişiler için geçerli ve ortak kuralları içermektedir. Devletin kamu ihalelerinin sağlıklı ve düzenli işlemesi için oluşturduğu Kamu İhale Kurumu'nun, görev alanı ile ilgili konularda ilgili Kanun hükümlerini de gözetmek kaydı ile düzenleme yapmasında ise Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

"gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

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

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

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

sağlayacaktır. Kamu yararı amacıyla çıkarılan bu düzenleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

66. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir. Ancak güvenin korunması, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun

çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir.

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

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

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

70. Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur.

Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

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

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

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

en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

74. İptali istenilen kural ile idare tarafından Başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında çalışanların Sosyal Güvenlik Uzmanı olarak atanmış sayılması değil, bu kadrolarda çalışanlardan kuralda belirtilen koşulları taşıyanların idare tarafından Sosyal Güvenlik Uzmanı olarak atanabilmesi düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu kuralın uygulanabilmesi için idari işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca da, idari işlemler yönünden kişilerin yargı yoluna başvurmaları mümkün olduğundan, iptali istenilen kuralda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırılık bulunmamaktadır.

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

76. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

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

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

1- Kuralların Anlam ve Kapsamları

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

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

80. Kanun'un iptali istenilen 6/A maddesinde ise, ESB ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (1) numaralı fıkrasında 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğinin kurulduğu, (2) numaralı fıkrasında Birliğin özel hukuk tüzel kişiliğini haiz ve merkezinin Ankara olduğu, (3) numaralı fıkrasında Birliğin çalışma usul ve esaslarının Kurum (BTK) tarafından

onaylanacak Tüzükle belirleneceği ve Tüzük değişikliklerinin Kurumun onayına tabi olduğu, (4) numaralı fıkrasında Birliğin, Tüzüğün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı, (5) numaralı fıkrasında Birliğin 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş olduğu, (6) numaralı fıkrasında 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği, kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacağı, (8) numaralı fıkrasında Birliğin kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebileceği, (9) numaralı fıkrasında Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacağı, alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği, bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirleneceği, üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği, süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edileceği, (10) numaralı fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamayacağı öngörülmüştür.

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

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

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

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

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

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

2- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

87. Dava dilekçesinde özetle,

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

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

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

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

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

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

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

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

3- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

sağlamak için erişim sağlayıcıların ESB'ye üye olma zorunluluğunun getirilmesi, Devletin pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olup, kişilerin özel teşebbüs kurma haklarını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

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

94. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getirilebilmesini ve özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Anayasa'nın, "kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak" görevini Devlete veren 5. maddesi, "özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri" almakla görevlendiren 48. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde çalışma hayatına müdahale edebileceğini göstermektedir. Devlet, internet ortamında yapılan yayınlar nedeniyle kişilik hakları ve özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişilerin korunmasını sağlamakla görevlidir. Bunun için de bu hakları ihlal edilen kişilere yönelik yayınlara erişimin engellenmesini sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ni kurmuştur. Bu kapsamda, erişimin engellenmesi için gerekli olan her türlü donanımın ve yazılımın erişim sağlayıcılarının kendileri tarafından karşılanmasına yönelik hüküm de Devletin aldığı tedbirler kapsamında olup bu hususlarda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Belirtilen nedenlerle söz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırı değildir.

95. İptali istenilen kurallardan 6/A maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Birliğe, gereği yerine getirilmek üzere gönderilen kararlardan mevzuata uygun olmadığını düşündüklerine itiraz hakkının tanınması ise kamu yararını sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Birliğe itiraz hakkı tanınmak suretiyle, verilen erişimin engellenmesi kararının tekrar gözden geçirilmesi sağlanmak istenmiştir. İptali istenilen kurallardan 6/A maddesinin (9) numaralı fıkrasında düzenlenen, Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacağı, alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği, bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirleneceği, üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere

ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği, süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edileceği hususları ESB'nin varlığını devam ettirmesi ve kendisine yüklenen erişimin engellenmesi görevinin yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir. Kamu yararı amacı ile çıkarılan bu düzenlemeler de anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir.

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

98. Dava dilekçesinde özetle, kuralın tebligat mevzuatına aykırı olduğu gibi uluslararası anlaşmalarla korunan hukuki menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedeler mahiyette olduğu, kuralın uygulanması durumunda Birliğe yapılan tebligatın muhatabı olan erişim sağlayıcıya gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise içeriğine ne zaman vakıf olduğu, tebligatın tebellüğ yetkisine sahip olanlarca alınıp alınmadığının muallakta kalacağı, geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin tüm erişim sağlayıcılar için geçerli olmak üzere Birliğe yapılan tebligat ile sağlanmasının hukuki güvenliği sarstığı, düzenleme ile bir çok hukuki sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahi olmadan önce başlayabileceği, bu durumun ise hak arama hürriyetini ciddi bir şekilde tehdit edebileceği, gerçek ve tüzel kişilerin haklarını doğrudan etkileme kapasitesine sahip olan tedbir/yaptırım kararlarının, başka bir özel hukuk tüzel kişisine tebliğ edilmesinin geçerli addedilmesinin savunma hakkının etkin kullanımını engellediği, 5651 sayılı Kanun kapsamında internet servis sağlayıcılık faaliyeti yapanlara Birlik vasıtasıyla yapılacak bildirimin muhatabına ulaşmaması halinde, bu muhatapların meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile adil yargılanma hakkının elinden alınması ve dolayısıyla hak arama hürriyetinden mahrum bırakılmaları anlamına geleceği, ayrıca kuralda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının tanınmadığı ve yine benzer durumlarda ilgili gerçek veya tüzel kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağının ve sürelerinin gösterilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

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

115. Öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle

sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

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

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

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

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

120. Ancak, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin "aynı mahiyetteki yayınların" başka internet adreslerinde yayınlanması durumunda ilgili kişinin Birliğe başvurması halinde bunun tespiti de Birliğe bırakılmaktadır. Aynı

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

131. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

132. Erişim engelleme, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir internet sitesine ulaşımının

engellenmesidir. İnternet sitelerine erişimin engellenmesi için kullanılan tek bir yöntem bulunmamaktadır. Engellemenin kapsamı, kullanılan teknik, engelleme süresi, engelleme öncesi ve sonrası takip edilen süreç teknolojik gelişmeye göre değişmektedir.

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

140. Uyarı yöntemi, Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile ilgili bulunmakta ve bu fıkrada; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması

hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebileceği öngörülmektedir. İptali istenilen kural da, uyarı yönteminin nasıl yapılacağına ilişkin bir hükümdür.

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

148. Günümüzde elektronik sistem oldukça yaygınlaşmış ve hayatın her alanında kullanılır hale gelmiştir. Gelişen teknolojiye uygun olarak tebligatlarda da elektronik ortamın kullanılması gündeme gelmekte, hatta bazı alanlarda elektronik tebligatın uygulanması zorunluluğunu gerektirmektedir.

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

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

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

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

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

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

L- Kanun'un 87. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın ve Kanun'un 88. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkranın ve Kanun'un 89. Maddesi ile 5651 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (d) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

155. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen hükümlerin, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, tüm internet kullanıcılarının iletişim verilerinin, herhangi bir hukuki sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hale getirmek için düzenlendiği, tüm bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberinin olmayacağı, idarenin tamamen keyfi olarak verdiği bu karar nedeniyle zarar görecek kişinin itiraz etmesinin mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da bu karara itiraz etmekte bir menfaatinin bulunmadığı, özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulamanın hak arama hürriyetini ortadan kaldırmasının ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hale getirdiği, iptali istenilen kuralların Anayasa'nın "Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir." kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil ettiği, ".kanunda öngörülen haller"in nelerden ibaret olduğunun 6518 sayılı Kanun'un hiçbir maddesinde belirtilmediği, öte yandan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından içerik (yer ve erişim) sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin

mahiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarih olmadığı, bilginin hassas bilgi, şahsi bilgi, gizli bilgi, ticari sır gibi çeşitli türlerinin bulunduğu, bu tür bilgilerin hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceğinin kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzem olduğu, iptali istenilen hükümlerde Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olduğu öngörülse de bu tedbirlerin ne olduğunun açıklanmadığı, dolayısı ile belirsiz olduğu, Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, oysa iptali istenilen kurallarda içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından, talebi halinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olmasının gerektiği, iptali istenilen hükümler uyarınca içerik, yer ve erişim sağlayıcıları TİB'in talep ettiği özel hayata ilişkin bütün bilgiler de dahil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olduklarından hak arama hürriyetinin ortadan kaldırıldığı, bu anayasal hakkı ihlal edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve sürelerinin gösterilmediği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

159. Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin

korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği hükmüne de yer verilmiştir. Madde gerekçesinde de, özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, resmi makamların özel hayata müdahale edememesi anlamına geldiği belirtilmiştir.

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

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

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

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

164. İptali istenen kurallarda geçen "bilgi" kelimesi en kısa tanımıyla "işlenmiş veri"dir. Kişisel veri kavramı ise belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Dolayısıyla iptali istenilen kurallarda geçen bilgi kelimesi kişisel verileri de kapsamaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak söz konusu hak sınırsız değildir. Kişisel verilerin korunması hakkı, veri sahibinin mutlak ve sınırsız bir veri hâkimiyetini

mümkün kılmamaktadır. Nitekim Türkiye'nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konmaması nedeniyle taraf olmadığı 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında, kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür.

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

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

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

168. İptali istenilen hükümlerde yalnızca talep edilen bilgiden bahsedildiği ve bu konuda açıklayıcı bir düzenleme olmadığı için, "kişisel veri" veya "isteme bağlı veri" olarak adlandırılan,

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

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

170. Özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızaları olmaksızın bilgi toplanmasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. İptali istenilen kurallar, kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde TİB'e teslim edilmesine olanak tanımaktadır. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin

korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın bu hükmünde yer alan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin "kanunda öngörülen haller"in nelerden ibaret olduğu 5651 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. İptali istenilen kurallar, Anayasa'da yer alan güvenceye rağmen, kişilere ait her türlü kişisel veri, bilgi ve belgelerin konu, amaç ve kapsam bakımından yeterli sınırlamaya tabi kılınmaksızın koşulsuz olarak TİB'e verilmesine imkân tanımakta, böylece kişiler idareye karşı korumasız hale getirilmektedirler. Dolayısıyla iptali istenilen kurallar, belirli ve öngörülebilir olmadığından kişilerin kişisel verilerin korunması hakkını ölçüsüzce sınırlandırmakta ve Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

174. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında öngörülen saklama süresinin uluslararası ve Avrupa hukuku düzenlemelerine nazaran uzun ve geniş kapsamlı olmasına ek olarak saklanan verilerin güvenliği ile ilgili herhangi bir önleme de işaret edilmemiş olmasının ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği açısından ciddi bir tehlike doğurduğu, ifade özgürlüğü açısından bu bilgilerin her an erişime açık bir şekilde saklanmasının, muhalif görüşlerin özel alanda dahi ifade edilmesini engelleyecek boyutta bir otosansür uygulamasına ve korku toplumuna yol açabilecek nitelikte olduğu, kanun değişiklikleriyle verilerin saklanmasına ilişkin yeterli korumanın getirilmemiş olmasının özel hayatın gizliliğinin, yalnızca kamuya mal olmuş insanların ve bilgiye erişim hakkının önüne geçebildiği ölçüde gündeme getirildiği izlenimini verdiği, anılan düzenlemenin internet erişim sağlayıcılarının üzerinde mali bir yük oluşturacağı ve internet kullanım maliyetlerini artıracağı, iptali istenilen kuralla yer sağlayıcı yönünden getirilen yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlüğünün belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmesi suretiyle sağlanmaya çalışıldığı, süreleri belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği

prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin sürenin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20. ve 26. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

178. Trafik bilgisi, bir internet kullanıcısının özel hayatı ile ilgili birçok detayı, kişisel tercihleri, politik eğilimlerini, sağlık bilgilerini, ticari sırlarını ifşa edebilecek nitelikte kritik bilgiler içeren bir veri türüdür. Bu nedenle, trafik bilgileri ile bir kişinin hayatı ile ilgili neredeyse her detayın kolayca tespit edilmesine imkân bulunmaktadır. Ancak yer sağlayıcılar, yer sağladıkları hizmetlere ilişkin trafik bilgilerine yaptıkları işin doğası gereği zaten sahip bulunmaktadırlar. Söz

konusu kural yer sağlayıcıları sadece bu bilgileri belirtilen süre saklama, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Trafik bilgilerinin yer sağlayıcılar tarafından amacına aykırı kullanılması halinde Türk Medeni Kanunu'nun ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinin bunlar için de uygulanacağı tabiidir.

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

184. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usul ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı ve böylece bu konudaki düzenlemenin belirli ve öngörülebilir kurallara

bağlanmaksızın idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışıldığı, bu düzenlemenin yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamına geldiği, ayrıca kural ile yer sağlayıcıların kategorize edilmesinin kanun ile değil de kim tarafından çıkartılacağı belli dahi olmayan yönetmeliğe bırakılmasının internet aktörleri arasında eko-sisteme en fazla katkıda bulunan yer sağlayıcılarının önemine oranla yanlış olduğu gibi normlar hiyerarşisine de aykırı olduğu ve idareye keyfi bir hareket alanı tanındığı, dolayısıyla böyle bir düzenleme ile hukuki güvenliğin sağlanabilmesinin mümkün olmadığı, diğer yandan Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usul ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'ya uygun olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

194. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçun kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da

temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç sayıldığı ve suç sayılan bu fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.

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

196. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi ve idareye yaptırım uygulama yetkisinin verilmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

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

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

199. İptali istenilen kural ile düzenlenen idari para cezası, internet ortamındaki kullanıcılara yer sağlayan kuruluşlara verilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde Telekomünikasyon

İletişim Başkanlığı tarafından uygulanacak olan bir idari yaptırımdır. Böyle bir düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu da açıktır.

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

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

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

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

1- Kuralların Anlam ve Kapsamları

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

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

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

a- Mahalli mülki amirden izin belgesi almak,

b- Konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikte belirlenen tedbirleri almak,

c- Ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almak.

2- İptal Taleplerinin Gerekçesi

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

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

3- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

214. Kanun'un 7. maddesinin iptali istenilen (2) numaralı fıkrasında bütün internet toplu kullanım sağlayıcılarına, yönetmelikle belirlenen tedbirleri alma yükümlülüğü verilmiştir. Ancak söz konusu kuralda alınması gereken tedbirlerin konusunun suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanımına ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarına yönelik olduğu belirtilmek suretiyle çerçevesi belirlenmiştir. Yine, aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına yönetmelikte belirlenen tedbirleri alma yükümlülüğü

verilmekte, bu yükümlülüklerin kapsamı da ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti olarak belirtilmektedir. Yönetmelikle belirlenecek olan tedbirlere ilişkin çerçeve iptali istenilen kurallarda gösterilmiş olup idare söz konusu tedbirleri belirlerken iptali istenilen kurallarda belirtilen amaçlarla sınırlı olarak bu yetkisini kullanacaktır. Bu nedenle iptali istenilen kurallar, belirli ve öngörülebilirdir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

223. Dava dilekçesinde özetle, TİB uygulamaları üzerindeki yargısal denetimin hafifletilmiş olmasının ulusal ve uluslararası hukuk ile çeliştiği, anılan maddede diğer düzenlemelerin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na herhangi bir atıf yapılmamış olmasının ve kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlali olgusunun ayrı bir maddede düzenlenmesinin, subjektif kavram olan özel hayatın gizliliğinin hangi tanımının esas alınacağı sorusunu gündeme getirdiği, yeni düzenlemeye göre "özel hayatın gizliliğinin" ihlaline ilişkin bir mağduriyet iddiasının herhangi bir merciin değerlendirmesine yer bırakmadan süreci re'sen başlatacağı, düzenlemedeki belirsizliğin kabul edilebilir nitelikte olmadığı, iptali istenilen kuralda Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza mahkemesinin kararına karşı içerik sahibi de dâhil kimseye itiraz hakkının tanınmadığı ve gidilebilecek itiraz yolunun gösterilmediği, dolayısı ile bu düzenlemenin hak arama hürriyetine aykırı olduğu, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında ise Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu gösterildiği, ancak itirazda bulunma hakkının sadece

Başkanlığa tanındığı, oysa özel hayatın ihlal edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararının, asıl özel hayatının ihlal edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkının tanınmadığı, bu hususun da hak arama hürriyetine ve Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı olduğu, iptali istenilen kuralın sekizinci fıkrasında yer alan hükmün ise tam bir "sansür" hükmü olup TİB'e doğrudan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanıdığı, bu düzenlemeye göre özel hayatın gizliliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde TİB Başkanının herhangi bir ihbar, iddia, şikayet ya da başvuru olmaksızın, herhangi bir kişinin talebi bulunmaksızın erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararına re'sen karar verebileceği, bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, böyle bir yetki verilmesinin Anayasa'nın 26., 22. ve 28. maddelerinin çok ağır bir şekilde ihlali anlamına geldiği belirtilmiştir. Ayrıca, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan "ifade hürriyetine" doğrudan müdahale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanındığı, bu durumun ifade özgürlüğünün kanun dışı bir yolla sınırlanması anlamına geldiği, ayrıca düzenlemenin ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmadığı, belirtilen Anayasaya aykırılık gerekçelerinin maddenin birinci, üçüncü, dördüncü fıkrası için de geçerli olduğu, söz konusu Anayasa'ya aykırılığının aynı maddenin iptal konusu yapılan ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarına da sirayet ettiği ve anılan fıkralarında kaçınılmaz bir biçimde sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurduğu, belirtilen gerekçelerin bu kurallar için de geçerli olduğu, diğer yandan, 6216 sayılı Kanun'un 43/4 maddesi uyarınca 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının iptaline karar verilmesi halinde uygulanma kabiliyeti kalmayan aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerektiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

224. Kanun'un iptali istenilen 9/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği, (2) numaralı fıkrasında, yapılan bu istekte hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresine (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklamaya ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verileceği, bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talebin işleme konulmayacağı, (3) numaralı fıkrasında, Başkanlığın kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe

bildireceği, erişim sağlayıcıların bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getireceği, (4) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesinin, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanacağı, (5) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesini talep eden kişilerin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunacağı, hâkimin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacağı ve doğrudan Başkanlığa göndereceği; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbirinin kendiliğinden kalkacağı, (6) numaralı fıkrasında, hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebileceği, (7) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, (8) numaralı fıkrasında ise, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

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

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

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

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

229. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında haberleşme hürriyetine, ancak millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya

başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yine bu sebeplere bağlı olarak kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile müdahalede bulunulabileceği; kararın yetkili merci tarafından verilmesi halinde yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiği; aksi halde verilen kararın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

240. Dava dilekçesinde, itirazda bulunma hakkının sadece Başkanlığa tanındığı, özel hayatı ihlal edilen kişiye itiraz hakkı tanınmadığı belirtilerek Kanun'un 9/A maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İptali istenilen kuralın (6) numaralı fıkrasında, hâkimin verdiği karara karşı TİB'in Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre itiraz edebileceği düzenlenmesine karşın, başvuruda bulunana yönelik itiraz hakkı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 5271 sayılı CMK'nın 267. maddesi uyarınca, hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268. maddesi uyarınca da, itiraz hakkı ilgililere tanınmıştır. Mağdurun bu ilgililer kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, mağdurun da CMK hükümleri uyarınca itiraz hakkının bulunması karşısında iptali istenilen kural, hak arama hürriyetine ve Anayasa'nın 40. maddesine aykırı değildir.

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

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

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

244. Kanun koyucu, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerin hızlı ve seri karar alınmayı gerektiren bir özellik arz etmesini göz önüne alarak, iptali istenilen kural ile kişinin kendisinin dahi haberinin olmadığı ya da kamuya mal olmuş kişilerin

özel hayatlarının gizliliğinin ihlal edildiği durumlarda, kamu düzeni ve kamu yararını korumak amacıyla TİB Başkanına erişimin engellenmesine karar verme yetkisi tanımıştır. Böyle bir düzenleme ise anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

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

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

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

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

1- İptal Talebinin Gerekçesi

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

prensibine de aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

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

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

252. Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları ise onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, adaletin, dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak şekilde dağıtılması amacını gütmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir.

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

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

255. Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında "Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar" denilmektedir. Buna göre, hâkim ve

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

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

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

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

hâkim ve savcıların TİB'de görevlendirilmelerine ilişkin izin işlemlerini HSYK İkinci Dairesi yapacaktır.

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

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

261. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

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

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

263. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kuralların Anayasaya açıkça aykırı olduğu ve yürürlüklerinin durdurulmaması halinde hukuk devleti yönünden telafisi imkansız durum ve zararların ortaya çıkacağı, 6518 sayılı Kanun'un 5651 sayılı Kanun'da yaptığı değişikliklerle bilgi toplumuna giden yolda ciddi engeller yaratıldığı, ifade özgürlüğü, insan hakları ve temel hak ve hürriyetlerin korunması gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olduğu, Anayasa'da teminat altına alınmış özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, basın hürriyeti, dernek kurma/derneğe üye olup olmama hürriyeti, sendika kurma/sendikaya üye olup olmama hürriyeti, çalışma sözleşme hürriyeti, hak arama hürriyeti ve temel hak ve hürriyetlerin korunması ve temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi gibi temel insan hak ve hürriyetlerini daha da kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı bir hale getirdiği, bu menfi durumun toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son olarak Türkiye'nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekabette yerini alma hedefi ile bağdaşmadığı, erişim engelleme tedbiri hükmedilmesine imkan tanıyan söz konusu değişikliklerin oranlılık ve ölçülülük ilkelerinin uygulanmasını sağlamaktan uzak olduğu, özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabilmesine imkan veren ve son derece suistimale açık bir durum ortaya koyan düzenleme ile TİB Başkanının emriyle ölçüsüz şekilde erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabileceği bir durum yaratıldığı, bu düzenlemeler kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararlarının ESB eliyle uygulanmasının da son derece sakıncalı olduğu, bir yandan TİB'e sınırsız yetkiler verildiği, bir yandan da ifade özgürlüğü, dernek kurma/derneğe üye olup olmama özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, basın özgürlüğünün

ihlal edildiği, özel hayatın gizliliği ihlal edilen kişilere başvuracak hiçbir kanun yolu öngörülmediği, 6518 sayılı Kanun'la getirilen sınırlamaların fazlasıyla geniş ve veri saklama süresi de dahil olmak üzere diğer tüm ayrıntıların düzenleyici işlemlerle idare tarafından belirlendiği, iptali istenilen kuralların özel hayata önemli nitelikte müdahale niteliğinde olduğu belirtilerek kuralların, yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b- Eklenen (4) numaralı fıkrasına,

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

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

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

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

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

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

8.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

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

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

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

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

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

VII- HÜKÜM

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

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

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

2- ".bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve

iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2- (7) numaralı fıkrasının;

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

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

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

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

2- Eklenen (4) numaralı fıkrasının,

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

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

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

2- (9) numaralı fıkrasının;

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

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

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

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

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

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

2- (2) numaralı fıkrasının;

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

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

8.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ VE DEĞİŞİK GEREKÇE

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

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

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

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

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

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

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını

içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde ve teklif metinlerinde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısiyle de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

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

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

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

Açıklanan nedenlerle; 6518 sayılı Kanun'un 80. maddesi ile 5502 sayılı Kanun'un 30. maddesine eklenen fıkranın ve Kanun'un 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının ".veya aynı mahiyetteki yayınların." ibaresi dışında kalan bölümünün, Kanun'un 97. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un Ek-1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkradaki iptali istenen ibarenin Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

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

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

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

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

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

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

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY

5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen üçüncü fıkra içinde yer alan "Talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde başkanlığa teslim eder" ibaresi ile yine aynı Yasa'nın 5. maddesine eklenen

(5) numaralı fıkrasında ve 6. maddesine eklenen (1) numaralı fıkranın (d) bendinde yer alan aynı ibarenin, Mahkememizce Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı görülerek oyçokluğu iptal eden çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

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

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

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

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

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

Kişisel verilen korunması hakkı insanın maddi ve manevi bütünlüğünün gelişiminde ne kadar temel ve öncelikli olsa da, bu hak veri sahibine mutlak ve sınırsız bir hakimiyet alanı bırakmamaktadır. 1981 tarih ve 108 sayılı kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması

karşısında kişilerin korunmasına dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde devlet, kamu, güvenlik, ekonomik menfaatlerin korunması ve SUÇLARLA MÜCADELE KAPSAMINDA kişisel verilerin korunmasına sınırlama getirilebileceği kabul edilmiştir. Yine Sözleşme'nin 5. maddesinde göre kişisel veriler açıkça belirlenmiş meşru amaçlar için, toplanma gerekçesiyle sınırlı olmak ve gerekli süreyi aşmamak şartlarıyla tutulabileceği kabul edilmiştir. Nitekim 5651 sayılı Yasa 5. maddesinin üçüncü fıkrasında sağlanmış trafik bilgilerinin gizliliğinin sağlanarak ne kadar süre ile saklanabilecekleri açıkça ifade edilmektedir.

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

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

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

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

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

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

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

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

YİNE Mahkememiz gerekçesinde, Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızası ile işlenebilir kuralı karşısında iptali istenen düzenlemede, kanunda öngörülen hallerin neler olduğu 5651 sayılı Yasa'da açıkça belirtilmediği ifade edilmiş ise de, TİB Başkanlığının Yasa'nın 4. maddesinin Ek 3. fıkrasında, bu kanun ve diğer kanunlarda verilen görevlerin ifası kapsamında talep edeceği bilgiler hakkında

gerektiğinde tedbir almakla yetkili olduğu düşünüldüğünde tedbir yani varsayılan hakkın kullanımına gelen sınırlama ya da yegane müdahale nedenlerinin (yani kanunda öngörülen haller) neler olduğu Yasa'nın 8. maddesinde açıklanmaktadır.

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

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

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

Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde ".mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür tutar itibariyle tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,..." hükmü yer almakta ve iptali istenmektedir.

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

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

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

Çağdaş demokrasiler, demokratik hukuk devletlerinde hak ve özgürlüklerin EN GENİŞ şekilde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler ise, haklara müdahale eden kuralların anılan nitelemeye uygun biçimde dar yorumundan kaçınarak değerlendirilmesi gerekir. Hukuk devletinden, hak ve özgürlükleri koruması her alanda güçlenerek, adaletli bir düzen sağlaması, hakka saygılı, hakkın

elde edilişini kolaylaştıran önündeki engelleri kaldıran, mutluluğu amaç edinen hakkaniyetli, müdahale eden kural içeriğinin, bireyin davranış direncine izin verecek ölçekte olması beklendiğinde, kamu yararı ile birey hakları arasında adil bir dengenin de gözetilmiş olması zorunludur.

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

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

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

Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belirli bir özgürlüğün ortadan kaldırılması düzeyine vardırılmaması gerekir. Pekala, vergi borçlusunun borcunu tahsil etmede sayısız kamu gücü üstünlüğü sağlayan yollar ve usuller mevcut olup, geçici süre, sayısal sınırlamalar, tekerrür hallerine yönelik değişik yaptırım türleri gibi amaca erişmeye yönelik hakkın özünü zedelemeyen önlemler mevcut iken doğrudan hakkın kullanımını ortadan kaldıran iptali istenen kural, demokratik düzenin gerekli kıldığından fazla ve ulaşılmak istenen amaçtan ötedir.

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

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

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

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

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

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

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

5. Öte yandan, Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmeyen hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğunda tereddüt yoktur. Bu haklar, diğer Anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılabilir. Bu kapsamda, her ne kadar vergiyi bir vatandaşlık ödevi olarak kabul eden Anayasa'nın 73. maddesinin, bu ödevin yerine getirilmesi amacıyla serbestçe ticaret yapma hakkına bir sınırlama getirdiği öne sürülebilirse de bu

sınırlamanın yine Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere göre demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü olması gerekir.

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

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

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

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

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

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

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

Maliye Bakanlığı;

.

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

Yetkilidir.

Hükümdeki ".mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek

amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,.." kısmının iptali istenmiştir.

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

İptali istenilen kuralın gerekçesinde konu ile ilgili olarak:

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

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

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

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

Kurala göre Maliye Bakanlığı, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağını belirlemeye yetkilidir.

Böylece, Maliye Bakanlığı hangi tutarın altında veya üstünde bulunan kamu alacaklarının bu kapsamda olduğunu belirleyebileceği gibi, kamu alacaklarından hangilerinin bu kapsamda bulunduğunu tespite de yetkili kılınmıştır.

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

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

Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmiştir. Birey bu özgürlüğünü kullanarak çalışmak için dilediği alanı ve işi seçebilir, gerekli sözleşme ve işlemleri yapabilir. Devlet de, bireylerin bu özgürlüğünü kullanabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmalı ve tedbirleri almalıdır.

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

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

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

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

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

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

Çalışma ve sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamada, sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün yahut daha somut haliyle ticaret yapmanın belirli konularda yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğunun söylenebilmesi için ticaretin engellenmesi ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya imkânsızlığı arasında makul bir tercih nedeninin bulunması gereği açıktır. Yasak, hiçbir şart

öngörmeksizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar.

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

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

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

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

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

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

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

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

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

5. İnternet uygulamasında "ulusal sınır" gerçeğinin olmaması nedeniyle, dünyanın herhangi bir yerinde herhangi biri tarafından üretilen içerikler serbestçe yayına konulup dünya genelinde milyonlarca kişiye ulaşabilmektedir. Buradaki "ulusal sınır"sızlık ile internetin teknik alt yapısı ve yayılmış ağ yapısı ve paylaşım ve erişim kolaylığı da, internete bağlanabilen her kişinin, istemesi halinde yasa dışı içerik oluşturup, bu içerikleri çok hızlı bir şekilde dünyanın dört bir yanına yaymasına, gerçek kimliğini gizleyebilmesine olanak sağlamaktadır. Ayrıca, internet platformu herhangi bir doğrulama mekanizması barındırmadığından, iletişim, bilgi edinme, paylaşım ve eğlence gibi iyi ve zararsız amaçlarla kullanılmasının yanında, sahte isim ve hesaplarla yasa dışı içerik oluşturup paylaşabilme amacıyla da kullanılabilmektedir. Bu da suç ve suçlulara kendilerini kolayca gizleyerek yasa dışı iş ve eylemleri hayata geçirebilmelerine fırsat

vermektedir. Yani, bir kısım terör ve suç örgütleri bir kısım faaliyetlerini internet ortamına taşıyabilmekte, siber saldırılar yanında ülkelerin milli güvenlik ve kamu düzenlerini yok etmeyi hedef alan içeriklerini çok kısa zamanda çok geniş kitlelere ulaştırabilmektedirler. Ayrıca başka bir kısım içeriklerle de mahremiyet ihlallerine, bilgi hırsızlığına, telif hakları ihlallerine, özel hayatın gizliliğinin ortadan kaldırılmasına, dolandırıcılığa, kişilik haklarına saldırılara, bahis, kumar, fuhuş, çocukların cinsel istismarı, pornografi, intihar ve uyuşturucuya yönlendirme, siber zorbalık, şiddet, ırkçılık, ayrımcılık ve nefret söylemi gibi yasalara aykırı veya zararlı kabul edilen bir takım durumların geniş kitlelerin önüne getirilmesine, onların etkilenimlerine, böylece de sosyal dokunun zedelenmesine, ahlaki yapının bozulmasına ve hukuksal sorunların çıkmasına neden olabilmektedir.

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

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

8. Mukayeseli hukuk açısından başka ülkelere bakıldığında da, toplumun tümünün ve özellikle de çocuklar ile gençlerin ve ailelerin bu alandaki risk ve tehlikelere karşı korunması amacıyla internetin güvenli kullanımının sağlanmasına yönelik tedbirler alındığı, internetle ilgili strateji ve politikalar geliştirildiği, farklı biçimlerde de olsa giderek artan bir oranda internetle ilgili müdahaleler içeren uygulamalara gidildiğinin görüldüğü belirtilmektedir[1].

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

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

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

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

12. Diğer yandan da, konunun bilimsel otoritelerine göre yaygınlaşan ve etkinleşen internetin sosyal, siyasal ve ekonomik hayatı yönlendiren etkili bir araç olduğunun iyice ortaya çıkmasıyla birlikte[2] devletler, internet üzerindeki etkilerini ve etkinliklerini hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde arttırmanın gayreti içine girmişler; internetteki (e-) ticaretin milyarlarca dolarlık hacme

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

ulaşması, alan adlarının değerlenmesi, çeşitli telif hakkı ihlallerine yol açılması, internet üzerinden veri iletişiminin ulusal güvenliğin bir parçası olarak görülmesi ve zararlı içeriğin denetlenmesi gibi nedenlerle alan adları ve IP adreslerinin yönetimi (internet üzerinde söz sahibi olma, alan adları ile IP numaralandırma politikalarını belirleme ve kontrol etme) sadece devletlerle özel sektör arasında değil, devletler arasında da bir menfaat ve bir anlamda da ideolojik bir sorun alanı haline gelmiş bulunmaktadır. Yine aynı otoritelere göre, siber uzayın mimarisi bu teknolojileri geliştiren ve üreten devletlerin politikaları doğrultusunda şekillenmekte, dolayısıyla bu alanın sınırları ve kuralları büyük oranda, bu alanda teknoloji üreten ülkelerin özel ve kamusal güçleri tarafından belirlenmektedir.

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

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

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

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

17. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar 4. maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan "Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında" ibaresi, 5.

maddenin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer almamış ise de, konunun doğası gereğince, bu ibarenin 5 ve 6. maddelerin iptal edilen kuralları içinde geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir.

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

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

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

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

22. İptal edilen düzenlemelerde TİB tarafından talep edilecek bilginin niteliği belirtilmemiş olsa da, ilgili mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde, söz konusu kurallar uyarınca TİB'in içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan, kendiliğinden, genel, sürekli, düzenli ve periyodik olarak bilgi talep etmeyeceği, yalnızca ya yasal görevlerinin ifası kapsamında kendiliğinden, yahut tekil olay ve konularla ilgili olarak başka kurumların talebi üzerine bu yola başvuracağı ve bu kapsamda içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan;

- 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin altıncı fıkrası ile 8/A maddesinin dördüncü fıkrasının TİB'e yüklediği, suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunma görevinin ifası için, ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan, suç duyurusunda kullanılmak üzere Cumhuriyet Başsavcılıklarına gerekli olan

(IP adresi, kullanıcı ve iletişim bilgisi, hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı gibi) bilgileri,

- Suçu ve suçluyu tespite yönelik olarak Cumhuriyet Savcılıklarından gelen taleplerin karşılanmasına ilişkin bilgileri,

isteyebileceği,

- Yasadışı içeriklerin kullanımdan kaldırılmasını teminen, içerik sağlayıcılara uyar-kaldır yöntemiyle bildirimlerde bulunabileceği,

- Kullanımdaki internet hizmetinin daha güvenli ve kaliteli olması bakımından, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarca alınması gereken önlemlerin belirlenmesi bağlamında bildirimlerde bulunabileceği,

- Siber saldırıların tespiti ve önlenmesi bağlamında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan bazı tedbirleri almalarını isteyebileceği,

sonucuna varılmaktadır.

23. Ayrıca, internet trafik bilgilerinin ilgili mevzuat uyarınca ancak mahkeme kararı ile alınabildiği, bu tür trafik bilgilerinin TİB'e uğramaksızın, işletmeciden alınıp doğrudan ilgili mahkemeye gönderildiği, TİB'in bu konuda, mahkemeden gelen talepleri işletmeciye iletme, işletmeciden gelen bilgiyi de doğrudan mahkemeye iletme dışında bir işlev ifa etmediği gözetildiğinde de, iptal edilen kurallar kapsamında istenebilecek bilgilerin trafik bilgisi niteliğinde bilgiler olmadığı da anlaşılmaktadır.

24. Bu bakımdan, TİB'in temin ettiği bilgilerin, ancak 5651 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirlenen görevler kapsamında ve diğer yasaların belirlediği yetkiler çerçevesinde ilgili mercilerle koordinasyon kapsamında verilebileceği, bunların gelişigüzel başka kurum ve kişilerle paylaşılmasının veya başka amaçlarla depolanıp kullanılmasının yasal olarak mümkün olmadığı, aksi durumun ilgililerin sorumluluklarını doğuracağında duraksama bulunmamaktadır.

25. 5651 sayılı Kanun'un iptal edilen hükümleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili düzenlemelerini birlikte gözetildiğinde, TİB'in kanunu icra noktasında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan isteyeceği bilginin kapsamının ve getirebileceği yükümlülüklerin çerçevesinin belirlenmediği, bilgi talep etme yetkisinin kapsamının kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli teminatlar sağlanarak sınırlandırılmadığı ve kişilere neler olduğu belirlenemeyen yükümlülükler yüklediği de söylenemez.

26. Ayrıca yine yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı üzere, internet platformu, olumlu ya da olumsuz her türlü bilgi ya da bilgi niteliği taşımayan içeriğin, zararlı ve suç niteliğindeki uygulamaların yer aldığı, internet kullanan hemen herkesin kişisel verilerinin, bilinen ya da bilinmeyen bir çok yerde kaydedildiği ve istenildiğinde ilgili internet aktörlerince çeşitli amaçlarla kullanılabildiği çok geniş bir alandan oluşmaktadır ve bu platform, fiziksel ortamdaki suçların izlerini ülkesel sınırları tanımadan çok süratli bir şekilde sanal ortamda dolaştırmaktadır. Böyle bir dünyada suç ve suçlularla mücadele, ahlakın ve sağlığın korunması, özellikle çocuk haklarının korunması büyük bir önem arz etmektedir.

27. Durum böyle olunca da, kamu düzenini sağlama, suç ve suçlularla mücadele etme, toplumun huzur ve refahı, temel hak ve özgürlükleri koruma görevleri bulunan ve Anayasa'da belirlenen ilkeler ve meşru amaçlar çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı uygulamaları her türlü denetime açık olan devletin, sanal ortamdaki suçlarla mücadele etme sürecinde görevlendirdiği kurumuna "internet yayınlarının düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi amacıyla koordinasyon, önleme, yayın engelleme, internet yayın kalitesini denetleme, filtreleme ve bloke etme sistemlerini geliştirme, izleme, siber saldırılara karşı önlem alma" gibi yetkiler verirken, ilgili işletmelerden bilgi alma ve tedbir talep etme yetkisinin çok sınırlı bir şekilde verilmesi gerektiğini söylemek tutarlı bir uygulama olarak değerlendirilememektedir.

28. Kaldı ki internetin anlam ve kapsamına ilişkin olarak yukarıda yapılan anlatımlara göre, kişisel veriler internet platformuna girdiği andan itibaren, kişilerin münhasır özel alanından çıkmaktadır. Söz konusu veriler, internet kullanımında kendisinden yararlanılan yer sağlayıcı, içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı, yönlendirici (router), internet değişim noktası (internet exchange point), veri merkezleri gibi bir dizi ortakla paylaşılmaktadır. Bu kapsamda "gizlilik kuralları" paydaşlar arasında onaylanmakta, fakat internet hizmetinden yararlanmak isteyen kişinin gizlilik anlaşmasını onaylama iradesinin özgürlüğü sorgulanamamaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde sanal ortamdaki kişisel bilgilerin ve verilerin devletin bir kurumunda toplanması ile özel hayata ölçüsüzce müdahalede bulunduğunun kabul edilmesi, sanal dünyanın gerçekliği ile bağdaşmamaktadır.

29. Bu itibarla, iptal edilen kurallarla yapılan müdahalenin, hem kişilerin kendi yararları açısından, hem de toplum ve ailenin korunması bakımından gerekli ve ölçülü olduğu, düzenlemelerde Anayasa'nın 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

30. Açıklanan nedenlerle iptale ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Davada, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin "Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır." hükmünü içeren (9) numaralı fıkrasının iptali istenilmiş, Mahkememiz çoğunluğunca ".veya aynı mahiyetteki yayınların." ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş, fıkranın kalan bölümüne ilişkin iptal istemi ise oybirliği ile reddedilmiştir.

2. ".veya aynı mahiyetteki yayınların." ibaresinin iptaline ilişkin kararda, kuralın, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin "aynı mahiyetteki yayınların" başka internet adreslerinde yayımlanması ve ilgili kişinin de Birliğe başvurması durumunda, bunun tespitini Birliğe bıraktığı, aynı mahiyetin tespitinin, yayının aynı olmasından farklı olduğu, "Aynı mahiyetteki yayınlar"ın, hâkimin vermiş olduğu erişimin engellenmesine kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın ile aynı olmayan ancak yöneldiği sonuç bakımından ilgilinin kişilik hakkını ihlal eder mahiyette olan yayınlar olduğu, kişilik hakkının kapsamının ve hangi eylemlerin kişilik hakkını ihlal ettiğinin, ilgili tarafların toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuki konumları, söz konusu yayının ulaştığı kitle ve bu yayının ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığı gibi birçok hukuki konunun

değerlendirilmesini ve buna göre karar verilmesini gerektirdiği, kuralla verilen yetkinin, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamadığı, bu itibarla da kuralın, "aynı mahiyetteki yayınlar" yönünden belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı; ayrıca, Birlik tarafından, kişilik hakkının ihlaline ilişkin aynı mahiyetteki yayınların başka internet sitesinde yayımlanması halinde bu siteler hakkında da erişimin engellenmesi kararının uygulanmasının, bu sitelerden yararlanmayı engellemesi nedeniyle ifade özgürlüğünü de ölçüsüzce sınırlandırdığı gerekçesine dayanılmıştır.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki kuralda sözü edilen birlik, özel hukuk tüzel kişisi olarak Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere, Kanun'un 6/A maddesi ile kurulmuş Erişim Sağlayıcıları Birliği'dir. Birliğin asıl görevi, Kanun'un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcıları faaliyette bulunamamaktadırlar.

4. Mahkememiz çoğunluğunca ".veya aynı mahiyetteki yayınların." ibaresinin iptaline karar verilen Kanun'un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında, hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararının internet ortamında uygulanması düzenlenmiştir. Fıkrada, hâkimin söz konusu 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı öngörülmektedir. Fıkranın ".veya aynı mahiyetteki yayınların." ibaresinin dışında kalan kısmında Mahkememiz çoğunluğunca da anayasal bir sorun görülmediğinden ve tarafımızca da aynı görüş paylaşıldığından bu kısma ilişkin olarak burada bir değerlendirme yapılmayacaktır.

5. Kuralla ilgili değerlendirmeye geçmeden önce, ilgisi nedeniyle öncelikle internetle ilgili kısa bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre, anlam ve kapsamı bir önceki (5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin, 3 ve 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendine ilişkin) karşı oyumuzda ayrıntılı olarak anlatılan internetin, modern demokrasilerde, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunduğunda, medya içeriği oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklinde işleyen bir medya kanalı olduğunda, sağladığı sosyal medya zemininin, kişilerin

bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilemez nitelikte olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle de kanaatimizce teşvik edilmesi, geliştirilmesi gereken bir alandır. Ancak, aynı platformun kimi zaman kimilerince manipülasyon amaçlı ve iftira niteliğinde üretilen yanlış bilgi ve yalanların saniyeler içerisinde mekân engeline takılmadan dünyanın dört bir yanına yayılmasına olanak sağladığı, böylelikle de kimi kişiler hakkında telafisi imkansız zararların oluşmasına neden olabilecek şekilde kullanılabildiği de unutulmamalıdır.

6. ".veya aynı mahiyetteki yayınların." ibaresine gelince:

7. Farklı kişilerle ilgili hazırlanmış aynı mahiyetteki içeriklerle veya aynı kişiyle ilgili hazırlanmış farklı bir içerikle ilgili yeniden hâkim kararı alınmaksızın erişimin engellenmesi uygulamasının Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne verilmesinin, Birliğe yargı yetkisi verme niteliğinde olacağında şüphe yoktur. Bu nedenle, kanaatimizce "aynı mahiyetteki yayınlar" ibaresinden, daha önce hâkim denetiminden ve hukuki değerlendirmesinden geçmiş bir içeriğin değişik versiyonlarının anlaşılması gerekmektedir.

8. İnternet dünyasının genişliği, kullanıcı yoğunluğu, kullanıcı profilinin çeşitliliği, takip ve denetiminin zorluğu, fiziki ortamda saatler sürebilecek doğru bilgi ya da manipülasyon amaçlı ve iftira niteliğindeki yanlış bilgi ve yalan akışının internette saniyeler içerisinde mekân engeline takılmadan sağlanabildiği gerçeği ile bu gerçeklik ortamında suç ve suçlularla mücadelede sağlanılmak zorunda olunan başarı birlikte düşünüldüğünde, iptal istemine konu fıkrada belirtilen nitelikteki yayınlar hakkında da öncelikle yargısal sürecin işletilmesi gerektiğinin söylenilmesi, yargısal denetimin sonuçlanmasına ilişkin süreyi göz ardı edilmemesi gereken bir durum olarak ortaya çıkarmaktadır. Zira, hızlı bir şekilde karar alınıp bu kararın uygulanmasını gerektiren kimi durumlarda sürecin işleyişinin yavaşlaması/yavaşlatılması, hukuka aykırı içerikten zarar gören kişilerin haklarının telafisi imkansız ve ağır bir biçimde zedelenmesine de yol açabilecektir.

9. Öte yandan daha önce yargı denetimine konu olmuş bir içerikle ilgili küçük değişiklikler yapılarak internetin farklı adreslerine servis edilen yayınların her biri hakkında hâkim kararı aranması, internet dünyasındaki suç ve suçlularla mücadeleyi oldukça zorlaştıracaktır. Birliğin, yargı denetimi sonrası erişimin engellenmesi kararına konu içerikle aynı olan yayınları tespit edip tedbir uygulaması kabul edilirken, kişi ve konu birliği aynı mahiyette olanları tespit edemeyeceğinin düşünülmesi izahı zor bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki iptale konu düzenleme olmasa bile, hâkim kararı ile erişimi engellenen yayınla ilgili kişi ve konu birliği bulunmak şartıyla, Birlik tarafından diğer internet adresleri hakkında tedbir yetkisinin kabul edilmesi, usul ekonomisi, yargı kararlarının etkililiği ve verimliliği açısından bir zorunluluk olarak da görülebilir.

10. Ayrıca "aynı mahiyetteki yayınlar" hakkındaki erişimin engellenmesi kararının itiraz üzerine yargı denetimine tabi tutulmasına bir engel bulunmaması, Birlik tarafından verilen tedbir kararının koşullarının oluşmadığı kanaatine varılması veya ölçüsüz bulunması durumunda kaldırılabileceği dikkate alındığında, kuralla öngörülen tedbirin orantısız olmadığı da görülmektedir.

11. Kaldı ki, yargı kararlarının infazı aşamasında karşılaşılan tartışmalı durumlar ve açıklamaya muhtaç hususlarla ilgili yargı makamlarından görüş istenmesi her zaman mümkündür. Hatta infaz aşamasında ortaya çıkacak hak ihlallerinin tekrar yargıya götürülmesine de bir engel bulunmamaktadır. Hal böyle olunca kuralın belirsizliğinden de söz edilemez.

12. Açıklanan nedenlerle, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında geçen "... veya aynı mahiyetteki yayınların ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle anılan kuralların iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı madde ve fıkralarının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Bu kapsamda, sözkonusu Kanun'un 90. maddesiyle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 6/A maddesinin de iptali istenmiş; maddenin yedinci fıkrasının ikinci cümlesi dışındaki iptal talebi oybirliği ile reddedilmiş, ancak ikinci cümlenin Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz Çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin yedinci fıkrası şu şekildedir: "Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları gereği için Birliğe gönderilir. Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır."

Maddenin gerekçesinde bu konuya ilişkin olarak ayrıca bir açıklık getirilmemiştir.

Fıkranın ilk cümlesi ile Kanun'un 8. maddesi dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini sağlamak için Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB) gönderilmesi kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, erişimin engellenmesi kararlarının gereği esas itibarı ile erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilecektir. Ancak bu kararların gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek için ESB'ne ayrıca gönderilmesi isabetli olmuştur. Fıkranın ikinci cümlesi ile de erişimin engellenmesine ilişkin kararların, mahkemelerce ya da ilgili kurumlarca ESB'ne tebliğ edilmesi halinde, bu tebligatın aynı zamanda erişim sağlayıcılara da yapılmış sayılması kabul edilmiştir. Bu durumda, erişimin engellenmesi kararını asıl olarak yerine getirecek olan erişim sağlayıcılara ayrı bir tebligat yapılması öngörülmemiştir.

Mahkememiz çoğunluğu, ikinci cümleyi de Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal talebini reddetmiştir. Çoğunluk, ret gerekçesinde, erişimin engellenmesi kararlarının en kısa sürede yerine getirilmesinin gerekliliğini, bunu sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağının kabul edildiğini, getirilen sistem ile mahkemelerce ve idare tarafından verilen kararların ESB'ye elektronik ortamda doğrudan iletildiğini, ESB'nin de erişim sağlayıcılar ile kurmuş olduğu sistem üzerinden bu kararları aynı anda erişim sağlayıcıların bildirilen elektronik adreslerine ilettiğini, söz konusu tebligatın erişim sağlayıcılara ulaştığının da sistemden görüldüğünü, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim ve erişim sağlayıcıların söz konusu tebligattan haberdar olmaları göz önüne alındığında, iptali istenilen düzenlemelerin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Tebligat, tebligatı yapan makamca, muhataba, ilgili işlemi usulüne göre bildirmesi ve bu bildirme işleminin de belgelendirilmesidir. Tebligat kural olarak muhataba, bilinen en son adresinde yapılır (Teb.K.m.10). Ancak muhatap adresinde bulunmazsa, muhatabın adresi bulunamazsa vb. tebligatın mümkün olmadığı hallerde, tebligatın ne şekilde yapılacağı Tebligat Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir (bkz. m.16,21,31). Ancak bu hallerde dahi, tebliğ konusu işlem, muhatabın tasarruf alanına mümkün olduğunca sokulmaya çalışılmakta, muhatabın işlemi öğrenmesi için çaba sarfedilmektedir. Ayrıca, bu hallerde, yani tebligatın muhatabın kendisine değil de bir başkasına yahut başka yere yapılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır.

İptali istenen cümleye bu açıdan bakıldığında, tebligat, muhataba yani erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmekle sorumlu erişim sağlayıcılara yapılmamakta, onun yerine

ESB'ne yapılmaktadır. Bilindiği gibi, ESB özel hukuk tüzel kişisi olup, erişim sağlayıcılardan ayrı bir kişiliği vardır. ESB, erişim sağlayıcıların kanuni yahut iradi temsilcisi de değildir.

Mahkememiz çoğunluğu, kararların ESB'ne tebliğ edilmesinin yeterli olduğunu, erişim sağlayıcılara ayrıca tebligat yapılmamasının gerekçesini, kararların bir an önce yerine getirilmesinin gerekliliği ve ESB'nin oluşturulan sistemle kararı zaten hemen erişim sağlayıcılara da ilettiği ve bunun sistem üzerinden görülebildiği, şeklinde açıklamaktadır. Ancak, bu gerekçeler, tebligatın muhataba değil de ESB'ne yapılmasını haklı kılmaktan uzaktır.

Öncelikle böyle bir sistemin kabul edilmesinin gerekçesi olarak çoğunluk, fıkranın ilk cümlesinin iptali talebinin reddine ilişkin gerekçede "Erişim sağlayıcıların sayısının her gün artması, bunları takip etmenin ve adreslerine ulaşarak tebligat yapılmasının zorluğu hususları gözetildiğinde sistemin en iyi şekilde işlemesi için erişimin engellenmesi kararlarının gereği için ESB'ye gönderilmesi zorunlu bulunmaktadır" demektedir. Buna göre, demek ki, ESB erişimin engellenmesi kararlarını her zaman anında erişim sağlayıcılara ulaştıramamaktadır. Kaldı ki, erişim sağlayıcısı olabilmek için BTK'dan lisans almak zorunludur. Lisans verilirken, gerekli adres ve iletişim bilgileri de erişim sağlayıcı tarafından BKT'ya bildirilmektedir. Erişim sağlayıcının sertifika alırken bildirmek zorunda olduğu elektronik adresine çok rahat tebligat yapılabilir ve bu durum zaman kaybına da neden olmaz. Eğer ESB, belirtildiği şekilde kendisine tebliğ edilen kararı hemen erişim sağlayıcılara ulaştırıyorsa bu takdirde, tebligata ilişkin temel kuraldan yani tebligatın muhataba yapılması gerektiğine ilişkin kuraldan ayrılmanın anlamı yoktur; ESB'nin, kararı erişim sağlayıcılara ulaştırdığı tarihin, tebligat tarihi olarak kabul edilmesi mümkündür. ESB, oluşturulan sistem üzerinden erişim sağlayıcıların kararı öğrenip öğrenmediklerini de kontrol edebildiğinden, tebligat tarihini ispat etmek zor olmayacaktır. ESB, oluşturulan sistemle, kararı otomatik olarak hemen erişim sağlayıcılara gönderiyorsa, kararın gereğinin yerine getirilmesi için zaman kaybı da yaşanmamaktadır,

ESB, kararı oluşturulan sistemle hemen erişim sağlayıcılara ulaştırıyorsa, erişim sağlayıcılarının hak kaybı yaşaması sözkonusu olmayabilir. Ancak ESB, kararı erişim sağlayıcılara hemen gönderemezse, göndermede gecikme yaşanırsa, erişim sağlayıcının adresinde sıkıntı varsa, bu takdirde, iptali istenen hüküm etkisini gösterecek, erişim sağlayıcıya hiç tebligat yapılmasa yahut geç tebligat yapılsa dahi, ESB'ne yapılan tebligat kendisine yapılmış sayılacak ve tebligata bağlı olarak ortaya çıkabilecek sorumluluklar devreye girecektir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları dört saat içinde yerine getirmekle yükümlüdür; yerine getirmediğinde adli para cezası ile karşılaşmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "hukuk güvenliği" ilkesidir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp ispatlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Mahkemenin yahut tebligat yapacak makamın, tebligat konusu işlemi muhataba usulüne göre yapması gerekir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Böylece tebligata bağlanan süre işlemesi, bazı yükümlülüklere katlanılması vb. muhataptan beklenebilir hale gelsin. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama özgürlüğünün en önemli güvencelerinden biridir. Muhatabın, tebligat konusu işlemden usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi, hakkaniyete uygun yargılamanın da bir gereğidir.

İptali istenilen cümlede, Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının, erişim sağlayıcılara ayrıca tebliğ edilmemesi, ESB'ne yapılacak tebligatın yeterli görülmesi yahut ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılması şeklinde bir sistem öngörülmüştür. Buna göre, ESB'ne yapılan tebligat erişim sağlayıcılara da yapılmış sayıldığından, erişim sağlayıcıların kararın gereğini yerine getirmek için kanunda öngörülen süre, ESB'ne yapılan tebligat tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları dört saat içinde yerine getirmekle yükümlüdür; yerine getirmedikleri takdirde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (10) numaralı fıkrası uyarınca adli para cezası ile karşılaşmaktadırlar. Erişim sağlayıcıları, ESB'nin kusuruyla yahut teknik nedenlerle erişimi engelleme kararlarının kendilerine bildirilmemesi veya geç bildirilmesi

halinde, kendilerinin bir kusuru olmamasına, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmamasına rağmen, yukarıda belirtilen yaptırıma maruz bırakılmış olmaktadırlar. Bu durumun, erişim sağlayıcılarının, sözkonusu yaptırıma karşı yargı mercileri nezdinde itiraz edebilme gibi bazı haklarını kullanamamalarına neden olması da mümkündür. Şu halde iptali istenilen cümle, erişim sağlayıcılarını, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi, hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının "Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır" şeklindeki ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye

Erdal TERCAN

[1] Bu düzenlemeler yapılırken bireylerin internetin sunduğu engin fırsat ve imkanlardan en yaygın ve etkin biçimde yararlanmalarına olanak sağlanması ile vatandaşların ve toplumun internet ortamının meydana getirdiği/getireceği risk ve tehlikelerden korunması arasında, makul, adil kabul edilebilir bir dengenin gözetilmesi diğer bir deyişle özgürlük ile güvenlik arasında dengeli hukuki düzenlemelerin yapılması gerekeceği tabiidir.

[2] Günümüz itibarıyla dünya genelindeki internet kullanıcı sayısının 3 milyar 346 milyona, ülkemiz de ise 47 milyona ulaştığı, ülkemizdeki internet kullanıcılarının "video izleme" eyleminde %93,6'lık oranla dünya 1. si ; %70'lik oranla "spor sitelerini ziyaret" eyleminde de Avrupa 1.si oldukları; günde ortalama 4,9 saat kişisel bilgisayarları üzerinden, 1,9 saat mobil cihazlar aracılığıyla internet ortamında bulundukları (Global Dijital Statistics 2014) ; sosyal medyada geçirilen günlük ortalama sürenin 2,5 saat olduğu, %94'ünün en az bir sosyal paylaşım ve iletişim platformunda sayfasının bulunduğu, bu oranın çocuk internet kullanıcılarında %85 olduğu ve bu çocukların %42'sinin sosyal paylaşım sitesindeki hesaplarını kendi kişisel bilgilerinin herkes tarafından görülebileceği "herkese açık" seçeneği ile kullandıkları (Avrupa Çevrimiçi Çocuklar Araştırma Projesi Türkiye Sonuçları 2010) belirtilmektedir. Yine günümüz itibarıyla internet ortamında dünya genelinde yaklaşık 950 milyon alan adı, 750 milyon web sitesi ki bunun yaklaşık 1 milyon 300 bininin yerli web sitesi 45 milyar web sayfası olduğu, sosyal paylaşım platformlarının birisinde bir saatte yaklaşık 350 milyon fotoğraf paylaşılırken, bir başkasında bir günde yaklaşık 1 milyar video izlendiği ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi - 8 Aralık 2015 tarihli 5651 sayılı Kanun Kararı (Başvuru Dilekçesi)

Esas Sayısı : 2014/87

Karar Sayısı : 2015/112

"…

1) 6518 Sayılı Kanunun 8. Maddesiyle Değiştirilen 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. Maddesinin Birinci Fıkrasının;

a) (6) Numaralı Bendindeki "… mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye,…" İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

A) Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı

3.7.2005 tarihli ve 5398 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (6) numaralı fıkra ile Maliye Bakanlığı "Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, halogram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, uygulamaya ait usûl ve esasları belirlemeye," yetkili kılınmıştır.

Bu defa 6518 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendi yeniden düzenlenerek Maliye Bakanlığına verilen vergi güvenliğini sağlamak için elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırma ve bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirme yetkisi aynen korunur iken; Maliye Bakanlığına ayrıca "mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesinde, Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etme" ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi tanınmaktadır.

Bu düzenlemelerle Maliye Bakanlığı vergi güvenliğini sağlamak amacıyla bir yandan mükelleflere elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihaz ve sistemler ile bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretleri kullandırma zorunluluğu getirirken; diğer yandan da mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram,

kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesinde, mükelleflerden vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge isteyecektir.

Böylece, vadesi geçmiş vergi borcu olmadığına ilişkin belge getiremeyen mükellefler, hem Maliye Bakanlığının zorunlu tuttuğu elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihaz ve sistemleri kullanma zorunluluğuna uymadıkları gerekçesiyle cezalı duruma düşecekler; hem de vadesi geçmiş vergi borcu olan mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretler verilmeyerek ticaret yapmaları ve dolayısıyla vergi borcundan dolayı serbest girişim özgürlükleri engellenecektir.

B) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Anayasa'nın 2. maddesinde "hukuk devleti ilkesi" Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmış; 48. maddesinde "çalışma ve sözleşme hürriyeti" düzenlenmiş; 73. maddesinde "vergi ödevi" mali güç ölçütüne bağlanmış; 13. maddesinde ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir.

Yasa koyucunun, kamu giderlerini karşılamak üzere mali güç ölçütüne göre ödenecek vergilerde, vergi kayıp ve kaçaklarını önlemek amacıyla mükelleflerin mali gücüne/vergi matrahına ulaşmak için teknolojinin elverdiği hukuka uygun vergi güvenlik önlemlerini hukuk düzenine taşıması olağandır. Nitekim, Maliye Bakanlığına elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemler ile bu cihaz ve sistemler aracılığıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga ve sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasını zorunlu kılma yetkisi verilmesi, mükelleflerin mali gücüne ulaşarak vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını sağlama amacına yöneliktir. Bu nedenle de adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerinin gereği ve sonucudur.

Ancak, mükelleflerin vergi matrahına/mali gücüne ulaşmak başka şey, vergi tahsilatını sağlamak ise bambaşka bir şeydir. Tüm borçlar gibi vergi borçları da ekonomik ve ticari hayatın dinamiklerine göre şekillenir. Ekonominin genel düzeyi ve işleyişi, izlenen para, maliye ve ticaret politikaları ile ekonomik konjonktüre göre borçlar artar veya azalır.

Konu vergi ise, vergi borcunun zamanında ödenmemesi halinde vergi alacağına gecikme zammı ve faiz uygulanması gibi mali, cebri icra gibi zorlayıcı ve cezalandırıcı hukuki almaşıklar devreye sokulur. Mükellefin vergi borcunu ödemesi için faaliyette bulunmasını yasaklama ya da faaliyette bulunamaz hale getirme, alacağın tahsiline hizmet etmez.

Alacağın tahsili ancak mükellefin faaliyetine devam ederek borcunu ödeyebilecek kazanç elde etmesi ile mümkündür. Nitekim, Devlet, il özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim, harç,

ceza tahkik ve takiplerine ait mahkeme masrafları, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i kamu alacakları ile bunların takip masrafları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaktadır.

Bu bağlamda, mükelleflerin vergi matrahına/mali gücüne ulaşmak için, vergi tahsilatını sağlamanın, mükelleflerin vergi matrahına ulaşmanın alt bileşeni haline getirilmesi, Anayasaya ve hukuka aykırı olmanın yanında bütünüyle çelişkili bir durumdur.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasaların genel, objektif, adil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Yasa koyucu, yasal düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. 'Elverişlilik', başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul, meşru ve adil bir dengenin olmasını ifade etmektedir.

Mükelleflerin vergi ödeme gücüne/vergi matrahına ulaşmak için Maliye Bakanlığına elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemler ile bu cihaz ve sistemler aracılığıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga ve sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasını zorunlu kılma yetkisi verilmesi kamu yararının gereğidir.

Ancak, mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığı tarafından zorunlu tutulan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinin, Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belgeye bağlanması, vergi ödeme gücüne ulaşma amacı için "elverişli" ve "gerekli" olmamanın yanında vadesi geçmiş vergi borcunun tahsili için de "elverişli" ve "gerekli" değildir. Vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilini sağlamak amacıyla mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel

işaretler verilmemesi yoluyla ticari faaliyette bulunmalarının engellenmesi ise adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi "orantılılık ilkesi" ile de bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, Anayasa'nın 48. Maddesinde Devlete, özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma görevi verildiği de gözetildiğinde, vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatı için mükelleflerin ticari faaliyette bulunmalarını engelleyecek düzenlemeler yoluyla piyasadan çekilmeye zorlanmaları, Devlete verilen görevlerle bağdaşmadığı gibi vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatının hiç sağlanamaması gibi bir riski de taşımaktadır.

Bu itibarla iptali istenen ifade, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı; çalışma ve sözleşme hürriyetini demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde ortadan kaldırdığı ve Devlete verilen özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için gerekli önlemleri alma göreviyle uyuşmadığı için Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendindeki "… mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye …" ifadesi, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) (6) Numaralı Bendindeki; "… bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, …" İfadesinin Anayasaya Aykırılığı Mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığı tarafından zorunlu tutulacak olan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinde, Maliye Bakanlığına mükelleflerde vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi verilmesi yanında, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etme ve ayrıca hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağının usul ve esaslarını belirleme yetkileri verilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmiş; 123. maddesinde ise idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Kanunla düzenleme, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasını gerektirir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder.

Ancak bu koşulla uzmanlık gerektiren teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi idarenin takdirine bırakılabilir. Öte yandan, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetki devredilemeyeceği için, düzenlemenin yasayla yapılması gereken durumlarda idarenin yetkili kılınması, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden, Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan çalışma hürriyeti gibi bir alanda, mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığına verilen vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi bağlamında, bu zorunluluk kapsamına girecek vadesi geçmiş vergi borcunun ötesinde amme alacaklarının tür ve tutarlarının ve vadesi geçmiş vergi borcu belgesinin hangi hallerde aranılmayacağının yasayla belirlenmesi yerine tüm bu hususları düzenleme ve usul ve esaslarını belirleme yetkilerinin Maliye Bakanlığına bırakılması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu ve idarenin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmadığı için iptali istenen ifade Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendindeki, "… bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, …" ifadesi, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6518 Sayılı Kanun'un 47. Maddesi İle Değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. Maddesinin;

a) İkinci Fıkrasındaki "gibi hususlarda" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı 4734 sayılı Kanun'un "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 38. maddesinde, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesine ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında ihale komisyonunun, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit edeceği; aşırı düşük teklifleri reddetmeden önce, teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak isteyeceği düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise,

"İhale komisyonu;

a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

Hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir."

kurallarına yer verilmiştir.

Bu defa 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Hususlarında belgelendirilmek suretiyle" ibaresi, 6518 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle "gibi hususlarda" ibaresiyle değiştirilmektedir.

İhale; devletin mal edinmesi ya da elden çıkarmasının belirli ilke, usul, şart ve kayıtlamalar altında yürütülüp sonuçlandırıldığı işlemler zinciridir. Dolayısıyla ihale kanunları Devletin mal edinmesi ve elden çıkarmasının temel normlarıdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olsun ya da olmasın kamu kaynağı kullanılarak yapılan tüm ihalelerde ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasının önkoşulunu, ihalelerde saydamlığın, istekliler arasında ise rekabet ile eşit muamelenin sağlanması oluşturmaktadır.

İhalede açıklık veya saydamlığın çifte anlamı vardır: Birincisi, ihaleye katılmada serbestlik anlamında, ihalenin şartları taşıyan bütün isteklere açık olması ve giderek isteklilerin ihaleden usulünce haberdar edilmeleri; ikincisi ise ihalelerin tüm ihaleye katılanların huzurunda başlayıp idarenin tutumuna karşı isteklilerde, ihalenin seyrine karşı idarede şüphe uyandıracak gelişmeler olmadan sonuçlandırılmasıdır.

İhalede açıklık ya da saydamlık ilkesinin çifte rolü vardır: İhalede açıklık/saydamlık ilkesiyle bir yandan kamuoyu aydınlatılıp idari mekanizmaya "toplumsal güven" duygusu üzerinden Devletin meşruiyeti sağlanırken; diğer yandan ihalede açıklık/saydamlık ilkesi rekabetin sağlanmasının ön koşulunu oluşturmaktadır.

İhalede rekabetin sağlanmasını sadece kamu maliyesi açısından ele almak ve Hazine yararı çerçevesinde değerlendirmek eksik ve yanıltıcı olacaktır. Biliyoruz ki piyasa ekonomilerinde rekabetin çok fonksiyonel bir yeri vardır. Rekabet sayesindedir ki daha yararlı üretim teknikleri

daha az yararlı olanların yerine geçer. Yüksek verimle çalışan firmayı daha düşük verimle çalışan rakip firma veya firmalara karşı rekabet korur.

Herkesin en iyi becerdiği işi yapmasını, üretim faktörlerinin rasyonel tahsisini rekabet sağlar. Diyebiliriz ki ekonomik ilerleme ve büyümenin itici gücü teknolojik buluşlarla birlikte ticari rekabettir.

Rekabetin sağlanabilmesi için de isteklilerin eşit muameleye tabi tutulmaları şarttır.

Piyasaya üretici-tüketici konumuyla Devleti de kattığımızda kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerinin; kamu maliyesi açısından "Hazine yararını", toplum ekonomisi açısından "teknoloji üretimi" ile "ekonomik gelişmeyi", moral değerler açısından ise kamu otoritesine sağlanan "toplumsal güven" üzerinden siyasal rejimin meşruiyetini sağladığını söyleyebiliriz (Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Seyfullah Turhan, Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları, Sayıştay Dergisi, Temmuz Ağustos 1996, sayı 22, s:8-21).

Nitekim 2886 sayılı Kanun'un "İlkeler" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır." denilirken; 4734 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." denilmiştir.

4734 sayılı Kanunda "aşırı düşük teklif" sorgulaması yapılmasının temelinde, ihtiyaçların en iyi şekilde ve zamanında karşılanması için rekabetin sadece fiyat temelinde değil, fiyatla birlikte standartlarına uygun ve kaliteli bir şekilde temin edilmesini gerçekleştirme amacı yatmaktadır.

İhaleye katılan isteklilerin teklifleri veya idarenin hazırladığı yaklaşık maliyete göre bir ya da daha fazla isteklinin teklifi aşırı düşük ise, ekonominin dinamik yapısı ve teknolojik gelişme düzeyi dikkate alınarak bunun nedenlerinin sorgulanarak hukuksal belirlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, rekabetçi piyasa ekonomisinin doğal bir sonucudur.

4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında aşırı düşük teklif değerlendirmesinde esas alınacak kriterler, hukuki belirlilik ilkesi gereğince üç bent halinde tek tek sayılmış ve değerlendirmenin belirlenen hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılacağı belirtilmiştir. İhalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ortadan kaldırmayan başka aşırı düşük teklif değerlendirme kriterleri olabileceği ileri sürülebilir ve ekonomik ve teknolojik gelişme düzeyine göre bu iddia doğru da olabilir.

Ancak, bu kriterlerin neler olduklarının ihale hukuku bağlamında saydamlık, Anayasa Hukuku bağlamında ise hukuki belirlilik ilkesi gereğince önceden hukuksal olarak belirlenerek normlaştırılması ve dolayısıyla tüm istekliler açısından aleniyetinin sağlanması ve ayrıca aşırı düşük teklif değerlendirmesinde belirlenen kriterler bağlamında isteklilerin vereceği cevapların belgelendirilmesi gerekir.

Oysa 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Hususlarında belgelendirilmek suretiyle" ibaresi, 6518 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle "gibi hususlarda" ibaresiyle değiştirilerek, bir yandan aşırı düşük teklif sorgulamasında hukuki belirliliği olmayan "gibi hususlarda" ibaresine dayanarak ihale komisyonlarına aşırı düşük teklif değerlendirmesi esnasında sınırları belirsiz, ucu açık, her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen çok geniş kriter belirleme yetkisi verilirken; diğer yandan aşırı düşük teklif sorgulamasına muhatap olan isteklilerin kriterlere göre teklif bileşenlerini belgelendirme koşulu ortadan kaldırılarak, ihale komisyonlarına belgelendirilmemiş afaki cevaplara dayalı olarak karar verme yetkisi tanınmaktadır.

İhale yolsuzluk ve usulsüzlükleri de bu noktadan itibaren başlamakta ve iptali istenen düzenleme kamu ihalelerini kamu yararına sonuçlandırma değil, ihale yolsuzluk ve usulsüzlüklerine yasal taban oluşturarak teşvik etme gibi yasa koyucunun da arzulamadığı bir işlev taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, Anayasa'nın 2. Maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri "hukuki belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Hukuki belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İptali istenen düzenlemede ihale komisyonlarına "gibi hususlarda" ibaresiyle verilen sınırları belirsiz ve ucu açık geniş yetkiyle, komisyonların aşırı düşük teklif değerlendirmesi sırasında her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen, bu yanıyla da istekliler tarafından önceden (tekliflerin verilmesi sırasında) bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan ve dolayısıyla da hukuki belirlilik ile ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmayan kriterler belirleme; belirlediği kriterler temelinde aşırı düşük teklif değerlendirmesi yapma ve değerlendirmeyi de belgelendirilmemiş cevaplara dayandırma yetkisi verilerek yaratılan hukuksal belirsizlik içinde ihale komisyonlarının keyfi uygulamalarının önü açılırken; her ihaleye ve her istekliye göre değişebilen öngörülemez kriterler temelinde isteklilerin hukuksal güvenlikleri ortadan kaldırılmaktadır.

Bu itibarla, iptali istenen ibare hukuki belirlilik ve hukuksal güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığından, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. Öte yandan, Devlete Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi ile güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlama; 167. maddesinin birinci fıkrasında ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma görevi verilmiştir.

Devletin kamu ihaleleri bağlamında söz konusu görevlerini yerine getirmesi, kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini hayata geçirecek kurallar koymasından geçmektedir. İptali istenen ibare, ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmadığı için Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 47. maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki "gibi hususlarda" ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Üçüncü Fıkrasının İlk Cümlesindeki "… açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine …" İbaresi ile "… açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin …" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı 4734 sayılı Kanun'un "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 38. maddesine 20.11. 2008 tarih ve 5812 sayılı Kanunun 12. maddesiyle eklenen üçüncü fıkra ile Kamu İhale Kurumuna, "aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalar belirleme" yetkisi verilmiş; ihale komisyonları da, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesinde Kurum tarafından belirlenen kriterleri esas almakla yükümlü kılınmıştır.

6518 sayılı Kanunun 47. maddesiyle 4734 sayılı Kanunun 38. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, Kamu İhale Kurumunun bu yetkisi korunurken; Kuruma ayrıca "aşırı düşük

teklif" değerlendirmesinde tüm ihaleleri kapsamak üzere teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerden açıklama istenmeksizin ihalenin sonuçlandırılabilmesine; yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işi ihalelerinde sınır değerin altında olan tekliflerin ise açıklama istenmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi verilmektedir.

Aşırı düşük teklif, diğer tekliflere veya idarenin tespit etmiş olduğu yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı düşük olan tekliftir.

4734 sayılı Kanuna göre aşırı düşük teklif sorgulaması ve değerlendirmesi yapılmasının temelinde, Kanunun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, "ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlama" sorumluluğu yatmaktadır.

İhtiyaçların uygun şartlarla karşılanması, en düşük bedel üzerinden değil, belirlenen standart ve kaliteye uygun olmak koşuluyla düşük bedelle karşılanmasını; zamanında karşılanması, edimin ifasının öngörülen süre içinde yapılmasını; kaynakların verimli kullanılması ise, belirli bir kaynak (üretim faktörü bileşeni, kamu ihalelerinde mali kaynak) ile daha fazla ürün elde edilmesi ya da belirli bir ürünün daha az kaynak

kullanılarak elde edilmesini ifade etmektedir.

Serbest piyasa ekonomileri dinamiktir ve teknoloji baş döndürücü bir hızla ilerlemektedir. Teknolojik ilerleme, mevcut ürünlerin yeni tarz ve proseslerde farklı üretim faktörü bileşimleriyle daha az kaynak kullanılarak üretilmesini, yeni dağıtım ve pazarlama yöntemleri geliştirilmesini ve giderek yeni ürünlerin üretilmesini olanaklı kılmaktadır.

Günümüzde teknoloji üretimi, üniversitelerden ve büyük araştırma kurumlarından firmaların araştırma birimlerine kaymış ve yeni teknolojiye sahip olan firmalara büyük maliyet avantajları sağlamanın yanında teknolojik buluşlar uluslararası düzeyde koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda, aynı piyasada faaliyet gösteren firmalar arasında teknolojik farktan kaynaklanan maliyet farklılıkları günümüz piyasa ekonomilerinin gerçekleri arasındadır.

Bunun içindir ki 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında ihale komisyonlarının aşırı düşük teklifleri;

- İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

- Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

- Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

Hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate

alarak değerlendirmeleri öngörülmüştür.

Bu değerlendirmede amaç, aşırı düşük teklifin teknolojik farktan kaynaklanıp kaynaklanmadığını belgeleriyle ortaya koymak; teknolojik farktan kaynaklanıyorsa, 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerinden olan ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması zorunluluğundan ve Devletin teknoloji üretimini desteklemesi görevinden dolayı, salt "teklifi aşırı düşük" gerekçesiyle teklif sahibini ihale dışı bırakmamaktır.

İptali istenen düzenlemelerde ise Kamu İhale Kurumuna aşırı düşük teklifleri, isteklilerden yazılı açıklama istenilmeksizin ve dolayısıyla isteklilerin teknolojik farktan kaynaklanan maliyet avantajlarını belgeleriyle ortaya koymalarına imkan yaratılmaksızın sonuçlandırılabilmesine ve hatta reddedilmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmekte ve böylece teknolojik farktan kaynaklanabilecek maliyet farklılıkları dışlanarak 4734 sayılı Kanun'un ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi yanında Devlete verilen Anayasal görevlerle de bağdaşmayan ihale uygulamalarının önü açılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Serbest rekabet ilkesine dayanan bir piyasa ekonomisinde devletin kamu ihalelerinde, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynak kullanımında verimliliğin sağlanması temel ilke olarak da ortaya konulmuşken, Kamu İhale Kurumuna aşırı düşük teklifleri, isteklilerden yazılı açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine ve hatta reddedilmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilerek teknolojik farktan kaynaklanabilecek maliyet farklılıklarının dışlanması yoluyla bir yandan kamu kaynaklarının kullanımında savurganlığa yol açılırken, diğer yandan maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmalara karşı negatif ayrımcılık yapılması, adalet,

hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığından, iptali istenen ibareler Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Devlete Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi ile güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlama; 167. maddesinin birinci fıkrasında ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevleri verilmiştir.

Günümüzde ülkeler arasındaki ekonomik gelişmişlik farkının teknolojik açıktan kaynaklandığı ve milli ekonominin gereklerinin teknolojik açığı kapatmaktan geçtiği ile piyasaların güvenli ve kararlı çalışmalarıyla sağlıklı ve düzenli işlemelerinin ve ayrıca tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemenin rekabetçi piyasa koşullarını gerektirdiği hususları gözetildiğinde, kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken; teknolojik farktan kaynaklanan aşırı düşük tekliflerin ihale dışında bırakılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmasının önünün açılması, devlete Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle verilen görevlerle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 47. maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesindeki "…açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine …" ibaresi ile "… açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. Maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

1) 6518 Sayılı Kanun'un 48. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un 43. Maddesine Eklenen Fıkradaki "… yaklaşık maliyetin …" ibaresi ile "… az ve %15'inden …"

İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

6518 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. Maddesinin "Yapım işlerinde, 38 inci maddeye göre gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra, ihalenin aynı madde uyarınca hesaplanan sınır değerin altında teklif veren isteklilerden biri üzerinde bırakılması halinde, kesin teminat sınır değerin yüzde altısı oranında alınır."

şeklindeki ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılırken; maddeye eklenen fıkrayla, "Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir." kuralı getirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un "Kesin teminat" başlıklı 43. maddesinin birinci fıkrasına göre kesin teminat, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla ve kural olarak ihale bedelinin % 6'sı oranında alınmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 34. maddesine göre teminat olarak tedavüldeki Türk Parası, bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları ve Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerin kabul edileceği; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 13. maddesine göre de taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığının tespit edilmesinden sonra yapım işlerinde, geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısının, SGK'dan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra ise diğer yarısının; diğer işlerde ise alınan mal veya yapılan iş için garanti süresi öngörülmüş ise SGK'dan ilişiksiz belgesi getirildiğinde yarısının, garanti süresi dolduktan sonra da kalanının yükleniciye iade edileceği göz önüne alındığında, kesin teminatın kamu ihalelerinde önemli bir maliyet unsuru olduğu anlaşılmaktadır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 43. maddesine göre yapım işlerinde geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek teminat süresinin on iki aydan az olamayacağı kuralı ile yapım işlerinin yıllara yaygın özelliği gözetildiğinde, sözleşme süresi üç yıl olan bir yapım işinde işin süresinde yapılarak geçici kabule hazır hale getirildiği varsayımı altında yüklenicinin verdiği kesin teminatın yarısının üçüncü yılın, kalanının ise dördüncü yılın sonunda kendisine iade edileceği ve dolayısıyla bu süre içinde yüklenicinin kesin teminattan dolayı bir faiz maliyetine katlanacağı ortaya çıkmaktadır.

4734 sayılı Kanunda kesin teminatın kural olarak ihale bedeli üzerinden alınması öngörülmüşken; iptali istenen düzenlemede, üzerine ihale yapılan isteklinin teklifinin sınır değerin altında olması hâlinde, yaklaşık maliyet üzerinden alınması öngörülmektedir.

Yaklaşık maliyete 4734 sayılı Kanun'da, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yer alan "keşif özeti cetveli"nde olduğu üzere üzerinden ihale indirimi yapılan ve bu yanıyla da gerçekçi hazırlanan asli bir ihale dokümanı işlevi yüklenmemiştir.

4734 sayılı Kanun'da yaklaşık maliyet, eşik değerlerin belirlenmesinde (md. 8), ihale ilan sürelerinde (md. 13) ve diğer tekliflerle birlikte aşırı düşük teklif değerlendirmesinde kullanılan referans bir ihale dokümanıdır.

Bu bağlamda 4734 sayılı Kanunda yasa koyucu yaklaşık maliyete, aşırı düşük teklif değerlendirmesinde dahi tek başına belirleyici bir işlev yüklememiştir.

4734 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yaklaşık maliyetin her türlü fiyat araştırması yapılarak belirleneceği belirtilmekle birlikte; ihale uygulama yönetmeliklerinde örneğin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 9. maddesinde yaklaşık maliyete esas miktarların, ihaleye esas projelerin durumuna göre avan/ön projeye, kesin projeye ve uygulama projelerine göre belirlenebileceği; yaklaşık maliyet hesabına esas fiyat ve rayiçlerin tespitinde ise idarelerin 10. maddede beş bent halinde sıralanan fiyat ve rayiçlerin birini, bir kaçını veya tamamını herhangi bir öncelik sırası gözetmeksizin kullanabileceği belirtilerek, yaklaşık maliyetin afaki bir referans değeri olduğu ortaya konmuştur.

Kesin teminat, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla alındığına ve yüklenici sözleşme bedeli kadar yüklenim altına girdiğine göre, sınır değerin altında kalan ihalelerde de kesin teminatın yaklaşık maliyet gibi referans bir değer üzerinden değil, sözleşme imzalanmış olmakla kesinleşmiş bir değer olan ihale/sözleşme bedeli üzerinden kesilmesi gerekeceği sözleşme hukuku bağlamında temel bir zorunluluktur.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanunda kural olarak kesin teminat sözleşme bedelinin % 6'sı oranında kesilirken, sınır değerin altında kalan ihalelerde yaklaşık maliyetin %6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınması öngörülmektedir. Alt limit olan %6 ile üst limit olan % 15 arasında ise, birbuçuk kat veya aynı anlama gelmek üzere % 150 oranında fark vardır.

Böylece, sınır değerin altında kalan ve dolayısıyla diğer tekliflere göre teknolojik üstünlük taşıyıp kârdan fedakârlıkta bulunulan aşırı düşük teklifler, diğer tekliflere göre yaklaşık maliyet ile sözleşme bedeli arasındaki farktan kaynaklanacak olan miktar hariç %150 oranında ek faiz maliyetiyle karşı karşıya bırakılarak cezalandırılmakta; ayrıca ihalelerde yaklaşık maliyet gizli olduğu, diğer teklifler ise tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında aleniyet kazandığı için ihaleye istekli olanlar, söz konusu cezalandırma riskine dayalı olarak ihalelerde yüksek teklifte bulunmaya teşvik edilmektedir.

Yasa koyucunun sınır değerin altında kalan ihalelerde, kesin teminatın, yüklenim altına girilen sözleşme bedeli yerine referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve % 6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oran üzerinden kesilmesini öngörmesinin, ihale edilen işleri zamanında ve sözleşme şartlarına uygun şekilde elde etmek ve dolayısıyla gecikmeden ve edimin sözleşmede öngörülen kalite ve standartlara aykırı ifasından kaynaklanabilecek zarar ve ziyanlarına karşı bir güvenlik önlemi olarak getirdiği ileri sürülebilir.

Ancak Türk Ticaret Kanununda, tacirlere basiretli bir işadamı gibi davranma zorunluluğu getirilmiştir. İhalelere istekli olan firmalar/tacirler, ihaleye çıkarılan iş ile ilgili olarak ücret, fiyat

ve rantları, imalat süreçlerini, sabit ve değişken giderlerini, kesin teminat mektubu da dahil finansman maliyetlerini araştırıp inceleyerek ve işe ilişkin girdi-çıktı analizlerini yapıp, teknolojik kapasiteleri ile alt yükleniciler dahil organizasyon yapılarını değerlendirerek ihale konusu işin maliyetini hesaplamakta ve risk primini de ekleyip kazanç elde etmek amacıyla teklifte bulunmaktadır. Firmaların teklifleri arasındaki farklılık kural olarak maliyetleri ile kar marjlarındaki farklılıktan kaynaklanmakta; maliyet farklılığı da büyük ölçüde firmalar arasındaki teknolojik farka dayanırken, kar marjı farklılığı ise piyasanın yapısı (rekabetçi, aksak rekabetçi, oligopolcü, tekelci) ve ihalenin saydamlığı ve rekabetçiliği yanında firmaların kârlılık politikalarına bağlı olmaktadır. Aksi durumda bütün isteklilerin tekliflerinin aynı olması gerekirdi.

Kaldı ki, ihale komisyonları sınır değerin altında kalan "aşırı düşük teklifleri", 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında üç bent halinde sıralanan hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak değerlendirmekte ve sözleşme konusu edimin zamanında ve kalite ve standartlarına uygun olarak ifa edileceğine kanaat getirirse firmanın teklifini kabul edip, yazılı açıklamaları yeterli görmez ise sınır değerin altında kalan aşırı düşük teklifleri reddetmektedir.

Bu değerlendirmeler sonucunda ihale komisyonları sınır değerin altında kalan teklif üzerine ihale yapmışlar ise, bu durum ihale konusu işin zamanında ve standartları ile kalitesine uygun ifa edileceğinin, açık, net ve tartışmasız hukuksal göstergesi olduğundan, sınır değerin altında kalan ihalelerde kesin teminatın, yüklenim altına girilen sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve % 6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oran üzerinden kesilmesinin, ihale edilen işleri zamanında ve sözleşme şartlarına uygun şekilde elde etmek ve dolayısıyla gecikmeden ve edimin sözleşmede öngörülen kalite ve standartlara uygun olmayan ifasından kaynaklanabilecek zarar ve ziyanlara karşı bir güvenlik önlemi olduğu faraziyesi geçersiz kalmaktadır.

Bu durumda da düzenlemenin temelindeki gizli amaç kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Siyasal iktidar kamu ihalelerini, Hazineden siyasal destekçilerine kaynak aktararak bağımlı bir sermaye grubu yaratmanın aracı haline getirmeyi amaçlamaktadır.

Bunun için de kamu ihalelerinde fiyat rekabetine gidilmesinin engellenmesini; ihalelerin istenmeyen isteklilere düşük fiyat teklifleri nedeniyle verilmek zorunda kalınmamasını istemektedir. Aynı standart ve kalitedeki ürünün daha düşük bedelle elde edilmesi kâr oranını düşüreceğinden, kaynak aktarma ve dolayısıyla bağımlı sermaye grubu yaratma hedefi de işlemeyecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasaların genel, objektif, adil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, sınır değerin altında kalan ihalelerde kesin teminatın yüklenim altına girilen sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet üzerinden ve %6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oranda kesilmesinin öngörülmesi ve böylece düşük teklifte bulunanların ek faiz maliyeti üzerinden cezalandırılarak, yüksek teklifte bulunmanın teşvik edilmesi, kamu maliyesi açısından

Hazine zararıyla sonuçlanırken, rekabetin engellenmesi ve teknolojik gelişmenin cezalandırılmasının ülke ekonomisi üzerinde yıkıcı ve kalıcı etkileri olacaktır. Bu durumun ise, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı için Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ortadadır.

Yasa koyucu, yasal düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. 'Elverişlilik', başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul, meşru ve adil bir dengenin olmasını ifade etmektedir.

İhale komisyonlarınca "aşırı düşük teklifler", 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında üç bent halinde sıralanan hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılan yazılı açıklamalar dikkate alınarak değerlendirildiğine ve sözleşme konusu edimin zamanında ve kalite ve standartlarına uygun olarak ifa edileceğine kanaat getirilirse teklif kabul edildiğine göre, sınır değerin altında kalan ihalelerde ihtiyaçların zamanında ve (standartları ile kalitesine) uygun şartlarla karşılanmaması riskinin hukuken söz konusu olamayacağını teorik olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda da ihtiyaçların zamanında ve uygun şartlarla karşılanmasına güvence oluşturmak amacıyla sınır değerin altında kalan ihalelerde, kesin teminatın yüklenim altına girilen

sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve %6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oran üzerinden alınmasının, ulaşılmak istenen amaç için "elverişli"liğinden söz edilemez.

Ulaşılmak istenen amaç, ihtiyaçları zamanında ve uygun şartlarla karşılamak ise, sınır değerin altında kalan ihalelerde yüklenici maliyetinin artması ve dolayısıyla kârlılığın korunması için standart ve kaliteden ödün verilecek olmasıyla sonuçlanacak bir önlemin "gerekli" olduğundan da söz edilemez. Çünkü amaç ile öngörülen önlem arasında doğrusal değil, ters yönlü bir ilişki vardır.

Öngörülen önlem, ulaşılmak istenen amaca hizmet etmemenin ötesinde, yaklaşık maliyet gizli ve istekli teklifleri de tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında aleniyet kazandığından, öngörülen önlem teknolojik faktan dolayı maliyet üstünlüğü olan isteklileri de yüksek teklifte bulunmaya teşvik ettiği ve düşük teklifte bulunan isteklileri kesin teminat üzerinden %150'leri aşan ek faiz maliyetiyle cezalandırdığı için başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul, meşru ve adil bir denge de bulunmamaktadır.

Bu itibarla iptali istenen ibareler, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.

Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

İhale komisyonlarınca "aşırı düşük teklifler", 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında üç bent halinde sıralanan hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılan yazılı açıklamalar dikkate alarak değerlendirildiğine ve sözleşme konusu edimin zamanında ve kalite ve standartlarına uygun olarak ifa edileceğine kanaat getirilirse teklif kabul edildiğine göre, sınır değerin altında kalan ihalelerde üzerine ihale yapılan istekli ile teklifi sınır değerin üzerinde olan istekliler arasında teknolojik farktan kaynaklanan fiili maliyet eşitsizliğinden söz edilebilirse de hukuken yasa önünde eşit olmadıkları ileri sürülemez. Sınır değerin üzerinde olan ihalelerde kesin teminat, ihale bedelinin %6'sı oranında alınırken; sınır değerin altında olan ihalelerde ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve % 6 yerine, % 6 ile % 15 arasındaki bir oran üzerinden alınması ve dolayısıyla teknolojik üstünlüğü olan firmaların negatif ayrımcılığa tabi tutulmaları, Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Devlete Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi ile güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlama; 167. maddesinin birinci fıkrasında ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevleri verilmiştir.

Günümüzde ülkeler arasındaki ekonomik gelişmişlik farkının teknolojik açıktan kaynaklandığı ve milli ekonominin gereklerinin teknolojik açığı kapatmaktan geçtiği ile piyasaların güvenli ve kararlı çalışmalarıyla sağlıklı ve düzenli işlemelerinin ve ayrıca tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemenin rekabetçi piyasa koşullarını gerektirdiği hususları gözetildiğinde, kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken; teknolojik üstünlüğünden dolayı teklifi sınır değerin altında kalan firmaları, kesin teminat üzerinden cezalandırmayı öngören düzenlemeler yaparak ülke ekonomisini teknolojik ilerlemeden koparacak yollara başvurması, devlete Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle verilen görevlerle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 48. Maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkradaki "… yaklaşık maliyetin …" ibaresi ile "… az ve %15'inden …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6518 sayılı Kanunun 80. Maddesiyle 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu

Kanununun 30. Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasa'ya Aykırılığı

6518 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle 5502 sayılı Kanunun 30. maddesine eklenen fıkrayla, SGK Başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların atama tarihi itibariyle fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanabilecekleri hükmü getirilmektedir.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları, idare hukukunun temel ilkelerinden biridir.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin hukuk güvenliğinin sağlanması bağlamında geliştirdiği istikrar kazanmış içtihadına göre;

(i) Bir statüye atanmış olan kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı sürece görev güvencelerinin sağlanması (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 6.4.2006 tarihli ve E. 2003/112, K. 2006/49 sayılı kararı),

(ii) Hukuki statüde değişiklik olduğu takdirde, kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.2.2010 tarihli ve E. 2007/97, K. 2010/32 sayılı kararı),

(iii) Kamu görevlilerinin meşru beklentilerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereğince korunması(Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı kararı),

Gerekmektedir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından, vazgeçtiği gözlenmektedir.

Bu vazgeçişin iptali istenen kuralla benzer özellik taşıyan tipik örneğini 24.10.2011 tarihli ve 661 sayılı KHK'nin 58 inci maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa eklenen geçici 12 inci maddeye ilişkin iptal istemi üzerine verdiği karar oluşturmaktadır.

Söz konusu geçici 12 inci maddeye ilişkin iptal istemi;

"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Dava konusu kuralda kişilerin bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklara yönelik bir düzenleme öngörülmediğinden kazanılmış hakları ihlal eden bir müdahale söz konusu değildir. Bu kişilerin yeni atandıkları kadrodaki mali haklarının (ücret ve özel hizmet tazminatı toplamının), mevcut kadrolarındakine göre daha düşük olması halinde yeni kadrolarındaki gelirlerine eşitleninceye kadar aradaki farkın ödenmesi öngörülmektedir. Bu nedenle maddede sayılan görevlerde bulunanların görevlerine son verilerek aynı dereceli başkanlık müşavirliği ve araştırmacı unvanlı kadrolara atanmalarını öngören kuralın kazanılmış hakları ihlal ettiği söylenemez.

Diğer taraftan, dava konusu kuralla tek bir kişi hakkında bireysel nitelikte bir yürütme işlemi tesis edilmeyip, aksine genel ve soyut bir kural getirilmektedir. Soyut bir kuralın gerçekte tek bir kişiyi ya da sınırlı sayıda kişiyi ilgilendiriyor olması onun bu niteliğini ortadan kaldırmaz. Bireysel

nitelikte bir işlemden söz edilebilmesi için somut olarak bir kişinin hukuki durumunda değişiklik yapan bir irade açıklamasının bulunması gerekir. Dava konusu kuralla doğrudan belirli bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir düzenleme söz konusu olmadığından bireysel işlemin varlığından söz edilemez. Kuralda belirtilen kadrolarda görev yapan kişilerin hukuki durumlarının düzenlemenin sonucundan etkilenmiş olması bu neticeyi değiştirmez." gerekçeleriyle REDDİNE karar verilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı kararı).

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı ile birlikte 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lerin iptali istemiyle açılan davalardaki kararları; Statü hukukunda kazanılmış hakkın kamu görevlisinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel hak niteliğine dönüşmüş (subjektif) hak olduğunu ortaya koymakla birlikte; nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp şahsileşmesinden sonra kazanılmış hakların ortaya çıkabileceği; kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesinin kazanılmış hak sayılamayacağı; çünkü, kural işlemlerin yasakoyucu tarafından her zaman değiştirilebileceği veya yargı organları tarafından iptal edilebileceği; kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılmasıyla ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemin de bundan etkileneceği ve dolayısıyla statü hukukunda ileriye yönelik kazanılmış hak olamayacağını belirtmektedir.

Yapılan bu hukuki-teknik yorumu herkesin anlayabileceği bir örnekle açıklığa kavuşturalım:

Dört yıllık fakülte mezunu iki memurdan biri yürürlükteki mevzuata göre önce "şef"lik sınavını kazanarak şef kadrosuna atanmış; bu görevde belli bir süre görev yaptıktan sonra "müdür yardımcısı" sınavını kazanarak müdür yardımcısı kadrosuna atanmış; bu görevde de belli bir süre görev yaptıktan sonra "müdür"lük sınavını kazanarak müdürlük kadrosuna atanmış ve yirmi dört yılın sonunda kazanılmış hak aylığı ile kadro görev aylığı birinci dereceye yükselirken; diğer memurumuz ise görevde yükselme sınavlarına girmeyerek ya da girmekle birlikte kazanamayarak memur kadrosunda görev yapmaya devam etmiş ve yirmidört yılın sonunda kadro görev aylığı (birinci dereceli memur kadrosu bulunmadığından) ikinci derecede ve kazanılmış hak aylığı ise ikinci derecenin altıncı kademesine gelmiş olsun.

Durum böyle iken yasa koyucu,

"Kurumların müdür kadrosunda görev yapanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın çalışmakta oldukları kurumların memur kadrolarına atanmış sayılır.

Kurumların müdürlük kadrolarına memurlar arasından atama yapılabilir." şeklinde bir yasal düzenleme yapmış olsun.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararı ile 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lerin iptali istemiyle açılan davalarda verdiği kararların açılımına göre, kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak sayılmayacağı için, yürürlükteki mevzuata (kural işlemlere) göre şef, müdür yardımcısı ve müdürlük sınavına (şart işlem) girip nihayetinde müdürlük kadrosuna atanarak müdür kadro unvanının alınması (özel hukuksal durum) ileriye yönelik kazanılmış hak sayılmamaktadır. Çünkü, yasakoyucu kural işlemleri değiştirme yetkisine sahiptir ve nitekim de yukarıdaki gibi değiştirmiştir. Buna karşın, yine Anayasa Mahkemesi kararlarının açılımına göre, nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp kişiselleşmesinden sonra kazanılmış hak ortaya çıkacağından, memur iken yeni yasaya göre müdür kadrosuna atanan memurumuz için müdür unvanı -Anayasa Mahkemesi yeni yasayı iptal etmediği sürece, ki yukarıdaki gerekçelerle iptal etmemektedir- kazanılmış hak sayılacaktır.

Bu yorum, kamu görevlilerinin idare karşısında sübjektif haklarının olamayacağı ve yürürlükteki mevzuata göre edindikleri kadro/görev unvanlarına ilişkin haklarının, hukuk güvenliğinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Oysa, Anayasacılık hareketi, demokratik hukuk devleti ideali ve statü hukuku, güçlü yönetim karşısında, yönetilen güçsüzleri korumak fikrinden doğmuş ve bu yönde gelişerek ete kemiğe bürünmüştür.

Kaldı ki, bu yorumun nitelendirdiği personel sistemine, yönetim bilimi literatüründe, "spoil system" (yağma sistemi) denilmekte ve Karar, uygulandığı AngloSakson ülkelerinde dahi 130 yıl önce rafa kaldırılmış yağma sistemini, hukuk sistemi Kıta Avrupa'sına, personel rejimi ise statü hukukunun liyakat ilkesine dayanan Türkiye'de 21.

Yüzyılda hukuksallık kazandırma anlamına gelmekte ve hatta bunun da ötesinde bu sonucu doğurmaktadır.

Tarihte "yağma sistemi", Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

On dokuzuncu yüzyıla kadar İngiltere'de yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmaktaydı. Aristokrat sınıfı ise "çalışmak" demek olan memurluk yapmak yerine, elindeki memuriyet kadrolarını başkalarına kiralamakta ya da satmaktaydı.

Spoil system, en özgün ifadesini ABD Başkanı Andrew Jackson'ın, 1829'da söylediği "Ganimet, seçimden zaferle çıkanındır." sözünde bulmaktadır. Bu sistemde, iktidarın değişmesiyle, tüm kamu görevleri el değiştiriyor; devlet kadroları, seçimi kazanan siyasal parti/başkan için seçim zaferinin "ganimet"i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasal partinin siyasal destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görülüyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasal partilere yakınlık, yandaşlık ve sadakat kriterine bağlanmasına dayanan yağma sistemi, 1883'de yürürlüğe giren Pendleton Act'a kadar sürmüştür. Sınıflandırma ve liyakatin esas alındığı bu yasadan itibaren ABD'de giderek azalan yağma sistemi, yerini liyakate terk ederek günümüzde yüzde birler seviyesine düşmüştür.

Türkiye'de ise, personel rejimi olarak Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminin başlangıçtan beri "liyakat ilkesi" üzerinde yükselen statü hukuku geçerlidir.

Anayasa'nın 70. maddesinde, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrım gözetilemez." kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, "eşitlik" ve "liyakat" ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi "görevin gerektirdiği nitelikler" ifadesini, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında; "Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir." şeklinde yorumlayarak, "görevin gerektirdiği nitelikler"den "liyakat" ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Kamu personeline ilişkin temel düzenleme olan ve dolayısıyla bu konudaki düzenlemelerin yorumunda referans alınması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3 üncü maddesinde ise, Anayasanın 70 inci maddesinden hareketle, Kanunun temel ilkeleri, "sınıflandırma", "kariyer", "liyakat" olarak ortaya konulmuş; liyakatyeterlilik, "Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır." şeklinde tanımlanmış; 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadroların, emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmayacağı kurallaştırılmıştır.

Memurların atandıkları kadrolar, 657 sayılı Kanunun sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnasını oluşturan istisnai memuriyete atamada, istisnai memuriyete atananlar açısından kazanılmış hak sayılmıyorsa, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine dayalı olağan atamalarda ise atananlar açısından ileriye yönelik kazanılmış hak sayılıyor demektir.

Dolayısıyla, kamu personeline ilişkin düzenlemelerin Anayasal yorumunda, her bir olay, statü hukukunun ve bunun kodifiye edilmiş hali olan 657 sayılı Kanunun temelinin liyakat ilkesi olduğu gözetilerek sistem bütünlüğü içinde analiz edilmek durumundadır.

Bununla birlikte, Anayasal yorumda kamu personelinin kazanılmış hakları, hukuki-teknik bağlamında nasıl tanımlanırsa tanımlansın, Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde statü hukukunun temel özelliği, kamu görevlerine girme, sınıflar içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde temel ölçünün liyakat ilkesine dayandırılmasıdır. Liyakat ilkesi ise, bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmayı gerektirir. Çünkü, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapılabilmesine engel bulunmamakla birlikte, bu yönde yapılacak yasal düzenlemelerde, daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi, liyakat ilkesi ile ve hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği mutlak bir zorunluluktur. Bu işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise kamu hizmetlerinin sunumunda istikrara hizmet etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ise, yasaların kamu yararına dayanması ile adaletin ve hukuk güvenliğinin sağlanmasına ilişkin gün ışığında yönetim özleminden doğmuştur.

Bu bağlamda, statü hukukuna dayanan ve liyakat ilkesini temel alan personel sisteminde, kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerde ve bu düzenlemelerin yorumunda, kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmeseler de en azından bulundukları kadrolarda görev güvencelerinin sağlanmasına yönelik meşru beklentilerine dayalı hukuk güvenliklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, hiçbir şekilde statü hukukunun liyakat ilkesine dayandığı gerçeğinin ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez; geçmesine müsaade edilemez. Aksi, seçilmişlerin despotizmidir.

İptali istenen, SGK Başkanlığı merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı ve daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl hizmet yapmış olanların tamamının Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmasını öngörmemektedir. Çünkü, Sosyal Güvenlik Uzmanlığı kadrosu, söz konusu kadrolardan statüsü yüksek bir görev değil, Sosyal Güvenlik Uzmanları SGK Başkanlığı teşkilatında daire başkanlarına bağlı olarak çalıştığından, statüsü daha aşağıda yer alan bir görevdir.

Düzenleme, söz konusu kadrolarda toplam en az üç yıl yapmış olanlardan halen bu kadrolardan birinde bulunanların atanmalarını, bunların da tamamının değil, "atanabilir" ifadesiyle, içlerinden seçilecek olanların atanmasını öngörmektedir.

Hukuk devletinde yasaların genel olması, belli kişileri hedef almaması, özel bir durumu gözetmemesi, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanacak kurallar içermesi gerekir. Yasal kuralların genelliği, herkes için objektif durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayrım gözetmeksizin uygulanabilir olması demektir.

Oysa, iptali istenen kural, aynı hukuki durumda olan herkesin değil, son tahlilde ve gerçek anlamda Siyasal İktidarın ideolojisine ters düşenlerin, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmasına olanak sağlamayı amaçladığından, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Statü hukukunda, hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmakta; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir. Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarına atanmış bulunanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından bulundukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanması hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olmasına rağmen, kazanılmış hak olarak değerlendirilmese dahi, meşru beklentilerin karşılanması niteliğinde olduğundan; statü hukukuna ve kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, yasayla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmaları, hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 70. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

İptali istenen düzenleme, söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bunlar arasından halen söz konusu görevlerde bulunanları ve bunların da tamamını değil, bazılarını Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atamayı öngörerek, aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğundan Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamanın yanında, eşitsiz atama dayanağını yasadan aldığı ve dolayısıyla yasal atamaya karşı eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak, hak arama özgürlüklerini kullanılamaz kıldığı için, Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda, sadece edinilmiş mali hakları/maaşı kazanılmış haklardan saymış ve mevcut mali hakların/maaşın nominal olarak sabitlenip yeni atandıkları kadrolardaki maaşa eşitleninceye kadar tazminat olarak ödenmesini, yani kişilerin nominal ücreti sabitlenir ve ücretleri reel olarak

gerilerken, nominal ücrete ilişkin mali hakların saklı tutulmasını, sanki ücret nominal olarak saklı tutulunca reel olarak da korunuyormuş gibi değerlendirerek kazanılmış mali hakların korunması olarak nitelendirmiştir.

Ancak, iptali istenen düzenlemede genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve büyükşehir bulunan illerdeki il müdürü kadrolarında iken, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanacak olanlar, statü kaybına ek olarak reel ücret yanında nominal ücret kaybına da uğramaktadır.

SGK Başkanlığı genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarında bulunanların ek göstergeleri, Sosyal Güvenlik Uzmanları gibi 3600 puandır. Ancak, 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar"da Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı ve il müdürüne en yüksek Devlet memuru aylığının %210'u oranında Özel Hizmet Tazminatı öngörülürken; Uzmanlara öngörülen Özel Hizmet Tazminatı ise %130'dur.

Öte yandan, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK ile 375 sayılı KHK'ye eklenen (I) sayılı Ek Ödeme Oranları Cetvelinde, Genel Müdür Yardımcısına %190, Daire Başkanına %185 ve İl Müdürüne %180, Uzmanlara ise %140 oranında ek ödeme öngörülürken; (II) Sayılı Cetvelde Genel Müdür Yardımcısı ile Daire Başkanına 54.300 puan ücret ve 30.000 puan tazminat göstergesi; il müdürlerinden Ankara, İstanbul ve İzmir illerinde görev yapanlara 50.750 puan ücret ve 27.950 puan tazminat göstergesi; büyükşehir belediyesi olanlarda görev yapan il müdürlerine 46.850 puan ücret ve 25.775 puan tazminat Göstergesi; buna karşın (III) Sayılı Cetvelde ise Uzmanlardan 1. Derece kadrolarda görev yapanlara 46.500 puan ücret ve 25.560 puan tazminat göstergesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, SGK Başkanlığı merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı ve daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında bulunanların, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmaları durumunda, reel ücret bir yana, nominal ücret kaybına da uğrayacakları ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kazanılmış mali hakları dahi korumadığı Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler, hukuk devleti ilkesine bu yönüyle de aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 80. Maddesiyle 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkra, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 85. maddesinde iptalini istediğimiz,

a-) (n) bendinde geçen:

"Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,"

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesi uyarınca 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (n) bendi ile "Birlik" adı altında yeni bir tanım getirilmiş ve buna göre "Birlik" tanımının "Erişim Sağlayıcıları Birliğini" ifade ettiği belirtilmiştir.

Bu yeni tanımın 5651 sayılı Kanun metni içerisindeki uygulama biçimi ise, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinde somutlaşmış ve hükme bağlanmıştır.

Aşağıda, dilekçemizin 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A maddesi hakkında yapacağımız iptal gerekçelerimiz bölümünde detaylı biçimde açıklayacağımız veçhile, 5651 sayılı Kanunda yapılan anılan düzenleme ile Türk Hukukunda "Erişim Sağlayıcıları Birliği" adı altında yeni bir müessese ihdâs olunmaktadır. Şüphesiz, bu Birliğin ne anlama geldiğini belirleyebilmek ve iptal gerekçelerini açıklayabilmek için 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin incelenmesi gerekmektedir.

Buna göre, "tanımı" 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinde yapılan, "düzenlemesi" ise 5651 sayılı Kanununun 6/A maddesine bırakılan "Erişim Sağlayıcıları Birliği"nin amacının "5651 sayılı Kanunun 8. Maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak" olduğu anlaşılmaktadır. Yâni, anılan Birliğin asıl amacı, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin dışında kalan engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Nitekim, yeni ihdâs olunan "Erişim Sağlayıcıları Birliği"nin asıl amacının bu olduğu, madde metninden de çok açık bir biçimde anlaşılmaktadır. Zirâ, 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine 6518 sayılı Kanunun 90. Maddesi ile eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrası, aynen "Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur." hükmünü âmirdir.

Ancak, kurulan bu yeni Birliğin ihdâsı, özellikle kamuoyunda ve konu ile ilgili sosyal çevrelerde cevap bulunamayan kimi soruları beraberinde getirmiştir. Örneğin, Türkiye'de gerçek anlamda kaç tane erişim sağlayıcının bulunduğu; bunların internet piyasasındaki hâkimiyet oranlarının ne olduğu; her birine gerekli alt yapıya katılmak zorunluluğu verilmiş olsa dahî bu katkı ve sorumluluk payanın nasıl paylaştırılacağı; en fazla gelir elde eden hâkim bir erişim sağlayıcı ile

çok küçük bir erişim sağlayıcının nasıl olur da yatırımdan, alt yapıdan ve hukukî sorumluluktan eşit olarak yer almasının bekleneceği; söz gelimi bugün mevcut olmayan, ancak -örneğin- üç yıl sonra faaliyete geçecek bir erişim sağlayıcının durumunun ne olacağı; anılan Birliğe üye olmayan bir erişim sağlayıcısının, erişim sağlayıcılığı lisansının verilememesi gibi sektör-dışı bırakılma durumu ile karşı karşıya kalınacak bir durumda ne gibi hukukî çözümler bulunacağına dair sorular, gerek "tanım" maddesi olan 2. maddenin (n) bendinde, gerek "Erişim Sağlayıcıları Birliği" kenar başlıklı 6/A maddesinde ve gerekse 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 100. maddesiyle eklenen Geçici üçüncü maddesinde cevapsız kalmıştır. Hatta, madde gerekçelerinde dahî bu ve buna benzer soruların yanıtlarına yer verilmemiştir. 2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un bilgi toplumuna giden yolda ciddî engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olduğu; 6518 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut haliyle dahî tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine kısıtlayıcı yöntemlere İnterneti izlemeyi kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri artıracak bu durumun ise demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı yolundaki tartışmalar, kamuoyunda hâlâ güncelliğini korumaktadır. Hâl böyle iken, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunda öngördüğü dava konusu değişikliklerin, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve nihâyet Türkiye'nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekabette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği âşikârdır. Hele (aşağıda, dava dilekçemizin 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile eklenen 6/A, 9/A ve Geçici üçüncü maddenin Anayasa'ya aykırılık sebebiyle iptal gerekçeleri bölümlerinde daha ayrıntılı bir biçimde açıklanacağı üzere), 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanuna getirdiği yeni yapı ve düzenlemeler ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği; bu kapsamda yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı; Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereğinin derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirileceği; Birliğe üyeliğin zorunlu olup Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan İnternet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmecilerin üyeliklerini tamamlamak zorunda olmaları; Telekomünikasyon İletişim Başkanının 5651 sayılı Kanun kapsamında verebileceği erişimin engellenmesi kararlarının, yine 5651 sayılı Kanunun 6/A maddesinin altıncı fıkrası hükmünce erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceğine yönelik uygulamaların "Hukuk devleti" ilkesine (Anayasa, madde:2); "Dernek kurma hürriyeti"ne (Anayasa, madde:33);

"Dernek kurma hürriyeti"nin üst kavramı olan "Örgütlenme özgürlüğünü" teminat altına alan "Sendika Kurma Hakkı"na (Anayasa, madde 51), "Girişim Özgürlüğü"ne (Anayasa, madde 48);

"Hak arama hürriyeti"ne (Anayasa, madde:36); "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" ilkesine (Anayasa, madde:40) açıkça aykırılık teşkil edeceği ortadadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, "Erişim Sağlayıcıları Birliği" ile ilgili olarak 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanuna getirdiği 6/A maddesi, 9. maddenin beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları ile Geçici üçüncü madde hükümleri ve bu yeni düzenlemenin tanımlandığı 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendi, -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- öngördüğü belirsiz ve yanlış düzenlemeler ile "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen 6/A maddesinin Anayasa'ya aykırılığı, bu düzenlemenin Kanun metninde ifadesini bulduğu (tanımlandığı) 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinin de -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

Diğer yandan, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ne ilişkin "Tanım" kuralı olan (n) bendi ile 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ve Erişim Sağlayıcıları Birliği"ni düzenleyen 6/A maddesi arasında "organik" bir bağlantı bulunmaktadır. Başka bir değişle, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen 6/A maddesi hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 85. Maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen ve "Tanım" kuralı olan (n) bendinin de - kaçınılmaz bir biçimde- iptali gerektiği sonucunu doğuracaktır. Bu durumda - şüphesiz, takdiri Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer

bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir." hükmü gereğince, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. Maddesine eklenen iptalini talep ettiğimiz 6/A maddesinin başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinin de iptaline karar verilmesi sonucunu doğuracaktır.

b-) (o) bendinde geçen: "… ve benzeri yöntemler kullanılarak ..."

Sözcük grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

6.2.2014 günlü ve 6518 sayılı Kanunun 85. maddesinde iptalini istediğimiz (o) bendi 5651 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne yeni bir tanım getirmekte ve anılan Kanunun uygulamasında "Erişimin engellenmesi" tanımının "Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini" ifade ettiğini hükme bağlamaktadır. Ancak, bu tanımda erişimin engellenmesi sırasında kullanılacak kimi yöntemlerden "benzeri yöntemler" olarak söz edilmesi, 5651 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamı ile çelişmekte ve hukukî belirsizliğe sebebiyet vermektedir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan devlettir. Hukuk devletinde, yasaların açık ve anlaşılabilir olması, hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için önkoşuldur.

Ayrıca yasaların kişisel ya da siyasî amaçlarla değil, kamu yararı amacıyla çıkarılması gereğinde de hukuk devleti bağlamında kuşku bulunmamaktadır.

İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında

işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin normların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gerekir. İptali istenilen 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (o) bendinde yer alan "... ve benzeri yöntemler kullanılarak ..." ibaresi yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasa'nın 2.nci maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

c-) (r) bendinde geçen:

"Uyarı yöntemi: İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini,"

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesi uyarınca 5651 sayılı Kanunun

2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (r) bendi ile "Uyarı yöntemi" adı altında yeni bir tanım getirilmiş ve buna göre internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde ise yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemi "Uyarı yöntemi" olarak tanımlanmıştır. Bu yeni tanımın 5651 sayılı Kanun metni içerisindeki uygulama biçimi ise, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkrasında somutlaşmaktadır.

Buna göre, anılan madde hükmünce "uyarı yöntemi" adı altında, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesi mümkün hâle gelmekte ve böylece 5651 sayılı Kanunda bulunan bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yeni bir hüküm getirilmektedir.

Aşağıda, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 3. Maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkında yapacağımız iptal sebeplerimiz ve gerekçelerimiz bölümünde de detaylı biçimde açıkladığımız veçhile, gerek yurt-içinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere bu değişiklikte öngörülen şekliyle bildirim yapılabilmesi, ülkemizin tebligat mevzuatına (hem elektronik, hem klasik) aykırı olduğu gibi, uluslararası anlaşmalarla korunan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedelemektedir. 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta yoluyla bildirim yapılması durumunda,

gönderilen emailin gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise ne zaman görülüp, açıldığı; açıldı ise tebellüğ yetkisine sahip olanlar tarafından alınıp alınmadığı hususları yanında, ayrıca yurt dışında bulunan hizmet sağlayıcının tâbî olduğu kamu hukukunu ihlâl edebilecek bir düzenlemedir. Başka bir değişle, bu durum, gerek 7201 sayılı Tebligat Kanununda, gerekse uluslararası antlaşmalarla korunmaya çalışılan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini ihlâl eder mâhiyettedir. Hiç kuşkusuz, geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin internet üzerinde bulunan herhangi bir elektronik posta adresine gönderilecek bir elektronik posta ile sağlanması, hukukî güvenliği derinden sarsmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde adil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle getirilen ve gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine olanak sağlayan yeni düzenleme ve bu düzenlemenin tanımlandığı 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı, bu düzenlemenin Kanun metninde ifadesini bulduğu (tanımlandığı) 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin de -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

Diğer yandan, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesine cevaz veren bu uygulama, birçok hukukî sürecin, ilgili taraf, durumun farkında dahî olmadan önce başlayabileceği anlamına gelmektedir. Bu durum, idarî işlemlerin muhataplarının Anayasa'nın 36. maddesi hükmü anlamında "hak arama hürriyetlerini" ciddî bir şekilde tehdit edebilir. Birçok durumda, idarî eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişiler, dava, itiraz vs. sürelerini kaçıracak, hak arama özgürlüğünden mahrum kalacaklardır. Bu da, 5651 sayılı Kanun kapsamında yurtiçinden veya yurtdışından faaliyet yapanlara elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile yapılan bildirimin muhatabına ulaşmaması halinde bu muhatapların meşrû vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkının elinden alınması ve dolayısı ile Anayasa'nın 36. maddesinin

birinci fıkrasında ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nden mahrum bırakılması anlamına gelecektir. Bu itibarla, anılan düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36.maddesinde ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı"nın da ihlâl edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabulü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde, idarî işlemlerin muhataplarına (öncelikle içerik sağlayıcısı, makûl sürede sonuç alınamaması halinde ise yer sağlayıcısı) iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek olan bildirim yöntemindeki sakatlık nedeniyle, yukarıda açıklandığı veçhile, hak arama hürriyetleri ihlâl edildiğine göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip" olduğu; ikinci fıkrasında ise, "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" hükme bağlanmıştır. Dava konusu düzenleme ile, Anayasamızda temel bir hak ve hürriyet olarak güvence altına alınmış olan "Hak arama hürriyeti"nin ihlâli halinde idarî işlemlerin muhataplarının (öncelikle içerik sağlayıcısı, makûl sürede sonuç alınamaması halinde ise yer sağlayıcısı) yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve anılan hükümde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle 6518 sayılı Kanunun 85. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen (r) bendindeki "tanım" kuralı, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de açıkça aykırıdır.

Nihâyet, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen tanım kuralı olan (r) bendi ile 6518 sayılı Kanunun 86. Maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkra arasında "organik" bir bağlantı bulunmaktadır; başka bir değişle, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü

fıkra hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. Maddesine eklenen tanım kuralı olan (r) bendinin de -kaçınılmaz bir biçimde- iptali gerektiği sonucunu doğuracaktır. Bu durumda -şüphesiz, takdiri Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan, "Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir." hükmü gereğince, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen iptalini talep ettiğimiz üçüncü fıkrasının başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin de iptaline karar verilmesi sonucunu doğuracaktır.

6-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 86. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 86- 5651 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine aşağıdaki fıkra

eklenmiştir.

"(3) Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesi mümkün hâle gelmekte ve böylece, 5651 sayılı Kanunda yer alan bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yeni bir hüküm getirilmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere bu değişiklikte öngörülen şekliyle bildirim yapılabilmesi, ülkemizin tebligat mevzuatına (hem elektronik, hem klasik) aykırı olduğu gibi, uluslararası anlaşmalarla korunan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedelemektedir. 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta yoluyla bildirim yapılması durumunda, gönderilen e-mailin gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise ne zaman görülüp, açıldığı; açıldı ise tebellüğ yetkisine sahip olanlar tarafından alınıp alınmadığı hususları yanında, ayrıca yurt dışında bulunan hizmet sağlayıcının tâbi olduğu kamu hukukunu ihlâl edebilecek bir düzenlemedir.

Bu düzenleme, ilk bakışta "pratik bir çözüm" gibi görünmekle birlikte, e-posta mesajlarının güvenliğinin dahî tartışma konusu olduğu bir ortamda, şirketlere e-posta ile hak ihlâli vb. süreçlerle ilgili bildirim yapılabileceğini kabûl etmek, hukuka aykırı uygulamaların önünü açacaktır. Nitekim son dönemde, e-tebligat ile ilgili düzenlemeler yapılmış, anonim ve limited şirketler için zorunlu olan ve resmi yazışmaların elektronik ortamda mevzuata uygun, uluslararası standartlarda ve teknik olarak güvenli bir şekilde yapılmasına imkân sağlayan KEP (Kayıtlı Elektronik Posta) hizmeti ile güvenli ve geçerli tebligat süreçleri başlatılmıştır. Kuşkusuz, yasal süreçler ve hak ihlâlleri bağlamında ilgililere yapılacak bildirimin geçerlilik koşullarının her zaman gözetilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde adil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle getirilen ve gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine ilişkin bu düzenleme, gerek 7201 sayılı Tebligat Kanununda, gerekse uluslararası antlaşmalarla korunmaya çalışılan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini ihlâl eder mahiyettedir. Geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin internet üzerinde bulunan bir elektronik posta adresine gönderilecek bir elektronik posta ile sağlanması, hukukî güvenliği derinden sarsmaktadır. Bu da her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olmak mecburiyetinde olan bir hukuk devletinde kabul edilemez bir düzenlemedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun "Bilgilendirme yükümlülüğü" başlığını taşıyan 3. maddesinde yapılan yeni düzenleme "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. Maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesine cevaz veren bu uygulama, birçok hukukî sürecin ilgili taraf durumun farkında dahî olmadan önce başlayabileceği anlamına gelmektedir. Bu durum, idarî işlemlerin muhataplarının Anayasa'nın 36. maddesi hükmü anlamında "hak arama hürriyetlerini" ciddî bir şekilde tehdit edebilir. Birçok durumda, idarî eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişiler, dava, itiraz vs. sürelerini kaçıracak, hak arama özgürlüğünden mahrum kalacaklardır. Bu da, 5651 sayılı Kanun kapsamında yurtiçinden veya yurtdışından faaliyet yapanlara elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile yapılan bildirimin muhatabına ulaşmaması halinde, bu muhatapların meşrû vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkının ellerinden alınması ve dolayısı ile Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nden mahrum bırakılması anlamına gelecektir. Bu itibarla, anılan düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36.maddesinde ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı"nın da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere "Anayasa ile tanınmış bir hak" olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabulü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilecek olan 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürüten gerçek ya da tüzel kişilerin yukarıda açıklandığı veçhile, hak arama hürriyeti ihlâl edildiğine göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip" olduğu; ikinci fıkrasında

ise, "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" hükme bağlanmıştır. Dava konusu hükümde, Anayasamızda temel bir hak ve hürriyet olarak güvence altına alınmış olan "Hak arama hürriyeti"nin ihlâli halinde idarî işlemlerin muhataplarına, yâni internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilecek olan 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürüten gerçek ya da tüzel kişilere) yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve anılan hükümde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle 5651 sayılı Kanunun üçüncü maddesine 6518 sayılı Kanunun 86. maddesi ile eklenen dava konusu üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de açıkça aykırıdır.

7-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 87. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 87- 5651 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(3) İçerik sağlayıcı, Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim eder ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri alır."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, içerik sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde anılan Başkanlığa teslim etmesini ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almasını öngörmektedir. Ancak, şu husus çok açık bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklik, Teleomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın tüm İnternet kullanıcılarının iletişim verilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmek üzere düzenlenmiştir. Tüm bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacağı açıktır. Başkanlık, içerik sağlayıcısından (88. maddesinde yer sağlayıcısından, 89. maddesinde de erişim sağlayıcısından) kendi belirlediği ve talep ettiği bilgileri göndermesini isteyecek; bu talebe uyulmaması halinde ise yüksek para cezaları kesilmek suretiyle müeyyide uygulanacaktır. Ancak bu bilgilerin yollandığından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. İdarenin tamamen keyfî olarak verdiği bu karara karşı zarar görecek kişinin itiraz etmesi mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da itiraz etmekte bir menfaati bulunmamaktadır. Açık bir şekilde Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen

"Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesine aykırı biçimde özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulama, yine Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "Hak arama hürriyeti"ni de ortadan kaldırmasının ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hâle getirmektedir.

6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu çok açıktır. Çünkü, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilmektedir. Anayasa kuralı çok açıktır ve "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı Anayasa koyucu tarafından çok net ve kesin bir dille ortaya konmuştur.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Kural, çok açıktır. Özellikle, anılan kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin … ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mefhûm-u muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız oldugu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. Maddesine eklenen üçüncü fıkrasında "İçerik sağlayıcının Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmesi"ni öngören kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "… kanunda öngörülen haller"in nelerden ibâret olduğu ise 6518 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, içerik sağlayıcı tarafından kişisel verilerin işlenip bilgi haline getirilerek Başkanlığa teslim edilmesini öngören bu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Bu noktada, Avrupa Adalet Divanı'nın C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine verdiği 8 Nisan 2014 tarihli Kararıyla, iptali talep edilen düzenlemelere benzer mâhiyette hükümler içeren 2006/24/EC sayılı ve 15 Mart 2006 tarihli "Verilerin Saklanmasına ilişkin AB Direktifi"ni "hukuka aykırı" bulduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu Direktif hükümlerinin Divan tarafından özel yaşamın gizliliği ve korunması hakkına ve ifade özgürlüğüne aykırı bulunmasının en önemli gerekçelerinden biri, anılan Direktifte, yetkili kamu otoritelerinin verilere erişimiyle ilgili olarak kişisel, coğrafî, konusal ve benzeri her hangi bir sınırlama getirilmemesi ve diğeri, bu otoritelerin verilere erişiminin öncelikli biçimde yargı denetiminden çıkarılması olarak gösterilmektedir. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" öngörülmüştür. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir.

Oysa, anılan düzenlemede, içerik sağlayıcı tarafından, talebi hâlinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hâlbuki, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin, objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Dolayısı ile, dava konusu bu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır. Ayrıca, kamu otoritelerine, somut durumda anılan objektif ölçütleri yerine getirmeleri beklenmeden kişisel verilere erişim yetkisi verilmesi de, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" ilkesini kabûl eden 20. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, iptalini istediğimiz iş bu madde metninden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından içerik sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mahiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarih olmadığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, bilginin hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceği, kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir. Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenleme ve uygulamalara tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesinde yapılan değişiklik, Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesine, "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca kanûnîlik ve ölçülülük kriterlerine uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesine ve -az yukarıda açıklandığı veçhile-

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması"nı öngören 20. maddesi ile kişilere hak arama hürriyetini bahşeden 36. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir; bu yönü ile de iptali gerekir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde içerik sağlayıcısının Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi yükümlülüğü getirildiğine ve bu yükümlülükle, gerektiğinde özel hayata ilişkin bütün bilgiler de dâhil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olan içerik sağlayıcısının "hak arama hürriyeti" böylece ortadan kaldırıldığına göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. Maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" belirtilmiştir. Dava konusu düzenlemede, hak arama hürriyeti ile bu Anayasal hakkı ihlâl edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve süreleri belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine 6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile eklenen üçüncü fıkra, Anayasa'nın 40. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

8-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 88. maddesinin iptalini istediğimiz,

a.) Üçüncü fıkrasının tamamı olan:

"(3) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme ile, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğü getirilmektedir.

Yeni düzenlemede, öngörülen saklama süresinin Uluslararası ve Avrupa hukuku düzenlemelerine nazaran uzun ve geniş kapsamlı olmasına ek olarak, saklanan verilerin güvenliği ile ilgili herhangi bir önleme de işaret edilmemiş olması, ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği açısından ciddî bir tehlike doğurmaktadır. İfade özgürlüğü açısından bu bilgilerin her an erişime açık bir şekilde saklanması, muhâlif görüşlerin özel alanda dahî ifade edilmesini engelleyecek boyutta bir otosansür uygulamasına ve korku toplumuna yol açabilecek niteliktedir. Kişisel verilerin korunması, ifade özgürlüğünün bir gereği olduğu kadar (aşağıda, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de açıklamaya çalıştığımız üzere), 9/A maddesi ile kendisine görünüşte olağanüstü bir önem atfedilmiş olan özel hayatın gizliliğinin de en önemli unsurlarından biridir. Kanun değişiklikleriyle verilerin saklanmasına ilişkin yeterli korumanın getirilmemiş olması, özel hayatın gizliliğinin, yalnızca kamuya mâl olmuş insanların ve bilgiye erişim hakkının önüne geçebildiği ölçüde gündeme getirildiği izlenimini vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kişisel verilerin sadece saklanmasının dahî, Sözleşme'nin 8. maddesi'nce korunan özel yaşamın gizliliği hakkına bir müdâhale oluşturduğu görüşündedir (Leander, İsveç 26.03.1987, Copland, Birleşik Krallık 03.04.2007). Bu doğrultuda, müdahalenin hukuka uygun olması için yasallık ve demokratik toplumda gereklilik niteliklerini taşıması gerekmektedir. Avrupa Adalet Divanı da, haberleşmenin devamı veya faturalandırma için gerekli olmayan verilerin derhâl silinmesi gerektiği yolundaki genel kuraldan sapıldığı her durumda, "özel yaşamın gizliliğine bir müdâhale gerçekleştirildiği" görüşündedir (Avrupa Adalet Divanı'nın 8 Nisan 2014 tarihli, C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine vermiş olduğu Karar). Bu nedenlerle, anılan düzenleme Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesini benimseyen 20. maddesi ile "Düşünceyi açıklama ve yayma (ifade) hürriyeti"ni Anayasal bir hak olarak güvence altına alan 26. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer yandan, anılan düzenleme ile internet trafik bilgilerinin (önceki düzenlemeden farklı biçimde) 6 ay yerine 12 ay süresince tutulması öngörülmektedir. Yalnızca bu bile, internet erişim sağlayıcılarının üzerinde malî bir yük (külfet) oluşturacak ve internet kullanım mâliyetleri artacaktır. Buna bağlı olarak da ucuz ve hızlı internet erişimi hayal olacaktır.

Dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir.

Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen istisnai haller dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2010/69 Esas, 2011/116 Karar sayılı ve 07.07.2011 tarihli içtihadı).

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi başka bir Kararında, "… çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayrım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır." İçtihadında bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/72 Esas, 2013/126 Karar sayılı ve

31.10.2013 tarihli İçtihadı).

O halde, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli Kararında, "Anayasa'nın 13. Maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz." demek suretiyle, Anayasa'nın 13. Maddesinde ifadesini bulan "temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi" ilkesine açıkça vurgu yapmıştır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun 88. maddesinin 3. fıkrasında yer alan dava konusu düzenleme ile, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğü belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmesi suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. Böyle bir düzenleme ise hukukî güvenlik sağlayamayacağı için, dava konusu düzenleme, öncelikle Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, dava konusu düzenleme ile, yer sağlayıcısına trafik bilgilerinin tutulma sürelerini belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılması, yasama yetkisinin devri niteliğinde olup, kural bu yönüyle Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin sürenin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasını öngören dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

b-) Dördüncü fıkranın tamamı olan:

"(4) Yer sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilir ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilirler."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, yer sağlayıcıların, yönetmelikle belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilmesi ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilmesi öngörülmektedir. Görüldüğü gibi, yer sağlayıcıların, yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilmesi ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilmesinin usûl ve esasları idare (yürütme) tarafından çıkartılacak olan yönetmeliğe bırakılmaktadır. Esasen bu düzenleme, açık bir biçimde, "Yasama yetkisinin yürütmeye devri" anlamına gelmektedir. "Hukuk Devleti"nde, yürütmenin (idarenin) hiçbir sınır olmaksızın keyfî kararlar alabilmesi mümkün değildir.

Zirâ, Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda âdil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir.

Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen istisnai haller dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2010/69 Esas, 2011/116 Karar sayılı ve 07.07.2011 tarihli içtihadı).

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi başka bir Kararında, "… çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayrım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin

sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır." İçtihadında bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/72 Esas, 2013/126 Karar sayılı ve

31.10.2013 tarihli İçtihadı).

O halde, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Nitekim, twitter.com isimli internet adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün verdiği 2.4.2014 tarihli Kararında, "Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz." demek suretiyle, Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan "temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi" ilkesine açıkça vurgu yapmıştır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun 88. maddesinin 4. fıkrasında yer alan dava konusu düzenleme ile, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usûl ve esaslarının belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmakta ve böylece bu konudaki düzenleme belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın, idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, 6518 sayılı Kanunun 88. maddesinin 4. fıkrası ile 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen beşinci fıkra ile, yer sağlayıcıların kategorize edilmesinin kanun ile değil de kim tarafından çıkartılacağı belli dahî olmayan yönetmeliğe bırakılması internet aktörleri arasında eko-sisteme en fazla katkıda bulunan yer sağlayıcılarının önemine oranla yanlış olduğu gibi, normlar hiyerarşisine de aykırıdır ve idareye gayrimâkul bir takdir hakkı ve keyfî hareket alanı tanımaktadır. Dolayısı ile, böyle bir düzenleme ile hukukî güvenliğin sağlanabilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, dava konusu bu düzenleme, öncelikle Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, bu düzenleme ile, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usûl ve esaslarının genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılması, "yasama yetkisinin devri" niteliğinde olup, kural bu yönüyle Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usûl ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasını öngören dava konusu ibâre, Anayasa'nın 13. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

c-) Beşinci fıkranın tamamı olan:

"Yer sağlayıcı, Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi: Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, yer sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmesi ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri alması öngörülmektedir. Ancak, şu husus çok açık bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklik (yukarıda 6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkındaki iptal gerekçemizde de belirtildiği gibi), Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın tüm İnternet kullanıcılarının iletişim verilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmek üzere düzenlenmiştir. Tüm bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacağı açıktır. Başkanlık, yer sağlayıcısından (87. Maddesinde içerik sağlayıcısından, 89. maddesinde de erişim sağlayıcısından) trafik bilgilerini göndermesini isteyecek; bu talebe uyulmaması halinde ise yüksek para cezaları kesilmek suretiyle müeyyide uygulanacaktır. Ancak bu bilgilerin yollandığından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. İdarenin tamamen keyfî olarak verdiği bu karara karşı zarar görecek kişinin itiraz etmesi mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da itiraz etmekte bir menfaati bulunmamaktadır. Diğer yandan, 5651 sayılı Kanunun 4. Maddesine eklenen üçüncü fıkrada içerik sağlayıcının, "Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerin ifası kapsamında" talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi öngörülmüş iken, yer sağlayıcılar için aynı konuda düzenleme getiren 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen beşinci fıkrasında "Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında" bilgi talep edebilmesi koşuluna da yer verilmemiş ve böylece daha keyfî bir uygulamanın önü açılmıştır. Açık bir şekilde Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesine aykırı biçimde özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulama, yine Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "Hak arama hürriyeti"ni de ortadan kaldırmasının ötesinde,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hâle getirmektedir.

6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu çok açıktır. Çünkü, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilmektedir. Anayasa kuralı çok açıktır ve "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı Anayasa koyucu tarafından çok net ve kesin bir dille ortaya konmuştur.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Kural, çok açıktır. Özellikle, anılan kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin … ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mefhûm-u muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız oldugu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 88. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 5. Maddesine eklenen beşinci fıkrasında "Yer sağlayıcının Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etme yükümlülüğü"nü öngören kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. Maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "… kanunda öngörülen haller"in nelerden ibâret olduğu ise 6518 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, yer sağlayıcı tarafından kişisel verilerin işlenip bilgi haline getirilerek Başkanlığa teslim edilmesini öngören bu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Yukarıda, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçelerinde de belirttiğimiz üzere, bu noktada, Avrupa Adalet Divanı'nın C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine verdiği 8 Nisan 2014

tarihli Kararıyla, iptali talep edilen düzenlemelere benzer mâhiyette hükümler içeren 2006/24/EC sayılı ve 15 Mart 2006 tarihli "Verilerin Saklanmasına ilişkin AB Direktifi"ni "hukuka aykırı" bulduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu Direktif hükümlerinin Divan tarafından özel yaşamın gizliliği ve korunması hakkına ve ifade özgürlüğüne aykırı bulunmasının en önemli gerekçelerinden biri, anılan Direktifte, yetkili kamu otoritelerinin verilere erişimiyle ilgili olarak kişisel, coğrafî, konusal ve benzeri her hangi bir sınırlama getirilmemesi ve diğeri, bu otoritelerin verilere erişiminin öncelikli biçimde yargı denetiminden çıkarılması olarak gösterilmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" öngörülmüştür. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir.

Oysa, anılan düzenlemede, yer sağlayıcı tarafından, talebi hâlinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hâlbuki, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin, objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Dolayısı ile, dava konusu bu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır. Ayrıca, kamu otoritelerine, somut durumda anılan objektif ölçütleri yerine getirmeleri beklenmeden kişisel verilere erişim yetkisi verilmesi de, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" ilkesini kabûl eden 20. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Bunun yanında, iptalini istediğimiz iş bu madde metninden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yer sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mahiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarih olmadığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, bilginin hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceği, kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir.

Bunun yanında, kuralda, "Yer sağlayıcının… Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olduğu" öngörülmüştür. Ancak, bu hükümde "Başkanlıkça bildirilen tedbirlerin" ne olduğu açıklanmamıştır. Dolayısı ile, bu tedbirlerin ne olduğu muâllâkta kalmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenleme ve uygulamalara tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 88. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen beşinci fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasa'nın

2. maddesine ve -az yukarıda açıklandığı veçhile- Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması"nı öngören 20. maddesi ile kişilere "Hak arama hürriyeti"ni bahşeden 36. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir; iptali gerekir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36.maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde yer sağlayıcısına Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi yükümlülüğü getirildiğine ve bu yükümlülükle özel hayata ilişkin bilgiler de dâhil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olan yer sağlayıcısı ile gerektiğinde hakkındaki bütün bilgiler Başkanlığa teslim edilen idarî işlemin muhatabı olan gerçek veya tüzel kişilerin hak arama hürriyeti böylece ortadan kaldırıldığına göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" belirtilmiştir. Dava konusu düzenlemede, hak arama hürriyeti ile bu Anayasal hakkı ihlâl edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve süreleri belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 5. Maddesinin ikinci fıkrasına 6518 sayılı Kanunun 88. maddesi ile eklenen beşinci fıkra, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

d-) Altıncı fıkranın tamamı olan:

"(6) Yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkanlık tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya 5651 sayılı Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen yer sağlayıcılar hakkında Başkanlık tarafından on bin Türk

Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği hükme bağlanmaktadır. Görüldüğü gibi, maddede tanımlanan para cezasına konu eylemin fâili "yer sağlayıcısı", eylem ise "yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmama veya 5651 sayılı Kanundaki yükümlülükleri yerine getirmeme" olarak tanımlanmıştır. Bu eyleme bağlanan müeyyide (yaptırım) ise on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezasıdır. Kezâ, düzenlemeye göre, anılan Kuralın ihlâli halinde cezaya hükmedecek olan ise bir yargı organı değil, idarenin bir birimi olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığıdır.

Oysa, idarî nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir müeyyidenin (yaptırımın) idare birimleri (yürütme) tarafından değil de, mahkemeler (yargı) tarafından verilmesi gerekmektedir. Zirâ, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında "on katı" gibi fâhiş bir fark vardır ve hangi sınırdan verilmesinin takdiri çok titiz ve ayrıntılı bir muhâkeme faaliyetini (yargılamayı) gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar on kat aralığında değişen bir para cezasının verilebilmesi yetkisi, idareye değil, mahkemelere ait olmalıdır.

Ayrıca, Başkanlık tarafından yer sağlayıcılara 10 bin ilâ yüz bin Türk Lirası arasında idarî para cezası verilmesi, "suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma" prensibine de aykırıdır. Ülkemizde, ceza mahkemeleri dahî cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61. maddesinde hükme bağlanan suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suç konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını, failin kast ve taksirine dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belerlerken ve bunun da gerekçesini kararında göstermesi gerekirken, TİB gibi idarî bir kuruma hem fâhiş, hem de keyfî olabilecek nitelikte ve üstelik, arada 10 kat fark olan bir ceza verme yetkisi verilmesi, ceza hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırıdır.

Zirâ, Anayasamızın 38. maddesinin "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilmektedir. Kanunla konulması gereken bir cezanın ise Mahkemelerce verilmesi gerekir. Bu bakımdan, bağımsız mahkemelere tanınan muhâkeme yapabilme ve ceza verebilme yetkisinin, dava konusu Kuralda olduğu gibi idareye (TİB'e) bırakılması -deyim yerinde ise- "yargı yetkisinin yürütmeye devri", anlamına gelmekte olup, bu da -kanaatimizce- Anayasa'nın 38. maddesine tamamen aykırılık teşkil etmektedir.

Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen altıncı fıkrasının iptali gerekmektedir.

9-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 89. maddesinin,

a-) (ç) bendinin tamamı olan: "Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim

yollarını engelleyici tedbirleri almakla,"

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun "Erişim sağlayıcının yükümlülükleri" kenar başlıklı 6. maddesine (ç) bendi eklenmiş ve eklenen bu yeni bent ile erişim sağlayıcı, erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla da yükümlü tutulmuştur.

Hemen belirtmek gerekir ki, kamuoyunda ve basında "Gezi önlemi" olarak nitelendirilen bu düzenlemenin ne anlama geldiğini kavrayabilmek mümkün değildir.

Örneğin, erişim sağlayıcı hangi alternatif erişim yollarını, hangi araçları kullanarak engelleyecektir? Soru önemlidir, zirâ bu lâzimeye uymayan erişim sağlayıcı, aynı maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen çok yüklü miktarlarda para cezaları ile cezalandırılabilecektir (5651 sayılı Kanunun 6. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından on bin Yeni Türk Lirasından elli bin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilebilmesi öngörülmektedir). Erişim sağlayıcılar, hakkında erişimin engellenmesi kararı verilen yayınlarla ilgili olarak Proxy servisleri gibi alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla mı yükümlüdürler?

(Bu bağlamda Ktunnel.com sitesi'ne Türkiye'den erişim Kasım 2013'den beri mahkeme kararıyla engellidir); yoksa yükümlülükleri, bunu aşacak nitelikte midir? Söz gelimi, erişim engelleme kararı verilen yayınlar başka yerde yayımlanırsa (veya sosyal medyada paylaşılırsa) erişim sağlayıcı bu diğer siteleri de mi engelleyecektir? Bütün bu hususlar, uygulayıcının keyfine bırakılmıştır.

Diğer yandan, dava konusu Kuralda, "alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirler"den söz edilmektedir. Ancak, Kuralda, "alternatif erişim yolları" konusunda bir

açıklık, bir netlik bulunmamaktadır. Halbuki, "erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yolları"nın neler olduğunun Kanun metninde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu cihet, "hukuk devleti" olmanın da bir gereğidir. Böylesi bir belirsizlik "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmaz. Nitekim, Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda âdil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

"Hukuk devleti"nin temel ilkelerinden biri ise, "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı "koruyucu önlemler" içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler, hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Buna göre, internet ortamına erişim sağlayıcının erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alacağı engelleyici tedbirlerle ilgili alternatif erişim yollarının ve buna ilişkin hukukî normların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gerekir. İptali istenilen 6518 sayılı Kanunun 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen (ç) bendinde yer alan kuralın yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

b-) (d) bendinin tamamı olan:

"Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla,"

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, bu düzenleme, erişim sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmesini ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almasını öngörmektedir. Ancak, şu husus çok açık bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklik (yukarıda 6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, 88. maddesi ile de 5. maddesine eklenen beşinci fıkrası hakkındaki iptal gerekçelerimizde de belirttiğimiz gibi), Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın tüm İnternet kullanıcılarının iletişim verilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmek üzere düzenlenmiştir. Bütün bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacağı

açıktır. Başkanlık, erişim sağlayıcısından (87. maddesinde içerik sağlayıcısından, 88. maddesinde de yer sağlayıcısından) talep ettiği bilgileri göndermesini isteyecek; bu talebe uyulmaması halinde ise yüksek para cezaları kesilmek suretiyle müeyyide uygulanacaktır. Ancak bu bilgilerin yollandığından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. İdarenin tamamen keyfî olarak verdiği bu karara karşı zarar görecek kişinin itiraz etmesi mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da itiraz etmekte bir menfaati bulunmamaktadır. Diğer yandan, 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrada içerik sağlayıcının, "Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerin ifası kapsamında" talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi öngörülmüş iken, erişim sağlayıcılar için aynı konuda düzenleme getiren 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen (d) bendinde

"Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında" bilgi talep edebilmesi koşuluna da yer verilmemiş ve böylece daha keyfî bir uygulamanın önü açılmıştır. Açık bir şekilde Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesine aykırı biçimde özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulama, yine Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "Hak arama hürriyeti"ni de ortadan kaldırmasının ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hâle getirmektedir.

6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu çok açıktır. Çünkü, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilmektedir. Anayasa kuralı çok açıktır ve "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı Anayasa koyucu tarafından çok net ve kesin bir dille ortaya konmuştur.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Kural, çok açıktır. Özellikle, anılan kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin … ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mefhûmu muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız olduğu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. Maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde erişim sağlayıcının "Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etme yükümlülüğü"nü öngören kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. Maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "… kanunda öngörülen haller"in nelerden ibâret olduğu ise 6518 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, erişim sağlayıcı tarafından kişisel verilerin işlenip bilgi haline getirilerek Başkanlığa teslim edilmesini öngören bu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Yukarıda, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası ile 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendi hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçelerinde de belirtildiği üzere, burada da, Avrupa Adalet Divanı'nın C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine verdiği 8 Nisan 2014 tarihli Kararıyla, iptali talep edilen düzenlemelere benzer mâhiyette hükümler içeren 2006/24/EC sayılı ve 15 Mart 2006 tarihli "Verilerin Saklanmasına ilişkin AB Direktifi"ni "hukuka aykırı" bulduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu Direktif hükümlerinin Divan tarafından özel yaşamın gizliliği ve korunması hakkına ve ifade özgürlüğüne aykırı bulunmasının en önemli gerekçelerinden biri, anılan Direktifte, yetkili kamu otoritelerinin verilere erişimiyle ilgili olarak kişisel, coğrafî, konusal ve benzeri her hangi bir sınırlama getirilmemesi ve diğeri, bu otoritelerin verilere erişiminin öncelikli biçimde yargı denetiminden çıkarılması olarak gösterilmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" öngörülmüştür. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir.

Oysa, anılan düzenlemede, erişim sağlayıcı tarafından, talebi hâlinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hâlbuki, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin, objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Dolayısı ile,

dava konusu bu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır. Ayrıca, kamu otoritelerine, somut durumda anılan objektif ölçütleri yerine getirmeleri beklenmeden kişisel verilere erişim yetkisi verilmesi de, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" ilkesini kabûl eden 20. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, iptalini istediğimiz iş bu madde metninden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişim sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mâhiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarih olmadığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, bilginin hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceği, kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir. Bunun yanında, Kuralda, erişim sağlayıcının "… Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olduğu" öngörülmüştür. Ancak, bu hükümde "Başkanlıkça bildirilen tedbirlerin" ne olduğu açıklanmamıştır. Dolayısı ile, bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğu konusu muâllâkta kalmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenlemelere tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesine ve -az yukarıda açıklandığı veçhile- Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması"nı öngören 20. maddesi ile kişilere "Hak arama hürriyeti"ni bahşeden 36. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir; iptali gerekir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36.maddesinde ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde erişim sağlayıcısına Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi yükümlülüğü getirildiğine ve bu yükümlülükle özel hayata ilişkin bilgiler de dâhil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olan erişim sağlayıcısı ile gerektiğinde hakkındaki bütün bilgiler Başkanlığa teslim edilen idarî işlemin

muhatabı olan gerçek veya tüzel kişilerin hak arama hürriyeti böylece ortadan kaldırıldığına göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" belirtilmiştir. Dava konusu düzenlemede, hak arama hürriyeti ile bu Anayasal hakkı ihlâl edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve süreleri belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 6. Maddesinin birinci fıkrasına 6518 sayılı Kanunun 89. maddesi ile eklenen (d) bendi, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

10-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra getirilen 6/A madesinin, Birinci fıkranın tamamı olan:

"(1) Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur."

İkinci fıkranın tamamı olan:

"(2) Birlik özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir. Birliğin merkezi Ankara'dır."

Üçüncü fıkranın tamamı olan:

"(3) Birliğin çalışma usul ve esasları Kurum tarafından onaylanacak Tüzükle belirlenir. Tüzük değişiklikleri de Kurumun onayına tabidir."

Dördüncü fıkranın tamamı olan:

"(4) Birlik, Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar."

Beşinci fıkranın tamamı olan:

"(5) Birlik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur."

Altıncı fıkrasının tamamı olan:

"(6) Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirilir. Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılım erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanır."

Yedinci fıkranın tamamı olan:

"(7) Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları gereği için Birliğe gönderilir. Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır."

Sekizinci fıkranın tamamı olan:

"(8) Birlik, kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebilir."

Dokuzuncu fıkranın tamamı olan:

"(9) Birliğin gelirleri, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşur. Alınacak ücretler, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirlenir. Bir üyenin ödeyeceği ücret, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirlenir.

Üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususlar Birlik Tüzüğünde belirlenir. Süresinde ödenmeyen ücretler Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edilir." ve,

Onuncu fıkranın tamamı olan:

"(10) Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamaz."

Söz gruplarının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri:

Görüldüğü gibi, bu yasal düzenlemenin dava konusu yaptığımız birinci fıkrasında 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulduğu; ikinci fıkrasında, adı geçen Birliğin özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olup Birliğin merkezinin Ankara olduğu; üçüncü fıkrasında Birliğin çalışma usul ve esaslarının Kurum (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği; Tüzük değişikliklerinin de Kurumun onayına tabî olduğu; dördüncü fıkrasında Birliğin, Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı; beşinci fıkrasında Birliğin, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş niteliğinde olduğu; altıncı fıkrasında 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği; Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri

tarafından sağlanacağı; yedinci fıkrasında 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği; bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı; sekizinci fıkrasında Birliğin, kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebileceği; dokuzuncu fıkrasında Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluştuğu; alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği; bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirleneceği; üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği; süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edilebileceği ve nihâyet onuncu ve son fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda, dilekçemizin 6518 sayılı Kanunun 85. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve "Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliği" ile ilgili "Tanım" kuralı olan (n) bendi hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçelerimizde de açıkladığımız veçhile, 5651 sayılı Kanunda yapılan anılan düzenleme ile Türk Hukukunda "E Sağlayıcıları Birliği" adı altında yeni bir müessese ihdâs olunmaktadır. 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunda getirdiği en büyük değişikliklerden birisi, "Erişim Sağlayıcıları Birliği" adı altında, özel hukuk tüzel kişiliğine ve kamusal yetkilere sahip, nev'i şahsına münhasır bir yapının kurulmasını öngörmesidir. Böyle bir Birlik kurulmasının esas amacının, Kanun gerekçesinde içeriğin yayından çıkarılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infazında yaşanan sorunların giderilmesi olduğu belirtilmiştir. Zirâ, 6/A maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı" ibâresinin hedefi de budur. Bu konuda uluslararası uygulamaların esas alındığı ifade edilmiş ise de, başka ülkelerde benzeri bir örneğe rastlamak mümkün değildir.

Buna göre, "tanımı" 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinde yapılan, "düzenlemesi" ise 5651 sayılı Kanununun 6/A maddesine bırakılan "Erişim Sağlayıcıları Birliği"nin amacının "5651 sayılı Kanunun 8. Maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak" olduğu anlaşılmaktadır. Yâni, anılan Birliğin asıl amacı, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin dışında kalan engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Zirâ, 5651 sayılı Kanunun 6. Maddesine 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrası aynen "Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur." hükmünü âmirdir.

Ancak, kurulan bu yeni Birliğin ihdâsı, özellikle kamuoyunda ve konu ile ilgili sosyal çevrelerde cevap bulunamayan kimi soruları beraberinde getirmiştir. Örneğin, Türkiye'de kaç tane gerçek anlamda erişim sağlayan bulunduğu; bunların piyasadaki hâkimiyet oranlarının ne olduğu; her birine gerekli alt yapıya katılmak zorunluluğu verilmiş olsa dahî bu katkı ve sorumluluk payanın nasıl paylaştırılacağı; en fazla gelir elde eden hâkim bir erişim sağlayıcı ile çok küçük bir erişim sağlayıcının nasıl olur da yatırımdan, alt yapıdan ve hukukî sorumluluktan eşit olarak yer almasının bekleneceği; söz gelimi bugün mevcut olmayan, ancak -örneğin- üç yıl sonra faaliyete geçecek bir erişim sağlayıcının durumunun ne olacağı; anılan Birliğe üye olmayan bir erişim sağlayıcısının, erişim sağlayıcılığı lisansının verilememesi gibi sektör dışı bırakılma durumu ile karşı karşıya kalınacak bir durumda ne gibi hukukî çözümler bulunacağına dair sorular gerek "tanım" maddesi olan 2. maddenin (n) bendinde, gerek "Erişim Sağlayıcıları Birliği" kenar başlıklı 6/A maddesinde ve gerekse 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 100. Maddesiyle eklenen Geçici üçüncü maddesinde cevapsız kalmıştır. Hatta, anılan madde gerekçelerinde dahî bu ve buna benzer soruların yanıtlarına yer verilmemiştir. 2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un bilgi toplumuna giden yolda ciddî engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olduğu; 6518 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut haliyle dahî tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri artıracak bu durumun ise demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı kamuoyunda hâlâ tartışılmaktadır. Hâl böyle iken, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunda öngördüğü dava konusu değişikliklerin, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son tahlilde, Türkiye'nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği âşikârdır.

6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrasında yegâne amacının "erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması" olan beşinci fıkrasında tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımını mecbur kılan ve onuncu fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamayacağını öngören bir tüzel kişiliğin hukuka uygun ve meşrû bir tüzel kişilik olarak kabûl ve telâkkî edilebilmesi mümkün değildir. Zirâ, 6/A maddesinin anılan birinci, beşinci ve onuncu fıkraları ile mezkûr "Birlik" hakkında hükümler içeren 6/A maddesinin diğer hükümleri ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü madde hükümleri bir bütün (kül) hâlinde değerlendirildiğinde, söz konusu Birliğin (Özel Hukuk Tüzel Kişiliğinin), Telekomünikasyon

İletişim Başkanı'nın emir ve tâlimatını yerine getirmekten öte bir işlevi olmayacak bir kurum mesâbesine indirgenmekte olduğu görülmektedir. Başka bir değişle, 6/A maddesinin ikinci fıkrasında bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilen Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) ihdâsı ile oluşacak yeni yapı ile TİB Başkanı (ve hatta ilgili Bakan) emriyle bile erişimin engellemesi tedbirinin kolayca uygulanabileceği bir durum yaratılmaktadır. 5651 sayılı Kanunun 9. fıkrası ile yine 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesi kapsamında verilecek olan erişimin engellenmesi kararlarının, yine Birlik (Erişim Sağlayıcıları Birliği) eliyle uygulanmasının da son derece sakıncalı olacağı izahtan vârestedir.

6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrasında beliren hukuka aykırılık, anılan maddenin beşinci ve onuncu fıkralarında da tezâhür etmektedir. Zirâ, anılan maddenin beşinci fıkrasında Birliğin, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş niteliğinde olduğu belirtilmiş; onuncu fıkrada ise Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi (5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. Maddesiyle eklenen 6/A maddesinin 100. maddesiyle eklenen Geçici üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü de birlikte değerlendirildiğinde), bu yasal düzenlemelerde tüm internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğe üye olma zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme, sektörde faaliyette bulunmak için yeni bir "koşul" getirilmesi anlamına gelmektedir.

Erişim Sağlayıcıları Birliği'ni hem kurmanın hem de bu Birliğe üye olmanın, servis sağlayıcılar açısından açıkça zorunlu hâle getirilmiş olması, ulusal ve uluslararası hukuk ile teminat altına alınmış olan ve hiç kimsenin iradesi dışında bir örgüte (dernek, sendika, vb) üye olmaya zorlanamayacağını da içeren örgütlenme özgürlüğünün ihlâli anlamına gelecektir. Madde gerekçesinde "İnternet yayınlarına ilişkin tedbir kararlarının uygulanması süreçlerinde, kamusal aktörler yerine sektör temsilcilerinin oluşturduğu sivil inisiyatif etkin kılınmış ve gelişmiş ülke uygulamalarına paralellik sağlanmıştır." Denilmiş olmasına rağmen, üye olmamanın ve Birliğin kuruluşunu gerçekleştirmemenin yaptırıma bağlandığı bir durumda "sivil inisiyatif"ten söz edilebilmesi mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğünün, "tersi (negatifi) olan 'örgütlenmeme özgürlüğünü' de içerdiğinin kabûl edilmesi gerektiği" kanaatindedir (AİHM, 30.6.1993 tarihli, Sigurdur A. Sigurjonsson/İzlanda Kararı, prg.35). AİHM'nin bu Kararı, 6/A maddesindeki düzenleme ile

oluşacak duruma paralel olarak, başvurucunun taksiciler birliğine üye olup, aidat ödemediği takdirde taksicilik lisansının iptal edileceğini öngören iç-hukuk düzenlemesi dolayısıyla meslekî faaliyetine devam edemediği durum ve sonrasında ortaya çıkan olumsuz iç-hukuk sürecine ilişkin olarak verilmiştir. İdarenin, "söz konusu birliğin üyelerin çıkarını temsil etmekten çok, kamu yararına dayanan bir meslek birliği olduğu" yolundaki savunması ise, AİHM'nin yukarıda belirtilen kanaatini değiştirmemiştir.

Görüldüğü üzere, kimsenin herhangi bir örgüte (derneğe, sendikaya vs.) üye olmaya zorlanamayacağı yönündeki ilke, sendikal uyuşmazlıklara özgü olarak anlaşılmamaktadır. Negatif örgütlenme özgürlüğünün varlığı, daha sonra, AİHM Büyük Dairesi'nin 11.1.2006 tarihli Sorensen ve Rasmussen, Danimarka Kararı ile de teyit edilmiştir. Ayrıca, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün de sendika üyeliğinin zorunlu hâle getirildiği durumların (87) ve (98) numaralı Sözleşmelere aykırılık teşkil ettiğini belirttiği Kararları mevcuttur

(ILO Kararlar Derlemesi, 1985, prg. 248).

Diğer yandan, Birliğin üyeliğin zorunlu olması, örgütlenme özgürlüğünün yanı sıra, girişim özgürlüğünü de ihlâl etmektedir. Böylece, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin (internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin) önüne yeni bir "piyasaya giriş şartı" getirilmektedir. Girişim özgürlüğünü kısıtlayan ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmayan böylesi bir düzenleme, bu yönüyle de Anayasa'nın "Dernek kurma hürriyeti" kenar başlıklı 33. maddesi ile çelişmektedir.

İnternet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğe üye olma zorunluluğu Anayasa'nın "Dernek kurma / derneğe üye olup olmama hürriyeti"ni güvence altına alan 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne açıkça aykırıdır. Zirâ, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası "Hiç kimse bir derneğe üye olmaya veya dernekte üye kalmaya zorlanamaz" hükmünü âmirdir. Şüphesiz, anılan Anayasa hükmü, "Hiç kimse" ibâresiyle başladığına göre, bu ibâre kapsamına sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de girmektedir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarında sözü edilen ve Birliğe üye olunması zorunluluğu getirilen internet servis sağlayıcıları ile 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde sözü edilen erişim hizmeti veren işletmeciler de -kuşkusuz- anılan Anayasa hükmündeki "Hiç kimse" kavramı içerisinde mütâlâa edilmek gerekir. Oysa, 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz beşinci ve onuncu fıkraları, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) üye olma zorunluluğu getirmektedir.

Anılan Birliğin bir özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu ciheti ise 5651 sayılı kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, internet servis sağlayıcıları Birliğe üye olmadıkları müddetçe faaliyette bulunamayacaklarına (kendilerine erişim sağlayıcılık lisansı verilmeyeceğine) göre, bu durum, Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarını Devlet eliyle sektör-dışı bırakmak suretiyle hem rekabet hukukunu ihlâl edici, hem de böyle bir erişim sağlayıcının müktesep hakkını gasp edici niteliktedir. Hal böyle olunca, internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere "özel hukuk tüzel kişisi" niteliğini haiz bulunan Erişim Sağlayıcıları Birliğine üye olma zorunluluğunun getirilmesi, Anayasa'nın 33. Maddesinin ikinci fıkrası hükmünü çok açık bir biçimde ihlâl etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Öte yandan, anılan düzenleme, Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı Üçüncü Bölümünde temînat altına alınan ve "Sendika kurma hakkı"nı öngören 51. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, anılan maddenin birinci fıkrası hükmünde, "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz." denilmektedir. Oysa, 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz beşinci ve onuncu fıkraları, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne) üye olma zorunluluğu getirmektedir. Öyle ise, anılan düzenlemeler Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan, çalışanların ve işverenlerin sendikalar ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma hakkına sahip olduğu ve hiç kimsenin bir

sendikaya üye olmaya zorlanamayacağı kuralını açıkça ihlâl etmektedir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarında sözü edilen ve Birliğe üye olunması zorunluluğu getiren düzenlemeler, Anayasa'nın "Sendika kurma hakkı"nı güvence altına alan 51. maddesine de aykırıdır.

Birliğin kuruculuğunun ve üyeliğinin zorunlu olması, Anayasamızın "örgütlenme (ya da -negatifi olan- örgütlenmeme) özgürlüğünü güvence altına alan hükümlerinin yanısıra, Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" kenar başlıklı 48. maddesini de ihlâl etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasındaki; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmesine karşılık, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu

fıkralarında öngörülen düzenlemeyle, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve/veya tüzel kişilerin önüne piyasaya yeni bir giriş şartı getirilmektedir. Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne üye olunması zorunluluğu getiren ve bunun doğal bir sonucu olarak "Girişim özgürlüğü"nü kısıtlayan ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmayan böylesi bir düzenlemenin bu yönüyle de Anayasa'nın 48. maddesinde temînat altına alınan "Çalışma ve sözleşme hürriyeti"ni sınırlandırdığı ortadadır. Dolayısı ile, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile eklenen

6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarında öngörülen düzenleme, bu yönüyle de Anayasa'nın 48. maddesi hükmüne aykırıdır; iptali gerekir.

Ayrıca, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin altıncı fıkrasında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği; Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacağı öngörülmüştür. İşletmelerin, iradeleri dışında dâhil oldukları ve kamusal nitelikte bir yükümlülüğü yerine getirecek olan Birliğin ve engelleme tedbirlerinin bütün külfet ve giderlerinden sorumlu tutulmaları, hakka ve hakkâniyete aykırı olup, Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmü ile bağdaşmamakta ve "Devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddesi hükümleri nazara alındığında, adaletsiz bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle, bu düzenleme, her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olmak mecbûriyetinde olan bir hukuk devletinde kabule şâyan olmayan bir düzenlemedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununa getirilen 6/A maddesinin altıncı fıkrasında yapılan düzenleme "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Kamusal yükümlülüğün erişim sağlayıcılara devredilmesine ek olarak, erişim engelleme tedbirlerinin yüksek mâliyetli alt yapılar gerektiriyor olması karşısında, bu tedbirlerin ancak, piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücüne sahip internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilebilmesi, piyasaya yeni giren ve daha küçük çapta faaliyet gösteren işletmecilerin, elektronik haberleşme hizmeti sunamamaları ile sonuçlanacaktır. Bu da, "… kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmayı Devletin temel amaç ve görevleri arasında olduğu"nu belirten Anayasa'nın 5. maddesi hükmüne aykırılık anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin altıncı fıkrası, Anayasa'nın "Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi" kenar başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrası hükmüne de aykırıdır. Çünkü, anılan Anayasa hükmünde, "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler." denilmektedir. Oysa, öngörülen düzenleme ile -az yukarıda değinildiği gibi- kamusal yükümlülüğün erişim sağlayıcılara devredilmesine ek olarak, erişim engelleme tedbirlerinin yüksek mâliyetli alt yapılar gerektiriyor olması ve piyasaya yeni giren ve daha küçük çapta faaliyet gösteren işletmecilerin elektronik haberleşme hizmeti sunamamaları ihtimâli karşısında, bu tedbirlerin ancak piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücünü elinde bulunduran internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilebilmesi, tekelleşme ve kartelleşmenin önünün açılmasına sebebiyet verebilecektir. Böylesi bir durum ise, "Devlet'e piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme" yükümlülüğü getiren Anayasa'nın 167. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanuna getirdiği 6/A maddesinin yedinci fıkrasında 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği; bu kapsamda yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, erişimin engellenmesi kararlarının gereği için yapılan tebligatın gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürüten tüm internet erişim (servis) sağlayıcılarına yapılmış sayılacağını öngören bu kural, ülkemizin tebligat mevzuatına tamamen aykırı olduğu gibi, uluslararası anlaşmalarla korunan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedeler mâhiyettedir. Erişimin engellenmesi kararlarının gereği için yapılan tebligatın tüm internet servis sağlayıcılarına yapılmış sayılması durumunda Birliğe yapılan tebligatın muhatabı olan erişim sağlayıcıya gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise içeriğine ne zaman vâkıf olunduğu; tebligatın tebellüğ yetkisine sahip olanlarca alınıp alınmadığı muallâkta kalacaktır. Bu sakıncaların yanında, bu düzenleme, yurt-dışında faaliyet gösteren servis sağlayıcılarının tâbî olduğu kamu hukukunu ihlâl edebilir. Başka bir değişle, bu durum, gerek 7201 sayılı Tebligat Kanununda, gerekse uluslararası antlaşmalarla korunmaya çalışılan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini ihlâl eder mâhiyettedir.

Geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin tüm erişim sağlayıcılar için geçerli olmak üzere Birliğe yapılan bir tebligat ile sağlanması, hukukî güvenliği derinden sarsmaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için

gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle getirilen ve gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine ilişkin bu düzenleme, her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olmak mecbûriyetinde olan bir hukuk devletinde kabûl edilemez bir düzenlemedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununa getirilen 6/A maddesinin yedinci fıkrasında yapılan düzenleme "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe yapılan tebligatın 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere yapılmış sayılacağına ilişkin bu düzenleme, birçok hukukî sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahî olmadan önce başlayabileceği anlamına gelmektedir. Bu durum, idarî işlemlerin muhataplarının Anayasa'nın 36. maddesi hükmü anlamında "hak arama hürriyetlerini" ciddî bir şekilde tehdit edebilir. Birçok durumda, idarî eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişiler, dava, itiraz vs. sürelerini kaçıracak, hak arama özgürlüğünden mahrum kalacaklardır. Gerçek ve tüzel kişilerin haklarını doğrudan etkileme kapasitesine sahip olan tedbir / yaptırım kararlarının, başka bir özel hukuk tüzel kişisine tebliğ edilmesinin geçerli addedilmesi, Anayasa'nın 36. maddesinde teminat altına alınan savunma hakkının etkin kullanımını da engellemektedir. Bu da, 5651 sayılı Kanun kapsamında internet servis sağlayıcılık faaliyeti yapanlara Birlik vasıtasıyla yapılacak bildirimin muhatabına ulaşmaması halinde bu muhatapların meşrû vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile âdil yargılanma hakkının elinden alınması ve dolayısı ile Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"nden mahrum bırakılmaları anlamına gelecektir. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile getirilen 6/A maddesinin yedinci fıkrasındaki düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 90. Maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesi ile getirilen düzenlemede, 5651 sayılı Kanun kapsamında internet servis sağlayıcılık faaliyeti yapanlara Birlik vasıtasıyla yapılacak bildirimin muhatabına ulaşmaması halinde bu muhatapların meşrû vasıta ve

yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile âdil yargılanma hakkının elinden alınması ve birçok hukukî sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahî olmadan önce başlayabileceği gözönüne alındığında maddede herhangi bir itiraz hakkı tanınmamış olmakla, Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, Basın hürriyeti ve hak arama hürriyeti) ihlâl edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilere (internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere) yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine maddede benzer durumlarda ilgili gerçek veya tüzel kişilere (internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere) hangi kanun yolları ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi hasebiyle, dava konusu anılan 6/A maddesinin yedinci fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, "Erişim Sağlayıcıları Birliği" ile ilgili olarak 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanuna getirdiği 6/A maddesinin dava konusu yaptığımız fıkraları, öngördüğü hukuk-dışı düzenlemeler ile "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen 6/A maddesinin yukarıda sözünü ettiğimiz birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı, aynı maddenin dava konusu yaptığımız diğer fıkralarına (ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarına) da sirâyet etmekte ve anılan bu fıkraların da -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla getirilen 6/A maddesinin dokuzuncu fıkrasında öngörülen düzenleme ile erişim sağlayıcılara ciddî yükümlülükler getirilmesi, ifade özgürlüğünü ihlâl edebilecek dolaylı uygulamaları da gündeme getirebilecek mâhiyettedir. Söz gelimi, erişim sağlayıcıların içerikle ilgili sorumluluklarının arttırılması, bu tür sorunlarla karşılaşmak istemeyen erişim sağlayıcıların belirli içerikleri "yayımlamama", bazı kişi ve kurumlara "erişim hizmeti sunmama" gibi eğilimlerin oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Bu durumun, toplumun belli kesimlerinin haberleşme özgürlüğünü olumsuz yönde etkilemesi kaçınılmazdır. 6518 sayılı Kanunun henüz teklif aşamasında iken Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündemine alınma zamanlaması da, bu yöndeki eğilim ve kuşkuları arttırmaktadır. Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (6) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı

Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinin birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin diğer fıkra hükümleri için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A. maddesinin birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları ile aynı maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine getirilen 6/A maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları olmaksızın aynı maddenin birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdürebilir; ancak, birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkra hükümlerinin varlığı söz konusu olmaksızın, 6/A maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı Kanunun 90. Maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları için de aynen geçerli olacaktır.

Tüm bu nedenlerle, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın "Hukuk devleti"ilkesine vurgu yapan 2. maddesine; beşinci fıkrasının Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesine vurgu yapan 2. maddesine; "Dernek kurma hürriyeti"ni güvence altına alan 33. maddesine; "Çalışma ve sözleşme hürriyeti"ni düzenleyen 48. maddeli ile "Sendika kurma hakkı"nı öngören 51. maddesine; altıncı fıkrasının Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesine, "Devletin temel amaç ve görevleri"ni düzenleyen 5. maddesine; "Piyasaların denetimi" hakkında hükümler ihtivâ eden 167. maddesine; yedinci fıkrasının Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesine vurgu yapan 2. maddesine; "Hak arama hürriyeti"ni düzenleyen 36. maddesine ve "Temel hak ve hürriyetlerin korunması"na ilişkin 40. maddesine; onuncu fıkrasının ise Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesine vurgu yapan 2. maddesine ve "Dernek kurma hürriyeti"ni güvence altına alan 33. maddesine; "Çalışma ve sözleşme hürriyeti"ni düzenleyen 48. maddeli ile "Sendika kurma hakkı"nı öngören 51. maddesine aykırı olduklarından iptalleri gerekmektedir.

Diğer yandan, -yüksek malûmları olduğu üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya

hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, dava dilekçemizin iş bu bölümünde Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri tasrih olunan 90. maddenin iptalini talep ettiğimiz hükümleri hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine getirilen 6/A maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkralarının iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan aynı maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının da iptaline karar verilmesi sonucunu tevlit edecektir.

11-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 91. maddesinin tamamı olan: "MADDE 91- 5651 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(2) Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür."

"(4) Bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir."

Söz gruplarının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik ve maddeye yeni eklenen dördüncü fıkra ile, ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usûl ve esasları yine yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; kezâ anılan maddede belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlâlin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticarî faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahallî mülkî âmirin yetkili olacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda âdil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen istisnai haller dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2010/69 Esas, 2011/116 Karar sayılı ve 07.07.2011 tarihli içtihadı).

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi başka bir Kararında, "… çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayrım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır." İçtihadında bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/72 Esas, 2013/126 Karar sayılı ve

31.10.2013 tarihli İçtihadı).

O halde, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli Kararında, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz." demek suretiyle, Anayasa'nın 13. Maddesinde ifadesini bulan "temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi" ilkesine açıkça vurgu yapmıştır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik ve maddeye yeni eklenen dördüncü fıkra ile, ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usûl ve esasları yine yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; kezâ anılan maddede belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlâlin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticarî faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahallî mülkî âmirin yetkili olmasına ilişkin bütün bu

düzenlemeler, belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. Böyle bir düzenleme ise hukukî güvenlik sağlayamayacağı için, öncelikle Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, dava konusu düzenleme ile, internet toplu kullanım sağlayıcılarına anılan maddede getirilen yükümlülükleri ve öngörülen müeyyideleri belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılması, "yasama yetkisinin devri" niteliğinde olup, Kural bu yönü ile Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılarına, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında almakla yükümlü oldukları tedbirlerin nelerden ibaret olduğunun yönetmeliğe bırakılması; ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında almakla yükümlü oldukları tedbirlerin hangi usûl ve esasları ihtivâ edeceği ve bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğunun yine yönetmeliğe bırakılması; kezâ bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına,

ihlâlin ağırlığına göre verilecek ceza ve uygulanacak cezaî müeyyidenin yönetmelikle belirlenecek olması -yukarıda açıklanan nedenlerle- Anayasa'nın 13. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

6518 sayılı Kanunun 91. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasında yer alan "… uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir." İbâresinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesine gelince; Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlâlin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahallî mülkî âmir yetkili kılınmaktadır. Görüldüğü gibi, maddede tanımlanan para cezasına konu eylemin fâili "5651 sayılı 7. Maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcıları", eylem ise "5651 sayılı 7. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlâl etmek" olarak tanımlanmıştır. Bu eyleme bağlanan

müeyyide (yaptırım) ise öncelikle "uyarma", bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma cezasıdır. Kezâ, düzenlemeye göre, anılan Kuralın ihlâli halinde cezaya hükmedecek olan kişi veye mercî ise bir yargı organı değil, idarenin bir birimi olan mahallî mülkî âmirdir.

Oysa, idarî nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir müeyyidenin (yaptırımın) idare birimleri (yürütme) tarafından değil de, mahkemeler (yargı) tarafından verilmesi gerekmektedir. Zirâ, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında "onbeş katı" gibi fâhiş bir fark vardır ve hangi sınırdan verilmesinin takdîri çok hassas ve ayrıntılı bir muhâkeme faaliyetini (yargılamayı) gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar onbeş kat aralığında değişen bir para cezasının verilebilmesi yetkisi, idareye değil, mahkemelere ait olmalıdır.

Ayrıca, mahallî mülkî âmir tarafından ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına bir Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilmesi, "suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma" prensibine de aykırıdır. Ülkemizde, ceza mahkemeleri dahî cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61. maddesinde hükme bağlanan suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suç konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını, failin kast ve taksirine dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belerlerken ve bunun da gerekçesini kararında göstermesi gerekirken, "mahallî mülkî âmir" gibi yürütme organına (idareye) bağlı bir görevliye hem fâhiş, hem de keyfî olabilecek nitelikte ve üstelik, arada on beş kat fark olan bir cezaya hükmetme yetkisi verilmesi, ceza hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırıdır.

Zirâ, Anayasamızın 38. maddesinin "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilmektedir. Kanunla konulması gereken bir cezanın ise Mahkemelerce verilmesi gerekir. Bu bakımdan, bağımsız mahkemelere tanınan muhâkeme yapabilme ve ceza verebilme yetkisinin, dava konusu Kuralda olduğu gibi idareye (mahallî mülkî âmire) bırakılması -deyim yerinde ise- "yargı yetkisinin yürütmeye devri", anlamına gelmekte olup, bu da -kanaatimizce- Anayasa'nın 38. maddesine tamamen aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun 91. maddesi ile 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasının da (anılan maddenin 6518 sayılı Kanunun 91. maddesiyle eklenen ikinci ve üçüncü fıkraları gibi) iptali gerekmektedir.

12-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 93. maddesinin, a-) Beşinci fıkrasının tamamı olan:

"Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.",

b-) Sekizinci fıkranın tamamı olan:

"Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir."

c-) Dokuzuncu fıkranın tamamı olan:

"Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır."

Söz gruplarının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, Hâkimin 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 93. maddesi ile değiştirilen 9. maddesi kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararlarının doğrudan Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği) gönderileceği; Birlik (Erişim Sağlayıcıları Birliği) tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereğinin derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirileceği; yine bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlâline ilişkin yayının veya aynı mâhiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (6) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 6518 sayılı Kanunun 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 9. Maddesine getirilen beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralar için de aynen geçerlidir. Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve gereksiz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, dava dilekçemizin (6) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçelerini, 6518 sayılı

Kanunun 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine getirilen beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralar için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 93. Maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine getirilen beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralar ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ni ihdâs edip düzenleyen 6/A maddesi arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 6518 sayılı Kanunun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 93. Maddesine getirilen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları olmaksızın 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ni ihdâs eden ve düzenleyen 6/A. maddesi başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, söz konusu 6/A maddesinin varlığı söz konusu olmaksızın, 6518 sayılı Kanunun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine getirilen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdüremez. Öyle ise, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A. maddesinin iptalini talep ettiğimiz hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine getirilen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları için de aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, dava dilekçemizin iş bu bölümünde Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri tasrih olunan 90. maddenin iptalini talep ettiğimiz hükümleri hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine getirilen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları hükmünün uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı

Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarının iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanunun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine getirilen ve "Birliğe" (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) atıf (yollama) yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

13-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 94. maddesinin tamamı olan: "MADDE 94- 5651 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 9/A maddesi eklenmiştir.

"Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

MADDE 9/A- (1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

(2) Yapılan bu istekte; hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz.

(3) Başkanlık, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.

(4) Erişimin engellenmesi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.

(5) Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

(6) Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır.

(9) Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi (Yukarıda belirttiğimiz gibi, anılan maddeye 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile ilgili olarak işbu dava dilekçemizde herhangi bir iptal talebine ve gerekçeye yer verilmemiş; bu fıkraya ilişkin iptal talebimiz ile bu talebimize esas teşkil edecek gerekçe yazımı, 6527 sayılı Kanuna karşı Yüksek Mahkemenizde bilâhare ve süresinde yapacağımız iptal başvurusu sırasında belirtilmek üzere, tarafımızdan şimdilik saklı tutulmuştur):

Görüldüğü üzere, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi ile "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" müessesesi düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla eklenen 9/A maddesi, özel hayatın gizliliğinin ihlâli nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren kişinin doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB'e), erişimin engellenmesi talebiyle başvurabileceği, TİB'in de başvuruda şekil yönünden eksiklik bulunmayan hallerde, otomatik olarak erişim engelleme kararı vereceği ve bu kararı dört saat içinde yerine getirilmek üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne göndereceği bir usûlü öngörmektedir. Bu tedbirin devamlılığı, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkimine başvuru ve sulh ceza hâkiminin onayı şartına bağlanmıştır.

5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile getirilen 9/A maddesinin iptalini istediğimiz ve ayrı ayrı ele alıp değerlendirdiğimiz her bir fıkrası hakkındaki iptal gerekçelerimize geçmeden önce, Kanunun 9/A maddesi getirilen bu düzenlemeyi ana hatlarıyla genel olarak değerlendirmek istiyoruz:

Hemen belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâlinde, "erişimin engellenmesi" tedbiri, tek bir maddede (5651 sayılı Kanun, madde:8) belirtilen suçlar için öngörülmüşken, değişiklikler ile birlikte, "kişilik haklarının ihlâli" ile "özel yaşamın gizliliğinin ihlâli" halleri için de bu tedbirin uygulanması söz konusu olmuştur.

5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde öngörülen prosedür, katalog suçlar olarak tâbir edilen; intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile Atatürk'e karşı işlenen suçlar ile ilgili suç şüphesi bulunan hallerde erişimi engelleme kararı alınmasına ilişkindir.

Burada sayılan suçların her biri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5816 sayılı Kanun'da tanımlanmış ve ağır yaptırımlara bağlanmış suçlar olup, anılan 8. madde metnine göre, suç şüphesi halinde erişim engelleme kararı, kovuşturma evresinde mahkeme, soruşturma evresinde hâkim, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmektedir. Bu son durumda ise, Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur ve hâkim tarafından onay verilmediği taktirde erişim engelleme tedbiri derhâl kaldırılır.

5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanunla öngörülen değişikliklerle birlikte; "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. madde ile kişilik haklarının ihlâli halinde erişim engelleme ve içeriğin yayından çıkarılması prosedürü öngörülmüşken, "Özel Hayatın Gizliliği Nedeniyle İçeriğe Erişimin Engellenmesi" başlıklı 9/A maddesi ile de, erişim engellemelerde doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nı (TİB) ve TİB Başkanı'nı yetkili kılan bir süreç getirilmiştir.

Aynı maddenin ilk düzenlemesi ile (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile yapılan değişiklikten önce), gecikmesinde sakınca bulunan haller için "… doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir" şeklinde bir düzenleme getirilmiş idi. Görüldüğü üzere, erişim engelleme tedbirinin devamlılığı için sulh ceza hâkiminin onayını alma zorunluluğu, tedbirin TİB başkanının emri üzerine alındığı durumlara özgü olmak üzere kaldırılmış bulunuyordu. Her ne kadar, "Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir" ibâresi, 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile, "Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." Biçiminde değiştirilmişse de, değiştirilen ifadede, hâkimin onayına sunulmaması halinde engelleme kararının doğrudan kalkmış sayılacağına ilişkin bir ifade olmaması, yine bir eksikliktir ve -kanaatimizce- maddenin öngördüğü düzenlemeyi bir bütün olarak sakatlamaktadır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) uygulamaları üzerindeki yargısal denetimin hafifletilmiş olması noktasında ulusal ve uluslararası hukuk ile çelişilmektedir.

Hatırlatmak gerekir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım, Türkiye kararında (Başvuru No. 3111/10), "Yasaklamanın kapsamını düzenleyen katı bir hukuki çerçeve ve olası kötüye kullanımları önleyecek bir yargısal denetim güvencesi oluşturulmaksızın internet erişiminin kısıtlanmasının ifade özgürlüğünün ihlalini oluşturacağı" belirtilmiştir. AİHM,

aynı davada söz konusu edilen TİB'in erişim engelleme uygulamasının keyfî olduğu ve yargısal denetimin de ifade özgürlüğünün ihlâlini engellemekte yetersiz kaldığı sonucuna varmıştır.

Nihâyet, 5651 Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin ortaya çıkardığı bir diğer problem de "özel hayatın gizliliğini ihlâl" kavramına ilişkindir. Anılan maddede, diğer düzenlemelerin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa herhangi bir atıf yapılmamış olması ve kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlâli olgusunun ayrı bir maddede düzenlenmesi, subjektif bir kavram olan özel hayatın gizliliğinin hangi tanımının esas alınacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Unutulmamalıdır ki, yeni düzenlemeye göre, "özel hayatın gizliliğinin" ihlâline ilişkin bir mağduriyet iddiası, herhangi bir merciin değerlendirmesine yer bırakmadan, süreci re'sen başlatacaktır. Bu nedenle, düzenlemedeki muğlâklık, kabûl edilebilir nitelikte değildir.

5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla eklenen 9/A maddesi hakkında buraya kadar yapmış olduğumuz genel değerlendirmeden sonra, anılan maddenin iptalini istediğimiz her bir fıkrasında öngörülen düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle ayrı ayrı iptal gerekçelerine gelince:

Maddenin birinci fıkrasında internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Başkanlığa (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı /TİB) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği hükme bağlanmaktadır. Böylece, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler doğrudan TİB'e başvurarak Başkanlıktan içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceklerdir.

Kişilerin doğrudan TİB'e yapabilecekleri bu talebe karşı TİB'in ne yapacağı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiş ve buna göre Başkanlığın, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği) bildireceği, erişim sağlayıcılarının da bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getireceği öngörülmüştür.

Bu aşamadan sonra düzenlemenin nasıl işleyeceği hususu ise maddenin beşinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar denilmiştir.

Şu hâlde, özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden bir kişi, erişimin engellenmesi tedbiri uygulanması için önce doğrudan Başkanlığa müracaat edecek, daha sonra ise Başkanlığa yaptığı bu talebini yirmi dört saat içerisinde sulh ceza mahkemesinin onayına sunacaktır. Sulh ceza hâkimi ise bu talebe karşı iki türlü karar verebilecektir; ya kişinin talebini uygun görüp, daha önce Başkanlık tarafından ilgili içeriğe konulan erişimin engellenmesi tedbirini onaylayacak ve kararını doğrudan Başkanlığa gönderecek ya da talebi uygun görmeyip reddedecek ve böylece daha önce Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararı kendiliğinden kalkmış olacaktır.

6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinde, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı -içerik sahibi de dâhil- hiç kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiştir. Dolayısı ile bu düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"nin açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir.

Dahası, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında ise, Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir denilmekle, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına (onay verilmemesine) ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu gösterilmiş, ancak itirazda bulunma hakkı sadece Başkanlığa tanınmıştır. Oysa, özel hayatının ihlâl edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, asıl özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamıştır. Hukuk yaratma ve kanun yapma tekniği adına tam bir garâbet olan bu düzenleme, hiç kuşkusuz, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"ni açık bir biçimde ihlâl etmektedir.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 94. Maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi ile getirilen düzenlemede, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı - içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla ve özel hayatının ihlâl edildiğini ileri

sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, esâsen, özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamakla Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, Basın hürriyeti ve hak arama hürriyeti) ihlâl edildiğini iddia eden ve ilgilisinin aleyhine olması halinde, gerek Başkanlık ve gerekse kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine maddede Başkanlığın işlem ve kararlarına veya sulh ceza hâkiminin kararlarına karşı ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi hasebiyle, dava konusu anılan 9/A madde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır" biçimindeki düzenleme ise tam bir "sansür" hükmüdür ve Telekomünikasyon İletişim Başkanına doğrudan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmaktadır. Bu yeni düzenlemeye göre, özel hayatın gizliliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde TİB Başkanı erişimi doğrudan olarak engelleyebilecektir. Dahası, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet ya da başvuru olmaksızın, herhangi bir kişinin talebi dahî bulunmaksızın TİB Başkanı, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmüne dayanarak, kendi kendine (ex officio) erişimin engellemesine ilişkin tedbir kararına re'sen hükmedebilecektir.

Söz gelimi, bir bakan hakkında herhangi bir içerikte aleyhe bir haberin yer alması durumunda, herhangi bir ihbar ya da iddia olmaksızın, yürütme organı ile iyi geçinmek durumunda olan TİB Başkanı 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak hemen ve re'sen ilgili siteyi kapatabilecektir. Böylesi bir düzenlemenin, daha önce Türk hukukunda eşi ve benzeri görülmemiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle eklenen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasıyla getirilen ve herhangi bir talep, ihbar ya da başvuru dahî olmaksızın doğrudan TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmasına olanak sağlayan yeni düzenleme -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrası ile TİB Başkanına böylesi bir yetki verilmesi, daha açık bir söyleyişle, özel hayatın gizliliğinin ihlâli olasılığına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunduğu hâllerin varlığı mazeret ve gerekçe gösterilerek TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınması, Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin; 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin çok açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli çok yeni bir Kararında, "Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır." Demek suretiyle ifade özgürlüğünün önem ve değerine işâret etmiştir.

Zirâ, çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Dahası, böylece, Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (ifade özgürlüğü)" ile Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir. Zirâ, anılan Anayasa kuralında Temel hak ve hürriyetlerin …

ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan "İfade hürriyetine" doğrudan müdahale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Bu, apaçık, ifade özgürlüğü gibi temel bir hakkın ve hürriyetin kanun-dışı bir yolla sınırlanması anlamına gelmektedir.

Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, yirmidört saat içinde hâkim onay vermediği sürece kalkacak bir erişim engelleme tedbiri için Cumhuriyet

savcısını yetkili görürken, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası TİB Başkanı'nın emri üzerine verilmiş erişim engelleme kararlarının doğrudan idare tarafından verileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 9/A maddesi, "özel hayatın gizliliğinin ihlâli" durumu için öngörülmüş süreçten daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni tarafından daha ciddî yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hallerde (katalog suçlarda) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş özel hayatın gizliliğinin ihlâli halinde öngörülen düzenlemenin kısıtlamaya yönelik hızlandırılmış bir süreç olması, ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan söz konusu düzenleme, 1982 Anayasası'nın hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırıdır ve bu nedenle iptali gerekir.

5651 sayılı Kanun gerekçesinde ve ilgili tartışmalarda sıkça atıf yapılan "çocukların korunması" amacı ışığında, korunan menfaatler arasındaki dengesizliğe bir örnek göstermek gerekirse; "çocukların cinsel istismarı" suçu için 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen cezâi müeyyide, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası iken, "özel hayatın gizliliğini ihlâl" suçu için Türk Ceza Kanununun 134. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen cezâi müeyyidenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olduğunu söylemek yeterli olacaktır. 6518 sayılı Kanun ile çocuklara cinsel istismar suçunu da içeren katalog suçlar için öngörülen prosedürde ciddî değişiklikler yapılmadığı düşünüldüğünde, söz konusu örnek, bu Kanun'un gerekçesi ile kendisi arasındaki uyumsuzluğa da işaret etmektedir.

5651 sayılı Kanunun 9/A maddesi ile doğrudan TİB Başkanına erişime engelleme emri verebilme yetkisi vermesi nedeniyle ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin en çok ihlâle mâruz kaldığı fıkranın sekizinci fıkra olduğu gözükse de, söz konusu temel hak ve hürriyetlere vâki ihlâllerin aynı maddenin TİB Başkanlığına kişilerin müracaatı üzerine içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanması kararı verme yetkisi tanıyan 9/A maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralar için de geçerli olduğu açıktır. Zirâ, 9/A maddesinin söz konusu birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında da açık bir biçimde (bu kez, gecikmesinde sakınca bulunmayan hâller söz konusu olduğunda) yine kişilerin Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişim engellenmesi tedbirine karar verme yetkisi tanınmaktadır. Dolayısı ile, az yukarıda 9/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz Anayasa'ya aykırılık sebebiyle iptal gerekçeleri, anılan

maddenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları için de aynen geçerlidir. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin (özellikle birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları olmak üzere) tamamı Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine açıkça aykırıdır; iptalleri gerekir.

6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları hükümlerine ilişkin iptal gerekçelerimize gelince; Kuşkusuz, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine eklenen 9/A maddesinin yukarıda sözünü ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı, aynı maddenin dava konusu yaptığımız diğer fıkralarına (ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarına) da sirâyet etmekte ve anılan bu fıkraların da -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (9) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra eklenen 9/A. maddesinin bütün fıkraları arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları olmaksızın aynı maddenin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdürebilir; ancak, birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının varlığı söz konusu olmaksızın, 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı

Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesi hakkında serdettiğimiz Anayasa'ya aykırılık nedeniyle bütün iptal gerekçeleri anılan maddenin tamamına şâmil olmakla, iptalini talep ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkra hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları için de aynen geçerlidir. Diğer yandan, dava dilekçemizin yeri geldiğinde muhtelif bölümlerinde de açıklamaya çalıştığımız gbi, -yüksek malûmları olduğu üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya

hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, dava dilekçemizin iş bu bölümünde Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri açıklanan 94. madde hükümleri hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 94. Maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerekecektir.

14-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun ek 1. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan:

"... hâkim ve savcılar ise kendilerinin ..."

Sözcük grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun ek 1 maddeye eklenen beşinci fıkrası ile, hâkim ve savcıların Telekomünikasyon İleteşim Başkanlığı (TİB) "emrinde" görevlendirilebilmesi öngörülmektedir. Bu düzenlemeye göre, "8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar kurumlarının, hâkim ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebilir."

Yargı organının unsurları ve şüphesiz en etkin figürleri olan hâkim ve savcıların, bir idarenin "emrinde" görevlendirilmesi, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Mevzuata göre yalnızca Adalet Bakanlığı bünyesinde, adlî hizmete ilişkin görevlendirilmeleri söz konusu olan hâkim ve savcıların, 2802 sayılı Kanunun 48. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü de nazara alındığında,

TİB veya başka bir idare "emrinde" görevlendirilebilmeleri mümkün değildir. Dava konusu düzenlemede geçen "emrinde" ibâresi dahi, başlıbaşına, yargı bağımsızlığı ve kuvvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşamaz niteliktedir.

Zirâ, Anayasamızın "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine yer veren 138. maddesinin birinci fıkrasında "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler." ifadesine yer verildikten sonra ikinci fıkrasında, "Hiç bir organın, makamın, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği; genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı" açık ve kesin bir dille ifade edilmiştir. Oysa, iptalini talep ettiğimiz ek 1. maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde "... hâkim ve savcıların ... geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı 'emrinde' görevlendirilebileceği" öngörülmektedir. Bu hüküm, Anayasa'nın 138. maddesinin yukarıda değinilen buyurucu hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmesinin yanında, yine Anayasa'nın "Hâkimlik ve savcılık mesleği" kenar başlıklı 140. maddesi hükmünü de ihlâl etmektedir.

Çünkü, Anayasa'nın 140. maddesinin ikinci fıkrası, "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler." hükmünü âmirdir. Halbuki, iptalini talep ettiğimiz Kural, hâkim ve savcıların -muvafakatleri ile dahî olsa- TİB'in "emrinde" görevlendirilebilmelerine cevaz vermektedir. Böyle bir görevlendirmenin, Anayasa'nın 140. maddesinde ifadesini bulan "Hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ... esaslarına göre görev ifa edeceklerine" dair hükmüne açıkça aykırı olduğu her türlü izâhtan vârestedir.

Ayrıca, mezkûr düzenleme, Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında "Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar." kuralına da aykırılık oluşturmaktadır. Her ne kadar, anılan Anayasa hükmünde "... kanunda belirtilenlerden başka ..." ibâresine yer verilmiş ise de, bu hükümde murâd edilen "kanun"un "Anayasa'ya uygun olan kanun" olarak yorumlanması kaçınılmazdır.

Dava konusu 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun ek birinci maddesine eklediği beşinci fıkrada yer alan düzenleme, açıkça Anayasa'ya aykırı bir hüküm olduğundan, Anayasakoyucunun Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında murâd ettiği "Anayasal düzene uygun bir kanun" kapsamında telâkkî edilemez. O halde, dava konusu yaptığımız ibâre, Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasına da aykırılık oluşturmaktadır.

"Mahkemelerin bağımsızlığı" ve "Hâkimlik teminatı" ilkelerini ihlâl eden bir düzenlemenin, Anayasamızın Başlangıç bölümünün 4. paragrafında ifade edilen "Kuvvetler ayrılığı" prensibine de aykırılık teşkil etmesi kaçınılmazdır. Zirâ, hâkim ve savcıların -kendi muvafakatleri ile dahî

olsa- yürütmenin bir organı olan TİB emrinde görevlendirebilmeleri "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine gölge düşürür. Mahkemeleri "bağımsız" olmayan bir yargı erkinin ise yasama ve yürütme erklerinden "ayrı" ve "müstakil" bir erk olarak kabulü mümkün değildir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesi, "başlangıçta belirtilen temel ilkeler"e bağlı olduğuna ve "kuvvetler ayrılığı" prensibine de "başlangıçta belirtilen temel ilkeler" arasında yer verildiğine göre, dava konusu düzenleme, Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi ile bu maddede atıf yapılan Anayasa'nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

15-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 100. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 100- 5651 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 3- (1) Birliğin kuruluşu bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanır.

(2) Birlik, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.

(3) Belirtilen sürede Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması hâlinde, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır.

(4) Birliğin kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır."

Söz gruplarının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri:

6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddede öngörülen bu düzenleme ile, Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kuruluşunun bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanacağı; Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği), mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı; Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kurulmasını müteakip en

geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcılarının ve erişim hizmeti veren işletmecilerin üyeliklerini tamamlamak zorunda oldukları; belirtilen sürede Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kuruluşunu tamamlayamaması hâlinde, Kurum (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı; Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

Öncelikle şu husus belirtilmek gerekir ki, anılan düzenlemenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır." hükmü, hâlen Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarına ve erişim hizmeti veren işletmecilere "Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine)" üye olma zorunluluğu getirmektedir. Bu mecbûriyete uymamanın müeyyideleri ise geçici üçüncü maddenin müteakip üçüncü ve dördüncü fıkralarında gösterilmektedir. Kanaatimizce, hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde üyeliklerini tamamlamak zorunda bırakılmaları

Anayasa'nın "Dernek kurma hürriyeti"ni güvence altına alan 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne; "Çalışma ve sözleşme hürriyeti"ni temînat altına alan 48. maddenin birinci fıkrasına ve "Sendika kurma hakkı"nı öngören 51. maddesinin birinci fıkrası hükmüne açıkça aykırıdır. Zirâ, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası "Hiç kimse bir derneğe üye olmaya veya dernekte üye kalmaya zorlanamaz" hükmünü âmirdir. Şüphesiz, anılan Anayasa hükmü, "Hiç kimse ..." ibâresiyle başladığına göre, bu ibâre kapsamına sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de dâhildir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunun 100. Maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen ve Birliğe üye olunması zorunluluğu getirilen mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmeciler de -kuşkusuz- anılan Anayasa hükmündeki "Hiç kimse" kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Oysa, dava konusu yaptığımız ve iptalini talep ettiğimiz Geçici üçüncü madde, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe(Erişim Sağlayıcıları Birliğine) üye olma zorunluluğu getirmektedir. Anılan Birliğin bir özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu ise 5651 sayılı kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. Maddesi ile eklenen 6/A maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Hal böyle olunca, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerine özel hukuk

tüzel kişisi (dernek) niteliğini hâiz bulunan Erişim Sağlayıcıları Birliğine üye olma zorunluluğunun getirilmesi, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne çok açık bir biçimde aykırılık oluşturmaktadır; bu itibarla, iptali gerekir.

Öte yandan (yukarıda, dava dilekçemizin 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçelerimizde de açıklamaya çalıştığımız veçhile), anılan düzenleme, Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı Üçüncü Bölümünde temînat altına alınan ve "Sendika kurma hakkı"nı öngören 51. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, anılan düzenlemenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır." hükmü, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) üye olma zorunluluğu getirmektedir. Öyle ise, anılan düzenlemeler Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan, çalışanların ve işverenlerin sendikalar ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma hakkına sahip olduğu ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya zorlanamayacağı kuralını açıkça ihlâl etmektedir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde sözü edilen ve Birliğe üyeliklerinin tamamlanması zorunluluğu getiren düzenleme, Anayasa'nın "Sendika kurma hakkı"nı güvence altına alan 51. maddesine de aykırıdır.

Kezâ, 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ile "Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere üyeliklerini tamamlama zorunluluğu" getirilmesi, Anayasamızın "örgütlenme (ya da -bu kavramın negatifi olan- örgütlenmeme) özgürlüğü"nü güvence altına alan hükümlerinin yanısıra, Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" kenar başlıklı 48. maddesini de ihlâl etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasındaki; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmesine karşılık, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen düzenlemeyle, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve/veya tüzel kişilerin önüne piyasaya yeni bir giriş şartı getirilmektedir. Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne üyeliklerinin tamamlanması zorunluluğu getiren ve bunun doğal bir sonucu olarak "Girişim özgürlüğü"nü kısıtlayan ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmayan böylesi bir düzenlemenin, bu yönüyle de Anayasa'nın 48. maddesinde temînat altına alınan "Çalışma ve sözleşme hürriyeti"ni

sınırlandırdığı âşikârdır. Dolayısı ile, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile eklenen Geçici üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen düzenleme, bu yönüyle de Anayasa'nın 48. maddesi hükmüne aykırıdır; iptali gerekir.

Diğer yandan, az yukarıda, dava dilekçemizin (6) numaralı maddesi altında, 6515 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, iş bu Geçici üçüncü madde için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesi ile geçici üçüncü madde arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; geçici üçüncü madde olmaksızın 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ve "Erişim Sağlayıcıları Birliği"ni ihdâs eden 6/A maddesi başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesinin varlığı söz konusu olmaksızın, dava konusu geçici üçüncü madde başlıbaşına varlığını ve anlamını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkraları hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı Kanunun Geçici üçüncü maddesinin tamamı için de aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan ve dava dilekçemizde Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri tasrih olunan 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesi hükümleri ile geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen Geçici üçüncü maddesi hükmünün tamamının uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda -şüphesiz,

takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkraları ile Geçici üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde uygulama kâbiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanunun Geçici üçüncü maddesinin de tamamının iptaline karar verilmesi gerekecektir.

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) Anayasal koruma altında olan çalışma hürriyeti alanında mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığı tarafından zorunlu tutulacak olan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinde, Maliye Bakanlığına mükelleflerde vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi verilmesi yanında, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etme ve ayrıca hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağının usul ve esaslarını belirleme yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırıdır ve Maliye Bakanlığı'nın bu yetkileri kullanması durumunda, vadesi geçmiş vergi borcu olan mükellefler ticari hayattan çekilmek durumunda kalacaklarından ileride telafisi güç ya da olanaksız zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

2-3) Serbest rekabet ilkesine dayanan bir piyasa ekonomisinde devletin kamu ihalelerinde, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynak kullanımında verimliliğin sağlanması temel ilke olarak da ortaya konulmuşken, kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ortadan kaldıran düzenlemeler yapılması, Anayasa'ya aykırı olmanın yanında, ihaleye istekli olanlar ile Hazinenin ve ayrıca ülke demokrasisi ile ekonomisinin ileride telafisi güç ya da olanaksız zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

4) SGK Başkanlığı merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı ve daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında bulunanların, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmalarının öngörülmesi, Anayasa'ya aykırıdır ve atanan kişilerin ileride telafisi güç veya olanaksız zarar ve ziyanlarına yol açacaktır. 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunda yaptığı değişikliklerle ilgili olarak dava konusu yaptığımız ve Anayasa'ya aykırılıkları sebebiyle yukarıda sırasıyla iptal gerekçelerini açıkladığımız hükümlerin yürürlüklerinin durdurulmasına ilişkin gerekçemize gelince: Yüksek mâlûmları olduğu üzere, Kamu Hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için, yasal bir düzenlemenin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve bu yasal düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte

gerçekleşmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 86., 87., 90., 91., 94. ve 100. maddelerinin tamamı; 85., 88., 89., 93. ve 97. maddelerinin ise dava konusu yaptığımız hükümleri yönünden, bu iki şart birlikte gerçekleşmiştir. Şöyle ki; 2007 yılında yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, bilgi toplumuna giden yolda ciddi engeller yaratmış, özellikle "İfade Özgürlüğü", "İnsan Hakları" ve "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olmuştur.

Hâl böyle iken, 5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, 5651 sayılı Kanunu, Anayasamızda teminat altına alınmış "Özel hayatın gizliliği", "Haberleşme hürriyeti", "İfade hürriyeti", "Basın hürriyeti", "Dernek kurma / Derneğe üye olup olmama hürriyeti", "Sendika kurma / Sendikaya üye olup olmama hürriyeti", "Çalışma sözleşme hürriyeti", "Hak arama hürriyeti" ve "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" ve "Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi" gibi temel

"İnsan hak ve hürriyetlerini" daha da kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı bir hâle getirmektedir. Hiç kuşkusuz, bu menfî durum, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son olarak Türkiye'nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefi ile bağdaşmamaktadır.

5651 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği 4 Mayıs 2007 tarihinden bu güne kadar alınan yargı kararlarında özellikle "erişimin engellenmesi" tedbirine hükmedilirken, oranlılık-ölçülülük ilkelerinin gözetilmediği; kanunun amacı dışında erişime engelleme kararları verildiği; farklı hukukî sebeplere dayanarak verilen erişimin engellenmesi kararlarında bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran sonuçların doğduğu; erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesindeki koordinasyon eksikliğinden dolayı hak kayıplarının ortaya çıktığı gözlemlenmiştir.

Bütün bu olumsuzluklara rağmen, 5651 sayılı Kanunda 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler ve öngörülen yasal düzenlemeler ile, hâli hazırdaki mevcut sorunlar ortadan kaldırılamayacağı gibi, daha vahim ve yeni sorunların ortaya çıkması da kaçınılmazdır.

Dava dilekçemizde 6518 sayılı Kanunun dava konusu hükümlerinin Anayasa'ya aykırılıkları sebebiyle iptal gerekçelerimizde de tasrih olunduğu veçhile, 6518 sayılı Kanun ile "erişime engelleme" tedbiri hükmedilmesine imkân tanıyan çeşitli değişikliklere gidildiği görülmektedir. Ancak, söz konusu değişikliklerin, Yüksek Mahkemenin yerleşik içtihatları, Anayasal normlar, Türk Hukuk Doktrininin uzlaşıda bulunduğu esaslar çerçevesinde "oranlılık ve ölçülülük" ilkelerinin uygulanmasını sağlamaktan uzak olduğu âşikârdır.

Özellikle, 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinden sonra vâzolunan 9/A maddesi ile, "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" tedbirinin uygulanabilmesine imkân veren ve son derece suiistimale açık bir durum ortaya koyan bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu düzenleme ile Telekomünikasyon İletişim Başkanının emriyle ölçüsüz şekilde "erişimin engellenmesi" tedbirinin uygulanabileceği bir durum yaratılmaktadır. Bu düzenlemeler kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararlarının yine 5651 sayılı Kanunda değişiklik yapan 6518 sayılı Kanun hükümleri ile kurulan bir "Birlik" (Erişim Sağlayıcıları Birliği) eliyle uygulanmasının da son derece sakıncalı olacağı düşünülmektedir.

Erişim Sağlayıcıların kurulacak birliğe üye olmasının zorunlu olması ve aksi takdirde faaliyette bulunamayacaklarının belirtilmesi son derece sakıncalıdır. Bilindiği kadarıyla, böyle bir uygulama dünyada da yaygın değildir. Dava konusu hükümlerin Anayasa'ya aykırılık gerekçelerimizde de açıklamaya çalıştığımız gibi, 6518 sayılı Kanun ile kurulan yeni yapıda, her hangi bir hakkın ihlâli iddiası ile başvuru durumunda erişimin engellenmesi kararı verilebilmekte ve bu kararlar internet erişim sağlayıcıların üye olması zorunlu olan Erişim Sağlayıcıları Birliği vasıtasıyla yerine getirilmektedir. 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunda öngörülen işbu davanın konusu olan yasal düzenlemelerin internet ve sosyal medya ortamlarında özgürlüklerin kısıtlaması sonucunu doğuracak olması en büyük endişemizdir. 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerden önce dahî Anayasa'ya ve AİHM kararlarına aykırılık taşıdığı unutulmamalıdır.

Mevcut hâliyle bile tepki alarak kamuoyunda eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine, 6518 sayılı Kanunun öngördüğü baskıcı, kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı yöntemlerle interneti izlemeyi kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak dava konusu değişikliklerin demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı kesindir. 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanundan önceki mevcut hükümlerinin tekrar gözden geçirilmesi, Sivil Toplum Kuruluşlarının da görüşleri alınarak İnternetin denetimine ilişkin uygulamaların ölçülü ve dengeli bir şekilde kanunlaşmasının sağlanması gerekirken, 6518 sayılı Kanun hükümleri ile tam tersine bir uygulamanın tercih edilmiş olması, Anayasamızda teminat altına alınan temel insan hak ve hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesi ilkesinin ihlâli açısından son derece kaygı vericidir.

5651 sayılı Yasada yapılan değişikliğin yol açacağı genel bir diğer yapısal sorun da, hak arama özgürlüğünün hiçe sayılması ve etkili başvuru yolunun öngörülmemesidir. Oysa 5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanun ile öngörülen dava konusu değişiklikler, bir yandan TİB'e sınırsız yetkiler vermekte, bir yandan da ifade özgürlüğü, dernek kurma / derneğe üye olup olmama

özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, basın özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ihlâl edilen kişilere başvuracak hiçbir kanun yolu öngörmemektedir. Örneğin, içerik ve erişim sağlayıcılar her türlü bilgiyi TİB'e vermek zorunda olacaklar, ancak kullanıcılar bu bilgi akışından hiçbir şekilde haberdâr olamayacaktır; ya da kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiasında bulunan kişi, mahkemeye başvurarak erişim engelleme kararı alabilecek; ancak, sitesine erişimi engellenen kişi, bu süreçten hiçbir şekilde haberdâr edilmeyecektir. Getirilen tüm yeni yöntemlerde, bu temel haklar tamamen göz ardı edilmiş ve yok farzedilmiştir. Bu husus, o kadar önemli yapısal bir eksikliktir ki, 6518 sayılı Kanunla öngörülen dava konusu değişikliklerin tamamını, Anayasa ve İnsan Hakları Hukuku açısından sakatlamaktadır. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunla getirilen sınırlamalar fazlasıyla geniştir ve veri saklama süresi de dâhil olmak üzere diğer tüm ayrıntılar, düzenleyici işlemlerle idare tarafından belirlenecektir. Bu itibarla, İnternet Yer Sağlayıcıların trafik bilgisi saklama yükümlülükleri ile birleştiğinde 5651 sayılı Kanuna 6518 Kanunla getirilen dava konusu yeni kurallar, özel hayata önemli nitelikte müdâhale niteliğindedir. Başkanlık, herhangi bir hukukî inceleme veya sürece dâhil olmaksızın Türkiye'de bulunan bütün internet kullanıcıları hakkında kişisel veri talep etme ve toplama hakkına sahip olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, herhangi bir izleme tedbirine temel teşkil eden bir yasanın, o ülkede yaşayan kişilerin farkında olmadan kendi iletişimlerinin de izlenebileceği hususunda endişelenmelerine mahal vermesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ihlâl edilmesine yol olacağını belirtmiştir. İzlemeye dair uygulanacak gizli ölçütler bağlamında, düzenlemenin vatandaşların anlamasına imkan verecek şekilde açık ve net olması gerekmektedir. Kamu otoritelerinin, özel hayat ve haberleşmenin gizliliğini koruma altına alan haklara potansiyel müdahale tehlikesi olan gizli ölçütleri uygulayabilmesi için kanunun herkesin anlayacağı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, gizli yürütülecek izleme faaliyetlerinin hangi koşullarda, kime karşı işletilebileceğinin öngörülmesi ve bu izlemeye karşı hukuksal itiraz yollarının mevcut olması gereklidir. İstenilen bilgi, amaç yerine getirildikten sonra imhâ edilmeli ve hakkında işlem yapılan kişi bundan haberdâr edilmelidir ki, uygulamanın hukukîliği denetlenebilsin. Oysa, görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanunda öngörülen değişiklikler, bu güvencelerin hiçbirine yer vermemektedir. Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen hükümler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dava konusu hükümlerin uygulanması halinde, Anayasamızda teminat altına alınmış bulunan "Özel hayatın gizliliği", "Haberleşme hürriyeti", "İfade hürriyeti", "Basın hürriyeti", "Dernek kurma / Derneğe üye olup olmama hürriyeti", "Hak arama hürriyeti" ve "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" ve "Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi" gibi temel "İnsan

hak ve hürriyetleri" konularında Anayasa'nın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı çok açık ve kesindir.

Dava konusu hükümler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa'ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu hükümler yönünden "Yürürlüğü Durdurma" Kararı verilmeyip, sadece iptal kararı verilmesi halinde, bu iptal kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin, hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken "hukukun üstünlüğü" ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende ise, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, hukuk devleti yönünden, telâfisi imkânsız durum ve zararlara yol açacaktır.

Böylesi bir ahvâlin husûle gelmesini önlemek amacıyla, 6518 sayılı Kanunun Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenen hükümlerinin, iş bu dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması talebiyle Yüksek Mahkemenizde iş bu dava açılmıştır.

VI. SONUÇ VE İSTEM

6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1-) 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendindeki;

a) "… mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, …" ifadesi, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine,

b) "… bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, …" ifadesi, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine,

2) 47. maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin;

a) İkinci fıkrasındaki "gibi hususlarda" ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine,

b) Üçüncü fıkrasının ilk cümlesindeki "… açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine …" ibaresi ile "… açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin

…" ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine,

3) 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkradaki "…yaklaşık maliyetin …" ibaresi ile "… az ve %15'inden …" ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine,

4) 80. maddesiyle 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkrası, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine,

5-) 85. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendi, Anayasa'nın 2., 33., 36. ve 40. maddelerine; (o) bendinde yer alan "... ve benzeri yöntemler kullanılarak ..." ibâresi, Anayasa'nın 2. maddesine; (r) bendi, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine,

6-) 86. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkra, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine,

7-) 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkra, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine,

8-) 88. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddelerine; dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddelerine; beşinci fıkrası, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine; altıncı fıkrası, Anayasa'nın 38. maddesine,

9-) 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen

(ç) bendi, Anayasa'nın 2. maddesine; (d) bendi, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine,

10-) 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkraları, Anayasa'nın 2., 33., 36., 40., 48. ve 51. maddelerine; altıncı fıkrası, Anayasa'nın 2., 5. ve 167. maddelerine,

11-) 91. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinin değiştirilen ikinci ve üçüncü fıkraları ile 7. maddeye eklenen dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 38. maddelerine,

12-) 93. maddesi ile değiştirilen 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinin beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları, Anayasa'nın 2., 33., 36. ve 40. maddelerine,

13-) 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 9/A maddesinin bütün fıkraları ile birlikte tamamı, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine,

14-) 97. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun ek 1. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... hâkim ve savcılar ise kendilerinin ..." ibâresi, Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün Dördüncü paragrafı ile 2., 138. ve 140. maddelerine,

15-) 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddesinin bütün fıkraları ile birlikte tamamı, Anayasa'nın 2., 33., 36., 40., 48. ve 51. maddelerine, aykırı olmaları nedeniyle, gerek lâyihamızda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkemeniz tarafından re'sen belirlenecek nedenlerle İPTALLERİNE ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz."

Anayasa Mahkemesi - 2 Ekim 2014 tarihli 5651 sayılı Kanun - Trafik Bilgisi Kararı

Esas Sayısı : 2014/149

Karar Sayısı : 2014/151

Karar Günü : 2.10.2014

R.G. Tarih : 1.1.2015

R.G. Sayı : 29223

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Engin ALTAY ile birlikte 123 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin *"... 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir.*" bölümünün,

2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin,

3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ." bölümünün,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "dört saat" ibaresinin,

2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“IV. ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇELERİ

1-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 28. maddesinin,

a) Birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde geçen:

". 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir."

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun "Kararların sonuçları:" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesine 21.2.2014 günlü 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesi ile eklenen "Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise

aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir." biçimindeki üçüncü cümlesi, "Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." şeklinde değiştirilmektedir.

Buna göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi;

"Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir."

Biçiminde iken,

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile;

"Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir."

Şekline dönüşmekte ve böylece, dava konusu üçüncü tümcenin yer aldığı Kural, yeniden kodifiye edilmektedir.

Kural'da yapılan atıf nedeniyle, açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülen "ilgililer"; 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı

Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının muhatabı olan kişilerdir. Bu kişiler ise, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellere göre,

"1 SAYILI CETVEL

Valiler;

Büyükelçiler, Daimi Temsilciler, Daimi Delegeler;

Diyanet İşleri Başkanı ve Din İşleri Yüksek Kurulu Üyeleri;

Yüksek Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri;

Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı,

2 SAYILI CETVEL

Bakan Yardımcıları (Millî Savunma Bakanlığı Bakan Yardımcısı dâhil), Müsteşar ve yardımcıları (Dışişleri Bakanlığı Genel Sekreteri ve Yardımcıları dahil);

Genel Müdür ve Yardımcıları (Ticaret Bakanlığı Dış Ticaret Genel Sekreteri ve Yardımcısı, Hazine Genel Müdürü ve Milletlerarası İktisadi İşbirliği Teşkilatı Genel Sekreteri ve Yardımcısı, İçişleri Bakanlığı Sivil Savunma idaresi Başkanı ve Yardımcısı dahil),

Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurul Üyeleri ve Genel Sekreteri,

Vakıflar Genel Müdürlüğü İdare Meclis Başkan ve Üyeleri,

Gelir İdaresi Başkanı, Gelir İdaresi Başkan Yardımcıları, Gelir İdaresi Daire Başkanları ve Vergi Dairesi Başkanları, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları,

Devlet Personel Başkanı

Atom Enerjisi Komisyonu Genel Sekreteri,

Bakanlıklardaki Kurul Başkanları ve Üyeleri,

Strateji Geliştirme Başkanları,

Bakanlıkların Rehberlik ve Teftiş, Rehberlik ve Denetim, Denetim Hizmetleri başkanları,

Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları,

Bakanlık Müfettişleri (Maliye Bakanlığı Vergi Müfettişleri ve Bankalar Yeminli Murakıpları dahil) ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişleri,

Bakanlık Müşavirleri (Millî Savunma Bakanlığı Bakanlık Müşavirleri dâhil)

Birinci Hukuk Müşaviri,

Bakanlık Daire Başkanları,

İl İdare Şube Başkanları,

Bölge Müdürleri ve Başmüdürler,

Vali Muavini, Kaymakam, İl Hukuk İşleri Müdürü, Polis Akademisi Başkanı, İl Emniyet Müdürü,"

Olarak sayılmıştır.

İşte, dava konusu 2577 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesine göre, , açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülen "ilgililer", anılan cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan kadro ve görevlerde bulunan kişiler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının muhatabı olan kişilerdir.

Kural'da esâsen, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin "ne sûretle" ve "ne kadar zamanda" yerine getirileceği hükme bağlanmaktadır. Başka bir değişle, Kural, mahkeme kararlarının, ne sûretle ve ne kadar süre içerisinde yerine getirileceğini düzenlemektedir.

Dava konusu Kural'da, birinci sorunun cevabı, mahkeme kararlarının gereği, "ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle" yapılacağı;

İkinci sorunun cevabı ise, mahkeme kararlarının gereği, "iki yıl içinde" yerine getirileceği, şeklinde açıklanmaktadır.

Buna göre, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlenin yürürlüğe girmesiyle birlikte; 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiş, 138. maddesinin dördüncü fıkrasında da, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmü getirilmiştir.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde öngörülen düzenleme ile; Kural'ın yürürlüğe girmesinden önce, hukuka aykırı olarak görevinden alınan bir kamu görevlisinin yerine aynı kadroya başka bir kişinin atanması durumunda, İdare Mahkemesince verilen kararın uygulanma imkânı da kalmayacağı gibi, Kural'ın yürürlüğe girmesiyle birlikte, İdare Mahkemesince verilen kararın gereği, dava konusu edilen kadronun boş olup olmamasına bakılmaksızın, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle yerine getirilecektir. Sözgelişi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarında görev yapan ve hukuka aykırı olarak görevinden alındığı mahkeme kararıyla belirlenen kişiler hakkında, davanın kabûlü çerçevesinde, dava konusu edilen aynı kadroya atanmak suretiyle mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesi gerekirken, kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle yerine getirilmesi cihetine gidilmekte ve böylece, Anayasamızın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen "Yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organlar ve idarenin,

mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği" Kural'ı ihlâl edilmiş olmaktadır. Zirâ, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarında görev yapan ve hukuka aykırı olarak görevinden alındığı mahkeme kararıyla sübut bulan bir görevlinin, eski görevine atanması sûretiyle mağduriyetinin giderilmesini öngören -olası bir- mahkeme kararına uyulmamış, dahası, idarece, ilgilinin (dava konusu düzenlemenin gereği olarak) başka bir kadroya ataması yapılarak mahkeme kararı fiilen değiştirilmiş ve üstelik mahkeme kararının iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülmek sûretiyle, mahkeme kararının yerine getirilmesi geciktirilmiş olmaktadır. Öyle ise, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne açıkça aykırıdır.

Anayasamızın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi, Anayasa'nın 138. maddesine koşut biçimde, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymalarını; bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştirememelerini ve açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu (aynı) kadroya atanmak sûretiyle ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesini gerektirir. Oysa, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yapılan dava konusu düzenleme ile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle (ve üstelik) iki yıl içinde yerine getirileceği, "hukuk devleti" ilkesine aykırı bir biçimde hükme bağlanmakla, böylece, hukuka aykırı olarak görevinden alındığı yargı kararıyla saptanan bir kamu görevlisinin, dava konusu yapılan kadronun boş olması hâlinde, bu kadroya ataması yapılmaksızın, başka bir kadroya atanması sûretiyle mağduriyetine yol açılmaktadır. "Hukuk devleti" ilkesinin, böyle bir mağduriyete cevaz vermeyeceği açıktır.

Bu itibarla, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk

teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle, iki yıl içinde yerine getirileceğini öngören dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırıdır.

Diğer yandan, yukarıda da değinildiği gibi, dava konusu Kural'da, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülmektedir.

Yasama ve yürütme organları ile idare tarafından mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmemesi, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü gereğidir. Oysa, dava konusu Kural'da, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi için öngörülen iki yıllık süre, -makûl sürenin çok üzerinde- Anayasa'nın 138. maddesi hükmüne mugâyir biçimde, yargı kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmesi anlamına gelmektedir. Anayasamızın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi ise, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini geciktirmemelerini gerektirir.

Uygulamada, idare tarafından genelde boşalan kadro veya göreve hemen başka bir kişinin atandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemeyle, yargı kararlarının uygulanması şeklî düzeyde kalacaktır. Bu nedenle, getirilen düzenleme, bu açıdan da, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin temel nitelikleri ile 138. maddesinde öngörülen "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında da isâbetle vurgulandığı veçhile, Hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan,

yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarına uyulması, uygulanması ve geciktirilmeden yerine getirilmesi,"hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir.

Diğer yandan, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde öngörülen düzenleme, kanaatimizce, Anayasamızın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu Kural, idarenin, kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu" mefhûmuna, idarî yargılama usûlünde, yürütmenin durdurulması istemli iptal davalarının da dâhil olduğu kuşkusuzdur.

Örneğin, bir memurun atama işlemine karşı açtığı davada mahkemece verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabûlü veya iptal kararının doğal sonucu, ilgilinin önceki görevine dönmesidir. İlgilinin eski görevine dönme sonucunu doğurmayacak şekilde düzenleme yapılması, yargı kararının bertarâf edilmesi sonucunu doğurur ve bu durum, kamu görevlisinin açtığı davadan elde edeceği hukukî kazanımdan yararlanamaması anlamına gelir. 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yapılan dava konusu değişikte öngörülen 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, iki yıl içinde yerine getirileceği yolundaki düzenleme ile idarî yargıda dava açılmasının bir anlamı kalmayacak; dolayısıyla, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde öngörülen, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki Anayasal düzenleme de işlevsiz hâle gelecektir.

Kuşkusuz, ilgililerin atama ve benzeri işlemlere karşı dava açmalarının nedeni, işlemden önceki görevden alınmalarının hukuka aykırı olduğunu ispat etmek ve yargı kararı sonucunda söz konusu görevlerine dönebilmelerini sağlamaktır. Danıştay içtihatları ve idare hukuku ilkelerine göre, iptal davalarının doğurduğu hukukî sonuç da, iptal edilen işlemin hukuk âleminde doğmamış olması

ve hiç tesis edilmemiş gibi kabûl edilmesidir. İdarî işlemin mevcut olmadığını kabûl ettiğimizde, idarece yapılacak işlem de, ilgilinin eski görevine aynen ve geciktirilmeksizin iade edilmesi olacaktır.

Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki hüküm de bunu emretmektedir. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yürütme organı ile idarenin yanı sıra yasama organının da, birtakım düzenlemelerle, mahkeme kararlarını değiştirecek mâhiyette ve yargı kararının uygulanmasının bertarâf edilmesini doğuracak şekilde yasal düzenleme yapması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık yanında, ayrıca, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan ". 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." ibâresi, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin üçüncü cümlesinin başında yer alan dava-dışı "Ancak," sözcüğünden sonra gelen ve bu bapta dava konusu yaptığımız birinci fıkranın üçüncü tümcesinde yer alan ibâre hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu üçüncü tümcenin başında yer alan "Ancak," sözcüğü anlamını yitirecek ve bu sözcüğün uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, üçüncü cümlenin başında yer alan ve uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan "Ancak," sözcüğünün de iptaline karar verilmesi hususunu, Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

b) Birinci fıkrasının dördüncü cümlesini oluşturan:

"Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun "Kararların sonuçları:" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesine, daha önce, 21.2.2014 günlü 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesi ile eklenen "Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir." biçimindeki dördüncü cümlesi, "Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz." şeklinde değiştirilmektedir.

Buna göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesi;

"Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir."

Biçiminde iken,

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile;

"Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz."

Şekline dönüşmekte ve böylece, dava konusu dördüncü tümcenin yer aldığı Kural, yeniden kodifiye edilmektedir.

O halde, bu düzenlemeye göre, dava konusu Kural'da yer alan "Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemler." biçimindeki atıf nedeniyle, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacaktır. Şüphesiz, bu düzenlemenin anlamı, bundan böyle, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin

Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararının verilemeyecek olmasıdır.

Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Kanununun 27. maddesinde, geçici bir hukukî koruma tedbiri olan "yürütmenin durdurulması" kararı verilebilmesi için, "idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması" ve "uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararlara neden olacak nitelikte bulunması" şartlarının "birlikte" gerçekleşmesi gerekmektedir.

Zirâ, 2577 sayılı Kanunun 2.7.2012 gün ve 6352 sayılı Kanunla değişik 27. maddesinin ikinci fıkrasında aynen şu hüküm yer almaktadır: "Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez."

Anayasa'nın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında ise;

"İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir."

Hükümlerine yer verilmiştir.

Söz konusu Anayasa hükümlerinde, "hangi şartlarda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği ve hangi durumlarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesinin kanunla sınırlanabileceği" açıkça ortaya konulmuştur. Bu şekilde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, daha önce de kanun koyucu tarafından bazı uyuşmazlıklar hakkında yasaklanmış ya da kısıtlanmıştır.

Bu noktada, yapılan başvurular üzerine Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında yaptığı değerlendirmeler ve verdiği kararlar önem taşımaktadır.

Bu kararlardan birisi, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 13. maddesi ile yapılan düzenlemedir. Bu maddeye göre, anılan Kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi yasaklanmıştır. Anılan maddenin gerekçesinde, amacın kamu düzenini sağlamak olduğu belirtildiğinden, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125. maddesinde kısıtlama sebepleri arasında gösterilen kamu düzeninin bozulması / sağlanması kriteri açısından da değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 3091 sayılı Kanun'un 13. maddesinde; "Bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idarî yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." hükmü ile taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkında idarî makamlarca verilmiş kararlara karşı açılan iptal davalarında, idarî yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin "kamu düzeni" gerekçesiyle sınırlandırılmasına ilişkin hükmü iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 3.10.2010 tarih ve Esas:2008/77, Karar:2010/77 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'ne göre, iptal davasının koşullarını belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallar içinde kalmak şartıyla kanun koyucunun takdirindedir. İptal davası ya da yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesinin zamanına ve şartlarına ilişkin düzenlemeler, idarî yargılama usûlü ile ilgili kurallardandır.

Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kurulması, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir. Mahkemelerin nihaî karardan önce alacakları yasal önlemler ile ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler, yargılama usûlüne ilişkin kurallardır.

"Yürütmeyi durdurma" ile ilgili kurallar, Anayasa'nın 125. maddesi sınırları içinde kalmak ve Anayasa'nın diğer temel kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, diğer yargılama usûlü kuralları gibi kanun koyucu tarafından serbestçe düzenlenebilirler (Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1991 tarih ve Esas:1990/20, Karar:1991/17 sayılı Kararı).

Ancak, Devletin, hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması, "hukuk devleti" ilkesini benimseyen Anayasa'nın 2. maddesi gereğidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini Bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, sözleşmeye taraf olan devletlerin, genel olarak yargılama usûlüne ilişkin kuralları belirlemede takdir yetkilerinin bulunduğunu kabûl etmektedir. Ancak, Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında, hak ihlâli iddiasında bulunan kişiye etkili bir hukukî başvuru yolunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi için yargılama sürecinde mahkemeye tanınmış olan yetkiler ve başvurana tanınan usûlî haklar konusunda belli kriterler aramaktadır. Bu kriterlerden birisi, Jabari-Türkiye kararının 48. paragrafında belirtilen, hak ihlâli iddiasının esâsını karara bağlama hususunda yetkili olan mahkemenin, yargılamanın her aşamasında ihlâlin önlenmesi için gerekli önlemleri almaya da yetkili olması gerektiğidir. Söz konusu davada, İran vatandaşı olan davacının, sınır-dışı edilmesine ilişkin işleme karşı açtığı davada, idare mahkemesince, iç-hukuktaki düzenlemede (açıkça hukuka aykırılık ve telâfisi güç zararın birlikte gerçekleşmesi) aranan şartları taşımayan yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir. AİHM, iç-hukukta "yürütmenin durdurulması" benzeri geçici tedbirler için aranan şartların, Sözleşmenin 13. maddesine uygun olması gerektiğini, bu kapsamda uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisi bulunan ulusal otoritenin, geçici tedbiri alma konusundaki takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini belirtmektedir (Jabari-Turkey,11 Temmuz 2000, paragraf:48, http://hudoc.echr.coe.int).

Aynı görüş, anılan Mahkemece, M.M.S.-Belçika-Yunanistan dosyasında da dile getirilmiş ve geçici nitelikteki tedbirler için iç hukukta aranan şartların, Sözleşme'nin 13. maddesinde belirtilen, uyuşmazlık hakkında karar verecek etkili başvuru mercii bulunması ilkesine aykırı olmaması gerektiği ifade edilmiştir (21 Ocak 2011 tarihli, Case of M.S.S. v. Belgium and Greece Kararı, paragraf 387, 388, http://hudoc.echr.coe.int).

Yine başka bir kararda ise, hak ihlâline sebep olduğu iddia edilen işlemin, ne zaman ortadan kaldırıldığı ya da etkisiz hâle getirildiğinin önemine ve mahkemenin ya da idarî otoritenin bu konudaki hızının gerekliliğine vurgu yapılmaktadır (6 Haziran 2013 tarihli CASE OF MOHAMMED v. AUSTRİA Kararı).

Mezkûr İçtihatlar nazara alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlamasının, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin görüşü ile AİHM'nin ihlâle neden olduğu iddia edilen işleme karşı başvuru yapılan iç hukuktaki merciin, uyuşmazlığın her aşamasında ihlâli önleyecek karar verebilme yetkisine sahip olması gerektiğine ilişkin tespiti, nihaî amaç açısından örtüşmektedir.

Bu itibarla, idarî yargı mercilerince, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan)

Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağını öngören; başka bir deyişle, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran bu Kanun hükmü (6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu dördüncü cümlesi), öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen "hukuk devleti" ilkesine; 36. maddesinde düzenlenen "Hak arama hürriyeti"ne, 125. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağı" Kural'ına ve nihayet, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesini benimseyen 138. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Öyle ise, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki Anayasa'ya aykırılıkları dört ana-başlık altında toplamak mümkündür.

1. Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesine aykırılık:

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin aynı zamanda bir "hukuk devleti" olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbî olduğu devlettir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinde de "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne yer verilerek, kişilerin idarî yargıya başvuru hakları anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Şüphesiz, idarî yargının en önemli araçlarından biri, iptal davasıdır. İdarî yargı alanında iptal davaları ile birlikte, en etkili kurum olan "yürütmenin durdurulması" müessesesine Anayasa'nın 125. maddesinde yer verilmiş olup; idarî işlemin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği hükme bağlanarak, hukuk devleti ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Mahkemenin yargılama yaparken, uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği bir işlem hakkında

yürütmenin durdurulması kararı verememesi durumu, hukuka aykırı olan işlemin hukuk âleminde varlığını bir süre daha devam ettirmesine yol açacaktır. Böylesi bir ahvâlin, demokratik toplum düzenine ve "hukuk devleti" ilkesine uygun olduğunu ve "hukukun üstünlüğü" ilkesi ile bağdaştığını söyleyebilmek mümkün değildir.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen hüküm, öngördüğü düzenleme ile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasına ilişkin idarî kararlar açıkça hukuka aykırı olsa ve mezkûr işlemlerin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların meydana geleceği anlaşılsa bile, yargı organınca yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldırdığından, idarî makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan idarî kararların, hukuk âleminde varlığını sürdürmesine yol açacaktır. Böyle bir durumun, başka bir deyişle, hukuka aykırı kararların hukuk âleminde yürürlüklerinin sürmesine izin vermenin, kamu düzenine ve kamu yararına da aykırı olacağı kuşkusuzdur.

Atama ve görevlendirme, bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerinin, diğer kanunlara göre tesis edilen idarî işlemlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Zirâ, genellikle her idarî işlemin kamu düzeni ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgisi vardır. Bu itibarla, idarî işlemler aleyhine idarî yargı mercilerinde açılacak iptal davalarında, Anayasa'da ve 2577 sayılı Kanunda sayılan şartların varlığının mahkemece tespit edilmesi halinde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmelidir.

Dolayısı ile (dava konusu düzenlemede öngörüldüğü veçhile), 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağını öngören; başka bir deyişle, söz konusu Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına;

açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, idarî yargı mercilerince, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran böylesi bir düzenleme, Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Kaldı ki, dava, her evresinde, izlenen her yöntem ve kullanılacak her yolla bir bütündür. "Yürütmenin durdurulması" müessesesinin sınırlanması, hak arama özgürlüğünün daraltılmasının ötesinde, -âdetâ- yarım bir hak olarak, özgürlük olmaktan çıkarmaktadır. İstemin haklı olması durumunda, karşı tarafın savunması alınıncaya kadar, bu haktan yoksun bırakılması, -deyim yerinde ise- "kanun yoluyla haksızlık yapılması" anlamına gelmektedir. Haksız ve hukuksuz olası bir işlem yapan idareye daha fazla yetki tanınırken, dava konusu Kural'da olduğu gibi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle doğabilecek ihtilâflarda, yargının (mahkemenin), -bir anlamda- yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin ortadan kaldırılması, "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

2. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesine aykırılık:

"Âdil yargılanma hakkı"nı düzenleyen Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinde,

"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."

Denilmektedir.

Anılan madde ile güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da mâruz kaldığı haksız bir işlem veya uygulamaya karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin / zararını giderebilmesinin en

etkili ve güvenceli yolu, yargı merciileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, âdil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile millî güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

"Hak arama özgürlüğü" bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması, iptal davasıdır. İptal davasında, idarî işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işlem ve ona dayanan sonuçlar hiç mevcut olmamış gibi kabûl edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idarî işlemin iptal kararına kadar mevcûdiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu itibarla, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idarî işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de, hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak, hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla "yürütmenin durdurulması" müessesesi öngörülmüştür. "Yürütmenin durdurulması" müessesesi, yargının denetim etkinliğini arttırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yetkinin mahkeme açısından sınırlandırılması, davanın kesin karar verilinceye kadar yapısının tümlüğüne, yargılamanın her evresini kapsayan işlem ve kararlar üzerinde mahkemenin tek belirleyici olması ilkesine de aykırıdır. Nitekim, "Yürütmenin durdurulması" kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler, dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.

İdarî yargıda açılan davalarda, yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilememesinin, kamu düzenini korumayacağı açıktır. Kamu düzeni, hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur. Yürütmenin

durdurulmasının sınırlanması anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdiri içerisinde ise de, bu yetki sınırsız değildir. Kanun koyucu tarafından kamu düzeni gerekçesine dayanılarak böyle bir düzenleme yapılabilmesi için önemli, genel kabûl görmüş, somut nedenlerin varlığı gerekir.

Devletin her türlü işleminde hukuka bağlılık esasına dayanan ve bunu yargı denetimi yolu ile gerçekleştiren "Hukuk devleti" ilkesi, bugün ulaştığı noktada, kişiye tanıdığı, sınırları genişletilmiş özgürlüklerle onun haklarını öne çıkaran, devleti ise bu hakları korumakla yükümlü tutan bir nitelik kazanmıştır. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü", "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucu olduğu kadar, onu gerçekleştirmenin de aracıdır.

Bu bilgiler ışığında somut olaya baktığımızda, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen düzenleme ile, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağına; başka bir deyişle, söz konusu Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğine ilişkin dava konusu düzenleme, "hak arama hürriyeti"ni sınırlamakta, bu hakkın özünü zedelemekte ve bu meyânda, idarî yargının en güçlü araçlarından biri olan "yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi"nin elinden alınması sûretiyle, yargısal denetimin kısıtlanmasına yol açılmaktadır.

Böylece, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu dördüncü cümlesinde öngörülen düzenleme ile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması, telâfisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden olsa dahî, bu kişilerin, idarî yargı yerinden

"yürütmenin durdurulması talebinde bulunma hakkı" ellerinden alınmakta ve bu da, şüphesiz, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "Hak arama hürriyeti"nin ihlâli anlamına gelmektedir.

3. Anayasa'nın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesine aykırılık:

Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında, hangi koşullarda yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği ve hangi durumlarda kanunla sınırlandırılabileceği açıkça belirtilmiştir. Anılan maddenin beşinci fıkrasında, idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasına ilişkin gerekçede de ". idarî işlemler için verilecek yürütmenin durdurulması kararlarına istisnaî olarak sınır getirilebileceği de maddede düzenlenmiştir. Buna göre, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde veya milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenleri ile idarî işlemler için yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kanunda öngörülebilecektir." denilmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında "açık" olduğu belirtilen yargı yolu, dava konusu Kural'da öngörülen istisnalarla daraltılmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinde kamu düzeni ölçütü gerekçesiyle öngörülen sınırlamanın, önerilen maddeye "olur" verdiği sanısı "sınırlama-hukuk" ilişkisinin yaşama geçirilmesindeki özenle bağdaşmamaktadır. Sözcüklere sıkı sıkıya bağlılık, hukukun özünü yadsımaktır. Anayasa'nın sınırlamadan söz etmesi, kimi sınırlama nedenlerini sayması karşısında, bu nedenlerin varlığının ayrıntılı ve somut biçimde gösterilmesi gerekir. Nedenlerin somutlaştırılmaması halinde, kamu düzeni bahâne edilerek başka sınırlamalar getirilmesine de yol açabilir. Kaldı ki, kamu düzeni idarenin bir kararıyla da bozulabilir. Kamu düzeni hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur. Kamu düzeninin kesin karara değin askıda kalmasından ya da tartışılmasından daha iyisi, bir yargı kararıyla durumun belirlenmesidir. Sonucu belirleyecek mahkemenin, hukukî bir önlem olan yürütmenin durdurulmasından yasaklanması, ilgili konuda o mahkemenin, mahkeme olmaktan çıkarılması anlamına gelmektedir.

23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç,

kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağına; başka bir deyişle, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin ortadan kaldırılması biçiminde tezâhür eden 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki düzenlemede, hangi gerekçelerle atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağı, yâni, bu tür işlemlerde yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğinin öngörüldüğü, bunun hak arama hürriyetine etkisi belirtilmemektedir. Hâlbuki, idarî yargı yeri, gereken incelemeyi yaparak, şartları varsa, yürütmenin durdurulması kararını, atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine ilişkin olarak, uyuşmazlığın her aşamasında verebilmelidir. Bu husus, aynı zamanda, yargı bağımsızlığı ve etkili hukuksal koruma ilkelerinin de bir gereğidir. Hâkimin "karar verme" yetkisinin varlığından tam olarak söz edilebilmesi için, görülmekte olan davada yürütmenin durdurulması kararı da dâhil olmak üzere, lüzûmlu olan tüm kararların verilebilmesi gerekir. Yürütmenin durdurulması için gereken koşulların varlığını takdir edebilecek durumda olan da, kuşkusuz, hâkimdir. Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan, "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." kuralı da, yargı yetkisinin etkinliğini ve bu yetkinin serbest ve noksansız olarak kullanılacağını göstermektedir.

Yüksek malûmları olduğu üzere, idare, her türlü eylem ve işlemlerini re'sen yerine getirebilme ve bunu sağlamak için gerektiğinde kamu gücünü kullanabilme ayrıcalığına sahiptir. İdarî işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve aleyhlerine dava açılması idarî işlemlerin yürütmesini durdurmaz. İdarenin, hukuka aykırı işlemlerinin, dava konusu edilmiş olsalar dahî yürürlüğünü sürdürmeleri ve açılan davaların çok uzaması sonucu kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin kolayca tehlikeye girebileceği endişesi nedeniyle idare hukukuna özgü bir yargı işlemi olan "yürütmenin durdurulması" müessesesi kabûl edilmiştir.

Bir davanın görülmesi sırasında yürütmenin durdurulması koşullarının bulunup bulunmadığını takdir etme konusu, tamamen hukukî bir konudur. Yargı yerinin "ne olursa olsun yürütmeyi durdurma kararı vereceğini", böylece "idarenin güç duruma düşeceğini" sanmak, yanlıştır. Kaldı ki, dava açılınca iptal ya da red kararıyla en geniş yetkiyi kullanacak mahkemenin, dar yetki olan yürütmeyi durdurma kararı veremeyeceğini benimsemek, yetkileri sınırlayıp bölmekten öte, güvensizlik anlamında bir değerlendirmedir.

Bu bakımdan, kimi idarî işlemlerin özelliğinden söz ederek, bu işlemlerde hâkimin yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin sınırlandırılması / kaldırılması, yürütmenin durdurulması kararının yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası ve yargısal denetimin vazgeçilmez bir aracı olması nedenleriyle, Anayasa'nın 125. maddesi hükmüne de aykırı düşer. Bu açıdan bakıldığında, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağına; başka bir deyişle, söz konusu unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngören 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan düzenleme, aynı zamanda, mahkemenin, yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin sınırlandırılması / kaldırılması anlamına gelmekte olup, bu itibarla, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları hükümlerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Zirâ, mahkemenin, yürütmeyi durdurma kararı verebilme yetkisi, yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası olduğundan, bu yetkinin kullanılmasını önleyen bir kanun, belirli bir olay için dahî olsa, "yargı yetkisinin kullanılmasını sınırlayıcı" bir kanundur ve hâkimin vicdanî kanısına göre karar verme olanağını kısıtlar. Hak arama özgürlüğünü ve yargı yolunu, yürütmenin durdurulması kararı alınamamasına yol açacak şekilde daraltmak, mahkemelere güvensizlik duyulmasına sebep olabilecek biçimde yetki kısıntısına gitmek, Anayasamızın aynı Kuralına aykırı düşmektedir.

4. Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesine aykırılık:

Anayasa'nın 125. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, yönetimde hukuka uygunluğu sağlamanın en etkin yolu, yargısal denetimdir. Devletin tüm işlemlerinde hukuka uygunluğunun sağlanması, eksiksiz bir yargı denetimine bağlı tutulmasını gerekli kılar. Yargı yetkisinin etkinliği, "karar verme" aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki, "yürütmeyi durdurma" önlemi bu "eksiksiz kullanma" kapsamında yer alır.

"Dava" kavramı içinde "yürütmenin durdurulması" kavramı da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı, ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili organın davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü ve "yargı yetkisinin eksiksiz kullanılması"yla bağdaşamaz (Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı Kararı).

Diğer yandan, dava kurumu içinde, yürütmenin durdurulması müessesesi vardır. İkisini birbirinden ayırmak davayı parçalamak, dava olmaktan çıkarmaktır. İdarî yargının yürütmeyi durdurma yetkisi, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır; yargı, gerekli görürse bu yetkisini kullanır. Hukukta yürütmenin durdurulması kurumu bulundukça, bunu kimi uyuşmazlıklar için var sayıp geçerli görmek, kimi konular için yok sayıp geçersiz görmek, yasal bir çelişkidir. Yine, son (nihâî) kararı vermeye yetkili olan organdan, ilk kararı aynı dava için geri almak, hukuk içinde yeri güç bulunur bir tutumdur (Anayasa Mahkemesi'nin 21/6/1979 gün ve E.1979/1,K. 1979/30 sayılı Kararı).

İdarî yargı yerlerince, koşulları oluştuğunda, "yürütmeyi durdurma" kararı verilebilmesi, yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu yetkinin, uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında kullanılmasını engelleyen bir kanun hükmü, -aynı zamanda- yargı yetkisinin kullanılmasını da kısıtlar ve hâkimin vicdanî kanaatine göre karar verme olanağını ortadan kaldırır. Bu nedenle de, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararı verilememesi sonucunu doğuran dava konusu 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen Kural, yargı yetkisinin kullanılmasını da kısıtlayıcı mâhiyettedir ve bu itibarla, "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar;

Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." şeklinde ifadesini bulan Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası hükmüne aykırı düşmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

c) Birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen:

"Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ."

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun "Kararların sonuçları:" kenar başlıklı 28. maddesinin dava-dışı birinci ve ikinci cümlelerinde; "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." denilmektedir.

Oysa, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümlede atıf yapılan 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi de nazara alındığında, anılan maddenin birinci ve ikinci cümlelerinde yer alan ve "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." Kural'ına istisna oluşturan üçüncü cümle ile, ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği; bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmayacağı hükmüne yer verildikten sonra, bu bapta Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri açıklanmaya çalışılan dava konusu 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede öngörülen düzenleme ile, 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen (yâni,

23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen) mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Günümüz modern hukuk devletinde, kamu yararını gerçekleştirmek için kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olan idarenin, hukuk kurallarıyla bağlı kalmasının sağlanmasında, bağımsız yargı organlarınca denetimi büyük öneme sahiptir. Yargı denetimi, yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, yönetenlerin ise hukuka uygun davranması için zorunlu bir koşul olarak kabûl edilmektedir. Bu nedenle, hukuk devletinde yargı denetiminden vazgeçilemez.

Ancak, hukuk devletinden söz edebilmek için idarenin bağımsız yargı organlarınca denetimi yeterli olmayıp, aynı zamanda idarî yargı organlarınca verilen kararların idare tarafından uygulanması da gerekmektedir. İşte bu nedenle, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir sûretle değiştiremeyecekleri, bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri, Anayasal bir kural olarak öngörülmüştür.

Modern bir hukuk devletinde en üst sözleşme niteliğindeki Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Anayasa kurallarının gereği olarak, mahkeme kararlarının geciktirilmeksizin ve aynen yerine getirilmesi; doğru, haklı gibi niteliklere sahip olması koşulu aranmaksızın, yalnızca yargı kararı oldukları için zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerini, sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, Anayasa ve hukuk kurallarına rağmen bir yargı kararının yerine getirilmemesi, söz konusu hukukî düzenlemeleri kâğıt üzerinde bırakacak ve değersiz kılacaktır.

Başta, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, kanunların bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü değerleri etrafında şekillenen hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında, en başta idarenin işlemlerinin yargısal denetimi ve bu denetim sonucunda özellikle yargı kararlarının uygulanması, vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2012 Tarihli ve 2012/22 Esas, 2012/133 Karar sayılı Kararında da vurgulandığı gibi; Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir.

Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da, Anayasa'nın 2. maddesinde ye alan "hukuk devleti" ilkesinin doğal sonucu olarak, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri; 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 28. maddesinde ise, idarenin, mahkemenin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu vurgulanmıştır.

Türk hukuk doktrininde, hukuk devleti tanımlarının ortak noktasını, üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu kudretinin sınırlandırılması ve denetlenmesi oluşturmaktadır. Ayrıca, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin en etkili araçlarından birisi, idarenin işlemlerine karşı açılan iptal davaları olduğu kabûl edilmekte olup; gerçek bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunun belirtilmesine de gerek bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucudur.

Ülkemizde yargı kararlarının, özellikle idarî yargı yerlerince verilen iptal kararlarının uygulanmasında, yükümlülüğün davada haksız çıkan davalı konumunda olan idareye ait olması, öte yandan iptal hükmü verilen tasarrufun idare içinde yer alan ve hiyerarşik olarak en üstte bulunan ve bir kısmı siyasî nitelikli kamu görevlilerinin bizzat ya da direktifleri ile gerçekleştirilmesi nedenleriyle birtakım sorunlar yaşandığı, bilinen bir vâkıâdır. Ayrıca, tesis edilen işlem ile iptal kararının verildiği zaman aralığı da, hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işlemin hukuk âleminde hiç varlık kazanmamış gibi önceki durumun sağlanmasını güçleştiren önemli bir faktör olabilmektedir. Ancak, yargı kararlarının çok açık imkânsızlık halleri dışında uygulanmaması, Anayasal bir emrin ihlâli olarak -tartışmasız- suçtur. Cezaî anlamda olduğu gibi, disiplin ve mâlî yönlerden de sorumluluk gerektirmektedir.

Bu bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında (az yukarıda da değinildiği gibi), 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümle ile (Kural'da, aynı fıkranın üçüncü cümlesine yapılan atıf nedeniyle), 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire

başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Buna göre, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin bu fiilleri ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyecek ve yetkili mercîiler tarafından, söz konusu mahkeme kararlarını kasıtlı olarak yerine getirmeyen fâiller hakkında hiçbir adlî işlem yapılamayacaktır. Anılan mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kişiler de, cezaî bir tâkîbata mâruz kaldıklarında, dava konusu düzenlemeden -deyim yerinde ise-, cankurtaran simidi gibi yararlanabileceklerdir. Sözgelimi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyerek kişilerin mağdûriyetine sebebiyet veren bir kişi, aleyhinde başlatılacak herhangi bir cezaî soruşturması ve / veya kovuşturması sırasında şüpheli ve / veya sanık sıfatıyla yaptığı savunmada, dava konusu Kural'a göre "kendisinin hiçbir cezaî sorumluluğunun bulunmadığını" ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir. Dava konusu Kural'ın arkasına sığınılarak yapılacak olası böyle bir savunmanın, hak ve nasafet ilkeleriyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.

Sorumluluk (mes'ûliyyet), uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü olma ve işlenmiş bir suçun cezasını çekme olarak tanımlanmakta; günlük dilde ise, bir kimsenin belli olaylar nedeniyle hesap verme ve açıklama yapma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Hukukî anlamıyla sorumluluk ise, bir kimsenin, belli olaylar üzerine, kendi aleyhine doğacak hukuksal sonuçlara katlanması yükümlülüğüdür. Hukuk kurallarına aykırı tutum ve davranışlar, doğal olarak beraberinde sorumluluğu da gerektirir (Lütfi Gülşan, "Hukuk Sisteminde Sorumluluk ve Unsurları", [Çevrimiçi Kaynak], http://web.ogm.gov.tr/birimler/merkez/teftis/Dokumanlar/Hukuk%20Sisteminde%20Sorumluluk%20ve%20unsurlar4%B1%20Lutfi%20G%C3%9CL%C5%9EAN.pdf, sh.1, Erişim Tarihi:12.6.2014).

Türk Ceza Kanununun hükümlerinden ayrık tutulduğu ayrıca ve açıkça belirtilmedikçe, her Türk vatandaşı Türk Ceza Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu sonuca, "ceza kurallarının mecbûrîliği ilkesi"nden hareketle de ulaşılabilir. Bu ilkeye göre, ceza kanunları yürürlüğe girdikleri andan itibaren, hükümlerini ihlâl eden bütün kişiler hakkında, zorunlu olarak uygulanır (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 1985, C.1, Sh.240; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, Sh.536).

Bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Bu görev tarifinde, "işin gerçeğini araştırmak" konusunda suça ve suçluya ilişkin herhangi bir istisnaya (ayrıksı duruma) yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısı, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin, şüphelinin ya da eylemin niteliğine ve türüne bakmaksızın bilâ istisna, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak mükellefiyetindedir.

Dava konusu somut olayda, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede öngörülen dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını kasıtlı olarak yerine getirmeyen ve böylece suç işleyen (şüpheli) hakkında (bir anlamda) kamu davası açabilme yetkisinin elinden alınması, yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukunun temel kurallarına ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zirâ, ceza kanunları -kural olarak- bütün kişiler için "mecbûrî" ise, mahkeme kararlarını yerine getirmemek sûretiyle kişilerin mağdûriyetlerine sebebiyet veren herkes için "mecbûrî"dir.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede öngörülen dava konusu düzenleme, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri

hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenleri cezaî sorumluluktan bağışık tutmakta ve ceza yargılaması açısından ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması anlamına gelmektedir.

Hâlbuki (az yukarıda da değinildiği üzere), bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiği izlenimi edinen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde, Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşturması halinde, Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenleyeceği (kamu davası açacağı) öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip, kamu davasını açmak mükellefiyetindedir. Buna göre, Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırması, delil toplaması ve kamu davası açması için yegâne ölçüt, -her ne şekil ve sûrette olursa olsun- ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olmasıdır.

Ne var ki, bu bölümde dava konusu yaptığımız Kural'ın öngördüğü düzenleme karşısında, örneğin, Cumhuriyet savcısı, söz konusu mahkeme kararlarının yerine getirilmediği yolunda bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olsa dahî, suç işlendiği izlenimini veren ahvâlin, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen bir mahkeme kararına dayandığını öğrenmesi hâlinde, anılan mahkeme kararını yerine getirmeyen fâil (ya da fâiller) hakkında hiçbir işlem yapmayacak ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi ile 170. maddesinde kendisine verilen "işin gerçeğini araştırma" ve -gerekirse- "kamu davası açma" görevlerini yerine getirmeyecektir. Bu düzenleme ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden

alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin ihbar veya şikâyet edilmesi üzerine, adlî yönden herhangi bir işlem yapılması veya kamu davası açılabilmesi imkânsız hâle geleceğinden, suçun ortaya çıkarılmadığı ve suç işleyen fâillerin korunduğu izlenimine yol açması nedeniyle, Kural'da öngörülen düzenleme, bu açıdan da, -yukarıda da vurgulandığı üzere- ceza hukukunun temel kurallarına ve Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Zirâ, yerine getirilmeyen mahkeme kararlarının, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilip verilmediğine bakılmaksızın, Cumhuriyet savcılarının, ihbar veya şikâyet aldıklarında suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez (suç, mezkûr türden mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle işlenmiş dahî olsa) kamu davası açmak üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamaları ve ilgililer hakkında -gerekirse- kamu davası açabilme yetkilerini kullanmaları, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Diğer yandan, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümle ile (Kural'da aynı fıkranın üçüncü cümlesine yapılan atıf nedeniyle), 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği yolundaki düzenleme ile söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin cezaî sorumluluğunun doğmayacağının öngörülmesi, -yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukuna hâkim olan bütün ilke ve kurallara aykırı bir biçimde- bu yargı kararlarını yerine getirmeyenlere, hukukumuzda başka hiçbir gerçek ve / veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık sağlanması

anlamına gelmekte ve böylece mezkûr yargı kararları ile sâir mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler arasında, "kanun önünde eşitsizlik" husûle getirilmektedir.

Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, . kanun önünde eşit." olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine dava konusu Kural'da yer alan türden mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler ile başka tür mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler de girmektedir. Az yukarıda değinildiği veçhile, dava konusu Kural'da öngörülen türden olmayan mahkeme kararlarını yerine getirmeme kapsamında vukû bulan bir eylemin suç teşkil etmesi hâlinde, fâilin mevzuat hükümleri gereği cezaî sorumluluğu doğabilecek iken, dava konusu Kural'da öngörüldüğü veçhile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin cezaî sorumluluğu doğmayacaktır.

Hâl böyle olunca, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler ile sâir türden mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelecektir. Örneğin, Cumhuriyet savcısı, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararları dışında başka mâhiyetteki mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler hakkında 5271 sayılı CMK.nun 160. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ihbar, şikâyet veya başka bir surette suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve 5271 sayılı CMK.nun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe

oluşturması halinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak mükellefiyetinde iken, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümlede öngörülen dava konusu düzenleme ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler hakkında, aynı veya benzeri bir ahvâlin vukû hâlinde, adlî yönden hiçbir işlem yapamayacaktır.

Başka bir değişle, suçu sâbit görülen ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyen herhangi bir şüpheli veya sanık hakkında, (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası ile 170. maddesi hükümlerine tamamen mugâyir bir biçimde), Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılamayacak ve kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Dördüncü Kısım'ında 90. ve devamı maddelerinde öngörülen koruma tedbirleri olan yakalama ve gözaltı, tutuklama, adlî kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinin tatbîki cihetine gidilemeyecektir. O halde, dava konusu düzenleme, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere, âdetâ, Anayasamızın 83. maddesi hükmü gereği, hukuk düzenimizde sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri'ne tanınan bir nev'î "dokunulmazlık" bahşetmekte; mezkûr düzenleme, dava konusu Kural'da öngörülen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere, -deyim yerinde ise- yasal bir "zırh" ve bir "kalkan" sağlanması anlamına gelmekte ve dolayısı ile, böylesi bir düzenleme, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu aykırılık, Anayasanın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasa'nın "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye

veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin cezaî sorumluluklarının doğmayacağını öngören anılan düzenleme ile, bu tür mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler lehine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınması anlamına gelmektedir. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü "Hiçbir kişiye . imtiyaz tanınamaz." dediğine göre, dava konusu Kural'da öngörülen türden mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere (olası şüphelilere) bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasa'nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, "Devlet organları" kavramı içerisine "Yasama organı" da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler yönünden lehe bir düzenleme öngördüğünden, "Kanun önünde eşitlik" ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de aykırıdır.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenleme, kanaatimizce, Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu Kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu" mefhûmunun; hukuk muhâkemesinde ihtiyâti haciz, ihtiyâti tedbir, delil tesbiti, dava ikâmesi, itiraz, temyiz ve yargılanmanın yenilenmesi; ceza muhâkemesinde ise ihbar, şikâyet veya başka bir surette Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılan soruşturma evresi ile Mahkeme huzurunda cereyan edecek olan kovuşturma evresi, temyiz, itiraz ve yargılanmanın yenilenmesi gibi usûlî işlemleri de kapsayacağı kuşkusuzdur. Oysa, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenlemede olduğu gibi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceğini öngörmek, bu tür yargı kararlarını yerine getirmeyenlere "yargı yolu"nu kapatmak anlamına gelmektedir. Böylesi bir düzenleme, apaçık, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu"nun söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere kapatılması; eş anlatımla, bu tür mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin yargı denetiminden muaf tutulması anlamına gelmektedir. Dolayısı ile, dava konusu mezkûr düzenleme ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerine, bu tür mahkeme kararlarının yerine getirilmesi kapsamındaki eylem ve işlemlerine karşı -bir anlamda- yargı yolu kapatılmakla, Anayasanın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ." ibâresi, Anayasanın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Dava konusu yapılan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanununun 97. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza

soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ." ibâresi hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanununun 97. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "... ancak disiplin hükümleri saklıdır." ibâresinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeyle bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası hükmü gereğince, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava konusu "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ." ibâresinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava-dışı "... ancak disiplin hükümleri saklıdır." ibâresinin de iptaline karar verilmesi ciheti, Yüksek Mahkemenizin takdirindedir).

2-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun"a "GEÇİCİ MADDE 26"nın eklenmesini öngören 109. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 109- 4046 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 26- Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmez."

Hükmünün Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 6552 sayılı Kanunun 109. maddesi ile 4046 sayılı Kanuna eklenen Geçici madde 26'nın Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği tarih olan 11.9.2014 tarihi itibariyle devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmektedir. Buna göre, 11.9.2014 tarihi itibariyle özelleştirmeye konu olan işletmelerin devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş ise, bu özelleştirilen

kuruluşların geri alınması yönünde yargı kararı mevcut olsa dahî, artık, sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların, geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki, benzer bir yasal düzenleme nedeniyle, 26.4.2012 günlü, 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ve "Tabii afetler nedeniyle zarar gören çiftçilerin özelleştirme kapsam ve programındaki Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'ye olan borçlarının vade farkı alınmaksızın ertelenmesi veya vadelendirilmesi ile özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir." biçimindeki ek 5. maddenin, ".özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının." bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi, Anayasa Mahkemesi'nin 3.10.2013 Tarihli ve 2012/73 Esas, 2013/107 Karar sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin anılan Kararı'nın iptal gerekçesinde ise;

"(.)

Dava konusu kuralda, özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması durumunda, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması hâlinde, yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulunun tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Böylece, iptale konu düzenleme ile özelleştirme işlemlerinin

bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanması suretiyle özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanması konusunda yürütme organına yetki verilmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."hükmünü içermektedir.

Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Aksi hâlde, yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulü gerekir.

Hukuk devleti ilkelerinin yerine geldiğini bilmek, hukukun üstünlüğü prensibinden doğar. Devlete ve adalete olan inancı, güven duygusunu ve de saygıyı pekiştirir. Adalete erişim ve hak arama hürriyetini korur.

Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsıldığı hâller, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş demek olacaktır.

Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı

yargı yolu açıktır." denilmek suretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.

Dava konusu kuralla, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının Başbakanlık ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin mezkûr İçtihadı'nda da isâbetle belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmek sûretiyle, Türkiye Cumhuriyeti, bir "hukuk devleti" olarak nitelendirilmiştir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde de, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası ise, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmünü içermektedir.

Dava konusu Kural ile, Kural'ın yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmek sûretiyle özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda herhangi bir işlemin tesis edilemeyeceği öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren ve Kural'ın yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan kuruluşlar hakkında verilen yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmeyeceği öngörülmek sûretiyle, adlî veya idarî yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Anayasa Mahkeme'sinin, yukarıda atıf ve alıntı yapılan İçtihâdında da son derece isâbetle vurgulandığı veçhile, İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup, kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır. Dolayısı ile, dava konusu Geçici madde 26'da öngörülen düzenleme Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne aykırıdır.

Diğer yandan (Anayasa Mahkemesi'nin 3.10.2013 Tarihli ve 2012/73 Esas, 2013/107 Karar sayılı mezkûr Kararı'nda, yine isâbetle belirtildiği üzere), kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmek sûretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine

karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zirâ, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Dava konusu Kural'da ise, Kural'ın yayımı tarihi olan 11.9.2014 günü itibariyle, özelleştirmeye konu olan işletmelerin devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş ise, bu özelleştirilen kuruluşların geri alınması yönünde yargı kararı mevcut olsa dahî, artık, sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların, geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmekle, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle gelmekte ve böylece Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" ilkesi, işlevini yitirmektedir.

Bu cümleden olarak (yukarıda, dava dilekçemizde, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava konusu ibârenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimiz bölümünde de açıklamaya çalıştığımız veçhile), hukuk devletinden söz edebilmek için idarenin bağımsız yargı organlarınca denetimi yeterli olmayıp, aynı zamanda idarî yargı organlarınca verilen kararların idare tarafından uygulanması da gerekmektedir. İşte bu nedenle, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir sûretle değiştiremeyecekleri, bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri, Anayasal bir kural olarak öngörülmüştür. İnsan hak ve özgürlüklerini, sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, Anayasa ve hukuk kurallarına rağmen yargı kararlarının yerine getirilmemesi, söz konusu hukukî düzenlemelerin anlamını yitirmesine yol açacaktır. Başta, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere kanunların bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü değerleri etrafında şekillenen hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında, en başta idarenin işlemlerinin yargısal denetimi ve bu denetim sonucunda özellikle yargı kararlarının uygulanması vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

Yine, yukarıda, dava dilekçemizde, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava konusu ibârenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimiz bölümünde de belirttiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2012 Tarihli ve 2012/22 Esas, 2012/133 Karar sayılı Kararında da vurgulandığı gibi; Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun

vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir. Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da, Anayasa'nın 2. maddesinde ye alan "hukuk devleti" ilkesinin doğal sonucu olarak, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri vurgulanmıştır. Bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmaması ihtimâli düşünülemeyeceği gibi, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunun belirtilmesine de gerek bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucudur.

Anayasa Mahkemesi'nin, (yine, az yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız) 3.10.2013 Tarihli ve 2012/73 Esas, 2013/107 Karar sayılı mezkûr Kararı'nda isâbetle belirtildiği üzere, Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Aksi hâlde, yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulü gerekir. Hukuk devleti ilkelerinin yerine geldiğini bilmek, hukukun üstünlüğü prensibinden doğar. Devlete ve adalete olan inancı, güven duygusunu ve de saygıyı pekiştirir. Adalete erişim ve hak arama hürriyetini korur.

Bu görüş ve bilgiler ışığında, dava konusu Kural ile getirilen düzenlemeye bakıldığında, yayımlanma tarihi olan 11.9.2014 günü itibariyle devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği ve böylece, mezkûr mahkeme kararlarının uygulanmaması sûretiyle yargı erkinin işlevsiz bırakılması nedeniyle, bu bapta Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri açıklanmaya çalışılan dava konusu Kural'ın öngördüğü düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Şüphesiz, "hukuk devleti" ilkesi, mahkeme kararlarına herkes tarafından uyulmasını ve gereklerinin bihakkın ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesini gerektirir.

Nihâyet, -kanaatimizce- dava konusu Kural'da yer alan ".sözleşmelerinde belirtilen haller dışında ." ibâresi, söz konusu düzenlemede beliren Anayasa ihlâllerini, hukuka uygun hâle getirmemektedir. Zirâ, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının uygulanıp uygulanmamasının, özelleştirme konusu yapılan kuruluşların sözleşmelerinde belirtilen hâllere inhisâr ettirilmesi, mahkeme kararlarının, idare tarafından sonuçsuz ve işlemsiz bırakılmasının gerekçesi olarak telâkkî edilemez.

Açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, 6552 sayılı Kanunun 109. maddesiyle 4046 sayılı Kanuna eklenen "GEÇİCİ MADDE 26"da yer alan dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 126. maddesiyle değişik 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un 3. maddesinin dördüncü fıkrasını oluşturan:

"(4) Trafik bilgisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilir."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, internet ortamında gerçekleşen trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edileceği ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verileceği hükme bağlanmaktadır.

Dava konusu Kural'ın önceki düzenlemesi, "Trafik bilgisi ancak bir suç soruşturması ve/veya kovuşturması kapsamında mahkemelerce talep edilmesi hâlinde Başkanlık tarafından içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve/veya erişim sağlayıcıdan alınarak verilir." şeklinde idi. Böylece, trafik bilgisinin ancak bir suç soruşturması ve / veya kovuşturması kapsamında mahkemeler tarafından talep edilmesi hâlinde, Başkanlık tarafından içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve / veya erişim sağlayıcıdan alınmak sûretiyle ve sadece mahkemelere verilmesi öngörülüyordu. 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrası ile, artık, trafik bilgilerinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesinin ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde (mahkemeler dışında) ilgili mercilere verilmesinin önü açılmaktadır.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve

kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

5651 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinin dördüncü fıkrasında TİB tarafından trafik bilgileri temin edilecek olan ilgili işletmeciler ile trafik bilgileri kendilerine verilecek olan ilgili mercilerin hangileri olduğu somut bir biçimde belirtilmemiş, söz konusu "ilgili" işletme ve mercilerin tanımları yapılmaksızın, sınırları belirsiz, muğlâk, ucu-açık ve geniş yetkiyle, trafik bilgilerinin temini ve verilmesi konusunda kapsamı ve mâhiyeti değişebilen hukukî belirsizlik içinde keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken; internet ortamında gerçekleşen trafik bilgilerinin teminine ve teslimine ilişkin konularda her görevlendirmeye göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir. Kuşkusuz, böylesi bir düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşabilmesi mümkün değildir.

Ayrıca, dava konusu Kural'da, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına, Trafik bilgisinin (hangileri olduğu belirsiz olan), ilgili işletmecilerden temin edilmesi yetkisi tanınmaktadır. Bu yeni düzenlemeye göre, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından internet ortamında gerçekleşen bütün trafik bilgileri temin edilebilecek ve böylece her türlü trafik bilgisinin içeriğine muttâli olunabilecektir. Dahası, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet, talep ya da başvuru olmaksızın, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 5651 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne dayanarak, kendi kendine (ex officio) trafik bilgilerinin ilgili mercilerden temin edilmesine hükmedilebilecektir. Sözgelimi, bir bakan hakkında herhangi bir içerikte aleyhe bir haberin yer alması durumunda, herhangi bir ihbar ya da iddia olmaksızın,

yürütme organı ile iyi geçinmek durumunda olan TİB Başkanı, 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin 6552 sayılı Kanunla değişik dördüncü fıkrasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak, hemen ve re'sen trafik bilgilerini temin yoluyla içeriğine erişebilecektir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin 6552 sayılı Kanunun 126. maddesiyle değişik dördüncü fıkrasıyla getirilen ve herhangi bir talep, ihbar ya da başvuru dahî olmaksızın, doğrudan TİB'e trafik bilgilerini temin ve hâkim tarafından trafik bilgilerinin ilgili mercilere verilmesi yolunda verilen kararı uygulama yetkisi tanıyan yeni düzenleme, -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle, bu yönüyle de, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrası ile TİB'e böylesi bir yetki verilmesi, daha açık bir söyleyişle, hiçbir sebep, mazeret ve gerekçe gösterilmeyerek TİB'e trafik bilgilerini temin ve hâkim tarafından trafik bilgilerinin ilgili mercilere verilmesi yolunda verilen kararı uygulama yetkisi tanınması, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şu husus, bâriz bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dördüncü fıkrasında 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile yapılan değişiklik, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, tüm İnternet kullanıcılarının trafik bilgilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmektedir. Trafik bilgilerinin temini süreci boyunca mezkûr bilgilerin muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacaktır. Başkanlık, ilgili işletmecilerden trafik bilgilerini göndermesini isteyecek ve (hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde) bu bilgileri ilgili mercilere verecektir. Ancak, bu bilgilerin temininden ve ilgili mercilere verilmesini öngören hâkim kararından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. Böylesi bir uygulama, açık bir biçimde, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesine aykırı biçimde, özel hayata müdâhale anlamına gelmektedir.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Özellikle, anılan

kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin . ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mefhûm-u muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız olduğu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında Trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesini ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilmesini öngören Kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" Kuralı'na açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "kanunda öngörülen haller"in nelerden ibâret olduğu ise, 6552 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, trafik bilgilerinin TİB tarafından temin edilebilmesini ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında "bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"na sahip olduğuna ve bu hak, Anayasamızda "temel hak ve hürriyetler" arasında sayıldığına göre, özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdâhale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" Kural'ında öngörülen "kanun" sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, "Anayasa'ya uygun olan kanun mefhûmu"nun murâdedildiği âşikârdır. Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin (ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Oysa, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3.

maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında öngörülen dava konusu düzenlemede, ilgilinin rızâsı ve muvâfakati olmaksızın, trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesini; hâkim tarafından bu konuda karar verilmesini ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde trafik bilgilerinin ilgili mercilere verilmesini sınırlandıracak; başka bir deyişle, özel hayatın gizliliğine müdahâle anlamına gelecek olan bu tür idarî ve kazaî tasarrufları engelleyecek herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısı ile, dava konusu bu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır.

Kaldı ki, iptalini istediğimiz iş bu Kural'ın metninde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından temin edilecek olan trafik bilgilerinin mâhiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, mezkûr bilgileri temin etme yöntemi de net ve sarih değildir. Bilindiği üzere, bilgi mefhûmunun, hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin, hangi yöntemlerle talep ve temin edileceği; kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir. Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin, belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenleme ve uygulamalara tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında yapılan değişiklik, Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesine ve bu meyânda, "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca kanûnîlik ve ölçülülük kriterlerine uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

4-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 127. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 127- 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yirmi dört saat" ibaresi "dört saat" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(16) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen

erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

Hükmünün;

a.) Birinci fıkrasında yer alan ve 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yirmi dört saat" ibâresinin "dört saat" şeklinde değiştirilmiş olmasının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklik ile, eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rı-nın ge-re-ğinin, der-hal ve en geç, ka-ra-rın bil-di-ril-me-si anın-dan iti-ba-ren dört sa-at için-de ye-ri-ne ge-ti-ri-leceği öngörülmüş ve böylece, anılan fıkra,

"Eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rı-nın ge-re-ği, der-hal ve en geç ka-ra-rın bil-di-ril-me-si anın-dan iti-ba-ren yir-mi-dört sa-at için-de ye-ri-ne ge-ti-ri-lir."

Şeklinde iken,

"Eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rı-nın ge-re-ği, der-hal ve en geç ka-ra-rın bil-di-ril-me-si anın-dan iti-ba-ren dört sa-at için-de ye-ri-ne ge-ti-ri-lir."

Biçimine dönüşmüştür (Madde metninde yer alan dava konusu değişiklik, tarafımızdan "koyu" yazılmıştır).

İnternet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde açıkça ve tâdâdî bir biçimde belirtilmiştir. Buna göre, "İn-ter-net or-ta-mın-da ya-pı-lan ve içe-ri-ği aşa-ğı-da-ki suç-la-rı oluş-tur-du-ğu hu-su-sun-da ye-ter-li şüp-he se-be-bi bu-lu-nan ya-yın-lar-la il-gi-li ola-rak eri-şi-min en-gel-len-me-si-ne ka-rar ve-ri-lir:

26/9/2004 ta-rih-li ve 5237 sa-yı-lı Türk Ce-za Ka-nu-nun-da yer alan;

1) İn-ti-ha-ra yön-len-dir-me (mad-de 84),

2) Ço-cuk-la-rın cin-sel is-tis-ma-rı (mad-de 103, bi-rin-ci fık-ra),

3) Uyuş-tu-ru-cu ve-ya uya-rı-cı mad-de kul-la-nıl-ma-sı-nı ko-lay-laş-tır-ma (mad-de 190),

4) Sağ-lık için teh-li-ke-li mad-de te-mi-ni (mad-de 194),

5) Müs-teh-cen-lik (mad-de 226),

6) Fu-huş (mad-de 227),

7) Ku-mar oy-nan-ma-sı için yer ve im-kân sağ-la-ma (mad-de 228),

suç-la-rı.

b) 25/7/1951 ta-rih-li ve 5816 sa-yı-lı Ata-türk Aley-hi-ne İş-le-nen Suç-lar Hak-kın-da Ka-nun-da yer alan suç-lar."

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, "Eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rının, so-ruş-tur-ma ev-re-sin-de hâ-kim, ko-vuş-tur-ma ev-re-sin-de ise mah-ke-me ta-ra-fın-dan ve-ri-leceği; so-ruş-tur-ma ev-re-sin-de, ge-cik-me-sin-de sa-kın-ca bu-lu-nan haller-de Cum-hu-ri-yet sav-cı-sı ta-ra-fın-dan da eri-şi-min en-gel-len-me-si-ne ka-rar ve-ri-le-bi-leceği; bu du-rum-da Cum-hu-ri-yet sav-cı-sının ka-ra-rı-nı yir-mi-dört sa-at için-de hâki-min ona-yı-na su-nacağı ve hâkimin de, ka-ra-rı-nı en geç yir-mi-dört sa-at için-de ve-receği"; dördüncü fıkrasında da, "İçe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-da be-lir-ti-len suç-la-rı oluş-tu-ran ya-yın-la-rın içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı-nın yurt dı-şın-da bu-lun-ma-sı ha-lin-de ve-ya içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı yurt için-de bu-lun-sa bi-le, içe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-nın (a) ben-di-nin (2) ve (5) ve (6) nu-ma-ra-lı alt bent-le-rin-de ya-zı-lı suç-la-rı (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluş-tu-ran ya-yın-la-ra iliş-kin ola-rak eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rının re'sen Baş-kan-lık ta-ra-fın-dan ve-ri-leceği ve bu ka-rarın, eri-şim sağ-la-yı-cı-sı-na bil-di-ri-le-rek ge-re-ği-nin ye-ri-ne ge-ti-ril-me-sinin is-te-neceği" hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de, ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukûu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-da be-lir-ti-len suç-la-rı oluş-tu-ran ya-yın-la-rın içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı-nın yurt dı-şın-da bu-lun-ma-sı ha-lin-de ve-ya içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı yurt için-de bu-lun-sa bi-le, içe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-nın (a) ben-di-nin (2) ve (5) ve (6) nu-ma-ra-lı alt bent-le-rin-de ya-zı-lı suç-la-rı (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluş-tu-ran ya-yın-la-ra iliş-kin ola-rak eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rı re'sen Baş-kan-lık ta-ra-fın-dan verilebilecektir.

Kezâ, az aşağıda (dava dilekçemizin [4-b] bölümünde) açıklamaya çalıştığımız gibi, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen analtıncı fıkrasının birinci tümcesi hükmüne göre, artık, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"in

vukûu hâlinde de "erişimin engellenmesi kararı" verilebilecek ve bu hâllerin tahakkuku durumunda, "erişimin engellenmesi"ne doğrudan Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından karar verilecektir. Yâni, böylelikle, "erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâller" arasına, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller" de eklenmiş bulunmaktadır.

İşte, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen dava konusu yeni düzenleme ile, artık, erişimin engellenmesi kararlarının gereğinin yerine getirilme süresi, derhal ve en geç kararların bildirilmesi ânından itibaren "yirmi dört saat" yerine "dört saat" olarak değiştirilmektedir.

2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un bilgi toplumuna giden yolda ciddî engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olduğu; daha önce 19.2.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6.2.2014 gün ve 6518 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut hâliyle dahî kamuoyunda tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine, kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan dava konusu bu tür düzenlemelerin, demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı açıktır. Hâl böyle iken, 11.9.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 127. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen değişikliğin, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son tahlilde, haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti ve basın hürriyeti kapsamında Türkiye'nin bilişim toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği âşikârdır.

Kuşkusuz, kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan bu tür düzenlemeler, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa

Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Bu bağlamda, hukuk devletinde, günümüz çağdaş ve uygar toplumlarında, haberleşme hürriyetini, ifade hürriyetini ve basın hürriyetini gerçekleştirmenin bir vasıtası ve -deyim yerinde ise- bir uzantısı olan internet olgusuna ve erişimine ilişkin düzenlemeler yapılırken, kanunkoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve hukukun ana kurallarına bağlı kalmak durumundadır. O halde, haberleşme hürriyetinin, ifade hürriyetinin ve basın hürriyetinin kullanılmasının ve geliştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması; söz konusu hak ve hürriyetlerin kullanılmasını güçleştirecek, iletişimin engellenmesini kolaylaştıracak ve hızlandıracak düzenlemelerden kaçınılması, haberleşme, iletişim ve basın hukukunun ana kurallarının ve "hukuk devleti" ilkesinin gereklerindendir.

Şüphesiz, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinde, erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesi ile ilgili sürenin "yirmi dört saat"ten "dört saat"e indirilmesi, kısıtlayıcı yöntemlere, ülkemizde, interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak mâhiyette bir düzenleme anlamına gelmekte olup, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında, erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesindeki "sürenin kısaltılması" ile ilgili olarak, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile öngörülen dava konusu değişiklik, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin, 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmekte ve dolayısı ile, mezkûr hak ve hürriyetleri teminat altına alan Anayasamızın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Zirâ, çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın

da, haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Oysa, erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesi ile ilgili sürenin "yirmi dört saat"ten "dört saat"e indirilmesi ile ülkemiz açısından internet ortamında erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran ve kolaylaştıran böylesi bir düzenleme, Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Haberleşme hürriyeti"nin, "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin ("ifade özgürlüğü"nün)" ve "Basın hürriyeti"nin kullanımını sınırlandırması yanında, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir.

Anayasamızın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile yapılan dava konusu değişiklikle öngörülen düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin internet ortamında kullanılmasının doğal bir uzantısı olan bilgi paylaşımının, erişimin engellenmesi kararı ile sınırlandırdıktan sonra, bir de bu kararın yerine getirilmesinin çabuklaştırılıp, hızlandırılması, anılan Anayasal hakların kanun-dışı yollarla sınırlanması anlamına gelmektedir. Şüphesiz, anılan Kural'da geçen "kanun" sözcüğü ile, Anayasakoyucunun, "Anayasa'ya uygun olan kanun" mefhûmunu murâdettiği açıktır. Öyle ise, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararını ve bu kararın yerine getirilmesini" düzenleyen 8. maddesinin beşinci fıkrasında erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi ânından itibaren, en geç "yirmi dört saat" yerine "dört saat" olarak sınırlayan dava konusu düzenleme, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Kaldı ki, dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen "ölçülülük" ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Yasaların genel, objektif, âdil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve hakkâniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereklerindendir. Bu nedenle, kanunkoyucunun hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkâniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Kanunkoyucu, yasal düzenlemeler yaparken "hukuk devleti" ilkesinin bir unsuru olan "ölçülülük ilkesiyle" bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında âdil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. 'Elverişlilik',

başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin olmasını ifade etmektedir.

Bu bilgiler ışığında dava konusu yasal düzenlemeye bakıldığında, "elverişlilik" unsuru gereği, başvurulan önlemin (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi anından itibaren en geç dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin) ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda elverişli olmadığı; "gereklilik" unsuru gereği, başvurulan önlemin (yine, erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi anından itibaren en geç dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin), ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda gerekli olmadığı ve 'orantılılık' yönünden ise başvurulan önlem (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi anından itibaren en geç dört saat içinde yerine getirilmesi önlemi) ile ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin bulunmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, iptali istenen ve erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesi ile ilgili sürenin "yirmi dört saat"ten "dört saat"e indirilmesi ile ülkemiz açısından internet ortamında erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran böylesi düzenleme, haberleşme, ifade ve basın hürriyetlerini, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve "ölçülülük ilkesi"ne aykırı olacak şekilde sınırladığı için, bu bakımdan da Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtivâ eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra, ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik beşinci fıkrada öngörülen dava konusu değişiklikte, Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacak erişimin engellenmesi kararlarına karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin en geç kararın bildirilmesi ânından itibaren "dört saat" içinde engellenmesi sonucunda, Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia eden kişilere, yetkili makama

geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı, ilgililerin, hangi kanun yollarına ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında 6552 sayılı Kanunun 127. maddesiyle öngörülen dava konusu değişiklik, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında, erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve kararın bildirilmesi ânından itibâren, en geç "yirmi dört saat" yerine "dört saat" içinde yerine getirileceği yönündeki Kural'da geçen "yirmi dört saat" ibâresinin "dört saat" olarak değiştirilmesine ilişkin 6552 sayılı Kanunun 127. maddesinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

b.) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkranın birinci tümcesini oluşturan:

"Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen onaltıncı fıkra ile, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacağı; erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan) gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı öngörülmektedir.

6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi ile öngörülen Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacağı yönündeki düzenlemede, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak

gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak, Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacak erişimin engellenmesinin sınırlarının nerede başlayıp, nerede biteceği madde metninde açıklanmış değildir. Kuşkusuz, erişimin engellenmesi faaliyetlerinin, kişi hak ve hürriyetlerini ihlâl etmeden gerçekleştirilmesi ve denetimi açısından, yaşamın her alanında olduğu gibi, internet alanındaki hukukî düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve çerçevesi çizilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ideal bir internet faaliyetini düzenleyen kanun hükümlerinin, Telekomünikasyon örgütünün yapısını, temel işlevini, görev alanlarını, yetkilerini, sınırlarını ve denetim mekanizmalarını açık, net ve anlaşılabilir bir biçimde belirlemesi gerekir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Az yukarıda (dava dilekçemizin 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de açıklamaya çalıştığımız veçhile), Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

5651 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla değişik 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır ..." Kuralı ile erişimin engellenmesinde Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa verilecek görevlerin konuları belirtilmiş (Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller), ancak, bu hâller söz konusu olduğunda, sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetki ile, Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlığa (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak, kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa verilen erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Telekomünikasyon Kurumunun -olası- keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken; Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir. Kuşkusuz, böylesi bir düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkranın birinci tümcesi ile getirilen düzenlemede, Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacak erişimin engellenmesi kararına karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin engellenmesi sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia edenin ve ilgilisinin aleyhine olması halinde, kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi hasebiyle, dava konusu onaltıncı fıkranın birinci tümcesi hükmü, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller gerekçe gösterilerek, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen ve bu bapta Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri açıklanmaya çalışılan onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi hükmü ile erişimin engellenmesinin Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yerine getirilmesi yetkisi verilmesi, daha açık bir söyleyişle, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin varlığı mazeret ve gerekçe gösterilerek TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda talimat verme yetkisi tanınması, Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin; 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir.

Zirâ (az yukarıda, dava dilekçemizin [4-a] bölümünde de belirtildiği gibi), çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Dahası, böylece, Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (ifade özgürlüğü)" ile Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir. Zirâ, anılan Anayasa kuralında, Temel hak ve hürriyetlerin . ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrası hükmü ile TİB Başkanına, erişimin engellenmesi yetkisi adı altında, temel hak ve hürriyetlerden sayılan "ifade hürriyeti"ne, "haberleşme hürriyeti"ne ve "basın hürriyeti"ne doğrudan müdâhale ederek, Anayasamızda güvence altına alınan bu hürriyetlerin kullanımının engellenmesi konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Böylesi bir düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller gibi, soyut ve muğlâk gerekçelere dayanılarak, kanun-dışı yollarla sınırlanması anlamına gelmektedir.

Ayrıca (az yukarıda, yine, dava dilekçemizin [4-a] bölümünde de değindiğimiz veçhîle), internet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sarâhaten ve tâdâdî olarak belirtilmiştir. Buna göre, "İn-ter-net

or-ta-mın-da ya-pı-lan ve içe-ri-ği aşa-ğı-da-ki suç-la-rı oluş-tur-du-ğu hu-su-sun-da ye-ter-li şüp-he se-be-bi bu-lu-nan ya-yın-lar-la il-gi-li ola-rak eri-şi-min en-gel-len-me-si-ne ka-rar ve-ri-lir:

a) 26/9/2004 ta-rih-li ve 5237 sa-yı-lı Türk Ce-za Ka-nu-nun-da yer alan;

1) İn-ti-ha-ra yön-len-dir-me (mad-de 84),

2) Ço-cuk-la-rın cin-sel is-tis-ma-rı (mad-de 103, bi-rin-ci fık-ra),

3) Uyuş-tu-ru-cu ve-ya uya-rı-cı mad-de kul-la-nıl-ma-sı-nı ko-lay-laş-tır-ma (mad-de 190),

4) Sağ-lık için teh-li-ke-li mad-de te-mi-ni (mad-de 194),

5) Müs-teh-cen-lik (mad-de 226),

6) Fu-huş (mad-de 227),

7) Ku-mar oy-nan-ma-sı için yer ve im-kân sağ-la-ma (mad-de 228),

suç-la-rı.

b) 25/7/1951 ta-rih-li ve 5816 sa-yı-lı Ata-türk Aley-hi-ne İş-le-nen Suç-lar Hak-kın-da Ka-nun-da yer alan suç-lar."

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, "Eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rının, so-ruş-tur-ma ev-re-sin-de hâ-kim, ko-vuş-tur-ma ev-re-sin-de ise mah-ke-me ta-ra-fın-dan ve-ri-leceği; so-ruş-tur-ma ev-re-sin-de, ge-cik-me-sin-de sa-kın-ca bu-lu-nan haller-de Cum-hu-ri-yet sav-cı-sı ta-ra-fın-dan da eri-şi-min en-gel-len-me-si-ne ka-rar ve-ri-le-bi-leceği; bu du-rum-da Cum-hu-ri-yet sav-cı-sının ka-ra-rı-nı yir-mi-dört sa-at için-de hâki-min ona-yı-na su-nacağı ve hâkimin de, ka-ra-rı-nı en geç yir-mi-dört sa-at için-de ve-receği"; dördüncü fıkrasında da, "İçe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-da be-lir-ti-len suç-la-rı oluş-tu-ran ya-yın-la-rın içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı-nın yurt dı-şın-da bu-lun-ma-sı ha-lin-de ve-ya içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı yurt için-de bu-lun-sa bi-le, içe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-nın (a) ben-di-nin (2) ve (5) ve (6) nu-ma-ra-lı alt bent-le-rin-de ya-zı-lı suç-la-rı (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluş-tu-ran ya-yın-la-ra iliş-kin ola-rak eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rının re'sen Baş-kan-lık ta-ra-fın-dan ve-ri-leceği ve bu ka-rarın, eri-şim sağ-la-yı-cı-sı-na bil-di-ri-le-rek ge-re-ği-nin ye-ri-ne ge-ti-ril-me-sinin is-te-neceği" hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de,

ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukûu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-da be-lir-ti-len suç-la-rı oluş-tu-ran ya-yın-la-rın içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı-nın yurt dı-şın-da bu-lun-ma-sı ha-lin-de ve-ya içe-rik ve-ya yer sağ-la-yı-cı-sı yurt için-de bu-lun-sa bi-le, içe-ri-ği bi-rin-ci fık-ra-nın (a) ben-di-nin (2) ve (5) ve (6) nu-ma-ra-lı alt bent-le-rin-de ya-zı-lı suç-la-rı (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluş-tu-ran ya-yın-la-ra iliş-kin ola-rak eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rı, re'sen Baş-kan-lık ta-ra-fın-dan verilebilecektir. Oysa, dava konusu Kural'ın yer aldığı 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi hükmüne göre, artık, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"in vukûu hâlinde de "erişimin engellenmesi kararı" verilebilecek ve bu hâllerin tahakkuku durumunda, "erişimin engellenmesi"ne doğrudan Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından karar verilecektir. Yâni, böylelikle, "erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâller" arasına, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller" de eklenmiş bulunmakta ve kezâ, "erişimin engellenmesi kararı" verebilecekler arasına hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcısının yanında, Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) da katılmış bulunmaktadır.

Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci cümlesi, en geç yirmidört saat içinde, hâkimin onay vermediği sürece kaldırılacak olan bir erişimin engellenmesi tedbiri için Cumhuriyet savcısını yetkili görürken, dava konusu Kural, TİB Başkanı'nın tâlimatı üzerine verilen erişimin engellenmesi kararının doğrudan Başkanlık, yâni, idare tarafından yerine getirileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda daha ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde öngörülen, "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"de erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi sürecine nazaran, daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni

tarafından daha ciddî yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hâllerde (katalog suçlarda), 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl (daha sıkı bir yargı denetimi) öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş bulunan ve muhtevâsında daha soyut ve daha muğlak kavramları barındıran Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi sûretiyle ifade hürriyetini, haberleşme hürriyetini ve basın hürriyetini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesi, "ölçülülük ilkesi" ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde öngörülen düzenlemeler, Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi"ni teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırıdır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan, "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." biçimindeki düzenleme, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

c.) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkranın ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerini oluşturan:

"Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

Söz gruplarının (tümcelerinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Kuşkusuz, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinin -yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile-Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri, aynı fıkranın ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerine de sirâyet etmekte ve anılan ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerin de -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırılığı (Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerinin ihlâli) sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, dava dilekçemizin (4-b) numaralı madde başlığı altında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya

bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." tümcesi hakkında -az yukarıda- ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan "Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ile dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." söz grupları (tümceleri) için de aynen geçerlidir. Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve lüzûmsuz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, dava dilekçemizin -yukarıda- (4-b) numaralı madde başlığı altında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçelerini, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz. Zirâ, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde geçen "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller .", anılan fıkranın "tamamına / bütününe" şâmil olmakla, dava konusu onaltıncı fıkranın "birinci tümcesi ile aynı fıkranın ikinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri arasında, -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan "Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ve dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." tümceleri olmaksızın 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." tümcesi, başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." tümcesinin varlığı söz konusu olmaksızın, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan

"Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ve dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." tümceleri, tek başlarına hüküm ifade etmezler ve başlıbaşına varlıklarını sürdüremezler. Öyle ise, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının iptalini talep ettiğimiz birinci tümcesi hakkında az yukarıda (dava dilekçemizin [4-b] maddesinde) ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri için de aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." Kuralı hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan "Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ve dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." tümcelerinde yer alan Kuralların uygulanamaması sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine

6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyetleri kalmayan 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin de iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Yüksek mâlûmları olduğu üzere, Kamu Hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için, yasal bir düzenlemenin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve bu yasal düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 97., 109., 126. ve 127. maddelerinin iptallerini talep ettiğimiz dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibâreleri yönünden, bu iki şart birlikte gerçekleşmiştir.

Dava dilekçemizde de mufassal bir biçimde açıklamaya çalıştığımız veçhile, dava konusu yapılan ve Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptali istenen ve bu bapta da yürürlüklerinin durdurulması talep olunan madde, fıkra, tümce ve ibârelerin öngördüğü düzenlemelerle;

23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği, "hukuk devleti" ilkesine aykırı bir biçimde hükme bağlanmakta, böylece, hukuka aykırı olarak görevinden alındığı yargı kararıyla saptanan bir kamu görevlisinin, dava konusu yapılan kadronun boş olması hâlinde, bu kadroya ataması yapılmaksızın, başka bir kadroya atanmak sûretiyle mağduriyetine yol açılmakta ve böylelikle, yargı kararları bertarâf edilerek, kamu görevlilerinin açtıkları davalardan elde edecekleri hukukî kazanımlardan yararlanamamalarına cevaz verilmekte,

İdarî yargı mercilerince, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda, dava dilekçemizin [1-a] bölümünde açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağını

öngören; başka bir deyişle, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi ortadan kaldırılmakta; böylece, bu görevliler hakkındaki idarî makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan idarî kararların, hukuk âleminde varlığını sürdürmesine yol açılmakta; bu meyânda, "hak arama hürriyeti"ni sınırlanarak, bu hakkın özünü zedelemekte ve idarî yargının en güçlü araçlarından biri olan "yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi"nin elinden alınması sûretiyle, yargısal denetim kısıtlanmakta,

23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği hükme bağlanmakla, yetkili mercîiler tarafından, söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyen fâiller hakkında hiçbir adlî işlem yapılamamakta; Cumhuriyet savcılarının, söz konusu mahkeme kararlarını kasıtlı olarak yerine getirmeyen ve böylece suç işleyen kişi (şüpheli) hakkında (bir anlamda) kamu davası açabilme yetkisi elinden alınmakta; böylece, söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kişilere, âdetâ, imtiyaz (ayrıcalık) tanınmasına sebebiyet verilmekte; diğer yandan, anılan türden mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceğinin öngörülmesi, bu tür yargı kararlarını yerine getirmeyenlere "yargı yolu"nun kapatılması anlamına gelmekte,

Yayımı (11.9.2014) tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında, bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmek sûretiyle, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının uygulanması engellenmekte ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda herhangi bir işlemin tesis edilemeyeceği öngörülmekte; böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhâl yerine

getirilmesinin yolu kapatılmakta ve özelleştirme uygulamaları sona eren ve Kural'ın yayımı (11.9.2014) tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan kuruluşlar hakkında verilen yargı kararları ile ilgili olarak, sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında, bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmeyeceği öngörülmek suretiyle, adlî veya idarî yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmakta ve bu itibarla, mezkûr mahkeme kararlarının uygulanmaması sûretiyle yargı erki işlevsiz bırakılmakta,

İnternet ortamında oluşan trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından (hangileri olduğu belirsiz) ilgili işletmecilerden temin edileceği ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde (yine, hangileri olduğu belirsiz) ilgili mercilere verileceği hükme bağlanmak sûretiyle, artık, trafik bilgilerinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesinin ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde (mahkemeler dışında da) ilgili mercilere verilmesinin önü açılmakta; internet ortamında gerçekleşen trafik bilgilerinin teminine ve teslimine ilişkin konularda, her görevlendirmeye göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmekte; trafik bilgilerinin TİB tarafından temin edilebilmesi ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde, ilgili mercilere verilmesi öngörülmekle, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine dokunulmasına cevaz verilmekte,

Eri-şi-min en-gel-len-me-si ka-ra-rı-nın ge-re-ğinin, der-hâl ve en geç ka-ra-rın bil-di-ril-me-si ânın-dan iti-ba-ren ("yirmi dört saat" yerine) "dört sa-at" için-de ye-ri-ne ge-ti-ri-leceği öngörülerek, kısıtlayıcı ve internet ortamında yapılacak engellemeleri arttırıcı yöntemlerle erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesi hızlandırılmakta; Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacağı; erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan) gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı hükme bağlanmakta; "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller" ibâresiyle, sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle, Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç

işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak, kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Telekomünikasyon Kurumunun olası keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmekte,

Dolayısı ile, anılan düzenlemelerle, Anayasa'da "Temel haklar ve hürriyetler" arasında sayılan "hak arama hürriyeti", âdil yargılanma hakkı", "özel hayatın gizliliği", "ifade hürriyeti", "haberleşme hürriyeti", "basın hürriyeti"; kezâ, "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" ilkesi, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" prensibi", -söz konusu hakların ve hürriyetlerin özüne dokunurcasına- "Hukuk devleti" ve "Adâlet" ilkeleriyle bağdaşmayacak sûrette sınırlanmakta ve "Hukuk devleti" ilkesi ihlâl edilmektedir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen madde, fıkra, tümce ve ibâreler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibârelerin uygulanması halinde, "Hukuk devleti" ilkesi, "hak arama hürriyeti", "âdil yargılanma hakkı", "özel hayatın gizliliği", "ifade hürriyeti", "haberleşme hürriyeti", "basın hürriyeti", "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" ilkesi, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" prensibi konularında Anayasa'nın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı kesindir.

Dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibâreler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa'ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu yasal düzenlemeler yönünden "Yürürlüğü Durdurma" Kararı verilmeyip, sadece İptal Kararı verilmesi halinde, bu İptal Kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin, hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken "hukukun üstünlüğü" ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende ise, kişinin temel hak ve

özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, "hukuk devleti" ilkesi yönünden (yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile), telâfîsi imkânsız durum ve zararlara yol açacaktır.

Böylesi bir ahvâlin husûle gelmesini önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenen dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibârelerin, iş bu dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması talebiyle Yüksek Mahkemenizde iş bu dava açılmıştır.

VI. SONUÇ VE İSTEM

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un (Anayasa'ya aykırı bulduğumuz sâir hükümleri yönünden iptal ve yürürlüklerinin durdurulması taleplerimiz hakkında süresi içerisinde ek-dilekçe verme hakkımız saklı kalmak ve iş bu dava dilekçemizde dava konusu yapmadığımız sâir hükümlerin Anayasa'ya uygun olduklarını kabûl ettiğimiz anlamına gelmemek kaydı ile, şimdilik, aşağıdaki hükümlere hasren),

1-) 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesinde geçen ". 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." ibâresinin Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine; birinci fıkrasının dördüncü cümlesini oluşturan "Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz." tümcesinin Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 138. maddelerine; birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; ." ibâresinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine,

2-) 109. maddesi ile 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun"a eklenen "GEÇİCİ MADDE 26"nın, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine,

3-) 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un 3. maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine,

4-) 127. maddesinin tamamının, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine,

Aykırı olmaları nedeniyle, gerek lâyihamızda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkeme'niz tarafından re'sen belirlenecek nedenlerle İPTALLERİNE ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

Karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kanun'un;

1- 97. maddesiyle değiştirilen 2577 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 28. maddesi şöyledir :

"**Kararların sonuçları**

Madde 28- 1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. (İptal cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.)(.) (Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.; Değişik üçüncü ve dördüncü cümleler: 10/9/2014-6552/97 md.) Ancak, **23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir. Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmaz. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/97 md.) Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;** ancak disiplin hükümleri saklıdır.

2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.) Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde

yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. (Değişik: 21/2/2014-6526/18 md.) Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.

5. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

6. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.) Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez."

2- 109. maddesiyle, 4046 sayılı Kanun'a eklenen dava konusu geçici 26. madde şöyledir:

"**Geçici Madde 26- (Ek: 10/9/2014-6552/109 md.)**

Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmez."

3- 126. maddesiyle değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un dava konusu kuralı da içeren 3. maddesi şöyledir:

"**Bilgilendirme yükümlülüğü**

MADDE 3- (1) İçerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından iki bin Türk lirasından elli bin Türk lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) (Ek: 6/2/2014-6518/86 md.) Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir.

(4) (Ek: 26/2/2014-6527/16 md.; Değişik: 10/9/2014-6552/126 md.) **Trafik bilgisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilir.**

4- 127. maddesiyle değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 8. maddesi şöyledir:

"**Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi**

MADDE 8- (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir.

Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.) Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse

belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) (Ek: 26/2/2014-6527/17 md.) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.

(16) (Ek: 10/9/2014-6552/127 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 25.9.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik

bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Erhan TUTAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 97. Maddesiyle, 2577 sayılı Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen Üçüncü Cümlesinin ".23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Anayasa'ya göre mahkeme kararlarının aynen ve geciktirilmeksizin uygulanmasının zorunlu olduğu, dava konusu düzenleme ile aynen uygulanması gereken mahkeme kararlarının iki yıl içinde ve değiştirilerek uygulanmasının öngörüldüğü, yargı kararlarının uygulanmasının herhangi bir şarta bağlanmaksızın idareler açısından bağlayıcı olduğu ve bu kararların derhal uygulanması gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, 2451 sayılı Kanun'a ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerdeki unvanlı görevler ile atama usulleri farklı olsa da daire başkanı ve üstü görevlere, kolluk teşkilatlarının kadrolarına (sivil memurlar hariç), açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin iki yıl içinde ve kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanma suretiyle yerine getirileceğini düzenlemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmıştır. Böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur. Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da bunları ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında da "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, davaya taraf olan kişinin anayasal güvencelerinin etkin olarak korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması için, idarenin kendisi hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması gerekmektedir.

Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsılması, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, yargı kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş olacaktır.

Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla

sağlanabilir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindendir.

Bilindiği gibi idari yargıdaki iptal kararları, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle idari yargı mercilerince verilen iptal kararlarının dava konusu işlem üzerinde biri, davaya konu idari işlemle ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemlerin yapıldıkları tarihten itibaren geçerli olarak ortadan kaldırılması; diğeri işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesi ve böylece hukuk düzeninin hiç bozulmamış hâle getirilmesi olmak üzere iki tür etkisi vardır.

Dava konusu kuralda, birtakım unvanlı görevler ile kolluk teşkilatlarının (sivil memurlar hariç) kadroları hakkında tesis edilen atama, görevden alma gibi bazı idari işlemler hakkında verilen yargı kararlarının uygulanması için ilgilinin iki yıl içinde başka bir kadroya atanmasına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Böylece, anılan işlemlere ilişkin uygulamalar sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce aynen ve gecikmeksizin yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve söz konusu kişiler hakkında idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmıştır.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Bu bağlamda hak arama yollarına başvuran bireylerin elde etmek istedikleri hukuki sonuçların yasama tasarruflarıyla etkisizleştirmesi, Devlete olan güven duygusunu ortadan kaldırmaktadır. Bu durum hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerine uygun düşmemektedir.

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları geciktirme ya da uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı Anayasa'nın 125. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

B- Kanun'un 97. Maddesiyle, 2577 sayılı Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen Dördüncü Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, idari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için Anayasa'da öngörülen şartlardan birinin kanun koyucu tarafından yokluğunun peşinen kabul edilmesi suretiyle belli konulara ilişkin yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellendiği ve böylece hak arama hürriyeti ile yargısal denetimin kısıtlandığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, 2451 sayılı Kanun'a ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerdeki unvanlı görevler ile atama usulleri farklı olsa da daire başkanı ve üstü görevlere ve kolluk teşkilatlarının kadrolarına (sivil memurlar hariç) ilişkin her türlü atama, görevden alınma veya görev ve unvan değişikliği işlemlerinin uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zarar doğuran hâllerden sayılamayacağını düzenlemektedir.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçların hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idari işlemin iptal kararı verilinceye kadar mevcudiyetini sürdürmesine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idarenin hem olası bir tazmin yükünden kurtarılması hem de hukuk sınırları içinde kalması sağlanarak hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını temin etmek amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek

yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; altıncı fıkrasında ise yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâli ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanılması, kanun koyucuya, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirme konusunda sınırsız yetki vermez. Zira Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilecektir.

Dava konusu kuralda belirtilen işlemlerin diğer idari işlemlerden farklı bir özelliğinin bulunmaması ve Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararının idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilmesi göz önüne alındığında, bazı işlemlerin telafisi güç veya imkânsız zarar doğurmayacağının peşinen kabulü suretiyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellenmesinin kamu yararı ve kamu düzenini korumayacağı açıktır. Kamu düzeni, hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur.

Dava konusu kural, idarece tesis edilen bazı işlemlerin, ilgilileri hakkında telafisi güç veya imkânsız zarar doğuran hâllerden sayılamayacağını düzenlemektedir. Böylece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli koşullardan birisi olan "telafisi güç veya imkânsız zarar doğmak" şartı kanun koyucu tarafından yok sayılmakta, dolayısıyla idari yargı yerlerince yürütmenin durdurulması kararı verilmesi engellenmektedir. Kural uyarınca, yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen biçimde sınırlanması sebeplerini aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır.

İdari işlemin uygulanmasıyla telafisi güç veya imkânsız zararların doğacağı durumlarda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, kişilerin hak arama özgürlüklerini etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan önemli bir imkân olup bu imkânı ortadan kaldıran veya etkisiz hâle getiren bir düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı, Anayasa'nın 10. ve 138. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

C- Kanun'un 97. Maddesiyle, 2577 sayılı Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen Cümlenin "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;" Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yargı kararlarının idareler açısından bağlayıcı olduğu ve hiçbir suretle değiştirilemeyeceği gibi yerine getirilmelerinin de geciktirilemeyeceği, kararların uygulanmasının herhangi bir şarta bağlanamayacağı, uygulamamanın suç olduğu, bir kısım mahkeme kararlarının uygulanması zorunlu iken bazı kararların uygulanmamasının suç olmaktan çıkarılması suretiyle kanun önünde eşitsizlik oluşturulduğu, hiçbir kişiye imtiyaz tanınamayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile 2451 sayılı Kanun'a ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerdeki unvanlı görevler ile atama usulleri farklı olsa da daire başkanı ve üstü görevlere ve kolluk teşkilatlarının kadrolarına (sivil memurlar hariç) ilişkin her türlü atama, görevden alınma veya görev ve unvan değişikliği işlemleri ile ilgili mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği düzenlenmektedir. Başka bir ifadeyle anılan işlemlere ilişkin yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilmesi yasaklanmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Mahkeme kararlarının uygulanması da, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Kararın uygulanmaması hâlinde yargılamanın da bir anlamı kalmayacaktır.

Yargı kararlarının uygulanması "mahkemeye erişim hakkı" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hâllerinde, "mahkemeye erişim hakkı" da anlamını yitirir.

Yargı kararının geciktirilmeksizin uygulanması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında mahkemelerin bağımsızlığının bir parçası olarak görülmekte ve Devlete yargı kararlarını değiştirmeden ve geciktirmeden uygulama yükümlülüğü getirilmektedir.

Anayasa'nın 138. maddesinde mahkeme kararlarına uyma, bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama ve yürütme organları ile idare makamları lehine herhangi bir istisna kuralına yer verilmemiştir. Yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmeleri mümkün olmaz. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında icra edilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu sebeple hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek, sonuçsuz bırakılması kabul edilemez.

Kesin hükme saygı ilkesi, uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul görmektedir. Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması yükümlülüğü, hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır.

Dava konusu kuralda, fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlere ilişkin olarak verilen yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği düzenlenerek mahkeme kararlarının uygulanması zorunluluğu bertaraf edilmekte; konusu suç oluşturan bir fiilin cezasız bırakılmasına olanak sağlanmaktadır. Bu bağlamda kural, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan mahkeme kararlarının uygulanması ile yakından ilgili olup 2577 sayılı Kanun'un 28. maddenin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasa'ya uygunluğu bakımından yapılan değerlendirmeler ve varılan sonuç, dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

D- Kanun'un 109. Maddesiyle, 4046 sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 26. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmesini öngören kuralın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesine rağmen aynı nitelikteki düzenlemenin tekrar getirildiği, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğu, adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolunun açıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile düzenlemenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmektedir.

Dava konusu kuralda, devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan geri almaya ilişkin yargı kararlarının uygulanmamasına dair düzenleme getirilmektedir. Bu bağlamda kural, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan mahkeme kararlarının uygulanması ile ilgili olduğundan 2577 sayılı Kanun'un 28. maddenin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesi ile aynı fıkranın son cümlesinin Anayasa'ya uygunluğu bakımından yapılan değerlendirmeler ve varılan sonuç, dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

E- Kanun'un 126. Maddesiyle Değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un 3. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, trafik bilgileri temin edilecek olan ilgili işletmeciler ile trafik bilgileri kendilerine verilecek olan ilgili mercilerin hangileri olduğunun somut bir biçimde belirtilmediği, trafik bilgilerinin temini ve verilmesi konusunda kapsamı ve mâhiyeti değişebilen sınırları belirsiz, muğlâk, ucu-açık ve geniş yetkiyle hukuki belirsizlik oluşturulduğu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet, talep ya da başvuru olmaksızın trafik bilgilerinin ilgili mercilerden temin edilmesinin yolunun açıldığı, özel hayatın gizliliği ve korunması ilkesinin ihlal edildiği, kişisel bilgilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın veya kanunda açıkça belirtilen hâller haricinde işlenemeyeceği, temel hak ve hürriyetlerin ölçüsüzce sınırlandığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, internet trafik bilgisinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden herhangi bir hukuki inceleme ya da sürece dahil olmadan alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenlemektedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için, bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hâle getirilebilir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm

demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.

Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışması konusunda, keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu saldırı ve karışmalara karşı yasa ile korunmaya hakkı vardır."; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de, "1. Herkes özel hayatına ve aile hayatına.saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; 2. Bu hakkın kullanılmasında bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir." denilerek özel yaşamın dokunulmazlığı sağlanmıştır.

Dava konusu kuralda geçen trafik bilgisi, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (j) bendinde, taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgileri şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla trafik bilgisi adı altında istenen bilgiler genel anlamda belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eden kişisel veri kavramı içerisindedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.

AİHM kararlarında da belirtildiği gibi, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur.

Dava konusu kural, yukarıda belirtilen kişisel veri niteliğinde olan ve ciddi suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılmak üzere gerçek ve tüzel kişilere ilişkin trafik bilgisinin, işlenmemiş veri hâlinde süreli olarak muhafaza edildiği erişim veya yer sağlayıcılardan, TİB tarafından herhangi bir gerekçe veya neden göstermeksizin temin edilmesine olanak sağlamaktadır. Söz konusu verilere ulaşılabilirlik, kişilerin tercihleri, düşünceleri ve davranışları hakkında fikir verebileceğinden kişilerin özel hayatlarına müdahale edilme riskini içermektedir. Kuralda, temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 20. maddesi, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvenceyi, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla

işlenebileceği şeklinde belirtmiştir. Dolayısıyla bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, çerçevesi çizilmiş, açık, anlaşılabilir, kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli ve özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunmasını olanaklı hâle getirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, verilerin işlenebileceği hâllerin kanunda açıkça yer alması zorunluluğu bulunmasına karşın, kuralda herhangi bir belirleme ve sınırlama yapılmaksızın doğrudan kişisel veri niteliğindeki trafik bilgisinin temin edilmesine ve işlenmesine olanak sağlanmasının bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu açıktır.

Trafik bilgisi adı altında temin edilecek olan bilgiler Anayasa ile teminat altına alınan iletişimin gizliliği, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, kişisel verilerin korunması gibi birçok temel hakla doğrudan ilgili olup bu bilgilerin TİB tarafından herhangi bir kurala ve sınırlamaya tabi olmaksızın istenildiği zaman ve şekilde elde edilebilir olması temel hak ve özgürlüklerin doğrudan ihlaline sebebiyet vermektedir.

Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen dava konusu kural ile kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme yetkisi olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın amaç, gerekçe, kapsam ve sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

F- Kanun'un 127. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen "dört saat" İbaresinin İncelenmesi

1- Genel Açıklama

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü kurumdur. TİB ayrıca 5651 sayılı Kanun'a göre internet içeriğinin izlenmesi/denetlenmesinden ve hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim engelleme kararlarının uygulanmasından da sorumludur.

TİB, 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak, internet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti hâlinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak anılan Kanun'da öngörülen gerekli tedbirleri almakla da görevlidir.

Erişim engelleme, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir internet sitesine ulaşımının engellenmesidir. Hakkında erişim engelleme kararı verilen bir sitenin internet ortamında yayını kapatılmamakta, birtakım teknik yollar izlenerek ve yalnızca Türkiye sınırları içerisinden siteye ulaşılmasının önüne geçilmektedir.

5651 sayılı Kanun, esasen internet yayıncılığına ilişkin hükümler ve önemli tanımlamalar getirmekle birlikte, daha çok sitelerin erişime engellenmesi konusunda öne çıkmaktadır. Kanun, 8. maddesi ile sitelere erişim engelleme kararının verilmesi, bu karara konu olabilecek suçları ve bu kararın uygulanmasını düzenlemektedir. Erişim engelleme kararına konu olabilecek suçlar, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında sınırlı olarak sayılmıştır.

Bir internet sitesi hakkında erişim engelleme kararı vermeye, soruşturma safhasında hâkim (ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı); kovuşturma aşamasında ise mahkeme yetkilidir. Ayrıca Kanun'da öngörülmüş bazı durumlarda TİB tarafından da erişim engelleme kararı verilebilecektir. Mahkeme/hâkim tarafından verilen erişim engelleme kararları koruma tedbiri; TİB tarafından verilen kararlar ise idari tedbir niteliğindedir.

Soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme, 8. maddede sayılan katalogdaki suçlardan dolayı her zaman erişim engelleme tedbirine hükmedebilir. Ayrıca yine soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde erişim engelleme kararı verebilir. Cumhuriyet savcısı, bu yetkisini kullandıktan sonra kararı yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunar ve bu karar, hâkim tarafından yirmi dört saat içerisinde onaylanmazsa, kendiliğinden ortadan kalkar.

Kanun, erişim engelleme kararı verebilecek yetkili bir organ olarak, ayrıca TİB'i belirlemiştir. TİB, katalogda sayılan suçlardan dolayı içerik ve/veya yer sağlayıcının yurtdışında olması hâlinde kendiliğinden erişim engelleme kararı verebilecektir. Ayrıca, çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan içerikler söz konusu ise içerik ve/veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa dahi, TİB tarafından erişim engelleme kararı verilebilecektir.

Erişim engelleme kararları iki şekilde uygulanır. Şayet erişim engelleme kararı hâkim/mahkeme yahut Cumhuriyet savcısı tarafından verilmişse, kararın bir örneği gereği yapılmak üzere TİB'e gönderilir. TİB ise kararı erişim sağlayıcılara bildirerek uygulanmasını sağlayacak mercidir. TİB'in resen engelleme kararı verdiği durumlarda da yine bu karar TİB tarafından erişim sağlayıcılara bildirilmektedir.

Erişim sağlayıcı, kararı uygulayarak ilgili internet sitesini TİB tarafından önceden hazırlanmış bir sayfaya yönlendirir. TİB'in hazırlamış olduğu bu sayfada, sitenin erişime engellenmiş bulunduğu ve kararı veren merciin adı ile tarih ve numarası da bulunur.

Erişime engelleme kararı, erişim sağlayıcı tarafından kendisine bildirilmesinden itibaren dört saat içinde yerine getirilmek zorundadır. Bunun aksine hareket için cezai hükümler getirilmiştir. Kanun'un 8. maddesine göre, koruma tedbiri niteliğindeki erişim engelleme kararını yerine getirmeyen erişim sağlayıcı sorumluları için para cezası öngörülmüştür. İdari tedbir niteliğindeki erişim engelleme kararlarının uygulanmaması durumundaysa, idari para cezasının yanında yetki belgesinin iptaline de karar verilebilecektir.

2- Anayasa'ya Aykırılık

Dava dilekçesinde, erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve internet ortamında yapılacak engellemeleri arttıracak olan bir düzenleme öngörüldüğü, bunun demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmadığı, kuraldaki sınırlamanın ölçülü olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile usulüne uygun olarak verilen bir erişimin engellenmesi kararının gereğinin en geç dört saat içerisinde yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da belirtildiği üzere, yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi uyarınca Anayasa'da bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde kanun koyucunun takdirindedir.

Dava konusu düzenlemede, 5651 sayılı Kanun'da sayılan bazı durumlarda yine bu Kanun'da belirtilen merciler tarafından hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir içerik veya internet sitesinin erişiminin engellenmesine karar verilmesi hâlinde bu kararın gereğinin süratle yerine getirilmesini temin etmek bakımından uygulama süresi belirlenmektedir. Daha önceki düzenlemede "yirmidört saat" olarak öngörülen bu süre Kanun metninde derhal ve en geç dört saat olarak değiştirilmiştir. Söz konusu sürenin belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkelerine dayanılarak, usulüne uygun olarak verilmiş bir erişimin engellenmesi kararının uygulanma süresinin dört saat olarak belirlenmesi suretiyle hukuka aykırı içerik nedeniyle mağdur olan kişilerin lehine bir düzenleme getirilmiştir. Bu nedenle kuralın, hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 13., 22., 26., 28. ve 40. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 127. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (16) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Başkanlık tarafından yapılacak erişimin engellenmesinin sınırlarının nerede başlayıp, nerede biteceğinin madde metninde açıklanmadığı, erişimin engellenmesi faaliyetlerine ilişkin hukuki düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve çerçevesinin çizilmiş olması gerektiği, kural olarak hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceğinin 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sarahaten ve tâdâdî olarak belirtildiği, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci cümlesi, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, en geç yirmidört saat içinde, hâkimin onay vermediği sürece kaldırılacak olan bir erişimin engellenmesi tedbiri için Cumhuriyet savcısını yetkili görürken, dava konusu kuralın, Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın (Başkan) tâlimatı üzerine verilen erişimin engellenmesi kararının doğrudan Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (Başkanlık), yâni idare tarafından yerine getirileceğini öngördüğü, dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda daha ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen, "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"de erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi sürecinin, daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılındığı, hukuk düzeni tarafından daha ciddi yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hâllerde (katalog suçlarda), 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha sıkı bir yargı denetimi öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş bulunan ve muhtevâsında daha soyut ve daha muğlak kavramları barındıran millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi suretiyle ifade, haberleşme ve basın hürriyetlerini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesinin, "ölçülülük ilkesi" ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkan'ın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacağı; erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı düzenlenmektedir.

Erişimin engellenmesi, Anayasa'nın 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti ve 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile doğrudan ilgili olup Anayasa'nın 22. maddesinde, "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."; "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesinde de, "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. .

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir." denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

İfade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil, aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'in de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez.

İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı zemin, bilgiye ulaşma, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline gelen internet konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü TİB'in oluşturulmasındaki temel amaç, iletişimin izlenmesi ve tespit edilmesi uygulamalarında yetkileri merkezileştirmektir. 5651 sayılı Kanun'a göre TİB, internet içeriğinin izlenmesi/denetlenmesi ile hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim engelleme kararlarının uygulanmasından sorumludur. Ayrıca TİB, Türkiye'de barındırılan belli bazı internet içeriklerine ve 8. maddede sayılan suçlar bağlamında Türkiye dışında barındırılan içeriğe erişimi, bazı suçlar yönünden idari kararla engelleme yetkisine de sahiptir. TİB'in ayrıca internetteki içerik izleme sistemlerinin yapısı, zamanlaması ve yöntemlerini, filtreleme, engelleme ve izleme için kullanılacak yazılım ya da donanımın üretimine ilişkin asgari ölçütleri belirleme yetkisi de vardır.

Ancak TİB gerek kuruluş mevzuatı gerekse de bu Kanun kapsamında yürüttüğü görevler bakımından ne bir regülasyon otoritesi ne de bir adli ve idari kolluktur.

Demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan "erişimin engellenmesi" tedbiri, yargı kararı ile yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanun'daki erişim engelleme kararları cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğindedir.

Dava konusu kural, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başkan'a erişimin engellenmesi yetkisi vermektedir. Kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" gibi ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve önceden öngörülmesi mümkün olmayan durumları ifade eden ibarelerin içerik ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ibarelere, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içerisinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmekte ve içerikleri somutlaştırılmaktadır.

Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen durumlarda kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle haberleşmenin engellenebileceği belirtilmektedir. Burada belirtilen yetkili merciin tespitinde yasa koyucunun sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı açıktır. Belirlenecek yetkili merciin fıkrada belirtilen sebepler konusunda değerlendirme yapabilecek ve karar alabilecek yetkinliğe sahip olması gerekir.

Dava konusu kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Haberleşme özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılması demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde ve Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla, belli koşullara, sınırlamalara bağlanabilir. Ancak, getirilen bu sınırlamalar

hakların özüne dokunamaz, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasal açıdan dokunulamayacak özün, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hâllerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla belirtilmesi de gerekmektedir.

Hukukun genel prensibi gereği "hukuken korunması gereken amaçla", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "hukuki himaye yönteminin yani aracın" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Kuralda yer alan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri; "amaç-araç" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı olan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtasıdır.

Erişimin engellenmesinde seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle şartları oluşmadan öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütününün erişime engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu durumda dava konusu kural ile TİB, belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece milli güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi veya kamu düzenini tehdit ettiği değerlendirilen ilgili yayına erişimin engellenmesi kapsamında tüm internet sitesine erişimi engelleyebilecektir. Kanun'un 9.

maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin ölçülülük ilkesi gereğince kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Bunun da sınırlı bir alanda idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı, Anayasa'nın 28. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 40. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- a- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin ".23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." bölümü,

b- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesi,

c- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;" bölümü,

2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümlerin ve cümlenin, uygulanmalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, OYBİRLİĞİYLE,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "dört saat" ibaresine yönelik iptal istemi, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkraya yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2.10.2014 gününde karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin ".23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "dört saat" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2.10.2014 gününde karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın Anayasanın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Erişimin engellenmesi kararını düzenleyen 8. maddenin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilmesini gerektirecek suçlar sayılmakta; (2) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme ve soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından verileceği belirtilmekte; (4) numaralı fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik ve yer sağlayıcısının yurt dışında olması hâlinde veya bunlar yurt içinde olsalar bile anılan suçlardan dördüncü fıkrada belirtilenlerin işlenmesi hâlinde erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık tarafından verilmesi öngörülmekte ve diğer fıkralarda bu kararların yerine getirilmesine ilişkin usuller düzenlenmektedir.

8. maddeye eklenen (16) numaralı fıkrada da millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinden birine veya birkaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde erişimin engellenmesinin Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılması ve bu kararın Başkanlık tarafından yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunularak hâkimin kararını kırksekiz saat içinde açıklaması öngörülmektedir.

Dava konusu kuralın aykırı bulunduğu Anayasanın 22. maddesinde haberleşme hürriyetinin ikinci fıkrada sayılan sınırlama sebeplerine bağlı olarak hâkim kararı ile, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emriyle

sınırlanabileceği hükme bağlanmakta; 26. maddesinde ise sınırlama sebepleri belirtilirken buna yetkili olan merci konusunda hüküm bulunmamaktadır.

Dava konusu kuralda ise, Anayasanın anılan hükümlerindeki sınırlama sebeplerinden üçüne yer verilirken, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde engelleme kararını vermeye yetkili merci Başkanlık olarak belirlenmektedir.

Kararın gerekçesinde de belirtildiği üzere, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi şeklinde belirlenen sınırlama sebeplerinin önceden ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve bunları gerektiren durumların ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından tek tek sayılması mümkün olmadığından, söz konusu ibarelerin genel çerçevesi uygulama ve yargı kararlarıyla belirlenerek somutlaşmaktadır. Anayasa koyucu, hâkim kararı yanında, yukarıda belirtilen sınırlama sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde "kanunla yetkili kılınmış merciin" de bu kararı alabileceğini belirttiğinden, kanunla Başkanlığın sözü edilen hâllerde yetkili kılınmasında da Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Kararın gerekçesinde, yetkili merciin tesbitinde kanun koyucunun sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı ve belirlenecek merciin fıkrada belirtilen sebepler konusunda değerlendirme yapabilecek ve karar alabilecek yetkinliğe sahip olması gerektiği belirtilerek, dava konusu kuralda geçen sınırlama sebeplerinin varlığı veya yokluğunu belirleme konusunda tek başına değerlendirme yapacak konumda olmayan TİB'e, bu konularda ilgili ve yetkili olan kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeden, erişimin engellenmesi yetkisi verilmesinin Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öncelikle 5651 sayılı Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulan TİB'in Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "yetkili merci" olarak belirlenip belirlenemeyeceği ve kanun koyucunun bu konudaki takdir yetkisini ne şekilde kullanacağı konusundaki bu değerlendirmelerin yerindelikle ilgili olduğu düşünülmektedir. Anayasanın anılan hükmüne dayanılarak kanunla yetkili merci olarak belirlenen TİB'in bu uzmanlığa ve birikime sahip olup olmadığı Anayasaya uygunluk denetiminde değerlendirme konusu yapılamaz. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi uyarınca Anayasada emredici ve yasaklayıcı hüküm bulunmayan hâllerde bir konunun düzenlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. TİB'i, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi konularında uzmanlık kuruluşu olarak belirleyen kanun koyucunun, Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen "yetkili merci" olarak belirleme konusunda da takdir yetkisi bulunduğu açıktır.

Diğer taraftan, dava konusu fıkrada, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinin bulunup bulunmadığının tek başına TİB tarafından değerlendirilip belirleneceğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Kuralla TİB'e bırakılan yetki erişimin engellenmesine karar verme yetkisidir. Fıkrada TİB'in bu yetkiyi re'sen kullanacağına dair bir hüküm olmadığı gibi millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkilerinin gözetilmeyeceğine dair bir kural da getirilmemektedir. Esasen bu sınırlama sebeplerinin değerlendirilmesi konusunda yetkili olan kurumların teklif ve talepleri üzerine mezkûr kararların alınacağı da tabiidir. Dava konusu kuralda ise bunun aksini düşündürecek bir hükme yer verilmemektedir.

Kararın gerekçesinde, Kanunun 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı, bunun da idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği belirtilmektedir.

Oysa, erişimin engellenmesi kararının kapsamı bakımından böyle bir kademelendirme yapılmasının Anayasal bir dayanağı olmadığı gibi, muhtevaları tamamen farklı olan mezkûr maddelerin karşılaştırılması suretiyle yapılan ölçülülük değerlendirmesinde de isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, 8. maddenin ikinci fıkrasında Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemeye, dördüncü fıkrasında Başkanlığa verilen erişimin engellenmesine karar verme yetkisinin de kapsamı belirtilmemekte ve bu maddede, gerekçede belirtilen şekilde bir kademelendirme de öngörülmemektedir.

Kanunun 9. maddesinde erişimin engellenmesi kararlarının, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanacağı ve zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik olarak engelleme kararı verilemeyeceği hükme bağlanmakta ise de, bu madde 8. maddeden tamamen farklı bir düzenleme içermektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, 8. maddede, internet ortamında yapılan ve birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi düzenlenirken, 9. maddede ve 9/A maddesinde internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ve özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri sonucunda verilecek erişimin engellenmesi kararlarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Mezkûr maddelerin muhtevaları tamamen farklı olduğundan, anılan düzenlemelerin karşılaştırılarak, iptal edilen fıkrada da 9. maddeye benzer şekilde bir

kademelendirilme yapılmamasının ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki kabule katılmak mümkün görünmemektedir.

Esasen ölçülülük incelemesinde, iptal edilen fıkrada öngörülen tedbir ile 9. maddede öngörülen engelleme tedbiri arasında yapılacak bir kıyaslamanın değil, kuralda öngörülen tedbirin kapsamının ve etkisinin dikkate alınması gerekir.

Kanun koyucu, 9 ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi kararlarının URL bazlı olarak verilip uygulanacağını ve zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik engelleme kararı verilemeyeceğini hükme bağlarken, 8. maddede böyle bir sınırlama öngörmemiş ve 8. maddenin (4) ve (16) numaralı fıkralarında da erişimin engellenmesi kararının kapsamı konusunda Başkanlığa takdir yetkisi tanımıştır.

Başkanlığın, (16) numaralı fıkraya göre takdir yetkisini kullanarak vereceği erişimin engellenmesi kararı da yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Başkanlığın engelleme kararı verirken dayandığı sınırlama sebebinin bulunup bulunmadığı, erişimin engellenmesi kararının hangi kurumun ve hangi gerekçelerle yaptığı teklif üzerine verildiği, içeriğe erişimin engellenmesinin amacın gerçekleşmesi için yeterli olup olmadığı hususlarındaki değerlendirmeleri, herhangi bir talebe bağlı olmadan engelleme kararının Başkanlık tarafından yirmidört saat içinde onayına sunulduğu sulh ceza hâkimince incelenerek, bu konudaki kararların ölçülülük ilkesine uygunluğu da dahil olmak üzere hukuka uygun olup olmadığının Anayasada yetkilendirilen hâkimler tarafından karara bağlanması öngörülmüştür.

Erişimin engellenmesinde seçilen aracın amacı gerçekleştirmek için zorunlu ve elverişli olup olmadığı da, idarece alınan tedbir kararının sadece içerikle sınırlı olması yeterli iken bununla yetinilmeyip sitenin bütününe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ölçülük ilkesine aykırılık oluşturduğu da, sulh ceza hâkimi tarafından yapılan incelemede çok kısa sürede, süratli bir şekilde tesbit edilebilir. Bu inceleme sonunda, engelleme kararında ölçülülük ilkesine aykırılık belirlendiği takdirde, bunun, kararın dayanağını oluşturan kuralın da ölçülülük ilkesine aykırı olduğu anlamına gelmeyeceği açıktır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin (16) nolu fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığı düşüncesiyle, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY YAZISI

A- 6552 sayılı Kanun'un 126. Maddesiyle Değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un 3. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, trafik bilgisinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden temin edileceği ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verileceği belirtilmektedir. Kanun'un 3. maddesine göre trafik bilgisi, taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini ifade etmektedir. Dolayısıyla, kural uyarınca, taraflara ilişkin IP adresinin, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanının, yararlanılan hizmetin türünün, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerinin işletmeciler tarafından TİB'e verilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.

Bu itibarla, iptali istenen kuralda TİB'e verilmesi öngörülen IP adresinin, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanının, yararlanılan hizmetin türünün, aktarılan veri miktarı ve abone kimlik bilgilerinin kişisel veri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, iptali istenen kuralla kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunulduğu tartışmasızdır. Ancak bu müdahale, suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru anayasal bir amaca dayanmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabilmesini öngören 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendini şu gerekçeyle Anayasa'ya uygun bulmuştur.

"İptali istenen ibare ile Kuruma verilen 'işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alma yetkisi'nin, Kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanında yer alan elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak kullanılabileceği, ayrıca Kurumun abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların kişisel bilgilerinin gizliliğini ve işletmecilerin ticari sırlarını korumakla görevli olduğu dikkate alındığında, iptali istenen ibare ile Kuruma gerçek ya da tüzel kişilerden özel hayatın gizliliğini ya da haberleşme özgürlüğünü ihlal eden bilgi ve belgeleri alma konusunda yetki verildiği söylenemez. Bu nedenle iptali istenen kuralın özel hayatın gizliliği hakkını ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan bir yönü bulunmamaktadır."

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak kullanılmak üzere Kuruma, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabilme yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını vurgulamıştır. İtiraz konusu kuralda da Kurumun bir birimi olan TİB'e, trafik bilgisinin ilgili işletmecilerden temin etme yetkisi verilmiştir. TİB'in temin ettiği trafik bilgilerini ancak hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verileceği hükme bağlanarak bunların gelişigüzel başka kurumlarla paylaşılması da engellenmiştir.

Bu itibarla, suç işlenmesini önlemek amacıyla TİB'in trafik bilgilerini işletmecilerden temin etmekten ibaret kalan müdahalenin, bu bilgilerin başka kurumlarla paylaşılmasının ancak mahkeme kararıyla mümkün olması karşısında, orantılı olmadığı söylenemez.

Öte yandan, 22.4.2014 günlü, 6533 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi 16. maddesine göre, taraf devletler, bilgisayar veri kayıplarına veya değişikliklerine karşı özellikle korunmasız olma ihtimalinin bulunduğu bilgisayar sistemi aracılığıyla **depolanan trafik verisi de dahil olmak üzere**, belirlenmiş bilgisayar verisinin süratli bir şekilde korunması talimatını verecek veya benzer biçimde bu korumayı gerçekleştirecek yasal **tedbirleri ve diğer idari tedbirleri alacaktır.**

Aynı Sözleşme'nin 17. maddesinde ise her bir taraf devletin, trafik verilerinin korunmasını süratli şekilde teminat altına aldıktan sonra ilgili taraf devletin yetkili makamının veya bu makamın belirlediği kişinin haberleşmelerin hangi hizmet sağlayıcı ve hangi yol vasıtasıyla gerçekleştirildiğini tespit etmesine imkan verecek **yeterli miktardaki** trafik verilerinin de süratli şekilde açıklanmasının sağlanması için gerekli **yasal tedbirleri ve diğer idari tedbirleri** kabul edeceği belirtilmiştir.

İptale konu kuralın, sözü edilen Sözleşmenin ilgili hükümleriyle içerik itibarıyla uyarlı olduğu ve Türkiye'nin, anılan Sözleşmeyle uluslararası alanda taahhüt ettiği yükümlülüklerin gereği olarak yapılmış bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

B- Kanun'un 127. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (16) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

Anayasa'nın 22. maddesinin "Haberleşme hürriyeti"ni düzenleyen 22. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır." denilmek suretiyle haberleşme hürriyeti güvenceye bağlanmıştır.

"Haberleşme özgürlüğü", kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır.

Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi haberleşme özgürlüğü de sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahale edilmesi gerekebilmekte, kişiler de önemli nedenlerle yapılan bu müdahalelere katlanmak durumunda kalmaktadırlar.

Nitekim Anayasa, haberleşme hürriyetini mutlak bir hak olarak düzenlememiş, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılmasına imkân tanımıştır. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında, bu sınırlamanın ne şekilde yapılacağı da belirtilmiştir. Buna göre, haberleşme özgürlüğünün engellenmesi veya haberleşmenin gizliliğine dokunulabilmesi, 22. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerden biri veya birkaçına dayanılarak ve kural olarak ancak usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla mümkün olabilmektedir. Anayasa, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise hakim kararı gerekmeksizin kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına imkan sağlamıştır. Ancak bu halde yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin, kararını kırksekiz saat içinde açıklaması zorunlu kılınmıştır. Aksi halde, kararın kendiliğinden kalkması öngörülmüştür.

Anayasa, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılma usulüne ilişkin detaylı hükümlere yer vermekle birlikte, iki noktada takdiri kanun koyucuya bırakmıştır. Bunlardan birincisi, yetkili hakimin kim olduğu, ikincisi ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde haberleşme özgürlüğüne dokunulabilmesi için hangi merciin gereken emri vermekle yetkilendirileceği hususudur. Kanun koyucu hukuk devleti ilkesini de gözeterek yetkili mercii tayin hususunda takdir yetkisine sahiptir.

İptali istenen kuralda, "millî güvenlik", "kamu düzeninin korunması", "suç işlenmesinin önlenmesi" nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak "gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde", erişimin engellenmesinin TİB Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacağı belirtilmiş, erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ifade edilmiş, Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin, kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı kurala bağlanmıştır.

İptali istenen kuralla, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılma usulüne ilişkin olarak Anayasa'nın 22. maddesiyle paralel bir düzenleme yapıldığı açıktır. Kanun koyucu, Anayasa koyucunun takdiri kendisine bıraktığı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde haberleşme özgürlüğüne dokunulabilmesi için gereken emri vermekle yetkili makamı da tayin etmiş ve bu hususta yetkili kişi olarak TİB Başkanını belirlemiştir.

TİB, 5651 sayılı Kanun'la Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde kurulan bir idari birimdir. Anılan Kanun'un temel amacı olan internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele çerçevesinde öngörülen görevlerin ifası ve yetkilerin kullanımı TİB'in sorumluluğuna bırakılmıştır. Bu kadar hassas alanlara ilişkin yetkilerle donatılan TİB Başkanı'nın atamasının da müşterek kararnameyle yapılması öngörülmüştür (5651 S.K. Ek.m.10).

Kanun koyucu, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde haberleşme özgürlüğüne dokunulabilmesi için gereken emri verme yetkisini, Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nın güvenine mazhar olmuş ve onların ortak imzasıyla atanan TİB Başkanı'na vermiştir. Bu yetkinin, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadeleyle görevlendirilen birim olan TİB'in Başkanı'na bırakılması işin mahiyeti gereğidir. Anayasa Mahkemesinin (AYM), kanun koyucunun bu takdirini sorgulayacak derecede aktivist davranması, güçler ayrılığı ilkesine aykırı düştüğü gibi demokratik devlet ilkesiyle de bağdaşmaz.

Çoğunluk kararında, yetkili merciin fıkrada belirtilen sebepler konusunda ("millî güvenlik", "kamu düzeninin korunması", "suç işlenmesinin önlenmesi") değerlendirme yapabilecek ve karar alabilecek yetkinliğe sahip olması gerektiği, TİB'in ise bu konularda tek başına değerlendirme yapacak konumda bulunmadığı belirtilmiş ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme

yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Çoğunluk kararında da vurgulandığı üzere, kuralda yer alan "millî güvenlik", "kamu düzeninin korunması", "suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerinin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün olmayıp bu kavramların içeriği doktrin, uygulama ve yargı içtihatlarıyla belirlenecek ve somutlaştırılacaktır.

5651 sayılı Kanun'un uygulanmasından sorumlu idari birimlerden birinin de TİB olduğu açıktır. TİB Başkanının, bu yetkisini kullanırken işin doğası gereği emri altındaki uzman personelden yararlanacağı ve bunların görüş, öneri ve raporlarını gözönünde bulundurularak bir karara varacağı tabiidir. Ayrıca "millî güvenlik", "kamu düzeninin korunması", "suç işlenmesinin önlenmesi" gibi kavramların mahiyeti hususunda uzmanlaşmış tek bir kurum bulunmadığı gibi, bu kavramların yorumlanması tekeli de herhangi bir kuruma bırakılmamıştır. Asgari hukuki bilgi ve muhakeme yeteneğine sahip bir insanın bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini saptaması mümkündür. Nitekim benzer kavramlar, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sebebi olarak başka birçok kanunda da yer almakta ve ilgili idari merciler, başka bir idarenin görüşüne başvurmaksızın bu kavramları yorumlama ve değerlendirme yetkisine sahip olmaktadırlar.

Öte yandan erişimin engellenmesi kararı Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacak olup TİB başkanının yorum ve değerlendirmesinin hatalı olması durumunda, hakim tarafından erişimin engellenmesi kararının kaldırılacağı muhakkaktır. Dolayısıyla TİB'in bu konularda tek başına değerlendirme yapacak konumda bulunmadığından bahisle tek başına erişimin engellenmesi kararı veremeyeceği görüşünün anayasal bir temeli bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, kanuna aykırı içeriklerin internet üzerinden çarpan etkisiyle çok hızlı bir şekilde yayılabildiği gerçeği gözetilerek mümkün olduğunca kısa bir sürede gerekli önlemlerin alınması için TİB Başkanı'na erişimin engellenmesi yetkisi tanınmıştır. Hızlı ve süratli bir şekilde karar alınmasını gerektiren bu tip durumlarda TİB'in başka kurumların görüş ve değerlendirmelerine başvurması, kuralın amacıyla bağdaşmadığı gibi kimi durumlarda hukuka aykırı içerikten zarar gören kişilerin haklarının zedelenmesine de yol açabilecektir.

Çoğunluk kararında, bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütünüyle engellenmesinin ölçülü olmadığı belirtilmiştir. 5651 sayılı Kanun'da erişimin engellenmesi hususunda iki türlü tedbir öngörülmüştür: Birincisi, internet sitesinin hukuka aykırı unsurlar taşıyan bölümüyle ilgili (URL) içeriğe erişimin engellenmesi, ikincisi ise internet sitesindeki tüm yayınlara yönelik içeriğe erişimin engellenmesi şeklindedir. Dava konusu kuralın, birinci tedbiri dışladığı söylenemez. TİB Başkanı'nın dava konusu kural kapsamında URL bazlı

erişimin engellenmesi kararı vermesi de mümkündür. Fakat kuralla TİB Başkanı'na tanınan yetkinin aciliyet gerektiren işlere münhasır olduğu gözetildiğinde, URL bazlı erişimin engellenmesi kararını uygulamasının mümkün olmaması durumunda sitenin tüm yayınlarına erişimi engelleme yoluna da başvurabilir. Dolayısıyla TİB Başkanı'nın, sözü edilen iki tedbirden hangisini uyguladığı, kurulan kendisiyle ilgili anayasal bir mesele olmayıp uygulanmasına ilişkin bir sorundur. Ayrıca erişimin engellenmesi kararının yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması gerektiği ve sulh ceza hakimince, erişimin bütünüyle engellemesinin koşullarının oluşmadığı kanaatine varılması veya ölçüsüz bulunması durumunda kaldırılabileceği dikkate alındığında, kuralla öngörülen tedbirin orantısız olmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile 8. maddesinin (16) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle anılan kuralların iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Hicabi DURSUN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kanunun 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 16. fıkrası şöyledir :

"(16) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

İptali istenilen kuralda, internet ortamına erişimin engellenmesi konusunda Telekominikasyon İletişim Başkanlığına istisnai bir yetki verilmektedir.

Esasen erişimin engellenmesi konusunu düzenleyen 8. maddenin 1 ila 3. fıkralarında erişimin engellenmesi hususu, (1. fıkrada sayılan suçlarla ilgili olarak) soruşturma veya kovuşturma evrelerinde hakim veya mahkeme ve gecikmede sakınca görülen hallerde ise C. Savcısının kararına bağlanmıştır. Bundan başka, aynı maddenin 4. fıkrasında; içeriği 1. fıkrada belirtilen

suçları oluşturan yayınların; a) içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde, b) veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa dahi 1. fıkranın (a) bendinin 2, 5 ve 6 numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak, erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık (TİB) tarafından verileceği ve 11. fıkrada da TİB tarafından verilen kararın yerine getirilmemesi halinde idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, 2. fıkranın 2 numaralı paragrafında bir anlamda ölçülülük ilkesine yer verilmiş ve amacı gerçekleştirebilecek ise erişimin engellenmesinin belirli bir süreyle sınırlı olabileceği ifade edilmiştir.

İnternet erişiminin haberleşme hakkını sağlaması karşısında, konunun Anayasa'nın 22. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekir. Anılan 22. maddenin 2. fıkrasında; "Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar." ve 3. fıkrada ise "İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir." hükümleri yer almaktadır.

Görüleceği üzere Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyetinin, belirtilen amaçlarla kural olarak hakim kararıyla ve gecikmede sakınca bulunan halde ise yetkili merciin yazılı emri ile engellenebileceği belirtilmektedir. Nitekim, 5651 sayılı Kanunun, yukarıda açıklanan 8. maddesinin ilgili fıkralarında kural olarak hakim kararıyla ve istisnaen de yetkili idari merci kararıyla internet erişiminin engellenebileceği düzenlenmiştir. Kuralda gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olarak erişimin engellenmesine dayanak olacak meşru amaçlar Anayasa'ya uygun olarak sayılmış ve Anayasa'nın 22/3. maddesinde belirtildiği üzere, bu konuda yetkili idari merci gösterilmiştir.

Mahkememiz çoğunluğunun iptal gerekçesinde, düzenlemenin bu yönleriyle Anayasa'ya uygunluğu kabul edilmekle birlikte, yetkinin sınırlarının belirlenmemesi ve yetki verilen idari mericiin bu kavramları değerlendirme noktasında (TİB'in) doğru bir mercii olmadığı ileri sürülmektedir. İlk olarak belirtelim ki, verilen yetkinin kuralda belirtilen amaçlara uygun ve ölçülü olarak kullanılması zorunluluğu, kuralın kendi bünyesinden çıkmaktadır. Bundan ayrıca, Kanunun 2/1. maddesinin o bendinde; "(Ek. 6/2/2014-6518/85 md.) Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini, ifade eder" denilmiş,

böylece Kanunda Kuruma verilen erişimin engellenmesi yetkisinin ne şekilde kullanılacağı açıkça gösterilmiştir. Kanun koyucu idareye, bu tanımda belirtilen yöntemlerden, amaca en uygun (elverişli ve ölçülü) olanın tercih edilmesi konusunda yetki vermiştir. Hatta, 8. maddenin 2. fıkrasındaki, "amacı gerçekleştirecek .belirli bir süreyle sınırlı engellenmesi" şeklindeki kural da ölçülülükle ilgilidir. İdarenin bu yetkiyi maksadına aykırı ve ölçüsüz olarak kullanması durumunda ise, kuralın ikinci cümlesi uyarınca konunun yargısal denetime tabi olması nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesine aykırılığın bulunmadığı görüşündeyim.

Diğer taraftan, 5651 sayılı Kanun ile internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi, bu konuda gerek mahkemeler ve C. Başsavcılıklarının ve gerekse ilgili idari mercilerin aldıkları erişimi engelleme kararlarını uygulama yetkisi TİB'e verilmiştir. Hatta yukarıda izah edildiği üzere 8. maddenin 4. ve 11. fıkralarında, sayılan katalog suçların varlığı durumunda TİB'e idari tedbir olarak re'sen erişimi engelleme kararı verme ve bu kararı uygulamayanlara idari para cezası kesme yetkileri verilmiştir. Başka deyişle, adli bir makam olmayan TİB'e katalogda sayılı birtakım suçların var olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma yetkisi verilmiştir. Esasen iptal gerekçesinin ilgili yerinde, TİB'in kanunen "internet içeriğinin izlenmesi ve denetlenmesi" konusunda yetkili olduğu da ifade edilmektedir. Denetim yetkisi, ilgili kanunlar bakımından konunun değerlendirilmesini de içermektedir.

Bunda ayrıca, Anayasa'nın 22/2. maddesinde erişimin engellenmesi konusunda yetkinin, "kanunla yetkili kılınmış mercie" verileceği belirtilmektedir. Bu hüküm Mahkememiz çoğunluğunca, "konuyla ilgili yetkileri olan bir mercii" biçiminde anlaşılmış ise de, Anayasa hükmü açıkça, yetkili merciin kanunla yetkili kılınmış olacağına işaret etmektedir. Nitekim 5651 sayılı Kanuna eklenen 16. fıkra ile de Kurum, "kanunla yetkili kılınmış" bulunduğundan, kuralın Anayasa'ya aykırı bulunduğu ileri sürülemez. Anayasa bu yetkinin ilgili idari merciler arasında paylaştırılmasını da öngörmemektedir. Yine, çoğunluk gerekçesinde kural ile, "yargılama makamı olmayan ve idarenin bir parçası olan Başkan'a" yetki verilmiş olması Anayasa'ya aykırı görülmüştür ki, bu değerlendirmenin Anayasa'nın 22/2. maddesiyle bağdaşmadığı ortadadır. Dolayısıyla, TİB'in milli güvenlik, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi konularında değerlendirme yapamayacağının ileri sürülmesi, Anayasal denetim açısından geçerli bir dayanak teşkil etmemektedir. Anayasal çerçeve ve Kanunla verilen görevleri gözetildiğinde bu yetkinin TİB'e verilmesinde bir çelişki bulunmadığı gibi, kural bizatihi bu yetkiyi içermektedir. Düşüncemize göre, kural ile TİB'e verilen yetki, Anayasa'nın 2., 22. ve 26. maddelerine aykırılık teşkil etmemektedir.

Açıkladığım hukuki nedenler dolayısıyla iptal isteminin reddi gerektiği görüşünde olduğumdan, sayın çoğunluğun iptal gerekçesine katılmamaktayım.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Anayasa Mahkemesi - 2 Ekim 2014 tarihli 5651 sayılı Kanun - Trafik Bilgisi Kararı (Yürütmenin Durdurulması Talebi)

Esas Sayısı : 2014/149

Karar Sayısı : 2014/14 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 2.10.2014

R.G. Tarih-Sayı: 9.10.2014-29140

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Engin ALTAY ile birlikte 123 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "… 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." bölümünün,

2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin,

3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …" bölümünün,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "dört saat" ibaresinin,

2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüklerinin durdurulması istemini de içeren iptali istenilen kuralların yer aldığı dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki Raportör Erhan TUTAL tarafından hazırlanan yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- a- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "…23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." bölümü,

b- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesi,

c- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;" bölümü,

2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümlerin ve cümlenin, uygulanmalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve

zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, OYBİRLİĞİYLE,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "dört saat" ibaresine yönelik iptal istemi, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkraya yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2.10.2014 gününde karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Anayasa Mahkemesi - 9 Nisan 2014 tarihli Elektronik Haberleşme Kanunu Kararı

Esas Sayısı : 2013/122

Karar Sayısı : 2014/74

Karar Günü : 9.4.2014

R.G. Tarih : 26.7.2014

R.G. Sayı : 29072

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı şirket tarafından 24.7.2012 günlü Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik'in bazı maddelerinin iptali ve yürütmenin durdurulması için açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesince yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi üzerine davacı, kararın kaldırılması ve dava konusu Yönetmelik'in yürütmesinin durdurulması istemiyle itiraz etmiştir. Devam eden yargılama sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"(...)

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin "Başlangıç"ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış, 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan "Başlangıç" bölümünde ise, güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı, bu yetkileri kullanacak organlar olarak belirlenmiş; Anayasa'nın 7. maddesinde; Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceği açıktır.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının, Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekmektedir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırları çizmeden, yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir kuralın, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşeceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceği gibi, yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi de 7. maddenin bu şekilde değerlendirilmesini ve uygulamaya geçilmesini gerektirir.

5809 sayılı Yasa'nın 51. maddesinde yer alan düzenlemeye bakıldığında ise kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme, bu konuda düzenleme yapma yetkisi bütünüyle yürütme organına bırakılmıştır. Yasama organı tarafından, temel ilkeleri koyulmadan, çerçevesi çizilmeden, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, Anayasanın 13. ve 20. maddesine aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 7. maddesine ve sonuçta Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmaktadır.

Sonuç olarak 51. maddesinin düzenleme yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakılmış olması nedeniyle Anayasanın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 17/3. maddesi uyarınca, Danıştay İdari Dava Dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları davalarda yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verdikleri kararları itiraz yoluyla inceleme ile görevli olup bu aşamada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmasına engel yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca YD. İtiraz No:2009/1036 sayılı başka bir davada 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi ile 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kurumu Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; Anayasa Mahkemesince de 30/03/2011 günlü, E:2010/46, K:2011/60 sayılı karar ile itirazın esası hakkında hüküm verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 5809 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 26/09/2013 gününde Üye İbrahim ALİUSTA ve Yalçın EKMEKÇİ'nin karşı oyu ve oyçokluğu ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kural olan 51. maddesi şöyledir:

"MADDE 51- (1) Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 14.11.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kural ile kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme ve bu konuda düzenleme yapma yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakıldığı, yasama organı tarafından temel ilkeleri koyulmadan, çerçevesi çizilmeden, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılmasının Anayasa'nın 7., 13. ve 20. maddelerine ve sonuçta Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak

suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır.

Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna veren itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 20. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden dolayı Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu maddeye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesine ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 9.4.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VIII- SONUÇ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 9.4.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Serruh KALELİ

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Zühtü ARSLAN

Üye

M. Emin KUZ

Anayasa Mahkemesi - 22 Kasım 2012 tarihli İnternet Geliştirme Kurulu kararı

Esas Sayısı : 2011/149

Karar Sayısı : 2012/187

Karar Günü : 22.11.2012

İPTAL DAVASINI AÇANLAR: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN ve Muharrem İNCE ile birlikte 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.9.2011 günlü, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

A- İlk ve esas incelemelerinde, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 59. ve 60. maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ'ın reddine,

B- Tümünün ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile eki (1) ve(2) sayılı cetveller ile (1) ve (2) sayılı listelerin,

C- 1- 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının,

2- 29. maddesinin (13) numaralı fıkrasının,

3- 37. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinin,

4- 42. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının "Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.' biçimindeki son cümlesinin,

b- (2) numaralı fıkrasının,

5- Geçici 2.maddesinin (2), (3), (4), (6), (7), (8) ve (12) numaralı fıkralarının,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 8., 10., 11., 36., 87., 91., 123., 125., 127., 128. ve 163. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- REDD-İ HÂKİM, İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

'I. HAKİMİN REDDİ TALEBİ

Anayasanın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36 ncı maddesinde, 'adil yargılanma hakkı' düzenlenmiş; 138 inci maddesinde ise, 'Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.' denilmiştir.

Yargıçların bağımsızlığına gerekçe oluşturan, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermesine ilişkin bu kuraldan yargıçların tarafsızlığı anlaşılmalıdır. Yargıçlara yönelik 'meslek ahlakı standartlarını' oluşturmak amacıyla belirlenen ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla benimsenen, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul ettiği 2003/43 sayılı 'Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri' de yargıcın bağımsızlığı ile tarafsızlığına ilişkin bağlayıcı hükümler içermektedir.

Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin 'Bağımsızlık' ve 'Tarafsızlık' değerleri şöyledir:

'Değer 1: BAĞIMSIZLIK

İlke: Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhâfaza etmelidir.

Uygulama:

1.1 Hâkim, doğrudan ya da dolayısıyla her hangi bir sebeple ya da her hangi bir yerden gelen müdâhale, tehdit, baskı, teşvik ve tüm hâricî etkilerden uzak, hâkimin olayları değerlendirmesi temelinde, vicdânî hukuk anlayışı ile uyum içerisinde bağımsız olarak yargısal işlevini yerine getirmelidir.

1.2 Hâkim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilâfın taraflarından bağımsızdır.

1.3 Hâkim, yasama ve yürütme organlarının etkisi ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiîlen uzak olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmelidir de.

1.4 Hâkim, yargısal görevlerini yerine getirirken, tek başına karar vermek zorunda olduğu hususlarda diğer yargıçlardan da bağımsızdır.

1.5 Hâkim, yargının kurumsal ve eylemsel bağımsızlığını sürdürmek ve arttırmak için, yargısal görevlerinin ifasına yönelik koruma tedbirlerini almalı ve bunları artırmalıdır.

1.6 Hâkim, yargı bağımsızlığını sürdürmede esas olan yargıya yönelik kamusal güveni güçlendirmek amacıyla, yargı etiği ile ilgili yüksek standartlar sergilemeli ve bunları ilerletmelidir.

Değer 2: TARAFSIZLIK

İlke: Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizâtihî karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.

Uygulama:

1. Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimassız olarak yerine getirmelidir.

2. Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.

3. Hâkim, duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılamadan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.

4. Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır.

5. Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde, yargılamanın her hangi bir aşamasına katılmaktan çekinmelidir. Sınırlı sayıda sayılmamakla birlikte bu durum aşağıdaki ihtimallerde söz konusu olur:

6. Hâkimin, yargılama aşamasında delil kâbilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya,

7. Hâkimin ihtilâf konusu davada, olaya ilişkin bir tanıklığının olması ya da daha önceden bu konuda avukat olarak hizmet vermiş olması veya,

8. Hâkim ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması. Davaya bakmaya devam edecek yeni bir mahkemenin kurulamaması halinde

veya hiçbir şeyin yapılmamasının durumun aciliyeti nedeniyle ciddi şekilde adaletsizliğe yol açacağı halde hâkime, görevden el çektirmek gerekmez.'

Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin yukarıda aynen yer verilen 'Bağımsızlık' ve 'Tarafsızlık' değerleri hiçbir yoruma ve ek açıklamaya ihtiyaç göstermeyecek derecede açıktır.

Kamuoyunda Wikileaks belgeleri olarak bilinen ve bir internet sitesinde (http://www.wikileaks.ch/origin/186_18.html) yer alan 03 ANKARA 4862 kodlu yazıda, ' 4. (C) Kapsamlı reformların önde gelen savunucularından, Anayasa Mahkemesi Hakimi Haşim Kılıç, 1 Ağustos tarihinde bize özel olarak CHP'nin mevcut problemleri için kendini suçlaması gerektiğini aktarmıştır. CHP, muhalefet etmek görüntüsünü vererek ya da çok çekişme yarattıktan sonra isteksizce 'her şeyi' ' demokrasi yanlısı ortaya atılan tüm reformları -- kabul ederek, kendisi için prensipsiz ve erişilemez bir imaj yaratmakta. CHP, Hükümet doğru şeyi yapsa bile, sanki tek işinin AK Parti Hükümetinin yaptığı her şeye muhalefet etmek gibi davranmak olduğunu söylemiştir. Bu da seçmenleri kaçırıyor demiştir.' ifadeleri yer almaktadır.

Kamuoyuna yansıyan ve Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç tarafından da yalanlanmayan belgeye dayalı bilgilere göre, Sayın Başkanın Cumhuriyet Halk Partisi hakkında Amerika Birleşik Devletlerinin Ankara Büyükelçiliği yetkililerine olumsuz değer yargılarında bulunduğu anlaşılmış, bu konudaki gizli görüşmenin kamuoyuna yansıması ile de Sayın Başkanın Cumhuriyet Halk Partisinin tarafı olduğu bir davada tarafsız karar veremeyeceği izlenimi doğmuştur.

Yasama ve yürütme organlarının siyasi söylemlerinden ve bu organlarla uygun olmayan ilişkilerden fiilen uzak olmakla kalmayıp, aynı zamanda öyle görünmesi de gereken bir yüksek yargıcın, hem de yabancı bir ülkenin Büyükelçiliğine iç siyasete ilişkin değerlendirmelerde bulunmasındaki tuhaf ötesi gariplik bir yana, yasaları, yasa gücünde kararnameleri, TBMM İçtüzüğünü, Anayasaya şekil ve esas bakımından; Anayasa değişikliklerini ise şekil bakımından denetlemek ve bireysel başvuruları karara bağlamakla Anayasal olarak görevli Anayasa Mahkemesinin bir üyesinin, TBMM'nin çıkardığı yasaları, yasa gücünde kararnameleri, TBMM İçtüzüğünü ve Anayasa değişikliklerini gerek gördüğü durumlarda Anayasa Mahkemesine taşımakla Anayasal olarak yetkilendirilmiş Anamuhalefet Partisi hakkında şikayetvari olumsuz görüş beyan etmenin de ötesinde, hiç kimseyi yüceltmeyecek sözler söylemesi; yargıcın bireysel bağımsızlığını koruyamadığını, karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsız kalamadığını, sadece bizatihi karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerli olan tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmayan eylemler içinde bulunduğunu, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava

taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde bulunmadığını; önüne gelme ihtimâli olan davalar hakkında, yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça adilanelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak yorumlarda bulunduğunu, hiçbir yoruma ihtiyaç göstermeyecek açıklıkta ortaya koymaktadır.

Somut olayda, ekte yer alan belgeler ve bu belgeler çerçevesinde kamuoyu önünde yapılan aleni tartışma ve değerlendirmeler karşısında, Sayın Başkan Haşim Kılıç'ın derin bir sessizliğe bürünerek, usulen yalanlama yoluna dahi gitmemiş olması, kamuoyunda ABD Ankara Büyükelçiliğine Cumhuriyet Halk Partisini şikayet eder mahiyetteki sözleri söylediği ve olumsuz değerlendirmelerde bulunduğu ve dolayısıyla davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olduğu şeklinde anlaşılmış ve Sayın Haşim Kılıç'ın Cumhuriyet Halk Partisinin tarafı olduğu işbu davada bir yargıç tarafsızlığı ile karar veremeyeceğine ilişkin ciddi kuşkuların yerleşmesine yol açmıştır.

25 Nisan 2011 tarihinde Anayasa Mahkemesinin 49 ncu Kuruluş Günü Töreninde yapılan açılış konuşmasındaki şu sözler de Sayın Haşim Kılıç'a aittir:

'Anayasanın 175 inci maddesinde Anayasa değişikliği için öngörülen nitelikli çoğunluk anlayışının içinde, uzlaşmaya dönük örtülü bir yaklaşım olduğu düşünülebilirse de, bu, çoğunluğu elde edenlerin azınlıkta kalan diğer görüşleri ve farklılıkları yok sayma, dışlama ya da dayatma yolunu haklı kılamaz. Ancak, nitelikli çoğunluk dışındaki görüş sahiplerinin de bu gücü bloke etme, etkisizleştirme gibi davranış sergilemelerine de izin verilemez. Doğal hukukla örtüşen evrensel değerler üzerinde geniş katılımlı bir iradeyi oluşturmak zor değildir. Yeter ki demokrasinin müzakere imkânlarından faydalanarak çözüm bulma iradesi samimiyetle ortaya konulabilsin. Toplumun tanıklığında ortaya konulan bu samimi duruşlar, çoğunlukçu, dayatmacı ve 'ben yaptım oldu' noktasındaki düşünce sahiplerinin haksızlığını açıkça ortaya koyacaktır. Siyaset kurumları, geçmişte yaşanan fahiş hatalarla hesaplaşarak, sorunlara çözüm önerilerini cesaretle sunabilmelidirler. Ümit ediyorum ki bu gayret, Anayasa Mahkemesi'ne dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığını da ortadan kaldıracaktır.'

Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanı Haşim Kılıç'a göre, Anayasanın 175 inci maddesinde aranan nitelikli çoğunluk, uzlaşmaya dönük açık bir kural değil, sadece örtülü bir yaklaşım olarak düşünülebilir ve Anayasal olarak yetkilendirilmiş Anamuhalefet partisinin, siyasal iktidarın çoğunlukçu, dayatmacı ve 'ben yaptım oldu' anlayışıyla çıkardığı yasal düzenlemeleri, iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine götürmesi, 'Anayasa Mahkemesine dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığı'dır.

CHP'nin Anayasa Mahkemesine dava açmasına ilişkin olarak kamuoyunda kahve sohbeti düzeyinde sürdürülen güncel siyasi tartışmalar esnasında, sadece Anayasa Mahkemesine iptal davası açma yetkisi bulunan Anamuhalefet Partisini aşağılamayı ve toplum nezdinde itibarsızlaştırmayı değil, aynı zamanda Başkanı olduğu Yüksek Mahkemenin demokratik sistem içindeki işlevi ile Anayasal varlık nedenini de sorgulayan bu sözleri, herhangi bir siyaset insanı değil, Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanı söyleyebilmiştir. Dahası bu sözler, günümüz Türkiye'sinin kâbusu olduğu üzere, dostlar arasında yapılan özel bir sohbetin ortam veya telefon dinlemesi suretiyle elde edilmesi ve medyaya servisi yoluyla kamuoyuna yansımamış; yazılı ve görsel tüm medyanın takip ettiği Yüksek Mahkemenin 49 ncu Kuruluş Günü Töreninde -6223 sayılı Yetki Yasasının siyasal iktidarın sayısal çoğunluğuna dayalı olarak kabul edildiği 06.04.2011 tarihinden 20 gün sonra 25.04.2011 tarihinde- yapılmıştır.

Demokratik siyasal sistemlerde bir siyasi partinin muhatabı, diğer siyasi partilerdir. Bu bağlamda, herhangi bir siyasi parti hakkında siyasi değerlendirme, eleştiri ve suçlamaları yapacak olanların da halkın oylarına talip olan diğer siyasi partiler olacağında kuşku yoktur. Anayasasında demokratik hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı ilkelerini benimsemiş ve yargıç bağımsızlığı ile tarafsızlığına yer vermiş bir ülkede, Anayasa Mahkemesi Başkanının herhangi bir siyasi partiyi bırakınız suçlamayı, eleştirmesi dahi hiçbir şekilde mümkün olamaz. Hele bu suçlamanın, Başkanı olduğu Mahkemenin demokrasilerdeki işlevi ile varlık nedenini de yok sayarak Anayasa Mahkemesine dava açmak gibi Anayasal bir hakkın kullanımı, muhalefet görevinin bir parçası ve temel hak ve özgürlükler ile halkın çıkarlarını korumanın gereği ile ilgili olması, açıklanabilir olmanın uzağındadır.

Anayasa Mahkemesinin Sayın Başkanının amacı ve hedefi, 'kör kör parmağım gözüne' kadar açık ve herhangi bir yoruma ihtiyaç duymayacak kadar belirgin bir şekilde Anamuhalefet Partisini, 'Anayasa Mahkemesine dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığı' ile suçlaması; hukuksal konumu ve statüsü ile mesleki deneyimi göz önüne alındığında, ancak, Anamuhalefet Partisine karşı alt benliğe yerleşmiş katı önyargının, üst benliğin kontrol işlevini parçalayarak açığa çıkacak derecede güçlü olmasıyla mümkün olabilir ve bu durum tarafsızlığın yitirildiğinin en belirgin göstergesidir.

Öte yandan, Sayın Haşim Kılıç Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçildiği 1990 yılından bu yana, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi veren 9 adet yetki yasasının iptali başvurularına üye ve başkan sıfatıyla katılmıştır.

Bu Yetki Yasaları ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Sayın Haşim Kılıç'ın kullandığı oylar şöyledir:

1- 06.06.1991 günlü ve 3755 sayılı Yetki Kanununun iptali için Sosyaldemokrat Halkçı Parti'nin açtığı davada, AYM 12.12.1991 günlü ve E.1991/27, K.1991/50 sayılı Kararı ile 3755 sayılı Yetki Yasasını, Anayasanın 91 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı bulunarak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ, karşıoy kullanmıştır.

2- 24.06.1993 günlü 3911 sayılı Yetki Kanununun iptali için Anavatan Partisinin açtığı davada, AYM 16.09.1993 tarihli ve E.1993/6, K.1993/28 sayılı Kararı ile 3911 sayılı Yetki Yasası, 'verilen yetkinin belirsiz olduğu', 'yetki yasasında bulunması gereken öğeleri içermediği', 'verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu olup olmadığının tespitinin olanaksız olduğu', 'yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci ve 91 inci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

3- 18.05.1994 günlü ve 3990 sayılı Yetki Kanununun iptali için Anavatan Partisinin açtığı davada, AYM 05.07.1994 tarihli ve K.1994/44-2 sayılı Kararı ile 3990 sayılı Yetki Yasası, 'verilen KHK çıkarma yetkisinin ivedi, zorunlu ve önemli durumlara ilişkin olmadığı', 'yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu', 'öngörülen amaç, konu ve kapsamın somut ve belirgin nitelikte olmadığı' gerekçeleriyle Anayasanın 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile İptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ, iptali yönünde oy kullanmakla beraber, KHK çıkarma yetkisinin ivedi, zorunlu ve önemli durumlara ilişkin olması gerektiği görüşüne katılmamıştır.

4- 31.05.1995 günlü ve 4109 sayılı Yetki Kanununun iptali için TBMM Üyeleri Hasan KORKMAZCAN, Bülent ECEVİT ve 113 Milletvekilinin açtığı davada, AYM 04.07.1995 günlü ve E.1995/35, K.1995/26 sayılı Kararı ile 4109 sayılı Yetki Yasasını, 'erkler ayrılığı', 'demokratik hukuk devleti' 'yasama yetkisinin devredilemeyeceği' ilkelerine aykırı olduğu, 'nerelerin il, nerelerin ilçe olacağı konusunda belirsizlik yarattığı', 'kapsam ve ilkelerinin belirsiz olduğu' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

5- 08.06.1995 günlü ve 4113 sayılı Yetki Kanununun iptali için Anavatan Partisinin açtığı davada, AYM 19.09.1995 tarihli ve E.1995/39, K.1995/45 sayılı Kararı ile 4113 sayılı Yetki Yasasını, 'yetki yasasında, çıkarılacak KHK'lerin konu, amaç, kapsam ve ilkelerinin belirgin ve somut biçimde gösterilmemesi', 'yasama yetkisinin devrini doğurması' gerekçeleriyle Anayasanın 2 nci 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı bulunarak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

6- 31.08.1996 günlü ve 4183 sayılı Yetki Kanununun iptali için Sayın Cumhurbaşkanı Süleyman DEMİREL'in açtığı davada, AYM 02.10.1996 günlü ve E.1996/61, K.1996/35 sayılı Kararı ile 4183 sayılı Yetki Yasasını, 'amaç, kapsam ve ilkelerin belirsiz olduğu', 'Bakanlar Kurulu'na geniş

kapsamlı KHK çıkarma yetkisi verildiği', 'yürütme organına, TBMM'ne ait bulunan yasama yetkisini sınırsız biçimde kullanma olanağı ve yürütmeye yasama karşısında üstünlük tanındığı' gerekçeleriyle, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

7- 29.06.2000 günlü ve 4588 sayılı Yetki Kanununun iptali için Fazilet Partisinin açtığı davada, AYM 05.10.2000 tarihli ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı Kararı ile 4588 sayılı Yetki Yasasını, 'sınırlarının geniş ve belirsiz olması', 'yasama yetkisinin yürütme organına devri anlamına gelmesi', 'verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin tespitine imkan vermemesi' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı bulunarak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiş; Sayın Haşim KILIÇ iptali yönünde oy kullanmış ve iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

8- 21.12.2000 günlü ve 4615 sayılı Yetki Kanununun iptali için Fazilet Partisinin açtığı davada, AYM 20.03.2001 tarihli ve E.2001/9, K.2001/56 sayılı Kararı ile 4615 sayılı Yasanın 1 inci ve 2 nci maddelerinde yer alan 'idari' ibaresini, 'idarî hak kavramının, memurların ve diğer kamu görevlilerinin malî ve sosyal hakları dışında kalan tüm haklarını ifade etmesi nedeniyle belirsizlik içermesi', 'idari haklara ilişkin düzenlemelerin Anayasanın 91 inci maddesindeki yasak alan içinde olması' 'Malî ve sosyal haklar dışındaki idarî hak kavramı içinde nitelenebilecek konuların önemli, zorunlu ve ivedi durumlar kapsamında düşünülemeyeceği' gerekçeleriyle Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı bularak oyçokluğu ile iptal etmiş; Sayın Haşim Kılıç iptali yönünde oy kullanmış ve iptal gerekçelerinin tamamına katılmıştır.

9- 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununun iptali için Cumhuriyet Halk Partisinin açtığı davada, AYM'nin 27.10.2011 tarihli ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararı ile 14 üyenin oyunun 7'ye 7 çıkması nedeniyle iptal isteminin reddi yönünde oy kullanan Mahkeme Başkanı Sayın Haşim KILIÇ'ın kullandığı oyun üstün sayılmasından dolayı iptal istemi reddedilmiştir.

Her dosyanın kendi içinde değerlendirilmesi gerekeceği kural olmakla birlikte, Sayın Haşim Kılıç'ın Yetki Yasaları konusunda 1993 yılından bu yana istikrar kazanmış görüşünden ve bu görüşlerindeki, 'sınırlarının geniş ve belirsiz olması', 'yürütme organına, TBMM'ne ait bulunan yasama yetkisini sınırsız biçimde kullanma olanağı ve yürütmeye yasama karşısında üstünlük tanınması' 'verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin tespitine imkan vermemesi' gerekçelerinden dönerek iptal isteminin reddi yönünde oy kullanması, kamuoyunda AKP'yi Anayasa Mahkemesi Başkanının kurtarması şeklinde değerlendirilmiş ve bu değerlendirme Sayın Haşim Kılıç'ın Cumhuriyet Halk Partisinin tarafı olduğu davalarda yargıç tarafsızlığı ile karar veremeyeceğine ilişkin yerleşen ciddi kuşkuları pekiştirmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 59 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan, Başkan ve üyelerin istişari görüş ve düşüncesini ifade etmiş olduğu dava ve işlere bakamayacaklarına ilişkin kural ile 60 ıncı maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, 'Başkan ve üyeler tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hâllerin olduğu iddiası ile reddolunabilirler.' hükmüne dayanarak Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Haşim Kılıç hakkında reddi hakim talebinde bulunuyoruz.

'

III. GEREKÇELER

655 Sayılı 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Tümü ve Ayrı Ayrı Tüm Maddeleri ile Eki (1) Sayılı Cetvel, (2) Sayılı Cetvel, (1) Sayılı Liste ve (2) Sayılı Listesinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrasında, 'Kuvvetler ayırımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;' belirtildikten sonra 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında 'hukuk devleti' ilkesine yer verilmiş; 6 ncı maddesinde, hiç kimse ve hiçbir organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı; 7 nci maddesinde, Yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve yasalara uygun olarak yerine getirileceği kuralları getirilmiş; 87 nci maddesinde, Bakanlar Kuruluna 'belli konularda' KHK çıkarma yetkisi verilmesi TBMM'nin görevleri arasında sayılmış; 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını göstereceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 05.10.2000 tarih ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı Kararında da vurgulandığı üzere, Anayasanın 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, yasama yetkisinin genel ve asli bir yetki olması, TBMM'ye ait bulunması ve devredilememesi karşısında KHK çıkarma yetkisinin kendine özgü ve ayrık bir yetki olduğu anlaşılabilmektedir. Dolayısıyla yetki yasalarının, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya

da bu izlenimi doğuracak biçimde yaygınlaştırılıp genelleştirilmemesi gerekir. KHK'ler ancak ivedilik gerektiren belli konularda, kısa süreli yetki yasaları temel alınarak etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konulmak durumundadır.

Anayasanın 91 inci maddesinin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında KHK çıkarabilmesi için hükümete yetki verilmesinin nedeni, '... çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir ...' biçiminde açıklanırken; Anayasa Komisyonu Başkanınca da, 'Kanun hükmünde kararname, yasama meclisinin acil bir durumda, kanun yapmak için geçecek sürede çıkaracağı kanun ihtiyacı, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceğine; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için kurulmuştur.' denilerek aynı doğrultuda görüş bildirilmiştir.

Yetki yasasında Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin 'amaç', 'kapsam' ve 'ilkeleri'nin belirlenmesinden amaç, bu yetki ile Bakanlar Kurulunun neleri gerçekleştirebileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. KHK'nin, amacı, kapsamı ve ilkeleri de konusu gibi geniş içerikli, her yöne çekilebilecek, yuvarlak ve genel anlatımlarla gösterilmemeli, değişik biçimlerde yorumlamaya elverişli olmamalıdır. Verilen yetkinin konu, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden belirgin duruma getirilmesi, başka bir anlatımla somutlaştırılması, yürürlüğe konulacak KHK'lerin yetki yasası kapsamı içinde kalıp kalmadıklarının, 91 inci maddede belirlenen yasak alana girip girmediklerinin, önemli, ivedi ve zorunlu bir durum için düzenlenip düzenlenmediklerinin saptanabilmesi yönünden gereklidir.

Anayasa Mahkemesinin 1990'lardan bu yana verdiği kararlarda, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermesi için, 'ivedilik, 'zorunluluk' ve 'önemlilik' gibi üç koşulun birlikte bulunması gerekeceğine yönelik içtihat oluşturduğu gözlenmektedir (06.02.1990 günlü ve E.1988/62, K.1990/3). Yüksek Mahkeme, 16.10.1993 günlü ve E.1993/26, K.1993/28 sayılı kararında ise, 'KHK'lar, ancak ivedilik isteyen belli konularda, kısa süreli yetki yasaları temel alınarak etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konur.' demiştir. İvedilik koşulu ile etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeleri taşımayan hususlarda KHK çıkarma yetkisi verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geleceği açıktır.

Nitekim; 1990 yılından bu yana, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi veren 8 adet yetki yasasının iptali için Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardan, sonuncusu olan 6223 sayılı Yetki Yasası hariç, 06.06.1991 günlü ve 3755 sayılı, 24.06.1993 günlü ve 3911 sayılı, 18.05.1994

günlü ve 3990 sayılı, 31.05.1995 günlü ve 4109 sayılı, 08.06.1995 günlü ve 4113 sayılı 31.08.1996 günlü ve 4183 sayılı, 29.06.2000 günlü ve 4588 sayılı Yetki Yasaları; Anayasa Mahkemesinin sırasıyla 12.12.1991 günlü ve E.1991/27, K.1991/50 sayılı; 16.09.1993 tarihli ve E.1993/6, K.1993/28 sayılı; 05.07.1994 tarihli ve K.1994/44-2 sayılı; 04.07.1995 günlü ve E.1995/35, K.1995/26 sayılı; 19.09.1995 tarihli ve E.1995/39, K.1995/45 sayılı; 02.10.1996 günlü ve E.1996/61, K.1996/35 sayılı; 05.10.2000 tarihli ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı kararları ile iptal edilmiştir.

Yüksek Mahkemenin anılan 05.10.2000 tarih ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı Kararında;

'Anayasanın 87 nci maddesine göre, ancak, belli konularda KHK çıkarma yetkisi verilmesi gerekirken dava konusu Yasa'yla her konuyu kapsayacak biçimde genel bir yetki verilmiştir. Bakanlar Kurulu, ayrık tutulan iki kurum dışında tüm kamu kurum ve kuruluşlarını yeniden örgütleyebilecek, bunların görev ve yetkilerini yeniden düzenleyebilecek, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ücret, aylık, disiplin ve cezaları ile emeklileri hakkında kanun ve KHK'lerde değişiklik yapabilecek, Devletin gelirleri ve harcamalarına ilişkin tüm mevzuatı 'kamu malî yönetimi' kavramı içinde değerlendirerek yeni kurallar getirebilecektir. Sınırları geniş ve belirsiz konularda düzenleme yapmak üzere Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verilmesi, Anayasanın 87 nci maddesinde belirtilen 'belli konu'larda verilen yetki olarak değerlendirilemez.

Öte yandan, yasa, Anayasanın 91 inci maddesinde belirtilen öğeleri de içermemektedir. Yasa'nın 1 inci maddesinde çıkarılacak KHK'lerin 'kapsam' ve konusu içiçe girmiş, kapsamının çok geniş ve sınırsız olması nedeniyle de verilen yetkinin 91 inci maddede öngörülen yasak alana girip girmediğinin denetimi olanaksız hale gelmiştir. Konu ve kapsamdaki bu sınırsızlık ve belirsizlik, TBMM'ne ait olan yasama yetkisinin yürütme organına devri anlamına gelir. Amaç, konu, ilke ve kapsamla ilgili sınırların belirli olması gerekirken bunlara uyulmadan KHK çıkarma yetkisi verilmesi Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Yasa'nın 2 nci maddesinde, Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin ivedi ve zorunlu hallerde kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Yetkinin 'önemli, ivedi ve zorunlu' durumlarla sınırlandırılması, dava konusu Yetki Yasası'nda olduğu gibi bunun takdirinin Bakanlar Kuruluna bırakılmasıyla değil, amacın, kapsamın ve konunun içeriği yönünden ivedi ve zorunlu olduğunun yasakoyucu tarafından saptanmasıyla olanaklıdır. Niteliği itibariyle uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren düzenlemeler ivedi ve zorunlu olarak nitelendirilemez. Dava konusu

Yasa'nın amaç ve kapsamındaki genişlik ve sınırsızlık, verilen yetkinin önemli, ivedi ve zorunlu durumları içerip içermediğinin tespitine imkan vermemektedir.

Açıklanan nedenlerle Yetki Yasası'nın 1 inci maddesiyle 2 nci maddesinin birinci fıkrası Anayasanın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.'

denilmiştir.

6223 sayılı Yetki Yasasının 'Amaç ve kapsam' başlıklı 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

(a) bendinde, 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek;' denildikten sonra; (1) numaralı alt bendinde, mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine; (2) numaralı alt bendinde, mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine; (3) numaralı alt bendinde, mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına;

(b) bendinde ise, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına; 'ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektir.' gibi belirsiz ve sınırsız ifadelere yer verilerek Yetki Yasasının amacı ortaya konmak istenmiştir.

Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında ise, Yetki Yasasının kapsamına ilişkin olarak, 'Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler;' denilip,

(a) bendinde, 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak;' ifadesinden sonra, 19 alt bent halinde 19 yasa ve KHK sayılmış ve (20) numaralı alt bendinde, 'Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde, (') yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeleri kapsar.' denilerek adeta tüm kamu kurum ve kuruluşları kapsama alınmak istenmiş;

(b) bendinde ise, 'Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak;' denildikten sonra 6

alt bent halinde 5 yasa ve 1 KHK sayılmış ve (7) numaralı alt bendinde ise, 'Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde' ifadesiyle de neredeyse tüm kamu personeli hakkında Bakanlar Kuruluna her türlü düzenlemede bulunma yetkisi verilmesi hedeflenmiştir.

Oysa yetki yasalarının, Anayasanın belirlediği ögeleri belli bir içeriğe kavuşturarak somutlaştırması ve verilen yetkiyi hiçbir tartışmaya yol açmayacak açıklıkta belirleyerek Bakanlar Kurulu'na çerçeveyi çizmesi ve niteliği itibariyle uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren düzenlemeleri kapsamaması gerekmektedir.

Çünkü, Yetki Yasası'nda Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin 'amaç', 'kapsam' ve 'ilkeleri'nin belirlenmesinden amaç, bu yetki ile Bakanlar Kurulu'nun neleri gerçekleştirebileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Ancak, 6223 sayılı Yetki Yasasının, amacı, kapsamı ve ilkeleri de konusu gibi geniş içerikli, her yöne çekilebilecek, yuvarlak ve genel anlatımlarla geçiştirilerek, her okuyanın değişik şekillerde yorumlamasına açık hale getirilmiştir. Verilen yetkinin konu, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden belirgin duruma getirilmesi, başka bir anlatımla somutlaştırılması, yürürlüğe konulacak KHK'lerin yetki yasası kapsamı içinde kalıp kalmadıklarının, 91 inci maddede belirlenen yasak alana girip girmediklerinin, önemli, ivedi ve zorunlu bir durum için düzenlenip düzenlenmediklerinin saptanabilmesi yönünden gereklidir.

Herhangi bir yetki yasasının Anayasaya aykırı olmaması için Anayasadaki öge ve ölçütlere, Anayasa Mahkemesi kararları ile getirilen yorumlara uygun olması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi kararlarda açıklanan gerekçelerin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılar.

Tüm bunlara ve kanun hükmünde kararnamenin, 12 Mart 1971 Askeri Müdahalesinden sonra 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle Anayasanın 64 üncü maddesine girdiğinden bu güne kadarki Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına rağmen; 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı 'Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun iptali için Cumhuriyet Halk Partisinin açtığı iptal davası sonucunda 6223 sayılı Yetki Yasası, AYM'nin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararı ile 14 üyenin oyunun 7'ye 7 çıkması nedeniyle, bu güne kadar istikrar kazanmış görüşünün aksine iptal isteminin reddi yönünde oy kullanan ve bu Dava Dilekçesinin 'Hakimin Reddi Talebi' bölümünde belirtilen nedenlerle reddi hakim talebinde bulunulan

Mahkeme Başkanı Sayın Haşim KILIÇ'ın kullandığı oydan dolayı iptal istemi OY ÇOKLUĞU ile reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı (Başkanın oyundan dolayı 6216 sayılı Kanunun 65 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Kararına göre;

" 6223 sayılı Kanunun iki konuda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verdiği görülmektedir:

Bunlardan birincisi özetle 'Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi'dir. Bu çerçevede gerekli görülmesi halinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan bakanlıkların birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi için KHK çıkarma yetkisi verilmiştir.

İkincisi ise 'Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler' yapılması için KHK çıkarma yetkisi verilmiştir.

Yetki kanunu, çıkarılacak KHK'lerin konusunu ve kapsamını bu şekilde belirleyip sınırlandırmıştır. Yetki yasalarında, çıkarılması için izin verilen KHK'lerin konusunun belirlenmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte belirlenen bu konunun mutlaka dar kapsamlı olması gerektiği yönünde Anayasada herhangi bir kural bulunmamaktadır. Kaldı ki, yetki kanunlarında KHK'lerle düzenlenmesi için yetki verilen konunun kapsamının sınırlı mı yoksa geniş mi olduğu şeklindeki bir irdelemenin, sübjektif değerlendirmeleri ortaya çıkaracağı hususu, izahı gerektirmeyecek derecede açıktır. Ayrıca, konu ve kapsamın belirlenmiş olduğunun söylenebilmesi için, hangi yasalarda değişiklik yapılacağının yetki kanununda mutlaka sayma yoluyla gösterilmesi de şart değildir. Bu nedenle, dava konusu yasa kurallarında, bir kısım kanunların isimleri sıralandıktan sonra belirlenen bu iki konuyla ilgili 'diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler'de de değişiklik yapılabileceğinin ifade edilmiş olması, konunun belirli olmadığı iddiasına dayanak teşkil edebilecek bir husus değildir. Zira konu ve kapsamın belirtilmiş olması kaydıyla, belirlenen bu konu ve kapsamın sınırları içine hangi yasa ya da KHK'lerin girdiğinin yetki yasasında sayma yoluyla gösterilmesi şart değildir. Bu husus 1961 ve 1982 Anayasalarının konuyla ilgili düzenlemelerinin karşılaştırılmasından da açıkça anlaşılmaktadır. Şöyle ki, 1961 Anayasasının konuyla ilgili 64 üncü maddesinde 'Yetki veren kanunda ' yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi' şartı aranmışken, 1982 Anayasasının 91 inci maddesinde böyle bir şarta yer verilmemiştir. Yürürlükten kaldırılacak

kanun hükümlerinin yetki yasasında açıkça gösterilmesi şart olmadığına göre, hangi kanunlarda ya da KHK'lerde değişiklik yapılacağının yetki kanununda sayma yoluyla gösterilmesi de şart değildir.

(')

Bir başka anayasaya aykırılık iddiası ise, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK'ler çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun bulunmadığına ilişkindir. Dava konusu yetki yasasıyla çıkarılması için izin verilen KHK'ler olağan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu tür KHK'lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasada herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, yetki kanunlarının ve KHK'lerin anayasaya uygunluğunun incelenmesinde Anayasada öngörülmeyen yeni şartlar ihdas edilmesi mümkün olmadığı gibi, neyin 'önemli', 'ivedi' ve 'zorunlu' olduğuna anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organının karar vermesi de bu organın işlevine uygun değildir. Ayrıca bu kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve göreceli olduğu da açıktır. Bu nedenle, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olup olmadığının incelenmesi, Anayasada öngörülen çerçevenin dışına taşacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebilecektir. Oysa yetki yasaları üzerindeki denetimin, Anayasada öngörülen çerçevenin sınırları içinde kalması gerekir. Bu nedenle, KHK çıkarılması için yetki verilen konunun acil, ivedi, önemli ve zorunlu olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemiştir.'

Bu dava dilekçesinde Yüksek Mahkemenin iki farklı kararından uzun alıntı yapılmıştır. Bunlardan birincisi 05.10.2000 tarih ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı kararı, diğeri ise 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı kararıdır.

İki karar arasındaki farklılıklar üzerine çok şey söylenebilir; söylenecektir. Özeti, Anayasa Mahkemesinin geçmişini inkâr ettiği ve çağdaş demokrasiyi yüceltmenin erdemine artık nefesinin yetmediğidir.

Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararındaki (6216 sayılı Kanunun 65 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Görüşe göre;

6223 sayılı Yasanın kapsamına;

- Birincisi, "Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi' ve bu çerçevede gerekli görülmesi halinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan bakanlıkların

birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi' için Yetki Yasasında tek tek sayılan 19 adet kanun ve kanun hükmünde kararname ile bu konuyla ilgili diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler;

- İkincisi ise, 'Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler' yapılması için' Yetki Yasasında sayılan 6 adet kanun ve kanun hükmünde kararnamelerle bu konuyla ilgili diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler;

girmektedir.

Başka bir anlatımla, kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımını ve dolayısıyla teşkilat yasalarını konu alan bütün yasa ve yasa gücünde kararnameler ile kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarını konu alan tüm personel kanunları ile kanun hükmünde kararnameler, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamındadır ve dolayısıyla teşkilat ve personeli konu alan tüm yasa ve yasa gücünde kararnamelerin Yetki Kanununun kapsamında olması, Anayasanın 87 nci maddesine göre 'Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek' anlamına geldiği gibi kapsamı da belirli olduğu için Anayasanın 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırılık oluşturmamaktadır.

Bu yorum, 'Kamu hizmetlerinin kapsamı ile kamu hizmetlerini yürütecek her türlü kamu kurum ve kuruluşunun teşkilatı ile görev ve yetkilerini; bağlılık, ilgililik ve ilişkililik ilişkilerini; hizmet üretme süreçlerini; memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ve diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esasları ile mali, sosyal ve diğer her türlü özlük hakları ile sorumluluklarını; kamu hizmetlerinin finansman biçimleri ile harcama usul ve esaslarını yeniden belirlemek amacıyla yürürlükte bulunan tüm kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik ve yeni düzenlemeler yapmak üzere Bakanlar Kuruluna yetki vermektir.' şeklindeki bir yetki yasasının da konusu ve kapsamı -6223 sayılı Yetki Yasasından daha da- belirgin, kısa, öz ve anlaşılabilir olduğundan, Anayasaya daha da uygun olacağı anlamına gelmektedir.

Bu yoruma, Anayasanın 91 inci maddesinin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında KHK çıkarabilmesi için hükümete yetki verilmesi nedeninin, '... çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak bir seri kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir ...' biçiminde açıklanması ile Anayasa

Komisyonu Başkanının da, 'Kanun hükmünde kararname, yasama meclisinin acil bir durumda, kanun yapmak için geçecek sürede çıkaracağı kanun ihtiyacı, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceğine; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için kurulmuştur.' biçiminde görüş bildirmesini de görmezden gelip, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarını da yok sayarak, 'KHK çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasada her hangi bir düzenleme yer almamaktadır.' saptamasını da eklersek;

Seçimler yapıldıktan sonra Bakanlar Kurulunun hazırladığı yetki yasası tasarısına TBMM'nin yetki vermesini sağladıktan sonra -75'şer günlük bütçe süreci hariç- bir sonraki genel seçimler sonuçlanıp TBMM açılana kadar TBMM'yi kapatmak; acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durum olmadığı sürece de TBMM'yi toplantıya çağırmamak gerekecektir.

Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü ve E.2011/60, K.2011/147 sayılı Kararındaki (6216 sayılı Kanunun 65 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre çoğunluk sayılan) Görüş, net bir biçimde bunu söylemektedir.

Bu görüş, Anayasanın Başlangıcı ile Birinci Kısmında kurulan Türkiye Cumhuriyetini değil, bambaşka bir devleti tanımlamakta; tanımlanana ne dendiği de herkes tarafından bilinmektedir.

Bakanlar Kurulu tarafından 6223 sayılı Yetki Yasasına dayanılarak 35 adet KHK çıkarılmış; bir tanesi yürürlükten kaldırıldığı için geriye yürürlükte 34 adet KHK kalmıştır.

Öyle ki, söz konusu KHK'lerin içeriğine girmeden isimlerinden de anlaşılacağı üzere, KHK'lerden bazıları daha bir ay yürürlükte kalmadan değişikliğe uğramıştır. Bu durum göz önüne alındığında, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebilmesi için, Anayasa Mahkemesinin içtihat haline gelmiş kararlarına göre, 'ivedilik', 'zorunluluk' ve 'önemlilik' gibi üç Anayasal koşulun birlikte bulunması şartının gerçekleşmesi şöyle dursun, Bakanlar Kurulunun yönetmelikle kurallaştırmanın dahi asgari gerekleri olan araştırma, inceleme, ihtiyaçları tespit etme ve giderme yollarını belirleme gibi ciddi hiçbir hazırlığının olmadığını ortaya koymaktadır. Bu durum, niteliği itibariyle uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren yasal düzenlemelerin KHK'lere konu oluşturamayacağının en açık, belirgin ve tartışmasız göstergesidir.

Bakanlar Kurulunun ülkemize yaşattığı kelimenin tam anlamıyla bir tür 'yap-boz oyunu'dur. Yap-boz oyunu olmadığını hiç kimse ileri süremez. Ancak, yap-boz oyunları, okul öncesi çocukların eğlenerek öğrenmelerini sağlamak için geliştirilen oyunlardır. Yap-boz oyunları ile okul öncesi çocukların, anlamsız parçaları zihinsel çaba göstererek anlamlı bütünlere dönüştürmeleri ve

dolayısıyla zihinlerinde kurguladıkları bütüne ulaşabilmeleri için de her defasında yeniden deneyerek düşünme ve çözüm yolları üretme yetilerini geliştirmeleri amaçlanmaktadır.

Bakanlar Kurulu ise, 6223 sayılı Yasayla aldığı yetkiye dayanarak, yap-boz oyununu Türkiye'nin hukuk sistemi üzerinde oynamaktadır. Kamu hizmeti yürütmekle görevli kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapıları, kamu hizmeti üretme usul ve esasları, personel sistemi ve hizmet üretme süreçleri paramparça edilmiştir. Yapılan düzenlemelerde 3046 sayılı Kanuna dahi uyulmamaktadır. Bakanlar Kurulu uzun süreli ve çok yönlü çalışmayı gerektiren alanlarda hiçbir hazırlığa dayalı olmadan kural koymakta, daha koyduğu kuralı uygulama ve sonuçlarını izleme ve değerlendirme aşamalarına geçmeden değiştirmekte; durmamakta, değiştirdiğini de değiştirmektedir. Hiçbir hukuksal öngörülebilirlik olmadığı için de değiştirdiği değişikliği değiştirdiğinin üzerinde yarın başka bir değişikliğe gitmeyeceği de belirsizliğini korumaktadır.

Bakanlar Kurulunun hukuksal öngörülebilirliği ortadan kaldırması ve hukuksal belirsizlik yaratarak hukuk devleti ilkesine aykırı uygulamalar içine girmesini sağlayan ise, Anayasanın 7 nci maddesiyle Türk Milleti adına TBMM'ye verilen devredilemez nitelikteki yasama yetkisini kullanıyor olmaktan kaynaklanmaktadır.

Parlamento, Fransızca 'parler', İtalyanca 'parlare' yani 'konuşmak' mastarlarından türetilmiş bir sözcüktür ve 'konuşulan yer' anlamına gelmektedir. Demokrasilerde yasalar, uzun süreli ve çok yönlü araştırma, inceleme ve değerlendirmelere dayalı olarak ihtiyaçları ve çözüm yollarını tespitten sonra parlamentoların komisyon ve alt komisyonları ile genel kurulunda konuşularak, tartışılarak ve ilgili kurum ve kuruluşlar ile etkilenen toplumsal kesimlerin ve bunların temsilcisi örgütlerin görüşleri alınıp üzerinde asgari mutabakat sağlanmaya çalışılarak yasalaşmaktadır. Demokratik devletin ve çağdaş demokrasinin özü budur.

Varlığını Anayasaya borçlu olan Anayasa Mahkemesinin bu yalın gerçeği görmezden gelerek tüm teşkilat ve personel yasalarının parlamenter süreç dışında yapılmasını, Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 87 nci ve 91 inci maddelerine rağmen teşvik etmesinin, hukuksal hiçbir gerekçesi yoktur; olamaz.

Kaldı ki, Anayasa yasama yetkisini Türk Milleti adına TBMM'ye vermiş ve bu yetkiye - Anayasanın 91 inci maddesindeki ayrık ve spesifik durum hariç- devredilmezlik atfetmiştir. Anayasanın öngördüğü 'ivedilik', 'zorunluluk' ve 'önemlilik' gibi üç koşulun birlikte bulunması şartının gerçekleşmediği alanlarda 6223 sayılı Yasayla Bakanlar Kuruluna konu ve kapsamı sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi ve Bakanlar Kurulunun da bu yetkiyi 'yap-boz oyunu' oynar gibi kullanması, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan parlamenter demokratik sisteme

karşı girişilmiş örtülü bir yürütme organı darbesidir. Bu örtülü darbenin siyasal iktidarın yasama organındaki sayısal üstünlüğüne dayalı olarak yasama organının bilgisi ve ilgisi dahilinde yapılıyor olması, yapılanın Anayasanın özü ve sözüyle bağdaşmayan siyasal bir darbe olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bunun en açık, bariz ve doğrudan örneklerine Yüce Mahkemeye açılan iptal davalarında yer verilmişti. 655 sayılı KHK de bunlardan birini oluşturmaktadır.

01.11.2011 tarihli ve 28102 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 09.04.1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve 10.08.1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK yürürlükten kaldırılarak Denizcilik Müsteşarlığı kapatılmakta; 655 sayılı KHK ile kurulan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına 'kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasında dağılımı'nın ötesinde yeni kamu hizmeti görevleri verilmekte ve bazı kamu hizmeti görevleri ise kamu hizmeti olmaktan çıkarılmaktadır.

Bilindiği üzere yasaların lafzi yorumunda kısım, bölüm, madde, fıkra, bent, alt bent silsilesi ve bütünlüğü büyük bir önem taşımaktadır. Bir alt bendin ilgili olduğu bent, bendin ilgili olduğu fıkra, fıkranın ilgili olduğu madde, maddenin ilgili olduğu bölüm bağlamında değerlendirilmesi genel kuraldır.

Bu çerçevede 6223 sayılı Yetki Yasasının amacı 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, 'Bu Kanunun amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere; (a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek; (1) Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine, (2) Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine, (3) Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına, (') ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektir.' şeklinde düzenlenmiştir.

Nitekim, Yasanın 1 inci maddesinin gerekçesinde de aynen, 'Kanunun amacını ve kapsamını belirleyen bu maddede, kamu hizmetlerinin düzenli, hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere, kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi ve

kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmektedir.' denilmiştir.

Dolayısıyla 6223 sayılı Yasanın amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere; (a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlen(mesine) ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektir.'

Oysa, 655 sayılı KHK'nin 'Görevler' başlıklı 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b), (c) ve (g) bentlerinde, Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına, (mülga) 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile (mülga) 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'de yer almayan yeni görevler verilerek daha önce kamu hizmeti statüsünde olmayan hizmetlerin kamu hizmeti kapsamına alındığı ve daha önce kamu hizmeti statüsü bulunan ve aynı maddenin (d) bendinde yer alan, 'Ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetlerinin ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararı gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında sunulmasını sağlamak.' ifadesi ve Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün düzenlendiği 8 inci maddesindeki hükümlerle demiryolu ile ulaştırma faaliyetinin kamu hizmeti olma niteliğine son verildiği görülmektedir.

Bilindiği üzere parlamentolar, savurgan ve keyfi harcamalarda bulunan yürütme makamlarına karşı vergi mükelleflerinin temsilcileri olarak doğmuş ve bu işlevlerini kabul ettirerek var olabilmişlerdir. Günümüzün temsili demokrasilerinin temelinde, halkın temsilcilerinin kamu gelir ve giderlerinin saptanmasında söz ve karar sahibi olabilmek için yürütme makamlarına karşı sürdürdükleri mücadele yatmaktadır. Klasik örneği, 1215 yılında İngiltere Kralı Yurtsuz Jonh ile Papa III. Innocent ve baronlar arasında imzalanan Büyük Özgürlükler Sözleşmesi (Magna Carta Libertatum)'dir. İktidar odağı egemenler arasında imzalanan sözleşmenin temel özelliği, kralın sorgulanamaz kabul edilen yetkilerinin sınırlandırılması ve vergi toplama yetkisinin ise Kilise ile baronların ortak kararına bağlanmasıdır. Bu kararı alacak olan heyet parlamentonun ilk nüvesini oluşturmuştur.

Parlamentonun ortaya çıkmasıyla birlikte İngiltere'de 1628 yılında Petition of Rights ile dolaysız vergilerin, 1688 yılında Bill of Rights ile bütün vergi, harç ve resimlerin ihdası Parlamentonun

kabulü şartına bağlanmış; 1665 yılında ise kamu gelirlerinin harcanması Parlamentonun kontrolüne tabi kılınmış ve buradan türetilen 'bütçe hakkı' tüm demokratik ülkelere yayılmıştır.

Demokrasi, halkın kendi kendini yönettiği rejimin adıdır. Modern temsili demokrasilerin özünü ise, devletin sosyo-ekonomik işlevleri ile kamusal hizmetlerin kapsam, nitelik ve içeriğinin, nelerin kamu hizmetinden sayılıp, nelerin sayılmayacağının, sayılanların finansman biçimi ve ödenek tahsisleriyle nasıl yürütüleceklerinin, seçmen tercihlerine dayalı olarak halkın temsilcileri tarafından belirlenmesi oluşturmaktadır.

Parlamentonun bütçe hakkı, sadece bütçe yasasına ve dolayısıyla gelirlerin toplanması, harcamaların yapılması ve bütçe sonuçlarının denetlenmesine indirgenemez. Bütçe hakkı, ödeneklerin tahsis edildiği kamu hizmetlerinin belirlenmesini ve dolayısıyla nelerin kamu hizmetinden sayılıp nelerin sayılmayacağının tespitini de içerir. Çünkü her kamu hizmeti, ödenek ve kaynak tahsisini, harcama yapılmasını ve harcamaların finansmanını gerektirir.

Nitekim, Anayasanın 123 üncü maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; 163 üncü maddesinin birinci fıkrasında ise, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceği ilkelerine yer verilmiştir. Bu bağlamda, kanun hükmünde kararnamelerle bütçe de değişiklik yapılamayacağı gibi, daha önceden kamu hizmeti sayılmayan hizmetlerin kamu hizmeti kapsamına alınması, kamu hizmeti sayılanların kamu hizmeti statülerine son verilmesi gibi bütçede değişiklik yapılmasını gerektirecek düzenlemeler de kanun hükmünde kararnamelere konu oluşturamazlar.

Bu bağlamda, 6223 sayılı Yasanın amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere; kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi olduğundan, Bakanlığın görev ve yetkilerinin düzenlenmesi görüntüsü altında, bazı hizmetlere kamu hizmeti statüsü kazandırılması ve bazı kamu hizmetlerinin ise kamu hizmeti statülerine son verilmesinin kanun hükmünde kararnamelerle yapılması, 6223 sayılı Yetki Yasasının amaç maddesiyle bağdaşmadığından Anayasanın 91 inci maddesine aykırı olmanın yanında, 123 üncü maddesi ile 163 üncü maddesindeki ilkelerle de bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamı, 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasında, 'Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler; (a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak; (1) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda, (') (19) 25/3/1997 tarihli ve 571 sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede, (20) Diğer kanun ve kanun

hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilişkilerine ilişkin hükümlerinde, (') yapılacak değişiklik ve düzenlemeleri kapsar.' şeklinde hüküm altına alınmıştır.

09.04.1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 10.08.1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye, 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsama ilişkin, 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde, 19 alt bent halinde sayılan yasa ve yasa gücünde kararnameler arasında yer verilmemiştir.

3348 sayılı Yasa ile 491 sayılı KHK'nin, 6223 sayılı Yetki Yasasının 'Amaç ve kapsam' başlıklı 1 inci maddesinin kapsama ilişkin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (20) numaralı alt bendinde yer alan, 'Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde,' ifadesinin kapsamı içinde olduğu da ileri sürülemez. Çünkü, (20) numaralı alt bent içinde değerlendirilebileceği ileri sürülür ise bu durum, (20) numaralı alt bentten önce sayılan 19 alt bendin boşu boşuna sayıldığı anlamına gelir ki, böylesine bir yorum yasakoyucuyu boş işlerle uğraşan bir angarya merkezi haline indirgemek anlamına gelir. Diğer yandan, bu değerlendirme kamu kurum ve kuruluşlarına ilişkin -2919 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 26.04.1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, 05.05.1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu vb. dahil- tüm teşkilat ve usul kanunlarının, (20) numaralı alt bendin kapsamı içinde olduğu gibi hukuka giriş derecesinde hukuk mantığından yoksun uçuk-kaçık bir iddiadan öteye geçemez. Çünkü, bu durumda yasakoyucunun (1)'den (19)'a kadar 19 adet yasa ve yasa gücünde kararnameyi saymak yerine, doğrudan, 'Tüm kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde,' demesi ve böylece söz konusu uçuk-kaçık iddiaya hukuki bir taban oluşturması gerekirdi. Böylesine bir düzenleme nasıl ki, Anayasanın 91 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki, yetki kanununun çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin kapsamını göstereceği kuralı ile Başlangıcının dördüncü fıkrası, 2 nci maddesi ve yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceğine ilişkin 7 nci maddesi karşısında Anayasal koruma göremeyecek ise, aynı anlama gelen bir yorumun da aynı gerekçelerle koruma göremeyeceği açıktır. Çünkü, Yetki Yasası'nda Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin 'amaç', 'kapsam' ve 'ilkeleri'nin belirlenmesinden amaç, Yetki Yasası'nın Anayasanın belirlediği ögeleri belli bir içeriğe kavuşturarak somutlaştırması, verilen yetkiyi hiçbir tartışmaya

yol açmayacak açıklıkta belirlemesi ve dolayısı ile söz konusu yetki ile Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olan yasama yetkisi kapsamında Bakanlar Kurulu'nun neleri gerçekleştirebileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır.

Tüm teşkilat ve usul yasalarına ilişkin düzenleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi, hiç tartışma yoktur ki yasama yetkisinin devridir. Aksine bir düşünce, TBMM'nin ve dolayısıyla demokratik rejimin varlığının ve gerekliliğinin tartışmaya açılarak inkarı kadar, Anayasa Mahkemesinin varlığının ve gerekliliğinin de tartışmaya açılarak inkarı anlamına gelir.

Bu bağlamda, Bakanlar Kurulunun 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında olmayan 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'de düzenlenmiş alanlarda hukuksal tasarruflara girişerek yasal düzenlemelerde bulunması, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 7 nci ve 91 inci maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan, 09.04.1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun 24 yıldır, 10.08.1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK ise 18 yıldır yürürlüktedir ve yürürlüğe girdiği tarihten, yürürlükten kaldırıldığı tarihe kadar da tümden değiştirilerek yürürlükten kaldırılmasını 'zorunlu' kılan 'ivedi' ve 'önemli' bir durum ortaya çıkmamıştır. 655 sayılı KHK'nin Bakanlar Kurulunca kabul edildiği 26.09.2011 tarihinde, 3348 sayılı Kanun ile 491 sayılı KHK'nin, o gün, hemen ve aniden yürürlükten kaldırılarak yerine 655 sayılı KHK'nin getirilmemesi halinde, ulaştırma, denizcilik ve haberleşme hizmetlerinin bundan şu ya da bu şekilde olumsuz etkileneceği, 'ivedilik, 'zorunluluk' ve 'önemlilik'durumu da söz konusu değildir.

Bu bağlamda, Anayasanın öngördüğü 'ivedilik', 'zorunluluk' ve 'önemlilik' gibi üç koşulun birlikte gerçekleşmiş olması durumunun esamisi dahi okunmaz iken; ulaştırma, denizcilik ve haberleşme hizmetlerini yürütmek üzere Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının teşkilatları ile görev ve yetkilerinin, istihdam politikaları ile hizmet üretme süreçlerinin 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenerek 3348 sayılı Kanun ile 491 sayılı KHK'nin yürürlükten kaldırılması, Anayasanın Başlangıç bölümünün dördüncü fıkrası ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddeleriyle bağdaşmaz.

Yukarıda açıklandığı üzere Bakanlar Kurulu 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında bulunmayan 09.04.1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 10.08.1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi, Türkiye Büyük Millet Meclisine ait yasama yetkisini demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan bir şekilde gasp ederek yürürlükten

kaldırması ve yerine 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yeni esaslar temelinde hukuksal tasarruflarda bulunması, Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 87 nci, 91 inci, 123 üncü ve 163 üncü maddelerine aykırı olduğundan, 22.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin tümünün ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile eki (I) Sayılı Cetvel, (2) Sayılı Cetvel, (1) Sayılı Liste, (2) Sayılı Liste ve (3) Sayılı Listenin iptali gerekir.

2) 655 Sayılı 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17 nci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 17 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Denetim Hizmetleri Başkanlığı ve Müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile Müfettiş Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

Anayasanın 7 nci maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez'; 8 inci maddesinde ise, 'Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.' kurallarına yer verilmiş; 128 inci maddesinin birinci fıkrasında ise, 'Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.' denildikten sonra 2 nci fıkrasında, 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.' denilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın 115 inci maddesinde, Bakanlar Kurulunun, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelenmesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabileceği; 124 üncü maddesinde ise, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri ifade edilmiştir.

İdari hiyerarşi içinde yönetsel bir görev olan 'Ulaştırma ve Haberleşme, Havacılık ve Uzay Teknolojileri ile Denizcilik Uzmanları'nın, 655 sayılı KHK'nın 37 nci maddesinde mesleğe alınmaları ve yetiştirilmelerine ilişkin usul ve esaslar yasayla düzenlenirken; Bakan adına ve Bakana bağlı olarak bağımsız ve tarafsız görev yapmaları gereken Müfettişlerin, 17 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında, çalışma usul ve esasları ile Müfettiş Yardımcılığına alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususların yasayla düzenlenmek yerine, yönetmeliğe bırakılmasını anlamak mümkün değildir.

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında, bakanın, bakanlık teşkilatının en üst amiri olduğuna yer verilmiş; ikinci fıkrasında, bakanların, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Hükümetin genel siyasetine, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle ve bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve başbakana karşı sorumlu oldukları belirtilmiş; üçüncü fıkrasında ise, her bakanın ayrıca emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden de sorumlu olup, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkili olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Aynı hükümler 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin 4 üncü maddesinde değişik ifadelerle yinelenmiştir. 3046 sayılı Kanunun 21 nci ve 635 sayılı KHK'nin 4 üncü maddesinde belirtilen, Bakanlığın faaliyetlerini veişlemlerini denetleme görev ve yetkisini bakan kendi eliyle yapamayacağına göre, bu işleri doğrudan Bakana bağlı olarak ve Bakan adına yapmak üzere, 655 sayılı KHK'nin 17 nci maddesiyle Denetim Hizmetleri Başkanlığı kurulmuş ve (1) numaralı fıkrasının (b) bendiyle Bakanlık ile Bakanlık kuruluşlarının her türlü faaliyet, iş ve işlemleriyle ilgili olarak inceleme ve soruşturma işlerini yürütmek görevleri Denetim Hizmetleri Başkanlığına verilmiştir.

Bakanın Anayasal sorumluluğunu yerine getirmesinin uzantısı olarak kurulan ve bu derece önemli görevler yüklenen Denetim Hizmetleri Başkanlığının ve burada görevli müfettişlik mesleğine ilk adımın atıldığı Müfettiş Yardımcılığına giriş için, 17 nci maddenin (2) numaralı fıkrasında, hiçbir ölçüt getirilmeden ve sınır çizilmeden Müfettiş Yardımcılarının mesleğe giriş ve yeterlik sınavlarının usul ve esaslarını, Müfettişliğe yükselmelerini, görev, yetki ve sorumluluklarını, Başkanlığın çalışma usul ve esasları ile diğer hususları düzenleme yetkisi yürütme organına devredilmiştir.

Anayasanın 128 inci maddesinde belirtilen hususların yasa ile düzenlenmesi memurlar ve diğer kamu görevlileri için bir güvence olmanın yanında, denetim hizmetinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı

dikkate alındığında müfettişlik mesleği açısından kamu yararının da gereğidir. Mesleğe alınma ve yeterlik sınavlarına ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerin; söz konusu memuriyetlere atanma konusundaki düzenlemeler olduğu ve Anayasanın 128 inci maddesinde yasa ile düzenlenmesi zorunlu görülen hususlardan bulunduğu açık olup bu konudaki düzenlemelerin, yürütmenin çıkaracağı yönetmeliğe bırakılması; bizzat Anayasa tarafından öngörülen memuriyet ve görev güvencesinin ortadan kaldırılması sonucunu doğuran ve denetim hizmetlerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından kamu yararı ilkesiyle bağdaşmayan ve bu yanlarıyla da Anayasanın 2 nci ve 128 inci maddeleriyle bağdaşmayan bir durumdur.

Usul ve esasları ile ilkeleri 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede gösterilmeden, idareye bırakılan düzenleme yetkisinin, asli bir düzenleme yetkisi olduğu açıktır. Yürütme ve idarenin Anayasada belirtilen ayrık durumlar dışında düzenleme yetkisi aslî değil, ikincildir; yani, sınırları yasayla çizilmiş bir alandadır. Anayasanın 123 üncü maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesi,yasamanın, bir alanı temel ilkeleriyle belirlemesi, düzenlemesi; ondan sonra da, yürütmenin, bu çerçevesi çizilmiş alanda düzenleyici birtakım işlemler yapabilmesini gerektirir. Anayasanın 7 nci maddesine göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir ve bu yetki devredilemez.

Anayasanın 128 inci maddesi uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin görev ve yetkileri ile hakları ve yükümlülüklerinin de yasa ile düzenlenmesi zorunlu olduğundan, belirtilen bu hususları kapsaması kuşkusuz olan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Müfettişleri ve Müfettiş Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yeterlik sınavları, görev, yetki ve sorumlulukları ile Başkanlığın çalışma usul ve esaslarının düzenlenmesini yönetmeliğe bırakan düzenlenme; Anayasanın 128 inci maddesine, yürütmeye asli düzenleme yapma imkanı tanıdığı için 8 inci ve 123 üncü maddesine, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için 7 nci maddesine, böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için 6 ncı maddesine aykırılık söz konusudur.

Diğer taraftan, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde ifade edilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Yukarıda açıklandığı üzere, 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17 nci maddesinin (2) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 655 Sayılı 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 29 uncu Maddesinin (13) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 29 uncu maddesinin 13 numaralı fıkrasında, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığında kurulacak sürekli ve geçici kurulların üyelerinin hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı, sahip olmaları gereken özellikler ile kurulların çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle belirleneceği belirtilmektedir.

655 sayılı KHK'nin 29 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Bakanlığın görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere bakanlık, kurum ve kuruluş, sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla 'Kaza İnceleme ve Araştırma Kurulu', 'Demiryolu Koordinasyon Kurulu', Araştırma Merkezi İzleme ve Yönlendirme Kurulu, 'Şûra Düzenleme Kurulu', 'İnternet Geliştirme Kurulu' adlarıyla sürekli kurullar kuracağı belirtilmiş; (3) numaralı fıkrasında, Demiryolu Düzenleme Kuruluna, demiryolu altyapı işletmecileri, tren işletmecileri ve Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü arasında uyum ve işbirliğini sağlamak, bunun için gerekli kararları almak; (b) bendinde, demiryolu politikaları geliştirmek; (c) bendinde, demiryolu sektörünün sürdürülebilir bir yapı kazanması için teklif hazırlayarak Bakana sunmak; (ç) bendinde, demiryolu sektörünün yatırım ihtiyacı ile ilgili çalışmalar yaparak Bakana sunmak; (4) numaralı fıkrasında ise Araştırma Merkezi İzleme ve Yönlendirme Kuruluna ise, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezinin yürüteceği faaliyetleri değerlendirmek ve yönlendirmek; Merkezin hazırlamış olduğu programları ve protokolleri değerlendirmek, yönlendirmek ve onaylamak; onaylanan program ve protokolleri izlemek, sonuçlarını değerlendirmek ve Bakana sunmak; Merkezin gerçekleşen faaliyetlerinin sonuçlarını değerlendirmek ve Bakana sunmak gibi görev ve yetkiler verilmiştir.

Söz konusu görevler, Denizcilik, Ulaştırma ve Haberleşme Bakanlığının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olmanın da ötesinde, 'demiryolu altyapı işletmecileri, tren işletmecileri ve Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü arasında uyum ve işbirliğini sağlamak, bunun için gerekli kararları almak', 'değerlendirmek ve yönlendirmek', 'yönlendirmek ve onaylamak' örneklerinde görüldüğü üzere, kamu yönetiminde üst yönetime ait karar oluşturma, sevk, idare ve denetim görevleridir ve söz konusu kurullar, söz konu görevleri yürüten genel müdürlük ve merkezlerin aldıkları kararlar ve yürüttükleri faaliyetler üzerinde bağlayıcı kararlar almakla yetkilendirilmiş üst hiyerarşik kamu kurullarıdır.

Bu durumda da Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığında kurulacak sürekli ve geçici kurulların üyelerinin hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü

temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı ile sahip olmaları gereken özelliklerin ve kurulların çalışma usul ve esaslarının yasayla düzenlenmesi; yönetmeliğe bırakılmaması gerekir.

Anayasanın 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı; 11 inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu; 123 üncü maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği ve 128 inci maddesinde ise, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlilerince görüleceği ile memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği kurallarına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere idarenin kanuniliği ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, yasayla düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmesini gerekli kılar. Yasada temel ilkeler konulduktan ve çerçeve çizildikten sonra teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Denizcilik, Ulaştırma ve Haberleşme Bakanlığının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütecek kurulların üyelerinin, hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı ile sahip olmaları gereken özelliklerin ve kurulların çalışma usul ve esaslarının yasayla düzenlenmek yerine idarenin düzenleyici işlemi olan yönetmeliğe bırakılması, Anayasanın 128 inci maddesindeki kurallarla uyuşmamanın yanında idarenin kanuniliği ilkesiyle bağdaşmamakta ve yürütmenin kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanmasına olanak sağlayıp, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan Anayasanın 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 29 uncu maddesinin 13 numaralı fıkrası, Anayasanın 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 655 Sayılı 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 37 nci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 37 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Bakanlığın merkez teşkilatında çalıştırılacak Ulaştırma ve Haberleşme, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanı ve Uzman Yardımcıları ile merkez ve taşra teşkilatında çalıştırılacak Denizcilik Uzmanı ve Uzman Yardımcılarında aranacak nitelikler düzenlenmiş ve yabancı dil bilgisine ilişkin olarak ise (b) bendinde, 'Başarı seviyesi ve ölçüm tekniği yönetmelikle belirlenen yabancı dillerden en az birinde başarılı olmak.' denilerek; hem adaylarda aranacak yabancı dil yada dillerin hangileri olduğu; hem de söz konusu yabancı dillere ilişkin başarı seviyesi ile bu başarı seviyesine ilişkin değerlendirmenin ölçüm tekniği yasayla düzenlenmek yerine, yönetmeliğe bırakılmıştır.

Oysa, 6223 sayılı Yetki Yasasına dayanılarak çıkarılan diğer bakanlıklara ilişkin Uzman ve Uzman Yardımcılıklarında da yabancı dil bilgisi aranmış ve ölçüm tekniğine ilişkin olarak 'Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavı' ile dil yeterliği bakımından buna denk olduğu kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan başka bir belge; başarı seviyesine ilişkin olarak da söz konusu sınavda en az (C) düzeyinde başarı aranmıştır. Böylece, uzman yardımcısı adaylarında aranacak yabancı dil bilgisinin hem ölçüm tekniği, hem başarı seviyesi nesnel kurallara bağlanarak yasayla belirgin hale getirilmiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre

düzene sokabilmesidir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğü sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere idarenin kanuniliği ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasını gerekli kılar. Kurallaştırma ise, yasayla düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmesini gerektirir. Yasada temel ilkeler ortaya konulmadan ve çerçeve çizilmeden, düzenlemenin yürütmeye bırakılması idarenin kanuniliği ilkesine uymadığı gibi yasma yetkisinin de devri anlamına gelir.

Bu itibarla, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının, Ulaştırma ve Haberleşme, Havacılık ve Uzay Teknolojileri ile Denizcilik Uzmanı ve Uzman Yardımcılarında aranacak yabancı dillerin hangileri olduğu ile söz konusu yabancı dillere ilişkin başarı seviyesi ve söz konusu başarı seviyesinin ölçüm tekniğinin yasayla düzenlenmek yerine idari işleme bırakılması, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik ile idarenin kanuniliği ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi yasama yetkisinin devri sonucunu doğurmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 37 nci maddesinin (2) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 655 Sayılı 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42 nci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki, " Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.' Tümcesi ile (2) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 42 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Türk boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurmak amacıyla, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerdeki mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarruf altındaki taşınmazların Maliye Bakanlığınca, Ulaştırma, Denizcilik ve haberleşme Bakanlığının kullanımına tahsis edileceği;

Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projelerin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edileceği ve inşaat ruhsatlarının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verileceği kuralı getirilirken; (2) numaralı fıkrasında ise, (1) numaralı fıkrada belirtilen tesis ve inşaatların projelendirilmesi ve yapımında 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu, 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 17/2/2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

İmar ve yapılaşmaya ilişkin genel yasa durumundaki;

- 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 1 inci maddesinde, Kanunun, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlendiği; 2 nci maddesinde, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapıların İmar Kanunu hükümlerine tabi olduğu; 4 üncü maddesinde ise, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun, İmar Kanununun ilgili maddelerine uyulmak kaydı ile 2960 sayılı İstanbul Boğaziçi Kanunu ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun ile diğer özel kanunlar ile belirlenen veya belirlenecek olan yerlerde ise, İmar Kanununun özel kanunlara aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

İmar, yapılaşma ve korumaya ilişkin özel yasa durumundaki;

- 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun 1 inci maddesinde, Kanunun amacı, İstanbul Boğaziçi Alanının kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek ve bu alandaki nüfus yoğunluğunu artıracak yapılanmayı sınırlamak için uygulanacak imar mevzuatını belirlemek ve düzenlemek olarak ortaya konmuş; 3 üncü maddesinde, Boğaziçi Alanının korunması ve geliştirilmesinde ve imar mevzuatının uygulanmasında esas alınacak hususlar düzenlenerek, (a) bendinde, Boğaziçi Alanında yer alan kültürel ve tarihi değerler ve doğal güzelliklerin muhafaza edileceği ve doğal yapıların korunacağı; (b) bendinde, Boğaziçi Alanının bu Kanunun amaçlarına uygun olarak ve doğal ve tarihi çevreye uyumu gözetilerek güzelleştirilip, geliştirileceği; (c) bendinde, Boğaziçi Alanında tarihi ve milli kültürümüze dayanan yaşamın yeniden canlandırılması, mesire yerlerinin geliştirilmesi ve gezinti alışkanlıklarının sürdürülmesinin teşvik edileceği; (d) bendinde, Boğaziçi Alanındaki kültür ve tabiat varlıklarının onarımına öncelik verileceği; (e) bendinde, Boğaziçi Alanındaki yapıların bu Kanun hükümlerine ve imar planları esaslarına göre yapılacağı, aykırı olanların derhal yıkılacağı;

(h) bendinde, Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesinde turizm ve rekreasyon amacı ile ayrılan alanlara toplumun yararlanmasına ayrılan yapı yapılacağı, bu hususun tapu sicillerine işleneceği ve toplumun yararlanmasına ayrılan bu yapıların amaç dışı kullanılamayacağı; (i) bendinde, Boğaziçi Alanında kıyıların ancak kamu yararına kullanılabileceği; (j) bendinde, Boğaziçi sahil şeridinde ancak toplumun yararlanacağı dinlenme, gezinti ve turizm tesislerinin imar planlarına uygun olmak şartı ile yapılabileceği; (l) bendinde, Boğaziçi Alanında kömür ve akaryakıt depoları, tersaneler ve sanayi tesisleri kurulamayacağı; (m) bendinde, Boğaziçi su yolunda hurda gemi ve benzeri araçlar bırakılamayacağı; (o) bendinde, Boğaziçi Alanında kamu hizmet ve tesislerine ayrılan alanlarda geçici inşaat müsaadesi verilmeyeceği; ancak, Boğaziçi öngörünüm, geri görünüm ve etkilenme bölgelerinde kamu hizmet ve tesislerine ayrılan alanlarda 40 m2'yi geçemeyen bekçi kulübesi, büfe, çay ocağı gibi yapılara imar uygulama programı uygulanana kadar Boğaziçi İmar İdare Heyetince müsaade edileceği hüküm altına alınmış; 4 üncü maddesinde, Boğaziçi Alanı sınırları içinde Devlet ormanı statüsüne alınacak yerlerin, Boğaziçi İmar Yüksek Koordinasyon Kurulunca kararlaştırılacağı ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait olanların bedelsiz olarak Hazineye devredileceği; özel mülkiyete ait olanların ise Tarım ve Orman Bakanlığınca kamulaştırılacağı; Devlet ormanı statüsüne alınan bu yerlerde 6831 sayılı Orman Kanununun 2 nci maddesi uygulaması yapılamayacağı; Boğaziçi Alanı içindeki ormanlarda intifa ve irtifak hakkı tesis edilemeyeceği; Ancak bu Kanunun amacına uygun intifa ve irtifak hakkının, Boğaziçi İmar İdare Heyetinin teklifi üzerine ilgili bakanlıklarca tesis edilebileceği; 5 inci maddesinde, Boğaziçi Alanında orman sayılmayan kamu kurum ve kuruluşlarına veya özel mülkiyete ait koru, koruya katılacak alan, çayır, mesire yeri, bostan ve benzeri alanların yeşil alan sayılacağı ve bitki varlıklarının geliştirilerek muhafaza edileceği; Bu alanlardaki ağaç varlıklarının yok edilmesi veya tahrip edilmesinin yasak olduğu hüküm altına alınarak; 6 ncı maddesiyle, Boğaziçi Kanununun amaçları doğrultusunda Boğaziçi Alanında yerleşme ve yapılaşmanın planlanması, koordinasyonu, imar uygulamalarının yapılması ve denetlenmesi için Boğaziçi İmar Yüksek Koordinasyon Kurulu, Boğaziçi İmar İdare Heyeti ve Boğaziçi İmar Müdürlüğü kurulmuş; 3194 sayılı İmar Kanununun 46 ncı maddesiyle ise, bu maddeye göre kurulan organlar kaldırılarak; bunların görev ve sorumlulukları 3194 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinde belirtilen çerçeve dahilinde İstanbul Büyükşehir ve ilgili ilçe Belediye Başkanlıklarınca yürütüleceği hükme bağlanmıştır.

- 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nun 1 inci maddesinde, Kanunun amacının, 1915 Çanakkale deniz ve kara muharebelerinin cereyan ettiği Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkının tarihi, kültürel değerleri ile orman ve bitki örtüsünün korunması, geliştirilmesi ve yönetimine ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi ile Türk vatan savunmasının

ve doğanın güzel bir örneği olarak uluslararası barışa hizmet etmesi için dünya uluslarına tanıtılması olduğu ve Kanunun belirtilen amaç doğrultusunda yapılacak çalışmalarda uyulacak esasları, alınacak önlemleri, yapılacak denetimleri, sağlanacak eşgüdümü ve tabi olunacak hukuki ve cezai hükümleri kapsadığı belirtilmiş; 3 üncü maddesinde, Milli Park alanının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi ve uzun devreli gelişme planına göre yapılaşmasında uyulacak esaslar belirlenerek (a) bendinde, Milli Parkın doğal, tarihi ve kültürel değerleri, harp tarihi esaslarına ve çevreye uyumlu olarak korunacağı ve geliştirileceği; (b) bendinde, Milli Park alanındaki 21.07.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamına giren taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında yapılacak uygulamalarda ilgili mevzuat kapsamında Kültür Bakanlığının; bunun dışındaki yapı ve tesislerde Orman Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle, bu Kanun hükümleri ve bu Kanun hükümlerine göre hazırlanan uzun devreli gelişme planı esaslarının uygulanacağı; (c) bendinde, Milli Park içindeki orman alanlarında Bakanlıkça yaptırılacak günübirlik kullanma alanları ile bu Kanun hükümlerine aykırı sonuçlar içermeyecek biçimde düzenlenecek uzun devreli gelişme planının gerekli gördüğü esaslar dışında, yeni yapı ve tesis yapılamayacağı bu bent hükümlerine göre yapılacak yapıların görüntü kirliliği meydana getirmeyecek şekilde doğa ile uyumlu olarak inşasının esas olduğu; (d) bendinde, Milli Park alanında, askeri çıkarma yapılmış olan kıyılarda, anıtsal düzenlemeler dışında yapı ve tesis yapılamayacağı, belediyelerce mücavir alan tesis edilemeyeceği, kömür ve akaryakıt depoları, tersane, sanayi ve benzeri tesisler kurulamayacağı, taş, kum, çakıl, mermer, kireç ocakları ve benzerlerinin açılamayacağı, söz konusu alanlarda yapılacak maden arama ve işletme faaliyetlerinin ise Bakanlar Kurulunun iznine tabi olduğu; (f) bendinde, Milli Park içindeki köy yerleşim alanları ve belediye hudutları dışındaki Hazine arazilerinin, Milli Park amacına uygun olarak kullanılmak üzere, bedelsiz olarak Orman Bakanlığına tahsisinin yapılacağı ve tapuda vasıf hanesi orman olarak tescil edileceği; Milli Park alanı içinde, zilyetlik ve imar-ihya yoluyla toprak kazanılamayacağı; Milli Parkta 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 2 nci maddesi uygulaması yapılamayacağı; Milli Parkın sahasının her ne sebeple olursa olsun daraltılamayacağı; (i) bendinde, Milli Parkın uzun devreli gelişme planının yenilenmesi veya tadilinin Orman Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile yapılacağı ve Milli Parkın uygulama planlarının uzun devreli gelişme planı esaslarına göre Bakanlıkça yapılacağı kurallarına yer verilmiştir.

Bu açık yasal düzenlemelere rağmen, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 42 nci maddesiyle, İstanbul ve Çanakkale boğazlarındaki Bakanlar Kurulunca belirlenen Hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazların Maliye Bakanlığınca

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına devredilmesi ve Bakanlıkça bu yerlerde, (1) can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve (2) deniz kazalarına karşı tedbir alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması amacına matuf tesisler kurulması ve bu tesislere ilişkin imar planları ile her türlü projelerin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilmesi; inşaat ruhsatlarının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilmesi; tesis ve inşaatların imar planları ile her türlü projelendirilmesi ve yapımında ise, 3194 sayılı İmar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 2634 sayılı Turizmi teşvik Kanunu ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu hükümlerinin uygulanmaması öngörülebilmiştir.

Böylece, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının teşkilatı ile görev ve yetkilerinin düzenlenmesi görüntüsü altında, 3194 sayılı İmar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda örtülü değişiklikler yapılarak söz konusu kanunların imar ve yapılaşmaya ilişkin hükümleri ilga edilmiştir.

Oysa, 2634, 2960, 3194, 4533, 5302 ve 5393 sayılı Yasalar, hiçbir şekilde 6223 sayılı Yetki Yasasının amacı, kapsamı ve ilkeleri içinde yer almamaktadır. Bakanlar Kurulunun 6223 sayılı Yetki Yasasının kapsamında olmayan alanlarda hukuksal tasarrufa girişerek düzenlemelerde bulunması, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 87 nci ve 91 inci maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, 3194 sayılı İmar Kanunundaki yerleşme ve yapılaşmaya ilişkin kural ve düzenlemelerin, deprem, sel, yangın vb. doğal afetleri; 2872 sayılı Çevre Kanununun kara, hava ve denizlerde oluşabilecek kirliliği ve bunlara karşı alınacak önlemleri; 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun, kültür ve tabiat varlıkları ile SİT alanlarının korunmasına ilişkin kuralları kapsadığı; ayrıca kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin olarak 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun 3 üncü maddesi ile 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununun 3 ncü maddesinde düzenlemeler bulunduğu; boğazlarda oluşabilecek deniz kazalarına karşı tedbir alınması ve boğazlarda güvenli geçişin sağlanması hususlarının ise, 20 Temmuz 1936 tarihinde İsviçre'nin Montrö kentinde imzalanan Montrö Boğazlar Sözleşmesi kapsamında olduğu ve Türkiye'nin tek yanlı idari düzenlemelerine konu oluşturamayacağı gibi hukuksal zorunluluklar ortada iken, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Türk Boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal

afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için ne tür tesisler kuracağı anlaşılabilir olmanın uzağındadır.

Kaldı ki, 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununun 3 üncü maddesinin (f) bendinde, Milli Park içindeki köy yerleşim alanları ve belediye hudutları dışındaki Hazine arazilerinin, Milli Park amacına uygun olarak kullanılmak üzere, bedelsiz olarak Orman Bakanlığına tahsisinin yapılacağı ve tapuda vasıf hanesi orman olarak tescil edileceği; Milli Park alanı içinde, zilyetlik ve imar-ihya yoluyla toprak kazanılamayacağı; Milli Parkta 6831 sayılı Orman Kanununun 2 nci maddesi uygulaması yapılamayacağı; Milli Parkın sahasının her ne sebeple olursa olsun daraltılamayacağı hüküm altına alınmış; 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun 4 üncü maddesinde ise, Boğaziçi Alanı sınırları içinde Devlet ormanı statüsüne alınacak yerlerin, Boğaziçi İmar Yüksek Koordinasyon Kurulunca kararlaştırılacağı ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait olanların bedelsiz olarak Hazineye devredileceği; özel mülkiyete ait olanların ise Tarım ve Orman Bakanlığınca kamulaştırılacağı; Devlet ormanı statüsüne alınan bu yerlerde 6831 sayılı Orman Kanununun 2 nci maddesi uygulaması yapılamayacağı; Boğaziçi Alanı içindeki ormanlarda intifa ve irtifak hakkı tesis edilemeyeceği; Ancak bu Kanunun amacına uygun intifa ve irtifak hakkının, Boğaziçi İmar İdare Heyetinin teklifi üzerine ilgili bakanlıklarca tesis edilebileceği belirtilirken; 5 inci maddesinde, Boğaziçi Alanında orman sayılmayan kamu kurum ve kuruluşlarına veya özel mülkiyete ait koru, koruya katılacak alan, çayır, mesire yeri, bostan ve benzeri alanların yeşil alan sayılacağı ve bitki varlıklarının geliştirilerek muhafaza edileceği; Bu alanlardaki ağaç varlıklarının yok edilmesi veya tahrip edilmesinin yasak olduğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükümler doğrultusunda devirler yapılmış; orman statüsüne alınmış ve 6831 sayılı Kanunun 2 nci maddesi uygulaması yasaklanmış iken; İstanbul ve Çanakkale boğazlarındaki Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan hangi taşınmazların Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına nasıl devredileceği; Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların ise, hukuki statüsü değiştirilmeden nasıl imar ve yapılaşmaya açılarak tesis yapımına konu oluşturabileceği soruları hukuki olarak yanıtsız kalmaktadır.

Burada hukuki belirsizlik olduğu açıktır. Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Bu bağlamda, Türk boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması ve boğazlarda güvenli geçişin sağlanması konuları 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu,

2960 sayılı Boğaziçi Kanunu ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu ile 20 Temmuz 1936 tarihli Montrö Boğazlar Sözleşmesinde düzenlendiği; ayrıca Çanakkale ve İstanbul boğazlarında bulunan Hazineye ait taşınmazların devirleri ve kullanımlarına ilişkin kurallar 4533 ve 2960 sayılı Kanunların 3 üncü maddelerinde yer aldığı ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazların da hukuki statüleri değiştirilmeden imar ve yapılaşmaya konu oluşturmayacağı gözetildiğinde, iptali istenen kural belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, İstanbul Boğazında 3194 sayılı İmar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununa göre yerel yönetimlere verilen imar planı yapma ve onama ile inşaat izni verme yetkileri ile 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununa göre Eceabat ilçesinde ilgili belediyeye dışında ise Orman ve Su İşleri Bakanlığına verilen Milli Parkın uygulama planlarını yapma yetkileri, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına verilmektedir.

Anayasanın 127 nci maddesinin birinci fıkrasında, mahalli idarelerin, il, belediye veya köy halkının 'mahalli müşterek ihtiyaçlarını' karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri oldukları belirtilmiş; ikinci fıkrasında ise, mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin 'yerinden yönetim ilkesine' uygun olarak kanunla düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 26.06.2002 tarihli E.2001/377, K.2002/59 sayılı kararında, Anayasanın 127 nci maddesinde belirtilen 'mahalli müşterek ihtiyaç' kavramına açıklık getirilmiş ve 'Maddede belirtilen yerinden yönetim ilkesi yerel yönetimlerin özerkliğini vurgulamakta, 'mahalli müşterek ihtiyaç' kavramı da herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak ihtiyaç ve beklentileri ifade etmektedir.' denilmiştir.

Yüksek Mahkemenin söz konusu mahalli müşterek ihtiyaç tanımı ile yerinden yönetim ilkesi göz önüne alındığında, yerel düzeyde imar planları ile inşaat ve yapı kullanma izinlerinin mahalli müşterek ihtiyaç kapsamında olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Nitekim, yukarıda da belirtildiği üzere 3194 sayılı İmar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda yerel düzeydeki çevre düzeni planı ile nazım ve uygulama imar planlarını yapma ve onama ile inşaat

ruhsatı ve yapı kullanma izni verme yetkileri belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyelere, dışında ise il özel idarelerine verilmiştir.

Yerel yönetimlerin yetkisinde bulunan, çevre düzeni planı ile nazım ve uygulama imar planlarını yapma ve onama ile inşaat ruhsatı verme yetkilerinin Çevre ve Şehircilik Bakanlığına verilmesi, Anayasanın 127 nci maddesindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Her şey bir yana, Boğazlarda yapılacak tesis ve inşaatların projelendirilmesi ve yapımı ile inşaat ruhsatı işlemlerinde, 3194 sayılı İmar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu hükümleri uygulanmayacak ise, imar ve yapılaşmaya ilişkin olarak hangi yasa/tüzük/yönetmelik hükümleri uygulanacaktır' Uygulanmayacak olanlar sayıldığına; uygulanacak olanlara yer verilmediğine ve uygulanacak olana ilişkin bir düzenleme getirilmediği gibi yetki de verilmediğine göre, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının ya da Sayın Bakanın keyfe keder idari kararlarının uygulanacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır. Anayasal bir hukuk devletinde, hiçbir organ, kurum, kuruluş ya da kişilere bu tür 'Bolu Beyi' yetkileri verilemez; verilmesi Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi, 7 nci maddesindeki yasama yetkisinin devredilemeyeceği kuralı ve 123 üncü maddesindeki idarenin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmaz.

Anayasanın 2 nci maddesinde 'hukuk devleti' ilkesi, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmış; 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceği belirtilmiş ve 123 üncü maddesinde ise, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar. Anayasanın 7 nci maddesindeki kurala göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin takdirine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.

Anayasaya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Esasen Anayasanın 8 inci maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceğine ilişkin hükmünün anlamı da budur. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir. Yürütmeye kural koyma

yetkisi dahi verilmeden hiçbir kurala uymadan uygulamada bulunma yetkisi verilmesi, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 42 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, " Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.' tümcesi ile (2) numaralı fıkrası, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 7 nci, 8 nci, 11 nci, 87 nci, 91 nci, 123 ncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 655 'Sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Geçici 2 nci Maddesinin (2), (3), (4), (6), (7), (8) ve (12) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 2 nci maddesinin;

(2) numaralı fıkrasında, Ulaştırma Bakanlığı merkez teşkilatında; Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Kara Ulaştırması Genel Müdürü, Haberleşme Genel Müdürü, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı, Personel Dairesi Başkanı, Eğitim Dairesi Başkanı, Tarife ve Ticaret Dairesi Başkanı, Bağlı ve İlgili Kuruluşlar Dairesi Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Daire Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar ile taşra teşkilatında Bölge Müdürü unvanlı kadrolarda bulunanların görevlerinin bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona ereceği ve bu fıkra uyarınca görevleri sona erenlerin ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılacakları;

(3) numaralı fıkrasında, Denizcilik Müsteşarlığı merkez teşkilatında; Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Deniz Ulaştırması Genel Müdürü, Deniz Ticareti Genel Müdürü, Gemi İnşa ve Tersaneler Genel Müdürü, Teftiş Kurulu Başkanı, Deniz İşleri Başkanı, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanı, Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı, Muhabere ve Elektronik Dairesi Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Müsteşarlık Müşaviri, Daire Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar ile taşra teşkilatında Bölge Müdürü ve Gemi Sörvey Kurulu Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanların görevlerinin bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona ereceği ve bu fıkra uyarınca görevleri sona erenlerin ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılacakları;

(4) numaralı fıkrasında, ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarının, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı ve bu şekilde atanan Bakanlık Müşavirlerinin, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabileceği;

(6) numaralı fıkrasında, Ulaştırma Bakanlığı taşra teşkilatında; Bölge Müdür Yardımcısı unvanlı kadroda bulunanların görevlerinin bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona ereceği ve bu fıkra uyarınca görevleri sona erenlerin ekli (2) sayılı liste ile taşra teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılacakları;

(7) numaralı fıkrasında, Denizcilik Müsteşarlığı taşra teşkilatında; Bölge Müdür Yardımcısı, Liman Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanların görevlerinin bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona ereceği ve bu fıkra uyarınca görevleri sona erenlerin ekli (2) sayılı liste ile taşra teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılacakları;

(8) numaralı fıkrasında, beşinci, altıncı ve yedinci fıkralar uyarınca ihdas edilen Araştırmacı kadrolarının, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı ve bu şekilde atanan Araştırmacıların, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabileceği;

(12) numaralı fıkrasında ise, bu madde uyarınca atanan veya atanmış sayılan personelin yeni kadrolarına atandıkları veya atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda aldıkları sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); yeni atandıkları kadrolara ilişkin olarak yapılan sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarının, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödeneceği ve atandıkları veya atanmış sayıldıkları kadro unvanlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla kendi istekleriyle başka kurumlara atananlara fark tazminatı ödenmesine son verileceği;

Hüküm altına alınmaktadır.

655 sayılı KHK ile 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK yürürlükten kaldırılmakla birlikte, Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının teşkilatlarında yer alan ana hizmet birimleri, danışma ve denetim birimleri ve yardımcı hizmet birimleri Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının teşkilat yapısı içinde aynı veya başka adlar altında yer almıştır.

Görevden almaların atamadaki usule göre olacağı idare hukukunun temel ilkelerinden biridir. Nitekim, 23.04.1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usullerine İlişkin Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, 2451 sayılı Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı Cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere ise müşterek kararla atama yapılacağı; ikinci fıkrasında ise, bunların nakilleri ve görevden alınmalarının da aynı usule göre olacağı kurala bağlanmıştır.

2451 sayılı Kanuna ekli (2) sayılı cetvele göre, Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür ve Yardımcıları, Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanı, Rehberlik ve Denetim Hizmetleri Başkanı, Strateji Geliştirme Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Daire Başkanı (anahizmet ve yardımcı hizmet birimi), Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Bölge Müdürleri ve Başmüdürler ile İl İdare Şube Başkanı (İl Müdürü) müşterek kararla atanmaktadırlar. Bu bağlamda, söz konusu kadrolarda görev yapanların atanmalarındaki usule göre görevlerinden alınmaları gerekir.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkelerinin bulunduğunun bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukukî güvenliğin bir sonucu da kazanılmış haklara saygı gösterilmesi ilkesidir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş olan haktır. Kişilerin hukuk düzenine güvenerek elde ettikleri hakların sonradan çıkarılacak yasal düzenlemelerle ihlal edilmemesi bu ilkenin

gereğidir. Aksine düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

657 sayılı Kanunun Temel ilkeler başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde kariyer, Devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetişme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını sağlamaktır şeklinde; liyakat ise, Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır şeklinde tanımlanmıştır.

3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'de yer alan ana hizmet, danışma ve denetim ile yardımcı birimlerden, 655 sayılı KHK'nin geçici 2 nci maddesinin (2), (3), (6) ve (7) numaralı fıkralarında sayılı kadro görev unvanlarına ilişkin birimlerin tamamı kapatılmayıp, birçoğu aynı veya başka isimler altında 655 sayılı KHK'de Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı altında teşkilatlandırıldığına; ismi değiştirilen ve değiştirilmeyen söz konusu teşkilatlardaki Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, Teftiş Kurulu Başkanı, Strateji Geliştirme Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı (anahizmet ve yardımcı hizmet birimi), Daire Başkanı, Bakanlık Müşaviri, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Özel Kalem Müdürü, Bölge Müdürü, Liman Başkanı vb. kadrolarında bulunanlar, söz konusu görevlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kariyer ve liyakat ilkeleri çerçevesinde yükseldiğine ve dolayısıyla bu görevler kendileri yönünden hukuken kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüştüğüne ve söz konusu genel müdürlük ve daire başkanlıklarının birçoğu ile Bölge Müdürlüğü ve Liman Başkanlıklarının tamamının kapatılması gibi hukuksal bir zorunluluk da söz konusu olmadığına göre, bu görevleri statü hukukuna göre yürüten kamu görevlilerinden Bölge Müdürü ve üstü kadrolarda bulunanların yasayla 'Bakanlık Müşavirliği', stı kadrolarda bulunanların ise 'Araştırmacı' gibi pasif görevlere atanmaları, Yasanın öngördüğü güvenliklerinin ortadan kaldırılarak, statü hukukunun gereği olan kazanılmış haklarının ellerinden alınması demektir. Dolayısıyla, kazanılmış hakları ortadan kaldıran söz konusu düzenlemeler Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan geçici 2 nci maddenin (12) numaralı fıkrasında, Bakanlık Müşaviri ve Araştırmacı kadrolarına atanmış sayılanların bu kadrolara atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar, makam, görev ve temsil tazminatları, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiilî çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti ile fiilen yapılan ders karşılığı ödenen

ek ders ücreti hariç) toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), atanmış sayıldıkları yeni kadrolara ilişkin olarak aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar, makam, görev ve temsil tazminatları, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiilî çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti ile fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarının, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca fark tazminatı olarak ödeneceği belirtilerek; atamaları bu şekilde yapılanların mali haklarının korunduğu gibi bir izlenim yaratılmaktadır.

Ancak fıkrada, 'toplam net tutarının' ibaresinden sonra parantez içinde 'bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır' ifadesine yer verilerek, kadro görev unvanlarına ait aylık net hak edişleri sabitlenmiştir. Bu durumda örneğin müsteşarın en son aldığı net maaşı 100 TL ve Bakanlık Müşavirinin maaşı ise 90 TL ise aradaki 10 TL içinde bulunulan ayda tazminat olarak ödenerek maaşı yine 100 TL olacak; örneğin yıllık %11 oranındaki enflasyonun maaşlara yansıtılmasından dolayı bir sonraki ay müsteşar maaşı 111 TL, Bakanlık Müşaviri maaşı da 100 TL olduğunda ise, net maaş sabitlendiğinden dolayı, müsteşar iken Yasayla Bakanlık Müşavirliği görevine atanan kişiye herhangi bir ödemede bulunulmayacak, kişinin maaşı nominal olarak yine 100 TL olurken; reel olarak 90 TL'ye gerileyecektir. Dolayısıyla kazanılmış statü kaybının yanında kazanılmış mali hak kaybı da söz konusu olduğundan iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan, Yasa ile hem müsteşar, hem genel müdür 'Bakanlık Müşaviri' görevine atanmaktadır. Anayasanın 10 uncu maddesindeki, 'yasa önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Statü hukukunda müsteşar ile genel müdür farklı hiyerarşik kademe ve kadro unvanlarına karşılık geldiği halde; bunlar bir, aynı ve eşitlermiş gibi müsteşardan bölge müdürüne kadar olanların Yasayla 'Bakanlık Müşaviri' görevlerine, astı görevde bulunanların ise 'Araştırmacı' kadrolarına atanmaları Anayasanın 10 uncu maddesindeki 'yasa önünde eşitlik ilkesi' ile bağdaşmaz.

Anayasanın 36 ncı maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; 125 inci maddesinde ise, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir.

Kamu görevlilerinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kariyer ve liyakat ilkelerine göre yükseldikleri ve hukuki güvenliğe sahip kılındıkları müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür ve benzeri kadro unvanlarından, 'Bakanlık Müşavirliği' görevine olağan hukuki yol olan idari işlemle atamalarının yapılması durumunda kullanabilecekleri Anayasal güvence altındaki hak arama özgürlüğü ile yetkili yargı mercilerine dava açma haklarının, Yasayla atanmaları suretiyle ellerinden alınması Anayasanın 36 ncı ve 125 inci maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev esasları Hakkında Kanunun 27 nci maddesinde, bakanlıklarda, özel önem ve öncelik taşıyan konularda bakanlık makamına yardımcı olmak üzere özel yeteneği olanlardan bakanlık müşaviri atanabileceği ve bakanlık müşavirlerinin bakanlık makamına bağlı olduğu hükmüne yer verilmiş ve aynı hüküm 655 sayılı KHK'nin 27 nci maddesinde benzer ifadelerle yinelenmiştir.

657 sayılı Kanunda ise, memuriyet kadroları; kadro unvanı, görev unvanı, hizmet sınıfı ve mesleki kariyerlerine göre sınıflandırılmış; 33 üncü maddesinde kadrosuz memur çalıştırılamayacağı; 39 uncu maddesinde, 657 sayılı Kanuna tabi kurumlarda sınıflar dışında memurluk kadroları ihdas edilemeyeceği; 45 inci maddesinde ise hiçbir memurun sınıfının dışında ve sınıfının içindeki derecesinin altında bir derecenin görevinde çalıştırılamayacağı kurallarına yer verilmiştir.

Hukuksuz bir biçimde, Bakanlık Müşavirliği ve Araştırmacı kadrolarına atanmış bulunanların, Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatındaki hizmet sınıfları ile meslek kariyerlerinden unvanlı veya unvansız hangi kadrolara ait hangi görevleri yürüteceği de belirtilmeden, Bakanın uygun göreceği gibi sınırsız bir yetki kapsamında, Bakanın uygun göreceği birimlerde çalıştırılabileceği gibi belirsiz bir görevlendirmeye tabi tutulmaları, Anayasa ve İdare Hukukunun genel ilkeleri bir yana mantıkla da bağdaşmamaktadır.

Bakana tanınan söz konusu yetki bağlamında Ulaştırma Bakanlığı Müsteşarı iken, 655 sayılı KHK ile Bakanlık Müşavirliğine atanan mühendis kariyerli kamu görevlisi, örneğin, Ulaştırma,

Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından yaptırılacak olan Ordu-Giresun Havaalanı İnşaatı işinde kontrol mühendisi olarak görevlendirilebilecektir.

Yasa koyucu, Anayasanın 128 inci maddesi uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerini kanunla düzenlerken, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince, Anayasanın diğer hükümlerine de uygun hareket etmek zorundadır.

Böyle bir düzenlemede Anayasanın gözetilmesi gereken hükümlerinden birisi de, 2 nci maddesi ve bu maddede yer alan hukuk devleti ilkesidir.

Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak; kazanılmış hakları korumak durumundadır. Hukukta kazanılmış hakların korunması, hukuki güvenliğin kanıtı, uygunluğun ölçüsüdür.

Hukuk devletinin temel unsurları arasında 'kazanılmış haklara saygı' yer almaktadır. Bu nedenle 128 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca yapılacak tüm düzenlemelerin, memurların ve kamu görevlilerinin kazanılmış haklarını koruması gerekir. Aksine düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 2 nci Maddesinin (2), (3), (4), (6), (7), (8) ve (12) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 36 ncı, 125 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1- 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK'nin 6223 sayılı Yetki Kanununun kapsamı içinde olmaması, 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan düzenlemelerin Anayasanın öngördüğü 'ivedilik', 'zorunluluk' ve 'önemlilik' şartlarını taşımaması nedenleriyle, 655 sayılı KHK'nin tümünün ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile eki cetvel ve listelerin yürürlüğünün durdurularak Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşmeye ilişkin kamu hizmetlerinden

yararlananlar ile bu alanlarda faaliyet gösterenlerin telafisi olanaksız zararlardan korunması gerekeceği değerlendirilmektedir.

2- Denetim Hizmetleri Başkanlığı ve Müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile Müfettiş Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususların yasa yerine yönetmelikle düzenlenecek olması, teftiş ve denetim hizmetlerinin bağımsızlık ve tarafsızlığını ortadan kaldırarak kamu hizmetlerinin verimli, etkin, tutumlu ve kamu yararına sonuçlanması önünde engel oluşturacak ve kamu hizmetlerinden yararlananlar telafisi olmayan zararlarla karşı karşıya kalacaklarıdır.

3- Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığında kurulacak olan ve kamu yönetiminde üst yönetime ait karar oluşturma, sevk, idare ve denetim görevleri ile yetkilendirilerek Bakanlığın genel müdürlükleri tarafından yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin faaliyetler üzerinde bağlayıcı kararlar alma görevi verilen sürekli ve geçici kurulların üyelerinin, hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı, sahip olmaları gereken özellikler ile kurulların çalışma usul ve esaslarının yönetmelikle belirlenecek olması, kamu hizmetlerinden yararlanacak olanlarla hizmet sunucularının ileride telafisi olmayan zararlarına yol açacaktır.

4- Ulaştırma ve Haberleşme, Havacılık ve Uzay Teknolojileri ile Denizcilik Uzmanı ve Uzman Yardımcılarında aranacak olan yabancı dil bilgisinin ölçüm tekniği ile başarı seviyesinin ne olduğunun yasayla düzenlenmek yerine yönetmeliğe bırakılması, söz konusu uzman yardımcılığı sınavlarının hukuka, eşitlik ilkesine ve kamu yararına aykırı yapılabilmesine olanak sağlayarak adayların ileride telafisi olmayan zararlar görmelerine yol açacak ve bundan etkin, verimli ve ekonomik, hukuka ve kamu yararına yürütülmesi gereken kamu hizmetleri de olumsuz etkilenecektir.

5- Türk boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurmak amacıyla, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerdeki mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarruf altındaki taşınmazların Maliye Bakanlığınca, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının kullanımına tahsis edilmesi ve tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projelerin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca 3194, 2960, 2634 ve 4533 sayılı Yasalara tabi olmadan tasdik edilecek ve inşaat ruhsatlarının verilecek olması; yerleşim yerlerinin imar dengesi ile imar bütünlüğünü bozarak ve korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları ile Milli Park'a zarar vererek ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanlara yol açacaktır.

6- Kamu görevlilerinin kariyer ve liyakat ilkeleri çerçevesinde yükseldikleri görevlerinden, atanmalarındaki usulün aksine yasayla alınıp, yetkili yargı mercileri nezdinde haklarını hukuksal yollarla aramaları da engellenerek kazanılmış haklarının ellerinden alınması ve statü yanında mali hak kayıplarına da uğramaları, telafisi olanaksız zarar ve ziyanlarına yol açmıştır.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

01.11.2011 tarihli ve 28102 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' nin;

I) İptal davasıyla ilgili ilk ve esas incelemelerinde, 6216 sayılı Kanunun 59 uncu ve 60 ıncı maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç'ın reddine,

II) 1) Tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri ile eki (1) Sayılı Cetvel, (2) Sayılı Cetvel, (1) Sayılı Liste ve (2) Sayılı Listesi, Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 87 nci, 91 inci, 123 üncü ve 163 üncü maddelerine;

2) 17 nci maddesinin (2) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine;

3) 29 uncu maddesinin 13 numaralı fıkrası, Anayasanın 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine;

4) 37 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine;

5) 42 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, " Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.'

tümcesi ile (2) numaralı fıkrası, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 87 nci, 91 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine;

6) Geçici 2 nci maddesinin (2), (3), (4), (6), (7), (8) ve (12) numaralı fıkraları, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 36 ncı, 125 inci ve 128 inci maddelerine;

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.'

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Kanun Hükmünde Kararname Kuralları

655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali istenen kuralları şöyledir:

MADDE 1- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektir.

MADDE 2- (1) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının görevleri şunlardır:

a) Ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetlerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettirilmesi hususlarında, ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, milli politika, strateji ve hedefleri belirlemek ve uygulamak, gerektiğinde güncellemek.

b) Havacılık sanayi ve uzay teknolojilerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettirilmesi, havacılık sanayi ve uzay biliminin geliştirilmesi ile uzaya yönelik yeteneklerin kazanılması hususlarında, ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, milli havacılık sanayi ve uzay teknolojileri ile uzay politika, strateji ve hedeflerini belirlemek ve uygulamak, gerektiğinde güncellemek.

c) Uzaya ilişkin ulusal egemenlik kapsamındaki hakların kullanımına karar vermek, bu hakların yönetimi ve kullandırılmasına yönelik usul ve esasları belirlemek ve bu haklarla ilgili ulusal yükümlülüklerin gereklerini yerine getirmek.

ç) Ulaştırma ve denizcilik iş ve hizmetleriyle ilgili altyapı, şebeke, sistem ve hizmetleri ticari, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlara, teknik gelişmelere uygun olarak planlamak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve geliştirmek.

d) Ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetlerinin ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında sunulmasını sağlamak.

e) Evrensel hizmet politikalarını ilgili kanunların hükümleri dahilinde ülkenin sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik şartlarına göre belirlemek, evrensel hizmetin yürütülmesini sağlayacak esasları tespit etmek, uygulanmasını takip etmek ve net maliyetiyle ilgili hesapları onaylamak.

f) Bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde; ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlayarak e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetlere ilişkin eylem planları yapmak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri yapmak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek.

g) Uydu ve hava araçları tasarım ve test merkezleri, uydu, fırlatma araç ve sistemleri, hava araçları, simülatörler, uzay platformları dahil havacılık sanayi, uzay teknolojileri ve uzayla ilgili her türlü ürün, teknoloji, sistem, araç ve gereçleri yapmak, yaptırmak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek, geliştirmek ile bunların yurtiçinde tasarımı, üretimi, entegrasyonu ve gerekli testlerinin yapılmasını sağlamak amacıyla plan, proje ve çalışmalar yapmak, bu amacın gerçekleşmesini uygun teşviklerle desteklemek, bu teşviklere ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hususlarda ilgili ticari, sanayi ve eğitim kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşları arasında gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

ğ) Ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, havacılık ve uzay teknolojileri iş ve hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşmalar yapmak ve bu alanlarda uluslararası mevzuatın gerektirmesi halinde mevzuat uyumunu sağlamak.

h) Mevzuatla Bakanlığa verilen diğer görev ve hizmetleri yapmak.

MADDE 3- (1) Bakanlık merkez ve taşra teşkilatından oluşur. Merkez teşkilatı ekli (I) sayılı cetvelde, taşra teşkilatı ekli (II) sayılı cetvelde gösterilmiştir.

MADDE 4- (1) Bakanlığın en üst amiri olan Bakan, Bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden Başbakana karşı sorumlu olup aşağıdaki görev, yetki ve sorumluluklara sahiptir:

a) Bakanlığı, Anayasaya, kanunlara, hükümet programına ve Bakanlar Kurulunca belirlenen politika ve stratejilere uygun olarak yönetmek.

b) Bakanlığın görev alanına giren konularda politika ve stratejiler geliştirmek, bunlara uygun olarak yıllık amaç ve hedefler oluşturmak, performans ölçütleri belirlemek, Bakanlık bütçesini hazırlamak, gerekli kanuni ve idari düzenleme çalışmalarını yapmak, belirlenen stratejiler, amaçlar ve performans ölçütleri doğrultusunda uygulamayı koordine etmek, izlemek ve değerlendirmek.

c) Bakanlık faaliyetlerini ve işlemlerini denetlemek, yönetim sistemlerini gözden geçirmek, teşkilat yapısı ve yönetim süreçlerinin etkinliğini gözetmek ve yönetimin geliştirilmesini sağlamak.

ç) Faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

MADDE 5- (1) Müsteşar, Bakandan sonra gelen en üst düzey kamu görevlisi olup Bakanlık hizmetlerini, Bakan adına ve onun emir ve yönlendirmesi doğrultusunda, mevzuat hükümlerine, Bakanlığın amaç ve politikaları ile stratejik planına uygun olarak düzenler ve yürütür. Bu amaçla, Bakanlık birimlerine gereken emirleri verir, bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar. Müsteşar, bu hizmetlerin yürütülmesinden Bakana karşı sorumludur.

(2) Müsteşara yardımcı olmak üzere beş Müsteşar Yardımcısı görevlendirilebilir.

MADDE 6- (1) Bakanlığın hizmet birimleri şunlardır:

a) Karayolu Düzenleme Genel Müdürlüğü.

b) Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü.

c) Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğü.

ç) Tehlikeli Mal ve Kombine Taşımacılık Düzenleme Genel Müdürlüğü.

d) Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü.

e) Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü.

f) Haberleşme Genel Müdürlüğü.

g) Havacılık ve Uzay Teknolojileri Genel Müdürlüğü.

ğ) Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü.

h) Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü.

ı) Denetim Hizmetleri Başkanlığı.

i) Strateji Geliştirme Başkanlığı.

j) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığı.

k) Hukuk Müşavirliği.

l) Döner Sermaye İşletme Dairesi Başkanlığı.

m) Personel ve Eğitim Dairesi Başkanlığı.

n) Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı.

o) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı.

ö) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği.

p) Özel Kalem Müdürlüğü.

MADDE 7- (1) Karayolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Karayolu ulaştırması faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer ulaştırma türleriyle birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Karayolu taşımacılığı alanında taşımacı, organizatör, acente,komisyoncu, lojistik işletmecisi, terminal işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

c) Karayolu taşımacılığı alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Karayolu taşımacılığı alanında kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkin usul ve esasları belirlemek.

d) Karayolu taşımacılığı alanında taşımacı, organizatör, acente,komisyoncu, lojistik işletmecisi, terminal işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanlar ile şoförler başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Karayolu taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan yük ve yolcu terminalleri ile benzeri yapıların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları denetlemek.

f) Karayolu taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan her türlü taşıtın cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari niteliklerini belirlemek.

g) Karayolu araçlarının dönemsel teknik muayenelerine ilişkin usul ve esaslar ile dönemsel teknik muayene yapacakların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Karayolu ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; kullanımı ücrete tabi olan her çeşit karayolu, köprü ve tünel ücretleri, terminal kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

h) Ulaştırmanın çevreye olumsuz etkilerinin giderilmesinde koordinasyonu sağlamak.

ı) Karayolu ulaştırma hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

i) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 8- (1) Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Demiryolu ulaştırması faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer ulaştırma türleriyle birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Demiryolu altyapı işletmecisi ve demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında organizatör, acente,komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

c) Demiryolu ulaştırması alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Demiryolu taşımacılığı alanında kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkin usul ve esasları belirlemek.

d) Demiryolu altyapı işletmecileri ve demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında organizatör, acente, komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanlar ile makinistler başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Her çeşit çeken ve çekilen demiryolu aracının tescilinin yapılması ve sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, bunların tescilini yapmak ve sicilini tutmak.

f) Demiryolu altyapısı ve çeken ve çekilen araçların kullanımı için asgari emniyet sınır ve şartlarını belirlemek ve bunları denetlemek.

g) Demiryolu altyapı işletmecileri ve demiryolu tren işletmecilerine ilgili emniyet belgelerini vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Demiryolu altyapısı kullanımı, tahsisi, erişimi ve ücretlendirmeye ilişkin olarak demiryolu altyapı işletmecileriyle demiryolu tren işletmecileri arasında oluşan ihtilafların çözümüne yönelik karar almak.

h) Demiryolu taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan yük ve yolcu garları veya istasyonları ile benzeri yapıların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları denetlemek.

ı) Lojistik köy, merkez veya üslerin yer, kapasite ve benzeri niteliklerini belirleyerek planlamak, kurulmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemek ve izin vermek, gerekli arazi tahsisi ile altyapıların kurulması hususunda ilgili kuruluşları koordine etmek ve uygulamasını takip etmek ve denetlemek.

i) Demiryolu tren işletmecilerince kullanılan her türlü çeken ve çekilen aracın cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari nitelikleri ile bunların dönemsel teknik muayenelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek.

j) Demiryolu tren işletmecilerince kullanılan her türlü çeken ve çekilen aracın dönemsel teknik muayenesini yapacakların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

k) Demiryolu ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; demiryolu altyapı kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

l) Demiryolu ulaştırma hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

m) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 9- (1) Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Deniz ve içsular ulaştırması faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer ulaştırma türleriyle birlikte ve birbirlerini tamamlayıcı olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Deniz ve içsular ulaştırması alanında liman, iskele veya kıyı yapısı işletmecisi ile gemi işletmecisi, organizatör, acente, komisyoncu ve benzeri faaliyette bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

c) Deniz ve içsular ulaştırması alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Deniz ve içsular taşımacılığı alanında kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkin usul ve esasları belirlemek.

d) Deniz ve içsular ulaştırması alanında liman, iskele veya kıyı yapısı işletmecisi ile gemi işletmecisi, organizatör, acente, komisyoncu ve benzeri faaliyette bulunanlar ile gemi adamları başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Her çeşit gemi ve benzeri deniz ve içsu aracının tescilinin yapılması ve sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, bunların tescilini yapmak ve sicilini tutmak.

f) Gemi adamlarının sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirmek ve bunların sicilini tutmak.

g) Deniz ve içsular taşımacılığı alanında kullanılan her çeşit gemi ve benzeri deniz ve içsu araçlarının kullanımı için asgari emniyet sınır ve şartlarını belirlemek ve bunları denetlemek.

ğ) Denizde hareket imkânı bulunan ve ticari bir gayeye tahsis edilmiş olan, ancak tahsis edildiği gaye denizde seyrüseferi gerektirmeyen gemi ve benzeri deniz araçlarının kullanımı için asgari emniyet sınır ve şartlarını belirlemek ve bunları denetlemek.

h) Deniz ve içsular taşımacılığı alanında kullanılan her çeşit gemi ve benzeri deniz ve içsu araçlarına ilgili emniyet belgelerini vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

ı) Deniz ve içsular taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan her türlü gemi ve benzeri deniz ve içsu araçlarının cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari nitelikleri ile bunların dönemsel teknik muayeneleri ile denize ve yola elverişlilik izinlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek.

i) Deniz ve içsular taşımacılık faaliyetlerinde kullanılan her türlü gemi ve benzeri deniz ve içsu aracının dönemsel teknik muayenesini yapacaklar ile denize ve yola elverişlilik izin belgelerini vereceklerin asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

j) Gemilerin ve diğer deniz araçlarının ulusal ve uluslararası sularda kendi aralarında veya kara tesisleriyle yaptıkları tehlike sinyalleri dahil her türlü haberleşmelerin takibini yapmak üzere gerekli teknik altyapıyı kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve denetimlerini yapmak, bu hizmete ilişkin usul ve esasları belirlemek.

k) Türk kıyılarında faaliyet gösteren liman, iskele ve benzeri kıyı yapılarına yanaşacak gemiler ile Türk boğazlarını kullanacak gemilere verilecek kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetleri vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

l) Türk kıyılarında meydana gelen ve her türlü gemi ve benzeri deniz araçlarının karıştığı kazalarla ilgili tahlisiye, kurtarma ve yardım ile acil durum müdahalesi faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetleri vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek.

m) Türk karasuları ve içsularında seyreden veya faaliyet gösteren her türlü gemi ve benzeri deniz araçlarından kaynaklanacak deniz kirlenmesinin önlenmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve bunları denetlemek.

n) Deniz seyrüsefer faaliyetleri için gerekli her türlü harita, kitap ve benzeri neşriyat ile bildirim hizmetlerini yapmak veya yaptırmak.

o) Her türlü amatör denizcilik faaliyetine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu faaliyetleri yapacakları yetkilendirmek ve denetlemek.

ö) Deniz ve içsular ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; liman, iskele ve kıyı yapılarının kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

p) Her türlü deniz ve içsu aracının deniz ve içsuları kirletmesini önleyecek tedbirleri almak, buamaçla gerekli izlemeleri ve denetimleri yapmak, bu konuda diğer kuruluşlarla işbirliğini sağlamak.

r) Deniz ve içsular ulaştırma hizmetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

s) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 10- (1) Tehlikeli Mal ve Kombine Taşımacılık Düzenleme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyoluyla yapılacak tehlikeli mal taşımacılığı faaliyetlerinin uluslararası sözleşmeler, standartlar ve mevzuata uygun olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, kaliteli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını ve bu faaliyetlerin diğer taşımacılık faaliyetleriyle uyumlu olarak hizmet vermesini sağlamak.

b) Kombine taşımacılık faaliyetlerinin ticari, ekonomik, sosyal ihtiyaçlara ve teknik gelişmelere bağlı olarak ekonomik, seri, elverişli, güvenli, çevreye kötü etkisi en az ve kamu yararını gözetecek tarzda serbest, adil ve sürdürülebilir bir rekabet ortamında yapılmasını sağlamak.

c) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

ç) Kombine taşımacılık alanında hizmet üretenler ile hizmetten yararlananların hak, yükümlülük ve sorumluluklarını belirlemek.

d) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında faaliyette bulunanlar ile şoförler, makinistler, hava ve deniz araçlarının ilgili personeli başta olmak üzere bu işlerde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek, bununla ilgili eğitim vermek veya verdirmek, sınav yapmak veya yaptırmak ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

e) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında kullanılan terminal, depolama tesisi ile benzeri yapıların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları denetlemek.

f) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında kullanılan her türlü karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyolu taşıtının cins, kapasite, sahiplik, yaş ve benzeri yönden asgari nitelikleri ile bunların dönemsel teknik muayenelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek.

g) Tehlikeli mal taşımacılığı alanında kullanılan her türlü karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyolu taşıtının dönemsel teknik muayenesini yapacakların asgari niteliklerini belirlemek ve bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Tehlikeli mal taşımacılığı ve kombine taşımacılık faaliyetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

h) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 11- (1) Deniz Ticareti Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Milli denizcilik ve deniz ticaretine ilişkin politika, strateji, hedef ve uygulama usul ve esaslarını hazırlamak.

b) Türk deniz ticaret ve turizm filosunun gelişmesi, yenilenmesi, pazar payının büyümesi ve milletlerarası rekabet gücü kazanması için gerekli tedbirleri almak.

c) Dünyadaki deniz ve içsu taşımacılığı ile ticaret filosu hakkındaki istatistikleri takip etmek, gelişme eğilimlerini izleyerek raporlamak, bu çerçevede Türk deniz ticaret filosu için strateji ve kısa, orta ve uzun vadeli plan hazırlamak ve uygulamak.

ç) Ülkenin deniz ve içsularındaki limanlar, iskeleler ve benzeri kıyı yapıları ile Türk boğazlarındaki deniz trafiğinin istatistiklerini tutmak, değerlendirmek ve yayımlamak.

d) Yukarıdaki bentlerdeki hükümler çerçevesinde ülkenin ihtiyaç duyacağı yeni limanlar, iskeleler ve benzeri kıyı yapılarının yer, kapasite ve diğer nitelikleri hakkında raporlar hazırlamak veya hazırlatmak.

e) Gemi kiralamalarında Türk ve yabancı bayrak çekilmesine ilişkin talepleri değerlendirmek ve ilgili mevzuatı uyarınca izin vermek.

f) Tarifeli deniz taşımacılığının usul ve esaslarını belirlemek, tarifeli deniz taşımacılığı yapanları yetkilendirmek ve denetlemek.

g) Deniz sigortacılığının gelişmesine ve etkin bir şekilde işlemesine yönelik tedbir almak, ilgili kurum ve kuruluşlarla gerekli koordinasyonu sağlamak.

ğ) Denizde hareket imkânı bulunan ve ticari bir gayeye tahsis edilmiş olan, ancak tahsis edildiği gaye denizde seyrüseferi gerektirmeyen gemi ve benzeri deniz araçlarının tescilinin yapılması ve sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esaslarını belirlemek, bunların tescilini yapmak ve sicilini tutmak.

h) İhracat, ithalat, üçüncü ülke ve transit taşımalardan Türk deniz ticaret filosunun ve limanlarının daha fazla pay almasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, ilgili kurum ve kuruluşları koordine etmek.

ı) Deniz taşımacılığı ve ticaretini olumsuz etkileyen insan kaçakçılığı, korsanlık ve benzeri her türlü suç ve faaliyetlerin önlenmesine yönelik çalışma yapmak, tedbir almak, böyle bir olayın gerçekleşmesi halinde ilgili kuruluşları koordine etmek.

i) Her türlü gemi ve benzeri deniz araçlarının alımı, satımı ve kiralanmasıyla ilgili usul ve esasları belirlemek.

j) Deniz ticaretinin gerektirdiği her türlü gözetim hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmeti yapacakları yetkilendirmek ve denetlemek.

k) Taşımacılık türleri arasında geçişi kolaylaştırmak ve birden fazla taşımacılık türünün bir arada kullanıldığı kombine taşımacılığı desteklemek ve geliştirmek.

l) Deniz hukuku ve deniz ticaretinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

m) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 12- (1) Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Çevrenin, denizin ve kıyı şeridinin korunması ilkesini gözeterek; tersaneler ile gemi geri dönüşüm tesisleri ve liman, iskele ve benzeri kıyı yapıları, kıyı yapılarıyla irtibatlı boru, kablo, kanal ve benzeri yapıların yer, kapasite ve benzeri niteliklerini belirleyerek planlamak, kurulmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemek ve izin vermek, gerekli arazi tahsisi ile altyapıların kurulması hususunda ilgili kuruluşları koordine etmek, uygulamasını takip etmek ve denetlemek.

b) Tersaneler ile gemi geri dönüşüm tesisleri ve liman, iskele ve benzeri kıyı yapıları, kıyı yapılarıyla irtibatlı boru, kablo, kanal ve benzeri yapıların kapasitelerinin artırılmasına veya modernizasyonuna yönelik tevsi yatırımlarına izin vermek ve denetlemek.

c) Tersaneler ile gemi geri dönüşüm tesislerinin modern üretim, yönetim ve pazarlama yapmasını sağlayacak tedbirleri almak, uygulamasını takip etmek ve ilgili kuruluşlarla koordinasyonu sağlamak.

ç) Gemi ve diğer deniz araçlarının yapımı, bakımı, onarımı, donatımı, geri dönüşümü ve yan sanayinin gelişmesi için gerekli tedbirleri almak.

d) Tersaneler ile gemi ve diğer deniz araçlarının projelerini incelemek, incelettirmek, onaylamak, yapımına izin vermek, projelere uygunluk bakımından denetlemek ve belgelendirmek.

e) Tersane ve gemi geri dönüşüm tesislerinde çalışanların mesleki yeterlik şartlarını belirlemek.

f) Gemiler ile diğer deniz araçlarında kullanılan can kurtarma, emniyet, tahmil, tahliye ekipmanları ve benzeri teçhizat ve malzemenin asgari niteliklerini belirlemek ve uygulanmasını sağlamak.

g) Ulusal ve yabancı klas kuruluşlarıyla işbirliği yapmak, gerektiğinde bunları yetkilendirmek ve denetlemek.

ğ) Tersaneler ile gemi ve diğer deniz araçlarının yapım, bakım, onarım, donatım, geri dönüşüm tesislerinin çalışma usul ve esasları ile asgari güvenlik şartlarını belirlemek ve denetlemek.

h) Gemi ve diğer deniz araçları sanayisinin gelişmesine ve teşvikine yönelik tedbirler almak ve bu hususta ilgili kuruluşlarla gerekli koordinasyonu sağlamak.

ı) Tersaneler ile gemi ve diğer deniz araçları yapımı, bakımı, onarımı, donatımı ve geri dönüşümü ve liman, iskele ve benzeri kıyı yapısı işletmecilik faaliyetlerinin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

i) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 13- (1) Haberleşme Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Haberleşme ve posta hizmetleri ve bunlarla ilgili evrensel hizmetler ile acil durum haberleşmesine yönelik politika, strateji ve hedefleri belirlemek ve uygulanmasını takip etmek.

b) Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetler ve acil durum haberleşmesine yönelik hizmet politikalarını ve yürütülme esaslarını belirlemek ve uygulanmasını takip etmek.

c) Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetler ve acil durum haberleşmesine yönelik altyapı ve hizmetleri planlamak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek, geliştirmek ve bu alandaki farklı seçeneklerin birbirini tamamlayıcı şekilde yürütülmesini sağlayacak esasları belirlemek ve denetlemek.

ç) Bilgi toplumu politika, hedef ve stratejileri çerçevesinde; ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlayarak e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar ile bu hizmetlere ilişkin eylem planlarını hazırlamak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri hazırlamak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek.

d) Haberleşme ve posta hizmetleriyle ilgili evrensel hizmetleri karşılayacak evrensel hizmet yükümlüleri ile verilecek evrensel hizmetlerin net maliyetini belirlemek ve gerektiğinde bu amaçla hizmet satın almak.

e) Verilen evrensel hizmetlerle ilgili net maliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğine dair evrensel hizmet yükümlülerini denetlemek ve evrensel hizmet yükümlülerine gerçekleşen net maliyeti ödemek.

f) Evrensel hizmet kapsamında sosyal açıdan korunmaya muhtaç kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak için bu kimselere verilecek hizmetler ile bunların yürütülmesini sağlayacak usul ve esasları belirlemek.

g) Haberleşme ve posta sektöründe belirlenmiş standartların ülke genelinde kullanılmasını sağlamak.

ğ) Haberleşme ve posta hizmetlerini geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; bu hizmetlere ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek.

h) Sabit ve mobil haberleşme altyapısı veya şebekelerinde kullanılan her türlü kablo ve benzeri gerecin taşınmazlardan geçirilmesiyle ilgili geçiş hakkına ilişkin usul ve esaslar ile bunların taşınmazlardan geçirilmesi için uygulanacak ücret tarifelerini belirlemek ve denetlemek.

ı) Sabit ve mobil haberleşme altyapısı veya şebekelerinde kullanılan her türlü baz istasyonu, anten, kule, dalga kılavuzu, konteynır ve benzeri araç, gereç ve tesisatın kurulması, bunların taşınmazlar üzerine yerleştirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile bunların taşınmazlar üzerine yerleştirilmesi için uygulanacak ücret tarifelerini belirlemek ve denetlemek.

i) Haberleşme, posta ve bunlarla ilgili evrensel hizmetlerin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

j) 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunuyla Bakanlığa verilen görevleri yerine getirmek.

k) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 14- (1) Havacılık ve Uzay Teknolojileri Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Havacılık sanayi ve uzay teknolojilerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettirilmesi, havacılık sanayi ve uzay biliminin geliştirilmesi ile uzaya yönelik yeteneklerin kazanılması hususlarında, ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, milli havacılık ve uzay teknolojileri ile uzay politika, strateji ve hedefleri hakkında teklif hazırlamak.

b) Uzaya ilişkin ulusal egemenlik kapsamındaki hakların kullanımı, bu hakların yönetimi ve kullandırılmasına yönelik usul ve esasları hazırlamak ve bu haklarla ilgili ulusal yükümlülüklerin gereklerinin yerine getirilmesine yönelik iş ve hizmetleri yapmak.

c) Belirlenen milli havacılık ve uzay teknolojileri ile uzay politika, strateji ve hedefleri doğrultusunda bir uygulama programı hazırlamak, bu programın gerçekleştirilmesi için gerekli faaliyetlerde bulunmak, bu amaçla ilgili kurum ve kuruluşlarla gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.

ç) Uzay teknolojileri ve sistemleri ile havacılık sanayisine ilişkin düzenlemeler yapmak, standartlar belirlemek, kontrol, onay, sertifikasyon ve yetkilendirme hizmetlerini yürütmek.

d) Uydu ve hava araçları tasarım ve test merkezleri, uydu, fırlatma araç ve sistemleri, hava araçları, simülatörler, uzay platformları dahil uzay ve havacılıkla ilgili her türlü ürün, teknoloji, sistem, tesis, araç ve gereçleri yapmak, yaptırmak, kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek, geliştirmek ile bunların yurtiçinde tasarımı, üretimi, entegrasyonu ve gerekli testlerinin yapılmasını sağlamak amacıyla plan, proje ve çalışmalar yapmak veya yaptırmak, bu amacın gerçekleşmesini uygun teşviklerle desteklemek, bu teşviklere ilişkin usul ve esasları hazırlamak, bu hususlarda ilgili ticari, sanayi ve eğitim kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşları arasında gerekli işbirliği ve koordinasyon çalışmalarını yapmak.

e) Uzay ortamından ve teknolojilerinden yararlanarak insan sağlığının ve çevrenin korunmasına, doğal afetlerin önceden tespiti suretiyle hasarlarının azaltılmasına, doğal kaynakların değerlendirilmesine ve ülkenin kalkınmasına yönelik çalışmalar yapmak veya yaptırmak.

f) Olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde tüm uzay sistemlerinin ilgili kurum ve kuruluşlarla koordineli olarak kullanılmasını sağlamak.

g) Havacılık ve uzay bilim ve teknolojileri ve uygulamaları ile havacılık ve uzay hukuku, bunlarla ilgili finans, yönetim, pazarlama ve benzeri alanlarda çalışmalar yapmak veya yaptırmak.

ğ) Görev alanıyla ilgili hizmetlerin gerektirdiği uluslararası ilişkileri yürütmek, anlaşma ve karma komisyon çalışmaları yapmak.

h) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 15- (1) Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Devletçe yaptırılacak demiryolu altyapısı, limanlar, barınaklar, kıyı yapıları, hava meydanlarının plan ve projelerini hazırlamak veya hazırlatmak ve onaylamak.

b) (a) bendinde belirtilen ulaştırma altyapılarının inşaatını yapmak veya yaptırmak, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek.

c) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, gerçek ve tüzel kişilerce yaptırılacak (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapılarının proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak.

ç) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idarelerinin metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirmek ve uygun olanlarını Bakanlar Kurulunun iznine sunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idareleri tarafından yaptırılacak metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak.

e) (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapıları ile metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin standartlarını ve bunlarla ilgili birim fiyatları belirlemek.

f) Bakanlar Kurulunca yapımının üstlenilmesine karar verilen metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin ilgili kuruluşlarla işbirliği yaparak plan, proje ve programlarını hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve bunları yapmak veya yaptırmak.

g) Deniz altından ulaşımı ve haberleşmeyi sağlayıcı altyapı projelerini yapım ve işletim modelleri de geliştirerek planlamak, bu altyapılarla ilgili proje ve şartnameleri hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve onaylamak, yapmak veya yaptırmak; yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek ve işletme esaslarını belirlemek.

ğ) Denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak suyolu işlevi görecek kanal ve benzeri altyapı projelerini yapım ve işletim modelleri de geliştirerek planlamak, bu altyapılarla ilgili proje ve şartnameleri hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve onaylamak, yapmak veya yaptırmak; yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek ve işletme esaslarını belirlemek.

h) Denetim yapmak veya yaptırmak amacıyla gerekli her türlü fiziki ve teknik altyapı ve tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve bunları denetlemek.

ı) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2) Birinci fıkranın (f) bendi kapsamındaki metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin Bakanlıkça yapımının tamamlanmasından sonra, Bakanlık bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşları dışında bir kuruluşa mülkiyetinin maliyet bedeli üzerinden devri Hazine Müsteşarlığının uygun görüşü alınarak düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir. Devralan kuruluş, merkezi yönetim bütçesinden karşılanan proje maliyetlerinin ifa edildiği tarihe kadar, devredilen projeden sağlanan tüm brüt gelirleri Hazine Müsteşarlığınca belirlenen hesaba aktarır. Bu hasılatın protokolle tespit edilen oran esas alınarak belirlenen tutarı, hesabın bulunduğu banka tarafından Hazine Müsteşarlığı hesaplarına aktarılır. Söz konusu oranı belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Devralan kuruluşun belediye bağlı idaresi, belediye bağlı idaresinin ve/veya belediyenin sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip olduğu şirket olması halinde ve herhangi bir sebeple faaliyetlerinin sonlandırılması halinde, bu fıkra kapsamında ilgili kuruluş tarafından yerine getirilmesi gereken tüm yükümlülükler ilgili belediye tarafından üstlenilmiş sayılır.

MADDE 16- (1) Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Türkiye'nin ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, havacılık ve uzay teknolojileriyle ilgili çok taraflı uluslararası anlaşmalara, sözleşmelere ve kuruluşlara katılmasına dair görüş hazırlamak.

b) Çevre, enerji, sera gazları ve iklim değişikliği konularında ulusal ve uluslararası kuruluş, platform, oluşum ve benzeri yapıların çalışmalarını izlemek, değerlendirmek, gerektiğinde bu çalışmalara katılarak Bakanlığı temsil etmek ve bu çalışmaların sonuçlarını Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarına bildirmek ve gereğini takip etmek.

c) Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının yabancı ülkeler ve uluslararası kuruluşlarla ilgili olarak yapacağı çalışmalar, toplantılar, ziyaretler ve benzeri faaliyetlerin yürütülmesine yardım etmek, gerekli koordinasyonu sağlamak.

ç) Bakanlık makamının yabancı ülkeler, uluslararası kuruluşlar veya bunların mensubu olan kişilerle ilgili olarak yapacağı çalışmalar, toplantılar, ziyaretler ve benzeri faaliyetler için gerekli her türlü protokol işlerini ve programı hazırlamak, takip etmek ve yürütmek.

d) Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının Avrupa Birliği ve Avrupa Birliğine uyum çalışmalarıyla ilgili olarak yapacağı çalışmalar, toplantılar, ziyaretler ve benzeri faaliyetlerin yürütülmesine yardım etmek ve gerekli koordinasyonu sağlamak.

e) Avrupa Birliği müktesebatı, uluslararası anlaşmalar ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde; ulaştırma operasyonel programını hazırlamak, ulaştırma operasyonel programı çerçevesinde desteklenecek yatırım ve faaliyetlere ilişkin projelerin seçimini, ihalesini ve sözleşmesini yapmak, yürütmek, kontrol ve izlemelerini gerçekleştirmek, gerçekleşen projelerin ödemelerini yapmak ve ilgili kurum ve kuruluşlara yürütülen proje ve faaliyetlerle ilgili bilgi, belge ve raporları vermek.

f) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 17- (1) Denetim Hizmetleri Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın görev, hizmet ve amaçlarını daha iyi gerçekleştirmesi ile mevzuata, stratejik plan ve programlara uygun çalışmasını temin etmeye yönelik teklif hazırlamak.

b) Bakanlık ile Bakanlık kuruluşlarının her türlü faaliyet, iş ve işlemleriyle ilgili olarak inceleme ve soruşturma işlerini yürütmek.

c) Bakan tarafından belirlenen konularda araştırma ve incelemeler yapmak.

ç) Kanunlar ve Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2) Denetim Hizmetleri Başkanlığı ve Müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile Müfettiş Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir.

MADDE 18- (1) Strateji Geliştirme Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 22/12/2005 tarihli ve 5436 sayılı Kanunun 15 inci maddesi ve diğer mevzuatla strateji geliştirme ve mali hizmetler birimlerine verilen görevleri yapmak.

b) Bakanlık ile Bakanlık kuruluşlarının koordinasyonunu sağlamak ve bu kuruluşların faaliyetlerini izlemek ve faaliyetlerinin stratejik planlarına ve hedeflerine uygun olarak yürütülmesi için gerekli çalışmaları yapmak.

c) Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının görev alanlarıyla ilgili gerekli istatistikleri toplamak, değerlendirmek ve yayınlamak.

ç) Engellilerin ulaştırma ve haberleşme altyapılarını kolay kullanabilmeleri ve bu hizmetlerden yeterli seviyede yararlanabilmeleri için Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla ortak çalışmalar yapmak ve koordinasyonu sağlamak.

d) Bakanlık kuruluşlarının ilgili mevzuat uyarınca onaylanması gereken hizmet ücret tarifelerine ilişkin iş ve işlemleri yapmak.

e) Bakanlık kuruluşlarının uyguladıkları ücret tarifeleriyle ilgili istatistikleri toplamak, incelemek ve hizmetin niteliğine ve ülkenin ekonomik şartlarına göre uyumlu ve tamamlayıcı bir ücret sisteminin kurulmasına yönelik olarak Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla ortak çalışmalar yapmak.

f) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 19- (1) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığının görevleri, Bakanlık ve Bakanlık kuruluşlarının görev ve hizmet alanlarıyla ilgili ve sınırlı olmak üzere, şunlardır:

a) Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde araştırma ve geliştirme faaliyeti yapmak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

b) Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde yerli, yabancı ve uluslararası araştırma ve geliştirme kuruluşlarına araştırma ve geliştirme faaliyeti yaptırmak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

c) Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde yerli, yabancı ve uluslararası üniversitelere araştırma ve geliştirme faaliyeti yaptırmak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

ç) Yerli, yabancı ve uluslararası araştırma ve geliştirme kuruluşlarıyla uzman değişimini de içeren teknik ve bilimsel işbirliği protokolleri yapmak ve uygulamak.

d) Yerli, yabancı ve uluslararası eğitim ve düşünce kuruluşlarıyla uzman değişimini de içeren teknik ve bilimsel işbirliği protokolleri yapmak ve uygulamak.

e) Politika ve strateji belirlenmesine yönelik araştırmalar yapmak, yaptırmak ve veri tabanları oluşturmak.

f) Hizmet sunumunda yenilikçiliği esas alan projeler yapmak veya yaptırmak.

g) Gerektiğinde konuyla ilgili yerli ve yabancı kişi ve kuruluş temsilcilerinin katılımına açık olarak Bakanlık ve kuruluşları personeline mesleki, teknik ve bilimsel eğitim vermek veya verdirmek.

ğ) Gerektiğinde konuyla ilgili üçüncü kişilerin de katılımına açık olarak yerli ve yabancı kişi ve kuruluşlardan Bakanlık ve kuruluşlarının personeli için mesleki, teknik ve bilimsel eğitim hizmeti almak ve bu amaçla program hazırlamak ve uygulamak.

h) Bakanlıkça yürürlüğe konulan düzenlemelerin ilgili sektör ve piyasa ile genel ekonomiye etkilerini ölçmeye yönelik araştırma yapmak veya yaptırmak.

ı) Ülkemiz tecrübelerinin başta komşu ülkeler olmak üzere, işbirliği içinde olunan gelişmekte olan ülkelere aktarılmasına yönelik program hazırlamak ve uygulamak.

i) Komşu ve gelişmekte olan ülkelerin gelişme çabalarına yardımcı olmak amacıyla bu ülkelere yönelik eğitim, teknik yardım ve işbirliği programları hazırlamak ve uygulamak.

j) Her türlü memnuniyet araştırması, kamuoyu araştırması yapmak, yaptırmak ve sonuçlarını ilgili birimlerle paylaşarak gereğini takip etmek.

k) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 20- (1) Hukuk Müşavirliğinin görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın taraf olduğu adli ve idari davalarda, tahkim yargılamasında ve icra işlemlerinde Bakanlığı temsil etmek, dava ve icra işlemlerini takip etmek, anlaşmazlıkları önleyici hukuki tedbirleri zamanında almak.

b)Bakanlık hizmetleriyle ilgili olarak diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan mevzuat taslaklarını, Bakanlık birimleri tarafından düzenlenecek her türlü sözleşme ve şartname taslaklarını, Bakanlık ile üçüncü kişiler arasında çıkan her türlü uyuşmazlıklara ilişkin işleri ve Bakanlık birimlerince sorulacak diğer işleri inceleyip hukuki mütalaasını bildirmek.

c)Bakanlıkça hizmet satın alma yoluyla temsil ettirilen dava ve icra takiplerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bunları izlemek, koordine etmek ve denetlemek.

ç) Bakanlığın amaçlarını daha iyi gerçekleştirmek, mevzuata, plan ve programa uygun çalışmalarını temin etmek amacıyla gerekli hukuki teklifleri hazırlayıp Bakana sunmak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2)Birinci fıkrada belirtilen her türlü dava ve takip işleri ile diğer görevler Bakanlığın Hukuk Müşavirleri ve Avukatları aracılığıyla yerine getirilir. Gerekli hallerde dava ve takip işleri Hazine Avukatları aracılığıyla veya ihtiyaç duyulması halinde Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesinde öngörülen doğrudan temin usulüyle avukatlar veya avukatlık ortaklıklarıyla yapılacak avukatlık sözleşmeleri yoluyla yürütülür.

(3)Davalarda temsil yetkisi bulunan Hukuk Müşavirleri ve Avukatların bir listesi Bakanlıkça ilgili Cumhuriyet başsavcılıklarına ve bölge idare mahkemesi başkanlıklarına verilir. Bu listelerin birer nüshası, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından adli yargı çevresinde, bölge idare mahkemesi başkanlığınca idari yargı çevresinde bulunan mahkemelere gönderilir. Yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimleri, ilgili mahkemelerin başsavcılıklarına veya başkanlıklarına bildirilir. Listede isimleri yer alan Hukuk Müşavirleri ve Avukatlar, baroya kayıt ve vekâletname ibrazı gerekmeksizin temsil yetkilerini kullanırlar. Temsil yetkisi sona erenlerin isimleri yukarıda yazılı mercilere derhal bildirilir.

(4)Bakanlık lehine sonuçlanan dava ve icra takipleri nedeniyle hükme bağlanarak karşı taraftan tahsil edilen vekâlet ücretlerinin Hukuk Müşavirleri ve Avukatlara dağıtımı hakkında, 2/2/1929 tarihli ve 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat ve Saireye Verilecek Ücreti Vekâlet Hakkında Kanun hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

MADDE 21- (1) Döner Sermaye İşletme Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Döner Sermaye İşletmesini idari ve mali yönden yönetmek.

b) Gerçek ve kamu kurum ve kuruluşları dahil tüzel kişilere; Bakanlıkça verilecek her türlü yetki belgesi, işletme ruhsatı, çalışma ruhsatı, lisans, imtiyaz hakkı belgesi, tahsis belgesi, tescil belgesi, izin belgesi, emniyet belgesi, taşıt belge ve kartları, geçiş belgeleri, yola elverişlilik sertifikası, denize elverişlilik sertifikası, gürültü sertifikası, her türlü mesleki yeterlik belgesi ve benzeri belgelerin basım işlerini yapmak veya yaptırmak, bunları ilgililere vermek üzere hizmet birimlerine dağıtmak ve ücretlerini tahsil etmek.

c) Bakanlık hizmet birimlerince ücretli olarak verilecek her türlü teknik test, kontrol, rapor ve benzeri hizmetler, araştırma ve geliştirme hizmetleri, denizdibi tarama hizmetleri, her türlü gemi sürvey ve denetim hizmetleri, müşavirlik hizmetleri ile mesleki ve teknik eğitim, kurs, seminer ve benzeri hizmetlerin ücretlerini tahsil etmek.

ç) 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununun 33 üncü maddesinde belirtilen görevleri yapmak.

d) Bakanlığın görev alanına giren hizmetlerin yerine getirilmesi için gerektiğinde kiralama yapmak, mal ve hizmet satın almak.

e) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(2) Döner sermaye işletmesinin gelirleri;

a) Birinci fıkrada sayılan faaliyetlerden elde edilen gelirlerden,

b) Kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu kurumu ve özel kuruluşlarca elde edilen aylık gayrisafi hasılattan alınacak %6,5 oranında payın %50'sinden,

c) Bağış, yardım ve diğer gelirlerden,

oluşur.

(3) Kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu kurumu ve özel kuruluşlarca elde edilen gayrisafi hasılattan yatırılacak pay, en geç tahsil edildiği ayı takip eden ayın sonuna kadar Bakanlık döner sermaye işletmesi muhasebe birimi hesaplarına yatırılır. Yatırılan miktarın %50'si takip eden ayın yirmisine kadar genel bütçeyegelir kaydedilmek üzere Bakanlık merkez muhasebe birimine aktarılır. Kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu kurumu ve özel kuruluşlarca elde edilen aylık gayrisafi hasılattan alınacak payın %10'a kadar artırılmasına veya %3'e kadar indirilmesine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

(4) Döner Sermaye İşletmesinin sermayesi 10.000.000 Türk Lirasıdır. Sermaye miktarını arttırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

(5) Döner Sermaye İşletmesinin diğer görevleri, gelirleri, giderleri, işleyişi, denetimi ile diğer hususlar Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.

MADDE 22- (1) Personel ve Eğitim Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Bakanlığın insan gücünü; uzmanlık alanı, kadro, unvan, yaş ve benzeri yönlerden gerekli tedbirleri zamanında alarak planlamak ve geliştirmek.

b) Personelin başarısının ölçülmesine yönelik başarı ölçütlerinin oluşturulması konusunda çalışmalar yapmak.

c) Personelin atama, nakil, terfi, emeklilik ve benzeri özlük iş ve işlemlerini yürütmek ve Bakanlık kuruluşlarının 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun kapsamına giren personelinin atama işlemlerini sonuçlandırmak.

ç) İşçi ve işveren ilişkileri konusunda Bakanlık hizmet birimleri ve kuruluşlarının çalışmalarını takip ve koordine etmek.

d) Hizmet öncesi ve hizmet içi eğitim planlamasını yapmak ve gerekli eğitimleri vermek veya verdirmek.

e) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 23- (1) Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Bilgi teknolojileri, bilişim, bilgi işlem ve bilgi güvenliğiyle ilgili her türlü yatırım, iş, işlem ve hizmetleri yapmak veya yaptırmak ve bunları Bakanlık merkez ve taşra teşkilatının kullanımına sunmak.

b) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 24- (1) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) 5018 sayılı Kanun çerçevesinde; kiralama ve satınalma işlerini yürütmek, temizlik, aydınlatma, ısıtma, bakım, onarım, taşıma ve benzeri hizmetleri yapmak veya yaptırmak.

b) Genel evrak ve sosyal hizmetleri düzenlemek ve yürütmek.

c) Sivil savunma ve seferberlik hizmetlerini planlamak ve yürütmek.

ç) Sürekli ve geçici kurulların sekreterya hizmetlerini yapmak.

d) Hizmet birimlerinin talep etmesi halinde; bunların faaliyet ve yürüttüğü projelerle ilgili olarak kamuoyu ve toplumu bilgilendirmeye yönelik yazılı ve görsel belge basmak veya bastırmak, yurtiçi tanıtım toplantıları, tören ve benzeri çalışmalar yapmak veya yaptırmak.

e) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 25- (1) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliğinin görevleri şunlardır:

a) Basın ve halkla ilişkilerle ilgili faaliyetleri hazırlamak, koordine etmek ve yürütmek.

b) 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununa göre yapılacak bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru bir şekilde sonuçlandırmak üzere gerekli tedbirleri almak.

c) Bakanlık makamının yurtiçindeki her türlü tören, konuşma, basın açıklaması, protokol ve benzeri işlerini düzenlemek ve yürütmek.

ç) Bakanlıkla ilgili medyada çıkan haberleri takip etmek.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 26- (1) Özel Kalem Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

a) Bakanın resmi ve özel yazışmalarını yürütmek.

b) Bakanın kabul, davet, karşılama, ağırlama, uğurlama, milli ve dini bayramlarla ilgili hizmetlerini düzenlemek, yürütmek ve ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarla koordine etmek.

c) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

MADDE 27- (1) Bakanlıkta, özel önem ve öncelik taşıyan konularda Bakana yardımcı olmak üzere otuz Bakanlık Müşaviri atanabilir.

MADDE 28- (1) 7 ila 14 üncü maddelerde düzenlenen Bakanlık hizmet birimleri sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak aşağıdaki görevleri de yerine getirirler:

a) Yürütülen faaliyetlerin çevreye uyumlu olmasını ve gelişmesini sağlamak.

b) Uluslararası mevzuatı takip etmek ve bunların gerektirmesi halinde mevzuat uyumu çalışması yapmak.

c) Ticari, ekonomik, teknik gelişmeler ve sosyal ihtiyaçları takip etmek ve bunlara bağlı olarak gerektiğinde yeni politikalar ve yürütülme esasları hakkında teklif hazırlamak.

ç) Verilecek yetki belgeleri ile diğer belge ve hizmetlerin ücret, süre, kapsam ve şekillerini belirlemek.

d) Gerekli idari düzenlemeleri hazırlamak.

e) Denetim yapmak veya yaptırmak amacıyla gerekli her türlü fiziki ve teknik altyapı ve tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek, işlettirmek ve bunları denetlemek.

(2) 7 ila 12 nci maddelerde düzenlenen Bakanlık hizmet birimleri sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak hazırladıkları ve Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan Bakanlık idari düzenlemelerinde, bu düzenlemeleri ihlal edecek hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlar için;

a) Hangi hallerde uygulanacağını açıkça belirtmek şartıyla; uyarma, geçici faaliyet durdurma ve yetki iptali şeklinde idari müeyyideler öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen idari müeyyideleri uygulamakla görevli ve yetkilidirler.

b) Hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek şartıyla; 7 nci maddede yer alan hizmet birimi beşbin Türk Lirasına kadar, 8 inci ve 11 inci maddelerde yer alan hizmet birimleri ikiyüzellibin Türk Lirasına kadar, 12 nci maddede yer alan hizmet birimi beşyüzbin Türk Lirasına

kadar, 9 uncu ve 10 uncu maddelerde yer alan hizmet birimleri ise beş milyon Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulaması öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen miktarda idari para cezası karar tutanağı düzenlemek veya düzenletmekle görevli ve yetkilidirler.

c) Hangi konularda ve ne şekilde yapılacağı ile sınırlarını açıkça belirtmek şartıyla; Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının sınır kapılarındaki birimleri, belediyelerin denetim birimlerini de denetimle yetkilendirebilir ve bunlara mensup kamu personeli eliyle denetim yaptırabilir ve ihlal veya idari para cezası karar tutanağı düzenlettirebilirler.

MADDE 29- (1) Bakanlık, görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere bakanlık, kurum ve kuruluş, sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla aşağıdaki sürekli kurulları oluşturur.

a) Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu.

b) Demiryolu Koordinasyon Kurulu.

c) Araştırma Merkezi İzleme ve Yönlendirme Kurulu.

ç) Şûra Düzenleme Kurulu.

d) İnternet Geliştirme Kurulu.

(2) Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Ulaştırma alanında meydana gelen ciddi kazalarla ilgili araştırma, inceleme yapmak ve gerektiğinde bu araştırma ve incelemelere bağlı olarak ulaştırma altyapıları ve taşımacılık faaliyetlerinin emniyetinin iyileştirilmesi için teklif hazırlamak ve Bakana sunmak.

b) Bir ulaştırma türünde meydana gelen ve ulaştırma emniyet düzenlemeleri ve emniyet yönetimi bakımından belirgin bir etkiye sahip kaza ve olayları özel olarak araştırmak, incelemek ve bütün ulaştırma türlerini kapsayan emniyete ilişkin teklif hazırlamak ve Bakana sunmak.

c) Araştırma ve incelemesi yapılan kaza ve olayları raporlamak ve Bakana sunmak, gerektiğinde taraflara ve ilgili ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlara göndermek.

ç) Araştırma ve incelemesi yapılan kaza ve olaylar hakkında yıllık istatistikler yayınlamak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(3) Demiryolu Koordinasyon Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Demiryolu altyapı işletmecileri, tren işletmecileri ve Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü arasında uyum ve işbirliğini sağlamak, bunun için gerekli kararları almak.

b) Demiryolu politikaları geliştirmek ve Bakana sunmak.

c) Demiryolu sektörünü izleyerek sürdürülebilir bir yapı kazanması için teklif hazırlamak ve Bakana sunmak.

ç) Demiryolu sektörü yatırım ihtiyacıyla ilgili çalışmalar yapmak ve Bakana sunmak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(4) Araştırma Merkezi İzleme ve Yönlendirme Kurulunun görevleri, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığının faaliyetleriyle ilgili ve sınırlı olmak üzere, şunlardır:

a) Merkezin yürüteceği faaliyetleri değerlendirmek ve yönlendirmek.

b) Merkezin hazırlamış olduğu programları ve protokolleri değerlendirmek, yönlendirmek ve onaylamak.

c) Onaylanan program ve protokolleri izlemek ve sonuçlarını değerlendirmek ve Bakana sunmak.

ç) Merkezin gerçekleşen faaliyetlerinin sonuçlarını değerlendirmek ve Bakana sunmak.

d) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(5) Şûra Düzenleme Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Ulaştırma, Denizcilik, Haberleşme, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Şûrasını düzenlemek ve Şûranın amaç, kapsam ve programını belirlemek.

b) Şûrayla ilgili çalışma grupları oluşturmak, bunların çalışmalarını izlemek ve sonuçlandırmak.

c) Şûrayı gerçekleştirmek.

ç) Şûrayla ilgili raporları hazırlamak veya hazırlatmak.

d) Bakanın Şûrayla ilgili verdiği diğer görevleri yapmak.

(6) İnternet Geliştirme Kurulunun görevleri şunlardır:

a) İnternet ortamının ekonomik, ticari ve sosyal hayat ile bilim, eğitim ve kültür alanında etkin, yaygın, kolay erişilebilir olarak kullanımını teşvik edecek politika ve strateji önerileri hazırlamak ve Bakana sunmak.

b) Türk Kültürü, Türk Tarihi ve Türk Dünyasıyla ilgili bilgilerin internet ortamında daha fazla yer alması ve bunların tanıtılması hususunda çalışmalar yapmak, yaptırmak ve öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

c) İnternet ortamının güvenli, serbest, özgür ve faydalı kullanımı ile katma değer üretmesine yönelik öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

ç) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

(7) Bakanlıkça teknik ve ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, evrensel hizmet, havacılık ve uzay teknolojileri iş, hizmet ve sistemleriyle ilgili olarak oluşturulacak politika ve stratejilerin tespitiyle ilgili çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere Bakanlık dışından bu alanlarda uzman kişiler ile faaliyet gösteren kuruluş temsilcilerinin katılımıyla görev süresi bir yılı geçmemek üzere geçici kurullar da oluşturabilir. Geçici kurulların görev süresi ihtiyaç halinde en fazla bir yıl ve bir kez uzatılabilir. Aynı anda en fazla iki adet geçici kurul çalıştırılabilir. Geçici kurullar, Bakanın doğrudan kendisinin belirlediği konularda verdiği görevleri yerine getirirler.

(8) Sürekli ve geçici kurulların üye sayısı yediyi geçemez.

(9) Sürekli ve geçici kurulların Bakanlık ve Bakanlık kuruluşları dışındaki kamu personeli olan üyelerine, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu üyelerine ödenen aylık ücretin %25'i, diğer üyelerine ise %50'si Bakanlıkça ödenir. Bir kişinin birden fazla sürekli veya geçici kurulda üyeliği bulunması halinde, bu kişiye sadece bir kurul üyeliği için bu ödeme yapılır.

(10) Sürekli ve geçici kurul üyelerinin kurul çalışmalarıyla ilgili olarak uçak, otobüs ve trenle yaptıkları seyahatlerin yol giderleri sunacakları bilet karşılığı kendilerine ayrıca ödenir.

(11) Sürekli ve geçici kurullar, çalışmalarıyla ilgili konularda ihtiyaç oluşması halinde araştırma, inceleme ve danışmanlık hizmetleriyle sınırlı olmak üzere Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi vasıtasıyla hizmet alımı yapabilirler.

(12) Sürekli ve geçici kurullar tarafından yapılacak harcamalar ile kurul üyelerinin ücretleri bu amaçla Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi bütçesine konulan ödenekten karşılanır.

(13) Sürekli ve geçici kurul üyelerinin hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı, sahip olmaları gereken özellikler ile kurulların çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.

MADDE 30- (1) Bakanlık, görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak üzere diğer bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, meslek odaları, sivil toplum kuruluşları, özel sektör temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla çalışma grupları oluşturabilir.

(2) Hizmet birim amirleri, personel arasından rehberlik grupları oluşturabilir. Rehberlik grupları, hizmet birimi amiri tarafından belirlenecek personelin koordinasyonunda faaliyet gösterir.

MADDE 31- (1) Bakanlığın her kademedeki yöneticileri; görevlerini mevzuata, stratejik plan ve programlara, başarı ölçütlerine ve hizmet kalite standartlarına uygun olarak yürütmekten üst kademelere karşı sorumludur.

MADDE 32- (1) Bakan, Müsteşar ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak şartıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilirler. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.

MADDE 33- (1) Bakanlık, görev ve hizmetleriyle ilgili konularda diğer bakanlıkların, kamu kurum ve kuruluşlarının uyacakları esasları; kaynak israfını önleyecek ve koordinasyonu sağlayacak tedbirleri içerecek şekilde ve mevzuata uygun olarak belirlemekle görevli ve yetkilidir.

(2) Bakanlık, diğer bakanlıkların görev ve hizmet alanına giren konulara ilişkin faaliyetlerinde ilgili bakanlıklara danışmakla ve gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla sorumludur.

MADDE 34- (1) Bakanlık; görev, yetki ve sorumluluk alanına giren ve kanunla belirlenmiş konularda idari düzenlemeler yapabilir.

MADDE 35- (1) 2451 sayılı Kanunun eki cetvellerde sayılanlar dışında kalan memurların atamaları Bakan tarafından yapılır. Bakan bu yetkisini alt kademelere devredebilir.

MADDE 36- (1) Kadroların tespiti, ihdası, kullanımı ve iptali ile kadrolara ilişkin diğer hususlar 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre düzenlenir.

MADDE 37- (1) Bakanlık görev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere merkez teşkilatında Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanı, Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcısı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcısı; merkez ve taşra teşkilatında ise Denizcilik Uzmanı ve Denizcilik Uzman Yardımcısı istihdam eder.

(2) Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcılığı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcılığı ile Denizcilik Uzman Yardımcılığına atanabilmek için 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde sayılan genel şartlara ek olarak aşağıdaki şartlar aranır:

a) En az dört yıllık eğitim veren yükseköğretim kurumlarının yönetmelikle belirlenen bölümlerinden ya da bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulunca kabul edilen yurtiçi ve yurtdışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olmak.

b) Başarı seviyesi ve ölçüm tekniği yönetmelikle belirlenen yabancı dillerden en az birinde başarılı olmak.

c) Yapılacak yarışma sınavında başarılı olmak.

ç) Sınavın yapıldığı yılın Ocak ayının ilk günü itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmamış olmak.

(3) Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcılığı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcılığı ile Denizcilik Uzman Yardımcılığına atananlar, en az üç yıl fiilen çalışmak ve istihdam edildikleri birimlerce belirlenen konularda hazırlayacakları uzmanlık tezinin tez jürisi tarafından kabul edilmesi kaydıyla yapılacak yeterlik sınavına girme hakkını kazanırlar. Yeterlik sınavlarında başarılı olanlar Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanı ile Denizcilik Uzmanı kadrolarına atanırlar.

(4) Hazırladıkları uzmanlık tezi kabul edilmeyenler, yeterlik sınavında başarısız olanlar veya yeterlik sınavına girmeye hak kazandığı halde geçerli mazereti olmaksızın sınav hakkını kullanmayanlar Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcılığı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcılığı ile Denizcilik Uzman Yardımcılığı unvanlarını kaybederler ve durumlarına uygun diğer kadrolara atanırlar.

(5) Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanları, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanları, Denizcilik Uzmanları ile Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcıları, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcıları, Denizcilik Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir.

MADDE 38- (1) Bakanlık personeli, mesleki bilgi ve tecrübelerini geliştirmek ve ihtisas yapmak üzere genel hükümlere göre yurtdışına gönderilebilir.

MADDE 39- (1) Bakanlıkta ve Karayolları Genel Müdürlüğünde 657 sayılı Kanuna ve anılan Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına tabi merkez ve taşra teşkilatlarında çalışan personele, Bakanlık döner sermaye işletmesi gelirlerinden, en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) %200'ünü geçmemek üzere personelin hizmet sınıfı, kadro unvanı, görevin sorumluluğu ve güçlüğü ve çalışma şartları dikkate alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Bakanlıkça tespit edilen miktarlarda aylık ek ödeme yapılır. Yapılacak ek ödemelerde 657 sayılı Kanunun aylıklara ilişkin hükümleri uygulanır ve bu ödemelerden damga vergisi hariç herhangi

bir vergi veya diğer kesinti yapılmaz. Bu ödemeden yararlanan personele 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 3 üncü maddesine göre ödeme yapılmaz.

(2) Birinci fıkrada belirtilen ödemeler için döner sermaye işletmesi gelirlerinin yetmemesi halinde noksan kalan miktar merkezi yönetim bütçesinden karşılanır.

MADDE 40- (1) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, her üç ayda bir giderlerinin karşılanmasından sonra kalan miktarın %20'sini, 5018 sayılı Kanun gereğince genel bütçeye yapılacak ödemeden önce takip eden ayın onbeşine kadar, 5809 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca araştırma ve geliştirme gelirleri olarak genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Bakanlığın merkez muhasebe birimi hesabına aktarır ve Bakanlığa bildirir. Aktarılan tutarlar karşılığında araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi amacıyla ilgili tertiplere ödenek kaydetmeye ve bu ödeneklerden yılı içerisinde harcanmayan tutarları ertesi yıl bütçesine devren ödenek kaydetmeye Bakan yetkilidir. Ödeneklerin kullanımına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından belirlenir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, elektronik haberleşme sektöründe öncelikli olarak desteklenmesini öngördüğü alanlara ilişkin görüşünü, her yıl 1 Eylül tarihine kadar bir rapor halinde Bakanlığa bildirir. Bakanlık, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi kapsamında, gerekli gördüğü bilgileri her türlü kamu kurum ve kuruluşlarından istemeye yetkilidir. Kendilerinden bilgi istenen kurumlar bu bilgileri mümkün olan en kısa zamanda vermekle yükümlüdürler.

(2) Birinci fıkrada belirtilen araştırma ve geliştirme destekleri için ayrılan ödenekten havacılık ve uzay teknolojilerine ilişkin araştırma ve geliştirme destekleri de verilebilir.

(3) Destek verilecek araştırma ve geliştirme projelerinin değerlendirilmesi ve izlenmesinde görevlendirilecekuzmanların vasıfları ile bunlara yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

(4) Bakan, genel bütçeye gelir kaydedilen tutarın %50'sini geçmemek kaydıyla, kaydedilen ödeneklerden harcanmayan tutarları 16/6/2005 tarihli ve 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu kapsamındaki hizmetlerde kullanmaya yetkilidir.

(5) Yanıltıcı belge vermek veya başka bir surette kendilerine haksız ödeme yapıldığı tespit edilenlere yapılan ödemeler, Bakanlığın bildirimi üzerine, ilgili vergi dairelerince 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsil edilir.

MADDE 41- (1) Türk boğazlar bölgesinde ve diğer kıyılarımızda; gemiler, tankerler ve her türlü deniz aracı ile tersaneler ve kıyı tesislerinde meydana gelen yangın ve kaza halleri ile doğal

afetlerde denizde seyir güvenliğini sağlamak ve çevre kirliliğini önlemek, bu hallerin karada sebep olabileceği yıkım ve zararları engellemek amacıyla deniz ulaştırması, liman ve tersane hizmetlerinin planlanmasına yönelik faaliyet gösteren tüm kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların faaliyetlerinin düzenlenmesi, koordinasyonu, sevk ve idaresi, krize neden olan olayların başlangıcından neticelerinin ortadan kalktığının Bakanlıkça belirlenmesine kadar geçecek süre içerisinde, Bakanlığın görev ve yetkisindedir.

(2) Bakanlık, birinci fıkrada belirtilen görev ve yetki doğrultusunda, krizi yaratan olayların önlenmesi, ortadan kaldırılması veya kamu yararı ve milli menfaatlere uygun olarak sona erdirilmesi amacıyla; 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun hükümleri uyarınca acil durum yönetimine geçildiği hallerde, 5018 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmaksızın eleman, malzeme ve her türlü kara, deniz ve hava aracını temin eder veya ettirir, alınacak mal ve hizmetlerin bedelini belirler, ödemeleri yapar veya yaptırır.

MADDE 42- (1) Türk boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurmak amacıyla, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerdeki mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarruf altındaki taşınmazlar Maliye Bakanlığınca, Bakanlığın kullanımına tahsis edilir. Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen tesis ve inşaatların projelendirilmesi ve yapımında 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu, 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 17/2/2000 tarihli ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu hükümleri uygulanmaz.

(3) Bu madde kapsamındaki tahsis ve imar planlarının tasdikinden önce Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görüşü alınır.

MADDE 43- (1) Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli olanlar ve Milli Gemi Siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki ticari veya özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarının malikleri veya işletenleri; söz konusu gemi, deniz ve içsu araçlarını bağlama kütüğüne kaydettirmek zorundadırlar.

(2) Bağlama kütüğüne kayda ilişkin usul ve esaslar ile yapılacak iş ve işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yürütüleceği yönetmelikle belirlenir.

MADDE 44-(1) 9/4/1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 10/8/1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığına ait bölümleri çıkarılmış ve ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvele Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı bölümü olarak eklenmiştir.

(3) 27/9/1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanunun eki cetvelde yer alan '21. Ulaştırma Bakanlığı' ibaresi '21. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı' şeklinde değiştirilmiştir.

(4) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelin 17 nci sırası 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı' şeklinde değiştirilmiş ve aynı cetvelin '41) Denizcilik Müsteşarlığı' sırası yürürlükten kaldırılmıştır.

(5) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun;

a) 36 ncı maddesinin 'Ortak Hükümler' bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendine 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcıları,' ibaresinden sonra gelmek üzere 'Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcıları,' ve 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanlığına,' ibaresinden sonra gelmek üzere 'Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanlığına,' ibareleri eklenmiştir.

b) 152 nci maddesinin 'II-Tazminatlar' kısmının 'A-Özel Hizmet Tazminatı' bölümünün (i) bendinde yer alan 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanları,' ve 'Denizcilik Uzmanları,' ibareleri yürürlükten kaldırılmış ve anılan bölümün (h) bendine 'Sosyal Güvenlik Uzmanları,' ibaresinden sonra gelmek üzere 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanları,', 'Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanları,' ve 'Denizcilik Uzmanları,' ibareleri eklenmiştir.

c) Eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetvelinin 'I-Genel İdare Hizmetleri Sınıfı' bölümünün;

1) (d) bendine 'Kalkınma Araştırmaları Merkezi Başkanı,' ibaresinden sonra gelmek üzere 'Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanı,' ibaresi eklenmiştir.

2) (h) bendinde yer alan 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanları,' ve 'Denizcilik Uzmanları,' ibareleri yürürlükten kaldırılmış ve anılan bölümün (g) bendine 'Sosyal Güvenlik Uzmanları,' ibaresinden sonra gelmek üzere 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanları,', 'Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanları,' ve 'Denizcilik Uzmanları,' ibareleri eklenmiştir.

(6) Mevzuatta;

a) 9/4/1987 tarihli ve 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 10/8/1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye yapılan atıflar bu Kanun Hükmünde Kararnameye,

b) Ulaştırma Bakanlığına ve Denizcilik Müsteşarlığına yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına,

c) Ulaştırma Bakanına veya Denizcilik Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakana yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanına,

ç) Ulaştırma Bakanlığı Müsteşarı ile Denizcilik Müsteşarına yapılan atıflar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Müsteşarına,

yapılmış sayılır.

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının merkez ve taşra teşkilatına ait her türlü varlık, taşınır, araç, gereç, malzeme, demirbaş ve taşıtlar, borç ve alacaklar, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlar ve diğer dokümanlar ile kadro ve pozisyonlarda bulunan personel, hiçbir işleme gerek kalmaksızın Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına devredilmiş sayılır. Mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlardan Maliye Bakanlığınca Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığına tahsis edilmiş taşınmazlar hiçbir işleme gerek kalmaksızın tahsis amacında kullanılmak üzere Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına tahsis edilmiş sayılır.

(2) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının 2011 mali yılı harcamaları, 6091 sayılı 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa istinaden Maliye Bakanlığınca yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar, Ulaştırma Bakanlığı ve Denizcilik Müsteşarlığının 2011 yılı bütçesinde yer alan bütçe ödeneklerinden karşılanır.

(3) Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının bünyelerinde bulunan ve işletilen Döner Sermaye İşletmelerine ait her türlü varlık, taşınır ve taşınmaz, araç, gereç, malzeme, demirbaş ve taşıtlar, borç ve alacaklar, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlar ve diğer dokümanlar ile kadro ve pozisyonlarda bulunan personel, mevcut kadro ve unvanlarıyla başkaca bir işleme gerek kalmaksızın bu Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesine devredilir ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Döner Sermaye İşletmesi olarak faaliyetlerine devam eder.

(4) Bakanlığın teşkilatlanması sebebiyle teşkilat, görev, personel, kadro, demirbaş devri ve benzeri hususlarda ortaya çıkabilecek sorunları gidermeye Bakan yetkilidir.

GEÇİCİ MADDE 2- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde Denizcilik Müsteşarlığında; Gemi Sörvey Kurulu Uzmanı olarak görev yapan personel Bakanlık için ihdas edilmiş olan Gemi Sürvey Uzmanı kadrolarına, denetleme şefi ve denetleme memuru olarak görev yapan personel ise Bakanlık için ihdas edilmiş olan sırasıyla şef ve memur kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle başka bir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılırlar.

(2) Ulaştırma Bakanlığı merkez teşkilatında; Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Kara Ulaştırması Genel Müdürü, Haberleşme Genel Müdürü, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk Müşaviri, Avrupa Birliği Koordinasyon Dairesi Başkanı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı, Personel Dairesi Başkanı, Eğitim Dairesi Başkanı, Tarife ve Ticaret Dairesi Başkanı, Bağlı ve İlgili Kuruluşlar Dairesi Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri, Daire Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar ile taşra teşkilatında Bölge Müdürü unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(3) Denizcilik Müsteşarlığı merkez teşkilatında; Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Deniz Ulaştırması Genel Müdürü, Deniz Ticareti Genel Müdürü, Gemi İnşa ve Tersaneler Genel Müdürü, Teftiş Kurulu Başkanı, Deniz İşleri Başkanı, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanı, Dış İlişkiler Dairesi Başkanı, Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanı, Muhabere ve Elektronik Dairesi Başkanı, Genel Müdür Yardımcısı, Müsteşarlık Müşaviri, Daire Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar ile taşra teşkilatında Bölge Müdürü ve Gemi Sörvey Kurulu Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(4) İkinci ve üçüncü fıkralar uyarınca ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadroları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu şekilde atanan Bakanlık Müşavirleri, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabilir.

(5) Ulaştırma Bakanlığı merkez teşkilatında; APK Uzmanı ve Savunma Sekreteri unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(6) Ulaştırma Bakanlığı taşra teşkilatında; Bölge Müdür Yardımcısı unvanlı kadroda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile taşra teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(7) Denizcilik Müsteşarlığı taşra teşkilatında; Bölge Müdür Yardımcısı, Liman Başkanı unvanlı kadrolarda bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde sona erer. Bu fıkra uyarınca görevleri sona erenler ekli (2) sayılı liste ile taşra teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılırlar.

(8) Beşinci, altıncı ve yedinci fıkralar uyarınca ihdas edilen Araştırmacı kadroları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu şekilde atanan Araştırmacılar, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabilir.

(9) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığı kadrolarında bulunanlardan birinci, ikinci, üçüncü, beşinci, altıncı ve yedinci fıkralarda belirtilenler dışında kalanlar, Bakanlık için ihdas edilen aynı unvanlı kadrolara halen bulundukları kadro dereceleriyle başkaca bir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılırlar.

(10) Yukarıdaki fıkralarda sayılanlar hariç olmak üzere kadro unvanları değişenler veya kaldırılanlar ise altı ay içerisinde Bakanlıkta kazanılmış hak aylık derecelerine uygun başka bir kadroya atanırlar. Bunlar, atama işlemi yapılıncaya kadar Bakanlıkça ihtiyaç duyulan işlerde görevlendirilir ve yeni bir kadroya atanıncaya kadar eski kadrolarına ait aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer mali haklarını almaya devam ederler.

(11) Ulaştırma Bakanlığı ve Denizcilik Müsteşarlığında 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen sözleşmeli personel ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa göre istihdam edilen sürekli işçi kadrolarında bulunan personel pozisyon ve kadrolarıyla birlikte Bakanlığa devredilmiştir. Ulaştırma Bakanlığı ve Denizcilik Müsteşarlığı adına vizeli boş sözleşmeli personel ile sürekli işçi kadroları başka bir işleme gerek kalmaksızın Bakanlık adına vize edilmiş sayılır.

(12) Bu madde uyarınca atanan veya atanmış sayılan personelin yeni kadrolarına atandıkları veya atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda aldıkları sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); yeni atandıkları kadrolara ilişkin olarak yapılan sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam

ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atandıkları veya atanmış sayıldıkları kadro unvanlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla kendi istekleriyle başka kurumlara atananlara fark tazminatı ödenmesine son verilir.

(13) Personelin, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığında geçen hizmetleri Bakanlıkta geçmiş sayılır.

(14)Maliye Bakanlığı uhdesinde Hazine Avukatları tarafından Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığını temsilen takip edilmekte olan dava ve icra takiplerine ilişkin dosyalar, Maliye Bakanlığı ve Bakanlıkça müştereken belirlenecek esaslara göre bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlığa devredilir. Bu şekilde devredilen dava ve icra takipleriyle ilgili olarak devir tarihine kadar yapılmış her türlü işlem Bakanlık adına yapılmış sayılır.

(15) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde; Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatına tahsis edilen kadroların ilk dağıtımını yapmaya Bakan yetkilidir. Bakan tarafından yapılan ilk dağıtım bir ay içerisinde ilgili Bakanlık ve kuruluşlara bildirilir. Bakan tarafından yapılan ilk dağıtım sonrası kadro tahsis ve tenkisine ilişkin hususlar ilgili mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilir.

GEÇİCİ MADDE 3- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı teşkilatlanıncaya kadar, Bakanlığın merkez ve taşra teşkilatında değişen veya yeni kurulan birimlere verilen görevler ve hizmetler, Ulaştırma Bakanlığı ile Denizcilik Müsteşarlığının mevcut personeli eliyle yürütülmeye devam olunur. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı teşkilat ve kadrolarını en geç altı ay içinde bu Kanun Hükmünde Kararnameye uygun hale getirir.

GEÇİCİ MADDE 4- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinden itibaren bir yıl süreyle 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesindeki sınırlamalara bağlı olmaksızın boş kadrolarda sınıf, unvan ve derece, dolu kadrolarda derece değişikliği yapmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

GEÇİCİ MADDE 5- (1) Büyükşehir belediyelerinin 13/7/2010 tarihi itibarıyla yapımı devam etmekte olan şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve metro projeleri, Bakanlıkça devralınabilir.

(2) Bakanlar Kurulunca devralınabileceğine karar verilen her bir proje bakımından ayrı ayrı geçerli olmak üzere, yüklenicilerin belediyelerle akdedilmiş bulunan sözleşmeleri ile aynı şartlarda işi yürütmeye yazılı olarak muvafakat etmeleri kaydı ile Bakanlık; söz konusu projelerin mevcut sözleşmeleri ile devralınmasına da karar verebilir.

(3) Devir alım ve yapımı tamamlanmış olanlarının devir işlemleri, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ve ikinci fıkrasında belirtilen hükümler çerçevesinde düzenlenecek protokoller ile gerçekleştirilir.

(4) Devir konusunda belediyelerle yapılacak protokoller ile belediyelerin yüklenicilerle yapmış bulundukları sözleşmelerin Bakanlıkça devralınması amacı ile Bakanlık ile yükleniciler arasında yapılacak sözleşmeler ve bu devirlerle ilgili yapılacak diğer işlemler damga vergisi ve harçlardan müstesnadır.

GEÇİCİ MADDE 6- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımı tarihinde 40 ıncı madde kapsamında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından Bakanlık merkez muhasebe birimine aktarılmış tutarları, aynı madde kapsamında Bakanlık bütçesine ödenek kaydetmeye Bakan yetkilidir.

GEÇİCİ MADDE 7- (1) Bakanlıkça karayolu taşımacılık faaliyetleriyle ilgili olarak verilmiş yetki belgelerinin 31/12/2013 tarihine kadar yenilenmesi halinde, yenilenme ücretleri güncel tam ücretin %5'i olarak uygulanır.

GEÇİCİ MADDE 8- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca yürürlüğe konulması gereken idari düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, mevcut tüzük, yönetmelik, tebliğ ve benzeri idari düzenlemelerin bu Kanun Hükmünde Kararnameye aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

(2) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci, 10 uncu ve 14 üncü maddelerinde yer alan hizmet birimlerinin görevleriyle ilgili ilk defa yürürlüğe konulacak idari düzenlemeler onsekiz ay, diğer hizmet birimlerinin görevleriyle ilgili ilk defa yürürlüğe konulacak idari düzenlemeler ise bir yıl içinde yürürlüğe konulur.

(3) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinde yer alan Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğünün demiryolu sektörünün serbestleşmesiyle ilişkili görevleriyle ilgili hükümler, demiryolu sektörünün tekel niteliğinin kaldırılmasına yönelik düzenlemelerin yürürlüğe girmesini müteakip uygulanır.

MADDE 45- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 46- (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

(I) SAYILI CETVEL

BAKANLIK MERKEZ TEŞKİLATI

Müsteşar	Müsteşar Yardımcısı	Hizmet Birimleri
Müsteşar	Müsteşar Yardımcısı	1) Karayolu Düzenleme Genel Müdürlüğü
	Müsteşar Yardımcısı	2) Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü
	Müsteşar Yardımcısı	3) Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürlüğü
	Müsteşar Yardımcısı	4) Tehlikeli Mal ve Kombine Taşımacılık Düzenleme Genel Müdürlüğü
	Müsteşar Yardımcısı	5) Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü
		6) Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürlüğü
		7) Haberleşme Genel Müdürlüğü
		8) Havacılık ve Uzay Teknolojileri Genel Müdürlüğü
		9) Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü
		10) Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü
		11) Denetim Hizmetleri Başkanlığı
		12) Strateji Geliştirme Başkanlığı
		13) Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanlığı
		14) Hukuk Müşavirliği
		15) Döner Sermaye İşletme Dairesi Başkanlığı
		16) Personel ve Eğitim Dairesi Başkanlığı

		17) Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı
		18) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı
		19) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği
		20) Özel Kalem Müdürlüğü

(2) SAYILI CETVEL

BAKANLIK TAŞRA TEŞKİLATI

BÖLGE MÜDÜRLÜKLERİ

Adı	Bölge Merkezi	Bağlı İller
I. Bölge Müdürlüğü	İstanbul	Edirne, Kırklareli, Kocaeli, Tekirdağ
II. Bölge Müdürlüğü	Ankara	Aksaray, Çankırı, Eskişehir, Kayseri,Kırıkkale, Kırşehir, Konya, Nevşehir
III. Bölge Müdürlüğü	İzmir	Aydın, Denizli, Manisa, Muğla, Uşak
IV. Bölge Müdürlüğü	Bursa	Balıkesir, Bilecik, Çanakkale, Kütahya, Yalova
V. Bölge Müdürlüğü	Adana	Hatay, Karaman, Mersin, Niğde
VI. Bölge Müdürlüğü	Antalya	Afyon, Burdur, Isparta
VII. Bölge Müdürlüğü	Gaziantep	Adıyaman, Kahramanmaraş, Kilis, Osmaniye, Şanlıurfa
VIII. Bölge Müdürlüğü	Diyarbakır	Batman, Bitlis, Elazığ, Hakkari, Mardin, Siirt, Şırnak, Van
IX. Bölge Müdürlüğü	Samsun	Amasya, Çorum, Ordu, Sinop

X. Bölge Müdürlüğü	Erzurum	Ağrı, Ardahan, Bayburt, Bingöl, Erzincan, Iğdır, Kars, Muş, Tunceli
XI. Bölge Müdürlüğü	Trabzon	Artvin, Giresun, Gümüşhane, Rize
XII. Bölge Müdürlüğü	Sivas	Malatya, Tokat, Yozgat
XIII. Bölge Müdürlüğü	Bolu	Bartın, Düzce, Karabük, Kastamonu, Sakarya, Zonguldak

DENİZDİBİ TARAMA BAŞMÜHENDİSLİKLERİ

Sırası	Merkezi	Adı
1	İstanbul	İstanbul Denizdibi Tarama Başmühendisliği
2	İzmir	İzmir Denizdibi Tarama Başmühendisliği
3	Samsun	Samsun Denizdibi Tarama Başmühendisliği

LİMAN BAŞKANLIKLARI

Sırası	Merkezi	Adı
1	İstanbul	İstanbul Liman Başkanlığı
2	İzmit	İzmit Liman Başkanlığı
3	Tekirdağ	Tekirdağ Liman Başkanlığı
4	Zonguldak	Zonguldak Liman Başkanlığı
5	Kdz. Ereğli	Kdz.Ereğli Liman Başkanlığı
6	Silivri	Silivri Liman Başkanlığı
7	Enez	Enez Liman Başkanlığı

8	Ambarlı	Ambarlı Liman Başkanlığı
9	İğneada	İğneada Liman Başkanlığı
10	Yalova	Yalova Liman Başkanlığı
11	Karasu	Karasu Liman Başkanlığı
12	Kefken	Kefken Liman Başkanlığı
13	Şile	Şile Liman Başkanlığı
14	Tuzla	Tuzla Liman Başkanlığı
15	Çanakkale	Çanakkale Liman Başkanlığı
16	Ayvalık	Ayvalık Liman Başkanlığı
17	Bandırma	Bandırma Liman Başkanlığı
18	Bozcaada	Bozcaada Liman Başkanlığı
19	Edremit	Edremit Liman Başkanlığı
20	Erdek	Erdek Liman Başkanlığı
21	Gelibolu	Gelibolu Liman Başkanlığı
22	Gemlik	Gemlik Liman Başkanlığı
23	Gökçeada	Gökçeada Liman Başkanlığı
24	Karabiga	Karabiga Liman Başkanlığı
25	Mudanya	Mudanya Liman Başkanlığı
26	Marmara Adası	Marmara Adası Liman Başkanlığı
27	İzmir	İzmir Liman Başkanlığı
28	Aliağa	Aliağa Liman Başkanlığı

29	Bodrum	Bodrum Liman Başkanlığı
30	Çeşme	Çeşme Liman Başkanlığı
31	Dikili	Dikili Liman Başkanlığı
32	Foça	Foça Liman Başkanlığı
33	Marmaris	Marmaris Liman Başkanlığı
34	Göcek	Göcek Liman Başkanlığı
35	Fethiye	Fethiye Liman Başkanlığı
36	Güllük	Güllük Liman Başkanlığı
37	Datça	Datça Liman Başkanlığı
38	Kuşadası	Kuşadası Liman Başkanlığı
39	Antalya	Antalya Liman Başkalığı
40	Alanya	Alanya Liman Başkanlığı
41	Kemer	Kemer Liman Başkanlığı
42	Finike	Finike Liman Başkanlığı
43	Kaş	Kaş Liman Başkanlığı
44	Samsun	Samsun Liman Başkanlığı
45	Ordu	Ordu Liman Başkanlığı
46	Fatsa	Fatsa Liman Başkanlığı
47	Ünye	Ünye Liman Başkanlığı
48	Sinop	Sinop Liman Başkanlığı
49	Ayancık	Ayancık Liman Başkanlığı

50	İnebolu	İnebolu Liman Başkanlığı
51	Cide	Cide Liman Başkanlığı
52	Amasra	Amasra Liman Başkanlığı
53	Bartın	Bartın Liman Başkanlığı
54	Gerze	Gerze Liman Başkanlığı
55	Mersin	Mersin Liman Başkanlığı
56	İskenderun	İskenderun Liman Başkanlığı
57	Ceyhan	Botaş Liman Başkanlığı
58	Taşucu	Taşucu Liman Başkanlığı
59	Anamur	Anamur Liman Başkanlığı
60	Trabzon	Trabzon Liman Başkanlığı
61	Vakfıkebir	Vakfıkebir Liman Başkanlığı
62	Sürmene	Sürmene Liman Başkanlığı
63	Rize	Rize Liman Başkanlığı
64	Giresun	Giresun Liman Başkanlığı
65	Tirebolu	Tirebolu Liman Başkanlığı
66	Görele	Görele Liman Başkanlığı
67	Pazar	Pazar Liman Başkanlığı.
68	Hopa	Hopa Liman Başkanlığı
69	Tatvan	Tatvan Liman Başkanlığı
70	Fırat	Fırat Liman Başkanlığı

(1) SAYILI LİSTE

KURUMU : ULAŞTIRMA, DENİZCİLİK VE HABERLEŞME BAKANLIĞI

TEŞKİLATI : MERKEZ

İHDAS EDİLEN KADROLARIN

Sınıfı	Unvanı	Derecesi	Serbest kadro adedi	Toplam
GİH	Bakan Yardımcısı	1	1	1
GİH	Müsteşar	1	1	1
GİH	Müsteşar Yardımcısı	1	5	5
GİH	Bakanlık Müşaviri	1	30	30
GİH	Karayolu Düzenleme Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Demiryolu Düzenleme Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Deniz ve İçsular Düzenleme Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Tehlikeli Mal ve Kombine Taşımacılık Düzenleme Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Deniz Ticareti Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Tersaneler ve Kıyı Yapıları Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Haberleşme Genel Müdürü	1	1	1

GİH	Havacılık ve Uzay Teknolojileri Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Altyapı Yatırımları Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürü	1	1	1
GİH	Denetim Hizmetleri Başkanı	1	1	1
GİH	Strateji Geliştirme Başkanı	1	1	1
GİH	Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Araştırmaları Merkezi Başkanı	1	1	1
GİH	Döner Sermaye İşletme Dairesi Başkanı	1	1	1
GİH	Personel ve Eğitim Dairesi Başkanı	1	1	1
GİH	Bilgi İşlem Dairesi Başkanı	1	1	1
GİH	Destek Hizmetleri Dairesi Başkanı	1	1	1
GİH	1. Hukuk Müşaviri	1	1	1
GİH	Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri	1	1	1
GİH	Özel Kalem Müdürü	1	1	1
GİH	Genel Müdür Yardımcısı	1	21	21
GİH	Daire Başkanı	1	68	68
GİH	Şube Müdürü	1	141	141
GİH	Şef	3	68	68
GİH	Şef	5	67	67
GİH	Şef	6	1	1

GİH	Koruma ve Güvenlik Şefi	5	3	3
GİH	Şef (Ö)	3-5	12	12
GİH	Başmüfettiş	1	5	5
GİH	Müfettiş	1	6	6
GİH	Müfettiş	2	2	2
GİH	Müfettiş	3	2	2
GİH	Müfettiş (Ö)	1-8	9	9
GİH	Müfettiş Yardımcısı	8	11	11
GİH	İç Denetçi	1	7	7
GİH	İç Denetçi	3	3	3
GİH	İç Denetçi	5	3	3
GİH	Hukuk Müşaviri	1	6	6
GİH	Hukuk Müşaviri	2	5	5
GİH	Hukuk Müşaviri	3	4	4
AH	Avukat	1	1	1
AH	Avukat	4	2	2
AH	Avukat	5	2	2
AH	Avukat	6	3	3
GİH	Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanı	5	88	88
GİH	Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanı	5	37	37

GİH	Denizcilik Uzmanı	5	38	38
GİH	Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcısı	8	88	88
GİH	Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcısı	8	37	37
GİH	Denizcilik Uzman Yardımcısı	8	38	38
GİH	Avrupa Birliği Uzmanı	1	2	2
GİH	Avrupa Birliği Uzmanı	2	3	3
GİH	Avrupa Birliği Uzmanı	3	2	2
GİH	Avrupa Birliği Uzmanı	4	2	2
GİH	Avrupa Birliği Uzmanı	5	16	16
GİH	Avrupa Birliği Uzmanı	6	5	5
GİH	Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı	7	11	11
GİH	Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı	8	14	14
GİH	Avrupa Birliği Uzman Yardımcısı	9	5	5
GİH	Uzman	4	15	15
GİH	Uzman (Ö)	1-8	10	10
GİH	Müdür (Ö)	1-3	5	5
GİH	Müdür Yardımcısı (Ö)	1-5	5	5
GİH	Araştırmacı	8	10	10
GİH	Araştırmacı (Ö)	1-8	30	30

GİH	Mali Hizmetler Uzmanı	3	4	4
GİH	Mali Hizmetler Uzmanı	4	4	4
GİH	Mali Hizmetler Uzman Yardımcısı	8	4	4
GİH	Sivil Savunma Uzmanı	1	3	3
GİH	Sivil Savunma Uzmanı	9	1	1
GİH	Mütercim	2	9	9
GİH	Mütercim	6	9	9
GİH	Programcı	5	7	7
GİH	Programcı	7	7	7
GİH	Programcı	9	3	3
GİH	Çözümleyici	1	2	2
GİH	Çözümleyici	5	2	2
GİH	Çözümleyici	7	2	2
GİH	Raportör	5	1	1
TH	Gemi Sürvey Uzmanı	2	10	10
TH	Gemi Sürvey Uzmanı	4	10	10
TH	Gemi Sürvey Uzmanı	6	10	10
TH	Mühendis	1	72	72
TH	Mühendis	2	24	24
TH	Mühendis	3	33	33
TH	Mühendis	4	29	29

TH	Mühendis	5	98	98
TH	Mühendis	6	31	31
TH	Mühendis	7	28	28
TH	Mühendis	8	24	24
TH	Mühendis (Ö)	1-8	20	20
TH	Mimar	1	5	5
TH	Mimar	2	2	2
TH	Mimar	5	5	5
TH	Mimar	6	1	1
TH	Şehir Plancısı	1	1	1
TH	Şehir Plancısı	5	1	1
TH	Şehir Plancısı	8	3	3
TH	Jeolog	8	5	5
TH	Jeofizikçi	8	5	5
TH	Kimyager	1	1	1
TH	Kimyager	8	4	4
TH	Fizikçi	5	1	1
TH	Matematikçi	1	2	2
TH	Matematikçi	3	2	2
TH	Ekonomist	1	1	1
TH	İstatistikçi	1	1	1

TH	İstatistikçi	5	3	3
TH	İstatistikçi	6	1	1
TH	İstatistikçi	8	16	16
TH	Tekniker	1	20	20
TH	Tekniker	2	2	2
TH	Tekniker	3	5	5
TH	Tekniker	5	1	1
TH	Tekniker	6	7	7
TH	Tekniker	7	16	16
TH	Tekniker	9	10	10
TH	Tekniker (Ö)	1-9	20	20
TH	Teknisyen	3	28	28
TH	Teknisyen	4	7	7
TH	Teknisyen	5	7	7
TH	Teknisyen	6	4	4
TH	Teknisyen	7	4	4
TH	Teknisyen	8	3	3
TH	Teknisyen	9	3	3
TH	Teknisyen (Ö)	3-12	10	10
TH	Teknik Ressam	3	2	2
TH	Teknik Ressam	12	2	2

GİH	Ayniyat Saymanı	3	2	2
GİH	Memur	5	62	62
GİH	Memur	6	25	25
GİH	Memur	7	35	35
GİH	Memur	8	65	65
GİH	Memur	9	35	35
GİH	Memur	10	31	31
GİH	Bilgisayar İşletmeni	3	4	4
GİH	Bilgisayar İşletmeni	4	4	4
GİH	Bilgisayar İşletmeni	5	10	10
GİH	Bilgisayar İşletmeni	6	11	11
GİH	Bilgisayar İşletmeni	7	11	11
GİH	Bilgisayar İşletmeni	8	16	16
GİH	Bilgisayar İşletmeni	9	11	11
GİH	Bilgisayar İşletmeni	10	8	8
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	3	16	16
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	4	9	9
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	5	18	18
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	6	16	16
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	7	12	12
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	8	15	15

GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	9	12	12
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	10	14	14
GİH	Koruma ve Güvenlik Görevlisi	5	1	1
GİH	Koruma ve Güvenlik Görevlisi	8	2	2
GİH	Koruma ve Güvenlik Görevlisi	10	10	10
GİH	Şoför	7	3	3
SH	Daire Tabibi	5	2	2
SH	Diyetisyen	8	1	1
SH	Biyolog	5	3	3
SH	Hemşire	1	1	1
SH	Hemşire	2	1	1
SH	Hemşire	3	2	2
YH	Teknisyen Yardımcısı	5	2	2
YH	Hizmetli	5	3	3
YH	Hizmetli	7	1	1
YH	Hizmetli	9	1	1
YH	Kaloriferci	7	1	1
YH	Dağıtıcı	5	1	1
	TOPLAM		2105	2105

KURUMU: ULAŞTIRMA, DENİZCİLİK VE HABERLEŞME BAKANLIĞI

TEŞKİLATI: TAŞRA

İHDAS EDİLEN KADROLARIN

Sınıfı	Unvanı	Derecesi	Serbest kadro adedi	Toplam
GİH	Bölge Müdürü	1	14	14
GİH	Bölge Müdür Yardımcısı	1	36	36
GİH	Şube Müdürü	1	36	36
GİH	Şube Müdürü	3	36	36
GİH	Liman Başkanı	1	35	35
GİH	Liman Başkanı	2	35	35
GİH	Liman Başkan Yardımcısı	1	35	35
GİH	Liman Başkan Yardımcısı	2	35	35
GİH	Gemi Sürvey Kurulu Başkanı	1	7	7
GİH	Gemi Adamı	3	3	3
GİH	Denizcilik Uzmanı	5	65	65
GİH	Denizcilik Uzman Yardımcısı	8	60	60
GİH	Şef	3	72	72
GİH	Şef	5	72	72
GİH	Müdür (Ö)	1	1	1

GİH	Araştırmacı (Ö)	1	25	25
GİH	Uzman	5	5	5
GİH	Uzman (Ö)	1-8	8	8
GİH	Sivil Savunma Uzmanı	3	1	1
GİH	Şef (Ö)	3-5	14	14
AH	Avukat	8	28	28
GİH	Mütercim	8	4	4
TH	Kaptan	1	5	5
TH	Gemi Sürvey Uzmanı	1	110	110
TH	Gemi Sürvey Uzmanı	2	110	110
TH	Başmühendis	1	30	30
TH	Mühendis	1	86	86
TH	Mühendis	2	16	16
TH	Mühendis	3	18	18
TH	Mühendis	4	19	19
TH	Mühendis	5	41	41
TH	Mühendis	6	35	35
TH	Mühendis	7	35	35
TH	Mühendis	8	29	29
TH	Mühendis (Ö)	1-8	11	11
TH	Mimar	1	3	3

TH	Mimar	4	3	3
TH	Mimar	5	5	5
TH	Mimar	8	4	4
TH	Şehir Plancısı	5	1	1
TH	Şehir Plancısı	8	12	12
TH	Matematikçi	5	1	1
TH	Tekniker	1	34	34
TH	Tekniker	2	11	11
TH	Tekniker	3	6	6
TH	Tekniker	6	4	4
TH	Tekniker	7	25	25
TH	Tekniker	8	16	16
TH	Tekniker (Ö)	1-9	6	6
TH	Teknisyen	3	16	16
TH	Teknisyen	4	8	8
TH	Teknisyen	5	10	10
TH	Teknisyen	10	16	16
TH	Teknisyen (Ö)	3-12	7	7
TH	Teknik Ressam	5	1	1
TH	Sürveyan	5	2	2
GİH	Gemi Trafik Başkontrolörü	1	30	30

GİH	Gemi Trafik Kontrolörü	5	20	20
GİH	Gemi Trafik Kontrolörü	7	20	20
GİH	Gemi Trafik Kontrolörü	9	20	20
GİH	Memur	5	126	126
GİH	Memur	6	46	46
GİH	Memur	7	81	81
GİH	Memur	8	41	41
GİH	Memur	9	46	46
GİH	Memur	10	61	61
GİH	Memur	12	61	61
GİH	Bilgisayar İşletmeni	3	6	6
GİH	Bilgisayar İşletmeni	4	3	3
GİH	Bilgisayar İşletmeni	5	10	10
GİH	Bilgisayar İşletmeni	6	3	3
GİH	Bilgisayar İşletmeni	7	3	3
GİH	Bilgisayar İşletmeni	8	26	26
GİH	Bilgisayar İşletmeni	9	3	3
GİH	Bilgisayar İşletmeni	10	4	4
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	3	6	6
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	4	4	4
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	5	4	4

GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	6	4	4
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	7	6	6
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	8	136	136
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	9	4	4
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	10	4	4
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	11	4	4
GİH	Koruma ve Güvenlik Görevlisi	9	6	6
GİH	Koruma ve Güvenlik Görevlisi	11	6	6
GİH	Şoför	5	7	7
SH	Daire Tabibi	1	2	2
YH	Teknisyen Yardımcısı	5	1	1
YH	Teknisyen Yardımcısı	8	1	1
YH	Hizmetli	5	8	8
YH	Hizmetli	7	4	4
YH	Kaloriferci	5	2	2
YH	Bekçi	5	6	6
	TOPLAM		2188	2188

(2) SAYILI LİSTE

KURUMU: ULAŞTIRMA, DENİZCİLİK VE HABERLEŞME BAKANLIĞI

TEŞKİLATI: MERKEZ

İHDAS EDİLEN KADROLARIN

Sınıfı	Unvanı	Derecesi	Serbest kadro adedi	Toplam
GİH	Bakanlık Müşaviri	1	120	120
GİH	Araştırmacı	1	10	10
	TOPLAM		130	130

KURUMU: ULAŞTIRMA, DENİZCİLİK VE HABERLEŞME BAKANLIĞI

TEŞKİLATI: TAŞRA

İHDAS EDİLEN KADROLARIN

Sınıfı	Unvanı	Derecesi	Serbest kadro adedi	Toplam
GİH	Araştırmacı	1	120	120
	TOPLAM		120	120

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 8., 10., 11., 36., 87., 91., 123., 125., 127., 128. ve 163.maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 12.1.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ hakkındaki reddi hâkim talebi görüşülmüştür.

Dava dilekçesinde, Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ'ın, kamuoyunda Wikileaks belgeleri olarak bilinen ve bir internet sitesinde yer alan bilgilere göre, 2003 yılında ABD Büyükelçisine Cumhuriyet Halk Partisi aleyhinde bir takım beyanlarda bulunduğu, 25.4.2011 tarihinde Anayasa Mahkemesinin 49. Kuruluş Yıldönümü'nde yaptığı açılış konuşmasında 'Ümit ediyorum ki bu gayret, Anayasa Mahkemesine dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığını da ortadan kaldıracaktır.' ifadelerine yer verdiği, ayrıca 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun iptali istemiyle açılan davada verilen kararda açıklanan görüşünün daha önceki kararlarda yer alan görüşlerinden farklı olduğu, bu nedenlerle Cumhuriyet Halk Partisinin tarafı olduğu davalarda tarafsız olarak karar veremeyeceği ileri sürülerek 6216 sayılı Kanun'un 59. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ile 60. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca reddi talep edilmiştir.

Hâkimin reddi kurumu, hâkimin tarafsız kalamayacağı şüphesi bulunan bir davaya bakmamasını sağlamaya yönelik olup temel bir hak olan adil yargılanma hakkıyla ilişkilidir. Nitekim adil yargılanma hakkı tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkını da içerir. Bu nedenle hukukumuzda, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan veya tarafsızlığından kuşku duyulabilecek durumlarda ya davaya bakması yasaklanmış ya da taraflarca reddedilebileceği kabul edilmiştir.

6216 sayılı Kanun'un 59. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde, Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyelerinin, istişarî görüş ve düşüncelerini ifade etmiş olduğu dava ve işlere bakamayacakları; 60. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyelerinin tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hallerin olduğu iddiası ile reddolunabileceği; (2) numaralı fıkrasında, bu takdirde, Genel Kurul ya da bölümlerde ilgili üye katılmaksızın ret konusu hakkında kesin karar verileceği; (5) numaralı fıkrasında ise ret talebinin kötü niyetle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi hâlinde, talepte bulunanların her birine Mahkemece beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası verileceği kurala bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde hâkimin reddi talebi yönünden dayanılan hususlardan biri Wikileaks belgeleri olarak bilinen belgelerde yer aldığı ileri sürülen bilgilerdir. Ancak, bu belgelerin gerçekte var olup olmadığı kanıtlanamadığı gibi, içerdiği bilgilerin doğru olup olmadığı da ortaya konulabilmiş değildir. Aksine, belgelerde ismi geçen birçok kişi gibi Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ tarafından da kamuoyunun bilgisine sunuldukları ilk andan itibaren anılan belgelerde var olduğu ileri sürülen bilgiler açıkça yalanlanmıştır. Ret talebi yönünden dayanılan hususlardan biri olan açılış konuşmasındaki sözler, Türk siyasal yaşamındaki uzlaşma kültürü eksikliğine ve temel siyasal sorunların siyasi arenada çözümü yerine yargı kurumlarına havale edilmesi eğilimine yönelik genel ve kişisel nitelikte bir eleştiri olup somut bir davaya ilişkin herhangi bir görüş veya düşünce içermemektedir. Ret talebine dayanak yapılan hususlardan sonuncusu olan Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ'ın geçmişte kimi dava dosyalarında kullandığı oylar, tamamen hâkimin yargısal görevine ilişkindir. Hâkimin geçmişte verdiği kararlar ve kullandığı oyların ret sebebi olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla, dava dilekçesinde hâkimin reddi nedeni olarak ileri sürülen hususlar, Kanun'da düzenlenen davaya bakılması yasak bir hâl veya ret sebebi olarak kabul edilemez.

Öte yandan, her hak gibi hâkimin reddini talep etme hakkının da amacına uygun olarak kullanılması gerekir. Aksi hâlde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Somut dava dosyasında, varlığı ve içerdiği bilgilerin doğruluğu kanıtlanmamış aksine yalanlanmış olan hukuken delil değeri bulunmadığı açık bir takım bilgi ve belgelere, yine ret sebebi olmadığı açık olan hâkimin önceki dava dosyalarında kullandığı oylara dayanılarak ret talebinde bulunulmuş olması, hâkimin reddini talep etme hakkının iyi niyetle ve amacına uygun olarak kullanılmadığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle 6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince ret talebinde bulunanlara takdiren 500 TL disiplin para cezası uygulanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle:

1- Hâkimin reddi talebinin esastan REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Talebin kötü niyetle yapıldığının KABULÜNE ve 6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince DİSİPLİN PARA CEZASI UYGULANMASINA, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Disiplin para cezasının talepte bulunan davacıya verilmesine, Serruh KALELİ, Burhan ÜSTÜN ile Nuri NECİPOĞLU'nun 'Para cezasının talepte bulunanların her birine verilmesi gerektiği'yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- Para cezası miktarının 500 Türk Lirası olarak esas alınmasına, OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince 12.1.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Mustafa BAYSAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu Kanun Hükmünde Kararname kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- İptal Başvurusundan Sonra Yapılan Değişikliklerin İptal Konusu Kurallara Etkisi

KHK'nin 39. maddesi, 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu maddeye yönelik iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

B- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnameler ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki kanunu ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir.

Kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, 'Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.' denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında, 'Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...'in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi, 'Bakanlar Kurulu'na ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

C-Kanun Hükmünde Kararname'nin Ayrı Ayrı Tüm Maddeleri ve Eki(1) ve (2) Sayılı Cetveller ile (1) ve (2) Sayılı Listelerin 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, KHK'nin ayrı ayrı tüm maddelerinin ve eki (1) ve (2) sayılı cetveller ile listelerin 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olmadığı ve acil, ivedi, önemli ve zorunlu konuları düzenlemediği belirtilerek Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 87., 91., 123. ve 163. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinde Kanun'un amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak olarak belirlenmiş ve yetkinin kapsamı iki başlık altında tespit edilmiştir. Yetkinin kapsamına ilk olarak kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi girmektedir. Bu çerçevede gerekli görülmesi halinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan

bakanlıkların birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi için kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu amaçla;

1- Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine,

2- Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine,

3- Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,

ilişkin kanun hükmünde kararname çıkarılabilecektir.

İkinci olarak kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler yapılması için kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir.

6223 sayılı Yetki Kanunuyla kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi amacına yönelik olarak Bakanlar Kuruluna verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, Bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları kapsamakta olup Bakanlık veya bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş niteliğinde olamayan kamu kurum ve kuruluşları kapsamına almamaktadır. Bakanlar Kurulunun, 6223 sayılı Yetki Kanunu'na dayanarak bakanlık veya bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş niteliğinde olamayan kamu kurum ve kuruluşlarının görev, yetki, teşkilat ve kadrolarına ilişkin düzenleme yapması mümkün değildir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde yapılan inceleme sonucunda; KHK'nin, hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilen 39. maddesi ile Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca iptal edilenler dışında kalan diğer kurallar 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında kaldığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

D- Kanun Hükmünde Kararname'nin Tüm Maddelerinin Anayasa'nın 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde, KHK'nin ayrı ayrı tüm maddelerinin ve eki (1) ve (2) sayılı cetveller ile listelerin Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alanlara ilişkin düzenleme içerdiği, bu nedenle Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 87., 91., 123. ve 163. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

1- KHK'nin 17. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "mesleğe alınmaları"İbaresi

KHK'nin 17. maddesinde, Denetim Hizmetleri Başkanlığı düzenlenmiştir. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında, Başkanlığın görevleri sayıldıktan sonra dava konusu kuralı da içeren (2) numaralı fıkrasında, Denetim Hizmetleri Başkanlığı ve Müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile Müfettiş Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 'Kamu hizmetlerine girme hakkı' başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen ve ikinci kısmının 'Siyasi Haklar ve Ödevler'başlıklı dördüncü bölümünde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Müfettiş Yardımcılığı kadrolarına giriş koşullarının belirlenmesi Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir düzenleme olduğundan KHK'nin 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki bu ibare Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Burhan ÜSTÜN bu görüşlere değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

2- KHK'nin 28. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri

KHK'nin 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, KHK'nin 7 ilâ 14. maddelerde düzenlenen Bakanlık hizmet birimlerinin sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak, bu birimlerin beş bent halinde fıkrada sayılan görevleri de yerine getirecekleri belirtilmiştir. Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise anılan Bakanlık hizmet birimlerinin, sorumluluk alanlarıyla ilgili olarak hazırladıkları ve Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan Bakanlık idari düzenlemelerinde, bu düzenlemeleri ihlal edecek hizmet üretenler ile hizmetten yararlananlar için yerine getirecekleri görev ve yetkiler sayılmıştır. Söz konusu görev ve yetkiler şöyledir;

a- Hangi hallerde uygulanacağını açıkça belirtmek şartıyla; uyarma, geçici faaliyet durdurma ve yetki iptali şeklinde idari müeyyideler öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen idari müeyyideleri uygulamak,

b- Hangi hallerde uygulanacağını ve miktarını açıkça belirtmek şartıyla; 7. maddede yer alan hizmet birimi beşbin Türk Lirasına kadar, 8. ve 11. maddelerde yer alan hizmet birimleri

ikiyüzellibin Türk Lirasına kadar, 12. maddede yer alan hizmet birimi beşyüzbin Türk Lirasına kadar, 9. ve 10. maddelerde yer alan hizmet birimleri ise beş milyon Türk Lirasına kadar idari para cezası uygulaması öngörmek ve ihlal edenlere belirlenen miktarda idari para cezası karar tutanağı düzenlemek veya düzenletmek.

Anayasa'nın 'Suç ve cezalara ilişkin esaslar' başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, 'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.' hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ve ikinci kısmının 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' başlıklı ikinci bölümünde yer alan suç ve cezalara ilişkin hükümlerin kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi mümkün değildir.

KHK'nin 28. maddesinin (2) numaralı fıkrasının anılan bentleri Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında idari müeyyide gerektiren fiiller ile bu fiillere uygulanacak yaptırımlara ilişkin hükümler içerdiğinden, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.

3- KHK'nin 37. Maddesinin (2), (3), (4) ve (5) Numaralı Fıkraları

KHK'nin 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla, Bakanlığın merkez teşkilatı için Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanı, Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcısı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcısı; merkez ve taşra teşkilatı için ise Denizcilik Uzmanı ve Denizcilik Uzman Yardımcısı kadroları ihdas edilmiştir. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcılığı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcılığı ile Denizcilik Uzman Yardımcılığına atanma koşulları sıralanmış; (3) numaralı fıkrasında, Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanı ile Denizcilik Uzmanı kadrolarına atanma koşulları belirtilmiş; (4) numaralı fıkrasında, hazırladıkları uzmanlık tezi kabul edilmeyenler, yeterlik sınavında başarısız olanlar veya yeterlik sınavına girmeye hak kazandığı halde geçerli mazereti olmaksızın sınav hakkını kullanmayanların ilgili uzman yardımcılığı unvanlarını kaybedecekleri ve bu nedenle de durumlarına uygun diğer kadrolara atanacakları hükme bağlanmıştır. Maddenin (5) numaralı fıkrasında da, Ulaştırma ve Haberleşme Uzmanları, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzmanları, Denizcilik Uzmanları ile Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcıları, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcıları, Denizcilik Uzman Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile diğer hususların yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 'Kamu hizmetlerine girme hakkı' başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala

bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen ve ikinci kısmının 'Siyasi Haklar ve Ödevler'başlıklı dördüncü bölümünde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcıları, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcıları, Denizcilik Uzman Yardımcıları için tahsis edilen kadrolara giriş koşullarının belirlenmesi Anayasa'nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir düzenleme olduğundan, KHK'nin 37. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Burhan ÜSTÜN bu görüşlere değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

4- KHK'nin Diğer Kuralları

KHK'nin 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi, 28. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri, 37. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları ile hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilenler dışında kalan diğer kurallarında Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi yasaklanmış alanlara ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşıldığından bu maddelere, fıkralara, bentlere, bölümlere, cetvellere ve listelere ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun Hükmünde Kararname'nin İçerik Yönünden İncelenmesi

1- KHK'nin 17. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının "mesleğe alınmaları"İbaresi Dışında Kalan Bölümü

Dava dilekçesinde, KHK'nin 37. maddesinde düzenlenen uzmanların mesleğe alınmaları ve yetiştirilmelerine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenmiş iken, müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile müfettiş yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususların yönetmeliğe bırakıldığı, bu nedenle kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. 11. 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

KHK'nin 17.maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Denetim Hizmetleri Başkanlığının görevleri sayılmış, iptali istenen ikinci fıkrasında ise Başkanlığın ve Müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile Müfettiş Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususların yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre, iptali istenen fıkrada yönetmeliğe bırakılan hususlar şunlardır;

1- Başkanlığın ve Müfettişlerin çalışma usul ve esasları, Müfettiş yardımcılarının giriş ve yeterlik sınavlarının usul ve esasları, müfettişliğe yükselmeleri, görev, yetki ve sorumlulukları.

2- Müfettiş Yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususlar.

Dava konusu kuralda yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiğinden, öne sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiaları bu ibareye yönelik olarak incelenmemiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik ilkesi'dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin bütünlüğü ve kanuniliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkeyle bağlantılı olarak Anayasa'nın 128. maddesinde de 'Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.' denilmiştir. Buna göre, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir.

Anayasa'nın 7. maddesindeki, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez.' kuralına göre, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Belirtilen konuların kanunla düzenlenmesi gerekmekte ise de tüm ayrıntılarının sadece kanunla düzenlenmesi beklenemez ve bu konuda idari düzenlemeler yapılması Anayasa'nın 7. ve 128. maddesine aykırılık teşkil etmez.

KHK'nin 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasında Denetim Hizmetleri Başkanlığının görevleri dört bent halinde sayılmış ve bunu tamamlamak üzere iptali istenen fıkraya yer verilmiştir.

Böylece Başkanlık ve dolayısıyla müfettişlerin görevleri belirlenmiştir.Müfettişlerin müfettiş yardımcıları arasından atanacağı madde kapsamından anlaşılmaktadır. Bundan başka, müfettiş yardımcılarının yarışma sınavı ile mesleğe kabul edilecekleri, yetiştirilirken tez hazırlayacakları ve bir yeterlilik sınavına tabi tutulacakları da anlaşılmaktadır.

İptali istenen kuralla, müfettiş yardımcılığına girişte ve müfettiş yardımcılığından müfettişliğe geçişte yapılacak sınavların usul ve esasları, adı geçenlerin yetiştirilmesine dair diğer hususlar ile Başkanlığın ve müfettişlerin çalışma usul ve esasları yönetmeliğe bırakılmaktadır. Memurların nitelik, atanma, görev ve yetki,hak ve yükümlülük, aylık ve ödenek veya diğer özlük işlerine ilişkin olmayıp salt idare tekniğine ilişkin olarak yönetmeliğe bırakılan bu hususlar yasama yetkisinin devri sayılamayacağı gibi, hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine aykırı değildir.

Kuralın, Anayasa'nın 6. ve 8. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

2- KHK'nin 29. Maddesinin (13) Numaralı Fıkrası

Dava dilekçesinde, kurulacak sürekli ve geçici kurulların üyelerinin hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı ile, sahip olmaları gereken özelliklerin ve kurulların çalışma usul ve esasların kanunla düzenlenmesi gerektiği ileri sürülerek bu içeriğe haiz olmayan kuralın Anayasa'nın 7., 8., 11., 123 ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

KHK'nin 29. maddesinde, Bakanlığın görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere bakanlık, kurum ve kuruluş, sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu, Demiryolu Koordinasyon Kurulu, Araştırma Merkezi İzleme ve Yönlendirme Kurulu, Şûra Düzenleme Kurulu ve İnternet Geliştirme Kurulu adıyla toplam beş kurul oluşturulması öngörülmekte ve bu kurulların görevleri maddenin devamında sırasıyla sayılmaktadır.

Maddenin (7) numaralı fıkrasında, Bakanlıkça teknik ve ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, evrensel hizmet, havacılık ve uzay teknolojileri iş, hizmet ve sistemleriyle ilgili olarak oluşturulacak yeni politika ve stratejilerin tespitiyle ilgili çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere Bakanlık dışından bu alanlarda uzman kişiler ile faaliyet gösteren kuruluş temsilcilerinin katılımıyla görev süresi bir yılı geçmemek üzere geçici kurulların oluşturabileceği öngörülmektedir. Bu kurulların görev süresi en fazla bir yıl olup, ihtiyaç halinde bir kez uzatılabilecektir. Aynı anda en fazla iki adet geçici kurul çalıştırılabilmesi mümkündür. Geçici kurullar, Bakanın doğrudan kendisinin belirlediği konularda verdiği görevleri yerine getirirler.

Maddenin (8) numaralı fıkrasında, sürekli ve geçici kurulların üye sayısının yediyi geçemeyeceği belirlenmiştir.

(9) numaralı fıkrada, kurul üyelerine yapılacak ödeme konu edinilmektedir. Buna göre sürekli ve geçici kurulların Bakanlık ve Bakanlık kuruluşları dışındaki kamu personeli olan üyelerine, 22.1.1990 günlü, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu üyelerine ödenen aylık ücretin %25'i, diğer üyelerine ise %50'si ödenecek; bir kişinin birden fazla sürekli veya geçici kurulda üyeliği bulunması halinde, bu kişiye sadece bir kurul üyeliği için bu ödeme yapılabilecektir. (10) numaralı fıkra gereğince, sürekli ve geçici kurul üyelerinin kurul çalışmalarıyla ilgili olarak uçak, otobüs ve trenle yaptıkları seyahatlerin yol giderleri sunacakları bilet karşılığı kendilerine ayrıca ödenir.

(11) numaralı fıkrada, sürekli ve geçici kurulların, çalışmalarıyla ilgili konularda ihtiyaç oluşması halinde araştırma, inceleme ve danışmanlık hizmetleriyle sınırlı olmak üzere Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi vasıtasıyla hizmet alımı yapabilmelerine imkân sağlanmıştır.

(12) numaralı fıkra uyarınca, sürekli ve geçici kurullar tarafından yapılacak harcamalar ile kurul üyelerinin ücretleri bu amaçla Bakanlık Döner Sermaye İşletmesi bütçesine konulan ödenekten karşılanır.

İptali istenen (13) numaralı fıkrada ise 'Sürekli ve geçici kurul üyelerinin hangi hizmet birimi, kuruluş, kurum, üniversite, sivil toplum örgütü temsilcileri veya alanında uzman ve yetkin kişilerden oluşacağı, sahip olmaları gereken özellikler ile kurulların çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.' hükmüne yer verilmiştir.

Bir önceki başlık altında da ifade edildiği üzere, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, yasada temel

hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir.

Sürekli kurulların adlarıyla görevleri KHK'da ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak sayılmıştır. 3046 sayılı Kanun'un 'Sürekli kurullar' başlıklı 39. maddesinde de 'Bakanlıklarda ve bağlı kuruluşlarda hizmetin kurul biçiminde yürütülmesi gerektiğinde, görevleri ve teşekkül tarzı kuruluş kanunlarında veya diğer kanunlarda gösterilmek kaydıyla sürekli kurullar kurulabilir.' denilmiştir. Bu hükümle, bakanlıklarda ve bağlı kuruluşlarda sürekli kurulların, kuruluş yasalarında veya diğer yasalarda gösterilmek koşuluyla kurulabileceği belirtilmiştir. Geçici kurullarla ilgili çerçeve ise şöyledir; bunlar; 'teknik ve ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeni ulaştırma, denizcilik, haberleşme, posta, evrensel hizmet, havacılık ve uzay teknolojileri iş, hizmet ve sistemleriyle ilgili olarak oluşturulacak politika ve stratejilerin tespitiyle ilgili çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak' amacıyla oluşturulacak ve bunu teminen 'Bakanlık dışından bu alanlarda uzman kişiler ile faaliyet gösteren kuruluş temsilcilerin katılımı' mümkün olacaktır. Sürekli olanlardan farklı olarak bu tür kurulların görev süresi bir yılı geçmeyecek;ihtiyaç halinde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla bir yıl uzatılabilecektir. Bir diğer sınırlama olarak, aynı anda en fazla iki adet geçici kurul çalıştırılabileceği öngörülmekte ve geçici kurulların Bakan'ın doğrudan kendisinin belirlediği konularda verdiği görevleri yerine getireceği vurgulanmaktadır. Buna göre, kuralın temel esaslarının kanunda belirlendiği anlaşılmakla, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verildiği iddiası yerinde değildir.

Görevleri gereği idarî nitelikte olmakla beraber, merkezin hiyerarşisi dışında olan, esas itibarıyla düşünce, öneri ve görüş bildirmek suretiyle merkezi yönetime yardımcı olan, tüzel kişiliği bulunmayan ve istişarî nitelikte kararlar alan söz konusu kurullarda görev alanların, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında kamu görevlisi niteliğine sahip olmamaları nedeniyle, bu maddenin ikinci fıkrasında öngörüldüğü gibi yasayla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Esasen Kurulları oluşturacak üyelerin nitelikleri, kurulma amacı belli olan kurullara yüklenen görevlerin niteliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu kurullar oluşturulurken Bakanlık, kurum ve kuruluş, üniversite, sivil toplum kuruluşları temsilcileri, konunun uzmanları kurulun potansiyel üye kaynaklarıdır. Bir başka ifade ile kurul buralardan gelen üyelerden oluşacaktır. Üye sayısı yediyi geçemeyeceği için üyelerin nitelikleri kurulun göreviyle bağlantılı olarak değişkenlik arz edebilir. Bu durumda tüm kurulların üyelerinin veya üye kaynaklarının daha baştan kanunla yapılması kendilerinden beklenen görevle bağdaşmayabileceği gibi kamu hizmetlerinin daha etkin ve verimli yürütülmesini de geciktirebilir. Geçici kurullar geleceğe yönelik, teknik ve ekonomik gelişmelerin sonucuna bağlı olarak yeni politika ve strateji geliştirmek amacıyla

oluşturulmaktadır. Teknolojik gelişmeleri bugünden tespit mümkün olmadığından, gelecekte etkin olabilecek adayları bugünden belirlemek mümkün olmayabilir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir.

Kuralın,Anayasa'nın 8. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

3- KHK'nin 42. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının 'Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir' Biçimindeki Son Cümlesi ile (2) Numaralı Fıkrası

Dava dilekçesinde, 3194 sayılı İmar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu'nun birinci maddelerindeki amaç unsuruna dair hükümler tekrar edilerek, iptali istenen kuralla, anılan kanunlarda ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda örtülü değişiklikler yapılarak bu kanunların imar ve yapılaşmaya ilişkin hükümlerinin ilga edildiği, oysa sayılan bu kanunların 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olmadıkları; hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki arazilerin anılan Bakanlığa nasıl devredileceği konusunda hukuki belirsizlik bulunduğu; imar planları ve projeler konusunda uygulanmayacak kanunlar belirtilmiş ise de uygulanacak olanlara düzenlemede yer verilmemiş olduğu; Bakanlığa verilen ancak yerel yönetimlerin yetkisinde bulunan çevre düzeni planı ve nazım ve uygulama imar planlarını yapma ve onama yetkisinin yerinden yönetim ilkesine aykırı olduğu, bu nedenlerle düzenlemenin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 7., 8., 11., 87., 91., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin (1) numaralı fıkrasında, Türk boğazlar bölgesinde can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması Bakanlığa bir görev olarak yüklenmekte; bu görevin ifası bağlamında tesisler kurmak amacıyla yapılması gerekenler sıralanmaktadır. Bu çerçevede, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerdeki mülkiyeti Hazineye ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar Maliye Bakanlığınca Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın kullanımına tahsis edilecektir. Fıkranın iptali istenen cümlesinde, tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projelerin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilmesi ve inşaat ruhsatlarının bu Bakanlık tarafından verilmesi öngörülmektedir.

Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise bir önceki fıkrada belirtilen tesis ve inşaatların projelendirilmesi ve yapımında 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu, 18.11.1983 günlü, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 17.2.2000 günlü, 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Böylece, fıkrada belirtilen usule uygun olarak yine fıkrada belirtilen amaçlarla Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına tahsis edilecek hazineye ait veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların tahsisiyle ilgili imar planları ve her türlü projelerin tasdiki Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yapılacak ve inşaat ruhsatları da bu Bakanlık tarafından verilecektir. Bu süreçte yapılacak inşaat ve tesislerin projelendirilmesi ve yapımında ikinci fıkradaki mevzuat uygulanmayacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.' ifadeleri yer almaktadır. 87. maddesinde ise 'Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek.' Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Anayasanın 91. maddesinde ise kanun hükmünde kararnamelerin hukuksal rejimi belirlenmiştir.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmıştır. İdarenin bütünlüğü, merkezi devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesi olup, bu ilkeyle, idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür.

Mahalli idarelere ilişkin Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında, bunların il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları, ikinci fıkrasında yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Maddenin beşinci fıkrasında ise merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması,

toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olmayan bir kısım kanunlarda örtülü değişiklikler yapılarak bunların imar ve yapılaşmaya ilişkin hükümlerinin ilga edildiği ileri sürülmektedir. Anayasa Mahkemesinin 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nu denetlediği 27.10.2011 günlü, E.2011/60, K.2011/147 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, konu ve kapsamın belirlenmiş sayılması için hangi kanunlarda değişiklik yapılacağının yetki kanununda mutlaka sayma yoluyla gösterilmesi zorunlu olmadığı gibi, belirlenen konu ve kapsamın sınırları içine hangi kanun ya da kanun hükmünde kararnamelerin girdiğinin sayma yoluyla gösterilmesi de şart değildir.

KHK'nin 41. maddesiyle deniz kazalarının yönetimi Bakanlığa bir görev olarak verilmiş ve bu çerçevede Bakanlık bazı yetkilerle donatılmıştır. Bu amaçla bir sonraki maddede doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı tedbir alınması ve boğazlarda güvenli geçişin sağlanması amacıyla kurulacak tesisler hakkında hükümlere yer verilmiştir. Bakanlığın görev ve yetkilerine ilişkin olan bu düzenlemenin 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olduğu açıktır. Bakanlığa yeni bir görev verilirken bunun diğer mevzuat hükümlerini ilgilendiren ve etkileyen tabii sonuçları olabilir. Bu nedenle imar ve yapılaşmaya ilişkin hükümlerinin ilga edildiği iddia edilen kanunların 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda belirtilmemiş olması nedeniyle kuralların Anayasa'ya aykırı oldukları iddiası yerinde görülmemiştir.

Dava dilekçesinde devamla, çeşitli kanunların muhtelif hükümlerinden alıntılar yapılarak uygulamaya ilişkin bazı tereddütler dile getirilmiş ve bu çerçevede, hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlardan hangilerinin Bakanlığa nasıl devredileceği veya devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin hukuki statüsü değiştirilmeden nasıl yapılaşmaya açılarak tesis yapımına konu olacağı sorularının hukuken cevapsız bırakıldığı, imar planları ve projeler konusunda uygulanmayacak kanunlar belirtilmiş ise de uygulanacak olan veya olanlara düzenlemede yer verilmemiş olduğu, bu nedenle düzenlemenin belirsizlik ve keyfilik içerdiği ileri sürülmüştür.

Usulünce yürürlüğe konulan bir kanun hükmünde kararnamenin, iptal edilmediği veya yürürlükten kaldırılmadığı sürece kanun hükmünde olduğu, kanun hükümleri arasındaki muhtemel ihtilafların öncelik-sonralık, özel-genel olma durumuna göre çözümlenebileceği ve bu durumun başlı başına Anayasa'ya aykırılık sorunu teşkil etmeyeceği açıktır. Üzerine tesis yapılacak yerlerin belirlenmesi öncelikle Bakanlar Kurulu tarafından yapılacağından, ilgili taşınmazın tâbi olduğu hukuki rejime bakılarak, gerektiğinde amaca uygun olarak tahsis değişikliğine gidilebilir. Bu tür işlemlere karşı yargı yolu da açıktır. Dolayısıyla, belirtilen

muhtemel eksikliklerin mutlaka bu düzenlemede giderilmelerine gerek olmadığından, bu durumun hukuki belirsizlik olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, uygulanmayacağı belirtilen kanunlar dışındaki ilgili diğer kanunlar ile bunların alt düzenlemeleri çerçevesinde Boğazlarda yapılacak tesislerin imar ve ruhsat işlemlerinin çözülebileceği, iddianın anayasallıktan çok uygulamada çıkabilecek tereddüt veya sorunlara dair olduğu anlaşıldığından, uygulanacak kanunlar konusunda Bakanlığa keyfi yetki verildiği iddiası yerinde görülmemiştir.

Anayasa'da imar planlarına ilişkin yetkinin merkezi idare ya da yerel yönetimlere ait olduğu konusunda bir kural yer almamakta olup, ihtiyaçlara göre bu hususun belirlenmesi kanun koyucuya aittir. Buna göre, kanun koyucu kamu yararını gözeterek anayasal sınırlar içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. Mahallî müşterek nitelikleri ağır bassa da, bazı alanlardaki imar gereksinimlerinin giderilmesi o yörede yaşayanlardan öte toplumun genelini ilgilendirdiğinden,imar plan ve uygulamaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.Hâlihazırdaki deniz trafiği dikkate alındığında, Boğazlardan güvenli geçişin sadece İstanbul ve Çanakkale'de yaşayanların mahalli müşterek ihtiyacı olmadığı, meselenin çözümüyle ilgili ihtiyacın millî, hatta milletlerarası boyuta ulaştığı bilinmektedir. Bu nedenle, mahalli müşterek ihtiyaç kavramından hareketle, iptal konusu kurallardaki imar plan ve projeleri konusundaki yetkinin mahalli idarelerde olması gerektiği iddiası yerinde değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7., 87., 91., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 8. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

4- KHK'nin Geçici 2. Maddesinin (2), (3), (4), (6),(7), (8) ve (12) Numaralı Fıkraları

Dava dilekçesinde, idare hukukunun temel ilkelerinden birinin görevden alma işleminin atamadaki usule tabi olduğu, nitekim 2451 sayılı Kanun'da bu minvalde kurallara yer verildiği, oysa iptali istenen maddenin (2), (3), (4), (6) ve (7) numaralı fıkralarında personelin kazanılmış haklarının ellerinden alındığı, bu durumun hukuki güvenlik ilkesine de aykırı olduğu; (12) numaralı fıkrada, atanmış sayılmaya bağlı olarak mali haklarının korunduğu izlenimi verilmekle birlikte gerçekte bunun böyle olmadığı, dolayısıyla kazanılmış hakların zedelendiği; kurallarla müsteşardan genel müdüre kadar olan pozisyonlardakilerin niteliklerine bakılmaksızın büyük

oranda müşavir ve araştırmacı kadrolarına atanmalarının Anayasa'nın 2., 10., 36., 125. ve 128. maddelerineaykırı olduğu ileri sürülmüştür.

KHK ile 9.4.1987 günlü, 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile 10.8.1993 günlü, 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmış olup Bakanlık, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı adı altında yeniden yapılandırılmış ve önceki teşkilat yapılarından farklı yeni hizmet birimleri oluşturulmuştur. Teşkilat yapısında meydana gelen bu değişiklikler mevcut personelin hukuki durumlarını da etkilemiştir. KHK'nin geçici 2. maddesinin dava konusu (2) numaralı fıkrasında, Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının teşkilat yapısının değiştirilmesi sonucu açığa çıkan yönetici personelin durumu düzenlenmektedir. Buna göre, Bakanlık merkez teşkilatında daire başkanı ve üzeri görevlerde bulunan kamu görevlileriyle taşra teşkilatında Bölge Müdürü kadrolarında bulunanların bu görevlerinin sona ermesi ve bunların ekli (2) sayılı liste ile merkez teşkilatı için ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılmaları öngörülmektedir. Denizcilik Müsteşarlığı merkez ve taşra teşkilatında üst düzeylerde bulunanlar açısından aynı düzenleme maddenin (3) numaralı fıkrasında yer almıştır. (4) numaralı fıkrada, önceki iki fıkra uyarınca ihdas edilen bakanlık müşaviri kadrolarının herhangi bir sebeple boşalması halinde, hiçbir işleme gerek kalmaksızın bu kadroların iptal edilmiş sayılacakları belirtilmiştir. Bakanlık müşaviri kadrolarına atanmış sayılanların, Bakanın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabileceği kuralına da fıkrada yer verilmiştir.

Maddenin (6) numaralı fıkrasında Ulaştırma Bakanlığı taşra teşkilatında, (7) numaralı fıkrasında ise Denizcilik Müsteşarlığı taşra teşkilatında unvanlı kadrolarda bulunanların görevlerinin bu KHK'nin yayımı tarihinde sona ereceği ve bunların ekli (2) sayılı liste ile taşra teşkilatı için ihdas edilen Araştırmacı kadrolarına hâlen bulundukları kadro dereceleriyle atanmış sayılacakları belirtilmiştir. (8) numaralı fıkra uyarınca, beşinci, altıncı ve yedinci fıkralar gereğince ihdas edilen araştırmacı kadrolarının herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın bunların iptal edilmiş sayılmaları kurala bağlanmıştır. Bu şekilde atanan araştırmacılar, Bakan'ın uygun göreceği merkez veya taşra teşkilatına ait birimlerde çalıştırılabileceklerdir.

(12) numaralı fıkrada, bu madde uyarınca atanan veya atanmış sayılan personelin yeni kadrolarına atandıkları veya atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda

aldıkları sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); yeni atandıkları kadrolara ilişkin olarak yapılan sözleşme ücreti, aylık, ek gösterge, ikramiye (bir aya isabet eden net tutarı), her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarının, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenmesi öngörülmüştür. Atandıkları veya atanmış sayıldıkları kadro unvanlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, kendi istekleriyle başka kurumlara atananlara fark tazminatı ödenmesine son verilmesi de fıkrada kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır.

Kamu hukuku alanında gerek kanunla gerekse düzenleyici işlemlerle konulmuş kurallar, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir.Hukuk âleminde meydana gelebilecek bu değişiklik, daha önce kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da uygulanabilecektir. Soyut ve genel hukuki statülerin en önemli özelliği bunların daima değişebilmesi ve bu değişikliğin de herkese karşı geçerli olmasıdır. Hukuk alanında meydana gelen ve hukuki statüde değişiklik yapan bu düzenlemeler, eski düzenleme uyarınca statü kazanmış ve statüsü devam eden bireyleri de kapsar.

Memuriyet kadro derecesine bağlanan mali haklar, o dereceye ulaşan kişi yönünden tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş alacak niteliğine dönüştüğünden kazanılmış hak teşkil eder. Kadro derecesine bağlanan mali haklar unvandan bağımsız olduğundan, unvan değişse bile bunların hukuken korunması gerekmektedir. Buna karşılık bir görevin fiilen yapılması karşılığında ödenen mali haklar ise kazanılmış hak oluşturmaz. Bu gibi mali haklar, ilgilinin o görevi fiilen yerine getirdiği süreyle sınırlı olarak ödenir.

İptal konusu kurallarla, teşkilat yapısı değiştirilen Bakanlığın bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin bakanlık müşaviri ve araştırmacı kadrolarına atanmış sayılmalarının öngörülmesi, anılan Bakanlığın yeniden teşkilatlandırılması sonucu ortaya çıkan hukuki ve fiilî

zorunluluklar nedeniyledir. Söz konusu hukuki ve fiilî zorunluluklar nedeniyle kazanılmış haklar korunarak başka kadrolara atama yapılması, kanun koyucunun takdir alanı içindedir.

İptali istenen kurallarda, Bakanlık müşaviri ve araştırmacı kadrolarına atanan kişilerin bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş mali haklarının (ücret ve özel hizmet tazminatı toplamının), mevcut kadrolarındakine göre daha düşük olması halinde yeni kadrolarındaki gelirlerine eşitleninceye kadar aradaki farkın ödenmesi öngörülmek suretiyle kazanılmış hakları korunmuştur. Bu durumda kuralların kazanılmış hakları ihlal ettiği söylenemez.

Kuralın dolaylı şekilde hak arama özgürlüğüyle ilgili olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelemesi yapılmıştır.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

Dava konusu kurallarla, Bakanlık ve Hazine Müsteşarlığı'nın belirtilen kadrolarında yapılan değişiklikler, yukarıda da ifade edildiği üzere, söz konusu unvanların kaldırılması sonucu ortaya çıkan hukukî ve fiili zorunluluklar nedeniyledir. Buna göre söz konusu işlemin sebep unsuru, Bakanlıktaki bazı kadroların kaldırılması olup yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden farklıdır. Genel nitelikte olduğu sonucuna ulaşılan yasal düzenlemeyle oluşturulan bu durumun, sebep unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespitinin anayasal bir sorun olduğu ve bu yöndeki denetimin Anayasa Mahkemesince yapılması gerektiği açıktır. Anılan atama işleminin doğrudan kanunla değil, idari işlemle yapılmasının öngörülmesi durumunda dahi kanunlara uygunluk denetimi yapmakla sınırlı bir yetkiye haiz olan idari yargı yerlerinin, işlemin sebep unsurunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını tartışması ve bu yönde bir denetim yapması mümkün olmadığından bu işlemin doğrudan kanun hükmünde kararnameyle yapılmasının hak arama hürriyetini sınırladığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

26.9.2011 günlü, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin:

A) 39. maddesi hakkında, 22.11.2012 günlü, E.2011/149, K.2012/187 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

B)Kapsam yönünden;

1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16. maddeleri, 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi dışında kalan bölümü, 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 26., 27. maddeleri, 28. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (c) bendi, 29., 30., 31., 32., 33., 34., 35., 36. maddeleri, 37. maddesinin(1) numaralı fıkrası, 38., 40., 41., 42., 43., 44., geçici 1., geçici 2., geçici 3., geçici 4., geçici 5., geçici 6., geçici 7., geçici 8., 45., 46. maddeleri ile eki (I) ve(2) sayılı cetvelleri ile (1) ve (2) sayılı listelere yönelik iptal istemleri, 22.11.2012 günlü, E.2011/149,K.2012/187 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bende, bölüme, cetvellere ve listelere ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

C) Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası yönünden;

1- 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16. maddeleri, 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi dışında kalan bölümü, 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 26., 27. maddeleri, 28. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (c) bendi, 29., 30., 31., 32., 33., 34., 35., 36. maddeleri, 37. maddesinin(1) numaralı fıkrası, 38., 40., 41., 42., 43., 44., geçici 1., geçici 2., geçici 3., geçici 4., geçici 5., geçici 6., geçici 7., geçici 8., 45., 46. maddeleri ile eki (I) ve(2) sayılı cetvelleri ile (1) ve (2) sayılı listelere yönelik iptal istemleri, 22.11.2012 günlü, E.2011/149,K.2012/187 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bende, bölüme, cetvellere ve listelere ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

2- a- 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresine,

b- 28. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerine,

c- 37. maddesinin(2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarına,

ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle, bu fıkraların, bentlerin ve ibarenin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

D) İçeriği itibariyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen;

1- 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının"mesleğe alınmaları" ibaresi dışında kalan bölümüne,

2- 29. maddesinin (13) numaralı fıkrasına,

3- 42. maddesinin (1) numaralı fıkrasının 'Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.' biçimindeki son cümlesine,

4- 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasına,

5- Geçici 2. maddesinin (2), (3), (4), (6), (7), (8) ve (12) numaralı fıkralarına,

yönelik iptal istemleri, 22.11.2012 günlü, E.2011/149,K.2012/187 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkralara, bölüme ve cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

22.11.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, 'Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez' denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

26.9.2011 günlü, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi, 28. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 37. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal

boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkralara, bentler ve ibareye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

26.9.2011 günlü, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin:

A) 1- 39. maddesi, 11.10.2011 günlü, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu maddeye ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

2- 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16. maddeleri, 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi dışında kalan bölümü, 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 26., 27. maddeleri, 28. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (c) bendi, 29., 30., 31., 32., 33., 34., 35., 36. maddeleri, 37. maddesinin(1) numaralı fıkrası, 38., 40., 41., 42., 43., 44., geçici 1., geçici 2., geçici 3., geçici 4., geçici 5., geçici 6., geçici 7., geçici 8., 45., 46. maddeleri ile eki (I) ve(2) sayılı cetvelleri ile (1) ve (2) sayılı listeleri, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olduğundan Anayasa'ya aykırı olmadığına ve bu maddelere, fıkralara, bende, bölüme, cetvellere ve listelere ilişkin iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B) 1- 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16. maddeleri, 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi dışında kalan bölümü, 18., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 26., 27. maddeleri 28. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (c) bendi, 29., 30., 31., 32., 33., 34., 35., 36. maddeleri, 37. maddesinin(1) numaralı fıkrası, 38., 40., 41., 42., 43., 44., geçici 1., geçici 2., geçici 3., geçici 4., geçici 5., geçici 6., geçici 7., geçici 8., 45., 46. maddeleri ile eki (I) ve(2) sayılı cetvelleri ile (1) ve (2) sayılı listelerinin, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'ya aykırı olmadığına ve bu maddelere, fıkralara, bende, bölüme, cetvellere ve listelere ilişkin iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- a- 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresinin,

b- 37. maddesinin(2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- 28. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi, 28. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 37. maddesinin(2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının iptal edilmeleri nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkralara, bentlere ve ibareye ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C) İçeriği itibariyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen;

1- 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının"mesleğe alınmaları" ibaresi dışında kalan bölümünün,

2- 29. maddesinin (13) numaralı fıkrasının,

3- 42. maddesinin (1) numaralı fıkrasının 'Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.' biçimindeki son cümlesinin,

4- 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının,

5- Geçici 2. maddesinin (2), (3), (4), (6), (7), (8) ve (12) numaralı fıkralarının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve bu fıkralara, cümleye ve bölüme ilişkin iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

22.11.2012 gününde karar verildi.

Başkan Başkanvekili Başkanvekili

Haşim KILIÇ	Serruh KALELİ	Alparslan ALTAN
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Zehra Ayla PERKTAŞ	Recep KÖMÜRCÜ
Üye	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU
Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN

Üye	Üye
Muammer TOPAL	Zühtü ARSLAN

KARŞIOY YAZISI

26.9.2011 günlü, 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin(2) numaralı fıkrasında yer alan "mesleğe alınmaları" ibaresi ile 37. maddesinin(2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları çoğunluk kararıyla Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

655 sayılı KHK'nin 17. maddesinin maddesinin(2) numaralı fıkrasında Denetim Hizmetleri Başkanlığı ve Müfettişlerin çalışma usul ve esasları ile Müfettiş Yardımcılarının mesleğe

alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavları ile diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

KHK'nin 37. maddesi ise Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı bünyesinde 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcılığı', 'Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcılığı' ile 'Denizcilik Uzman Yardımcılığı' adı altında personel çalıştırılmasına olanak tanımakta ve bu kadrolara atama yapılmasının usul ve esaslarını düzenlemektedir.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasının (a-3) bendinde, Kanun'un amaçlarından birinin kamu hizmetlerinin Bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek, mevcut Bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan Bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek olduğu belirtilmiş ve aynı Kanun'un ikinci fıkrasında da ilgili kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılabileceği belirtilmiştir.

KHK'nin 17. maddesi ile Bakanlığa bağlı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığının kurulması ve bu birimde çalışmak üzere 'müfettiş yardımcılığı' kadrosunun ihdas edilmesi, 37. maddesi ile de 'Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcılığı', 'Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcılığı' ile 'Denizcilik Uzman Yardımcılığı' kadrolarının oluşturulması teşkilat ve kadroların belirlenmesine ilişkin bir husus olduğundan Yetki Kanunu'na aykırılık bulunmamaktadır.

Kamu görevlilerinin kadrolarının ve bu kadrolara atanacak kişilerde bulunması gereken niteliklerin de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak, kamu görevlisi olarak atanacak kişilerle ilgili tüm ayrıntıların sadece yasayla düzenlenmesi gerektiği ve bu konuda idarî düzenlemeler yapılmasının Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı düşeceği iddiası yerinde değildir. Anayasa'nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile doğrudan ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa'da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı değildir.

Anayasa'nın 70. maddesine göre, 'her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez'. Maddede Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin görevin gerektirdiği nitelikler dışında, dil, din, mezhep, renk, siyasi düşünce, cinsiyet ve benzeri ayırım gözetilmeksizin kamu hizmetlerine girme hakkına sahip bulundukları belirtilmiştir. Böylece 'kamu hizmetlerine girme hakkı' siyasi hak ve ödevler kapsamında, vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılabilecek bir hak olarak düzenlenmiştir. Düzenlemenin temel hakka ilişkin niteliği bundan ibarettir. Yoksa, bunun

dışında kamu görevlerine giriş, atanma, görev değişikliğine ilişkin tüm düzenleme ve uygulamaların temel hakkın düzenlenmesi ve 91. madde anlamında yasak alan kapsamında görülmesi yerinde değildir.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasanın belirtilen bölümlerinde birçok temel hak ve özgürlük düzenlenmiş bulunmaktadır. Sözkonusu temel hak ve özgürlüklerin kapsama alanları ve ilgili oldukları hususlar geniş bir biçimde yorumlandığında KHK'lerle yapılacak tüm düzenlemelerin bu hak ve özgürlüklerle bağlantılarının bulunduğu ileri sürülebilecektir. Böyle bir yorumdan hareket edilmesi halinde yasak alan kapsamı oldukça genişleyecek ve KHK ile düzenlenebilecek alan kalmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, 6.1.1987 günlü, E:1986/15 ve K:1987/1 sayılı kararında, dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmenin oldukça güç olduğu, bu nedenle de dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmenin isabetli sayılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, yasak alanın kapsamının, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili düzenlemeleri kapsayacak, dolaylı olarak ilgili düzenlemeleri ise kapsam dışında bırakacak şekilde belirlenmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 16.5.1989 günlü, E:1989/4 ve K:1989/24 sayılı kararında,3.11.1988 günlü, 347 sayılı '233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin Genel Müdür olarak atanabilmek için, 'yükseköğrenim görmüş olmak, dört yılı kamuda, altı yılı özel sektörde geçmek şartıyla en az on yıl hizmeti bulunmak, kamu hizmeti bulunmayanlarda ise özel sektörde asgari onbeş yıl çalışmış olmak, Genel müdürlük görevini yerine getirebilecek yetenek, bilgi ve tecrübeye sahip olmak' şartlarını getiren 1. maddesine yönelik iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa'nın 91. maddesi kapsamına giren alanlarda düzenleme yapılmış olmasından söz edilebilmesi için 91. maddede belirtilen hak ve alanlarla ilgili doğrudan bir düzenleme yapılmış olması gerekir.

İptaline karar verilen kurallarda Yetki Kanunu kapsamında ilgili kurumda Müfettiş Yardımcılığı, Ulaştırma ve Haberleşme Uzman Yardımcılığı, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Uzman Yardımcılığı ve Denizcilik Uzman Yardımcılığı kadroları oluşturulduğundan, zorunlu olarak bu kadrolara girişin koşulları da düzenlenmiştir. Bu nedenle anılan kuralların Anayasa'nın 91. maddesinde belirtilen yasak alana ilişkin düzenlemeler içerdiğinden söz etmek mümkün değildir.

Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kurallara yönelik iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle kuralın iptaline yönelik çoğunluk görüşüne katılmadık.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Alparslan ALTAN	Engin YILDIRIM

Üye	Üye
Nuri NECİPOĞLU	Hicabi DURSUN

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL

KARŞIOY

(Reddi Hakim)

Mahkememize 2011/149 Esas sayısı ile T.B.M.M. üyesi 117 milletvekili tarafından açılan 29.9.2011 tarih ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali davasın da Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ'ın reddi talebi yer almış ise de, dosyanın 12.1.2012 tarihli ilk incelemesinde hakimin reddi talebi esastan reddedilmiş, talebin kötü niyetle yapıldığı oyçokluğu ile kabul edilmiş ise de, bu gibi hallerde uygulanacak para cezasının talepte bulunanlar dışında cezanın SOYUT bir niteleme ile sadece davacıya verilmesi yönündeki çoğunluk görüşüne aşağıdaki nedenler ile katılınmamıştır.

Reddi hakim talebinin kötü niyetle yapıldığının kabulü halinde, bu kasta yaptırım uygulanması hukuk düzenince makul kabul görmeyen bir fiilin cezalandırılması isteminin gereğidir. Nitekim hukukun temel ilkelerinden bakıldığında HMK'nun 42. maddesi hukuksuz eyleme meşruiyet kazandırmamak için ceza öngörüsünde bulunmuş ve başvuruda bulunanlara bunlar arasında nasıl bir hukuksal ilişki olduğuna bakmaksızın talepte bululanlar yönünden her birinin cezalandırılması gerektiğini ifade etmiştir.

Nitekim genel usul hukuku hükümleri yanında özel nitelik taşıyan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 60. maddesinin (5) numaralı fıkrasında Anayasa Mahkemesinde yapılacak hakimin reddi taleplerinin kötü niyetle yapıldığının anlaşılması halinde BAŞVURUCULARIN HER BİRİNE disiplin para cezası verileceği hükmü çok açıktır.

Davacılar; Anayasanın 150. maddesince siyasi parti kimliklerine bakılmaksızın kendilerine iptal davası açma hakkı tanınan meclis üye tamsayısının 1/5 oranındaki asgari 110 milletvekilidir. Açılan davaların kabul görebilmesi için alt sınır 110 olup beklenmeyip üstünde olması haline ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Nitekim Türkiye Büyük Milet Meclisi tarafından imzalanarak tasdik edilen belge ile görülen bu davayı açanların Meclis üyeleri oldukları teyit edilmiş ve görülen bu davayı da asgari 117 kişinin bir araya gelerek açtığı anlaşılmıştır.

Bir an için dava açma için bir araya gelen iradenin zorunlu bir birliktelik içinde oldukları kabul edilse bile bu beraberlik açılmış davanın mahkemece kabulünün ön şartıdır. Örneğin değişik siyasi gruplardan 140 kişinin bir araya gelmesi ile açılan bir davada dava açan belgeye imza atanlardan 40 kişinin diğer talepler yanında reddi hakim talebinde bulunmamış veya bilahare feragat olmaları halinde görülen davada dava, kalan 100 kişi davacı yönünden 110 kişilik dava açma şartını oluşturmadığı için açılmamış mı sayılacaktır' veya dava tüm diğer talepler yönünden düşmüş mü olacaktır'

Dava açanların iradesi açılmış davanın kabul şartından bağımsız nitelikte olup dava açanlar arasında ki hukuksal ilişkiden kaynaklı bir zorunluluk değildir. Reddi hakim talebinden çekilenler yönünden kötü niyet araştırması yapılamayacak ve para cezası verilemeyecek olması ' talepte bulunan ve bulunmayanlar arasında nasıl bir hukuki tespit yapmayı gerektiriyorsa da dava açıp hakimin reddi talebinde bulunanların bu yöndeki iradesi dava açma için bir araya gelme zorunluluğunda bağımsız bir fikir 'bir irade tezahürüdür.

Dava açanlar, açma yönünden gerekli biçimsel bir zorunluluk, dava konusu talepler yönünden ise ihtiyari bir birliktelik içindedirler. Davacılar arasında şekli bakımından mecburi dava arkadaşlığı vardır.

Mecburi dava arkadaşlığında; dava konusu hukuki ilişkide farklı davranmalarını önleyecek çok sıkı, iştirak halinde bir ortaklık olup, dava arkadaşları aynı şekilde ve birlikte hareket etmek zorundadırlar. İştirak halinde mülkiyet, adi ortaklık, miras şirketi gibi veya ilgililer hakkında tek bir karar verilmesi zorunluluğunu doğuran davalarda davacılar şekli bakımından mecbur dava arkadaşı durumundadırlar ve dava konusu hak ile aralarında zorunlu ilişki vardır.

Özel yasasına tabii olan Anayasa Mahkemesine iptal davası açma şeklinde izah edildiği anlamda dava açan asgari 110 kişinin hukuk usulü nitelemesi ile mecburi dava arkadaşı oldukları söylenemeyecektir. Aralarında şekli bakımından olan bu zorunlu birliktelik nedeniyle dava açma şartı yerine getirildikten sonra dava açanlar yönünden dava açmada asgari sayısal zorunluluk şartının altına düşmedikçe talep konusu haklar yönünden bağımsız ihtiyari davranmalarının önüne geçecek kısıtlayıcı bir hüküm mevzuatta yoktur.

Kaldı ki, davanın konusu, dava açanlar arası şahsa bağlı sıkı bir medeni hukuk ilişkisinden değil Kamu hukukundan doğan ve toplumun tümünü ilgilendiren bir yasa uygulamasının, demokratik toplum öznelerinden Anayasal denetim talebine ilişkin olup bu yönüyle de mecburi dava arkadaşlığı nitelemesinden ayrıldığı düşünülmektedir.

Aktif süje olan davanın konusu, toplumun tümünü ilgilendiren içerik taşıdığından, pasif süje olan dava açanlar olup, dava açmada birliktelik zorunluluğu içinde iseler de hak,yetki ve taleplerini hukuka uygun sorumluluk bilinci dahilinde kullanmak zorundadırlar, Aksine davranışın cezalandırılacağının öngörüldüğü hallerde ceza vermenin sınırını adaletle şekillendirilmiş toplumsal yarar düşüncesi oluşturur, ve cezaların önleme iyileştirme amaçları da göz önüne alınarak adaletli bir ölçü içinde biçimlenir. Hedef cezanın yaratacağı korkutuculuk ve caydırıcılıktan toplum adına yararlanma ilkesidir.

Ceza önlemi kimi suçlardan, niteliği, işleme biçimi, Devlet için zarar alanı, SUÇTAN ZARAR GÖRENİN KİMLİĞİ vb nedenler ile farklı düzenlemeler içerebilir.

BaşkanvekiliSerruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.9.2011 günlü, 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nin, iptal isteminin reddine karar verilen kurallarının, Bakanlar Kurulu'nun KHK'ler konusundaki yetkisinin sınırlı olup, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağdaşmayacak biçimde geniş kullanılamayacağına ilişkin E: 2011/113; K: 2012/108 sayılı karardaki karşıoy gerekçesi doğrultusunda iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

(Reddi Hakim)

6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ret talebinin 'kötü niyetle yapıldığının anlaşılması' ve 'esas yönünden kabul edilmemesi' hâlinde, 'disiplin para cezası'verileceği öngörülmekte, (6) numaralı fıkrasında da ret talebinin 'açıkça' kötüye kullanıldığının tespiti aranmaktadır.

Söz konusu kurallar uyarınca disiplin para cezasına hükmedilebilmesi için, ret talebinin kötü niyetle yapılması ve ret talebi olarak gösterilen sebeplerin esastan kabul edilmemesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu şartlardan birinin gerçekleşmesi disiplin para cezası verilebilmesi için yeterli olamayacağı gibi ret talebinin açıkça kötüye kullanıldığının da tespit edilmesi gerekmektedir.

Davacı ret sebeplerini,

- Kamuoyunda 'WikiLeaks Belgeleri' olarak bilinen belgelere göre, 2003 yılında ABD Büyükelçisine Cumhuriyet Halk Partisi aleyhinde bir takım beyanlarda bulunduğu iddiası,

- 'Ümit ediyorum ki bu gayret, Anayasa Mahkemesine dava açmak suretiyle sorun çözme kolaycılığını da ortadan kaldıracaktır' biçimindeki 25 Nisan 2011 tarihli konuşma metninden yapılan alıntı,

ve bunları pekiştiren

- 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun iptali başvurusunda istikrar kazanmış görüşünden vazgeçerek iptal isteminin reddi yönünde kullandığı oy,

olarak gösterdikten sonra, bu sebeplerin Cumhuriyet Halk Partisi'nin tarafı olduğu davalarda, reddedilenin tarafsız davranamayacağına ilişkin kuşkulara neden olduğunu ileri sürmüştür.

İleri sürülen bu iddia, 6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde incelenerek, söz konusu sebeplerin tarafsız hareket edemeyeceği kanısını haklı kılan hâl kapsamında olmadığı düşüncesiyle Davacının ret talebi esastan reddedilmiştir.

Ret talebinin esastan reddedilmiş olması, talebin kötü niyetle yapıldığı anlamını taşımayacağı gibi salt reddedilme nedeniyle disiplin para cezası verilemeyeceği de açıktır. Disiplin para cezası verilebilmesi için kanunun tanıdığı bu hakkın açıkça kötüye kullanıldığının (kötü niyetle yapıldığının)tespit edilmesi gerekmektedir.

Ret talebinin, kimi internet sitelerinden elde edilebilmesi mümkün olan ret sebeplerine dayanması, belirtilen ret sebeplerinin içerikleri, ret talebinin sunuluş biçimi, anlatım düzeni ve yargılama sürecindeki ileri sürülüş zamanı, Davacı tarafından açılan ve ret taleplerini de içeren diğer iptal davalarının konuları arasındaki benzerlik ve bu iptal başvurularındaki ret taleplerinin başvuru yönteminin ve ret sebeplerinin ayırımsız aynı olması dikkatle incelendiğinde, ret talebi başvurusunun, kanunun tanıdığı bir hakkın kanuni sınırlar içinde kullanıldığını ve yargılamanın düzenli biçimde işleyişini önlemek ve kamu düzenini bozmak gibi bir amaç taşımadığını, dolayısıyla da bu hakkın açıkça kötüye kullanılmadığını göstermektedir.

Açıklanan nedenle Davacıya disiplin para cezası verilmesi yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Mehmet ERTEN

DEĞİŞİK GEREKÇE

6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi 'kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği arttırmak üzere, buların atanma, nakil, görevlendirme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına' ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere, Bakanlar Kurulu'na Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi vermektedir.

655 sayılı KHK'nin17. ve 37. maddeleri memuriyet statüsüne alınmaya ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. Oysa yukarıda ifade edildiği üzere 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun belirtilen hükmü salt 'istihdam edilen' kamu görevlileri bakımından bir düzenleme yapılabilmesi konusunda yetki vermektedir. Diğer bir deyişle, söz konusu kurallar Yetki Kanunu kapsamı dışında kalmakta ve bu mahiyeti itibariyle de Anayasa'nın 91. maddesine aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenle, anılan kuralların iptaline bu gerekçeyle katılıyoruz.

ÜyeSerdar ÖZGÜLDÜR ÜyeBurhan ÜSTÜN

KARŞIOY YAZISI

Reddi hakim talebinin kötü niyetle yapıldığı gerekçesiyle DİSİPLİN PARA CEZASI UYGULANMASINA yer yoktur.

İptal davasını açan Parti tarafından Başkan Haşim KILIÇ'ın reddi talebinin kötü niyetle yapıldığına ve 6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince disiplin para cezası uygulanmasına ilişkin çoğunluk kararına aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum:

6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (5) numaralı fıkrasında 'Ret talebinin kötü niyetle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi halinde, talepte bulunanların her birine Mahkemece beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası verilir' denilmiş; (6) numaralı fıkrasında 'Bu Kanun anlamında disiplin para cezasından maksat, bireysel başvuru hakkını veya ret talebini açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvurucular aleyhine verilen ' para cezası' olduğu belirtilmiştir. Buna göre para cezası verilebilmesi için öncelikle talebin esastan reddedilmesi gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Talepte kötü niyet olup

olmadığı talebin yerinde olup olmadığı hususundan bağımsız olarak ayrıca incelenecek, varlığı açıkça saptanmışsa kötü niyete ilişkin para cezasına hükmedilebilecektir.

Reddi hakim talep etme hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının gereğince kullanılmasını güvence altına alan bir hukuk müessesesidir. Temel hakların kötüye kullanılması gerekçesi, çoğu kez hakkın özüne dokunacak nitelikte kısıtlayıcı düşüncelere yönelebildiğinden, ihtiyatla kullanılmalı ve ancak açık, nesnel koşulların oluşması halinde başvurulmalıdır. Bu nedenle reddi hakim talepleri yönünden de kötü niyetin varlığı açık, somut ve nesnel delillere dayanmalıdır. Talebin gerekçelerinin yetersiz olması, davacının daha önce de benzeri nitelikte, kabul edilmeyen taleplerde bulunması, davacının mahkemeye ve hakime karşı itimatsızlığının bilinmesi, tek başına kötü niyetin kanıtlarını oluşturamazlar.

Olayda davacının reddi hakim talebinde bulunmasının kendi açısından hassasiyet yaratan bazı beyan ve olgulara dayandığı, bu bağlamda:

- Başkan Haşim KILIÇ'ın aleni bir konuşmada kullandığı ifadeler siyaset alanına giren eleştirilerdir. İyi işleyen demokrasilerde yüksek yargı başkanlarının siyaset alanına yönelik, ifade özgürlüğü kapsamında da olsa, yorum veya değerlendirme yapmaları olağan değildir. Öte yandan, Anayasa'nın 150. maddesine göre iptal davası açma hakkı Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis gruplarına ve TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere ait olup, bunlardan Cumhurbaşkanının dava açması uygulamasına uzun süredir rastlanmadığı, iktidar partisinin dava açtığının ise hiç görülmediği bilinmektedir. Bu durumda eleştirinin hedefinin ana muhalefet olduğu açıktır.

- WIKILEAKS belgeleri her ne kadar hukuki bir işleme veya karara esas alınabilecek nitelikte değillerse de bunlarda geçen anlatımların davalı partide menfi yönde sübjektif kanaat veya kuşku uyandırmaya elverişli oldukları anlaşılmaktadır.

Başkan Haşim KILIÇ'ınderdest olan davada tarafsız hareket edemeyeceği yönünde somut bir ret nedeni bulunmamakla birlikte Sayın Başkan'dan kaynaklanan nedenlerle davacıda bir hassasiyet doğmuş olduğu, dosyadaki evraktan anlaşılmaktadır. Bu nedenle olayda açıkça kötü niyet bulunduğu söylenemez. Para cezasına hükmedilmemesi gerekir.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

(Reddi Hakim)

6216 sayılı Kanun'un 60. maddesinin (5) numaralı fıkrasında red talebinin 'kötü niyetle yapıldığının anlaşılması' ve 'esas yönünden kabul edilmemesi' halinde talepte bulunanların her birine beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar 'disiplin para cezası' verileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin (6) numaralı fıkrasında ise, bu Kanun anlamında disiplin para cezasının bireysel başvuru hakkını veya red talebini 'açıkça kötüye kullandığı' tesbit edilen başvurucular aleyhine verilen para cezası olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi disiplin para cezasına hükmedilebilmesi için red talebinin kötü niyetle yapılması (açıkça kötüye kullanılması) ve talebin esastan kabul edilmemesi koşullarının birlikte bulunması gerekmektedir.

Bu durumda her somut olayda olayın özelliğine göre 'hakimin reddi talebinin kötü niyetle yapıldığı' hususu mahkemece takdir edilecektir.

Davada, davacının hakimin reddi talebinin reddedildiği açıktır. Ancak dosyanın incelenmesinden bu talebin kötü niyetle yapıldığı konusunda herhangi bir belge ve bilgi bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenle kararın 'hakimin reddi talebinin kötü niyetle yapıldığının kabulü ile talepte bulunanlar hakkında disiplin para cezası uygulanması' yolundaki kısmına katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Anayasa Mahkemesi - 29 Ocak 2009 tarihli TİB Kararı

Esas Sayısı : 2005/85

Karar Sayısı : 2009/15

Karar Günü : 29.1.2009

R.G. Tarih : 03.04.2009

R.G. Sayı : 27189

İPTAL DAVASINI AÇANLAR:

1- Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER

2- Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyesi Ali TOPUZ ve Mehmet NEŞŞAR ile birlikte 116 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen;

1- Dokuzuncu fıkrada yer alan "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

2- Onuncu fıkrada yer alan "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur" ve "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır" kurallarının,

B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 104., 105., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- İptal istemini içeren Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından verilen 26.7.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1- 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un,

- 1. maddesiyle 04.07.1934 günlü, 2559 sayılı "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu"nun ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrasındaki,

"Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.",

- 2. maddesiyle 10.03.1983 günlü, 2803 sayılı "Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu"na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında,

"Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.",

- 3. maddesiyle 01.11.1983 günlü, 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrasında da,

"Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.",

denilmektedir.

Üç fıkrada da, ilgili maddelerde yer verilen etkinliklerin denetiminin,

- Sıralı kurum amirlerince,

- İlgili kurum, bakanlık ya da Başbakanlık teftiş elemanlarınca,

- Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyonca,

yapılacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde,

- Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği,

- Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği,

kurala bağlanmıştır.

5397 sayılı Yasa'yla getirilen ve yukarıda belirtilen fıkraların kamu güvenliği ve kamu düzeni ile doğrudan ilgili hizmetlere ilişkin olduğu ve bu hizmetlerin, Devlet'in genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur.

Buna göre, söz konusu hizmetlere ilişkin görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.

Yasa'yla yapılan düzenlemelerde ise, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken denetim etkinliğinin, Başbakan'ca "özel olarak yetkilendirilen" kişi ya da komisyona yaptırılabilmesine olanak sağlanmakta; ancak, Başbakan'ca özel olarak yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin niteliklerine ve komisyon üyelerinin sayısına yer verilmemektedir.

5397 sayılı Yasa'nın 1, 2 ve 3. maddeleriyle getirilen kuralların son fıkralarında ise, bu maddelerin uygulanmasına ilişkin ilke ve yöntemlerin çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, Başbakan'ca denetim için yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin nitelik ve sayılarının belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmış olmaktadır.

Oysa Anayasa'nın 128. maddesinin yukarıda açıklanan ikinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin yasayla düzenleneceği belirtilirken, bir görev için yetkilendirilecek kişinin yapılacak göreve uygun niteliklere sahip bulunması ve bunun, tersi uygulamaya neden olmaması için yasada gösterilmesinin amaçlandığı açıktır.

Bu nedenle, Başbakan tarafından Yasa'da öngörülen etkinlikleri denetlemekle yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin, denetim görevine uygun düşecek niteliklerine yine yasada yer verilmesi zorunludur.

Bu nedenle, 5397 sayılı Yasa'nın,

- 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu,

- 2. maddesiyle 2803 sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. maddenin sekizinci,

- 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci,

fıkralarındaki "...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibareleri Anayasa'nın 128. maddesine aykırı düşmektedir.

2- 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrada,

"Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı 'Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı' adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır."

denilmektedir.

a- Fıkrada, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, "bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan" oluşacağı belirtilirken, başkan ve uzmanların nitelikleri ile uzmanların atanma yöntemine yer verilmemiştir.

Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen son fıkrada ise,

"Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

denilmektedir.

Yasa'da açık kural bulunmadığına göre, son fıkra düzenlemesinden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nı oluşturacak başkan ve uzmanların nitelikleri ile uzmanların atanma yönteminin yönetmelikle saptanacağı sonucuna varılmaktadır.

Oysa Anayasa'nın 128. maddesinin yukarıda yer verilen kuralları uyarınca, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli bir kamu hizmeti yürüten Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kamu görevlisi olan başkan ve uzmanlarının nitelikleri ile uzmanların atanma yöntemine ilişkin kuralların yasada belirtilmesi zorunludur.

Bu nedenle, 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." kuralı Anayasa'nın 128. maddesine uygun düşmemektedir.

b- 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrada,

- 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesinde belirtilen işlemlerin ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum Başkanı'na doğrudan bağlı olarak kurulan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı"nca yürütülmesi,

- Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın, Telekomünikasyon Kurumu Başkanı'nın önerisi üzerine Başbakan'ca atanması,

yöntemi benimsenmiştir.

Ayrıca, Yasa'nın 2. ve 3. maddelerinde yapılan düzenlemelerde de, Jandarma ve Devlet istihbarat örgütlerinin, bu Yasa kapsamında gerçekleştirecekleri işlemler ve 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesine göre yapacakları dinlemelerin de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nca yürütülmesi öngörülmüştür.

Böylece, oluşturulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, gerçekleştirilecek istihbarat işlemlerinin ve 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesine göre yapılacak dinlemelerin yürütüleceği tek merkezi örgüt olarak planlanmıştır.

Bu kadar önemli bir işlev üstlenen merkezi örgüt Başkanı'nın atanma yetkisi ise, tek başına Başbakan'a bırakılmıştır.

Yine aynı fıkrada, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Telekomünikasyon Kurumu Başkanı'na doğrudan bağlı olduğu ve Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın Telekomünikasyon Kurulu üyelerinin özlük haklarına sahip bulunduğu belirtilerek İletişim Başkanı Kurul üyeleriyle eş düzeyde tutulmuştur.

Bu düzenlemeler, Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın bürokraside üst düzey kamu görevlisi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

05.04.1983 günlü, 2813 sayılı Telsiz Yasası'nın 8. maddesine göre, Telekomünikasyon Kurulu Başkan ve üyeleri Bakanlar Kurulu kararıyla atanmaktadır.

Öte yandan, 23.06.1981 günlü, 2477 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinde, bakanlıklar ve bağlı kuruluşlar dışında kalan kamu kurum ve kuruluşlarında, başkan ve yardımcısı, genel müdür ve

yardımcısı, yönetim kurulu üyeleri, daire başkanları, müessese müdürü, grup başkanı, genel sekreter, müşavir, teftiş, fen ve tetkik kurulları başkanları ile bölge müdürlerinin ortak kararname ile atanması öngörülmüştür.

Dava konusu Yasa'da ise, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları üst düzey görevlilerini atama yöntemi yönünden farklılık yaratılarak, Başkan'ın atanmasında Cumhurbaşkanı'nın imzasını gerektirmeyen bir yöntem getirilmektedir.

aa- Çağdaş demokrasilerde, parlamenter sistem ve bu sistemi yaşama geçirecek erkler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş; yürütmenin iktidar gücü, yasama ve yargı denetimi ile dengelenmeye çalışılmıştır.

Parlamenter demokratik sistemin ve erkler ayrılığının benimsendiği Anayasamızda da, bağsız koşulsuz Ulus'un olan egemenliği, yasama, yürütme ve yargı alanlarında Ulus adına kullanacak organlar belirtilmiş; yasama ve yargının yürütme organı üzerindeki denetim yetkisi ve bu yetkinin kullanılma biçim ve sınırları çeşitli maddelerde kurala bağlanmıştır.

İktidar gücünün çoğunluk egemenliğine dönüşmesinin parlamenter demokratik sistemi zedeleyeceğini öngören anayasa koyucu, bununla yetinmemiş, Devlet'in başı olan Cumhurbaşkanı'na bir denetim, dengeyi ve uyumu sağlama görev ve yetkisi vermiştir.

Nitekim Anayasa'nın,

- 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca kullanılıp yerine getirileceği,

104. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın,

- Anayasa'nın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözeteceği,

- Başbakan ve bakanları atayacağı,

- Gerekli gördüğü durumlarda Bakanlar Kurulu'na başkanlık edeceği ya da Bakanlar Kurulu'nu başkanlığı altında toplantıya çağıracağı,

- Kararnameleri imzalayacağı,

- 105. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı,

belirtilmiştir.

Bu kurallar, Cumhurbaşkanı'nın, aynı zamanda yürütmenin de başı olduğunu, kararnameleri imzalama yolu ile iktidar gücünü denetleyerek, bu güç ile kamu politikalarının oluşması ve

uygulanmasında görev alan üst düzey kamu görevlileri arasındaki dengeyi sağlaması gerektiğini göstermektedir.

Cumhurbaşkanı'nın bu denetim ve dengeleme görev ve yetkisi, bir siyasal partinin tek başına iktidar olduğu ve yasama organında çoğunluğu elde bulundurduğu dönemlerde, çok daha gerekli olmaktadır. Çünkü bu dönemlerde, özellikle üst düzey kamu görevlileri siyasal güce karşı çok daha korunmasız kalmaktadır.

bb- Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca kullanılıp yerine getirileceği belirtilirken, yürütme işlemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesi için her iki tarafın katılmasıyla ortaklaşa yapılması gereği ortaya konulmuştur.

Yine, Anayasa'nın 105. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın, Anayasa ve diğer yasalarda tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca da imzalanacağı kurala bağlanmıştır. Bu kural, tüm kararlar bağlamında atama kararlarının da Cumhurbaşkanı'nca imzalanması gerektiğini göstermesi yönünden önemlidir. Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanı'na kararnameleri imzalama görev ve yetkisi verilmiş olması da bu yargıyı pekiştirmektedir.

Anayasamızda Cumhurbaşkanı'na kararnameleri imzalama yetkisinin verilmesi üç önemli gerekçeye dayanmaktadır. Bunların birincisi, Cumhurbaşkanı'nın yansızlığı nedeniyle, kararnamelerin, kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmasının ve olumsuz siyasal emellere hizmet etmemesinin sağlanması; ikincisi, Cumhurbaşkanı'na, yürütme alanında Hükümet'e öneri ve uyarılarda bulunma yetkisini kullanabilmesi için olanak yaratılması; üçüncüsü de, Cumhurbaşkanı'nın Devlet'in ve yürütmenin başı olması ve Devlet organlarının düzenli çalışmasını gözetme görev ve yetkisiyle donatılmış bulunmasıdır.

Bu anayasal kurallar karşısında, birer yönetsel işlem olduğunda kuşku bulunmayan atama işlemlerinden, kurumların karar ve uygulama düzeneklerinde önemli işlev gören üst düzey kamu görevlilerine ilişkin olanlarının, hukuksal geçerlilik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı'nca da imzalanması anayasal zorunluluktur.

cc- Öte yandan, kamu kurum ve kuruluşları ve dolayısıyla bu kurum ve kuruluşların üst düzey görevlileri, siyasal iktidarın uzmanlık ve hizmet alanındaki deneyim eksikliğini gidermek ve kendi alanında siyasal iktidara yardımcı olmak, değişen iktidarlardan kamu hizmetlerinin etkilenmemesini ve sürekliliğini sağlamakla yükümlüdürler.

Kamu hizmetinin sürekliliği ile kamu görevlilerinin güvencesi arasındaki yakın ilişki, kamu politikalarının oluşmasında karar verme ve bu kararları uygulama konumunda olan üst düzey kamu görevlilerinin atama güvencesinde kamu yararı bulunduğunu göstermektedir.

Devlet organlarının düzenli çalışması, yönetimde istikrarın sağlanmasıyla olanaklıdır. Yönetimde istikrar ise, kamu hizmetinin değişken öğesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez öğesi olan kamu görevlilerine sağlanacak "görev güvence"siyle gerçekleştirebilecektir.

Cumhurbaşkanı'nın, kamu hizmetlerinde sürekliliği ve istikrarı sağlayan üst düzey görevlilerin atamalarında imzasının bulunması, kimi haksız işlemlerin, siyasal nitelikli atamaların önlenmesi ve dolayısıyla kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri yönünden de gereklidir.

Anayasamıza göre, yürütmenin iki kanadından birini oluşturan Cumhurbaşkanı, "yansız" niteliğiyle, siyasal nitelikli Hükümet'e karşı kamu görevlisinin güvencesini oluşturmaktadır. Bu güvence, atama kararnamelerinin Cumhurbaşkanı'nca imzalanmasıyla yaşama geçirilmektedir.

Nitekim bu gerekçeler göz önünde bulundurularak, 2451 ve 2477 sayılı yasalarda, müsteşar ve yardımcıları, başkan ve yardımcıları, genel müdür ve yardımcıları, bakanlık müşavirleri, yönetim kurulu üyeleri, birinci hukuk müşavirleri, daire başkanları, il idare şube başkanları, müessese müdürleri, grup başkanları, genel sekreter, müşavir, teftiş, fen ve tetkik kurulu başkanları, bölge müdürleri ve başmüdürler gibi üst düzey görevlilerin atanmaları, görevden alınmaları ya da nakillerinin ortak kararnameyle yapılması kurala bağlanmıştır.

dd- Adalet Bakanlığı'nda genel müdürlük daire başkanı ve daha üst kamu görevlerine yapılacak atamalarda ortak kararname yerine "Bakan'ın önerisi ve Başbakan'ın onayı" yöntemini getiren 25.06.1992 günlü, 3825 sayılı Yasa ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993 günlü, E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararında,

"Parlamenter hükümet sistemi benimsenen Anayasa'ya göre, Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin başı olarak karşı-imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler 104. madde uyarınca yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlı anlaşılmak gerekir."

Denilerek yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'nın atama kararnamelerini, güvence niteliğinde "karşı-imza" kuramı uyarınca imzalaması gerektiği kabul edilmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin aynı kararında;

"Anayasa'nın 104. maddesinde Devletin başı olduğu ve Türk Milletinin birliğini temsil ettiği belirtilen Cumhurbaşkanı, 8. maddeye göre de yürütme yetki ve görevini Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanır ve yerine getirir.

Devletin başı olan Cumhurbaşkanı Anayasa'da yürütme organı içinde kabul edilmiş ve aynı zamanda yürütmenin de başı sayılmıştır.

Anayasa'nın 8. maddesinde denilerek yürütme işlemlerinin hukuksal geçerliliği için her ikisinin de katılmalarıyla ortaklaşa yapılması gereği çok açık bir biçimde ortaya konulmaktadır.

Başbakan ve tüm bakanların imzaladıkları 'Bakanlar Kurulu Kararnamesi' ile yalnızca Başbakan ve ilgili Bakanın imzasını taşıyan 'müşterek kararname'nin de geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması anayasal bir zorunluluktur.

Geleneklere dayalı bir kurallar ve kurumlar düzeni olan parlamenter sistemde önemli devlet işlemlerinin tümü devlet başkanının imzasıyla tamamlanır.

Bakanlık üst düzey görevlerine getirilecek bu yüksek memurlara ilişkin atama işlemlerinin, Anayasa'da benimsenen parlamenter sistem gereği yürütme organını oluşturan Adalet Bakanı ve Başbakan ile tarafsız Cumhurbaşkanı'nın onayına sunulması, Anayasa'nın 8., 104. ve 105. maddeleri yönünden bir zorunluluktur.

Bakanın yanında, onun uzmanlık ve hizmet alanındaki deneyim eksikliğini gidermek, bu alanlarda bakana yardım etmek ve değişme olasılığı fazla olan Bakanların değişmesinden kamu hizmetinin etkilenmemesini sağlamak üzere bulundurulan; memur statüsü içinde ve hizmet kadrosunda en yüksek dereceye yükselmiş böylece teknik deneyim sahibi ve uzman kimseler olan müsteşarlık, müsteşar yardımcılıkları, Teftiş Kurulu Başkanlığı ve diğer sayılan üst düzey görevlere aynı yöntemle atama yapılabilmesi (Bakan'ın önerisi üzerine Başbakan onayı ile), Anayasa'da benimsenen sistemle bağdaşmamaktadır.

Cumhurbaşkanı'nı böylesine yetkilerle donatıp güçlendiren, parlamenter hükümet sistemini bütün gerekleriyle uygulamaya koyan, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca yerine getirileceğini belirten bu kurallar karşısında, kimi atamalarda Cumhurbaşkanı'nın imzasına gerek görmemek, Anayasa'nın 8. maddesine aykırılık oluşturur."

gerekçelerine yer verilerek, Adalet Bakanlığı'nda genel müdürlük daire başkanlığı, müstakil daire başkanlığı, genel müdür yardımcılığı, genel müdürlük, müsteşar yardımcılığı ve müsteşarlık görevlerine yapılacak atamaların Başbakan'ın onayı ile sonlandırılmasına ilişkin yasa kuralı iptal edilmiştir.

Bu nedenlerle, 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkradaki,

"Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır."

kuralı, Anayasa'yla kabul edilen parlamenter demokratik sisteme, Anayasa'nın 8, 104, 105 ve 128. maddelerine aykırı düşmektedir.

IV- SONUÇ

1- Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un,

a- 1. maddesiyle 04.07.1934 günlü, 2559 sayılı "Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu"nun ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu,

- 2. maddesiyle 10.03.1983 günlü, 2803 sayılı "Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu"na eklenen ek 5. maddenin sekizinci,

- 3. maddesiyle 01.11.1983 günlü, 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 6. maddesine eklenen sekizinci,

fıkralarındaki "...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon ..." ibarelerinin,

b-Yine 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrasındaki,

- Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." ve,

- Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır.",

kurallarının, iptallerine,

2- Uygulanması durumunda doğacak giderilmesi güç ya da olanaksız hukuksal sonuçlar göz önünde bulundurularak, söz konusu ibare ve kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına,

karar verilmesini arz ederim."

B- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren, Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali TOPUZ ve Mehmet NEŞŞAR ile birlikte 116 Milletvekili tarafından verilen 16.8.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 03.07.2005 Tarihli ve 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci Maddesinin 04.07.1934 Tarihli ve 2559 Sayılı Kanunun Ek 7 nci Maddesine Eklediği Dokuzuncu Fıkradaki, 2 nci Maddesinin 10.03.1983 Tarihli ve 2803 Sayılı Kanuna Eklediği Ek Madde 5'in Sekizinci Fıkrasındaki ve 3 üncü Maddesinin 01.11.1983 Tarihli ve 2937 Sayılı Kanunun 6 ncı Maddesine Eklediği Sekizinci Fıkradaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı.

İptali istenen ibarelerin tümü "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" şeklinde ayniyet gösterdiğinden ve dolayısıyla iptal gerekçeleri de aynı olduğundan, bu gerekçeler aşağıda hepsi için geçerli olmak üzere açıklanmıştır.

03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeler İle; Anayasada belirtilen ilkeler doğrultusunda, haberleşme özgürlüğüne hangi sebeplerle müdahale edilebileceği, müdahaleye yetkili kişi ve kurumların tespiti ile telekomünikasyon hizmetleri gibi stratejik önemi haiz bazı kamu hizmetlerinin özelleştirme kapsamına alınması ve hızlı teknolojik gelişmeler dikkate alınarak Milli İstihbarat Teşkilatının yetki alanının "kamu hizmeti veren kuruluşlara" teşmil edilmesi öngörülmüştür.

Bu Yasa'ya göre; Emniyet Genel Müdürlüğü, jandarma ve MIT tarafından görev alanlarıyla ilgili suçların islenmesinin önenmesi amacıya hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yasada belirtilen birim amirlerinin veya yetkililerin yazılı emriyle dinleme ve takibi yapabileceklerdir. Yine bu Yasa'da; söz konusu faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, Yasada belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı, elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olduğu, buna aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacağı belirtilmiştir.

Bütün bu faaliyetlerin denetiminin ise, sıralı kurum amirleri, ilgili teftiş elamanları, Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılması da hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında; Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği belirtildikten sonra, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir " denilmiştir.

04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu çerçevesinde yapılacak dinleme ve istihbarat faaliyetlerinin ancak bu yasalarla görev ve yetki verilen memurlar ve diğer kamu görevlilerince yapılacağı açıktır. Çünkü yapılan iş bir kamu hizmetidir ve aynı nedenle bu görevlileri denetleme görevi verilenlerin de, memurlar ve diğer kamu görevlilerinden başkası olması mümkün değildir.

Bu durumda da, belirtilen denetimi yapacak kişi veya komisyon üyelerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekler ile diğer özlük işlerinin, Anayasanın 128 inci maddesi doğrultusunda kanunla gösterilmesi gerekmektedir.

Hâlbuki iptali istenen ibarelerde, Başbakan tarafından denetimle görevlendirilecek kişi veya komisyon üyelerinin niteliklerini göstermek üzere Kanunda bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

5397 sayılı Kanunun 1, 2 ve 3 üncü maddelerinin son fıkralarında, bu maddelerin uygulanmasına ilişkin ilke ve yöntemlerin çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceğinin belirtilmiş olması, Başbakan tarafından denetimle yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin niteliklerinin yönetmelikle belirleneceğini göstermektedir.

Bu durum, Anayasanın 128 inci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 128 inci maddesinin getirdiği "kanunla düzenleme" ilkesinin memur ve kamu görevlileri için keyfi uygulamalara karşı bir güvence oluşturduğu açıktır.

Çünkü bu ilke ile bir görev için yetkilendirilecek kişinin, göreve uygun niteliklere sahip olmasının sağlanması ve keyfi uygulamalara imkân bırakılmaması amaçlanmıştır.

Anayasanın 128 inci maddesi hükmüne göre, Başbakan tarafından söz konusu Kanunda belirtilen etkinlikleri denetlemekle görevlendirilecek kişi ve komisyon üyelerinin niteliklerinin de kanunda gösterilmiş olması gerekmektedir. Söz konusu ibareler ise, bu belirlemeyi yapmayarak yönetmeliğe bırakmakta ve bu nedenle de Anayasanın 128 inci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer yandan iptali istenen ibarelerde, Başbakanca görevlendirilecek kişi ve komisyon üyelerinin sayısı da gösterilmemiştir. 5397 sayılı Kanunun 1, 2 ve 3 üncü maddelerinin son fıkralarından, bu hususun da belirlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Hâlbuki Anayasanın 123 üncü maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Bu ilkeye karşın, Başbakanca denetleme için görevlendirilecek kişi ve komisyon üyelerinin sayısının yönetmelikle belirlenmesi Anayasanın 123 üncü maddesine aykırıdır.

Anayasanın 123 ve 128 inci maddelerine göre kanunla belirlenmesi gereken Başbakanca görevlendirilecek kişi veya komisyon üyelerinin nitelik ve sayılarının belirlenmesinin, kanunla hiçbir asli düzenleme yapılmadan yönetmeliğe bırakılması, asli düzenleme yetkisinin yürütmeye bırakılması anlamına gelmektedir.

Yürütme yetki ve görevi Anayasanın 8 inci maddesine göre Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

Anayasamızdan yürütmenin Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi olmadığı anlaşılmaktadır. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesine göre yasamanındır ve devredilemez. Devredilirse kökenini Anayasadan almayan bir yetki olduğu için Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı düşer.

Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarihli ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği dokuzuncu fıkrasındaki, 2 nci maddesinin 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 5'in sekizinci fıkrasındaki ve 3 üncü Maddesinin 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun 6 ncı maddesine eklediği sekizinci fıkrasındaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibareleri Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

2) 03.07.2005 Tarihli ve 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci Maddesinin 04.07.1934 Tarihli ve 2559 Sayılı Kanunun Ek 7 nci Maddesine Eklediği Onuncu Fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." ve "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı.

Söz konusu onuncu fıkrada, 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesinde belirtilen işlemlerle 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum Başkanına doğrudan bağlı olarak kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca yürütülmesi öngörülmüş; yine 2559 sayılı Kanunun 2 ve 3 üncü maddelerinde yer alan hükümlerle de, Jandarma ve Devlet istihbarat örgütlerinin, bu kanun kapsamında yapacakları dinlemelerin yürütülmesi görevi de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilmiştir.

Böylece Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, söz konusu Kanunlar çerçevesinde dinleme işlemlerini yürütecek tek merkezi örgüt olarak düzenlenmiştir.

Bu kadar önemli bir örgütün Başkanının, üst düzey kamu görevlisi konumunda olması gerekir.

5397 sayılı Kanunda, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının, Telekomünikasyon Kurumu Başkanına doğrudan bağlanması ve Telekomünikasyon İletişim Başkanının, Telekomünikasyon

Kurulu üyelerinin özlük haklarına sahip bulunduğu belirtilerek, Telekomünikasyon İletişim Başkanının Kurul üyeleriyle eş tutulması, Telekomünikasyon İletişim Başkanının üst düzey kamu görevlisi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

05.04.1983 tarihli ve 2813 sayılı Kanuna göre Telekomünikasyon Kurulu Başkan ve üyeleri Bakanlar Kurulu kararıyla atanmaktadır.

23.06.1981 tarihli ve 2477 sayılı Kanunda, bakanlıklar ve bağlı kuruluşlar dışında kalan kamu kurum ve kuruluşlarında, başkan ve yardımcısı, genel müdür ve yardımcısı, yönetim kurulu üyeleri, daire başkanları, müessese müdürü, grup başkanı, genel sekreter, müşavir, teftiş, fen ve tetkik kurulları başkanları ile bölge müdürlerinin ortak kararname ile atanması öngörülmüştür.

5397 sayılı Kanun ise, Telekomünikasyon İletişim Başkanının atanmasında Cumhurbaşkanının imzasını gerektirmeyen bir yöntem getirerek, onu atama bakımından diğer kamu kurum ve kuruluşlarının üst düzey yöneticilerinden farklı bir duruma sokmuştur.

Bilindiği gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan parlamenter sistemlerde, yürütmenin iktidarı, yasama ve yargı denetimi ile dengelenmektedir.

Parlamenter demokratik sistemin ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği Anayasamızda da, yasama ve yargının yürütme organı üzerindeki denetim yetkisi, bu yetkilerin kapsam ve sınırları ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Bunun yanında Anayasamızda, iktidar gücünün bir çoğunluk egemenliğine dönüşerek azınlığa baskı yapmasını ve keyfiliğe kaçmasını önlemek için aynı zamanda yürütmenin de başı olan Cumhurbaşkanına devlet organları arasında denetim, denge ve uyumu sağlamak için yetkiler verilmiştir.

Cumhurbaşkanına verilmiş olan bu denetim ve dengeleme görev ve yetkileri, bir siyasal partinin tek başına iktidar olduğu ve yasama organındaki çoğunluğuna dayanarak keyfiliğe yöneldiği durumlarda, üst düzey kamu görevlilerinin siyasal güce karşı korunmasını sağlamak bakımından da, büyük bir önem taşımaktadır.

Bu nedenle Anayasa, özellikle üst düzey kamu yöneticilerinin atama işlemlerinin, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, Cumhurbaşkanınca imzalanmasını gerekli görmüştür.

Bu husus Anayasanın 8, 104 ve 105 inci maddelerinden açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasanın 8 inci maddesinde yürütme yetkisinin ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceği belirtilirken, yürütme işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi

için hem Cumhurbaşkanının, hem de Bakanlar Kurulunun katılmasıyla yapılması gerektiği ortaya konulmuştur.

Anayasanın 105 inci maddesinde, Cumhurbaşkanının Anayasa ve diğer yasalarda tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca da imzalanacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 104 üncü maddesinde de Cumhurbaşkanına kararnameleri imzalama görev ve yetkisi verilmiştir.

Bu hükümler, tüm kararlar bağlamında, atama kararlarının da Cumhurbaşkanınca imzalanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anayasamızın bu hükümleriyle Cumhurbaşkanına kararnameleri imzalama yetkisinin verilmesi; Cumhurbaşkanının yansızlığı nedeniyle, kararnamelerin kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmasını ve olumsuz siyasal emellere hizmet etmemesini sağlamakta; Cumhurbaşkanına Hükümete uyarı ve önerilerde bulunması için olanak yaratmaktadır. Kuşkusuz bu yetki, Cumhurbaşkanına, yürütmenin başı olması ve Devlet organlarının düzenli çalışmasını gözetme yetki ve görevi ile donatılmış bulunması nedeniyle verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, Adalet Bakanlığında genel müdürlük, daire başkanlığı ve daha üst düzey kamu görevlerine yapılacak atamalarda "ortak kararname" yerine "Bakanın önerisi ve Başbakanın onayı" yöntemini getiren 25.06.1992 tarihli ve 3825 sayılı Kanunla ilgili olarak verdiği kararda; "parlamenter hükümet sistemi benimsenen Anayasaya göre, Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olarak karşı - imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler 104 üncü madde uyarınca yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlı anlaşılmak gerekir." diyerek, yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının atama kararnamelerini, güvence niteliğinde "karşı imza" kuramı uyarınca imzalaması gerektiğini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında; "Anayasanın 104 üncü maddesinde Devletin başı olduğu ve Türk Milletinin birliğini temsil ettiği belirtilen Cumhurbaşkanı, 8 inci maddeye göre de yürütme yetki ve görevini Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanır ve yerine getirir.

Devletin başı olan Cumhurbaşkanı Anayasada yürütme organı içinde kabul edilmiş ve aynı zamanda yürütmenin başı da sayılmıştır.

Anayasanın 8 inci maddesinde ... denilerek yürütme işlemlerinin hukuksal geçerliliği için her ikisinin de katılmalarıyla ortaklaşa yapılması gereği çok açık bir biçimde ortaya konulmaktadır.

Başbakan ve tüm bakanların imzaladıkları "Bakanlar Kurulu Kararnamesi" ile yalnızca Başbakan ve ilgili Bakanın imzasını taşıyan "müşterek kararname" nin de geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması Anayasal bir zorunluluktur.

Geleneklere dayalı bir kurallar ve kurumlar düzeni olan parlamenter sistemde önemli devlet işlemlerinin tümü devlet başkanının imzasıyla tamamlanır.

Bakanlık üst düzey görevlerine getirilecek bu yüksek memurlara ilişkin atama işlemlerinin, Anayasada benimsenen parlamenter sistem gereği, yürütme organını oluşturan Adalet Bakanı ve Başbakan ile tarafsız Cumhurbaşkanının onayına sunulması, Anayasanın 8, 104 ve 105 inci maddeleri yönünden bir zorunluluktur.

Bakanın yanında, onun uzmanlık ve hizmet alanındaki deneyim eksikliğini gidermek, bu alanlarda bakana yardım etmek ve değişme olasılığı fazla olan Bakanların değişmesinden kamu hizmetinin etkilenmemesini sağlamak üzere bulundurulan; memur statüsü içinde ve hizmet kadrosunda en yüksek dereceye yükselmiş, böylece teknik deneyim sahibi ve uzman kimselerin görev alabileceği müsteşarlık, müsteşar yardımcılıkları, Teftiş Kurulu Başkanlığı makamlarına ve diğer sayılan üst düzey görevlere aynı yöntemle atama yapılabilmesi (Bakanın önerisi üzerine Başbakan onayı ile), Anayasada benimsenen sistemle bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını böylesine yetkilerle donatıp güçlendiren, parlamenter hükümet sistemini bütün gerekleriyle uygulamaya koyan, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğini belirten bu kurallar karşısında, kimi atamalarda Cumhurbaşkanının imzasına gerek görmemek, Anayasanın 8 inci maddesine aykırılık oluşturur." gerekçelerine yer vererek, Adalet Bakanlığında genel müdürlük, daire başkanlığı, müstakil daire başkanlığı, genel müdür yardımcılığı, genel müdürlük, müsteşar yardımcılığı ve müsteşarlık görevlerine yapılacak atamaların Başbakanın onayı ile sonlandırılmasına ilişkin kanun hükmünü iptal etmiştir.

Bu durum, 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının önerisi üzerine Başbakan tarafından atanır." cümlesinin de Anayasanın 8, 104, 105 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğunu ortaya koymaktadır.

Söz konusu cümlenin bu nedenle iptal edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesinde ise Telekomünikasyon İletişim

Başkanlığını oluşturacak sayısı toplam üç olan teknik, hukuk ve idari uzmanların nasıl atanacağına ve niteliklerine ilişkin hiçbir düzenleme ve temel ilke yer almamaktadır.

Hâlbuki kamu hizmeti yapacak olan bu görevlilerin, yukarıda da açıklandığı gibi, Anayasanın 128 inci maddesi gereğince atama işlemlerinin nasıl yapılacağının yasada gösterilmesi gerekmektedir.

5397 sayılı 1 inci maddesiyle 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklenen son fıkrada, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden, 5397 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin ancak bu Kanunda düzenlenmemiş olan söz konusu niteliklerin ve atama yöntemlerinin yönetmelikle gösterileceği anlaşılmaktadır.

Anayasanın 128 inci maddesinin kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir hususun düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, Anayasanın 128 inci maddesine aykırı düşmektedir. Ayrıca, atama yöntemi ve nitelik belirleme konusunda yapılacak düzenlemeler, kanunda ilke ve esasları gösterilmemiş olduğu için asli düzenleme niteliği taşımaktadır ve bu konuda yürütmeye verilen yetki de, Anayasanın 6, 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devridir.

Anayasanın 8 inci maddesinden yürütmenin, Anayasada gösterilen ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu yetki, Anayasanın 7 nci maddesine göre yasamanındır ve devredilemez. Devredilirse, kökenini Anayasadan almadığı için, Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı bir yetki görünümüne girer. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile de çelişir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki, "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesinin de, Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu için iptal edilmesi gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği dokuzuncu fıkradaki, 2 nci maddesinin 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 5'in sekizinci fıkrasındaki ve 3 üncü maddesinin 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun 6 ncı

maddesine eklediği sekizinci fıkradaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibareleri Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

Diğer yandan 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki; "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesinin Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine, "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." cümlesi de Anayasanın 8, 104, 105 ve 128 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

Anayasaya aykırı bu hükümlerin uygulanması halinde, hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olan hukuk güvenliği zedelenecek ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğabilecektir.

Bu nedenle, iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerin de durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği dokuzuncu fıkradaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibaresinin,

2) 2 nci maddesinin 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 5'in sekizinci fıkrasındaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibaresinin,

3) 3 üncü maddesinin 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun 6 ncı maddesine eklediği sekizinci fıkradaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibaresinin,

4) 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesi ile "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." cümlesinin,

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A - İptali İstenilen Yasa Kuralları

1) 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na eklenen iptali istenilen ibare ve tümcelerin yer aldığı ek 7. madde şöyledir.

"**EK MADDE 7-** Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile

kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.

Bu maddede belirtilen te-le-ko-mü-ni-kas-yon yo-luy-la ya-pı-lan ile-ti-şi-me iliş-kin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluş-tu-ru-lan bu Baş-kan-lık bir baş-kan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır.

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

2) 5397 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen iptali istenilen ibarenin yer aydığı ek 5. madde şöyledir:

"Ek Madde 5- Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

3) 5397 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na eklenen iptali istenilen ibarenin yer aldığı 6. madde şöyledir:

"Madde 6- Millî İstihbarat Teşkilatı;

a) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişileri ile istihbaratın tevcihi, istihsali ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına

giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir.

Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007-5651/12 md.) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, ca-sus-luk fa-ali-yet-le-ri-nin tes-pi-ti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve

korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıkları ile MİT Müsteşarlığının görüşü alınmak suretiyle Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında genel zabıtaya tanınmış olan hak ve yetkilerin, MİT mensuplarından kimlere tanınacağı, yönetmelikte belirtilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçelerinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 104., 105., 123. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 28.7.2005 ve 29.9.2005 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma istemlerinin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

29.9.2005 günlü ilk inceleme toplantısında, 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1., 2. ve 3. maddeleriyle 2559, 2803 ve 2937 sayılı Yasalara eklenen ve değiştirilen yukarıda belirtilen maddelerdeki ibare ve cümlelerinin iptali istemiyle açılan 2005/106 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle, 2005/85 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/85 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçeleri ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Genel Açıklama

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinin birinci fıkrasında "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar."denilmektedir.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7. maddesinin (a) bendinde jandarmanın mülki görevleri "Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak." şeklinde belirtilmiştir.

5397 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddeleriyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nda yapılan düzenlemelerde polisin 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen görevlerini, jandarmanın 2803 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin (a) bendinde belirtilen görevlerini yerine getirmesi bakımından önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanlarında, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü, Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi ve kayda alınabilmesi mümkün kılınmıştır.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinde ise Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri belirtilmiş olup, 5397 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde yapılan değişikliklerle, Milli İstihbarat Teşkilatının göreviyle ilgili konularda, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit

edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi, kayda alınabilmesi kurallara bağlanmıştır.

5397 sayılı Yasa ile getirilen düzenlemelerde, 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi kapsamındaki dinlemeler ile önleme amaçlı dinlemelerin Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yapılmasına, iletişimin tespiti, elde edilen bilgilerin kayıt altına alınması, saklanması, korunması ile imha edilmesi ve denetlenmesine ilişkin örneğin, uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceği, durumun bir tutanakla tespit olunacağı ve bu tutanağın denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği, yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, yasadaki amaçlar dışında kullanılamayacağı, elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olduğu, işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliğinin bir tutanakla saptanması gerektiği gibi kurallara yer verilmiştir.

B- İptali İstenilen Tümce ve İbarelerin İncelenmesi

1- 5397 Sayılı Yasa'nın 1., 2. ve 3. Maddelerindeki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibarelerinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, 5397 sayılı Yasa'nın 1., 2. ve 3. maddeleriyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda yapılan değişikliklerle 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi uyarınca bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturma nedeniyle ya da önleme amaçlı iletişimin dinlenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği, kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle doğrudan bağlantılı bu faaliyetlerin denetiminin sıralı kurum amirleri, ilgili kurum, bakanlık ya da başbakanlık teftiş elemanlarının yanında nitelikleri ve sayısı belirtilmeksizin Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyon marifetiyle de yerine getirilmesinin olanaklı kılınması nedeniyle kuralın Anayasa'nın 2., 6.,7., 8., 11., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5397 sayılı Yasa'da polis, jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatının Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nda 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesine göre soruşturma ve kovuşturma nedeniyle ya da istihbarı nitelikte telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin dinlenmesi faaliyetlerinin usul ve esasları belirtilerek, bunlara uygunluğun denetiminin Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrasında "...sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon", 2. maddesiyle 2803 sayılı Yasa'nın ek 5. maddesine eklenen sekizinci fıkrasında "...sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve

Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon", 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrasında "...sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" tarafından yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinde "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." denilmektedir.

5397 sayılı Yasa'nın 1., 2. ve 3. maddelerinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin yasada belirtilen usul ve esaslara uygun yapılıp yapılmadığının denetimi Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyona da verilmektedir.

Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17., özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20., haberleşme hürriyetine ilişkin 22., düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi bir çok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan denetim kapsamındaki faaliyetlerin, kamu düzeni ve kamu güvenliğine ilişkin olduğu, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi gerekir.

İptali istenilen ibarelerde telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespitine dair faaliyetlerin denetimiyle görevli kılınan Başbakan tarafından yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin denetim yetkisinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan kişiler arasından belirlenmesi gerekir. Bu ibareler, Başbakan tarafından yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin niteliklerini açık bir şekilde belirlemediğinden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. maddesi

ile bağdaşmaz. İptali istenilen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle "...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibareleri Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

İbareler Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, 6.,7., 8. ve 123. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- 5397 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesiyle Değişik 2559 Sayılı Yasa'nın Ek 7. Maddesinin Onuncu Fıkrasının İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, kamu görevlilerinin niteliklerinin, görev, yetki ve sorumluluklarının yasayla düzenlenmesi gerekirken yönetmelikle düzenlenmesini olanaklı kılarak "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." şeklinde düzenlenmesinin Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural 23.5.2007 günlü, 26530 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesiyle "Oluş-tu-ru-lan bu Baş-kan-lık bir baş-kan ile da-ire baş-kan-lık-la-rın-dan olu-şur." şeklinde değiştirilmiş, 10.11.2008 günlü, 27050 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 67. maddesiyle 5651 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 1 ve Geçici 2. Madde hükümleriyle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilen görevlerin gerektirdiği asli ve sürekli görev ve hizmetleri yürütecek personelin nitelikleri belirtilmiştir.

5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değişik 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesinin onuncu fıkrasının iptali istenilen ikinci tümcesi, 5651 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değiştirildiğinden istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

3- 5397 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesiyle Değişik 2559 Sayılı Yasa'nın Ek 7. Maddesinin Onuncu Fıkrasının Beşinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, iptali istenilen tümceyle Telekomünikasyon Kurumu Başkanına doğrudan bağlı ve bu kurulun üyelerinin özlük haklarına sahip olan üst düzey yönetici konumundaki Telekomünikasyon İletişim Başkanının atanmasının müşterek kararnameye bağlı olması gerekirken Başbakan tarafından atanmasının öngörüldüğü ve niteliklerinin yasayla açıkça düzenlenmediği, üst düzey kamu görevlilerine ilişkin atamaların hukuksal geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanınca imzalanmasının Anayasal zorunluluk olduğu, Cumhurbaşkanının yansızlığının siyasal iktidara karşı kamu görevlisinin güvencesini oluşturduğu, bu güvencenin ise

atama kararnamelerinin Cumhurbaşkanınca imzalanması ile hayata geçirildiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 8.,104., 105. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrasının birinci tümcesinde, maddede belirtilen te-le-ko-mü-ni-kas-yon yo-luy-la ya-pı-lan ile-ti-şi-me iliş-kin işlemler ile 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütüleceği, 5651 sayılı Yasa'yla değişik ikinci tümcesinde bu baş-kan-lığın bir baş-kan ile da-ire baş-kan-lık-la-rın-dan olu-şacağı, üçüncü tümcesinde Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilcinin Başkanlıkta bulundurulacağı, dördüncü tümcesinde verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar personelin istihdam edileceği, iptali istenilen beşinci tümcesinde Telekomünikasyon İletişim Başkanının, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanacağı, altıncı tümcesinde ise Telekomünikasyon İletişim Başkanının, kurul üyeleriyle aynı özlük haklarına sahip olduğu öngörülmektedir.

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Yasa'nın 67. maddesiyle 5651 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde "Başkanlıkta; başkan, daire başkanı, müşavir ve meslek personeli kadrolarında çalışanların; mühendislik alanında elektronik, elektrik-elektronik, elektronik ve haberleşme, endüstri, fizik, matematik, bilgisayar, telekomünikasyon ve işletme mühendisliği fakültelerinden veya bölümlerinden, sosyal bilimler alanında siyasal bilgiler (bilimler), iktisadi ve idarî bilimler, iktisat, hukuk, işletme, iletişim fakülteleri veya bölümlerinden veya bu fakülte ve bölümlere denkliği yetkili makamlarca kabul edilmiş yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmaları ya da belirtilen bölümlerden mezun olmamakla birlikte sayılan fakülte ve bölümlerde yüksek lisans veya doktora yapmış olmaları, uzman unvanlı kadrolarda çalışanların en az dört yıllık fakültelerden mezun, diğer personelin ise en az lise ve dengi okul mezunu olmaları gerekir." denilerek, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına atanacak kişilerin nitelikleri Yasa'yla belirlenmiş olduğundan kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir.

Anayasa'nın 8. maddesinde "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." denilmekte, 104. maddesinde de "kararnameleri imzalamak" Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinde sözü edilen "kararnameler", Kanun Hükmünde Kararnameler ile Bakanlar Kurulunun çeşitli kararnamelerinin yanında üst düzey

yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğinden, söz konusu kararnamelerin hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.

Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması anayasal zorunluluktur.

5397 sayılı Yasa gereğince telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespiti, 5651 sayılı Yasa'ya göre internet yoluyla yapılan yayınlara erişimin engellenmesi kararının verilmesi ve uygulanması konularında kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle ilgili görevleri bulunan kurumun başkanlığını yürüten Telekomünikasyon İletişim Başkanının önemli yetki ve sorumluluklarla donatıldığı, bu nedenle üst düzey yönetici kapsamında bulunduğu ve atamasının da müşterek kararname ile yapılması gerektiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 8. ve 104. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 105. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrasındaki; 2. maddesiyle 2803 sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. maddesinin sekizinci fıkrasındaki; 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrasındaki "...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibarelerinin iptalleri nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan bu fıkralardaki ibarelerden önce yer alan "...ve..." sözcüklerinin de iptali gerekir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen;

1- Dokuzuncu fıkrada yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

2- Onuncu fıkranın "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." biçimindeki beşinci tümcesinin,

B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

yürürlüklerinin durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

D- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkranın "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idarî olmak üzere üç uzmandan oluşur." biçimindeki ikinci tümcesi hakkında, 29.1.2009 günlü, E.2005/85, K. 2009/15 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu tümceye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

29.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- SONUÇ

3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen;

1- Dokuzuncu fıkrada yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- Onuncu fıkranın;

a- "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idarî olmak üzere üç uzmandan oluşur." biçimindeki ikinci tümcesi, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla değiştirildiğinden, bu tümceye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

b- "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." biçimindeki beşinci tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

D- 1- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrada yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

2- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

3- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "... Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibaresinin,

iptalleri nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan bu fıkralardaki ibarelerden önce yer alan "... ve ..." sözcüklerinin de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE,

29.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Haşim KILIÇ

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Sacit ADALI

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

Anayasa Mahkemesi Kararları (Bireysel Başvuru Kararları)

- Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2020 - Aykut Küçükkaya Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 26 Aralık 2019 - Wikimedia Foundation Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 10 Aralık 2019 - Kemal Gözler (2) Başvurusu
- Anayasa Mahkemesi - 28 Kasım 2019 - Tahsin Kandamar Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 27 Kasım 2019 - Cahit Yiğit Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (4) Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Savaş Kılıç Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 26 Eylül 2019 - Baransav Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Kemalettin Bulamacı Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Eğitim-Sen Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 3 Temmuz 2019 - Medya Gündem (3) Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 12 Haziran 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (2)
- Anayasa Mahkemesi - 22 Mayıs 2019 - Birgün İletişim ve Yayıncılık Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 14 Nisan 2019 - Barış Yarkadaş Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - IPS İletişim Vakfı Kararı (2)
- Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ufuk Çalışkan Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ş.Y. Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2019 - Naif Şaşma Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 26 Aralık 2018 - Yaman Akdeniz Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2018 - Hulusi Özkan Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 31 Ekim 2018 - Özgen Acar ve Diğerleri Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 30 Ekim 2018 - IPS İletişim Vakfı Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 13 Eylül 2018 - Yeni Gün Haber Ajansı Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 12 Eylül 2018 - AA Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 18 Temmuz 2018 - Miyase İlknur ve Diğerleri Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 17 Temmuz 2018 - Hakan Gençosmanoğlu Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 19 Nisan 2018 - Kemal Gözler (1) Başvurusu
- Anayasa Mahkemesi - 5 Nisan 2018 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Kararı

- Anayasa Mahkemesi - 15 Mart 2018 - C.K. Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 19 Aralık 2017 - Burhan Kuzu Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 26 Ekim 2017 - Ali Kıdık Başvurusu
- Anayasa Mahkemesi - 5 Ekim 2017 - Fahri Göncü Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 5 Ekim 2017 - Gözde Yiğit Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - G.D. (2) Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - Aslı Alp ve Şükrü Alp Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - Asım Bayar ve Veysel Bayar Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 1 Mart 2017 - N.B.B. Kararı (2)
- Anayasa Mahkemesi - 1 Mart 2017 - Tepeli Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 16 Şubat 2017 - Medya Gündem Kararı (2)
- Anayasa Mahkemesi - 22 Eylül 2016 - Fethullah Gülen Kararı (2)
- Anayasa Mahkemesi - 20 Nisan 2016 - Korkut Duman Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 14 Nisan 2016 - Tansu İşler Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 23 Mart 2016 - Aziz Yıldırım Kararı (5)
- Anayasa Mahkemesi - 3 Mart 2016 - N.B.B. Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 11 Kasım 2015 - Medya Gündem Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2014 - F.Ö. Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 29 Mayıs 2014 - Youtube Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 29 Mayıs 2014 - Youtube Kararı (İngilizce Tercüme)
- Anayasa Mahkemesi - 2 Nisan 2014 - Twitter Kararı
- Anayasa Mahkemesi - 2 Nisan 2014 - Twitter Kararı (İngilizce Tercüme)

Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2020 - Aykut Küçükkaya Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Aykut Küçükkaya, B. No: 2014/15916, 9/1/2020, § …)
Başvuru Adı	AYKUT KÜÇÜKKAYA
Başvuru No	2014/15916
Başvuru Tarihi	10/10/2014
Karar Tarihi	9/1/2020
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	

II. BAŞVURU KONUSU

Ulusal bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir video haber hakkında içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: İfade özgürlüğü

Müdahale: Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Manevi tazminat, Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

AYKUT KÜÇÜKKAYA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15916)

Karar Tarihi: 9/1/2020

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör: Yunus HEPER

Başvurucu: Aykut KÜÇÜKKAYA

Vekili: Av. Tora PEKİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Ulusal bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir video haber hakkında içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/10/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, olayların meydana geldiği tarihte Cumhuriyet gazetesinin (gazete) ve cumhuriyet.com.tr adresindeki haber portalının (internet sitesi) sorumlu yazı işleri müdürü olarak

görev yapmaktadır. Başvurucu, genel yayın yönetmeni olduğu internet sitesinde 4/8/2014 tarihinde içeriğinde bir ses kaydı olan bir haber yayımlamıştır. Zikredilen ses kaydı, o tarihte başbakanlık görevinde bulunan Recep Tayyip Erdoğan'ın oğlu Necmettin Bilal Erdoğan (müşteki) ile birlikte bazı bürokrat ve eğitim alanında faaliyette bulunan beş sivil toplum kuruluşunun (STK) temsilcisinin bulunduğu bir toplantıdaki konuşmaların bir bölümüne aittir.

10. Müşteki, olayların geçtiği tarihte ülke çapında faaliyet gösteren bir vakfın yönetim kurulu üyesidir ve görevine devam etmektedir. Ses kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla katılımcılar Türk millî eğitim politikaları hakkında görüşlerini açıklamaktadırlar. Konuşmaların odak noktasını ise imam hatip okullarının yaygınlaştırılması, sivil toplumun bu okulların açılmasında ve yaygınlaştırılmasındaki rolü, yeni okul binaları için ihtiyaç duyulan imar değişiklikleri, imam hatip okullarının yöneticileri ile STK'ların iş birliği, kız ve erkek okullarının ayrı ayrı açılması başlıkları oluşturmaktadır.

11. Bahsi geçen ses kaydı ilk olarak 4/8/2014 tarihinde, o tarihte Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) genel sekreteri olan Gürsel Tekin'in parti genel merkez binasında yaptığı bir basın duyurusu ile kamuoyuna açıklanmıştır. Gürsel Tekin'e göre Türk millî eğitim politikaları kapalı kapılar ardında bazı bürokratlar ile iktidara yakın sivil toplum örgütleri tarafından belirlenmektedir. Söz konusu ses kaydı yazılı ve görsel medya ile internet medyası tarafından haberleştirilmiş ve hızla internet mecralarında yayılmıştır. Gerek Gürsel Tekin gerekse medya, söz konusu ses kaydını 17-25 Aralık süreci ile bağlantılandırarak vermiştir. Onlara göre ses kaydı Hükûmetin girdiği kirli bazı ilişkileri deşifre etmiştir. Bahse konu ses kayıtlarının gazetenin basılı nüshasında yayımlanıp yayımlanmadığı başvuru dilekçesinde belirtilmemiştir. Buna karşın eldeki başvurunun incelendiği tarihte sayılamayacak kadar çok internet sitesi üzerinden söz konusu ses kayıtlarına ulaşılabildiği gözlemlenmiştir.

12. Başvuruya konu internet sitesinde toplantıya katılanların konuşmalarının hem ses kayıtları yayımlanmış ve hem de söz konusu konuşmalar aynı videoda yazılı slaytlar ile verilmiştir. İnternet sitesinde "Bilal'den eğitime ayar: Kızlı-erkekli olmasın" başlığıyla verilen haber şu şekilde yer almıştır:

"CHP Genel Sekreteri Gürsel Tekin, parti genel merkezinde basın toplantısı düzenledi. Gürsel Tekin, basın toplantısında Bilal Erdoğan, Milli Eğitim Bakanlığı ve TÜRGEV yöneticilerinin bulunduğunu konuşma tapesini dinletti. Gürsel Tekin, 'Bilal Erdoğan sadece parayı sıfırlamakla yetinmemiş aynı zamanda milli eğitimin nasıl sıfırlanacağıyla da meşgul olmuş, onunla da yetinmemiş büyükşehirlerde TÜRGEV'e devredilen veya devredilecek arsaların imar uygulamalarının nasıl olması gerektiği organizasyonunu da kendisi yapmış. 10 Ağustos'ta seçime

giderken milletin adamlarının milleti nasıl soyduğunu, milletin milli eğitimimizi nasıl darmadağın ettiğini gördük. Biz zannederdik ki kızlı - erkekli yurtların proje mimarı bu ülkenin milli eğitim bakanıdır. Anladık ki, bu ülkenin milli eğitim bakanı yok, Bilal'ı var. Eğitime de Bilal karar veriyormuş Bilal ve arkadaşları. Üzücü ama ne yazık ki böyle' dedi. Bilal şimdi de MEB'e el attı: işte ses kaydı. Söz konusu ses kaydında en dikkat çekici noktalardan biri Bilal Erdoğan'ın kızlı-erkekli karma eğitime karşı çıktığı sözleri...

İşte Bilal'in Karma Eğitime İlişkin Sözleri: 'Yeni planlanan okulları da ya kız ya erkek olarak planlayalım. Yani şimdi yeni planlananlarda 'hem kız hem erkek olarak' gelen projeler oluyor. Onları orta okul ve lise diye çevirelim. Bu kız mı olacak, erkek mi olacak diyelim. Yani kız-erkek aynı kampüs içinde düşünmeyelim. Artık düz lise de düşünmeyelim. Artık hepsi Anadolu lisesi..."

13. Videoda yer alan slayt başlıkları şu şekildedir:

"Milli eğitimin planlamalarını, başında başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın oğlu Bilal Erdoğan'ın bulunduğu ... İttifakı ile oluşan ve beşli koordinasyon denilen bir oluşum mu belirliyor?

Toplantılara çağrılan üst düzey kamu görevlilerine baskı uygulanıyor mu?

26 Ağustos 2013 Toplantı Gündemi: İmam hatip okulları, karma eğitim, kılık kıyafet, arsa tahsisi, imar planlaması, okul yöneticileriyle koordinasyon ve atamalar konularında alınacak kararlar.

Bilal Erdoğan: '1 milyon imam hatip öğrencisi var, her yıl 125 bin mezun veriyor, üniversite sınavına giren 1.5 milyon öğrencinin içinde nerede olacaklar? Zaten sayı artıyor, bunların önünü kimse tutamaz.

Karma eğitim mi dediniz? kararı Bilal Erdoğan veriyor! Kamu görevlilerine 'Kızlı-erkekli gelen projeleri geri çevirin. Kız erkek aynı kampüs içinde olmaz. Bu konuda Ankara'da irade var' talimatı veriyor.

Yurtkur Yurtlarını da dizayn etmeye çalışıyorlar!

İmam hatipli olmayanları dizayn için tek çare: Seçmeli din dersleri ve öğretmen kontenjanlarını sağlam tutmak!

İmam hatiplerin mevcut okullar içindeki oranına Bilal Erdoğan karar veriyor.

Özel İmam Hatip talebi şimdilik gerçekçi olmazmış. Ama bazı özel okullar 40 saatten 11 saatini seçmeli din dersleriyle yapmış olsalar, adeta alın size bir özel imam hatip.

İtiraf ediyorlar: yandaş vakıfların, imar değişikliği taleplerinin hepsi karşılanmış ve karşılanacakmış!

Milli Eğitim Bakanına Arapça ve Kürtçe eğitim veren imam hatip liseleri kurulsun önerisinde bulunmuşlar. Kürtçe imam hatip okulları siyasetin elini güçlendirirmiş.

Bir milli eğitim bakanı ve müsteşarı, okullara öğretmen ve idareci atama çalışmalarını neden Bilal Erdoğan ve yandaş vakıflarıyla dirsek teması içinde yürütür?

İmam hatipler sıkıntısız açılsın ve mevcut okullar sıkıntısız dönüştürülsün diye lobi yapıp, kamuoyu oluşturmaya karar vermişler!

Bütün dertleri imar değişikliği!"

14. Müştekinin avukatları 7/8/2014 tarihinde İstanbul Sulh Ceza Hâkimliğine başvurarak başvuruya konu videoya erişimin engellenmesini talep etmişlerdir. İstanbul **4.** Sulh Ceza Hâkimliği 11/8/2014 tarihli kararı ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi uyarınca talebi kabul etmiştir. Mahkeme "videonun içeriğinde talep edenin kişilik haklarının ihlal edildiği hakimliğimizce kanaat getirildiğinden, talep eden vekilinin dilekçesine konu içeriğe erişimin engellenmesine dair talebin kabulüne karar vermek gerekmiş[tir]" gerekçesine dayanmıştır. Bahsi geçen karara yapılan itiraz İstanbul **5.** Sulh Ceza Mahkemesinin 2/9/2014 tarihli gerekçesiz kararı ile reddedilmiştir. Red kararı başvurucuya 10/9/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvuruya konu yayınla ilgili olarak internet sitesinin sorumluları hakkında herhangi bir ceza soruşturması açıldığı da bildirilmemiştir.

15. Başvurucu 10/10/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 5651 sayılı Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (...) başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

B. Uluslararası Hukuk

1. İfade Özgürlüğünün Demokratik Toplumdaki Önemi

17. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız veya ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirle" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir.

İfade özgürlüğü, yokluğu hâlinde demokratik bir toplumdan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (örnek kararlar için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976§ 49; Von Hannover/Almanya (No. 2) B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

18. AİHM, birçok kez demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını çizmiştir. AİHM'e göre -her ne kadar özellikle de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekse de- basının görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. AİHM, basının böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkı eklendiğini hatırlatmıştır. AİHM'e göre bu görevi olmasaydı basın, vazgeçilmez kamusal gözetleyici (watchdog) rolünü oynayamazdı (Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71; Von Hannover/Almanya (2), § 102).

19. AİHM, Radio France/Fransa (B. No: 53984/00, 30/3/2004, § 37) davasında basın özgürlüğünün kapsamının demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir:

"Mahkeme 'görev ve sorumluluklar'ın, ifade özgürlüğünün doğasından kaynaklandığını yineler. 10. madde tarafından kamusal yararlara ilişkin meselelerin aktarılması için gazetecilere sağlanan güvencenin şartı, gazetecilik etiğine uygun olarak onların kesin ve güvenilir bilgi sağlamak konusunda iyi niyet sahibi olmalarıdır (örneğin bkz. Blade Tromsø and Stensaas/Norveç, § 65; Colombani ve diğerleri/Fransa B. No: 51279/99, 25/6/2002, § 65). Ne var ki basın özgürlüğü belli dereceye kadar abartmaya hatta kışkırtmaya (provocation) izin verir (bkz. özellikle, Bladet Tromsø and Stensaas/Norveç, § 59)..."

2. İfade Özgürlüğü ve İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki İlişki

20. AİHM, bir gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimsenin itibarının korunması hakkını özel yaşam kapsamında görmektedir (White/İsveç, B. No: 42435/02, 19/12/2006, §§ 19, 30). AİHM'e göre kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur (Pfeifer/Avusturya, B. No: 12556/03, 15/11/2007, § 35; Axel Springer AG/Almanya, B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 83).

21. AİHM, kamuya mal olmuş kişilerin şöhret ve itibarı ile ifade özgürlüğünün çatışması hâlinde 10. maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan "başkalarının... haklarının korunması" ifadesine müracaat etmektedir. AİHM Büyük Dairesi 7/2/2012 tarihinde verdiği iki kararda -Von Hannover/Almanya (2) ve Axel Springer AG/Almanya- ifade hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde kullanılan ilkeleri sistematik olarak açıklamış ve uygulamıştır. Bunlar ifade özgürlüğüne konu açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı (Von Hannover/Almanya (2), § 109), ilgili kişinin tanınırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi ile yazıya konu olan faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu (Von Hannover/Almanya (2), § 110; Von Hannover/Almanya, B. No: 59320/00, 24/09/2004, §§ 63-66; kamu tarafından tanınan kişiler için korumanın daha esnek olacağına ilişkin bir karar için bkz. Minelli/İsviçre (k.k.), B. No: 14991/02, 14/6/2005), ilgili kişinin daha önceki davranışları (Von Hannover/Almanya (2), § 111), yayının içeriği, şekli ve etkileri (Von Hannover/Almanya (2), § 112), bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği (Axel Springer AG/Almanya, § 93; Von Hannover/Almanya (2), § 113) ve uygulanan yaptırımın niteliği (Axel Springer AG/Almanya, § 95).

3. Gazeteci ve Yazarlara İddialarını Gerekçelendirebilecek Bir Savunma Yapma Olanağı Verilmesi Zorunluluğu

22. AİHM; Castells/İspanya (B. No: 11798/85, 23/4/1992, §§ 47, 48) ve Colombani ve diğerleri/Fransa (B. No: 51279/99, 25/6/2002, § 66) başvurularında, şikâyet konusu beyanda bulunan kişinin aleyhine açılmış olan davaya yanıt verme konusunda aşılmaz güçlüklerle karşı karşıya bırakılması hakkındaki endişelerini dile getirmiştir. AİHM, Castells/İspanya davasında ulusal yargılamaları yürüten yüksek mahkemeye göre millî kurumları karalamakla suçlanan bir kişinin gerçeği ispat hakkı bulunmamaktadır. AİHM, başvurucunun kendisi hakkında açılan söz konusu hakaret davasında gerçeği ispatlamasına ve iyi niyetini ortaya koymasına izin verilmediğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre başvurucu tarafından ileri sürülen olgusal iddiaların birçoğunun gerçekte olup olmadığı yerel mahkemelerin atacağı adımlarla ortaya çıkarılabilir ve başvurucu makul bir çerçevede iyi niyetini ortaya koymaya çalışabilir. AİHM, başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

23. AİHM; Colombani ve diğerleri/Fransa davasında hakaret suçundan yapılan yargılama sırasında, gazeteci olan başvuruculara iddialarını gerekçelendirebilecek bir savunma yapma olanağı verilmemiş olmasını eleştirmiştir:

"... [M]evcut başvuruda başvurucuların suçlanmasının sebebi Fas Kralının itibarının ve haklarına zarar veren bu makaledir. Hakaret suçunu düzenleyen olağan hukuk kurallarının

aksine, yabancı bir devlet başkanına hakaret suçlamasından kurtulabilmeleri için başvuruculara, iddialarını gerekçelendirebilecekleri bir savunma yapma olanağı verilmemişti. Başvuruculara savunma yapma olanağının tanınmaması, kişinin haklarının ve itibarının korunması ihtiyacı karşısında - söz konusu kişi bir devlet veya hükumet başkanı olsa dahi- orantısız bir önlem oluşturacaktır."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 9/1/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

25. Başvurucu, ilk yayın tarihi 4/8/2014 olan ve "Bilal Erdoğan'ın son ses kaydı-Eğitime ayar veriyor" başlıklı video haber hakkında erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu; internet sitesinde verilen yayının bazı vakıf ve dernek temsilcileri ile birçok bürokratın katıldığı bir toplantıdaki konuşmaların bir bölümünü içerdiğini belirtmiştir. Başvurucu, toplantının konusunun Türkiye'nin millî eğitim politikaları olduğunu ve haberleştirilmesinde kamu yararı bulunduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca; kayıtların gerçek dışı veya çarpıtılmış olduğunun ileri sürülmediğini, gazeteye ve ilgililere bu haberin yapılmasına ilişkin olarak hiçbir suçlama yöneltilmediğini, söz konusu kaydın ulusal ve uluslararası pek çok internet sitesinde yayımlanmaya devam ettiğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre erişimin engellenmesi ile elde edilen hiçbir menfaat bulunmamaktadır. Başvurucu, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

26. Başvuru ayrıca derece mahkemelerinin kararının tümüyle gerekçesiz olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ve ilk derece mahkemesi kararına yapılan itiraz incelemesinin üst derece mahkemesince değil de bir diğer sulh ceza hâkimliğine bakılması nedeniyle de doğal hâkim ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

27. Bakanlık görüşünde, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için vazgeçilmez önemine karşın basının başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının korunması için konmuş olan sınırlamalara uyması gerektiği ifade edilmiştir. Bakanlığa göre 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, devletin kişilerin şeref ve itibarlarını koruma pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak kabul edilmiştir. Bakanlık, somut başvuruya konu ses kayıtlarının Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanmasının (PDY) 17-25 Aralık süreci olarak ifade edilen süreçte seçilmiş iktidarı devirmeye yönelik çabasının bir parçası olarak servis edildiğini ileri sürmüştür. Bakanlığa göre bahse konu ses kaydı o dönem başbakan olan Recep Tayyip Erdoğan'ın

itibarını zedelemek için -aile fertleri de dâhil olmak üzere- basına verilen pek çok ses kaydından biridir.

28. Bakanlığa göre söz konusu video haberde toplumu bilgilendirme amacı bulunmamaktadır. Zira Türkiye'nin millî eğitim politikalarını ilgili bakanlık ve ilgili idari kurumlar belirlemekte olup ses kaydının sahibi olan Bilal Erdoğan'ın söz konusu politikaların belirlenmesinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla söz konusu ses kaydı haber değeri taşımamakta ve gerçek dışı bilgiler içermektedir. Bakanlık görüşünde son olarak somut olayda müştekinin şeref ve itibarının başvurucunun ifade özgürlüğüne nazaran üstün tutulması gerektiği ileri sürülmüştür.

29. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuruya konu ses kaydının gerçek dışı olduğunun yalnızca Bakanlık tarafından ileri sürüldüğünü, müştekinin kayıtların gerçek dışı olduğunu ileri sürmediğini, sadece bunların yayımlanmasına itiraz ettiğini ifade etmiştir. Başvurucu, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

B. Değerlendirme

30. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Anayasa Mahkemesi internet erişiminin engellenmesine ilişkin daha yeni tarihli bir kararında (Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017) bir internet haber sitesinde yayımlanan haber ve makalelere erişimin engellenmesine ilişkin şikâyeti ifade ve basın özgürlükleri çerçevesinde incelemiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez internet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45; Ali Kıdık, § 44). Bu sebeple eldeki başvuruda başvurucunun gerekçeli karar hakkının ve kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri bir bütün olarak ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği yönündeki iddia kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

31. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde ifade ve basın özgürlüklerinin korunduğu 26. ve 28. maddeleri dayanak alınacaktır. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

şöyledir:

32. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı **28.** maddesinin ilgili kısımları

"Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

34. Başvurucunun internet sitesinde yayımladığı video habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

35. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

36. Sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

37. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

38. Başvurucu, müdahalenin meşru bir amacı bulunmadığını ileri sürmüştür. Buna karşın başvuruya konu ses kaydına erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

39. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa

Mahkemesinin Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(a) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

40. Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/620, 25/5/2017, § 73).

(b) İnternet Özgürlüğü ve Basın

41. Basın yönünden düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilen internet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa'mız tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir alma özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir (Ali Kıdık, § 44).

42. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun, §§ 34-36). İfade ve basın özgürlükleri yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarını da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haberlere erişim engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır. Basın özgürlüğünün çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi,

kamuoyunda bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması amacıyla kamuoyuna en iyi araçlardan birini sağladığı unutulmamalıdır (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63).

(c) İfade Özgürlüğünün Kapsamı

43. Öte yandan Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır (Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; Önder Balıkçı, § 40). Bu itibarla bir internet sitesinde yayımlanan yazılar ve bu yazılarda yer alan bilgiler başkaları açısından değersiz veya yararsız görülse bile kişilerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasındadır (Ali Kıdık, § 46).

(d) Bireyin Şeref ve İtibarının Korunması

44. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliği ile manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın **17.** maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (İlhan Cihaner (2), §44) Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak müdahale etmemekle ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Bekir Coşkun, § 45; Önder Balıkçı, § 44; Ali Kıdık, § 51).

(e) Tanınmış Kişiler

45. İfade ve basın özgürlüklerinin mevcut başvurudaki gibi davalarda yalnızca bilgilerin iletilmesi hakkını değil aynı zamanda halkın tanınmış kişilere ilişkin bilgileri alma hakkını da güvence altına almaktadır. Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi; siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamusal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduklarını ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır (siyasetçilerle ilgili olarak bkz. Ergün Poyraz (2), § 58; kamusal yetki kullanan görevlilerle ilgili olarak bkz. Nilgün Halloran, § 45; tanınan bir Cumhuriyet başsavcısı ile ilgili olarak bkz. İlhan Cihaner (2), § 82; tanınan ve siyasete hazırlanan bir kamu görevlisi ile ilgili olarak bkz. Önder Balıkçı, § 42).

(f) Çatışan Haklar Arasında Dengeleme

46. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi benzer başvurularda, içeriğe erişimin engellenmesi nedeniyle başvurucunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile internet sitesinde yayımlanan düşünce ve kanaat açıklamaları nedeniyle müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması

arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiştir Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesi soyut bir değerlendirme değildir (Nilgün Halloran, § 27; İlhan Cihaner (2), § 39; Ali Kıdık, § 52).

47. Çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterlerin bazıları şu şekilde sayılabilir:

a) Haber veya makalede yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği

b) Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları, basının sıkı denetiminde olup olmadığı, katlanması gereken, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade bir vatandaş ile karşılaştırıldığında daha geniş olup olmadığı

c) Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, gerçek olup olmadığı, şekli ve yayında özle biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı

ç) Haber veya makalenin yayımlanma şartları

d) Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı

e) Kamuyu bilgilendirme değeri, toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı

f) Haber veya makalede yer alan ifadelerin olgusal temele dayalı olup olmadığı, ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince desteklenip desteklenmediği

g) Başkalarının şöhret ve haklarının zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda başta meslek ahlakına saygı gösterme, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etme ödevi olmak üzere basın mensuplarının kendiliğinden uymaları gereken zorunlu sınırlara, ödev ve sorumluluklara uygun davranıp davranmadıkları

ğ) Haber veya makalede dile getirilen düşüncelere cevap verme olanağının bulunup bulunmadığı

h) Haber veya makalenin hedef aldığı kişilerin hayatı üzerindeki etkileri

ı) Haber veya makaleye yönelik olarak talep edilen kısıtlamaların niteliği ve kapsamı

48. Anayasa Mahkemesi başvurunun koşullarına göre bazıları yukarıda sayılan kriterlerin müdahaleyi gerçekleştiren devlet organları ve bilhassa mahkemelerce gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğini denetler. Bunun için başvurucu tarafından yayımlanan yazıların tamamının -yayımlandığı bağlamdan kopartılmaksızın- olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir (Nilgün Halloran, §§ 41, 52; Ergün Poyraz (2), § 56; Kadir Sağdıç, B.

No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 58-66; İlhan Cihaner, §§ 66-73; Ali Kıdık, §§ 54, 69-90; Önder Balıkçı, § 45).

(h) İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Gerekçesi

49. Başvuru konusu olay bakımından Anayasa Mahkemesinin yapacağı değerlendirmelerin temel ekseni, idarenin ve derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (Bekir Coşkun, § 56; Tansel Çölaşan § 56; Ahmet Temiz (6), B. No: 2014/10213, 1/2/2017, § 34). İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

(ı) 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkındaki Bazı Tespitler

50. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiş (Ali Kıdık, §§ 55-63) ve bu yöndeki ilkeleri birçok kararında yinelemiştir (örnek olarak bkz. Miyase İlknur ve diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018, §§ 32-35; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018, §§ 25-28; Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018, §§ 30-33; IPS İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018, §§ 27-30).

51. Anayasa Mahkemesine göre bu usul, internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle kanun koyucunun öngördüğü, özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55; Miyase İlknur ve diğerleri, § 33; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., § 26; Özgen Acar ve diğerleri, § 31). Dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen internet yayınına erişimin engellenmesi yolunun ancak kişilik haklarına hukuka aykırı olarak müdahale edilen hâllerde bireyin şeref ve itibarına yönelik müdahalelerin gecikmeksizin bertaraf edilebilmesi amacıyla başvurulması gerekir.

52. İnternet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin amacı, basın hürriyeti ile kişilik hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak; bireylere haksız olarak zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan, onların şeref ve itibarlarını ihlal eden internet sitelerinin ilgili yayınlarına ulaşılmasını engelleyerek kişilik haklarına devam etmekte olan ve ilk bakışta anlaşılan müdahaleyi durdurmaktır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima

facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(i) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

53. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 66, 67) kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza hukuku yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

(2) İlk Derece Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi

54. Başvuruya konu haberlerde CHP Genel Sekreteri Gürsel Tekin'in basın toplantısında dile getirdiği sözler öne çıkarılmıştır. Gürsel Tekin, bazı Millî Eğitim Bakanlığı bürokratları ile eğitim alanında faaliyette bulunan sivil toplum örgütünün temsilcilerinin bulunduğu toplantıyı şiddetle eleştirmiş ve toplantıda müşteki tarafından dile getirilen görüşleri Türk millî eğitim politikalarına müdahale olarak değerlendirmiştir. Gürsel Tekin, millî eğitim politikalarının Millî Eğitim Bakanı tarafından değil müşteki ve arkadaşları tarafından belirlendiğini iddia etmiş ve ses kaydını Başbakan'ın ailesinin adının karıştığı yeni bir skandal olarak değerlendirmiştir (bkz. §§ 13,14).

55. İlk derece mahkemesi ne Gürsel Tekin'in eleştirilerinde ne de internet sitesinin bu eleştirileri aktarma şeklinde müştekinin kişilik haklarına bir müdahale yapıldığını değerlendirmiştir. Mahkeme, bahse konu haberin tümünü değil haberde yer alan ve ses kayıtları ile slayt biçiminde çözümlerinin yer aldığı videonun müştekinin kişilik haklarına müdahale oluşturduğunu değerlendirmiş ve videonun erişimini engellemiştir (bkz. § 15). Karar tarihi itibarıyla bahsi geçen habere erişim mümkün iken güncel olarak videoya erişilememektedir. Bahsi geçen videoda yer alan ses kayıtlarından müşteki ile birlikte toplantıya katılanların Türk millî eğitim politikaları ve özellikle de yeni imam hatip liselerinin açılmasında karşılaşılan sorunların çözümü meselesine odaklanıldığı anlaşılmaktadır.

56. Başvurucunun söz konusu haber içeriğini değiştirerek veya haber kapsamına bir ekleme yaparak gerçek dışı bir haber yaptığı, bilginin elde edilme yönteminin kabul edilemez olduğu iddia edilmemiş; derece mahkemeleri de kararlarında böyle bir değerlendirmede bulunmamıştır. Müştekinin toplantıda dile getirdiği görüşlerinin daha fazla kimse tarafından öğrenilmesini istemediği anlaşılmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki başvuruya konu haber bireylerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak (bkz. §§ 43-45, b, c) ifade özgürlüğünün korumasındadır.

57. Videoya konu toplantının odağında ülke çapında yeni imam hatip okullarının açılması meselesi olduğu anlaşılmaktadır. 1990'lı yılların ortalarında imam hatip ortaokullarının kapatılması, imam hatip liselerinden mezun olanların üniversiteye girişlerinin kısıtlanması ile başlayan tartışma uzun süre Türk kamuoyunu meşgul etmiştir. 2010 yılında söz konusu kısıtlamalar kaldırılmış, bu okullardan mezun olanlar genel lise mezunlarıyla birlikte eşit şartlarda üniversite sınavlarına girme olanağına yeniden kavuşmuştur. Bu tarihten itibaren imam hatip ortaokulları yeniden açılmış, iktidarda bulunan Hükûmet imam hatip okullarının yaygınlaşmasını politika olarak benimsemiştir. Bu okulların sayısının ve eğitim kalitesinin artırılması amacıyla ülke genelinde sayısız STK faaliyet göstermektedir.

58. Diğer yandan imam hatip okullarının açılmasına, sayılarının artırılmasına veya sunulan eğitime ilişkin endişeler taşıyan ve oldukça sert muhalefet eden geniş toplum kesimleri, STK'lar ve siyasi partiler de bulunmaktadır. İmam hatip okulları çerçevesinde yürütülen tartışmalar başvuruya konu haberin yapıldığı tarihte de bugün de devam etmektedir. İnternet sitesinin sahibi olan gazete, dinî eğitim ve imam hatip okullarına ilişkin Hükûmet politikalarına sert muhalefeti ile bilinmektedir. Bu sebeple de haberde, söz konusu toplantıyı ve toplantıda konuşulan meseleleri sansasyonel bir olay olarak yansıtmış ve toplantıda ileri sürülen görüşleri kabul edilemez bulmuştur. İnternet sitesi kendi bakış açısından toplantıya karşı oldukça ağır eleştiriler yöneltmiştir.

59. Söz konusu video, olayların geçtiği dönemde ve hâlen eğitim alanında faaliyet gösteren Türkiye'nin önde gelen ve tanınmış sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinin, millî eğitim bürokratlarının ve inkâr edilemez bir tanınırlık derecesine sahip şikâyetçinin fikir ve tutumlarının eğitim alanındaki faaliyetlerinin keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması işlevini görmüştür. Bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok boyun eğmesi gerekir (İlhan Cihaner (2), § 74; Kadir Sağdıç, § 67; Ali Kıdık, § 76). Söz konusu internet haberinin kamu menfaatine ilişkin ve politik bulunduğu, bilgilendirme değerinin çok yüksek olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla konuşmanın yayımlanmasının kamuoyu gündeminin ilk sıralarında yer alan, kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

60. Bahse konu videoda yer alan slaytlardaki internet sitesine ait bazı cümlelerde müştekinin sertçe eleştirildiği, hatta abartıya kaçıldığı kabul edilebilir (bkz. §§ 14, 15). İlk olarak bu tür başvurularda basının yerine geçip belli bir durumdaki haber yapma şeklinin ne olacağını belirlemek yargı mercilerinin görevi değildir. İkinci olarak ise basın özgürlüğünün kapsamının demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak bir dereceye kadar abartıya ve provoke etmeye

izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir. Haberin yayımlanmasının müştekinin hayatında kayda değer bir etkisi olduğu gösterilmemiştir. Haberin onun özel hayatı ile ilgisi olmadığı, kaba hakaret içermediği ve keyfî kişisel saldırı boyutuna da ulaşmadığı gözetildiğinde geriye başvurucunun haberi verirken kullandığı polemik içeren agresif usul kalmaktadır. Bu noktada ifade özgürlüğünün sadece haber ve fikirlerin içeriğini korumadığı, haber ve fikirlerin iletilme usulünü de koruduğu gözetilmelidir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., §§ 41, 42; Ergün Poyraz (2), § 77; İlhan Cihaner (2), §§ 59, 86; Kadir Sağdıç, §§ 52, 76).

61. Müşteki, eğitim alanında faaliyet gösteren en büyük STK'lardan birinin yönetim kurulu üyesidir. Başvuruya konu haberden anlaşıldığına göre müştekinin görüşlerini ilgililere iletmek bakımından kimi avantajları olduğu anlaşılmaktadır. Başbakan'ın oğlu olması nedeniyle de basın ve kamuoyunun müştekiye olan ilgisi diğer kişilere göre daha fazladır. Üstelik müşteki, demokratik bir ortamda ve başvuruya konu haberin yapıldığı koşullarda kendisine yönelik ağır eleştiriler yapılabileceğini bilerek tercihlerini belirlemiştir. Dolayısıyla müştekiye yönelik eleştirin sınırlarının sıradan insanlara göre daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Halkın tanınmış kişilere ilişkin bilgileri alma hakkı da gözetildiğinde müştekinin eylemlerinin ve sözlerinin basın tarafından izleneceğini, hakkında haberler yapılacağını, ağır eleştirilerde bulunulabileceğini öngörmesi ve demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül etmesi gerekir (bkz. § 48).

62. Ayrıca ne bahse konu haberde ne de derece mahkemesinin kararında toplantının izleyicilere kapalı olup olmadığı ya da ses kayıtlarının katılımcıların bilgisi ve izni olmaksızın alınıp alınmadığı yönünde bir bilgi bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin katılımına kapalı olsa bile çok sayıda STK temsilcisi ve bürokratın yer aldığı bir toplantının kayıtlarının yayımlanmasının engellenmesi ile ne tür bir zararın önlenmeye çalışıldığı gösterilmemiştir. Bununla bağlantılı olarak ilk derece mahkemesinin gerekçesinde bahse konu video içeriğinin daha önce tanınmış bir siyasetçi tarafından basın açıklaması ile kamuoyuna duyurulduğu ve sayısız medya organı tarafından haberleştirildiği, dolayısıyla ilk kez başvurucu tarafından yayımlanmamış olduğu gözetilmemiştir. Mevcut başvurudaki haberin yayımlandığı tarihte müştekinin şikâyetçi olduğu habere ait haberleşme içerikleri zaten halka açıklanmıştı (bkz. § 13). Dolayısıyla ilgililerin iletişimlerinin korunmasına ilişkin amaç önemli ölçüde ortadan kalkmış ve sınırlamanın engellemeyi amaçladığı zarar vuku bulmuş durumdadır.

(3) 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesinin Somut Uyuşmazlıkta Uygulanmasının Değerlendirilmesi

63. Ceza kanunlarında yaptırıma bağlanan suçların internet ortamında işlenmesi hâlinde yaptırımsız bırakılması düşünülemez. Bu sebeple erişimin engellenmesi bazı hâllerde hukuk sistemi açısından bir zorunluluktur. Bununla beraber internetin sağladığı zemin bilgiye ulaşma, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. İnternet kamusal sorunlara ilişkin tartışma ve eylemlere katılım konusunda asli vasıtaları barındırır, bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğünü kullanmaları bakımından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline gelmiştir (Ali Kıdık, § 81).

64. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin inceleme sırasında Anayasa Mahkemesi bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesine sahip olmalarının bireylerin bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellediği ve onların demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelediği tespitini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararda bireylerin interneti Anayasa'da tanımlı birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırdığını, örneğin haberleşme özgürlüğünün düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü ile bu kapsamda haber veya fikir almak özgürlüğünün, eğitim ve öğrenim hürriyetinin, haber alma hürriyetinin, iktisadi girişim hürriyetinin internet yoluyla kullanabildiği tespitini yapmıştır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 166).

65. Dolayısıyla başta ifade ve basın özgürlükleri olmak üzere internet özgürlüğü ile bağlantılı diğer hak ve özgürlüklerin demokratik bir toplumdaki yaşamsal önemleri (bkz. §42) nazara alındığında internet konusunda kamu gücünü kullanan makamların ve mahkemelerin çok hassas davranmaları gerektiği açıktır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; internetin vazgeçilmez niteliğine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 116). İnternete erişimin engellenmesi tedbiri en son başvurulacak çare olmalıdır. İnternet ortamında bulunan zararlı içeriklerle diğer başka usullerle mücadele etmek mümkünse ya da erişim engellemesi korunan menfaate karşın daha büyük bir zararı birlikte getiriyorsa erişimin engellenmesi ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalini teşkil edecektir (Ali Kıdık, § 83).

66. Türk hukuk sisteminde, internet yolu ile kişilik haklarına müdahale edildiği durumlarda kişilik haklarının korunmasının yollarından biri olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiş ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerindeki çekişmesiz yargı yolu, yukarıda zikredildiği gibi (bkz. §§ 48-55) karardan etkilenecek olan yayın organının ilgililerine yargılanma hukukunun usulüne ilişkin güvencelerinin kullandırılamadığı, dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur. İçeriğe erişimin engellenmesi kararı, yapılmış bir haberin kişilerin şeref ve itibarlarına saldırı oluşturduğunu kamuya bildirme

işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmek ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün bulunduğu hatırlanmalıdır (Ali Kıdık, § 84).

67. Üstelik somut olaydaki gibi daha sonra bir ceza soruşturması ve kovuşturması açılmadığı ve dolayısıyla tedbir hakkında yeniden bir karar verilmediği hâllerde kısıtlama süreklileşmektedir. Bu şekilde süresiz kısıtlamaların ifade ve basın özgürlükleri için büyük tehlikeler arz ettiği açıktır. Bu sebeplerle değinilen mekanizmanın bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre oldukça dar bir alanda etkili olduğu kabul edilmelidir (Ali Kıdık, § 85).

68. İlk derece mahkemesi, başvuruya konu videonun müştekinin kişilik haklarına müdahale oluşturduğuna karar vermiş ve 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca içeriğe erişimin engellenmesi kararı vermiştir. Fakat söz konusu haber nedeniyle müştekinin şeref ve itibarına, bahse konu haber ile hukuka aykırı olarak yapıldığına karar verilen müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmadan gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacı derece mahkemesince ortaya konabilmiş değildir (Ali Kıdık, § 86).

69. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çekişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da sahiptir.

70. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda şikâyet edilen internete erişimin engellenmesi kararı ile Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde koruma altında olan ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır.

71. Demokratik bir hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçüsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz. Somut olayda başvuruya konu haber belirsiz bir süre için engellenmiş görünmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu kısıtlamanın belirli bir habere ilişkin olduğu ve sınırlı etkileri bulunduğu iddia edilse bile müdahalenin önemi azalmamaktadır. Bir soruşturma veya dava sonuçlanıncaya kadar kişilik haklarına yapılan müdahalenin geçici olarak durdurulması amacıyla bir internet yayınına erişimin engellenmesi kabul edilebilse bile somut olayın koşullarında ilgili ve yeterli gerekçe olmadan

tedbir mahiyetinde alınan bir kararın sonsuza kadar etki göstermesi orantılı olarak da nitelendirilemez.

72. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin çok sayıda kararında (diğerleri arasında bkz. Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018; Kemalettin Bulamacı, B. No: 2016/14830, 4/7/2019; Barış Yarkadaş, B. No: 2015/4821, 17/4/2019 ve ayrıca yukarıda bahsi geçen Miyase İlknur ve diğerleri; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş.; Özgen Acar ve diğerleri; IPS İletişim Vakfı; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.) 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiş ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerindeki çekişmesiz yargı yoluna ilişkin kriterlerini koymuştur. Eldeki başvuruda Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararlarından ayrılmayı gerektiren bir yol bulunmamaktadır.

73. Açıklanan gerekçelerle mevcut olayda müştekinin itibarının korunması için 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde uyarınca verilmiş olan internete erişimin engellenmesi kararının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

74. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

75. Başvurucu manevi tazminat ve yeniden yargılanma taleplerinde bulunmuştur.

76. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

77. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

78. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67).

79. İncelenen başvuruda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olmaması nedeniyle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

80. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un **50.** maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan

kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul **4.** Sulh Ceza Hâkimliğinin 2014/621 D. İş sayılı dava dosyasına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

81. İfade ve basın özgürlüğü hakkına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 6.000 TL manevi tazminat ödenmesine, tazminata ilişkin diğer taleplerin reddine karar verilmesi gerekir.

82. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.206,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul **4.** Sulh Ceza Hâkimliğinin 2014/621 D. İş sayılı dava dosyasına GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 6.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.206,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 9/1/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.5.2007 tarih ve 5651 Sayılı Kanunun "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9 uncu maddesi ile internet üzerinden yapılan her türlü yayın yoluyla kişilik hakları ihlâli iddiaları konusunda, bu yayınların muhatabı kişiler yönünden özel bir koruma sistemi öngörülmüş ve ilgilinin başvurusu üzerine, ilgili sulh Ceza hâkiminin kararı ile koşullarının mevcut olması halinde bir tedbir mahiyetindeki "erişimin engellenmesi" kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır. İtirazı kabil olan ve itirazın reddedilmesi halinde kesinlik kazanan bu kararın, kişi hak ve özgürlükleri bakımından öngörülen önemli bir koruma mekanizması olduğu, bireyin şeref ve itibarının korunması hakkı çerçevesinde ifade özgürlüğüne getirilmiş olan bu yasal sınırlama sebebinin, her somut olayda ilgili yargı organınca (sulh ceza hâkimince) değerlendirilip takdir edileceği, itiraza tâbi bu kararın kesinleşmesinin ancak anılan "tedbir" yönünden söz konusu olabileceği, "erişimin engellenmesi" kararına muhatap gerçek veya tüzel kişinin Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer özel kanunların sağladığı imkândan istifade ile açacağı davalar (örneğin, müdahalenin men'i, tazminat, tespit vb.) yoluyla, internet yayınındaki iddialarının hukuki haklılığını öne sürebileceği (sürmesi gerektiği), bu davalarda haklılığının ortaya çıkması sonrasında "erişimin engellenmesi" kararı veren mercie başvurarak bu kararın kaldırılmasını sağlayabileceği, internet karşısında tamamen korumasız olan kişiler bakımından öngörülen yasal koruma sisteminin salt eleştirilmesi ve ihmali suretiyle bir ihlâl değerlendirmesi yapmanın, ifade özgürlüğünün bireyin şeref ve itibarına tercih edilmesi gibi bir sonuca yol açacağı ve üçüncü kişileri internet yayınları karşısında hukuki himayeden yoksun bırakacağı, dolayısiyle sanki bir "yapısal sorun" varmış gibi bir kabulden hareketle henüz hukuki bir ihtilaf konusu olmayan veya hukuki anlamda sonuçlanmayan bir sorunun, daha başlangıçta bireysel başvuruya konu yapılmasının hukuka uygun düşmeyeceği: esas yönünden ise, başvurucu (hakkında erişim engeli kararı verilen özel veya tüzel kişi) bakımından var olduğu öne sürülen mahzurların, şeref ve itibarına saldırıda bulunulduğunu öne sürerek erişim engeli talebinde bulunanlar yönünden de evleviyetle geçerli olduğu, dolayısiyle bu nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın **26.** ve **28.** maddelerinde belirtilen haklarının ihlâline yol açılmadığı kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Kadir ÖZKAYA

Anayasa Mahkemesi - 26 Aralık 2019 - Wikimedia Foundation Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(WIKIMEDIA FOUNDATION INC. ve diğerleri [GK], B. No: 2017/22355, 26/12/2019, § …)
Başvuru Adı	WIKIMEDIA FOUNDATION INC. VE DİĞERLERİ
Başvuru No	2017/22355
Başvuru Tarihi	9/5/2017
Karar Tarihi	26/12/2019
Birleşen Başvurular	2017/22783, 2017/26860
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	15/1/2020 - 31009
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 8/A	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

WIKIMEDIA FOUNDATION INC. VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/22355)

Karar Tarihi: 26/12/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 15/1/2020 – 31009

GENEL KURUL

KARAR

Başkan: Zühtü ARSLAN

BaşkanVekili: Hasan Tahsin GÖKCAN

BaşkanVekili: Recep KÖMÜRCÜ

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Burhan ÜSTÜN

Engin YILDIRIM

Hicabi DURSUN

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Yıldız SEFERİNOĞLU

Selahaddin MENTEŞ

Raportör: Derya ATAKUL

Yunus HEPER

Başvurucular: 1. Wikimedia Foundation Inc. **Vekili:** Av. Gönenç GÜRKAYNAK

2. Punto24 Bağımsız Gazetecilik Derneği **Vekili:** Av. Veysel OK

3. Yaman AKDENİZ **Vekili:** Av. Hediye Gökçe BAYKAL

4. Kerem ALTIPARMAK **Vekili:** Av. Hediye Gökçe BAYKAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Birinci başvurucu 9/5/2017 tarihinde, üçüncü ve dördüncü başvurucular 12/5/2017 tarihinde, ikinci başvurucu ise 8/6/2017 tarihinde başvuru yapmıştır.

3. Başvurular, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2017/22783 ve 2017/26860 numaralı başvuru dosyalarının 2017/22355 numaralı başvuru dosyası ile birleştirilmelerine, incelemenin 2017/22355 numaralı başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine ve diğer dosyaların kapatılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

8. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

9. Birinci Bölüm tarafından 11/9/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün **28.** maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

10. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Birinci Başvurucu Wikimedia ile İlgili Genel Açıklamalar

11. Birinci başvurucu, Wikipedia isimli internet sitesinin sahibidir. Türkçe versiyonunun adı Vikipedi olan ve sunucuları Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) bulunan Wikipedia;

i. İçeriği dünyanın her köşesinden gönüllü insanlar tarafından ortaklaşa hazırlanan açık kodlu, kâr amacı gütmeyen, ücretsiz çevrim içi ansiklopedi olarak adlandırılan bir internet platformudur. Açık kaynaklara göre 2007 yılı itibarıyla iki milyon başlığı geçerek tüm zamanların en büyük

ansiklopedisi unvanını kazanmış olup 2017 yılı itibarıyla da aylık yaklaşık 400 milyon tekil ziyaretçi ile dünyanın en fazla ziyaret edilen beşinci web sitesi konumuna ulaşmıştır. Bilim ve teknoloji, çevre, dil, doğa, hukuk, inanç, işletme, kişiler, kronoloji, kültür, sağlık, siyaset, tarım ve yaşam kategorileri altında milyonlarca madde içermektedir.

ii. Herkesin içerik sağlayıcı olarak katılımına açık bir platformdur. Dünya üzerinde internete bağlı bilgisayarı olan herhangi bir kişi tüm sayfalarda ekleme, çıkartma ve düzenleme yapabilme imkânına sahiptir. Bu kapsamda her gün kullanıcılar tarafından binlerce yeni madde başlatılmakta ve mevcut maddelerde değişiklikler ve güncellemeler yapılmaktadır. Dolayısıyla nihai doğruların yer aldığı bir internet sitesi olmayıp içerikler zaman içinde değişikliğe uğrayabilmektedir. Nitekim Wikipedia bu durumu internet sitesinde şöyle ifade etmiştir:

"Bir viki olarak, maddeler hiçbir zaman tamamlanmış, bitmiş değildir. Maddeler sürekli olarak değiştirilir ve zaman içinde geliştirilir. Bu durum genellikle, hem maddenin kalitesinin artmasına hem de bilginin adil ve dengeli bir şekilde sunumu üzerinde fikir birliği oluşmasına yol açacaktır.

Kullanıcılar başlangıçtan itibaren bütün maddelerin ansiklopedik nitelikte olmadığının farkına varmalıdırlar. Aslında birçok madde ilk yazıldığında subjektif bilgi içerir, uzun bir tartışma sürecinde adım adım tarafsız bir maddeye dönüşür. Bazı maddelerde ise bu süreç düşüncelerine fanatiklik derecesinde bağlı olan bazı yazarlar yüzünden daha da uzayabilir.

Kısmen bu durum Vikipedi'nin dahili sorun çözme mekanizmasından kaynaklanmaktadır, herhangi bir anlaşmazlık çıktığında daha deneyimli editörlerin soruna ilgi göstermesi zaman almaktadır.

'İdeal' sayılan Vikipedi maddesi dengeli, tarafsız, ansiklopedik ve içeriği doğrulanabilir olandır. Sayısı artan maddeler zamanla bu ideal duruma ulaşmaktadır, hatta çoğu ulaşmıştır. Ancak, bu bir süreçtir ve kullanıcıların katkılarıyla maddelerin ideal duruma ulaşmaları aylar hatta yıllar alabilir. Bazı maddeler, tamamen alıntılanmamış içeriğe sahiptir. Bazılarının içeriği ise ileride genişletilecektir. Yanılgı içeren bilgiler, sonraki katkılarla farkedilecek, bu bilgiler ya silinecek ya da yorumlanacaktır.

İçerik gün geçtikçe kalitelileşmesine rağmen, eğer bir araştırma kaynağı olarak kullanacaksanız Vikipedi'yi dikkatli kullanmanız çok önemlidir. Çünkü maddeler doğal olarak çok çeşitli standart veya olgunlukta olabilmektedirler."

iii. 280 ayrı dilde versiyona sahip olup 2018 yılı verilerine göre Wikipedia'da

5.764.000 madde üzerinde çalışan yaklaşık 134.000 aktif editör vardır. Wikipedia'nın İngilizce, Almanca ve Fransızca versiyonları en fazla madde içeren versiyonları olmakla birlikte sadece Türkçe Vikipedi'de 4/7/2019 tarihi itibarıyla

1.036.586 kayıtlı kullanıcı, toplam 1.648.102 sayfa, 330.434 madde vardır ve bugüne kadar toplam 20.709.924 değişiklik yapılmıştır. Wikipedia, maddelerinin zayıf yönlerini şu şekilde açıklamıştır:

"Wikipedia'nın radikal bir şekilde herkese açık olması, herhangi bir maddenin herhangi bir zamanda kötü bir vaziyette olabilmesi anlamına gelir. Örneğin madde metninin ortasında tartışmalı ifadeler olabilir veya madde vandalizme uğrayabilir.

Vikipedi, tam editoryal bir anlaşmazlık çözme mekanizmasına sahiptir. Yani anlaşmazlıkları çözen bir üst mahkeme yoktur. Bunun sonucunda madde üzerindeki anlaşmazlıkların çözülüp maddenin tarafsız ve kaliteli hale gelmesi çok uzun bir süre alabilir.

Bariz vandalizm girişimleri kolayca tespit edilip düzeltilmesine rağmen, göze çarpmayan vandalizm veya bakış açısı eksikliği içeren maddeler oldukça fazladır.

Çok önemli maddelerin doğruluğu hakkında hiçbir sistematik kontrol mekanizması yoktur, kusur veya eksiklik içerebilirler.

Sık denetlenen maddelerde daha az gözükmek üzere, maddeler bazı yönlerden eksik olabilir. Örneğin bir maddede bir bakış açısı iyi yansıtılmış olmasına rağmen diğer bakış açıları üzerinde durulmamış veya göz ardı edilmiş olabilir.

Bazı katkılar ilkelerimizle tamamen örtüşmeyebilir, veya alıntılanmamış (özgün) bilg içerebilir."

iv. Sayfaları arasında ve çoğu sayfanın sonunda iç bağlantılar bulunmaktadır. Bu, sitede bir başka maddenin okunulan konu ile alakası olduğu ve yer aldığı ara yüzde o madde ile ilgili daha ayrıntılı bilgi bulunabileceği anlamına gelmektedir. Böylelikle bağlantılar arasında dolaşılarak daha fazla bilgiye erişilebilmektedir.

v. Sayfalarında yer alan içerikler çoğunlukla atıf ve referans bilgisi içermektedir.

vi. "Seçkin içerik"lerin bulunduğu ayrı bir bölüme sahiptir ve "seçkin içerik"i en başarılı çalışmalarının örneklendiği bölüm olarak tanımlamaktadır. Tüm seçkin içerik çeşitlerinin detaylı bir inceleme sürecinden geçirildiğini belirten Wikipedia, bir içeriğin yüksek standartları karşıladığından ve nihai amaçlarına örnek teşkil ettiğinden emin olunduğunda içeriğin bulunduğu sayfanın sağ üst köşesine konulan küçük altın bir yıldız ile bu içeriğin seçkin içerik olarak işaretlendiğini açıklamaktadır.

12. Bireysel başvuru formunda Wikipedia'nın haber kaynaklarıyla bağlantı kurma ya da onlara atıfta bulunmanın yanı sıra haber kaynaklarında yer alan hikâyeleri betimlediği, haberleri izah ettiği ve özetlediği, çoğunlukla bir konu hakkında birbiriyle çatışanlar da dâhil farklı perspektifleri yansıttığı belirtilmiştir.

B. Diğer Başvurucularla İlgili Genel Açıklamalar

13. İkinci başvurucu; ifade özgürlüğünü, bilgiye erişim ve bilgiyi yaygınlaştırma hakkını savunan bir sivil toplum kuruluşudur.

14. Üçüncü ve dördüncü başvurucular, olayların meydana geldiği tarihte internet ve insan hakları alanlarında çalışan akademisyenlerdir. Başvuruculaların özellikle internette ifade özgürlüğü ile ilgili konularda akademik çalışmaları bulunmaktadır.

C. Erişim Engeli Konulması Süreci

15. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (BTK) hitaben 28/4/2017 tarihli yazısı ile Wikipedia'da bulunan ve 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesi uyarınca "Yaşam hakkı ile kişilerin ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâller kapsamında değerlendirilen iki içeriğin çıkarılması, çıkarılmaması durumunda içeriklere erişimin engellenmesi, içeriklere erişimin engellenememesi durumunda da alan adı üzerinden internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmesini talep etmiştir.

16. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hâller kapsamında değerlendirilen iki içeriğin yer aldığı maddeler şöyledir:

i. Birinci madde "State-Sponsored Terrorism" (Devlet Destekli Terörizm) başlığını taşımaktadır. İngilizce olarak kaleme alınan söz konusu maddenin içeriğinde devlet destekli terörizm, terörle bağlantılı devlet dışı aktörlere hükûmet desteği olarak tanımlanmakta, ancak bu ifadenin aşağılayıcı niteliği nedeniyle belirli örneklerin tanımlanmasının genellikle siyasi anlaşmazlığa neden olduğu belirtilmektedir. Söz konusu başlık altında on altı ülkenin ismi bulunmaktadır. Bu ülkeler Afganistan, Hindistan, İran, İsrail, Libya, Malezya, Pakistan, Filipinler, Katar, Rusya, Suudi Arabistan, Suriye, Sovyetler Birliği, Türkiye, Birleşik Krallık ve ABD olarak sıralanmış olup her birinin alt başlığında terörizme sağladığı iddia edilen desteğe ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Erişimin engellenmesi kararına konu olan "Turkey" alt başlığındaki açıklamada genel olarak;

- Türkiye'nin el-Nusra, IŞİD gibi çeşitli aşırı İslamcı grupları desteklemekle suçlandığı ileri sürülmüş ve kamuoyunda tanınmış bazı kişilerin beyanlarına yer verilmiştir. Anamuhalefet partisi lideri olan Kemal Kılıçdaroğlu'nun Hükûmeti teröristlere para yardımı yapılmaması ve terörist grupların eğitilmemesi konusunda uyardığı ifade edilerek Cumhuriyet gazetesinin 12/10/2014 tarihinde "Fuat Avni" isimli sosyal medya hesabından paylaşılan Türkiye'nin el-Kaide ile bağlantılı terörist gruplara finansal ve askerî yardım sağladığına ilişkin tape kayıtlarının sızdığı iddiasının aktarıldığı belirtilmiştir. ABD'nin eski Türkiye Büyükelçisi Francis Ricciardone'nin de, Türkiye'nin Ahrar el-Şam ve el-Kaide'nin Suriye kanadını doğrudan desteklediği ve birlikte çalıştığı iddiasında bulunduğu belirtilerek eski bir ABD istihbarat görevlisinin el-Nusra'nın Suriye'nin bir bölgesi olan Ghouta'da kimyasal saldırı gerçekleştirdiği ve Türkiye'nin bu saldırıdan haberi olduğu şeklindeki iddiası aktarılmıştır.

- El-Nusra'nın kamplarını Suriye'nin Türkiye sınırı boyunca kurduğu ve sınır kenti Azaz yakınlarında Türkiye'den düzenli olarak yardım aldığı, YPG lideri Abdu İbrahim ile Suriye Hükûmetinin müttefikleri tarafından Türkiye'nin açıkça el-Nusra ve IŞİD'i desteklediğinin iddia edildiği, Türkiye'nin Reyhanlı saldırısından önce Suriye Hükûmeti karşıtlarına kapılarını açtığı, yaralıların Türk hastanelerinde tedavi edildiği, Türkiye'nin daha önceleri topraklarından Suriye'deki savaşa katılmak isteyenler ile IŞİD'e mühimmat transferine göz yumduğu ileri sürülmüştür. Bu iddialar, bazı iktidar ve anamuhalefet partisi yetkililerinin söylemleri ile bir IŞİD komutanının ifadelerine ve Suriye'de Kürtlerden oluşan silahlı grupların ürettiği bazı dokümanlara dayandırılmıştır.

- Ürdün istihbaratının Türkiye'nin IŞİD militanlarını eğittiği iddiası, Mısırlı bir yetkilinin Türkiye'nin IŞİD'e uydu görüntüleri verdiği iddiası, bir YPG komutanı ile Kobani Belediye Başkanı Anwar Moslem'in Türkiye'nin IŞİD'e sağladığı destek ile ilgili iddiaları aktarılmıştır.

- ABD'nin Türkiye'yi IŞİD'den petrol almayı durdurması konusunda uyardığı ama bu uyarının dikkate alınmadığı, Türk yetkililerin IŞİD'le işbirliği hâlinde Suriye'den Türkiye'ye petrol kaçakçılığı yaptığı ileri sürülmüştür.

ii. İkinci madde "Foreign involvement in the Syrian Civil War" (Suriye İç Savaşına Yabancı Katılımı) başlığını taşımaktadır. Genel bilgilerin ardından bu maddenin içeriğinde "Support for the Syrian Ba'athist government" (Suriye Baas hükumetine destek) ve "Support for Syrian opposition" (Suriye Muhalefetine Destek) başlıkları altında ülke isimleri sıralanmış olup Türkiye "Support for Syrian opposition" başlığının altında yer almaktadır. Erişimin engellenmesi kararına konu olan "Turkey" alt başlığındaki maddenin içeriğinde genel olarak birinci maddede yer alan iddialar ile benzerlerinin bulunduğu tespit edilmiştir.

17. BTK aynı gün (28/4/2017 tarihinde) Başbakanlığın talebini uygun bularak birinci başvurucu tarafından söz konusu içeriklerin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen sürede çıkarılmamış olması ve URL (içerik) bazlı erişimin engellenmesine teknik olarak imkân bulunmaması nedeniyle internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar vermiştir.

18. BTK daha sonra Anayasa Mahkemesine gönderdiği 19/9/2019 tarihli yazıda internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi sürecine ilişkin bazı açıklamalarda bulunmuştur. BTK, şikayet konusu erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmadan önce "uyar-kaldır" yöntemine başvurulduğunu ve başvurucuya söz konusu içerikleri kaldırması için 14 saat süre tanındığını, başvurucunun anılan sürede 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca yasa dışı olarak nitelendirilen içeriği kaldırmaması ve URL bazlı erişimin engellenmesi yönteminin de teknik olarak mümkün olmaması üzerine sitenin tamamına erişimin engellendiğini ifade etmiştir.

19. BTK 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararını 29/4/2017 tarihinde Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. Hâkimlik, BTK tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararını aynı tarihte onaylamıştır. Hâkimliğin gerekçesi şöyledir:

"Hâkimliğimizce yapılan inceleme sonucunda talebe konu edilen 'www.wikipedia.org' adlı internet sitesinde yer alan

https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_involvement_in_the_Syrian_Civil_War#Turkey
https://en.wikipedia.org/wiki/State-sponsored_terrorism#Turkey

URL adreslerinde paylaşılan içeriklerin 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesi kapsamında terörü öven, şiddette ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesine bağlı olarak içeriklere erişimin engellenememesi nedeniyle internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesine dair tedbir kararının, 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinin 2 fıkrası uyarınca onaylanmasına, belirtilen URL adreslerindeki içeriklere erişimin engellenmesi halinde hedeflenen amaç gerçekleşmiş olacağından 'www.wikipedia.org' adlı internet sitesine tümden erişim engelinin kaldırılmasına dair aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur."

20. Birinci başvurucunun onaylama kararına itirazı, Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliğince 4/5/2017 tarihinde reddedilmiştir. Hâkimliğin gerekçesi şöyledir:

"Hakimliğimizce 'İfade Özgürlüğü' Demokratik Hukuk Devletinin en temel haklarından biri olarak kabul edilmektedir. Ancak yukarıda belirtilen yasal metinlerden de anlaşılacağı gibi 'İfade

Özgürlüğü' mutlak haklardan değildir, şartların oluşması ve ölçülülüğün gerektirdiği durumlarda ifade özgürlüğü kısıtlanabilir.

Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti Devleti 20 Temmuz 2016 tarihinde tüm ülke genelinde 'Olağanüstü Hal' ilan etmiş aynı saatlerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi gereğince sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini geçici olarak askıya aldığını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirmiştir. AİHS'nin 15/2 maddesi ile sözleşmenin hangi hükümlerinin askıya alınamayacağı hükme bağlanmış olup; 10.maddede düzenlenen ifade özgürlüğü bunlardan biri değildir.

Hakimliğimiz tarafından verilen itiraza konu kararda 'www.wikipedia.org' adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresinde bulunan ve talebe konu edilen içeriklerde; (https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_involvement_in_the_Syrian_Civil_War#Turkey, https://en.wikipedia.org/wiki/State-sponsored_terrorism#Turkey) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, Suriye Ülkesinde yaşanan iç savaşı başlatanlardan olduğu, terör örgütlerini desteklediği, silah yardımında bulunduğu gibi uluslararası platformda ve ülke içerisinde saygınlık ve itibarını zedeleyecek terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimi verecek derecede haksız nitelikte saldırının bulunduğu anlaşılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Başbakanlığınca, Bilişim Teknolojileri Kurumuna başvurulmuş ancak talebe konu URL adreslerinin şifreli olması nedeniyle teknik olarak erişimin engellenmesinin mümkün bulunmadığından, internet sitesinin tamamına yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmiş, Hakimliğimizce de bu karar yerinde bulunduğundan onaylanmıştır. Verilen kararda internet sitesine tümden erişimin engellenmesinin geçici olduğu, belirtilen iki URL adresine 'www.wikipedia.org' yetkilileri tarafından erişim engellinin konulması halinde kaldırılması gerektiği vurgulanmıştır.

Açıklanan nedenlerle Hakimliğimiz kararında düzeltilecek bir husus bulunmadığından itirazın reddine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."

21. Birinci başvurucunun ret kararına yaptığı itiraz da Ankara **2.** Sulh Ceza Hâkimliğince 7/5/2017 tarihinde kesin olarak reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 9/5/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu aynı tarihte bireysel başvuruda bulunmuştur.

22. Wikipedia'nın çevrim içi tüm versiyonlarına Türkiye'den erişimin engellenmesinin ardından Türkiye'de yaşayan kullanıcıların Vikipedi'de yer alan içeriğe erişiminin sağlanabilmesi amacıyla birinci başvurucu tarafından Wikizero oluşturulmuştur. 2019 yılının Eylül ayına kadar Wikipedia'nın alan adının başına sıfır rakamı konularak ulaşılan Wikizero ile kullanıcılar Vikipedi'ye ulaşmakta ve Vikipedi'yi kullanabilmekteydi. Hâlihazırda ise birinci başvurucu hukuki nedenlerden ötürü bu erişim yöntemini kapattığını açıklamış, bu defa alan adının başına

"00", "1", "2", veya "Z" konulmak suretiyle Vikipedi'ye erişimi mümkün kılmıştır. Başka bir ifadeyle engelleme kararının ardından kurulan, Vikipedi'den farklı URL'lere sahip ancak aynı veya aynısına yakın içeriği barındıran "Mirror website" yani ayna web sitesi, internet ortamında erişilebilir durumdadır. Wikipedia bu sistemin yanında ayrıca kullanıcılar tarafından bilgisayarlarına indirilmek suretiyle kullanılabilen Wikizero web tarayıcı eklentisi ve Android işletim sistemini kullanan mobil cihazlar için oluşturulmuş Wikizero mobil uygulaması ile alan adına herhangi bir eklenti yapılmadan da Vikipedi'ye erişimi sağlamıştır.

23. İkinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular, kullanıcı sıfatıyla Wikipedia'ya yönelik erişimin engellenmesi tedbirine itiraz etmişlerdir. Ankara **2.** Sulh Ceza Hâkimliğince 7/5/2017 tarihinde tüm başvuruculaların itirazı kesin olarak reddedilmiştir. Başvurucular, ret kararlarının kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

D. Bireysel Başvurudan Sonraki Gelişmeler

24. Birinci başvurucu 28/5/2018 tarihli dilekçesi ile Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesi kararının ardından bağımsız, gönüllü Wikipedia editörleri tarafından karara konu maddeler üzerinde kapsamlı değişiklikler yapıldığını belirtmiştir. Başvurucu, erişimin engellenmesi kararına konu içeriklerin önemli ölçüde değiştirilmiş olması nedeniyle Hâkimliğin kararının dayanaktan yoksun kaldığını ileri sürmüştür.

25. Anayasa Mahkemesi 24/5/2019 tarihinde birinci başvurucudan, Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesi kararının onaylanmasına konu iki URL adresinde yer alan içeriklerin karar tarihindeki versiyonları ile anılan adreslerin başvurucunun 28/5/2018 tarihli dilekçesinde bahsettiği yeni versiyonlarını istemiştir.

26. Birinci başvurucu 30/5/2019 tarihinde Anayasa Mahkemesine söz konusu URL adreslerinde yer alan içeriklerin karar tarihindeki ilk versiyonlarını, 28/5/2018 tarihli dilekçede belirttiği değişiklikleri içeren versiyonlarını ve bu adreslerin güncel versiyonlarını göndermiştir.

27. Anayasa Mahkemesince eski ve yeni tarihli versiyonlar arasında yapılan inceleme sonucunda;

i. "State-Sponsored Terrorism" başlıklı maddenin "Turkey" alt başlığında verilen bilgilerin daha tarafsız ve özenli bir üslupla yeniden kaleme alınmaya çalışıldığı, güvenilirliği düşük ve doğrulanamayan içeriklerin ve bu içeriklerin alıntılandığı kaynakların çıkarıldığı görülmüştür. Bu kapsamda el-Kaide ve Fetih Ordusu başta olmak üzere Türkiye'nin radikal oluşumlara destek verdiğine ilişkin iddiaların önemli bir kısmı, "Fuat Avni" isimli Twitter hesabından yapılan bazı paylaşımlar ile ilgili bilgilerin yer aldığı kısım ve Türkiye'nin sınıra yakın bölgelerde el-Nusra'ya yardım ettiğine yönelik Rus makamlarının iddialarını içeren açıklamalar silinmiştir. Ayrıca Nusra

Cephesi ve IŞİD hakkındaki paragrafların büyük ölçüde revize edildiği, nispeten bilinirliği yüksek, farklı bakış açılarını yansıtan kaynaklara atıf yapıldığı tespit edilmiştir. Son olarak IŞİD tarafından Suriye'den Türkiye'ye yapıldığı ileri sürülen petrol kaçakçılığı ile ilgili paragraf da maddeden çıkarılmıştır.

ii. "Foreign involvement in Syrian Civil War" başlıklı maddenin "Turkey" başlığında da aynı yönde değişikliklerin yapıldığı, bazı içeriklerin atıflarının güçlendirildiği ve güvenilirliği doğrulanamayan bazı içeriklerin çıkarıldığı tespit edilmiştir. Suriye'den Türkiye'ye yapıldığı iddia edilen petrol kaçakçılığına ilişkin haberlerin ardından gelmek üzere Türkiye'nin ve Irak Kürt Bölgesel Yönetiminin petrol kaçakçılığı iddialarını yalanladığına ilişkin bir cümle ile ABD'nin Türkiye Büyükelçisi John R. Bass'ın bu iddiaların asılsız olduğunu açıkladığı ve 2014 yılındaki bu iddiaları dolayısıyla CIA'in özrünü içeren bir paragrafın da eklendiği görülmüştür.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 5651 sayılı Kanun'a 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un **2**9. maddesi ile eklenen "Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 8/A maddesi şöyledir:

"(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(2) Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirm dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmes yapılamadığı veya ilgili içeriğe

erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkan tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara Başkan tarafından elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararları

a. Bilgi Toplumunda İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Hakkında CM (2005)56 Final Sayılı Bildirge

29. Bildirge'nin "Bilgi Toplumunda İnsan Hakları" başlıklı birinci bölümünde şu ifadelere yer verilmiştir:

"1. İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğü hakkı

Bilgi ve iletişim teknolojileri (BİT) herkese ifade özgürlüğünü kullanabileceği emsalsiz olanaklar sağlamaktadır. Ancak BİT'ler bu özgürlük için aynı zamanda -devlet ve devlet dışı aktörler tarafından sansür uygulanması gibi- önemli bir dizi engel oluşturmaktadır.

İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğüne elektronik ortamda, elektronik olmayan ortamda olduğu gibi saygı gösterilmelidir ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden başka bir sınırlandırmanın konus olmamalıdır. Yani sadece elektronik ortamda bulunduğundan bahisle sınırlandırma yapılmamalıdır.

...

Üye devletler, devlet ve devlet dışı aktörler tarafından yapılan sansüre engel olmak için yasal ve uygulanabilir önlemleri sağlamalı ve geliştirmelidir.

..."

b. İnternette Bilginin Serbest Sınır Ötesi Akışı Konusunda Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı CM/Rec(2015)6

30. Kararda ilk olarak ülke sınırlarından bağımsız ve müdahale olmaksızın bilgi, fikir alma ve aktarma hakkını içeren ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun vazgeçilmez temel taşlarından, toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biri olduğu vurgulanmaktadır. Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin **1**9. maddesinde belirtilen hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin çevrim içi ve çevrim dışında eşit olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Karara göre AİHS'in 10. maddesi yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım ve barındırma araçlarını da ilgilendirmektedir. Zira bu araçlara getirilen herhangi bir kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır.

31. Kararın "İnternet'te Bilginin Serbest Sınır Ötesi Akışına İlişkin İlkeler" başlıklı bölümünde devletlerin ulusal politikalarını değerlendirirken, geliştirirken ve uygularken internet üzerindeki serbest sınır ötesi bilgi akışını olumsuz yönde etkileyecek müdahalelerin belirlenmesi ve önlenmesinde gerekli özeni göstermeleri devletlere tavsiye edilmektedir. Bu kapsamda devletler, yasa dışı olarak nitelendirilen içeriğe veya hizmetlere erişimin engellenmesinin AİHS'in 8., 10. ve 11. maddeleri ile uyumlu olmasını sağlamakla yükümlüdür. Özellikle kamu makamları tarafından internetteki yasa dışı içerikle veya faaliyetlerle mücadele etmek için alınan önlemler, devletin sınırlarının ötesinde gereksiz ve orantısız bir etkiye neden olmamalıdır.

c. İnternet Özgürlüğü Konusunda Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı CM/Rec(2016)5

32. Kararın "İnternet Özgürlüğüne İlişkin Göstergeler" başlıklı ekinin "2.**2.** Kanaat Özgürlüğü ve Haber Alma ve Verme Hakkı" alt başlığı altında yer alan ilgili maddeler şöyledir:

"2.2.1. Devlet makamları veya özel sektör aktörleri tarafından bir internet platformuna (sosyal medya, sosyal ağlar, blog veya diğer web siteleri) veya BİT araçlarına (anlık mesajlaşma veya diğer uygulamalar) erişimin engellenmesi veya kısıtlanması için alınan tüm tedbirler veya bu işlemlerin yürütülmesi için devlet makamlarından gelen tüm talepler kısıtlamaların yasallığı, meşruiyeti ve orantılılığı açısından Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen hükümlere uygun olmalıdır.

2.2.2. Devlet makamları veya özel sektör aktörleri tarafından bir internet içeriğinin engellenmesi, filtrelenmesi veya kaldırılması için alınan tüm tedbirler veya bu işlemlerin yürütülmesi için devlet makamlarından gelen tüm talepler kısıtlamaların yasallığı, meşruiyeti ve orantılılığı açısından Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen hükümlere uygun olmalıdır.

..."

2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Görüşü

33. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesiyle ilgili olarak 11/7/2011 ile 29/7/2011 tarihleri arasında gerçekleştirilen 102. oturumunda kabul edilen 34 sayılı genel görüşlerinde şu hususlara yer vermiştir:

"12. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesinin 2. fıkrası, tüm ifade biçimlerini ve bunların yayılma araçlarını korur. İfade biçimleri arasında konuşma, yazı ve işaret dili ile sanatsal görüntüler ve objeler gibi sözel olmayan ifadeler bulunur. İfade araçları; kitapları, gazeteleri, broşürleri, posterleri, afişleri, kıyafet seçimini ve resmi mercilere sunulan dilekçeleri içerir. İfade araçları; tüm görsel-işitsel biçimlerinin yanı sıra elektronik ve internet tabanlı ifade biçimlerini de kapsar.

...

15. Taraf Devletler, internet ve mobil tabanlı elektronik bilgi yayma sistemleri gibi bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin dünyadaki iletişim teamüllerini büyük ölçüde değiştirdiğini dikkate almalıdır. Artık bilgi ve fikir alışverişi için geleneksel kitle iletişim araçlarının mutlak varlığına ihtiyaç duymayan küresel bir ağ var. Taraf Devletler, bu yeni medyanın bağımsızlığını teşvik etmek ve bireylerin oraya erişimini sağlamak için gerekli tüm adımları atmalıdır.

...

43. Web sayfalarının, blogların veya internet temelli, elektronik veya diğer bilgi yayma sistemlerinin, ayrıca örneğin internet hizmet sunucuları veya arama motorları gibi bu tür iletişimi destekleyen sistemlerin işleyişine getirilecek herhangi bir kısıtlama, ancak Sözleşme'nin 19. maddesinin 3'üncü fıkrasına uygun gerekçelerle kabul edilebilir. İzin verilebilir kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır; belirli sitelerin ve sistemlerin işleyişine getirilecek genel yasaklar 3. fıkra ile bağdaşmaz. Ayrıca, bir siteye veya enformasyon yaygınlaştırma sistemine yalnızca hükumete veya hükumetin temsil ettiği siyasal sisteme yönelik eleştirel tutum alabileceği ve bu yönde yayınlar yapabileceği gerekçesiyle yasak getirilmesi de 3'üncü fıkra ile bağdaşmaz."

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini belirtmektedir. AİHM'e göre 10. maddenin ikinci fıkrası saklı tutulmak üzere ifade

özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. İfade özgürlüğü; yokluğu hâlinde demokratik bir toplumdan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu, ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamaktadır (Handyside/Birleşik Krallık [GK], B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; Von Hannover/Almanya (No. 2) [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

35. AİHM'in internette ifade özgürlüğü ile ilgili kararları incelendiğinde genellikle çevrim dışı olarak geçerli olan her kuralın çevrim içi olarak da geçerli olduğu ilkesinden hareket ettiği, bununla birlikte internet ortamının kendine özgü özelliklerini de dikkate aldığı görülmektedir. AİHM, internet ortamını ifade özgürlüğünü genişleten yeni bir mecra olarak değerlendirmekte; bilgiyi alma, aktarma ve yaymaya yarayan bir yayın aracı olarak nitelemektedir (bu yönde bir değerlendirme için bkz. Ahmet Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18/12/2012, § 50). AİHM, ifade özgürlüğünün uygulanması konusunda internet sitelerinin önemine ilişkin görüşünü Times Newspapers Ltd/Birleşik Krallık (No. 1 ve 2) (B. No: 3002/03 ve 23676/03, 10/3/2009, § 27) kararında vurgulamıştır. AİHM'e göre internet, erişilebilirliği ve muazzam miktarlarda bilgiyi depolama ve iletme kapasitesi açısından kamunun haberlere erişimini artırmakta ve genel olarak bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmakta önemli bir rol oynar.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 26/12/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

37. Birinci başvurucu;

- Wikipedia'nın tüm dünyadan sayısız gönüllü kullanıcı tarafından yüzlerce dilde yazılmış zengin, tarafsız ve eğitici bilgilerden oluşan bir kaynak olduğunu, içeriğinin ifade ve basın özgürlükleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, sitenin tamamına erişimin engellenmesinin demokratik bir toplumun gereklerine aykırı ve orantısız bir müdahale olduğunu belirterek ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

- Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesinin onaylanması kararına konu iki maddede on binden fazla kelimenin ve yüzlerce alıntının yer aldığını, gerekçeli kararda makalelerin hangi kısımlarının hangi nedenlerle hukuka aykırılık teşkil ettiğinin belirtilmediğini ve kararın

milyonlarca bilgi içeren bir sitenin tamamına erişimin engellenmesi için yeterli bir gerekçe ihtiva etmediğini ileri sürmüştür. Erişimin engellenmesi kararının onaylanmasına itirazın da ülkede bulunan olağanüstü hâl koşullarına dayanılarak reddedildiğini, Anayasa'nın **15.** maddesinde öngörülen olağanüstü hâl düzeninin devlet organlarınca alınan her türlü karar ve yapılan tüm işlemlerin olağanüstü hâl rejimine tabi olduğu şeklinde anlaşılamayacağını, üstelik şikâyet konusu erişimin engellenmesi kararı, olağanüstü hâlin ilanını gerektiren nedenlerle ilgili olmadığından olağanüstü hâl tedbiri olarak da görülemeyeceğini belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

38. İkinci başvurucu; ifade özgürlüğünü, bilgiye erişim ve bilgiyi yayma haklarını savunan ve bu bağlamda yasal faaliyetler yürüten bir sivil toplum örgütü olduğunu, Wikipedia'ya erişimin engellenmesinin milyonlarca okuyucunun ifade özgürlüğünü ve bilgiye erişim hakkını ortadan kaldırdığını belirterek tüm Wikipedia kullanıcılarının ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Üçüncü ve dördüncü başvurucular; birinci başvurucunun iddialarına benzer şikâyetlerin yanı sıra kullanıcı sıfatıyla başvuru yaptıklarını, internet ve insan hakları alanlarında çalışan akademisyenler olduklarını ve uzun yıllardır bilimsel çalışmaları ve eğitim öğretim faaliyetleri kapsamında Wikipedia'yı kullandıklarını, bazı konularda Wikipedia'nın sağladığı bilgilerin alternatifine ulaşmanın çok güç olduğunu, haber ve görüş alma haklarına yapılan müdahale nedeniyle ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

40. Bakanlık görüşünde; erişimin engellenmesi kararının uygulanması amacıyla öncelikle uyar-kaldır prosedürünün harekete geçirildiği, birinci başvurucuya söz konusu URL adreslerinde bulunan içeriklerin kaldırılması için bildirimde bulunulduğu, sonuç alınamadığı için ve ayrıca ilgili URL adreslerinin de şifreli olması nedeniyle teknik olarak erişimin engellenmesi mümkün bulunmadığından internet sitesinin tamamına yönelik erişimin engellenmesi kararı verildiği ifade edilmiştir. Bakanlık; URL adreslerindeki içeriklerin haksız saldırı niteliğinde olduğunu ve yanıltıcı bilgiler içerdiğini, bu içeriklerin yayımlandığı internet sitesinin insanlarca kolay erişilebilir bir platform olduğunu, dolayısıyla bunların geniş kitleler üzerinde yaratacağı etkiyi dikkate alarak alınan tedbirin demokratik toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir. Bakanlık, Sulh Ceza Hâkimliğinin internet sitesinin tamamına yönelik verilen erişimin engellenmesi kararının URL adreslerindeki içeriklerin siteden çıkarılması koşuluyla kaldırılacağına karar vermesi nedeniyle müdahalenin orantılı olduğunu bildirmiştir. Bakanlık ayrıca, kullanıcı sıfatıyla yapılan başvuruların başvuruculara mağdur sıfatını haiz olmamalarından dolayı kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğunu değerlendirmiştir.

41. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde birinci başvurucu, esas itibarıyla bireysel başvuru formundaki iddialarını yinelemiştir. Birinci başvurucu:

- İnternet sitesinin tamamının kapatılmasının nedeni olarak gösterilen "millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması" kavramının idari ve yargısal makamlar tarafından çok geniş yorumlandığını ifade etmiştir. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararda, erişimin engellenmesi kararının sebebi olarak haksız saldırı niteliğindeki başvuru konusu içeriklerin devletin itibarını zedelemiş olmasının gösterildiğini, ancak bu sebebin "millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması" amaçlarıyla bağının kurulmadığını iddia etmiştir.

- Devletlerin kişiler gibi şeref ve itibar hakkı yönünden bir korumaya tabi tutulamayacağını, kamuyu ilgilendiren konulara ilişkin bilgi ve iddiaların devletin itibarının zedelenmesi gibi bir çekince söz konusu olmadan paylaşılabilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

- Wikipedia'nın herkese açık bir platform olduğunu bildirmiştir. Wikipedia'da yer alan maddelerin bağımsız ve gönüllü editörler tarafından oluşturulduğunu ve sürekli geliştirildiğini, dünyanın her yerinden kullanıcılar tarafından bilgi eklenebildiği için farklı görüşlere açık olduğunu, bu nedenle birbiriyle çelişen tartışmalı konuları da barındırdığını ifade etmiştir. Wikipedia'da yer alan hiçbir bilginin kalıcı ve kesin olmadığını, nitekim başvuru konusu içeriklerde de editörler tarafından erişimin engellenmesi kararından sonra kapsamlı değişiklikler yapıldığını bildirmiştir.

42. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde üçüncü ve dördüncü başvurucular esas itibarıyla bireysel başvuru formundaki iddialarını yinelemiştir. Bundan başka başvurucular;

- Bakanlığın AİHM'in ve Anayasa Mahkemesinin erişimin engellenmesi ile ilgili hiçbir içtihadına görüşünde yer vermediğini, özellikle Anayasa Mahkemesinin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için idari ve yargısal makamlar tarafından uyulması gereken ilkelerin ayrıntılı olarak ele alındığı Birgün İletişim ve Yayıncılık A.Ş. ([GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019) kararı görmezden gelinerek görüş oluşturduğunu belirtmişlerdir.

- Bütün dünyada erişilebilir olan başvuru konusu içeriklere sadece Türkiye'den erişimin engellenmesi ile hangi tehlikenin acil olarak önlendiğini anlamanın mümkün olmadığını ve 5651 sayılı Kanun'un uygulanmasının sorunlu olduğunu Hükûmetin de kabul ettiğini ifade etmişlerdir. Cumhurbaşkanı tarafından 30/5/2019 tarihinde açıklanan Yargı Reformu Strateji Belgesi'nde birinci amaç olarak "Hak ve Özgürlüklerin Korunması ve Geliştirilmesi"nin belirlendiğini, bu kapsamda düzenlenen **11.** hedefin (e) bendinde, 5651 sayılı Kanun'da yer alan erişimin engellenmesi usullerinin ifade özgürlüğü çerçevesinde ele alınarak gerekli değişikliklerin yapılacağı bilgisinin yer aldığını belirtmişlerdir. Buna rağmen Bakanlığın görüşünde 5651 sayılı Kanun ile ilgili sorunlara ışık tutacak hiçbir değerlendirme yapılmadığını ifade etmişlerdir.

B. Değerlendirme

43. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuruculaların tüm şikâyetleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

44. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

1. Uygulanabilirlik Yönünden

45. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 187-191). İtiraz merciinin gerekçesinde erişimin engellenmesi tedbirinin olağanüstü hâl kapsamında alındığına yönelik bir açıklamaya yer verilmiş ise de, BTK'nın erişim engeli kararında da, ilk derece mahkemesi olan Ankara 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararında da tedbirin olağanüstü hâl kapsamında alınan tedbirlerden olduğuna ilişkin bir saptama yapılmamıştır.

46. Olağanüstü yönetim usulleri devletin varlığına yönelmiş olağanüstü bir tehdidi veya mevcut bir tehlikeyi olağan tedbirlerle ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı hallerde ve devleti olağan düzenine döndürmek amacıyla başvurulan yöntemlerdir. Bu itibarla olağanüstü hâl kapsamında alınacak tedbirlerin olağanüstü hâli doğuran sebeplerin bertaraf edilmesine yönelik olması gerektiği izahtan varestedir. Dolayısıyla başvuru konusu erişimin engellenmesi tedbirinin olağanüstü hâl döneminde alınmış olması tek başına, bu tedbir aracılığıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kullanımının durdurulması" kenar başlıklı 15. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği anlamına gelmez.

47. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış, bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiştir. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25).

48. Başvuru konusu erişimin engellenmesi kararı olağanüstü hâl ilanını gerektiren nedenle alakalı olmadığı gibi olağanüstü hali doğuran sebeplerin bertaraf edilmesiyle de ilgili değildir. Bu nedenle somut başvuruda ayrıca Anayasa'nın **15.** maddesi yönünden bir inceleme yapılmayacaktır.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. İkinci Başvurucunun Başvurusuna İlişkin Olarak

49. Anayasa Mahkemesi toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan ve "halk davası" (actio popularis) olarak isimlendirilen başvuruların bireysel başvuru hakkı kapsamında kabul edilmediğini pek çok kez vurgulamıştır (Tezcan Karakuş Candan ve diğerleri, B. No: 2013/1977, 9/1/2014 § 21; Mahmut Tanal, B. No: 2014/11368, 23/7/2014, § 20; Liberal Demokrat Parti, B. No: 2014/11268, 23/7/2014, § 18). 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un **46.** maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda mağdur statüsüne sahip olabilmesi için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir. Bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp ihlalden doğrudan etkilendiğini, yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda ikna edici açıklamalar yapması gerekir (Mahmut Tanal, § 34; Ayşe Hülya Potur, B. No: 2013/8479, 6/2/2014, § 24; Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), B. No: 2015/15977, 12/6/2019, § 36).

50. Somut olayda ifade özgürlüğünü savunan ve bu bağlamda yasal faaliyetler yürüten bir sivil toplum kuruluşu olduğunu belirten başvurucu, başvuru konusu erişimin engellenmesi kararının tüm Wikipedia kullanıcılarının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmekle yetinmiş; anılan karardan kişisel olarak ve doğrudan etkilendiği konusunda ikna edici bir açıklamada bulunmamıştır.

51. Açıklanan gerekçelerle ikinci başvurucu Punto 24 Bağımsız Gazetecilik Derneği tarafından yapılan başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Başvuruculaların Başvurularına İlişkin Olarak

52. Üçüncü ve dördüncü başvurucular, Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi şeklindeki kararın bilgi ve fikir alma haklarını ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2) kararında; ifade aracına yönelik müdahaleler nedeniyle bilgi ve fikir alma hakkına sahip olan üçüncü kişiler tarafından ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda, başvurucuların mağdur sıfatını taşıyıp taşımadığı hususunun somut olayın koşulları bağlamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş ve başvurucuların mağdur sıfatı taşıdıklarının kabul edilebilmesi için somut olayda bulunması gereken birtakım kriterler belirlenmiştir. Anılan kararda, başvurucunun mağdurluk sıfatının bulunup bulunmadığı değerlendirilirken somut olayın koşullarına uyduğu ölçüde;

i. Başvurucunun ifade aracını (internet sitesi, sosyal medya platformu, kitap, gazete, dergi vb.) kullanma şekli (içerik sağlayıp sağlamaması: aktif kullanıcı-pasif kullanıcı),

ii. İfade açıklamasına yönelik tedbirin bilgi alma hakkına sahip olan başvurucu üzerinde doğurabileceği sonuçların ağırlığı,

iii. Bilgiye başka yollardan erişim sağlama imkânının bulunup bulunmadığı,

iv. İfade aracının (somut olayda erişimi engellenen internet sitelerinin ve sosyal medya hesaplarının) özellikleri (kullanıcı/ziyaretçi/takipçi sayısı, işlevi, ulusal/uluslararası platformlarda bilinirliği, alternatifi olup olmaması vb.),

v. İfade aracına yapılan müdahale nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun kalınıp kalınmadığı,

vi. Alınan tedbirin başvurucunun kamusal tartışmaya katılımına engel olup olmadığı,

vii. Alınan tedbir nedeniyle başvurucunun somut olarak belirlenebilir bir menfaatten yoksun kalıp kalmadığı

gibi hususların incelenerek sonuca varılacağı belirtilmiştir (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), § 37).

53. Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2) kararında, başvuru konusu olayda 350'si Twitter, Youtube, Dailymotion ve Facebook isimli sosyal paylaşım sitelerine ait kişisel hesaplar ile bazı internet haber siteleri ve kullanım amacı belirli olmayan birtakım internet sitelerinden oluşan 615 adrese erişimin engellenmesine ilişkin şikayet yukarıda sayılan kriterler dikkate alınarak incelenmiş ve başvuruculaların söz konusu adreslerin aktif kullanıcıları olduklarını gösteremedikleri gibi belirli bir menfaatten yoksun kaldıklarını da kanıtlayamadıkları sonucuna

varılmıştır. Başvuruculaların söz konusu internet adresleri dışında başka hiçbir şekilde bilgiye erişim imkânı elde edemediklerini ispat edemedikleri, çok büyük bir kısmında asker, polis ve köy korucularının görüntülerine ve bazı videolara yer verilerek intikam almaya, şiddeti teşvik etmeye yönelik paylaşımların yer aldığı internet sitelerinin engellenmesi tedbiri nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun bırakıldıklarını ve bu durumun kamusal tartışmaya katılmalarına engel oluşturduğunu gösteremedikleri kanaatine ulaşılmıştır. Dolayısıyla Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2) kararında başvuruculaların erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında doğrudan ve kişisel bir bağ kuramadıkları, mağdur olduklarını soyut iddialardan öteye geçen, makul ve ikna edici gerekçelerle kanıtlayamadıkları sonucuna varılmıştır (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), §§ 39-46).

54. Ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir köşe yazısına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (3) kararında da iki akademisyenin başvurusu incelenmiştir. Söz konusu karara konu olayda, erişimi engellenen ulusal gazetenin sorumlu kişileri veya köşe yazısı sahipleri tarafından herhangi bir yargı merciine başvurulmamıştır. Yukarıda sıralanan kriterlerin (§ 52) uygulandığı söz konusu kararda, başvuruculaların erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında doğrudan ve kişisel bir bağ kuramadıkları, mağdur olduklarını soyut iddialardan öteye geçen, makul ve ikna edici gerekçelerle kanıtlayamadıkları sonucuna varılmıştır (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (3), B. No: 2015/17387, 20/11/2019, § 25).

55. Başvuru konusu olay bağlamında yapılan incelemede Wikipedia'nın işlevi, kullanıcı sayısı, ulusal ve uluslararası platformlarda bilinirliği, alternatifinin olmaması (bkz. §11) gibi özellikleri gözönünde bulundurularak önemli bir bilgi kaynağı olduğu, kullanıcı sıfatı taşıyan ve yıllardır bilimsel çalışmaları ve eğitim-öğretim faaliyetleri kapsamında Wikipedia'yı kullandıklarını ifade eden başvuruculaların böyle bir kaynaktan yoksun kalmalarından dolayı mağdur sıfatı taşıdıkları kabul edilmiştir (kullanıcıların mağdur statüsünün kabul edildiği benzer bir karar için bkz. Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, §§ 27-28)

56. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın birinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular yönünden kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

57. Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına yönelik erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararıyla içerik sağlayıcı sıfatı nedeniyle birinci başvurucunun, kullanıcı sıfatı nedeniyle de üçüncü ve dördüncü başvuruculara ifade

özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

58. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın **13.** maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın **13.** maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

59. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın **13.** maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

60. Somut olayda ilk olarak Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü, BTK'ya gönderdiği yazı ile 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" açısından Wikipedia'da bulunan başvuruya konu iki içeriğin çıkarılması, çıkarılmaması durumunda içeriklere erişimin engellenmesi, içeriklere erişimin engellenememesi durumunda da alan adı üzerinden internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmesini talep etmiştir (§ 15). BTK, "5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen sebeplerle" internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar vermiş (§ 17) ancak somut olarak hangi sebebe dayandığını açıklamamıştır. Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliği "terörü öven, şiddette ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" sebeplerine dayanarak erişimin engellenmesini uygun bulmuştur (§ 19). Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliği söz konusu karara vaki itirazı ise başvuru konusu yazılarda "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, ...uluslararası platformda ve ülke içerisinde saygınlık ve itibarını zedeleyecek terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimi verecek derecede haksız nitelikte saldırının" bulunması sebebine dayanarak reddetmiştir (§ 20).

61. Başvuruya konu olayda ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanuni dayanağı olarak 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi gösterilmiş, buna karşın bahsi geçen kuralın (1) numaralı fıkrasında sayılan ve müdahaleye izin veren sebeplerden hangisine dayanıldığı açıkça ifade edilmediği gibi müdahalenin dayanağını teşkil eden kuralda yer almayan "devletin itibarı" da müdahale sebebi olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla Kanun'un ilgili kuralının keyfiliğe yol açıldığı izlenimi oluşturacak şekilde genişletici bir yoruma tabi tutulduğu anlaşılmaktadır.

62. Bununla birlikte başvuruculaların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuniliğine ilişkin değerlendirmelerin müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerle kuvvetli bir ilişkisi bulunmaktadır. Somut olayın değerlendirilme yöntemi gözönüne alındığında mevcut başvurunun koşullarında ilgili normların kanunla sınırlama ölçütünü karşılayıp karşılamadığına ilişkin nihai bir değerlendirmeye değil müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının değerlendirilmesine ihtiyaç bulunduğu kanaatine ulaşılmıştır.

ii. Meşru Amaç

63. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için bu müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla yapılmış olması gerekir.

64. Başvuruya konu internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin kararın amacını tespit etmek ise oldukça zor görünmektedir (bkz. § 60). Somut olayda müdahalenin meşru sebebi yönünden bir sorun olmadığı söylenemez. Bununla birlikte kanunilik yönünden yapılan değerlendirmede tespit edilenle bağlantılı olan bu mesele, yakından ilgili olduğu demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütü yönünden yapılacak değerlendirmede ele alınacaktır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

65. Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı; ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın

karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

(2) İfade Özgürlüğü ve İnternetin Rolü

66. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43). Bu kapsamda haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören internet Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 30, 33).

67. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 34; C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018, § 27).

68. Barındırdığı bilgilerle temel başvuru kaynağı hâline gelen internet, kişilere milyonlarca içerik arasından özgür seçim şansı sunmakta; kamusal tartışmalara aktif katılım olanağı sağlamaktadır. İnternet karşılıklı etkileşime açık yapısı, düşünceleri alma ve iletmede sunduğu geniş imkânlar ile ifade özgürlüğünün kullanımında vazgeçilmez bir vasıta olmuştur.

69. İnternetin, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmasında sosyal medyanın önemi yadsınamaz. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. Nitekim Wikipedia da bir sosyal medya olarak kullanıcılarının kendi ürettiği içeriği yayınladığı ve paylaştığı online bir ağdır. Daha önce de internetin sağladığı sosyal medya zemininin kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için

vazgeçilmez niteliğine vurgu yapan Anayasa Mahkemesi sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiğini ifade etmiştir (bkz. Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri, § 52).

70. İnternetin ifade özgürlüğü üzerindeki önemine karşın internet ortamında üretilen içeriklerin bir kısmının birey, millet ve devlet hayatı için ciddi riskler barındırdığı; kendine has özellikleri nedeniyle internetin aynı zamanda ciddi biçimde suistimal edildiği de açıktır. Sosyal hayatı zenginleştiren, bilgi edinme süreçlerini kolaylaştıran, yeni iş fırsatları doğuran internet; aynı zamanda bazı bireylerin başta kişilik hakları olmak üzere temel haklarına ağır saldırıların gerçekleştirildiği; yanlış bilgilerin yayılması, siber zorbalık, sanal dolandırıcılık, pornografi, çocuk istismarı, fuhuş, kumar, şiddetin, nefretin ve ırkçılığın yayılması, terörizmin desteklenmesi ve yaygınlaştırılması gibi topluma ve devlete yönelik gerçek güvenlik risklerinin ve zararlarının oluşmasına neden olan bir ortam haline de gelebilmektedir.

71. Şüphesiz bu risklerle mücadelede yalnızca internete getirilecek kısıtlamalar ile başarılı olabilmek mümkün değildir. İnternetin sınır tanımayan özelliği ve hiçbir ülkenin tekelinde olmaması devletlerin bu alana müdahale konusundaki başarı şansını azaltmaktadır. İnternet ortamında yer alan içeriğe müdahalenin bir aracı olarak kullanılan erişimin engellenmesi tekniklerinin etkili olabilmesi için engellemenin ülke genelindeki internet trafiğinin tüm çıkış noktalarında uygulanması gerekmektedir. Bu sebeplerle günümüzde devletler çocuğun cinsel istismarı, nefret söylemi, terörizm gibi demokratik toplum düzenini tehdit eden suçları barındıran içeriklerle mücadele etmekte, bu tür içeriklerin internet ortamında yayılmasını önlemek için çeşitli yasal düzenlemeler yapmakta ve suç teşkil eden içeriklerle mücadelede uluslararası işbirliğine gitmektedir.

72. Açıktır ki söz konusu uluslararası işbirliğinin sağlanması, temel hakların gözetildiği ve titizlikle uygulanan bir yasal çerçevenin yanısıra kamu gücünü kullanan organların müdahalelerinin haklılığını; kamuoyunun ve bireylerin sahip oldukları hakların dengelendiğini yeterince gösterebilmeleri ile mümkündür.

(3) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

73. Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. kararında 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret

A. Ş., §§ 63-72). Buna göre Kanun'un 8/A maddesi ile kanun koyucu, internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin bir şekilde yapılabilmesi ihtiyacı nedeniyle özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir tedbir usulü öngörmüştür (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 63).

74. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yolu ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur. Yetkili makamlardan bu yolun gecikmesinde sakınca bulunan hâllere özgü olarak kullanılması gereken istisnai bir yol olduğu bilinciyle hareket ederek hassasiyetle karar vermeleri beklenir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 71).

75. Şiddeti öven, kişileri terör örgütünün yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik eden yayınlar gibi internet ortamında demokratik toplum düzenini tehlikeye atan yayınların daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan ve Başkan tarafından verilen kararı içeren istisnai usul işletilebilir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 72).

76. Böyle durumlarda başvuruya konu İnternet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak görünüşte veya ilk bakışta haklılık olarak nitelendirilebilir. İnternet ortamındaki yayınlara idare tarafından yapılan müdahalelerin, gecikmesinde sakınca bulunan hâller ve müdahalenin haklılığının ilk bakışta anlaşılabildiği durumlarla sınırlanması kamusal menfaatlerin hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş., §§ 71-72; Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 62-63).

77. İnternet yayınının demokratik toplum düzenini tehlikeye atıp atmadığının belirlenmesi daha ileri bir incelemeyi gerektiriyorsa ve müdahalenin haklılığı ilk bakışta anlaşılamıyorsa yayınların idare tarafından engellenmesi biçimindeki istisnai usul yerine yine 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan "mahkeme yolunun" işletilmesi gerekir.

(4) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesine Karar Verilmesi Biçimindeki Müdahalelerde İdari ve Yargısal Makamlar Tarafından Gözetilmesi Gereken Hususlar

78. Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. kararında 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında idare tarafından internet ortamında yer alan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilmesi biçimindeki müdahalelerde dayanılan gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından demokratik

toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için idari ve yargısal makamlar tarafından gözetilmesi gereken hususları da belirlemiştir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş., §§ 73-75).

79. Erişimin engellenmesi kararı onayına sunulan sulh ceza hâkimliğinin ve itiraz merciinin, erişimin engellenmesi kararının verilmesini talep eden ve/veya kararı veren idari makamlarla aynı sonuca ulaşmaları ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararlarına yansıtmaları, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterli kabul edilebilir. Bununla birlikte sulh ceza hâkimliğinin erişimin engellenmesine ilişkin BTK kararlarının gerekçelerini tekrar ettiği veya atıfla yetindiği hâllerde Anayasa Mahkemesi, dayanılan BTK kararlarının gerekçelerini denetleyecektir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 73).

80. Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. (aynı kararda bkz. § 74) kararında, mevcut başvuruya benzer şikâyetlerde derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve benzer başvuruların koşullarına göre değişebilecek unsurlar şu şekilde sıralanmıştır:

i. Başkan tarafından internet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve/veya yargısal makamlar tarafından ortaya konulmalıdır.

ii. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak ortaya çıkabileceği dikkate alındığında yayının içeriği ile bu sebepler arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Böyle bir analizin yapılabilmesi için, söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

81. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için incelenmesi zorunlu hususlar da Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. kararında açıklanmıştır. Mezkûr dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

- Yayınla bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefretin alevlendirilip alevlendirilmediğinin,

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

- Yayınla şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişilerin nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edilip edilmediğinin,

- Yayının suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,

- Yayının kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin,

- Yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesinin yayına erişimin engellenmesi kararına etki edip etmediğinin,

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının,

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının

yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

(5) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

82. Wikipedia; dünya üzerinde milyonlarca kullanıcısı olan ve sistemde yer alan içeriklerin kullanıcılar tarafından oluşturulduğu bir internet platformudur. Wikipedia'ya yeni bir içerik eklenmesi veya var olan içeriğin zenginleştirilmesi, içeriklerde bulunan bazı bilgilerin güncellenmesi, bazılarının silinmesi gibi değişiklikler sistemde kayıtlı, editör olarak adlandırılan kullanıcılar tarafından yapılmaktadır. Çevrim içi ansiklopedi olarak nitelendirilen ve her alanda önemli miktarda bilgi barındıran Wikipedia, her gün milyonlarca kişi tarafından ziyaret edilmektedir. Sitede yer alan arama butonu sayesinde bilgi edinilmek istenen konu hakkındaki içerikler kısa sürede bulunabilmekte, iç bağlantılar aracılığıyla da aranılan konu ile alakalı daha fazla bilgiye erişilebilmektedir. Böyle bir platformun bilginin herkes tarafından ulaşılabilir olmasına sağladığı katkı tartışmasızdır. Dolayısıyla bilgi alma ve verme özgürlüğüne halel gelmemesi için Wikipedia'da yer alan içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla yapılacak bir

müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya konulmalıdır.

83. Başvuru konusu olayda iki URL adresinde yer alan içerik nedeniyle Wikipedia sitesinin tamamına erişim engellenmiştir. Bahsi geçen URL adreslerinden ilki "State-Sponsored Terrorism" (Devlet Destekli Terörizm) başlığı altında bulunmaktadır. Bu başlık altında on altı ülke belirtilmiştir. Ülke adlarına verilen bağlantılarla her birinin terörizme sağladığı iddia edilen desteğe ilişkin açıklamalara ulaşılmaktadır. Erişimin engellenmesi tedbirinin konusu "Turkey" alt başlığında yer alan içeriktir. Diğer URL adresi ise "Foreign involvement in the Syrian Civil War" (Suriye İç Savaşına Yabancı Katılımı) başlığının altında bulunmaktadır. Bu başlık altında Suriye'deki iç savaşla bağlantılı görülen ülkeler "Support for the Syrian Ba'athist government" (Suriye Baas hükumetine destek) ve "Support for Syrian opposition" (Suriye Muhalefetine Destek) başlıkları altında sınıflandırılmıştır. Erişimin engellenmesi tedbirinin konusu "Support for Syrian opposition" başlığı altındaki "Turkey" alt başlığında yer alan içeriktir (§ 16).

84. Her iki URL adresindeki içerik de Suriye'de yaşanan iç savaşın önemli dış aktörlerinden biri olarak nitelendirilen Türkiye'nin mevcut rejime karşı, terör örgütleri de dâhil olmak üzere Suriye'deki muhalif güçleri desteklediği iddiaları ile ilgilidir. Türkiye'nin IŞİD gibi terör örgütlerine maddi yardımın yanında askerî ve lojistik destek sağladığı ve IŞİD ile petrol ticareti yaptığı ileri sürülmektedir.

85. URL adreslerinde yer alan maddeler incelendiğinde iddiaların önemli bir kısmının ulusal ve uluslararası basında yer alan haberlere dayandırıldığı görülmektedir. Wikipedia'ya erişim engellenmiş olmakla birlikte referans yapılan bu kaynakların tamamına yakını internet üzerinden erişilebilir durumdadır. İçeriklerde ayrıca başta Türkiye'deki iktidar ve anamuhalefet partisi yetkililerinin beyanları olmak üzere ulusal ve uluslararası kamuoyunda tanınmış kişilerin açıklamalarına da yer verilmektedir. Bazı iddialara ise herhangi bir dayanak gösterilmediği veya kaynaklarının güvenilirliğinin tartışmalı olduğu anlaşılmaktadır.

86. URL tabanlı engellemenin teknik olarak mümkün olmaması ve birinci başvurucunun da anılan içerikleri internet sitesinden çıkarmaması, erişimin engellenmesi tedbirinin sitenin tamamına yönelik olarak uygulanmasına neden olmuştur. Gerek idari makamlar gerek Sulh Ceza Hâkimliği, erişimin engellenmesi tedbirinin gerekçesi olarak yalnızca anılan içeriklerin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâl kapsamında olmalarını göstermişlerdir. Sulh Ceza Hâkimliği, birinci başvurucunun erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına yönelik başvurusunu ise anılan

içerikler ile uluslararası platformda ve ülke içinde Türkiye'nin saygınlık ve itibarını zedeleyecek, terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimi verecek derecede haksız nitelikte saldırıda bulunulduğu gerekçesiyle reddetmiştir (bkz. § 20).

87. Öncelikle belirtmek gerekir ki 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilmesi biçimindeki yol ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 72). Somut olayda Wikipedia'ya erişim Kanun'un 8/A maddesine dayanılarak engellenmiş, ancak idari makamlarca da derece mahkemelerince de anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar (bkz. § 78-81) değerlendirilmemiştir. Erişimin engellenmesi kararına konu URL adreslerinde yer alan yayınların içeriği ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulamadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir.

88. Diğer taraftan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" gibi ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve önceden bilinmesi mümkün olmayan durumları ifade eden ibarelerin içerik ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ibarelere, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmekte ve içerikleri somutlaştırılmaktadır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014). Bununla birlikte anılan ibarelerin keyfî uygulamalara yol açacak şekilde ve geniş yorumlanması ifade özgürlüğünün ihlaline sebebiyet verebilecektir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 68). Başvuru konusu olaydaki erişimin engellenmesi kararında, iki URL adresinde yer alan içeriğe "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması" kapsamında müdahale etmeyi haklı kılacak somut herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir. Dahası başvurucunun erişimin engellenmesi kararına karşı yaptığı itiraz, içeriklerin "Devletin itibarını zedelemiş olması" gibi hangi sebeplerle "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması" kapsamında ele alındığı anlaşılamayan bir gerekçeyle reddedilmiştir. Bu durum söz konusu kavramların geniş yorumlandığını düşündürtmektedir.

89. Somut olayda olduğu gibi kanunun izin verdiği müdahale sebeplerinin somut bağlantılar kurulmadan keyfiliğe yol açıldığı izlenimi oluşturacak şekilde geniş yorumlanması, kişilerin hukuki durumlarını belirsizleştirir ve kuralı öngörülemez hâle getirir. Bu durumun oluşturacağı caydırıcı etki de başvurucularla birlikte aynı özgürlüğü kullanmak isteyen geniş kitlelerin ifade özgürlüğü üzerinde yaygın ve ağır bir baskıya neden olur.

90. Wikipedia, içeriğinde bulunan maddelerin subjektif bilgiler içerebileceğini, hatta sisteme veri girişinin herkese açık olması nedeniyle zaman zaman kötü niyetli girişimlere de maruz kalabildiğini belirtmekte; kullanıcılarını, sağladığı bilgilerin kesin ve değişmez doğrular olmayabileceği konusunda açıkça uyarmaktadır. Wikipedia, içeriğindeki maddelerin ancak uzun tartışmalar neticesinde ve zamanla tarafsız bir maddeye dönüştüğünü, bu sürecin aylar hatta bazen yıllar alabildiğini ifade etmektedir (bkz. § 11).

91. Başvuru konusu olayda da erişimin engellenmesi kararının ardından bağımsız, gönüllü Wikipedia editörleri tarafından karara konu maddeler üzerinde kapsamlı değişiklikler yapılmış, maddeler daha tarafsız ve özenli bir üslupla yeniden kaleme alınmaya çalışılmış, güvenilirliği düşük ve doğrulanamayan içerikler ve bu içeriklerin alıntılandığı kaynaklar çıkarılmıştır. Bu kapsamda Türkiye'nin radikal oluşumlara destek verdiğine ilişkin iddiaların önemli bir kısmı silinmiştir. Ayrıca Nusra Cephesi ve IŞİD hakkındaki paragraflar büyük ölçüde revize edilmiş ve nispeten bilinirliği yüksek ve farklı bakış açılarını yansıtan kaynaklara da atıf yapılmıştır. Son olarak Suriye'den Türkiye'ye yapıldığı iddia edilen petrol kaçakçılığına ilişkin haberlere karşılık Türkiye'nin ve Irak Kürt Bölgesel Yönetiminin petrol kaçakçılığı iddialarını yalanladığına ilişkin bir cümle ile ABD'nin Türkiye Büyükelçisi John

R. Bass'ın bu iddiaların asılsız olduğunu açıkladığı ve 2014 yılındaki bu iddiaları dolayısıyla CIA'in özrünü içeren bir paragraf eklenmiştir (bkz. § 27).

92. Wikipedia'ya erişimin Türkiye'den engellenmiş olması sadece içerik sağlayıcı konumunda olan birinci başvurucunun bilgi ve fikirleri yayma hakkına müdahale oluşturmamış, aynı zamanda Türkiye'deki kullanıcıların bilgi ve fikirlere erişme hakkını da sınırlandırmıştır. Üstelik erişimin engellenmiş olması, karara konu içeriklerin Türkiye'deki Wikipedia kullanıcıları arasında tartışmaya açılmasına engel olmuş; aktif Wikipedia editörlerinin anılan içeriklere katkı sunma, bu içeriklerde düzenleme ve değişiklik yapabilme imkanlarını elinden almıştır.

93. Wikipedia yazarları ve editörleri somut olaydaki müdahaleye neden olarak gösterilmiş olan içerikleri güncellemiş ve daha objektif hâle getirmiştir. Söz konu maddeler bugün dahi güncellenmeye devam etmektedir. Buna karşılık idare ve derece mahkemeleri internet sitesinin bu sürekli yaşayan bir ansiklopedi olma özelliğini kararlarında gözetmemişlerdir.

94. Son olarak somut olayda erişim engellemeye konu içerikler nedeniyle daha sonra bir ceza soruşturması ve kovuşturmasının açıldığının bildirilmediği de eklenmelidir. Makaleleri yükleyen kişilerin kimliğini tespit etmenin zorluğu nedeniyle bir soruşturma açmak anlamsız olarak görülse bile makale içeriklerinde yer alan ve çoğu tartışmalı ifadelerin sahipleri bilindiği halde bu kişiler hakkında da bir ceza soruşturması yoluna başvurulmasının tercih edilmemiş olması, makalelerde

Wikipedia'nın kapatılmasını haklı gösteren vahim nitelikte bir içerik bulunmadığını göstermektedir.

95. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde idari ve/veya yargısal makamlarca başvuruya konu internet sitesine erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorlayıcı bir nedene dayandığının ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilemediği sonucuna varılmaktadır.

96. Mevcut durumda erişimin engellenmesi tedbiri sürekli hâle gelmiştir. Bu şekilde süresiz hale gelen kısıtlamaların -internet sitesinin tamamına erişimin engellendiği de dikkate alındığında- ifade özgürlüğü üzerinde oldukça orantısız bir müdahale teşkil edeceği açıktır.

97. Açıklanan gerekçelerle birinci, üçüncü ve dördüncü başvuruculara ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

98. 6216 sayılı **Kanun'un 50.** maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

99. Başvurucular, ihlalin tespiti talebinde bulunmuşlardır.

100. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci

kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

101. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

102. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin 1 numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (Mehmet Doğan [GK], §§ 58-59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66-67).

103. Wikipedia isimli internet sitesine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle birinci, üçüncü ve dördüncü başvuruculaların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin öncelikle idarenin işleminden kaynaklandığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte ihlalin derece mahkemelerince de giderilememiş olması sebebiyle aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı söylenebilir.

104. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş

yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

105. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin birinci başvurucuya; 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin ise üçüncü ve dördüncü başvuruculara müştereken ödenmesine, ikinci başvurucu tarafından yapılan yargılama giderlerinin ise başvurucu üzerinde bırakılmasına karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın ikinci başvurucu yönünden kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın birinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün birinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliğine (2017/2956 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. 1. 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin BİRİNCİ BAŞVURUCUYA; 257,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.732,50 TL yargılama giderinin ise ÜÇÜNCÜ ve DÖRDÜNCÜ BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

2. İkinci başvurucu tarafından yapılan yargılama giderlerinin ise başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruculara Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/12/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye

Selahaddin MENTEŞ

KARŞI OY

1. Mahkememiz çoğunluğunca, www.wikipedia.org adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresindeki bir kısım içerikler nedeniyle anılan internet sitesine uygulanan erişimin engellenmesi kararı ile birinci, üçüncü ve dördüncü başvurucuların Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı ihlal kararına katılmıyoruz.

2. Somut olayda başvuruya konu karar anılan internet adreslerinde ülkenin iç ve dış güvenliğini tehdit edici, kamu düzeninin bozulmasına neden olucu bazı içeriklere yer verildiğinin tespit edildiğinden bahisle verilmiştir.

3. T.C. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü'nce 28.04.2017 tarihinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığına yazılan yazıyla, "… www.wikipedia.org adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresinde terörü öven, kişileri şiddete ve suça teşvik eden, onların can ve mal güvenliklerini tehdit eden, kamu düzeni ve milli güvenliğin bozulmasını amaçladığı sonucuna ulaşılan ve 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinde yer alan "yaşam hakkı ile kişilerin ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" açısından gecikmesinde sakınca bulunan hâller kapsamında değerlendirilen yazı ekindeki iki içeriğin çıkarılması, çıkarılmaması durumunda içeriklere erişimin engellenmesi, içeriklere erişimin engellenememesi durumunda da alan adı üzerinden internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi …" kararı verilmesi talep edilmiştir.

4. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığınca 5651 sayılı Kanun'da öngörülen usule uygun olduğu değerlendirilen talep üzerine, talepte belirtilen internet adresindeki yayınlara ilişkin olarak "içeriğin çıkarılmasına; ilgili içeriklerin derhal ve en geç dört saat içinde çıkarılmaması ve içeriklere erişimin engellenememesi nedeniyle sitenin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesine" karar verilmiştir.

5. Karar, uyar - kaldır mekanizması uygulanarak ve gereğinin en geç dört saat içinde yerine getirilmesi istemli olarak, yasal bildirimlerde kullanılmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığına sunulmuş olan e-posta adresleri üzerinden Wikimedia Vakfı'na ve Türkiye'de vekâlet vermiş oldukları avukatlara 28.04.2017 günü saat 16.37 itibarıyla bildirilmiştir.

6. Bildirimin üzerinden yaklaşık 14 saat geçmesine rağmen kararın gereğinin yerine getirilmediğinin tespiti üzerine ve teknik nedenlerle de (spesifik olarak içeriklere erişimin engellenmesi uygulanamadığından) ilgili Kanun hükmü gereğince https://www.wikipedia.org

internet sitesinin tümüne erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmış ve karar Hâkim onayına sunulmuştur.

7. Hâkimlikçe, internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı 29.04.2017 tarihinde onaylanmış, ancak çıkarılması istenilen içeriklere internet sitesi tarafından erişimin engellenmesi halinde, sitenin tümüne uygulanan erişimin engellenmesi kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

8. Karara itiraz edilmiştir. İtirazı inceleyen Sulh Ceza Hâkimliğince, istem konusu içeriklerde, "… Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Suriye ülkesinde yaşanan iç savaşı başlatanlardan olduğu, terör örgütlerini desteklediği, onlara finans ve silah yardımında bulunduğu gibi Türk Devleti'nin uluslararası platformlarda ve ülkesi içerisinde saygınlık ve itibarını zedeleyecek, terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimini verecek haksız ve mesnetsiz saldırılarda bulunulduğunun anlaşıldığı …" gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir.

9. İtirazın reddedilmesinin ardından da bireysel başvuruda bulunulmuştur.

10. Yukarıdaki açıklamalar bağlamında, bazıları doğrulanmaya muhtaç olsa da, barındırdığı sayılamayacak kadar çok sayıdaki bilgi ile temel bir başvuru kaynağı haline gelmiş bulunan, kişilere çok sayıdaki içerik arasından özgür seçim şansı sunan, kamusal tartışmalara aktif katılım olanağı sağlayan, bu haliyle kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen internetin ve konusu suç oluşturmamak kaydıyla bilgi ve fikir alıp verme/aktarma şeklinde internet üzerinden icra edilen eylemlerin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğunda ve modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından büyük bir önem taşıdığında kuşku bulunmamaktadır .

11. Hal böyle olunca, internete ilişkin yasal, idari ve yargısal kural, karar ve uygulamalarda, internet üzerinden gerçekleştirilen bilgi akışını olumsuz yönde etkileyecek müdahalelerin belirlenmesi bağlamında özen gösterilmesi, yasa dışı olarak nitelendirilecek içeriğe veya hizmete erişimin engellenmesine ilişkin kuralların belirlenmesinde, uygulanmasında ve kararların alınmasında Anayasa'nın 13 ve 26. maddelerinin (AİHS'nin 8, 10 ve **11.** maddelerinin) gözetilmesi gerekmektedir.

12. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere internet ortamında üretilen/yer verilen bir kısım içeriklerin millet ve Devlet hayatı için ciddi riskler barındırabildiği, sosyal hayatı zenginleştiren, bilgi edinme süreçlerini kolaylaştıran, yeni iş fırsatları doğuran internetin; aynı zamanda bireylerin başta kişilik hakları olmak üzere, bir kısım temel haklarına ağır saldırıların gerçekleştirildiği, yanlış bilgilerin yayılmasına, siber zorbalığın, sanal dolandırıcılığın, pornografinin, çocuk

istismarının, fuhşun, kumarın, şiddetin, nefretin ve ırkçılığın yayılmasına, terörizmin desteklenmesine ve yaygınlaştırılmasına, böylece topluma ve devlete yönelik gerçek güvenlik risklerinin ve zararlarının oluşmasına neden olan bir ortam haline dönüştürülebildiği de herkesçe bilinen bir gerçekliktir.

13. Bu durum nedeniyle, internet ortamına konulan ve kısa bir süre içerisinde ve aynı anda dünyanın her yerinde görülebilecek olan suç niteliğindeki içeriklerin internet ortamından çıkarılması veya internet ortamında görülmesinin önlenmesi kimi zaman bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir.

14. Durum böyle olmakla birlikte, internetin sınır tanımayan özelliği ile hiçbir ülkenin tekelinde olmaması ve ilgili ülkelerin veya gerçek veya tüzel kişiliklerin bu alanda işbirliği yapmaya her zaman ve her durumda yanaşmaması gibi nedenlerle içeriklere müdahalede esnek davranılması her zaman mümkün olamayabilmekte, kimi zaman daha kapsamlı bazı tedbirlere başvurulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir.

15. Ayrıca, suç ve suçlularla mücadelede, internet trafiğinin farklı ülkeleri saniyeler içerisinde geçerek akması, karmaşık bir yapı içerisinde belli bir noktadaki bir sorunun, dünyanın uzak başka bir noktasındaki internet trafiğini olumsuz yönde etkileyebilmesi, web

sitelerini barındıran sunucuların dünyanın her tarafına yayılmış olması, genel veya bölgesel internet noktalarının kontrol ve bakımının gerekli olması gibi internetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı doğa ve özellikleri, çok boyutlu çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapı ve "ulusal sınırsızlık/uluslararası niteliği" bir takım zorlukları beraberinde getirmekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana özgü bazı özel sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

16. Yukarıda da belirtildiği üzere, somut olayda, www.wikipedia.org adlı internet sitesine erişimin engellenmesine, bu sitede yer alan iki ayrı URL adresinde ülkenin iç ve dış güvenliğini tehdit edici, kamu düzeninin bozulmasına neden olucu bazı içeriklere yer verildiğinin tespit edildiğinden bahisle karar verilmiştir.

17. Anılan içeriklere erişimin engellenmesi amacıyla Wikipedia isimli internet sitesinin tamamına yönelik olarak erişimin engellenmesi biçiminde getirilen bu kısıtlama, içerik sağlayıcı sıfatı nedeniyle birinci başvurucunun, kullanıcı sıfatı nedeniyle de üçüncü ve dördüncü başvuruculların ifade (bilgi alma ve verme) özgürlüklerine bir müdahale niteliğindedir. Başvuruculların ifade özgürlüklerine yapılan söz konusu müdahalenin ihlal sonucu doğurmayan, başka bir ifadeyle Anayasa'nın **13.** maddesine uygun bir müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, müdahalenin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ulaşılmak istenilen amaç için gereken ölçüde

olması; demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için de, hem zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve hem de orantılı olması gerekmektedir.

18. Bununla birlikte, bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin kurulması da gerekmektedir. Zira bir olayda meşru amaçların bulunması tek başına bir hakkı ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurulması gerekmektedir.

19. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin acil ve zorunlu toplumsal bir ihtiyacın karşılanması için uygun ve elverişli olup olmadığı, müdahalenin yapılması konusunda ortaya konulan gerekçelerin amaca uygunluğu ve yeterliliği konularında kamu otoritelerinin önemli bir takdir yetkileri vardır.

20. Somut olayda başvuruculaların ifade özgürlüklerine yapılan müdahale, 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi hükmüne dayanılarak anılan maddede belirtilen "… milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması …" amacı için yapılmıştır.

21. Erişimin engellenmesi kararına konu olan içeriklerde Türkiye, Suriye'de yaşanan iç savaşın önemli dış aktörlerinden biri olarak nitelendirilmekte, Türkiye'nin mevcut rejime karşı, terör örgütleri de dâhil olmak üzere Suriye'deki muhalif güçleri desteklediği iddiaları yer almakta, el-Nusra, IŞİD gibi terör örgütlerine maddi yardımın yanında askerî ve lojistik destek de sağladığı, dahası IŞİD ile petrol ticareti yaptığı ileri sürülmektedir.

22. Bir ifadenin cezalandırılması gereken bir ifade olup olmaması, her bir olayın kendi koşullarında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu duruma bağlı olarak "bir ifadenin", dinleyenlerini, okuyanlarını ikna etmesi veya yönlendirmesi, ya da bir davranışı yapma veya yapmama yönünde etkilemesi, o "ifadenin" hayat bulduğu bağlam ve niyete, "ifadeyi" hayata geçirenlerin konumlarına ve ifadenin biçimine göre değişiklik gösterir. Bunlar ifadenin pragmatik gücünü belirler.

23. Somut olayda da söz konusu içeriklerin Türkiye'nin milli güvenliği ve kamu düzenin bozulması bakımından bir tehdit oluşturup oluşturmadığının, erişime sunuldukları tarih itibarıyla ülkeyi çevreleyen ve milli güvenliği ve kamu düzenini kuvvetli biçimde etkileme potansiyeline sahip olan iç ve dış güvenlik koşullarıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

24. Başvuru konusu içeriklerde, Türkiye'nin işbirliği yaptığı, desteklediği, onlara silah ve başka yardımlarda bulunduğu, dahası petrol ticareti yaptığı ileri sürülen örgütlerden en azından bazıları, Türkiye'nin sınır komşusu olan ülkelerde yerleşik bulunan ve Dünya güvenliği için tehdit

oluşturdukları değerlendirilerek birçok ülke tarafından küresel işbirliği içerisinde mücadele edilmesi gerektiği belirtilip, küresel olarak mücadele edilen örgütlerdir. Bu örgütlerin üs olarak kullandıkları ülkelerde o dönemde yaşanan bir kısım olaylar da ülkenin milli güvenliği ve kamu düzeni ile doğrudan ilgili olaylardır.

25. Hal böyle olunca, Türk Devleti'ni, Suriye ülkesinde yaşanan iç savaşı başlatanlardan olmakla, birçok ülke tarafından Dünya güvenliği için tehdit oluşturdukları değerlendirilerek küresel işbirliği içerisinde mücadele edilen örgütlere silah yardımında ve başka yardımlarda bulunmakla, askerî ve lojistik destek sağlamakla, onlarla petrol ticareti yapmakla suçlayan içeriklerin, iç ve dış güvenliğe ilişkin o dönemdeki koşullar dikkate alındığında, ülkenin milli güvenliğini ve kamu düzenini tehdit eden niteliği haiz olmadıklarının ve gecikmesinde sakınca bulunan haller kapsamına girmediklerinin, dolayısıyla kamusal gereklilikler bakımından erişimin engellenmesi kararına konu edilemeyeceklerinin söylenemeyeceği, dolayısıyla söz konusu içerikler yönünden erişimin engellenmesine karar verilmesinin kamusal bir gereklilikten kaynaklanmadığının söylenemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

26. Bununla birlikte sitenin tümüne ilişkin engelleme kararının uygulamaya konulmasıyla birlikte ilgili internet sitesinden yararlanan kişilerin haberleşme ve diğer hakları ile Türkiye'nin milli güvenliği ve kamu düzeni bakımından kamunun hakları/yararları arasında bir çatışmanın ortaya çıktığında da kuşku bulunmamaktadır.

27. Olayda idarece, ilgili internet sitesinden yararlanan kişilerin haberleşme ve diğer haklarının korunması bakımından önce sadece içeriklere erişimin engellenmesini teminen içeriklerin siteden kaldırılması için "uyar - kaldır" mekanizması uygulanılarak ve gereğinin en geç dört saat içinde yerine getirilmesi istemli olarak, yasal bildirimlerde kullanılmak üzere sunulmuş olan e-posta adresleri üzerinden Wikimedia Vakfı'na ve Türkiye'de vekâlet vermiş oldukları avukatlara bildirimlerde bulunulmuştur.

28. Bildirimde, içeriklerin siteden çıkarılmaması halinde teknik nedenlerden dolayı sadece içeriklere değil sitenin tümüne erişimin engellenmesi yönünde tedbir uygulanacağı belirtilmiş, gerek Vakıf ve gerekse avukatlar tarafından hareketsiz kalınmış, bunun üzerine de https://www.wikipedia.org internet sitesinin tümüne erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmış ve karar Hâkim onayına sunulmuştur.

29. Hâkimlik kararında, internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı onaylanmakla birlikte, çıkarılması istenilen içeriklere internet sitesi tarafından erişimin engellenmesi halinde, sitenin tümüne uygulanan erişimin engellenmesi kararının kaldırılacağı belirtilmiştir.

30. Belirtilen duruma göre, olayın bütünselliği ve konunun niteliği itibarıyla ilgili kamu otoritelerinin sahip oldukları takdir yetkisinin sınırları gözetildiğinde, www.wikipedia.org adlı internet sitesinde yer alan iki ayrı URL adresindeki içeriklere erişimin engellenmesinin kamusal gereklilikler bakımından zorunlu olduğu, dolayısıyla, başvuruculların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ve zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı; iki ayrı içerik nedeniyle tüm internet sitesinin erişime kapatılması tedbirine öncelikle site sahiplerinin tutumu, sonrasında da sadece ilgili içeriklere erişimin engellenmesinin teknik olarak mümkün olamaması nedeniyle başvurulduğu gözetildiğinde de müdahalenin orantılı bir müdahale teşkil ettiği, diğer bir deyişle başvuruculların fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlandığı ve derece mahkemeleri kararlarında yer alan gerekçelerin uygun ve yeterli düzeyde olduğu sonucuna varılmaktadır.

31. Öte yandan, birinci başvurucu tarafından bireysel başvurudan sonraki süreçte 28.05.2018 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulan dilekçe ile Ankara **1.** Sulh Ceza Hâkimliğinin erişimin engellenmesi kararının ardından bağımsız, gönüllü Wikipedia editörleri tarafından karara konu makaleler üzerinde kapsamlı değişiklikler yapıldığı belirtilip, erişimin engellenmesi kararına konu içeriklerin önemli ölçüde değiştirilmiş olması nedeniyle Hâkimliğin kararının dayanaktan yoksun kaldığı ileri sürülmüş ise de, bu durum, bireysel başvuruya konu içeriklerde gerçekten değişiklik yapılıp yapılmadığını, yapıldı ise erişimin engellenmesi yönünden gereken gereklilikleri karşılayıp karşılamadığını incelemek aşama itibarıyla Anayasa Mahkemesinin görevine girmediğinden sonucu etkiler nitelikte görülmemiştir. Bununla birlikte, anılan başvurucunun dilekçesinde belirttiği hususu ilgili idari makamlara ve derece mahkemelerine bildirerek, başvuruya konu kararın kaldırılmasını sağlamasının önünde hukuki ya da fiili herhangi bir engel bulunmamaktadır.

32. Ayrıca, başvuru konusu içeriklere erişimin engellenmesi kararına rağmen, birinci başvurucunun da katkısıyla geliştirilen çeşitli yöntemlerle erişim sağlanabildiği, böylece başvuruya konu erişimin engellenmesi kararının işlevsiz kaldığı hususunun da Anayasa Mahkemesince yapılan incelemede gözetilmesi gereken hususlardan olmadığını da belirtmek gerekmektedir.

33. Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı ihlal kararına katılmıyoruz.

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Anayasa Mahkemesi - 10 Aralık 2019 - Kemal Gözler (2) Başvurusu

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Kemal Gözler (2), B. No: 2015/5612, 10/12/2019, § …)
Başvuru Adı	KEMAL GÖZLER (2)
Başvuru No	2015/5612
Başvuru Tarihi	27/3/2015
Karar Tarihi	10/12/2019

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, internet ortamında yayımlanan iki kitap hakkında içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: İfade özgürlüğü

Müdahale: İfade özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEMAL GÖZLER BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2015/5612)

Karar Tarihi: 10/12/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Burhan ÜSTÜN

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Selahaddin MENTEŞ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Kemal GÖZLER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet ortamında yayımlanan iki kitap hakkında içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/3/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, anayasa ve idare hukuku alanında akademisyendir.

10. Başvurucu, 2004 yılının Nisan ayından beri faaliyette olan Türk İdare Hukuku sitesinin (www.idare.gen.tr) kurucusu ve editörüdür.

11. Başvurucu, 2013 yılının Nisan ve Mayıs aylarında bir profesörün iki kitabında usulsüz alıntılar bulunduğu iddiasıyla iki ayrı eleştiri kitabı yayımlamıştır. Başvurucu, "[R.Ç.nin] İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku İsimli Kitabı Hakkında Eleştiriler" ve "[R.Ç.nin] İdari Yargılama Hukuku İsimli Kitabı Hakkında Eleştiriler" başlıklarını taşıyan kitapların dijital kopyalarını da www.idare.gen.tr adresinde paylaşmıştır.

12. Başvurucu, "[R.Ç.nin] İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku İsimli Kitabı Hakkında Eleştiriler" isimli kitabında; kitabı yazma amacının R.Ç.nin "İdare Hukuku ve İdarî Yargılama Hukuku" isimli kitabında, kendisine ait "İdare Hukuku Dersleri" isimli kitaptan yapılmış hukuka aykırı alıntılar bulunduğunu göstermek olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, kitabın birinci bölümünde alıntı kavramını ve alıntı şartlarını açıklayarak akademik eserlerden yapılacak alıntıların nasıl olması gerektiğini izah etmiştir. Kitabın ikinci bölümünde R.Ç.ye ait seksen beş usulsüz alıntıyı, R.Ç.ye ve kendisine ait kitapların ilgili yerlerini alt alta koyarak kıyaslama yöntemiyle ispatlamaya çalışmıştır. Kitabın üçüncü bölümünde ise bu iddialarına karşı R.Ç. tarafından yapılması muhtemel savunmaları sıralayarak bunlara vereceği cevapları açıklamıştır.

13. Başvurucu, "[R.Ç.nin] İdari Yargılama Hukuku İsimli Kitabı Hakkında Eleştiriler" isimli kitabında ise kitabı yazma amacının R.Ç.nin "İdari Yargılama Hukuku" isimli kitabında, kendisine ait "İdare Hukuku" isimli kitaptan yapılmış hukuka aykırı alıntılar bulunduğunu göstermek olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, kitabın girişinde usulsüz alıntı sorununun ülkemizde kaygı verici boyutlara ulaştığını ileri sürmüş ve usulsüz alıntının böylesine yaygın olduğu bir ülkede bir yazarın yazdığı cümleleri birkaç ay sonra başka bir yazarın kitabında görecekse kitap yazmasının anlamsız olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, usulsüz alıntı ile neden mücadele ettiğine dair açıklamalarda bulunmuş; usulsüz alıntı ile mücadelenin kamu yararı üzerindeki önemine değinmiştir. Başvurucuya göre eserleri usulsüz alıntılanan ve başkaları tarafından sahiplenilen bir yazar bir daha eser vermek istemeyecektir. Başvurucu, eser sahiplerinin korunmadığı bir ülkede bilimin de sanatın da gelişmeyeceğini belirtmiştir (Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018, § 12). Başvurucu, kitabın ilerleyen bölümlerinde R.Ç. tarafından yapılan 276 usulsüz alıntıyı R.Ç.ye ve kendisine ait kitapların ilgili yerlerini alt alta koyarak kıyaslama yöntemiyle ispatlamaya çalışmış; ayrıca yine bu iddialarına karşı R.Ç. tarafından yapılması muhtemel savunmalara ve bunlara karşı cevaplarına yer vermiştir.

14. Bahsi geçen kitapların www.idare.gen.tr sitesinde yayımlanmasını müteakip R.Ç. (müşteki), kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla (kapatılan) Kırıkkale **3.** Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak söz konusu internet yayınlarına erişimin engellenmesini talep etmiştir. Mahkeme 28/6/2013 tarihinde bahsi geçen usulsüz alıntı sorunu ile ilgili verilmiş bir kesin hüküm

bulunmadığı, dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddianın sabit olmadığı gerekçesiyle müştekinin talebini reddetmiştir.

15. Müşteki daha sonra Kırıkkale Sulh Ceza Hâkimliğine (Hâkimlik) yaptığı başvuru ile talebini tekrarlamıştır. Hâkimlik 8/1/2015 tarihli kararı ile talebin kabulüne ve kitapların anılan siteden kaldırılmasına karar vermiştir. Hâkimlik, (kapatılan) Kırıkkale **3.** Sulh Ceza Mahkemesinin erişimin engellenmesi talebinin reddine ilişkin kararından sonra şikâyet konusu internet içeriğindeki iddialar ile ilgili olarak Kırıkkale Üniversitesi Yetkili Kurulu tarafından müşteki hakkında son soruşturma ve disiplin soruşturması yapılmasına gerek olmadığı konusunda karar verildiğini, bu kararın Danıştay Birinci Dairesi tarafından onandığını belirtmiştir. Hâkimlikçe müştekinin başvurucunun eserlerinden usulsüz alıntı yapmadığı konusunda kesinleşmiş yargı kararı bulunduğunu, tersi yönde içerik barındıran şikâyet konusu yayınların kişilik haklarının ihlali niteliğinde olduğunu değerlendirerek bu yayınlara erişimin engellenmesine karar vermiştir.

16. Başvurucunun söz konusu karara yaptığı itiraz, Ankara **5.** Sulh Ceza Hâkimliğinin 11/3/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

17. Anılan karar 23/3/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvurucu 27/3/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

18. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının yer aldığı karar için Kemal Gözler (aynı kararda bkz. §§ 21-28) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 10/12/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

20. Başvurucu;

i. Bilimsel eleştirilerini içeren ve basılı hâlleri serbest olan iki kitabının çevrim içi versiyonlarına erişimin mahkeme kararıyla süresiz olarak engellendiğini, anılan kitaplarda hakaret ya da hukuka aykırı bir fiil bulunmadığını, bütünüyle erişimi engellenen iki kitabın her sayfasının hakaret ya da hukuka aykırı fiil oluşturmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

ii. Söz konusu mahkeme kararının kendisinin karşı iddiaları ve savunması alınmadan verildiğini belirtmiştir.

iii. Anayasa'nın 26., 27., 29. ve 36. maddelerinde tanımlanan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün, bilim hürriyetinin, süresiz yayın hakkının ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespiti ile ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması taleplerinde bulunmuştur.

21. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konu ile ilgili içtihatları ile Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017) ve Kemal Gözler kararlarına yer verilerek başvurucunun kitaplarının internette yayımlanmasının müştekinin hayatına kayda değer bir etkisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bakanlık ayrıca Anayasa Mahkemesince yapılacak değerlendirmede kitaplarda yer alan ifadelerin muhatabın özel hayatı ile ilgisinin olup olmadığının, kaba hakaret içerip içermediğinin ve keyfî kişisel saldırı boyutuna ulaşıp ulaşmadığının ortaya konulması gerektiğini bildirmiş; kitapların basılı versiyonu için herhangi bir yasaklama kararının bulunmadığını ve kitaplara serbestçe ulaşılabildiğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurunun Anayasa'nın "Bilim ve sanat hürriyeti" kenar başlıklı **27.** maddesinin ışığında ve Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

23. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

24. Anayasa'nın "Bilim ve sanat hürriyeti" kenar başlıklı **27.** maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

25. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

26. Başvurucunun internet sitesinde yayımladığı iki kitabına erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ile bilim ve sanat özgürlüklerine yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

27. Yukarıda anılan müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın **13.** maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ...yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ...demokratik toplum düzeninin ...gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

28. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın **13.** maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

29. Somut olayda kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

30. Başvuruya konu kitaplara erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

31. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkındaki Bazı Tespitler

32. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiş (Ali Kıdık, §§ 55-63) ve bu yöndeki ilkeleri birçok kararında yinelemiştir (örnek olarak bkz. Miyase İlknur ve diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018, §§ 32-35; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018, §§ 25-28; Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018, §§ 30-33; IPS İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018, §§ 27-30). Anayasa Mahkemesine göre bu usul, internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle kanun koyucunun öngördüğü, özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55; Miyase İlknur ve diğerleri, § 33; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., § 26; Özgen Acar ve diğerleri, § 31).

33. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

34. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 66, 67) kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza hukuku yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

35. Anayasa Mahkemesi, somut başvurudakine benzer bir meseleyi daha önce Kemal Gözler kararında ele almıştır. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen internet yayınına erişimin engellenmesi yolunun ancak kişilik haklarına hukuka aykırı

olarak müdahale edilen hâllerde başvurulan, bireyin şeref ve itibarına yönelik müdahaleleri gecikmeksizin bertaraf edebilmesi amacını taşıyan bir yol olduğunu ve bu yolun bilim ve sanat özgürlüğünü zedelemeyecek şekilde kullanılması gerektiğini belirtmiştir (bkz. §§ 27, 28).

36. Başvuruya konu iki kitap müştekinin başvurucunun akademik eserlerinden yaptığı usulsüz alıntı iddiaları ile ilgilidir. Başvurucu bu iddialarını, idari yargılama ve idare hukuku alanlarında yazılmış, kendisine ve müştekiye ait kitapların ilgili kısımlarını alt alta vererek karşılaştırmak suretiyle ispatlamaya çalışmaktadır. Başvurucu, şikâyet konusu her iki kitabı da yazma amacının Türkiye'deki usulsüz alıntı sorununu örnekleriyle ortaya koymak olduğunu belirtmiş; Türk akademi dünyasında büyük zahmetlerle yeni düşünceler üretenlerin düşüncelerinin başkaları tarafından sahiplenildiğini, özgün eserler üretenlerin eserlerinin korunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu, "usulsüz alıntı sorunu" adını verdiği mesele halledilmeden Türkiye'de bilimsel gelişmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir (bkz. §§ 12, 13).

37. Hâkimlik, anılan kitapların internet sitesinde yayımlanmasından sonra müştekinin başvurucunun akademik eserlerinden usulsüz alıntı yapmadığı yönünde verilen yargı kararını dikkate alarak kişilik haklarına saldırı niteliğinde değerlendirdiği bu kitaplara erişimin engellenmesine karar vermiştir. Başka bir ifadeyle Hâkimlik, başvurucunun akademik çalışmalarının birer ürünü olan kitapların yayımlanmasından sonra ortaya çıkan yargı kararını erişimin engellenmesi tedbirinin gerekçesi yapmıştır.

38. Bir akademisyenin araştırma yapmasının ve bulgularını yayımlamasının akademik özgürlüğün bir parçası olduğunda kuşku yoktur. Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin akademik özgürlüklerin akademisyenlerin araştırma, mesleki uzmanlık ve yeterlilik alanlarındaki görüş ve fikirlerini -söz konusu fikirler tartışmalı olsa veya rağbet görmese dahi- ifade etme özgürlüğünü de kapsadığı düşüncesine katılmaktadır (Kemal Gözler, § 61).

39. Şüphesiz akademisyenlerin her söylediklerinin mutlak anlamda doğru olduğu söylenemez. Bununla beraber birbirlerinden farklı, alternatif bakışların herkes için daha doğru düşünme imkânı yarattığı, üzerinde uzlaşılmış bir gerçektir. Dolayısıyla akademisyenlerin en kritik ve hassas meselelerde en güçlü görüşlere bile karşı çıkabilmesi, bir toplum ve ülke için hayati derecede önemlidir (Kemal Gözler, § 62; ayrıca bkz. Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, §§ 110-113).

40. Öte yandan müşteki de hukuk alanında bilinen bir akademisyendir. Bir yazar olarak müştekinin kendi görüşlerini de ilgililere iletmek bakımından başvurucu ile benzer olanaklara sahip olduğu açıktır. Dolayısıyla müştekiye yönelik eleştirinin sınırlarının diğer insanlara göre daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Müştekinin kitaplarının meslektaşları ve hukuk

alanında bulunan başka kişilerce de okunacağını, hakkında değerlendirmeler yapılacağını, ağır eleştirilerde bulunulabileceğini öngörmesi ve demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül etmesi gerekir. Başvuru konusu kitapların internette yayımlanmasının müştekinin hayatına kayda değer bir etkisi olduğu da gösterilmemiştir. Kitapların müştekinin özel hayatı ile ilgili olmadığı, kaba hakaret içermediği gibi keyfî kişisel saldırı boyutuna da ulaşmadığı görülmektedir.

41. Türkiye'de yapılan akademik çalışmalardaki önemli bir sorunu ele alan şikâyet konusu kitapların kamu menfaatine ilişkin olduğu ve müşteki hakkındaki iddialardan bağımsız olarak bilgilendirme değerinin de bulunduğu tartışmasızdır. Bakanlığın görüşünde ifade ettiğine göre basılı versiyonları için herhangi bir yasaklama kararı bulunmayan ve serbestçe ulaşılabilen kitapların çevrim içi versiyonlarına -üstelik bu versiyonlar (kapatılan) Kırıkkale **3.** Sulh Ceza Mahkemesinin erişimin engellenmesi talebinin reddi kararının ardından geçen bir buçuk sene boyunca da erişilebilir durumdayken- erişimin engellenmesine ilişkin kararında Hâkimlik ilk bakışta ihlal doktrini kapsamında bir değerlendirmede bulunmamıştır.

42. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesinin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır. Buna karşılık somut olayda ilk derece mahkemesi; başvuru konusu içerik ile şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir.

43. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık, § 86).

44. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda şikâyet edilen internete erişimin engellenmesi kararı ile Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altında olan ifade özgürlüğü ile onun özel bir yönü olan Anayasa'nın **27.** maddesinde bilim ve sanat özgürlüğüne yapılan müdahalenin daha ağır basan bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki

gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

45. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın **27.** maddesinde güvence altına alınan bilim ve sanat özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

46. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

47. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

48. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri, B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

49. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

50. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1 numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri, §§ 57-59, 66, 67).

51. İncelenen başvuruda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olmaması nedeniyle başvurucunun ifade ile bilim ve sanat özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

52. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Kırıkkale Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

53. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile **27.** maddesinde güvence altına alınan bilim ve sanat özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Kırıkkale Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/36 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 10/12/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Anayasa Mahkemesi - 28 Kasım 2019 - Tahsin Kandamar Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Tahsin Kandamar, B. No: 2016/213, 28/11/2019, § …)
Başvuru Adı	TAHSİN KANDAMAR
Başvuru No	2016/213
Başvuru Tarihi	30/12/2015
Karar Tarihi	28/11/2019
Birleşen Başvurular	2016/4111
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir internet haber sitesine ve sosyal medya hesabına tamamıyla erişimin engellenmesine karar verilmesinin basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 8/A	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

TAHSİN KANDAMAR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/213)

Karar Tarihi: 28/11/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Burhan ÜSTÜN

Hicabi DURSUN

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Selahaddin MENTEŞ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Tahsin KANDEMİR

Vekili: Av. Ali Deniz CEYLAN

Av. Sevgi KALAN GÜVERCİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet haber sitesine ve sosyal medya hesabına tamamıyla erişimin engellenmesine karar verilmesinin basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 30/12/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2016/213 ile 2016/4111 numaralı bireysel başvuru dosyalarının birleştirilmelerine, incelemenin 2016/213 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu, bireysel başvuru formunda www.siyasihaber1.org ve www.siyasihaber.org isimli internet sitelerinin sahibi olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, anılan sitelerin haber siteleri olmakla birlikte aynı zamanda Sosyalist Yeniden Kuruluş İçin Siyaset gazetesinin internet ortamındaki eki olduğunu bildirmiş; sitede toplumsal yaşamın her alanına yönelik olarak sosyalist perspektifle yazı, röportaj ve haberlerin yayımlandığını ifade etmiştir. Başvurucu; Twitter'da bulunan @SiyasiHaberOrg adlı sosyal medya hesabının da adı geçen internet sitesine ait olduğunu, internet sitesinde yayımladığı haberleri aynı zamanda bu hesap üzerinden de paylaştığını belirtmiştir.

11. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi ve (kapatılan) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) 24/10/2015 tarihli yazısı ile bahsi geçen Twitter hesabının da aralarında bulunduğu yirmi dokuz; 24/12/2015 tarihli yazısı ile başvurucuya ait internet sitesinin de aralarında bulunduğu on dokuz internet adresine erişimin engellenmesine karar verilmiştir.

12. TİB 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararlarını Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. TİB tarafından Hâkimliğe sunulan dilekçelerde "Bahse konu içeriklerin terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden ve kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden içerikler ile yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi" nedeniyle erişimlerinin engellenmesine karar verildiği belirtilmiştir.

13. TİB tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararları Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince aynı gerekçeyle sırasıyla 24/10/2015 ve 24/12/2015 tarihlerinde onaylanmıştır.

14. Başvurucunun sosyal medya hesabına erişimin engellenmesine yönelik onaylama kararına itirazı 9/11/2015, internet sitesine erişimin engellenmesine yönelik onaylama kararına itirazı ise 15/1/2016 tarihinde Ankara **5.** Sulh Ceza Hâkimliğince reddedilmiştir.

15. Ret kararları başvurucuya sırasıyla 3/12/2015 ve 1/2/2016 tarihlerinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 30/12/2015 ve 1/3/2016 tarihlerinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının yer aldığı karar için Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. ([GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019, §§ 23-34) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 28/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

18. Başvurucu;

i. İmtiyaz sahibi olduğu internet haber portalına ve Twitter'da yer alan sosyal medya hesabına erişimin bütünüyle engellendiğini ancak hem idarenin erişimin engellenmesi kararlarında hem de sulh ceza hâkimliklerinin onaylama ve onaylama kararına itirazın reddi kararlarında söz konusu tedbirin hangi gerekçeyle alındığının açıklanmadığını belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

ii. İnternet haber sitesinin ve sosyal medya hesabının tümüne yönelik gerekçesiz olarak alınan tedbir kararlarının sansür niteliğinde olduğunu ve ifade özgürlüğüne yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğunu belirterek ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

iii. Erişimin engellenmesi kararlarına itirazın üst mahkemede değil yine başka bir sulh ceza hâkimliğinde karara bağlanmasının Anayasa'nın **36.** maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

19. Bakanlık görüşünde, başvuru konusu internet sitesine erişimin engellenmesi kararının millî güvenlik, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi için demokratik bir toplumda gerekli, erişimin engellenmesi kararı için gösterilen gerekçelerin de ilgili ve yeterli olduğu belirtilmiştir.

20. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde başvurucu, bireysel başvuru dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır. Başvurucu ek olarak internet sitesine ve sosyal medya hesabına erişimin engellenmesine neden olan somut bir haber veya köşe yazısına Bakanlığın görüşünde de yer verilmediğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun sulh ceza hâkimliklerinin erişimin engellenmesi kararına itirazın bu yargı mercilerince karara bağlanmasının etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiği ile ilgili şikâyetlerine benzer şikâyetler Anayasa Mahkemesince daha önce birçok kararda incelenmiştir. Bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak Anayasa Mahkemesince söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 101-115; Mehmet Baransu (2), B. No: 2015/7231, §§ 64-78, 94-97). Eldeki başvuruda Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından ayrılmayı gerektirecek bir durum görülmediğinden başvurucunun diğer

şikâyetlerine odaklanılacak ve başvurucunun iddiaları ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında incelenecektir.

22. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"(28) Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

24. İnternet haber sitesine ve sosyal medya hesabına tümüyle erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararları ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

25. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın **13.** maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın **13.** maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

26. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

27. İfade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalenin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında yapıldığı tespit edilmiştir.

ii. Meşru Amaç

28. Başvuruya konu internet haber sitesine ve sosyal medya hesabına erişimin engellenmesine ilişkin kararın yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

29. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. (aynı kararda bkz. §§ 47-75) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

30. Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. kararında 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Mahkemeye göre bu usul, kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 63; Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 55).

31. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamındaki erişimin engellenmesi yolu ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur. Dolayısıyla başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık olarak nitelendirilebilir. Yetkili makamlardan, bu yolun gecikmesinde sakınca

bulunan hâllere özgü olarak kullanılması gereken istisnai bir yol olduğu bilinciyle hareket ederek hassasiyetle karar vermeleri beklenir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 71; Ali Kıdık, § 59).

32. Şiddeti öven, kişileri terör örgütünün yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik eden yayınlar gibi internet ortamında demokratik toplum düzenini tehlikeye atan yayınların daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 72). Böyle durumlarda ilk bakışta ihlal doktrini internet ortamında yapılan yayınlara karşı kamusal menfaatlerin hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesine Karar Verilmesi Biçimindeki Müdahalelerde İdari ve Yargısal Makamlar Tarafından Gözetilmesi Gereken Hususlar

33. Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. kararında; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarında idari ve yargısal makamlar tarafından gözetilmesi gereken hususları açıkça ortaya koymuştur (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., §§ 73-75).

34. Erişimin engellenmesi kararı onayına sunulan sulh ceza hâkimliğinin ve itiraz mercinin, erişimin engellenmesi kararının verilmesini talep eden ve/veya kararı veren idari makamlarla aynı sonuca ulaşmaları ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararlarına yansıtmaları, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir. Sulh ceza mahkemesinin erişimin engellenmesine ilişkin idari kararların gerekçelerini tekrar ettiği veya atıfla yetindiği hallerde Anayasa Mahkemesi, dayanılan idari kararların gerekçelerini denetleyecektir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 73).

35. Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. (aynı kararda bkz. § 74) kararında, mevcut başvuruya benzer şikâyetlerde derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve benzer başvuruların koşullarına göre değişebilecek unsurlar şu şekilde sıralanmıştır:

i. İnternet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve yargısal makamlar tarafından ortaya konmalıdır.

ii. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak ortaya çıkabileceği dikkate alındığında yayının içeriği ile bu sebepler arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Böyle bir analizin yapılabilmesi için eğer söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

iv. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

- Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti alevlendirip alevlendirmediğinin,

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

- Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,

- Suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,

- Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin,

- Yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesinin yayına erişimin engellenmesi kararına etki edip etmediğinin,

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının,

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

36. Bir terör örgütünün şiddet eylemlerini öven, destekleyen ve haklılaştıran açıklamaların silahlı direnişe tahrik, şiddeti yüceltme veya kin ve düşmanlığın kışkırtılması olarak kabul edilmesi mümkündür. Bununla birlikte yalnızca bir terör örgütünün fikirlerini ve hedeflerini içerdiği, resmî politikaları ağır bir şekilde eleştirdiği veya terör örgütünün resmî politikalarla olan ihtilaflarını değerlendirdiği gerekçesiyle internet içeriğine erişimin engellenmesi -yukarıda bir kısmı gösterilen sebeplerden bir veya daha fazlası da bulunmadığı takdirde- müdahaleyi haklı göstermez (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 75; Halil Bayık [GK], B. No: 2014/20002, 30/11/2017, § 46).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

37. Somut olayda TİB, Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi üzerine 24/10/2015 tarihinde başvuruya konu Twitter hesabının da aralarında bulunduğu yirmi dokuz, 24/12/2015 tarihinde başvurucuya ait internet sitesinin de aralarında bulunduğu on dokuz internet adresine yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi nedeniyle erişimin engellenmesine karar vermiş; daha ileri bir değerlendirmede bulunmamıştır. TİB, bu kararları Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuş ve Hâkimlik kararları aynı gerekçeyle onaylamıştır. Başvurucunun onaylama kararlarına yaptığı itirazlar da reddedilmiştir.

38. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kamusal menfaatlere müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu, zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 85; Ali Kıdık, § 83). Somut olayda 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde sayılan meşru sebeplere dayanılarak başvuruya konu internet haber sitesinin ve sosyal medya hesabının da aralarında bulunduğu toplam kırk sekiz internet adresine erişim engellenmiş ancak ne idari makamlarca ne derece mahkemelerince anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar değerlendirilmiştir. Erişimin engellenmesi kararlarında isimleri sayılan kırk sekiz internet adresi arasında yer alan başvuruya konu internet haber sitesi ile sosyal medya hesabına erişiminin engellenmesine yönelik olarak bu adreslerde yer alan içerikler ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulamadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir. Bahsi geçen sayıdaki adrese erişim genel gerekçeler ile engellendiğinden başvuru konusu internet haber sitesinde ve sosyal medya

hesabında yer alan yayınların hangi kısımlarının hangi nedenlerle yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vereceği kararlarda yer almamaktadır.

39. Üstelik hem internet haber sitesine hem de sosyal medya hesabına erişim tümüyle engellenmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (3) numaralı fıkrasında; anılan madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarının ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilebileceği ancak teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm karşısında içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği hususunda bir gerekçelendirme de yapılmadığı dikkate alındığında başvurucunun sahibi olduğu internet haber sitesine ve sosyal medya hesabına tamamıyla erişimin engellenmesi şeklindeki müdahalenin ifade ve basın özgürlükleri önünde orantısız müdahale teşkil ettiği açıktır.

40. Yukarıda yer verilen hususlar ışığında idari ve/veya yargısal makamlarca, başvuruya konu internet haber sitesine ve sosyal medya hesabına tümüyle erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilememiştir.

41. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve **28.** maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

42. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

43. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

44. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

45. Anayasa Mahkemesi başvurucunun sahibi olduğu internet haber sitesine ve sosyal medya hesabına erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

46. Bu durumda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise usul hukukunda yer alan benzer kurumlardan farklı ve bireysel başvuruya özgü bir düzenleme içeren 6216 sayılı Kanunun **50.** maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yeniden yargılama sürecinde mahkemelerce yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

47. İşbu ihlal kararı başvuruya konu internet adreslerinin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında erişimi engellenebilecek nitelikte adresler olup olmadığına yönelik bir inceleme içermemektedir. İlgili derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulan kriterler ve gösterilen yöntemle yeniden yargılama yaparak yargılamanın sonucuna göre bahse konu içeriğe erişimin engellenmesine veya engellenmemesine karar vermelidirler.

48. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 466,40 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.941,40 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın **26.** ve **28.** maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın birer örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/972 D. İş ve 2015/1197 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 466,40 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.941,40 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 28/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Anayasa Mahkemesi - 27 Kasım 2019 - Cahit Yiğit Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Cahit Yiğit, B. No: 2016/2736, 27/11/2019, § …)
Başvuru Adı	CAHİT YİĞİT
Başvuru No	2016/2736
Başvuru Tarihi	5/2/2016
Karar Tarihi	27/11/2019
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir internet haber sitesine tamamıyla erişimin engellenmesi kararı verilmesinin basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 8/A	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

CAHİT YİĞİT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/2736)

Karar Tarihi: 27/11/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Recep KÖMÜRCÜ

Üyeler: Engin YILDIRIM

Celal Mümtaz AKINCI

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Cahit YİĞİT

Vekili: Av. Ramazan DEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet haber sitesine tamamıyla erişimin engellenmesi kararı verilmesinin basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 5/2/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, bireysel başvuru formunda www.yuksekovaguncel.com isimli internet adresinin imtiyaz sahibi olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, anılan sitenin Hakkâri'nin Yüksekova ilçesi merkezli yerel bir haber sitesi olduğunu bildirmiştir.

10. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi ve (kapatılan) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) 20/8/2015 tarihli yazısı gereğince anılan internet sitesinin de içinde bulunduğu on üç internet adresine erişimin engellenmesine karar verilmiştir.

11. TİB 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararını aynı gün Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. TİB tarafından Hâkimliğe sunulan dilekçeye, erişimin engellenmesi kararı verilen internet adreslerinin ekran görüntüleri eklenerek "Bahse konu İnternet ortamında yayınlanan içeriklerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi" nedeniyle erişimlerinin engellenmesine karar verildiği belirtilmiştir.

12. Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince, TİB tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararı aynı gerekçeyle 20/8/2015 tarihinde onaylanmıştır.

13. Başvurucunun onaylama kararına itirazı, Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince 15/12/2015 tarihinde reddedilmiştir.

14. Ret kararı başvurucuya 27/1/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 5/2/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

15. İnternet üzerinden yapılan araştırmada, sahibi olduğu web sitesine erişimin engellenmesi üzerine başvurucunun internet yayınına www.yuksekovaguncel.org isimli internet adresi üzerinden devam ettiği; anılan adreste yerel haberlerin yanı sıra güncel, ekonomi, politika, spor, kültür-sanat, eğitim, yaşam gibi başlıklar altında oldukça geniş yelpazede haber yayımlandığı tespit edilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının yer aldığı karar için Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. ([GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019, §§ 23-34) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 27/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

18. Başvurucu;

i. İmtiyaz sahibi olduğu internet haber portalına erişimin bütünüyle engellendiğini ancak ne idarenin erişimin engellenmesi kararında ne de sulh ceza hâkimliklerinin onaylama ile onaylama kararına itirazın reddi kararlarında söz konusu tedbirin hangi gerekçeyle alındığının açıklanmadığı belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

ii. İnternet haber sitesinin tümüne yönelik gerekçesiz olarak alınan tedbir kararının sansür niteliğinde olduğunu ve ifade özgürlüğüne yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğunu belirterek ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

iii. İnternet sitesine erişimin engellenmesi kararına itirazın üst mahkemede değil numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğinde karara bağlanmasının Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

19. Bakanlık görüşünde, başvuru konusu erişimin engellenmesi tedbirinin alındığı dönemde PKK terör örgütünün Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu Bölgelerinde bulunan bazı şehir merkezlerinde halkın huzur ve güvenliğini bozmaya yönelik eylemler yaptığı, halkın kamu hizmetlerine ulaşmasını engellemeye çalıştığı ve kolluk güçlerini hedef alan faaliyetler içinde olduğu belirtilmiştir. Bakanlık; terör örgütünün emellerini gerçekleştirmek amacıyla medyayı da kullanmaya çalıştığını, bu nedenle 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi gereğince alınan tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve erişimin engellenmesi kararı için gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunu bildirmiştir.

20. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde başvurucu, bireysel başvuru dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır. Başvurucu; ek olarak haber sitesinde yer alan gerek kendileri tarafından yapılan gerek ulusal ve yerel basından alınan haberlerin hiçbirinde herhangi bir örgütü övücü ya da destekleyici bir unsur bulunmadığını ifade etmiştir. Başvurucu; internet sitesinde yalnızca siyasi konulara ilişkin haberlerin değil spor, sanat, sağlık gibi yaşamın her alanına yönelik haberlerin bulunduğunu, bu içeriklerin hangi gerekçeyle erişimin engellenmesi tedbirine konu olduğunun Bakanlık tarafından da açıklanmadığını belirtmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşünde internet haber sitesine erişimin engellenmesi ile terör örgütünün eylem ve olaylarının gerçekleştirilmesi arasındaki illiyet bağını ortaya koyamadığını ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun sulh ceza hâkimliklerinin erişimin engellenmesi kararına itirazın

bu yargı mercilerince karara bağlanmasının etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiği ile ilgili şikâyetlerine benzer şikâyetler Anayasa Mahkemesince daha önce birçok kararda incelenmiştir. Bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak Anayasa Mahkemesince söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 101-115; Mehmet Baransu (2), B. No: 2015/7231, §§ 64-78, 94-97). Eldeki başvuruda Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından ayrılmayı gerektirecek bir durum görülmediğinden başvurucunun diğer şikâyetlerine odaklanılacak ve başvurucunun iddiaları ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında incelenecektir.

22. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.

...

(28) Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

24. İnternet haber sitesine tümüyle erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

25. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın **13.** maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın **13.** maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

26. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın **13.** maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

27. İfade özgürlüğüne yönelik müdahalenin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında yapıldığı tespit edilmiştir.

ii. Meşru Amaç

28. Başvuruya konu internet haber sitesine erişimin engellenmesine ilişkin kararın yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

29. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. (aynı kararda bkz. §§ 47-75) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

30. Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. kararında 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Mahkemeye göre bu usul, kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi ihtiyacı

nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 63; Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 55).

31. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamındaki erişimin engellenmesi yolu ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur. Dolayısıyla başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık olarak nitelendirilebilir. Yetkili makamlardan bu yolun gecikmesinde sakınca bulunan hâllere özgü olarak kullanılması gereken istisnai bir yol olduğu bilinciyle hareket ederek hassasiyetle karar vermeleri beklenir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 71; Ali Kıdık, § 59).

32. Şiddeti öven, kişileri terör örgütünün yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik eden yayınlar gibi internet ortamında demokratik toplum düzenini tehlikeye atan yayınların daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 72). Böyle durumlarda ilk bakışta ihlal doktrini internet ortamında yapılan yayınlara karşı kamusal menfaatlerin hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesine Karar Verilmesi Biçimindeki Müdahalelerde İdari ve Yargısal Makamlar Tarafından Gözetilmesi Gereken Hususlar

33. Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. kararında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarında idari ve yargısal makamlar tarafından gözetilmesi gereken hususları açıkça ortaya koymuştur (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş., §§ 73-75).

34. Erişimin engellenmesi kararı onayına sunulan sulh ceza hâkimliğinin ve itiraz merciin, erişimin engellenmesi kararının verilmesini talep eden ve/veya kararı veren idari makamlarla aynı sonuca ulaşmaları ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararlarına yansıtmaları, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir. Sulh ceza mahkemesinin erişimin engellenmesine ilişkin idari kararların gerekçelerini tekrar ettiği veya atıfla yetindiği hâllerde Anayasa Mahkemesi, dayanılan idari kararların gerekçelerini denetleyecektir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe

ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 73).

35. Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. (aynı kararda bkz. § 74) kararında, mevcut başvuruya benzer şikâyetlerde derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve benzer başvuruların koşullarına göre değişebilecek unsurlar şu şekilde sıralanmıştır:

i. İnternet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve yargısal makamlar tarafından ortaya konmalıdır.

ii. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak ortaya çıkabileceği dikkate alındığında yayının içeriği ile bu sebepler arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Böyle bir analizin yapılabilmesi için eğer söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

iv. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

- Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti alevlendirip alevlendirmediğinin,

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

- Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,

- Suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,

- Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin,

- Yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesinin yayına erişimin engellenmesi kararına etki edip etmediğinin,

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının,

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

36. Bir terör örgütünün şiddet eylemlerini öven, destekleyen ve haklılaştıran açıklamaların silahlı direnişe tahrik, şiddeti yüceltme veya kin ve düşmanlığın kışkırtılması olarak kabul edilmesi mümkündür. Bununla birlikte yalnızca bir terör örgütünün fikirlerini ve hedeflerini içerdiği, resmî politikaları ağır bir şekilde eleştirdiği veya terör örgütünün resmî politikalarla olan ihtilaflarını değerlendirdiği gerekçesiyle internet içeriğine erişimin engellenmesi -yukarıda bir kısmı gösterilen sebeplerden bir veya daha fazlası da bulunmadığı takdirde- müdahaleyi haklı göstermez (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 75; Halil Bayık, B. No: 2015/19539, 10/5/2018, § 46).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

37. Somut olayda TİB, Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi üzerine on üç internet adresine yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi nedeniyle erişimin engellenmesine karar vermiş; daha ileri bir değerlendirmede bulunmamıştır. TİB, bu kararı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuş ve Hâkimlik kararı aynı gerekçeyle onaylamıştır. Başvurucunun onaylama kararına itirazı reddedilmiştir.

38. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kamusal menfaatlere müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 85; Ali Kıdık, § 83). Somut olayda 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde sayılan meşru sebeplere dayanılarak başvuruya konu internet haber sitesinin de aralarında bulunduğu on üç internet adresine erişim engellenmiş ancak ne idari makamlarca ne derece mahkemelerince anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar değerlendirilmiştir. Erişimin engellenmesi kararında isimleri sayılan on üç internet adresi arasında yer alan başvuruya konu internet haber sitesine erişiminin engellenmesine yönelik olarak bu adreste yer alan haberler ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya

konulamadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir. Bahsi geçen sayıdaki adrese erişim genel bir gerekçe ile engellendiğinden başvuru konusu internet haber sitesinde yer alan yayınların hangi kısımlarının hangi nedenler ile yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vereceği kararda yer almamaktadır.

39. Üstelik internet haber sitesine erişim tümüyle engellenmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (3) numaralı fıkrasında; anılan madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarının ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilebileceği ancak teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm karşısında, içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği hususunda bir gerekçelendirme de yapılmadığı dikkate alındığında başvurucunun sahibi olduğu internet haber sitesine tamamıyla erişimin engellenmesi şeklindeki müdahalenin ifade ve basın özgürlükleri önünde orantısız müdahale teşkil ettiği açıktır.

40. Yukarıda yer verilen hususlar ışığında idari ve/veya yargısal makamlarca başvuruya konu internet haber sitesine tümüyle erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilememiştir.

41. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

42. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama

yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

43. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

44. Başvurucu, ihlalin tespiti ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

45. Anayasa Mahkemesi başvurucunun sahibi olduğu internet haber sitesine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

46. Bu durumda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise usul hukukunda yer alan benzer kurumlardan farklı ve bireysel başvuruya özgü bir düzenleme içeren 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yeniden yargılama sürecinde mahkemelerce yapılması gereken iş, öncelikle hak ihlaline yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

47. İşbu ihlal kararı başvuruya konu URL adresinin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında erişimi engellenebilecek nitelikte bir adres olup olmadığına yönelik bir inceleme içermemektedir. İlgili derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulan kriterler ve gösterilen yöntemle yeniden yargılama yaparak yargılamanın sonucuna göre bahse konu içeriğe erişimin engellenmesine veya engellenmemesine karar vermelidirler.

48. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvurucunun bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmekle birlikte başvurucunun muhatap olduğu yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla eski hâle getirme kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

49. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

50. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/723 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239.50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 27/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (4) Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (4), B. No: 2015/18876, 19/11/2019, § …)
Başvuru Adı	KEREM ALTIPARMAK VE YAMAN AKDENİZ (4)
Başvuru No	2015/18876
Başvuru Tarihi	4/12/2015
Karar Tarihi	19/11/2019
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bazı internet sitelerinde ve sosyal medya hesaplarında yer alan içeriklere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** Kişi Bakımından Yetkisizlik **Giderim:**	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEREM ALTIPARMAK VE YAMAN AKDENİZ BAŞVURUSU (4)

(Başvuru Numarası: 2015/18876)

Karar Tarihi: 19/11/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Burhan ÜSTÜN

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Selahaddin MENTEŞ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucular: 1. Kerem ALTIPARMAK **2.** Yaman AKDENİZ

Vekili: Av. Sevgi KALAN GÜVERCİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU1. Başvuru, bazı internet sitelerinde ve sosyal medya hesaplarında yer alan içeriklere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/12/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Arka Plan Bilgisi

7. Türkiye 2015 yılı Haziran ayından itibaren yoğun bir şekilde terör saldırılarına maruz kalmıştır. Bu kapsamda Doğu ve Güneydoğu Anadolu'daki bazı illerde ve ilçelerde PKK'lı teröristlerce cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurulmuş, bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek güvenlik güçlerinin yerleşim yerlerine girişi engellenmeye çalışılmıştır. PKK, halkın bu yerlere girişini ve buralardan çıkışını da engelleyerek bölgede öz yönetim adı altında

hâkimiyet sağlamayı amaçlamıştır. Güvenlik güçleri bölgede kontrolü tesis etmek ve yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyon düzenlemiş ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. Bu esnada PKK'lı olduğu iddia edilen [H.L.B.] öldürülmüş, cenazesi zırhlı polis aracına bağlanarak Şırnak il merkezinde sürüklenmiştir. Cenazenin sürüklenmesine ilişkin görüntülerin sosyal medyaya yüklenmesiyle başta sosyal medya platformlarında olmak üzere çeşitli paylaşımlarda bulunulmuş ve haberler yapılmıştır (detaylı arka plan bilgisi için Birgün İletişim ve Yayıncılık A.Ş. [GK], B.No: 2015/18936, 22/5/2019, §§ 10-16 kararına bakılabilir).

8. Başvuru konusu erişimin engellenmesi kararına da konu paylaşım ve haberlerin bir kısmı şöyledir:

i. Kullanıcıların video gönderebildikleri, izleyebildikleri ve paylaşabildikleri, video barındıran başlıca web sitesi Youtube'da konu ile ilgili paylaşılan videoların başlıklarından bazıları şöyledir: "Turkish police barbarity, today a young kurdish actor [H.B.] get murdered by the turkish police; Şırnak'ta [H.L.B.nin] bedenine işkence eden polisler küfür içerir; Şırnak'ta ölüye işkence/yerde sürüklenen pkklının görüntüsü; PKK'lı teröristin cesedi, bombalı tuzak testi için zırhlı araçla sürüklendi; [H.B.yi] sürüklerken videoya almışlar, üstelik ana avrat küfür ediyorlar.; PÖH - Cizre/Şırnak'ta bir teröristi böyle öldürdü!; Gebertilen hain yerlerde sürükleniyor; HDP'linin PKK'lı akrabası, askeri aracın arkasında sürükleniyor; Leş, **10.** Yıl marşı eşliğinde sürükleniyor - Tengri Biz Menen; Türk barbarlığına kanıt: [H.B.nin] sürüklenme videosu, [H.B.ye] yapılan Türk barbarlığına rağmen hala bir Türke kardeş diyen Kürt en açık tabiriyle imansızdır.; video of the Turkish cops dragging the body of Kurdish youth they killed in Şırnak. Expose the barbarity.; Turk state terorism act; T.C. Senin ananı avradını s... ben türklerin kardeşi değilim. Asla kardeşleri olmam; İnsanlık sürükleniyor!; "

ii. Sosyal paylaşım sitesi Twitter'da yer alan bildirimlerden bazıları şöyledir: "PKK'den tek bir cümle bekliyorum: İntikam alınacaktır, onu yapanların leşleri bile olmayacaktır, bunu bekliyoruz PKK'den; [H.B.nin] ön otopsi raporu: 28 kurşun isabet etmiş ve işkence yapılmış..; Montaj diyenler buyurun, [H.B.nin] elbet birgün hesabı sorulacak herkes paylaşsın! silinmeden +18; [H.B.] işte videosu montaj diyenlere bu halk bunun intikamını alır elbet unutmayacağız!!!; İnsanlığınızdan dahi utanmazsınız çünkü insan değilsiniz...IŞİD'çiler bunlar...; IŞİD'i kimin eğittiğini anladınız mı! IŞİD profesyonel işkence yöntemlerini TC'den öğrenmiş!

#TeröristTurkey; İnsanlık utandı!"

iii. Ulusal ölçekte yayın yapan bazı gazeteler ile internet haber portallarında konu ile ilgili haberlerinin başlıkları şöyledir: "Zırhlı aracın arkasında sürüklenen [H.B.ye] 28 kurşun sıkılmış (Radikal gazetesi); Şırnak'ta cenazeye yapılan işkencenin videosu da ortaya çıktı (Radikal

gazetesi); [H.L.B.nin] görüntüleri ortaya çıktı (ilerihaber.org); İnsanlık sürünüyor (Cumhuriyet gazetesi); İşte [H.B.nin] polis aracına bağlanarak metrelerce sürüklendiği an (Cumhuriyet gazetesi); Başbakan Davutoğlu: olayla ilgili hukuki ve idari soruşturma için gerekli talimatlar verilmiştir (T24 internet gazetesi); PKK'lı teröristin sürüklendiği anların görüntüsü ortaya çıktı! (www.gazete2023.com); Videosu da çıktı: [H.L.B.nin] cesedi metrelerce sürüklenmiş, cansız bedene küfür edilmiş (www.diken.com.tr)"

iv. Olay dış başında da yer almıştır. İnternet haber portallarında yer alan bazı haber başlıkları şöyledir: "Turkish Police drags deceased body (www.liveleak.com); Turkish Police drag deceased body of [H.L.B.] through streets of Sirnak (www.revolution-news.com)."

B. Somut Başvuruya İlişkin Olgular

9. Başvurucular, olayların meydana geldiği tarihte internet ve insan hakları alanında çalışan akademisyenlerdir. Başvurucuların akademik çalışmaları hakkında detaylı bilgi için Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2) (B. No: 2015/15977, 12/6/2019, § 12) kararına bakılabilir.

10. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi ve (kapatılan) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) 6/10/2015 tarihli yazısı gereğince H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesi olayının görüntülerini paylaşan ve bu olaya yönelik haber yapan internet haber siteleri ile sosyal medya hesaplarına ait 111 içeriğe (URL) erişimin engellenmesine karar verilmiştir.

11. Anayasa Mahkemesince Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemede erişimi engellenen içeriklerin bir kısmının şiddeti öven, kişileri şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe teşvik edici nitelik taşıdığı belirlenmiştir. Bir kısmının ise anılan olayın haberleştirilmesinden ibaret olduğu, basının kamu bekçiliği rolünden öteye geçmediği tespit edilmiştir. Özellikle sosyal medya hesaplarından yapılan paylaşımların tamamına yakınında cenazenin sürüklenmesi olayına ilişkin bazı görüntülere ve videolara yer verilerek intikam almaya ve/veya şiddeti teşvik etmeye yönelik paylaşımlarda bulunulduğu görülmüştür (bkz. § 8; Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 77).

12. TİB, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararını 6/10/2015 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. TİB tarafından Hâkimliğe sunulan dilekçeye erişimin engellenmesi kararı verilen haber sitelerine ve çeşitli sosyal medya platformlarına ait 56 URL adresi ile Twitter'da yer alan 55 bildirimin ekran görüntüleri eklenerek "İnternet adreslerindeki terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden içerikler ile

yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi" nedeniyle erişimlerinin engellenmesine karar verildiği belirtilmiştir.

13. TİB tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararı Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince aynı gerekçeyle 6/10/2015 tarihinde onaylanmıştır.

14. Anayasa Mahkemesince UYAP üzerinden yapılan sorgulamada yalnızca üç içerik sağlayıcısı ve internet hizmeti sağlayıcısının kendilerine ait adreslere yönelik tedbire itiraz ettiği ve yargısal süreç başlattığı tespit edilebilmiştir. Başvurucular ise kullanıcı sıfatıyla, 111 internet adresinin tamamına erişimin engellenmesine yönelik onaylama kararına itiraz etmişlerdir. Ankara **7.** Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 23/10/2015 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince verilen karar usul ve yasaya uygun bulunarak başvuruculaların itirazı reddedilmiştir.

15. Ret kararı başvuruculara 4/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucular 4/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili uluslararası hukuk kuralları için Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2)

(B. No: 2015/15977, 12/6/2019, §§ 21-26) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 19/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları

18. Başvurucular;

i. 7/6/2015 tarihli Milletvekili Genel Seçimi'nin ardından ülkede çatışmaların arttığını, pek çok kişinin gözaltına alındığını ya da hayatını kaybettiğini, bu olayları haberleştiren internet haber siteleri ve sosyal medya hesapları hakkında topluca ve gerekçesiz olarak erişimin engellenmesi kararları verildiğini ileri sürmüşlerdir.

ii. Erişimi engellenen adreslerde yer alan içeriklerin Şırnak'ta öldürüldükten sonra zırhlı polis aracının arkasına iple bağlanarak sürüklenmesi olayı ile ilgili olduğunu, güvenlik güçlerinin yasa dışı uygulamalarını ortaya koyan bu tür içeriklere erişimin engellenmesinin hukuka aykırı ve sansür niteliğinde olduğunu, bu tür içeriklerin sistemli bir şekilde engellenmesinden ötürü bilgiye ulaşamadıklarını belirterek ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

iii. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin yasayla öngörülme ilkesine uygun olmadığını belirterek anılan maddenin iptali talebiyle başvurularının Genel Kurula gönderilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

19. Başvurucular, Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı sonucunda bazı internet siteleri ile sosyal medya hesaplarında yer alan 111 içeriğe erişimin engellendiğinden şikâyet etmektedirler. Başvurucuların şikâyetlerinin özü, internet kullanıcıları ve özellikle insan hakları alanında çalışmalar yürüten akademisyenler olarak bu kararın haber ve fikir alma, bilgiye erişme haklarına müdahale oluşturduğuna ilişkindir.

20. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."

21. Anayasa Mahkemesi internetin halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahip olduğunu, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağladığını ve bu durumun ifade özgürlüğü açısından çok geniş bir alan yarattığını daha önce pek çok defa belirtmiştir. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haber ve fikirlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir (Birgün İletişim ve Yayıncılık A.Ş., §§ 50, 51; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 34; C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018, § 27).

22. Bununla birlikte 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un **46.** maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için mağdur statüsüne sahip olması gerekir. Anayasa Mahkemesi Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2) kararında; haber ve fikir alma özgürlüğünün internet sitelerine erişimin engellenmesi şeklinde yapılan her müdahaleden herkesin doğrudan etkilendiği ve bu tedbir nedeniyle mağdur olduğu anlamına gelecek şekilde geniş yorumlanamayacağını, müdahalenin dolaylı etkilerine maruz kalınmış olmanın başvurucunun mağdur sıfatı taşıdığının kabul edilebilmesinde yeterli olmayacağını vurgulamıştır (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), § 35).

23. Anayasa Mahkemesi, ifade aracına yönelik müdahaleler nedeniyle bilgi ve fikir alma hakkına sahip olan üçüncü kişiler tarafından ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda,

başvuruculların mağdur sıfatını taşıyıp taşımadığı hususunun somut olayın koşulları bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve başvuruculların mağdur sıfatı taşıdıklarının kabul edilebilmesi için somut olayda bulunması gereken birtakım kriterler belirlemiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi söz konusu değerlendirmeyi yaparken somut olayın koşullarına uyduğu ölçüde;

i. Başvurucunun ifade aracını (internet sitesi, sosyal medya platformu, kitap, gazete, dergi vb.) kullanma şekli (içerik sağlayıp sağlamaması: aktif kullanıcı-pasif kullanıcı),

ii. İfade açıklamasına yönelik tedbirin bilgi alma hakkına sahip başvurucu üzerinde doğurabileceği sonuçların ağırlığı,

iii. Bilgiye başka yollardan erişim sağlama imkânının bulunup bulunmadığı,

iv. İfade aracının (somut olayda erişimi engellenen internet sitelerinin ve sosyal medya hesaplarının) özellikleri (kullanıcı/ziyaretçi/takipçi sayısı, işlevi, ulusal/uluslararası platformlarda bilinirliği, alternatifi olup olmaması vb.),

v. İfade aracına yapılan müdahale nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun kalınıp kalınmadığı,

vi. Alınan tedbirin başvurucunun kamusal tartışmaya katılımına engel olup olmadığı,

vii. Alınan tedbir nedeniyle başvurucunun somut olarak belirlenebilir bir menfaatten yoksun kalıp kalmadığı gibi hususları inceleyerek sonuca varmaktadır (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), § 37).

24. Başvuruculların mağdur sıfatı taşıdıklarını kanıtlayabilmeleri için erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında yukarıda sayılan hususlar temelinde bağ kurma ve soyut iddialardan kaçınma yükümlülüğü vardır (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), § 38).

25. Başvuru konusu olayda erişimi engellenen 111 adresin büyük bir çoğunluğu Twitter, Youtube, Dailymotion ve Facebook isimli sosyal paylaşım sitelerine ait kişisel hesaplarda yer alan içeriklerden oluşmaktadır. Geri kalan kısım ise bazı internet haber siteleri ile kullanım amacı belirli olmayan birtakım internet sitelerinden ibarettir. Başvurucular, bu adreslerden herhangi birinde içerik sağlayıcı konumunda olduklarını veya belirli bir mesleki ya da başka bir faaliyet kapsamında bu adreslerden aktif olarak yararlandıklarını belirtmemişlerdir. Buna göre başvuruculların anılan adreslerin aktif kullanıcıları olmadıkları anlaşılmaktadır.

26. Başvurucular, uzun yıllardır ifade özgürlüğü ve internet alanında çalışan akademisyenler olmaları sebebiyle erişimin engellenmesi şeklindeki şikâyet konusu tedbirin kendilerini yakından

ilgilendirdiğini ileri sürmüş ancak bu tedbirin akademik çalışmaları üzerindeki etkilerini açıklamamışlardır. Başvurucular, belirli bir menfaatten yoksun kaldıklarına dair de bir kanıt göstermemişlerdir.

27. Somut olayda başvurucuların bilgiye başka yollardan erişim sağlama imkânlarının olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Başvurucular 111 internet adresinin tamamına erişimin engellenmesi şeklindeki müdahaleden şikâyet etmiş, bununla birlikte bu adreslerin her birinin hangi yönleriyle alternatifi olmayan kaynaklar olduklarını ortaya koyamadıkları gibi bu adresler dışında başka hiçbir şekilde bilgiye erişim imkânı elde edemediklerini gösterememişlerdir. Başvurucular bahsi geçen internet adreslerinin güvenlik güçlerinin yasa dışı uygulamalarını kamuya sunarak suç oluşturan bu tür uygulamaların tekrarlanmasının önlenmesi ve sorumluların ortaya çıkarılması amacını taşıdığını, anılan tedbir kararıyla bu içeriklere sansür uygulandığını ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte başvurucular erişimin engellenmesi kararının sırf bu nedene dayalı olarak yapıldığı hususunda ikna edici bir delil ortaya koyamamışlardır. Nitekim özellikle sosyal medya hesaplarından yapılan paylaşımların tamamına yakınında yer alan intikam almaya ve/veya şiddeti teşvik etmeye yönelik paylaşımlar da başvurucuların bu iddiasını destekler nitelikte görünmemektedir (bkz. §§ 8, 11). Başvurucuların anılan tedbir nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun bırakıldıkları, bu durumun kamusal tartışmaya katılmalarına engel oluşturduğu değerlendirilmemiştir.

28. Günümüzde ifade özgürlüğünün kullanımının en etkili aracı hâline gelen internet, bünyesinde siyasi sorunlar ya da kamu menfaati ile ilgili çalışmalara ve tartışmalara katılmaya yönelik temel araçları barındırmaktadır. Başvurucuların toplumsal konumları ve statüleri de dikkate alındığında erişimin engellenmesi şeklindeki tedbirin başvurucular üzerinde herhangi bir etki doğurmadığı da söylenemez (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), § 43). Bununla birlikte somut olay yukarıda yer verilen ilkeler (bkz. § 23) ışığında değerlendirildiğinde başvurucuların müdahalenin dolaylı etkilerine maruz kalmaktan öteye geçen bir mağduriyetleri bulunduğunu ortaya koyamadıkları görülmektedir.

29. Toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan ve halk davası (actio popularis) olarak isimlendirilen başvurular bireysel başvuru hakkı kapsamında kabul edilmemektedir (Tezcan Karakuş Candan ve diğerleri, B. No: 2013/1977, 9/1/2014 § 21; Mahmut Tanal, B. No: 2014/11368, 23/7/2014, § 20; Liberal Demokrat Parti, B. No: 2014/11268, 23/7/2014, § 18). Müdahalenin subjektif yani bireysel olarak doğrudan maruz kalınan somut etkileri açıklanamadığı sürece müdahale nedeniyle bilgiye ulaşma hakkına halel geldiğine yönelik objektif çıkarımlarda

bulunmak başvurunun halk davası olarak nitelendirilmesine engel olamayacaktır (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), § 44).

30. Yukarıda yer verilen hususlar ışığında başvuruculaların erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında doğrudan ve kişisel bir bağ kuramadıkları, mağdur olduklarını soyut iddialardan öteye geçen, makul ve ikna edici gerekçelerle kanıtlayamadıkları sonucuna varılmıştır.

31. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde BIRAKILMASINA 19/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2019 - Savaş Kılıç Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Savaş Kılıç, B. No: 2016/5583, 19/11/2019, § …)
Başvuru Adı	SAVAŞ KILIÇ
Başvuru No	2016/5583
Başvuru Tarihi	21/3/2016
Karar Tarihi	19/11/2019
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	24/12/2019 - 30988
II. BAŞVURU KONUSU	
BAŞVURU KONUSU Başvuru, başvurucunun sosyal medyada bir kişiye yönelik olarak kullandığı ifadeler nedeni ile cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İfade özgürlüğüne başkalarının şeref ve itibarını korumak amacıyla yapılan müdahalelere ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5237 Türk Ceza Kanunu **Madde Numarası:** 125	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

SAVAŞ KILIÇ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/5583)

Karar Tarihi: 19/11/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 24/12/2019-30988

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Burhan ÜSTÜN

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Selahaddin MENTEŞ

Raportör: Fatma Gülbin ÖZCÜRE

Başvurucu: Savaş KILIÇ

I. BAŞVURU KONUSU

1. Başvuru, başvurucunun sosyal medyada bir kişiye yönelik olarak kullandığı ifadeler nedeni ile cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 21/3/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, avukat olarak görev yapmaktadır. V.Ö. isimli müşteki de avukat olarak görev yapmakta olup başvurucu ile birlikte www.facebook.com (Facebook) isimli sosyal medya platformunda kurulmuş olan "Avukat-Hakim-Savcı-Tüm Hukukçular Omuz Omuza!" isimli gruba üyedirler. Yapılan paylaşımların yalnızca grup üyeleri tarafından görülebilmesi sebebi ile kapalı grup olarak nitelendirilen "Avukat-Hakim-Savcı-Tüm Hukukçular Omuz Omuza!" isimli

grubun üyelerinin daha çok hukukçulardan oluştuğu ve başvuru tarihi itibari ile 28.355 üyesi olduğu belirtilmiştir.

9. Müşteki, söz konusu kapalı grupta daha önceden başka üyeler tarafından yapıldığını ileri sürdüğü dinî değerleri aşağılayıcı ve terör eylemlerini övücü nitelikteki bazı paylaşımlara duyduğu tepkiyi dile getiren bir metin kaleme almış ve yazıyı grubun ana sayfasında paylaşmıştır. Müşteki, yazısında başka kullanıcılar tarafından yapıldığını ileri sürdüğü dinî değerleri aşağılayıcı ve terör eylemlerini övücü nitelikteki paylaşımlar nedeni ile rahatsızlık duyduğunu belirtmiştir. Bu tarz paylaşımların böylesi bir grupta yapılmasının son derece yakışıksız olduğunu değerlendiren müşteki, suç teşkil eden paylaşımlar nedeni ile paylaşım sahipleri hakkında suç duyurusunda bulunulacağını ifade etmiştir.

10. Müştekinin yapmış olduğu bu paylaşımın ardından başvurucu "Kanal-İ-Zasyon" isimli 2009 yapımı komedi türünde çekilen filmin "Asabiyet Meydanı" olarak isimlendirilen kesiti ile aşağıdaki yazılı iletiyi ilgili grubun ana sayfasında paylaşmıştır. Müşteki V.Ö. söz konusu paylaşımın kendisini hedef aldığını ileri sürmüş ve başvurucudan şikâyetçi olmuştur. İlgili paylaşım şu şekildedir:

"1000 yorum sınırını aşan ve Muhtar adayı [V.Ö.] nün fikirlerini s..çtığı iletisinde, grup olarak hep birlikte fikirlerimizi Muhtar adayımıza fışkırttık."

11. Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı 26/11/2015 tarihli iddianame ile başvurucunun alenen hakaret suçundan cezalandırılması talebiyle kamu davası açmıştır.

12. Yargılama Eskişehir **1.** Asliye Ceza Mahkemesi (Mahkeme) tarafından yapılmış olup karar 25/2/2016 tarihinde verilmiştir. İddianameye konu ifadelerin başvurucu tarafından yazıldığını ve tahkir edici nitelikte olduğunu belirten Mahkeme, şikâyete konu ifadelerin alenen hakaret suçunu oluşturduğunu kabul ederek başvurucunun 2.610 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına kesin olarak karar vermiştir.

13. Başvurucu, mahkûmiyet kararının 26/2/2016 tarihinde kendisine tebliğ edildiğini belirtmiştir.

14. Başvurucu 21/3/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Hakaret" kenar başlıklı 125. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) (1) veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır...

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur."

B. Uluslararası Hukuk

16. İlgili uluslararası hukuk kaynaklarının derli toplu verildiği bir karar için Koray Çalışkan (B. No: 2014/4548, 5/12/2017, §§ 17-23) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 19/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

18. Başvurucu, bireysel başvurusuna konu ettiği itirazları birden fazla başlık altında sıralamıştır. İlk olarak yargılamasının yetkili mahkeme tarafından yapılmadığını ileri süren başvurucu, yargılamanın Eskişehir'de yürütülmüş olmasının eşitlik ve tabii hâkim ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Hakkında toplanmasını talep ettiği delillerin Mahkeme tarafından toplanmadığını, hükmedilen adli para cezasının kesinlik sınırı altında olması sebebi ile temyiz hakkının elinden alındığını belirten başvurucu; adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan savunma ve hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiğini belirtmiştir.

19. Başvurucu, yargılama konusu ifadelerin kendisi tarafından yazıldığını kabul etmemektedir. Bununla birlikte başvurucu söz konusu ifadelerin hakaret suçunu oluşturmadığını, ifadede geçen "s.çtığı" kelimesinin Mahkeme tarafından "saçtığı" olarak değerlendirilebilecek iken gerekçedeki şekli ile değerlendirilerek ifadeye kullanıcısı tarafından amaçlanan anlamın ötesinde bir anlam verildiğini belirtmiştir. Yine paylaşılan ifadenin değer yargısı içerdiğini ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını belirten başvurucu, hakkında hükmolunan adli para cezasının ölçülü olmadığı gibi anayasal bir hak olan ifade özgürlüğünü de ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

20. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

21. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

22. Başvurucunun Facebook paylaşımları nedeniyle Mahkemece 2.610 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

23. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

24. Yukarıda anılan müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

25. 5237 sayılı Kanun'un 125. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

26. Başvurucunun adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

27. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları, bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

28. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir (Bekir Coşkun, §§ 53-55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007). Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. Bekir Coşkun, § 51; Mehmet Ali Aydın, § 68; Tansel Çölaşan, § 51). Orantılılık ise bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. Bekir Coşkun, § 57; Tansel Çölaşan, §§ 46, 49, 50; Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 59, 68).

(b) Başkalarının Şöhret veya Haklarının Korunması

29. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda ifade özgürlüğünü kullananların uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın **17.** maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Bekir Coşkun, § 45; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 44).

(c) Çatışan Haklar Arasında Dengeleme

30. Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Nilgün Halloran, § 41; Adnan Oktar (3), § 33; Bekir Coşkun, § 45; Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 54).

31. Anayasa Mahkemesi benzer başvurularda, başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin derece mahkemelerinin kararlarında başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmektedir (Nilgün Halloran, §§ 27, 41, 52; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 56; İlhan Cihaner (2), § 49; Kemal Kılıçdaroğlu, §§ 56-58). Bu, soyut bir değerlendirme değildir. Anayasa Mahkemesi ilke olarak;

i. Başvurucu tarafından yapılan düşünce açıklamalarının tamamının söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilip değerlendirilmediğini,

ii. Müdahaleyi haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin uygun ve yeterli görünüp görünmediğini,

iii. Başvuru konusu olan müdahalenin gözetilen meşru amaçla orantılı olup olmadığını inceler.

- Bu incelemeyi yaparken Anayasa Mahkemesi somut olaya uyduğu ölçüde;

a. Başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün,

b. İfadelerin kim tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin, bağlamının,

c. İfadelere sebebi ile uygulanan yaptırımın niteliğinin ve etkinliğinin,

d. Kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakar.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

32. Müşteki, grupta yapılan bir kısım paylaşımı eleştiren ve bazı paylaşımlar yönünden suç duyurusunda bulunacağını belirten bir metin kaleme almış; söz konusu bu metni 28.355 üyesi bulunduğu belirtilen grupta paylaşmıştır. Bu bağlamda grup içinde düşüncelerini duyurmaktan imtina etmediği anlaşılan müştekinin kendisi ile aynı fikirde olmayan üyelerin kabul edilebilir, eleştiri sınırını aşmayan değerlendirmelerine katlanma yükümlülüğü altına gireceğinde şüphe yoktur.

33. Ceza yargılamasına konu edilen ifadede kullanılan "s.çtığı" kelimesinin başvurucunun iddia ettiği gibi "saçtığı" şeklinde yorumlanması anlam bütünlüğü bakımından son derece zordur. Bu itibarla başvurucunun saldırgan ve kaba bir üslup benimsediği, başvurucu tarafından kullanılan ifadelerin toplumsal nezaket kurallarını aştığı, yöneltildiği kişiye ve okuyucusuna rahatsızlık verdiği görülmektedir. Bununla birlikte ifade özgürlüğü ile yalnızca düşünce ve bilginin özünün korunması amaçlanmamaktadır. Düşünce ve bilginin sunuluş şekli ve üslubu da içerik kadar ifade özgürlüğünün korumasından yararlanır. Anayasa Mahkemesi başvurucunun açıkça polemik çıkarmaya yönelik üslubunun bir parçası olduğu anlaşılan ve müştekinin özel hayatını hedef almayan ilgili ifadenin müştekinin daha önce yaptığı açıklamalara karşı verilmiş, sert bir karşılık olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir.

34. Yukarıda açıklanan sebeplerle başvurucunun paylaşımının kabul edilebilir eleştiri sınırları içinde kaldığı değerlendirilmiştir. Aksi kabul edildiğinde muhatabını inciten her nezaket kuralı ihlaline ceza yaptırımı uygulanması gerekecek ve bu durum kişilerin ifade özgürlüğünün ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verebilecektir. Bu değerlendirmeler ışığında Anayasa Mahkemesinin kanaatine göre mevcut olayda başvurucunun ifade özgürlüğü ile müştekinin itibarını koruma hak ve menfaati arasında derece mahkemesi tarafından adil bir dengenin kurulmasına çalışılmadığı ve başvurucunun adli bir ceza ile cezalandırılmasının demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğine ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya konulamadığı sonucuna varılmıştır.

35. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

36. Başvurucunun adil yargılanma hakkının ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik şikâyetleri ifade özgürlüğü yönünden ihlal bulunması nedeniyle ayrıca incelenmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

37. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

38. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler tayin edilmiştir.

39. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının tayin edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan, §§ 57, 58).

40. Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan, § 59).

41. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi ve 5.000 TL tazminat talebinde bulunmuştur.

42. Anayasa Mahkemesi, sosyal medya hesabından yapmış olduğu paylaşım nedeni ile hakkında hakaret suçundan adli para cezasına hükmedilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediğini belirterek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

43. Bu durumda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise usul hukukunda yer alan benzer kurumlardan farklı ve bireysel başvuruya özgü bir düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yeniden yargılama sürecinde mahkemelerce yapılması gereken iş, öncelikle hak ihlaline yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

44. İfade özgürlüğünü ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasının yeterli olduğu değerlendirildiğinden başvurucunun manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

45. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Eskişehir **1.** Asliye Ceza Mahkemesine (E.2015/842 K.2015/96) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun manevi tazminat talebinin REDDİNE,

E. 239,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 19/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Anayasa Mahkemesi - 26 Eylül 2019 - Baransav Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Baran Tursun Uluslararası, Dünya Ölçeğinde Silahsızlanma, Yaşam Hakkı, Özgürlük, Demokrasi, Barış ve Dayanışma Vakfı (Baransav) ve Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş., B. No: 2015/18581, 26/9/2019, § …)
Başvuru Adı	BARAN TURSUN ULUSLARARASI, DÜNYA ÖLÇEĞİNDE SİLAHSIZLANMA, YAŞAM HAKKI, ÖZGÜRLÜK, DEMOKRASİ, BARIŞ VE DAYANIŞMA VAKFI (BARANSAV) VE KESKİN KALEM YAYINCILIK VE TİCARET A.Ş.
Başvuru No	2015/18581
Başvuru Tarihi	4/12/2015
Karar Tarihi	26/9/2019
Birleşen Başvurular	2015/18873
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, sosyal medya hesabına yönelik erişimin tamamıyla engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün; internet haber portalında yer alan bir habere erişimin engellenmesi nedeniyle de basın özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın dışındaki bireylere ait sosyal medya hesaplarına erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama **Hak:** İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal	

Giderim: Yeniden yargılama
IV.İLGİLİ HUKUK
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 8/A

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

BARAN TURSUN ULUSLARARASI, DÜNYA ÖLÇEĞİNDE SİLAHSIZLANMA, YAŞAM HAKKI, ÖZGÜRLÜK, DEMOKRASİ, BARIŞ VE DAYANIŞMA VAKFI (BARANSAV) VE KESKİN KALEM YAYINCILIK VE TİCARET A. Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/18581)

Karar Tarihi: 26/9/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Burhan ÜSTÜN

Kadir ÖZKAYA

Selahaddin MENTEŞ

Raportör Yrd: Derya ATAKUL

Başvurucular: 1. Baran Tursun Uluslararası, Dünya Ölçeğinde Silahsızlanma, Yaşam Hakkı, Özgürlük, Demokrasi, Barış ve Dayanışma Vakfı (BARANSAV)

2. Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş.

Vekilleri : Av. Sevgi KALAN GÜVERCİN

Av. Ali Deniz CEYLAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sosyal medya hesabına yönelik erişimin tamamıyla engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün; internet haber portalında yer alan bir habere erişimin engellenmesi nedeniyle de basın özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/12/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuşlardır.

8. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2015/18581 ile 2015/18873 numaralı bireysel başvuru dosyalarının birleştirilmelerine, incelemenin 2015/18581 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Arka Plan Bilgisi

10. Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan PKK'nın silahlı bir terör örgütü olduğu ulusal ve uluslararası makamlar tarafından kabul edilmiş tartışmasız bir olgudur. Anılan örgütün gerçekleştirdiği terörist şiddet; bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör, onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir (*Gülser Yıldırım* (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 7-18).

11. Bununla birlikte kamuoyunda *demokratik açılım süreci, çözüm süreci ve Millî Birlik ve Kardeşlik Projesi* gibi farklı isimlerle ifade edilen süreçte 2012 yılının son döneminden itibaren PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırıları önemli ölçüde azalmıştır. Suriye'de son yıllarda yaşanan iç savaşın ise Türkiye'nin güvenliği üzerinde etkileri olmuş, PKK ve DAEŞ kaynaklı terör olayları yeniden artmaya başlamıştır. Kamuoyunda *6-7 Ekim olayları ve hendek olayları* olarak bilinen terör eylemleri bunların başında gelmektedir (*Gülser Yıldırım* (2), §§ 21-30).

12. Türkiye 2015 yılı Haziran ayından itibaren yeniden yoğun bir şekilde terör saldırılarına maruz kalmıştır. Bu kapsamda PKK tarafından Şırnak'ın merkezi ile Cizre, Silopi ve İdil ilçelerinde, Hakkâri'nin Yüksekova ilçesinde, Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçelerinde, Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçelerinde, Muş'un Varto ilçesinde cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek teröristler tarafından bu yerleşim yerlerinin bir kısmında öz yönetim adı altında hâkimiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda çok sayıda terörist, halkın bu yerlere giriş ve çıkışını engellemek istemiştir. Güvenlik güçleri, hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması suretiyle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapmış ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. Uzun süre devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında ikiyüzü aşkın sayıda güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir (*Gülser Yıldırım* (2), §§ 28-30). Açık kaynaklara göre yaşanan çatışmalarda 310 sivil hayatını kaybetmiş, operasyonlar sırasında bölgede asker, polis ve korucu olmak üzere 249 şehit verilirken 2.554 PKK'lı terörist etkisiz hâle getirilmiştir. Ayrıca olumsuz koşullar nedeniyle en az 100 bin kişinin

çatışma bölgesinden geçici veya kalıcı olarak göç etmek zorunda kaldığı ifade edilmektedir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019, § 12).

13. Resmî raporlara göre 3/10/2015 tarihinde Şırnak il merkezinde polisin terör örgütünce açılan hendekleri kapatmak için düzenlediği operasyonda çıkan çatışmada polis ile çatışmaya giren H.L.B. öldürülmüş, cenazesi zırhlı bir polis aracına bağlanarak sürüklenmiştir.

14. Anılan olaya ait görüntülerin bazı sosyal medya platformlarında paylaşılarak yayılması ile birlikte sosyal medyada paylaşılan yorumların yanı sıra basın tarafından da konuyla ilgili çeşitli haberler yapılmıştır. Başvuru konusu erişimin engellenmesi kararına da konu paylaşım ve haberlerin bir kısmı şöyledir:

> i. Kullanıcıların video gönderebildikleri, izleyebildikleri ve paylaşabildikleri, video barındıran başlıca web sitesi Youtube'da konu ile ilgili paylaşılan videoların başlıklarından bazıları şöyledir: "*Turkish police barbarity, today a young kurdish actor [H.B.] get murdered by the turkish police; Şırnak'ta [H.L.B.nin] bedenine işkence eden polisler küfür içerir; Şırnak'ta ölüye işkence/yerde sürüklenen pkklının görüntüsü; PKK'lı teröristin cesedi, bombalı tuzak testi için zırhlı araçla sürüklendi; [H.B.yi] sürüklerken videoya almışlar, üstelik ana avrat küfür ediyorlar.; PÖH -Cizre/Şırnak'ta bir teröristi böyle öldürdü!; Gebertilen hain yerlerde sürükleniyor; HDP'linin PKK'lı akrabası, askeri aracın arkasında sürükleniyor; Leş, 10. Yıl marşı eşliğinde sürükleniyor - Tengri Biz Menen; Türk barbarlığına kanıt: [H.B.nin] sürüklenme videosu, [H.B.ye] yapılan Türk barbarlığına rağmen hala bir Türke kardeş diyen Kürt en açık tabiriyle imansızdır.; video of the Turkish cops dragging the body of Kurdish youth they killed in Şırnak. Expose the barbarity.; Turk state terorism act; T.C. Senin ananı avradını s... ben türklerin kardeşi değilim. Asla kardeşleri olmam; İnsanlık sürükleniyor!;* "
>
> ii. Sosyal paylaşım sitesi Twitter'da yer alan bildirimlerden bazıları şöyledir: "*PKK'den tek bir cümle bekliyorum: İntikam alınacaktır, onu yapanların leşleri bile olmayacaktır, bunu bekliyoruz PKK'den; [H.B.nin] ön otopsi raporu: 28 kurşun isabet etmiş ve işkence yapılmış..; Montaj diyenler buyurun, [H.B.nin] elbet birgün hesabı sorulacak herkes paylaşsın! silinmeden +18; [H.B.] işte videosu montaj diyenlere bu halk bunun intikamını alır elbet unutmayacağız!!!; İnsanlığınızdan dahi utanmazsınız çünkü insan değilsiniz...IŞİD'çiler bunlar...; IŞİD'i kimin eğittiğini anladınız mı! IŞİD profesyonel işkence yöntemlerini TC'den öğrenmiş! #TeröristTurkey; İnsanlık utandı!*"
>
> iii. Ulusal ölçekte yayın yapan bazı gazeteler ile internet haber portallarında konu ile ilgili haberlerinin başlıkları şöyledir: "*Zırhlı aracın arkasında sürüklenen [H.B.ye] 28 kurşun*

sıkılmış (Radikal gazetesi); Şırnak'ta cenazeye yapılan işkencenin videosu da ortaya çıktı (Radikal gazetesi); [H.L.B.nin] görüntüleri ortaya çıktı (ilerihaber.org); İnsanlık sürünüyor (Cumhuriyet gazetesi); İşte [H.B.nin] polis aracına bağlanarak metrelerce sürüklendiği an (Cumhuriyet gazetesi); Başbakan Davutoğlu: olayla ilgili hukuki ve idari soruşturma için gerekli talimatlar verilmiştir (T24 internet gazetesi); PKK'lı teröristin sürüklendiği anların görüntüsü ortaya çıktı! (www.gazete2023.com); "Cansız bedeni zırhlı aracın arkasında sürüklenen H.B.'ye 28 kurşun sıkılmış" (*www.birgun.net*).

iv. Olay dış basında da yer almıştır. İnternet haber portallarında yer alan bazı haber başlıkları şöyledir: "*Turkish Police drags deceased body (www.liveleak.com); Turkish Police drag deceased body of [H.L.B.] through streets of Sirnak (www.revolution-news.com).*"

15. Öte yandan yaşanan olaya yönelik İçişleri Bakanlığı tarafından soruşturma başlatılmış ve iki polis memuru görevden uzaklaştırılmıştır.

16. Hem olayların meydana geldiği dönemde başbakan olan Ahmet Davutoğlu hem de Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan söz konusu görüntülere ilişkin olarak basına verdikleri demeçlerde, yapılan muamelenin yanlış olduğunu ve kabul edilemeyeceğini, sorumluların cezalandırılmasıyla ilgili gerekenlerin yapılacağını belirtmişlerdir.

B. Somut Başvuruya İlişkin Gelişmeler

17. Birinci başvurucu, yerleşim yeri olan İzmir'in Karşıyaka ilçesinde Karşıyaka 1. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil ile 2010 yılında tüzel kişilik kazanmıştır. Kuruluş senedinde başvurucu Vakfın amacı "*Ülkemizde ve diğer ülkelerde; ırk, din ve coğrafya ayırımı yapılmadan, demokrasi, barış ve dayanışma kültürünü geliştirmek, şiddet sonucu yaşam hakları ihlal edilen veya ömür boyu sakat bırakılan tüm insanlara ve ailelerine hukuksal, rehabilitasyon ve adaptasyon hizmetlerinde bulunmak, vakfın amacı kapsamına giren birey ve kuruluşlarla dayanışmayı sağlamaktır. Amacı kapsamında öğrencilere burs vermek*" olarak belirtilmiştir. Vakıflar Genel Müdürlüğünün web sayfası üzerinden yapılan araştırmada başvurucu Vakfın faaliyetlerine devam ettiği tespit edilmiştir.

18. İkinci başvurucu, *www.diken.com.tr* isimli internet haber portalının sahibidir.

19. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi ve (kapatılan) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) 6/10/2015 tarihli yazısı gereğince H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesi olayının görüntülerini paylaşan ve bu olaya yönelik haber yapan internet haber

siteleri ile sosyal medya hesaplarına ait 111 içeriğe (URL) erişimin engellenmesine karar verilmiştir.

20. Erişimin engellenmesi kararı verilen URL adreslerinden biri www.diken.com.tr isimli haber sitesinde yayımlanan "*Videosu da çıktı, [H.L.B.nin] cesedi metrelerce sürüklenmiş, cansız bedene küfür edilmiş*" başlıklı haberin yer aldığı adrestir. Erişimin engellenmesi kararı verilen adreslerden bir diğeri de birinci başvurucunun Twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde yer alan @barantursunvakf adlı sosyal medya hesabıdır. Erişimi engellenen 111 adresten büyük bir kısmı URL (içerik) adresi iken birinci başvurucunun hesabına erişim, H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesi olayı ile ilgili yaptığı paylaşımlar ile sınırlı olarak değil bütünüyle engellenmiştir.

21. TİB 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararını 6/10/2015 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. TİB tarafından Hâkimliğe sunulan dilekçeye, erişimin engellenmesi kararı verilen haber sitelerine ait 56 URL adresinin ve sosyal medya platformu Twitter'da yer alan 55 bildirimin ekran görüntüleri eklenerek "*İnternet adreslerindeki terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden içerikler ile yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi*" nedeniyle erişimlerinin engellenmesine karar verildiği belirtilmiştir.

22. Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince, TİB tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararı aynı gerekçeyle 6/10/2015 tarihinde onaylanmıştır.

23. Birinci başvurucunun onaylama kararına itirazı, Ankara 7. Sulh Ceza Hâkimliğince 23/10/2015 tarihinde reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 4/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 4/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

24. İkinci başvurucunun onaylama kararına itirazı, Ankara 2. Sulh Ceza Hâkimliğince 27/10/2015 tarihinde reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 16/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 4/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

25. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının yer aldığı karar için *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* (aynı kararda bkz. §§ 23-34) başvurusuna ilişkin karar.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 26/9/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

27. Bireysel başvuru formunda birinci başvurucu;

i. 25/11/2007 tarihinde polisin dur ihtarına uymaması üzerine polis tabancasından çıkan kurşunla yaşamını yitiren Baran Tursun'un babası tarafından ve bu olay üzerine vakfın kurulduğunu belirtmiş, kuruluş amacının Baran Tursun'un ölümünden sorumlu polis memurlarının yargılanmasına ilişkin hukuki mücadeleyi sürdürmenin yanında polis şiddetine maruz kalan birey ve ailelerle dayanışmak olduğunu iddia etmiştir.

ii. Twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde yer alan hesabında; kuruluş amacı çerçevesinde ülkedeki polis şiddetine ilişkin haber ve görüşleri paylaştığını, H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesine ilişkin haberleri de bu kapsamda paylaştığını ifade edilmiştir. Kamu yararı yüksek bir mesele olan güvenlik güçlerinin yasa dışı uygulamaları ile ilgili haber ve bilgileri paylaşmasından ötürü sosyal medya hesabına bütünüyle erişimin engellenmesinin orantısız bir müdahale oluşturduğunu ve sansür niteliğinde olduğunu belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği ileri sürmüştür.

İkinci başvurucu;

i. Erişimi engellenen haberin, H.L.B.'nin Şırnak'ta öldürüldükten sonra zırhlı polis aracının arkasına iple bağlanarak sürüklenmesinin ardından yapılan otopside vücudunda onlarca kurşun izine rastlandığını anlatan resmî belgeye dayanan bir haber olduğunu belirtmiştir. Cenazenin sürüklenmesine yönelik videonun küfür içeren ifadeler barındırması nedeniyle yayımlanmadığını, video görüntüleri ve güvenlik güçlerinin konuşmalarının aktarılarak haber yapıldığını ifade etmiştir.

ii. Başvuru konusu olayda kamu düzenini ve millî güvenliği tehdit eden bir unsurun haber yapılmasının söz konusu olmadığını, haberin yapılmasındaki amacın güvenlik güçlerinin yasa dışı uygulamalarını kamuya sunarak suç oluşturan bu tür uygulamaların tekrarlanmasının önlenmesi ve sorumluların ortaya çıkarılması olduğunu ifade etmiştir. Kamu yararı yüksek böyle bir habere erişimin engellenmesi kararının hukuka aykırı ve sansür niteliğinde olduğunu belirterek basın özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Başvurucular;

i. Aynı kararla 111 URL adresine erişimin engellendiğini, bu sayıdaki internet içeriğinin Kanun'da öngörülen sürelerde incelenip karara bağlanmasının mümkün olmadığını, nitekim gerek idarenin erişimin engellenmesi kararında gerek Sulh Ceza Hâkimliklerinin onaylama ile onaylama kararına itirazın reddi kararlarında internet içeriklerinin

değerlendirildiğine ilişkin herhangi bir ibare olmadığını, kararların gerekçesiz olduğunu belirterek gerekçeli karar haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

ii. TİB tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının kendilerine tebliğ edilmeksizin ve savunmaları alınmaksızın onaylanmasına karar verilmesi nedeniyle silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

iii. Erişimin engellenmesi kararına itirazın üst mahkemede değil numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğinde karara bağlanmasının Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

28. Bakanlık görüşünde, erişimin engellenmesine karar verilen haber içeriğin güvenlik güçleri ile girdiği çatışma sonrasında öldürülen terör örgütü üyesi H.L.B. ile ilgili olduğu belirtilmiştir. Bakanlık tarafından; H.L.B.nin ölümü sonrasında bazı internet sitelerinde H.L.B.nin cesedinin sürüklenmesine ilişkin olarak terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden içerikler yayımlandığı, başvuruya konu içeriğin de kamuyu aydınlatma niteliğinde değil terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden, kamu düzenini ve millî güvenliği tehdit eden nitelikte olduğu, dolayısıyla erişimin engellenmesi tedbirinin zorunlu sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığı bildirilmiştir. Bakanlıkça, Sulh Ceza Hâkimliğinin kararının bariz ve açık bir dengesizlik içermediği, ilgili ve yeterli gerekçeyi içerdiği sonucuna varılmıştır.

29. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde başvurucular bireysel başvuru dilekçelerindeki iddialarını tekrarlamışlardır.

B. Değerlendirme

30. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuruculaların Sulh Ceza Hâkimliklerinin erişimin engellenmesi kararına itirazın bu yargı mercilerince karara bağlanmasının etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiği ile ilgili şikâyetlerine benzer şikâyetler Anayasa Mahkemesince daha önce birçok kararda incelenmiştir. Bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak Anayasa Mahkemesince söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 101-115; Mehmet Baransu (2), B. No: 2015/7231, §§ 64-78, 94-97). Eldeki başvuruda Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından ayrılmayı gerektirecek bir durum görülmediğinden başvuruculaların diğer şikâyetlerine odaklanılacak ve başvuruculaların iddiaları ifade ve basın özgürlükleri kapsamında incelenecektir.

31. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesi ve "*Basın hürriyeti*" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> "*(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...*
>
> *Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, ... amaçlarıyla sınırlanabilir…*
>
> *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."*
>
> *"(28) Basın hürdür, sansür edilemez…*
>
> *Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.*
>
> *Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…*"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

32. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

33. Sosyal medya hesabına ve internet haber portalında yer alan bir habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile birinci başvurucunun ifade özgürlüğüne, ikinci başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

34. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"*Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

35. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

36. İfade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalenin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında yapıldığı tespit edilmiştir.

ii. Meşru Amaç

37. Başvuruya konu sosyal medya hesabına ve internet haber portalında yer alan bir habere erişimin engellenmesine ilişkin kararın millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

38. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* (aynı kararda bkz. §§ 47-75) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

39. Anayasa Mahkemesi, *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Mahkemeye göre bu usul, kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, § 63; *Ali Kıdık*, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 55).

40. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamındaki erişimin engellenmesi yolu ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur. Dolayısıyla başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görüşte haklılık veya "*ilk bakışta (prima facia)* haklılık olarak nitelendirilebilir. Yetkili makamlardan bu yolun gecikmesinde sakınca

bulunan hâllere özgü olarak kullanılması gereken istisnai bir yol olduğu bilinciyle hareket ederek hassasiyetle karar vermeleri beklenir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 71; *Ali Kıdık*, § 59).

41. Şiddeti öven, kişileri terör örgütünün yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik eden yayınlar gibi internet ortamında demokratik toplum düzenini tehlikeye atan yayınların daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 72). Böyle durumlarda *ilk bakışta ihlal doktrini* internet ortamında yapılan yayınlara karşı kamusal menfaatlerin hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade özgürlüğü arasında adil bir denge sağlayacaktır (*Ali Kıdık*, §§ 62, 63).

(3) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesine Karar Verilmesi Biçimindeki Müdahalelerde İdari ve Yargısal Makamlar Tarafından Gözetilmesi Gereken Hususlar

42. Anayasa Mahkemesi, *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarında idari ve yargısal makamlar tarafından gözetilmesi gereken hususları açıkça ortaya koymuştur (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 73-75).

43. Erişimin engellenmesi kararı onayına sunulan sulh ceza hâkimliğinin ve itiraz mercinin erişimin engellenmesi kararının verilmesini talep eden ve/veya kararı veren idari makamlarla aynı sonuca ulaşmaları ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararlarına yansıtmaları, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir. Sulh ceza mahkemesinin erişimin engellenmesine ilişkin idari kararların gerekçelerini tekrar ettiği veya atıfla yetindiği hâllerde Anayasa Mahkemesi, dayanılan idari kararların gerekçelerini denetleyecektir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 73).

44. *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* (aynı karada bkz. § 74) kararında, mevcut başvuruya benzer şikâyetlerde derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve benzer başvuruların koşullarına göre değişebilecek unsurlar şu şekilde sıralanmıştır:

i. İnternet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve yargısal makamlar tarafından ortaya konmalıdır.

ii. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak ortaya çıkabileceği dikkate alındığında yayının içeriği ile bu sebepler arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Böyle bir analizin yapılabilmesi için eğer söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

iv. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

- Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti alevlendirip alevlendirmediğinin,

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

- Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,

- Suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,

- Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin,

- Yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesinin yayına erişimin engellenmesi kararına etki edip etmediğinin,

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının,

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

45. Bir terör örgütünün şiddet eylemlerini öven, destekleyen ve haklılaştıran açıklamaların silahlı direnişe tahrik, şiddeti yüceltme veya kin ve düşmanlığın kışkırtılması olarak kabul edilmesi mümkündür. Bununla birlikte yalnızca bir terör örgütünün fikirlerinin ve hedeflerinin yer aldığı, resmî politikaların ağır bir şekilde eleştirildiği veya terör örgütünün resmî politikalarla olan ihtilaflarının değerlendirildiği gerekçesiyle internet içeriğine erişimin engellenmesi -yukarıda bir kısmı gösterilen sebeplerden bir veya daha fazlası da bulunmadığı takdirde- müdahaleyi haklı göstermez (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, § 75; *Halil Bayık*, § 46).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

46. Somut olayda söz konusu sosyal medya hesabı ile internet sitesinde yer alan içerik, PKK'lı olduğu iddia edilen bir kişinin cenazesinin zırhlı polis aracına bağlanarak sürüklenmesi olayı ile ilgili birinci başvurucunun yaptığı paylaşımlar ve ikinci başvurucunun yayımladığı haber üzerine engellenmiştir. Anılan paylaşımların ve haberin yapıldığı tarih, ülkede gerileme sürecine girmiş terör olaylarının yeniden artmaya başladığı bir dönemdir. Ülkenin bazı doğu ve güneydoğu illerinde PKK'lı teröristlerce cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurulmuş ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek güvenlik güçlerinin yerleşim yerlerine girişi engellenmeye çalışılmıştır. PKK, halkın bu yerlere giriş çıkışını da engelleyerek bölgede öz yönetim adı altında hâkimiyet sağlamayı amaçlamıştır. Güvenlik güçleri bölgede kontrolü tesis etmek ve yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyon düzenlemişler, teröristlerle çatışmaya girmişlerdir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A Ş.*, § 76).

47. Bu durum ülke gündemini uzun süre meşgul etmiş, çatışmalarla ilgili haber ve görüntüler gazete manşetlerinden inmemiştir. Operasyonun süresi uzadıkça ve meydana gelen can kayıpları arttıkça kamuoyunda oluşan gerginlik de tırmanmıştır. Bu esnada PKK'lı olduğu iddia edilen bir kişi öldürülmüş, bu kişinin cenazesi zırhlı polis aracına bağlanarak Şırnak il merkezinde sürüklenmiştir. Cenazenin sürüklenmesine ilişkin görüntülerin sosyal medyaya yüklenmesiyle başta sosyal medya platformlarında olmak üzere çeşitli paylaşımlarda bulunulmuş ve haberler yapılmıştır. İnternet ortamında yapılan incelemede sosyal medya paylaşımları ile haber içeriklerinin bir kısmının terör örgütünün ülkeye verdiği zararı ve güvenlik güçlerinin terörle mücadele ederken yaşadıkları zorlukları ön plana çıkararak söz konusu eylemi haklılaştırmaya meyilli olduğu görülmüştür. Öte yandan münferit eylemden yola çıkarak örgütün devlete karşı şiddet kullanmaktaki haklılığını, şiddetin kendini savunma amaçlı olduğunu kanıtlamaya çalışan

bazı paylaşım ve haberler terörist eylemleri meşrulaştırıcı, devlete karşı kin ve nefret içeren kışkırtıcı nitelik taşıdığı belirlenmiştir. Diğer bir kısım içeriğin ise anılan olayın haberleştirilmesinden ibaret olduğu, basının kamu bekçiliği rolünden öteye geçmediği tespit edilmiştir (bkz. § 13; *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 77).

48. Bu veriler ışığında, tansiyonun yüksek olduğu bir ortamda iç karışıklıklara mahal vermemek ve şiddet olaylarının ülkeye yayılmasını önlemek amacıyla Devletin İnternete müdahale etmesi; konuyla ilgili yapılan haberlerin, paylaşımların ve görüntülerin yayımlanmasına sınırlama getirmesi anlaşılabilir bir durumdur (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A. Ş.*, § 78).

49. Bununla birlikte kamuyu yakından ilgilendiren meselelerde ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin toplumsal bir ihtiyacı karşıladığı ikna edici bir şekilde, ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya konulmalıdır. Somut olayda güvenlik güçlerince düzenlenen operasyon esnasında bir kişinin cenazesi polis aracına bağlanarak sürüklenmiştir. Haber değerinin bulunduğu tartışmasız olan böyle bir olaya ilişkin habere erişimin engellenmesi kamunun bilgi alma ve bilgiye erişme hakkını elinden alır. Toplumsal tepkiye yol açması kaçınılmaz olan olaylar ile ilgili bilgi ve fikir paylaşımında bulunulması demokratik bir toplumda kamusal tartışmalara katılımın temel unsurudur.

50. Düşüncenin üretimi, dağıtımı ve sunumu arasındaki uyum ile ifade özgürlüğü aynı doğrultuda ilerler. Dolayısıyla ifade özgürlüğünden bahsedebilmek için düşüncenin değişik yollarla açıklanmasına müdahale edilmemesi gerektiği gibi, açıklanan düşünceye diğer insanların erişiminin de engellenmemesi gerekir. Aksine bir tutumla sakıncalı ve tehlikeli bulunan fikirlerin, bilginin ve halka açık materyalin bireyler, gruplar ve devlet yetkilileri tarafından engellenmesi yaratıcılığın ve düşünce özgürlüğünün yasaklanması anlamına gelen sansürü doğuracaktır (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 81).

51. Anayasa Mahkemesinin kanaatine göre internet ortamında yayımlanan ve insanların erişmek istediği belirli bilgilere erişimin kategorik olarak kısıtlanması ya da yayımlanmak istenen bilgi ve belgelerin kategorik olarak engellenmesi sansür niteliğindedir. Dolayısıyla yalnızca belirli bir olaya ilişkin oldukları için internet ortamında yayımlanan haberlere veya düşüncelere kategorik olarak erişimin engellemesi sansür olacaktır (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 82).

52. Sansür önemli toplumsal meselelerde kamusal tartışma zemininin oluşmasını imkânsız hâle getirir. Sonuçta erişimin engellenmesi tedbirinin sansüre dönüşmesi olayın örtbas edildiği izleniminin oluşmasına yol açarak hukuk devletine olan inancı zayıflatır. Bu itibarla başvuru konusu olaya benzer meselelerde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde devletin takdir marjı oldukça sınırlıdır ve zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmadığı ve orantılı olmadığı sürece

demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilemez (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 83).

53. Somut olayda TİB, Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi üzerine H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesi olayının görüntülerini paylaşan ve bu olaya yönelik içerik yayımlayan 111 internet adresine *internet adreslerindeki terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden kamu düzenini ve millî güvenliği tehdit eden içerikler ile yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi nedeniyle* erişimin engellenmesine karar vermiş; daha ileri bir değerlendirmede bulunmamıştır. TİB, bu kararı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuş ve Hâkimlik kararı aynı gerekçeyle onaylamıştır. Başvuruculların onaylama kararına itirazları reddedilmiştir.

54. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kamusal menfaatlere müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 85; *Ali Kıdık*, § 83). Somut olayda 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde sayılan meşru sebeplere dayanılarak başvuruya konu sosyal medya hesabı ile internet haber portalında yayımlanan haberin de aralarında bulunduğu 111 internet adresine erişim engellenmiş ancak ne idari makamlarca ne derece mahkemelerince anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar değerlendirilmiştir. Erişimin engellenmesi kararında isimleri sayılan 111 internet adresi arasında yer alan başvuruya konu sosyal medya hesabına ve URL adresine erişiminin engellenmesine yönelik olarak bu adreste yer alan paylaşımlar ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulamadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir. Bahsi geçen sayıdaki içeriğe erişim genel bir gerekçe ile engellendiğinden başvuru konusu sosyal medya hesabında ve haberin yayımlandığı URL adresinde yer alan paylaşımların hangi kısımlarının hangi nedenler ile halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterdiği, onlara karşı şiddete teşvik ettiği, bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı, bireylere karşı nefreti alevlendirdiği, şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürüldüğü, şiddeti yücelttiği, ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet vereceği ve benzeri hususlardan hiçbiri kararda yer almamaktadır.

55. Üstelik ifade özgürlüğüne müdahalenin konusu H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesi olayının görüntülerini paylaşan, bu olaya yönelik haber yapan ve paylaşımda bulunan içeriklere erişimin engellenmesi iken birinci başvurucunun sosyal medya hesabına erişim bu yöndeki paylaşımlarla sınırlı olarak değil tamamıyla engellenmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin (3) numaralı

fıkrasında; anılan madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarının ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilebileceği ancak teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu hüküm karşısında içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği hususunda bir gerekçelendirme de yapılmadığı dikkate alındığında başvurucunun sosyal medya hesabına tamamıyla erişimin engellenmesi şeklindeki müdahalenin ifade özgürlüğü önünde orantısız müdahale teşkil edeceği açıktır.

56. Yukarıda yer verilen hususlar ışığında ifade ve basın özgürlükleri ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında dengeleme yapılmadığı ortadadır. İdari ve/veya yargısal makamlarca başvuruya konu sosyal medya hesabına ve haberin yayımlandığı URL adresine erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilememiştir.

57. Açıklanan gerekçelerle birinci başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, ikinci başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

58. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> "*(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…*
>
> *(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.*"

59. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin

ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

60. Başvurucular, ihlalin tespiti talebinde bulunmuşlardır.

61. Anayasa Mahkemesi birinci başvurucunun sosyal medya hesabı ile ikinci başvurucunun internet haber portalında yer alan URL adresine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucuların ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

62. Bu durumda ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise usul hukukunda yer alan benzer kurumlardan farklı ve bireysel başvuruya özgü bir düzenleme içeren 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yeniden yargılama sürecinde mahkemelerce yapılması gereken iş, öncelikle hak ihlaline yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

63. İşbu ihlal kararı başvuruya konu Twitter hesabı ile haberin yayımlandığı URL adresinin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında erişimi engellenebilecek nitelikte adresler olup olmadığına yönelik bir inceleme içermemektedir. İlgili derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulan kriterler ve gösterilen yöntemle (bkz. §§42-45) yeniden yargılama yaparak yargılamanın sonucuna göre bahse konu adreslere erişimin engellenmesine veya engellenmemesine karar vermelidir.

64. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 453,80 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.928,80 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Birinci başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. İkinci başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/902 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 453,80 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.928,80 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA

MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruculara Hazine ve Maliye

Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ

UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/9/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Kemalettin Bulamacı Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Kemalettin Bulamacı, B. No: 2016/14830, 4/7/2019, § …)
Başvuru Adı	KEMALETTİN BULAMACI
Başvuru No	2016/14830
Başvuru Tarihi	18/8/2016
Karar Tarihi	4/7/2019

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, internet haber sitesinde yer alan bir habere ve bu haber ile bağlantılı sosyal medya paylaşımlarına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: İfade özgürlüğü

Müdahale: İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEMALETTİN BULAMACI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/14830)

Karar Tarihi: 4/7/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Kemalettin BULAMACI

Vekili: Av. Mustafa Gökhan AHİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet haber sitesinde yer alan bir habere ve bu haber ile bağlantılı sosyal medya paylaşımlarına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 18/8/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, bilişim ve telekomünikasyon alanında haber yapan www.btdunyasi.net isimli internet sitesinin genel yayın yönetmenidir. Başvurucu bireysel başvuru formunda, Twitter isimli

sosyal medya platformunda bulunan hesabından da anılan konulara ilişkin düşünce ve yorumları ile internet sitesinde yayımladığı haberleri paylaştığını belirtmiştir.

9. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun (BTK) web sayfasında 2016 yılına ait **1.** çeyrek elektronik haberleşme sektörü verileri yayımlanmıştır. BTK'nın bu raporu üzerine başvurucu, internet haber sitesi ile sosyal medya hesabında anılan raporda yer alan verilere ilişkin bir haber yayımlamış ve bazı paylaşımlarda bulunmuştur. İnternet haber sitesinde yayımlanan "BTK'nın ... Tutarsızlığı, Devleti Maddi Kayba Uğrattı mı?" başlıklı haberin ilgili kısımları şöyledir:

"Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından her çeyrek yayınlanan 'Pazar Verileri Raporu'nda ... ile ilgili gelir rakamlarının çelişmesi, devleti binlerce belki milyonlarca lira zarara sokuyor olabilir...

....

2015 yıl sonu BTK raporunda, tamamı halka açık şekilde faaliyet gösteren Türkiye'deki telekomünikasyon şirketlerinin rakamlarının, kamuoyuna ve hissedarlarına açıkladığı rakamlar ile örtüşmediğini fark etmiştim. Konuyu araştırdığımda öncelikle ...'nin gelirlerinde bir anormallik olduğunu fark ettim. Konuyu hem araştırdım hem BTK Başkanı [Ö.F.S.ye] ilettim...

BTK, benim uyarımı ve yazdığım yazıyı ciddiye almış olacak ki... Özellikle çok büyük anormalliğin olduğu ... gelirlerinden hareketle, 2016 yılı birinci çeyreğinden itibaren, operatörlerin gelirlerini hem UFRS (Uluslararası Finans Raporlama Standardı) hem de

V.U.K. (Vergi Usul Kanunu) raporlamalarını baz alarak yayımlamaya başlamış. Dipnot olarak da cihaz satışları ve cihaz tedarikçileri ile olan alışverişin UFRS ve V.U.K'na göre raporlanan gelirlerde farklılık yaratabildiğini belirtmiş.

...'daki fark 460 milyon TL vergi kaybı

...

UFRS'ye göre ...'nin 2015 gelirleri 8.5 milyar TL'ye yakın. Ancak V.U.K.'na göre gelirleri 6 milyar liranın biraz üzerinde...

Gelirler arasındaki bu fark iki açıdan önemli. Birincisi VERGİ, ikincisi mobil operatörlerin gelirleri üzerinden ödedikleri yüzde 15'lik hazine payı açısından.

2,3 milyar TL'lik gelir farkı, yüzde 20'lik kurumlar vergisi olarak 460 milyon liralık bir kayba işaret ediyor... Şirketler UFRS rakamlarına göre değil, V.U.K. rakamlarına göre vergi öderler. Ancak dünyada hiçbir şirketin UFRS gelirleri ile vergi beyanındaki gelirleri arasında yüzde 30'u aşkın fark bulunmaz. Bulan, bilen birisi varsa lütfen benimle paylaşsın.

Gelelim ikinci konuya... Yüzde 15 hazine payı Devlet, mobil operatörlerle yaptığı imtiyaz sözleşmesi gereği Lisans ücretinin bir kısmını peşin (lisans bedeli) bir kısmını da gelir paylaşımlı olarak tahsil eder. Mobil operatörler, kanunda belirtildiği üzere, gelirlerinin tamamı üzerinden (Vergi Usul Kanunu'ndan bağımsız olarak) her ay yüzde 15'ini hazineye ödemekle mükelleftir.

...'nin gelir rakamı, BTK tarafından 8.5 milyar TL olarak raporlandığına göre, yüzde 15 hazine payının da bu rakam üzerinden hesaplanıyor olması gerekmez mi?

Mevzuatı tam bilmiyorum. Sizleri de yanıltmak istemem. Ancak, BTK resmi raporlarına bu rakamı 8.5 milyar TL olarak geçiriyorsa, bu hesaplamanın da tahsilatın da bu rakama göre yapılması gerekir. İki rakam arasındaki 2.3 milyar TL'lik farktan doğan hazine payı kaybını da varın siz hesaplayın.

Kurul cezalarında da ... gelirleri çelişiyor

...

İşte Tutarsızlıklar

...

Abone rakamları yine çelişiyor İNCELENMELİ

Devletin hem vergi, hem gelir hem de idari ceza tutarlarında kayba neden olabilecek bu rakamsal tutarsızlıkların acil olarak incelenmesi gerekir. Konuyu geçen raporda da olduğu gibi sayın BTK Başkanı [Ö.F.S.ye] ileteceğim. Herhangi bir açıklama yapmak isterse de yazılı açıklamasını, noktası, virgülüne dokunmadan yayımlayacağım.

Ancak telekom sektörünü düzenlemek ve denetlemekle görevli BTK'daki bu rakamsal tutarsızlıkları denetlemek ve incelemek kimin göreviyse, sayın Başbakanımız Binali Yıldırım ve Denizcilik, Haberleşme ve Ulaştırma Bakanımız Ahmet Arslan'ı bu kurumları acilen görevlendirmesi gerektiğini düşünüyorum."

10. Başvurucunun erişimi engellenen sosyal medya paylaşımları da yukarıda yer verilen haber kapsamında yapılmıştır. Anılan paylaşımlar şöyledir:

"- 2015 BTK'nın raporuna göre ...'nın ZARARI neredeyse ... KARINI sıfırlamış.

... Yine ZARAR

- Şu an @BTKbasin kestiği usulsüzlük cezalarına bakıyorum. Cezalarda da ... gelirleri sürekli düşük alınıp ceza kesilmiş.

- ayrıca @BTKbasin UFRS ve VUK arasındaki farka göre ... 345 milyon TL hazine payı ödemesinde de bulunmamış.

- vallahi ben @BTKbasin in YALANCISIYIM...

... 2015'te yaklaşık 460 milyon vergi kaçırmış.

- BTK'nın ... tutarsızlığı devleti milyonlarca lira zarara uğrattı."

11. Hakkında haber yapılan ve sosyal medyada paylaşımda bulunulan mobil operatör şirketi; başvurucunun gerçek dışı paylaşımlarda bulunduğunu, vergi kaçırdığına ilişkin yakışıksız ve mesnetsiz ifadelerle kişilik haklarının zedelendiğini ileri sürerek 17/6/2016 tarihinde söz konusu internet içeriklerine erişimin engellenmesini talep etmiştir.

Müşteki, talep dilekçesinin ekine delil olarak rakip firmanın blog sayfasında yazarlar kısmında yer alan başvurucunun öz geçmişinin çıktısını eklemiştir. Anılan öz geçmişte başvurucunun hâlihazırda www.btdunyasi.net'teki aktif görevine devam ettiği, çeşitli dergilerde de aylık köşe yazıları yazdığı belirtilmektedir.

12. İstanbul **1.** Sulh Ceza Hâkimliği 17/6/2016 tarihinde haber ve sosyal medya içeriklerine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Gerekçeli karar şöyledir:

"Talep eden şirketin https://twitter.com adresinde @kemalettin isimli Kemalettin Bulamacı isimli şahsın paylaştığı içeriklerle ve http://btdunyasi.net/ isimli internet sitesinde de Turkcell şirketinde çalıştığı paylaşarak başvuran şirketin kişilik haklarına, ticari itibarına zarar verildiğini, haksız menfaat elde etmeyi amaçlayan durumun ortadan kaldırılması, şirketin kurumsal ve markasal itibarının zedelenmemesi için 5651 sayılı kanunun 9/4 maddesi uyarınca söz konusu internet adresindeki tüm yayına yönelik içeriğin erişime engellenmesine karar verilerek aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

13. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul **2.** Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/7/2016 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

14. Başvurucu 18/8/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

15. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk için bkz. Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 4/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu;

i. Uzun yıllardır gazetecilik yaptığını, genel yayın yönetmeni olduğu internet sitesinin de teknoloji, internet ve telekomünikasyon konusunda haber yapan, on iki yıllık geçmişe sahip bir site olduğunu ifade etmiştir. Resmî bir kamu kurumunun verilerine dayanarak telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren bir firma hakkında yayımladığı haber nedeniyle sosyal medya hesabında ve internet sitesinde yer alan bazı içeriklere erişimin engellendiğini belirterek erişimin engellenmesi kararının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

ii. Sulh Ceza Hâkimliğinin haberde dayanılan verilerin ve müştekinin rakip firmada çalıştığı şeklindeki iddialarının doğruluğunu araştırmadan ve savunmasını almadan, gerekçesiz bir şekilde karar verdiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

19. Başvuru konusu somut olayda internette teknoloji ve telekomünikasyon alanlarında habercilik faaliyeti yürüttüğünü belirten başvurucunun genel yayın yönetmeni olduğu internet sitesinde belirtilen künyesi incelendiğinde bu sitenin geleneksel basına benzer bir şekilde imtiyaz sahibi, genel yayın yönetmeni, yayın koordinatörü ve editörlerinin bulunduğu; sitede, habercilik faaliyeti çerçevesinde teknoloji, telekomünikasyon ve internete ilişkin haber ve makalelerin yayımlandığı tespit edilmiştir. Ayrıca başvuruya konu yazının konusunun sermayesi halka açık bir şirketin vergiye tabi geliri ile ilgili olduğu ve şirketin vergi yükümlülüğü bağlamında bir nevi gözetleyici görevini yerine getirdiği değerlendirilebilir. Dolayısıyla başvurucunun yürüttüğü faaliyetin geleneksel gazetecilik faaliyetine yakınlığı gözetildiğinde basın özgürlüğü güvencesinden yararlanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu itibarla başvurucunun tüm iddiaları ifade ve basın özgürlükleri kapsamında incelenmiştir.

20. Anayasanın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı

28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"MADDE 26 - Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"MADDE 28 - Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

21. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

22. İnternet üzerinden yayın yapan bir haber sitesinde yayımlanan haber ile internet sitesinin genel yayın yönetmeni olan gazetecinin sosyal medya hesabında yer alan bazı paylaşımlara erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

23. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

24. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere

dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

25. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

26. Başvuruya konu içeriklere erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

27. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

28. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (Ali Kıdık, §§ 55-63). Bu usul kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayat ile kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55).

29. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Buna göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

30. Anayasa Mahkemesi Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

31. Somut olayda erişimin engellenmesine karar verilen haber ve bu haber doğrultusunda yapılan sosyal medya paylaşımları 2016 yılı birinci çeyreği için düzenlenen BTK Pazar Verileri Raporu'na dayandırılmaktadır. Başvurucu; anılan haberde BTK tarafından yayımlanan, Türkiye'de faaliyet gösteren mobil operatör şirketlerinin her birinin gelirini paylaşarak bu operatör şirketlerinden birinin Uluslararası Finans Raporlama Standardı (UFRS) ile 4/1/1961 tarihli ve 2013 sayılı Vergi Usul Kanunu'na göre raporlanan geliri arasında ciddi bir farklılık olduğunu rakamlarla ortaya koymaktadır. Başvurucu bu farkın hem ciddi bir vergi kaybına hem de Hazine payı kaybına yol açtığını ileri sürmektedir. Başvurucu, haberde söz konusu Şirketin kamuoyunu ve hissedarlarını yanılttığını iddia ederek ilgili kamu görevlilerine söz konusu durumun araştırılması ve Şirketin denetlenmesi için çağrıda bulunmaktadır.

32. Müşteki, haber nedeniyle itibarının zedelendiğini ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul **1.** Sulh Ceza Hâkimliği müştekinin talebini kabul etmiştir. Hâkimlik, müştekinin talep dilekçesine eklediği internet çıktısına dayanarak başvurucunun rakip mobil operatör şirketinde çalıştığını belirtmiş; anılan haber ve paylaşımlar ile müştekinin kişilik haklarına ve ticari itibarına zarar verildiği sonucuna varmış ve internet içeriklerine erişimin engellenmesine karar vermiştir.

33. Öncelikle başvuru konusu haberde devletin vergi kaybına uğratıldığına ilişkin iddiaların resmî bir kamu kurumunun verilerine dayandığı, bu itibarla söz konusu haberde yeterli olgusal temelin bulunduğu kabul edilmelidir. İlk derece mahkemesi, haber ve paylaşımlar ile müştekinin ticari itibarına zarar verildiğini belirtmekle yetinmiş; haberde paylaşılan ve resmî bir kurumun raporuna dayandığı iddia edilen verilerin doğru olup olmadığını araştırmamıştır.

34. İkinci olarak mobil operatör sıfatıyla ülkede faaliyet gösteren ve hisseleri halka açık olarak işlem gören üç şirketten biri olan müşteki ile ilgili haberlerin bilgilendirme değerinin yüksek olduğu tartışmasızdır. Üstelik haberde kamunun önemli bir gelir kaybına uğratıldığı ileri sürülerek ilgili kamu kurumlarından söz konusu durumun araştırılması talep edilmektedir. Bu yönüyle anılan haberin kamusal menfaatlere ilişkin olduğu ve haberin yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

35. Sulh Ceza Hâkimliği; müştekinin dilekçesine eklediği başvurucunun rakip firmanın blog sitesinde bulunan öz geçmişinin yer aldığı internet çıktısını -özgeçmişte yer alan aksi yöndeki

bilgilere rağmen (bkz. § 11)- başvurucunun rakip firma çalışanı olduğu şeklinde yorumlamış ve başvurucunun şikâyet konusu haber ve paylaşımlar ile müştekinin ticari itibarına zarar verdiği sonucuna ulaşmıştır. Hâkimlik, müştekinin iddialarına ilişkin daha ileri bir inceleme yapmadığı gibi ticari itibara yönelik zararı da somutlaştırmamıştır.

36. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 29). Buna karşın somut olayda ilk derece mahkemesi başvurucu tarafından yayımlanan haber ve sosyal medya paylaşımları ile itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. İnternet içeriklerinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

37. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık, § 86).

38. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

39. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın **28.** maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

40. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un **50.** maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.

Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

41. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

42. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

43. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından yayımlanan habere ve sosyal medya paylaşımlarına erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

44. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

45. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239.50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın **26.** ve **28.** maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul **1.** Sulh Ceza Hâkimliğine (2016/3051 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. 239.50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 4/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M.Emin KUZ

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Anayasa Mahkemesi - 4 Temmuz 2019 - Eğitim-Sen Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim-Sen), B. No: 2015/11131, 4/7/2019, § …)
Başvuru Adı	EĞİTİM VE BİLİM EMEKÇİLERİ SENDİKASI (EĞİTİM-SEN)
Başvuru No	2015/11131
Başvuru Tarihi	1/7/2015
Karar Tarihi	4/7/2019
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir internet sitesinde yer alan duyuruya erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Manevi tazminat, Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

EĞİTİM VE BİLİM EMEKÇİLERİ SENDİKASI (EĞİTİM-SEN) BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/11131)

Karar Tarihi: 4/7/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM-SEN)

Temsilcisi: Ünsal YILDIZ

Vekili: Av. Metin İRİZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet sitesinde yer alan duyuruya erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 1/7/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Eğitim İşkolu Kamu Görevlileri Sendikası (EĞİTİM İŞ) ile Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikasının (EĞİT SEN) 23/1/1995 tarihinde birleşerek oluşturduğu başvurucu Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikasının (Sendika) Türkiye'nin 81 ilinde 100 şubesi ve 114 binden fazla üyesi bulunmaktadır. Sendika; eğitim sektöründe çalışanların ekonomik, sosyal, demokratik, kültürel haklarının korunması ve geliştirmesi ile özgür ve demokratik bir çalışma yaşamının oluşturulması iddiasıyla demokratik ve yaşanılası bir ülke talebiyle çalışmalarını sürdürmektedir.

10. Amasya İl Millî Eğitim Müdürlüğü 2015 yılında; Millî Eğitim Bakanlığı (MEB) ile İnsan Hak ve Hürriyetleri (İHH) İnsani Yardım Vakfının (Vakıf) ortaklaşa yürütmek üzere anlaştıkları "Her Sınıfın Bir Yetim Kardeşi Var" projesi ile ilgili olarak Amasya'da bulunan ilk ve orta dereceli okulların müdürlüklerine proje tanıtım afişlerinin okullarda öğrencilerin görebilecekleri yerlere asılması talimatını vermiştir.

11. Başvurucu bu talimat üzerine projenin hayata geçirildiğini öğrendiğini belirterek MEB Yenilik ve Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğünün söz konusu proje ile ilgili 8/9/2014 tarihli kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali talebiyle dava açmıştır.

12. Başvurucu açtığı bu davayı kendisine ait http://www.egitimsen.org.tr isimli internet sitesi üzerinden kamuoyuna bir yazı ile duyurmuştur. İnternet sitesinin "Duyurular" kısmında yayımlanan yazı şöyledir:

"İHH İnsani Yardım Vakfı'nın MEB ile Yürüttüğü 'Her Sınıfın Bir Yetim Kardeşi Var Projesi'ne Karşı Dava Açtık

Milli Eğitim Bakanlığı ile İnsan Hak ve Hürriyetleri (İHH) İnsani Yardım Vakfı elbirliğiyle yürütülen 'Her Sınıfın Bir Yetim Kardeşi Var' projesi kapsamında, sınıflara kumbara konularak öğrenciler 'insani yardım' amacıyla yönlendirilmekte ve her sınıftan 90 lira para toplanmaktadır.

Türkiye'deki okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve liselerde özel ve devlet okulu ayrımı yapmaksızın 'gönüllülük esası' çerçevesinde ilgili projeye desteğin sağlanması talimatını içeren MEB kararı doğrultusunda söz konusu projenin tanıtımı için il il kampanyalar başlamıştır.

Bakanlar Kurulu'nun 04.04.2011 gün 2011/1799 sayılı kararıyla vergi muafiyeti tanınan İHH Vakfı, 01/04/2013 tarihinde de 'Yardım toplamada izne tabi olmama' statüsü verilmiştir. Adı pek çok yolsuzluk olayına karışan 'Deniz Feneri' ve 'Kimse Yok Mu? derneklerinin de bu statüye sahip oldukları da hatırda tutulmalıdır. Bu nedenledir ki 'insan yardım' adı altında toplanan paraların/yardımların hareketi, kimlere ulaştığı, hangi çevrelerle ilişki içerisinde yardımların dağıtıldığı gibi sayısı artırılabilir sorularla, bu ilişkilerin denetimi ve 'insani yardımın' amacına uygun yürütülüp yürütülmediği sorunu gündemimize gelmiştir.

Belirtmek isteriz ki İHH İnsani Yardım Vakfı izne tabi olmayan vakıflardan olmasına rağmen, bildirim üzerine Milli Eğitim Bakanlığının dava konusu ettiğimiz yazısı okullardan yardım toplanmasının biçim ve koşullarını içermediği gibi, denetimin nasıl yapılacağı

konusunda da bir bilgilendirme içermemektedir. Ayrıca yasalarda 'iki yıl' olarak getirilen yardım süresi sınırı da ilgili MEB yazısında belirtilmemiştir. Zira aynı yardım 2013-2014 öğretim yılında da yapılmış, halen de yapılmaya devam etmektedir.

Söz konusu projede yardımın miktarı da mevzuata aykırı biçimde 'sınıf içerisinde toplanacak olan 90 (doksan türk lirası) TL' olarak belirtilmiştir. Yardımı kimin yaptığı kayıtlara geçirilmektedir. Yardım edilenin de tüm bilgileri yardım edene verilmektedir. Tüm bunlar aleniyet gereği gibi görülse de gerçekte yardımın amacından uzaklaşılmakta ve zorunlu hale gelmektedir.

Eğitim Sen olarak belirtmek isteriz ki, egemenlerin dünyada ve Türkiye'de yürüttüğü politikalar karşısında ezilenlere dost eli uzatmanın erdemi tartışma götürmezdir. Ancak bu el, halihazırdaki biçimiyle uzanmamalıdır. Çocuklara yardım götürürken, sadece bu çocukların gözlerine 'insanca' bakabilmek için, onların yetim kalmasına neden olan 'savaş politikalarına' da karşı çıkmak gerekmektedir.

Belirtmek isteriz ki okullar, öğrencilerimizin eşit, özgür, adil ve barış içinde bir yaşamı var edebilecekleri düşüncesinin teşvik edildiği eğitim-öğretim kurumları olarak görülmelidir.

Ancak söz konusu projenin temel aktörü hakkında basında yer alan kimi çarpıcı haberleri de hatırlatmakta yarar bulunmaktadır. Basında yer alan haberlerde, İHH Vakfı Başkanı ...'nın El Kaide'ye para aktardığı iddiasıyla hakkında gizli bir soruşturma yürütüldüğü iddia edilmişti. Ayrıca 2013 yılı Ağustos ayında Suriye'de El Nusra'nın kontrolünde bulunan Rakka bölgesinde iftar verdiği, El Nusra örgütüne tırlarla yardım götürdüğü ve El Nusra'ya silah ve tıbbi malzeme gönderdiği haberleri de basında yer almıştı. Türkiye'nin yangın yerine dönen Suriye'de iç savaşı büyütecek 'eğit donat' politikaları düşünüldüğünde bu tablonun akıllarda çokça soru işareti yaratması kaçınılmazdır.

Sonuç olarak ifade etmek isteriz ki, böylesine hukuksuz ve akıllarda soru işareti bırakan bir projenin okullarda yürütülmesi oldukça sakıncalıdır. Bu nedenle söz konusu projenin okullarda uygulanmasına dayanak olan Milli Eğitim Bakanlığı Yenilik ve Eğitim Teknolojileri Genel Müdürlüğü'nün 08/09/2014 tarih ve 3784945 sayılı kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemiyle 10 Nisan 2015 tarihi itibariyle dava açmı bulunmaktayız."

13. Yazıda bahsi geçen Vakıf ile Vakfın Başkanı (müştekiler), internet sitesinde yer alan yazı içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuşlardır.

14. İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliği 27/4/2015 tarihinde haber içeriğine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

*"Yayından kaldırılması talep olunan haberin http://www.egitimsen.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=23278&sube=0#.VTdGeSHtmko isimli sitede internet ortamında yayınlandığı, bu haberin verilmesinde herhangi bir kamu yararı bulunmadığı, haberin somut bir olaya dayanmadığı, asılsız ve mesnetsiz bir takım isnat ve ithamlara karşı talep edenin rızası dışında yayınlanmasının talep edenin itibar ve saygınlığını zedeleyici nitelikte olduğu, bu suretle söz konusu haberin talep edenin kişilik haklarını ihlal eder mahiyette olduğu, bu nedenle yayından kaldırılması gerektiği,buna göre talebin haklı olduğu anlaşıldığından 06/02/2014 tarih ve 6518 sayılı yasanın **9**3. Maddesi ile değişik 5651 Sayılı Yasanın 9.-(3),(4), maddesi uyarınca talebin kabulü ile söz konusu haberin yayından çıkarılmasına (erişimin engellenmesine)karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."*

15. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 7. Sulh Ceza Hâkimliğinin 25/5/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

16. Ret kararı başvurucuya 2/6/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 1/7/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

18. İlgili hukuk için bkz. Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 4/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

20. Eğitim sektöründe çalışma yürüten bir sendika olduğunu belirten başvurucu kendisine ait internet sitesi aracılığıyla MEB ile bir insani yardım vakfının ilk ve orta dereceli okullardan yardım toplamak üzere ortaklaşa yürüttüğü projenin iptali talebiyle dava açtığını duyurmuştur. Başvurucu, anılan projeye yönelik görüşlerinin aktarıldığı içeriğe sulh ceza hâkimliğince gerekçesiz olarak ve savunması alınmadan erişimin engellenmesine karar verildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

21. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ifade özgürlüğü ile şeref ve itibar hakkının dengelendiği bir dizi kararı zikredilmiştir. Bakanlık görüşünde, erişimin engellenmesi kararı ilgili yazı ile sınırlı olduğundan ifade özgürlüğüne yönelik orantılı bir sınırlama teşkil ettiği değerlendirilerek başvurucunun ifade özgürlüğü ile müştekinin itibar hakkı arasında -demokratik bir toplumun gerekleri dikkate alınarak- adil bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun tüm iddiaları ifade özgürlüğü kapsamında incelenmiştir.

23. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

24. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

25. Başvurucuya ait internet sitesinde yayımlanan bir yazıya erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

26. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın **13.** maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın

13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

27. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın **13.** maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

28. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

29. Başvuruya konu yazıya erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

30. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

31. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiş (Ali Kıdık, §§ 55-63) ve bu yöndeki ilkeleri birçok kararında yinelemiştir (örnek olarak bkz. Miyase İlknur ve diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018, §§ 32-35; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018, §§ 25-28; Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018, §§ 30-33; IPS İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018, §§

27-30). Mahkemeye göre bu usul kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55; Miyase İlknur ve diğerleri, § 33; Yeni Gün Haber Ajansi Basin ve Yayıncılık A.Ş., § 26; Özgen Acar ve diğerleri, § 31).

32. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

33. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

34. Somut olayda erişiminin engellenmesine karar verilen yazı 18/4/2015 tarihinde başvurucuya ait www.egitimsen.org.tr isimli internet sitesinde yayımlanmıştır. Yazı; MEB ile insani yardım amacıyla kurulmuş bir vakfın iş birliğiyle yürütülen, ilk ve orta dereceli okullardan insani yardım toplamayı öngören bir projeyi ele almaktadır. Yazıda, muhtaç insanlara yardım etmenin erdemi ve bunun okul çağındaki çocukların yaşam algısına katkısı anlatılmakla birlikte anılan amaca bu projeyle ulaşılamayacağı mesajı verilmektedir. Yazıya göre proje, okullarda toplanacak yardımın biçim ve koşullarını taşımamaktadır. Üstelik denetim mekanizması da belli değildir. Yazıda, geçmiş dönemlerde insani yardım adı altında para toplayan bazı vakıfların yetkilerini kötüye kullandıkları iddia edilerek böyle bir projenin okullarda uygulanmasının oldukça sakıncalı olacağı ifade edilmektedir. Bahse konu yazıda dayanak olarak dava konusu projeyi yürütecek Vakıf ile ilgili basında yer aldığı ileri sürülen kimi iddialara yer verilmektedir. Sonuç olarak bahse konu yazıda projenin hukuka aykırı olduğu ve sonuçlarının öngörülemediği ileri sürülerek iptali talebiyle dava açıldığı duyurulmaktadır.

35. Müştekiler; haberin gerçeği yansıtmadığını, haber nedeniyle şeref ve itibarlarının zedelendiğini ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin

engellenmesi talebinde bulunmuşlardır. İstanbul **6.** Sulh Ceza Hâkimliği müştekilerin talebini kabul etmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde, yazının herhangi bir kamu yararı taşımadığı ve somut bir olaya dayanmadığı belirtilmiştir. Hâkimlik ayrıca yazıda yer alan iddiaların asılsız ve mesnetsiz olduğunu tespit ederek isnat ve itham içeren düşünce açıklamasının yayımlanabilmesini müştekilerin rızasına bağlamıştır.

36. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 32). Buna karşılık somut olayda ilk derece mahkemesi, başvuru konusu yazı ile itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Yazı içeriğinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

37. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık, § 86).

38. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

39. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

40. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

41. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

42. Başvurucu, ihlalin tespiti ile tazminat talebinde bulunmuştur.

43. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından yayımlanan yazının içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

44. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

45. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvurucunun bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmekle birlikte başvurucunun muhatap olduğu yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla eski hâle getirme kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

46. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul **6.** Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/1896 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 4/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M.Emin KUZ

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Anayasa Mahkemesi - 3 Temmuz 2019 - Medya Gündem (3) Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (3), B. No: 2015/16499, 3/7/2019, § …)
Başvuru Adı	MEDYA GÜNDEM DİJİTAL YAYINCILIK TİCARET A.Ş. (3)
Başvuru No	2015/16499
Başvuru Tarihi	13/10/2015
Karar Tarihi	3/7/2019
Birleşen Başvurular	2015/16494
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir internet sitesinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Manevi tazminat, Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEDYA GÜNDEM DİJİTAL YAYINCILIK TİCARET A.Ş. BAŞVURUSU (3)

(Başvuru Numarası: 2015/16499)

Karar Tarihi: 3/7/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.

Temsilcisi: Kayhan ÖZTÜRK

Vekili: Av. Erdal Fatih ÇANAKÇI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet sitesinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 13/10/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

7. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2015/16494 ve 2015/16499 numaralı bireysel başvuru dosyalarının birleştirilmesine, incelemenin 2015/16499 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu www.borsagundem.com adlı internet sitesinin sahibidir.

10. Adı geçen site; Türk ve dünya borsalarının ve sermaye piyasalarının canlı olarak takibinin yapıldığı, sermaye piyasalarına ilişkin haberlerin geçtiği, çok sayıda gazeteci ve yazarın köşe yazılarının periyodik olarak yayımlandığı bir internet sitesidir.

11. Adı geçen internet sitesinde; Borsa İstanbul A.Ş.de hisseleri işlem gören bir dizi şirketin hissedarı, yönetim kurulu üyesi ve aynı zamanda bir aracı kurumun sahiplerinden olan müştekiler ile diğer bazı kişiler hakkında birtakım haberler yer almıştır. Söz konusu haberlerin bir kısmında müştekilerin adı geçmemektedir. Müştekilerin adının geçtiği bir kısım haberde ise Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Borsa İstanbul A.Ş. ve Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP) verilerine yer verilerek bazı analizler ve yorumlar yapılmıştır. Söz konusu haberlere göre müştekiler ve diğer bazı kişiler borsada usulsüz işlemler ve manipülasyon yapmaktadırlar. Haberlerde müştekilerin sahipleri olduğu şirketin son zamanlarda satın aldığı şirketler hakkında bilgiler verilmiş; müştekilerin yatırımcıları mağdur ettiği, kendilerinin ise lüks içinde yaşadığı ve servetlerinin kaynağının merak edildiği iddia edilmiştir. Haberlerde ayrıca gerek müştekiler hakkında gerek başka şahıslar hakkında SPK'ya ve savcılığa yapılan suç duyurularına, SPK tarafından yapılan işlemlere ve bazı ceza yargılamalarına yer verilmiştir.

12. Müşteki (E.Ç.) yukarıda bahsi geçen haberlerde yer alan bilgilerin doğru olmadığı, çarpıtıldığı ve bu sebeple itibarının zedelendiği, bu haberler nedeniyle Borsa İstanbul A.Ş.ye kote edilmiş şirketlerinin hisselerinin değerinin azaldığı iddiası ile adı geçen internet sitesinde yer alan kırk üç haber içeriğine; müştekiler (M.Ç.) ve (M.N.) de aynı iddiayla anılan internet sitesinde yer alan on dokuz haber içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuşlardır.

13. İstanbul **7.** Sulh Ceza Hâkimliği 7/7/2015 ve 10/7/2015 tarihli kararları ile erişimin engellenmesi taleplerinin kabulüne karar vermiştir. Hâkimliğin anılan kararlara ilişkin gerekçesi şöyledir:

"Dosya içindeki internet çıktıları incelendiğinde;

...

ismiyle açılan sayfalarda yatırımcıları etkileyecek nitelikte yalan ve yanlış beyanlar bulunduğu, bu haliyle talep edenin kişilik haklarının ihlal edildiği, yazıların kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve talep eden vekilinin dilekçesine konu bölümdeki içeriğe erişimin engellenmesine dair talebinin kabulüne karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

14. Başvurucu anılan karara itiraz etmiş, itiraz dilekçesi ile erişimi engellenen haberlerde yer alan iddiaların doğruluğuna yönelik açıklamalarını sunmuş ve dayandığı delilleri dilekçe ekine eklemiştir. İstanbul 8. Sulh Ceza Hâkimliği, 7. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararlarını usul ve yasaya uygun bularak 2/9/2015 tarihinde başvurucunun itirazlarını reddetmiştir.

15. Ret kararları başvurucuya 14/9/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 13/10/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

17. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları için bkz. Ali Kıdık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29) kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 3/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucu; hakkında haber yapılan müştekilerin halka açık şirketlerin, aracı kurumların yöneticileri ve hissedarları olduğuna vurgu yapmıştır. Başvurucu; bu sebeple müştekilerin borsada yaptığı işlemlerin ve eylemlerinin kamuoyunu yakından ilgilendirdiğini, borsa ve sermaye piyasaları hakkında haber ve bilgilerin yer aldığı bir internet sitesinde bu tür haberlerin yapılmasının kamunun yararına olduğunu, bu sebeplerle gerekçesiz olarak haber içeriklerine erişimin engellenmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

20. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun tüm iddiaları ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında incelenmiştir.

21. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"(28) Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

23. Başvurucunun sahibi olduğu internet sitesinde yayımlanan toplam altmış iki habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararları ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

24. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın **13.** maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

25. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

26. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

27. Başvuruya konu haberlere erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

28. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

29. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiş (Ali Kıdık, §§ 55-63) ve bu yöndeki ilkeleri birçok kararında yinelemiştir (örnek olarak bkz. Miyase İlknur ve diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018, §§ 32-35; Yeni Gün Haber Ajansi Basin ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018, §§ 25-28; Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018, §§ 30-33; IPS İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018, §§ 27-30). Mahkemeye göre bu usul kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55; Miyase İlknur ve diğerleri, § 33; Yeni Gün Haber Ajansi Basin ve Yayıncılık A.Ş., § 26; Özgen Acar ve diğerleri, § 31).

30. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

31. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

32. Başvuru konusu haberler, halka açık sermaye piyasalarında yaşanan olaylar ve yapılan işlemlerle ilgilidir. Haberlerde yer alan; müştekiler ile birlikte diğer bazı kişilerin bu piyasalarda usulsüz işlemler yaptıkları, bu kişilerin piyasaları manipüle ederek yatırımcıları mağdur ettikleri yönündeki iddialar SPK, Borsa İstanbul A.Ş. ve KAP verileri ile yorumlanmaktadır. Haberlerde ayrıca anılan kişiler hakkında 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu'na muhalefet nedeniyle açılan soruşturmalar ve yapılan suç duyuruları ile yargılanmakta oldukları ceza davalarından bahsedilmektedir. Aracı kurum ve borsada hisseleri işlem gören şirketlerin hissedarları ve yöneticileri olan müştekiler hakkında piyasadaki işlemleri ve eylemleriyle ilgili yapılan haberlerde kamu yararı olduğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce aynı internet sitesinde müştekilerden biriyle ilgili aynı minvalde yapılan bir haber nedeniyle gazeteci olan başvurucunun cezalandırılması nedeniyle basın özgürlüğünün ihlal edildiğine yönelik kararında, halka açık bir piyasada yaşanan olaylar ve yapılan işlemler ile ilgili haberin kamuyu yakından ilgilendirdiğini belirtmiştir (Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 49).

33. Müştekiler haberlerin gerçeği yansıtmadığını, haberler nedeniyle şeref ve itibarlarının zedelendiğini, Borsa İstanbul A.Ş.ye kote edilmiş şirketlerinin hisselerinin değerinin azaldığını ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuşlardır. İstanbul **7.** Sulh Ceza Hâkimliğince müştekilerin talebi kabul edilmiştir. Hâkimlik kararının gerekçesinde; bir bütün olarak haberlerin yatırımcıları etkileyecek nitelikte yalan ve yanlış ifadeler içerdiği kanaatine varılmış ancak daha ileri bir değerlendirme yapılmamıştır. Kararda, ne yalan ve yanlış olduğu belirtilen ifadelere yer verilmiş ne de haber içeriklerinin gerçeği yansıtmadığına ilişkin tespitin hangi delillere dayanarak ve nasıl yapıldığı belirtilmiştir. Üstelik müştekilerin isimlerinin dahi zikredilmediği haberler ile KAP ve SPK'nın internet sitelerinden aynen alıntılanan haberlere neden erişimin engellendiğine yönelik bir bilgi de mevcut değildir. Başvurucu, Hâkimliğin erişimin engellenmesi kararlarına itiraz etmiş; itiraz dilekçesinin eklerinde haber içeriklerinin doğruluğunun kanıtı olarak birtakım deliller ortaya koymuştur. Ancak itiraz merci herhangi bir değerlendirme yapmadan Hâkimliğin kararlarını usul ve yasaya uygun bulmuştur.

34. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 30). Buna karşılık somut olayda derece mahkemeleri, başvuru konusu haberler ile şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriklerinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

35. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık, § 86).

36. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

37. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

38. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un **50.** maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata

hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

39. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

40. Başvurucu, ihlalin tespiti ile toplam 310.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

41. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

42. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararlarının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararların bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

43. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvurucunun bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmekle birlikte başvurucunun muhatap olduğu yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla eski hâle getirme kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

44. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 453.80 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.928,80 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve **28.** maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul **7.** Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/1773 D. İş ve 2015/1821

D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 453.80 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.928,80 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 3/7/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru konusu olayda "erişimin engellenmesi" kararı, anılan internet sitesinin tamamına değil, anılan sitenin muhteviyatında bulunan haberlerden 19 haber içeriğine karşı getirilmiştir. 4.5.2007 tarih ve 5651 Sayılı Kanunun "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9 uncu maddesi ile internet üzerinden yapılan her türlü yayın yoluyla kişilik hakları ihlâli iddiaları konusunda, bu yayınların muhatabı kişiler yönünden özel bir koruma sistemi öngörülmüş ve ilgilinin başvurusu üzerine, ilgili sulh Ceza hâkiminin kararı ile, koşullarının mevcut olması halinde bir tedbir mahiyetindeki "erişimin engellenmesi" kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır. İtirazı kabil olan ve itirazın reddedilmesi halinde kesinlik kazanan bu kararın, kişi hak ve özgürlükleri bakımından öngörülen önemli bir koruma mekanizması olduğu, bireyin şeref ve itibarının korunması hakkı çerçevesinde ifade özgürlüğüne getirilmiş olan bu yasal sınırlama sebebinin, her somut olayda ilgili yargı organınca (sulh ceza hâkimince) değerlendirilip takdir edileceği, itiraza tâbi bu kararın kesinleşmesinin ancak anılan "tedbir" yönünden söz konusu olabileceği, "erişimin engellenmesi" kararına muhatap gerçek veya tüzel kişinin Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer özel kanunların sağladığı imkândan istifade ile açacağı davalar (örneğin, müdahalenin men'i, tazminat, tespit vb.) yoluyla, internet yayınındaki iddialarının hukuki haklılığını öne sürebileceği (sürmesi gerektiği), bu davalarda haklılığının ortaya çıkması sonrasında "erişimin engellenmesi" kararı veren mercie başvurarak bu kararın kaldırılmasını sağlayabileceği, internet karşısında tamamen korumasız olan kişiler bakımından öngörülen yasal koruma sisteminin salt eleştirilmesi ve ihmali suretiyle bir ihlâl değerlendirmesi yapmanın, ifade özgürlüğünün bireyin şeref ve itibarına terci edilmesi gibi bir sonuca yol açacağı ve üçüncü kişileri internet yayınları karşısında hukuki himayeden yoksun bırakacağı, dolayısiyle sanki bir "yapısal sorun" varmış gibi bir kabulden hareketle henüz hukuki bir ihtilaf konusu olmayan veya hukuki anlamda sonuçlanmayan bir sorunun, daha başlangıçta bireysel başvuruya konu yapılmasının hukuka uygun düşmeyeceği ve başvuru yolları tüketilmeden yapılan bu müracaatın da esas yönünden incelenmesinin mümkün olmadığı kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Anayasa Mahkemesi - 12 Haziran 2019 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (2)

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz (2), B. No: 2015/15977, 12/6/2019, § …)
Başvuru Adı	KEREM ALTIPARMAK VE YAMAN AKDENİZ (2)
Başvuru No	2015/15977
Başvuru Tarihi	2/10/2015
Karar Tarihi	12/6/2019
Birleşen Başvurular	2015/13897, 2015/16089, 2015/16090, 2015/16194, 2015/16196, 2015/16783, 2015/16784, 2015/18152, 2016/2779, 2016/2780, 2016/2781, 2016/2782, 2016/5406, 2016/5407, 2016/9108
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	17/7/2019 - 30834
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bazı internet sitelerinde ve sosyal medya hesaplarında yer alan içeriklere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** Kişi Bakımından Yetkisizlik **Giderim:**	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEREM ALTIPARMAK VE YAMAN AKDENİZ BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2015/15977)

Karar Tarihi: 12/6/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 17/7/2019-30834

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Burhan ÜSTÜN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör Yrd. : Derya ATAKUL

Başvurucular : **1.** Kerem ALTIPARMAK

2. Yaman AKDENİZ

Vekili : Av. Sevgi KALAN GÜVERCİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bazı internet sitelerinde ve sosyal medya hesaplarında yer alan içeriklere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/10/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2015/13897, 2015/16089, 2015/16090, 2015/16194, 2015/16196, 2015/16783, 2015/16784, 2015/18152, 2016/2779, 2016/2780, 2016/2781, 2016/2782, 2016/5406, 2016/5407 ve 2016/9108 numaralı bireysel başvuru dosyalarının

2015/15977 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmelerine; incelemenin 2015/15977 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Arka Plan Bilgisi

10. Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan silahlı terör örgütü PKK'nın terör örgütü olduğu ulusal ve uluslararası makamlar tarafından kabul edilmiş, tartışmasız bir olgudur. Anılan örgütün gerçekleştirdiği terörist şiddet; bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör, onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir (Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 7-18).

11. Bununla birlikte kamuoyunda demokratik açılım süreci, çözüm süreci ve Millî Birlik ve Kardeşlik Projesi gibi farklı isimlerle, silahlı çatışmaların sona erdirilmesi ve sorunlara şiddeti dışlayan çözümler bulunması amacıyla başlatılan süreçte 2012 yılının son döneminden itibaren PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırıları önemli ölçüde azalmıştır. Suriye'de son yıllarda yaşanan iç savaşın ise Türkiye'nin güvenliği üzerinde etkileri olmuş, PKK ve DAEŞ kaynaklı terör olaylarında artış yaşanmıştır (Gülser Yıldırım (2), §§ 21-30). Anılan gelişmeler üzerine Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) tarafından 24/7/2015 tarihinde Kuzey Irak'taki PKK kamplarına ve Suriye sınırları içinde DAEŞ tarafından kontrol edilen bazı bölgelere hava saldırısı düzenlenmiştir. Bahsi geçen tarihten sonra da terörle mücadele devam etmiş, güvenlik güçlerince yurt içinde ve dışında gerçekleştirilen operasyonlarla çok sayıda terörist etkisiz hâle getirilmiştir.

B. Somut Başvuruya İlişkin Olgular

12. Başvurucular, olayların meydana geldiği tarihte internet ve insan hakları alanında çalışan akademisyenlerdir. Başvurucu Yaman Akdeniz'in bu alandaki bilimsel makalelerinin yanı sıra 2008 yılında yayımlanan "İnternette Çocuk Pornografisi ve Hukuk; Ulusal ve Uluslararası Etkiler", 2010 yılında yayımlanan "İnternette Irkçılık" başlıklı kitapları ile 2011 yılında Avrupa Konseyi bünyesinde hazırladığı "İnternette İfade Özgürlüğü" başlıklı bir raporu bulunmaktadır. Bireysel başvuru formunda ayrıca başvurucu Yaman Akdeniz'in Cyber-Rights.Org adlı sivil toplum örgütünün kurucusu ve 1997 yılından beri başkanı olduğu belirtilmiştir. Başvurucu Kerem Altıparmak, olayların meydana geldiği tarihte görev yaptığı hukuk fakültesinin insan hakları merkezi müdürüdür. Başvurucu Kerem Altıparmak'ın 2009 yılında yayımlanan "50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?", yine 2009 yılında yayımlanan

ve ortak çalışma ürünü olan "İşkencenin Önlenmesine İlişkin Hukuk El Kitabı", 2008 yılında yayımlanan ve ortak çalışma ürünü olan "İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl-Seçmeli Protokol ve Türkiye'de Ziyaret Pratiklerinin Değerlendirilmesi" başlıklı kitapları bulunmaktadır. Başvuruculların ayrıca birlikte yazdıkları "İnternete Girilmesi Yasaktır: Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme" başlıklı kitapları 2008 yılında yayımlanmıştır.

13. TSK tarafından 24/7/2015 tarihinde Kuzey Irak'taki PKK kampları ile Suriye sınırları içinde DAEŞ tarafından kontrol edilen bazı bölgelere ve terör örgütlerinin yurt içindeki uzantılarına yönelik olarak operasyonlar başlatılmıştır. Söz konusu operasyonlar basın yayın organlarında geniş yer bulmuş, lehe veya aleyhe görüşler internet ortamında da ifade edilmiştir. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi üzerine (kapatılan) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca (TİB) 2015 ve 2016 yıllarında muhtelif tarihlerde bahsi geçen terör operasyonları hakkında yayın yapan internet siteleri ile paylaşımda bulunulan sosyal medya hesaplarından toplam 615'ine erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Bunlardan 350'sini Twitter, Youtube, Dailymotion ve Facebook isimli sosyal paylaşım sitelerine ait kişisel hesaplar oluşturmaktadır. Geri kalan kısım ise bazı internet haber siteleri ile kullanım amacı belirli olmayan birtakım internet sitelerinden oluşmaktadır. Sosyal medya hesapları ve internet sitelerinden bir kısmına URL (içerik) bazlı erişimin engellenmesi kararı verilirken bir kısmına erişim tümüyle engellenmiştir.

14. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemede erişimi engellenen içeriklerin bir kısmının şiddeti öven, kişileri şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe teşvik edici nitelik taşıdığı belirlenmiştir. Bir kısmının ise askerî operasyonlar esnasında yaşanan olayların haberleştirilmesi niteliğinde olduğu tespit edilmiştir. Özellikle sosyal medya hesaplarından yapılan 350 paylaşımın çok büyük bir kısmında asker, polis ve köy korucularının görüntüleri ile bazı videolara yer verilerek intikam almaya ve şiddeti teşvik etmeye yönelik paylaşımlarda bulunulduğu görülmüştür.

15. Başvuru konusu erişimin engellenmesi kararına konu sosyal paylaşım sitesi Twitter'da yer alan bildirimlerden bazıları şöyledir: "Halka zulmetmek şerefsizliktir! PKK uyarıyor... Kürdistan'da görev yapan polisler izlesin!" şeklindeki tweet ile birlikte video paylaşımı, "Gever halkına bu kirli onursuz işkenceyi yapan faşistler yargılanana kadar bu görüntüler paylaşılacak sabah akşam" şeklindeki tweet ile fotoğraf paylaşımı, "HPG gerillalarından [A. F.nin] sabotaj eylemi" şeklindeki tweet ile birlikte video paylaşımı; "Türk gücünü deşifre ediyoruz adı soyadı: [Ç.D.], görevi: anti terör uzmanı, [M.Y.nin] koruması; İşçilere kelepçe takıp yerde yatırıp bu Devlet size ne yaptı diye bağıran öküz bu işte. Paylaşın, yolunu gözleyenler var" şeklindeki tweet ile fotoğraf paylaşımı,

"Deşifre edin bu barbar ırkçı pisliği herkes paylaşsın!; Artık bağımsız Kürdistan devletinin kurulması için tabi ki savaş, yeter barış barış diye katledilmemiz yeter!; 7/6/2015'te uyarmıştık! Tüm katliamcılar! Ordunuzu toplayın! Tetikçilerinizi toplayın! Geliyoruz demiştik!; T.C. İşgalci kuvvetlerine yönelik saldırılarımız aralıksız sürecektir. Daha önce söyledik, yine söylüyoruz.; Silopi'de Emniyet ve taburdan çıkamayan asker ve özel harekatçılar resmi binaların çatısından Kanas'la halka ateş ediyor.; Polisin Cizre Devlet Hastanesini taraması olayında yaralı yokmuş. Polisin ateşi durmuş. Acil servis çalışanları çalışmayacağız diyor. Polisin Cizre Devlet Hastanesini taraması olayında yaralı yokmuş. Polisin ateşi durmuş. Acil servis çalışanları çalışmayacağız diyor.; Gerillanın kanına giren Armeli (Elmalı) köyü korucubaşı soysuz [R.T.], facebook hesabı:..." şeklindeki tweet ile fotoğraf paylaşımı, "Bu kalleş korucunun leşini görmezsem bugün yaşadığım travmayı atlatamam. O gerillanın hali gözümün önünden bir dk gitmedi" şeklindeki tweet ve ardından aynı hesapta paylaşılan "Adı soyadı [R.T.] yakın zamanda müjdeli haberi duyacağız, buna eminim şeklindeki tweet, "Bu haine vuran cennetliktir. Görüldüğü yerde vurulacaktır!" şeklindeki tweet ile fotoğraf paylaşımı.

16. Bazı internet sitelerinde yer alan içeriklerin başlıkları şöyledir: "KJA: Barış için ödeyeceğimiz bedel taşınan cenazelerden daha ağır olmayacaktır.; Silopi'de kanlı gece; Silopi'de yaralanan genç Diyarbakır'a sevk edildi; Gerilla ve devrimci anıları; PKK HPG Gerilla Kürdistan (video); Özellikle Kürdistan'da görev yapan polisler izlesin! (video); Recep Tayyip Erdoğan sülalesinin adresi ve TC kimlik no'ları ele geçirilmiştir (ekli liste); AKP ve Erdoğan'ın barıştan anladığı."

17. TİB 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararlarını Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. TİB tarafından Hâkimliğe sunulan dilekçelerde, erişimin engellenmesi kararı verilen internet sitelerine ait adresler ile sosyal medya platformlarında yer alan bildirimlerin ekran görüntüleri eklenerek "yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi kapsamındaki idarenin söz konusu talebinin gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında ve usul ve yasaya uygun olduğu" gerekçesiyle erişimlerinin engellenmesine karar verildiği belirtilmiştir.

18. Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince, TİB tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararları "Bahse konu internet ortamında yayınlanan içeriklerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet verildiği bu sebeple TİB Başkanlığı tarafından verilen kararın usul ve yasalara uygun olduğu" gerekçesiyle onaya sunulmasından itibaren kırk sekiz saat içinde onaylanmıştır.

19. Anayasa Mahkemesince UYAP üzerinden yapılan sorgulamada on kadar içerik sağlayıcısı ve internet hizmeti sağlayıcısının kendilerine ait adreslere yönelik tedbire itiraz ettiği ve yargısal süreç başlattığı tespit edilebilmiştir. Başvurucular ise kullanıcı sıfatıyla bütün onaylama kararlarına itiraz etmişlerdir. Ankara 3., 4., 5., 6., 7. ve 8. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince verilen kararların bir kısmı usul ve yasaya uygun bulunarak bir kısmı ise taraf sıfatı yokluğundan reddedilmiştir.

20. Başvurucular, ret kararları kendilerine tebliğ edildikten itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

21. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kanaat sahibi olma ve kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikir elde etme ve aktarma özgürlüklerini de içerir."

22. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ifade özgürlüğünün yalnızca haber içeriklerini değil aynı zamanda bu haberlerin yayın araçlarını da ilgilendirdiğini sıklıkla vurgulamaktadır. Yayın araçlarına getirilen her türlü sınırlama, haber alma ve verme hakkına halel getirmektedir (Ahmet Yıldırım/Türkiye, B. No:3111/10, 18/12/2012, § 50; Autronic AG/İsviçre [GK], B. No:12726/87, 22/5/1990, § 47). Ayrıca AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin yalnızca haber verme hakkını değil aynı zamanda toplum için haber alma hakkını da güvence altına aldığını birçok defa vurgulamıştır (Observer ve Guardian/Birleşik Krallık [GK], B. No:13585/88, 26/11/1991, § 59; Guerra ve diğerleri/İtalya [BD], B. No:14967/89, 19/2/1998, § 53).

23. Bununla birlikte AİHM; Sözleşme'nin halk davası (actio popularis) açma imkânı vermediğini, bireysel başvuruda bulunabilmesi için kişinin Sözleşmeci devlete yüklenebilir bir eylem ya da ihmal sonucu Sözleşme'nin ihlal edilmesi nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak mağdur olduğunu makul bir şekilde ifade etmesi gerektiğini belirtmiştir (Aksu/Türkiye [BD], B. No: 4149/04, 41029/04, 15/3/2012, § 50; Cengiz ve diğerleri/Türkiye, B. No: 48226/10, 14027/11, 1/12/2015, § 49).

24. AİHM, Akdeniz/Türkiye ((k.k.), B. No: 20877/10, 11/3/2014) kararında başvuranın telif haklarını ihlal ederek müzik eserlerini yaydıkları gerekçesi ile kapatılan iki müzik paylaşımı sitesi hakkındaki engelleme tedbirinin dolaylı etkilerine maruz kalmasının ilgilinin Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında mağdur sıfatı taşıdığının kabul edilmesi için yeterli olmadığı kanaatine varmıştır. Kararda, Türkiye merkezli söz konusu web sitelerinin ya da internet hizmeti

sağlayıcılarının bu tedbire itiraz ettiklerine dair herhangi bir delilin mevcut olmadığına dikkat çeken AİHM, başvuranın düzenli bir kullanıcı olarak esasen 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca uygulanan tedbirlerin tali etkileri hakkında şikâyette bulunduğunu ifade etmiştir. AİHM, bu hususlara ek olarak başvuranın dava konusu tedbir sebebiyle Sözleşme'nin 10. maddesine dair bir ihlalin mağduru olmadığını şu gerekçeyle ortaya koymuştur:

"Başvuran, bu sitelerin bir kullanıcısı olarak, sunmuş oldukları hizmetlerden faydalanmış ve müzik dinlemenin diğer pek çok yolu arasında yalnızca birinden yoksun bırakılmıştır. Bu nedenle, herhangi bir güçlük yaşamaksızın, çok sayıda müzik eserine teli hakkı kuralları ihlal edilmeden, çeşitli yollardan erişim sağlayabilirdi. Bunun yanı sıra, başvuran, söz konusu web sitelerinin kendisi için belirli bir menfaat sunabilecek bilgiler dağıttığını ya da erişimin engellenmesinin kendisini büyük bir iletişim kaynağından yoksun bırakan bir etkisinin olduğunu iddia etmemiştir. Dolayısıyla, başvuranın bu web sitelerine erişimden yoksun bırakılması durumu onu, genel menfaati ilgilendiren bir konudak tartışmaya girmekten alıkoymamıştır (§§ 25-26)."

25. AİHM; Ülkede Gündem isimli günlük gazeteye Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde kamu otoritelerince yayın yasağı getirilmesine ilişkin olarak gazetenin okuyucuları tarafından yapılan başvuruyu, başvuranlar mağdur sıfatı taşımadığından kabul edilemez bulmuştur (Tanrıkulu, Çetin, Kaya ve diğerleri/Türkiye (k.k.), B. No: 40150/98, 40153/98, 40160/98, 6/11/2001). Söz konusu kararın başvuruculların mağduriyet sıfatlarının değerlendirildiği ilgili kısımları şöyledir:

"Başvuranlar; Diyarbakır'daki insan hakları derneğinin kurucularından biri (birinci başvuran), merkezi İstanbul'da bulunan Ülkede Gündem gazetesi (gazete) için çalışan basın mensupları (ikinci başvuran) ile gazetede çalışan ve gazetenin okuyucuları olan işçilerdir (üçüncü başvuran).

Başvuranlara göre, olağanüstü halin (OHAL) bulunduğu ülkenin güneydoğusunda, güvenlik güçlerince gazeteye tekrarlayan el koymalardan ötürü 1997 yılının Ekim ve Kasım aylarında birçok defa gazetenin günlük yayını aksamıştır.

1997 yılının Kasım ayında Amerika Birleşik Devletlerindeki (ABD) insan hakları ödül töreni esnasında birinci başvuran, Kürt problemi ile ilgili bir açıklama yapmış ve bu açıklaması Türk basınında şiddetli bir tartışma başlatmıştır. 5 Aralık 1997'de Ülkede Gündem gazetesi ABD'de gerçekleştirilen konferansta birinci başvuranın katkı sunduğu bir makale yayımlanmıştır. 1 Aralık 1997 tarihli OHAL Bölge Valiliği emrine göre Ülkede Gündem gazetesinin bölgede yayımlanması yasaklanmıştır. 1998 yılının Ekim ayında gazete faaliyetini durdurmuştur.

AİHM, gazetede basın mensubu olarak çalışan başvuruculların Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yaptıkları başvuruyu -başvuranlar gazetenin yayımlanmasının yasaklandığı bölge

hakkında yazı yazdıkları için- kabul edilebilir bulmuştur. Gazetenin yayımlanmasının yasaklanması basın mensubu başvuranların bilgiyi yayma misyonuyla doğrudan ilgilidir. Başvuranların temel okuyucu kitlesi OHAL bölgesinde yaşayan kesimdir ve başvuranların yazılarına o gazeteyi edinmek dışında başka bir yolla erişme imkanları bulunmamaktadır. Dolayısıyla, alınan tedbirin, başvuranların gazetecilik mesleğini kullanma biçimlerine gerçek bir yansıması vardır ve bu nedenle başvuranların her biri Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan hakkın kullanımına yapılan müdahalenin birer mağdurudur.

AİHM, Diyarbakır'daki insan hakları derneğinin kurucusu ile gazetenin okuyucuları olan gazetede çalışan işçilerin başvurularını ise Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında kabul edilemez bulmuştur. Birinci başvuran, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasını esas olarak, gazetede yayımlanan ve gazetenin yasaklanmasına neden olan makale ile ilgili ulusal basında yer alan eleştirilere cevap verme hakkına müdahale edildiği iddiasına dayandırmıştır. Ancak bu önlem, söz konusu makale nedeniyle alınmamıştır. Dahası, başvuranın eleştirilere yönelik tepkisini başka gazeteler veya televizyon aracılığıyla da vermesi mümkündü. Bu nedenle, başvuranın kamuoyuna düşüncelerini veya tepkilerini bildirmesi engellenmemiştir.

Birinci başvuran ile gazetede işçi olarak çalışan ve gazetenin okuyucusu olan başvuranların mağdur statüsüyle ilgili olarak AİHM; Sözleşme'nin doğrudan ilgi bulunmasa bile toplumun genelini ilgilendiren bir konuda dava açma hakkına (actio popularis) izin vermediğini hatırlatmaktadır. Bireysel başvuru haklarının olası kullanımına ilişkin olarak, başvuranlar, okur olarak, yeterli bilgi alma araçlarına sahipti ve bu yasağın onları nasıl doğrudan etkilediğini gösterememişlerdir."

26. AİHM; Cengiz ve diğerleri/Türkiye kararında YouTube'a erişimin engellenmesi ile ilgili olarak aralarında başvurucular Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak'ın da bulunduğu üç akademisyen tarafından ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruda, başvuranların mağdur sıfatının bulunup bulunmadığını incelemiş ve şu tespitlerde bulunmuştur:

"YouTube (http://www.youtube.com), kullanıcıların video gönderebildikleri, izleyebildikleri ve paylaşabildikleri, video barındıran başlıca web sitesidir. Video dosyaları sadece YouTube hesabı olan kişiler tarafından yayımlanabilmesine rağmen, YouTube sitesinde ya da kanallarındaki videoların büyük kısmı, tüm internet kullanıcıları tarafından görülebilmektedir. Bu platform 76'dan fazla ülkede bulunmaktadır. Her ay bir milyardan fazla kullanıcı bu platformu ziyaret etmekte ve altı milyar saatten uzun süre video seyretmektedirler.

Mahkeme, Sözleşme'nin halk davası (actio popularis) açma imkânı vermediğini, ancak kişinin, bireysel başvuruda bulunabilmesi için, Sözleşmeci Devlete yüklenebilir bir eylem ya da ihmal

sonucu Sözleşme'nin ihlal edilmesi nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak mağdur olduğunu makul bir şekilde ifade etmesini gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Bir başvuranın internet sitesine erişimin engellenmesi tedbiri nedeniyle mağdur olduğunu iddia edip edememesi her davanın koşullarının değerlendirilmesine bağlıdır; bilhassa başvuranın internet sitesini kullanma şekline ve benzer tedbirin kendisi üzerinde doğurabileceği sonuçlarının ağırlığına bağlıdır. Aynı zamanda, internetin günümüzde bireyler tarafından haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarını kullanmalarında başlıca araçlardan biri haline geldiğini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir: İnternette, siyasi sorunlar ya da kamu menfaati ile ilgili çalışmalara ve tartışmalara katılmaya yönelik temel araçlar bulunmaktadır.

Mahkeme somut olayda, bilhassa söz konusu sitenin önemli özelliklerinin yanı sıra ihtilaf konusu engellenmenin ilgililerin akademik çalışmaları üzerindeki etkilerinin altını çizerek, başvuranların aktif YouTube kullanıcıları olarak başvuruda bulunduklarını tespit etmektedir. Başvuranlar bilhassa, YouTube hesaplarını kullanarak, bu platformu yalnızca mesleki alanlarına ilişkin videolara ulaşmak amacıyla değil fakat aynı zamanda, bu tür dosyaları indirerek ve paylaşarak aktif bir şekilde kullandıklarını belirtmektedirler. Öte yandan, Altıparmak ve Akdeniz, akademik faaliyetleriyle ilgili görüntüler yayımladıklarını belirtmişlerdir.

YouTube'da yalnızca sanat ve müzik eserleri yayımlanmamaktadır; YouTube aynı zamanda siyasi tartışmaların yanı sıra siyasi ve sosyal çalışmalar açısından da oldukça popüler ve çok geniş çaplı bir platformdur. YouTube yoluyla yayımlanan dosyalard diğerlerinin yanı sıra herkes için özel bir ilgi arz edebilecek bilgiler de yer almaktadır (bk. mutatis mutandis, yukarıda anılan Mustafa ve Tarzibachi kararı, § 44). Esasen, ihtilaf konusu tedbir, başvuranlar için spesifik bilgiler içeren bir siteyi erişilmez kılmıştır ve söz konusu spesifik bilgilere başka yöntemlerle kolayca erişilememektedir. Bu site aynı zamanda, ilgililer açısından önemli bir iletişim kaynağını teşkil etmektedir.

Mahkeme, özellikleri, erişilebilirlik düzeyi ve bilhassa potansiyel etkisinin yanı sıra başvuranlar için, herhangi bir muadili bulunmaması dikkate alındığında, bu platformun tek olduğunu kabul etmektedir. Sonuç olarak, Mahkeme, YouTube'un sahip olduğu özellikler nedeniyle, erişimin engellenmesi tedbirinin başvuranları haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarını kullanmalarında önemli bir araçtan yoksun bıraktığını belirtmiştir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 12/6/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

28. Başvurucular;

i. 7/6/2015 tarihli Milletvekili Genel Seçimi'nin ardından ülkede çatışmaların arttığını, pek çok kişinin gözaltına alındığını ya da hayatını kaybettiğini, bu olayları haberleştiren internet haber siteleri ve sosyal medya hesapları hakkında topluca erişimin engellenmesi kararları verildiğini ileri sürmüşlerdir.

ii. Erişimi engellenen site ve sosyal medya hesaplarının büyük çoğunluğunun uzun yıllardır yerel ve ulusal düzeyde yayın yapan Kürt ve muhalif haber siteleri ile ajanslarına ait olduğunu, hem Türkçe hem Kürtçe yayın yapan bu site ve hesapların Kürt siyaseti ve muhalif siyaset açısından alternatifi olmayan haber kaynakları olduğunu, özellikle Kürt sorununa ilişkin haber ve görüşlerin dile getirilmesi, bu konudaki tartışmaların yürütülmesi, muhalif görüş ve haberlerin kamuoyuna aktarılması bakımından hayati öneme sahip olduğunu iddia etmişlerdir.

iii. Türkiye'nin önde gelen insan hakları araştırmacıları ve aktivistlerinden olduklarını, bahsi geçen internet siteleri ve sosyal medya hesaplarını, ana akım medyadan farklı bir anlayışla habercilik yaptıkları için takip ettiklerini, işlerinin gereği olarak farklı görüşlere ulaşma hakları ve ödevleri olduğunu, bu anlamda ulaşabilecekleri az sayıda ve alternatifi olmayan adresin sistemli bir şekilde engellenmesinden ötürü kaynak yokluğu nedeniyle bilgiye ulaşamadıklarını belirterek ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

iv. Aynı kararla önemli sayıda internet adresine erişimin engellendiğini, bu kadar çok sayıda internet içeriğinin kanunda öngörülen sürelerde incelenip karara bağlanmasının mümkün olmadığını, nitekim gerek idarenin erişimin engellenmesi kararında gerek sulh ceza hâkimliklerinin onaylama ile onaylama kararına itirazın reddi kararlarında internet içeriklerinin değerlendirildiğine ilişkin herhangi bir ibare olmadığını, hangi adresin ne gerekçe ile yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunmasına engel olduğunun açıklanmadığını belirterek gerekçeli karar haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

29. Bakanlık görüşünde, başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesinin mağdur sıfatı kavramını yorumladığı içtihatlarına yer verilmiş; bu içtihatlardan yola çıkılarak başvuruculaların mağdur sıfatı taşımadığı, halk davası niteliğinde olan başvurunun kabul edilemez olduğu bildirilmiştir. Bakanlık, erişimin engellenmesi kararına konu adreslerde yer alan içeriklerin çıktılarını eklediği görüşünde içeriklerden bazılarına yer vermiş; başvurunun esasına yönelik olarak da terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden, kamu düzenini ve millî güvenliği tehdit eden söz konusu içeriklere erişimin engellenmesinin meşru amaç taşıdığını belirtmiştir.

30. Bakanlığın görüşüne karşı cevap dilekçesinde başvurucular esas itibarıyla bireysel başvuru dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır. Başvurucular ek olarak;

i. BTK tarafından 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında onaya sunulan bireysel başvuru konusu kararlar dâhil olmak üzere tüm erişimin engellenmesi kararlarının Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince otomatik olarak onaylandığını iddia etmişlerdir. Bu itibarla sorunun bir bütün olarak incelenmesi gerektiğini belirterek anılan kararlar ile sistematik ihlale yol açıldığı yönünde bir saptama yapılmasını talep etmişlerdir.

ii. Bireysel başvurularının konusunun yüzlerce adrese tek hâkim tarafından, hiçbir inceleme yapılmaksızın ve gerekçe göstermeksizin erişimin engellenmesi kararı verilmesi nedeniyle bu adreslerdeki içeriklere ulaşma haklarının ihlal edildiğine ilişkin olduğunu, Bakanlığın başvurularının halk davası niteliği taşıdığına yönelik itirazlarının isabetli olmadığını, mağdur sıfatı taşıdıklarını, nitekim Anayasa Mahkemesine Twitter ve Youtube'a erişimin engellenmesi kararları ile ilgili olarak daha önce yaptıkları başvurularda Mahkemece mağdur sıfatı taşıdıklarının kabul edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

31. Başvurucular, Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen erişimin engellenmesi kararları sonucunda bazı internet siteleri ile sosyal medya hesaplarında yer alan 600'den fazla içeriğe erişimin engellendiğinden şikâyet etmektedirler. Başvuruculaların şikâyetlerinin özü, internet kullanıcıları ve özellikle insan hakları alanında çalışmalar yürüten akademisyenler olarak bu kararların haber ve fikir alma, bilgiye erişme haklarına müdahale oluşturduğuna ilişkindir.

32. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."

33. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına geldiğini daha önce pek çok kez belirtmiştir (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

34. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir. Bu kapsamda haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören internet Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 30, 33).

35. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 34; C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018, § 27). Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. Bununla birlikte haber ve fikir alma özgürlüğü, internet sitelerine erişimin engellenmesi şeklinde yapılan her müdahaleden herkesin doğrudan etkilendiği ve bu tedbir nedeniyle mağdur olduğu anlamına gelecek şekilde geniş yorumlanamaz. Müdahalenin dolaylı etkilerine maruz kalmış olması, başvurucunun mağdur sıfatı taşıdığının kabul edilebilmesi için yeterli değildir.

36. Anayasa Mahkemesi toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan ve halk davası (actio popularis) olarak isimlendirilen başvuruların bireysel başvuru hakkı kapsamında kabul edilmediğini pek çok kez vurgulamıştır (Tezcan Karakuş Candan ve diğerleri, B. No: 2013/1977, 9/1/2014 § 21; Mahmut Tanal, B. No: 2014/11368, 23/7/2014, § 20; Liberal Demokrat Parti, B. No: 2014/11268, 23/7/2014, § 18). 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda mağdur statüsüne sahip olabilmesi için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir. Bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesini ikna etmesi gerekir (Mahmut Tanal, § 34; Ayşe Hülya Potur, B. No: 2013/8479, 6/2/2014, § 24).

37. İfade aracına yönelik müdahaleler nedeniyle bilgi ve fikir alma hakkına sahip olan üçüncü kişiler tarafından ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla yapılan başvurularda, başvurucuların

mağdur sıfatını taşıyıp taşımadığı hususunun somut olayın koşulları bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Bu, soyut bir değerlendirme değildir. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmeyi yaparken somut olayın koşullarına uyduğu ölçüde;

i. Başvurucunun ifade aracını (internet sitesi, sosyal medya platformu, kitap, gazete, dergi vb.) kullanma şekli (içerik sağlayıp sağlamaması: aktif kullanıcı-pasif kullanıcı),

ii. İfade açıklamasına yönelik tedbirin bilgi alma hakkına sahip başvurucu üzerinde doğurabileceği sonuçların ağırlığı,

iii. Bilgiye başka yollardan erişim sağlama imkânının bulunup bulunmadığı,

iv. İfade aracının (somut olayda erişimi engellenen internet sitelerinin ve sosyal medya hesaplarının) özellikleri (kullanıcı/ziyaretçi/takipçi sayısı, işlevi, ulusal/uluslararası platformlarda bilinirliği, alternatifi olup olmaması vb.),

v. İfade aracına yapılan müdahale nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun kalınıp kalınmadığı,

vi. Alınan tedbirin başvurucunun kamusal tartışmaya katılımına engel olup olmadığı,

vii. Alınan tedbir nedeniyle başvurucunun somut olarak belirlenebilir bir menfaatten yoksun kalıp kalmadığı gibi hususları inceleyerek sonuca varacaktır.

38. Başvuruculara mağdur sıfatı taşıdıklarını kanıtlayabilmeleri için erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında yukarıda sayılan hususlar temelinde bağ kurma ve soyut iddialardan kaçınma yükümlülüğü vardır.

39. Başvuru konusu olayda erişimi engellenen 615 adresten 350'si Twitter, Youtube, Dailymotion ve Facebook isimli sosyal paylaşım sitelerine ait kişisel hesaplarda yer alan içeriklerdir. Geri kalan kısım ise bazı internet haber siteleri ile kullanım amacı belirli olmayan birtakım internet sitelerinden oluşmaktadır. Başvurucular, bu adreslerden herhangi birinde içerik sağlayıcı konumunda olduklarını veya belirli bir mesleki ya da başka bir faaliyet kapsamında bu adreslerden aktif olarak yararlandıklarını belirtmemişlerdir. Buna göre somut olayın koşullarında gözönünde bulundurulması gereken ilk husus başvuruculara bu adreslerin aktif kullanıcıları olmadıklarıdır.

40. Başvurucular, uzun yıllardır ifade özgürlüğü ve internet alanında çalışan akademisyenler olmaları sebebiyle erişimin engellenmesi şeklindeki şikâyet konusu tedbirin kendilerini yakından ilgilendirdiğini ileri sürmüş ancak bu tedbirin akademik çalışmaları üzerindeki etkilerini açıklamamışlardır. Başvurucular, belirli bir menfaatten yoksun kaldıklarına dair de bir kanıt göstermemişlerdir.

41. Somut olayda dikkate alınması gereken bir diğer husus başvuruculara bilgiye başka yollardan erişim sağlama imkânlarının olup olmadığıdır. Başvurucular 615 adresin tamamına erişimin engellenmesi şeklindeki müdahaleden şikâyet etmiş, mevcut terörle mücadele politikasına muhalif görüşler içermesi nedeniyle bu adreslerin alternatifi olmayan kaynaklar olduğunu iddia etmişlerdir. Bununla birlikte 615 adresin her birinin hangi yönleriyle alternatifi olmadığını ortaya koyamadıkları gibi bu adresler dışında başka hiçbir şekilde bilgiye erişim imkânı elde edemediklerini gösterememişlerdir.

42. Başvurucular her ne kadar muhalif olarak nitelendirdikleri bu tür sitelere sistematik olarak erişimin engellenmesi nedeniyle karşıt görüşlere ulaşma imkânlarının ellerinden alındığını iddia etmişlerse de erişimin engellenmesi kararının sırf bu nedene dayalı olarak yapıldığı hususunda ikna edici bir delil ortaya koyamamışlardır. Nitekim özellikle sosyal medya hesaplarından yapılan 350 paylaşımın çok büyük bir kısmında asker, polis ve köy korucularının görüntülerine ve bazı videolara yer verilerek intikam almaya, şiddeti teşvik etmeye yönelik paylaşımlarda bulunulması da başvuruculara bu iddiasını destekler nitelikte görünmemektedir (bkz. § 14). Başvuruculara anılan tedbir nedeniyle önemli bir iletişim kaynağından yoksun bırakıldıkları, bu durumun kamusal tartışmaya katılmalarına engel oluşturduğu tespit edilmemiştir.

43. Günümüzde ifade özgürlüğünün kullanımının en etkili aracı hâline gelen internet, bünyesinde siyasi sorunlar ya da kamu menfaati ile ilgili çalışmalara ve tartışmalara katılmaya yönelik temel araçları barındırmaktadır. Başvuruculara toplumsal konumları ve statüleri de dikkate alındığında erişimin engellenmesi şeklindeki tedbirin başvurucular üzerinde herhangi bir etki doğurmadığı da söylenemez. Bununla birlikte somut olay yukarıda yer verilen ilkeler (bkz. § 37) ışığında değerlendirildiğinde başvuruculara müdahalenin dolaylı etkilerine maruz kalmaktan öteye geçen bir mağduriyetleri bulunduğunu ortaya koyamadıkları görülmektedir.

44. Anılan müdahalenin subjektif yani bireysel olarak doğrudan maruz kalınan somut etkileri açıklanamadığı sürece müdahale nedeniyle bilgiye ulaşma hakkına halel geldiğine yönelik objektif çıkarımlarda bulunmak başvurunun halk davası olarak nitelendirilmesine engel olamayacaktır.

45. Öte yandan başvuruculara erişimin engellenmesi kararlarına yaptıkları itirazlarından bazılarının derece mahkemeleri tarafından taraf ehliyeti konusu tartışılmaksızın esastan incelenmiş olması, başvuruculara bireysel başvuru sürecinde mağdur sıfatını kazandıklarının kabulü şeklinde yorumlanamaz. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında, derece mahkemeleri önündeki taraf ehliyeti ile bireysel başvuru açısından kişi yönünden yetkinin aynı şey olmadığını,

kişi bakımından yetki konusunun Mahkemenin değerlendirmesine tabi olduğunu ifade etmiştir (Arman Mazman, B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 40).

46. Yukarıda yer verilen hususlar ışığında başvuruculaların erişimin engellenmesi tedbiri ile bilgi ve fikir alma hakları arasında doğrudan ve kişisel bir bağ kuramadıkları, mağdur olduklarını soyut iddialardan öteye geçen, makul ve ikna edici gerekçelerle kanıtlayamadıkları sonucuna varılmıştır.

47. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kişi bakımından yetkisizlik

nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde BIRAKILMASINA 12/6/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

YAMAN AKDENİZ VE KEREM ALTIPARMAK BAŞVURUSU (2)

BİRİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından başvuru formu ve eklerinde belirtilen 54 adet internet sitesi ve twitter hesabı hakkında "yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması" ve "suç işlenmesinin önlenmesi" gerekçeleriyle alınan internet erişimlerinin engellenmesine dair kararın başvuruculaların Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği iddiaları hakkındadır. Başvurucular, anılan kararın yürütmesinin tedbiren durdurulmasını talep etmektedirler.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 2/10/2015 tarihinde yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca, tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

3. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

4. TİB tarafından 13/8/2015 tarihinde 54 adet internet sitesi ve twitter hesabı hakkında "yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması" ve "suç işlenmesinin önlenmesi" gerekçeleriyle erişimin engellenmesi kararı alınmıştır.

5. Anılan karar Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin (Gölbaşı Hâkimliği) 14/8/2015 tarihli ve 2015/705 Değişik İş sayılı kararıyla gecikmesinde sakınca bulunan hâl kapsamında olduğu gerekçesiyle onaylanmıştır.

6. Başvurucular tarafından Gölbaşı Hâkimliğinin anılan kararına karşı 17/8/2015 tarihinde yaptılan itiraz Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin 24/8/2015 tarihli ve 2015/3077 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir.

7. Başvurucular, 15/9/2015 tarihinde anılan kararın kendilerine tebliğinden itibaren süresi içinde 2/10/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

8. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

" Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

9. Başvuru formu ve ekleri incelenip tedbir talebi hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

10. Başvurucular, TİB tarafından alınan 54 adet internet sitesi ve twitter hesabına erişimin engellenmesine ilişkin kararın keyfi olduğunu, gerekçeli olmadığını, kararın alınmasını gerektirir demokratik toplumda oluşmuş zorunlu bir ihtiyaç bulunmadığını ve müdahalenin ölçülü olmadığını belirterek Anayasa'nın 26., 28., 36. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşler ve anılan işlemin yürütmesinin durdurulması için tedbir talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

11. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün "Tedbir kararı" başlıklı 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre; başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi

bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması hâlinde, başvuru hakkında esasa ilişkin inceleme yapılana kadar Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

12. Somut olayda başvurucular TİB tarafından içeriklerine erişim engeli konulan 54 adet internet sitesi ve twitter hesabına tekrar erişim sağlanmasını "tedbiren" talep etmektedirler. Anayasa Mahkemesi, İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca gerçekleştiği iddia olunan müdahalenin başvuruculların "yaşamlarına ya da maddi veya manevi bütünlüklerine" yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte olması hâlinde tedbir değerlendirmesi yapabilmektedir. Bu aşamada başvuruculara yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunduğu dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anlaşılamadığından koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

A. Başvuruculların tedbir taleplerinin bu aşamada REDDİNE,

B. Kararın bir örneğinin başvuruculara tebliğine,

6/10/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Burhan ÜSTÜN

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Anayasa Mahkemesi - 22 Mayıs 2019 - Birgün İletişim ve Yayıncılık Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019, § …)
Başvuru Adı	BİRGÜN İLETİŞİM VE YAYINCILIK TİCARET A.Ş.
Başvuru No	2015/18936
Başvuru Tarihi	4/12/2015
Karar Tarihi	22/5/2019
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	12/7/2019 - 30829
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 8/A	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

BİRGÜN İLETİŞİM VE YAYINCILIK TİCARET A.Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/18936)

Karar Tarihi: 22/5/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 12/7/2019-30829

GENEL KURUL

KARAR

Başkan : Zühtü ARSLAN

Başkanvekili : Engin YILDIRIM

Başkanvekili : Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Recep KÖMÜRCÜ

Burhan ÜSTÜN

Hicabi DURSUN

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör Yrd. : Derya ATAKUL

Başvurucu : Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.

Vekili : Av. Sevgi KALAN GÜVERCİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/12/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. İkinci Bölüm tarafından 4/4/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Arkaplan Bilgisi

10. Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan PKK'nın silahlı bir terör örgütü olduğu ulusal ve uluslararası makamlar tarafından kabul edilmiş tartışmasız bir olgudur. Anılan örgütün gerçekleştirdiği terörist şiddet bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör, onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir (Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 7-18).

11. Bununla birlikte kamuoyunda demokratik açılım süreci, çözüm süreci ve Millî Birlik ve Kardeşlik Projesi gibi farklı isimlerle ifade edilen süreçte 2012 yılının son döneminden itibaren PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırıları önemli ölçüde azalmıştır. Suriye'de son yıllarda yaşanan iç savaşın ise Türkiye'nin güvenliği üzerinde etkileri olmuş, PKK ve DAEŞ kaynaklı terör olayları yeniden artmaya başlamıştır. Kamuoyunda 6-7 Ekim olayları ve hendek olayları olarak bilinen terör eylemleri bunların başında gelmektedir (Gülser Yıldırım (2), §§ 21-30).

12. Türkiye 2015 yılı Haziran ayından itibaren yeniden yoğun bir şekilde terör saldırılarına maruz kalmıştır. Bu kapsamda PKK tarafından Şırnak il merkezi ile Cizre, Silopi ve İdil ilçelerinde; Hakkâri'nin Yüksekova ilçesinde; Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçelerinde; Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçelerinde; Muş'un Varto ilçesinde cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek teröristler tarafından bu yerleşim yerlerinin bir kısmında öz yönetim adı altında hâkimiyet sağlanmaya

çalışılmıştır. Bu bağlamda çok sayıda terörist, halkın bu yerlere girişini ve bu yerlerden çıkışını engellemek istemiştir. Güvenlik güçleri, hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması suretiyle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapmış ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. Uzun süre devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında iki yüzü aşkın sayıda güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir (Gülser Yıldırım (2), §§ 28-30). Açık kaynaklara göre, yaşanan çatışmalarda 310 sivil hayatını kaybetmiş; operasyonlar sırasında bölgede asker, polis ve korucu olmak üzere 249 şehit verilirken 2.554 PKK'lı terörist etkisiz hâle getirilmiştir. Ayrıca olumsuz koşullar nedeniyle en az 100 bin kişinin çatışma bölgesinden geçici veya kalıcı olarak göç etmek zorunda kaldığı ifade edilmektedir.

13. Resmî raporlara göre, 3/10/2015 tarihinde Şırnak il merkezinde polisin terör örgütünce açılan hendekleri kapatmak için düzenlediği operasyonda çıkan çatışmada polis ile çatışmaya giren H.L.B. öldürülmüş, cenazesi zırhlı bir polis aracına bağlanarak sürüklenmiştir.

14. Anılan olaya ait görüntülerin bazı sosyal medya platformlarında paylaşılarak yayılması ile birlikte sosyal medyada yapılan yorumların yanı sıra ulusal ve uluslararası basın tarafından da konuyla ilgili çeşitli haberlere yer verilmiştir. Başvuru konusu erişimin engellenmesi kararına da konu paylaşım ve haberlerin bir kısmı şöyledir:

i. Kullanıcıların video gönderebildikleri, izleyebildikleri ve paylaşabildikleri, video barındıran başlıca web sitesi Youtube'da konu ile ilgili paylaşılan videoların başlıklarından bazıları şöyledir: "Turkish police barbarity, today a young kurdish actor [H.B.] get murdered by the turkish police; Şırnak'ta [H.L.B.nin] bedenine işkence eden polisler küfür içerir; Şırnak'ta ölüye işkence/yerde sürüklenen pkklının görüntüsü; PKK'lı teröristin cesedi, bombalı tuzak testi için zırhlı araçla sürüklendi; [H.B.yi] sürüklerken videoya almışlar, üstelik ana avrat küfür ediyorlar.; PÖH - Cizre/Şırnak'ta bir teröristi böyle öldürdü!; Gebertilen hain yerlerde sürükleniyor; HDP'linin PKK'lı akrabası, askeri aracın arkasında sürükleniyor; Leş, 10. Yıl marşı eşliğinde sürükleniyor - Tengri Biz Menen; Türk barbarlığına kanıt: [H.B.nin] sürüklenme videosu, [H.B.ye] yapılan Türk barbarlığına rağmen hala bir Türke kardeş diyen Kürt en açık tabiriyle imansızdır.; video of the Turkish cops dragging the body of Kurdish youth they killed in Şırnak. Expose the barbarity.; Turk state terorism act ."

ii. Sosyal paylaşım sitesi Twitter'da yer alan bildirimlerden bazıları şöyledir: "PKK'den tek bir cümle bekliyorum: İntikam alınacaktır, onu yapanların leşleri bile olmayacaktır, bunu bekliyoruz PKK'den; [H.B.nin] ön otopsi raporu: 28 kurşun isabet etmiş ve işkence yapılmış..; Montaj diyenler buyurun, [H.B.nin] elbet birgün hesabı sorulacak herkes paylaşsın! silinmeden +18; [H.B.] işte videosu montaj diyenlere bu halk bunun intikamını alır elbet unutmayacağız!!!;

İnsanlığınızdan dahi utanmazsınız çünkü insan değilsiniz...IŞİD'çiler bunlar...; IŞİD'i kimin eğittiğini anladınız mı! IŞİD profesyonel işkence yöntemlerini TC'den öğrenmiş!

#TeröristTurkey; İnsanlık utandı!"

iii. Ulusal ölçekte yayın yapan bazı gazeteler ile internet haber portallarında konu ile ilgili haberlerinin başlıkları şöyledir: "Zırhlı aracın arkasında sürüklenen [H.B.ye] 28 kurşun sıkılmış (Radikal gazetesi); Şırnak'ta cenazeye yapılan işkencenin videosu da ortaya çıktı (Radikal gazetesi); [H.L.B.nin] görüntüleri ortaya çıktı (ilerihaber.org); İnsanlık sürünüyor (Cumhuriyet gazetesi); İşte [H.B.nin] polis aracına bağlanarak metrelerce sürüklendiği an (Cumhuriyet gazetesi); Başbakan Davutoğlu: olayla ilgili hukuki ve idari soruşturma için gerekli talimatlar verilmiştir (T24 internet gazetesi); PKK'lı teröristin sürüklendiği anların görüntüsü ortaya çıktı! (www.gazete2023.com); Videosu da çıktı: [H.L.B.nin] cesedi metrelerce sürüklenmiş, cansız bedene küfür edilmiş (www.diken.com.tr)"

iv. Olay dış başında da yer almıştır. İnternet haber portallarında yer alan bazı haber başlıkları şöyledir: "Turkish Police drags deceased body (www.liveleak.com); Turkish Police drag deceased body of [H.L.B.] through streets of Sirnak (www.revolution-news.com)."

15. Öte yandan yaşanan olaya yönelik olarak İçişleri Bakanlığı tarafından soruşturma başlatılmış ve iki polis memuru görevden uzaklaştırılmıştır.

16. Hem olayların meydana geldiği dönemde başbakan olan Ahmet Davutoğlu hem de Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan söz konusu görüntülere ilişkin olarak basına verdikleri demeçlerde; yapılan muamelenin yanlış olduğunu ve kabul edilemeyeceğini, sorumluların cezalandırılmasıyla ilgili gerekenlerin yapılacağını belirtmişlerdir.

B. Somut Başvuruya İlişkin Olaylar

17. Başvurucu, ulusal ölçekte yayımlanan Halkın Gazetesi Birgün isimli gazetenin sahibidir. Başvurucu aynı zamanda www.birgun.net isimli internet haber sitesi üzerinden de yayın yapmaktadır.

18. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi ve (kapatılan) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) 6/10/2015 tarihli yazısı gereğince H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesi olayının görüntülerini paylaşan ve bu olaya yönelik haber yapan internet haber siteleri ile sosyal medya hesaplarına ait 111 içeriğe (URL) erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Erişimin engellenmesi kararı verilen URL adreslerinden biri de www.birgun.net isimli haber sitesinde yayımlanan "Cansız bedeni zırhlı aracın arkasında sürüklenen H.B.'ye 28 kurşun sıkılmış" başlıklı haberin yer aldığı adrestir.

19. TİB, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8/A maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararını 6/10/2015 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuştur. TİB tarafından Hâkimliğe sunulan dilekçeye, erişimin engellenmesi kararı verilen haber sitelerine ait 56 URL adresinin ve sosyal medya platformu Twitter'da yer alan 55 bildirimin ekran görüntüleri eklenerek "İnternet adreslerindeki terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden içerikler ile yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi" nedeniyle erişimlerinin engellenmesine karar verildiği belirtilmiştir.

20. TİB tarafından onaya sunulan erişimin engellenmesi kararı Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince aynı gerekçeyle 6/10/2015 tarihinde onaylanmıştır.

21. Başvurucunun onaylama kararına itirazı, Ankara 7. Sulh Ceza Hâkimliğince 23/10/2015 tarihinde reddedilmiştir.

22. Ret kararı başvurucuya 4/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 4/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

23. 5651 sayılı Kanun'a 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile eklenen "Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 8/A maddesi şöyledir:

(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile TİB kapatılmış, TİB'in görev ve yetkileri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı'na (BTK) aktarılmıştır.

Anılan KHK'nın 21 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan 'Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına' ibaresi 'Kuruma' şeklinde değiştirilmiş olup, daha sonra bu hüküm 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 18 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

(2) Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.

(16/4/2017 tarihli halkoylaması ile kabul edilen 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanına hasredilmesi üzerine 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 181 inci maddesiyle bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan 'Başbakanlık' ibareleri 'Cumhurbaşkanlığı' şeklinde değiştirilmiştir.)

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmes yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkan tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara Başkan tarafından elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir.

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararları

a. Bakanlar Komitesinin İnternette Bilginin Serbest Sınır Ötesi Akışı Konusunda Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı CM/Rec(2015)6

24. Kararda ilk olarak ülke sınırlarından bağımsız ve müdahale olmaksızın bilgi, fikir alma ve aktarma hakkını içeren ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun vazgeçilmez temel taşlarından, toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biri olduğu vurgulanmaktadır. Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinde belirtilen hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin çevrim içi ve çevrim dışında eşit olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Karara göre Sözleşme'nin 10. maddesi yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım ve barındırma araçlarını da ilgilendirmektedir. Zira bu araçlara getirilen herhangi bir kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır.

25. Kararın "İnternet'te Bilginin Serbest Sınır Ötesi Akışına İlişkin İlkeler" başlıklı bölümünde devletlerin ulusal politikalarını değerlendirirken, geliştirirken ve uygularken internet üzerindeki serbest sınır ötesi bilgi akışını olumsuz yönde etkileyecek müdahalelerin belirlenmesi ve önlenmesinde gerekli özeni göstermeleri devletlere tavsiye edilmektedir. Bu kapsamda devletler, yasa dışı olarak nitelendirilen içeriğe veya hizmetlere erişimin engellenmesinin Sözleşme'nin 8., 10. ve 11. maddeleri ile uyumlu olmasını sağlamakla yükümlüdür. Özellikle devlet makamları tarafından internetteki yasa dışı içerikle veya faaliyetlerle mücadele etmek için alınan önlemler, devletin sınırlarının ötesinde gereksiz ve orantısız bir etkiye neden olmamalıdır.

b. Bakanlar Komitesinin İnternet Özgürlüğü Konusunda Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı CM/Rec(2016)5

26. Kararın "İnternet Özgürlüğüne İlişkin Göstergeler" başlıklı ekinin "2.2. Kanaat Özgürlüğü ve Haber Alma ve Verme Hakkı" alt başlığı altında yer alan ilgili maddeler şöyledir:

"2.2.1. Devlet makamları veya özel sektör aktörleri tarafından bir internet platformuna (sosyal medya, sosyal ağlar, blog veya diğer web siteleri) veya bilgi ve iletişim teknolojileri (BİT) araçlarına (anlık mesajlaşma veya diğer uygulamalar) erişimin engellenmesi veya kısıtlanması için alınan tüm tedbirler veya bu işlemlerin yürütülmesi için devlet makamlarından gelen tüm talepler kısıtlamaların yasallığı, meşruiyeti ve orantılılığı açısından Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen hükümlere uygundur.

2.2.2. Devlet makamları veya özel sektör aktörleri tarafından bir internet içeriğinin engellenmesi, filtrelenmesi veya kaldırılması için alınan tüm tedbirler veya bu işlemlerin yürütülmesi için devlet makamlarından gelen tüm talepler kısıtlamaların yasallığı, meşruiyeti ve orantılılığı açısından Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilen hükümlere uygundur.

...

2.2.5. Devlet, haber alma ve verme özgürlüğü ile ilgili uyguladığı kısıtlamalara dair bu tür kısıtlamaların yasal dayanağı, gerekliliği, gerekçesi, yetkiyi veren mahkeme emri ve temyiz hakkı ile ilgili detaylar dahil olmak üzere erişimi engellenen web siteleri veya kaldırılan içerik konusundaki bilgiyi halka zamanında ve uygun şekilde sunmaktadır."

c. Bakanlar Komitesinin Bireysel Terörist Hareketler Konusunda Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı CM/Rec(2018)6

27. Komite, sosyal medya ve internetin bireysel terörist hareketin radikalleşmesi sürecinde oynadığı rolün farkındalığı ile Kararın 6. Bölümünde üye devletlere şu tavsiyelerde bulunmuştur:

- Üye devletler, internet ve sosyal medya aracılığıyla bireyleri terörizme yönlendiren radikalleşme ile etkili bir şekilde mücadele etmek için yasal veya başka yollarla önlemler alabilirler.

- Üye devletler bireyleri terörizme iten radikalleşme ile mücadelede özel sektörle, özellikle internet servis sağlayıcılarıyla iş birliği için mevcut yasal çerçeveleri kullanmaya veya yenilerini oluşturmaya çağrılır. Yasal düzenlemeler gerekli olduğunda yasa dışı içeriğin filtrelenmesi veya kaldırılması ve internet siteleri ile sosyal medya hesaplarına erişimin engellenmesine cevaz verebilir. Düzenlemeler ayrıca, yasa dışı içeriği kaldırmak için başvuru mekanizmalarının ve hızlandırılmış prosedürlerin kurulmasını da içerir.

2. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Görüşü

28. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesiyle ilgili olarak 11/7/2011 ile 29/7/2011 tarihleri arasında gerçekleştirilen 102. oturumunda kabul edilen 34 sayılı genel görüşlerinde şu hususlara yer vermiştir:

"12. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesinin 2. fıkrası, tüm ifade biçimlerini ve bunların yayılma araçlarını korur. İfade biçimleri arasında konuşma, yazı ve işaret dili ile sanatsal görüntüler ve objeler gibi sözel olmayan ifadeler bulunur. İfade araçları; kitapları, gazeteleri, broşürleri, posterleri, afişleri, kıyafet seçimini ve resmi mercilere sunulan dilekçeleri içerir. İfade araçları; tüm görsel-işitsel biçimlerinin yanı sıra elektronik ve internet tabanlı ifade biçimlerini de kapsar.

13. İfade özgürlüğü ile Sözleşme'de yer alan diğer haklardan yararlanılmasını sağlamak için özgür, sansürsüz ve engelsiz bir basın demokratik bir toplumun temel taşlarından birini oluşturur. Vatandaşlar, adaylar ve seçilmiş temsilciler arasında kamuyu ilgilendiren meseleler ve politik konular hakkında bilgi ve fikirlerin serbestçe iletilmes esastır. Bu; sansür veya kısıtlama olmadan

kamuoyunu ilgilendiren konularda yorum yapabilen ve kamuoyunu bilgilendirebilen özgür bir basını gerektirir. Diğer taraftan halkın da bu bilgi ve fikirleri alma hakkı vardır.

14. Etnik ve dilsel azınlıkların üyeleri de dahil olmak üzere, medya kullanıcılarının haklarını korumanın bir yolu olarak -geniş yelpazede bilgi ve fikre ulaşılabilmesi için- Taraf Devletlerin bağımsız ve çoğulcu medyayı teşvik etmek için özel özen göstermeleri gerekmektedir.

15. Taraf Devletler, internet ve mobil tabanlı elektronik bilgi yayma sistemleri gibi bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin dünyadaki iletişim teamüllerini büyük ölçüde değiştirdiğini dikkate almalıdır. Artık bilgi ve fikir alışverişi için geleneksel kitle iletişim araçlarının mutlak varlığına ihtiyaç duymayan küresel bir ağ var. Taraf Devletler, bu yeni medyanın bağımsızlığını teşvik etmek ve bireylerin oraya erişimini sağlamak için gerekli tüm adımları atmalıdır.

...

43. Web sayfalarının, blogların veya internet temelli, elektronik veya diğer bilgi yayma sistemlerinin, ayrıca örneğin internet hizmet sunucuları veya arama motorları gibi bu tür iletişimi destekleyen sistemlerin işleyişine getirilecek herhangi bir kısıtlama, ancak Sözleşme'nin 19. maddesinin 3'üncü fıkrasına uygun gerekçelerle kabul edilebilir. İzin verilebilir kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır; belirli sitelerin ve sistemlerin işleyişine getirilecek genel yasaklar 3. fıkra ile bağdaşmaz. Ayrıca, bir siteye veya enformasyon yaygınlaştırma sistemine yalnızca hükumete veya hükumetin temsil ettiği siyasal sisteme yönelik eleştirel tutum alabileceği ve bu yönde yayınlar yapabileceği gerekçesiyle yasak getirilmesi de 3'üncü fıkra ile bağdaşmaz."

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

a. İfade Özgürlüğü ve İnternet

29. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. İfade özgürlüğü; yokluğu hâlinde demokratik bir toplumdan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (Handyside/Birleşik Krallık, B.

No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; Von Hannover/Almanya (No. 2) [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

30. AİHM'in internette ifade özgürlüğü ile ilgili kararları incelendiğinde genellikle çevrim dışı olarak geçerli olan her kuralın çevrim içi olarak da geçerli olduğu ilkesinden hareket ettiği, bununla birlikte internet ortamının kendine özgü özelliklerini de dikkate aldığı görülmektedir. AİHM, internet ortamını ifade özgürlüğünü genişleten yeni bir mecra olarak değerlendirmekte; bilgiyi alma, aktarma ve yaymaya yarayan bir yayın aracı olarak nitelemektedir (bu yönde bir değerlendirme için bkz. Ahmet Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18/12/2012, § 50). AİHM, ifade özgürlüğünün uygulanması konusunda internet sitelerinin önemine ilişkin görüşünü Times Newspapers Ltd/Birleşik Krallık (No. 1 ve 2), (B. No: 3002/03 ve 23676/03, 10/3/2009, § 27) kararında şu şekilde ortaya koymuştur:

"İnternet, erişilebilirliği ve muazzam miktarlarda bilgiyi depolama ve iletme kapasitesi açısından kamunun haberlere erişimini artırmakta ve genel olarak bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmakta önemli bir rol oynar."

b. Basının Görev ve Sorumlulukları

31. AİHM, demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını birçok kez çizmiştir. AİHM'e göre basının görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. AİHM, basının böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının da eklendiğini hatırlatmıştır. AİHM'e göre bu görevi olmasaydı basın, vazgeçilmez kamusal gözetleyici rolünü oynayamazdı (Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71; Von Hannover/Almanya (No. 2), § 102).

32. AİHM, Radio France/Fransa (B. No: 53984/00, 30/3/2004, § 37) kararında basın özgürlüğünün kapsamının demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir:

"Mahkeme 'görev ve sorumluluklar'ın, ifade özgürlüğünün doğasından kaynaklandığını yineler. 10. madde tarafından kamusal yararlara ilişkin meselelerin aktarılması için gazetecilere sağlanan güvencenin şartı, gazetecilik etiğine uygun olarak onların kesin ve güvenilir bilgi sağlamak konusunda iyi niyet sahibi olmalarıdır (örneğin bkz. Blade Tromsø and Stensaas/Norveç, § 65; Colombani ve diğerleri/Fransa B. No: 51279/99, 25/06/2002, § 65). Ne var ki basın özgürlüğü belli dereceye kadar abartmaya hatta kışkırtmaya izin verir (bkz. özellikle, Bladet Tromsø and Stensaas/Norveç, § 59)..."

33. AİHM, Stoll/İsviçre ([BD], B. No: 69698/01, 10/12/2007, § 104) kararında; bireyin geleneksel ve elektronik medya aracılığıyla dolaşan büyük miktarlardaki bilgi ve sistemde sürekli artan aktör sayısı ile karşı karşıya olduğu bir dünyada gazetecilik etiğine uygunluğun izlenmesinin oldukça önemli hâle geldiğini belirtmiştir.

34. Daha güncel bir kararında AİHM, bir gazetecinin görev ve sorumlulukları dikkate alınırken ilgili ortamın potansiyel etkisinin önemli bir faktör olduğunu ve görsel-işitsel medyanın basılı medyaya nazaran daha hızlı ve güçlü bir etkisi olduğunu ifade etmiştir (Delfi AS/Estonya [BD], B. No: 64569/09, 16/8/2015, § 134). Tarafsız ve dengeli haberciliğin yöntemleri, diğer hususların yanı sıra ilgili medyaya bağlı olarak önemli ölçüde değişebilmektedir (Jersild/Danimarka, B. No: 15890/89, 23/9/1994, § 31).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 22/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

36. Başvurucu;

i. Erişimi engellenen haberin Şırnak'ta öldürüldükten sonra zırhlı polis aracının arkasına iple bağlanarak sürüklenmesinin ardından yapılan otopside H.L.B.nin vücudunda onlarca kurşun izine rastlandığını anlatan resmî belgeye dayanan bir haber olduğunu belirtmiştir.

ii. Başvuru konusu olayda kamu düzenini ve millî güvenliği tehdit eden bir unsurun haber yapılmasının söz konusu olmadığını, haberin yapılmasındaki amacın güvenlik güçlerinin yasa dışı uygulamalarını kamuya sunarak suç oluşturan bu tür uygulamaların tekrarlanmasının önlenmesi ve sorumluların ortaya çıkarılması olduğunu ifade etmiştir. Kamu yararı yüksek böyle bir habere erişimin engellenmesi kararının hukuka aykırı ve sansür niteliğinde olduğunu belirterek basın özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

iii. Aynı kararla 111 URL adresine erişimin engellendiğini, bu sayıdaki internet içeriğinin 5651 sayılı Kanun'da öngörülen sürelerde incelenip karara bağlanmasının mümkün olmadığını, nitekim gerek idarenin erişimin engellenmesi kararında gerek sulh ceza hâkimliklerinin onaylama ile onaylama kararına itirazın reddi kararlarında internet içeriklerinin değerlendirildiğine ilişkin herhangi bir ibare olmadığını, kararların gerekçesiz olduğunu belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

iv. TİB tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının tebliğ edilmeden ve savunması alınmadan onaylanmasına karar verilmesi nedeniyle silahların eşitliği ilkesi ile çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

v. İdari ve yargısal makamlarca 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde yer alan nedenler gerekçe gösterilerek haber niteliği taşıyan internet içeriklerine erişimin engellendiğini, bu içeriklerin basın özgürlüğü kapsamında kaldığını, suç unsuru taşımadığını iddia etmiştir. Nitekim somut olayda erişimin engellenmesine karar verilen haber içeriğinin suç konusu teşkil ettiği iddiasıyla içeriği oluşturan ve yayanlar hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmadığını ve Başsavcılıkça ceza soruşturması başlatılmadığını belirtmiştir.

vi. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde yapılan değişiklik ile sulh ceza hâkimlerinin birbirlerinin kararlarına yapılan itirazları incelemeye yetkili kılındığını, itirazların üst mahkemede değil numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğinde karara bağlanmasının Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

37. Bakanlık görüşünde, erişimin engellenmesine karar verilen haber içeriğinin güvenlik güçleri ile girdiği çatışma sonrasında öldürülen terör örgütü üyesi H.L.B. ile ilgili olduğu belirtilmiştir. Bakanlık tarafından; H.L.B.nin ölümü sonrasında bazı internet sitelerinde H.L.B.nin cesedinin sürüklenmesine ilişkin olarak terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden haberler yapıldığı, başvuruya konu haberin de kamuyu aydınlatma niteliğinde değil terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden, kamu düzenini ve millî güvenliği tehdit eden nitelikte olduğu, dolayısıyla erişimin engellenmesi tedbirinin zorunlu sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığı bildirilmiştir. Bakanlıkça, haber içeriğinde yer alan olaya ilişkin sorumlular hakkında adli ve idari soruşturmaların başlatıldığı ifade edilmiş; münferit bir olayın genelleştirilmesi suretiyle terörle mücadelenin sekteye uğratılmasına neden olacak şekilde haber yapılmasının ifade ve basın özgürlükleri kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

38. Bakanlığın görüşüne cevap dilekçesinde başvurucu, bireysel başvuru dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır. Başvurucu; ek olarak bireysel başvurunun konusunun esasen yargı mercilerinin gerekçesiz bir şekilde basın özgürlüğünü güvencesiz bırakması olduğunu, Bakanlıkça bu hususa ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunulmayarak haberin içeriği tartışılmaksızın terörü öven, suçu ve şiddeti teşvik eden nitelik taşıdığı iddiasında bulunulduğunu ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

39. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun sulh ceza hâkimliklerinin kanuni hâkim güvencesini sağlamadığı, erişimin engellenmesi kararına itirazın bu yargı mercilerince karara bağlanmasının etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiği ile ilgili şikâyetlerine benzer şikâyetler Anayasa Mahkemesince daha önce birçok kararda incelenmiştir. Bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak Anayasa Mahkemesince söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (Hikmet Kopar ve diğerleri, §§ 101-115; Mehmet Baransu (2), B. No: 2015/7231,

§§ 64-78, 94-97). Eldeki başvuruda Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından ayrılmayı gerektirecek bir durum görülmediğinden başvurucunun diğer şikâyetlerine odaklanılacak ve başvurucunun iddiaları ifade ve basın özgürlükleri kapsamında incelenecektir.

40. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"MADDE 26- Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"MADDE 28- Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

41. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

42. İnternet haber sitesinde yayımlanan habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

43. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

44. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

45. İfade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalenin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında yapıldığı tespit edilmiştir.

ii. Meşru Amaç

46. Başvuruya konu habere erişimin engellenmesine ilişkin kararın millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

47. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı; ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir

toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015,

§ 51).

(2) İfade Özgürlüğü ve İnternetin Rolü

48. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

49. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45). Basın yönünden düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilen internet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir alma özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir.

50. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 34).

51. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir.

(3) Terörizm ve İnternet

52. Terörizm olgusu bugün ulusal sınırları aşarak toplum ve devlet hayatının üzerinde sosyal ve ekonomik bakımdan büyük çapta tahribata sebep olmaktadır. Herhangi bir amaca ulaşmak için

propagandaya yönelik, ses getirici eylemlerle insanların öldürülmesi, korku ve dehşet salınması olan terör, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle mutlak bir hak olan yaşam hakkını ciddi bir şekilde tehdit etmektedir.

53. Terör örgütlerinin varlıklarının devamı; bir yandan örgüte mensup olmayan kitleler tarafından meşru kabul edilmelerine, diğer yandan da üyelerinin gerçekleştirdikleri eylemlere inanmalarına bağlıdır. Başka bir ifadeyle terör örgütleri hem örgüt içinde hem de örgüt dışında destek buldukları sürece varlıklarını sürdürebilirler. Terör örgütleri ihtiyaç duydukları iç ve dış meşruiyeti sağlamak ve güçlendirmek, taraftar kazanmak ve kitleleri etkilemek için yazılı ve görsel kitle iletişim araçlarını kullanmaktadır. Bu sayede geniş kitlelere örgütün ideolojisi, amaç ve faaliyetleri aktarılarak şiddetin güçlü ve zalim devlet karşısında kendini savunmaya yönelik olduğu, istenilen sonuca şiddet dışı yöntemlerle ulaşılamadığı gibi gerekçelerle örgütün şiddet kullanmaktaki haklılığı kanıtlanmaya çalışılır.

54. Örgüt ideolojisinin benimsenmesini sağlamak üzere toplumu etkileme çabası terörizmin en yoğun uğraşıdır. Etki alanı ne kadar büyürse örgüt ideolojisinin geniş kitleler tarafından benimsenme ihtimali o kadar artar. Bu nedenle terörist gruplar için örgüt ile ilgili haberlerin ve terör olaylarının medyada yer alması hayati önemdedir. Geçmişte gazete, dergi, radyo ve televizyon aracılığıyla yürütülen propaganda faaliyetleri teknolojinin gelişmesiyle birlikte ağırlıklı olarak internet ortamına taşınmıştır.

55. İnternet; zaman ve mekân sınırının olmaması, erişilebilirliği, maliyetinin düşük olması, devlet kontrolünün yetersiz olması, hızlı ve anonim iletişim imkânları ile terör örgütleri için ideal bir ortam oluşturmaktadır. İnternetin sağladığı bu avantajlar tüm dünyada terör örgütlerinin interneti kendi amaçları doğrultusunda istismar etmesine yol açmıştır. Terör örgütleri için internet; üyeleri arasındaki haberleşmeyi ve koordinasyonu sağlayan, emir ve talimatların güvenli ve hızlı bir şekilde üyelere ulaşmasına imkân veren en verimli iletişim kanalı haline gelmiştir. Terör örgütleri, internette fiziksel imkânları ile asla ulaşamayacakları ölçüde geniş kitlelere nüfuz edebilmektedir. Terör örgütleri bu yolla kendilerine sempati duyanları tespit ederek bu kişileri önemli toplumsal olaylarda devlete karşı seferber etme ve harekete geçirme, örgüte maddi destekte bulunma ve örgütte aktif rol üstlenme gibi hususlarda ikna etmeye çalışmaktadır.

56. Özetle küresel düzeyde internet kullanımının yaygınlaşması ile terör örgütleri başta eleman temini, iletişim ve propaganda olmak üzere her türlü faaliyetlerini internet üzerinden yürütmeye başlamışlardır. Sunduğu geniş imkânlar nedeniyle terör örgütlerinin amaçlarına ulaşmak için başvurdukları en önemli araç hâline gelen internet, teröristler tarafından her geçen gün daha fazla istismar edilmektedir.

(4) Basının Ödev ve Sorumlulukları

57. Terör örgütleri, eylemlerini basında yer bulacak şekilde gerçekleştirmekte; bu yolla bir yandan taraftarlarına devlet karşısındaki güçlerini göstererek üyelerinin moral ve motivasyon ihtiyacını gidermekte, bir yandan da halk arasına korku salmaktadır. Özellikle internet temelli teknolojilerin bilginin çok hızlı yayılmasını sağlamasıyla herhangi bir yerde gerçekleştirilen terör saldırısından dakikalar içinde tüm dünya haberdar olabilmekte ve eylemin etkisi bir anda büyüyebilmektedir.

58. Bu itibarla basından terör olayları ile ilgili meselelerde duyarlı olması, kamu düzeninin bozulmaması, toplumsal infiale ve daha fazla can ve mal kaybına yol açılmaması için sorumluluk bilinci ile hareket etmesi beklenir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri de tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemiştir. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına basın için de geçerli olan bazı görev ve sorumluluklar getirmektedir (Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 22/2/2016, § 89; R.V.Y. A.Ş., B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35).

59. Basın özgürlüğü ilgililerin meslek ahlakına saygı göstermelerini, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Basın tarafından haber verme görevi esnasında gerçekler çarpıtılabilmekte; gerçeğe uygun bir beyana kamuoyunun gözünde yanlış bir imaj uyandırabilecek vurgular, değer yargıları, varsayımlar hatta imalar eşlik edebilmektedir. Dolayısıyla haber verme görevi zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ile basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., §§ 42, 43; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 53, 54; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, §§ 60, 61).

(5) Terör Olayları Bağlamında Devletin İnternet İçeriğine Müdahalesi

60. Terör örgütlerinin internet ortamında yürüttükleri faaliyetlerinin önlenmesine yönelik düzenlemeler ağırlıklı olarak 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'ndeki (ABD) iki farklı hedefe düzenlenen dünyanın en büyük terör saldırısından sonra gerçekleşmiştir. Saldırıdan sonra birçok ülke terörle mücadele ile ilgili mevzuatını ve politikalarını terörle mücadele konusunda devlet otoritelerinin yetkilerini artıracak şekilde yeniden düzenlemiştir. İnternetin saldırıyı gerçekleştiren teröristler tarafından hem hazırlık sürecinde hem de saldırı esnasında ve sonrasında oldukça etkili kullanılmış olması beraberinde devletlerin internet ortamında daha sıkı bir denetim (izleme, müdahale etme, önleme amacıyla) yapma ihtiyacını getirmiştir. Bu kapsamda terörizmin taraftar kazanmasını ve yayılmasını önlemek amacıyla aşırılıkçı veya terörü destekleyen ifadelerin yasaklanmasını öngören yasalar çıkarılmış ve internet ortamına mahsus düzenlemeler yapılmıştır.

61. Terör algısının daimîleşmesi ve küresel bir tehdide dönüşmesi karşısında süreklileşen güvenlik kaygısı zamanla terörle mücadele yasalarının uygulama alanının ifade ve basın özgürlüklerinin meşru kullanımını kısıtlayacak şekilde genişletilmesine yol açmıştır.

62. Terörle bağlantılı hususlarda bilgi ve fikirlerin sağlıklı paylaşımı ancak ifade ve basın özgürlüğünün tam olarak korunması ile mümkün olabilir. Bu sebeple terörle bağlantılı meselelerde ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendisini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında bir denge kurulması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte her durumda kamu gücünü kullanan organların bilhassa siyasi fikirlerin değerlendirilmesi gerektiği durumlarda terör nitelendirmesinin kötüye kullanımına karşı dikkatli olmaları özgürlüklerin korunması açısından hayati önemdedir (Halil Bayık [GK], B. No: 2014/20002, 30/11/2017, §§ 31, 32).

(6) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

63. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § 55) kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Anayasa Mahkemesine göre bu usul, kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin şekilde yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararını içermektedir.

64. Nitekim 5651 sayılı Kanun'un gerekçesinde, Kanun'un çıkarılma amacının ülkemizde internet dâhil hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suistimal edilmesi suretiyle işlenen suçlarla mücadele konusunda etkin ve doğru bir yapılanmayı mümkün kılabilmek olduğu belirtilmiş; Kanun'un 8. maddesi ile de internet ortamında yapılan ve içeriği tahdidi olarak sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

65. 5651 sayılı Kanun'a 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile eklenen 8/A maddesi ile bu defa gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğe erişimin engellenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kurumların talebi üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) Başkanı tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Anılan maddede idari nitelikteki bu kararın Başkan tarafından yirmi dört saat

içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı, hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiği, aksi hâlde kararın kendiliğinden kalkacağı belirtilmiştir.

66. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca başkan, erişimin engellenmesi kararını hâkim onayına sunmak dışında ayrıca erişimi engellemek üzere kararı derhâl erişim sağlayıcılara, ilgili içerik ile yer sağlayıcılara bildirmek ve suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmakla görevlendirilmiştir. Böylelikle düzenleme ile temel hak ve özgürlükleri tehlikeye atan, millî güvenlik ve kamu düzeni açısından ciddi tehlike ve zararların ortaya çıkabilmesi tehlikesi taşıyan internet içeriklerini oluşturan ve yayanlarla ilgili olarak faillerin bulunarak cezalandırılmasını temin etmeyi amaçlayan hususlara da yer verilmiş olmaktadır.

67. 6639 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde 5651 sayılı Kanun'a eklenecek 8/A maddesi ile internet ortamında yaşam hakkı ile kişinin can ve mal güvenliği, millî güvenlik ve kamu düzeni ile genel sağlık açısından tehlike oluşturan, suç işlenmesine sebebiyet vererek vatandaşların hak ve özgürlüklerini tehlikeye atan yayınlara karşı erişim engelleme tedbirinin uygulanabilmesine imkân sağlandığı; gecikmesinde sakınca bulunan bu hâller kapsamında aynı mahiyetteki internet içeriklerine yönelik olarak hızlı müdahale edilebilmesini sağlamak amacıyla istisnai bir uygulama öngörüldüğü; bu çerçevede içeriklere ivedilikle erişimin engellenmesinin gerekli olduğu söz konusu durumlarda Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlığa önlem alabilme yetkisi verildiği ifade edilmiştir. Gerekçede, bahsi geçen talebe bağlı olarak Başkanlığın ilgili yasa dışı içeriğe erişimin engellenmesi kararını vererek ivedi bir şekilde kararın uygulanmasını temin edeceği bildirilmiş; düzenleme ile millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi ve genel sağlığın korunması kapsamında vatandaşların internet ortamında yer alan yasa dışı içerikler nedeniyle mağdur olmaması, zarara uğramaması, hak ve özgürlüklerin muhafaza edilmesinin hedeflendiği açıklanmıştır.

68. Şüphesiz millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi gibi ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve önceden bilinmesi mümkün olmayan durumları ifade eden ibarelerin içerik ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ibarelere, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmekte ve içerikleri somutlaştırılmaktadır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014). Bununla birlikte anılan ibarelerin keyfî uygulamalara yol açacak şekilde ve geniş yorumlanmasının ifade ve basın özgürlüklerinin ihlaline sebebiyet verebileceği unutulmamalıdır.

69. 5651 sayılı Kanun'da öngörülen erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan, başka bir deyişle karşı taraf bulunmadığından karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta; talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadır. Özet olarak hâkim kararını dosya üzerinden, delil toplamaksızın, sınırlı bir inceleme ile yani BTK tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınamamaktadır (Ali Kıdık, §§ 60-62).

70. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında internet erişiminin engellenmesi kararından sonra failler hakkında soruşturma açıldığı takdirde soruşturma veya kovuşturmanın sonucuna göre yargı mercileri, erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti hakkında bir karar verebilir. Buna karşılık bir soruşturma açılmadığı takdirde erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu tedbir, internet kullanıcılarını engellenen içeriğe belirsiz bir süreyle erişmekten alıkoyacaktır (Ali Kıdık, § 59).

71. Bu sebeplerle Kanun'un 8/A maddesi kapsamındaki erişimin engellenmesi yolu; ancak gecikmesinde sakınca bulunan, dolayısıyla ivedilikle müdahale etmeyi gerektirecek hâllerde işletilmesi gereken istisnai bir yoldur. Dolayısıyla başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık olarak nitelendirilebilir (Ali Kıdık, § 59). Yetkili makamlardan bu yolun gecikmesinde sakınca bulunan hâllere özgü olarak kullanılması gereken istisnai bir yol olduğu bilinciyle hareket ederek hassasiyetle karar vermeleri beklenir.

72. Şiddeti öven, kişileri terör örgütünün yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik eden yayınlar gibi internet ortamında demokratik toplum düzenini tehlikeye atan yayınların daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir. Böyle durumlarda ilk bakışta ihlal doktrini internet ortamında yapılan yayınlara karşı kamusal menfaatlerin hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(7) 5651 Sayılı Kanun'un 8/A Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesine Karar Verilmesi Biçimindeki Müdahalelerde İdari ve Yargısal Makamlar Tarafından Gözetilmesi Gereken Hususlar

73. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır. Tereddütlerin giderilmesi bakımından belirtmek

gerekir ki erişimin engellenmesi kararı onayına sunulan sulh ceza hâkimliğinin ve itiraz merciinin erişimin engellenmesi kararının verilmesini talep eden ve/veya kararı veren idari makamlarla aynı sonuca ulaşmaları ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararlarına yansıtmaları, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir. Sulh ceza mahkemesinin erişimin engellenmesine ilişkin idari kararların gerekçelerini tekrar ettiği veya atıfla yetindiği hâllerde Anayasa Mahkemesi, dayanılan idari kararların gerekçelerini denetleyecektir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

74. Mevcut başvuruya benzer şikâyetlerde derece mahkemelerinin ve kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve benzer başvuruların koşullarına göre değişebilecek unsurlar şu şekilde sıralanabilir:

i. İnternet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve/veya yargısal makamlar tarafından ortaya konulmalıdır.

ii. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak ortaya çıkabileceği dikkate alındığında yayının içeriği ile bu sebepler arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Böyle bir analizin yapılabilmesi için eğer söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

iv. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,

- Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti alevlendirip alevlendirmediğinin,

- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,

- Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,

- Suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,

- Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin,

- Yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesinin yayına erişimin engellenmesi kararına etki edip etmediğinin,

- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının,

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının

yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

75. Bir terör örgütünün şiddet eylemlerini öven, destekleyen ve haklılaştıran açıklamaların silahlı direnişe tahrik, şiddeti yüceltme veya kin ve düşmanlığın kışkırtılması olarak kabul edilmesi mümkündür. Bununla birlikte yalnızca bir terör örgütünün fikirlerini ve hedeflerini içerdiği, resmî politikaları ağır bir şekilde eleştirdiği veya terör örgütünün resmî politikalarla olan ihtilaflarını değerlendirdiği gerekçesiyle internet içeriğine erişimin engellenmesi -yukarıda bir kısmı gösterilen sebeplerden bir veya daha fazlası da bulunmadığı takdirde- müdahaleyi haklı göstermez (Halil Bayık, § 46).

(8) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

76. Somut olayda erişimin engellenmesine karar verilen haber 5/10/2015 tarihinde ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yayımlanmıştır. Haberin yayımlandığı tarih ülkede gerileme sürecine girmiş terör olaylarının yeniden artmaya başladığı bir dönemdir. Doğu ve Güneydoğu Anadoludaki bazı illerde ve ilçelerde PKK'lı teröristlerce cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurulmuş ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek güvenlik güçlerinin yerleşim yerlerine girişi engellenmeye çalışılmıştır. PKK, halkın bu yerlere girişini ve buralardan çıkışını da engelleyerek bölgede öz yönetim adı altında hâkimiyet sağlamayı amaçlamıştır. Güvenlik güçleri bölgede kontrolü tesis etmek ve yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyon düzenlemiş ve teröristlerle çatışmaya girmiştir.

77. Bu durum ülke gündemini uzun süre meşgul etmiş, çatışmalarla ilgili haber ve görüntüler gazete manşetlerinden inmemiştir. Operasyonun süresi uzadıkça ve meydana gelen can kayıpları

arttıkça kamuoyunda oluşan gerginlik de tırmanmıştır. Bu esnada PKK'lı olduğu iddia edilen bir kişi öldürülmüş, bu kişinin cenazesi zırhlı polis aracına bağlanarak Şırnak il merkezinde sürüklenmiştir. Cenazenin sürüklenmesine ilişkin görüntülerin sosyal medyaya yüklenmesiyle başta sosyal medya platformlarında olmak üzere çeşitli paylaşımlarda bulunulmuş ve haberler yapılmıştır. İnternet ortamında yapılan incelemede sosyal medya paylaşımları ile haber içeriklerinin bir kısmının terör örgütünün ülkeye verdiği zararı ve güvenlik güçlerinin terörle mücadele ederken yaşadıkları zorlukları ön plana çıkararak söz konusu eylemi haklılaştırmaya meyilli olduğu görülmüştür. Öte yandan münferit eylemden yola çıkarak örgütün devlete karşı şiddet kullanmaktaki haklılığını, şiddetin kendini savunma amaçlı olduğunu kanıtlamaya çalışan bazı paylaşım ve haberlerin terörist eylemleri meşrulaştırıcı, devlete karşı kin ve nefret içeren kışkırtıcı nitelik taşıdığı belirlenmiştir. Diğer bir kısım içeriğin ise anılan olayın haberleştirilmesinden ibaret olduğu, basının kamu bekçiliği rolünden öteye geçmediği tespit edilmiştir (bkz. § 14).

78. Bu veriler ışığında tansiyonun yüksek olduğu bir ortamda iç karışıklıklara mahal vermemek ve şiddet olaylarının ülkeye yayılmasını önlemek amacıyla devletin internete müdahale etmesi konuyla ilgili yapılan haberlerin, paylaşımların ve görüntülerin yayımlanmasına sınırlama getirmesi anlaşılabilir bir durumdur.

79. Terörizm Türkiye'de on binlerce insanın ölümüne, çok sayıda insanın yaralanmasına veya sakat kalmasına neden olmuştur. Etnik kökenli terörizmin örgütlenerek güçlenmeye başladığı 1980'li yıllardan günümüze kadar kırk binden fazla insanın hayatını kaybettiği bilinmektedir. Başvuru konusu olay dikkate alındığında daha fazla can ve mal kaybına sebebiyet verilmemesi amacıyla toplumsal infiale yol açabilecek, örgüt içinde motivasyonu artırarak yeni terör saldırılarına zemin hazırlayabilecek minvalde haber ve görüntülerin yayımlanmaması hususunda basının da hassasiyet göstermesi, böyle bir ortamda haber yaparken ilkeli, bilinçli ve ölçülü olması, ödev ve sorumluluklarına uygun davranması gerekir.

80. Bununla birlikte kamuoyunu yakından ilgilendiren meselelere ilişkin basının kamu bekçiliği rolü gözardı edilmemelidir. Somut olayda güvenlik güçlerince düzenlenen operasyon esnasında bir kişinin cenazesi polis aracına bağlanarak sürüklenmiştir. Söz konusu olayın haber değerinin bulunduğu tartışmasızdır ve böyle bir meseleye ilişkin habere erişimin engellenmesi kamunun bilgi alma ve bilgiye erişme hakkını elinden alır. İkinci olarak olayın kamusal tartışmaya açılmaması, bilinç oluşmasını ve kamunun takibini önler. İlgili makamların sorumlular hakkında etkili soruşturma yürütüp yürütmediği ve uygun bir yaptırım uygulanıp uygulanmadığı

konusunda kamuoyu denetiminin kalkması hukuk dışı davranışların meşrulaştırılmasına yol açabilir.

81. Düşüncenin üretimi, dağıtımı ve sunumu arasındaki uyum ile ifade özgürlüğü aynı doğrultuda ilerler. Dolayısıyla ifade özgürlüğünden bahsedebilmek için düşünmenin ürünü olan düşüncenin değişik yollarla açıklanmasına müdahale edilmemesi gerektiği gibi açıklanan düşünceye diğer insanların erişiminin de engellenmemesi gerekir. Aksine bir tutumla sakıncalı ve tehlikeli bulunan fikirlerin, bilginin ve halka açık materyalin bireyler, gruplar ve devlet yetkilileri tarafından engellenmesi, yaratıcılığın ve düşünce özgürlüğünün yasaklanması anlamına gelen sansürü doğuracaktır.

82. İnternet ortamında yayımlanan ve insanların erişmek istediği belirli bilgilere erişimin kategorik olarak kısıtlanması ya da yayımlanmak istenen bilgi ve belgelerin kategorik olarak engellenmesi sansür niteliğindedir. Dolayısıyla yalnızca belirli bir olaya ilişkin oldukları için internet ortamında yayımlanan haberlere veya düşüncelere kategorik olarak erişimin engellenmesi sansür olacaktır.

83. Sansür önemli toplumsal meselelerde kamusal tartışma zemininin oluşmasını imkânsız hâle getirir. Sonuçta erişimin engellenmesi tedbirinin sansüre dönüşmesi olayın örtbas edildiği izleniminin oluşmasına yol açarak hukuk devletine olan inancı zayıflatır. Bu itibarla başvuru konusu olaya benzer meselelerde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde devletin takdir marjı oldukça sınırlıdır ve zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmadığı ve orantılı olmadığı sürece demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilemez.

84. Somut olayda TİB, Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün talebi üzerine H.L.B.nin cenazesinin sürüklenmesi olayının görüntülerini paylaşan ve bu olaya yönelik haber yapan 111 URL adresine "İnternet adreslerindeki terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden içerikler ile yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin ihlaline sebebiyet vermesi nedeniyle" erişimin engellenmesine karar vermiş; daha ileri bir değerlendirmede bulunmamıştır. TİB, bu kararı Sulh Ceza Hâkimliğinin onayına sunmuş ve Hâkimlik kararı aynı gerekçeyle onaylamıştır. Başvurucunun onaylama kararına itirazı reddedilmiştir.

85. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kamusal menfaatlere müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (Ali Kıdık, § 83). Somut olayda, 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde sayılan meşru sebeplere dayanılarak 111 URL adresi ile birlikte başvuruya konu URL adresine erişim de engellenmiş, ancak idari makamlarca

da derece mahkemelerince de anılan Kanun maddesi kapsamında yapılan müdahalelerde gözetilmesi gereken hususlar değerlendirilmemiştir. Erişimin engellenmesi kararında isimleri sayılan 111 URL adresi arasında yer alan başvuruya konu URL adresinin erişiminin engellenmesine yönelik olarak bu adreste yer alan yayının içeriği ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulamadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı da gösterilememiştir. Bahsi geçen sayıdaki içeriğe erişim genel bir gerekçe ile engellendiğinden başvuru konusu yayının hangi kısmının hangi nedenlerle halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterdiği, onlara karşı şiddete teşvik ettiği, bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakıldığı, bireylere karşı nefreti alevlendirdiği, şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürüldüğü, şiddeti yücelttiği, ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet vereceği ve benzeri hususlardan hiçbiri kararda yer almamaktadır.

86. Üstelik somut olaydaki gibi daha sonra bir ceza soruşturması ve kovuşturması açıldığı bildirilmeyen ve dolayısıyla tedbir hakkında yeniden bir karar verilmeyen durumlarda kısıtlama sürekli hâle gelmektedir. Bu şekilde süresiz kısıtlamaların ifade ve basın özgürlüğü önünde orantısız müdahale teşkil edeceği açıktır.

87. Yukarıda yer verilen hususlar ışığında ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında dengeleme yapılmadığı ortadadır. İdari ve/veya yargısal makamlarca, başvuruya konu habere erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşıladığı ve dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilememiştir.

88. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

89. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden

yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

90. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

91. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

92. Başvurucu tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

93. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

94. İşbu ihlal kararı başvuruya konu URL adresinin 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamında erişimi engellenebilecek nitelikte bir adres olup olmadığına yönelik bir inceleme içermemektedir. İlgili derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi kararında ortaya konulan kriterler ve gösterilen yöntemle (bkz. §§ 73-75) yeniden yargılama yaparak yargılamanın sonucuna göre bahse konu içeriğe erişimin engellenmesine veya engellenmemesine karar vermelidir.

95. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/902 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 22/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Başkanvekili

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Anayasa Mahkemesi - 14 Nisan 2019 - Barış Yarkadaş Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Barış Yarkadaş, B. No: 2015/4821, 17/4/2019, § …)
Başvuru Adı	BARIŞ YARKADAŞ
Başvuru No	2015/4821
Başvuru Tarihi	16/3/2015
Karar Tarihi	17/4/2019
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	15/5/2019 - 30775

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bir sosyal medya hesabında yer alan içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: İfade özgürlüğü

Müdahale: İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu

Madde Numarası: 100, 101

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5237 Türk Ceza Kanunu

Madde Numarası: 134, 135, 136, 204, 257, 267, 281, 314

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 3713 Terörle Mücadele Kanunu

Madde Numarası: 3, 5

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

BARIŞ YARKADAŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/4821)

Karar Tarihi: 17/4/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 15/5/2019 - 30775

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Celal Mümtaz AKINCI

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Barış YARKADAŞ

Vekili : Av. Ertuğrul AYDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir sosyal medya hesabında yer alan içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/3/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, gazeteci olup Twitter'da yer alan @gerçekgundemcom müstear adlı sosyal medya hesabının sahibidir ve anılan hesapta "Gerçek Gündem" ismi altında gazetecilik faaliyeti

yürütmektedir. Başvurucu, aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi 26. Dönem milletvekilidir.

10. Ulusal ölçekte yayın yapan Radikal gazetesinin 27/7/2014 tarihli nüshasında "Paralel Operasyon Hakimi: Selam Dosyasında İmzam Var" başlıklı bir haber yayımlanmıştır. Haber şöyledir:

"Sulh Ceza Hakimi ...'un, Selam dosyasında yasa dışı dinleme yaptığı iddiasıyla gözaltında bulunan polislerin dosyasını yorgunluktan değil, yoğunluktan alamadığını açıkladı. Hakim ..., ayrıca Selam dosyasındaki dinleme kararlarında imzasının olduğunu da itiraf etti. ..., önceki gün tutuklanan ... ve diğer polislerin tutuklama kararına da imza atan hakim.

Gözaltına alınan Terörle Mücadele Şube Polisleri savcılıkça 1. Sulh Ceza Hakimliğine sevk edilmişti. Ancak 1. Sulh Ceza Hakimi ...'un 'yorgunum' dediği gerekçesiyle dosyayı kabul etmediği iddia edilmişti. Bunun üzerine de dosya, [R.S] ve Bakan çocuklarını tahliye eden Sulh Ceza Hakimi ...'e verilmişti. 'Yorgunum' dediği iddia edilen Sulh Ceza Hakimi ..., Radikal'e yaptığı açıklamada, 'Yorgunum demedim. Yoğunum dedim. Diğer polislerin dosyasına bakıyordum. Hak kaybı olmasın diye bir başka hakimin de bakmasını talep ettim. Yoğun olduğum için bakamadım. Bilgi kirliliği var. Lütfen siz doğrusunu yazın' dedi.

'SELAM DOSYASINDA DİNLEME KARARLARINA İMZA ATTIM'

Tevhid-i Selam terör örgütü kapsamında yapılan soruşturmada yasa dışı dinleme yaptığı ifade edilen TEM Şube polisleri de gözaltında tutuluyor. Savcılık tarafından tutuklama istemiyle mahkemeye sevk edilen polislerin dosyasına 1. Sulh Ceza Hakimi ... bakacaktı. Ancak ..., yoğun olduğu gerekçesiyle Selam dosyasında yasa dışı dinleme yaptığı ileri sürülen polislerin dosyasına bakamadı. Radikal'in edindiği bilgiye göre Selam dosyasında bulunan 150'ye yakın telefon dinleme ve takip kararında 1. Sulh Ceza Hakimi

...'un da imzası vardı. Bu iddiayı ...'a sorduğumuzda ise, 'Kabul ediyorum. Ben Selam soruşturmasında dinleme kararı verdim' diyerek dinleme kararlarına imza attığını kabul etti."

11. Başvurucu, bu haberi "Gerçek Gündem" ismi altında "Paralel Hakimi: Dinlemelerde İmzam Var" başlığı ve "22 Temmuz soruşturmasının hakiminden ilginç itiraf" yorumuyla birlikte sosyal medya hesabında paylaşmıştır.

12. Haberde ismi geçen hâkim (müşteki) tarafından başvurucunun sosyal medyada anılan haberi paylaştığı URL hesabına erişimin engellenmesi talep edilmiştir.

13. İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliği 15/1/2015 tarihinde haber içeriğine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Gerekçeli karar şöyledir:

"Haber içeriklerinin talep edenin olumsuz etkilenerek kişilik hakları ve itibarının ihla edildiği görülmekle; talebin haklı olduğu anlaşıldığından 06/02/2014 tarih ve 6518 sayıl yasanın 93. Maddesi ile değişik 5651 Sayılı Yasanın 9.-(3),(4), maddesi uyarınca talebin kabulü ile söz konusu habere erişimin engellenmesine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."

14. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 27/1/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

15. Ret kararı başvurucuya 16/2/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 16/3/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

17. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları için bkz. Ali Kıdık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29) kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 17/4/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

19. Başvurucu; gazeteci olduğunu, bir hâkimle ilgili olarak ulusal ölçekte yayımlanan Radikal gazetesindeki haberi alıntı yaparak sosyal medya hesabında aynen paylaştığını, paylaştığı haberin tekzip edilmediğini, üstelik bizzat adı geçen hâkimin kendi ifadelerine dayandığını, buna rağmen müştekinin talebi üzerine kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle Sulh Ceza Hakimliğince sosyal medyada haberi paylaştığı URL hesabına erişimin engellenmesine karar verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca bu karara itiraz ettiğini, itiraz mercii olarak müştekinin görev yaptığı sulh ceza hakimliğinin belirlendiğini, müştekinin izinde olması sebebiyle itirazın başka bir hâkim tarafından değerlendirildiğini, yine de itiraz mercii olarak habere erişimin engellenmesini talep eden hâkimin görev yerinin belirlenmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

20. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ifade özgürlüğü ile bireyin şeref ve itibar hakkının dengelendiği bir dizi kararı zikredilmiştir. Bakanlık görüşünde, erişimin engellenmesi kararının ilgili haberle sınırlı olduğundan ifade özgürlüğüne yönelik orantılı bir sınırlama teşkil ettiği değerlendirilerek başvurucunun ifade

özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibar hakkı arasında demokratik bir toplumun gerekleri dikkate alınarak- adil bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

21. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru dilekçesindeki iddialarını yinelemiştir.

B. Değerlendirme

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun tüm iddiaları ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında incelenmiştir.

23. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> "(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...
>
> Bu hürriyetlerin kullanılması, ... başkalarının şöhret veya haklarının, ... korunması
>
> ...amaçlarıyla sınırlanabilir…
>
> Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."
>
> "(28) Basın hürdür, sansür edilemez…
>
> Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.
>
> Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

24. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

25. Somut olayda başvurucuya ait sosyal medya hesabında yer alan içeriğe erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

26. Yukarıda anılan müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> "Temel hak ve hürriyetler, ...yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ...demokratik toplum düzeninin ...gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

27. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

28. Somut olayda kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

29. Sosyal medya hesabında yer alan başvuruya konu içeriğe erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

30. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkındaki Bazı Tespitler

31. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiş (Ali Kıdık, §§ 55-63) ve bu yöndeki ilkeleri birçok kararında yinelemiştir (örnek olarak bkz. Miyase İlknur ve diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018, §§ 32-35; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018, §§ 25-28; Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018, §§ 30-33; IPS İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018, §§ 27-30). Mahkemeye göre bu usul, internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle kanun koyucunun öngördüğü, özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55; Miyase İlknur ve diğerleri, § 33; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., § 26; Özgen Acar ve diğerleri, § 31).

32. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

33. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 66, 67) kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

34. Somut olayda başvurucu, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetede yer alan haberi "Gerçek Gündem" ismi altında ve "22 Temmuz soruşturmasının hakiminden ilginç itiraf" yorumuyla birlikte sosyal medya hesabında paylaşmıştır. Başvurucu, bu yorum dışında gazetede yer verilen haberi olduğu gibi aktarmıştır. Haber, kamuoyunda 17-25 Aralık soruşturmaları olarak bilinen soruşturmalarla aleniyet kazanan ve devlet içinde örgütlenmiş paralel bir yapı ile bağlantılı olduğu değerlendirilen polislerin üst düzey kamu görevlilerine kumpas kurdukları iddiasıyla haklarında başlatılan soruşturmada tutuklanma işlemleri ile ilgilidir. Anılan polislerin bürokrat, asker, istihbaratçı ve siyasetçilerin de aralarında bulunduğu çok sayıda kişinin örgütlü bir şekilde İran adına casusluk faaliyetlerinde bulunduğu iddiasıyla başlattıkları soruşturmada hukuk dışı

dinlemelerle Başbakan, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı ve üst düzey devlet görevlilerini Selam Tevhid terör örgütüyle irtibatlandırmaya çalıştıkları değerlendirilmektedir.

35. Haberde, söz konusu polislerin tutuklanma talebiyle sevk edildiği sulh ceza hâkimliğinde görevli hâkimin (somut olayda müşteki) tutuklama işlemleri ile ilgili beyanlarına yer verilmektedir. Habere göre müşteki; daha önce yoğun olduğu için dosyalara bakamadığını ifade ettiğini, bu ifadesinin yanlış anlaşıldığını, hak kaybı olmasın diye dosyalara başka bir hâkim tarafından bakılmasını talep ettiğini açıklamıştır. Haberde ayrıca müştekinin Selam Tevhid soruşturmasındaki telefon dinleme ve takip kararlarında imzası olduğunu da kabul ettiği belirtilmiştir. Bu haberin tekzip edildiğine ilişkin bir bilgi tespit edilememiştir.

36. Müşteki; başvurucunun bu habere dayanarak sosyal medyada paylaştığı içerik nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliği müştekinin talebini kabul etmiştir. Hâkimlik kararının gerekçesinde haber içeriğinden müştekinin olumsuz etkilenmiş olması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği belirtilmekle yetinilmiş; daha önce yayımlanmış bir haberi olduğu gibi alıntılayan bir bağlantıya hangi sebeple erişimin engellendiğine yönelik olarak daha ileri bir değerlendirme yapılmamıştır.

37. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesinin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 32). Buna karşılık somut olayda ilk derece mahkemesi; başvuru konusu içerik ile şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Yazı içeriğinin incelenmesi neticesinde de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durumun bulunmadığı görülmektedir.

38. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık, § 86).

39. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın, süresiz olarak etki gösteren tedbir

mahiyetindeki internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

40. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

41. Öte yandan başvurucu, erişimin engellenmesi kararına karşı itiraz mercii olarak tayin edilen sulh ceza hâkimliğinin habere erişimin engellenmesini talep eden müştekinin görev yeri olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Adliyelerde dosya tevzilerinin Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) üzerinden otomatik olarak yapıldığı ve başvurucunun tevzi işlemine müdahale edildiğine ilişkin bir şikâyeti bulunmadığı, ayrıca müştekinin izinde olması sebebiyle itiraz kararının başka bir hâkim tarafından verilmiş olduğu hususları ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine yönelik yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında başvurucunun bu iddiasının ayrıca incelemesine gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

42. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> "(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…
>
> (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

43. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

44. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

45. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

46. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve

sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

47. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/326 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/4/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - IPS İletişim Vakfı Kararı (2)

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Ips İletişim Vakfı (2), B. No: 2015/15873, 7/3/2019, § …)
Başvuru Adı	IPS İLETİŞİM VAKFI (2)
Başvuru No	2015/15873
Başvuru Tarihi	11/9/2015
Karar Tarihi	7/3/2019
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	26/4/2019 - 30756
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, internet haber sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

IPS İLETİŞİM VAKFI BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2015/15873)

Karar Tarihi: 7/3/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 26/4/2019-30756

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: IPS İletişim Vakfı

Vekili: Av. Oya Meriç EYÜPOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet haber sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/9/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, www.bianet.org adresindeki Bağımsız İletişim Ağı isimli web sitesi üzerinden internet haberciliği yapmaktadır.

10. Bahse konu internet haber sitesinde 17/10/2011 tarihinde "Aradaki Farkı Bulun" başlıklı bir haber yayımlanmıştır. Haber şöyledir:

> "Eğitim Bakanlığı gibi bir görevde bulunan kişinin, böyle bir suçla anılıyor olması kabul edilemez. ...'nın ya intihal yapmadığını kanıtlaması ve herkesi ikna etmesi ya da Guttenberg'le tanışması gerekiyor.
>
> Bilgi Üniversitesi Medya İletişim Sistemleri'nin ilk dersiydi; Bölüm Başkanı ... sınıfa girdi. Yanılmıyorsam söylediği ilk şeydi: 'Plagiarism will not be tolerated.' Bizim dilde 'İntihale tolerans gösterilmeyecektir' oluyor.
>
> Çünkü intihal, 'hırsızlık' demektir; başkasının fikrini, tezini, çalışmasını alıp kendininmiş gibi sunmaktır. Akademik bir suçtur. Cezası vardır, ağırdır. Kariyerinizi bitirebilir, itibarınızı sıfırlayabilir. Olması gereken budur.
>
> Mesela Almanya'da böyle olur. 39 yaşındaki Savunma Bakanı Karl-Theodor zu Guttenberg, 475 sayfalık doktora tezinin bazı bölümlerinde intihal yaptığı ortaya çıkınca 2010 Mart'ında görevinden istifa etmişti.
>
> Kararını açıklarken, doktora teziyle ilgili yapılacak araştırmaya kendisinin de katılacağını söyledi ve daha fazla Almanya'da kalamayarak Amerika'ya yerleşti.
>
> Şimdi Guttenberg'in siyasetteki hızlı yükselişi ve doktora tezindeki intihal nedeniyle yaşadığı düşüş bir filme konu oluyor.
>
> Peki, Türkiye'de ne oluyor?
>
> Hakkında intihal suçlamaları olan ..., Türkiye'de Milli Eğitim Bakanı olarak görev yapıyor.
>
> Üniversite Konseyleri Derneği, geçtiğimiz gün ...'nin 'İşletme Yönetimine Giriş (1995)' ve 'İşletme Yönetimi (1996)' kitaplarındaki intihal iddialarını karşılaştırma yaparak raporladı ve yayımladı. Sonuç olarak da, Milli Eğitim Bakanı'nın akademik unvanlarının geri alınması çağrısında bulundu.
>
> İroninin boyutuna bakar mısınız?
>
> Aslında, 2005'te intihal ortaya çıktığında Yükseköğretim Kurulu (YÖK), ...'ye 'üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası' verdi.

Çünkü Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 11/3 maddesi açık: 'Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek' üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasını gerektiren bir fiildir.

Ama beş yıl sonra, 29 Aralık 2010 tarihli 'YÖK Müşterek İnceleme Raporu'nda ...'nin eserinde 'tam olarak' intihal yapılmadığına karar verildi. Danıştay, YÖK Disiplin Yönetmeliği'nde değişiklik yaptı ve ...'nin 'Profesör' unvanı geri alınmadı.

..., iddiaları reddetti. Hakkındaki iddiaların 'Ergenekon'un bir parçası olduğunu ve bunları organize edenin de emekli Tuğgeneral ... olduğunu söyledi.

'İntihal iddiası, tam bir faciadır. İntihal beni en çok yaralayan bir olaydır. Ergenekon'un benim müsteşarlıktan alınmam için hazırladığı özel bir projedir. Kendin devlet yerine koyanları korumadığım için bunlar başıma geldi. Benimle ilgili operasyonu başlatan şu anda içeride, Ergenekon'dan tutuklu olan bir paşa' dedi.

Burada ...'nin intihale konu olan kitabının ilgili sayfaları, intihal yapıldığı söylenen

...'nın kitabıyla karşılaştırmalı olarak sunuluyor. Kendiniz bakıp karar verebilirsiniz.

Kimler intihalle suçlanmıştı?

Daha önce, ÖSYM (Ölçme, Seçme Ve Yerleştirme Merkezi) Başkanı Prof. Dr. ...'nin 1990'da Teknik ve Tekstil Dergisi'nde dokuz bölüm süren yazı dizisinde intihal yaptığı ortaya çıkmıştı. ..., özür diledi ve görevinde kaldı.

2007 Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Onur Ödülü'ne layık görülen, ilk YÖK Başkanı Prof. Dr. ...'nin intihal yaptığı iddiasını gazeteci ... gündeme getirmişti. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, uzun zaman sonra ...'nin imzasını taşıyan 'Annenin El Kitabı' adlı eserde intihal olmadığına, 8'e karşı 39 oyla karar vermişti. Kitabın aslı Amerika Birleşik Devletleri'nin en ünlü çocuk hastalıkları uzmanlarından Benjamin Spock'ın 'Baby and Child Care' adlı çok bilinen çalışmasıydı.

İstanbul Üniversitesi Rektörü ...'nın da adı uzun süre intihalle anıldı. 'Laparoskopik Cerrahi' eserinde intihal yaptığı için rektörlükten alındı; Türk Tabipler Birliği ...'yı iki ay süreyle 'meslekten men' etti. Danıştay 8. Dairesi ise meslekten men cezasına ait kararın yürütmesini durdurdu.

> Türkiye, intihale alışkın. Ancak Milli Eğitim Bakanlığı gibi bir görevde bulunan kişinin, böyle bir suçla anılıyor olması kabul edilemez. ...'nin ya intihal yapmadığını kanıtlaması ve herkesi ikna etmesi ya da Guttenberg'le tanışması gerekiyor. (IC)"

11. Haberde bahsi geçen Bakan (müşteki), haberin yayımlandığı www.bianet.org sitesinin de aralarında bulunduğu birçok internet haber sitesinde yer alan haber içerikleri nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

12. İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimliği 8/7/2015 tarihinde haber içeriğine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Gerekçeli karar şöyledir:

> "Talep konusu içeriklerin, yayınla talepte bulunan hakkında bırakılan intiba ve saik d dikkate alındığında, basın özgürlüğü, düşünce açıklama özgürlüğü, haber verme ve eleştir hakkı sınırlarında değerlendirilemeyecek, talepte bulunanın kişilik haklarını ihlal edici nitelikte olduğu sonuç ve vicdani kanaatine varılmış, bu nedenle talebin kabulü yönünde aşağıdaki karar tesis edilmiştir."

13. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğinin 3/8/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

14. Ret kararı başvurucuya 14/8/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 11/9/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları için bkz. Ali Kıdık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29) kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 7/3/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

18. Başvurucu, şikâyet konusu haberin akademik bir suç olan intihalle ilgili olduğunu belirtmiş; haberde eğitim öğretim alanından sorumlu bir bakanın da intihal yapanlar arasında yer aldığı bazı örneklere yer verilerek Türkiye'deki durumun aktarıldığını ifade etmiştir. Başvurucu, millî eğitimden sorumlu bir bakanın intihal yapmasının akademik dünyadaki yansımalarının ve toplumsal karşılığının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre başvuruya konu haberin yayımlanmasında kamu yararı bulunmaktadır; haber gerçek, günceldir, özle biçim

arasında denge kurularak verilmiştir. Başvurucu, gerekçesiz olarak verilen erişimin engellenmesi kararının adil yargılanma hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

19. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ifade özgürlüğü ile bireyin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkının dengelendiği bir dizi kararı zikredilmiş; başvurucunun ifade özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkı arasında demokratik bir toplumun gerekleri dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

20. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun tüm iddiaları ifade ve basın özgürlükleri kapsamında incelenmiştir.

21. Anayasanın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> "(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...
>
> Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…
>
> Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."
>
> "(28) Basın hürdür, sansür edilemez…
>
> Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.
>
> Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

23. İnternet üzerinden yayın yapan bir haber sitesinde yayımlanan habere, erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

24. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

25. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

26. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında

Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

27. Başvuruya konu habere erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

28. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (aynı kararda bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

29. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (Ali Kıdık, §§ 55-63). Mahkemeye göre bu usul kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayat ile kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık,

§ 55).

30. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

Yollar

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki

31. Anayasa Mahkemesi Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

32. Somut olayda erişimin engellenmesine karar verilen haber 17/10/2011 tarihinde www.bianet.org isimli internet haber sitesinde yayımlanmıştır. Haber, bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden, kendi eseri gibi göstermek olarak nitelendirilebilecek intihal fiiliyle ilgilidir. Haberde, müştekinin de aralarında bulunduğu, kamuoyunca tanınan bazı akademisyenlerin intihal yaptığı iddia edilmiştir. Haberin yayımlandığı dönemde millî eğitim bakanlığı görevini yürüten müşteki hakkında 2005 yılında Yüksek Öğretim Kurulu (YÖK) tarafından intihal nedeniyle üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası verildiği ancak 2010 yılında YÖK'ün bu konuyu tekrar

incelediği ve müştekinin intihal yapmadığına karar vererek profesör unvanını geri almadığı iddia edilmiştir. Haberde eski bir Alman bakanın akademik çalışmasında intihal yaptığı ortaya çıkınca

görevinden istifa ettiği hatta yaşadığı ülkeyi terk ettiği bilgisine yer verilmiş, Alman bakanla aynı mevkide bulunan müşteki karşılaştırılarak Türkiye'deki durum ortaya konulmaya çalışılmıştır.

33. Habere göre Üniversite Konseyleri Derneği (Dernek), müştekinin iki eserinde intihal yaptığına ilişkin rapor yayımlamış ve müştekinin akademik unvanlarının geri alınması çağrısında bulunmuştur. Haber ile millî eğitim bakanlığı görevinde bulunan bir kişinin intihal fiiliyle anılıyor olmasının kabul edilemez olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle müşteki hakkında geçmiş yıllarda ortaya atılan iddialar ve Derneğin yayımladığı rapor da ortadayken müştekiye ya intihal yapmadığını kanıtlaması ya da Alman mevkidaşı gibi hareket etmesi tavsiyesinde bulunulmaktadır.

34. Söz konusu haberin olayların meydana geldiği tarihte millî eğitim bakanı olan müştekinin akademik alandaki faaliyetlerinin keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması işlevini gördüğü, dolayısıyla kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin yüksek olduğu tartışmasızdır. Ülkenin eğitim politikasını tayin eden bakanlığın başına atanan bir bakanın eserlerinde intihal yaptığının tespit edilmesi ile ilgili bazı iddiaların yer aldığı haberin yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

35. Müşteki, haber nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimliği müştekinin talebini kabul etmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde yayın içeriğinin -müşteki hakkında bıraktığı intiba ve saik de dikkate alındığında- haber verme ve eleştiri hakkı sınırlarında değerlendirilemeyecek nitelikte olduğu, müştekinin itibarını zedelediği ve kişilik haklarını ihlal ettiği belirtilmiştir.

36. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 30). Buna karşın somut olayda ilk derece mahkemesi yayımlanmasının üzerinden yaklaşık dört yıl geçen haber ile şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriklerinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

37. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının

telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık, § 86).

38. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

39. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

40. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> "(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…
>
> (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

41. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

42. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak

ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan, §§ 57-58).

43. Mehmet Doğan kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan, § 59).

44. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (Mehmet Doğan, § 60).

45. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

46. Anayasa Mahkemesi başvurucu tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

47. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

48. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/1873 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 7/3/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ufuk Çalışkan Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Ufuk Çalışkan, B. No: 2015/1570, 7/3/2019, § …)
Başvuru Adı	UFUK ÇALIŞKAN
Başvuru No	2015/1570
Başvuru Tarihi	26/1/2015
Karar Tarihi	7/3/2019
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	11/4/2019 - 30742
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir gazetenin internet sayfası sorumlusunun yayımladığı bir yazı nedeniyle halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılama suçundan mahkûm edilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5237 Türk Ceza Kanunu **Madde Numarası:** 216 **Mevzuat Türü:** Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 2, 4	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

UFUK ÇALIŞKAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/1570)

Karar Tarihi: 7/3/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 11/4/2019-30742

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Yıldız SEFERİNOÖLU

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Ufuk ÇALIŞKAN

Vekilleri: Av. Ali Deniz CEYLAN

Av. Veysi ESKİ

1. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir gazetenin İnternet sayfası sorumlusunun yayımladığı bir yazı nedeniyle halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suçundan mahkum edilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/1/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örnegı bilgi ıçın Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, olayların meydana geldiği tarihte ulusal ölçekte yayın yapan Birgün gazetesinin (gazete) İnternet sitesinin (www.birgun.net) editörü ve sorumlusudur.

10. Gazetenin Yayın Kurulu, gazetede popüler Twitter hesaplarının yazılarına yer vermeye karar vermiş ve aralarında @tanrzcc müstear adlı hesabın da bulunduğu bazı kullanıcılarla iletişime geçmiştir. Gazetenin teklifini kabul eden @tanrzcc müstear adlı kullanıcı, yazılarını mail yoluyla gazetenin editörüne ve yazı işleri müdürüne göndermiştir.

11. Anılan Twitter kullanıcısının gazetenin 3/8/2013 ve 10/8/2013 tarihli nüshalarında ve gazetenin İnternet sitesinde iki yazısı yayımlanmıştır. Yazarın birinci tekil şahıs olarak Tanrı 'yı konuşturduğu söz konusu yazılar şöyledir:

- Gazetenin 3/8/2013 tarihli nüshasında yayımlanan yazı:

"Ben kısaca CC twitter.com/tanrıcc

Biliyorum Birgün Gazetesi için yazıyor oluşum sizleri çok şaşırttı. (Türkiye gibi bir ülkede yaşayıp hala bağzı olaylara şaşırıyor oluşunuz da ayrıca garip bir durum) Bundan sonra -eğer istersem- her hafla yazmak gibi bir planım var. İstersem diyorum çünkü yazıp yazmayacağıma Birgün değil ben karar veririm. Birgün diye bir gazete olup olmayacağına da yüce Tanrıcc olarak benim karar verdiği gibi...

Birgün Gazetesinden 'Bizim için yazar mısınız?' teklifi gelince bir yanım çok mutlu olurken diğer yanım epey hüzünlendi. Mutlu oldum çünkü bu uzun zamandır aramızın açık olduğu ve beni pek de sallamayan sol kesimin benimle olan ilişkilerini düzeltebilmesi için benzersiz bir firsat olacaktı -kim bilir belki de bu firsatı ben yaratmışımdır- Gazetelerini! hemen hemen her köşesinde adımı kullanan muhafazakar çevrelerden böyle bir tekli) almamak da beni ayrıca üzdü. Birgün Gazetesini sizlerin huzurunda kutsayarak tebrik ediyorum. Alex'i Fenerbahçe'ye getirmek bile beni kendileri için yazmam konusunda ikna etmenin yanında sönük bir başarı kalırdı.

Yahu yazının başından beri yazmayayım diy orum ama bi toparlanın arkadaşlar. Oturuşunuza, bacak bacak üstüne atışınıza dikkat edin biraz. Gören de [E.T] yazısi okuduğunuzu zanneder ki ayrıca [E.] Hanımı severek yarattım, yanlış anlaşılma olmasın.

Dip not: Birgün için yazıyor oluşum Birgün 'ü kutsal bir gazete yapmaz ama siz yine benim yazdığım sayıları saklayın. Yanısıra bu sayıları içki şişesi kamufle etmek, rakı sofrasının altına sermek ve camları silmek için kullanmazsanız sizin için hayırlı olur. Çünkü siz de

biliyorsunuz ki adalet sistemi değil, only god can judg e you (sizi yalnız tanrı yargılayabilir). Her hafla Birgün 'de ve sonrasında bu tarafla görüşmek üzere.11

-Gazetenin 10/8/2013 tarihli nüshasında yayımlanan yazı:

"Cehennet

twitter.com/tanrıcc

MERHABA sevgili Birgün okurları. Biliyorum kafanızda bu tarafla ilgili bir çok soru var. Nasıl bir yer, cennet nasıl, cehennem nasıl vb... Sizi çok iyi anlıyorum. Ben olsam her. de merak ederdim. Bu merakınızı gidermek adına size buralar hakkında kısa açıklamalar yapacağım. Tabii bu durumu kullanıp bana [N.H.ymişim] gibi davranmazsanız çok iyi olur. Ne o ben olabilir, ne de ben onun kazandığı paraları kazanabilirim (Birgün Gazetesi bırakın para vermeyi yazdığım sayıları bile bana parayla satıyor.) Şeytan 'a tapanların -ki o serserinin tapılacak bir tarafı yok- dışındaki çoğu insan cennete gelmek ister. Bunun asıl sebebi cennetin güzel bir yer oluşu değil, cehennemin çok kötü bir yer oluşudur. Bana sorarsanız ben cennetteki tüm o düzgün insanlar arasında çok sıkıldığımı itiraf edebilirim. Ama yine de hiç kimse cehenneme gelmek istemez çünkü - dünyadaki tüm zeki, yaratıcı ve eğlenceli insanların burada olduğunu saymazsak - cehennem korkutucudur, aşırı sıcaktu ama adildir. Adalet cehennemde bile düzgün bir şekilde işler. Peki Türkiye'de? Şunu açık bir şekilde söyleyebilirim ki cehennem Türkiye'den daha güvenli ve daha adil bir yer. Zebani/erimiz hakkını savunan insanların üzerine plastik mermiler ve gaz fişekleriyle saldırmıyor. Üstelik Torna da yok. Bi keresinde cehenneme Torna sokmak gibi saçma bir düşüncemiz olmuştu sonra oradaki kulların sevinç çığlıklarını duyunca vazgeçmiştik. Cehennemde yanan kullara su sıkmak cidden saçma bi fikirdi ... Cehennemin Türkiye'den tek farkı biraz sıcak olması. Tabii bu durum yaz ayları biraz değişiyor. Cehennemde fikrinizi rahatça dile getirebilirsiniz, kılık kıyafetinize ve yaşam tarzınıza karışılmaz, farklılıklar hep bir aradadır, kimseye ayrımcılık yoktur. Herkes adilce yanar. Yani kısaca Türkiye'deyaşıyorsanız cehennem sizin için doğru adres!"

12. Söz konusu yazılarla ilgili gelen ihbarlar üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatılmış; gazetenin imtiyaz sahibi, yazı işleri müdürü ve İnternet yayınından sorumlu olan başvurucu hakkında halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suçundan kamu davası açılmıştır.

13. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesince 25/11/2014 tarihinde başvurucunun halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suçundan 7 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkemenin

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili içtihadına da yer verdiği gerekçesi şöyledir:

> "Yargılama konusu yazılar bir bütün olarak AHİM'nin kararları, Yerleşik Yargıtay İçtihat/arz ile birlikte değerlendirildiğinde; Birgün Gazetesinin 0310812013 tarihlı nüshasında yayınlanan 'Ben kısacaCC-twitter.com/tanrıcc' başlıklı yazı içeriğinde; 'Yüce Tanrz(cc) olarak artık Birgün 'deyim. Her hafta yazmak gibi bir planım var.İstersem diyorum çünkü yazıp yazmayacağıma Birgün değil ben karar veririm.Birgün diye bir gazete olup olmayacağına da yüce Tanrı cc. olarak benim karar verdiğim gibi.Birgün gazetesini sizlerin huzurunda kutsayarak tebrik ediyorum.... Birgün için yazıyor oluşum Birgün 'ü kutsal bir gazete yapmaz ama siz yine de benim yazdığım sayıları saklayın ....bu sayıları içki şişesı kamufle etmek ,rakı sofrasının altına sermek ve camları silmek için kullanmazsanız sizin için hayırlı olur. ' şeklindeki anlatımla yazarın Tanrı olduğu ve herşeye karar verdiği şeklinde bir izlenim verildiği anlaşılmaktadır.
>
> Yaratıcı Tanrı inancı bütün semavi dinlerde var olan bir inanç olup, insanları yoktm var ettiği, kainatın yaratıcısı olduğu ve kô.inatta var olan herşeyi yarattığı, gözle görülmediği, elle tutulmadığı, beş duyu organı ile algılanamadığı, soyut, yani madde ile izah edilemeyen yüce olduğu kabul edilmektedir. Tanrıya inanmak semavi dinlerde inancının esaslı ve en önemli değeridir. Müslümanlık, Hıristiyanlzk, Musevilik gibi semavi dinlerde ki Yaratıcı inancına aykırı bir şekilde yazıda Tanrı imajı somut bir varlık gibi ortaya konulmaktadır.
>
> Birgün Gazetesinin 1010812013 tarihli nüshasında yayınlanan 'Cehennet-twitter.com/tanrıcc' başlıklı yazı içeriğinde; '....çoğu insan cennete gelmek ister. Bunun asıl sebebi cennetin güzel bir yer oluşu değil, cehennemin çok kötü bir yer oluşudur. Bana sorarsanız ben cennetteki tüm o düzgün insanlar arasında çok sıkıldığımı itira) edebilirim. Ama yine de hiç kimse cehenneme gelmek istemez çünkü dünyadaki tüm zeki, yaratıcı ve eğlenceli insanların burada olduğunu saymazsak cehennem korkutucudur, aşırı sıcaktır ama adildir. .....Bi keresinde cehenneme torna sokmak gibi saçma bir düşüncemiz olmuştu sonra oradaki kulların sevinç çığlıklarını duyunca vazgeçmiştik. ... ' şeklindeki anlatımla, Müslümanlık, Hıristiyanlık, Musevilik gibi semavi dinlerin kutsal kitaplarında anlatılan ve bu dinlere inananların inançlarının gereği olarak varlığından şüphe etmedik/er, Cennet-Cehennem gibi kavramlara yönelik olarak sebepsiz yere saygısız,küçümseyici ifadeler kullanıldığı anlaşılmıştır.
>
> Yazıların içeriğinden ziyade, ifade ediliş biçim dikkate alındığında; Yaratıcı bir Tanrı olduğu inancına sahip insanların dini inançlarının hak edilmemiş ve aşağılayıcı bir

saldırıya konu olduğu duygusuna kapılmasına sebebiyet verildiği, dini inanç mensuplarının dini hürmet objelerinin, demokratik bir toplumda bulunması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli bir şekilde ihlaline yol açtığı, yazılarla ilgili olarak vatandaşlar tarafından pek çok ihbar mektubu gönderilip, gereği için talepte bulunulduğu gözönüne alındığında eylemin bu haliyle kamu barışını somut olarak bozmaya elverişli nitelikte olduğu anlaşılmıştır.

Halkın bir kesiminin benimsediği dinf değerleri alenen aşağılama suçunu oluşturan sözkonusu yazıları yazanın belli olmaması nedeniyle gazetedeki yayınlardan dolayı gazete sorumlu yazı işleri müdürü sanık ..., sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilisi olan sanık ... ile internetteki yayınlardan dolayı internet sitesinin sorumlusu olan sanık Ufuk Çalışkan'ın sorumluluklarının bulunduğu böylelikle sanıkların Üzerlerine yüklenen basın yoluyla Halkın bir kesiminin benimsediği dinf değerleri alenen aşağılama suçunu işledikleri sanıi savunmaları, gazete ve İnternet yazıcı çıktı örnekleri,mevkute beyannamesi ve tüm dosya kapsamından anlaşılmıştır. "

14. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesince 11/12/2014 tarihinde reddedilmiştir.

15. Ret kararı başvurucuya 25/12/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 26/1/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" kenar başlıklı 216. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. "

17. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulamasında;

…

j) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

…

ifade eder."

18. 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şu şekildedir:

"(1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur."

B. Uluslararası Hukuk

19. AİHM içtihadı çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 9. maddesi, dini duygulara saygı gösterilmesi hakkını da koruma altına almaktadır (Otto-Preminger Enstitüsü/Avusturya, B. No: 13470/87, 20/9/1994, § 47). AİHM, eldeki başvuruya benzer başvurularda ifade özgürlüğü ile düşünce, vicdan ve dine uygun bir biçimde saygı gösterilmesini isteme hakkı arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmektedir (İ.A./Türkiye, B. No: 42571/98, 13/9/2005, § 27; Otta Preminger Enstitüsü/Avusturya , § 55).

20. AİHM -Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafının öngördüğü üzere- ifade özgürlüğünün kullanılmasının beraberinde görev ve sorumluluklar getirdiğini belirtmektedir. Bu görev ve sorumluluklar arasında dini inançlar bağlamında, başkaları için yersiz, saldırgan nitelikte, saygısızca (İ.A./Türkiye, § 49; Otto-Preminger Enstitüsü/Avusturya, § 49) ve bu suretle insan ilişkilerindeki gelişmeyi güçlendirecek herhangi bir kamusal tartışmaya katkı sunmayan ifadelerden kaçınma yükümlülüğü de yer alabilir (Gündüz/ Türkiye, B. No: 35071/97, 4/12/2003, § 37).

21. AİHM'e göre bir devlet meşru olarak başkalarının düşünce, vicdan ve dinine saygı ile bağdaşmayan -haber ve fikirlerin iletilmesi de dahil olmak üzere- bazı tutumların cezalandırılmasını amaçlayan tedbirler alınmasını gerekli görebilir (Otto-Preminger Enstitüsü/Avusturya , § 47). İlke olarak derin saygı duyulan dini hususlara yönelik yakışıksız saldırıların cezalandırılması gerekli görülebilir (İ.A./Türkiye, § 24).

22. AİHM, dini kanaatlere yönelik saldırılar bakımından başkalarının haklarının korunması noktasındaki ihtiyaçlarla ilgili bir Avrupa standardının olmadığı tespitini yapmıştır. Bu nedenle devletler ahlak veya din gibi konulardaki samimi kişisel inançlara yönelik saldırılar

çerçevesindeki ifade özgürlüğünü düzenleme konusunda daha geniş bir takdir marjına sahiptir. Ancak ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın Sözleşme ile uyumu konusunu nihai olarak karara bağlama yetkisi AİHM'indir. AİHM, bu yetkisini davanın koşulları altında müdahalenin demokratik bir toplumda toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelip gelmediğini ve izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını değerlendirmek suretiyle kullanacaktır (Wingrove/Birleşik Krallık , B. No: 17419/90, 25/ 11/1996, § 58; Aydın Tatlav/Türkiye, B. No: 50692/99, 2/8/2006, §§ 24, 25).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 7/3/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddialan ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu;

i. Şikayet konusu yazıların yayımlandığı tarihte gazetenin internet sitesinden sorumlu kişi olduğunu, görevinin gazetede yayımlanan yazıların İnternet sitesine aktarılması olduğunu bildirmiştir. 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun düzenleme alanı süreli ve süresiz basılı eserler olduğundan İnternet yayınları hakkında sorumluluk ile ilgili bu Kanun hükümlerine başvurulamayacağını, yine 5651 sayılı Kanun uyarınca da içerik, yer veya erişim sağlayıcılardan herhangi biri olmadığından bu Kanun hükümlerine göre de sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Gazetelerin İnternet sitesi sorumlularının işlenen suçlar nedeniyle cezai sorumluluğunun düzenlendiği bir hüküm bulunmadığını belirterek müdahalenin kanuni olmadığını ileri sürmüştür.

ii. Şikayet konusu yazıların sahibinin Twitter hesabındaki paylaşımlarının da benzer nitelikteki mizahi yazılardan oluştuğunu belirtmiştir. Hesap sahibinin profilinde 2003 yılında Türkiye'de "Aman Tanrım" ismiyle gösterilen komedi filminde Tanrı'yı canlandıran aktörün filminden alınmış bir fotoğrafını kullandığını, hesaba ait kullanıcı bilgileri kısmında kendisini Tanrı Zeus şeklinde tanıttığını, yerleşim yerini Yunan mitolojisinde tanrıların yaşadığı dağ olarak bilinen Olimpos'u gösterdiğini belirtmiştir. Başvuruya konu yazıların Tanrı mizanseni üzerinden gündemdeki siyasi ve toplumsal olaylar ile tartışmalar hakkında yapılan mizahi eleştiri ve yorumlardan ibaret olduğunu, nefret söylemi içermediğini, yaratıcı ağzından toplumsal ve siyasi olayların mizahi bir dille yorumlanarak eleştirilmesinin özellikle sanat alanında sıklıkla kullanılan bir üslup olduğunu iddia etmiştir. Bahsi geçen nitelikteki yazıların gazetenin İnternet sitesinde

yayımlanması nedeniyle cezalandırılmasının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık görüşünde, müdahalenin kanuniliğine yönelik iddiaya ilişkin olarak şikayet konusu yazıların yayımlandığı tarihte gazetenin İnternet sitesinin sorumlusu olan başvurucu hakkında 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında mahkümiyet hükmü verildiği bildirilmiştir. Bakanlık tarafından ayrıca, derece mahkemesince ifade özgürlüğü ile dini duygulara saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir dengenin kurulduğu, halkın büyük çoğunluğunun Müslüman olduğu bir ülkede İslam dinine yönelik alaycı, kamusal bir tartışmaya katkı sağlamayan, ucuz saldırı niteliğindeki ifadeler karşısında başvurucunun basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin sosyal bir ihtiyacı karşıladığı ve meşru amaçla orantılı olduğu belirtilmiştir.

26. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru konusu yazıların dini değerleri aşağılayıcı niteliğinin bulunmadığı, bu yazıların gazetenin İnternet sitesinde yayımlanması nedeniyle cezalandırılmasının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği yönünde bireysel başvuru formunda ileri sürdüğü iddialarını tekrarlamıştır. Başvurucu; müdahalenin kanuniliğine yönelik bireysel başvuru formunda yer alan, İnternet yayınından sorumlu tutulmasının içerik sağlayıcı olmaması nedeniyle kanuni bir dayanağının bulunmadığına ilişkin iddiasından farklı olarak bu defa 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca içerik sağlayıcı olarak başkasına ait içerikten sorumlu tutulabilmesi için anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan koşulların bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna göre başvurucu; bahsi geçen yazıları yayımlarken yazıların içeriğini benimsediğine yönelik herhangi bir değerlendirmede bulunmadığını, dolayısıyla içerik sağlayıcı olarak başkasına ait "içeriği benimsediği" ve bu "içeriğe ulaşılmasını amaçlama" koşullarının birlikte gerçekleştiğinin içeriği sunuş biçiminden anlaşılamayacağını belirterek 5651 sayılı Kanun gereğince cezai sorumluluğunun bulunmadığını iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

27. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ile "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> "Madde 26 - Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...
>
> Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni, ... suçların önlenmesi ... başkalarının şöhret veya haklarının ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir. "

"Madde 28- Basın hürdür, sansür edilemez ...

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır...."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

28. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

29. Anayasa Mahkemesi içtihadında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edebileceği kabul edilmiştir (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 65; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 40). Başvuru konusu olayda bir gazetenin İnternet sorumlusu olan başvurucu hakkında gazetenin İnternet sitesinde yayımlanan yazılar nedeniyle hapis cezası verilmiş ve hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Bu kapsamda söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne ve basın özgürlüğüne müdahalede bulunulmuştur.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

30. Anayasa'mn 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. "

31. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarım sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

32. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır. Anayasa'nın 26. maddesi

kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabul edilebilmesi için müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 82; Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/ 12/2013, § 36; Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56-61).

33. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütü ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kılar. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) iradesinin ürünüdür ve TBMM tarafından Anayasa' da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence ortaya çıkartır (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 54).

34. Fakat kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri, § 55).

35. Somut olayda müdahalenin kanuniliğine ilişkin başvurucunun şikayetinin özünü gazetenin İnternet sayfasında yayımlanan içerik nedeniyle sorumlu tutulmasının kanuni bir dayanağının olmaması oluşturmaktadır. Başvurucu 5187 sayılı Kanun'un düzenleme alanının basılı eserler olması nedeniyle İnternet yayınları hakkında sorumluluk ile ilgili bu Kanun hükümlerine başvurulamayacağını, 5651 sayılı Kanun uyarınca da içerik sağlayıcı olmadığından bu Kanun hükümlerine göre de sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre gazetenin İnternet sitesi sorumlusu ne 5187 sayılı Kanun'a ne de 5651 sayılı Kanun'a göre yayımlanan içerikten sorumlu tutulacaklar arasında sayılmıştır.

36. İnternet ortamında düşüncelerin açıklanması ve yayılması basılı yayınlara oranla daha kolay, ucuz, hızlı ve yaygındır. İnternet sitelerine erişim de kolaydır. İnternet sitelerinin büyük miktarda veriyi muhafaza etme ve yayma imkanı vardır. Bu sebeplerle internet siteleri kamuoyunun güncel meselelere erişiminin iyileştirilmesine ve bilginin iletilmesinin kolaylaştırılmasına önemli derecede katkıda bulunmaktadır. Aynı sebeplerle İnternet ortamında yapılan yayınlarla bazı suçlar daha kolay işlenebilmekte, özellikle de kişilik hakları ve özel hayat hakları herkes tarafından kolay, maliyetsiz ve hızlı bir şekilde ihlal edilebilmektedir (Ali Kıdık, § 55). Kanun koyucu işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle İnternet ortamında yapılan yayınlarla ilgili özel bir düzenleme yapma yoluna gitmiş ve 4/5/2007 tarihinde 5651 sayılı Kanun kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un 1. maddesine göre Kanun'un amaç ve kapsamının içerik sağlayıcı, yer

sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile İnternet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

37. İnternetin sistem içinde rolleri değişken ve birbirinin içine geçmiş oldukça fazla aktörün rol almasına elverişli olması hukuki ve cezai sorumlulukların tespitinde birtakım zorlukları da beraberinde getirmiştir. Bu itibarla zaman ve mekan sınırı bulunmayan sanal ortamda, maddi ortamdan farklı bir terminolojinin kullanılması ihtiyacı hasıl olmuş ve sorumluluğun tespitinin bu terminoloji üzerinden belirlenmesi dünya çapında standart bir uygulamaya dönüşmüştür.

38. 5651 sayılı Kanun incelendiğinde karşılaştırmalı hukukta kullanılandan farklı bir terminoloji kullanılmadığı görülmektedir. Kanun, intemet ortamına özgü aktörleri ve rollerini kavramsallaştırarak bunların yükümlülük ve sorumluluklarını düzenlemektedir. İnternet ortamının doğası gereği, sistem içinde kategorize edilerek kavramsallaştırılan bu aktörlerin kimliklerinin somut durumdan bağımsız olarak ortaya konabilmesi, yasal düzenlemelerde tahdidi olarak sayılması mümkün değildir.

39. Başvuru konusu olayda 5651 sayılı Kanun'da gazetenin İnternet sitesi sorumlusunun yayımlanan içerikten sorumlu tutulacaklar arasında sayılmamış olması nedeniyle sorumluluğun kanuni dayanağının bulunmadığı iddia edilmektedir.

40. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde içerik sağlayıcının tanımı yapılmıştır. Buna göre içerik sağlayıcı; İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir. Başka bir ifadeyle bu kavram İnternet ortamına sunulan metin, ses, fotoğraf, video ve sanal gerçeklik görüntüleri gibi içerikleri sağlayan kişileri ifade etmektedir.

41. Gerek sistemin doğasından gerek kullanılan teknolojiden kaynaklanan nedenler içeriğin yayımlanmasından sorumlu kişinin kimliğinin somut olayın koşulları bağlamında değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki erişilebilirliği ve maliyetinin düşük olması nedenleriyle bir İnternet sitesine veya web tabanlı bilgi paylaşım ağı olan bloga sahip olmak oldukça kolaydır, dolayısıyla bir web sitesi hazırlayan ve hazırladığı bu içeriği İnternet ortamına aktaran herkes içerik sağlayıcı konumunda olabilir. İkinci olarak İnternet ortamında yayımlanan içerikten sorumlu tutulacaklar ve sorumluluk düzeyleri web sitesinin tasarımında kullanılan teknolojiye göre değişkenlik göstermektedir. Sorumluluğun tespiti, sınırları ve kapsamına yönelik değerlendirme, bilgiye ve yapay zekaya dayanan teknolojilerin kullanılmaya başlandığı günümüzde gittikçe daha karmaşık bir hal almaya başlamıştır.

42. Sanal ortama mahsus kavramların kapsamını, içeriğini, boyut ve sınırlarını belirlemenin güçlüğü dikkate alındığında kanun koyucunun kavramların soyut tanımı ile yetinmesi ve maddi ortam ile kurulacak ilişkiyi yürütme ve yargı organlarının yetkisi ile denetimine bırakmasının bilinçli bir tercih olduğu anlaşılacaktır. Yukarıda yer verilen tespitler ışığında 5651 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde içerik sağlayıcıların tek tek sayılmamış olmasının kuralın keyfiliğe yol açacak içerikte olduğu anlamına gelmeyeceği, bu durumun müdahalenin kanuniliği şartını ortadan kaldırmayacağı açıktır.

43. Olayların meydana geldiği tarihte gazetenin İnternet sitesinden sorumlu kişi olan ve bireysel başvuru formunda görevinin gazetede yayımlanan yazıların İnternet sitesine aktarılması olduğunu bildiren başvurucu, içeriği İnternet ortamında kullanıma sunma görevi nedeniyle içerik sağlayıcı konumundadır ve bu itibarla başvurucunun Kanun'un 4. maddesi kapsamında yayımladığı içerik ile ilgili sorumluluğu bulunmaktadır. Gazetenin İnternet sitesi sorumlusunun 5651 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde içerik sağlayıcı olarak belirtilmemiş olması kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bahsi geçen maddenin bu Kanun'un muhatabı olan başvurucunun hukuksal durumunu algılayamayacağı nitelikte olduğu söylenemez.

ii. Meşru Amaç

44. Anayasa'nın 24. maddesinde yer verilen din ve vicdan özgürlüğü Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarındandır. Din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olmasının kökeninde dinin hem bir dine bağlı olan bireyler tarafından hayatı anlama ve anlamlandırmada başvurdukları temel kaynaklardan biri olması hem de toplumsal yaşamın şekillenmesinde önemli bir işlev görmesi bulunmaktadır (Tuğba Arslan, §§ 51, 52; İhsan Taş, B. No: 2014/11255 , 21/11/2017, § 32). Bu kapsamda devlet, meşru olarak başkalarının din ve vicdan özgürlüğü hakkına saygı ile bağdaşmayan bazı davranışların cezalandırılmasını gerekli görebilir. Devletin başkalarının din ve vicdan özgürlüğüne saygı ile bağdaşmayan saldırılar çerçevesindeki ifade özgürlüğünü düzenleme konusunda belli bir takdir payı vardır. Bu kapsamda başvurucu hakkındaki yargılamada verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın başkalarının haklarının korunması ve kamu düzeninin korunması yönünde meşru amaçlar taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

45. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. İfade özgürlüğü kişinin

haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dahil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır . Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

(2) İfade Özgürlüğünün Kapsamı

46. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır (Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37). Bu itibarla eleştirel bir yazı türü olan hiciv yazıları, başkaları açısından değersiz veya yararsız görülse bile kişilerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasındadır (Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 40).

47. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü kapsamında; dini inançlar bağlamında meseleye yaklaşıldığında kamusal bir tartışmaya katkı sunma kapasitesi olmaksızın başkaları için temelsiz biçimde yaralayıcı nitelik taşıyan, saldırgan ve yakışıksız ifadelerden kaçınma yükümlülüğü söz konusudur. Bununla birlikte çatışan hakların dengelenmesinde ifadelerin bağlamından kopartılmaksızın ele alınması da dengelemede önemli bir unsurdur (Mehmet Emre Döker, B. No: 2015/486, 19/9/2018, § 46).

(3) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

48. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez (Ramazan Fatih Uğurlu, B. No: 2015/2461, 30/10/2018, §§ 47-52; Hulusi Özkan, B. No: 2015/ 18638, 15/11/2018, §§ 30-34).

49. Kural olarak demokratik bir toplumda saygı gösterilen dini inanç ya da sembollere karşı uygun olmayan saldırıların önlenmesi hatta gerektiğinde cezalandırılması, alınan tedbirlerin izlenen meşru amaçlarla orantılı olması koşuluyla gerekli görülebilir. Bu konuda derece mahkemelerinin belli bir takdir payı söz konusudur. Ancak bu takdir payı sınırsız olmayıp ifade özgürlüğüne

yönelik müdahalelerin ikna edici bir biçimde gerekçelendirilmesi gerekir. Anılan takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (İhsan Taş, § 41; Mehmet Emre Döker, § 46).

50. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak olmayıp söz konusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi açısından doğruluğunu denetlemektir (Eyüp Hanoğlu, B. No: 2015/13431, 23/5/2018, § 41).

(4) İlkelerin Olaya Uygulanması

51. Anayasa Mahkemesinin önündeki mesele, daha ziyade ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin İnternet sitesinin editörü ve sorumlusu olan başvurucunun İnternet sitesinde yayımladığı yazı içeriğinin dini değerleri alenen aşağılama suçunu oluşturduğu yönündeki yerel Mahkeme kararının Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri ile güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

52. Başvurucunun yayımladığı yazılar nedeniyle yargılanarak dini değerleri alenen aşağılama suçundan hapis cezası ile cezalandırılmasının ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı hususu

ifadelerin içeriği, başvurucunun konumu, bu ifadelerin başkalarının hakları ve kamu düzeni üzerindeki etkisi ve alınan tedbirlerin sosyal bir ihtiyaca karşılık gelip gelmediği dikkate alınarak değerlendirilmelidir (Mehmet Emre Döker, § 47).

53. Bir gazetenin İnternet sitesi editörü ve sorumlusu olan başvurucunun İnternet sitesinde yayımladığı içerikten sorumlu tutularak cezalandırılmasına sebep olan yazılarda yazar "Tanrı" müstear ismini kullanarak hicivli bir şekilde Türkiye'deki sosyal ve siyasal durumun eleştirisini yapmaktadır (bkz. § 11).

54. İlk derece mahkemesi gazetenin İnternet sitesinde yayımlanan ilk yazıda, semavi dinlerde yer alan inanışlara aykırı bir şekilde Tanrı imajının somut bir varlıkmış gibi ortaya konulduğu; ikinci yazıda ise semavi dinlerin ortak değerlerinden olan cennet ve cehennem gibi kavramlara yönelik sebepsiz yere saygısız ve küçümseyici ifadeler kullanıldığı kanaatine varmıştır. Mahkeme, bahse konu yazılar ile yaratıcı Tanrı inancına sahip insanların dini inançlarının hak edilmemiş ve aşağılayıcı bir saldırıya konu olduğu duygusuna kapıldıkları, demokratik bir toplumda bulunması gereken hoşgörü ruhunun kötü niyetli şekilde zedelendiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca vatandaşlar tarafından pek çok şikayet mektubunun gönderilmesinin suçlamaya konu yazıların kamu barışını somut olarak bozmaya elverişli nitelikte olduklarının delili olarak kabul etmiştir.

55. Söz konusu yazılarda yer alan ifadeler bağlamından kopartılmadan incelendiğinde öncelikle yazıların ülkedeki mevcut düzenden rahatsızlığı dile getirdiği ve devlet yönetimini hedef aldığı görülmektedir. Bu yönüyle yazıların kamusal bir tartışmaya katkı sunduğu belirtilmelidir. İkinci olarak ilk bakışta semavi dinlere mensup kişiler açısından rahatsız edici bulunmuş olsalar da başvuru konusu yazıların başkaları için temelsiz biçimde yaralayıcı nitelik taşıyan, saldırgan ve yakışıksız ifadeler içerdiği söylenemez. Son olarak Mahkeme, söz konusu yazıların kamu düzenini bozmaya elverişli olmasını vatandaşlar tarafından gereğinin yapılması talebini içeren ihbar mektuplarına dayandırmıştır. Bununla birlikte bu tür talepler nedeniyle başvurucunun cezalandırılmasını haklı kılacak düzeyde bir tehlikenin varlığını somutlaştıramamıştır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi başvurucunun 7 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasının zorunlu bir ihtiyaçtan kaynaklandığını ilgili ve yeterli bir gerekçe ile ortaya koyamamıştır.

56. Bundan başka hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olmasının ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ağırlığını hafifletmediği vurgulanmalıdır. Başvurucu beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır ve bir gazetenin İnternet sitesinin editörü ve sorumlusu olan başvurucunun bu süre içinde cezasının infaz edilmesi riski her zaman vardır. Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde caydırıcı bir etkisi vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir mahkı1miyet almadan geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır (Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 54).

57. Başka bir deyişle basının demokrasinin düzgün şekilde işlemesinin sağlanmasına ilişkin temel görevi dikkate alındığında başvurucunun cezalandırılmasının basının kamu yararına olan hususlarda açık tartışmaya olan katkısını ortadan kaldırabilecek nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla başvurucunun 7 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılması ve beş yıl denetim altına alınarak hükmün açıklanmasının ertelenmesi biçimindeki şikayet konusu müdahale, başkalarının haklarının ve kamu düzeninin korunması şeklinde takip edilen amaç ile orantısızdır.

58. Yukarıda belirtilen hususlar ışığında Anayasa Mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaşmıştır.

59. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

60. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> "(J) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması içinyapılması gerekenlere hükmedilir ...
>
> (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak içinyeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. "

61. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

62. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

63. Anayasa Mahkemesi başvurucuya yönelik tazminat şeklindeki müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşulunu sağlamadığından başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Somut başvuruda ihlalin Mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

64. Bu durumda ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

65. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 2.475 TL vekalet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUGUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİGİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ve basın özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2013/372, K.2014/309) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekalet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması halinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir ömegının Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 7/3/2019 tarihinde OYBİRLİGİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yıldız SEFERİNOGLU

Anayasa Mahkemesi - 7 Mart 2019 - Ş.Y. Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Ş.Y., B. No: 2015/14044, 7/3/2019, § …)
Başvuru Adı	Ş.Y.
Başvuru No	2015/14044
Başvuru Tarihi	10/8/2015
Karar Tarihi	7/3/2019
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	24/4/2019 - 30754
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir bankanın itibarına zarar verildiği sonucuna varılan köşe yazısından dolayı yaptırıma maruz kalınmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahale iddiaları (Fetullah Gülen) **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5411 Bankacılık Kanunu **Madde Numarası:** 74, 158	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Ş.Y. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/14044)

Karar Tarihi: 7/3/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 24/4/2019 – 30754

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör: Recep KAPLAN

Başvurucu: Ş.Y.

Vekili: Av. Serpil KIRCA YASAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir bankanın itibarına zarar verildiği sonucuna varılan köşe yazısından dolayı yaptırıma maruz kalınmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/8/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1958 doğumlu olup olay tarihinde çoğunlukla Antalya'daki gelişmelerle ilgili haberler yapan www.serihaber.biz isimli internet sitesinde köşe yazarıdır.

10. Anılan internet sitesinde 29/3/2013 tarihinde başvurucu tarafından kaleme alınan "Yapı Denetim Fettullah'ın Baronlarına Teslim" başlıklı köşe yazısı şu şekildedir:

> "Mühendislik ilmine kafası basmayan Fettullah'ın, Hoca kılıklı, Katılım Banka destekli Baronları, Yapı Denetim sektörünü kontrol altına alırken, Mühendislik Odaları da Susma ve eylemsizlik hakkını kullanıyorlar...
>
> Üyelerinin hak ve menfaatini korumak, Mühendislik sektöründe gelişmeleri takip etmek, kalkınma ve refah artırımı konusunda proje geliştirmek, mesleki sorunların çözümünde hakemlik yapmak... Vs gibi asli görevlerimi yerine getiremeyen Mühendis Odaları, toplamu ve siyaseti, uçuk düşünceleri ile terbiye etmeye çalışırken...
>
> Fettullah'ın, Hoca kılıklı, Katılım Banka destekli Baronları, İstanbul'da Yapı Denetim Şirket pazarı kurdu. 300 000 - 500 000 TL arasında perakende satışına bile başladılar.
>
> Yapı Denetim Şirketlerini pazara düşürerek, Kurumları laçkalaştıran Hoca kılıklı, Katılım Banka destekli Baronlardan biri, o kadar cesaretli ki cesaretini anlatmaya değer buluyorum.
>
> 'Fetullah'ın tosuncukları Baron Oldular' köşe yazım yayınlandıktan sonra duyarlı bir okuyucum, Baronlardan M.B.'nin, İstanbul'da bir adreste kurduğu, onlarca Yapı Denetim Şirketini birbirine kefil ederek, ... katılım bankasından, 5 000 000 TL kredi kullandığına dair bir belge gönderdi.
>
> Bu belgeyi görünce, inanın ki Ülkem adına çok üzüldüm. Hiçbir yetkiniz olmadığı halde, onlarca Yapı Denetim Şirketlerini, önce kuracaksınız, sonra bu Yapı Denetim Şirketlerini birbirine kefil edeceksiniz ve İslami bir bankadan 'Tek Bir İmza (yani M.B., onlarca Yapı Denetimin sahibi olarak)' ile yüklü miktarda kredi alacaksınız...
>
> Şaka gibi...!!
>
> Bu kadarına da pes doğrusu... Bu adamın yaptığına ne denir? Nitelikli dolandırıcılık mı?
>
> Bilmiyorum! Bana savcı ve hakimler cevap versin. Saygı ve sevgilerimle."

11. Yukarıdaki yazıda adı geçen A. Bankası A.Ş. (Banka) tarafından gönderilen tekzip yazısı üzerine 11/4/2013 tarihinde başvurucunun yazısı yayından kaldırılmış ve tekzip metni bir hafta süre ile yayımlanmıştır.

12. Öte yandan Bankanın 5/4/2013 tarihli şikâyeti üzerine başlatılan soruşturma sonucunda başvurucunun 1/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde Bankanın itibarına zarar verme suçundan cezalandırılması istemiyle iddianame düzenlenmiştir.

13. Yargılamayı yapan İstanbul 29. Asliye Ceza Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle 3/3/2015 tarihinde başvurucunun netice olarak 10 ay hapis ve 16.660 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar vermiştir:

> "...'Yapı Denetim Fettullah' ın Baronlarına Teslim' başlıklı yazı ve içeriği incelendiğinde; güven kurumu olan bankalara olan güvenin sarsılmasına yönelik olarak olduğu, bu yazı ile söz konusu katılan bankanın güvenilirliği, saygınlığı ve prestijine zarar verildiği ve itibarının zedelendiği..., dolayısıyla;
>
> ...5411 sayılı Bankacılık Yasasına aykırılık suçunu işlediklerinin sabit olduğu anlaşıldığından, sanıkların eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK.'nun 37. maddesi ve 5411 sayılı Bankacılık Yasasının 74. maddesi yollamasıyla 5411 sayılı Bankacılık Yasasının 158/1. maddesi gereğince ayrı ayrı cezalandırılmalarına,
>
> ...hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerektiği anlaşılmıştır."

14. Başvurucunun bu karara itirazı İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesince 12/6/2015 tarihinde reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 29/7/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 10/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. 5411 sayılı Kanun'un "İtibarın korunması" kenar başlıklı 74. maddesi şu şekildedir:

"5187 sayılı Basın Kanununda belirtilen araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzeri yayın araçlarından biri vasıtasıyla; bir bankanın itibarını kırabilecek veya şöhretine ya da servetine zarar verebilecek bir hususa kasten sebep olunamaz ya da bu yolla asılsız haber yayılamaz."

17. Aynı Kanun'un "İtibarın zedelenmesi" kenar başlıklı 158. maddesi şu şekildedir:

"Bu Kanunun 74 üncü maddesine aykırı davrananlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkrada yazılı fiil neticesinde özel veya kamusal bir zarar doğarsa verilecek ceza altıda bir oranında artırılarak hükmolunur."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 7/3/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

19. Başvurucu; başvuru konusu yazıda eleştiri ve düşünce özgürlüğü hakkını kullanmış olması sebebi ile cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

20. Başvurucu ayrıca, köşe yazısıyla ilgili müştekinin tekzip metninin yayımlanmış olmasının ilk derece mahkemesi kararında değerlendirme konusu yapılmamış olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu, kararı veren İstanbul 29. Asliye Ceza Mahkemesi hâkiminin Paralel Yapı soruşturması kapsamında tutuklanmasından dolayı mahkemenin tarafsızlığı hakkında inancının sarsıldığını, bu nedenle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir.

21. Bakanlık görüşünde; Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanmasının (FETÖ/PDY) genel özelliklerine, yargı kurumlarındaki örgütlenmesine ve faaliyetlerine ilişkin bazı tespitlere yer verilmiştir. İlave olarak FETÖ/PDY'nin finansal yapısının merkezinde müşteki Bankanın bulunduğunun da yapılacak incelemede dikkate alınması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.

B. Değerlendirme

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının bir bütün olarak Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

23. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...
>
> Bu hürriyetlerin kullanılması, ... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

24. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

25. Yazdığı bir köşe yazısı nedeniyle başvurucu hakkında HAGB kararı verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

26. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

> "Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

27. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

28. 5411 sayılı Kanun'un 74. ve 158. maddelerinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

29. Başvurucu hakkındaki HAGB kararının başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru amaçlar taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

30. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade

edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları, bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

31. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (Bekir Coşkun, §§ 53-55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 31/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017, § 18).

32. İfade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. Bekir Coşkun, § 51; Mehmet Ali Aydın, § 68; Tansel Çölaşan, § 51).

33. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (Bekir Coşkun, §§ 44, 47, 48; Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 58, 61, 66).

34. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların düşüncelerin açıklanmasına ve yayılmasına müdahale ederken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. Bekir Coşkun, § 57; Tansel Çölaşan, §§ 46, 49, 50; Hakan Yiğit, §§ 59, 68).

35. Buna göre ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(c) Basın Özgürlüğü

36. Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan ve Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu daha önce pek çok kez ifade etmiştir (Mehmet Ali Aydın, § 69; Bekir Coşkun, §§ 34-36). Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağladığı açıktır (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63).

(d) İnternet Haberciliği ve Basın Özgürlüğü

37. İnternet haberciliğinin de basının temel işlevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda tereddüt yoktur (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42).

Denge

(e) İfade Özgürlüğü ile İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasında Adil

38. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün

sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda ifade özgürlüğünü kullananların uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref

ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (İlhan Cihaner (2), § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Bekir Coşkun, § 45; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 44).

39. Öte yandan finans piyasalarına ve finans kurumlarına güvenin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp bu düzenin ve güvenliğin sağlanmasının önemli bir unsurudur (AYM, E.2014/103, K.2014/199, 25/12/2014). Bir güven kurumu olan bankalar, her ülkede para piyasasının oluşması ve işletilmesinde önemli bir rol oynar. Ülke ekonomisi içindeki bu önemli rol nedeniyle bankacılık sisteminde meydana gelebilecek herhangi bir aksaklık başta tasarruf sahipleri olmak üzere tüm ekonomik sistemi etkileyebilmektedir (AYM, E.2010/116, K.2011/118, 7/7/2011). Bu bağlamda kanun koyucu, belirtilen hususları gözönüne alarak bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla 5411 sayılı Kanun'un 74. ve 158. maddelerinde öngörüldüğü şekilde bankaların itibarlarına yönelik haksız saldırıları hakaret suçundan ayırarak ayrı bir suç olarak düzenlemiş ve bu suça, hakaret suçu için öngörülen cezaya kıyasla daha ağır bir ceza verilebilmesine olanak sağlayan hükümler ihdas etmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarına tabi tutulacağının belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır (başka bir bağlamda benzer değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2016/25, K.2016/186, 14/12/2016, §§ 12, 13).

40. Anayasa Mahkemesi mevcut başvuruya benzer başvurularda, başvurucunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile başvurucunun konuşmasındaki iddialar ve ifadeler nedeniyle müştekinin müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmektedir (Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 56; Nilgün Halloran, § 27; İlhan Cihaner (2), § 49). Bu, soyut bir değerlendirme değildir. Çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin, tarafların ünlülük derecelerinin ve ilgili kişilerin önceki davranışlarının, kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının değerlendirilmesi gerekir (Kemal Kılıçdaroğlu, § 56; Nilgün Halloran, § 44; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 56; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 58-66; İlhan Cihaner (2), §§ 66-73). Bunun için başvurucu tarafından söylenen sözlerin yazının tamamı ve söylendiği bağlamdan

kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir (Nilgün Halloran, § 52; Önder Balıkçı, § 45).

41. Söz konusu değerlendirmelerde derece mahkemelerinin belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bir kısıtlamanın ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususuna karar vermede yetki sahibi olan iç hukuktaki son mercidir.

(f) Maddi Olgular ile Değer Yargısı Arasındaki Fark

42. Öte yandan dava konusu söylemlerin maddi vakıaların açıklanması veya değer yargısı olarak nitelendirilmesi önemlidir. Bu noktada maddi olgular ile değer yargısı arasında dikkatli bir ayrıma gidilmelidir. Maddi olgular ispatlanabilse de değer yargılarının doğruluğunu ispatlamanın mümkün olmadığı hatırda tutulmalıdır (Kadir Sağdıç, § 57; İlhan Cihaner (2), § 64). Ancak bir açıklamanın tamamen değer yargısından oluşması durumunda bile müdahalenin orantılılığı ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince desteklenip desteklenmemesine göre tespit edilmelidir. Çünkü somut unsurlarla desteklenmiyorsa değer yargısı ölçüsüz olabilir (Cem Mermut, B. No: 2013/7861, 16/4/2015, § 48).

(g) İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Gerekçesi

43. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

44. Bankaların güven kurumu olması dolayısıyla onlara yönelik güveni sarsıcı nitelikteki asılsız haber yapma fiilinin yaptırıma tabi tutulması kamu düzeninin tekrar sağlanması açısından makul ve olması gerekli bir tutum olarak değerlendirilebilir (bkz. § 40). Ancak bu tespit bankacılık sisteminin ve münhasıran herhangi bir bankanın -özellikle de kendi faaliyet alanlarındaki konularla ilgili- eleştirilerden muaf tutulduğu anlamına gelmez. Bu bağlamda bankacılık sisteminin ve bankaların itibarına yönelik her türlü ifadenin otomatik olarak cezalandırılmayı gerektirdiği şeklinde kategorik bir varsayımdan hareket edilemez.

45. Başvuru konusu olayda ilk derece mahkemesi, başvurucunun yazısının müşteki Bankanın itibarına karşı hangi surette saldırı oluşturduğu ve cezalandırmayı gerektiği hususunda hiçbir

değerlendirme yapmaksızın anılan yazının "...güven kurumu olan bankalara olan güvenin sarsılmasına yönelik olarak olduğu, bu yazı ile ...bankanın güvenilirliği, saygınlığı ve prestijine zarar verildiği ve itibarının zedelendiği..." sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesince başvurucu hakkında HAGB kararı verilirken başvurucunun yazısında dile getirilen iddialar hakkında herhangi bir araştırma yapılmaksızın -dayanakları gösterilmeden- başvurucu tarafından kaleme alınan yazının Bankanın güvenilirliği, saygınlığı ve prestijine zarar verdiği varsayımına dayanılmıştır.

46. Öte yandan anılan kararda Bankanın faaliyet yürüttüğü alanın ve yazıya konu olan meselenin kamusal niteliği ve halkın kamusal meselelere ilişkin bilgi alma hakkı da dikkate alınmamıştır. Başvuru konusu olayda olduğu gibi bir bankanın işlemlerindeki usulsüzlük iddiaları konusunda kamunun bilgilendirilme hakkının bulunduğunda kuşku yoktur. Bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar boyun eğmesi gerekir (İlhan Cihaner (2), § 74; Kadir Sağdıç, § 67).

47. Somut davanın kendine has koşullarında başvuruya konu ihtilafın büyük ölçüde dava konusu yazıda ileri sürülen iddiaların maddi vakıaların açıklanması veya değer yargısı olarak nitelendirilmesi ile ilgili olduğu görülmektedir. Bu bağlamda başvuru konusu yazıda

M.B. isimli bir kişi hakkında müşteki Bankanın da adının geçtiği ve belgelere dayalı olduğu belirtilen bazı olgusal iddiaların yer aldığı görülmektedir.

48. Anayasa Mahkemesi, müşteki Bankayı usulsüz işlemlere taraf olmakla itham eden iddiaların ciddi olduğunu gözönünde bulundurmaktadır. Kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan olgusal iddiaların ifade özgürlüğünün korumasından yararlanabilmesi için güvenilir delillerle desteklenmesi gerekir (Nihat Durmuş ve Durmuş Ofset Gaz. Bas. Yay. Mat. Kül. ve Spor Etk. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/5761, 10/5/2018, § 54). Bu bakımdan başvuruya konu olay bağlamında derece mahkemelerinin başvurucunun iddialarına dayanak gösterdiği belgenin gerçekliği ile belge içeriği incelendiğinde başvurucunun iddialarının belge içeriğinden çıkarılmasının mümkün olup olmadığı konusunda bir tespitte bulunması gerekir. Derece mahkemesi kararlarında bu şekilde bir değerlendirme yapılmamıştır.

49. Bu bağlamda derece mahkemelerinin başvurucunun ifade özgürlüğü hakkı ile müşteki Bankanın itibar hakkının korunması amacı arasında adil bir denge kurduğu söylenemez. Dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül ettiği ve bu sebeple de demokratik toplum düzeninin sürekliliği için gerekli olduğu ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilememiştir.

50. Açıklanan gerekçelerle derece mahkemelerinin kararlarında ortaya konan gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı sonucuna varıldığından Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

51. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> "(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…
>
> (2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

52. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 57-60) kararında, Anayasa Mahkemesince bir temel hakkın ihlal edildiği sonucuna varıldığında ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

53. Başvurucu, ihlalin tespiti ile ihlalin sonuçlarının kaldırılması talebinde bulunmuştur.

54. Anayasa Mahkemesi başvurucuya yönelik HAGB kararı şeklindeki müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşulunu sağlamadığından başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

55. Bu durumda ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden

yargılama yapılmak üzere İstanbul 29. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

56. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harçtan ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 29. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2014/172, K.2015/82) GÖNDERİLMESİNE,

E. 226,90 TL harçtan ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

Başvuru Numarası : 2015/14044 Karar Tarihi : 7/3/2019

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 7/3/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye

Anayasa Mahkemesi - 9 Ocak 2019 - Naif Şaşma Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Naif Şaşma, B. No: 2015/3782, 9/1/2019, § …)
Başvuru Adı	NAİF ŞAŞMA
Başvuru No	2015/3782
Başvuru Tarihi	18/2/2015
Karar Tarihi	9/1/2019
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	20/3/2019 - 30720
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, alan adında başka bir ticaret şirketinin markasının kullanıldığı gerekçesiyle bir internet sitesine erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** Açıkça Dayanaktan Yoksunluk **Giderim:**	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 6102 Türk Ticaret Kanunu **Madde Numarası:** 55	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

NAİF ŞAŞMA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/3782)

Karar Tarihi: 9/1/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 20/3/2019-30720

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M.Emin KUZ

Raportör: Recep KAPLAN

Başvurucu: Naif ŞAŞMA

Vekili: Av. Eşref KİREÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, alan adında başka bir ticaret şirketinin markasının kullanıldığı gerekçesiyle bir İnternet sitesine erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 18/2/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

6. İstanbul Barosuna kayıtlı bir avukat olan başvurucu, Türkiye'de kargo sektöründe uzun yıllardır faaliyet gösteren büyük firmalardan biri olan Y. Kargo Servisi A.Ş. (Şirket) ile iş ilişkisi çerçevesinde uyuşmazlık yaşayan bazı kişilere avukatlık hizmeti sunmaktadır.

7. Başvurucu aynca müvekkilleri tarafından kurulduğunu belirttiği www....kargomagdurlari.com intemet sitesine (intemet sitesi) haber ve yazı yüklenirken bunların hukuki denetimini yaptığını belirtmektedir.

8. Şirket, başvurucuya karşı anılan İnternet sitesini kendi adına tescil ettirerek Y. Kargo markasını kullanması nedeniyle ticari itibarının zarar gördüğü iddiasıyla dava açmıştır. Şirket, bu davada İnternet sitesinde yapılan yayın içerikleri silindikten sonra siteye erişimin engellenmesini ve 1.000 TL maddi ve 10.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

9. Davayı gören İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 217/2013 tarihinde aşağıdaki gerekçelerle İnternet sitesine erişimin engellenmesine ve tazminat taleplerinin kısmen kabulüne karar vermiştir:

> "...Dava konusu... internet sitesi üzerinde yaptırılan teknik inceleme sonucunda ibraz edilen 611112012 havale tarihli bilirkişi raporunda web sitesi sorumlusunun davalı Naif Şaşma olduğu, adres iletişim bilgilerinin adı geçen davalıya ilişkin bulunduğu, forum alanında AVUKAT takma adıyla yazılar yayınlayan bu kullanıcının Naif Şaşma olduğu görüşü açıklanmıştır.
>
> .... internet sitesi alan admda geçen ...kargomagdurlari ibaresi, davacı yönünden toplumda negatif bir çağrışım meydana getirmektedir. Böyle bir alan adı kullanımının davacıyı küçük düşüreceği, ticari itibarznı zedeleyeceği açıktır. Bu alan adı, Türk Ticaret Kanunu' nun 5511-a-l maddesi anlamında 'başkalarını ve başkalarının faaliyetlerini gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek' biçiminde bir haksız rekabet meydana getirmektedir. Böylece davalının eyleminin Türk Ticaret Kanunu' nun anılan maddesi gereğince haksız rekabet teşkil ettiği, bu internet alan adı tescili ve kullanımının, Avukatlık görevi kapsamında olmadığı, dolayısıyla davalının bu İnternet alan adı tescil ve yönetiminden dolayı sorumlu olduğu, internet site içeriğinin ve internet alan adının ticari amaç taşımaması ve ticari herhangi bir fonksiyon görmemesine, ticari etki doğurmamasına ve bu şekildeki kullanımın markasal bir kullanım olmamasından dolayı ... davalının bu eyleminin, yukarıda açıklandığı üzere Türk Ticaret Kanunu' nun 5511-a-l maddesi anlamında bir haksız rekabet teşkil ettiği, ... Türk Ticaret Kanunu' nun 56. maddesi gereğince davacının durdurma ve önleme talep edebileceği, ayrıca haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını isteyebileceği, İnternet sitesi alan adından dolayı haksız rekabet hususu söz konusu olduğundan bu sitenin alan adının kullanılmasının önlenmesi için siteye erişimin durdurulmasının zorunlu olduğu dikkate alınmış ve bu yönde karar oluşturulmuştur .
>
> ...davacının maddi ve manevi zarara uğradığı açık olduğundan ve iddia olunan maddi zararın tam olarak belirlenmesinin mümkün bulunmadığından, ... haksız rekabet eyleminin İnternet üzerinden gerçekleştirilmiş oluşu da dikkate alınarak ve taleple bağlı kalınmak

suretiyle 1.000 TL maddi tazminata hükmolunmuş, tarafların dosyaya yansıyan ekonomik ve sosyal konumları, ihlal eyleminin niteliği, davalının baroya kayıtlı bir avukat davacının ise uluslararası taşımacılık yapan bir kargo şirketi oluşu dikkate alınarak 1.000 TL manevi tazminata hükmolunmuş, fazlaya dair manevi tazminat talebinin reddi gerekmiştir ..."

10. Başvurucunun bu karara karşı temyiz başvurusu 17/3/2014 tarihinde, karar düzeltme başvurusu ise 21111/2014 tarihinde Yargıtay 11. Hukuk Dairesince reddedilmiştir. Nihai karar başvurucuya 19/1/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

11. Başvurucu 18/2/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

12. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar" kenar başlıklı 55. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"(l)Aşağıda sayılan haller haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır:

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş üriinlerini, fiyatlarım,faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

13. Mahkemenin 9/1/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

14. Başvurucu;

i. İlk derece mahkemesinin marka hakkına tecavüzün bulunmadığı, zira açılan İnternet sitesinde ticari bir faaliyet yürütülmediği yönündeki tespitlerine rağmen sadece İnternet sitesinin alan adında mağdur ibaresinin yer alması sebebiyle haksız rekabet hükümlerine dayandığını,

ii. Kendisinin davacı Şirketin mağdur ettiği kişiler adına iş mahkemelerinde muvazaa temelli davalar açtığını, bu davaların çoğunun mahkemelerce kabul edildiğini, gerçekten mağduriyet yaşayan insanların var olmasının kurulan İnternet sitesini sebepsiz, gereksiz, incitici ve haksız olmaktan çıkardığını,

iii. Davacının herhangi bir maddi hakkına tecavüz edilmediğini veya ticari anlamda salt zarara uğratılması amacıyla hareket edilmediğini ve anayasal ilkeler doğrultusunda hakların kullanılmasından öte bir amaç taşınmadığını

belirtmiş ve bu nedenlerle kanun önünde eşitlik ilkesinin, haberJeşme hürriyetinin, düşünce ve kanaat hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

15. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının bir bütün olarak Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

16. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması, ... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ...

amaçlarıyla sınırlanabilir ... "

1. Müdahalenin Varlığı

17. Derece mahkemesi kararlarında başvurucu adına tescilli olduğu belirtilen internet sitesine erişimin engellenmesine ve başvurucu aleyhine tazminata hükmedilmiştir. Bu kapsamda söz konusu mahkeme kararları ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

2. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

18. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen şartlara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

19. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

a. Kanunilik

20. 6102 sayılı Kanun'un 55. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

b. Meşru Amaç

21. Başvurucu adına tescilli İnternet sitesine erişimın engellenmesine ve başvurucunun tazminat ödemeye mahkum edilmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

c. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

i. Genel İlkeler

(1) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

22. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dahil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 717/2015, §§ 35-38).

(2) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

23. İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir (ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması kriteri

hakkında Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu ilkeler için bkz. Bekir Coşkun, § § 44-57; Mehmet Ali Aydın, § § 68-72; Tansel Çölaşan, §§ 46-51).

24. Buna göre ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(3) Devletin Mülkiyet Hakkı Bakımından Pozitif Yükümlülükleri

25. Somut olayda olduğu gibi ticari itibarın şahsi bir hak ve ekonomik bir mal varlığı değeri ifade ettiği, dolayısıyla Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında mülk teşkil ettiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır (mesleki itibarın Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında mülk teşkil ettiği hususunda bir karar için bkz. Ohannes Tomarcı, B. No: 2015/18992, 28/6/2018, § 37; menkul ve gayrimenkul mallar üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların mülkiyet hakkının kapsamına dahil olduğu hususunda bkz. Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

26. Öte yandan Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bağlamda mülkiyet hakkının yalnızca devlet tarafından değil özel hukuk kişileri tarafından yapılan müdahaleler bakımından da korunması zorunluluğu bulunmaktadır (Türkiye Emekliler Derneği, B. No: 2012/1035, 1717/2014, §§ 34-39; Eyyüp Boynukara, B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41; Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, §§ 42-45).

27. Devletin pozitif yükümlülükleri nedeniyle mülkiyet hakkı bakımından koruyucu ve düzeltici bazı önlemler alması gerekmektedir (Osnıanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi, § 46). Mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından müdahalede bulunulması durumunda bu müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hale döndürülmesini, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulması devletin pozitif yükümlülüklerinin bir gereğidir (Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi, § 48).

(4) İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Gerekçesi

28. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunu inandırıcı bir

şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kunnaktır (Bekir Coşkun, §§ 44, 47, 48; Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 517/2017, §§ 58, 61, 66). Eldeki başvuruya benzer başvurularda derece mahkemelerince başvurucunun ifade özgürlüğü ile davacının mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulmaya çalışılması gerekir. İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

29. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele; başvurucu adına tescilli İnternet sitesinin içeriğiyle ilgili olmayıp, sadece davacı şirkete ait markanın anılan İnternet sitesinin alan adında kullanılmasıyla ilgili olduğundan değerlendirmeler bu hususla sınırlı olarak yapılacaktır.

30. Başvuru konusu olayda derece mahkemelerince verilen kararlarla başvurucu adına tescilli olduğu belirtilen www...kargomagdurlari.com İnternet sitesine erişim engellenmiş ve başvurucu aleyhine 1.000 TL maddi, 1.000 TL manevi tazminata hükmedilmiştir.

31. İnternet sitesi alan adında geçen Y. Kargo ibaresinin davacıya ait bir marka olduğu konusunda taraflar arasında bir ihtilaf yoktur. Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu müdahale ile -devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bağlamında- davacı Şirketin ticari itibarının korunmasının amaçlandığını gözönünde bulundurmaktadır. Nitekim ilk derece mahkemesi kararını, İnternet sitesi alan adında geçen "...kargomagdurlari" ibaresinin davacı Şirket yönünden toplumda negatif bir çağrışım meydana getirdiği, bu alan adının kullanımının davacıyı küçük düşürdüğü ve ticari itibarını zedelediği gerekçesine dayandırmıştır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi kararında müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık geldiği ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilmiştir.

32. Müdahelenin orantılılığı ile ilgili olarak derece mahkemelerinin erişimin engellenmesi kararının ve toplam 2.000 TL'den ibaret tazminat miktarının orantılı olduğu, bu bağlamda başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

33. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlali iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUGUNA Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUÖUYLA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 9/1/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M.Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, bir şirket ile iş ilişkisi çerçevesinde uyuşmazlık yaşayan bazı kişilerin avukatı olduğunu ve müvekkilleri tarafından kurulduğunu ifade ettiği kendi adına tescilli olan www ....kargomagdurlari.com İnternet sitesine yüklenen haber ve yazıların hukuki denetimini yaptığını belirtmiştir. İnternet sitesinin adında, "mağdurları" ibaresinden önce şirketin tescilli marka adı gelmektedir.

2. Şirket, başvurucu aleyhine yukarıdaki İnternet sitesinin adında şirkete ait kargo markasını kullandığı ve bundan dolayı ticari itibarının zarar gördüğü gerekçesiyle dava açmıştır. İlk Derece Mahkemesi önündeki somut olayı Türk Ticaret Kanunu 55/1-a-1 maddesi belirtildiği biçimiyle haksız rekabet olarak niteleyerek, adı geçen İnternet sitesine erişimin engellenmesine ve davacı şirket lehine manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

3. Mahkememiz çoğunluğu, somut başvuruyu davacı şirketin ticari itibarından hareketle devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde inceleyerek İlk Derece Mahkemesi kararıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık geldiğinin" ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterildiği, orantılı olduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykmlık taşımadığı sonucuna ulaşarak başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

4. Anayasanın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir: "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar ... Bu hürriyetlerin kullanılması, ... başkalarının şöhret veya haklarının, ... korunması... amaçlarıyla sınırlanabilir ... Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir." Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmediğinden "siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi" kapsamına almaktadır (Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 201318503, 2711012015, § 37; Önder Balıkçı, B.No: 2014/6009, 1510212017, § 40).

5. Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

6. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasanın 13. ve 26. maddeler kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. Burada, Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması aranmaktadır (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56).

7. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/112014, § 61). Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68). Demokratik bir hukuk devletinde, takip edilen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçüsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır.

8. İfade özgürlüğü üzerindeki müdahalenin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Bu müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın bu haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının ve bireyin hakkı ile kamu müdahalesinin amacı olan diğer bireylerin hak ve çıkarlarını korumak arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığının incelenmesi gerekir. Kamu gücünü kullanan organların düşüncelerin açıklanmasına ve yayılmasına müdahale ederken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri beklenir.

9. Bilindiği üzere ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak

"görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. İfade özgürlüğü yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarını da kapsadığından İnternet sitelerine veya bunlarda yer alan bilgilere erişimin engellenmesi bilgi alma ve verme özgürlüğüne de dokunmaktadır.

10. Günümüz demokrasilerinde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip olan İnternet, bilgi ve düşünceleri açıklama ve kamusal sorunlara ilişkin tartışma ve eylemlere katılım açısından kişilerin ifade özgürlüğünü rahatlıkla ve kolayca kullanmalarının en etkili ve yaygın araçlarından biri olarak hayati bir kamusal bir foruma dönüşmüştür. Bu nedenle İnternet sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelmiştir (Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri, B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 52; Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 39). Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da bireylerin interneti Anayasa'da tanımlanan birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırdığını, örneğin haberleşme özgürlüğünün, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü ile bu kapsamda haber veya fikir alma özgürlüğünün, eğitim ve öğrenim hürriyetinin, haber alma hürriyetinin, iktisadi girişim hürriyetinin İnternet yoluyla kullanılabildiği tespitini yapmıştır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 166). Aynı kararda Mahkeme, bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesi taşımalarının bireylerin bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellediği ve onların demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme işlevlerini geri dönülmez biçimde zedelediği tespitinde de bulunmuştur.

11. Somut başvuruda ilgili İnternet sitesine erişimin engellenmesi nedeniyle başvurucunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile bahsi geçen şirketin ticari itibardan kaynaklanan mülkiyet hakkı arasında bir çatışma olduğundan bu iki hak arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bunu yaparken İnternet sitesinin içeriğinde yer alan bilgilerin gerçekliği, bunların sunuluş şekli ve kim veya kimler tarafından sunulduğu, içerikteki bilgilerin kamusal yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, eleştiriye uğrayanın kim olduğu ve neden eleştirildiği gibi ölçütler göz önünde tutulmalıdır. Yapacağımız değerlendirmenin hareket noktası derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu ilgili ve yeterli düzeyde ortaya koyup koyamadıkları olacaktır.

12. Başvuruya konu İnternet sitesine erişim süresiz olarak engellenmiş görünmektedir. Başvurucu adına tescilli olduğu belirtilen İnternet sitesine erişimin engellenmesi şeklinde başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin nasıl bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık geldiği Derece Mahkemesince ilgili ve yeterli bir şekilde açıklanmadan verilen bir kararın süresiz olarak etki göstermesinin ölçüsüz olmadığı söylenemez. Bir ihtisas mahkemesi olan İlk Derece Mahkemesi incelediği davanın ifade özgürlüğü üzerindeki yansımalarını tartışmayarak kararını haksız rekabet konusu etrafında gerekçelendirmiştir.

13. Derece Mahkemesinin gerekçesinin odak noktasında İnternet sitesinin adında şirketin isminin "mağdurları" ibaresiyle birlikte yer alması ve bunun şirketin ticari itibarını zedeleyerek haksız rekabete neden olduğu düşüncesi yatmaktadır. Bir şirketin ticari itibarının maddi anlamda mülkiyet, manevi anlamda ise şeref ve saygınlık yönü mevcuttur. Şirketlerin ticari itibarının korunmasında kamu yararı olduğu açıktır. Bir tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari itibarın zedelenmesi, şirketin iktisadi yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Her ne kadar saygınlık anlamında öznel bir boyuta sahip olsa da ticari itibar özünde ekonomik bir mal varlığı değerini ifade etmektedir.

14. "Mağdur" kelimesini Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük "haksızlığa uğramış (kimse), kıygın" olarak tanımlamaktadır.[1] İnternet sitesinin adında şirketin adından sonra yer alan "mağdurları" ibaresinin ilgili şirket açısından toplumda olumsuz çağrışımlar yaptığı yadsınamaz. Bunun davacıyı küçük düşürdüğü ve ticari itibarını da zedelediği söylenebilir. Bununla birlikte, Derece Mahkemesine sunulan bilirkişi raporuna göre İnternet sitesinin içeriğinde şirket tarafından işten çıkarılan çalışanların bu durumu protesto etmek için gerçekleştirdiği çeşitli etkinlik ve eylemlerle ilgili haber fotoğraf, video ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Aynı rapora göre her ne kadar İnternet sitesinin adında ilgili şirket adı geçse de site mal ve hizmet sunma şeklinde ticari bir amaç taşımamaktadır. İnternet sitesi ilgili şirketin faaliyetleriyle ilgili olarak yanıltıcı, gereksiz yere incitici veya tamamen yanlış ve uydurma bilgiler içermemekte, iş mahkemelerinde şirket aleyhine dava açan kişilerin durumlarını anlatan bilgilere yer vermektedir. Bu nedenle ilgili İnternet sitesinde yer alan konular değer yargısından ziyade olguya işaret etmektedir. Burada amaç davacıyı kötülemekten ziyade uğranılan ve haksız olduğu düşünülen şirket davranışlarını ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirmek, eleştinnek ve kamuoyuna bunları aktannaktır.

15. İlgili şirket tarafından mağdur edildiklerini düşünen ve bu konuda yargıya başvurarak mağduriyetlerinin giderilmesini talep eden bazı eski şirket çalışanlarının şirkete karşı

[1] http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c90b92bcbd962.46355568, erişim tarihi 19 Mart 2019

gerçekleştirdikleri eylem ve etkinliklerle ilgili bilgilerin adı geçen internet sitesinde yer alması "haksız rekabet", olarak değil, eski çalışanlarının ifade özgürlüğü çerçevesinde şirketin bazı uygulamalarına yönelik eleştirileri olarak değerlendirilmelidir. İnternet sitesinin adında yer alan "mağdurları" ibaresi şirketin bazı eski çalışanlarının, şirketle yaşadıkları iş ilişkisinden kaynaklanan sorunları kendi bakış açılarına göre ifade etme ve yorumlama biçimidir. Bu kişiler kendilerinin şirket tarafından mağdur edildiğini düşünmektedirler. İnternet sitesi kuran ve kullanan kişilerin ilgili şirketin mağdur edilmesi veya zarara uğratılmasından ziyade, kendilerine göre mağduriyetlerini ve bundan kaynaklanan deneyimlerini kendi aralarında paylaşmak ve bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek amacı taşıdıkları söylenebilir.

16. İnternet sitesinin adında "mağdurları" ibaresinden hemen önce bazı uygulamaları eleştirilen şirketin marka isminin yer alması somut olayımızdaki uyuşmazlığın temel nedenidir. Şirket ismi kullanılmadan sadece "kargomagdurlari.com" şeklinde İnternet sitesinin isminin belirlenmesi mağdur edildiklerini düşünen kişiler açısından düşüncelerini ifade etmeleri ve kamuoyunun dikkatini çekme bakımından etkili bir yol olarak görülmeyebilir. Denebilir ki İnternet sitesi adına tescilli olan başvurucunun şirketten kaynaklandığı iddia edilen herhangi bir mağduriyetinin olmaması "mağdurları" ibaresinin başvurucu yönünden kullanılmasını gereksiz hale getirmiştir. Burada unutulmaması gereken nokta, başvurucunun İnternet sitesini kuran ve şirket tarafından mağdur edildiklerini düşünen kişilerin avukatı olduğudur. Dolayısıyla kendi adına tescilli olan İnternet sitesinin isminde "mağdurları" ibaresinin kullanılması, başvurucunun müvekkillerinin durumlarına kamuoyunun dikkatini çekmesinin çarpıcı ama biraz abartılı ve dramatik bir yolu olarak görülebilir.

17. Derece Mahkemesinin İnternet sitesine erişimi engelleyen 2012/137 esas ve 22.l 1.2012 tarihli tedbir kararına karşı sunulan 27.l 1.2012 tarihli dilekçede yer alan bilgiye göre İnternet sitesini kurulduğu andan erişimin engellendiği tarihe kadar 43.000 kişi ziyaret etmiştir. Bu ziyaretçi trafiği İnternet sitesinin isminin kamuoyunun dikkatini çekmede etkili olduğunun bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Bu sayede, şirket tarafından mağdur edildiklerini düşünen kişiler seslerini kamuoyuna duyurabilmişlerdir. Yurttaşların, bir uyuşmazlıkta seslerini duyurabilmeleri, kendi görüşlerini kamuoyuna aktarabilmeleri demokratik toplum düzenin oluşması ve sürdürülmesinde hayati bir öneme haizdir.

18. Başvurucu adına tescilli olan adı geçen internet sitesinde yer verilen değerlendirmeler kamuoyu tarafından bilinirliği yüksek olan bu şirketle ilgilidir. Faaliyet gösterdiği sektörün önde gelen oyuncularından olan şirketle ilgili değerlendirme, yorum ve eleştiriler yüksek bir bilgilendirme değerine sahiptir ve bu nedenle kamusal faydası olan bir tartışmaya katkı

yapmaktadır. Şirketlerin davranışları her zaman olmasa da genelde kamusal bir öneme sahiptir. Kamuoyunun dikkatini çeken, yurttaşların refahını, düşüncelerini etkileyen bir konuda onların düşüncelerini caydırıcı bir etkiyle karşılaşmadan ifade etmesi ve paylaşmasında kamusal bir çıkar olduğu açıktır.

19. Bir İnternet sitesinin adı iletişimsel bir öneme sahip olup aynı zamanda bir mesaj, bir ifade taşımaktadır. Bir örnek vermek gerekirse "x.com" ile "xmagdurlari.com" farklı mesajlar içermektedir. Mağdur edildiklerini, haksızlığa uğradıklarını düşünen insanların kurduğu bir İnternet sitesinin isminde bu mağduriyete neden olduğunu düşündükleri tüzel kişiliğin adıyla beraber "mağdurları" ibaresinin olması düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamındadır.

20. Ticari itibarın korunması amacıyla yapılan müdahaleler ifade özgürlüğünü kullanılamaz hale getirmemelidir. Ticari itibarın özel bir çıkar işlevi baskın gelirken ifade özgürlüğü kamusal yanı ağır basan bir çıkardır. Şirket aleyhine olan, onu eleştiren olguya dayalı ifadeler kamu yararına olan tartışmalarla ilgilidir. Kamuyu ilgilendiren konularda en geniş ve farklı kaynaklara dayanan bilgiye ulaşma imkanına sahip olmak yurttaşların en doğal hakkıdır. Bir anonim şirket biçiminde tüzel kişilik alarak kamusal alanda var olmayı kabul eden şirketlerinin faaliyetlerinin kamusal tartışma konusu olması neredeyse kaçınılmazdır.

21. Toplumsal ve ekonomik birtakım faydalar yarattığı düşüncesiyle kamu gücü şirketlere tüzel kişilik bahşederek onlara bir takım imtiyazlar vermektedir. Bunun karşılığında toplumun da şirketlerden beklentilerinin olması gayet doğaldır. Şirketler, hukukun sağladığı bir takım haklardan nasıl yararlanıyorsa, bu hakların bir karşılığı olarak toplumsal bir organ niteliği taşımalarından ötürü kendilerine yönelik eleştirilere anayasal bir hak olan ifade özgürlüğü çerçevesinde açık olmalı ve hoşgörüyle yaklaşmalıdır. Şirketlerin toplumsal faydaları ve sosyal refaha katkıları onların sadece piyasa şartları altında faaliyet gösteren ekonomik bir aktör olarak değil, toplumsal sorumluluğa ve hukuki duyarlılığa sahip aktörler olarak davranabilmeleriyle yakından ilgilidir. Bu çerçeve içinde temel insan haklarının korunmasında şirketlerin yapacağı katkılar sıradan bir toplumsal yarar olmayıp, bireyin en hayati çıkarlarının korunmasıyla ilgilidir. Özel hukuk tüzel kişisi olan şirketlerden insan haklarına saygı göstermelerini beklemek aynı zamandan toplumsal bir organ olmalarından kaynaklanmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Başlangıç Kısmında "...her birey ve toplumun her organı"na Bildirgedeki hak ve özgürlüklere saygının yerleşmesi için çaba göstermeleri çağrısında bulunulmuştur.[2] Şüphesiz, şirketler de Bildirgede ifade edilen "toplumun her organı" ibaresinin bir parçasıdır.

[2] http://insanhaklari.maltepe.edu.tr/sites/default/fıles/fıles/%C4%BONSAN%20HAKLARI%20EVRENSEL%20B%C4%BOLD%C4%BORGES%C4%BO.pdf, erişim tarihi 19 Mart 2019

22. Somut başvurudaki şirket halka açık olmayan bir anonim şirket statüsündedir. Elbette, halka açık bir anonim şirketin kamusal yönü halka açık olmayan bir anonim şirkete göre daha fazladır. Bununla beraber, şirketin halka açık olmayan bir anonim şirket olması kamusal yönünün olmadığı anlamına gelmez. Çünkü toplumun bir parçası olup çeşitli hak ve sorumluluklar taşıyan şirketlerin gerçekleştirdikleri faaliyetlerin en nihayetinde kamusal alanda yansımaları olmaktadır. Kaldı ki, ilgili şirket de kendi resmi İnternet sitesinde kurulduğu günden bu yana gerçekleştirmiş olduğu çalışmalarında "başarılı, topluma faydalı kurumsal vatandaş" kimliği ile hareket etttiğini vurgulamaktadır. Şirket kurumsal politikalarından da bahsederken "anayasal bir hak olan kişisel verilerin korunmasına gerekli özeni göstermekte ve bunu bir şirket politikası haline getirmekte olduğuna" dikkat çekmektedir. Genel olarak şirketlerin paydaşlarının sahip olduğu tüm anayasal haklar konusunda özen göstermeleri demokratik bir toplum düzenin oluşması ve sürdürülmesi açısından özel bir öneme sahiptir.

23. Belli bir büyüklüğe sahip, sektörünün önde gelen oyuncularından biri olan ve kamuoyunca tanınan büyük bir şirketin faaliyetleri kamunun ilgisini çeker. Buradan hareketle somut olaydaki şirketin büyüklüğü ve etkisi itibarıyla kamuya mal olmuş toplumsal ve kamusal bir figür olduğunu söyleyebiliriz. Bilindiği üzere belirli kişiler kendi tercihleri doğrultusunda yaptıkları görev veya bulundukları konumdan dolayı kamusal bir figür olmayı kabul ederler. Bu durumda kendilerine yöneltilecek eleştirilere daha hoşgörüyle yaklaşmaları beklenir. Temelde politikacılar ve gündelik siyasi hayatın içinde bulunan kişiler için geçerli olan bu durum kamusal tanınırlığı yüksek diğer gerçek ve tüzel kişiler için de düşünülebilir.[3]

24. Şirketlerin, özellikle de belli bir iktisadi büyüklüğe sahip olanların, güçlü birer ticari varlıklar olduğundan kuşku duyulmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Steel and Morris v. the United Kingdom (B. No. 68416/01, 15 Şubat 2005) kararında "demokratik bir toplumda, küçük ve resmi olmayan mücadele gruplarının faaliyetlerini etkin biçimde yürütebilmesi gerektiğine ve bu tür grup ve bireylerin kamuoyu tartışmalarına, genel kamu çıkarlarım ilgilendiren meselelerde bilgi ve .fikirler yayarak katkıda bulunmasma olanak sağlamakta güçlü bir kamu yararı bulunduğuna" (§ 89) dikkat çekerek. "güçlü ticari varlıklarzn toplumsal eleştiriye açık olması ve faaliyetleri hakkında.fikirlerin serbestçe yayılımının teşvik edilmesinde kamusal yarar" olduğunu vurgulamıştır (§ 95). Bu davada, Strasbourg Mahkemesi küresel düzeyde faaliyet gösteren ünlü bir fastfood zincirinin restaurantları önünde bu şirketin faaliyetlerini yer yer abartıya kaçan bir üslüpla suçlayıcı ifadelerle eleştiren bildiri dağıtan 2 kişinin şirket tarafından açılan bir dava sonucunda hakarette bulunma suçundan yüksek

[3] Bu görüşü savunan bir çalışma için bkz: Desai, Deven R. "Speech, Citizenry, and the Market: A Corporate Public Figure Doctrine" 98 Minnesota Law Review (2013) 455-51O.

miktarlarda tazminat ödemeye mahkum edilmesinin bu kişilerin ifade özgürlüğü ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğine karar vermiştir.

25. AİHM benzer bir karara Kulis and Rozycki v. Poland, (B. No. 27209/03, 6.10.2009) başvurusunda da imza atmıştır. Bu davada gıda üreticisi olan bir şirket hakkında yapılan bir haberde şirket ürünlerinden birinin paketlerinden çıkan oyuncakların üzerinde yazılı bulunan bir ibarenin çocuklar ile ailelerini şok ettiği ve son derece korkuttuğu belirtilmiştir. Şirket, bu ve benzeri haberlerdeki iğneleyici ve yerici üslubun itibarının zedelenmesine yol açtığı gerekçesiyle açtığı davada haber yazarlarını tazminat ödemeye mahkum ettirmiştir. AİHM bu cezalandırmanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığına, şirketler hakkında da toplumsal tartışma yapılabileceğine ve işletmeler ile ilgili eleştirel bir haber düzenlenmesi sayesinde toplumun doğru tüketim ürününe yönelebileceğine hükmetmiştir.

26. AİHM içtihadına göre bir şirketin ticari itibarıyla bir bireyin toplumsal konumuyla ilgili itibarı arasında fark vardır. Buna göre bireyin itibarı haysiyetle ilgiliyken, şirketin itibarı ticari ve ilgilendiği işlerle bağlantılı olup, birey haysiyetinin sahip olduğu ahlaki ve boyuttan yoksundur (Uj. v. Hungary, B. No. 23954/10, 19 Temmuz 2011, § 22; Magyar Tartalomszolgiiltat6k Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, B. No. 22947/13, 2 Şubat 2016, §§ 66-7). Şirket uğradığını düşündüğü itibari zararı bireye göre daha rahat kabullenebilir zira siyasi ve ticari ifade özgürlüklerini kullanarak eleştirilere cevap verebilir. Sahip olduğu maddi imkanlar ve araçlar bu eleştirileri karşılama konusunda şirketlere bireylerin çoğunda olmayan fırsatlar sunmaktadır.

27. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim ve Arabulucuk Merkezinin bir idari hakem kararına konu olan İnternet alan adlarıyla ilgili bir ihtilaf da konumuz açısından önemlidir.[4] Şikayet eden şirket, "akbankmagdurlari.com", "akbankmagdurlari.net" ve "antiakbank.com" şeklinde tescil edilen alan adlarının kendisine devrini talep etmektedir. Şikayet Eden, Şikayet Edilenin "mağdur" ve "anti" kelimelerini içeren alan adlarını tescil ederek, sadece Şikayet Eden'in marka hakkını ihlal etmeyi değil, aynı zamanda Şikayet Eden'in itibarını zedelemeyi amaçladığını belirtmiştir. Şikayet Edilen, ihtilaf konusu alan adlarını Şikayet Edilen'i lekelemek, Şikayet Edilen'in marka değerine zarar vermek veya markası üzerinden rant sağlamak amacıyla tescil ettirmediğini, Şikayet Eden'i eleştirmek isteyenler için bir forum oluşturmak amacı taşıdığını belirtmiştir. Uyuşmazlığa bakan Hakem, herhangi bir marka ya da mal/hizmet sunucusu kuruluşun eleştirilmesinin ifade özgürlüğü kapsamında ele alınması gerektiği düşüncesinden hareketle "akbankınagdurlari.com" ile "akbankmagdurlari.net" alan adları içerisinde geçen "mağdurlar" kelimesinden bu intemet

[4] WIPO Arbitration and Mediation Center World Intellectual Propeiiy Organization, Akbank Türk A.Ş. v. Nurullah Akın Case Number. D2011-2, 25 Ekim 2011. https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp? case=D201 l - 14l l , erişim 16 Mart 2019.

sitelerinin Şikayet Eden Bankanın hizmetlerinden memnun olmayan ya da mağdur olduğunu ileri süren tüketicilerin şikayetlerini, eleştirilerini dile getireceği bir platform olarak kullanılmasının hedeflendiği kanaatine varmıştır. Buna karşılık hakem "antiakbank.com" adını, kritik ya da eleştiri yönünde inandırıcı bir niyet ortaya konulabilen bir İnternet sitesi olarak değerlendirmemiştir.

28. Siyasi iktidarı sınırlandırarak kişi hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan insan haklarına yönelik tehditler günümüz dünyasında artık sadece devletlerden kaynaklanmamaktadır. Küresel ekonomi ve serbest piyasa koşullarında bazı şirketler çoğu ulus-devletten birey ve toplulukların hayatlarını etkileme anlamında daha büyük iktisadi, siyasi ve toplumsal güce sahip olmuşlardır. Tarihi olarak devlet gücüne karşı bireyi korumak için geliştirilen insan haklarının sorumluluklar ve yükümlülükler anlamında devlet-dışı aktörleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi yönünde artan bir eğilimin yansıması olarak şirketlerin insan hakları alanında sorumlulukları ve yükümlülüklerinin olup, olmadığı, varsa bunların neler olduğu ve ne gibi hukuki sonuçlar doğurduğu önemli bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

29. İnsan haklarının varlık nedeni insanların hayatlarını etkileyen güçlü kurumları hesap verebilir hale getirmektir. Pozitif hukuk olarak insan haklarının ortaya çıktığı dönemlerde en kuvvetli kurumlar ulus devletlerdi. İnsan hakları doğası gereği bireyleri devlete karşı korumak için geliştirilmişti ve ilk ortaya atıldıklarında şirketlerin insan haklarını etkileyebileceği akla gelmemişti. Nihayetinde, insan hakları ihlallerinin devlet veya devlet dışı bir aktör tarafından gerçekleştirilmesi çoğu kez hakları ihlal edilenler açısından bir fark yaratmamaktadır. Leviathan devlet örgütlenmesinde tezahür edebildiği gibi şirket biçiminde de ortaya çıkabilir. Gücün olduğu yerde de insan haklarının korunması ayrı bir önem taşımaktadır.

30. Şirketleri eleştirebilmek devlet organlarını ve siyasi gücü eleştirmek kadar demokratik toplum düzeni bakımından gereklidir. Genel olarak şirketler çeşitli uygulamaları ile ilgili olan bilgileri ve değerlendirmeleri denetimleri altında tutma ve bu konuda tek meşru bilgi kaynağı olma arzusu taşımaktadırlar. Bu durum toplumsal sorumlulukları ve kamusal yönleriyle çok da bağdaşmamaktadır. Şirketin kendisi ile ilgili açıklamaları ve bilgilendirmeleri dışında şirketle ilgili açık iftira, itham ve karalama taşımayan değerlendirme ve bilgilendirmelerin toplumun değişik kesimlerince yapılması ve bunların paylaşılması demokrasinin bir gereğidir. Düşünce ve ifade özgürlüğü ilke olarak bilgi akışının sınırlanmamasını, tek kaynaktan dağıtılmasını değil genişletilmesini ve çeşitlendirilmesini gerekli kılar.

31. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeyi denetleyen Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, İşletme Faaliyetleri Çerçevesinde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Altında Devletin Yükümlülükleri başlığını taşıyan Genel Yorum 24'de "bireyler ve grupların, örneğin şirket itibarını zedeledikleri iddia edildiğinde şirketlerin buna dönük eylemleri bireyler ve grupların hak arama yolları üzerinde caydırıcı etkiye neden olmamalıdır" görüşüne yer vermiştir.[5]

32. Başvurucu adına tescilli İnternet sitesinde bulunan değerlendirmelerin abartılı ve itham edici bir üslupla yapılması yüksek düzeyde tanınırlığı olan şirketin demokratik toplum düzeni bakımından katlanması ve hoşgörüyle karşılaması gereken bir duruma işaret etmektedir. Şirketin faaliyetlerinin genelde toplum, özelde de paydaşları tarafından izleneceğini ve gerektiğinde ağır eleştirilerle karşılaşabileceğini öngörmesi, demokratik çoğulculuk açısından bunlara katlanması gerekir.

33. Bir enformasyon otoyolu üzerinde geniş bir kamusal alan veya forum özelliği taşıyan internette, çeşitli nedenlerle bir şirket tarafından mağdur edildiklerini iddia eden bireyler asgari bir maliyetle ifade özgürlüklerini eleştirel bir şekilde kullanabilmelidir. İnternet üzerinden bir şirketi eleştirmek, aynı şirketin merkezinin önünde protesto amaçlı bir toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyerek çeşitli pankartlarla şirketi eleştinnekten çok da farklı değildir. Nasıl ki, barışçıl olmak koşuluyla bu toplantı ve gösteri yürüyüşünde şirket hakkında ağır eleştiriler içeren pankartlar taşınması bu yürüyüşün engellenmesini meşru hale getinniyorsa, iftira veya ağır karalamalar içenneyen bilgilere yer veren ve bunları paylaşan bir İnternet sitesine erişimin engellenmesi de meşruluk taşımamaktadır. Şirketin fiziksel mekanına yakın bir yerde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü nasıl anayasal korumayı hakediyorsa şirket ismiyle birlikte ağır eleştiri yüklü başka bir ibarenin İnternet alan adı olarak kullanılması da ifade özgürlüğü bakımından anayasal güvence altında olmalıdır.

34. Somut başvurumuza dönersek, söz konusu İnternet sitesine erişimin engellenmesi ilgili şirketin ticari itibarından kaynaklanan mülkiyet hakkının korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir tedbire denk düşmemektedir. Davacı şirketin mülkiyet hakkının korunması amacıyla başvurucunun adına tescilli İnternet sitesine erişimin süreksiz olarak engellenmesi bu amaca ulaşmak için elverişli bir araç olmakla birlikte kullanılabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem değildir. Gerekli olmayan bir araçla başvurucunun ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahalede bulunulmuştur. Olayımızda ticari itibardan kaynaklanan mülkiyet hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma ifade özgürlüğü ile ilgili herhangi bir ilgili ve yeterli değerlendirme yokluğunda adil bir külfet dengelemesi yapılmadan mülkiyet hakkı lehine sonuçlanmıştır.

[5] United Nations Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Righfs General Comment No. 24 (10 August 2017) on State obligations under the Intemational Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, § 44. Https://tbintemet.ohchr.org/ layouts/treatybodyextemal/Download.aspx?symbolno=E/C. 12/GC/24&Langzen, erişim tarihi 16 Mart 2019,

Mülkiyet hakkı altında ticari itibar ve haksız rekabet gerekçesiyle bireylerin haksız bırakılmasının veya hakları kullanamamasının önü açılmamalıdır.

35. Sonuç olarak, başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda şikayet edilen intemete erişimin engellenmesi kararı ile başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altında olan ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin daha ağır basan bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği ve ölçüsüz olduğu sonucuna ulaştığımdan çoğunluk kararına muhalif kaldım.

Başkan

Engin YILDIRIM

Anayasa Mahkemesi - 26 Aralık 2018 - Yaman Akdeniz Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Yaman Akdeniz, B. No: 2015/6599, 26/12/2018, § …)
Başvuru Adı	YAMAN AKDENİZ
Başvuru No	2015/6599
Başvuru Tarihi	20/4/2015
Karar Tarihi	26/12/2018
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, ilgili idari otoritelere internet ortamında yer alan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yetkisi veren kanuni düzenlemelerin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: Kapsam dışı haklar **Müdahale:** Yasama işlemlerine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** Konu Bakımından Yetkisizlik	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

YAMAN AKDENİZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/6599)

Karar Tarihi: 26/12/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör: Recep KAPLAN

Başvurucu: Yaman AKDENİZ

Vekilleri: Av. Ayşe CESUR

Av. Abdullah Altan AKDENİZ

Av. ÇiğdemDURKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ilgili idari otoritelere İnternet ortamında yer alan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yetkisi veren kanuni düzenlemelerin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/4/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

6. 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a aşağıdaki madde eklenmiştir.

"Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi

MADDE 8/A- (1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Başbakanlık veya millf güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından İnternet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhal erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(2) Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hakiminin onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmes yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, İnternet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkanlık tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hakim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir. "

7. Başvurucu söz konusu yasal düzenlemenin 15/4/2015 tarihli ve 29327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesinin ardından 20/4/2015 tarihinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

8. Mahkemenin 26/12/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddialan

9. Başvurucu, başvurunun kabul edilebilirliği bakımından;

i. Başvuruya konu yasal düzenlemede ilgili idari otoritenin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde uygulanacak içerik çıkarma ve erişim engelleme kararları bakımından etkili bir başvuru yolu öngörülmediğini, dolayısıyla tüketilecek bir hukuk yolu olmadığı için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılabileceğini,

ii. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bazı koşullarda bireyin gizli önlemlerin veya gizli önlemlere imkan veren mevzuatın gerçekten kendisine uygulanmış olduğunu iddia etmeksizin sadece varlığının neden olduğu bir ihlalin mağduru olma iddiasını kabul ettiğini, bu çerçevede kendisinin de yürürlüğe girdiği tarihten itibaren binlerce erişim engelleme kararına dayanak olması mümkün olan başvuruya konu düzenlemenin doğrudan etkilediği kişiler arasında olduğunu ve potansiyel mağdurluk statüsünün bulunduğunu,

iii. Başvurusunun kanuna karşı doğrudan yapılmış bir başvuru olmadığını ve kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığını soyut bir şekilde ileri sürmediğini, aksine idari makamlar tarafından verilen erişim engeli kararlarının dayanağının başvuruya konu kanun hükmü olması ve başka bir hukuk yoluyla bu kanun hükmünü denetletmenin mümkün olmaması nedeniyle bireysel başvuru yaptığını belirtmiştir.

10. Başvurucu, başvurunun esası bakımından;

i. Başvuruya konu düzenlemenin öngörülebilir nitelikte olmadığını, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine de açıkça aykırı olduğunu, bu nedenle ifade özgürlüğüne müdahale bakımından kanunilik koşulunun gereklerini yerine getirmediğini, düzenlemenin içeriğinin de ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu, idareye çok geniş bir yetki tanıdığı için demokratik toplumda zorlayıcı bir ihtiyaca karşılık gelmediğini, ağır ve haksız bir müdahale niteliğinde olduğunu belirtmiş ve bu nedenlerle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

ii. Başvuruya konu düzenlemenin idarenin keyfi şekilde İnternet sitelerine erişimi engellemesine veya İnternet içeriğinin kaldırmasına imkan vermesine rağmen hiçbir yasal güvence veya itiraz yolu öngörmemesi nedeniyle etkili başvuru hakkı ve hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.

11. Başvurucu sonuç olarak hak ihlallerinin tespiti ile başvuruya konu düzenlemenin yürürlüğünün durdurulması ve iptal edilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

12. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yasama işlemlerinin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bir yasama işleminin temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda doğrudan yasama işlemine karşı değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı bireysel başvuru yapılabilir (Süleyman Erte, B. No: 2013/469, 16/4/2013, § 17; Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 37).

13. Somut olayda başvurucu, doğrudan yasama işleminin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

14. Açıklanan gerekçelerle başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 26/ 12/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Anayasa Mahkemesi - 15 Kasım 2018 - Hulusi Özkan Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Hulusi Özkan, B. No: 2015/18638, 15/11/2018, § …)
Başvuru Adı	HULUSİ ÖZKAN
Başvuru No	2015/18638
Başvuru Tarihi	7/12/2015
Karar Tarihi	15/11/2018
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	5/12/2018 - 30616
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, sosyal medyada üstler hakkında yapılan yorum nedeniyle kınama cezası verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Tüzük **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 24/4/1979 Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü **Madde Numarası:** 14	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HULUSİ ÖZKAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/18638)

Karar Tarihi: 15.11.2018

R.G. Tarih ve Sayı: 05.12.2018-30616

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Hulusi ÖZKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sosyal medyada üstler hakkında yapılan yorum nedeniyle kınama cezası verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/12/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, olayların meydana geldiği tarihte polis memurudur.

9. Başvurucu, Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde bazı polis memurları tarafından oluşturulan bir sayfada yer alan "Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing" başlıklı konuya yorum

yapmıştır. Başvurucunun anılan konuya yaptığı yorum şöyledir: "...eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de... Bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen ...".

10. Başvurucu hakkında, sosyal paylaşım sitesinde sarf ettiği sözler nedeniyle disiplin soruşturması açılmıştır. Başvurucu, Ankara Valiliği Emniyet Müdürlüğü İl Polis Disiplin Kurulu Başkanlığınca (İdare) 19/3/2014 tarihinde kınama cezası ile cezalandırılmıştır. İdarenin gerekçesi şöyledir:

"Polis memuru Hulusi Özkan ifadesinde her ne kadar yaptığı yorumu bilinçsizce yaptığını ve yaptığı yorumdan pişmanlık duyduğunu beyan etmiş olsa da Emniyet Teşkilatı mensuplarına yakışmayan ve Polis Meslek disiplini ve etiği ile bağdaşmayan yorumlar yaptığı ve her türlü istismara açık olan bu sayfalarda yorum yapması ve paylaşması hakkında isnat edilen 'Görev dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunmak" suçunu işlediği, alınan beyanlar ve dosya içerisindeki diğer deliller muvacehesinde anlaşılmakla eylemine uyan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünün 4/1. maddesi gereğince kınama cezası ile tecziyesine, daha önceden almış olduğu disiplin cezalarının olması nedeniyle tüzüğün 15. maddesinin tatbikine yer olmadığına karar verilmiştir."

11. Başvurucu, idari işlemin iptali talebiyle dava açmıştır. Ankara 2. İdare Mahkemesi 7/11/2014 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme kararının gerekçesi şöyledir:

"Dava dosyasının incelenmesinden; polis memuru olan davacının, Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde "Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing" başlıklı konuya yaptığı yorum dolayısıyla hakkında disiplin soruşturması başlatıldığı, bu kapsamda, davacıdan alınan savunma ve ifadelerde söz konusu yorumu kendisinin yazdığı ve yazı içeriğinde '....eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de .... bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen ....' şeklinde ifadelere yer verildiğinin görüldüğü, bu itibarla, söz konusu yorumların polislik mesleğinin etiği ile bağdaşmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, disiplin cezasına dayanak eylemi gerçekleştirdiği sabit olan davacının, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 4/1 maddesi uyarınca 'kınama cezası' ile tecziyesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir."

12. İtiraz üzerine karar (kapatılan) Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulunca 4/3/2015 tarihinde onanmıştır.

13. Başvurucunun karar düzeltme talebi 6/10/2015 tarihinde reddedilmiştir.

14. Ret kararı başvurucuya 5/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 7/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

15. Başvurucunun yorum yaptığı "Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing" başlıklı konunun içeriğine dair bir bilgiye, İdare tarafından verilen disiplin cezası kararında ve derece mahkemelerinin gerekçeli kararlarında yer verilmediği gibi bireysel başvuru formu ve eki belgelerde de rastlanılamamıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 24/4/1979 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün (Tüzük) "Kınama"kenar başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Görev sırasında veya dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunmak"

B. Uluslararası Hukuk

17. İlgili uluslararası hukuk kuralları için bkz. Adem Talas [GK], B. No: 2014/12143, 16/11/2017,§§ 21-23.

18. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), polis memurlarının ifade özgürlüğüne yönelik bir kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinin devletin egemenliği altındaki diğer bireylere uygulandığı gibi bu kişilere de uygulanacağını özellikle vurgulamaktadır (Rekvényi/Macaristan [BD], B. No: 25390/94, 20/5/1999, § 43). Bununla birlikte AİHM demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya diğer bazı alanlarda siyasi ve toplumsal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesinin mümkün olduğunu gözetmektedir (İsmail Sezer/Türkiye, B. No: 36807/07, 24/3/2015, § 52; Vogt/Almanya [BD], B. No: 17851/91, 26/9/1995, §§ 51-53).

19. AİHM; komutanına mektup yazarak ordu hakkında ağır eleştiri ve isnatlarda bulunan bir askerin cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği yönünde değerlendirme yaptığı bir kararında, silah altındakilerin askerî disiplini zayıflatmalarını önlemek amacıyla düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan bir ordunun gereği gibi görev yapabileceğini düşünmek mümkün olmadığı için askerî disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması hâlinde ifade özgürlüğüne kısıtlamalar getirilebileceğini belirtmektedir (Grigoriades/Yunanistan [BD], B. No: 24348/94, 25/11/1997, § 45). Dolayısıyla silahlı kuvvetlerin iç düzeni ve hiyerarşik yapısını düzenleyen özel kuralların varlığının kaçınılmaz bir durum olduğu AİHM tarafından da kabul edilmektedir (A.D./Türkiye, B. No: 29986/96, 22/12/2005, § 21; Pulatlı/Türkiye, B. No: 38665/07, 26/4/2011, § 20). Ancak AİHM, ifadeler bir kurum olarak silahlı kuvvetlerin kendisine yöneltilmiş olsa bile ulusal makamların ifade özgürlüğünün içini boşaltmak amacıyla bu tür kısıtlayıcı kurallara dayanamayacağını da eklemektedir (Grigoruades/Yunanistan, § 45).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 15/11/2018tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu; Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde bazı polis memurları tarafından oluşturulan bir sayfada hakaret veya suç unsuru içermeyen, bir defaya mahsus bir paylaşımda bulunduğunu iddia etmiştir. Başvurucu; söz konusu paylaşım nedeniyle İdarece kınama cezası ile cezalandırıldığını, idari işlemin iptali talebiyle açtığı davanın da reddedildiğini belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

22. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. ...

Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni, ... amaçlarıyla sınırlanabilir.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

24. Başvurucu, sosyal medya hesabı aracılığıyla yaptığı yorum nedeniyle kınama cezası ile cezalandırılmıştır. O hâlde başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale söz konusudur.

25. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

26. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

27. Müdahaleye dayanak olan 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na dayanarak çıkarılan Tüzük'ün 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

28. Polis memuru olan başvurucuya sosyal medya hesabı aracılığıyla üstleri hakkında yaptığı yorum nedeniyledisiplin cezası verilmiştir. Güvenlik kuruluşlarının kendine özgü disiplin kuralları vardır ve bu kurallar hem güvenlik kuruluşlarının belirli bir düzen içinde çalışması hem de daha iyi hizmet üretmesi için zorunluluktur. Dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan kamu düzeninin sağlanması meşru amacını taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

29. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüyle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

30. Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvurulan araç arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır (Bekir Coşkun, §§ 53-55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 3/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017, § 18).

31. İfade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. Bekir Coşkun, § 51; Mehmet Ali Aydın, § 68; Tansel Çölaşan, § 51).

32. Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanamadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır (Bekir Coşkun, §§ 44, 47, 48; Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 58, 61, 66).

33. Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvurulan sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunulan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların düşüncelerin açıklanmasına ve yayılmasına müdahale ederken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan, korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak

göstermeleri gerekir (bkz. Bekir Coşkun, § 57; Tansel Çölaşan, §§ 46, 49, 50; Hakan Yiğit, §§ 59, 68).

34. Buna göre ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(2) Güvenlik Görevlilerinin İfade Özgürlüğü

35. Anayasa'nın 26. maddesinin asıl işlevi herkesin ifade özgürlüğünü korumaktır. Polis memurlarının da dâhil olduğu kamu görevlileri toplumun diğer bütün bireyleri gibi ifade özgürlüğünden yararlanır. Bununla beraber Anayasa'nın 12. maddesinin, "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder" biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin temel hak ve hürriyetleri kullanırken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapar (Engin Kabadaş, B. No: 2014/18587, 6/7/2017, § 36).

36. Bu itibarla yapılacak değerlendirmede somut olayın kendi şartları içinde başvurucunun hangi saik ile beyanda bulunduğu, beyanın hukuki ve fiilî esası, beyan tarzı, beyanın muhtemel yorumları, kamu kurumuna etkileri ve başvurucunun maruz kaldığı yaptırım gözönünde bulundurulmalıdır (Adem Talas, § 47). Ayrıca başvurucunun kamu görevinin niteliği ve bağlı bulunduğu kurumun kamu düzeni ve iç güvenlikle doğrudan ilgili özel konumu, Emniyet Teşkilatının iç düzeni ve hiyerarşik yapısını düzenleyen özel kurallarının varlığı da unutulmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, belirli kategorilere mensup kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale ile onların ifadeyi kullanma biçimlerinin kurumsal disiplinle uyumlu, sırrı ifşa etmeyen nitelikte ve dengeli olmasının sağlanması için mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında bir denge sağlanıp sağlanmadığını olayların bütünselliği içinde gözetecektir (Engin Kabadaş, § 37; Adem Talas, § 47).

37. Bundan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken; başvuruya konu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52; Tansel Çölaşan, § 62), müdahaleyi haklı kılmak için derece mahkemelerince gösterilen gerekçelerin inandırıcı, bir başka deyişle ilgili ve yeterli olup olmadığını ve müdahalenin ölçülü olup olmadığını belirlemektir (Nilgün Halloran, § 39; Bekir Coşkun, §§ 24, 58; Tansel Çölaşan, § 52). Anayasa Mahkemesi bunu yaparken kamu gücünü kullanan organların ve derece mahkemelerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesince ortaya konulan ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır.

(3) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

38. Mevcut başvuruda gözönünde bulundurulması gereken ilk husus başvurucunun sosyal medya hesabı üzerinden yaptığı yorumun içeriği ve kullandığı ifadelerin türüdür. Başvurucu, Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde bazı polis memurları tarafından oluşturulan sayfada yer alan bir konu başlığının altına düşüncelerini yazmıştır. Başvurucunun yorum yaptığı konunun başlığı "Emniyet-Sen Başkanı'na Mobbing" olmakla birlikte konunun içeriğine dair bir bilgi ne İdare tarafından verilen disiplin cezası kararında ne de derece mahkemelerinin gerekçeli kararlarında yer almaktadır. Başvurucunun anılan konuya yaptığı yorum "...eyyyy rütbeli zevat Size de Ölüm Var Bize de... Bunun hesabını orada Allah zaten soracak burada da Emniyet-Sen ..." cümlelerinden ibarettir.

39. Başvurucu, sosyal medyada polis meslek disiplini ve etiği ile bağdaşmayan yorum yapması ve paylaşması nedeniyle görev dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunma suçunu işlediği gerekçesiyle İdare tarafından kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Başvurucunun idari işlemin iptali talebiyle açtığı davada da ilk derece mahkemesi, söz konusu ifadelerin polislik mesleğinin etiği ile bağdaşmadığını kabul etmiş ancak daha ileri bir değerlendirmede bulunmamıştır (bkz. §§ 10, 11).

40. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesinde bireylerin anayasal hakları ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin dava konusu olguları değerlendirmesine ve hukuku yorumlamasına müdahalede bulunmaz. Somut olayda ilk derece mahkemesi, başvurucunun ifade özgürlüğü ile ifadeyi kullanma biçiminin kurumsal disiplinle uyumlu, sırrı ifşa etmeyen nitelikte ve dengeli olmasının sağlanması için mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülükleri arasında dengekurma işlemi yapmamıştır. Mahkeme, bahse konu ifadelerin meslek etiği ile bağdaşmadığını belirtmekle yetinmiş; ifadelerin ne anlamı üzerinde durmuş ne de kullanıldığı bağlamı incelemiştir.

41. Emniyet Teşkilatı iç güvenlik hizmeti vermesi sebebiyle silah ve benzeri araçlar kullanma yetkisi olan, idari işlerin yanında adli işler ile ilgili de hassas yetkileri bulunan bir teşkilattır. Silahlı kuvvetlere benzer özellik gösteren bu yönleriyle teşkilat içindeki hiyerarşik kuralların sivil devlet memurlarının tabi olduğu kurallara kıyasla daha katı olması doğaldır. Bununla birlikte bu husus teşkilatın veya hiyerarşik üstlerin eleştirilemeyeceği anlamına da gelmemektedir.

42. Sosyal medyada yorum yaptığı konunun başlığı ile kurduğu cümlelerden yola çıkarak başvurucunun Emniyet Teşkilatının yönetiminden duyduğu memnuniyetsizliği ve sitemini herhangi bir yöneticinin ismini zikretmeden dile getirdiği görülmektedir. Başvurucunun kullandığı ifadelerin teşkilata yönelik bir sırrı ifşa eder niteliği olmadığı gibi teşkilata zarar verecek veya itibar kaybı oluşturacak ağırlığı olduğu da söylenemez.

43. Sonuç olarak ilk derece mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğü karşısında mesleki hiyerarşi kurallarına uyma yükümlülüklerinin yerine getirilmesindeki üstün yararı gösterebilmiş değildir. İlk derece mahkemesince başvuruya konu şikâyete olayın bütünselliği içinde bakılmamış; somut olayın kendi şartlarının neler olduğu, sosyal medyada tartışılan konunun ne olduğu, başvurucunun hangi amaçla düşünce açıklamasında bulunduğu, başvurucunun beyan tarzı, beyanın muhtemel sonuçları ve varsa kamu hizmetine veya kamu kurumunun disiplinine etkileri gözönünde bulundurulmamıştır (bkz. § 40). Başvurucunun sözlerinin olayın bağlamından ve somut ifade açıklamasının bütünlüğünden kopartılarak ele alınması suretiyle ortaya konan gerekçenin ilgili ve yeterli kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca yukarıdaki hususlar dikkate alındığında başvurucunun kullandığı ifadeler nedeniyle kınama cezası ile cezalandırılmasının demokratik toplumda gerekli olduğu da değerlendirilmemiştir.

44. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

45. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

46. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

47. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak

ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan,§§ 57-58).

48. Mehmet Doğan kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan,§ 59).

49. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (Mehmet Doğan,§ 60).

50. Başvurucu, yeniden yargılama talebinde bulunmuştur.

51. Anayasa Mahkemesi, sosyal medyada üstleri hakkında yaptığı yorum nedeniyle hakkında kınama cezası verilen başvurucunun idari işlemin iptali talebiyle açtığı davanın reddedilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

52. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeyegönderilmesine karar verilmesi gerekir.

53. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması içinyeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 2. İdare Mahkemesine (E.2014/1009, K.2014/1231) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 15/11/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 31 Ekim 2018 - Özgen Acar ve Diğerleri Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018, § …)
Başvuru Adı	ÖZGEN ACAR VE DİĞERLERİ
Başvuru No	2015/15241
Başvuru Tarihi	31/8/2015
Karar Tarihi	31/10/2018
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin İnternet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Manevi tazminat, Yeniden yargılama **Hak:** İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** Başvuru Yollarının Tüketilmemesi **Giderim:**	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ÖZGEN ACAR VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/15241)

Karar Tarihi: 31/10/2018

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ÖZGEN ACAR VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Burhan ÜSTÜN

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Raportör Yrd: Derya ATAKUL

Başvurucular: 1. Özgen ACAR

2. Oğuz GÜVEN

3. Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A. Ş.

Vekili : Av. Tora PEKİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin İnternet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 31/8/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamışlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu Oğuz Güven, olayların meydana geldiği tarihte, ulusal ölçekte yayın yapan Cumhuriyet gazetesinin yayın yönetmeni; başvurucu Özgen Acar, içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilen haberin yazarı olan gazetecidir. Başvurucu Yeni Gün Haber Ajansı da Cumhuriyet gazetesinin ve gazetenin internet sitesinin yayımcısıdır.

10. Bahse konu gazetenin internet sitesinde 30/6/2015 tarihinde başvurucu Özgen Acar tarafından kaleme alınan "Bellek Kayması!"başlıklı bir haber yayımlanmıştır. Haberin ilgili kısmı şöyledir:

"...

Devletin Valileri!

Bizim 'Gezi Parkı' olayının benzeri Nev York'ta 28 Haziran 1969'da 'Christopher Park' yakınındaki 'Stonevall Inn (Taşduvar Hanı)' adlı barda yaşandı. Polis, eşcinsellerin barını basınca, direniş başladı. Çevreden katılanlarla olay büyüdü, polis baskısını yitirdi. Sonrasında eşcinseller ABD'de örgütlenip "Christopher Parkta' gösteriler düzenlediler.

Bu olay dünyada eşcinsellerin özgürlüklerinin başlangıcıydı. Türkiye'deki eşcinseller de öteki ülkelerde olduğu gibi, 28 Haziran'da İstanbul'da 'gökkuşağı' simgeleriyle 'onur yürüyüşü' yapar oldular.

Ne ilgisi varsa, valiliğin 'ramazan' gerekçesi ile bu yılki yürüyüş yasaklanıp TOMA'larla püskürtüldü. Bir Türk eşcinsel ile bu yıl evlenen ABD'nin İstanbul Başkonsolosu ve eşi ile İstanbul'daki bir ingiliz diplomatı, korumaları olmaksızın yürüyüşe katıldılar.

Ünlü şarkıcı Lady Gaga 'Kim bu liderler? Kutlama yapan masum insanlara saldırıyı bırakın. Bu insanlık dışıdır!' sözleriyle, taa ABD'den tepki gösterdi.

İstanbul Valisi, her kimse, kalktı 'Grup ...'nın konserini yasakladı. Bereket İstanbul Bölge İdare Mahkemesi bu keyfi kararı iptal etti. Konser Bakırköy'de coşkuyla yapıldı.

Temmuz 1970'te ABD'deki ünlü Monterey Jazz Festivali'nde dinlediğim 68 kuşağının öncülerinden, ünlü şarkıcı Joan Baez de sahne aldı. Baez, 'Müziğin yasaklanması bir acz, zavallılık belirtisi!' dedi. Lady Gaga ve Baez'in tepkilerinin dünyada nasıl dalgalandığını düşünün!

Ne demişler? 'Balık baştan kokar ... 'Valiler ve büyükelçiler 'hükümetin' değil, 'devletin' temsilcileridir! Günümüzde valiler Sultan'ın emir kulu oldular.

Afyonkarahisar Valisi ...'nin, bir AKP adayının aracına ceza kesmek isteyen trafik polisine '... o. ç.' dediği basına yansıdı.

Patlayan cephanelikte şehit olan 25 askerin cenaze törenine giden Genelkurmay Başkanı Orgeneral ...'ye kilim, sucuk, lokum hediye etmesi alay konusu oldu.

Atatürk'ü anma töreninde bazı vatandaşlar hükümet aleyhinde gösteri yaparken, Adana Valisi ...'nin de istifasını istediler. Bir vatandaşı parmağıyla işaret ederek 'Seninle konuşacağım!' diyen vali 'Buyurun şimdi konuşalım' yanıtını alınca 'AIlah belanı versin, diyen o gavatı bana getirin!' diye hakaret etmişti.

MHP Genel Başkan Yardımcısı ..., Yozgat Valisi ...'nin seçim öncesinde AKP adayları ile 600'e yakın köyü ziyaret ettiğini öne sürdü!

Şanlıurfa Valisi ..., Akçakele sınır kapısındaki olaylar hakkında bilgi soran gazeteciler hakkında 'Tehdit IŞİD değil, bu gazeteciler!' diyerek, aralarında muhabirimiz ... ile birlikte bazı meslektaşları gözaltına aldırdı.

Ağrı'da kent ormanının temel atılışında belediyenin 'logosuna' yer verilmeyişini eleştiren DBP'li Başkan ...'ye Vali ..., 'Vücut kimyam bozuldu. Titriyorum şu anda ... Gerek yok!' dedi.

Karadeniz'de 8 ilin yaylalarını birleştiren karayolunun doğayı tahribine karşı çıkanlara Rize Valisi ..., 'Tepkiyi anlamıyorum!' yorumunu yaptı.

Edirne Valisi ..., onarılan Yahudilerin sinagogu için, İsrail'in Mescidi Aksa baskınını anımsatarak 'O eşkıyalar Müslümanları katlederken, biz burada onlara sinagog yapıyoruz. İçimdeki büyük kinle konuşuyorum!' dedi.

Ama ne oldu 17 yaşındaki ... eski istanbul Valisi ...'nin 'marjinal, örgüt üyesi' sözlerine açtığı tazminat davasında, 10 bin lira kazandı... Tuz değil, artık Sultan'ın devleti kokuyor ...'

11. Haberde bahsi geçen Adana Valisi (başvuru konusu olayda müşteki),gerçeği yansıtmayan haberin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunu ileri sürerek internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

12. Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliği 8/7/2015 tarihinde haberin "Devletin Valileri"alt başlığında bulunan içeriğine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Gerekçeli kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Talebe konu yayının içeriği incelendiğinde; Atatürk'ü anma törenlerinde bazı vatandaşların hükümet aleyhine gösteri yaparken Adana Valisi ...'nin istifasını istedikleri, bir vatandaşı parmağı

ile göstererek 'seninle konuşacağım' dediğini, 'buyrun konuşalım' yanıtını alınca 'Allah belanı versin diyen o gavatı getirin bana' diye hakaret ettiğinin belirtildiği böylece kamuoyunun bilgisinde olan fakat güncelliğini yitirmiş bir haberin bu şekilde yazıya konu edilmesi Vali olan talepte bulunanın devlet idaresinde ve toplumdaki yerinin küçük düşürülmesine yol açacağı, dolayısıyla kişilik hakkını ihlal edici nitelikte olduğu kanaatine varılmakla 5651 sayılı Kanunun 9. Maddesi uyarınca talebin kabulü ile http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazısı/309933/Bellek_Kaymasi_.html adresinde 30.06.2015 tarihinde 'Bellek Kayması!' başlığında 'Devletin Valileri' alt başlığı ile talepte bulunan ...'ye ilişkin olarak yayımlanan kısma erişimin engellenmesine dair aşağıdaki yazılı hüküm tesis edilmiştir."

13. Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararında muhatap olarak gösterilen başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar'ın anılan karara itirazı Sakarya 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 24/7/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

14. Ret kararı başvuruculara 19/8/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucular 31/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları için bkz. Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 31/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

18. Başvurucular; erişimi engellenen haberin hakaret içermediğini, şikâyet konusu olayın gerçek olduğunu, olaya ilişkin videonun televizyon kanallarında yayımlandığını ve sayısız habere konu edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, güncelliği kalmadığı gerekçesiyle erişimin engellenmesine karar verilen habere konu olayın henüz iki yıl önce meydana geldiğini ve kamusal görev üstlenen bir vali hakkında olduğunu ifade etmişlerdir. Başvurucular, yayımlanmasında kamu yararı bulunan haberin kamuoyundan tümüyle saklanması anlamına gelen erişimin engellenmesi kararını vermek için toplumsal ihtiyaç baskısı bulunmadığını belirterek ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

19. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ifade özgürlüğü ile bireyin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkının dengelendiği bir dizi

kararı zikredilmiş; başvuruculaların ifade özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkı arasında demokratik bir toplumun gerekleri dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

20. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"(28) Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

21. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması ve bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17).

22. Somut olayda başvurucu Yeni Gün Haber Ajansının hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yolları tüketmeksizinbireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

23. Açıklanan gerekçelerle başvurunun üçüncü başvurucu yönünden diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin başvuru yollarının tüketilmemesinedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

24. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

25. Ulusal ölçekte yayın yapan gazeteninin internet sitesinde yayımlanan habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucuların ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

26. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

27. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

28. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır. .

29. Başvuruya konu habere erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

(1) Genel İlkeler

30. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (§§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

31. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde

incelemiştir (Ali Kıdık, §§ 55-63). Mahkemeye göre bu usul; kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır, dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55).

32. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir

(Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

33. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

34. Somut olayda erişimin engellenmesine karar verilen haber30/6/2015 tarihinde gazetenin internet sitesinde yayımlanmıştır. Haber, merkezî idarenin ildeki yürütme organının başı olan valilerin kişi hak ve hürriyetlerine yaklaşımını konu almaktadır. Haberde; çeşitli illerin valileri tarafından toplumsal olaylarda sergilenen tutum ve davranışlara yer verilmekte, bu valilerin kişi hak ve özgürlüklerine yönelik yasaklayıcı ve baskıcı bir tutum sergilediği iddia edilmekte, toplumsal olaylara yönelik yersiz müdahalelerin yurt dışında da tepki çektiği belirtilmekte, müştekinin de aralarında bulunduğu bazı valilerin devletin değil hükûmetin temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği ileri sürülmektedir. Müşteki ile ilgili olarak ayrıca hükûmet aleyhinde gösteri yapan ve kendisinin de istifasını isteyen bir vatandaşa müştekinin argo bir kelime kullanarak hakaret ettiği iddiasına yer verilmektedir.

35. Söz konusu haber, olayların meydana geldiği tarihte ve hâlen iktidarda bulunan partinin politikalarını eleştirel bir üslupla ele aldığı bilinen ve ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yayımlanmıştır. Haberde devletin valilerinin hükûmet temsilcisi gibi hareket ettikleri iddiası, çeşitli olaylarda valilerin sergiledikleri tutumlar örnek verilerek ispatlanmaya

çalışılmıştır. Başvuruculaların bu iddialarına dayanak olarak verdikleri örneklerden birini de müştekinin Atatürk'ü anma töreni esnasında bir vatandaşa yönelttiği sözler oluşturmuştur.

36. Söz konusu haberin ilin en büyük mülki idare amiri olarak kamusal görev üstlenen valilerin toplumsal olaylara yaklaşımı ile ilgili olduğu, dolayısıyla kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin yüksek olduğu tartışmasızdır. Buradan çıkan sonuca göre haberde bir ilin valisi olan müşteki ile ilgili bazı iddiaların yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

37. Müşteki;haberin gerçeği yansıtmadığını, haber nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliğince müştekinin talebi kabul edilmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde güncelliğini yitirmiş olan bir olayın habere konu edilmiş olmasının valinin devlet idaresinde ve toplumdaki yerinin küçük düşürülmesine yol açacağı belirtilmiştir.

38. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 32). Buna karşın somut olayda ilk derece mahkemesi şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriklerinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

39. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında -özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından- koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık,§ 86).

40. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

41. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

42. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

43. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

44. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan,§§ 57, 58).

45. Mehmet Doğan kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı

verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan,§ 59).

46. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan, doğrudan, mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (Mehmet Doğan,§ 60).

47. Başvurucular, ihlalin tespiti ile manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

48. Anayasa Mahkemesi başvurucular tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvuruculaın ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

49. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar'ın ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeyegönderilmesine karar verilmesi gerekir.

50. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvuruculaın bu sürede uğradıkları bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama

yapılmasına karar verilmekle birlikte başvuruculaın muhatap oldukları yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla eski hâle getirme kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar'a müştereken net 4.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

51. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar'amüştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Başvurunun başvurucu Yeni Gün Haber Ajansı yönünden başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar yönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğünün başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar yönündenİHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/1396 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar'a MÜŞTEREKEN net 4.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 1. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucular Oğuz Güven ve Özgen Acar'aMÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

2. Başvurucu Yeni Gün Haber Ajansı tarafından yapılan yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruculaın Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 31/10/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Erişimin engellenmesi kararının salt çekişmesiz bir dava sonucu verilmesinin yasa koyucunun takdir hakkına giren bir konu olduğu, şeref ve itibara yönelik saldırıların ivedilikle bertaraf edilmesi ve korumasız kalmaması amacıyla öngörülen bu sistemin tek başına ifade özgürlüğünü (ve/veya basın özgürlüğünü) ihlâl ettiği varsayımının yarışan haklar arasından birine daima öncelik tanınması gibi bir sonuca yol açacağı, "… diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu…" ve bu nedenle erişimin engellenmesi talebinde bulunanın bu yollara başvurabileceği şeklindeki çoğunluk görüşünün, erişimi engellenen yönünden de geçerli olduğu ve öncelikle onun bu hukuki yollara başvurması gerektiği, dolayısiyle bu yollara gidilmeden yapılan bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Anayasa Mahkemesi - 30 Ekim 2018 - IPS İletişim Vakfı Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Ips İletişim Vakfı, B. No: 2015/14758, 30/10/2018, § …)
Başvuru Adı	IPS İLETİŞİM VAKFI
Başvuru No	2015/14758
Başvuru Tarihi	26/8/2015
Karar Tarihi	30/10/2018
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	4/12/2018 - 30615
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, internet haber sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

IPS İLETİŞİM VAKFI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/14758)

Karar Tarihi: 30/10/2018

R.G. Tarih ve Sayı: 4/12/2018-30615

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

IPS İLETİŞİM VAKFI BAŞVURUSU

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Recep KÖMÜRCÜ

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Recai AKYEL

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: IPS İletişim Vakfı

Temsilcileri: 1. Nadire MATER

2. Ertuğrul KÜRKÇÜ

Vekili : Av. Oya Meriç EYÜPOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet haber sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/8/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, www.bianet.org adresindeki Bağımsız İletişim Ağı isimli web sitesi üzerinden internet haberciliği yapmaktadır.

10. Bahse konu internet haber sitesinde 30/8/2006 tarihinde "Sıcak İş İlişkileri Değil Taciz"başlıklı bir haber yayımlanmıştır. Haber şöyledir:

"... Air'in genel müdürü ... tarafından taciz edildiklerini belirten dört kadın çalışan şikayetlerini şirket sahibi ...'ye iletti. Dilekçelerden görünen, işyeri iktidarı sadece erkeklerde olmayınca, taciz daha çok dile getiriliyor.

... Air'in dört kadın personeli genel müdür ... hakkında işyerinde cinsel taciz şikayetinde bulundu. Şikayetin şirket sahibi ...'ye yapılması, ayrıca genel müdürün işten çıkarılıp savcılığa verilmesinde öne çıkan ismin de ... olması işyerlerinde üst kademelerde çalışan kadınların olmasının önemine işaret ediyor.

Genellikle siyasi partiler, meclis gibi alanlarda gündeme gelen kadın kotalarını hayatın her alanında düşünmekte fayda var.

Ağustos başında medyada taciz gündeme geldiğinde bianet'in yaptığı haberlerde ve aldığı görüşlerde öne çıkan nokta tacizin bir güç gösterisi boyutunun da olduğu ve genellikle yüksek makamlardaki erkekler tarafından daha düşük makamlarda olan ve/veya yükselmeye çalışan kadınlara uygulandığıydı.

... Air örneğiyse alıştığımız erkek patron ve kadın sekreter ya da stajyer senaryolarından daha farklı. Kadın çalışanlar ve tacizle suçlanan genel müdür ...'nin yanında bir de şirket sahibi ... var.

Taciz işyeri hayatının tuzu biberi değil

Kadın çalışanların dilekçelerine göre, ...'nin tacizleri bir kereye mahsus değil sürekliymiş -yapılan yemek davetleri sürekli tekrarlanıyor, cevapsız çağrılar bir değil yirmi tane ve ... kadınlara "kalemin çalışması için yapmaları gerekenler" konusunda ipuçları veriyor.

Dilekçelerde ... ayrıca ... Hava Yolları'nda genel müdürken kadın çalışanların iç çamaşırı aldığında kendisine gösterdiğini, o sıcak ilişkileri özlediği belirtilmiş. Görünen o ki, işyerinde cinsel taciz suçu iş hayatının tuzu biberi.

Hiyerarşik konumun da etkisiyle...

Dilekçelerde öne çıkan bir başka noktaysa kadın çalışanlardan en az birinin fazla mesai isteği şeklinde gelen tacize karşı, "durumu ... Hanım'a sorayım" demesi ve ofise erken gitmesi gerektiğinde de ... Hanım'la birlikte gitmesi.

... de, şirket içi hiyerarşilerin cinsel taciz söz konusu olduğunda ne kadar etkili olduğunun farkında ve savcılığa verdiği şikayet dilekçesinde ... için "hiyerarşik konumunun da etkisiyle çalışanlara yönelik sarkıntılık, laf atma ve cinsel taciz eylemlerinde bulunmuştur" diyor.

Kadın kotaları neden önemli?

... Air davası savcılığa daha yeni yansıdı; ... cinsel tacizin cezasını yargıda bulması gereken bir suç olduğunu savunurken ... de ...'nin kendini hala Amerika'da zannettiğini ve işten çıkarılmasının nedeninin genel müdürlükten doğan haklarının ve hisselerinin gasp edilmesi olduğunu iddia ediyor.

Ancak şimdiye kadar ortaya çıkan dilekçe ve anlatımlardan, işyerlerinde iktidarın sadece erkeklerin elinde olmamasının ne kadar farklı sonuçlar doğurabileceği görülüyor.

Eğer şirket sahibi ...'nin yerine bir erkek olsaydı, -kendisi taciz konularına duyarlı olsa bile- çalışanlar onun duyarlılığından şüphe edip şikayetlerini saklayabilirlerdi.

Vaktiniz olur da Hürriyet'in İnternet sitesine girip habere yapılan yorumları okursanız, erkek okuyucuların ağırlıklı olarak taciz iddialarının komplo olduğuna inandığını görürsünüz.

Böyle bir dengede kadınların şikayetlerinin ciddiye alınmayacağını, hatta taciz şikayetleri yüzünden suçlanacaklarını düşünmek çok da saçma değil.

İşyeri de dahil olmak üzere cinsiyet ayrımcılığı, taciz gibi konuların çözümü tabii ki kadın yöneticilere de yer verilmesi basitliğinde değil. Kaldı ki, yöneticiliğe getirilen kadınların da kadın haklarını savunmaya hazır ve istekli olması gerekiyor.

Ancak gene de cevapsız çağrıları, gösterilen iç çamaşırları ve kalem çalıştırma tüyolarını iş hayatının tuzu biberi olarak görmeyen üst düzeyli kadın çalışanların sayısının artırılmasında sonsuz yarar var. (EK/TK)

Açıklama: ... vekili Av. ... tarafından gönderilen Mahkeme kararlarından, ... hakkında yapılan "cinsel tacizde bulunma" suçlamasına ilişkin Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının 2006/48687

sayılı kararı ile kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, bu karara yapılan itirazın da Eyüp 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 200/748 değişik iş sayılı kararı ile red edildiği görülmektedir.

Bu şikayette bulunan kişiler hakkında da "iftira" suç isnadı ile dava açılmış, Bakırköy 13. Asliye Ceza Mahkemesini'nin 2007/761 E sayılı dosyası ile cezalandırılmalarına karar verilmiş, sonrasında da Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 231/5 maddesi uygulanarak, "hükmün açıklanması geri bırakılmıştır."

11. Haberde bahsi geçen havayolu şirketinin genel müdürü, haberin yayımlandığı www.bianet.org sitesinin de aralarında bulunduğu birçok internet haber sitesinde yer alan haber içerikleri nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek internetiçeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

12. İstanbul 7. Sulh Ceza Hâkimliği 23/6/2015 tarihinde haber içeriğine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Gerekçeli karar şöyledir:

"Yayın içerikleri incelendiğinde, belirtilen linklerdeki yayın içeriklerinin her ne kadar haber niteliği taşımakta ise de haberin güncel değerinin kalmadığı, haberin durmasının itiraz edenin ticari itibarını zedelediği ve kişilik haklarını ihlal ettiği anlaşılmakla linklerdeki yayın içeriğine erişimin engellenmesine karar verilerek aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

13. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 8. Sulh Ceza Hâkimliğinin 21/7/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

14. Ret kararı başvurucuya 27/7/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 26/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları için bkz. Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 30/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

18. Başvurucu, şikâyet konusu haberin bir havayolu şirketinde kadın çalışanlara yönelik tacizden ve akabinde yaşanan olaylardan yola çıkılarak yönetici pozisyonlarında kadın çalışan olmasının işyerlerinde kadınlara cinsel tacizin önlenmesindeki önemi ile ilgili olduğunu ifade

etmiştir.Başvurucu, çalışma hayatındaki önemli bir soruna dikkat çekmek amacıyla yapılan bu haberin güncelliğini yitirmesi gerekçe gösterilerek erişimin engellenmesine karar verildiğini hatırlatmıştır. Başvurucuya göre başvuruya konu haberin yayımlanmasında kamu yararı bulunmaktadır, haber gerçek ve günceldir. Başvurucu, haberin özle biçim arasında denge kurularak verildiğini belirtmiş; erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

19. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ifade özgürlüğü ile bireyin şeref ve itibar hakkının dengelendiği bir dizi kararı zikredilmiş; başvuruculların ifade özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibar hakkı arasında -demokratik bir toplumun gerekleri dikkate alınarak- adil bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

20. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"(28) Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

21. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

22. İnternet üzerinden yayın yapan bir haber sitesinde yayımlanan habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

23. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

24. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

25. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır. .

26. Başvuruya konu habere erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

(1) Genel İlkeler

27. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (bkz. §§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

28. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (Ali Kıdık, §§ 55-63). Mahkemeye göre bu usul kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55).

29. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir

(Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

30. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

31. Somut olayda erişiminin engellenmesine karar verilen haber 30/8/2006 tarihinde www.bianet.orgisimli internet haber sitesinde yayımlanmıştır. Haber, çalışma hayatında kadınlara yönelik cinsel taciz sorununu ele almaktadır. Haberde, işyerlerinde yönetici pozisyonunda daha fazla kadın bulunması hâlinde mağdur şikâyetlerinin ciddiye alınması olasılığının artacağı ve taciz vakalarının önüne geçilebileceği iddia edilmekte; bu iddia bir havayolu şirketinde yaşanan olaylar örnek verilerek temellendirilmeye çalışılmaktadır.

32. Habere göre şirketin bazı kadın çalışanları tarafından kendilerine cinsel tacizde bulunduğu belirtilerek havayolu şirketinin genel müdürü olan müşteki hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur. Haberde bu şikâyetin şirketin kadın sahibi tarafından ciddiye alındığı, müştekinin işine son verildiği ve müşteki hakkında hiyerarşik konumunun da etkisiyle çalışanlara yönelik cinsel taciz eyleminde bulunduğu ileri sürülerek savcılığa suç duyurusunda bulunulduğu bilgisine yer verilmiştir. Haberde, işyeri sahibinin kadın olmasının ve kadın haklarını savunmasının çalışanların olay karşısında sessiz kalmayıp şikâyette bulunmalarında teşvik edici bir etken olduğu ifade edilmiştir. Haber; müşteki hakkındaki suç duyurusunun savcılığın kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararıyla sonuçlandığı, şikâyette bulunanlar hakkında iftira suçundan dava açıldığı, yapılan yargılama sonunda davalıların cezalandırılmalarına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği yönündeki açıklamalara yer verilerek sonlandırılmıştır.

33. Söz konusu haberin toplumun önemli sorunlarından biri olan çalışma hayatında kadına yönelik gayriahlaki tutum ve yaklaşımlar ile ilgili olduğu, dolayısıyla kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin yüksek olduğu tartışmasızdır. İş yaşamında cinsel taciz olaylarının süregelen bir toplumsal mesele olduğu, somut olay üzerinden geçen zamanın bu gerçeği değiştirmediği dikkate alındığında bir havayolu şirketinin genel müdürü ile ilgili bazı iddiaların da yer aldığı haberin yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır. Üstelik haberde müşteki hakkında açılan soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararla sonuçlandığı, şikâyette bulunanlarla ilgili ise iftira suçundan ceza verildiği bilgisi de yer almaktadır.

34. Müşteki;haberin gerçeği yansıtmadığını, haber nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 7. Sulh Ceza Hâkimliği müştekinin talebini kabul etmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde; haber niteliği taşımakta ise de yayın içeriğinin güncelliğini yitirmiş olduğu, internet ortamında yer almaya devam etmesinin müştekinin itibarını zedelediği ve kişilik haklarını ihlal ettiği belirtilmiştir.

35. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 29). Buna karşılık somut olayda ilk derece mahkemesi, yayımlanmasının üzerinden dokuz yıl geçen -2006 yılının Ağustos ayından itibaren internet ortamında yer almaya devam eden- haber ile şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriklerinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

36. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık,§ 86).

37. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

38. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

39. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

40. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler ortaya konulmuştur.

41. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan,§§ 57, 58).

42. Mehmet Doğan kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına

hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir, derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan,§ 59).

43. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (Mehmet Doğan,§ 60).

44. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

45. Anayasa Mahkemesi başvurucu tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

46. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeyegönderilmesine karar verilmesi gerekir.

47. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 7. Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/1534 D. İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/10/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 13 Eylül 2018 - Yeni Gün Haber Ajansı Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018, § …)
Başvuru Adı	YENİ GÜN HABER AJANSI BASIN VE YAYINCILIK A.Ş.
Başvuru No	2015/6313
Başvuru Tarihi	6/4/2015
Karar Tarihi	13/9/2018
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Manevi tazminat, Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

YENİ GÜN HABER AJANSI BASIN VE YAYINCILIK A. Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası : 2015/6313)

Karar Tarihi: 13/9/2018

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ

Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş., B. No: 2015/6313, 13/9/2018, § …)
Başvuru Adı	YENİ GÜN HABER AJANSI BASIN VE YAYINCILIK A.Ş.
Başvuru No	2015/6313
Başvuru Tarihi	6/4/2015
Karar Tarihi	13/9/2018

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak/Özgürlük 1: İfade özgürlüğü

Müdahale İddiası 1: İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Manevi tazminat, Yeniden yargılama

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

YENİ GÜN HABER AJANSI BASIN VE YAYINCILIK A. Ş. BAŞVURUSU

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan **:** Burhan ÜSTÜN

Üyeler **:** Serdar ÖZGÜLDÜR

Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Raportör Yrd. **:** Derya ATAKUL

Başvurucu **:**Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş.

Vekili **:** Av. Tora PEKİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/4/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, ulusal ölçekte yayımlanan Cumhuriyet gazetesinin yayımcısıdır.

9. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) tarafından Ocak-Mart 2007 tarihlerine ait üç aylık faaliyet raporu yayımlanmıştır. Anılan raporun 14. sayfasında "Çözümleme Faaliyetleri" başlıklı üçüncü bölümünde "... Grubuna dahil ... A. Ş. ile ... A. Ş.'nin borçlarının yeniden yapılandırılmasına yönelik çalışmalar devam etmektedir."bilgisine yer verilmiştir.

10. Bu raporun yayımlanmasının ardından Cumhuriyet gazetesinin internet sitesinde 28/2/2007 tarihinde "...'na Operasyon"başlıklı bir haber yayımlanmıştır. Haber şöyledir:

"Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), 23 milyon YTL borcu olduğu belirtilen ... Grubu'nun, İstanbul, Ankara, İzmir ve Edirne'deki 8 adresine eşzamanlı olarak operasyonlar düzenledi. TMSF, borcun ödenmemesi halinde haciz konulan malların satılacağını açıkladı."

11. Müşteki, yukarıda yer alan haberin kişilik haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek 29/12/2014 tarihinde haberin yayımlandığı internet sayfasına erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği 30/12/2014 tarihinde talebin reddine karar vermiştir.

12. Müştekinin itirazı üzerine İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği 21/1/2015 tarihinde itirazın kabulü ile haberin içeriğine erişimin engellenmesine kesin olarak karar vermiştir. Kararın gerekçesinde haber içeriğinin talepte bulunanın itibarını zedeleyici, asılsız ve iftira niteliğinde olması nedeniyle yayından kaldırılması gerektiği belirtilmiştir.

13. Anılan karar başvurucuya 5/3/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 6/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

14. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları için bkz. Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

15. Mahkemenin 13/9/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

16. Başvurucu;

i. Erişimiengellenen haberde ticari bir gruba yönelik haciz hakkında bilgi verildiğini, başka herhangi bir bilgi veya yorum bulunmadığını ifade etmiştir. Haberin TMSF raporuna dayandığını ve gerçek olduğunu, erişimin engellenmesini gerektirecek yasal koşulların oluşmadığını, yayın yasağı kararının ölçüsüz olduğunu belirterek ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini,

ii. Derece mahkemeleri tarafından verilen kararların gerekçesiz olduğunu belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini,

iii. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının a bendinde yapılan değişiklik ile sulh ceza hâkimlerinin birbirlerinin kararlarına yapılan itirazları incelemeye yetkili kılındığını, itirazların üst mahkemede değil numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğinde karara bağlanmasının Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

17. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiası da ifade ve basın özgürlükleri kapsamında incelenmiştir.

18. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"(28) Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

19. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

20. Ulusal ölçekte yayın yapan gazeteninin internet sitesinde yayımlanan habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu Mahkeme kararı ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahalede bulunulmuştur.

21. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

22. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

23. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır. .

24. Başvuruya konu habere erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

(1) Genel İlkeler

25. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (§§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

26. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (Ali Kıdık, §§ 55-63). Mahkemeye göre bu usul, kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55).

27. Anayasa Mahkemesi başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir

(Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

28. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

29. Somut olayda erişimin engellenmesine karar verilen haber28/2/2007 tarihinde gazetenin internet sitesinde yayımlanmıştır. Haber; müştekinin yüksek miktarda borcunun bulunduğuna, bu borcun ödenmemesi hâlinde TMSF tarafından başvurucunun haciz konulan mallarının satılacağına yönelik iddiadan ibarettir. Başvurucu, anılan haberin TMSF tarafından yayımlanan Ocak-Mart 2007 tarihlerine ait üç aylık faaliyet raporuna dayanılarak yapıldığını belirtmiştir.

30. Müşteki28/2/2007 tarihinde yayımlanan bu haber nedeniyle itibarının zedelendiğini ileri sürerek 29/12/2014 tarihinde internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği müştekinin talebini reddetmiş ancak müştekinin bu karara yaptığı itiraz İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından kabul edilmiştir. Mahkeme, itirazın kabulünün gerekçesi olarak haberin müştekinin itibarını zedeleyici, asılsız ve iftira niteliğinde olmasını göstermiş; daha ileri bir değerlendirmede bulunmamıştır.

31. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 27). Buna karşın somut olayda ilk derece mahkemesi, yayımlanmasının üzerinden yaklaşık sekiz yıl geçen haber ile şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriğinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

32. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık,§ 86).

33. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

34. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

35. Başvurucu, sulh ceza hâkimliği tarafından verilen erişimin engellenmesi kararına itirazın üst mahkemede değil numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğinde karara bağlanmasının Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmişse de başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği yönünde yukarıda yer verilen tespitler ışığında anılan iddiasının bu aşamada değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

36. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

37. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

38. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan,§§ 57-58).

39. Mehmet Doğan kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan,§ 59).

40. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin

sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (Mehmet Doğan,§ 60).

41. Başvurucu, ihlalin tespiti ile manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

42. Anayasa Mahkemesi başvurucu tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

43. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeyegönderilmesine karar verilmesi gerekir.

44. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvurucunun bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmekle birlikte başvurucunun muhatap olduğu yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla eski hâle getirme kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 4.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

45. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyuve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyuve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/339 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 4.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 13/9/2018tarihinde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Erişimin engellenmesi kararının salt çekişmesiz bir dava sonucu verilmesinin yasa koyucunun takdir hakkına giren bir konu olduğu, şeref ve itibara yönelik saldırıların ivedilikle bertaraf edilmesi ve korumasız kalmaması amacıyla öngörülen bu sistemin tek başına ifade özgürlüğünü (ve/veya basın özgürlüğünü) ihlâl ettiği varsayımının yarışan haklar arasından birine daima öncelik tanınması gibi bir sonuca yol açacağı, "… diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu…" ve bu nedenle erişimin engellenmesi talebinde bulunanın bu yollara başvurabileceği şeklindeki çoğunluk görüşünün, erişimi engellenen yönünden de geçerli olduğu ve öncelikle onun bu hukuki yollara başvurması gerektiği, dolayısiyle bu yollara gidilmeden yapılan bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR

Anayasa Mahkemesi - 12 Eylül 2018 - AA Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(A.A., B. No: 2014/7244, 12/9/2018, § …)
Başvuru Adı	A.A.
Başvuru No	2014/7244
Başvuru Tarihi	26/5/2014
Karar Tarihi	12/9/2018

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bir gazetenin internet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahalelere ilişkin özelleştirilmemiş iddialar

Sonuç: Başvuru Yollarının Tüketilmemesi

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

A.A. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/7244)

Karar Tarihi: 12/9/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: A.A.

Vekili : Av. Şevket TUTULMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir gazetenin internet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/5/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Ulusal çapta yayın yapan Yeni Asır gazetesinin 19/4/2001, 17/5/2001 ve 13/10/2001 tarihli nüshalarında bir cinayet olayı ile bu olaya yönelik ceza yargılaması hakkında haber yapılmıştır. Bu haberler söz konusu gazetenin internet haber arşivinde erişilebilir durumdadır.

8. 19/4/2001 tarihli haberde, söz konusu cinayet olayına ilişkin savcılık tarafından hazırlanan iddianame ile ceza davasının ilk duruşmasına yönelik bilgiler aktarılmıştır. İddianamede yer alan zanlı ifadelerinin aktarıldığı habere göre bir devlet hastanesinin eski başhekimi, eşi ile ilişkisi olduğu öne sürülen yeğeni olan başvurucuyu öldürtmek için kiralık katil tutmuş; kiralık katilin başvurucu yerine yanlışlıkla başkasını öldürmesi üzerine başhekim tutuklanmıştır. Haberde, duruşma esnasında yaptığı savunmada başhekimin başvurucunun eşine tacizde bulunduğunu ancak başvurucuyu öldürtmeyi aklından bile geçirmediğini anlattığı belirtilmiştir.

9. 17/5/2001 tarihli haberde, başvurucunun ikinci duruşmada Mahkeme heyetince alınan beyanı aktarılmıştır. "Kiralık katile öldürtülmek istenen yeğen A.A., ilk kez ifade verdi."başlığıyla yayımlanan haberde, başvurucunun yengesiyle ilgili kendisine yöneltilen iddiaları reddettiği; amcasıyla arasında bir iftiradan kaynaklı olarak husumet oluştuğunu beyan ettiği bildirilmektedir.

10. 13/10/2001 tarihli haberde yaşanan olay tekrar kısaca anlatılarak Mahkemece yapılan 6. duruşmaya ilişkin bilgilere ve kiralık katil olduğu iddia edilen kişinin savunmasına yer verilmiştir.

11. Başvurucu, bu haberlerin gazetenin internet haber arşivinde yayımlanmaya devam etmesi nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek internet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

12. Denizli 5. Sulh Ceza Mahkemesi 15/4/2014 tarihinde başvurucunun talebini reddetmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde yazı içeriklerinin haber değeri taşıdığı, başvurucunun kişilik haklarının ihlaline yönelik herhangi bir hakaret ve incitici ibareye yer verilmediği belirtilmiştir.

13. Başvurucunun bu karara yaptığı itiraz Denizli 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 2/5/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

14. Karar başvurucuya 6/5/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 26/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

15. Somut başvurunun çözümlenmesinde dayanak alınan tüm ulusal ve uluslararası kaynaklar için C.K. ([GK] B. No: 2014/19685, 15/3/2018, §§ 16-17) ve Ali Kıdık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 22-29) kararlarına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 12/9/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu, bir cinayet olayına ilişkin ceza yargılaması esnasında alınan sanık savunmalarına dayalı olarak hakkında haber yapıldığını iddia etmiştir. Başvurucu, gerçeği yansıtmayan savunmalara yer veren bu haberlerin ilgili yayın kuruluşunun internet sitesinin arşiv bölümlerinde yer almaya devam ettiğini; haber içeriğinin yayından kaldırılması yönündeki taleplerinin yargısal makamlar tarafından reddedilmesi nedeniyleözel hayatın gizliliği ile şeref ve itibarın korunması haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, hakkında yayımlanan haberlerin internet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğinden şikâyet etmektedir. Başvurucunun bu şikâyeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir.

19. Anayasa Mahkemesi, C.K. kararında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesine dayanan içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi yolunun internet ortamında uzun süre erişilebilir kalan yayınlar nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına yönelik etkili bir başvuru yolu olup olmadığını incelemiştir.

20. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine dayanan internet içeriğine erişimin engellenmesi yolu kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, §§ 55, 56; C.K., § 29).

21. Bir koruma tedbiri niteliğinde olan internete erişimin engellenmesi kararı çekişmesiz yargı işlerindendir ve bu nedenle de hâkim kararını dosya üzerinden, delil toplamaksızın, sınırlı bir inceleme ile vermektedir. Bu nedenle de karar ile ifade özgürlüğüne müdahale edilecek kişiler veya temsilcileri silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamaktadır. Dahası 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet erişiminin engellenmesi kararından sonra kararın geri alınmasına ilişkin mekanizmalar öngörülmemiştir ve bazı durumlarda erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu tedbirin internet kullanıcılarını engellenen içeriğe belirsiz bir süreyle erişmekten alıkoyma potansiyeli vardır (Ali Kıdık, §§ 59, 60; C. K., §§ 31, 32).

22. Dolayısıyla çekişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkündür.

Böyle durumlarda ilk bakışta ihlal doktrini internet ortamında yapılan yayınlara karşı kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır (Ali Kıdık, §§ 62, 63, C. K., § 33).

23. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan usulün işletilebilmesi için içeriğin internet ortamında uzun süredir erişilebilir olmasının tek başına yeterli bir neden oluşturmadığı sonucuna varmıştır (C. K., § 41).

24. Bununla birlikte Mahkeme; internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayın içeriğinin internet ortamında uzun süre erişilebilir kalması hâlinde başvurucu bakımından toplumda sürekli olarak bir ön yargının ve özel hayatına müdahalenin oluşması ihtimalini de göz ardı etmemiştir. Anayasa Mahkemesi bu tür durumlarda çelişmeli dava yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu sonucuna varmıştır (C. K., §§ 34-37).

25. Somut olayda başvurucunun şikâyetine konu olan yayınlar internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberlerdir. 2001 yılına ait haberler bir cinayet olayı ve bu olaya yönelik ceza yargılaması hakkındadır. Haberlerde bir Devlet Hastanesinin eski Başhekiminin, eşi ile ilişkisi olduğu öne sürülen başvurucuyu öldürtmek için kiralık katil tuttuğuna, kiralık katilin başvurucu yerine yanlışlıkla başkasını öldürdüğüne yönelik iddianamede yer alan olaylar ve yargılama süreci hakkında bilgilere yer verilmiştir.

26. Başvurucu 2014 yılında, 2001 yılında yapılan bu haberlere erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Başvurucunun kişisel verilerin işlenme amacının dışında kullanıldığına yönelik bir şikâyeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucu, yayın içeriğinin internet ortamında uzun süre erişilebilir kalması nedeniyle şeref ve itibarına yapılan müdahalenin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereği çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir.

27. Başvurucunun ortaya çıktığını iddia ettiği zararın giderimi için uyuşmazlığın esasına dair ve somut başvuru açısından koşullara göre sulh ceza hâkimliklerinin görevinde bulunan içeriğin yayından çıkarılması dışındaki daha etkili diğer koruma yollarına başvurmadığı anlaşıldığından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

28. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin başvuru yollarının tüketilmemesinedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvuru yollarının tüketilmemesinedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 12/9/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 18 Temmuz 2018 - Miyase İlknur ve Diğerleri Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Miyase İlknur ve diğerleri, B. No: 2015/15242, 18/7/2018, § …)
Başvuru Adı	MİYASE İLKNUR VE DİĞERLERİ
Başvuru No	2015/15242
Başvuru Tarihi	31/8/2015
Karar Tarihi	18/7/2018
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	25/9/2018 - 30546
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** Başvuru Yollarının Tüketilmemesi **Hak:** İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Manevi tazminat, Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MİYASE İLKNUR VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/15242)

KararTarihi: 18/7/2018

R.G. Tarih ve Sayı: 25/9/2018 - 30546

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör Yrd: Derya ATAKUL

Başvurucular: 1. Miyase İLKNUR

2. Oğuz GÜVEN

3. Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş.

Vekili : Av. Tora PEKİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yer alan bir habere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 31/8/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir.Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu Oğuz Güven, olayların meydana geldiği tarihte, ulusal ölçekte yayın yapan gazetenin internet sitesinin yayın yönetmeni; başvurucu Miyase İlknur, içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilen haberin yazarı olan gazetecidir. Başvurucu Yeni Gün Haber Ajansı da Cumhuriyet gazetesinin ve internet sitesinin yayımcısıdır.

10. Bahse konu internet sitesinde 16/3/2015 tarihinde başvurucu Miyase İlknur tarafından kaleme alınan "İşte 'Merkez Evler'in Çok Özel Malikleri" başlıklı bir haber yayımlanmıştır. Haberde, inşaatı İstanbul Büyükşehir Belediyesine bağlı bir şirket tarafından üstlenilen projeden bazı siyasetçiler ile bürokratların ev satın aldığı ileri sürülmüştür.Haberin ilgili kısmı şöyledir:

"Topkapı'da nakliyat ambarlarının bulunduğu arazide dönüşecek bir yapılaşma bulunmamasına karşın AKP'li belediye bu alanı "kentsel dönüşüm" kapsamına alarak "akıllı evler" olarak tanımlanan lüks konutlar yaptı. Kentsel dönüşüme uğrayan alanlarda öncelikli amaç o alanda binası bulunan yurttaşları konut sahibi yapmaktı. Malum arazide dönüştürülecek konut olmadığı için olsa gerek AKP'li siyasiler ve bürokratlar kendi mal varlıklarını dönüştürerek birer ikişer akıllı ev sahibi oldular. Üstelik bu evleri de "prestijli satış" adı altında maliyetine satın aldılar. Topkapı Merkez Evler'de kimlerin konutu yok ki?

...

Mülkiye başmüfettişiyken Adapazarı'nda arsa alımı ile ilgili dönemin Büyükşehir Belediye Başkanı T. E. ile ... A. Ş. yönetimi hakkında "soruşturmaya gerek yok" diyerek dosyayı kapatan Vali H. A. C. de ucuz fiyatlı daireleri görünce coşup bir daire almış. H. A. C.'nin dairesi kendisi, annesi ve babası üzerine yani 3 hisseli bir daire.

...

Evlerin yapıldığı Topkapı Evleri Zeytinburnu Belediyesi sınırları içerisinde bulunuyor. İmar planları Zeytinburnu Belediyesi'nde onaylandığı için bu belediyenin başkan, bürokrat ve meclis üyeleri de pas geçilmemiş elbet.

...

Gazeteci şüpheciliği işte...

Bu arada siteden ev alan birçok kişinin soyadı bize İBB'nin üst düzey bürokratlarını ve AKP yöneticilerini anımsattı nedense. Belki de akrabalıkları yoktur. Bizimki gazeteci şüpheciliği. ... Belki de soyadı benzerliğidir kim bilir?

... A. Ş.'ye oturan köşeyi dönüyor

... A. Ş. Genel Müdür İ. Y. ve yardımcılarının mal varlığına ilişkin gazetemizde yer alan Miyase İlknur'un haberlerinin yayımlanmasının ardından birçok yazar ve gazete habere atıfta bulundu. Haber sosyal medyada en fazla tartışılan, konuşulan gündem maddelerinden biri oldu.

..."

11. Haberde bahsi geçen Vali (başvuru konusu olayda müşteki)çoklu ortaklık ile mülkiyetini edindiği daireyi herkes için belirlenen genel fiyat listesi üzerinden, her vatandaşa tanınan hak çerçevesinde satın aldığını, herhangi bir imtiyaz elde etmediğini, satın aldığı dairenin edinildiği bedelin kayıtlarda mevcut olduğunu, bu bedelin rayiç bedelin altında olmadığını, daireyi hangi şartlarda ve nasıl satın aldığını belgelerle ispat edebilecek durumda olduğunu, gerçeği yansıtmayan haberin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunu ileri sürerek internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

12. Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliği 9/6/2015 tarihinde haber içeriğine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Gerekçeli kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Somut olayımız irdelendiğinde dava dilekçesinde belirtilen ve dökümü yapılarak dilekçeye eklenen internet ortamında yapılan talebe konu yayının içeriği incelendiğinde; masumiyet karinesi ve kişinin lekelenmeme hakkına aykırı olarak haber verilip kamuoyunun bilgilendirilmesi sınırı aşılarak kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelikte olduğu kanaatine varılmakla 5651 Sayılı Kanuna göre Hakimliğimizin görev alanı dikkate alınarak dilekçede belirtilen internet sitesindeki başvuran H. A. C. ile ilgili yayına erişimin engellenmesine dair aşağıdaki yazılı hüküm tesis edilmiştir."

13. Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin kararında erişimin engellenmesi talebinin muhatabı olarak gösterilen başvurucular Oğuz Güven ve Miyase İlknur'un anılan karara itirazı Sakarya 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 21/7/2015 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

14. Ret kararı başvuruculara 30/7/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucular 31/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları için bkz. Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 21-29.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 18/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

18. Başvurucular;

i. Erişimi engellenen yazıların hakaret içermediğini, erişimin engellenmesini gerektirecek yasal koşulların oluşmadığını, yazılardaki haberlerin gerçek olduğunu, yayımlanmasında kamu yararı bulunan gerçek ve güncel haberlerin özle biçim arasında denge kurularak verildiğini iddia etmişlerdir. Kentsel dönüşüm politikasının amacı dışında kullanıldığınınkamuoyuna duyurulmasında üstün kamu yararı bulunduğunu, haberin kamuoyundan tümüyle saklanması anlamına gelen erişimin engellenmesi kararını vermek için toplumsal ihtiyaç baskısı bulunmadığını belirterek ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

ii. Derece mahkemeleri tarafından verilen kararların gerekçesiz olduğunu belirterek gerekçeli karar haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

iii. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının a bendinde yapılan değişiklik ile sulh ceza hâkimlerinin birbirlerinin kararlarına yapılan itirazları incelemeye yetkili kılındığını, itirazların üst mahkemede değil numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğinde karara bağlanmasının Anayasa'nın 26., 28., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

19. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ifade özgürlüğü ile bireyin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkının dengelendiği bir dizi kararı zikredilmiş; başvuruculaların ifade özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkı arasında demokratik bir toplumun gerekleri dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir.

20. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında esas itibarıyla başvuru dilekçelerindeki iddialarını yinelemişler; başvurularının Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık kararında ortaya konulan ilkeler kapsamında değerlendirilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

21. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

"Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucuların gerekçeli karar haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiası da ifade ve basın özgürlükleri kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (İsmail Buğra İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17).

24. Somut olayda başvurucu Yeni Gün Haber Ajansının hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yolları tüketmeksizinbireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

25. Açıklanan gerekçelerle başvurunun üçüncü başvurucu yönünden diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin başvuru yollarının tüketilmemesinedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

26. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

27. Ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenininternet sitesinde yayımlanan habere erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı ile başvurucuların ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale yapılmıştır.

28. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

29. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

30. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır. .

31. Başvuruya konu habere erişimin engellenmesine ilişkin kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

(1) Genel İlkeler

32. Somut olaya uygulanan genel ilkelerin geniş anlatımı için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (§§ 41-67) kararına bakılabilir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

33. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (Ali Kıdık, §§ 55-63). Mahkemeye göre bu usul, kanun koyucunun internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır; dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55).

34. Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasını ancak bir görünüşte haklılık veya ilk bakışta (prima facia) haklılık varsa meşru kabul etmekte ve bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin

daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir

(Ali Kıdık, §§ 62, 63).

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

35. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmayan hâllerde kişilik haklarının korunması için genel hukuk ve ceza yollarına başvurulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

(4) İlkelerin Olaya Uygulanması

36. Somut olayda erişimin engellenmesine karar verilen haber 16/3/2015 tarihinde gazetenin internet sitesinde yayımlanmıştır. Haber, İstanbul Büyükşehir Belediyesinin bir şirketi tarafından kentsel dönüşüm kapsamında yapıldığı iddia edilen lüks konutlarla ilgilidir. Haberde, bu konutları maliyeti fiyatına satın aldığı iddia edilen birçok siyasetçinin ve bürokratın isimleri açık olarak zikredilmiştir. Haberde müştekinin de anılan konutlardan satın aldığı ileri sürülerek mülkiye başmüfettişi olduğu dönemde bahsi geçen belediye şirketi hakkında soruşturmaya gerek olmadığı yönünde rapor hazırladığı ve dosyayı kapattığı iddiasına yer verilmiştir.

37. Söz konusu haber, iktidarda bulunan partinin politikalarını ve uygulamalarını eleştirel bir üslupla ele aldığı bilinen ve ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesinde yayımlanmıştır. Haber, kentsel dönüşüm politikasının amacı dışında yapıldığı iddia edilen bir proje kapsamında satışa çıkarılan konutların bazı bürokratlar ile siyasetçilere maliyeti fiyatına satıldığı iddiası ile ilgilidir. Haberde bu konutlardan satın alan kişiler arasında o dönem bir ilin valisi olan müşteki de gösterilmektedir. Haberde müştekinin konutları yapan belediye şirketine yönelik olarak daha önce yapılan bir denetimde şirket hakkında soruşturma yapılmasına gerek olmadığı yönünde rapor hazırlamış olması ile bu şirketin yaptığı konutlardan satın alması arasında bir bağ kurulmaya çalışılmıştır.

38. Söz konusu haberin kamu kaynaklarının kullanımı ile ilgili olduğu, dolayısıyla kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin yüksek olduğu tartışmasızdır. Buradan çıkan sonuca göre haberde bir ilin valisi olan müşteki ile ilgili bazı iddiaların yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

39. Müşteki;haberin gerçeği yansıtmadığını, haber nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliği müştekinin talebini kabul etmiştir. Mahkeme, kararın gerekçesi olarak haberin masumiyet karinesi ve kişinin lekelenmeme hakkına aykırı olarak verilmiş olmasını göstermiştir. Kararda, kamuoyunun bilgilendirilmesi sınırının aşıldığı haberin kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici nitelikte olduğu belirtilmiştir.

40. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 34). Buna karşın somut olayda ilk derece mahkemesi, şeref ve itibara yapıldığı ileri sürülen saldırının çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriklerinin incelenmesinden de 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durumun bulunmadığı görülmektedir.

41. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da her zaman sahiptir (Ali Kıdık,§ 86).

42. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çelişmeli bir yargılama olmaksızın süresiz olarak etki gösteren tedbir mahiyetinde internete erişimin engellenmesi kararı verilmesi için gösterilen gerekçeler ilgili ve yeterli kabul edilemez.

43. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

44. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

45. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağının belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

46. Mehmet Doğan kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (Mehmet Doğan,§§ 57-58).

47. Mehmet Doğan kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (Mehmet Doğan,§ 59).

48. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin

sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin, hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlali, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (Mehmet Doğan,§ 60).

49. Başvurucular, ihlalin tespiti ile manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

50. Anayasa Mahkemesi başvurucular tarafından yayımlanan haberin içeriğine erişimin engellenmesine karar verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediği ve bu nedenle başvurucuların ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

51. Bu durumda ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un **50.** maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeyegönderilmesine karar verilmesi gerekir.

52. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvurucuların bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Üstelik ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmekle birlikte başvurucuların muhatap olduğu yargısal süreç devam etmektedir. Dolayısıyla eski hâle getirme kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için ifade özgürlüğünün ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruculara müştereken net 4.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

53. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucular Oğuz Güven ve Miyase İlknur'a müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Başvurunun başvurucu Yeni Gün Haber Ajansı yönünden "başvuru yollarının tüketilmemesi" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvurucular Oğuz Güven ve Miyase İlknuryönünden KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin başvurucular Oğuz Güven ve Miyase İlknur yönündenİHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Sakarya 1. Sulh Ceza Hâkimliğine (2015/1193 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucular Oğuz Güven ve Miyase İlknur'a müştereken net 4.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226.90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucular Oğuz Güven ve Miyase İlknur'a MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Başvurucu Yeni Gün Haber Ajansı tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde BIRAKILMASINA,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucuların Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 18/7/2018tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 17 Temmuz 2018 - Hakan Gençosmanoğlu Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Hakan Gençosmanoğlu, B. No: 2015/6351, 17/7/2018, § …)
Başvuru Adı	HAKAN GENÇOSMANOĞLU
Başvuru No	2015/6351
Başvuru Tarihi	9/4/2015
Karar Tarihi	17/7/2018

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, salt karinelerden yararlanılmak suretiyle mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle masumiyet karinesinin; kesin nitelikte adli para cezası verilmesi nedeniyle iki dereceli yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Masumiyet karinesi

Müdahale: Masumiyet karinesine ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Hak: Diğer haklar

Müdahale: Ceza davalarında temyiz hakkına ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları (7 No.'lu Protokol)

Sonuç: Konu Bakımından Yetkisizlik

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 2, 4

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

HAKAN GENÇOSMANOĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/6351)

Karar Tarihi: 17/7/2018

HAKAN GENÇOSMANOĞLU BAŞVURUSU

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Serdar ÖZGÜLDÜR

Üyeler: Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör: Tuğçe TAKCI

Başvurucu: Hakan GENÇOSMANOĞLU

Vekili : Av. Ahmet KARADAĞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, salt karinelerden yararlanılmak suretiyle mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle masumiyet karinesinin; kesin nitelikte adli para cezası verilmesi nedeniyle iki dereceli yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 9/4/2015tarihinde yapılmıştır.

3. Başvurular, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

6. Eczacı olan başvurucunun sahibi olduğu web sitesinde iki üye tarafından yapılan hakaret içerikli yorumlar nedeniyle müştekiler şikâyetçi olmuşlardır.

7. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 10/7/2013 tarihli iddianamesiyle 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen

içerik sağlayıcının sorumlu olduğuna dair düzenleme gereğince başvurucu hakkında ileti yoluyla hakaret suçuna iştirak ettiği isnadıyla kamu davası açılmıştır.

8. Başvurucu; Mahkeme önündeki savunmasında websitesinin sahibi olduğunu, yazının sitenin okurlarından birisi tarafından yazıldığını ve kendisi tarafından uygun görülmediği için yayından kaldırıldığını, suçlamayı kabul etmediğini belirtmiştir.

9. Ankara 33. Asliye Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 10/3/2015 tarihli kararıyla başvurucu hakkında 1.740 TL adli para cezasına kesin olarak hükmetmiştir. Gerekçeli kararın ilgili kısmı şöyledir:

"... İddia, katılanların beyanı, sanıkların savunmaları ile tüm dosya kapsamına göre; "E-Gazete Eczacının Sesi" isimli sitenin forum bölümünde 02/01/2013 tarihinde SGK sisteminin çalışmamasından bahsedilerek çeşitli yorumlar yapıldığı, [H.M.K.nin] "[E.Ç.] VE [H.] A.A.S. OHHH RAHATLADIM" şeklinde yazarak yorumda bulunduğu, [S.Ç.nin] ise "[M.] BEY BİRAZ ÇABUK OLURSANIZ DAHA SIRADA EN AZ 20 BİN ECZ VE 40 BİN ECZ TEK.BEKLİYOR:))))))))))" şeklinde yorum yaptığı, yapılan yayınların gazete ve internet sitesi ile gerçekleştirilmesinde aleniyet unsurunun gerçekleştiği, yorum içeriklerinde sanıklar [S.Ç.] ve [H.M.K.] tarafından kullanılan cümleler ve yorumlarda, belli olaylar yükleme niteliği getirilerek, eleştiri ve tenkit sınırlarının aşılmak suretiyle kişilik haklarına tecavüz edildiği, yazıların hukuka aykırı tanımlamalarla düşünsel bağın bozulması suretiyle düşünce açıklama özgürlüğünün dışına çıkılarak haksız isnat ve iddiası imkansız yargılarla hareket edildiği, sanık Hakan Gençosmanoğlu'nun [başvurucu] eyleminin ise 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlene Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4/1 maddesinde belirlenen "İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur" hükmü açısından değerlendirmekle hakaret içerikli yayınları derhal kaldırmamak suretiyle suça iştirak ettiği, böylece sanıkların atılı hakaret suçunu işle[diği sonucuna varılmıştır.]"

10. Başvurucu vekili 10/3/2015tarihinde kararı tefhim etmiştir.

11. Başvurucu 9/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

12. 5651 sayılı Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri"

13. 5651 sayılı Kanun'un "İçerik sağlayıcının sorumluluğu" kenar başlıklı 4. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur."

B.Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

14. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Kendisine bir suç isnat edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

15. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), suçluluk karinelerine ve ispat yüküne ilişkin olarak ilkeler belirlemiştir. AİHM'e göre Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında korunan masumiyet karinesi (a) mahkemelerin kişinin suç işlediği varsayımından başlamamalarını, (b) ispat yükünün iddia makamına ait olmasını ve (c) her türlü şüpheden sanığın yararlandırılmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda ispat yükümlülüğünün iddia makamından savunmaya devredilmesi kural olarak masumiyet karinesi ihlal edecektir (Telfner/Avusturya, B. No: 33501/96, 20/3/2001, § 15).

16. AİHM; Salabiaku/Fransa (B. No: 10519/83, 7/10/1988) kararında fiilî veya hukuki karinelerin her hukuk sisteminde bulunabileceğini, Sözleşme'nin kural olarak bu karineleri yasaklamadığını ifade etmiştir. Ancak AİHM, taraf devletlerin ceza kanunlarıyla ilgili olarak bu meselede belli sınırlar içinde kalması gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM'e göre 6. maddenin (2) numaralı fıkrası, sadece mahkemeler tarafından usul kurallarının uygulanması sırasında saygı göstermekten ibaret bir güvence içermemektedir. Dahası 6. maddenin (2) numaralı fıkrasında geçen "hukuka uygun olarak" ibaresi iç hukuka referansla yorumlanamaz. Bu şekildeki bir yorum, yasama organının mahkemelerin doğal değerlendirme yetkisini kaldırma ve masumiyet karinesini özünden yoksun bırakma hususunda serbest olması sonucunu doğuracaktır. Böylesi bir durumun adil yargılanma hakkını ve özellikle masum sayılma hakkını koruma altına almak suretiyle hukuk devletinin temel bir ilkesini güvenceye bağlayan 6. maddenin amaç ve hedefleriyle uzlaştırılması mümkün değildir. Bu nedenle 6. maddenin (2) numaralı fıkrası, ceza kanunlarında düzenlenen hukuki ve fiilî karinelere de kayıtsız değildir. Söz konusu fıkra, devletlerin bu karineleri ihtilaf

konusu meselenin önemini dikkate alan ve savunma tarafının haklarını gözeten makul çerçevelerle sınırlamasını gerektirir (Salabiaku/Fransa, § 28).

17. AİHM, Sözleşmeci devletlerin ceza kanunlarına karine dercederken davanın konusunun önemi ile savunma tarafının hakları arasında adil bir denge kurma yükümlülüğü altında bulunduklarını ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle AİHM'e göre başvurulan araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir orantının var olması gerekir (Janosevic/İsveç, B. No: 34619/97, 23/7/2002, § 101).

18. AİHM, Pham Hoang/Fransa (B. No: 13191/87, 25/9/1992) başvurusunda varsayıma dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilmesinin masumiyet karinesini ihlal ettiğine ilişkin şikâyeti değerlendirmiştir. Olayda yasa dışı yollardan uyuşturucu madde ithal etme ve gümrük kaçakçılığı yapma suçlarından verilen mahkûmiyet kararının ilgili gümrük mevzuatında öngörülen kaçak malları mülkiyetinde bulunduran kişinin gümrük kaçakçılığı suçundan sorumlu tutulacağı yönündeki karineye dayandırıldığı ileri sürülerek masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. AİHM yaptığı değerlendirmede, başvurucunun savunma araçlarından tamamıyla mahrum bırakılmadığının ve aleyhine yüklenen karinenin aksi ispat edilemez türden olmadığının altını çizmiştir (Pham Hoang/Fransa, § 34). AİHM; Fransız derece mahkemelerinin karar verirken maddi olayı dikkatli bir şekilde değerlendirdiklerini, dava dosyasında bulunan delilleri temel alarak mahkûmiyet kararı verdiklerini, ilgili mevzuatta yer alan karinelere otomatik bir şekilde dayanmaktan kaçındıklarını belirtmiş ve bu nedenle şikâyet konusu olayda masumiyet karinesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır (Pham Hoang/Fransa, § 36).

19. AİHM Radio France ve diğerleri/Fransa (B. No: 53984/00, 30/3/2004) başvurusunda, yapılan bir radyo yayını nedeniyle yayın müdürünün yapılan yayını kontrol etme görevi nedeniyle asli sorumlu tutularak mahkûm edilmesini masumiyet karinesine aykırı bulmamıştır. AİHM'e göre yargılamayı yapan mahkeme tarafından titizce inceleme yapılması ve sanığa savunma imkânı tanınması hâlinde yayın müdürünün sorumluluğuna dair karine makul sınırlar içinde kalmaktadır (Radio France ve diğerleri/Fransa,§ 24)

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 17/7/2018tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Masumiyet Karinesinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

21. Başvurucu, sahibi olduğu internet sitesinin forum sayfasında iki üye tarafından yapılan hakaret içerikli yorumları fark ettiği anda silmesine rağmen derhâl kaldırmayarak hakaret fiiline iştirak

ettiği gerekçesiyle haksız olarak mahkûmiyet kararı verildiğini ve mahkemece cezai sorumsuzluk hâlini düzenleyen ilgili kanun maddesinin gözetilmediğini ileri sürmüştür.

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının masumiyet karinesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

23. Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz." şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan maddeye adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir (Adem Hüseyinoğlu, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33).

24. Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır (AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013). Anılan karine, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti asıl olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

25. Sanık masumiyet karinesi gereği suçsuz sayıldığı için yargılama yapılmakta ve maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmaktadır. Maddi gerçeğe ulaşmak için suç isnadı altında olan kişiden masum olduğunu ispat etmesi istenemez. Çünkü suç isnadı altında da olsa kişi, hükmen sabit oluncaya kadar suçsuz kabul edilmektedir (Adem Hüseyinoğlu, § 35).

26. Masumiyet karinesi kapsamında yer alan ve iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralı, Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte genel

anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiilî varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi masumiyet karinesine aykırılık taşımaz (AYM, E.2013/38, K.2014/58, 27/3/2014). Ancak suç isnadını içeren karinenin aksinin başvurucu tarafından yargılama sırasında ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre verebilmesi, bir başka ifadeyle karinelerin kişiyi otomatik olarak suçlu hâline getirmemesi gerekir. Karineler, masumiyet karinesini ihlal eder boyuta ulaşmamalı ve suç isnadı altındaki kişi savunma imkânlarından yararlandırılmalıdır (Adem Hüseyinoğlu, § 36).

27. Anayasa Mahkemesi, bir uyuşmazlık hakkında derece mahkemelerince verilen kararları maddi vakıa ve hukuki yönden incelemekle görevli değildir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki görevi, yargılamanın usul kurallarına uygunluğunu denetlemek değil masumiyet karinesi kapsamındaki güvencelerin somut olayda ihlal edilip edilmediğini denetlemektir (Adem Hüseyinoğlu, § 37).

28. Somut olayda Mahkemece başvurucunun mahkûmiyetine karar verilirken karinelere dayanılmamış, başvurucunun hakaret içerikli paylaşımı derhâl fark edip web sitesinden kaldırmamasından başvurucunun hakaret suçuna iştirak ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, başvurucuyu site sahibi olmasından ötürü değil içerikleri kaldırmamaktan ötürü suçlu bulmuştur. Diğer yandan başvurucu, ilk derece mahkemesi önünde savunma imkânından yararlandırılmıştır (bkz. § 8). Sonuç olarak yargılamaya ve gerekçeye bir bütün olarak bakıldığında masumiyet karinesine yönelik bir ihlalin bulunmadığının açık olduğu anlaşılmaktadır.

29. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. İki Dereceli Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

30. Başvurucu, adli para cezasını içerir kesin nitelikli karara karşı herhangi bir itiraz veya temyiz yolunun bulunmaması nedeniyle iki dereceli yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Anayasa’nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereği Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak

ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

32. Sözleşme'ye ek 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı tanınmış ise de başvuruya konu ihlal iddiası tarihi itibarıyla anılan Protokol yürürlüğe girmemiştir. Dolayısıyla ceza mahkemesi nezdinde iki dereceli yargılanma hakkı ihlal iddiası tarihi itibarıyla Sözleşme'nin ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir (Benzer yöndeki karar için bkz. Mahir Akarsu (Araslı), B. No: 2012/1096, 20/2/2014, §§ 42-45).

33. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. İki dereceli yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın konu bakımından yetkisizlik nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 17/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 19 Nisan 2018 - Kemal Gözler (1) Başvurusu

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Kemal Gözler, B. No: 2014/5232, 19/4/2018, § …)
Başvuru Adı	KEMAL GÖZLER
Başvuru No	2014/5232
Başvuru Tarihi	10/4/2014
Karar Tarihi	19/4/2018
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, internet ortamında yayımlanan kitabın bazı bölümleri hakkında içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İfade özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEMAL GÖZLER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5232)

Karar Tarihi: 19/4/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Recai AKYEL

Raportör: Dr. Yunus HEPER

Başvurucu: Kemal GÖZLER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet ortamında yayımlanan kitabın bazı bölümleri hakkında içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, anayasa ve idare hukuku alanında akademisyendir.

10. Başvurucu, 2004 yılının Nisan ayından beri faaliyette olan "Türk Anayasa Hukuku Sitesi" (www.anayasa.gen.tr) ile "Türk İdare Hukuku Sitesi"nin (www.idare.gen.tr) kurucusu ve editörüdür.

11. Başvurucu, 2013 yılının Mart ve Mayıs aylarında bir profesörün iki kitabında usulsüz alıntılar bulunduğu iddiasıyla iki ayrı eleştiri kitabı yayımlamıştır. Başvurucu, kendi ifadesi ile "usulsüz alıntı sorunu ile giriştiği mücadele"sinin bir parçası olarak bu kez 2013 yılının Kasım ayında başvuruya konu "Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu" başlıklı üçüncü kitabını (kitap) basılı olarak ve internet ortamında yayımlamıştır. Başvuruya konu bu üçüncü kitapta başvurucu, iyi bilinen beş akademisyen ve bir üst düzey bürokrat ile müstear isimle kitap yazan dört kişiye ait telif kitapları ele almıştır.

12. Başvurucu, kitabın girişinde usulsüz alıntı sorununun ülkemizde kaygı verici boyutlara ulaştığmı ileri sürmüş ve usulsüz alıntının böylesine yaygın olduğu bir ülkede bir yazarın yazdığı cümleleri birkaç ay sonra başka bir yazarın kitabında görecekse kitap yazmasının anlamsız olduğunu ifade etmiştir. Kitabın birinci bölümünde "Bu Kitabı Neden Yazdım" başlığı altında usulsüz alıntı ile neden mücadele ettiğine dair açıklamalarda bulunmuştur. Başvurucu ayrıca usulsüz alıntı ile mücadelenin kamu yaran üzerindeki önemine değinmiştir. Başvurucuya göre eserleri usulsüz alıntılanan ve başkaları tarafından sahiplenilen bir yazar bir daha eser vermek istemeyecektir. Başvurucu, eser sahiplerinin korunmadığı bir ülkede bilimin de, sanatın da gelişmeyeceğini belirtmiştir.

13. Başvurucu daha sonra başvuruya konu kitapta usulsüz alıntı sorunu ile mücadele yollarını tek tek ele almıştır. Başvurucu, hukuk, ceza ve disiplin yollarının yetersizliğine ilişkin kimi kaygılarını dile getirmiş ve bu yollara başvuran kişilerin karşılaşacakları zorlukları kendi bakış açısından ifade etmiştir. Başvurucu son olarak usulsüz alıntı ile mücadele için kendisinin tercih etmek zorunda kaldığı yayın yolu ile mücadeleyi anlatmıştır. Başvurucu, usulsüz alıntıya kurban giden fikrin gerçek sahibinin kim olduğunun söylenmesinin, bunun kamuya ilan edilmesinin bir fikrin gerçek sahibini tatmin edebileceğini savunmuştur.

14. Başvurucu, kitaplarından yapılan usulsüz alıntı sorunlarına ilişkin başvurduğu hukuk yollarmda çektiği sıkıntılara da değinmiş ve Türkiye'de fikirlerin korunmadığını ve bundan sonra tamamlamayı tasarladığı bazı projelerinden bu sebeple vazgeçtiğini belirtmiştir.

15. Somut olayda başvuruya konu kitabın bir bölümü, müştekinin aynı zamanda doktora tezi olan idare hukuku alanına ait ve tam yargı davalarının konu edildiği bir kitapla ilgilidir. Başvurucu, müştekinin doktora tezinde bir akademisyenin yüksek lisans tezinden usulsüz alıntı yaptığı iddiasını desteklemeye matuf örnekler sunmakta ve müştekiyi şiddetli bir şekilde eleştirmektedir.

16. Başvurucu, müştekinin kitabına 110 sayfa ayırmıştır. Müşteki ile ilgili bölümde müştekinin kısa özgeçmişi ile mesleki ve akademik kariyerine ilişkin bilgiler bulunmaktadır. Müştekinin yüksek lisans ve doktora derecelerine ilişkin kimi açıklamalardan sonra müşteki ile tezinden usulsüz alıntı yapıldığı iddia edilen akademisyen arasındaki hukuk davasına ilişkin bazı bilgilere de yer verilmiştir. Başvurucu daha sonra müştekinin doktora tezine dayanarak yayımladığı kitabı ile usulsüz alıntı yapıldığı iddia edilen yüksek lisans tezini ele almıştır.

17. Kitabın internet ortamında yayımlanmasını müteakip müşteki, Ankara Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak söz konusu internet yayınının engellenmesini talep etmiştir. Ankara 21. Sulh Ceza Mahkemesi 16/1/2014 tarihli kararı ile talebin kabulüne ve kitabın anayasa.gen.tr, idare.gen.tr ve books.google.com.tr sitelerinden kaldırılmasına karar vermiştir. îlk derece mahkemesinin gerekçesi şöyledir:

"Cevap ve düzeltme talebinde bulunan... vekili[nin] ... 14/01/2014 havale tarihli dilekçesi ile www.anayasa.gen.tr,www.idare.gen.tr ve books.google.com internet adreslerindeki yayının kaldırılması ile cevap ve düzeltme metninin yayımlanması talebinde bulunmuştur.

Mahkememizce incelenen evrak kapsamına, talep eden tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre; tekzibi talep edilen www.anayasa.gen.tr,www.idare.gen.tr ve boks.google.com internet adreslerindeki yazı içerikleri nazara alındığında cevap ve düzeltme talebinde bulunan [...]hakkında usulsüz alıntı yaptığını tespit eder bir mahkeme veya kurum karan bulunmadığı, bu durumda da usulsüz alıntı yapıldığına dair iddiaların bu aşamada soyut nitelikte kaldığı, herhangi bir yasal dayanağının bulunmadığı anlaşılmakla ilgili internet sitelerinde ve Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu başlıklı kitap dayanak gösterilerek yayınlanan yazıların talep eden [...]'e yönelik mesleki kariyerini, kişilik haklarını, toplum içerisindeki konumunu eleştiri sınırlarını aşacak şekilde rencide edici şekilde ifade ve ibareler taşıdığı anlaşılmakla Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu başlıklı kitap dayanak yapılarak internet sitelerinde talep eden [...] ile ilgili isminin geçtiği tüm yazı içeriklerinin 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi gereğince ilgili İnternet sitelerinden çıkarılmasına ve ayrıca aynı Kanun maddesi gereğince talep eden tarafından yayınlanması talep edilen cevap ve düzeltme metninin 7 gün süre ile ilgili İnternet sitelerinde yayımlanmasına karar vermek gerekmiştir. "

18. Mahkeme kararının kendisine tebliğ edilmesi üzerine başvurucu 19/2/2014 tarihinde dava konusu bölüme erişimi engellemiştir. Başvurucunun söz konusu karara yaptığı itiraz, Ankara 25. Asliye Ceza Mahkemesinin 10/3/2014 tarihli herhangi bir gerekçe içermeyen kararı ile reddedilmiştir.

19. Anılan karar 5/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu 10/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

21. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Internet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olaral (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (...) başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

B. Uluslararası Hukuk

1. İfade Özgürlüğünün Demokratik Toplumdaki Önemi

22. Avrupa însan Haklan Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında, ifade özgürlüğünün, toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AÎHM'e göre 10. maddenin ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız veya ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AÎHM, 10. maddede güvence altına alman bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasınm ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976 § 49; Von Hannover/Almanya (No. 2), B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

2. İfade Özgürlüğü ve İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki İlişki

23. AİHM, bir gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimsenin itibarının korunması hakkını özel yaşam kapsamında görmektedir (White/Switch, B.No: 42435/02, 19/12/2006, §§ 19, 30). AÎHM'e göre kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur (Pfeifer/Avusturya, B. No: 12556/03, 15/11/2007, § 35; AxelSpringer AG/Almanya[BD], B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 83).

24. AİHM, kamuya mal olmuş kişilerin şöhret ve itibarı ile ifade özgürlüğünün çatışması hâlinde 10. maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan " haklarının korunması" ifadesine müracaat etmektedir. AİHM Büyük Dairesi 7/2/2012 tarihinde verdiği iki kararda - Von Hannover/Almanya (2) ve Axel Springer AG/Almanya [BD] - ifade hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde kullanılan ilkeleri sistematik olarak açıklamış ve uygulamıştır. Bunlar ifade

özgürlüğüne konu açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı (Von Hannover/Almanya (2), § 109), ilgili kişinin tanmırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi ile yazıya konu olan faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu (Von Hannover/Almanya (2), § 110; Von Hannover/Almanya, B. No: 59320/00, 24/09/2004, §§ 63-66; kamu tarafından tanınan kişiler için korumanın daha esnek olacağına ilişkin bir karar için bkz. Minelli/îsviçre (k.k), B. No: 14991/02, 14/6/2005), ilgili kişinin daha önceki davranışları (Von Hannover/Almanya (2), § 111), yayının içeriği, şekli ve etkileri (Von Hannover/Almanya (2), § 112), bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği (Axel Springer AG/Almanya, § 93; Von Hannover/Almanya (2), § 113) ve uygulanan yaptırımın niteliğidir (Axel Springer AG/Almanya,§ 95).

3. Gazeteci ve Yazarlara İddialarını Gerekçelendirebilecek Bir Savunma Yapma Olanağı Verilmesi Zorunluluğu

25. AİHM; Castells/îspanya (B. No: 11798/85, 23/4/1992, §§ 47, 48) ve Colombani ve diğerleri/Fransa (B. No: 51279/99, 25/6/2002, § 66) başvurularında, şikâyet konusu beyanda bulunan kişinin aleyhine açılmış olan davaya yanıt verme konusunda aşılmaz güçlüklerle karşı karşıya bırakılması hakkındaki endişelerini dile getirmiştir. Castells/lspanya davasında, ulusal yargılamaları yürüten yüksek mahkemeye göre millî kurumlan karalamakla suçlanan bir kişinin gerçeği ispat hakkı bulunmamaktadır. AİHM, başvurucunun kendisi hakkında açılan söz konusu hakaret davasında gerçeği ispatlamasına ve iyi niyetini ortaya koymasına izin verilmediğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre başvurucu tarafından ileri sürülen olgusal iddiaların birçoğunun gerçekte olup olmadığı yerel mahkemelerin atacağı adımlarla ortaya çıkarılabilir ve başvurucu makul bir çerçevede iyi niyetini ortaya koymaya çalışabilir. AİHM, başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

26. AİHM, Colombani ve diğerleri/Fratısa davasında hakaret suçundan yapılan yargılama sırasında gazeteci olan başvuruculara iddialarını gerekçelendirebilecek bir savunma yapma olanağı verilmemiş olmasını eleştirmiştir:

"... [M]evcut başvuruda başvurucuların suçlanmasının sebebi Fas Kralının itibarımı ve haklarına zarar veren bu makaledir. Hakaret suçunu düzenleyen olağan hukuk kurallarının aksine, yabancı bir devlet başkanına hakaret suçlamasından kurtulabilmeleri için başvuruculara, iddialarını gerekçelendirebilecekleri bir savunma yapma olanağı verilmemişti. Başvuruculara savunma yapma olanağının tanınmaması, kişinin haklarının ve itibarının korunması ihtiyacı karşısında - söz konusu kişi bir devlet veya hükümet başkanı olsa dahi- orantısız bir önlem oluşturacaktır."

4. Akademik Özgürlükler

27. AİHM'in yakın tarihli Mustafa Erdoğan/Türkiye (B. No: 346/04 ve 39779/04, 27/5/2014) davası, anayasa hukuku profesörü başvurucu Mustafa Erdoğan tarafından Liberal Düşünce dergisinin 2001 yılındaki bir sayısında "Fazilet Partisini Kapatma Kararı Işığında Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi Sorunu" başlıklı bir makalede açıkladığı düşüncelerinden dolayı dönemin Anayasa Mahkemesi üyelerinin açtıkları davalar hakkındadır. Söz konusu davalarda yerel mahkemeler bu kişilere değişen miktarlarda tazminatlar ödenmesine hükmetmiş, Yargıtay ise bu kararları onamış ve karar düzeltme başvurularını reddetmiştir. AİHM dava konusu ifadelerin şikâyetçi üç yargıca karşı gereksiz kişisel saldırı niteliğinde olduğunun söylenemeyeceğine, ayrıca bu yazının popüler bir gazetede değil bir hukuk dergisinde yayımlandığına dikkat çekmiştir. AİHM, diğerlerinin yanında akademik özgürlüklere ilişkin şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"... Mahkeme ayrıca, akademik özgürlüğün (örneğin bkz. Sorguç Türkiye, B. No: 17089/03, 23/6/2009, § 35 ve yukarıda anılan Sapan / Türkiye, B. No: 44102/04, 8/ 6/2010, § 34) ve akademik çalışmaların önemini vurgulamıştır (bkz. Aksu / Türkiye [BD], B. No: 4149/04 ve 41029/04, 15/3/2012, § 71 ve Hertel /İsviçre, B. No: 25181/94, 25/8/1998, § 50 Hüküm ve Karar Derlemeleri 1998-VI). Bu bağlamda, araştırma ve eğitimde akademik özgürlüğün, ifade ve eylem özgürlüğü, bilgi yayma özgürlüğü, araştırma yapma ve bilgiyi ve gerçeği kısıtlama olmaksızın kitlelere iletme özgürlüğünü güvence altına alması gerekmektedir (bkz. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 'nin 1762 (2006) sayılı Tavsiye Kararı). Dolayısıyla, akademisyenlerin araştırma yapma ve bulgularını yayımlama özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların dikkatli bir incelemeye tabi tutulması Mahkemenin içtihadıyla tutarlıdır (bkz. yukarıda anılan Aksu/Türkiye [BD], § 71). Ancak bu özgürlük, akademik veya bilimsel araştırmayla sınırlı olmayıp, aynı zamanda akademisyenlerin araştırma, mesleki uzmanlık ve yeterlilik alanlarındaki görüş ve fikirlerini -söz konusu görüş ve fikirler tartışmalı olsa veya rağbet görmese dahi- ifade etme özgürlüğünü de kapsamaktadır..."

28. AİHM, Haşan Yazıcı / Türkiye (B. No: 40877/07, 15/4/2014) kararında eldeki başvuruya benzer bir olay hakkında değerlendirmelerde bulunmuştur.

i. Tanınmış bir gazeteci olan başvurucu 29/10/1981 tarihinde Cumhuriyet gazetesinde bir makale yayımlayarak önde gelen bir öğretim üyesinin yazmış olduğu "Annenin El Kitabı" isimli kitap ve Benjamin Spock'un "Baby and Childcare" (Bebek Bakımı ve Çocuk Eğitimi) kitabı arasındaki benzerliklere dikkat çekmiştir. Başvurucu, alaycı bir üslupla Benjamin Spock'un anılan öğretim üyesinin eserinden aşırma yaptığını dile getirmiştir. Başvurucu, makalede diğer ifadelerin yanı sıra bilim ahlakından sapmanın en ilkel ve tehlikeli biçiminin başkasının eserini kendinin eseri gibi sunmak olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre "aşırmaya" Batı toplumlannda çok kötü

gözle bakılmakta ve aşırma eylemini gerçekleştirenler adi suçlu muamelesi görmektedirler. Başvurucu, Türkiye'de yaratıcı düşünce ve ürünlerinin uygar ülkelerdeki gibi dokunulmazlığa henüz kavuşmadığını dile getirmiştir. Bu bağlamda başvurucu, makalenin yayımlandığı tarihte doçent adaylarının yayınlarının bilim ahlakına uyup uymadığının incelenmesi amacıyla YÖK'ün bir etik komitesi kurmaya karar vermesini olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir. Başvurucu sözü edilen öğretim üyesinin özür dilemesi çağrısında bulunmuştur.

ii. Anılan öğretim üyesi, bu iddiaların kişilik haklarına saldırı oluşturduğu iddiası ile başvurucu aleyhine tazminat davası açmıştır. Bir dizi yargılama sonucunda mahkeme, dava dosyasındaki delillere atıfta bulunarak davacı tarafından yazılmış olan kitabın Dr. Spock tarafından yazılmış olan kitabın bir kopyası niteliğinde olmadığına, özgün bir yayın olduğuna ve dolayısıyla başvuranın iddiasının doğru olmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme bu bağlamda davacının kişilik haklarına ve bilimsel kariyerine yapılan müdahalenin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne kadar gitmiştir. Yargıtay, gazetede yayımlanan makalenin, bilirkişi raporlarına göre doğru olmadığını, makalenin gündeme ilişkin olmadığını ve makalede belirtilen görüşlerin eleştiri sınırlarını aştığını ve davacıyı aşağıladığını not etmiştir. Bununla beraber iki muhalif üye; diğer mevcut davada kamu menfaati, aktüellik ve doğruluk koşullarının karşılanmış olduğunu ve başvuranın kamuoyunda tanınan bir kişi ve akademisyen olan davacıyı eleştirirken başvurduğu üslubun ve kullandığı kelimelerin hukuka aykırı olmadığını değerlendirmiştir.

iii. Başvuruya konu olayları bu şekilde ortaya koyan AİHM, diğer değerlendirmeleri yanında (elimizdeki mevcut başvuruyla ilişkili olduğu değerlendirilen) şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

a. AÎHM; başvuranın, Türkiye Bilimler Akademisi Bilim Ahlakı Komitesinin eski başkanı olduğuna dikkat çekmiştir. Bu bağlamda AİHM, akademik personelin çalıştığı üniversite ve sistem hakkındaki düşüncelerini özgürce ifade etme ve sınırlama olmaksızın bilgilerini ve gerçekleri yayma özgürlüğünü bünyesinde bulunduran akademik özgürlüğün önemini vurgulamıştır (bkz. § 50).

b. AİHM, davacının Yükseköğretim Kuruluna 1981 ve 1992 yılları arasmda başkanlık ederek eğitim alanında önemli bir toplumsal görev üstlenen, oldukça tanınmış bir akademisyen olduğunu ve Türkiye'de iki önemli üniversitenin kurucusu olduğunu hatırlatmıştır. Dolayısıyla makalenin yayımlanma tarihinde davacı tanınmış bir kişidir. Bu sebeple de davacıdan, özellikle dava konusu mesele kapsamında diğer bir özel kişiye kıyasla onuru ve şöhreti üzerinde olumsuz bir etkisi

olabilecek olsa dahi kamu nezdinde daha büyük ölçüde incelenmeyi hoş görmesi beklenmiştir (bkz. § 51).

c. AİHM, başvurucunun Yükseköğretim Kurulunun eski başkanı tarafından yapılan intihali ele almadığı takdirde çabalarının verimsiz olacağı doğrultusundaki görüşü de dâhil olmak üzere söz konusu makalenin konusunun ve başvurucunun davacı tarafından yapıldığını iddia ettiği intihal suçlamasının toplum menfaati ile ilgili olduğunu ifade etmiştir. Bu kapsamda AİHM, toplum menfaati ile ilgili meselelere ilişkin getirilecek kısıtlamalara, Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında fazla bir imkân verilmediğini vurgulamıştır (bkz. § 52).

d. Bundan sonra AİHM, iddiasını ispat etmek için başvurucuya yeterli fırsat verilip verilmediği meselesine eğilmiştir. AİHM, başvurucu tarafından yapılan beyanların davacının "Annenin El Kitabı" isimli kitabında Dr. Spock'un "Bebek ve Çocuk Bakımı" kitabından intihal yaptığına ilişkin suçlamayla ilgili kısmının açık bir şekilde gerçeklere dayalı bir suçlama olduğunu, değer yargılarının bulunmadığını ve dolayısıyla kanıtlanmaya elverişli olduğunu belirtmiştir. AİHM, kamunun menfaatine olan bir konuda yaptıkları yorumlar sonucunda hakkında dava açılan kişilere, iyi niyetle davrandıkları ve iddialarının gerçeklere dayalı ve doğru olduğunu ortaya koyarak kendilerini sorumluluktan kurtarmalarına fırsat verilmesi gerektiğini vurgulamıştır (bkz. §§ 56-58). AİHM, yargılamanın bütününe bakıldığında alman bilirkişi raporları ile başvurucunun iddiaları ve başvurucu tarafından savunmasının bir parçası olarak sunulan özel bilirkişi raporlarının yeterince değerlendirilmediğini gözlemlemiştir (bkz. §§ 59-62).

e. AİHM, ayrıca Yargıtay Genel Kurulu kararının iç hukuk ve uygulama uyarınca intihalin ne olarak değerlendirildiği ve yerel mahkemelerin Türk hukuku uyarınca bu tür suçlamaların yerel mahkemeler önünde kanıtlanması için gereken kanıt standardı hususlarında açık olmadığı kanaatini de ifade etmiştir (bkz. § 61).

f. AİHM; başvurucunun davacı aleyhine önceden benzer suçlamalarda bulunduğu gerçeğine yeterli ağırlığın verilmediğini, bu durumun başvurucunun Yükseköğretim Kurulunun eski başkanmm kitaplarından birinde intihal yaptığına yönelik suçlamasının makalenin konusuyla yani akademik dünyada intihali ele almak üzere Yükseköğretim Kurulu tarafından bir ahlak komitesi kurulmasıyla yakın bağlantılı ve dolayısıyla konuyla ilgili olduğu görüşüne ulaşmıştır.

g. Sonuç olarak AİHM, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan şikâyet konusu müdahalenin demokratik bir toplumda başkalarının şöhret ve haklarının korunması için gerekli olduğunu ortaya koyan yeterli gerekçelere dayanmadığı sonucuna ulaşmıştır.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 19/4/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

30. Başvurucu;

i. Bilimsel eleştirilerini içeren ve basılı hâli serbest olan kitabının internetteki bir bölümüne erişimin mahkeme kararıyla süresiz olarak engellendiğini, anılan kitabın erişimi engellenen bölümlerinde hakaret ya da hukuka aykırı bir fiil bulunmadığını, erişimi engellenen 110 sayfanın tamamının hakaret ya da hukuka aykırı fiil oluşturmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

ii. Söz konusu mahkeme kararının, kendisinin karşı iddiaları ve savunması alınmadan verildiğini belirtmiştir.

iii. Anayasa'nın 26., 27., **29.** ve **36.** maddelerinde tanımlanan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün, bilim hürriyetinin, süresiz yayın hakkının ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespiti ile ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması taleplerinde bulunmuştur.

31. Bakanlık görüşünde, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için vazgeçilmez önemine karşın basmın "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunması için konulmuş olan sınırlamalara uyması gerektiği ifade edilmiştir. Bakanlığa göre 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, devletin kişilerin şeref ve itibarlarını koruma pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak kabul edilmiş ve somut olayda derece mahkemeleri müştekinin itibarına saldırı olduğunu tespit etmiştir. Bakanlık, internet sitesinde yayımlanan kitabın tamamına değil yalnızca belirli bir kısmına erişimin engellenmesi kararı verilmesinin de müdahalenin ölçülü olduğunu gösterdiğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

32. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Anayasa Mahkemesi internet erişiminin engellenmesine ilişkin daha yeni tarihli bir kararında (Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017) bir internet haber sitesinde yayımlanan haber ve makalelere erişimin engellenmesine ilişkin şikâyeti ifade ve basın özgürlükleri çerçevesinde incelemiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez internet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan

Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45; Ali Kıdık, § 44). Eldeki başvuruda ise başvurucunun başvuruya konu kitabını aynı zamanda internet sitesinde de yayımlamasının basının temel işlevleri kapsamında değerlendirilmeyeceği kanaatine ulaşılmıştır. Bu sebeple eldeki başvurunun Anayasa'nın "Bilim ve sanat hürriyeti" kenar başlıklı **27.** maddesinin ışığında ve Anayasa'nm "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

33. Anayasa'nm "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir ...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir. "

34. Anayasa'nm "Bilim ve sanat hürriyeti" kenar başlıklı **27.** maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. "

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

36. Başvurucunun internet sitesinde yayımladığı kitabın bir bölümüne erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararları ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

37. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

" Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı ."

38. Sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

39. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

40. Başvuruya konu haber ve köşe yazılarına erişimin engellenmesine ilişkin kararların "başkalarının şöhret veya haklarının korunması"na yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

41. Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamak ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/620, 25/5/2017, § 73).

(b) Ölçülülük

42. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; Bekir Coşkun §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; Tansel Çölaşan, §§ 54, 55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72). Bu sebeple mevcut başvuruda hükmedilen erişimin engellenmesi tedbirinin müştekinin maruz kaldığı düşünülen zararıyla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

(c) İnternet Özgürlüğü

43. İnternet üzerinden düşünce ve kanaatlerini açıklayanlar yönünden ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen internet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir almak özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir (Ali Kıdık, § 44).

44. İfade özgürlüğünün demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemi daha önce vurgulanmıştır (Bekir Coşkun, §§ 34-36). İfade özgürlüğü yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarmı da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan açıklamalara erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır. İnternet ortamının kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesinin bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması imkânını sağladığı açıktır (Ali Kıdık, § 45).

(d) İfade Özgürlüğünün Kapsamı

45. Öte yandan Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır (Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; Önder Balıkçı, § 40). Bu itibarla bir internet sitesinde yayımlanan yazılar ve bu yazılarda yer alan bilgiler, başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülse bile kişilerin sübjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasındadır (Ali Kıdık, § 46).

(e) İfade Özgürlüğünün Kullanımında Ödev ve Sorumlulukları

46. İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki yaşamsal önemine rağmen Anayasa'nın 26. maddesi tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemiştir. Anayasa'nm **12.** maddesinin " Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin sahip oldukları temel hak ve

hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarına da gönderme yapmaktadır. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına herkes için geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (basının görev ve sorumluluklarına ilişkin bkz. Orhan Pala, § 46; Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 89; R.V.Y. A.Ş., B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 67; Önder Balıkçı, § 43).

(f) Bireyin Şeref ve İtibarının Korunması

47. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın **17.** maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak müdahale etmemekle ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Bekir Coşkun, § 45; Önder Balıkçı, § 44; Ali Kıdık, § 51).

(g) Çatışan Haklar Arasında Dengeleme

48. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi benzer başvurularda, içeriğe erişimin engellenmesi nedeniyle başvurucunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile internet sitesinde yayımlanan düşünce ve kanaat açıklamaları nedeniyle müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiştir Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesi soyut bir değerlendirme değildir (Halloran, § 27; /IhanCihaner (2), § 39; Ali Kıdık, § 52).

49. Çatışan haklar arasmda dengeleme yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterlerin bazıları şu şekilde sayılabilir:

i. Söz konusu yayının gerçek olup olmadığı

ii. Yaymda kamu yaran bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı

iii. Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı

iv. Haber verilirken özle biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı

v. Haber veya makalenin yayımlanma şartları

vi. Haber veya makalenin konusu, kullanılan ifadelerin türü, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları

vii. Habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı

viii. Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği

ix. Hedef alman kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları

x. Kamuoyu ile diğer kişilerin, kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı

50. Anayasa Mahkemesi başvurunun koşullarına göre bazıları yukarıda sayılan kriterlerin gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğini denetler. Bunun için başvurucu tarafından yayımlanan yazıların tamamının -yayımlandığı bağlamdan kopartılmaksızm- olaym bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir {Nilgün Halloran, § 41, 52; Ergün Poyraz (2), § 56; Kadir Sağdıç, §§ 58-66; İlhan Cihaner, §§ 66-73; Ali Kıdık, §§54, 69-90; Önder Balıkçı, § 45).

(h) İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Gerekçesi

51. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, idarenin ve derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır {Bekir Coşkun, § 56; Abdullah Öcalan, § 98; Tansel Çölaşan § 56; Ahmet Temiz (6), B. No: 2014/10213, 1/2/2017, § 34). İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nm 26. maddesini ihlal edecektir.

(2) 5651 Saydı Kanun'un 9. maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

52. Anayasa Mahkemesi Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine dayanan erişimin engellenmesi kararı hakkında şu tespitlerde bulunmuştur:

"*56. İnternet ortamında düşüncelerin açıklanması ve yayılması, basılı yayınlara oranla daha kolay, ucuz, hızlı ve yaygındır. İnternet sitelerine erişim de kolaydır. İnternet sitelerinin büyük miktarda veriyi muhafaza etme ve yayma imkânı vardır. Bu sebeplerle İnternet siteleri kamuoyunun güncel meselelere erişiminin iyileştirilmesine ve bilginin iletilmesinin kolaylaştırılmasına önemli derecede katkıda bulunmaktadır. Aynı sebeplerle İnternet ortamında yapılan yayınlarla bazı suçlar daha kolay işlenebilmekte, özellikle de kişilik hakları ve özel hayat hakları herkes tarafından kolay, maliyetsiz ve hızlı bir şekilde ihlal edilebilmektedir. Kanun koyucu, İnternet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle genel dava veya savcılığa şikâyet usulünün yanında özel ve hızlı bazı usuller öngörmüştür. Söz konusu usullerden*

biri de 5651 sayılı Kanun ile getirilen ve sul) ceza hâkiminin çelişmeli olmayan bir usulle veya Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) başkanının daha sonra sulh ceza hâkiminin onayına sunulmak üzere verdiği içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarıdır.

57. 5651 sayılı Kanun'un "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinde sulh ceza mahkemelerince verilen erişimin engellenmesi veya içeriğin çıkarılmasına dair kararların birer "koruma tedbiri karan" olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı Kanun'un "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9/A maddesinde ise kararın bir "tedbir" olduğundan bahsedilmiştir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu da 2/10/2014 tarihli kararında erişimin engellenmesine ilişkin kararların demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan ve yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir yargısal tedbir olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi 5651 sayılı Kanun 'daki erişim engelleme kararlarının cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbii niteliğinde olduğuna işaret etmiştir (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014).

58. Koruma tedbirleri, uygulandığı an itibarıyla henüz hakkında hüküm verilmemiş kişilerin temel bir hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle tedbir uygulandığı anda fiilin işlenip işlenmediği, işlendiyse şüpheli veya sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilen fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, üçüncü kişilere tedbir uygulanmasını meşru gösteren olguların gerçek olup olmadığı henüz hukuki kesinliğe kavuşmamıştır. Bu kesinlik ancak hükmün kesinleşmesi ile ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla koruma tedbiri, tatbik edildiği anda hukuki kesinlik ölçüsünde bir haklılık içermez. Tedbirin hukuka uygun olup olmadığı, ancak tesis edilecek hükümde tedbirin dayandığı olgu ve hukuki kanaatin yerinde olduğunun ortaya konması ile mümkündür. Aksi takdirde tatbik edilen tedbirin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

59. Kişilik haklarının ihlal edildiği durumlarda başvurulan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre İnternet ortamında yapılan yayın nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilmektedir. Zikredilen talebi alan hâkim, yirmi dört saat içinde talep hakkında duruşma yapmaksızın bir karar vermek zorundadır. Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl ve en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilmek zorundadır (bkz. § 22).

60. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde İnternet erişiminin engellenmesi kararından sonra failler hakkında adli soruşturma açılıp açılmayacağı belirsizdir. Kişilik haklarına müdahale nedeniyle soruşturma açıldığı takdirde soruşturma veya kovuşturmanın sonucuna göre yarg\ mercileri, erişimin engellenmesi tedbirinin akibeti hakkında bir karar verebilir. Buna karşılık bir soruşturma açılmadığı takdirde erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu tedbir İnternet kullanıcılarını, engellenen içeriğe belirsiz bir süreyle erişmekten alıkoyacaktır.

61. Görüldüğü üzere erişimin engellenmesi talebi üzerine sulh ceza hâkimi talep sahibinin sunduğu evrak üzerinden inceleme yapmaktadır. Dolayısıyla ilgili yayın organı ve sorumlular, yapılan başvurudan haberdar olmamaktadır. Dahası aleyhlerine erişimin engellenmesi talep edilen İnternet sitesinin ilgilileri, duruşma açılmayacağı için nizalı davalardaki gibi duruşmada hazır bulunamamaktadır. Hâkim de kararını yirmi dört saa\ içinde vermek zorunda olduğu için karşı tarafa tebligatta bulunup diyeceklerini yazılı olarak sunmasını da karşı taraftan isteyememektedir. Karşı taraf da kendisini savunamamakta; hâkimin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamamakta ve bunlar hakkında yorum yapamamaktadır.

62. 5651 sayılı Kanunda öngörülen erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan, başka bir deyişle karşı taraf bulunmadığından karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta; talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadır. Özet olarak hâkim, kararını dosya üzerinden, yani talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınamamaktadır.

63. Bu sebeplerle genel olarak koruma tedbirlerinin ve özel olarak da başvuruya koni İnternet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görünüşte haklılık veya "ilk bakışta " (prima facia) haklılık olarak nitelendirilebilir. Başka bir deyişle mevcut başvuruya konu erişimin engellenmesi kararının dayanağı olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen sulh ceza hâkiminin yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın, karşı tarafı dinlemeksizin, delil toplamaksızın, talepte bulunan tarafından kendisine sunulan delillerle sınırlı bir inceleme sonunda erişimin engellenmesine karar vermesi usulünün istisnai olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu usul ancak İnternet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebilir. Bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme

yapmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir.

64. İlk bakışta ihlal doktrini, derece mahkemelerinin verecekleri İnternet'e erişimin yasaklanmasına ilişkin karara itirazda da uygulanır. Nitekim 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde bir İnternet sayfasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin bir tedbire itiraz yöntemlerine dair özel bazı hükümler bulunmakla birlikte itiraz incelemesi sonucunda verilen karar, çelişmeli yargılama sonucu verilen ve uyuşmazlığı esastan çözen bir karar değil, sulh ceza hâkiminin erişimin engellenmesi kararının prima facie gerekliliği ile sınırlıdır. Böyle durumlarda "ilk bakışta ihlal doktrini" İnternet ortamında yapılan yayınlara karşı kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır."

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

5**3.** Anayasa Mahkemesi Ali Kıdık kararında şeref ve itibara yapılan müdahalelerde 5651 sayılı Kanun kapsamındaki internete erişimin engellenmesi kararından başka hukuk sistemimizde yer alan ve başvurulabilecek diğer hukuki yollara da değinmiştir:

"65. Üçüncü kişilerce kişilik haklarına yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma yolları öngörülmüştür. Kişilik haklarına İnternet ortamında yapılan bir yayınla saldırıda bulunulan kişi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulle sulh ceza hâkimine başvurarak "ilk bakışta ihlal" durumu var ise hızlı bir koruma elde edebilir. Aynı kişi daha fazla tatmin elde etmek amacıyla diğer yollara da başvurabilir. Özel hukuk davaları yoluyla örneğin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine dayanılarak müdahalenin önlenmesi, durdurulması veya devam eden müdahaleye son verilmesi, müdahalenin hukuka aykırılığının saptanması, mahkemenin alacağı kararın veya cevap ve düzeltme metninin yayımlanması ya da üçüncü kişilen bildirilmesi istenebilir; maddi veya manevi tazminat davaları açılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan ve ciddi bir zararın doğacağı anlaşılan hâllerde tehlike veya zararın önlenmesi için hâkimden gereken tedbirlere karar vermesi istenebilir. Bu kapsamda talep edildiği takdirde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan ya da gecikmesi durumunda önemli zarar oluşacağı hâllerde tehlike veya zararı önlemek için ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Bunlardan başka, basın yoluyla kişilik haklarına müdahalede bulunulan kişi, açıklamalarından dolayı sebepsiz yere zenginleşen kişi aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir veya yayın nedeniyle elde ettiği kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine ödenmesini isteyebilir.

66. İnternet yolu ile kişilik haklarına yönelik bir saldırı ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ise müşteki yalnızca veya aynı zamanda failin cezalandırılmasını da isteyebilir ve bu durumda ceza

soruşturması ve kovuşturması için Cumhuriyet savcılığına da başvurabilir. Zaten suç şikâyete tabi olmayan suçlardan ise Cumhuriyet savcısının resen soruşturma başlatması kanuni bir zorunluluktur. Bir ceza kovuşturması açıldığı takdirde 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre hâkim mahkûmiyet kararı verdiği takdirde güvenlik tedbirlerine de hükmedeceği için İnternet erişiminin engellenmesi tedbiri hakkında da bir karar verilmiş olacaktır.

67. Bundan başka 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlai bulunmadığı gerekçesiyle istediği korumayı elde edemeyen kişi de kişilik haklarının korunması için genel hukuk yoluna her hâlde başvurabilir. Sulh ceza hâkiminin ilk bakışta ihlalin olduğuna veya olmadığına karar vermesi uyuşmazlığın tümüyle çözümlendiği anlamına gelmez. Zira prima facie verilmiş kararlar, hiçbir zaman normal bir dava için maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

68. Bu kapsamda son olarak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulde ortada ilk bakışta ihlal durumunun bulunmadığı hâllerde talep başka bir inceleme yapılmaksızın reddedilir. Genel mahkemelerde görülen davalarda ise talebin kabul edilebilmesi için ihlai iddiasının ispatlanması gerekir. Böyle durumlarda genel mahkemeler ilk bakışta ihlal bulunmadığını belirterek talebin reddine karar veremez. İhlalin olup olmadığı, bilirkişi dâhil mümkün olan bütün delillerle ispatlanmalıdır."

(4) İlkelerin Olaya Uygulanması

54. Ali Kıdık kararında açıklandığı gibi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen internet yayınma erişimin engellenmesi yolu ancak kişilik haklarına hukuka aykırı olarak müdahale edilen hâllerde başvurulan, bireyin şeref ve itibarına yönelik müdahaleleri gecikmeksizin bertaraf edebilmesi amacını taşıyan bir yoldur. Internet yayınma erişimin engellenmesi tedbirinin amacı ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak, bireylere haksız olarak zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan, şeref ve itibarlarını ihlal eden internet sitelerinin ilgili yayınlarına ulaşılmasını engelleyerek kişilik haklarına devam etmekte olan ve ilk bakışta anlaşılan müdahaleyi durdurmaktır. Anayasa Mahkemesi Ali Kıdık kararında, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen yolun basın özgürlüğünün ve basın mensuplarının haber verme ve eleştiri haklarının özüne dokunmayacak, aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılması gerektiğini ifade etmiştir {Ali Kıdık, § 69). Eldeki başvuru akademik özgürlüklere ilişkin olduğuna göre 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen yolun aynı zamanda bilim ve sanat özgürlüğünü de zedelemeyecek şekilde kullanılması gerektiği açıktır (bkz. §§ 27, 28).

55. Başvuruya konu kitapta genel olarak Türk akademi dünyasında büyük zahmetlerle yeni düşünceler üretenlerin düşüncelerinin başkaları tarafından sahiplenildiği, özgün eserler üretenlerin eserlerinin korunmadığı ileri sürülmüştür. Başvurucu, "usulsüz alıntı sorunu" adını verdiği mesele halledilmeden Türkiye'de bilimsel gelişmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Uzunca bir süre kendi kitaplarından yapılan usulsüz alıntılarla mücadele ettiğini ve diğer mücadele yöntemlerinde başarı elde edemediği için kitap yazdığmı belirtmiştir. Daha sonra başvurucu, müştekinin kitabında bir akademisyene ait yüksek lisans tezinden usulsüz alıntılar yaptığmı ileri sürmüştür (bkz. §§ 15-16).

(a) îlk Derece Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi

56. İlk derece mahkemesi anayasa.gen.tr, idare.gen.tr ve books.google.com.tr sitelerinde yayımlanan kitaptaki iddialardan dolayı müştekinin usulsüz alıntı yaptığını gösterir bir mahkeme kararı veya idari bir karar bulunmadığını belirtmiş, bu nedenle de iddiaların soyut kaldığını kabul etmiştir. Mahkeme, başvurucunun başvuru konusu kitabı yayımlarken yasal bir dayanağınm bulunmadığını da ifade etmiştir. Mahkemeye göre kitapta müştekinin mesleki kariyerini, kişilik haklarını, toplum içindeki konumunu eleştiri sınırlarını aşacak şekilde rencide edici ifadeler bulunmaktadır (bkz. § 18).

57. Bununla beraber başvurucunun gerçekleri değiştirerek veya müştekinin eleştiriye konu olan kitabı hakkında gerçek dışı beyanlarda bulunduğu, başvurucunun açıkladığı bilginin elde edilme yönteminin kabul edilemez olduğu iddia edilmemiş; derece mahkemeleri de kararlarında böyle bir değerlendirmede bulunmamıştır. Müştekinin yayımladığı kitabı hakkında olumsuz değerlendirmeler yapılmasını istememesi anlaşılabilir bir durumdur. Belirtilmelidir ki başvuruya konu kitapta dile getirilenler, bireylerin sübjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak (bkz. § 22, 27) ifade özgürlüğünün koruması altındadır.

58. Anayasa Mahkemesi basın alanına ilişkin olarak Orhan Pala kararında, gazetecilerden bir beyanın doğruluğunu kanıtlamakla yükümlü savcı gibi hareket etmelerini beklemenin aşın bir ispat külfeti getireceğini ve böyle bir mükellefiyetin onlann sanık veya davalı olarak yargılandıkları davalarda hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceğini ifade etmiştir (Orhan Pala, § 51). Anayasa Mahkemesi daha sonra aleyhe yargı karan olmadan bir kimse hakkında iddialar içeren bir yayın yapılamayacağına karar veren derece mahkemesi kararını incelediği Ali Kıdık kararında da düşünce ve kanaatlerin açıklanmasında bu düzeyde bir kesinlik sınırının kabul edilmesinin ifade özgürlüğünün tümüyle ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağına karar vermiştir (Ali Kıdık, §§ 73, 74). Eldeki somut olayda da ilk derece mahkemesinin başvurucunun kitabındaki değerlendirmeleri yapabilmesi için müştekinin usulsüz

alıntı yaptığını gösterir bir mahkeme kararı veya idari bir karar bulunması şartını araması, akademik özgürlüklerin ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün kullanılmasına söz konusu özgürlüklerle bağdaşmayan ve bunların kullanılmalarını imkânsız hâle getiren bir engel oluşturacaktır.

59. Başvurucunun anayasa ve idare hukuku alanında Türkiye'nin bilinen akademisyenlerinden ve yazarlarından biri olduğu açıktır. Başvurucunun sahibi ve yayın yönetmeni olduğu internet sitelerinde anayasa hukuku ve idare hukuku başta olmak üzere hukuk ve sosyal bilimlerin diğer alanlarına ilişkin akademik ve güncel makaleler yayımladığı gözönüne alındığında hukuk ve sosyal bilimler alanındaki her tür gelişmenin başvurucunun ilgi alanında olduğuna da kuşku bulunmamaktadır. Başvurucunun başvuruya konu kitapta müştekinin kitabında benimsediği yazım usulünü akademik anlamda kabul edilemez bulduğu anlaşılmaktadır. Başvurucu, kitabın müştekiye ilişkin bölümünde kendi bakış açısından müştekinin kaleme aldığı kitaba karşı oldukça ağır eleştiriler yöneltmiştir.

60. Söz konusu kitap, olayların geçtiği dönemde ve hâlen hukuk alanında Türkiye'nin tanınmış bir yazarının bir eseri ile ilgilidir. Aynı şekilde söz konusu yazıların inkâr edilemez bir tanımdık derecesine sahip şikâyetçinin fikir ve tutumları ile akademi alanındaki faaliyetlerinin keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması işlevini gördüğü açıktır. Bir makalenin kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu makalenin yayımlanmasına o kadar çok boyun eğmesi gerekir {İlhan Cihaner (2), § 74; Kadir Sağdıç, § 67; Ali Kıdık, § 76).

61. Eldeki mevcut başvurunun Anayasa'nın **27.** maddesinde koruma altında bulunan bilim özgürlüğünün farklı bir görünümü olan akademik özgürlüklerle de yakından ilgisi bulunmaktadır. Bir akademisyenin araştırma yapmasının ve bulgularını yayımlamasının akademik özgürlüğün bir parçası olduğunda kuşku yoktur. Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi, AİHM'in akademik özgürlüklerin akademisyenlerin araştırma, mesleki uzmanlık ve yeterlilik alanlarındaki görüş ve fikirlerini -söz konusu görüş ve fikirler tartışmalı olsa veya rağbet görmese dahi- ifade etme özgürlüğünü de kapsadığı düşüncesine katılmaktadır.

62. Şüphesiz akademisyenlerin her söylediklerinin mutlak anlamda doğru olduğu söylenemez. Bununla beraber birbirlerinden farklı, alternatif bakışların herkes için daha doğru düşünme imkânı yarattığı üzerinde uzlaşılmış bir gerçektir. Dolayısıyla akademisyenlerin en kritik ve hassas meselelerde en güçlü görüşlere bile karşı çıkabilmesi, bir toplum ve ülke için hayati derecede önemlidir.

63. Söz konusu kitap, hukuk alanında makale yazan bazı akademisyen ve yazarların kaleme aldıkları eserleri eleştirmektedir. Dolayısıyla kitap, dar bir akademik çevreye hitap etmektedir.

Bununla birlikte kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin de çok yüksek olduğu tartışmasızdır. Buradan çıkan sonuca göre kitapta müşteki ile ilgili bazı iddiaların yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bahse konu kitapta yer alan bazı cümlelerde müştekinin sert bir şekilde eleştirildiği hatta abartıya kaçıldığı kabul edilebilir. Bununla birlikte bu tür başvurularda bir akademisyenin veya bir kitabın yazarının yerine geçip belli bir durumda kullanılacak makale yazma şeklinin ne olacağını belirlemek yargı mercilerinin görevi değildir. Aksine tutumlar düşünmeyi ve sorgulamayı engelleyecektir.

64. Kitapta yer alan makalenin internette yayımlanmasının müştekinin hayatma kayda değer bir etkisi olduğu da gösterilmemiştir. Makalenin onun özel hayatı ile ilgisinin olmadığı, kaba hakaret içermediği ve keyfî kişisel saldırı boyutuna da ulaşmadığı gözetildiğinde geriye başvurucunun makalesini kaleme alırken polemik içeren agresif usulü kalmaktadır. Bu noktada ifade özgürlüğünün sadece düşünce açıklamalarının içeriğini korumadığı, onların iletilme usulünü de koruduğu gözetilmelidir (benzer yaklaşımlar için bkz. Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., §§ 41, 42; Ergün Poyraz (2), § 77; İlhan Cihaner (2), §§ 59, 86; Kadir Sağdıç, §§ 52, 76). Bu noktada başvurucunun söz konusu kitabı yalnızca internet ortamında yayımlamadığı, ayrıca basılı eser hâline getirerek Türkiye'deki tüm üniversite kütüphaneleri ile diğer kütüphanelere ve hukuk alanında çalışan akademisyenlere gönderdiği de unutulmamalıdır. Kitabın basılı versiyonu için herhangi bir yasaklama kararı bulunmadığı ve kitaba serbestçe ulaşılabildiği de gözetilmelidir.

65. Müşteki, hukuk alanında bilinen bir kişidir. Bir yazar olarak müştekinin kendi görüşlerini de ilgililere iletmek bakımından kimi avantajları olduğu açıktır. Dolayısıyla müştekiye yönelik eleştirinin sınırlarının diğer insanlara göre daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Akademik bir kitap kaleme alarak tanınmış bir yayınevinde yayımlanmasını sağlayan müştekinin söz konusu kitabın diğer akademisyen ve yazarlarca veya hukuk alanında bulunan başka kişilerce de okunacağını, hakkında değerlendirmeler yapılacağını, ağır eleştirilerde bulunulabileceğini öngörmesi ve demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül etmesi gerekir.

(b) 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesinin Somut Uyuşmazlıkta Uygulanmasının Değerlendirilmesi

66. Ceza kanunlarında yaptırıma bağlanan suçların internet ortamında işlenmesi hâlinde yaptırmışız bırakılması düşünülemez. Bu sebeple erişimin engellenmesi bazı hâllerde hukuk sistemi açısından bir zorunluluktur. Bununla beraber internetin sağladığı zemin; bilgiye ulaşma, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve bilginin yayılması için vazgeçilmez

niteliktedir. İnternet, kamusal sorunlara ilişkin tartışma ve eylemlere katılım konusunda asli vasıtaları barındırması, bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğünü kullanmaları bakımından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline gelmiştir (Ali Kıdık, § 81).

67. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin inceleme sırasında Anayasa Mahkemesi, bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesi taşımalarının, bireylerin bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellediği ve onların demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelediği tespitini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararda bireylerin interneti Anayasa'da tanımlanan birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırdığım, örneğin haberleşme özgürlüğünün, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü ile bu kapsamda haber veya fikir alma özgürlüğünün, eğitim ve öğrenim hürriyetinin, haber alma hürriyetinin, iktisadi girişim hürriyetinin internet yoluyla kullanılabildiği tespitini yapmıştır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 166).

68. Dolayısıyla başta ifade ve basın özgürlüğü olmak üzere internet özgürlüğü ile bağlantılı diğer hak ve özgürlüklerin demokratik bir toplumdaki yaşamsal önemi (bkz. § 43) nazara alındığında internet konusunda kamu gücünü kullanan makamların ve mahkemelerin çok hassas davranmaları gerektiği açıktır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; internetin vazgeçilmez niteliğine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 116). İnternete erişimin engellenmesi tedbiri en son başvurulacak çare olmalıdır. İnternet ortamında bulunan zararlı içeriklerle diğer başka usullerle mücadele etmek mümkünse ya da erişimin engellemesi ile korunan menfaate karşılık daha büyük bir zarar doğmuşsa böyle bir durumda erişimin engellenmesi kararı, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalini teşkil edecektir (Ali Kıdık, § 83).

69. Türk hukuk sisteminde internet yolu ile kişilik haklarına müdahale edildiği durumlarda kişilik haklarının korunmasının yollarından biri olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiş ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerindeki çekişmesiz yargı yolu, yukarıda zikredildiği gibi (bkz. § 51), karardan etkilenecek olan yayın organının ilgililerine yargılanma hukukunun usulüne ilişkin güvencelerinin kullandınlamadığı, dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur. İçeriğe erişimin engellenmesi kararı, yapılmış bir haberin kişilerin şeref ve itibarlarına saldırı oluşturduğunu kamuya bildirme işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu karan verebilmenin, ancak hukuka aykınlığm ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır.

70. Üstelik somut olaydaki gibi daha sonra bir ceza soruşturması ve kovuşturması açılmayan ve dolayısıyla tedbir hakkında yeniden bir karar verilmeyen durumlarda kısıtlama sürekli hâle gelmektedir. Bu şekilde süresiz kısıtlamaların ifade özgürlüğü için büyük tehlikeler arz ettiği açıktır. Bu sebeplerle bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre oldukça dar bir alanda etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir.

71. İlk derece mahkemesi, başvuruya konu kitabın müştekinin kişilik haklarına müdahale oluşturduğuna hükmetmiş ve 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca içeriğe erişimin engellenmesi kararım vermiştir. Fakat söz konusu kitap nedeniyle müştekinin şeref ve itibarına hukuka aykırı olarak yapıldığına karar verilen müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikilmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacı derece mahkemesince ortaya konabilmiş değildir (Ali Kıdık, § 86).

72. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin, zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında, özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çekişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da sahiptir (Ali Kıdık, § 87).

(c) Sonuç

73. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda şikâyet edilen internete erişimin engellenmesi karan ile Anayasa'nın 26. maddesinde koruma altında olan ifade özgürlüğü ile onun özel bir yönü olan Anayasa'nın **27.** maddesinde bilim ve sanat özgürlüğüne yapılan müdahalenin daha ağır basan bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır. Başvurucu hakkında verilen erişimin engellenmesi kararı için gösterilen gerekçeler yeterli kabul edilemez. Başvuru konusu internete erişimin engellenmesi kararı müştekinin itibarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli değildir.

74. Demokratik bir hukuk devletinde -güdülen amaç ne olursa olsun- sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçüsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz. Somut olayda başvuruya konu kitabın ilgili bölümü belirsiz bir süre için engellenmiş görünmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu kısıtlamanın belirli bir yazıya ilişkin olduğu ve sınırlı etkileri olduğu iddia edilse bile müdahalenin önemi azalmamaktadır. Bir soruşturma veya dava sonuçlanıncaya kadar kişilik haklarına yapılan müdahalenin geçici olarak durdurulması amacıyla bir internet yayınına erişimin engellenmesi kabul edilebilse bile somut olayın koşullarında ilgili ve yeterli gerekçe

olmadan tedbir mahiyetinde alman bir kararın süresiz olarak etki göstermesi ölçülü olarak da nitelendirilemez.

75. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alman ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Muammer TOPAL bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

76. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal karan verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenler e hükmedilir...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. "

77. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi talebinde bulunmuştur.

78. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara **21.** Sulh Ceza Hâkimliğine (2014/32 Değişik îş) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

79. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nm 26. maddesinde güvence altına alman ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE Muammer TOPAL'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara **21.** Sulh Ceza Hâkimliğine (2014/32 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

D. 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 19/4/2018 tarihinde karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY

Başvuru, internet ortamında yayımlanan "Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu" başlıklı kitabın, müşteki ile ilgili kısmına erişimin engellenmesine yönelik yerel mahkeme kararının düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü, bilim hürriyetini, süresiz yayın hakkını ve hak arama hürriyetini ihlâl ettiği iddiası hakkındadır.

Başvurucu, söz konusu kitabı usulsüz almtı sorunu ile mücadele amacıyla yayımlamış, konunun boyutları, zararları, kamu yararı üzerindeki etkileri hakkında bilgiler vermiş; sorunla mücadele yollarını açıklamıştır. Başvurucu kitabında, müştekinin kitabına 112 sayfa ayırmış; 105 sayfasında adını en az bir kez zikretmiştir. Müşteki ile ilgili bölümde, müştekinin özgeçmişi ile mesleki ve akademik kariyerine ilişkin bilgilere; ayrıntılı bir biçimde mesleği gereği içinde bulunduğu bazı olaylara ve bu olaylarla ilgili iddialara, müştekinin yüksek lisans ve doktora derecelerine ilişkin bazı açıklamalardan sonra müşteki ile tezinden usulsüz alıntı yapıldığı iddia edilen akademisyen arasındaki hukuk davası ile, ilgili akademisyenin davadan neden ve nasıl feragat etmiş olabileceğine ilişkin yorumlara; son bölümde de müştekinin doktora tezine dayanarak yayımladığı kitabı ile usulsüz alıntı yapıldığı iddia edilen yüksek lisans tezine karşılaştırmalı olarak yer vermiştir, (bkz. § 11 ilâ 16)

Başvuruya konu yerel mahkeme kararında, müştekinin mesleki kariyerini, kişilik haklarını, toplum içerisindeki konumunu, eleştiri sınırlarını aşacak şekilde ve rencide edici biçimde ifade ve ibareler taşıdığı gerekçesiyle, söz konusu kitap dayanak yapılarak internet sitelerinde müştekinin isminin geçtiği tüm yazı içeriklerinin, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi gereğince ilgili internet sitelerinden çıkarılmasına karar verilmiştir. Bu karardan sonra, müştekinin ismi 112 sayfanın hemen tamamında geçtiği için, başvurucunun, müştekiye ayırdığı bölümün tamamı internet sitelerinden çıkartılmıştır.

Başvurucu, başvuruya konu kitapta usulsüz alıntı sorunu ile mücadele yollarmı tek tek ele almış; hukuk, ceza ve disiplin yollarının yetersizliğine ilişkin gözlemlerini dile getirmiş ve bu yollara başvuran kişilerin karşılaşacaktan zorluklan kendi bakış açısından ifade etmiştir. Son olarak usulsüz alıntı ile mücadele için kendisinin tercih etmek zorunda kaldığı yayın yolu ile mücadeleyi anlatmış (bkz. § 13) bu mücadeleyi yerine getirmek için de, kitabın başında, kitabın parayla satılamayacağını, isteyenlere ücretsiz olarak gönderileceğini; ücretsiz olarak, hukuk fakültesi kütüphanelerine, hukuk fakültelerinin kamu hukuku bölümlerinde çalışan öğretim üyelerine gönderileceğini; kitapla ilgilenen herkesin kendi mail adresine e-posta göndererek kitabın kâğıt nüshasını isteyebileceğini belirterek konuyu usulsüz alıntı sorunu ile ilgili akademik dünyanın ve herkesin dikkatine sunmaya çalışmıştır.

Sonuç olarak başvurucu usulsüz alıntı sorunu ile dava yoluyla mücadele etmenin güçlüğünden bahsederek, içinde müştekinin de bulunduğu on kişinin yazdığı kitaplarda usulsüz alıntı bulunduğunu iddia etmekte, müşteki ile ilgili bölümde, müştekinin adını hemen her sayfada belirterek ve ayrıntılı bir biçimde mesleği gereği içinde bulunduğu bazı olaylara ve bu olaylarla ilgili iddialara, müşteki ile ilgili akademisyen arasındaki hukuk davası ile ilgili yorumlara yer vererek müştekiyi okuyucu ve ilgili kamuoyu nezdinde küçük düşürmeye, rencide etmeye çalışmakta, adeta yargı yerine geçerek kendisi cezalandırmaktadır. Ancak başvurunun konusu "Usulsüz Alıntı Sorunu"nun bu haliyle kitap olarak yayımlanması değil, kitabın internet ortamında kamuoyuna sunulmasıdır.

Kararda da belirtildiği gibi, internet yayınma erişimin engellenmesi tedbirinin amacı ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak, bireylere haksız olarak zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan, şeref ve itibarlarını ihlal eden internet sitelerinin ilgili yayınlarına ulaşılmasını engelleyerek kişilik haklarına devam etmekte olan ve ilk bakışta anlaşılan müdahaleyi durdurmaktır, (bkz. § 54)

Başvuruda ifade özgürlüğü ile kişilik hakları arasında denge kurulması gerekir. Başvurucu "Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu" adlı kitabını yayımlamakla, kamu yararına ve genel yarara

ilişkin bir tartışmaya katkıyı sağlamıştır. Üstelik kitabı ücretsiz olarak ilgili kurum ve kişilere göndererek ulaşabileceği en fazla kamu yararını elde ettiği düşünülmektedir. Kitabın internette yayınlanmasıyla, kamu yaran ile kişilik hakları arasındaki dengenin İkincisi aleyhine geliştiğini kabul etmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu bir karannda; internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında, yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin internet ortamında uzun süre erişilebilir kalmasının kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebileceğini belirtmiştir (N.B.B., B.No: 2013/5653, 3/3/2016, §37).

Anılan kararda ayrıca, internet ortamının, arşivde kalmış ve sadece araştırmacıların veya meraklıların özel çabası ile tespit edilebilecek haberleri kolaylıkla ulaşılabilir hale getirdiği, (N.B.B, § 45); ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkanı gözetildiğinde internetin, herhangi bir sınırlama gözetilmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayma noktasında çok önemli bir imkan sağladığı, bu durumun ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yarattığı vurgulanmıştır (N.B.B., § 57).

Başvuruya konu olayda, internette yayını söz konusu olan, güncelliğini koruyan bir haber değil, yayıncısının ulaştırabileceği en uzak muhatabına kadar ulaşması sağlanan bir kitaptır. Kitabın yayınlanmasıyla gerekli kamu yararı sağlanmıştır. İnternette kısa süreli yayınının bile kişilik haklarını zedelemeyi göze alacak derecede fayda sağlayabileceği düşünülmemektedir. Ayrıca başvurucunun bir yazar, bir akademisyen ve bir yayıncı olarak muhatabına ulaşabileceği tek yol internet değildir. Bu noktada çoğunluk kararında belirtilen Ali KIDIK kararından ayrılmak gerekmiştir. Başvurucu taşıdığı sıfatlarla usulsüz alıntı sorununu konuya yakın kamuoyunun ilgisine sunmuştur. Bu aşamada ilgili kitabını internette yayınlaması, kitap yerel mahkemece belirtildiği gibi müştekinin mesleki kariyerini kişilik haklarını, toplum içerisindeki konumunu eleştiri sınırlarını aşacak şekilde rencide edici ifade ve ibareler içerdiğinden, müştekinin kişilik haklarını zedelemektedir. Diğer taraftan, başvurucu kitabının hemen her sayfasında müştekinin adını vererek, müştekiyi övmemekte, aksine kendince cezalandırdığı kişinin okuyucunun gözünden kaçmasını engellemektedir. Bu yönüyle de başvurucunun, erişimin engellendiği 112 sayfanın tamamının hakaret ya da hukuka aykırı fiil oluşturmasının mümkün olmadığı yönündeki iddiasında isabet bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, internet ortamının sağladığı kolaylıklar gözetildiğinde müştekinin şeref ve itibarının korunması için kitabın müşteki ile ilgili bölümünün kararda sözü edilen internet sitelerinden

kaldırılması yönündeki yerel mahkeme kararında anayasal çerçevede hak ve özgürlükler yönünden bir hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki karara katılmadım.

Üye

Muammer TOPAL

Anayasa Mahkemesi - 5 Nisan 2018 - Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, B. No: 2014/15571, 5/4/2018, § …)
Başvuru Adı	KEREM ALTIPARMAK VE YAMAN AKDENİZ
Başvuru No	2014/15571
Başvuru Tarihi	26/9/2014
Karar Tarihi	5/4/2018
Birleşen Başvurular	2014/15572
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, elektronik haberleşme ile ilgili trafik verilerinin herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından elde edilmesini, tutulmasını ve kullanılmasını öngören yasal düzenlemeler nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının, haberleşme hürriyetinin ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı **Müdahale:** İletişimin tespitine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** Düşme **Giderim:**	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEREM ALTIPARMAK VE YAMAN AKDENİZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15571)

Karar Tarihi: 5/4/2018

Başkan: Burhan ÜSTÜN

Üyeler: Serruh KALELİ

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Raportör Yrd: Fatih ALKAN

Başvurucular: 1. Kerem ALTIPARMAK

2. Yaman AKDENİZ

Vekilleri: Av. Ali Deniz CEYLAN

Av. Sevgi KALAN GÜVERCİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, elektronik haberleşme ile ilgili trafik verilerinin herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından elde edilmesini, tutulmasını ve kullanılmasını öngören yasal düzenlemeler nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının, haberleşme hürriyetinin ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/9/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Konu yönünden hukuki irtibat nedeniyle 2014/15572 numaralı bireysel başvuru dosyasının 2014/15571 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. 11/9/2014 tarihli ve 29116 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 126. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası "Trajik bilgisi TİB tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hakim tarafından karar verilmesi halinde ilgili mercilere verilir. " şeklinde değiştirilmiştir.

10. Başvurucular söz konusu yasal düzenlemenin yayımlanarak yürürlüğe girmesinin ardından 26/9/2014 tarihinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

11. Anayasa Mahkemesinin 2/10/2014 tarihli ve E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararıyla 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar düzenlemenin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir. İptal kararının gerekçesinde, trafik bilgisi adı altında temin edilecek olan bilgilerin Anayasa ile teminat altına alınan haberleşmenin gizliliği , düşünce ve ifadeyi yayma hürriyeti, kişisel verilerin korunması gibi birçok temel hakla doğrudan ilgili olduğu, bu bilgilerin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından herhangi bir kurala ve sınırlamaya tabi olmaksızın istenildiği zaman ve şekilde elde edilebilir olmasının temel hak ve hürriyetlerin doğrudan ihlaline sebebiyet vereceği belirtilmiştir. Yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kararın gerekçesinde ise söz konusu yasal düzenlemenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesinin ve iptal kararının sonuçsuz kalmamasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

12. Mahkemenin 5/4/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

13. Başvurucular;

i. Söz konusu yasal düzenleme gereğince elektronik haberleşme ile ilgili trafik verilerinin herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın TİB tarafından elde edileceğini, tutulacağını ve kullanılacağını, denetimsiz bırakılan İdarenin keyfi uygulamalarla İnternet kullanıcılarının temel hak ve hürriyetlerine doğrudan müdahale edebileceğini belirtmişlerdir.

ii. TİB'in işlemlerine karşı yargı yoluna başvurmaktan çekinmeyen ve İnternet ile insan hakları alanında yaptıkları çalışmalarla tanınan akademisyenler olduklarını , anılan yasal düzenleme nedeniyle potansiyel mağdur statüsünde bulunduklarını iddia etmişlerdir.

iii. İdarenin İnternet trafiğini sınırsız izleme imkanı elde etmesinin bizzat bahsi geçen yasal düzenlemeden kaynaklandığını, İdarenin bu faaliyetine karşı herhangi bir hukuki denetim yolunun bulunmadığını belirterek özel hayatın gizliliği hakkının, haberleşme hürriyetinin ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

iv. Ayrıca, süregelen ihlalin sonlandırılmasının ancak ilgili yasal düzenlemenin iptali ile mümkün olacağını belirtmişler ve 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptali için başvurunun Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna sevk edilmesini talep etmişlerdir.

14. Başvurucular 3/11/2014 tarihli ek beyan dilekçelerinde, Anayasa Mahkemesince iptal edilen söz konusu yasal düzenlemenin yürürlükte kaldığı süre zarfında ilgili temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

15. Bakanlık görüşünde; başvurunun süresinde yapılmadığı, başvurunun konu bakımından yetki dışında olduğu ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla birlikte başvuruculaın potansiyel mağduriyet sıfatlarının ortadan kalkmış olduğu belirtilmiştir.

16. Başvurucular; Bakanlık görüşüne karşı sundukları beyanlarında başvurunun süresinde yapıldığını, yasal düzenlemenin temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiği ve iptal edilmesi gerektiği yönündeki taleplerinin soyut bir Anayasa'ya aykırılık iddiası olmadığını, yasal düzenlemenin yürürlükte bulunduğu süre içerisinde ihlalin devam etmesi nedeniyle potansiyel mağduriyet sıfatlarının ortadan kalkmadığını ifade etmişlerdir.

B. Değerlendirme

17. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) "Düşme kararı" kenar başlıklı 80. maddesinin ilgili kısımlan şöyledir:

"(]) Bölümler ya da Komisyonlarca yargılamanın her aşamasında aşağıdaki hallerde düşme kararı verilebilir:

ç) Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi.

(2) Bölümler ya da Komisyonlar; yukarıdaki fıkrada belirtilen nitelikteki bir başvuruyu, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hallerde incelemeye devam edebilir.

18. İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi gereğince Anayasa Mahkemesi, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin olmadığı kanaatine varması halinde başvurunun düşmesine karar verebilir (S.Ö., B. No: 2013/7087, 18/9/2014, § 23).

19. Başvuru konusu olayda, başvurucuların şikayetine konu edilen ve temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddiasının nedeni olarak gösterilen 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası, bireysel başvuruda bulunulduktan kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş ve kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar düzenlemenin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiştir (bkz. § 11).

20. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı gözönüne alındığında başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığı ve başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektiren bir hususun da bulunmadığı değerlendirilmiştir.

21. Açıklanan gerekçelerle başvurunun düşmesine karar verilmesi gerekir.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi nedeniyle DÜŞMESİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde BIRAKILMASINA 5/4/2018 tarihinde karar verildi.

Başkan

Burhan ÜSTÜN

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru, elektronik haberleşme ile ilgili trafik verilerinin herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından elde edilmesini, tutulmasını ve kullanılmasını öngören yasal düzenlemeler nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının, haberleşme hürriyetinin ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

Başvurucular; 5651 sayılı Kanun gereğince elektronik haberleşme ile ilgili trafik verilerinin herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın TİB tarafından elde edileceğini, tutulacağını ve kullanılacağını, denetimsiz bırakılan İdarenin keyfi uygulamalarla İnternet kullanıcılarının temel hak ve hürriyetlerine doğrudan müdahale edebileceğini belirtmişlerdir.

Başvurucular ayrıca TİB'in işlemlerine karşı yargı yoluna başvurmaktan çekinmeyen ve İnternet ile insan hakları alanında yaptıkları çalışmalarla tanınan akademisyenler olduklarını, anılan yasal düzenleme nedeniyle potansiyel mağdur statüsünde bulunduklarını iddia etmişlerdir. Özel hayatın gizliliği hakkının, haberleşme hürriyetinin ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurucular, süregelen ihlalin sonlandırılmasının ancak ilgili yasal düzenlemenin iptali ile mümkün olacağını belirtmişler ve 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptali için başvurunun Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna sevk edilmesini talep etmişlerdir.

Sayın çoğunluğumuz, başvuruculaların şikayetine konu edilen ve temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddiasının nedeni olarak gösterilen 5651 sayılı Kanun'un 3.

maddesinin (4) numaralı fıkrasının, bireysel başvuruda bulunulduktan kısa bir süre sonra Anayasa Mahkemesince iptal edildiğini ve kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar düzenlemenin yürürlüğünün durdurulduğunu belirterek başvurunun düşmesine karar vermiştir.

6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir :

"Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz. "

Anılan düzenleme uyarınca, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıkça düzenlenmektedir.

Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespit edildiği ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir.

Ancak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir.

Bir yasama işlemi veya düzenleyici idari işlemin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda bireysel başvuru yoluyla doğrudan bu işlemlere değil, ancak yasama veya düzenleyici idari işlemin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir (Süleyman Erte, B. No: 2013/469, 16/4/2013, §§ 15, 17; Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 37).

Sayın Çoğunluğumuz, Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararını gözönüne alarak başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmadığı ve başvurunun incelenmesine devam edilmesini gerektiren bir hususun da bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun düşmesine karar vermiştir. Varılan sonuç, yasama işlemlerine karşı potansiyel mağdur sıfatıyla doğrudan bireysel başvuru yapılacağı anlamını zımnen içermektedir. Diğer bir anlatımla kararda, başvuru konusu kanun hükmü iptal edilmemiş olsaydı kendisine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılabileceği örtülü olarak söylenmektedir. Halbuki 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası, yasama işlemlerinin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağını açıkça düzenlenmektedir.

Bu itibarla, yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından, başvurunun 'konu bakımından yetkisizlik' nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle çoğunluğun kararına katılmıyorum.

Üye

Hicabi DURSUN

Anayasa Mahkemesi - 15 Mart 2018 - C.K. Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018, § …)
Başvuru Adı	C.K.
Başvuru No	2014/19685
Başvuru Tarihi	12/12/2014
Karar Tarihi	15/3/2018
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	17/5/2018 - 30424

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, isim yazılarak yapılan araştırmada arama motorlarında listelenen ve internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahalelere ilişkin özelleştirilmemiş iddialar

Sonuç: Başvuru Yollarının Tüketilmemesi

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

C.K. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/19685)

Karar Tarihi: 15/3/2018

R.G. Tarih ve Sayı: 17/5/2018 - 30424

GENEL KURUL

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan: Zühtü ARSLAN

Başkan vekili: Burhan ÜSTÜN

Başkan vekili: Engin YILDIRIM

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Serruh KALELİ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKA YA

Rıdvan GÜLEÇ

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: C.K.

Vekili: Av. Müşerref SEKO

I. BAŞVURUNUN KONUSU

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

1. Başvuru, isim yazılarak yapılan araştırmada arama motorlarında listelenen ve intemet haber arşivlerinde yer alan bazı haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/12/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Birinci Bölüm tarafından 24/1/2018 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, olayların olduğu tarihten bu yana mankenlik ajansı sahibidir ve kendisi de eski bir mankendir. Başvurucunun sinema ve tiyatro alanında da çalışmaları bulunmaktadır.

9. 2001 yılında Türkiye Yüz Güzeli seçilmiş ve başvurucunun sahibi olduğu mankenlik ajansına bağlı olarak çalışan bir manken, 2004 yılında aşırı dozda uyuşturucudan hayatını kaybetmiştir.

10. Türkiye Yüz Güzeli seçilmesinin ardından tanınmışlık düzeyi oldukça artan mankenin ölüm nedeni ülke gündeminde geniş yer bulmuş , olay tarihi ve sonrasında birçok gazetede ve inteniet haber sitesinde konuyla ilgili haberler yapılmıştır. Haberlerde olayın oluş şekli, mankene uyuşturucuyu temin eden zanlılar, olaya ilişkin savcılık soruşturması ile ilgili bilgiler yer almaktadır.

11. Yine bu konuyla ilgili olarak başvurucunun bireysel başvuru konusu yaptığı haberlerden birinde yargılamayı yapan mahkeme tarafından mankenin çalıştığı ajansın sahibi olarak başvurucunun da tanık olarak dinlendiği bilgisi aktarılmıştır. Bir diğer haberde, ölen mankenin basına verdiği son röportajda içinde bulunduğu durumun sorumlusu olarak başvurucuyu gösterdiğinin öğrenilmesi üzerine başvurucunun adli makamlar tarafından uzun süre sorgulandığı belirtilmiştir. Haberlerde, ölen mankenin başvurucunun asistanı ile de ilişkisi olduğu ve ortak

arkadaşları olan bir transseksüel ile hep birlikte para karşılığında cinsel ilişkiye girdikleri iddialarına yer verilmiştir. Haberlerde aynca yine kamuoyunda tanınmış bir kişi olan başvurucunun eşinin de yıllar önce aşırı dozda uyuşturucudan öldüğü bildirilmiştir.

12. Başvurucu; yaşanan olaylarla bir ilgisi olmadığı halde arama motorlarına ismi yazıldığında hem ölen manken ile hem de ölen eşi ile ilgili haberlerin listelendiğini, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek intenıet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

13. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği 30/9/2014 tarihinde dava konusu haberlerin başvurucunun kişilik haklarına saldırı niteliğinde ve incitici mahiyette olmadığı, aynca haber içerikleri dikkate alındığında talebin kabulü halinde haber alma ve haber verme hürriyetinin sınırlandırılacağı gerekçesiyle erişimin engellenmesi talebinin reddine karar vermiştir.

14. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 3. Sulh Ceza Hakimliğince 16/10/2014 tarihinde reddedilmiştir.

15. Karar, başvurucuya 11/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 11/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Y ayınlann Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> "(l) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.
>
> (2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.
>
> (3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hakim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hakim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili o/arat (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hakim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hakimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hakim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hakim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhal, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hakimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (. . .) başka İnternet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hakiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

B. Uluslararası Hukuk

17. Somut olayla ilgili uluslararası hukuk kuralları için Anayasa Mahkemesinin Ali Kıdık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017, §§ 22-29) kararına bakılabilir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 15/3/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucu; sahibi olduğu mankenlik ajansında çalışan bir mankenin aşın dozda uyuşturucudan ölmesi olayıyla ilgili medyada sayısız haber yapıldığını, bu haberlerde kendisi ile ilgili bilgilere de yer verildiğini ifade etmiştir. Başvurucu; yaşanan olaylarla bir ilgisi olmadığı halde arama motorlarına ismi yazıldığında hem ölen manken ile hem de kendisinin ölen eşi ile ilgili haberlerin listelendiğini, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini iddia etmiştir. İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinin Mahkemece reddedilmesi ve bunun sonucunda söz konusu haber ve yazıların intemet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği, şeref ve itibarın korunması ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

20. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 1 7. maddesi ile "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi ve "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısımlan şöyledir:

> "(17) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.
>
> (26) Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fikre hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemim. bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, millf güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.
>
> (28) "Basın hürdür, sansür edilemez..
>
> ...
>
> Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır. Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.
>
> ..."

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969,

18/9/2013, § 16). Başvurucu, hakkında yayımlanan haberlerin intemet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğinden şikayet etmektedir. Başvurucunun bu şikayeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir. Hasan Tahsin GÖKCAN farklı gerekçeyle bu görüşe katılmıştır.

1. Genel İlkeler

a. Kişinin Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

22. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Adnan Oktar (2), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Başka bir deyişle kişisel itibarın korunması hakkı Anayasa'nın 1 7. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

23. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının olaya uygulanabilmesi için kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması ve kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasını güçleştirecek şekilde yapılmış olması gerekir (Kadir Sağdıç, § 39; İlhan Cihaner (2), §§ 45, 46; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Mater/Türkiye, B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52).

24. Anayasa Mahkemesi; NB.B. (B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 37) kararında İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haber ve yazıların İnternet ortamında uzun süre erişilebilir kalması halinde kişilerin şeref ve itibarının zedelenebileceğini belirtmiş ve bu durumu unutulma hakkı kapsamında incelemiştir.

b. İfade Özgürlüğü ve İnternetin Rolü

25. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

26. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45). Basın yönünden düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilen İnternet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir almak özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir.

27. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkanı gözetildiğinde İnternet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkan sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 34).

28. Dolayısıyla İnternet sitelerine veya İnternet sitelerinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi, bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağladığı bilinmektedir (İlhan Cihaner (2), § 63).

2. 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

29. Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık kararında 5651 sayılı Kanun ile getirilen içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarına yönelik usulü ayrıntılı bir şekilde incelemiştir (bkz. §§ 55-63). Mahkemeye göre bu usul, kanun koyucunun İnternet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle öngördüğü özel ve hızlı sonuç alınabilecek bir koruma tedbiri kararıdır, dolayısıyla istisnai bir yoldur (Ali Kıdık, § 55).

30. Kişilik haklarına saldırı nedeniyle erişimin engellenmesi yolunun istisnai bir yol kabul edilmesinin sebebi bu yolun ifade ve basın özgürlükleri önünde orantısız bir mühadale oluşturması ihtimalidir.

31. 5651 sayılı Kanun'da öngörülen erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan, başka bir deyişle karşı taraf bulunmadığından karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta; talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dahil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve

kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadır. Özet olarak hakim kararını dosya üzerinden, delil toplamaksızın, sınırlı bir inceleme ile yani talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınamamaktadır (Ali Kıdık, §§ 60-62).

32. Dahası 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet erişiminin engellenmesi kararından sonra failler hakkında adli soruşturma açılıp açılmayacağı belirsizdir. Kişilik haklarına müdahale nedeniyle soruşturma açıldığı takdirde soruşturma veya kovuşturmanın sonucuna göre yargı mercileri, erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti hakkında bir karar verebilir. Buna karşılık bir soruşturma açılmadığı takdirde erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu tedbir, İnternet kullanıcılarını engellenen içeriğe belirsiz bir süreyle erişmekten alıkoyacaktır (Ali Kıdık, § 59).

33. Bu sebeplerle başvuruya konu İnternet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görüşte haklılık veya "ilk bakışta" (prima facia) haklılık olarak nitelendirilebilir. Anayasa Mahkemesi, bu usulün ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebileceğini belirtmiştir. Bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hallerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir. Böyle durumlarda "ilk bakışta ihlal doktrini" internet ortamında yapılan yayınlara karşı kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır (Ali Kıdık, §§ 62, 63).

3. Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

34. Yukarıdaki değerlendirmeler dikkate alındığında İnternet içeriğine erişimin engellenmesi taleplerinin zorunlu durumlarda kabul edilmesi gerektiği ortadadır. Bununla birlikte internet üzerinden yapılan yayınlara ulaşılmasının kolaylığı gözetildiğinde başvurucular açısından yayın içeriği bakımından toplumda sürekli olarak bir ön yargının ve özel hayata müdahalenin oluşması söz konusu olabilir.

35. Bu tür durumlarda üçüncü kişilerce kişilik haklarına yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma yolları öngörülmüştür. Kişilik haklarına İnternet ortamında yapılan bir yayınla saldırıda bulunulan kişi tarafından, özel hukuk davaları yoluyla örneğin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine dayanılarak müdahalenin önlenmesi, durdurulması veya devam eden müdahaleye son verilmesi, müdahalenin hukuka aykırılığının saptanması, mahkemenin alacağı kararın veya cevap ve düzeltme metninin yayımlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesi istenebilir; maddi veya manevi tazminat davaları açılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan ve ciddi bir zararın doğacağı anlaşılan hallerde tehlike

veya zararın önlenmesi için hakimden gereken tedbirlere karar vermesi istenebilir. Bu kapsamda talep edildiği takdirde 4/2/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. ve devamı maddeleri uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan ya da gecikmesi durumunda önemli zarar oluşacağı hallerde tehlike veya zararı önlemek için ihtiyati tedbir karan verilebilir. Bunlardan başka basın yoluyla kişilik haklarına müdahalede bulunulan kişi, açıklamalarından dolayı sebepsiz yere zenginleşen kişi aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir veya yayın nedeniyle elde ettiği kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine ödenmesini isteyebilir (Ali Kıdık, § 64).

36. İnternet yolu ile kişilik haklarına yönelik bir saldırı ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ise müşteki yalnızca veya aynı zamanda failin cezalandırılmasını da isteyebilir, bu durumda ceza soruşturması ve kovuşturması için Cumhuriyet savcılığına da başvurabilir. Zaten suç, şikayete tabi olmayan suçlardan ise Cumhuriyet savcısının resen soruşturma başlatması kanuni bir zorunluluktur. Bir ceza kovuşturması açıldığı takdirde 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223 . maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre hakim mahkumiyet kararı verdiği takdirde güvenlik tedbirlerine de hükmedebileceği için İnternet erişiminin engellenmesi tedbiri hakkında da bir karar verilmiş olacaktır (Ali Kıdık, § 65).

37. Anayasa Mahkemesi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmadığı gerekçesiyle istediği korumayı elde edemeyen kişinin de kişilik haklarının korunması için genel hukuk yoluna her halde başvurabileceği, sulh ceza hakiminin ilk bakışta ihlalin olduğuna veya olmadığına karar vermesinin uyuşmazlığın tümüyle çözümlendiği anlamına gelmeyeceği sonucuna varmıştır. Bu tür kararların hiçbir zaman normal bir dava için maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğini ifade eden Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerde görülen davalarda erişimin engellenmesi talebinin kabul edilebilmesi için ihlal iddiasının ispatlanması gerekeceğini belirtmiştir (Ali Kıdık, §§ 66, 67).

4. Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

38. Somut olayda başvurucunun şikayetine konu olan yayınlar İnternet haber arşivlerinde yer alan bazı haberlerdir. Haberler 2001 yılında güzellik yarışmasında derece almış bir mankenin hızlı yükselişini ve 2004 yılındaki dramatik ölümünü konu almaktadır. Bu olay ülke gündemini uzun süre meşgul etmiş, olay tarihinden sonra konuyla ilgili sayısız haber yapılmıştır. Haberler, mesleğinde umut vadeden bir geleceğe sahip olabilecek bir gencin uyuşturucu ile tanıştıktan sonra yaşamının seyrindeki değişiklik ile kısa sürede ölümle sonuçlanan yaşamı hakkında bilgi vermektedir. Verilen bilginin bir kısmı ölen manken tarafından tutulan günlüğe dayanırken bir kısmı olaya ilişkin ceza yargılamasına dayanmaktadır. Haberlerde, ölen mankenin bağlı olduğu

mankenlik ajansının sahibi ve toplumda tanınmış bir kişi olan başvurucunun ismi açık olarak yazılmış ve başvurucu hakkında bazı bilgilere de yer verilmiştir. Bu bilgiler; ölüm olayına ilişkin soruşturmada başvurucunun önce tanık, sonra şüpheli sıfatıyla dinlenmesi, ölen mankenin başvurucunun asistanı ile arasındaki ilişki, yine kamuoyunda tanınmış bir kişi olan başvurucunun eşinin de aşırı dozda uyuşturucudan ölmüş olması hakkındadır.

39. Başvurucu; arama motorlarına ismi yazılarak yapılan aramada hem ölen manken ile hem de ölen eşi ile ilgili haberlerin çıktığını, bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek intemet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği, başvurucunun şeref ve itibarının korunması ile kamu yararı bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek talebin reddine karar vermiştir. Başvurucunun anılan karara itirazı da reddedilmiştir.

40. Çelişmesiz bir dava sonucunda yayın içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesinin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hallerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır (bkz. § 31). Bu yolun amacı; İnternet faaliyetleri ile kişilik hakları arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak, kişi ve kuruluşlara haksız zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan ve şeref ve itibarlarını ihlal eden İnternet kullanımına karşı bireylerin haklarını korumaktır. O halde bu yol, basın özgürlüğünün ve basın mensuplarının haber verme ve eleştiri haklarının özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır.

41. Başvurucunun intemetten kaldırılmasını talep ettiği haberler 2004 yılına aittir. Başvurucu 2014 yılında erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Başvurucunun kişisel verilerin işlenme amacının dışında kullanıldığına yönelik bir şikayeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucu, şeref ve itibarına yapılan müdahalenin çelişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını ortaya koyabilmiş değildir. Haber içeriklerinin incelenmesinden de içerıge erışımın engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum bulunmadığı görülmektedir.

42. Dahası başvurucu, açacağı çelişmeli bir hukuk davasında İnternet yayınını kaldırma veya hazırlayacağı bir metni yayınlatma imkanına da sahiptir. Dolayısıyla somut davada olduğu gibi hukuka aykırılığın ve gerçek dışılığın çok belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu haller dışında diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır.

43. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde başvurucunun ortaya çıktığını iddia ettiği zararın giderimi için uyuşmazlığın esasına dair ve somut başvuru açısından koşullara göre sulh ceza hakimliklerinin görevinde bulunan içeriğin yayından çıkarılması dışındaki daha etkili diğer koruma yollarına başvurmadığı anlaşıldığından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

44. Açıklanan gerekçelerle başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Hicabi DURSUN ve Muammer TOP AL bu görüşe katılmamışlardır.

VI.HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE OYBİRLİĞİYLE,

B. Başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle KABUL EDİLEMEZ

OLDUĞUNA Hicabi DURSUN ve Muammer TOPAL'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 15/3/2018 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Başkan vekili

Burhan ÜSTÜN

Üye

Serruh KALELİ

Başkan vekili

Engin YILDIRIM

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KÖMÜRCÜ

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Kadir ÖZKA YA

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuru, isim yazılarak yapılan araştırmada arama motorlarında listelenen ve internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Başvurucu; sahibi olduğu mankenlik ajansında çalışan bir mankenin aşın dozda uyuşturucudan ölmesi olayıyla ilgili medyada sayısız haber yapıldığını, bu haberlerde kendisi ile ilgili bilgilere de yer verildiğini ifade etmiştir. Başvurucu; yaşanan olaylarla bir ilgisi olmadığı halde arama motorlarına ismi yazıldığında hem ölen manken ile hem de kendisinin ölen eşi ile ilgili haberlerin listelendiğini , bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini iddia etmiştir. İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinin mahkemece reddedilmesi ve bunun sonucunda söz konusu haber ve yazıların internet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği , şeref ve itibarın korunması ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Somut olayda başvurucu; arama motorlarına ismi yazılarak yapılan aramada hem ölen manken ile hem de ölen eşi ile ilgili haberlerin çıktığını , bu haberler nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği, başvurucunun şeref ve itibarının korunması ile kamu yararı bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek talebin reddine karar vermiştir. Başvurucunun anılan karara itirazı da reddedilmiştir. Diğer yollara başvurulmamıştır. Unutulma hakkı Anayasa'mızda açıkça düzenlenmemiş omakla birlikte Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve ödevleri" başlığı altında düzenlenen 5. Maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde , devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkan tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, İnternet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişimin engellenmesi için Anayasa'nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, İnternet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel

veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 47).

Bireyin kişisel şeref ve itibarı , Anayasa'nın 1 7. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Adnan Oktar (2), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur (Pfeifer/Avusturya, § 35) ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır (Kadir Sağdıç, § 38; İlhan Cihaner (2), § 44).

AİHM de kişisel şeref ve itibara yapılan müdahaleleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özel ve aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM'e göre kişisel itibarın korunması hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır (Pfeifer/Avusturya, B. No: 12556/03, 15/11/2007 § 35; Axel Springer AGI Almanya, B. No: 39954/08 7/2/2012, § 83).

Unutulma hakkı intemet ortamında bir haberin, uzun süredir kolayca ulaşılabilir olması nedeniyle kişinin şeref ve itibarını zedeleyen bir hale dönüşmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. Bu hakkın amacı, intemetin yaygınlaşması ve sağladığı imkanlar nedeniyle ifade ve basın özgürlükleri ile kişilerin manevi varlığının geliştirilmesi hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamaktır. O halde bu yol, intemet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır (NB.B., § 70).

Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 19, 20).

Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvuruculaların şikayetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca başvuru yollarını tüketme kuralı ne mutlak ne de şekli olarak uygulanabilir bir kural olup bu kurala riayetin

denetlenmesinde münferit başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda hukuk sisteminde yalnızca birtakım başvuru yollarının varlığının değil aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvuruculaların kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvuruculaların başvuru yollarının tüketilmesi noktasında kendilerinden beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediği incelenirken başvurunun özellikleri dikkate alınmalıdır (S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28).

O halde somut başvuruda devletin pozitif yükümlülüğünün, sulh ceza mahkemelerinin yetkisinde bulunan intemet içeriklerine erişimin engellenmesini gerekli kılıp kılmadığı değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle sulh ceza mahkemeleri nezdinde bulunan içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi yolunun şeref ve itibar hakkının korunmadığı yönündeki şikayetler açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olup olmadığı tespit edilmelidir.

Hukuk sistemimizde intemet içeriğinin yayından çıkarılmasının, başvurudaki gibi sulh ceza hakimliklerine başvurmak suretiyle veya hukuk mahkemelerinde açılacak dava yolu ile gerçekleştirilmesi mümkündür (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik [GK], B. No: 2013/6237, 2/7/2015). Ancak somut başvuruda, arama motorlarına ismi yazılarak yapılan aramada hem ölen manken hem de ölen eşi ile ilgili haberlerin çıktığı, haber arşivleri üzerinden olayca ulaşılabildiği; bu şekilde başvurucunun şeref ve itibarını koruma bakımından müdahalenin çok uzun süredir devam ettiği gözetilerek; başvurucunun şeref ve itibar hakkının ve kişisel verilerinin korunmasının, bu yayının bir an önce kaldırılması ile sağlanacağı değerlendirildiğinde, sulh ceza hakimliğine başvuru yolunun somut olayın koşulları açısından etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir. Nitekim hukuk mahkemelerinde çekişmeli bir yargılama yolunun, somut olaydaki şeref ve itibarın korunması hakkına yönelik uzun süredir devam eden müdahalenin gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını karşılayabileceği söylenemez (Türkiye İş Adamları ve Sanayiciler Konfederasyonu, B. No: 2014/8691, 6/10/2015, § 22; N.B.B., § 27).

Başvurucunun manevi varlığına internet haberleri yoluyla (bkz. § 11) yapılan müdahalenin, önceki kararımızdaki başvurucuya aynı yolla yapılan müdahaleden (N.B.B., §9) daha hafif olduğu değerlendirilemez. Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararında, İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında, yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haber ve yazıların İnternet ortamında uzun süre erişilebilir kalması halinde kişilerin şeref ve itibarının zedelenebileceğini belirtmiş ve bu durumu unutulma hakkı kapsamında incelemiştir. O halde internet ortamında uzun süre erişilebilir durumda kalan ve

manevi varlığın daha fazla örselendiği bu olayda da önceki kararımızdan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

Başvurucunun arama motorlarında listelenen ve internet haber arşivlerinde yer alan bazı haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerinin reddedilmesi nedeniyle kişilik haklarının zarar gördüğüne ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikayetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin kararına itiraz edilmek suretiyle başvuru yolları da tüketilmiş durumdadır. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun kararına katılmıyoruz.

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Muammer TOPAL

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE

1. Başvuranın 2004 yılında meydana gelen bir olayla ilgili olarak intenıet arama motorlarında halen ismi geçtiği için haber içeriğine erişimin engellenmesi isteminin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibar hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusu Mahkeme çoğunluğu tarafından Anayasa'nın 17 / 1. maddesinde düzenlenen "maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" çerçevesinde incelenmiştir. Kararda ulaşılan kabul edilemezlik sonucuna ve gerekçesine iştirak etmekle birlikte, aşağıda açıklanan gerekçelerle konunun incelendiği anayasal dayanak konusunda farklı düşünmekteyim.

2. Öncelikle, Anayasa'nın 148/3. maddesi uyarınca, Mahkememizin konu bakımından yetkisine girebilmesi için, bireysel başvuruya konu hakkın AİHS veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerden birine girmesi gerekmektedir. Bu nedenle bireysel başvuruya konu hakkın Sözleşme kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Mahkememiz kararında başvurunun Anayasa'nın 1 7 /1 . maddesi kapsamına girdiği belirtilmiş, fakat Sözleşmeyle ortak konuyu tespit bakımından hangi hakka ilişkin olduğundan söz edilmemiştir (bkz. par. 20-23).

3. AİHS'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. Kişinin iyi bir itibara sahip olma hakkı, nam, şeref, şöhret, isim, resim vb. manevi varlıkları ile 'fiziksel ve zihinsel/ruhsal bütünlüğü' üzerindeki hakları Sözleşmenin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir. (özellikle itibar, şeref, şöhret hakkı yönünden bkz.AİHM Chauvy/Fransa, par. 70; Abeberry/Fransa; Leempoel ve S.A. Ed. Cine Revue/Belçika, par. 67; Minelli/İsviçre, No: 14991/02; A./Norveç, No: 28070/06, par. 64; Osman Doğru-Atilla Nalbant, AİHS Açıklama ve Önemli Kararlar, Ankara 2013, s. 41) İfade özgürlüğü yönünden yapılan başvurularda da muhatabın Sözleşmenin 8. maddesi kapsamındaki şöhreti ve onurunun korunması meşru müdahale nedeni olarak kabul edilmekte ve hakların dengelenmesi açısından değerlendirilmektedir (Shabanov ve Tren/Rusya, 2006, par. 46; Hachette Filipachi Associes/Fransa, 2007, par. 43; DJ. Harris/M.O'Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2013, s. 493).

4. Bilindiği üzere özel hayata saygı ve gizliliğinin korunması hakkı Anayasa'nın 20/ 1. maddesinde düzenlenmektedir. Özel hayata saygı hakkının kapsamında bulunduğunda şüphe olmayan kişinin itibar, nam, şöhret ve şerefi üzerindeki haklarının da anılan 20/1. madde içerisinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

5. Buna karşın heyetimiz çoğunluğunun konunun 17 / 1. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin bu yaklaşımı, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daralttığı gibi, temel kişilik haklarının tümünün kendinden neşet ettiği

"varlığını koruma ve geliştirme hakkını" içeren 1 7 /1. maddedeki genel nitelikli kişilik hakkını özel hayatın spesifik bir alanına hapsetmektedir.

6. Çoğunluğun dayandığı Anayasa'nın 17 /1 . maddesinde; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilmektedir. Madde gerekçesinde bu fıkra hakkında; "Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir. Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. " izahatı yapılmıştır. Gerekçedeki açıklamadan, bu fıkra ile birbirini tamamlayan iki ayrı hakkın düzenlendiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan aynı maddenin 2. fıkrasında vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, 3. fıkrasında ise işkence ve kötü muamele yasakları yer almaktadır.

7. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı öyle anaç bir haktır ki, Anayasa'da özel olarak sayılan bütün temel hakların ondan doğduğu, onun türevi olduğu söylenebilir. Anayasa'da düzenlenen temel haklan hatırlayalım; zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m.28), demek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), mülkiyet hakkı (m.35), hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı (m.36), ailenin korunması ve çocuk haklan (m.41), eğitim ve öğrenim hakkı (m.42), çalışma ve dinlenme haklan (m.49, 50), sendika kurma hakkı (m.51), ücrette adalet hakkı (m.55), sağlık ve çevre hakkı (m.56), seçme, seçilme ve siyasi faaliyet hakkı (m.67), dilekçe ve bilgi edinme hakkı (m.74). Düşüncemize göre kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, yukarıda sayılan hakların her birinin içinde yer almaktadır.

8. Bu durumda Anayasa'nın 17 /1. maddesinde düzenlenen hakkın anayasal niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde Gören, 17 / 1. maddedeki hakkın hiyerarşik olarak temel teşkil ettiğini ve bu hakkın kişiye 'genel nitelikte bir eylem özgürlüğü' tanıyan sübjektif bir kamu hakkı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yazar aynca bütün temel hakların bu hakkın sonuçlan olduğunu belirtmektedir (Prof. Dr. Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Ankara 2006, s. 412, 413). Diğer bazı yazarlarca da benimsenen bu nitelemenin Anayasa'nın sistemi açısından oldukça yerinde olduğu düşünülmelidir. Sağlam ise, Federal Alman Anayasasının 2/1. maddesinde de düzenlenen kişiliğini geliştirme hakkının düzenlenmesinin amacının, insan yaşamının Anayasa'da öngörülen diğer temel haklar dışında kalan bölümünü de kapsayarak, eksiksiz bir temel hak güvencesini temin etmek olduğuna dikkat çekmektedir. Sağlam'ın işaret ettiği üzere kişiliği

geliştirme hakkı ile diğer temel haklar arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğundan, bir insan eylemi Anayasa'daki temel haklardan birinin geçerlik alanına girmekteyse yalnızca özel nitelikli olan temel hak uygulanır. Dolayısıyla kişiliği geliştirme hakkı, diğer temel haklarla düzenlenmemiş olan tüm haklan kapsayan 'genel bir fiil özgürlüğü' niteliğindedir (Doç. Dr. Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY Ankara 1982, s. 42).

9. Doktrinde diğer bazı yazarlar da Anayasa'daki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının genel fiil özgürlüğü niteliğinde olduğu ve Anayasa'da sayılan temel haklar ile arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğu görüşünü paylaşmaktadırlar (bkz. Doç. Dr. Ali Tank Gümüş, "Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005, s. 149; Dr. Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Basılmamış Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 55) Bu yazarlardan Gümüş, madde gerekçesinde 17. maddeden itibaren hak ve hürriyetlerin önem derecesine göre sıralandığına ilişkin açıklama ile kastedilen hususun, varlığını koruma ve geliştirme hakkının temel haklardan biri ve en önemlisi olduğu değil, bu hakkın diğer haklara kaynaklık ettiğini izah anlamına geldiğini ifade etmektedir (agm. s. 153).

10. Daha önce belirtildiği gibi kişinin maddi ve manevi kişilik değerleri içerisinde olan şeref, itibar, isim, resim, vücudu, vb. haklan Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı ve gizliliğinin korunması hakkı kapsamındadır. Belirtilen kişilik değerlerine yönelik bir saldırıya karşı korunma hakkı ile bu değerlerini geliştirmeye yönelik haklan da anılan hakkın içerisindedir. Başka bir ifadeyle, bireyin kişiliğini (maddi-manevi varlığını) koruma ve geliştirme hakkı özel hayattan ayrılamaz niteliktedir.

11. Diğer taraftan, konut dokunulmazlığına, haberleşmeye, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne, düşünce açıklama veya bilim sanat yapma ve yayma özgürlüğüne karşı yapılacak müdahaleler de özünde kişiliğini koruma ve geliştirme hakkının ihlali mahiyetinde olmakla birlikte, Anayasa'da özel olarak düzenlenmesi dolayısıyla 21. ila 27. maddeler kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bölüm çoğunluğunun dayandığı görüşün bu konulara yansıtılması durumunda, belirtilen hakların da 1 7 /1. madde üzerinden incelenmesi gerekecek, böylece Anayasada özel olarak düzenlenen ilgili temel hakların alanı daraltılırken, genel kapsamlı olan kişiliği koruma-geliştirme hakkı, amacı dışında ve anayasal sistematiğe aykırı biçimde kullanılmış ve genişletilmiş olacaktır.

12. Sonuç olarak, Anayasa'nın 20. maddesinde özel olarak düzenlenen özel hayata saygı hakkı, maddi ve manevi varlığa (ve bu arada şeref ve itibara) yönelik müdahaleleri de kapsamaktadır. Anayasa'nın 17 /1. maddesindeki "maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı" özel hayat hakkını değil, tüm temel hakların özünü ve ideal formunu düzenlemektedir. Anayasa'nın, kişinin

maddi-manevi varlığına farklı bağlamlarda yer veren 5, 12, 15/2 ve 17 /l ,2. maddeleri, ilgili özel/temel hak bağlamında yalnızca destek norm olarak değerlendirilmelidir. Ne var ki başvuru konusu olay ölçü norm olan 20. madde üzerinden incelenmesi gerekirken, Anayasa'nın genel nitelikli 1 7 /1. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Belirtilen nedenlerle "başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğu" şeklindeki karar sonucuna, konunun Anayasa'nın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği yolundaki farklı gerekçeyle katılmış bulunmaktayım.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Anayasa Mahkemesi - 19 Aralık 2017 - Burhan Kuzu Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Burhan Kuzu, B. No: 2014/4988, 19/12/2017, § …)
Başvuru Adı	BURHAN KUZU
Başvuru No	2014/4988
Başvuru Tarihi	10/4/2014
Karar Tarihi	19/12/2017

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, internet üzerinden paylaşılan küfür ve hakaret içerikli yazıların kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu iddiasıyla yapılan suç duyurusu sonrasında etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle kişinin şeref ve itibarının korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahale iddiaları (kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi)

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu

Madde Numarası: 170

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 4721 Türk Medeni Kanunu

Madde Numarası: 24, 25

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Madde Numarası: 24, 25, 389

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6098 Türk Borçlar Kanunu

Madde Numarası: 49

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

BURHAN KUZU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/4988)

Karar Tarihi: 19/12/2017

BURHAN KUZU BAŞVURUSU

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

M. Emin KUZ

Raportör: Abuzer YAZICIOĞLU

Başvurucu: Burhan KUZU

Vekili: Av. Hükümdar HAMDİOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet üzerinden paylaşılan küfür ve hakaret içerikli yazıların kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu iddiasıyla yapılan suç duyurusu sonrasında etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle kişinin şeref ve itibarının korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, anayasa hukuku alanında akademisyen olup hakaret iddiasına dayanak olan olayın gerçekleştiği tarihte Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanlığı görevini yürütmektedir.

10. Sosyal medya platformu Twitter isimli internet sitesi üzerindeki @dead-communionisimli hesaptan 16/6/2013 tarihli paylaşımda küfür içeren ifadeler kullanılmıştır. Başvurucu, bu paylaşımlarda kendisine hakaret edildiği iddiası ile 18/6/2013 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Bilişim Suçları Bürosuna suç duyurusunda bulunmuştur.

11. Soruşturmayı yürüten Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Bilişim Suçları Bürosu olayın şüpheli ya da şüphelilerini araştırmak üzere Ankara İl Emniyet Müdürlüğü ile yazışma yapmış; yapılan araştırmalar sonucunda düzenlenen 6/11/2013 tarihli tutanakla Twitter isimli yer sağlayıcının Amerika Birleşik Devletleri üzerinden yayın yaptığı, @dead-communion isimli profil sayfasından kullanıcıların gerçek bilgilerine ulaşılamadığı tespit edilmiş ve soruşturma sürecinde ilgili Cumhuriyet başsavcı vekilinden dosyanın ZamanaşımıBürosuna gönderilmesi hususunda görüş sormuştur. Yazının içeriği şöyledir:

"Müştekinin maruz kaldığı faili meçhul suç ile ilgili olarak bugüne kadar yapılan tüm araştırmalarda olay faili ya da failleri tespit edilemediğinden Cumhuriyet Başsavcılığımız 15/9/2006 tarih ve 3/2006-2 genelgesi uyarınca evrakın Zamanaşımı Bürosuna gönderilmesi takdirlerinize arz olunur."

12. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, yürüttüğü soruşturma neticesinde 24/2/2014 tarihli "daimî arama kararı" ile dosyayı Zamanaşımı Bürosuna göndermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Soruşturma evrakının incelenmesi sonucunda; müştekiye yönelik sesli yazılı veya görüntülü bir ileti ile hakaret olayının şüphelilerinin tespit edilemediği anlaşılmıştır.

Yapılan inceleme sonucunda; meçhul şüphelilere isnat edilen eylemin 5237 sayılı TCK'nın 125/2, 3-a maddesi kapsamına girdiği ve aynı kanunun 66/1-e maddesi gereğince 8 yıllık zamanaşımına tabi olduğu anlaşıldığından;

Olayın şüphelilerinin yukarıda yazılı zamanaşımı tarihine kadar aranmasına devam edilerek, yakalandıklarında ifadeleri alınarak C. Başsavcılığımızda hazır edilmeleri, kimlikleri tespit edildiğinde yakalanmasalar bile açık kimliklerinin delillerle birlikte Başsavcılığımıza bildirilmesi,

Soruşturmanın sonucu hakkında her üç ayda bir tekide mahal bırakılmadan savcılığımıza bilgi verilmesi, …"

13. Daimî arama kararının ilgililere tebliğ edilmediği fakat başvurucunun 9/4/2014 tarihinde vekil aracılığıyla dosyadan suret aldığı anlaşılmıştır.

14. Başvurucu, yukarıda anlatılan gelişmeler üzerine etkili bir yargı yolu kalmadığı iddiasını ileri sürerek 10/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

15. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Kamu davasını açma görevi"kenar başlıklı 170. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.

(2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler."

16. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı"kenar başlıklı mülga 9. maddesi şöyledir:

"(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

17. 5651 sayılı Kanun'un 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'la değiştirilen "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi"kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

…

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

18. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "İlke"kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

19. 4721 sayılı Kanun'un "Davalar"kenar başlıklı 25. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır."

20. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tasarruf ilkesi" kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"(1)Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.

(2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.

(3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

21. 6100 sayılı Kanun'un "Taraflarca getirilme ilkesi" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz."

22. 6100 sayılı Kanun'un "İhtiyati tedbirin şartları" kenar başlıklı 389. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir."

23. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel olarak" kenar başlıklı 49. maddesi şöyledir:

"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 19/12/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

25. Başvurucu, @dead-communion isimli Twitter hesabından kendisine hakaret edildiği ve kişilik haklarının ihlal edildiği iddiası ile Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı Bilişim Suçları Bürosu nezdinde yaptığı suç duyurusu sonrasında şüphelinin tespit edilemediği gerekçesi ile soruşturma dosyasının Zamanaşımı Bürosuna sevk edildiğini, anılan Twitter hesabı üzerinden kişilik hakkı ihlalinin devam ettiğini, soruşturma sürecinin etkili bir hukuki koruma sağlamadığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ilgili Twitter hesabının, bunun mümkün olmaması durumunda ise ilgili internet sitesinin (twitter.com) erişime kapatılması ve manevi tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

26. Başvurucu; hakkındaki hakaretle ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen daimî arama kararı, şüpheli veya şüphelilerin bulunamaması gerekçesine dayandığından ve zamanaşımı süresi sonunda dosya kapatılmış olacağından soruşturmanın etkili bir başvuru yolu olma özelliğini ortadan kaldırdığını, dolayısıyla bu yolun tüketilmesinin gerekmediğini, ayrıca Anayasa Mahkemesinin 2014/3986 sayılı bireysel başvuru kararında tespit edilen ilke ve yorumlar kapsamında tüketilecek başka etkili bir yol kalmadığını ileri sürmektedir.

27. Bakanlık görüşünde, başvuru yollarının tüketilmesi ile ilgili olarak 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkralarında belirtilen başvuru yolunun Anayasa Mahkemesinin 2014/3986 sayılı (Yaman Akdeniz ve diğerleri başvurusu) ve 2014/4705 sayılı (Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri başvurusu) bireysel başvuru incelemelerindeki ihlal kararları ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bakanlık, Anayasa'nın özel hayata saygı hakkına ilişkin hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi ile bu maddeye ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ışığında yorumlanması, bu kapsamda kişisel şeref ve itibarı ile devletin pozitif yükümlülüğü gibi kavramların başvuru konusu şikâyetlerle ilgili olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

28. Başvurucu, başvuru formunu aynen tekrar etmiştir.

B. Değerlendirme

29. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

30. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak kişinin manevi varlığına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında üçüncü kişilerin saldırılarını cezai veya hukuki koruma sağlayacak etkili mekanizmalar kurmak suretiyle önlemekle yükümlüdür (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35). Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, birçok ihtimalin yanında görsel ve işitsel yayınlar yoluyla da olabilir. Bir kişi görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41).

31. Buna karşılık olarak ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan, toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrası saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, şoke edici ya da rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu yinelenmelidir. İfade özgürlüğü, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyen çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir ve bazı istisnalara tabi ise de bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerekir (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 48; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 55).

32. Anayasa Mahkemesinin Yaman Akdeniz ve diğerleri (B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 39)kararında Twitter isimli internet sitesine erişimin engellenmesine yönelik Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) kararı değerlendirilirken internetin modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip olduğu, sosyal medya zemininde kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymalarına katkı sağladığı belirtilmiştir. Bu bağlamda düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri hâline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği vurgulanmıştır.

33. Öte yandan örnek olaylardan Yaman Akdeniz ve diğerleribaşvurusunda 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yetkili mahkeme tarafından verilmiş "tüm siteye yönelik erişim engelleme" kararı bulunmadığı, bu nedenle TİB’in mahkeme kararını aşan ve idari

işlem niteliğinde kabul edilen uygulamasının ihlal konusu olarak değerlendirildiği ve kararın 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında "erişimin engellenmesi" taleplerini doğrudan etkisiz hâle getiren bir karar olmadığı dikkate alınmalıdır.

34. Devletin bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa'da güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında bir denge kurması gerekir (Von Hannover/Almanya (No. 2) [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99).

35. Bireylerin maddi ve manevi varlığına üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğü, mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Hakaret; ceza hukuku anlamında suç, özel hukuk anlamında ise haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve tazminat davasına konu edilebilmektedir. Dolayısıyla bir bireyin üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla hukuk davası yoluyla da bir giderim sağlaması mümkündür (Adnan Oktar (2), B. No: 2013/514, 2/10/2013, § 32).

36. Somut olayda başvurucunun, mağduriyetini gidermek amacıyla ceza kanunlarına göre ceza davası açılmasını sağlama yoluna başvurduğu gibi 5651 sayılı Kanun hükümleri gereğince erişimin engellenmesi talebinde bulunma veya medeni hakların korunması bağlamında özel hukuk davaları açma şeklinde birden fazla seçeneğinin bulunduğuna şüphe yoktur (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik [GK], B. No: 2013/6237, 2/7/2015, § 42). Başvurucu, ceza davası açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş fakat soruşturma sürecinin etkili yürümemesi ve dosyanın Zamanaşımı Bürosuna gönderilmesi nedeniyle bireysel başvurusunu yapmıştır. Bu aşamada 5651 sayılı Kanun'un 9. madde hükmü gereğince "içeriğin yayından çıkarılması veya erişimin engellenmesi" ve devamında "internet sitesindeki tüm yayına erişimin engellenmesi"ni talep etme, ceza soruşturmasının sonucunu bekleme veya hukuk davası açma yollarının başvurucunun talebi karşısında tüketilmesi gereken etkili bir başvuru yolu olup olmadığı değerlendirilmelidir.

37. Başvurucunun iddiaları ile ilgili olarak başvurduğu ceza davası yolu, ulaşılabilir telafi kabiliyetini haiz ve başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanıyan tek başvuru yolu değildir ve somut olayda da soruşturma süreci nihai olarak tüketilmemiştir. Yine 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında internet erişiminin engellenmesini talep etme imkânı, belirli şartlar altında uygulanabilen ve çekişmesiz yargılama yöntemiyle sonuçlandırıldığı için taraflar

arasında kesin hüküm teşkil etmeyen bir yöntem olduğundan tüketilmesi gereken etkili bir yol olarak değerlendirilmeyebilir (Benzer durum için bkz. Aziz Yıldırım (5), B. No: 2013/9037, 23/3/2016, § 43). Fakat hakaretin olumsuz etkileri ile ilgili olarak hukuk davası açarak da başvurucunun şikâyetlerini derece mahkemeleri önünde ileri sürebilmesi ve bu iddialarla ilgili olarak giderim sağlayabilmesi mümkündür (Adnan Oktar (2), § 40).

38. Yerleşik hâle gelen içtihatlara göre tazminat davalarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (Işıl Yaykır, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 44). Anılan içtihatlar nedeniyle bir başvurucu, şeref ve itibarına yönelik müdahale iddiası nedeniyle yalnızca cezalandırma talebinde bulunmuş ve tazminat davası açmamış ise başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmektedir.

39. Buna karşın mevcut başvuruda, başvurucunun itibarına kimlik bilgileri bilinmeyen bir kişi tarafından müdahalede bulunulmuştur. Üstelik Cumhuriyet savcısı, şüphelinin açık kimlik bilgilerini tespit edemediği için dosyayı Zamanaşımı Bürosuna aktarmıştır. Öte yandan mevcut başvuruda tazminat davalarının yüksek başarı şansı sunabilecek etkili bir başvuru yolu olduğu kabul edilse bile başvurucunun en azından itibarına müdahalede bulunan kişinin kim olduğunu bilmeden böyle bir dava açabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla somut olayın şartları itibarıyla tek neden olarak tazminat davası yoluna başvurulmaması gösterilmek suretiyle bireysel başvuru için başvuru yollarının tüketilmediği söylenemez.

40. Bu aşamada münhasıran tarafları ilgilendiren ve kamunun menfaati olmayan bir özel hukuk uyuşmazlığı olan hakaret davalarında, sıradan kişilerce elde edilmesi son derece zor veya imkânsız olan haksız müdahaleyi yapan kişiye ait kimlik bilgilerinin ceza soruşturması sürecinde kamu gücü tarafından tespit edilmesinin devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

41. Başvuru konusu olaya benzer olaylarda uygulanacak ilkeler Mustafa Tepeli (B. No: 2014/5831, 1/3/2017) kararında ortaya konulmuştur. Mevcut başvuruda adı geçen kararda belirtilen ilkelerden ayrılmayı gerektirecek bir yön bulunmamaktadır.

42. İnternet küresel bir ağdır ve hiçbir sınırı yoktur. Bu nedenle internet ortamında yayımlanan ve başvuruculaın iftira ve hakaret niteliğinde olduğunu ileri sürdüğü bir iddiaya karşı adli mekanizmaları devreye sokmak çoğu zaman güç veya çok maliyetli olabilir. Buna karşın kaçınılmaz olarak doğrudan etkili olan ciddi anlamda incitici veya temel haklara zarar veren müdahalelere karşı bireylerin ve kamunun korunmasının devletin yükümlülüklerinden olduğunun da kabul edilmesi gerekir (Mustafa Tepeli, § 28).

43. Bu kapsamda internet servis sağlayıcıları tarafından kullanılacak standartları geliştirmek, ulusal veya uluslararası mekanizmaların kurulmasına veya mevcut mekanizmaların işletilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunmak, internet üzerinden anayasal haklara yöneltilen saldırılara karşı uygun yasal düzenlemeler dâhil bireylerin itirazlarını iletebilecekleri ve uygun görülecek başka önlemleri almak devletin yükümlülükleri olarak sayılabilir (Mustafa Tepeli, § 29).

44. Başvurucunun şüphelinin cezalandırılması için ısrarcı olması, kişisel anlamda bir ilke sorunu olarak algılanabilirse de bu algı; kamu gücünü kullanan organlara, şeref ve itibara müdahale eden kişileri bir ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu etmeleri şeklinde bir yükümlülük yüklemez. Yine internet üzerinden işlenen suçlara yönelik soruşturmalardaki güçlükler de gözetildiğinde Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlükler bağlamında ciddi endişeler doğuracak nitelikte geniş kapsamlı etkiler uyandırmayan ya da toplumsal menfaati doğrudan etkilemeyen bir şikâyet hakkında failin belirlenmesine yönelik çalışmaların yargı makamlarının gösterdiği tüm çabalara karşın konunun hukuki tıkanıklığa yol açan uluslararası boyutu nedeniyle sonuçsuz kalmasının, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bakımından bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında açık bir dengesizlik oluşturacağı değerlendirilemez.

45. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Anayasa Mahkemesince kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin olmadığı açık olan başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (Hikmet Balabanoğlu, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

46. Somut olaydaki gibi internet üzerinden yapılan hakaret olaylarında adli makamların suç failinin belirlenmesine yönelik çalışmalarından sonuç alınamamasının başvurucunun şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkına yönelik bir ihlal oluşturmadığının açık olduğu sonucuna varılmıştır.

47. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olmasınedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kişinin şeref ve itibarının korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 19/12/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 26 Ekim 2017 - Ali Kıdık Başvurusu

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, § …)
Başvuru Adı	ALİ KIDIK
Başvuru No	2014/5552
Başvuru Tarihi	24/4/2014
Karar Tarihi	26/10/2017
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	14/12/2017 - 30270
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir internet haber sitesinde yer alan köşe yazıları ile bazı haberlere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternette basın özgürlüğü kapsamında kabul edilecek yayımlara erişimin engellenmesine ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun **Madde Numarası:** 9	

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİ KIDIK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5552)

Karar Tarihi: 26.10.2017

R.G. Tarih ve Sayı: 14.12.2017 - 30270

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör: Yunus HEPER

Başvurucu: Ali KIDIK

Vekili: Av. Pınar DURSUN VARDAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet haber sitesinde yer alan köşe yazıları ile bazı haberlere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 24/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1989 yılından beri gazetecilik yapmaktadır ve airporthaber.com adlı internet sitesinin sahibi ve genel yayın yönetmenidir. Başvuru ayrıca söz konusu internet sitesinde düzenli aralıklarla köşe yazıları yazmaktadır. İnternet sitesi; ulusal ve uluslararası ölçekte havacılığa ilişkin haberlerin yapıldığı, köşe yazılarının yayımlandığı ve havacılık forumlarının yer aldığı bir internet mecrasıdır.

10. Bahse konu internet sitesinde 2014 yılının Nisan ayı içinde o sıralarda Türk Hava Kurumu (THK) başkanlığını yürüten O.Y. (müşteki) hakkında beş ayrı yazı yayımlanmıştır. Müştekinin başvurusu üzerine derece mahkemeleri başvuruya konu yazılara erişimin engellenmesine karar vermiştir.

11. THK, Türkiye'de havacılık sanayiini kurmak, askerî, sivil, sportif ve turistik havacılığın gelişmesini sağlamak için 16/2/1925 tarihinde Mustafa Kemal Atatürk'ün emri ile kurulmuş bir dernektir. Dernek, ilk kurulduğundaTürk Tayyare Cemiyeti adını taşımakta iken 1935 yılında şu anki adını almıştır. Dernek 5/8/1925 tarihinden itibaren "kamu yararına çalışan dernek" statüsündedir. Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu THK'nın manevi koruyucularındandır. Cumhurbaşkanı, başbakan, kuvvet komutanları, Ankara valisi Derneğin doğal üyeleri arasında bulunmaktadır.

12. Başvuruya konu ilk yazı başvurucu tarafından kaleme alınmış ve "THK'yı Batırırsan 20 Tırnağımla Yakana Yapışırım" başlığı ile 3/3/2014 tarihinde yayımlanmış bir köşe yazısıdır. Söz konusu yazıda başvurucu, yazının yayımlanmasından bir hafta önce müşteki ile bir görüşme yaptıklarını ifade etmiştir. Başvurucu, görüşme detayları hakkında daha fazla bilgi vermemiştir. Başvurucu, köşe yazısında THK'nın Türkiye merkezli bir havayolu şirketini İranlılardan satın almak istediğini ifade etmekte ve bu satın almanın Kurum için çok büyük hata olacağını ileri sürmektedir. Başvurucuya göre THK asli vazifelerine odaklanmalı ve daha profesyonel kişilerce yönetilmelidir.

13. Başvuruya konu ikinci yazı "Bu Belge Şok Edecek" başlıklı bir haberdir ve 10/3/2014 tarihinde yayımlanmıştır. Haberde, THK'nın borç batağında olduğu iddia edilmiş ve Kurumun borçlarını gösteren bir belge yayımlanmıştır. Resmî olup olmadığı anlaşılamayan belgede Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası verilerine göre THK'nın 410 milyon TL borcu olduğu ileri sürülmektedir. Haberde ilave olarak THK'nın bir havayolu şirketini satın almak için yaptığı girişimler de anlatılmaktadır.

14. Başvuruya konu üçüncü yazı "Ye Babam Ye! Ne Zaman Doyacaksınız"başlığı ile 7/4/2014 tarihinde yayımlanan bir haberdir. Haberde müşteki oldukça ağır bir biçimde suçlanmıştır. Yazının ekinde yer alan bazı belgelere dayanılarak müştekinin, oğlunun arkadaşlarına ait bazı

şirketlere haksız kazanç sağladığı ve yüklü miktardaki haksız kazancın buradan müştekinin oğluna ait başka bir şirkete aktarıldığı iddialarına yer verilmiştir.

15. Başvuruya konu dördüncü yazı "Türk Hava Kurumu Uçurumun Eşiğinde" başlığı ile 9/4/2014 tarihinde yayımlanmış bir başka haberdir. Doğrudan müştekiyi hedef alan yazıda müştekinin beş yıldır THK'nın başkanlığını yürüttüğü hatırlatılmıştır. Habere göre müşteki, aralarında kendi oğlunun da olduğu 110 yakınını ve akrabasını yüksek maaşlarla THK'ya ait şirketlerde istihdam ederek THK'yı büyük zarara uğratmıştır. Haberde müştekinin THK'yı büyük bir borç batağına sürüklediği, uçak yapacağını söyleyerek insanları kandırdığı ve bu arada ulusal bir havayolu şirketini satın aldığı iddia edilmiştir. Haberde, müştekinin oğlunun THK Üniversitesine yüksek maaşla yerleştirildiği iddia edildikten sonra müştekinin söz konusu iddiaları reddettiği de belirtilmiştir. Haberde, THK'nın 410 milyon lira borcu olduğunun belgeleriyle açıklandığı hatırlatılmış ve internet sitesine yeni iddiaların ulaştığı ifade edilmiştir. Başvurucu, internet sitesine ulaşan bilgilerin aynı zamanda THK yöneticilerine, savcılıklara ve ilgili resmî kurumlara da iletildiğini iddia etmiştir. Yazının geri kalanında, kimliği açıklanmayan kişiden internet sitesine gelen iddialar paylaşılmıştır. Söz konusu iddialara göre müştekinin oğlu ve bazı akrabaları işe gitmeden THK'dan çok yüksek maaş almakta, müştekinin akrabaları ve yakınları Kuruma ait işleri almaktadır. Haber yazısının sonunda bir tablo paylaşılmıştır. Toplam 111 kişinin isminin yer aldığı tabloda bu kişilerin THK'da ne iş yaptıkları ve müştekiye olan yakınlıkları gösterilmiştir.

16. Müşteki, yukarıda zikredilen yazıların kişilik haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek yazıların yayımlandığı internet sayfalarının erişiminin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi 9/4/2014 tarihli kararı ile erişimin engellenmesine karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesi aynen şöyledir:

"Dilekçe ve ekleri incelenmiş olup, talep edenin müvekkilinin aleyhinde bazı suçlamalara ve isnatlara yer verildiği görülmektedir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri de "suçluluğu kanıtlanana kadar herkes suçsuzdur" şeklinde ifade edilen masumiyet karinesidir. Talep edenin müvekkili aleyhinde isnat edilen suçlamalarla ilgili herhangi bir yargı kararı yayın içeriğine konulmuş değildir. İçeriği yayınlayan ya da yazanların kişisel görüşlerini yansıtmakta olan bu beyan ve ifadeler haber verme sınırını aşmakta ve hakaret boyutuna ulaşmaktadır. Zira bir kişiye "hırsız", "soyguncu" şeklinde nitelemelerde bulunulması haber olarak değerlendirilemez. Böyle ifadeler kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur. Bu nedenle talep 5651 sayılı Yasanın 9. maddesinde belirtilen şartları taşıdığından kabulüne karar vermek gerekmiştir."

17. Başvurucu 14/4/2014 tarihinde yeni bir köşe yazısı kaleme almıştır. Doğrudan müştekinin hedef alındığı yazıda başvurucu, daha önce ileri sürdüğü iddiaları tekrar etmiş ve bunların

yalanlanmadığını hatırlatmıştır. Başvurucu, söz konusu yazıda yeni bir iddiada bulunmuştur. Başvurucu, yerel seçim çalışmaları sırasında THK'ya ait bir jet uçağının ve bir helikopterin oldukça düşük fiyata bir partinin genel başkanına kiralandığını ileri sürmüştür. Başvurucu, bu kiralamadan dolayı THK'nın zarara uğratıldığını savunmuş ve müştekinin bahsi geçen siyasi partiden milletvekili yapılıp yapılmayacağını sormuştur.

18. Müşteki, son köşe yazısının yayımlandığı gün yine Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuştur. Müşteki, köşe yazısının kişilik haklarını ihlal ettiğini savunmuş ve yazının yayımlandığı internet sayfasının erişiminin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi 14/4/2014 tarihli kararı ile erişimin engellenmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"Bu ifadeler bir haber ya da kişisel görüş olmanın yanı sıra talepte bulunanı toplum nezdinde küçük düşürebilecek, henüz bir yargı kararı ile sabit olmamış suçlamalar ve isnatlar olduğundan talebin kabulüne karar vermek gerekmiştir."

19. Başvurucunun kararlara yaptığı itirazlar, Ankara 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 16/4/2014 tarihli iki ayrı gerekçesiz kararı ile reddedilmiştir.

20. Başvurucu 24/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

21. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının (…) başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

B. Uluslararası Hukuk

1. İfade Özgürlüğünün Demokratik Toplumdaki Önemi

22. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında ifade özgürlüğünün toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil ettiğini yinelemektedir. AİHM'e göre 10. maddenin ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören ya da zararsız veya ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının

ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; Von Hannover/Almanya (No. 2),B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

23. AİHM, demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını birçok kez çizmiştir. AİHM'e göre -her ne kadar özellikle de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekse de- basının görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. AİHM, basının böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının da eklendiğini hatırlatmıştır. AİHM'e göre bu görevi olmasaydı basın, vazgeçilmez kamusal "gözetleyici" rolünü oynayamazdı (Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71; Von Hannover/Almanya (2) B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 102).

24. AİHM, Radio France/Fransa (B. No: 53984/00, 30/3/2004, § 37) davasında basın özgürlüğünün kapsamının demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir:

"Mahkeme "görev ve sorumluluklar"ın, ifade özgürlüğünün doğasından kaynaklandığını yineler. 10. madde tarafından kamusal yararlara ilişkin meselelerin aktarılması için gazetecilere sağlanan güvencenin şartı, gazetecilik etiğine uygun olarak onların kesin ve güvenilir bilgi sağlamak konusunda iyi niyet sahibi olmalarıdır (örneğin bkz. Bladet Tromsø and Stensaas/Norveç, § 65; Colombani ve diğerleri/Fransa B. No: 51279/99, 25/06/2002, § 65). Ne var ki basın özgürlüğü belli dereceye kadar abartmaya hatta kışkırtmaya izin verir (bkz. özellikle, Bladet Tromsø and Stensaas/Norveç, § 59)..."

2. İfade Özgürlüğü ile İtibarın Korunmasını İsteme Hakkı Arasındaki İlişki

25. AİHM, bir gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimsenin itibarının korunması hakkını özel yaşam kapsamında görmektedir (White/İsveç, B. No: 42435/02, 19/12/2006, §§ 19, 30). AİHM'e göre kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur (Pfeifer/Avusturya, B. No: 12556/03, 15/11/2007, § 35; Axel Springer AG/Almanya, B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 83).

26. AİHM, kamuya mal olmuş kişilerin şöhret ve itibarı ile ifade özgürlüğünün çatışması hâlinde 10. maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan "başkalarının... haklarının korunması" ifadesine müracaat etmektedir. AİHM Büyük Dairesi 7/2/2012 tarihinde verdiği iki kararda -Von Hannover/Almanya (2) [BD] ve Axel Springer AG/Almanya [BD]- ifade hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde kullanılan ilkeleri sistematik olarak açıklamış ve uygulamıştır.

Bunlar ifade özgürlüğüne konu açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı (Von Hannover/Almanya (2), § 109); ilgili kişinin tanınırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi ile yazıya konu olan faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu (Von Hannover/Almanya (2), § 110; Von Hannover/Almanya, B. No: 59320/00, 24/09/2004, §§ 63-66; kamu tarafından tanınan kişiler için korumanın daha esnek olacağına ilişkin bir karar için bkz. Minelli/İsviçre (k.k.), B. No: 14991/02, 14/6/2005), ilgili kişinin daha önceki davranışları (Von Hannover/Almanya (2), § 111), yayının içeriği, şekli ve etkileri (Von Hannover/Almanya (2), § 112), bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği (Axel Springer AG/Almanya, § 93; Von Hannover/Almanya (2), § 113) ve uygulanan yaptırımın niteliğidir (Axel Springer AG/Almanya, § 95).

3. Gazetecilere İddialarını Gerekçelendirebilecek Bir Savunma Yapma Olanağı Verilmesi Zorunluluğu

27. AİHM; Castells/İspanya ve Colombani ve diğerleri/Fransa başvurularında, şikâyet konusu beyanda bulunan kişinin aleyhine açılmış olan davaya yanıt verme konusunda aşılmaz güçlüklerle karşı karşıya bırakılması hakkındaki endişelerini dile getirmiştir. Castells/İspanya (B. No: 11798/85, 23/4/1992, §§ 47, 48) davasında, ulusal yargılamaları yürüten yüksek mahkemeye göre millî kurumları karalamakla suçlanan bir kişinin gerçeği ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır. AİHM, başvurucunun kendisi hakkında açılan söz konusu hakaret davasında gerçeği ispatlamasına ve iyi niyetini ortaya koymasına izin verilmediğine dikkat çekmiştir. AİHM'e göre başvurucu tarafından ileri sürülen olgusal iddiaların birçoğunun gerçekte olup olmadığı yerel mahkemelerin atacağı adımlarla ortaya çıkarılabilir ve başvurucu makul bir çerçevede iyi niyetini ortaya koymaya çalışabilir. AİHM, başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme)10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

28. AİHM; daha yakın tarihli Colombani ve diğerleri/Fransa (B. No: 51279/99, 25/6/2002, § 66) davasında hakaret suçundan yapılan yargılama sırasında, gazeteci olan başvuruculara iddialarını gerekçelendirebilecek bir savunma yapma olanağı verilmemiş olmasını eleştirmiştir:

"... [M]evcut başvuruda başvuruculara suçlanmasının sebebi Fas Kralının itibarına ve haklarına zarar veren bu makaledir. Hakaret suçunu düzenleyen olağan hukuk kurallarının aksine, yabancı bir devlet başkanına hakaret suçlamasından kurtulabilmeleri için başvuruculara, iddialarını gerekçelendirebilecekleri bir savunma yapma olanağı verilmemişti. Başvuruculara savunma yapma olanağının tanınmaması, kişinin haklarının ve itibarının korunması ihtiyacı karşısında - söz konusu kişi bir devlet veya hükumet başkanı olsa dahi- orantısız bir önlem oluşturacaktır."

4. Gazetecinin İspat Yükünün Sınırı

29. AİHM, Kasabova/Bulgaristan (B. No: 22385/03, 19/7/2011, § 62) davasında bir hakaret davası sanığının ispat yükünü yerine getirirken bir beyanın doğruluğunu kanıtlayan savcı gibi hareket etmesinin sanıktan beklenmemesi gerektiğini ortaya koymuştur:

"Nihai bir mahkumiyet kararı prensip olarak bir kişinin suç işlemiş olduğuna dair yadsınamaz bir kanıt oluşturur. Bununla birlikte, 6. maddenin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesinin gereksinimleri gözönüne alınsa bile, hakaret davalarında suç teşkil eden davranış iddialarını kanıtlama biçimini bununla sınırlandırmak apaçık bir mantıksızlık olacaktır. Basında çıkan iddialar, ceza yargılamalarında öne sürülen iddialarla eşit mevkiye konulamazlar."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 26/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

31. Başvurucu;

i. Erişimi engellenen yazılarda suç teşkil edecek bir yön bulunmadığını, yazıların hakaret içermediğini, erişimin engellenmesini gerektirecek yasal koşulların oluşmadığını, yazılardaki haberlerin gerçek olduğunu, yayımlanmasında "kamu yararı" bulunan gerçek ve güncel haberlerin özle biçim arasında denge kurularak verildiğini ileri sürmüştür.

ii. Türk milleti için çok önemli olan böyle bir Kurumdaki yolsuzlukların kamuoyuna duyurulmasında üstün kamu yararı bulunduğunu, basının güncel olayları kamuya duyurma görevi olduğunu, sadece haberi vermekle yetinmeyip değişik açılardan durum değerlendirmesi ve eleştiri yapılmasının basın özgürlüğünün bir parçası sayılması gerektiğini ifade etmiştir.

iii. Yazılarda yer alan iddiaların tamamının somut olduğunu ve belgelere dayandığını, derece mahkemelerinin şikâyet dilekçesinin verildiği gün hiçbir belge ve bilgiyi toplamadan karar verdiğini iddia etmiştir.

iv. Anayasa ile korunmuş olan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin tespitini talep etmiştir.

32. Bakanlık görüşünde, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplum için vazgeçilmez önemine karşın basının "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının korunması" için konulmuş olan sınırlamalara uyması gerektiği ifade edilmiştir. Bakanlığa göre 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, devletin kişilerin şeref ve itibarlarını koruma pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak kabul edilmiş ve somut olayda derece mahkemeleri, müştekinin itibarına saldırı

olduğunu tespit etmiştir. Bakanlık, internet sitesinin tamamına değil yalnızca belirli yazılara erişimin engellenmesi kararı verilmesinin de müdahalenin ölçülü olduğunu gösterdiğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

33. İddianın değerlendirilmesinde ifade ve basın özgürlüklerinin korunduğu Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri dayanak alınacaktır. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...

Bu hürriyetlerin kullanılması,... başkalarının şöhret veya haklarının,... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

34. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır…"

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

36. Başvurucunun internet sitesinde yayımladığı yazılara erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Söz konusu mahkeme kararları ile başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale yapılmıştır.

37. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

38. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

39. Kanunilik ölçütüne ilişkin bir şikâyette bulunulmamıştır. Mevcut başvurunun koşullarında 5651 sayılı Kanun

'un 9. maddesinin "kanunla sınırlama" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

40. Başvuruya konu haber ve köşe yazılarına erişimin engellenmesine ilişkin kararların "başkalarının şöhret veya haklarının korunması"na yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır.

(1) Genel İlkeler

(a) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı

41. Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbir, toplumsal bir ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 51; Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 68; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51). Derece mahkemelerinin böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede belirli bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir.

(b) Ölçülülük

42. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın -demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte olmakla birlikte- temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 63; Bekir Coşkun §§ 53, 54; ölçülülük ilkesine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, §§ 96-98; Tansel Çölaşan, §§ 54, 55; Mehmet Ali Aydın, §§ 70-72). Bu sebeple mevcut

başvuruda hükmedilen erişimin engellenmesi tedbirinin müştekinin maruz kaldığı düşünülen zararıyla makul bir ölçülülük ilişkisi içinde olması gerekir.

(c) İnternet Haberciliği ve Basın Özgürlüğü

43. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 39; Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 45). Basın yönünden düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilen internet özgürlüğü, internete erişenler yönünden ise Anayasa tarafından korunan ve ifade özgürlüğünün özünde yer alan haber veya fikir almak özgürlüğü olarak mütalaa edilmektedir.

44. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (Bekir Coşkun, §§ 34-36). İfade ve basın özgürlüğü yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarını da ilgilendirmektedir. Dolayısıyla internet sitelerine veya internet sitelerinde yer alan haberlere erişimin engellenmesi biçiminde getirilen her türlü kısıtlama, bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır. Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi, bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağladığı unutulmamalıdır (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63).

(d) İfade Özgürlüğünün Kapsamı

45. Öte yandan Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır (Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; Önder Balıkçı, § 40). Bu itibarla bir internet sitesinde yer alan köşe yazıları ve haberlerde yer alan bilgiler başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülse bile kişilerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasındadır.

46. İfade ve basın özgürlükleri mevcut başvurudaki gibi davalarda yalnızca bilgilerin iletilmesi hakkını değil aynı zamanda halkın tanınmış kişilere ilişkin bilgileri alma hakkını da güvence altına almaktadır.

Buna ilave olarak Anayasa Mahkemesi siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamusal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduğunu ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır (Siyasetçilerle ilgili olarak bkz. Ergün Poyraz (2), § 58; kamusal yetki kullanan görevlilerle ilgili olarak bkz. Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 45; tanınan bir

Cumhuriyet başsavcısı ile ilgili olarak bkz. İlhan Cihaner (2), § 82; tanınan ve siyasete hazırlanan bir kamu görevlisi ile ilgili olarak bkz. Önder Balıkçı, § 42).

(e) Basının Ödev ve Sorumlulukları

47. Demokratik bir toplumda basına, siyasetçileri ve kamu görevlilerini eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanınmış olmakla birlikte Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğünü garanti etmemiştir. Anayasa'nın 12. maddesinin "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarına da gönderme yapmaktadır. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına basın için de geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (Basının görev ve sorumluluklarına ilişkin bkz. Orhan Pala, § 46; Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 22/2/2016, § 89; R.V.Y. A.Ş., B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 67; Önder Balıkçı, § 43).

48. Bu görev ve sorumluluklar "başkalarının şöhret ve hakları"nın zarar görme ihtimalinin bulunduğu ve özellikle adı verilen bir şahsın itibarının söz konusu olduğu durumlarda özel önem arz eder (Orhan Pala, § 47). Basın özgürlüğü, ilgililerin meslek ahlakına saygı göstermelerini, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etmelerini zorunlu kılmaktadır. Kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Dolayısıyla haber verme görevi zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ile basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir (Orhan Pala, § 48; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., §§ 42, 43; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 53, 54; İlhan Cihaner (2), §§ 60, 61).

49. Söz konusu sorumlulukların kapsamı, başvurucunun koşullarına ve ifade özgürlüğünü kullandığı vasıtalara göre değişir. Anayasa Mahkemesi basın özgürlüğüne yapılan müdahalelerin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelerken meselenin bu yönünü görmezden gelmeyecektir.

(f) Bireyin Şeref ve İtibarının Korunması

50. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda basının uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (İlhan Cihaner (2), § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfî olarak

müdahale etmemekle ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Nilgün Halloran, § 41; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Bekir Coşkun, § 45; Önder Balıkçı, § 44).

51. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi benzer başvurularda, içeriğe erişimin engellenmesi nedeniyle başvurucunun müdahale edilen ifade ve basın özgürlükleri ile internet sitesinde yayımlanan haber nedeniyle müdahale edilen şeref ve itibar hakkının korunması arasında adil bir dengenin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiştir (Nilgün Halloran, § 27; İlhan Cihaner (2), § 39). Bu soyut bir değerlendirme değildir.

(g) Çatışan Haklar Arasında Dengeleme

52. Çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için mevcut olaya uygulanabilecek olan kriterlerin bazıları şu şekilde sayılabilir:

i. Söz konusu yayının gerçek olup olmadığı

ii. Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı

iii. Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı

iv. Haber verilirken özle biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı

v. Haber veya makalenin yayımlanma şartları

vi. Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları

vii. Habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı

viii. Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği

ix. Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları

x. Kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı

53. Anayasa Mahkemesi başvurunun koşullarına göre bazıları yukarıda sayılan kriterlerin gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğini denetler (Nilgün Halloran, § 41; Ergün Poyraz (2), § 56; Kadir Sağdıç, §§ 58-66; İlhan Cihaner, §§ 66-73). Bunun için başvurucu tarafından yayımlanan yazıların tamamının -yayımlandığı bağlamdan kopartılmaksızın- olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir (Nilgün Halloran, § 52; Önder Balıkçı, § 45).

(h) İfade Özgürlüğüne Yapılan Müdahalenin Gerekçesi

54. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, idarenin ve derece mahkemelerinin müdahaleye neden olan kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (Bekir Coşkun, § 56; Abdullah Öcalan, § 98; Tansel Çölaşan § 56; Ahmet Temiz (6), § 34). İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir.

(2) 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Dayanan Erişimin Engellenmesi Kararı Hakkında Bazı Tespitler

55. İnternet ortamında düşüncelerin açıklanması ve yayılması; basılı yayınlara oranla daha kolay, ucuz, hızlı ve yaygındır. İnternet sitelerine erişim de kolaydır. İnternet sitelerinin büyük miktarda veriyi muhafaza etme ve yayma imkânı vardır. Bu sebeplerle internet siteleri kamuoyunun güncel meselelere erişiminin iyileştirilmesine ve bilginin iletilmesinin kolaylaştırılmasına önemli derecede katkıda bulunmaktadır. Aynı sebeplerle internet ortamında yapılan yayınlarla bazı suçlar daha kolay işlenebilmekte, özellikle de kişilik hakları ve özel hayat hakları herkes tarafından kolay, maliyetsiz ve hızlı bir şekilde ihlal edilebilmektedir. Kanun koyucu; internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılabilmesi, özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle genel dava veya savcılığa şikâyet usulünün yanında özel ve hızlı bazı usuller öngörmüştür. Söz konusu usullerden biri de 5651 sayılı Kanun ile getirilen ve sulh ceza hâkiminin çelişmeli olmayan bir usulle veya Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) başkanının daha sonra sulh ceza hâkiminin onayına sunulmak üzere verdiği içeriğin yayından çıkarılması ve yayına erişimin engellenmesi kararlarıdır.

56. 5651 sayılı Kanun'un "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinde sulh ceza mahkemelerince verilen erişimin engellenmesi veya içeriğin çıkarılmasına dair kararların birer "koruma tedbiri kararı" olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı Kanun'un "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi"kenar başlıklı 9/A maddesinde ise kararın bir "tedbir" olduğundan bahsedilmiştir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu da 2/10/2014 tarihli kararında erişimin engellenmesine ilişkin kararların demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan ve yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir yargısal tedbir olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'daki erişimin engellenmesi kararlarının cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğinde olduğuna işaret etmiştir (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014).

57. Koruma tedbirleri, uygulandığı an itibarıyla henüz hakkında hüküm verilmemiş kişilerin temel bir hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle tedbir uygulandığı anda fiilin işlenip işlenmediği, işlendiyse şüpheli veya sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilen fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, üçüncü kişilere tedbir uygulanmasını meşru gösteren olguların gerçek olup olmadığı henüz hukuki kesinliğe kavuşmamıştır. Bu kesinlik ancak hükmün kesinleşmesi ile ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla koruma tedbiri, tatbik edildiği anda hukuki kesinlik ölçüsünde bir haklılık içermez. Tedbirin hukuka uygun olup olmadığı, ancak tesis edilecek hükümde tedbirin dayandığı olgu ve hukuki kanaatin yerinde olduğunun ortaya konması ile mümkündür. Aksi takdirde tatbik edilen tedbirin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

58. Kişilik haklarının ihlal edildiği durumlarda başvurulan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre internet ortamında yapılan yayın nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de talep edebilmektedir. Zikredilen talebi alan hâkim, yirmi dört saat içinde talep hakkında duruşma yapmaksızın bir karar vermek zorundadır. Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl ve en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilmek zorundadır (bkz. § 22).

59. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet erişiminin engellenmesi kararından sonra failler hakkında adli soruşturma açılıp açılmayacağı belirsizdir. Kişilik haklarına müdahale nedeniyle soruşturma açıldığı takdirde soruşturma veya kovuşturmanın sonucuna göre yargı mercileri, erişimin engellenmesi tedbirinin akıbeti hakkında bir karar verebilir. Buna karşılık bir soruşturma açılmadığı takdirde erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu tedbir internet kullanıcılarını engellenen içeriğe belirsiz bir süreyle erişmekten alıkoyacaktır.

60. Görüldüğü üzere erişimin engellenmesi talebi üzerine sulh ceza hâkimi, talep sahibinin sunduğu evrak üzerinden inceleme yapmaktadır. Dolayısıyla ilgili yayın organı ve sorumlular, yapılan başvurudan haberdar olmamaktadır. Dahası aleyhlerine erişimin engellenmesi talep edilen internet sitesinin ilgilileri, duruşma açılmayacağı için nizalı davalardaki gibi duruşmada hazır bulunamamaktadır. Hâkim de kararını yirmi dört saat içinde vermek zorunda olduğu için karşı tarafa tebligatta bulunup diyeceklerini yazılı olarak sunmasını da karşı taraftan isteyememektedir. Karşı taraf da kendisini savunamamakta; hâkimin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamamakta ve bunlar hakkında yorum yapamamaktadır.

61. 5651 sayılı Kanun'da öngörülen erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan, başka bir deyişle karşı taraf bulunmadığından karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta; talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadır. Özet olarak hâkim, kararını dosya üzerinden yani talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte; bu yargılamada karşı tarafın görüşleri alınamamaktadır.

62. Bu sebeplerle genel olarak koruma tedbirlerinin ve özel olarak da başvuruya konu internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin alınmasının haklılığı, ancak bir görünüşte haklılık veya "ilk bakışta" (prima facia)haklılık olarak nitelendirilebilir. Başka bir deyişle mevcut başvuruya konu erişimin engellenmesi kararının dayanağı olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen sulh ceza hâkiminin yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın, karşı tarafı dinlemeksizin, delil toplamaksızın, talepte bulunan tarafından kendisine sunulan delillerle sınırlı bir inceleme sonunda erişimin engellenmesine karar vermesi usulünün istisnai olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu usul ancak internet yayınının kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlarda işletilebilir. Bir kimsenin çıplak resimlerinin veya video görüntülerinin yayımlanması gibi kişilik haklarının ihlal edildiğinin daha ileri bir inceleme yapılmaya gerek olmaksızın ilk bakışta anlaşılabildiği hâllerde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülmüş olan istisnai usul işletilebilir.

63. İlk bakışta ihlal doktrini, derece mahkemelerinin verecekleri internete erişimin yasaklanmasına ilişkin karara itirazda da uygulanır. Nitekim 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde bir internet sayfasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin bir tedbire itiraz yöntemlerine dair özel bazı hükümler bulunmakla birlikte itiraz incelemesi sonucunda verilen karar, çelişmeli yargılama sonucu verilen ve uyuşmazlığı esastan çözen bir karar değil sulh ceza hâkiminin erişimin engellenmesi kararının prima faciegerekliliği ile sınırlıdır.

Böyle durumlarda "ilk bakışta ihlal doktrini" internet ortamında yapılan yayınlara karşı kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunması ihtiyacıyla ifade hürriyeti arasında adil bir denge sağlayacaktır.

(3) Şeref ve İtibara Yapılan Müdahalelerde Başvurulabilecek Diğer Hukuki Yollar

64. Üçüncü kişilerce kişilik haklarına yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma yolları öngörülmüştür. Kişilik haklarına internet ortamında yapılan bir yayınla saldırıda bulunulan kişi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulle sulh ceza hâkimine başvurarak "ilk bakışta ihlal" durumu var ise hızlı bir koruma elde edebilir. Aynı kişi daha fazla

tatmin elde etmek amacıyla diğer yollara da başvurabilir. Özel hukuk davaları yoluyla örneğin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerine dayanılarak müdahalenin önlenmesi, durdurulması veya devam eden müdahaleye son verilmesi, müdahalenin hukuka aykırılığının saptanması, mahkemenin alacağı kararın veya cevap ve düzeltme metninin yayımlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesi istenebilir; maddi veya manevi tazminat davaları açılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan ve ciddi bir zararın doğacağı anlaşılan hâllerde tehlike veya zararın önlenmesi için hâkimden gereken tedbirlere karar vermesi istenebilir. Bu kapsamda talep edildiği takdirde 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan ya da gecikmesi durumunda önemli zarar oluşacağı hâllerde tehlike veya zararı önlemek için ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Bunlardan başka, basın yoluyla kişilik haklarına müdahalede bulunulan kişi açıklamalarından dolayı sebepsiz yere zenginleşen kişi aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir veya yayın nedeniyle elde ettiği kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine ödenmesini isteyebilir.

65. İnternet yolu ile kişilik haklarına yönelik bir saldırı ceza kanunlarına göre suç oluşturuyor ise müşteki yalnızca veya aynı zamanda failin cezalandırılmasını da isteyebilir ve bu durumda ceza soruşturması ve kovuşturması için Cumhuriyet savcılığına da başvurabilir. Zaten suç şikâyete tabi olmayan suçlardan ise Cumhuriyet savcısının resen soruşturma başlatması kanuni bir zorunluluktur. Bir ceza kovuşturması açıldığı takdirde 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre hâkim mahkûmiyet kararı verdiği takdirde güvenlik tedbirlerine de hükmedeceği için internet erişiminin engellenmesi tedbiri hakkında da bir karar verilmiş olacaktır.

66. Bundan başka 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmadığı gerekçesiyle istediği korumayı elde edemeyen kişi de kişilik haklarının korunması için genel hukuk yoluna her hâlde başvurabilir. Sulh ceza hâkiminin ilk bakışta ihlalin olduğuna veya olmadığına karar vermesi uyuşmazlığın tümüyle çözümlendiği anlamına gelmez. Zira prima facie verilmiş kararlar, hiçbir zaman normal bir dava için maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

67. Bu kapsamda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usulde ortada ilk bakışta ihlal durumunun bulunmadığı hâllerde talep başka bir inceleme yapılmaksızın reddedilir. Genel mahkemelerde görülen davalarda ise talebin kabul edilebilmesi için ihlal iddiasının ispatlanması gerekir. Böyle durumlarda genel mahkemeler ilk bakışta ihlal bulunmadığını belirterek talebin reddine karar veremez. İhlalin olup olmadığı, bilirkişi dâhil mümkün olan bütün delillerle ispatlanmalıdır.

(4) İlkelerin Olaya Uygulanması

68. Yukarıda değinildiği gibi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen internet yayınına erişimin engellenmesi yolu ancak kişilik haklarına hukuka aykırı olarak müdahale edilen hâllerde başvurulan, bireyin şeref ve itibarına yönelik müdahaleleri gecikmeksizin bertaraf edebilmesi amacını taşıyan bir yoldur. İnternet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin amacı basın hürriyeti ile kişilik hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak; bireylere haksız olarak zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan, şeref ve itibarlarını ihlal eden internet sitelerinin ilgili yayınlarına ulaşılmasını engelleyerek kişilik haklarına devam etmekte olan ve ilk bakışta anlaşılan müdahaleyi durdurmaktır. O hâlde bu yol basın özgürlüğünün ve basın mensuplarının haber verme ve eleştiri haklarının özüne dokunmayacak, aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır.

69. Başvuruya konu haber ve köşe yazılarında; genel olarak THK'nın kötü yönetildiği, kurumu zarara uğratacak politikalar izlendiği ve bazı kişilere haksız kazanç sağlandığı iddia edilmiştir. Başvurucuya göre THK kadroları müştekiye yakın kimseler tarafından doldurulmuştur. Başvuruya konu köşe yazısı ve haber yazılarında iddiaların dayanağı olarak bazı belgeler de paylaşılmıştır. Genel olarak müştekinin politikaları bir skandal olarak değerlendirilmiştir (bkz. §§ 13-16, 18).

70. İlk derece mahkemesi her iki kararında da müştekinin internet sitesinde yer alan yazılardaki iddialardan dolayı yargılanmadığını ifade etmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmaksızın bu iddiaların yayımlanmasının kişilik haklarının ihlalini oluşturacağını ifade etmiştir. Mahkeme, haber ve yazıların yazarın kişisel görüşlerini yansıttığını ve haber verme sınırını aştığını kabul etmiştir. İlk derece mahkemesiikinci kararında ise yazıların "bir haber ya da kişisel görüş" olduğunu, bununla birlikte müştekiyi toplumda küçük düşürebilecek nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

71. Bununla beraber başvurucunun gerçekleri değiştirerek veya haber kapsamına eklemeler yaparak gerçek dışı bir haber yaptığı, kötü niyetle hareket ettiği ve bilginin elde edilme yönteminin kabul edilemez olduğu iddia edilmemiş; derece mahkemeleri de kararlarında böyle bir değerlendirmede bulunmamıştır. Müştekinin THK başkanlığına ilişkin herhangi bir olumsuz haber yapılmasını istemediği anlaşılmaktadır. Belirtilmelidir ki başvuruya konu haberler ve köşe yazıları bireylerin subjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak (bkz. § 46) ifade özgürlüğünün korumasındadır.

72. Anayasa Mahkemesi Orhan Pala kararında, gazetecilerden bir beyanın doğruluğunu kanıtlamakla yükümlü savcı gibi hareket etmelerini beklemenin aşırı bir ispat külfeti getireceğini

ve böyle bir mükellefiyetin onların sanık veya davalı olarak yargılandıkları davalarda hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceğini ifade etmiştir (Orhan Pala, § 51).

73. Mevcut başvuruda ise ilk derece mahkemesi, başvuruya konu yazılarda müşteki aleyhine herhangi bir yargı kararının ortaya konulmamasını yazıların erişimine engellemenin gerekçesi yapmıştır. Başka bir deyişle mahkeme, aleyhe yargı kararı olmadan bir kimse hakkında iddialar içeren bir yayın yapılamayacağına karar vermiştir. Basın alanında haberlerin yapılmasında ve kanaatlerin açıklanmasında bu düzeyde bir kesinlik sınırının kabul edilmesinin ifade ve basın özgürlüklerinin tümüyle ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağı açıktır (bkz. § 30).

74. THK'nın havacılık alanında Türkiye'nin en köklü ve en önemli kurumlarından biri olduğu açıktır. Başvurucunun sahibi ve genel yayın yönetmeni olduğu internet sitesinin özellikle havacılık alanına ilişkin yayın yaptığı gözönüne alındığında THK'ya ilişkin her tür gelişmenin başvurucunun ilgi alanında olduğuna kuşku yoktur. Başvurucunun THK'nın yönetilme biçimini ve Kurum başkanının politikalarını sansasyonel olaylar olarak yansıttığı ve gelişmeleri kabul edilemez bulduğu anlaşılmaktadır. İnternet sitesinden kendi bakış açısıyla müştekiye karşı oldukça ağır eleştiriler yöneltmiştir.

75. Söz konusu haberler ve köşe yazıları olayların geçtiği dönemde ve hâlen havacılık alanında faaliyet gösteren, Türkiye'nin önde gelen ve tanınmış bir kurumu ile ilgilidir. Aynı şekilde söz konusu yazıların inkâr edilemez bir tanınırlık derecesine sahip şikâyetçinin fikir ve tutumları ile havacılık alanındaki faaliyetlerinin keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması işlevini gördüğü açıktır. Bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok boyun eğmesi gerekir (İlhan Cihaner (2), § 74; Kadir Sağdıç, § 67).

76. Söz konusu internet yazılarının kısmen politik yönleri de bulunmakla birlikte esasında toplumun bağışlarıyla yaşatılan ve kamuya hizmet eden bir kurumla ilgili olduğu, dolayısıyla kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin çok yüksek olduğu tartışmasızdır. Buradan çıkan sonuca göre haber ve yazılarda THK ve Kurum başkanı olan müşteki ile ilgili bazı iddiaların yayımlanmasının kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır.

77. Bahse konu haber ve köşe yazılarında yer alan bazı cümlelerde müştekinin sert bir şekilde eleştirildiği hatta abartıya kaçıldığı kabul edilebilir. İlk olarak bu tür başvurularda basının yerine geçip belli bir durumda kullanılacak haber yapma şeklinin ne olacağını belirlemek yargı mercilerinin görevi değildir. İkinci olarak ise basın özgürlüğünün -demokrasi ile yakın ilişkisinin

doğal sonucu olarak- bir dereceye kadar abartıya ve provoke etmeye izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir.

78. Haberin yayımlanmasının müştekinin hayatına kayda değer bir etkisinin olduğu gösterilmemiştir. Haberin onun özel hayatı ile ilgisinin olmadığı, kaba hakaret içermediği ve keyfî kişisel saldırı boyutuna da ulaşmadığı gözetildiğinde geriye başvurucunun haberi verirken kullandığı polemik içeren agresif usulü kalmaktadır. Bu noktada ifade özgürlüğünün sadece haber ve fikirlerin içeriğini korumadığı, haber ve fikirlerin iletilme usulünü de koruduğu gözetilmelidir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., §§ 41, 42; Ergün Poyraz (2), § 77; İlhan Cihaner (2), § 59, 86; Kadir Sağdıç, § 52, 76).

79. Müşteki, havacılık alanında faaliyet gösteren en büyük kurumlardan birinin başkanıdır. Müştekinin görüşlerini ilgililere iletmek bakımından kimi avantajları olduğu açıktır. Nitekim başvuruya konu yazılar yayımlanmadan önce başvurucu, gazeteci sıfatıyla müşteki ile bir araya gelmiş ve müştekiye iddiaları sormuştur. Dolayısıyla müştekiye yönelik eleştirinin sınırlarının sıradan insanlara göre daha geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Halkın tanınmış kişilere ilişkin bilgileri alma hakkı da gözetildiğinde müştekinin eylemlerinin ve sözlerinin basın tarafından izleneceğini, hakkında haberler yapılacağını ve ağır eleştirilerde bulunulabileceğini öngörmesi, demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül etmesi gerekir (bkz. § 47).

80. Ceza kanunlarında yaptırıma bağlanan suçların internet ortamında işlenmesi hâlinde yaptırımsız bırakılması düşünülemez. Bu sebeple erişimin engellenmesi bazı hâllerde hukuk sistemi açısından bir zorunluluktur. Bununla beraber internetin sağladığı zemin bilgiye ulaşma, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve bilginin yayılması için vazgeçilmez niteliktedir. İnternet, kamusal sorunlara ilişkin tartışma ve eylemlere katılım konusunda asli vasıtaları barındırması, bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğünü kullanmaları bakımından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline gelmiştir.

81. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin inceleme sırasında Anayasa Mahkemesi bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesi taşımalarının bireylerin bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellediği ve onların demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelediği tespitini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararda bireylerin interneti Anayasa'da tanımlanan birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırdığı, örneğin haberleşme özgürlüğünün, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü ile bu kapsamda haber veya fikir alma özgürlüğünün, eğitim ve öğrenim hürriyetinin, haber alma

hürriyetinin, iktisadi girişim hürriyetinin internet yoluyla kullanılabildiği tespitini yapmıştır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 166).

82. Dolayısıyla başta ifade ve basın özgürlüğü olmak üzere internet özgürlüğü ile bağlantılı diğer hak ve özgürlüklerin demokratik bir toplumdaki yaşamsal önemi (bkz. § 45) nazara alındığında internet konusunda kamu gücünü kullanan makamların ve mahkemelerin çok hassas davranmaları gerektiği açıktır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; internetin vazgeçilmez niteliğine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 116). İnternete erişimin engellenmesi tedbiri en son başvurulacak çare olmalıdır. İnternet ortamında bulunan zararlı içeriklerle, diğer başka usullerle mücadele etmek mümkünse ya da erişimin engellemesi ile korunan menfaate karşılık daha büyük bir zarar doğmuşsa böyle bir durumda erişimin engellenmesi kararı, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalini teşkil edecektir.

83. Türk hukuk sisteminde internet yolu ile kişilik haklarına müdahale edildiği durumlarda kişilik haklarının korunmasının yollarından biri olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiş ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerindeki çekişmesiz yargı yolu, yukarıda zikredildiği gibi (bkz. §§ 56-64) karardan etkilenecek olan yayın organının ilgililerine yargılanma hukukunun usulüne ilişkin güvencelerinin kullandırılamadığı, dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur. İçeriğe erişimin engellenmesi kararı, yapılmış bir haberin kişilerin şeref ve itibarlarına saldırı oluşturduğunu kamuya bildirme işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmenin ancak hukuka aykırılığın ve kişilik haklarına müdahalenin ilk bakışta anlaşılacak kadar belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkün olduğu hatırlanmalıdır.

84. Üstelik somut olaydaki gibi daha sonra bir ceza soruşturması ve kovuşturması açılmayan ve dolayısıyla tedbir hakkında yeniden bir karar verilmeyen durumlarda kısıtlama sürekli hâle gelmektedir. Bu şekilde süresiz kısıtlamaların ifade ve basın özgürlüğü için büyük tehlikeler arz ettiği açıktır. Bu sebeplerle bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre oldukça dar bir alanda etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir.

85. İlk derece mahkemesi, başvuruya konu haber ve yazıların müştekinin kişilik haklarına müdahale oluşturduğuna hükmetmiş ve 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca içeriğe erişimin engellenmesi kararını vermiştir. Fakat söz konusu haber nedeniyle müştekinin şeref ve itibarına hukuka aykırı olarak yapıldığına karar verilen müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikilmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacı derece mahkemesince ortaya konabilmiş değildir.

86. İnternet mecralarında yer alan fikir ve kanaat açıklamaları nedeniyle bireylerin şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında özellikle somut başvuruya konu benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası müşteki, açacağı çekişmeli bir hukuk davasında içeriğe erişimin engellenmesi talebini ileri sürme imkânına da sahiptir.

87. Sonuç olarak başvurunun bütün koşulları gözönünde tutulduğunda şikâyet edilen internete erişimin engellenmesi kararı ile Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde koruma altında olan ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin daha ağır basan bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır. Başvurucu hakkında verilen erişimin engellenmesi kararı için gösterilen gerekçeler yeterli kabul edilemez. Başvuru konusu internete erişimin engellenmesi kararı müştekinin itibarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli değildir.

88. Demokratik bir hukuk devletinde -güdülen amaç ne olursa olsun- sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçüsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz. Somut olayda başvuruya konu haber ve yazılar belirsiz bir süre için engellenmiş görünmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu kısıtlamanın belirli bazı yazılara ilişkin olduğu ve sınırlı etkileri olduğu iddia edilse bile müdahalenin önemi azalmamaktadır. Bir soruşturma veya dava sonuçlanıncaya kadar kişilik haklarına yapılan müdahalenin geçici olarak durdurulması amacıyla bir internet yayınına erişimin engellenmesi kabul edilebilse bile somut olayın koşullarında ilgili ve yeterli gerekçe olmadan tedbir mahiyetinde alınan bir kararın süresiz olarak etki göstermesi ölçülü olarak da nitelendirilemez.

89. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

90. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

91. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi talebinde bulunmuştur.

92. Başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğine (2014/355 ve 2014/320 Değişik İş) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

93. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyuve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyuve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğine (2014/355 ve 2014/320 Değişik İş sayılı dosyalar) GÖNDERİLMESİNE,

D. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206.10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/10/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Başvuru konusu olayda, "erişimin engellenmesi" kararı anılan internet sitesinin tamamına değil, sadece başvurucunun haberine konu yaptığı şahısla ilgili iddia ve beyanlarına (haber ve köşe yazılarına) karşı getirilmiştir. 4.5.2007 tarih ve 5651 Sayılı Kanunun "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9 uncu maddesi ile internet üzerinden yapılan her türlü yayın yoluyla kişilik hakları ihlâli iddiaları konusunda, bu yayınların muhatabı kişiler yönünden özel bir koruma sistemi öngörülmüş ve ilgilinin başvurusu üzerine, ilgili sulh Ceza hâkiminin kararı ile, koşullarının mevcut olması halinde bir tedbir mahiyetindeki "erişimin engellenmesi" kararı verilebileceği hüküm altına alınmıştır. İtirazı kabil olan ve itirazın reddedilmesi halinde kesinlik kazanan bu kararın, kişi hak ve özgürlükleri bakımından öngörülen önemli bir koruma mekanizması olduğu, bireyin şeref ve itibarının korunması hakkı çerçevesinde ifade özgürlüğüne getirilmiş olan bu yasal sınırlama sebebinin, her somut olayda ilgili yargı organınca (sulh ceza hâkimince) değerlendirilip takdir edileceği, itiraza tâbi bu kararın kesinleşmesinin ancak anılan "tedbir" yönünden söz konusu olabileceği, "erişimin engellenmesi" kararına muhatap kişinin Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer özel kanunların sağladığı imkândan istifade ile açacağı davalar (örneğin, müdahalenin men'i, tazminat, tespit vb.) yoluyla, internet yayınındaki iddialarının hukuki haklılığını öne sürebileceği (sürmesi gerektiği), bu davalarda haklılığının ortaya çıkması sonrasında "erişimin engellenmesi" kararı veren mercie başvurarak bu kararın kaldırılmasını sağlayabileceği, internet karşısında tamamen korumasız olan kişiler bakımından öngörülen yasal koruma sisteminin salt eleştirilmesi ve ihmali suretiyle bir ihlâl değerlendirmesi yapmanın, ifade özgürlüğünün bireyin şeref ve itibarına terci edilmesi gibi bir sonuca yol açacağı ve üçüncü kişileri internet yayınları karşısında hukuki himayeden yoksun bırakacağı, dolayısiyle sanki bir "yapısal sorun" varmış gibi bir kabulden hareketle henüz hukuki bir ihtilaf konusu olmayan veya hukuki anlamda sonuçlanmayan bir sorunun, daha başlangıçta bireysel başvuruya konu yapılmasının hukuka uygun düşmeyeceği ve başvuru yolları tüketilmeden yapılan bu müracaatın da esas yönünden incelenmesinin mümkün olmadığı kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Anayasa Mahkemesi - 5 Ekim 2017 - Fahri Göncü Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Fahri Göncü, B. No: 2014/17943, 5/10/2017, § …)
Başvuru Adı	FAHRİ GÖNCÜ
Başvuru No	2014/17943
Başvuru Tarihi	6/11/2014
Karar Tarihi	5/10/2017

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Unutulma hakkına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5187 Basın Kanunu

Madde Numarası: 3

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

FAHRİ GÖNCÜ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası : 2014/17943)

Karar Tarihi: 5/1 0/2017

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Burhan ÜSTÜN

Üyeler: Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Fahri GÖNCÜ

Vekili: Av. Banu GÖNCÜ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/11/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Ulusal ölçekte yayımlanan Hürriyet gazetesinin İnternet arşivi sayfalarında 18/12/2003 tarihinde "Yargıtay'dan polise gözaltı uyarısı" başlıklı bir haber yayımlanmıştır. Haber şöyledir:

"Gözaltına almada, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) hükümlerine uyulmasını isteyen Yargıtay, ceza soruşturma ve kovuşturmalarında temel ilkenin kişi hürriyetlerine müdahale edilmeden başvurulabilecek bir yöntem var iken hürriyeti daraltan yöntemlere başvurulmaması olduğuna işaret etti.

Yargıtay, bir kişiyi 20 saat gözaltına aldıktan sonra ifadesini dahi almadan serbest bırakan sanık polisin 'hürriyeti tahdit' suçunu işlediğine karar verdi.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, gözaltına almada uyulması gereken ilkeleri, Şişli 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen bir kararın temyiz incelemesini yaparken belirledi.

Şişli 5. Asliye Ceza Mahkemesi, sanıklar Fahri G. ile Asayiş Büro Amiri A. B.'ye "iftira", "bireylere kötü davranma" ve "hürriyeti tahdit" suçlarından beraatına karar verdi.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, sanık Fahri G.'ye "iftira", A. B.'ye "bireylere kötü davranmadan" verilen beraat kararını usul ve yasaya uygun bularak onadı.

Ancak, daire sanık A. B.'ye "hürriyeti tahditten" verilen beraat kararını yasaya aykırı bularak oy birliği ile bozdu. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bozma kararında, gözaltına almada uyulacak ilkeler sayıldı.

Anayasa, Polis Vazife ve Selahiyet Yasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca suç kovuşturmasıyla ilgili olarak yöntemince verilen yargıç kararı dışında kişilerin yakalanıp gözaltına alınmalarının ancak suç üstü durumunda veya işlendiği bilinen bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma sırasında olanak bulunduğu belirtilen kararda, şöyle denildi:

"Kolluk görevlileri ise bu ikinci durumda yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yakalama yetkisini kullanabilir. Diğer taraftan belirtilen hukuki düzenlemelerin gereği olarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında temel ilke, kişi hürriyetlerine müdahale edilmeden başvurulabilecek bir yöntem var iken hürriyeti daraltan yöntemlere başvurulmaması ilkesidir."

Gözaltına almada bu ilkeler ışığında temyize konu olayın da irdelendiği kararda, herhangi bir suçla ilgili suç üstü durumu veya suça teşkil eden belirli bir olayla ilgili ceza soruşturması bulunmamasına karşın, salt kimliği belirsiz bir kişinin 16 Mayıs 2000'de telefonla, yakınanların kimlik ve adreslerini vererek, "Şişli ilçesindeki market ve işyerlerindeki hırsızlık suçlarını bu kişiler işliyorlar" şeklindeki soyut ihbar üzerine bu kişilerin gözaltına alındığı kaydedildi. Kararda, şöyle devam edildi:

"Kimlik ve adresleri aynı tarihli tutanakla tespit edilen bu kişiler hakkında arşiv ve benzeri araştırmalar yapılmaksızın asayiş büro amiri sanığın talimatı doğrultusunda harekete geçilerek 3

saat sonra yakınanların gözaltına alınması, cumhuriyet savcısına hırsızlığa karıştığı iddia edilen kişilerin yakalandığı yolunda bilgi verilip peşi sıra bu kişilerin 'herhangi bir suçla' ilgilerinin olup olmadığı yönünde araştırma yapılarak, 20 saat gözaltında kalan yakınanların ertesi gün saat 13.30'da bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle ifadeleri dahi alınmadan ve soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak cumhuriyet savcılığına sunulmaksızın serbest bırakılması biçimindeki eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 181/1 (hürriyeti tahdit) maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, kanıtları yanlış değerlendiren yetersiz gerekçeyle beraat hükmü kurulması yasaya aykırıdır."

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bozma kararından sonra sanık Ata Bozkır yerel mahkemede yeniden yargılanacak. Yerel mahkeme, beraat kararında direnir ve hüküm yeniden temyiz edilirse son sözü Yargıtay Ceza Genel Kurulu söyleyecek."

9. Başvurucu; iş adamı olduğunu ve uzun süredir inşaat, akaryakıt ve gemicilik sektöründe faaliyette bulunduğunu, anılan haberin iş ve aile hayatında maddi ve manevi kayıplara yol açtığını, şeref ve itibarının zedelendiğini belirterek 21/8/2014 tarihinde söz konusu habere erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

10. Bakırköy 5. Sulh Ceza Hâkimliği 21/8/2014 tarihli kararı ile yazı içeriğinde başvurucunun kişilik haklarına saldırı teşkil edebilecek bir ifade olmadığı, yazının kamuoyunu bilgilendirme amacı taşıdığı ve basın özgürlüğü sınırları içinde kaldığı gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir.

11. Başvurucunun anılan karara itirazı Bakırköy 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/9/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

12. Karar başvurucuya 21/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 6/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

13. Anayasa Mahkemesinin 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

14. Mahkemenin 5/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

15. Başvurucu, Hürriyet gazetesinin İnternet arşivi sayfalarında 18/12/2003 tarihinde Yargıtay'dan polise gözaltı uyarısı başlıklı bir haber yayımlandığını belirtmiştir. Başvurucu anılan haberde,

hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda iftira suçundanberaat kararı verildiği ve hükmün Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından onandığı bilgisine yer verildiğini ifade etmiştir. Başvurucu; ilgili yayın kuruluşunun İnternet sitesinin arşiv bölümünde hakkındaki haberin yer almaya devam ettiğini, haber içeriğinin yayından kaldırılması yönündeki talebinin yargısal makamlar tarafından reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

16. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, hakkında yayımlanan habere bahsi geçen gazetenin İnternet sitesindeki haber arşivi üzerinden hâlen kolayca ulaşılabilmesi ve bu arşiv haberin İnternet'ten çıkarılması talebinin reddedilmesi nedeniyle kişilik haklarının zarar gördüğününden şikâyet etmektedir. Başvurucunun bu şikâyeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir.

17. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devletin, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek şeklinde negatif yükümlülüğü ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Şeref ve itibarı etkileyen saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

18. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

19. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören İnternet, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, İnternet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014).

20. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğünün sadece düşünce ve fikirleri yayma özgürlüğünü değil haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de kapsadığını vurgulamıştır (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 40; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 34). Bu bağlamda haber ve fikirlerin yayılmasını ve bunlara kamunun ulaşmasını kolaylaştıran İnternet'in toplum hayatındaki önemli rolü yadsınamaz. İnternet üzerinde arşiv oluşturma, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet etmektedir. Bu nitelikteki arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle tarih eğitimi ve araştırma faaliyetleri için kaynak sunmaktadır. Öte yandan demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "gözetleyici" rolünün bir sonucu da arşivlerin halkın erişimine sunulmasıdır. Bu nedenle İnternet'te tutulan arşivlerin, ifade ve basın özgürlükleri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla İnternet'te yayımlanan ve gazetecilik faaliyeti kapsamında kabul edilen bir haber arşivinin yayından kaldırılması basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil edebilir (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 61).

21. İfade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri, "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunmasıdır (Kadir Sağdıç, § 55; İlhan Cihaner (2), § 62). Öte yandan "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının"korunması bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği hatırda tutulmalıdır.

22. Bu sebeple Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile başvuruya konu İnternet haber arşivinin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun şekilde bir denge kurulması gerekmektedir. İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin İnternet ortamında uzun süre erişilebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir (N.B.B., § 37).

23. Anayasa Mahkemesi, 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. başvurusunda İnternet'in etkin olarak kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengenin ilki lehine bozulduğunu, bu dengenin tekrar kurulabilmesinin şeref ve itibar

yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir (N.B.B., § 46).

24. Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen başvuruda unutulma hakkının Anayasal dayanaklarına yer vererek devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğunu, dolayısıyla unutulma hakkının kişilerin manevi varlıklarını geliştirmelerine bir fırsat vermek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olduğunu ortaya koymuştur (N.B.B., §§ 47-49).

25. Bununla birlikte Mahkeme, unutulma hakkının İnternet üzerindeki her türlü haber veya yazı yönünden uygulanmasını beklemenin mümkün olmadığını, özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğunu belirtmiştir. Unutulma hakkı, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme, İnternet ortamındaki bir haber veya yazının unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) haber veya yazıya konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya yazının konusu, bu bağlamda haber ya da yazının olgusal gerçekler veya değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların somut olay açısından incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur (N.B.B., § 50).

26. Somut olayda başvurucunun şikâyetine konu olan haber 18/12/2003 tarihinde yayımlanmış ve arşiv niteliğindedir. Haber genel olarak gözaltı koruma tedbirinin uygulanması esnasında kolluk görevlileri tarafından uyulması gereken ilkeler hakkındadır. Habere göre Yargıtay ilgili ceza dairesi, temyize konu bir olayı irdelerken bu ilkelerden yararlanmış, gözaltı nedeni bulunmadığı halde bir kişinin yirmi saat gözaltında tutulduktan sonra ifadesi dahi alınmadan serbest bırakılmasının hürriyeti tahdit suçunu oluşturacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kolluk görevlisi hakkındaki beraat kararını bozmuştur. Haberde, Yargıtayın kişi hürriyetine müdahale edilmeden başvurulabilecek bir koruma tedbiri var ise kolluk görevlileri tarafından hürriyeti daraltan yöntemlere başvurulmaması gerektiği yönündeki kanaati aktarılmaktadır. Yargıtay'dan polise gözaltı uyarısı başlığının kullanıldığı haberde, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada sanıklar arasında yer alan başvurucunun iftira suçundan yargılanarak beraat ettiği, Yargıtay tarafından başvurucu hakkında verilen beraat kararının onandığı bilgisine de yer verilmiştir. Bu haberin gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülmemiştir.

27. Başvurucu, şeref ve itibarının zedelendiğini belirterek 21/8/2014 tarihinde söz konusu habere erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. Bakırköy 5. Sulh Ceza Hâkimliği, başvurucunun şeref ve itibarının korunması ile kamu yararı bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu yayının basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek (bkz. § 10) 21/8/2014 tarihli kararı ile talebin reddine karar vermiştir. Başvurucunun anılan karara itirazı da Bakırköy 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 22/9/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

28. Bahsi geçen haberin başlığı ile içeriği incelendiğinde amacın, kamuoyunun ilgisine matuf, polisin gözaltı tedbirini uygularken uyması gereken ilkelere yönelik Yargıtay yaklaşımını somut dava kapsamında aktarmak ve kamuoyunu bilgilendirmek olduğu görülmektedir. Her ne kadar haberin yapıldığı tarih ile haber içeriğine erişimin engellenmesi talebinde bulunulduğu tarih arasında on bir yıla yakın süre bulunsa da haberin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ilişkin bir sorun hakkında temyiz merciinin yaklaşımını ortaya koyması bakımından güncelliğini ve kamuoyunun ilgisini yitirdiği söylenemez. Haberde, somut davaya ilişkin bilgilere yer verilirken sanık sıfatıyla yer alması sebebiyle başvurucu hakkında ilk derece mahkemesi ile Yargıtay ilgili ceza dairesinin verdiği beraat ve onama kararlarına da değinilmiştir. Bununla birlikte yukarıda yer verilen tespitler ışığında haberin doğrudan başvurucunun şahsını hedef alır nitelikte bir haber olmadığı da açıktır. Kaldı ki haberde, başvurucu hakkında değer yargısı olarak nitelendirilebilecek herhangi bir ifadeye de yer verilmemiş, yalnızca beraat ve onama kararları aktarılmıştır. Bu bakımdan başvurucu hakkında menfi olarak nitelendirilebilecek bir bilgiye yer verilmediği de görülmektedir. Diğer taraftan İnternet haber arşivindeki bireysel başvuru konusu linke tıklandığında ilgili gazete tarafından haberin yayımlanmaya devam ettiği ancak başvurucunun soyadının sadece baş harfe yer verecek şekilde kısaltılarak haberi ulaşılabilir kılan kişisel verilerin silindiği de tespit edilmiştir.

29. Tüm bu tespitler ışığında haberin arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli haber değerinin devam ettiği, bu bağlamda unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmeyi zorunlu kılacak şartların oluşmadığı belirlenmiştir. Sonuç olarak ifade ve basın özgürlükleri ile birlikte halkın haber alma ve bilgiye ulaşma hakkı birlikte değerlendirildiğinde başvuru konusu olayda ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulduğu, derece mahkemesinin takdir yetkisine müdahale etmeyi gerekli kılacak bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

30. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde bırakılmasına 5/10/2017 tarihinde

OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 5 Ekim 2017 - Gözde Yiğit Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Gözde Yiğit, B. No: 2014/16026, 5/10/2017, § …)
Başvuru Adı	GÖZDE YİĞİT
Başvuru No	2014/16026
Başvuru Tarihi	1/10/2014
Karar Tarihi	5/10/2017

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bazı İnternet siteleri ile bir sosyal medya hesabında belediye üst düzey çalışanı hakkında yapılan haber ve yorumlara erişimin engellenmesi talebinin Mahkemece kabul edilmemesi ve bu haber ile yorumların İnternet ortamında yer almaya devam etmesi nedenleriyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahale iddiaları (tekzib talebinin reddedilmesi)

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası:

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5187 Basın Kanunu

Madde Numarası: 3

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

GÖZDE YİGİT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/16026)

Karar Tarihi: 5/10/2017

KARAR

GÖZDE YİĞİT BAŞVURUSU

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Burhan ÜSTÜN

Üyeler : Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: Gözde YİĞİT

Vekili : Av. Zeynep Sedef ÖZDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bazı İnternet siteleri ile bir sosyal medya hesabında belediye üst düzey çalışanı hakkında yapılan haber ve yorumlara erişimin engellenmesi talebinin Mahkemece kabul edilmemesi ve bu haber ile yorumların İnternet ortamında yer almaya devam etmesi nedenleriyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 1/10/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu 1/10/2014 tarihli bireysel başvuru formunda 2008 yılında İzmir Büyükşehir Belediyesi işletmesi Grand Plazada işe başladığını, aynı yıl Belediyenin halkla ilişkiler birimine geçtiğini belirtmiştir. Başvuru formunda başvurucunun İzmir Büyükşehir Belediyesinin tanıtım, iletişim, halkla ilişkiler işlerini yürüten İz Enerji ve Ünibel Şirketlerinde çalıştığı; İzmir Büyükşehir Belediye Başkanı'nın sosyal medya hesaplarının kullanılmasında görev aldığı belirtilmiştir. Formda başvurucunun 2010 yılında Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) Buca ilçe başkan yardımcısı seçildiği, daha sonra da Konak belediye başkan adayının seçim çalışmalarında aktif görev üstlendiği bilgilerine yer verilmiştir.

9. Gazeteci S.G., kendisine ait blogspot İnternet sitesinde 28/6/2010 tarihinde Dede Zora Giriyorbaşlıklı bir yazı paylaşmıştır. Anılan yazının başvurucu ile ilgili kısmı şöyledir:

"NOT 2: Grand Plaza eski Genel Müdürü, şimdilerin İzbelkom Genel Müdürü M. D.'nin örgütlenmesi de dikkatimizi çekiyor. Öncelikle arkeolog oğlu büyükşehirde işe başlamış. Kayınbiraderi V. S. ile kayınbiraderinin eşi Gözde Seyhan da Grand Plaza'da. Arkadaşının kızı S. N. ile S. N.'nin eşi E. N. de Grand Plaza'da. Yakın arkadaşı Personel Müdürü H. G.… H. G.'nin eşi A. G. ise Grand Plaza'da halkla ilişkiler şefi… Ekmek fabrikası açılmadan üç ay önce işe alınan yine arkadaşının oğlu L. Bey de Ekmek Fabrikası Personel Müdürlüğü'ne getirilmiş. M. D.'nin oğlunun yakın arkadaşları da Grand Plaza'da iş bulmuş, çalışıyorlar. Tabii bu ilişkileri en iyi anlatacak olan isim İşletmelerden Sorumlu Genel Müdür Yardımcısı H. B.. H. B.'nin oğlu da büyükşehir çalışanı… Belediye değil, aile şirketi gibi…"

10. www.gaze-temiz.com isimli İnternet haber sitesinde Gazeteci S.G. tarafından kaleme alınan; 20/5/2013 tarihinde "Büyük Şehrin Yeni Yıldızı", 24/5/2013 tarihinde Gözde Hanım Dava Açabilir, 25/5/2013 tarihinde Sabuktay Gözde'yi Savunuyor ve 26/5/2013 tarihinde Kocaoğlu Yemeklere Şap Koydursunbaşlıklı haberler yayımlanmıştır. Anılan haberlerden ikisinin başvurucu ile ilgili kısımları şöyledir:

"Büyük Şehrin Yeni Yıldızı"

"Hikayenin başında bu kez Gözde Yiğit var.Bu isim yabancı geldi mi size...

Aslında M. D.'nin kayınbiraderinin eski eşi. V. S.'nin... Grand Plaza'da garson iken tanışıp evlenmiş V. S., Gözde Yiğit ile... O evlilikte halkla ilişkiler birimine geçmiş.

Bir ay sonra da çift ayrılma kararı almış.

Genç hanım bu kez İZENERJİ eski Genel Müdürü A. S. S.'nin asistanı olarak karşımıza çıkıyor. A. S. S.'nin Ünibel Genel Müdürü olması ile birlikte lise mezunu bu kızımız başarılarından ötürü Ünibel'in medya ve internet müdürü olur."

"Kocaoğlu Yemeklere Şap Koydursun"

"Çok merak ediyordum, son operasyonlar ile Aziz Kocaoğlu'nun çok güvendiği genel sekreter yardımcısı S. B. neden İZSU'ya yine Aziz Kocaoğlu'nun Manisa'dan büyük ümitlerle transfer ettiği Kültür ve Sosyal İşler Dairesi Başkanı M. Ö. neden APİKAM'a gitti diye.

Büyükşehir üst düzeyinin yaptığı Avrupa seyahatleri geldi önüme.

Demek ki Kocaoğlu, S. B. ile M. Ö.'nün aynı çatı altında olmalarını istememiş.

İşte tam burada yukarıdaki başlığı okuyun.

Kültür müdürü V. Ç. ... Tabii ki her müdürün bir sekreteri vardır. O da G. A. ...

Başlığa dönünüz...

Sonra Ünibel'in önemli şahsiyeti Gözde Yiğit'i tanıdık.

Yine başlığa dönünüz...

Kendini genel sekreter olarak tanıtan ancak göreve yeniden dönerken üçlü kararname gereği İçişleri Bakanlığı'ndan imza almaya gerek görmeyen P.Ş.G. olanlardan haberdar mı? ..."

11. Gazeteci S.G. 14/2/2014 tarihinde Facebook hesabında "Bak şimdi bu haber neden geldi aklıma?" şeklinde bir not yazmış ve yazının altına, yukarıda yer verilen "Büyük Şehrin Yeni Yıldızı" başlıklı haber linkini eklemiştir. Yine anılan gazeteci Facebook hesabında başvurucu ile ilgili olarak "Durum vahim... Gözde yiğit konak adayı sema hanımın danışmanı olmuş."şeklinde bir not paylaşmıştır.

12. Başvurucu; söz konusu haber ve yazıların gerçeği yansıtmadığını, iftira ve hakaret içeren sözler nedeniyle kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığını, bu nedenle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur. İzmir 2. Sulh Ceza Hâkimliği 20/8/2014 tarihli kararı ile erişimin engellenmesi talebinin reddine karar vermiştir. Hâkimlik, gerekçeli kararında bir yazının haber niteliğinin bulunması için taşıması gereken unsurları (gerçeklik, güncellik, kamu yararı, biçim ile konu arasında fikri bağ) sıralamış, dava konusu yazıların bu unsurları taşıdığını, yazılar arasında konu bütünlüğünün olduğunu ve yayımlanmalarında kamu yararı bulunduğunu belirtmiştir.

13. Başvurucunun anılan karara itirazı İzmir 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin 27/8/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

14. Karar başvurucuya 1/9/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 1/10/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

15. Anayasa Mahkemesinin 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. Kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 5/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu, bir gazeteci tarafından kendisi hakkında www.gaze-temiz.com isimli İnternet haber sitesinde yayımlanan haberler ile bu gazetecinin blogspot İnternet sitesinde ve Facebook hesabında paylaştığıyazıların gerçeği yansıtmadığını, iftira ve hakaret içeren sözler nedeniyle kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığını iddia etmiştir. Başvurucu, İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi talebinin mahkemece reddedilmesi ile bu haber ve yazıların İnternet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği, şeref ve itibarın korunması ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, hakkında yayımlanan haber ve yazıların İnternet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğinden şikâyet etmektedir. Başvurucunun bu şikâyeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir.

19. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devletin, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek şeklinde negatif yükümlülüğü ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Şeref ve itibarı etkileyen saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

20. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

21. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören İnternet, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi İnternet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014). Bu itibarla bir blogspot İnternet sitesinde ve Facebook gibi sosyal medya hesaplarında paylaşılan fikirlerin de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirileceği açıktır.

22. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğünün sadece düşünce ve fikirleri yayma özgürlüğünü değil haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de kapsadığını vurgulamıştır (Emin Aydın, § 40; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 34). İnternet üzerinde arşiv oluşturma, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet etmektedir. Bu nitelikteki arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle tarih eğitimi ve araştırma faaliyetleri için kaynak sunmaktadır. Öte yandan demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "gözetleyici" rolünün bir sonucu da arşivlerin halkın erişimine sunulmasıdır. Bu nedenle İnternet'te tutulan arşivlerin, ifade ve basın özgürlükleri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla İnternet'te yayımlanan ve gazetecilik faaliyeti kapsamında kabul edilen bir haber arşivinin yayından kaldırılması basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil edebilir (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 61).

23. Başvuru konusu olayda başvurucu hakkında yapılan haberler www.gaze-temiz.com isimli İnternet sitesinde yayımlanmıştır. Bahsi geçen İnternet sitesi ağırlıklı olarak İzmir ili ve bağlı ilçelerine ilişkin siyasi, ekonomik ve güncel konularda haber yapan bir sitedir. Bu bağlamdageleneksel gazeteciliğe yakınlığı ile "gözetleyicilik" görevini yerine getirdiği değerlendirilebilir. Dolayısıyla anılan haber arşivi sitesinin basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

24. İfade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın

26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri, "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunmasıdır (Kadir Sağdıç, § 55; İlhan Cihaner (2), § 62). Öte yandan "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının"korunması bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği hatırda tutulmalıdır.

25. Bu sebeple Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile başvuruya konu blogspot İnternet sitesi ve sosyal medya hesabının Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile İnternet haber arşivinin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun şekilde bir denge kurulması gerekmektedir. İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haber ve yazıların İnternet ortamında uzun süre erişilebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir (N.B.B., § 37).

26. Anayasa Mahkemesi, 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. başvurusunda İnternet'in etkin olarak kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengenin ilki lehine bozulduğunu, bu dengenin tekrar kurulabilmesinin şeref ve itibar yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir (N.B.B., § 46).

27. Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen başvuruda unutulma hakkının Anayasal dayanaklarına yer vererek devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğunu, dolayısıyla unutulma hakkının kişilerin manevi varlıklarını geliştirmelerine bir fırsat vermek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olduğunu ortaya koymuştur (N.B.B., §§ 47-49).

28. Bununla birlikte Mahkeme, unutulma hakkının İnternet üzerindeki her türlü haber veya yazı yönünden uygulanmasını beklemenin mümkün olmadığını, özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğunu belirtmiştir. Unutulma hakkı, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme, İnternet ortamındaki bir haber veya yazının unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe,

kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) haber veya yazıya konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya yazının konusu, bu bağlamda haber ya da yazının olgusal gerçekler veya değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların somut olay açısından incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur (N.B.B., § 50).

29. Somut olayda başvurucunun şikâyetine konu olan haber ve yazılar 28/6/2010 ile 14/2/2014 tarihleri arasında yayımlanmış ve arşiv niteliğindedir. Haber ve yazılar genel olarak başvurucunun İzmir Büyükşehir Belediyesi bünyesinde aldığı görevler ve siyasi yaşamı ile bağlantılıdır. Söz konusu haber ve yazılarda; Belediye bünyesindeki şirketlerde yürüttüğü idari görevlerin ardından 2010 yılında CHP Buca ilçe başkan yardımcısı seçilmiş, başkan yardımcılığı görevinin sonrasında da aktif olarak siyasi yaşamın içinde bulunmuş olan başvurucuya ilişkin eleştirel nitelikte ifadeler yer almaktadır. Haberlerin başlıkları ile içerikleri incelendiğinde amacın kamuoyunun ilgisine matuf, CHP Buca ilçe başkan yardımcılığı görevini icra etmiş ve haber ile yazıların yayımlandığı dönemde aktif olarak siyasi yaşamın içinde bulunan başvurucu hakkında kamuoyunu bilgilendirmek olduğu görülmektedir.

30. Başvurucu, kendisi hakkında yayımlanan ilk yazıdan 4 yıl 1 ay, son yazıdan da 6 ay sonra 19/8/2014 tarihinde haber ve yazı içeriklerine erişimin engellenmesi talebiyle İzmir 2. Sulh Ceza Hâkimliğine başvuruda bulunmuştur. Hâkimlik, başvurucunun şeref ve itibarının korunması ile kamu yararı bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek (bkz. § 12) 20/8/2014 tarihli kararı ile talebin reddine karar vermiştir. Başvurucunun anılan karara itirazı da İzmir 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin 27/8/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

31. Başvuru tarihi itibarıyla söz konusu haber ve yazılardan ilkinin yayın tarihi olan 28/6/2010 tarihi üzerinden 4 yıl 3 ay, son yazının yayın tarihi olan 14/2/2014 tarihi üzerinden ise 7 aylık bir süre geçmiştir. Bu süreler ile hakkında haber yapılan kişinin kimliği de dikkate alındığında haberin güncelliğini ve kamuoyu ilgisini yitirdiği söylenemez. Bu bağlamda haberin konusu, içeriği ve ilk yayın tarihi üzerinden geçen süre gözönünde bulundurulduğunda toplumsal açıdan, haber ve yazıların arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli haber ve bilgilendirme değerinin devam ettiği, bu bağlamda unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmeyi zorunlu kılacak şartların oluşmadığı belirlenmiştir. Sonuç olarak ifade ve basın özgürlükleri ile birlikte halkın haber alma ve bilgiye ulaşma hakkı birlikte değerlendirildiğinde başvuru konusu olayda ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin

kurulduğu, derece mahkemesinin takdir yetkisine müdahale etmeyi gerekli kılacak bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

32. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 5/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - G.D. (2) Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(G.D. (2), B. No: 2014/1808, 4/10/2017, § …)
Başvuru Adı	G.D. (2)
Başvuru No	2014/1808
Başvuru Tarihi	11/2/2014
Karar Tarihi	4/10/2017
Birleşen Başvurular	2014/1812

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan iki gazetenin internet haber arşivlerinde erişilebilir durumda olan haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Unutulma hakkına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5187 Basın Kanunu

Madde Numarası: 3

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

G. D. BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2014/1808)

Karar Tarihi: 4/10/2017

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucu: G. D.

Vekili : Av. Erdal Fatih ÇANAKÇI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan iki gazetenin internet haber arşivlerinde erişilebilir durumda olan haberler ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/2/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvurucu tarafından yapılan 2014/1808 ve 2014/1812 numaralı başvurular, aralarında konu yönünden hukuki irtibat bulunduğu anlaşıldığından birleştirilmiş; incelemeye 2014/1808 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden devam edilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

8. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

10. Ulusal ölçekte yayımlanan Milliyet ve Radikal gazetelerinin İnternet arşivi sayfalarında 25/5/2009 tarihinde, eski Esenyurt Belediye Başkanı hakkında yürütülen ceza yargılamasına yönelik haberler yer almıştır. Haber içeriklerinde Başkanın aile fertlerinin de aynı davada yargılandığına, Başkanın kardeşi olan başvurucunun yargılamayı yürüten mahkeme tarafından suç örgütüne üye olma suçundan on ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiğine ilişkin ifadeler yer almaktadır.

11. Başvurucu; haberlerde bahsi geçen mahkeme kararının Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından bozulduğunu, bozma üzerine yapılan yargılama sonucunda hakkında açılan davanın ortadan kaldırılmasına karar verildiğini, herhangi bir suçtan hakkında mahkûmiyet hükmü bulunmadığını ancak bu haber nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğini ileri sürerek 1/10/2013 tarihinde söz konusu haberlere erişimin engellenmesi talebinde bulunmuştur.

12. Büyükçekmece 3. Sulh Ceza Mahkemesi 18/11/2013 tarihli kararları ile erişimin engellenmesi taleplerinin reddine karar vermiştir. Anılan kararların gerekçesi şöyledir:

"Bilindiği gibi Anayasal güvence altında bulunan (Anayasa 28. Madde) basın hürriyetinin yine yasalarca korunan kişilik haklarına yeğ tutulabilmesi için bu hürriyetin (haber verme, yorum ve eleştiri hürriyetinin) öğretide ve uygulamada tartışmasız benimsenen;

a-Gerçeklik,

b-Güncellik,

c-Kamu yararı ve toplumsal ilgi,

d-Konu ile ifade arasında düşünsel bağ kuralları çerçevesinde kullanılması gerekir. Ne var ki olay, doğru, güncel ve kamu yararı bulunsa bile şekle de aykırı olmamalı, haber ve eleştirinin veriliş, yazılış biçimi, kişilik hakkını zedeleyecek üslup ve tarzda olmamalıdır. Yani özle biçim arasında uygun bir denge bulunmalıdır.

Haber verme hakkı bu sınırlar içerisinde kaldığı sürece hukuka uygundur. Haber anılan temel kurallardan birine ters düşerse kamu yararı, kişisel hak dengesi bozulur, kullanılan bu hakkın hukuka uygunluğundan söz edilemez. Başka bir deyişle bu kurallardan herhangi birinin ihlali halinde saldırıya uğrayan kişisel hak korumaya değer bir üstünlük kazanır. Gerçeklikten kasıt ise

somut gerçeklik değil, olayın verildiği andaki (haberin dayanağı olan beyan ve belgelere göre) beliriş biçimine uygunluk olarak anlaşılmalıdır.

...

İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 25/5/2009 günlü kararı ile itiraz eden G. D. hakkında suç işlemek için kurulan örgüte üye olma suçundan mahkumiyetine karar verildiği (ileride Yargıtay tarafından kararın bozulmasına ve İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 4/9/2012 tarihli ilamı ile G.D. hakkında açılan kamu davasının 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2 maddeleri gereğince zaman aşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesine karşın), yukarıda uzantıları belirtilen internet sitelerinde haber yayın tarihlerinin 25/5/2009 tarihi olduğu anlaşılmakla, muterizle ilgili haberin yayınlanma biçim ve içeriği itibariyle basın özgürlüğü ile kişi hak ve özgürlüğünün de dengeli gözetilmesi sonucunda yukarıda ayrıntısı ile belirtilen "gerçeklik, güncellik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağ kuralları çerçevesinde kullanılması" kurallarına aykırı olmadığı, haber tarihi itibarı ile ortada kesinleşmemiş dahi olsa mahkeme kararı ile verilmiş bir mahkumiyet kararı olduğu maddi gerçeğinin gözardı edilemeyeceği izahtan varestedir. Bu çerçevede, yayının yukarıda ayrıntısı belirtilen basın özgürlüğü sınırları içerisinde kalan bir yayın olduğu, kişilik haklarına bir saldırının bulunmadığı kanaatine varılmakla muteriz vekilinin talebine ilişkin reddine yönelik hüküm tesis edilmiştir."

13. Başvurucunun anılan kararlara itirazı Büyükçekmece 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 18/11/2013 ve 26/12/2013 tarihli kararları ile reddedilmiştir.

14. Kararlar başvurucuya 14/1/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 11/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

15. Anayasa Mahkemesinin 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 4/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

17. Başvurucu: Milliyet ve Radikal gazetelerinin İnternet arşivi sayfalarında 25/5/2009 tarihinde, suç örgütüne üye olma suçundan on ay hapis cezası ile cezalandırıldığına ilişkin haberler yayımlandığını, haberlerde sözü edilen mahkeme kararının Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından

bozulduğunu, bozma üzerine yapılan yargılama sonucunda davanın ortadan kaldırılmasına karar verildiğini, herhangi bir suçtan hakkında mahkûmiyet hükmü bulunmadığı hâlde ilgili yayın kuruluşlarının İnternet sitelerinin arşiv bölümlerinde hapis cezası ile cezalandırıldığına ilişkin haberlerin yer almaya devam ettiğini, toplumda suç işlemiş biri olarak görüldüğünü, haberlere erişimin engellenmesi yönündeki taleplerinin yargısal makamlar tarafından reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşve kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinde bulunmuştur.

18. Bakanlık görüşünde, şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlükleri arasında adil bir denge gözetilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bakanlık, başvuru konusu haberin yapıldığı tarih itibarıyla güncel ve görünür gerçekliğe uygun olduğunu, ancak aradan geçen zaman dikkate alındığında çatışan haklar arasında tekrar değerlendirme yapılması gerekebileceğini belirtmiştir.

19. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında önceki iddialarını tekrarlamıştır.

B. Değerlendirme

1. Gizlilik Talebi Yönünden

20. Başvuruya konu olayın niteliğinin başvurucunun itibarını zedeleyebileceği dikkate alınarak gizlilik talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, hakkında yayımlanan haberlere, bahsi geçen gazetelerin İnternet sitelerindeki haber arşivleri üzerinden hâlen kolayca ulaşılabilmesi ve bu arşiv haberlerin İnternet'ten çıkarılması taleplerinin reddedilmesi nedeniyle kişilik haklarının zarar gördüğünden şikâyet etmektedir. Başvurucunun bu şikâyeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir.

22. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devletin, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek şeklinde negatif yükümlülüğü ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Şeref ve itibarı etkileyen saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

23. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

24. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören İnternet, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi İnternet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri[GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014).

25. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğünün sadece düşünce ve fikirleri yayma özgürlüğünü değil haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de kapsadığını vurgulamıştır (Emin Aydın, § 40; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 34). İnternet üzerinde arşiv oluşturma, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet etmektedir. Bu nitelikteki arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle tarih eğitimi ve araştırma faaliyetleri için kaynak sunmaktadır. Öte yandan demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "gözetleyici" rolünün bir sonucu da arşivlerin halkın erişimine sunulmasıdır (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 61). Bu nedenle İnternet'te tutulan arşivlerin, ifade ve basın özgürlükleri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla İnternet'te yayımlanan ve gazetecilik faaliyeti kapsamında kabul edilen bir haber arşivinin yayından kaldırılması basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil edebilir.

26. İfade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri, "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatları"nın korunmasıdır (Kadir Sağdıç, § 55; İlhan Cihaner (2), § 62). Öte yandan "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatları"nınkorunması bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği hatırda tutulmalıdır.

27. Bu sebeple Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile başvuruya konu İnternet haber arşivlerinin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın

26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun şekilde bir denge kurulması gerekmektedir. İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin İnternet ortamında uzun süre erişilebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir (N.B.B., § 37).

28. Anayasa Mahkemesi 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. başvurusunda İnternet'in etkin olarak kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengenin ilki lehine bozulduğunu, bu dengenin tekrar kurulabilmesinin şeref ve itibar yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir (N.B.B., § 46).

29. Mahkeme bahsi geçen başvuruda unutulma hakkının anayasal dayanaklarına yer vererek devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğunu, dolayısıyla unutulma hakkının kişilerin manevi varlıklarını geliştirmelerine bir fırsat vermek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olduğunu ortaya koymuştur (N.B.B., §§ 47-49).

30. Bununla birlikte Mahkeme, unutulma hakkının İnternet üzerindeki her türlü haber veya yazı yönünden uygulanmasını beklemenin mümkün olmadığını, özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğunu belirtmiştir. Unutulma hakkı, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme, İnternet ortamındaki bir haber veya yazının unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) haber veya yazıya konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya yazının konusu, bu bağlamda haber ya da yazının olgusal gerçekler veya değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların somut olay açısından incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur (N.B.B., § 50).

31. Somut olayda başvurucunun şikâyetine konu olan haberler 25/5/2009 tarihinde yayımlanmış ve arşiv niteliğindedir. Haberler, eski Esenyurt Belediye Başkanının belediye başkanlığı yaptığı dönemde belediyedeki yolsuzluk iddiaları üzerine kendisi ve başvurucunun da aralarında bulunduğu aile fertleri hakkında "suç işlemek amacıyla örgüt kurma, suç örgütüne üye olma, özel

evrakta sahtecilik ve ihaleye fesat karıştırma" suçlarından açılan kamu davası hakkındadır. Bu haberlerin gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülmemiştir.Bahsi geçen haberlerde Belediye Başkanı ile başvurucunun da aralarında bulunduğu aile fertleri hakkında Başsavcılık tarafından hazırlanan iddianame ve bu kapsamda ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda 25/5/2009 tarihinde verilen mahkûmiyet kararı aktarılmıştır. Haberlerin başlıkları ile içerikleri incelendiğinde amacın, kamuoyunun ilgisine matuf, Esenyurt Belediye Başkanlığı görevini icra etmiş bir siyasetçi ile başvurucunun da aralarında bulunduğu aile fertleri hakkında belediye başkanlığı döneminde yapıldığı iddia edilen fiillere yönelik olarak yapılan soruşturma ve kovuşturma hakkında haber yapmak ve kamuoyunu bilgilendirmek olduğu görülmektedir.

32. Başvurucu hakkında suç örgütüne üye olma suçundan verilen ceza Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından bozulmuş, bozmaya uyularak yapılan yargılamada ilk derece mahkemesince 4/9/2012 tarihinde, başvurucu hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir. Başvurucu, haberlerin yayımlandığı 25/5/2009 tarihinden 4 yıl 4 ay ve ilk derece mahkemesinin 4/9/2012 tarihli kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılması kararından bir yıl sonra 1/10/2013 tarihinde haber içeriklerine erişimin engellenmesi talebiyle Büyükçekmece 3. Sulh Ceza Mahkemesine başvuruda bulunmuştur.

33. Büyükçekmece 3. Sulh Ceza Mahkemesi, başvurucu hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına ilişkin kararı gözönünde bulundurmuş olmakla birlikte haberlerin "gerçeklik, güncellik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, konu ile ifade arasında düşünsel bağ kuralları çerçevesinde kullanılması" kurallarına aykırı olmadığını, haber tarihi itibarı ile ortada kesinleşmemiş dahi olsa mahkeme kararı ile verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunduğunu, bu bağlamda haberlerin basın özgürlüğü sınırları içerisinde kalan yayınlar olduğunu ve kişilik haklarına bir saldırının bulunmadığını belirterek haber içeriklerine erişimin engellenmesi talebini reddetmiştir.

34. Haberin konusu, eski Esenyurt Belediye Başkanının belediye başkanlığı yaptığı dönemde belediyedeki yolsuzluk iddiaları üzerine kendisi ve aile fertleri hakkında başlatılan soruşturma ve devamındaki yargılama sürecine ilişkindir. Başvuru tarihi itibarıyla söz konusu haberin yayın tarihi olan 25/5/2009 tarihi üzerinden 4 yıl 8 aylık bir süre geçmiştir. Yine başvurucu hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına ilişkin 4/9/2012 tarihli karar ile haber içeriklerine erişimin engellenmesi talebiyle Sulh Ceza Mahkemesine yapılan başvuru arasında bir yıllık süre bulunmaktadır. Başvurucu, davanın ortadan kaldırılmasına ilişkin verilen karar üzerinden 1 yıl 5 ay geçtikten sonra da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Bu süreler ile hakkında haber yapılan kişilerin kimlikleri de dikkate alındığında haberin

güncelliğini ve kamuoyu ilgisini yitirdiği söylenemez. Bu bağlamda haberin konusu, içeriği, ilk yayın tarihi üzerinden geçen süre ile ceza yargılamasının nihai olarak karara bağlandığı tarih gözönünde bulundurulduğunda toplumsal açıdan haberin arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli haber değerinin devam ettiği, bu bağlamda unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmeyi zorunlu kılacak şartların oluşmadığı belirlenmiştir. Sonuç olarak ifade ve basın özgürlüğü ile halkın haber alma ve bilgiye ulaşma hakkı birlikte değerlendirildiğinde başvuru konusu olayda, ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulduğu, derece mahkemesinin takdir yetkisine müdahale etmeyi gerekli kılacak bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

35. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde bırakılmasına 4/10/2017 tarihinde

OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - Aslı Alp ve Şükrü Alp Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Asli Alp ve Şükrü Alp, B. No: 2014/18260, 4/10/2017, § …)
Başvuru Adı	ASLİ ALP VE ŞÜKRÜ ALP
Başvuru No	2014/18260
Başvuru Tarihi	20/11/2014
Karar Tarihi	4/10/2017

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, internet haber arşivlerinde erişilebilir durumda olan haber ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Unutulma hakkına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5187 Basın Kanunu

Madde Numarası: 3

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ASLİ ALP VE ŞÜKRÜ ALP BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/18260)

Karar Tarihi: 4/10/2017

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucular: 1. Asli ALP

2. Şükrü ALP

Vekili: Av. Sevil ARACI BEK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet haber arşivlerinde erişilebilir durumda olan haber ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/11/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Millî Eğitim Bakanlığına (MEB) bağlı bir eğitim kurumunda öğretmen olarak çalışan bir kişi 8/9/2009 tarihinde başvuruculların ikâmetgahında ölü olarak bulunmuştur.

8. Kahramanmaraş Cumhuriyet Başsavcılığının 27/10/2009 tarihli iddianamesiyle, olay tarihinde MEB'e bağlı bir eğitim kurumunda öğretmen olan başvurucu K1 hakkında kasten adam öldürmeye yardım; eşi başvurucu K2 hakkında kasten adam öldürme suçlarından kamu davası açılmıştır. Kahramanmaraş 2. Ağır Ceza Mahkemesi 20/9/2011 tarihinde başvurucu K1'in cezalandırılmasına yeter derecede kesin, inandırıcı ve her türlü şüpheden uzak delil elde edilemediğinden müsnet suçtan beraatine, başvurucu K2'in üzerine atılı suçu işlediği sabit olduğundan on yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Karar Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 12/11/2012 tarihli ilamı ile onanmıştır.

9. Bir öğretmenin ölümüyle sonuçlanan olaydan sonra bazı internet haber siteleri ile birkaç gazetenin İnternet sayfasında başvuruculaların sanık sıfatıyla yargılandıkları ceza yargılamasına yönelik haberler yapılmıştır. Yapılan haberlerde "Yasak aşk cinayetine 10 yıl hapis", "Birçok kez cinsel ilişkiye girdim", "Yasak aşk cinayetinin zanlıları hakim karşısında", "Öğretmenin katili sevgilisinin eşi çıktı", "Cinsel ilişkiye girdim, dost hayatı yaşamadık" gibi başlıklar kullanılmış; haber içeriklerinde başvuruculaların ceza yargılaması esnasında alınan savunmalarına, yargılama sürecine ve sonucuna ilişkin bilgilere yer verilmiştir.

10. Başvurucular; geçmişte yaşanan bu olayın izlerini silerek yeni bir hayat kurmak istediklerini, haberlerin güncelliğini yitirdiğini ancak yayınlatılmaya devam edilmesi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğini ileri sürerek 15/9/2014 tarihinde haber içeriklerine erişimin engellenmesi talebinde bulunmuşlardır. Adana 5. Sulh Ceza Hâkimliği 16/9/2014 tarihli kararı ile erişimin engellenmesi talebinin reddine karar vermiştir. Hâkimlik; gerekçeli kararında, bahse konu haberlerin yayımlanmasında kamu yararı bulunduğunu, topluma mal olan kişilerle siyasal ve idari yaşam içinde yer alan kişilerin hayatlarının toplumu ilgilendirdiğini, okuyucunun ilgisini çekebilmek amacıyla haberi ilginç biçime getirmenin basının hakkı ve görevi olduğunu belirtmiştir. Hâkimlik, yapılan yayınların haber niteliğinde olduğuna, yayınların içeriği bütüncül olarak değerlendirildiğinde hukuka uygunluk sınırları içinde ve basın özgürlüğü kapsamında kaldığına karar vermiştir.

11. Başvuruculaların anılan karara itirazı Adana 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 13/10/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

12. Karar başvuruculara 22/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucular 20/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

13. Anayasa Mahkemesinin 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. Kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

14. Mahkemenin 4/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

15. Başvurucular, bazı internet haber siteleri ile birkaç gazetenin internet sayfasında bir kişinin ölümüyle sonuçlanan olay ve bu olay nedeniyle sanık sıfatıyla yargılandıkları davaya ilişkin haberler yapıldığını belirtmişlerdir. Başvuruculardan K1, öğretmen olarak çalışmaya devam ettiğini ve hakkında yayımlanmaya devam eden haberlerin eğitim camiası ve sosyal yaşam içinde kendisini rencide ettiğini; başvuruculardan K2 kasten adam öldürme suçundan çekmekte olduğu cezanın bitmek üzere olduğunu ve yakın zamanda tahliye edileceğini ifade etmiştir. Başvurucular; ortak bir çocukları olduğunu, geçmişte yaşanan bu acı olayın izlerini silerek yeni bir hayat kurmak istediklerini, internet içeriklerine erişimin engellenmesi taleplerinin mahkemece reddedildiğini, haberlerin internet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği, şeref ve itibarın korunması ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

16. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucular, haklarında yayımlanan haberlerin internet ortamında yer almaya devam etmesi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğinden şikâyet etmektedirler. Başvuruculara bu şikâyeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir.

17. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devletin, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek şeklinde negatif yükümlülüğü ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Şeref ve itibarı etkileyen saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

18. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün

kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

19. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören internet, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, internet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri[GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014).

20. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğünün sadece düşünce ve fikirleri yayma özgürlüğünü değil haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de kapsadığını vurgulamıştır (Emin Aydın, § 40; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 34). İnternet üzerinde arşiv oluşturma, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet etmektedir. Bu nitelikteki arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle tarih eğitimi ve araştırma faaliyetleri için kaynak sunmaktadır. Öte yandan demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "gözetleyici" rolünün bir sonucu da arşivlerin halkın erişimine sunulmasıdır. Bu nedenle internette tutulan arşivlerin ifade ve basın özgürlükleri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla internette yayınlanan ve gazetecilik faaliyeti kapsamında kabul edilen bir haber arşivinin yayından kaldırılması basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil edebilir (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 61).

21. İfade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri, "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunmasıdır (Kadir Sağdıç, § 55; İlhan Cihaner (2), § 62). Öte yandan "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının"korunması bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği hatırda tutulmalıdır.

22. Bu sebeple Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile başvuruya konu internet haber arşivlerinin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun şekilde bir denge kurulması gerekmektedir. İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi

eylemlerinden kaynaklanan haberlerin internet ortamında uzun süre erişilebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir (N.B.B., § 37).

23. Anayasa Mahkemesi 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. başvurusunda internetin etkin olarak kullanılmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengenin ilki lehine bozulduğunu, bu dengenin tekrar kurulabilmesinin şeref ve itibar yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir (N.B.B., § 46).

24. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen başvuruda unutulma hakkının anayasal dayanaklarına yer vererek devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğunu, dolayısıyla unutulma hakkının kişilerin manevi varlıklarını geliştirmelerine bir fırsat vermek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olduğunu ortaya koymuştur (N.B.B., §§ 47-49).

25. Bununla birlikte Mahkeme, unutulma hakkının internet üzerindeki her türlü haber veya yazı yönünden uygulanmasını beklemenin mümkün olmadığını; özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğunu belirtmiştir. Unutulma hakkı, internet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme, internet ortamındaki bir haber veya yazının unutulma hakkı kapsamında internetten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) haber veya yazıya konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya yazının konusu, bu bağlamda haber ya da yazının olgusal gerçekler veya değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların somut olay açısından incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur (N.B.B., § 50).

26. Somut olayda başvuruculların şikâyetine konu olan haberler, olay tarihi olan 8/9/2009 tarihinden sonra yayınlanmış ve arşiv niteliğindedir. Haberlerin konusu o tarihte işlenen bir cinayete ilişkindir. Haber içerikleri incelendiğinde cinayet sebebi olarak meslektaş olan maktul ile failin eşi arasındaki yasak aşk ilişkisinin gösterildiği, haber başlıklarında maktul ile failin eşi arasındaki ilişkiyi ön plana çıkaracak ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Haberlerde, ölüm olayına ilişkin ayrıntıların ise sanıklar ile görgü tanıklarının soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki ifadelerinden yola çıkılarak aktarıldığı tespit edilmiştir. Haberlerin başlıkları ile içerikleri incelendiğinde amacın kamuoyunun ilgisine matuf, MEB'e bağlı eğitim kurumlarında

çalışan iki öğretmenden birinin, kadın öğretmenin eşi tarafından öldürülmesi olayı hakkında kamuoyunu bilgilendirmek olduğu görülmektedir. Başvurucular, bu haberlerin gerçeğe aykırı veya uydurma haberler olduğunu ileri sürmemişlerdir. Derece mahkemelerince de başvurucuların savunmaları, tanık beyanları, iletişim tespit tutanakları, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamı incelenerek başvurucu K2'in kasten adam öldürme suçundan on yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, başvurucu K1'in cezalandırılmasına yeter derecede kesin, inandırıcı ve her türlü şüpheden uzak delil elde edilemediğinden müsnet suçtan beraatine karar verilmiştir.

27. Başvurucular, kendileri hakkında yayımlanan haberlerden beş yıl sonra 15/9/2014 tarihinde haber içeriklerine erişimin engellenmesi talebiyle Adana 5. Sulh Ceza Hâkimliğine başvuruda bulunmuşlardır. Hâkimlik, başvurucuların şeref ve itibarının korunması ile kamu yararı bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde söz konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında kaldığını belirterek (bkz. § 10), 16/9/2014 tarihli kararı ile talebin reddine karar vermiştir. Başvurucuların anılan karara itirazı da Adana 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 13/10/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

28. Başvuru tarihi itibarıyla söz konusu haberlerin yayın tarihi üzerinden 5 yıl 3 aylık bir süre geçmiştir. Başvurucu K2'in Sulh Ceza Hâkimliğinden erişimin engellenmesi talebinde bulunduğu, sonrasında da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yaptığı bu süre içerisinde anılan suça ilişkin cezasının infaz edilmekte olduğu da tespit edilmiştir. Haberlerin yayın tarihi üzerinden geçen süre ile haklarında haber yapılan kişilerin kimlikleri de dikkate alındığında haberin güncelliğini ve kamuoyu ilgisini yitirdiği söylenemez. Bu bağlamda haberin konusu, içeriği ve ilk yayın tarihi üzerinden geçen süre gözönünde bulundurulduğunda toplumsal açıdan haber ve yazıların arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli haber ve bilgilendirme değerinin devam ettiği, bu bağlamda unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmeyi zorunlu kılacak şartların oluşmadığı belirlenmiştir. Sonuç olarak ifade ve basın özgürlükleri ile birlikte halkın haber alma ve bilgiye ulaşma hakkı birlikte değerlendirildiğinde başvuru konusu olayda, ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulduğu, derece mahkemesinin takdir yetkisine müdahale etmeyi gerekli kılacak bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

29. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde bırakılmasına 4/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 4 Ekim 2017 - Asım Bayar ve Veysel Bayar Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Asım Bayar ve Veysel Bayar, B. No: 2014/4141, 4/10/2017, § …)
Başvuru Adı	ASIM BAYAR VE VEYSEL BAYAR
Başvuru No	2014/4141
Başvuru Tarihi	20/3/2014
Karar Tarihi	4/10/2017

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Unutulma hakkına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5187 Basın Kanunu

Madde Numarası: 3

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ASIM BAYAR VE VEYSEL BAYAR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/4141)

Karar Tarihi: 4/10/2017

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan: Engin YILDIRIM

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör Yrd.: Derya ATAKUL

Başvurucular: 1. Asım BAYAR

2. Veysel BAYAR

Vekili: Av. Ali Fuat YILDIZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ile ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yönündeki taleplerin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/3/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Ulusal ölçekte yayımlanan Hürriyet gazetesinin İnternet arşivi sayfasında 16/2/2007 tarihinde başvurucular hakkında "Mimar ile Mühendis Yumruk Yumruğa" başlıklı bir haber

yayımlanmıştır. Haber içeriğinde, haberin yayımlandığı dönemde Kayseri ilinin Melikgazi ilçesinde Belediye Meclisi Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) Başkan Vekili olan Mimar Veysel Bayar ile Doğru Yol Partisi (DYP) İlçe Yönetim Kurulu Üyesi Makine Mühendisi Y.Ç. arasında iş ilişkisinden kaynaklanan tartışmanın büyüyerek kavgaya dönüştüğüne, başvurucu Veysel Bayar ile kardeşi başvurucu Asım Bayar'ın polis merkezinde ifadelerinin alındığına ve olayla ilgili soruşturmanın sürdüğüne ilişkin ifadeler yer almaktadır.

8. Başvurucular; bahsi geçen haberin yayımlandığı tarihin üzerinden yaklaşık yedi yıla yakın zaman geçtiğini, haberin güncelliğini yitirdiğini ancak İnternet arşivinde yer almaya devam etmesi nedeniyle şeref ve itibarlarının zedelendiğini ileri sürerek 22/1/2014 tarihinde söz konusu habere erişimin engellenmesi talebinde bulunmuşlardır.

9. (Kapatılan) Kayseri 5. Sulh Ceza Mahkemesi 23/1/2014 tarihli kararı ile erişimin engellenmesi talebinin reddine karar vermiştir. Anılan kararın gerekçesi şöyledir:

"www.hurriyet.com.tr adresinde 16/02/2007 tarihinde "mimar ile mühendis yumruk yumruğa" başlıklı haberin yayından kaldırılmasını istemiş iseler de; haber içeriğinde istem sahiplerini küçük düşürücü bir anlatımın olmadığı, haberin gerçeğe aykırılığının da iddia edilmediği, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da güncelliğini yitirmiş haberlerin internet yayımından kaldırılmasına dair bir düzenlemenin bulunmadığı, böylece şartları oluşmadığından yerinde görülmeyen talebin reddine dair aşağıda yazılı olduğu şekilde karar verilmiştir."

10. Başvuruculların anılan karara itirazı Kayseri 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 7/2/2014 tarihli kararı ile "itiraza konu yayının haber içerikli olduğu, kamuyu bilgilendirme niteliği taşıdığı ve haberde adı geçen kişilerin haklarının ihlaline dair ibareler olmadığı"gerekçesiyle reddedilmiştir.

11. Karar başvuruculara 18/2/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucular 20/3/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

12. Anayasa Mahkemesinin 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. Kararı.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

13. Mahkemenin 4/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculların İddiaları

14. Başvurucular; Hürriyet gazetesinin İnternet arşivi sayfalarında 16/2/2007 tarihinde Makine Mühendisi Y.Ç. ile aralarında iş ilişkisinden kaynaklanan tartışmanın büyüyerek kavgaya dönüştüğüne, polis merkezinde ifadelerinin alındığına ve olayla ilgili soruşturmanın sürdüğüne ilişkin bir haber yayımlandığını, haberin ilk yayımlandığı tarihin üzerinden yedi yıldan fazla zaman geçtiğini, haberin güncelliğini yitirmiş olmasına rağmen İnternet arşivinde yer almaya devam ettiğini, habere erişimin engellenmesi yönündeki taleplerinin yargısal makamlar tarafından reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 5., 17., 32. ve 40. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

15. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucular, haklarında yayımlanan habere, bahsi geçen gazetenin İnternet sitesindeki haber arşivi üzerinden hâlen kolayca ulaşılabilmesi ve bu arşiv haberin İnternet'ten çıkarılması taleplerinin reddedilmesi nedeniyle kişilik haklarının zarar gördüğünden şikâyet etmektedir. Başvurucuların bu şikâyeti şeref ve itibarın korunması hakkı kapsamında incelenmiştir.

16. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devletin, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek şeklinde negatif yükümlülüğü ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemek şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Şeref ve itibarı etkileyen saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan yayınlara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

17. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesine göre herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Anılan maddede ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (Emin Aydın [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

18. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören İnternet, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa

Mahkemesi İnternet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri[GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014).

19. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğünün sadece düşünce ve fikirleri yayma özgürlüğünü değil haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de kapsadığını vurgulamıştır (Emin Aydın, § 40; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, § 34). İnternet üzerinde arşiv oluşturma, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet etmektedir. Bu nitelikteki arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle tarih eğitimi ve araştırma faaliyetleri için kaynak sunmaktadır. Öte yandan demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "gözetleyici" rolünün bir sonucu da arşivlerin halkın erişimine sunulmasıdır (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 61). Bu nedenle İnternet'te tutulan arşivlerin, ifade ve basın özgürlükleri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla İnternet'te yayımlanan ve gazetecilik faaliyeti kapsamında kabul edilen bir haber arşivinin yayından kaldırılması basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil edebilir.

20. İfade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri, "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunmasıdır (Kadir Sağdıç, § 55; İlhan Cihaner (2), § 62). Öte yandan "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının"korunması bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği hatırda tutulmalıdır.

21. Bu sebeple Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile başvuruya konu İnternet haber arşivlerinin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun şekilde bir denge kurulması gerekmektedir. İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin İnternet ortamında uzun süre erişilebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir (N.B.B., § 37).

22. Anayasa Mahkemesi 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı N.B.B. başvurusunda İnternet'in etkin olarak kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengenin ilki lehine bozulduğunu, bu dengenin tekrar kurulabilmesinin şeref ve itibar

yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabileceğini belirtmiştir (N.B.B., § 46).

23. Mahkeme bahsi geçen başvuruda unutulma hakkının anayasal dayanaklarına yer vererek devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğunu, dolayısıyla unutulma hakkının kişilerin manevi varlıklarını geliştirmelerine bir fırsat vermek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olduğunu ortaya koymuştur (N.B.B., §§ 47-49).

24. Bununla birlikte Mahkeme; unutulma hakkının İnternet üzerindeki her türlü haber veya yazı yönünden uygulanmasını beklemenin mümkün olmadığını, özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğunu belirtmiştir. Unutulma hakkı, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme, İnternet ortamındaki bir haber veya yazının unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği), haber veya yazıya konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya yazının konusu, bu bağlamda haber ya da yazının olgusal gerçekler veya değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların somut olay açısından incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur (N.B.B., § 50).

25. Somut olayda başvuruculara şikâyetine konu olan haber 16/2/2007 tarihinde yayımlanmış ve arşiv niteliğindedir. Haber, Kayseri ilinin Melikgazi ilçesinde Belediye Meclisi AK Parti Başkan Vekili olan Mimar Veysel Bayar ve kardeşi Asım Bayar ile DYP İlçe Yönetim Kurulu Üyesi Makine Mühendisi Y.Ç. arasındaki iş ilişkisinden kaynaklanan tartışma ve bu tartışmanın kavgaya dönüşmesi ile olayın adli makamlara intikal etmesi hakkındadır. Bu haberin gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülmemiştir. Haberin başlığı ile içeriği incelendiğinde amacın, kamuoyunun ilgisine matuf, haberin yayımlandığı dönemde aynı zamanda siyasi kimliğe sahip başvurucu Mimar Veysel Bayar ve kardeşi başvurucu Asım Bayar ile yine siyasi kimliğe sahip Makine Mühendisi Y.Ç. arasında iş ilişkisi nedeniyle ortaya çıkan ihtilafa ve akabinde yaşananlara yönelik haber yapmak ve kamuoyunu bilgilendirmek olduğu görülmektedir.

26. Başvurucular, haberin yayımlandığı 16/2/2007 tarihinden 6 yıl 11 ay sonra 22/11/2014 tarihinde haber içeriklerine erişimin engellenmesi talebiyle (kapatılan) Kayseri 5. Sulh Ceza Mahkemesine başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme 23/1/2014 tarihli kararı ile haber içeriğinde

istem sahiplerini küçük düşürücü bir anlatım olmadığı, haberin gerçeğe aykırılığının da iddia edilmediği, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da güncelliğini yitirmiş haberlerin İnternet yayınından kaldırılmasına dair bir düzenlemenin bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Başvuruculaların anılan karara itirazı da Kayseri 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 7/2/2014 tarihli kararı ile yayının haber değeri olduğu ve kamuoyunu bilgilendirme niteliği taşıdığı ve haberde adı geçen kişilerin haklarının ihlaline dair ibareler bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucular, ret kararı üzerine 21/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bireysel başvurunun yapıldığı tarihte, haberin ilk yayınlandığı tarih üzerinden 7 yıl 1 aylık sürenin geçtiği anlaşılmaktadır.

27. Yukarıda yer verilen süreler ile hakkında haber yapılan kişilerin kimlikleri de dikkate alındığında haberin güncelliğini ve kamuoyu ilgisini yitirdiği söylenemez. Bu bağlamda haberin konusu, içeriği ve ilk yayın tarihi üzerinden geçen süre gözönünde bulundurulduğunda haberin arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli haber değerinin toplumsal açıdan devam ettiği, bu bağlamda unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmeyi zorunlu kılacak şartların oluşmadığı belirlenmiştir. Öte yandan bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla şikâyet konusu haberin başvuruculara ve haberde adı geçen diğer şahıslara ilişkin kişisel veriler gizlenmiş olarak yayımlanmaya devam edildiği de tespit edilmiştir.

28. Sonuç olarak ifade ve basın özgürlükleri ile birlikte halkın haber alma ve bilgiye ulaşma hakkı birlikte değerlendirildiğinde başvuru konusu olayda, ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulduğu, derece mahkemesinin takdir yetkisine müdahale etmeyi gerekli kılacak bir durumun bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

29. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde bırakılmasına 4/10/2017 tarihinde

OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 1 Mart 2017 - N.B.B. Kararı (2)

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(N.B.B. (2) [GK], B. No: 2014/17143, 1/3/2017, § …)
Başvuru Adı	N.B.B. (2)
Başvuru No	2014/17143
Başvuru Tarihi	17/10/2014
Karar Tarihi	1/3/2017
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	22/3/2017 - 30015

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Unutulma hakkına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: Düşme

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9, 9/A

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5187 Basın Kanunu

Madde Numarası: 3

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

N .B.B. BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2014/17143)

Karar Tarihi: 1/3/2017

R.G. Tarih ve Sayı : 22/3/2017 - 30015

GENEL KURUL

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan:Zühtü ARSLAN

Başkanvekili: Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili: Engin YILDIRIM

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

Nuri NECİPOĞLU

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör: Murat ŞEN

Başvurucu: N. B. B.

Vekili: Av. Ahmet Volkan MEMİŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/10/2014 tarihinde Bakırköy 2. Sulh Ceza Hâkimliği vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve belgelerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. BirinciBölümün Üçüncü Komisyonunca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm tarafından 11/1/2017 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

6. Ulusal ölçekte yayımlanan bir gazetenin İnternet arşivi sayfalarında, başvurucu hakkında uyuşturucu kullandığı iddiası ile yürütülen bir ceza kovuşturması neticesinde adli para cezasına hükmedilen olaya ilişkin olarak 1999 yılında bir haber yayımlanmıştır.

7. Başvurucu, ilgili basın kuruluşunun İnternet sayfasının arşiv bölümünde hakkındaki haberlerin yayınına devam ettiğini belirterek 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A maddesi gereğince İnternet yayınının kaldırılması için 11/7/2014 tarihinde (kapatılan) Bakırköy 5. Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuştur.

8. Anılan Mahkeme, 11/7/2014 tarihli ve 2014/848 Değişik İş sayılı kararı ile talebin reddine karar vermiştir.

9. Başvurucunun anılan karara karşı yaptığı itiraz, Bakırköy 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 21/8/2014 tarihli ve 2014/716 Değişik İş sayılı kararlarıyla reddedilmiştir.

10. Karar 17/9/2014 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

11. Başvurucu 17/10/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

12. 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun ile değişik 5651 sayılı Kanun'un 9. ve 9/A maddeleri, 19/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesi.

13. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17/6/2015 tarihli ve E.2014/4-56, K.2015/1679 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir :

"...Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır.

Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.

..."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

14. Mahkemenin 1/3/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

15. Başvurucu; hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda adli para cezası ödemeye mahkûm edildiği olay ile ilgili olarak bir basın yayın organının İnternet sitesinde 1999 yılında haber ve yayınlar yapıldığını, ilgili yayın kuruluşunun İnternet sitesinin arşiv bölümlerinde hakkındaki haber ve yayının yer almaya devam ettiğini, yayına erişimin engellenmesi talebinin reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 12., 17., 20., 25., 26., 27. ve 32. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

16. Başvurucu; gerçeğe aykırı veya uydurma haber olduğunu ileri sürmediği 1999 yılında hakkında yapılan bir yargılamaya ilişkin haberin hâlen arşivde yer alması ve İnternet üzerinden habere kolayca ulaşılabilir olması nedenleriyle özel ve iş hayatının olumsuz etkilendiğini, itibarının zedelendiğini iddia etmiştir. Başvurucu, bu iddialarını 22/7/2013 tarihli ve 2013/5653 numaralı bireysel başvurusunda da dile getirmiştir. Anayasa Mahkemesi, anılan başvuruyu

3/3/2016 tarihinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vererek sonuçlandırmıştır (N.B.B. [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016).

17. Başvurucu, ihlal kararı ile sonuçlanan başvurusunda incelenen bu başvurusuna konu olaya ilişkin olarak sadece 1999 tarihinde yapılan habere değil 1998 yılında yapılan habere ilişkin de şeref ve itibarının zedelendiğini de ileri sürmüştür. İki başvuruda İnternet arşivinde haber içeriğini yayımlayan basın kuruluşları ve erişimin engellenmesi talep edilen derece mahkemeleri farklıdır. Öte yandan her iki başvuru açısından İnternet arşivindeki haberin içeriği, başvurucunun 1998 ve 1999 yıllarında uyuşturucu kullandığı iddiası ile yürütülen aynı ceza kovuşturması neticesinde adli para cezası almasına neden olan olaya ilişkindir. Ayrıca her iki başvuruda da şikâyetler aynı şekilde kaleme alınmış aynı hususları kapsamaktadır. Başvurucu 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı başvurudan farklı olarak mevcut başvuruda herhangi bir iddia ileri sürmemiştir.

18. Dolayısıyla mevcut başvurunun, Anayasa Mahkemesinin 3/3/2016 tarihli ve 2013/5653 numaralı kararının içeriğinden farklı bir yönü bulunmamaktadır. Başvurular arasındaki tek fark aynı haberin farklı gazetelerin İnternet arşivlerinde yayımlanmasıdır.

19. İçtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi şöyledir:

"(1) Bölümler ya da Komisyonlarca yargılamanın her aşamasında aşağıdaki hâllerde düşme kararı verilebilir:

…

ç) Bölümler ya da Komisyonlarca saptanan herhangi bir başka gerekçeden ötürü, başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi."

20. Yukarıda belirtildiği gibi başvurucunun aynı içerikli şikâyetlerine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi 3/3/2016 tarihinde, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Her ne kadar mevcut başvuruda, başvurucu farklı bir gazetenin İnternet arşivindeki habere ilişkin olarak farklı bir mahkemeden içeriğe erişimin engellenmesini talep etmiş ise de şikâyete konu haber içeriği aynıdır. Bununla birlikte başvurucunun anılan kararda ileri sürdüğü aynı yöndeki iddialarına ilişkin olarak Bakırköy 5. Sulh Ceza Mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından önce talebin reddine karar vermiştir. Bu karara rağmen, Anayasa Mahkemesinin anılan kararını referans alarak başvurucunun yetkili yargı mercilerinden tekrar içeriğe erişimin engellenmesini talep edebileceğinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu itibarla başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden kalmadığı anlaşılmıştır.

21. Bu nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin düşmesine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmamış olmasınedeniyle DÜŞMESİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 1/3/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 1 Mart 2017 - Tepeli Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Mustafa Tepeli [GK], B. No: 2014/5831, 1/3/2017, § …)
Başvuru Adı	MUSTAFA TEPELİ
Başvuru No	2014/5831
Başvuru Tarihi	28/4/2014
Karar Tarihi	1/3/2017
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	6/6/2017 - 30088

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bir blogspot İnternet sitesinde yer alan iddialarla ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi nedeniyle itibara saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahalelere ilişkin özelleştirilmemiş iddialar

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5237 Türk Ceza Kanunu

Madde Numarası: 125

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Madde Numarası: 24 ,25

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MUSTAFA TEPELİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5831)

Karar Tarihi: 1/3/2017

R.G. Tarih ve Sayı: 6/6/2017-30088

GENEL KURUL

KARAR

Başkan : Zühtü ARSLAN

Başkanvekili : Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili : Engin YILDIRIM

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

Nuri NECİPOĞLU

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Recai AKYEL

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Yunus HEPER

Başvurucu : Mustafa TEPELİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir biogspot İnternet sitesinde yer alan iddialarla ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi nedeniyle itibara saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 28/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

8. Birinci Bölüm tarafından 2/2/2017 tarihinde yapılan toplantıda verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun Genel Kurula şevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu, olayların geçtiği tarihte Edime ilinin Keşan ilçesinde bulunan 4. Mekanize Piyade Tugay Komutanlığında albay rütbesi ile görev yapmaktadır. 2013 yılının Mayıs ve Haziran aylarında 1. Ordu Komutanlığı kapsamındaki birliklerin yer aldığı askeri bir tatbikat yapılmış ve toplam üç hafta kadar süren bu tatbikata başvurucu da katılmıştır.

11. Askeri tatbikattan kısa bir süre sonra karanettv.blogspot.com (blog) isimli bir blog sitesinde başvurucu ile birlikte bazı rütbeli subayların tatbikat süresince yedikleri yemeğin parasını ödemediklerinin iddia edildiğine ilişkin bir yorum yer almıştır. Söz konusu yazıya göre adı geçen kişilerin maaşlarından yemek ücretleri kesilmesi gerektiği halde bu kişilerin kesintiye izin vermediği ve bu cimri tutumlarının da personel tarafından çok ayıplandığı ifade edilmiştir.

12. Başvurucu, Keşan Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak kendisini hedef alan "iftira" niteliğindeki yazıyı yazan kişinin tespit edilerek cezalandırılmasını istemiştir. Başvurucu, blogda yer alan ifadelerin tamamen gerçek dışı olduğunu iddia etmiş ve Savcılığa tatbikat sırasında yediği yemeklerin ücretlerinin maaşından kesildiğini gösterir maaş bordrosunu ibraz etmiştir.

13. Keşan Cumhuriyet Başsavcılığı, 2013 yılının Aralık ayında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Mezkur kararda ilk olarak şüphelilerin açık kimlik bilgilerinin tespitinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Savcılıkça, ilgili İnternet bloğunun bağlı olduğu elektronik servis

hizmetleri sağlayıcısının yurt dışı kaynaklı olması nedeniyle dijital delil elde edilmesi mümkün olmadığı ve adı geçen blog Internet sitesi yabancı kanunlara tabi olduğundan kullanıcıları hakkında sitenin bilgi vermediği ifade edilmiştir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda ikinci olarak şikayete konu yazının blogdan kaldırıldığına işaret edilmiştir.

14. Başvurucunun söz konusu kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yaptığı itiraz, Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ret kararı 18/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 28/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> "(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ... bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır...
>
> (2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur."

17. 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tasarruf ilkesi"kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

> "(i)Hakim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.
>
> (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.
>
> (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

18. 6100 sayılı Kanun'un "Taraflarca getirilme ilkesi" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

> "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.
>
> (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hakim, kendiliğinden delil toplayamaz."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 1/3/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

20. Başvurucu; blogda yer alan gerçeğe aykırı iddialar nedeniyle kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturan, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasında bulunan şeref ve itibarına üçüncü kişilerce saldırı yapıldığını ileri sürerek Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmuş fakat Savcılık şikayet hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Başvurucu, yargı mercilerince sağlanan korumanın yetersiz olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, ihlalin tespitini istemektedir.

21. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) itibarın korunmasına ilişkin bazı kararları hatırlatılmıştır. Bakanlık, başvurucunun itibarının Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının

koruması altında olduğunu ve devletin keyfi müdahalelere karşı hak sahiplerini korumak şeklinde pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir.

B. Değerlendirme

22. Kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olduğu hallerde Anayasa'nm 17. maddesinin birinci fıkrasında mündemiç negatif yükümlülüğe, bireyin maddi ve manevi varlığına etkin bir saygının sağlanması için gerekli pozitif yükümlülükler eklenir. Pozitif yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde kişisel itibara saygının güvence altına alınması amacıyla birtakım tedbirler alınmasını gerektirir (İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 47; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 40).

23. Türk hukukunda mevcut başvuruya benzer şekilde hakaret fiili ile bireylerin şeref ve itibarlarına müdahale edildiği durumlarda hem cezai hem de hukuk dava yolu kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik hale gelen içtihatlarında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin sözlü ya da yazılı hakaretin hapis cezasını gerektiren suç olmaktan çıkarılması yönündeki tavsiye kararlarına (Parliamentary Assembly, Towards decriminalisation of defamation, Resolution 1577, 04/10/2007, §§ 11, 13, 17; Parliamentary Assembly, Tovvards decriminalisation of defamation, Resolution 1814, 04/10/2007, § 1; Parliamentary Assembly, Respectfor media freedom, Recommendation 1897, 27/1/2010, § 11) ve AİHM'in Sözleşmeci devletlerin zaman geçirmeksizin hakareti suç olmaktan çıkarması gerektiği yönündeki vurgusuna (Sabanovıc/Sırbistan ve Karadağ, 5995/06, 31/5/2011, § 43; Niskasaari ve

diğerleri/Finlandiya, 37520/07, 6/7/2010, § 77) atıf yapılmış ve hakaretin özel yaşama etkileri ile ilgili olarak hukuk davası açmak suretiyle başvuruculaın giderim sağlayabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, §§ 38-44). Başkabir deyişle Anayasa Mahkemesi, devletin maddi ve manevi varlığa yönelik müdahalelere karşı etkili mekanizma kurma yükümlülüğünün mutlaka ceza soruşturması yapılmasını gerekli kılmadığına, bireyin üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla tazminat davası yoluyla da giderim sağlamasının mümkün olduğuna karar vermiştir (Adnan Oktar (3), § 35).

24. Söz konusu içtihada göre tazminat davalarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (Işıl Yaykır, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 44). Zikredilen içtihat nedeniyle bir başvurucu, şeref ve itibarına yönelik müdahale iddiası nedeniyle yalnızca cezalandırma talebinde bulunmuş ve tazminat davası açmamış ise başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmektedir.

25. Buna karşın mevcut başvuruda, başvurucunun itibarına kimlik bilgileri bilinmeyen bir kişi tarafından müdahalede bulunulmuştur. Üstelik Cumhuriyet Savcısı, şüphelinin açık kimlik bilgilerinin tespitinin mümkün olmadığını belirtmiştir (bkz. § 13). Öte yandan mevcut başvuruda tazminat davalarının yüksek başarı şansı sunabilecek etkili bir başvuru yolu olduğu kabul edilse bile başvurucunun en azından itibarına müdahalede bulunan kişinin kim olduğunu bilmeden böyle bir dava açabilmesi mümkün değildir. Zira 6100 sayılı Kanun'da esas itibarıyla tasarruf ilkesi (bkz. § 17) ve taraflarca hazırlama ilkesi (bkz. § 18) kabul edilmiştir. Söz konusu ilkelerin uygulandığı davalardan olan hakaret davalannda kamu gücünü kullanan organlardan biri veya davaların görüleceği mahkemeler davalının kimlik bilgilerini ve adresini tespit ederek

başvurucunun bu kişiye karşı dava açması için yardımcı olamayacaktır. Dolayısıyla sadece -münhasıran- tarafları ilgilendiren ve kamunun hiçbir menfaati olmayan bir özel hukuk uyuşmazlığı olan hakaret davaiannda haksız müdahaleyi yapan kişinin kimlik bilgileri kamu gücü tarafından tespit edilemeyeceğine göre başvurucunun tatmin olması için geriye yalnızca ceza yolu kalmaktadır.

26. Buradan çıkan sonuca göre mevcut başvuruda cevaplanması gereken mesele sıradan kişilerce elde edilmesi son derece zor veya imkansız olan bir bilginin devlet olanakları ile elde edilmesi için Savcılık soruşturmasına devam edilmesinin gerekip gerekmediğidir.

27. Bireyler arası bir ilişkiye müdahale edilirken hangi tedbirlerin alınması gerektiğinin belirlenmesinde devletin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Bilhassa kişilerin şeref ve itibarlarına yönelik saldırıların özel kişilerden geldiği durumlarda, özel kişilerin bireylerin şeref ve itibarlarına "saygı" göstermelerini temin bakımından kamu gücünü kullanan organlara

yüklenecek pozitif yükümlülükleri belirlemenin kolay olmadığının kabul edilmesi gerekir. Fakat her durumda pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekir ve yine her durumda devlet belirli bir takdir alanına sahiptir.

28. İnternet küresel bir ağdır ve hiçbir sınırı yoktur. Bu nedenle İnternet ortamında yayımlanan ve başvuruculların iftira ve hakaret niteliğinde olduğunu ileri sürdüğü bir iddiaya karşı adli mekanizmaları devreye sokmak çoğu zaman güç veya çok maliyetli olabilir. Buna karşın kaçınılmaz olarak doğrudan etkili olan ciddi anlamda incitici veya temel haklara zarar veren müdahalelere karşı bireylerin ve kamunun korunmasının devletin yükümlülüklerinden olduğunun da kabul edilmesi gerekir.

29. Bu kapsamda İnternet servis sağlayıcıları tarafından kullanılacak standartları geliştirmek, ulusal veya uluslararası mekanizmaların kurulmasına veya mevcut mekanizmaların işletilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunmak, İnternet üzerinden anayasal haklara yöneltilen saldırılara karşı uygun yasal düzenlemeler dahil bireylerin itirazlarını iletebilecekleri ve uygun görülecek başka önlemleri almak devletin yükümlülükleri olarak sayılabilir.

30. Mevcut davada başvurucu, kimliği tespit edilemeyen bir şahsın blogda kendisi hakkındaki duyumları yazmasından şikayetçi olmuştur. Başvurucunun Cumhuriyet Savcılığına yaptığı şikayetten sonra söz konusu yazı blogdan kaldırılmıştır. Yazının yayımlandığı bloğun genel olarak askeri personelin kullandığı ve dar bir çevreye hitap eden bir İnternet paylaşımı olduğu anlaşılmaktadır. Kimliği belirli olmayan kişilerce herhangi bir dayanağı olmaksızın yapılan suçlayıcı beyanların hukuksal bir değerinin olmadığı ise açıktır. Nitekim olay tarihinde Türk Silahlı Kuvvetlerinde albay rütbesi ile görev yapan bir subay olan başvurucu hakkında söz konusu iddialar nedeniyle ne adli soruşturma ne de disiplin soruşturması açılmıştır. Ayrıca başvuruya konu yazının dilinin -suçlayıcı ve ima edici olduğu kabul edilse bile- başvurucunun kişisel yaşamı üzerinde kayda değer bir etki göstermesi de söz konusu değildir. Başvurucunun şüphelinin cezalandırılması için ısrarcı olması, kişisel algı açısından bir ilke sorunu olabilir ancak bu algı kamu gücünü kullanan organlara, şeref ve itibara müdahale eden kişileri bir ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu etmeleri şeklinde bir yükümlülük yüklemez.

31. Somut olayda Cumhuriyet Savcısı, İnternet üzerinden işlenen suçlara yönelik soruşturmalardaki güçlükleri de gözeterek Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlükler bağlamında ciddi endişeler ortaya çıkarabilecek şekilde geniş kapsamda etkiler uyandırmayan ya da toplumsal menfaati etkilemeyen bir şikayet hakkında soruşturmayı daha fazla sürdürmeyi reddetmiştir. Başvurucunun önemli olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kaldığına dair yeterli delil

bulunmadığı, ayrıca şikayet konusunun önemli bir ilkesel soruna yol açmadığı dikkate alındığında bir toplumda yaşıyor olmanın kabul edilebilir bir bedeli olarak görülebilecek olan -bir sözlü karşılaşmaya ilişkin olarak- soruşturmanın sürdürülmemesinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bakımından bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında açık bir dengesizlik bulunduğu değerlendirilmemiştir.

32. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı açık olan başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir {Hikmet Balabanoğlu, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24). Somut olayda başvurucunun şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkına yönelik bir ihlalin olmadığının açık olduğu anlaşılmıştır.

33. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 1/3/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammar TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi - 16 Şubat 2017 - Medya Gündem Kararı (2)

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (2), B. No: 2014/14965, 16/2/2017, § …)
Başvuru Adı	MEDYA GÜNDEM DİJİTAL YAYINCILIK TİCARET A.Ş. (2)
Başvuru No	2014/14965
Başvuru Tarihi	3/9/2014
Karar Tarihi	16/2/2017

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bir İnternet sitesinde yayımlanan haber ve yazıların Mahkeme kararı ile İnternet erişiminin engellenmesi, Mahkeme kararının yeterli inceleme yapılmadan, savunma alınmadan ve gerekçe gösterilmeden verilmesi nedenleriyle ifade ve basın özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: İfade özgürlüğü

Müdahale: İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEDYA GÜNDEM DİJİTAL YAYINCILIK TİCARET A. Ş. BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası : 2014/14965)

Karar Tarihi: 16/2/2017

KARAR

Başkan **:** Burhan ÜSTÜN

Üyeler **:** Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Raportör **:** Abuzer YAZICIOĞLU

Başvurucu **:** Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş.

Vekili **:** Av. Erdal Fatih ÇANAKÇİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; bir İnternet sitesinde yayımlanan haber ve yazıların Mahkeme kararı ile İnternet erişiminin engellenmesi, Mahkeme kararının yeterli inceleme yapılmadan, savunma alınmadan ve gerekçe gösterilmeden verilmesi nedenleriyle ifade ve basın özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/9/2014 tarihinde İstanbul 67. Asliye Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 31/10/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 5/2/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşlerini 25/3/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 1/4/2015 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşlerine karşı beyanlarını 15/4/2015 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu; borsagundem.com(İnternet sitesi) alan adı ile yayında bulunan İnternet sitesinin sahibidir. Adı geçen İnternet sitesi, borsa ve sermaye piyasasındaki olay ve gelişmeler konusunda yayın yapan ve ekonomik meselelerin ele alındığı, yazıların yayımlandığı bir İnternet gazetesidir. İnternet sitesinde 30/7/2009 ile 16/5/2014 tarihleri arasında farklı başlıklar altında çok sayıda yazı ve haber yayımlanmıştır.

9. Başvuruya konu edilen yazılardan 30/7/2009 tarihli ve "E.Ç. ile İlgili Şok İddianame"başlıklı yazı içeriğinde, E.Ç. isimli kişi hakkında düzenlendiği iddia edilen iddianame metninin ilgili Cumhuriyet savcılığı, tarih veya esas numarası belirtilmeden aktarıldığı, yazının başlığı dışında herhangi bir yorum veya değerlendirmenin bulunmadığı görülmüştür.

10. 1/6/2010 tarihli ve "Spek Avcısı Çeto'dan Spek Analizi"başlıklı yazı içeriğinin borsada işlem yapanların oluşturduğu forum üyelerinin yazışmaları ve Çeto isimli forum üyesinin cevaplarından derlendiği anlaşılmıştır. Çeto isimli üyenin cevaplarının ilgili kısımları şöyledir:

"İsimleri M.N.Ç. ve kardeşi E.Ç., Tokatlılar, ikisi de acımasız ve aç gözlü. Ege Seramik tahtasında bir dönem MÜBAREK KARDEŞLER'in gerçekleştirdikleri operasyonların namı yurtdışına taşmıştı. Hatta bu nam ile yurtdışından fonlar gitti, fonlar geldi. Sonunda MÜBAREK KARDEŞLER'in yarattığı hikâyeler ile Ege Seramik hisseleri tarihin en büyük işlem hacmini kırdı. Sonuçta ne mi oldu? Mübarek Kardeşler, hisseleri kendileri gibi mübarek olan ve daha önce bu tahtada operasyon yapan CAN KARDEŞLER'ine devredip, tahtadan çekildiler. MÜBAREK KARDEŞLER tahtadan çekilince Ege Seramik hisseleri sudan çıkmış balığa döndü. Uzunca bir süre kendine gelemedi. Ta ki, yediği kazığın etkisinden yavaş ve sancılı ayılan oyuncu bugünlerde tahtaya YILDIRIM gibi çakmaya başladı. Ve hisseler 0,35 lira seviyelerinden 0,55 lira seviyelerine yükseldi. Borsa kulislerinde bu oyuncunun Mübarek Kardeşler'e bildiği tüm duaları okuduğu konuşuluyor. Bizden söylemesi… Eğer Mübarek Kardeşler çarpılacak olursa nedenini Egeser tahtasına YILDIRDIM'lar yağdıran oyuncudan bulsunlar.

İsimleri Beşiktaş hisseleriyle anılan Mübarek Kardeşler'in yeni bir hisseye yöneldiği iddia ediliyor. Son dönemde borsa kulisleri Mübarek Kardeşler'in ismiyle çalkalanıyor. Beşiktaş hisselerindeki sert yükselişle ismi anılan Mübarek Kardeşler'in, Reysaş hisselerine yöneldiği öne sürülüyor. Ran Lojistik'in yeniden halka arz girişiminde bulunmasıyla hareketlenen hissede 0,87 lira seviyesinden başlayan yukarı hareket 2,20 liraya ulaştı. Sektördeki yeni halka arz beklentisini kullandıkları öne sürülen Mübarek Kardeşler'in bir sonraki adımı bilinmez ama iki kardeşin

ismiyle anılan hisseler sert yukarı hareketten sonra aynı hızda geri çekilmesiyle biliniyor. Reysaş'ın, Beşiktaş'ın nasıl yükselivediğini görüvediniz…

Oldukça sert hareketlerle isminden son dönemde daha fazla söz ettirmeye başlayan Mübarek Kardeşlerin yöntemleri: İsimleri sık sık İhlas Grubu hisseleriyle anılan borsa yasaklısı kardeşlerin İhlas Grubu ile yollarını ayırdığı konuşuluyor. İddialara göre, grubun hisselerinde operasyon yaparken beklenmedik gelişmeler karşısında zarar yazan oyuncular, grubun da kendilerine sırt dönmesiyle hisselerden uzaklaşmış. Hatta kardeşlerin birinin büyük para kaybettiği, hesaplarının eridiği ve şu an geçmiş dönemdeki kredisini kullandığı iddia ediliyor. Her şeye rağmen ayakta kalma mücadelesi veren oyuncuların, şu an borsa dışında olan bir şirketini halka açık şirketiyle birleştirmek için mücadele eden bir patrona yaklaştığı öne sürülüyor. Grup, geniş bir kitle ile hareket ediyor. Her iki kardeşin de yaklaşık 10 kişilik bir ekibi yönettiği iddia ediliyor. Hemen hemen her akşam buluştuğu söylenen ekip, bir sonraki gün yapılacak operasyonun stratejisini belirliyormuş. Telefonla konuşmak yasakmış. İşlemler internet üzerinden yapıldığı için aracı kurum telefon kaydı olmayan oyuncular, yakayı ele vermiyormuş. Hesaplar arası virman ve EFT olmadığı için de Mübarek Kardeşler izlerini çabuk yok ediyormuş. Bir diğer iddia ise oyuncuların beklentisi olan hisseleri seçtiği ve gün sonunda pozisyon taşımamaya gayret ettiği yönünde… Yani gün içerisinde yoğun işlem yaparak hisseleri tavan seviyesine çeken oyuncular, gün sonunda kârı cebe atarak hisseden uzaklaşıyorlarmış. Bir hisseden günlerce işlem yapsalar dahi her gün aynı stratejiyi izliyorlarmış. Oyuncuların bu yüzden gün içerisinde mümkün olduğunca hisseyi yukarı çekip yatırımcılara bu seviyeden satmayı tercih ettiği öne sürülüyor. Mübarek Kardeşler'in yatırım stratejisi olarak kulislerde konuşulan yöntemler böyle.

… Şimdi soruyoruz, manipülasyon yargılaması devam eden isimlerin Gözaltı Pazar'ında işlem gören bir şirkete ortak olması normal mi?"

11. 28/5/2012 tarihli ve "İşte Manipülasyonun Belgesi"başlıklı haber içeriği şöyledir:

"Geçmişte borsanın en fazla yasaklanan spekülatörleri listesinde üst sıralarda yer alan ve çok sayıda hissede yaptığı operasyonlarla ismini duyuran, hakkında onlarca manipülasyon davası açılan A.Yıldırım ile Mübarek Kardeşler arasında alacak verecek davasında önemli gelişmeler yaşanıyor. Ege Seramik hisselerinde Mübarek Kardeşler olarak bilinen oyuncularla anlaşan A. Yıldırım, hisseleri teminat olarak karşı tarafa vermiş. Yapılacak operasyondan büyük para kazanma hayali kurarken işler tersine dönünce hesapları altüst olan spekülatörler arasındaki kavga mahkemeye taşınmış. … Mahkeme kayıtları ve hesaplara virmanlanan hisseler sabit. Ayrıca A. Yıldırım, bu hisselerden yasak alan bir isim. O dönemde Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Ege Seramik hisselerinde A. Yıldırım'a yasak getiriyor ve suç duyurusunda bulunuyor.

… davanın İMKB'de son dönemdeki bir çok operasyona ışık tutacak bir özelliğe sahip olduğu belirtiliyor. A. Yıldırım ve Mübarek Kardeşler arasında yapılan ihbarlar ve açılan davalar, manipülasyon hazırlığının belgesi olarak görülüyor."

12. 20/6/2012 tarihli ve "Mübarekleri Şoke Edecek Belgeler"başlıklı haber içeriğinin ilgili kısımları şöyledir:

"Mübarek Kardeşler'in hesabına virmanlanan Ege Seramik hisseleriyle ilgili ihtilafın yargıya taşındığını daha önce yazmıştık. Borsagundem.com'un haberini yalanlayan ve 'Hakkımızda açılmış böyle bir dava bulunmuyor.' diyen Mübarek Kardeşler'i şoke edecek belgeleri yine borsagundem.com ele geçirdi. … Bu süreç Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan 2011/631 dosya numaralı dava ile devam ediyor."[devamında dava dilekçesinin içeriğindeki iddia ve talepler aktarılıyor]

13. 21/6/2012 tarihli ve "Mübarek Değil, Vicdansız Kardeşler"başlıklı haber içeriği şöyledir:

"Borsagundem.com'a mail atan, yorum yazan yatırımcılar, piyasanın en büyük spekülatörleri konumuna gelen Mübarek Kardeşler isminin değişmesini istiyor. … Manipülasyon suçlamasıyla hâkim karşısına çıkan, spekülatörler arası hisse virmanında anlaşamadıkları için haklarında dava açılan Mübarek Kardeşler isminin Vicdansız ya da Hayırsız olarak değiştirilmesi talep ediliyor. Ceylan ve Ataç hisselerinde yapılan işlemlerin kardeşlere ait olduğunu öne süren bir yatırımcının borsagundem.com'a gönderdiği yorum şöyle: Sayın Borsa Gündem yönetimi, bu kişilerin E.Ç., N.Ç. ve M.Ç. kardeşlerin küçük yatırımcılara yaptığı zulüm ve aldatmalardan sonra isimleri Vicdansız Kardeşler olması gerekir."

14. 24/2/2014 tarihli ve "Manipülatör E.Ç.'nin Kervansaray İşlemleri"başlıklı haber içeriğinin ilgili kısımları şöyledir: (10)

"Her dönem spekülatif hareketlere sahne olduğu için borsa tarihine geçecek hisselerden biri olan Ceylan Giyim, 1 liradan 9 liraya yükseldi, tekrar 1 liraya düştü. S.S.'ye satılan şirketin ismi Kervansaray Yatırım Holding olarak değiştirildi. Sermayesi ise bedelli, tahsisli sermaye artırımları ve birleşmelerle 6 milyon liradan yaklaşık 600 milyon liraya yükseltildi. Bu süreçte hissede E.Ç.'in işlem yaptığı ortaya çıktı. Hisse, 1 liradan 9 liraya yükselip daha sonra yeniden 1 liraya düşerken en yoğun işlemleri yapan E.Ç., manipülasyon suçlamasıyla hapis cezası yemiş bir isim. Hapis cezası, hükmün açıklanmasının geri bırakılması karıyla ertelenmiş. …

Sert fiyat hareketlerine sahne olan Kervansaray Yatırım Holding (Ceylan Giyim) hisselerinde neler olduğunu net olarak görebilmek için 2011 yılında yani hisselerin 1 lira seviyesinden 9 liraya doğru başlayan yükselişte kimlerin işlem yaptığına bakmak gerekiyor. 02.01.2012 - 19.04.2012

tarihleri arasında en fazla işlem gerçekleştiren ilk 10 isim şöyle: …. [İsimlerin]ortak özellikleri ise, söz konusu yoğun işlemlerin yapıldığı yani hissenin sert yükselip düştüğü dönemin başında ve sonunda hesaplarında hisse bulunmaması. Hemen hemen aynı dönemde alıp aynı dönemde satmışlar. …

Yatırımcıların artan tepkisi karşısında aracı kurumlar yatırımcıları uyaran raporlar yayınlıyor. Gedik Yatırım tarafından hazırlanan analiz raporunda hissede devam eden ortak satışlarına yenilerinin eklenebileceğine dikkat çekilerek Kervansaray için 'Uzak Dur' önerisinde bulunuluyor."

15. 27/2/2014 tarihli ve "Manipülatör E.Ç.'nin İki Aylık İşlemleri"başlıklı haberin ilgili kısımları şöyledir:

"Borsagundem.com, hisse senetlerinde yaşanan sert fiyat hareketlerinin perde arkasındaki işlemleri gündeme taşımaya devam ediyor. Borsagundem.com'u telefonla arayan yatırımcılar, Kervansaray hisselerinde yaşanan fiyat hareketleri benzeri işlemlerin İhlas Gazetecilik hisselerinde de yaşandığını belirtiyor. 2010 yılında 1,5 lira seviyesinden halka açılan hisseler 4 liraya kadar yükseldikten sonra sürekli değer kaybederek 26/02/2014 tarihi itibarıyla 0,45 lira oldu. Şirketin fiyat hareketine neden olacak özel durum açıklaması bulunmamasına rağmen yaşanan düşüş, yatırımcılar cephesinde büyük tepki topluyor. Çünkü 2011 yılı Mart ayında 4 bin liralık hisse alan bir yatırımcı, parasının 3 bin 600 lirasını kaybetmiş durumda. 18 Şubat 2014 tarihinde açıklanan 2013 yılı konsolide olmayan gelir tablosuna göre şirketin 1 milyon lira zarardan 2,2 milyon lira kâra geçmesine rağmen hisselerde düşüşün devam etmesi tepkilerin artmasına neden oluyor. Peki, bu kadar hızlı değer kaybeden hissede kimler işlem yaptı, ne kadar para kazandı? 06/10/2010 - 06/12/2010, yani halka arz sonrası hissede yoğun işlemlerin olduğu, sert fiyat hareketlerinin yaşandığı iki aylık işlemler incelendiğinde, karşımıza tanıdık isimler çıkıyor. …

Söz konusu tarihler arasında en fazla fiyat değişimi gerçekleştiren yatırımcıların başında yine E.Ç. yer alıyor. …

Fiyat yükseltici alış işlemi gerçekleştirenlerin başında yine E.Ç. yer alıyor. …

En fazla kendinden kendine işlem yapan yatırımcılar, bu tabloda da ortak isim E.Ç.. Ç., incelemenin yapıldığı iki aylık dönemde 13 milyon 986 bin 670 adet alış, 12 milyon 992 bin 818 adet satış işlemi gerçekleştirmiş. Manipülatör Ç., bu dönemde 2 milyon 185 bin 943 adet kendinden kendine işlem gerçekleştirmiş. Kendinden kendine yoğun bir şekilde işlem yapan diğer isimler ise E.Ü., B.G., M.G., G.Ü.. Kendinden kendine işlem yapanların toplamı ise 5 milyon 63 bin adet. …

İnceleme kayıtlarında kendinden kendine işlemlerle ilgili şu ayrıntı dikkat çekiyor: … İncelemede, kendinden kendine yapılan işlemlerin manipülasyon için kullanılan klasik bir yöntem olduğu vurgulandıktan sonra önemli bir noktaya daha dikkat çekiliyor. Emir iptalinin koşulsuz olarak kaldırılmış olmasına rağmen yatırımcı ve yatırımcı grubun bu haklarını kullanmayarak aracı kurumlara komisyon ödeyerek bu işlemleri yapmasının da iktisadi bir mantığı olmadığı belirtiliyor. …"

16. 3/3/2014 tarihli ve "Manipülatör E.Ç. Ayrıcalıklı mı?"başlıklı haberin ilgili kısımları şöyledir:

"Borsanın en çok düşen hisselerinde Ç. kardeşlerin işlem yaptığının ortaya çıkması yatırımcılar cephesinde büyük tepkiye neden oluyor. Ç. kardeşlerin işlem yaptığı bazı hisseler 4 liradan 0,40 kuruşa, 9 liradan 0,38 liraya kadar düşüş gösterdi. Borsagundem.com'un ortaya çıkardığı kayıtlar, borsanın yeni gündemi haline geldi. Telefonla arayan, yorum gönderen yatırımcıların tepkileri çığ gibi büyüyor. Bu hisselerde mağdur olan yatırımcılar, 'Manipülatör E.Ç. ve kardeşleri ayrıcalıklı mı?' diye soruyor. İşte ortaya çıkan işlem kayıtlarıyla ilgili haberlerden sonra gelen yüzlerce yorumdan, şok iddialardan bazıları:

'-Manipülatör patronları gizli bir el çok iyi koruyor. Bu güne kadar yaptıklarına, çok uç düzey işlemlere bir bakın, hiç kimse dokunmamış bunlara.',

'Bu olayları burada konuşup başkalarını suçlayıp yazdıkça ve önlem almadıkça manipülatörler K.Y. üzerinden kazanmaya devam edeceklerdir. Böyle hisseleri almasınlar ki manipülatörler de kendi kendileri ile işlem yapsınlar. Finansal okuryazar ve taktikleri olan yatırımcı olalım.'

…"

17. 24/3/2014 tarihli ve "35 Kuruşluk Manipülatör E.Ç."başlıklı haberin ilgili kısımları şöyledir:

"… Altınyağ'ın yönetim kurulu başkanı E.Ç. bu anlamda borsanın en önemli isimlerinden biri. Manipülasyon suçundan 2 yıl hapis cezası alan Ç. hakkında mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veriyor. E.Ç. ve abisi M.N.Ç., 2499 sayılı yasaya muhalefet ve Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/1-A (1-2-3) maddesinde yer alan manipülasyon, içeriden öğrenenlerin ticareti ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan yanlış mesnetsiz bilgi verme, haber yayma, yorum yapma suçlarını işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçundan yargılanmaya devam ediyor. …

Bu arada Ç., halka açık şirketleri alıyor, satıyor, yönetiyor, borsadaki diğer hisselerde yoğun işlemler yapıyor. E.Ç.'nin elinin değdiği hisseler önce hızlı bir şekilde yukarı gidiyor, ardından ortak satışları geliyor ve sert düşüş kuruşlu seviyelere kadar sürüyor. Bedelli sermaye artırımları, ortak satışları da bu hisselerde yaşanıyor. Aynı şekilde yüzde 36 oranında hissesini elinde

bulundurduğu Altınyağ'da 80 kuruş. Hepsi nominal değerin çok çok altında. Gözaltı Pazarı'nda olan, 1,5 liradan 17 liraya kadar yükselen Gen Yatırım Holding hisselerinin 1 milyon 250 bin adedinin manipülatör E.Ç.'ye devredilmesi yatırımcılar cephesinde sorgulanmaya başladı. …"

18. 11/4/2014 tarihli ve "Manipülatör E.Ç.'nin Genpower Planı"başlıklı haberin ilgili kısmı şöyledir:

"Normal yollardan halka açılmayan Genpower Jeneratör'ü borsaya taşıma girişimi sürüyor. Yüksek miktarda vergi ve banka borcu bulunan, bankalardan kredi bile alamayan Genpower Jeneratör neden halka açık bir şirketle birleştirilerek, yatırımcıların bu borçlara ortak olması isteniyor? Benzer bir uygulama Kervansaray Yatırım Holding'de uygulandı. 93 kuruş seviyesinden yapılan birleşme sonrası hisseler 35 kuruşa kadar düştü. Şirketin zararı da 206 bin liradan 62 milyon 861 bin liraya yükseldi. …

Geçen yıl bu zamanlarismi Mustafa Yılmaz Yatırım Ortaklığı olan şirket satıldıktan hemen sonraNisan 2013 sonunda ismi İCG Yatırım Holding olarak değiştirildi ve birkaç gün sonra da manipülatör E.Ç.'ye satıldı. Ç. de 4 ay gibi kısa bir süre sonra bu hisseleri Genpower'in patronu M.U.'ya sattı. Hala ödenmeyen satış bedeli olarak da kayıtlara 6 milyon seviyesinde bir rakam geçti. Bu gün bu tutar 8 milyon liraya ulaşmış gözüküyor. 15 Mayıs 2014 tarihine kadar ödeme vadesi konulan bu borca karşılık M.U., Genpower'da sahip olduğu 1 TL bedelli toplam 12 milyon TL değerinde 12 milyon adet hissesini İCG Holding'in büyük ortakları yani manipülatör E.Ç. lehine rehin verdi. Devir işlemi biter bitmez halka açık İCG Holding, Genpower'a sermaye avansı olarak 11 milyon lira transfer etti. Sattığı şirketin parasını 4 kez yapılan öteleme nedeniyle alamayan E.Ç.'ye son olarak 1 milyon 250 bin adet Gen Yatırım Holding hissesi verildi. Bu arada Gen Yatırım hisseleri de son bir yılda 1,5 lira seviyesinden 20 lira seviyesine kadar yükseldi. E.Ç.'nin abisi M.N.Ç. de Latek Holding ile birleşme çalışmaları yapıldığı dönemde Genpower Jeneratör'e yüzde 6,9 oranında ortak olmuştu. Ç. kardeşlerin paralarını kurtarmak için birleşmede ısrar ettikleri söyleniyor. Kervansaray Yatırım Holding'de olduğu gibi birleşme sonrası halka açık konuma gelen hisselerin piyasada satılacağı, yeni ikincil halka arz yoluyla yüksek miktarda para toplamayı planladıkları iddia ediliyor. …

Büyük sorunlarla karşı karşıya olan Gepower'ın borsaya taşınma işlemlerinde ise Ç. kardeşlerin ismi hep ön planda. Abi M.N.Ç. zaten Genpower'ın ortağı. E.Ç. ise İCG Yatırım Holding'i M.U.'ya satıp parasını alamayan borsa manipülatörü. E.Ç.'nin de sabıkası çok kabarık. E.Ç., manipülasyon suçlamasıyla hapis cezası yemiş bir isim. Hapis cezası, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla ertelenmiş. Yine aynı şekilde borsada manipülasyon yaparak haksız

kazanç sağladıkları iddiasıyla açılan davada 2 yıl hapis cezasına çarptırılan Ç.'nin dosyası Yargıtay'dan dönmüş ve zamanaşımına uğramıştı. …"

19. 24/4/2014 tarihli ve "Manipülatör E.Ç.'nin Hiç mi Suçu Yok?"başlıklı haberin ilgili ve yukarıdaki haberlerden farklı kısımları şöyledir:

"Borsagundem.com'un gündeme taşıdığı Kervansaray Yatırım Holding ile ilgili olarak Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) önemli kararlara imza atıyor. Öncelikle S.S. hakkında suç duyurusunda bulunan SPK, Haftalık Bülten'de çağrı yapmayan Z.T.'ye ağır para cezası uygulama kararı aldı. … SPK'nın son kararları yatırımcılar cephesinde 'Artık yapanın yanına kalmayacak' şeklinde yorumlara neden oluyor. Şimdi gözler 1 liradan 9 liraya yükselip daha sonra 35 kuruşa düşen hisselerde yapılan işlemlere çevrildi.

Ceylan Giyim olarak bilinen Kervansaray Yatırım Holding bu günlere nasıl geldi? Sermayesi bedelli, tahsisli artırımları ve birleşmelerle 6 milyon liradan yaklaşık 600 milyon liraya yükseltilen bu şirkette manipülatör E.Ç.'nin ismi ön planda. E.Ç., manipülasyon suçlamasıyla hapis cezası yemiş bir isim. Hapis cezası, hükmün açıklanmasının geri bırakılması karıyla ertelenmiş. …"

20. 24/4/2014 tarihli ve "E.Ç.'nin Finansörü H.Ş. mi?"başlıklı haberin ilgili ve yukarıdaki haberlerden farklı kısımları şöyledir:

"'Yirmi beş yıl top oynadım benim o kadar param yok' diyen H.Ş.'nin borsada milyonları yönetin manipülatörlerle işbirliği içerisinde olduğu iddia ediliyor. … SPK denetiminde ortaya çıkan detaylara göre, borsa operasyonunda H.Ş.'nin hesaplarında yüzbinlerce hisse senedi alınıp satılıyor. Denetleme raporunda H.U.A., E.Ç., M.N.Ç., M.Ç., …ve H.Ş. tarafından Akın Tekstil hisse senetlerinde gerçekleştirilen işlemler, grup işlemleri olarak değerlendiriliyor. …

Akın Tekstil hisselerinin 1 lira seviyesinden 5 liraya kadar yükselerek daha sonra kısa sürede yeniden 1 liraya kadar düştüğü dönemde, H.Ş.'nin desteklediği manipülasyon grubunun büyük rant elde ettiği raporlara yansıyor. …

SPK'nın isimlerini sıraladığı grupta yer alan E.Ç. ve M.N.Ç.'nin H.Ş. destekli olduğu öne sürülen operasyondan kazandıkları paralarla halka açık birkaç şirketi ele geçirdiği ileri sürülüyor. Daha sonra da borsada çok sayıda operasyona imza atan grup üyelerinden E.Ç. ve M.N.Ç.'nin bu işlemlerden büyük paralar kazandığı yine SPK raporlarında yer alıyor.

E.Ç.'nin hisselerini ele geçirdiği şirketlerle birlikte borsada 100 milyon liralık bir portföyü yönettiği söyleniyor. Ç.'nin hisselerini ele geçirdiği borsada işlem gören Altınyağ Kombinaları'nın piyasa değeri yaklaşık 50 milyon lira. … Yaklaşık 5-6 yıl önce maaşlı eleman olarak çalışan bu isimler, bugün 100 milyon liraya yakın varlığı yönetiyor. …"

21. 28/4/2014 tarihli ve "Ç. Kardeşler Köşeye Sıkıştı"başlıklı haberin ilgili ve yukarıdaki haberlerden farklı kısımları şöyledir:

"Borsa İstanbul'un teknik iflas uyarısı yaptığı Genpower Holding, Cuma günü KAP'a yaptığı açıklamayla Genel Kurul'u iptal ettiğini duyurdu. … Genel Kurul'da şirketin sermayesi 11 milyon lira artırılarak 96 milyon liraya yükseltilecekti. …

Bu arada aynı senaryo kısa bir süre önce Gen Yatırım Holding'de tekrarlanmıştı. Yönetim Kurulu sermayeyi 10 milyon liradan 16 milyon liraya yükseltme kararı aldı. Kısa bir süre sonra bu kararı iptal ettiğini açıkladı. Genpower'da olduğu gibi Gen Yatırım Holding'de de Genel Kurul toplantısı iptal edildi.

Bu karar, piyasalarda Ç. kardeşleri köşeye sıkıştıran önemli bir gelişme olarak yorumlandı. Çünkü, İCG Yatırım Holding'i Genpower'a satan manipülatöre. Ç.'nin, 4. kez ötelenen alacağı da yeni bir öteleme riskiyle karşı karşıya kaldı. …

Genpower Holding'de bedelli sermaye artırımı ötelenirken aynı şekilde Genel Kurul toplantısı iptal edilen Gen Yatırım Holding'in de bilanço usulsüzlükleri nedeniyle başı belaya girmiş durumda. Borsa İstanbul yönetimi 16 Nisan 2014 tarihli Yönetim Kurulu toplantısında, şirket bilançolarında usulsüzlükler ve gizli hisse devirleri ortaya çıkardı. …

Gözaltı Pazarı'nda işlem gören Gen Yatırım Holding'in 31 Aralık 2013 tarihli bağımsız denetim raporunun dipnotlarında konsolide bilanço ve özkaynaklarını etkileyecek seviyede hatalar bulundu. E.Ç. ile M.U. arasındaki pay devir protokollerinin kamuya gecikmeli olarak açıklandığı tespit edildi. …

Bu arada manipülatör E.Ç.'ye, sattığı şirketin parası ödenmeyince Gen Yatırım Holding'in 1 milyon 250 bin adet hissesi rehin olarak verildi. Bu karadna sonra hisselerde yükseliş hızlandı. …"

22. 5/5/2014 tarihli ve "E.Ç. Kayıplara Karıştı"başlıklı haberin ilgili ve yukarıdaki haberlerden farklı kısımları şöyledir:

"Manipülatör E.Ç.'den 4 gündür haber alınamadığı yönündeki söylentiler borsa kulislerinde hızla yayılıyor. İddialara göre Londra'ya kaçmış. …

Ç.'nin yurtdışına yerleşme kararında mahkemenin manipülasyon suçundan verdiği 2 yıl hapis cezasının etkili olduğu söyleniyor. E.Ç., İstanbul 15. Asliye Ceza Mahkemesinin E.2009/110 sayılı dosyası üzerinden açılan kamu davasında, Mahkeme'nin 18.11.2009 tarih ve 2009/925 sayılı kararı ile sanıkların mahkûmiyetine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişti. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği için Ç. hapse

girmemişti. Ç.'nin yeniden suç işlemesi halinde bu karar da ceza olarak kesinleşecek. Süre ise bu yılın sonunda doluyor. Ç.'nin hakkında açılmış çok sayıda dava olduğu biliniyor.

Tefeciye olan borç yüzünden mi kaçtı? Kulislerde bu yüzden kaçmış olabileceği iddiaları konuşuluyor. …"

23. 16/5/2014 tarihli ve "Savunma İsteminde Manipülatör E.Ç."başlıklı haberin ilgili ve yukarıdaki haberlerden farklı kısımları şöyledir:

"Kurul [SPK], İhlas şirketleri ve hisselerde işlem yapan 9 kişiden savunma istedi. Bu isimlerden bazıları ile manipülatör E.Ç. ilişkisi dikkat çekti. …

H.Ö. tanıdık bir isim, manipülatör E.Ç.'nin ortağı. İCG Yatırım Holding'i H.Ö. ve manipülatör E.Ç. ile birlikte (Gen Yatırım Holding) M.U.'ya sattılar. …

Savunma istenilen diğer hesapların da E.Ç.'ye ait olduğu öne sürülüyor. …

Borsa çevrelerinde İhlas hisseleri yıllardır E.Ç. ismiyle anılıyor. Zaten Ç. kardeşler, İhlas Grubu'nda gazete dağıtıcılığıyla işe başlamışlar, borsaya bulaşınca da bir anda büyük bir servet sahibi olmuşlar. Ancak haklarında manipülasyon suçlamasıyla çok sayıda soruşturma ve inceleme yapılmış. Elini vurduğu hisse kuruşlu rakamlara düşen E.Ç. ise manipülasyon suçundan hapis cezası yemiş birkaç isimden biri.

Ç.'nin, 31. Asliye Ceza Mahkemesinde devam eden bir manipülasyon davası daha bulunuyor. …

Hakkında devam eden başka davalar da bulunan E.Ç.'nin, Londra'ya taşınma telaşının bu yüzden olduğu ileri sürülüyor. E.Ç., borsada en kirli sicile sahip isimlerin başında yer alıyor. …"

24. 26/5/2014 tarihli ve "Manipülatör E.Ç. İsmi Ağır Ceza'da"başlıklı haberin ilgili ve yukarıdaki haberlerden farklı kısımları şöyledir:

"Borsagundem.com sermaye piyasalarında şok etkisi yapacak önemli bir bilgiye ulaştı. Borsada oldukça kirli bir sicile sahip olan ve son dönemde evini Londra'ya taşıma telaşına girdiği ileri sürülen E.Ç.'nin ismi, Bakırköy 11. Ağır Ceza Mahkemesinde ortaya çıktı. …

Manipülasyon suçundan iki yıl hapis cezası alan ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlaştırıldığı için cezası ertelenen E.Ç., başta manipülasyon olmak üzere başka davalardan da yargılanmaya devam ediyor.

Bakırköy 11. Ağır Ceza Mahkemesinde devam eden dava ile ilgili ayrıntılar ve E.Ç.'nin borsada işlediği iddia edilen suçlarla ilgili geniş bir dosya açıyoruz. …

Yılın yazı dizisi yarından itibaren Borsagundem.com'da…"

25. 27/5/2014 tarihli ve "Manipülatör Ç.'nin Saklamaya Çalıştığı Sırları"başlıklı haberin ilgili ve yukarıdaki haberlerden farklı kısımları şöyledir:

"Borsa Gündem E.Ç. dosyasını açıyor. Manipülatör E.Ç.'nin ismi Bakırköy 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nde ortaya çıktı.

Bakırköy 11. Ağır Ceza Mahkemesinde 2011/407 esas numaralı dosya üzerinden devam etmekte olan yargılamanın türü; mali kaçakçılık ve sahtecilik (belgede sahtecilik). …

Ağır Cezada yargılanıyor olması ve hakkında devam eden manipülasyon davası, yatırımcılar tarafından daha fazla merak edilen bir kişi olmasına neden oluyor. …

E.Ç. borsaya gönderdiği açıklamada 1975 Konya doğumlu olduğunu ve çalışma hayatına İhlas Holding bünyesinde başladığını belirtiyor. Nüfus cüzdanında ise doğum yeri Tokat diye yazıyor. … Borsaya yaptığı beyan ile nüfus cüzdanı kayıtları arasında bir çelişki söz konusu. …

Bu arada Altınyağ Kombinaları'nın izahnamesinde yönetimde söz sahibi olan personelin yönetim ve uzmanlık deneyimleri hakkında bilgi bölümünde sadece 'E.Ç., İhlas Holding bünyesinde görev almıştır' diye yazıyor. Hangi görevleri üstlenmiş, hangi okullarda okumuş, kaç yılları arasında İhlas Grubu'nda çalışmış şeklindeki detaylara yer verilmiyor. E.Ç., geçmişiyle ilgili gizlediği için halka açık şirketin hisselerini elinde bulunduran yatırımcılar açısından gizemli bir isim olarak görülüyor. …"

26. Haberlerde adı geçen "Kervansaray Yatırım Holding", "Genpower" ve "Gen Yatırım Holding" hisseleri borsaya kote edilmiş şirketler; "Ç." ise aracılık hizmetleri yürüten kardeşlerin soyadıdır. Söz konusu haberlerde Kervansaray Yatırım Holding'in 2011 yılında Gen Yatırım Holding'in 2013 yılında ve Genpower Şirketinin 2014 yılında halka arz edilerek borsaya giriş yapmasından haberlerin yayımlandığı tarihe kadar geçen süreçte şirketlerin halka açıklık oranlarındaki değişimler ile şirket hisselerinin fiyatlarındaki artışlar ve azalışlar analiz edilmiştir. Söz konusu haberlerde şirketlerinin halka arz işlemlerindeki bazı hesap hareketlerine dikkat çekilmekte ve şirket hisselerinin mevcut değerlerinin halka ilk arz tarihinden daha aşağıda olması ve bedelli veya tahsisli sermaye artırımıyla şirket büyürken hisse değerlerindeki sert düşüşler yaşanması şüphe ile karşılanmaktadır. Haberlerde ayrıca Ç. kardeşlerin haberlerin yayımlandığı tarihte borsada hileli yönlendirme yapan bir örgüte üye olmaktan yargılandığı iddia edilmektedir. Haberde son olarak adı geçen şirketlerin bazı varlık alımları ve sermaye artırımları sıralanmakta ve şirketlerden yapılan bazı açıklamalarla birlikte analiz edilmektedir.

27. Söz konusu haberde adı geçen aracı E.Ç. haberlerin itibar kaybettirme amaçlı, iftira ve kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu iddiasıyla İstanbul 5. Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak

toplamda 25 adet olan içeriklerin yayından çıkartılmasını talep etmiştir. İstanbul 5. Sulh Ceza Mahkemesi 28/5/2014 tarihli ve 2014/677 Değişik İş sayılı kararıyla yayın içeriklerinin haber değeri taşıdığı ve kişilik haklarının ihlal edilmediği gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"… Yayın içerikleri bir bütün halinde değerlendirildiğinde; talepte bulunanında sanık olarak yer aldığı birçok kişi hakkında Sermaye Piyasası Yasasına Muhalefet, çıkar amaçlı suç örgütü kurma, örgüte üye olma, manipülasyon suçlamaları ile ilgili olarak hakkında çeşitli mahkemelerde açılmış olan kamu davaları, bu davalardaki suçlamalar ile talepte bulunanın savunmasına yönelik açıklama ve beyanlar ile mahkumiyet almış olduğu davalara ilişkin açıklamalara yer verildiği, talepte bulunan hakkında kamu davası açılması ile olayın alenileştiği ve basın tarafından da kamuoyuna aktarılmasının olağan olduğu, yayın içeriklerinin haber değeri taşıdığı dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edilmediğinden bahisle talebin reddine dair karar vermiştir."

28. Söz konusu karara yapılan itiraz, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 8/7/2014 tarihli ve 2014/932 Değişik İş sayılı kararıyla değerlendirilmiş ve itirazın kısmen kabulü ile 25 adet içerikten 18 tanesine erişimin engellenmesi yönünde kesin olarak karar verilmiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"Talep konusu yayınların içeriği incelendiğinde; talepte bulunan hakkında kullanılan ve kesin kanaat oluşturan suçlayıcı nitelendirmelerle kamuoyunda usulsüz ve hukuka aykırı eylemler gerçekleştiren ve suç işleyen kişi olduğu şeklinde bir algı yaratılmış ve kamuoyu da inanmaya teşvik edilmiştir. Hem kamuoyu yanlış yönlendirilmiş hem de lekelenmeme hakkı zedelenmiştir. Yazı konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık unsurunu taşımadığı, talepte bulunanın içsel değere ve kamuoyu nezdindeki şeref ve saygınlığına saldırıda bulunarak hukuka uygunluk ve eleştiri sınırının aşıldığı, küçültücü değer yargısı içermesi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği anlaşılmıştır. Bu nedenle İstanbul 5. Sulh Ceza Mahkemesinin içeriklere erişimin engellenmesi talebinin reddine ilişkin değişik iş kararına yapılan itirazın kabulüne, kararın kaldırılmasına dair aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir."

29. İtirazın kısmen kabul kısmen reddi kararı başvurucuya 5/8/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

30. Başvurucu 3/9/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

31. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından

çıkarılması ve cevap hakkı"kenar başlıklı 9. maddesinin 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile değiştirilmeden önceki hâli şöyledir:

"(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

32. 5651 sayılı Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi"kenar başlıklı 9. maddesinin 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile değiştirilmiş hâli şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 16/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

34. Başvurucu,

i. Yeterli inceleme yapılmadan, savunma alınmadan, hangi gerekçeyle kişilik haklarına saldırı kapsamında değerlendirildiği açıklanmadan, kanun hükmü genel bir ifade ile tekrar edilerek kamunun yararına olan, gerçek, güncel ve dengeli bir haberin yayınının kaldırılmasına karar verilmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde korunan adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu,

ii. Mahkeme kayıtları, SPK denetim raporları ve haber bültenleri esas alınarak haber ve analiz yapıldığını, şikâyetçi tarafından alınan ve yazıda analiz edilen kararların şirketlerin hisse fiyatlarını, sermayesini ve geleceğini, dolayısıyla yatırımcıları yakından ilgilendirdiğini, kamunun habere erişiminin engellenmesinin Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde yer alan ifade ve basın özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüş, ihlale neden olan kararın kaldırılarak Mahkemesince yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

35. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

36. Bu itibarla başvurucu, İnternet sitesinde yayımlanan yazılara erişimin engellenmesi kararının Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde düzenlenen ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İnternet yayıncılığına ilişkin olarak bir yayının kaldırılmasına yönelik şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ayrı ayrı veya bir bütün olarak incelenmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin ve başvuru konusu olaya benzer olaylarda

uygulanacak ilkeler ilk olarak Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş. kararında (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş.[GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 29-36) ortaya konulmuştur. Mevcut başvurunun incelenmesinde, sözü geçen kararda belirtilen ilkelerden ayrılmayı gerektirecek bir yön bulunmamaktadır.

37. Başvuru konusu somut olayda, İnternet'te ekonomi haberciliği yürüttüğünü belirten başvurucu Şirketin İnternet sitesinde belirtilen künyesi incelendiğinde başvurucunun; geleneksel basına benzer bir şekilde imtiyaz sahibi, genel yayın yönetmeni, koordinatörü ve editörlerinin bulunduğu; habercilik faaliyeti çerçevesinde ekonomi ve borsaya ilişkin haber ve makaleleri yayımladığı tespit edilmiştir. Ayrıca başvuruya konu yazının konusunun sermayesi halka açık şirketlerin ticari faaliyetleri ile ilgili olduğu ve şirketlerin ticari faaliyetleri bağlamında bir nevi "gözetleyici" görevini yerine getirdiği değerlendirilebilir. Dolayısıyla başvurucunun yürüttüğü faaliyetin geleneksel gazetecilik faaliyetine yakınlığı gözetildiğinde başvurunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında birlikte incelenmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.

38. Öte yandan Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında ifade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalelerin varlığının tespit edilmesi hâlinde derece mahkemelerinin kararlarının müdahaleyi haklı kılacak “konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler” içerip içermediği ve “sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının” demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından değerlendirilmeye alınacağından başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. Başvurucunun, yayımladığı haber ve yazılara erişimin engellenmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

40. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesinin bazı içtihatları hatırlatılarak daha önce belirlenmiş ilkelere vurgu yapılmıştır.

41. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

42. Anayasa'nın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

43. Anayasa'nın "Basın hürriyeti"kenar başlıklı 28. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır."

44. İfade özgürlüğü; kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü, çeşitli araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama; bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Aynı zamanda düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini de sağlar (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 27).

45. Muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve bu konuda başkalarını ikna etmek için çaba gösterilmesi çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal öneme sahiptir (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 34). Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

46. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade

aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir. İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir (Bekir Coşkun, § 30).

47. İfade özgürlüğü ve basın özgürlüğü arasındaki birbirinden ayrılamaz nitelikteki ilişki, basılı eserler ve yayımlanan yazılara yönelik bireysel başvurularda Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birlikte incelenmesine yol açmıştır (Bekir Coşkun; Emin Aydın). Gerçekten de özellikle basılı eserler temelinde basın özgürlüğünün ihlali iddialarının ifade özgürlüğünden ayrı incelenmesi mümkün değildir. Öte yandan Anayasa'nın 28. maddesi ve devamında düzenlenen basın özgürlüğünün, demokrasilerde çoğulculuğun korunması için "gözetleyici" (watchdog) görevini yerine getiren basına daha ayrıntılı güvenceler getirdiği de yadsınamaz. Özellikle haber ve fikirlerin iletilmesinde kullanılan mecraların, Anayasa'ya göre basın özgürlüğü temelinde daha fazla güvence altına alındığı açıktır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş.,§ 32).

48. Özgür bir siyasal sistemde devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir. Yazılı, işitsel veya görsel basın kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır (Kadir Sağdıç[GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 50). Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal öneme sahip bir özgürlüktür (AYM, E.1997/19, K.1997/66, 23/10/1997).

49. Anayasa Mahkemesi, önceki içtihatlarında birçok kez demokratik bir toplumda basının oynadığı temel role vurgu yapmıştır. Basının başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekmekle birlikte görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. Basının bu görevi onun "gözetleyici" işlevini yerine getirmesini sağlar. Basının bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının eklendiği de unutulmamalıdır (Kadir Sağdıç, § 51; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 37; Nihat Özdemir[GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, § 47).

50. Ayrıca bu tür başvurularda basının yerine geçip belli bir durumda kullanılacak haber yapma şeklinin ne olacağını belirlemenin yargı mercilerinin görevi olmadığı gözönünde bulundurulmalıdır (Kadir Sağdıç, § 52).

51. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basın özgürlüğünde belli ölçüde abartıya ve hatta tahrik yoluna başvurmak mümkün olsa da bu özgürlük aynı zamanda ilgililerin meslek ahlakına saygı göstererek doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde, iyi niyetli olarak hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır (Kadir Sağdıç, § 53).

52. Kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması bazen kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Gerçeğe uygun bir beyana, kamuoyunun gözünde yanlış bir imaj uyandırabilecek vurgular, değer yargıları, varsayımlar hatta imalar eşlik edebilmektedir. Dolayısıyla haber verme görevi, zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ve basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir. Bu durum özellikle basında yer alan söylemlerde isimleri zikredilen kişilerin ciddi şekilde itham edilmeleri hâllerinde geçerlidir (Kadir Sağdıç, § 54).

53. Sınırlanabilir birer hak olan ifade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. madde ile sanatsal ve akademik ifadelerle ilgili 27. maddedeki sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Basın özgürlüğüne yönelik diğer sınırlamalar ise 28. maddenin beşinci ve izleyen fıkralarında yer almıştır. Basının, Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri olan "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunması için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekir (Kadir Sağdıç, § 55).

54. Başvuruya konu olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele, borsa haber ve analizleri yapan başvurucu aleyhine İnternet sitesindeki yazılara erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemektir.

55. Başvurucunun yayımladığı haber ve borsa analizlerine erişimin engellenmesinin, ifade ve basın özgürlüğü ile ilgili olduğu ve müdahale niteliği taşıdığında şüphe bulunmamaktadır.

56. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ikinci fıkraları uyarınca ifade ve basın özgürlüğüne, “kanunla öngörülmedikçe”ve madde metninde belirtilen meşru amaçlar dışında müdahale edilemez. Aynı zamanda ifade ve basın özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

57. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 5651 sayılı Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. maddesinin "kanunilik"koşulunu karşıladığı sonucuna varılmıştır.

58. Başvurucu, hakkında haber yaptığı kişinin kişilik haklarına, şeref ve itibarına müdahale ettiği iddiasıyla İnternet erişiminin engellenmesi yaptırımı ile karşı karşıya kalmıştır. Söz konusu kararın "başkalarının şöhret veya haklarının"korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

59. Söz konusu İnternet sayfasında 18 adet URL adreslerine erişimin engellenmesine ilişkin kararda, erişimin engellenmesi kararının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir. Bu iki hak arasında denge kurulurken Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında hakkın özüne dokunulmamalı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve sınırlama amacı ile aracı arasındaki ölçü gözetilmelidir (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 43).

60. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 47).

61. Bu bağlamda basın özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, basın özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 48).

62. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında mahkemelerin, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasına yönelik olarak müdahaleye karar verirken basın özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114). Bunun sonucu olarak başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma

kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 49).

63. Bununla birlikte gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetlerine yönelik haber ve fikir iletmede değer yargılarından çok olgusal iddialar üzerinden hareket edilmesi önemlidir. Nitekim gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetlerine yönelik olgusal iddialar üzerinden hareket etmeyen haberlerin, kişilerin ekonomik faaliyetlerinde geri dönülemez zararlara yol açması mümkündür. Bu tür durumlarda basının veya kişilerin ifade/basın özgürlüğünün daha fazla sınırlanabilir olduğunu kabul etmek gerekir (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A. Ş., § 50).

64. Başvuruya konu İnternet yazılarında dile getirilen ticari faaliyetler temelindeki bazı olgusal iddiaların (bkz. §§ 9, 25) asılsız olduğu iddia edilmediği gibi İlk Derece Mahkemesi de bu iddiaları gerçek dışı kabul etmiş değildir. Söz konusu yazılarda borsa spekülatörü olduğu iddia edilen şikâyetçi hakkında Cumhuriyet başsavcılığı iddianamesinin aynen yayımlandığı (bkz. §§ 9, 10), diğer yazıların birçoğunda bu iddianameye dayalı olarak açılan kamu davasına veya şikâyetçi hakkında açılmış başka davalara vurgu yapıldığı (bkz. §§ 17, 19, 22-25), yazıların bir kısmında hukuk mahkemelerindeki davalardan bahsedilerek borsadaki spekülatif işlemler arası ilişkilerin ortaya konulmaya çalışıldığı (bkz. §§ 11, 12), bir kısım yazıların başvurucu siteye yazılan yorumların derlemesi olduğu (bkz. §§ 10, 13, 16), bazı yazılarda şirket sermayeleri ve hisselerindeki hareketlenmelerin tarihsel olarak ortaya konduğu ve borsa taktiklerine vurgu yapıldığı (bkz. §§ 14, 15, 18, 20, 21), böylece şirketlerin hisselerinin fiyatlarındaki azalmaların şüpheli bulunduğu ifade edilmiş ve bazı değerlendirmeler yapılmıştır. "Manipülatör E.Ç." kelimesinin kullanıldığı yazılarda ilgili hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanmış ve kesinleşmiş Mahkeme kararının öne çıkarıldığı, ilgilinin bu davada manipülasyon suçundan yargılandığının ve eyleminin tespit edildiğinin hatırlatıldığı görülmektedir. Keyfî, kişisel saldırı oluşturacak kabalık ve hakaret içermeyen bu değerlendirmelere ilişkin olarak söz konusu yazıda yeterli olgusal temelin bulunduğu da kabul edilmelidir.

65. İtirazı inceleyen Derece Mahkemesi, başvurucunun yayımladığı bir kısım yazıların "kişilik haklarına saldırı niteliğinde" olduğunu kabul etmiştir. Fakat Mahkemece, talepte bulunanın kişilik haklarına müdahale olarak kabul edilen ifadeler belirtilmediği gibi bahse konu yazıdaki hangi iddia veya yorum nedeniyle içeriğin yayından çıkarılması kararının verildiği de açıklanmış değildir. Toplumsal tartışmaya katkıda bulunan iddia ve değerlendirmelerin yer aldığı söz konusu

yazılara erişimi engelleyen Derece Mahkemesi kararının müdahaleyi haklı kılacak "konuyla ilgili ve yeterli gerekçe" içermediği kabul edilmelidir.

66. Halka açık şirket hisselerinin işlem gördüğü piyasalarda, küçük yatırımcıların ekonomiye katılmaları sağlanarak tasarruf oranlarının artırılması için bu piyasaların manipülasyondan korunması ve şeffaflığının sağlanması suretiyle güvenilir ortam hazırlanmasının, ekonomiye sağlayacağı katkı şüpheden uzak ve önemlidir. Bu kapsamda menkul kıymetler borsası hakkında tarafsız ve somut olgulara dayanarak yayın yapan kuruluşların çok önemli bir toplumsal fonksiyon icra ettikleri söylenebilir.

67. Hakkında haber yapılan kişinin, olayların meydana geldiği dönemde uzunca bir süre kendisi hakkında eleştiriler içeren yazıların hedefi olduğu görülmektedir. Ancak somut başvuruya konu yazı ve haberlerin, o dönemde spekülatör olarak veya aracılık hizmeti sunarak borsada çok sayıda işlem yapan ve yatırımcılar çevresinde dikkat çeken bir isimle ilgili olduğu ve bu kişinin borsa ile bağlantılı olarak hakkında açılan veya sonuçlanan davalarına ve borsa hareketlerine ilişkin olduğu unutulmamalıdır.

68. Başvuruya konu yazıda hisseleri halka arz edilmiş olan şirketler ile aracılık hizmetleri yapan diğer şikâyetçi ve yakınlarına ilişkin iddia ve değerlendirmelerin, toplumu yakından ilgilendiren ve kamu yararı bulunan ticari ifadeler olduğu açıktır. Herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın kamuoyunu yakından ilgilendiren görüşlerin yayılması olanağının ortadan kaldırılması "sansür" anlamına gelir. Bu sebeplerle başvurucunun ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin "başkalarının şöhret ve haklarının" korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.

69. Başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

70. 30/3/2011 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir…

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata

hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

71. Başvurucu, ihlalin tespiti ve yeniden yargılama talebinde bulunmuştur.

72. Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

73. İfade ve basın özgürlüğü ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. Sulh Ceza Mahkemesine (kapatılan) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 başvuru harcı ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade ve basın özgürlüğü ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. Sulh Ceza Mahkemesine (kapatılan) GÖNDERİLMESİNE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 16/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 22 Eylül 2016 - Fethullah Gülen Kararı (2)

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Fetullah Gülen (2), B. No: 2014/11499, 22/9/2016, § …)
Başvuru Adı	FETULLAH GÜLEN (2)
Başvuru No	2014/11499
Başvuru Tarihi	14/7/2014
Karar Tarihi	22/9/2016
Birleşen Başvurular	2014/11515

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, www.yeniakit.com.tr ve www.sabah.com.tr adlı internet sitelerinde çıkan haberlere karşı erişimin engellenmesi talebinin mahkemece kabul edilmemesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahale iddiaları (Fetullah Gülen)

Sonuç: Başvuru Yollarının Tüketilmemesi

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6098 Türk Borçlar Kanunu

Madde Numarası: 49

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

FETULLAH GÜLEN BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2014/11499)

Karar Tarihi: 22/9/2016

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör : Elif KARAKAŞ

Başvurucu : Fetullah GÜLEN

Vekili : Av. Nurullah ALBAYRAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, www.yeniakit.com.tr ve www.sabah.com.tr adlı internet sitelerinde çıkan haberlere karşı erişimin engellenmesi talebinin mahkemece kabul edilmemesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/7/2014tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 30/4/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. 2014/11499 ve 2014/11515 numaralı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2014/11499 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

6. Başvurucu hakkında "www.yeniakit.com.tr" adlı internet sitesinde "Gülen'in finansörü Yahudi vakıfları", "İkamet onayı CIA'dan", "Gülen hakkında flaş karar", "DIŞİŞLERİ'NDE PARALEL TEMİZLİK!", "3 yıldır beddua ediyorsunuz ama ölmüyor!" başlıklı haberler yayımlanmıştır.

7. Yine "www.sabah.com.tr" adlı internet sitesinde "Gülen'den PKK'ya ittifak mektubu", "Üçlü paralel cephe", "3 yıldır bedduanız kabul olmuyor", "Polis imamı kayıp yargı imamı ABD'de", "Paralel yargının 2 numarası" başlıklı haberler yayımlanmıştır.

8. Başvurucu, söz konusu internet sitelerindeki haberlere erişiminin engellenmesi talebiyle 9/5/2014 tarihinde Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuştur.

9. Ankara 5. Sulh Ceza Mahkemesi, "www.yeniakit.com.tr" adlı internet sitesindeki haberler yönünden 9/5/2014 tarihli ve 2014/477 Değişik İş sayılı kararıyla; "www.sabah.com.tr" adlı internet sitesindeki haberler yönünden ise 9/5/2014 tarihli ve 2014/475 Değişik İş sayılı kararıyla "...Kişilik hakları kişinin hür ve bağımsız varlığının önemli bir parçası olup; kişinin yaşadığı toplumda, ilişki kurduğu çevrede şerefi ve saygınlığını sarsacak, onu küçük düşürecek, yanlış tanıtacak, zora sokacak, düşmanca bir ortama itecek her türlü davranış kişilik haklarına saldırıdır. Talep edenin kişiliğine yönelik talep edeni hedef alan nitelikte yayın içeriği tespit edilmemiştir. Basının haber verme hakkı gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi, konu ile anlatım arasında düşünsel bağlılık temel kuralları ile sınırlıdır, gerçeklik somut gerçeklik olmamakla birlikte olayın haberin veriliş biçimine uygunluk olarak anlaşılması gereken gerçekliktir. Maddi gerçekliğin saptanmasından sonra yayın yapılabileceği kabul edilecek olursa haber verme hakkı sınırlandırılmış olur. Basın maddi gerçeği araştırma ve ortaya çıkarma görevi ile sorumlu değildir. Önemli olan ortaya çıkan bir olayın iddiaya uygun bir biçimde yayınlanmasıdır. Yayınlanan yazı içeriğinin haber niteliğinde olduğu ve basın hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği" gerekçesiyle taleplerin reddine karar vermiştir.

10. Başvurucunun anılan kararlara yaptığı itirazlar sırasıyla Ankara 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 4/6/2014 tarihli ve 2014/279 Değişik İş sayılı ve Ankara 6. Asliye Ceza Mahkemesinin 2/6/2014 tarihli ve 2014/299 Değişik İş sayılı kararlarıyla reddedilmiştir. Bu kararlar başvurucuya 16/6/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

11. Başvurucu 14/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

12. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 6/2/2014 tarihli ve

6518 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile değişik "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9. maddesi şöyledir:

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

13. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel olarak"kenar başlıklı 49. maddesi şöyledir:

"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

14. Mahkemenin 22/9/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

15. Başvurucu,

i. İnternet sitesinde yayımlanan haberlerde haksız ve mesnetsiz olarak suçlandığını, bir soruşturma ya da kovuşturma konusu olmayan iddialarla açıkça suçlu ilan edilerek masumiyet karinesinin çiğnendiğini, ayrıca haberde kullanılan söylem tarzının nefret söylemi boyutunda olduğunu, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini, söz konusu iddiaların doğru olmaması ve engellenmesi gerektiğinin açık olmasına rağmen kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddiasıyla yapmış olduğu erişimin engellenmesi talebinin derece mahkemesi ve itiraz mercii tarafından söz konusu yayının basın özgürlüğü kapsamında olduğu gerekçesi ile reddedildiğini belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "adil yargılanma hakkı" ile 38. maddesinde güvence altına alınan "masumiyet karinesi"nin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

ii. Başvurucu ayrıca, 97(20) sayılı Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi Kararı'nda nefret söyleminin hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade etme biçimi ile muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsayacağının belirtildiğini, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 20. maddesinde "ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti kışkırtan her türlü ulusal, ırkçı veya dinsel nefret savunusu"nun hukuk dışı ve yasak olduğunun belirtildiğini, 12/2/2004 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Deklarasyonu'nda siyasi tartışma özgürlüğünün, ırkçı fikirleri veya nefreti, yabancı düşmanlığını, herhangi bir hoşgörüsüzlük biçimini kışkırtan görüşleri kapsamadığının ifade edilmesi suretiyle nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğinin belirtildiğini, erişimin engellenmesi talebi reddedilen haberlerin, basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ve nefret söylemi de içermesi nedeniyle

mahkeme ve itiraz mercii tarafından talebinin reddedilmesinin güncel ve kişisel hakkının zedelenmesine neden olduğunu ileri sürmüş, hak ihlalinin tespitine ve ihlalin giderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

16. Başvurucu 2/10/2014 tarihli ek beyan dilekçesinde, basında yer alan ifadeler sebebiyle maddi ve manevi varlığının zedelendiğini, şeref ve itibarına yönelik saldırıların Devlet tarafından önlenmediğini belirterek, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Söz konusu dilekçe, başvuru süresi geçirildikten sonra Anayasa Mahkemesine sunulduğundan değerlendirmelerde dikkate alınmaması gerekir.

17. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, hakkında internet sitelerinde yayımlanan haberler nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 38. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de belirtilen ihlal iddialarının özü; söz konusu haberlerin, şeref ve itibara yönelik bir müdahale oluşturduğudur. Bu sebeple mevcut davanın koşullarında şikâyetin bir bütün olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

18. Masumiyet karinesi, kişinin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilmemesini ve suçlu muamelesine tabi tutulmamasını güvence altına alır. Anayasa Mahkemesi, yargılama makamları veya diğer devlet görevlilerinin ifadeleri veya kışkırtmasına dayanmayan basın ve yayın organlarındaki yazılar veya bazı küçük düşürücü haberlerle ilgili şikâyetleri, bir bütün olarak şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı kapsamında değerlendirmektedir (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 31).

19. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireylerin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Ancak devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak üçüncü kişilerce yapılan müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki pozitif yükümlülüğü, mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Hakaret, ceza hukuku anlamında suç, özel hukuk anlamında ise haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve

tazminat davasına konu edilebilmektedir. Dolayısıyla bireyin, üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla hukuk davası açarak da bir giderim sağlaması mümkündür (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35).

20. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 19, 20).

21. Şeref ve itibara yönelik müdahaleler nedeniyle öngörülmüş farklı hukuki yollardan somut olaya özgü olan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri kapsamında "erişimin engellenmesi"nin talep edilmesi, basın açısından basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı başvurulan ve klasik yargılama faaliyetlerinden daha kısa sürede netice alınmasını sağlayan bir başvuru yoludur. İnternet ortamındaki bir yazının kötü tesirleri nasıl geniş bir alana süratle yayılıyorsa erişimin engellenmesi yoluyla bunun giderilmesinin de aynı geniş alanda ve süratle gerçekleşmesi sağlanarak kişilerin koruması amaçlanmaktadır (Aziz Yıldırım (5), B. No: 2013/9037, 23/3/2016, § 32).

22. Bu yöntem, her türlü haber ve yazı hakkında başvurulabilecek bir hukuki yol değildir. Anayasa'nın 32. maddesinde "kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması" hâllerinden bahsedilmektedir. Şeref ve itibara "dokunan" her yayının "kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl" etmesi söz konusu olmayacağına göre cevap veya erişimin engellenmesi yolu yalnızca şeref ve itibara müdahale edildiği hâllerde değil, ancak şeref ve itibara hukuka aykırı müdahale edildiği hâllerde kullanılabilir. Hukuka aykırılık ise bu değerlere yönelik "gerçek dışı açıklamalar varsa" söz konusu olabilir. Bunun sonucu olarak bir kişinin şeref ve itibarına müdahale edilmesine rağmen yapılan yayın gerçeğe uygun ise erişimin engellenmesi talebi reddedilebilecektir (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik[GK], B. No: 2013/6237, 2/7/2015, § 47). Öte yandan anılan maddenin ikinci fıkrasına göre düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hâkim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.

23. Erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğu ve karardan etkilenecek yayın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamadığı için bu konuda verilen kararlar, basın yolu ile kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılan diğer ceza veya

hukuk davalarında da bir kesin hüküm teşkil etmemektedir. Erişimin engellenmesi hakkı, Anayasa'nın İkinci Kısım'ının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölüm'ünde güvence altına alınan, kitle iletişim araçları tarafından bireylerin şeref ve itibarlarına yönelik olarak yapılan müdahaleleri gecikmeksizin bertaraf edebilmek ve böylece kişilik hakkının diğer koruma yollarına nazaran daha hızlı korunmasını sağlamak amacıyla tanınmıştır. Bu sebeple erişimin engellenmesi hakkı bir müeyyide niteliği taşımasına rağmen bu hakkın kullanılması ya da kullanılmaması, hak sahibinin bu nedenle diğer dava haklarını kullanmasını etkilemez (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 51).

24. Türk hukuk sisteminde, erişimin engellenmesi hakkının kullanılması yollarından ilki olan ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerinde çekişmesiz yargı yolu, karardan etkilenecek olan internet sitesi sorumlularının yargılanma hukukuna yönelik olarak usule ilişkin güvencelerinin kullandırılamadığı dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur. Erişimin engellenmesi kararı gerçek dışı olduğu belirtilen haberin ortadan kaldırılması işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmek ancak hukuka aykırılığın ve gerçek dışılığın çok belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkündür. Bu sebeple bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre oldukça dar bir alanda etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir (bkz. Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 61).

25. Haber yayını yapan internet sitelerince yapılan bir haber nedeniyle şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin, zararının telafi edilmesi olduğu dikkate alındığında özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dahası başvurucu, açacağı çekişmeli bir hukuk davasında müdahalenin önlenmesini, durdurulmasını veya devam eden müdahaleye son verilmesini, müdahalenin hukuka aykırılığının saptanmasını, maddi veya manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. (bkz. Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 63).

26. Ayrıca başvuru konusu olayda, başvurucu hakkındaki olumsuz söylemlerin, liderliğini başvurucunun yaptığı yönünde kamuoyunda tereddüt bulunmayan bir harekete atfedilen ve kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan bazı olaylara dayanması, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, ayrımcılığı veya dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran ifadeler içermemesi nedeniyle "nefret söylemi" olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir (Fetullah Gülen [GK], B.No: 2014/12225, 14/7/2015, §§ 36-45).

27. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde başvurucunun, sulh ceza hâkimliklerinin görevinde bulunan erişimin engellenmesi yolu dışındaki daha etkili diğer koruma yollarına başvurmadığı anlaşıldığından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

28. Açıklanan nedenlerle, başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 22/9/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 20 Nisan 2016 - Korkut Duman Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Korkut Duman, B. No: 2013/7896, 20/4/2016, § …)
Başvuru Adı	KORKUT DUMAN
Başvuru No	2013/7896
Başvuru Tarihi	21/10/2013
Karar Tarihi	20/4/2016

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, hakkında beraat kararı verilmiş olmasına rağmen karara konu olan İnternet sitesi hakkında uygulanan erişim engelleme tedbirinin kaldırılmaması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Mahkemeye erişim hakkı

Müdahale: Mahkemeye erişim hakkına ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları

Sonuç: Açıkça Dayanaktan Yoksunluk

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5237 Türk Ceza Kanunu

Madde Numarası: 226

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 8

Mevzuat Türü: Yönetmelik

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 30/10/2017 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

Madde Numarası: 17

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KORKUT DUMAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/7896)

Karar Tarihi: 20/4/2016

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN

Üyele : Erdal TERCAN

HasanTahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Hüseyin TURAN

Başvurucu : Korkut DUMAN

Vekili : Av. Ayşe CESUR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hakkında beraat kararı verilmiş olmasına rağmen karara konu olan İnternet sitesi hakkında uygulanan erişim engelleme tedbirinin kaldırılmaması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 21/10/2013 tarihinde Ankara 10. Asliye Ceza Mahkemesivasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 30/12/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 31/3/2014 tarihinde,başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 30/5/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 9/6/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 23/6/2014 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, İsveç'te yaşayan bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup "www.5posta.org" İnternet sitesinin sahibidir.

9. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı basın bürosunun 24/1/2011 tarihli ve 2011/189 sayılı soruşturması kapsamında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. ve 226. maddeleri kapsamına giren görüntü ve resimlerin adı geçen sitede yayımlandığının Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından bildirilmesi üzerine bu İnternet sitesi için (ekli listede yer alan alan adları bazında) erişimin engellenmesine karar verilmesi talep edilmiştir.

10. Anılan İnternet sitesine Türkiye'den erişim, Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 24/1/2011 tarihli ve 2011/94 Değişik İş sayılı kararı ile engellenmiştir. Engellemeye gerekçe olarak Mahkeme, söz konusu İnternet sitesinden alınan içeriklerin 5237 sayılı Kanun'un 226 ve 103. maddeleri kapsamında kaldığını belirterek 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi HakkındaKanun'un 8. maddesini göstermiştir.

11. Başvurucu, engelleme kararına karşı Ankara 4. Asliye Ceza Mahkemesine itirazda bulunmuş ancak Mahkemenin 17/2/2011 tarihli ve 2011/57 Değişik İş sayılı kararı ile itiraz reddedilmiştir.

12. Bundan ayrı olarak başvurucu hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 12/5/2011 tarihli ve E.2011/360 sayılı iddianameyle adı geçen İnternet sitesindeki yayınlar nedeniyle Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesinde 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinde tanımlanan "müstehcenlik" suçunu işlediği iddiası ile kamu davası açılmıştır. Mahkemenin 21/1/2013 tarihli ve E.2011/747, K.2013/7 sayılı kararıyla "yasada tanımlanan suçu işlediğinin sabit olmaması nedeniyle" başvurucunun beraatına karar verilmiştir.

13. Mahkemenin beraat gerekçesi şöyledir:

"...Yapılan yargılama, toplanan deliller ve olayın oluş şekline göre; her ne kadar Türk vatandaşı olan sanık hakkında İsveç devletinde yukarıda ismi geçen siteyi kurarak müstehcen görüntü ve yazıların paylaşıma açıldığı, herhangi bir ikaz olmadığı için 18 yaşından küçük çocukların da doğrudan görüntülere ulaşabildiği, görüntülerde çocukların kullanıldığı şiddet içeren hayvanlarla yapılan cinsel ilişki animasyonları vb. gibi görüntülere yer verildiği, bu nedenle sanığın müsnet suçu işlediği iddiasıyla kamu davası açılmışsa da, sanığın sözkonusu internet sitesini İsveç devletinde kurduğu ve sitenin İsveç kanunlarına ve denetimlerine göre kurulduğu, internetin doğası gereği her ülkeden erişimin mümkün bulunduğu, sanığın Türk vatandaşı olması dışında

Türkiye'de erişimcilere herhangi bir uyarı vermeden siteye giriş sağladığının kabul edilemeyeceği, İsveç kanunlarına tabi olan internet sitesi nedeniyle sırf Türkiye üzerinden erişim sağlanmasının sanığın sorumluluğunu gerektirmeyeceği anlaşıldığından beraatine..."

14. Mahkeme ayrıca erişim engelleme tedbiri ile ilgili olarak "daha önceden bu yönde karar verildiğinden 5651 sayılı yasanın 8/1-a maddesi uyarınca yeniden karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar vermiş, söz konusu karar temyiz edilmeksizin 12/2/2013 tarihinde kesinleşmiştir.

15. Başvurucu, Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesine başvuruda bulunarak Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesinin beraat kararı doğrultusunda 24/1/2011 tarihli kararın kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkemenin 14/5/2013 tarihli ve 2011/94 sayılı kararı ile "kararının kesinleşmiş olması ve devamında sanık müdafii tarafından talebe emsal ve esas gösterilen Ankara 7 Asliye Ceza Mahkemesinin 21/1/2013 tarihli ilamının 2 nolu hükmünde de mahkememiz kararı kapsamında yeniden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olması ve bu kararında belirtilen şekilde kesinleşmiş olması karşısında sanık müdafiinin talebi ile ilgili mahkememizce esastan irdeleme yapılmasının hukuken mümkün olmadığı" gerekçesiyle başvurucunun talebi ile ilgili olarak "karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

16. Başvurucu, 6. Sulh Ceza Mahkemesinin kararına karşı itiraz yoluna başvurmuş; itiraz mercii olan Ankara 10. Asliye Ceza Mahkemesinin 22/8/2013 tarihli ve 2013/306 Değişik İş sayılı kararı ile itiraza konu kararın "usul ve yasaya uygun" olduğu gerekçesiyle başvurucunun itirazının reddine karar verilmiştir. Bu karar başvurucuya 18/9/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 21/10/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

1. Başvuruya Konu Web Sitesi

18. Başvuruya konu İnternet sitesine Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesince Türkiye'den erişimin engellenmesine karar verilmiş olması nedeniyle DNS IP değiştirme yöntemiyle siteye girildiğinde sitede herhangi bir içerik bulunmadığı, sadece "Tük Filmleri Full, Canvas Galllery Art ve Alice 5" gibi farklı sitelere yönlendirme linklerinin bulunduğu anlaşılmıştır.

19. TİB tarafından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına site ile ilgili gönderilen belgeler üzerinden yapılan incelemede başvuruya konu "http://www.5p...org" yer ve içerik sağlayıcısı bakımından Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) faaliyet gösteren bir sitedir.

20. Kişiler tarafından TİB'e yapılan ihbarlarda söz konusu sitede yazılı ve görüntülü bir biçimde müstehcenlik suçuna yer ve imkân sağlandığı, suçları önlemeye yönelik önlem alınmadığı ve

doğrudan ulaşılabilecek şekilde suça konu içeriklerin olduğu bildirilmiş ve ekran görüntülerine ilişkin resimler ve içerikler sunulmuştur.

21. Sunulan bu resim ve içerikler üzerinde yapılan incelemede bazı içeriklere yalnızca "bold" (sitede sunulan bazı içeriklerin erişimine izin verilen ayrıcalıklı kişiler) üyeler tarafından ulaşılabileceği, yeni üyeliklerde ancak 18 yaşından büyük olma koşuluyla bir hesap açılabileceği, bununla birlikte bazı sayfalarda "+18" ibaresinin de bulunduğu tespit edilmiştir.

22. Sunulan belgelerde bahse konu web sitesinin "5p...org/tag/cınsel-mutluluk, 5p...org/tag/cınsel-sapikliklar, 5p...org/tag/japon, 5p...org/tag/muhafazakârlık" gibi alt kategorilerine erişilebildiğinin ve ana sayfa (girişte karşılaşılan sayfa) bulunmadığı için ancak bu erişimin doğrudan üye olmaksızın mı yoksa bir üyelikle mi gerçekleştiğinin tespiti mevcut belgelere göre mümkün bulunmamaktadır.

23. İnternet sayfasından alınan resim ve yazılarda müstehcenlik ifade eden tabirlere, seks oyuncaklarıyla ilgili resim ve yazılara, yaşlarının küçük olduğu anlaşılan kız çocuklarıyla ilgili ve hayvanlarla cinsel ilişkiyi gösteren pornografik nitelikte ögeler içeren gerçek resimlere ve animasyon resimlerine yer verilmiştir.

B. İlgili Hukuk

24. 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesi şöyledir:

(1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten,

b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten,

c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden,

d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren,

e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan,

f) Bu ürünlerin reklamını yapan,

Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.

(6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz."

25. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) ve (8) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

...

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

...

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir."

26. 30/10/2007 tarihli ve 2007/26716 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

(2)Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir"

"…"

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 20/4/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

28. Başvurucu 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince beraat kararı verilmesi ile erişim engelleme kararının hükümsüz kalacağını, bu durumda beraat kararının bir örneğinin ilgili Mahkemece erişim engelleme kararının kaldırılması için TİB'e gönderilmesinin gerektiği düzenlemesine rağmen taleplerinin reddedildiğini, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) göre ifade özgürlüğünün suçun önlenmesi amacıyla kısıtlanabileceğini, hakkında beraat kararı verilmesi nedeniyle bu sebebin ortadan kalktığını, uygulanan tedbirin Anayasa ile yasaklanan sansür niteliğinde olduğunu; Mahkemenin, ret kararının tedbiri süresiz hâle getirdiğini, ayrıca Mahkemelerin ret kararlarının gerekçesiz olduğunu, erişim engelleme tedbirinin kaldırılmasına ilişkin başvuruları karşısında yetkili mercilerin gerekli adımları atmaktan imtina ettiklerini, bu nedenlerle ifade özgürlüğü ile adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; yeniden yargılama ve tazminat taleplerinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

29. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince beraat kararı verilmesi ile erişim engelleme kararının hükümsüz kaldığı ancak beraat kararının bir örneğinin

ilgili Mahkemece erişim engelleme kararının kaldırılması için TİB'e gönderilmesi gerekmesine rağmen bunun Mahkemece yerine getirmediğine ilişkin iddiası, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkı kapsamında kaldığından başvurunun bu çerçevede incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

30. Başvurucu, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince beraat kararı verilmesi ile erişim engelleme kararının hükümsüz kaldığını ancak beraat kararının bir örneğinin ilgili Mahkemece erişim engelleme kararının kaldırılması için TİB'e gönderilmesinin gerekmesine rağmen bunun Mahkemece yerine getirmediğini ileri sürmüştür.

31. Bakanlık görüşünde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun ikincil nitelikte bir kanun yolu olduğu, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı yerlerinde olağan yasa yolları ile çözüme kavuşturulmasının esas olduğu, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda bireysel başvuru yoluna başvurulabileceği, bu çerçevede başvurucunun öncelikle beraat kararının TİB'e gönderilmesi için Mahkemeye bir başvuruda bulunması gerektiği, Mahkeme tarafından bu talebin reddedilmesi hâlinde böyle bir başvuruda bulunabileceği, buna ilaveten başvurucunun beraat kararını bizzat kendisinin de TİB'e iletebileceği oysa bu yola da başvurulmadan bireysel başvuru yolunun tercih edildiği, bu durumda başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu hususlarına dikkat çekilmiştir.

32. Başvurucu; Bakanlığın görüşlerini kabul etmediğini, kendisinin mahkemenin hukuksal yanlışlığını düzeltmek gibi bir görevinin bulunmadığını, bu çerçevede başvurulması gerekli mercilere başvuruda bulunduğunu ve başvuru yollarını tükettiğini belirtmiştir.

33. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, …açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

34. Başvurucunun iddialarının özü beraat kararı veren Mahkemenin kanunun kendisine öngördüğü yükümlülüğü yerine getirmediği şikâyetine dayanmaktadır.

35. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

36. Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

37. Sözleşme metni ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır.

38. Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır (AYM, E.2009/27, K.2010/9, 14/1/2010).

39. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde açıkça kararların icrasından bahsedilmediği için AİHM, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının yerine getirilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır (Honsby/Yunanistan, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40).

40. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması "mahkemeye erişim hakkı" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli değildir. Ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hâllerinde "mahkemeye erişim hakkı" da anlamını yitirir (Ahmet Yıldırım, B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28).

41. AİHM; kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının, lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda Sözleşme'nin 6. maddesinin teminat altına aldığı mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini vurgulamaktadır. Hangi yargı makamı

verirse versin bir yargı kararının veya hükmünün infaz edilmesi, 6. madde anlamında "dava"nın tamamlayıcı unsuru olarak değerlendirilmelidir (Burdov/Rusya, B. No: 59498/00, 7/5/2002, § 34).

42. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında bir yargı yerine ulaşma hakkının sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil aynı zamanda o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiyi de koruduğunu kabul etmiştir (Apostol/Gürcistan, B. No: 40765/02, 28/2/2007, § 54).

43. Başvuruya konu "http://www.5p...org" adlı İnternet sitesi, yer ve içerik sağlayıcısı bakımından ABD'de faaliyet gösteren bir sitedir. Kişiler tarafından TİB'e yapılan ihbarlarda söz konusu sitede yazılı ve görüntülü olarak müstehcenlik suçuna yer ve imkân sağlandığı, suçları önlemeye yönelik önlem alınmadığı ve doğrudan ulaşılabilecek şekilde suça konu içeriklerin sağlandığının bildirilmesi ve ekran görüntülerine ilişkin resimler ve içerikler sunulması üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca site hakkında 5237 sayılı Kanun'un 103. ve 226. maddeleri kapsamında soruşturma açılmış ve siteye erişimin engellenmesine karar verilmesi Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesinden talep edilmiş (bkz. § 19) ve 5651 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (a) fıkrası gereğince anılan İnternet sitesine Türkiye'den erişim engellenmiştir (bkz. § 10).

44. Başvurucu hakkında akabinde Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesinde 5237 sayılı Kanun'un 226. maddesinde tanımlanan suçu işlediği iddiası ile kamu davası açılmış, Mahkeme "yasada tanımlanan suçu işlediğinin sabit olmaması nedeniyle" başvurucunun beraatına karar vermiş, ayrıca erişim engelleme tedbiri ile ilgili olarak ise "daha önceden bu yönde karar verildiğinden 5651 sayılı yasanın 8/1-a maddesi uyarınca yeniden karar verilmesine yer olmadığına" karar vermiştir (bkz. § 14). Söz konusu karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

45. Başvurucu, kesin nitelik kazanan Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesinin beraat kararı üzerine erişimin engellenmesi kararı veren Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak tedbirin kaldırılması talebinde bulunmuştur. Ancak Mahkeme, kendisi tarafından verilen tedbir kararının itiraz sonucu kesinleşmiş olduğunu, Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararda da kendi kararına atıf yapıldığını ve bu kararın da kesinleşmiş olduğunu gerekçe göstererek başvurucunun talebiyle ilgili olarak karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermiştir. Başvurucunun itirazı üzerine Ankara 10. Asliye Ceza Mahkemesince bu itiraz ise reddedilmiştir.

46. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, İnternet ortamında yapılan ve içeriği 5237 sayılı Kanun'da yer alan müstehcenlik, fuhuş, çocukların cinsel istismarı gibi suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye ek olarak aynı maddenin (8) numaralı fıkrasında ise kovuşturma sonucunda tedbir kararı verilmesine neden olan

suçlama hakkında beraat kararı verilmesi hâlinde erişimin engellenmesi kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, bu durumda Mahkemece beraat kararının bir örneğinin TİB' e gönderileceği, TİB'in de karara ilişkin bilgileri, gereği derhâl yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildireceği düzenlenmiştir.

47. Başvurucunun sahibi olduğu İnternet sitesine engellenmesine neden olan içerikle ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının açtığı davada Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesinin beraat kararı vermesi ve sonrasında kararın kesinleşmesine rağmen 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca karardan bir suretin TİB'e gönderilmesi gerektiği hâlde bunun Mahkemece yerine getirilmediği görülmekte ise de başvurucunun bu Kanun hükmü karşısında beraat kararını kendisinin de TİB'e götürmediği, bu konuda bir çaba göstermediği ve kararın icrasını ilgili idareden istemediği anlaşılmaktadır.

48. Kesinleşmiş Mahkeme Kararlarının makul sürede uygulanmaması ya da icra edilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde ise de (Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 53) somut olayda başvuru yapılmış olmasına rağmen kesinleşmiş beraat kararının TİB tarafından yerine getirilmediğine veya başvuruya rağmen kararının uygulanmadığına dair bir iddianın ileri sürülmediği dikkate alındığında başvurunun dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.

49. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 20/4/2016 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

Anayasa Mahkemesi - 14 Nisan 2016 - Tansu İşler Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Tansu İşler, B. No: 2013/9799, 14/4/2016, § …)
Başvuru Adı	TANSU İŞLER
Başvuru No	2013/9799
Başvuru Tarihi	27/12/2013
Karar Tarihi	14/4/2016
Birleşen Başvurular	2013/9800, 2013/9801

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, internet sitelerinde çıkan haber ve yayınlara karşı cevap ve düzeltme tekzip) talebinin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahale iddiaları (tekzib talebinin reddedilmesi)

Sonuç: Başvuru Yollarının Tüketilmemesi

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 4721 Türk Medeni Kanunu

Madde Numarası: 24, 25

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Madde Numarası: 389

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6098 Türk Borçlar Kanunu

Madde Numarası: 49, 77, 530

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

TANSU İŞLER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/9799)

Karar Tarihi: 14/4/2016

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Alparslan ALTAN

Celal Mümtaz AKINCI

Raportör : Hüseyin TURAN

Başvurucu : Tansu İŞLER

Vekili : Av. Fatih SEMİZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, internet sitelerinde çıkan haber ve yayınlara karşı cevap ve düzeltme (tekzip) talebinin reddedilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/12/2013 tarihinde Isparta 1. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Komisyon aşamasında 2013/9801 numaralı başvurunun, kişi yönünden hukuki irtibat bulunması nedeniyle 2013/9800sayılı başvuru dosyası ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 7/3/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 21/1/2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 26/1/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır

7. Yapılan incelemede; 2013/9800 numaralı başvurunun, kişi ve konu bakımından aynı nitelikte olması nedeniyle 2013/9799 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

1. "www.bomba32.com" internet sitesinde yayınlanan haber nedeniyle yapılan başvuru

9. Başvurucu, www.bomba32.com internet sitesinin 20/9/2013 tarihli sayfasında 'İkinci Baharını Yaşamak İsterken Beş Parasız Kaldı' ve haber içeriğinde 'Motor Sağlam Dedi, Parayı Kaptırdı' başlıkları ile yayımlanan haberlerde; kendisinin H.Ç. isimli bir şahsı dolandırdığının ifade edilmesi nedeniyle ilgili internet sayfasının içerik sağlayıcısına 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi HakkındaKanun'un 9. maddesi gereğince yayımlanmak üzere bir cevap ve düzeltme metninin yer aldığı bir ihtarname göndermiştir.

10. Söz konusu ihtarname 21/10/2013 tarihinde adı geçen internet sitesine tebliğ edilmiş olmasına rağmen cevap ve düzeltme metni yasal süresi içerisinde yayımlanmamıştır.

11. Bunun üzerine başvurucu, ikametgahının bulunduğu Bucak Sulh Ceza Mahkemesinden tekzip talebinde bulunmuştur.

12. Bucak Sulh Ceza Mahkemesi 25/10/2013 tarihli ve 2013/338 Değişik İş sayılı kararıyla başvurucunun talebini, söz konusu haberde bir değerlendirme yapılmayıp sadece iddiaların iddia eden kişinin ağzından aynen aktarılmış olması, başvurucunun soyadının yazılmamış olması ve kendisi hakkında bir yargıya varan ifadeler kullanılmamış olmasına dayanarak haberin basın özgürlüğü kapsamında kaldığı gerekçesiyle reddetmiştir.

13. Başvurucu ret kararına karşı yasal süresi içerisinde Bucak Asliye Ceza Mahkemesine itiraz etmiştir. Mahkeme 15/11/2013 tarihli ve 2013/245 Değişik İş sayılı kararıyla Bucak Sulh Ceza Mahkemesinin kararını yerinde görerek yapılan itirazı reddetmiştir.

14. Redkararı başvurucuya 27/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

2. "www.milliyet.com.tr" internet sitesinde yayınlanan haber nedeniyle yapılan başvuru

15. Başvurucu, www.milliyet.com.tr internet sitesinin 20/9/2013 tarihli sayfasında "Motor Sağlam Kalpte Pil Var Dedi 150 Bin Euro Gitti" başlığı ile yayımlanan bir haberde, kendisinin Hüseyin Çoban isimli bir şahsı dolandırdığının ifade edilmesi nedeniyle ilgili internet sayfasının içerik sağlayıcısına 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince yayımlanmak üzere bir cevap ve düzeltme metninin yer aldığı bir ihtarname göndermiştir.

16. Söz konusu ihtarname ilgiliye tebliğ edilmiş olmasına rağmen cevap ve düzeltme metni yasal süresi içerisinde yayımlanmamıştır.

17. Başvurucu, bunun üzerine ikametgahının bulunduğu Bucak Sulh Ceza Mahkemesinde tekzip talebinde bulunmuştur.

18. Bucak Sulh Ceza Mahkemesi 30/10/2013 tarihli ve 2013/344 Değişik İş sayılı kararıylabaşvurucunun talebini, söz konusu haberde bir değerlendirme yapılmayıp sadece iddiaların iddia eden kişinin ağzından aynen aktarılmış olması, başvurucunun soyadının yazılmamış olması ve kendisi hakkında bir yargıya varan ifadeler kullanılmamış olmasına dayanarak haberin basın özgürlüğü kapsamında kaldığı gerekçesiyle reddetmiştir.

19. Başvurucu ret kararına karşı yasal süresi içerisinde Bucak Asliye Ceza Mahkemesine itiraz etmiştir. Mahkeme 15/11/2013 tarihli ve 2013/240 Değişik İş sayılı kararıyla Bucak Sulh Ceza Mahkemesinin kararını yerinde görerek yapılan itirazı reddetmiştir.

20. Red kararı başvurucuya 27/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

3. "www.posta.com.tr" internet sitesinde yayınlanan haber nedeniyle yapılan başvuru

21. Başvurucu, www.posta.com.tr internet sitesinin 20/9/2013 tarihli sayfasında "Beş Parasız Kaldı" başlığı ile yayımlanan bir haberde, kendisinin Hüseyin Çoban isimli bir şahsı dolandırdığının ifade edilmesi nedeniyle ilgili internet sayfasının içerik sağlayıcısına 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince yayımlanmak üzere bir cevap ve düzeltme metninin yer aldığı bir ihtarname göndermiştir.

22. Söz konusu ihtarname ilgiliye tebliğ edilmiş olmasına rağmen cevap ve düzeltme metni yasal süre içerisinde yayımlanmamıştır.

23. Bunun üzerine ikametgahının bulunduğu Bucak Sulh Ceza Mahkemesinden tekzip talebinde bulunmuştur.

24. Bucak Sulh Ceza Mahkemesi 25/10/2013 tarihli 2013/339 Değişik İş sayılı kararıylabaşvurucunun talebini, söz konusu haberde bir değerlendirme yapılmayıp sadece iddiaların iddia eden kişinin ağzından aynen aktarılmış olması, başvurucunun soyadının yazılmamış olması ve kendisi hakkında bir yargıya varan ifadeler kullanılmamış olmasına dayanarak haberin basın özgürlüğü kapsamında kaldığı gerekçesiyle reddetmiştir.

25. Başvurucu ret kararına karşı yasal süresi içerisinde Bucak Asliye Ceza Mahkemesine itiraz etmiştir. Mahkeme 15/11/2013 tarihli ve 2013/239 Değişik İş sayılı kararıyla Bucak Sulh Ceza Mahkemesinin kararını yerinde görerek yapılan itirazı reddetmiştir.

26. Red kararı başvurucuya 27/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiş

27. Başvurucu 27/12/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

28. 4/5/2007 tarihli 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi şöyledir:

"(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır. "

29. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/1/2007 tarihli ve E.2007/4-14, K.2007/32 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen 'basın özgürlüğü' ilkesinin özel hukuk alanındaki sınırlaması MK.nun 24-25 ve BK.nun 49. maddeleridir. Basının olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğu vardır. Bunun içindir ki basının yayın yaparken yaptığı yayından dolayı hukuka aykırılık teşkil edecek olan eylemi, genel olaylarındaki hukuka aykırı eylemlerden farklılıklar taşır. İşte bu farklılık ve ayrık durum gözetilerek yapılan yayının hukuka aykırılık veya uygunluk sınırı belirlenmelidir. Basın dışındaki bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık

oluşturmayabilir. İşte basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Ancak basın özgürlüğü ile kişilik değerleri karşı karşıya geldiğinde, çatışan iki değer aynı zamanda korunamayacağına göre somut olaydaki olgular itibariyle birinin diğerine üstün tutulması gerekir. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygun olacağı kabul edilecektir. Basının haber verme görevini yerine getirirken kullanacağı bu hakkın özel hukuk alanındaki sınıfı; gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılık kuralları olarak belirlenmiştir. Haber verme bu sınırlar içinde kullandığı sürece hukuka uygundur. Bu unsurlardan biri olan gerçeklik; verilen habere ya da anlatılmak istenen amaca ve hedefe konu olan içeriğin, yayın sırasında olayla ilgili durumuna uygunluğudur. Diğer bir anlatımla gerçeklik somut gerçeklik olmayıp, haberin verildiği andaki beliriş biçimine, görünürdeki gerçeğe uygunluktur."

30. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 14/10/1993 tarihli ve E.1993/4911, K.1993/5847 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Haberin gerçekliğine yönelik hâkim incelemesinin objektif ölçülere dayanması, ilgilisince gerçeğe aykırı sayılmasının değil basının haber verme hakkının ve toplumun bilgi edinme olanağının sınırlanmasına yol açmayacak biçimde görünürdeki gerçeğe uygun olup olmadığının asıl alınması; maddi gerçek araştırılma durumunda olmadığı için ortada görünen durum ve tarafların iddialarını kanıtlamak için sundukları bilgi ve belgeler değerlendirilmek suretiyle sonuca ulaşılması, hukukumuzda cevap ve düzeltme sistemimizce benimsenen yöntem(dir.)"

31. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "İlke" kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

32. 4721 sayılı Kanun'un "Davalar" kenar başlıklı 25. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır."

33. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İhtiyati tedbirin şartları" kenar başlıklı 389. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir."

34. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel olarak" kenar başlıklı 49. maddesi şöyledir:

"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

35. 6098 sayılı Kanun'un "Kişilik hakkının zedelenmesi" kenar başlıklı 77. maddesi şöyledir:

"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

36. 6098 sayılı Kanun'un "Genel olarak" kenar başlıklı 77. maddesi şöyledir:

"Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.

Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur."

37. 6098 sayılı Kanun'un "İşin işgörenin menfaatine yapılması hâlinde" kenar başlıklı 530. maddesi şöyledir:

"İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

38. Mahkemenin 14/4/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

39. Başvurucu; internet sitelerinde yayımlanan, kendisini ismen belirtmemekle birlikte belirlenebilir bir şekilde tarif eden ve hakkında küçültücü değer yargıları barındıran haberlere karşı ilgili internet sitelerine gönderdiği cevap ve düzeltme metninin yayımlanmaması üzerine yetkili mahkemeye yaptığı itirazın, bu haberin basın hürriyeti kapsamında kalması gerekçesiyle reddedilmesinin Anayasanın "cevap ve düzeltme"hakkını düzenleyen 32. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

40. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun ihlal iddialarının özü, söz konusu internet haberlerinin, itibarına müdahale oluşturduğudur. Bu sebeple şikâyetlerin bir bütün olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

41. Bakanlık görüş yazısında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) özel yaşama saygı hakkı kapsamındaki içtihadında benimsenen ilkelerin başvurunun değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir.

42. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir."

43. Başvuru konusu olaya benzer olaylarda uygulanacak ilkeler Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu tarafından Ahmet Çinko ve Erkan Çelik(B. No: 2013/6237, 2/7/2015, §§ 35-57) kararında ortaya konulmuştur.

44. Cevap ve düzeltme hakkı; bir kişinin saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına müdahale eden veya gerçeğe aykırı olan bir yayın yapılması durumunda aleyhine yayın yapılan kimsenin bu yayına cevap verme ve düzeltmeyi isteme hakkıdır. Bu hak ile kişiler yayın organlarının;

kendisinin saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına verdiği zararlara karşı aynı yayın organını kullanarak kendini korumaktadır (Ahmet Çinko ve Erkan Çelik, §§ 43-44).

45. Hukuk sistemimizde cevap ve düzeltme hakkının, başvurudaki gibi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usule uyarak sulh ceza hâkimliklerine başvurmak suretiyle veya hukuk mahkemelerinde açılacak çekişmeli dava yolu ile kullanılabilmesi mümkündür.

46. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenen cevap ve düzeltme yolu, ceza hukukuna özgü bir çekişmesiz yargılama faaliyeti olup sulh ceza hâkimi talep sahibinin sunduğu evrak üzerinden inceleme yapmakta dolayısıyla ilgili yayın organı ve sorumlular yapılan başvurudan haberdar olmamaktadırlar. Dahası aleyhlerine cevap ve düzeltme talep edilen ilgililer, duruşma açılmayacağı için çekişmeli davalar gibi duruşmada hazır bulunamamakta, kendilerini savunamamakta, hâkimin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil, mütalaa ve görüşler hakkında bilgi sahibi olamamakta ve bunlar hakkında yorum yapamamaktadırlar (Ahmet Çinko ve Erkan Çelik, § 50).

47. Cevap ve düzeltme yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğu, başka bir deyişle yargılamada karşı taraf bulunmadığı için karardan etkilenecek basın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamamakta, davacının iddiaları karşısında deliller de dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olamamaktadırlar. Cevap ve düzeltme yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğu için bu konuda verilen kararlar, basın yolu ile kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılan diğer ceza veya hukuk davalarında da bir kesin hüküm teşkil etmemektedir (Ahmet Çinko ve Erkan Çelik,§§ 50, 51).

48. Cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasının yollarından biri olan ve somut başvuruda kullanılmış bulunan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenen sulh ceza hâkimliklerindeki çekişmesiz yargı yolu, karardan etkilenecek olanlara yargılanma hukukunun usule ilişkin güvencelerinin kullandırılamadığı dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur.

49. Tekzip kararı, bir haberin gerçek dışı olduğunu açıklama ve maddi gerçeği kamuya bildirme işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmek ancak hukuka aykırılığın ve gerçek dışılığın çok belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkündür. Bu sebeple bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre (Örnek olarak sayılan bazı hukuki yollar için bkz. Ahmet Çinko ve Erkan Çelik, § 42) oldukça dar bir alanda etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir (Ahmet Çinko ve Erkan Çelik, § 61).

50. Başvurucu, gerçek dışı haber ile hukuka aykırı olarak itibarına yapılan müdahalenin 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca çekişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi gerekliliğini ortaya koyabilmiş değildir. Somut başvuruya konu ihlal iddiasında, diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun sulh ceza hâkimliklerinin görevinde bulunan cevap veya erişimin engellenmesi yolu dışındaki daha etkili diğer koruma yollarına başvurmadığı anlaşıldığından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunu yerine getirdiği söylenemez.

51. Açıklanan nedenlerle başvurunun "başvuru yollarının tüketilmemesi"nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Alparslan ALTAN bu görüşe katılmamıştır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Şeref ve itibar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın "başvuru yollarının tüketilmemesi"nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

14/4/2016 tarihinde Alparslan ALTAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, üç ayrı internet sitesinde kendisine yönelik hakaret ve suçlayıcı ifadeler içeren haberler yayınlanması üzerine bu haberlerle ilgili olarak hazırladığı tekzip metninin yayınlanması için bildirimde bulunmasına rağmen bu metnin yayınlanmaması üzerine aynı amaçla yargıya müracaat ettiğini, ancak derece mahkemelerince taleplerinin yetersiz gerekçelerle ve hukuka aykırı olarak reddedildiğini, anılan karara karşı yaptıkları itirazın da kesin olarak reddedildiğini, böylece Anayasa'nın 32. maddesinde belirtilen düzeltme ve cevap hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, Mahkememizce başvurucunun iddialarının Anayasanın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

2. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, basın ve yayın organlarınca yapılan bir yayın nedeniyle şeref ve itibar hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalelerde mağdurun asıl gayesinin zararının telafi edilmesi olduğu kabul edilerek benzer uyuşmazlıklar açısından, koşullara göre diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğunun anlaşıldığı, başvurucunun ortaya çıktığını iddia ettiği zararın giderimi için uyuşmazlığın esasına dair ve somut başvuru açısından koşullara göre sulh ceza hâkimliklerinin görevinde bulunan cevap ve düzeltme yolu dışındaki daha etkili diğer koruma yollarına başvurmadığı, bu durumda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiğinin söylenemeyeceği gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

3. Başvurucu, üç ayrı internet sitesinde kendisine yönelik hakaret ve suçlayıcı ifadeler içeren haberler yayınlanması üzerine bu haberlerle ilgili olarak, her üç internet sayfası içerik sağlayıcılarına 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi gereğince cevap ve düzeltme talebini içeren ihtarnameleri göndermiş, bu metinlerin yasal süresi içerisinde yayımlanmaması üzerine Bucak Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak ayrı ayrı tekzip taleplerini iletmiş, bu Mahkeme tarafından taleplerinin reddine karar verilmesi üzerine bu kez kararlar aleyhine yasal süresi içerisinde Bucak Asliye Ceza Mahkemesine itirazda bulunmuş, nihayet itirazların da red kararlarıyla sonuçlanması üzerine bireysel başvuruda bulunmuştur.

4. Başvurucunun dilekçesi ve sunduğu deliller üzerinden inceleme yapan Bucak Sulh Ceza Mahkemesi "sözkonusu haberde bir değerlendirme yapılmayıp sadece iddiaların iddia eden kişinin ağzından aynen aktarılmış olması, başvurucunun soyadının yazılmamış olması ve kendisi

hakkında bir yargıya varan ifadeler kullanılmamış olması, bu nedenle yazıların basın özgürlüğü kapsamında kaldığı" gerekçesiyle başvurucunun talebini reddetmiştir.

5. Başvurucunun iddiaları ile ilgili olarak çoğunluk tarafından yapılan değerlendirmede sulh ceza mahkemelerinin yetkisinde bulunan cevap ve düzeltme yolunun başvuruya konu basın açıklamaları nedeniyle şeref ve itibar hakkının korunmadığı yönündeki şikâyetler açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilerek somut olayda kişi dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirme hakkını koruyucu diğer ceza ve hukuk yollarının daha etkili olduğu düşüncesiyle başvuru yollarının tüketilmediği sonucuna varılmıştır.

6. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirme hakkını korumak üzere Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu gibi temel kanunlarda kişilerin başvurabileceği genel nitelikte kanun yolları düzenlenmiştir.

7. Anayasa'nın 32. maddesinde düzenlenen düzeltme ve cevap hakkı da kişi dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirme hakkını güvenceye alma amacıyla Anayasa'da özel olarak düzenlenen bir hukuki yoldur. Bu anlamda Anayasa'nın 32. ve Basın Kanunu'nun 14. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunan bu hak kişi dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirme hakkını hızlı bir şekilde ve farklı bir yolla koruyan istisnai nitelikte bir başvuru yolu olarak ortaya çıkmaktadır.

8. Yayın yoluyla kamuoyunda oluşan olumsuz kanaati giderebilecek veya etkisini azaltabilecek en hızlı ve etkili yöntem cevap ve düzeltme hakkının kullanımıdır. Zira, diğer dava yollarına başvurulması halinde yayın tarihi ile verilecek mahkeme kararı arasında uzun zaman geçmesi nedeniyle bu yollar kişi aleyhine kamuoyunda oluşan olumsuz kanaati gidermekte veya etkisini azaltmakta yetersiz kalmaktadır. Bu yönüyle cevap ve düzeltme hakkının korunması açısından öngörülen cevap ve düzeltme talebinde bulunma yolu düzenlendiği alan bakımından etkili bir başvuru yolu ve kamuoyunda oluşan izlenimin etkisini azaltmanın en etkili ve hızlı yöntemidir. Düzeltme ve cevap hakkının temelinde de bireylere diğer başvuru yollarına nazaran daha hızlı ve etkin bir koruma sağlama düşüncesi bulunmaktadır.

9. İfade özgürlüğünün belirli sınırlamalara tabi tutulabileceği, bu sınırlama şartlarından birinin de "başkalarının şöhret veya haklarını" korumak olduğu dikkate alındığında, cevap ve düzeltme hakkının bu sınırlama kapsamında olduğu kabul edilmelidir. (benzer değerlendirmeler için bkz. Melnychuk/Ukrayna, B. No.28743/03, 05/07/2005, § 2). Haber ve bilgilerin farklı kaynaklardan

alınması ile haber ve bilgi çoğulculuğunu ve dolayısıyla toplumun doğru bilgilendirilmesini sağlama fonksiyonu da bulunmaktadır (bkz. Ediciones Tiempo S.A./İspanya, B. No. 13010/87, 12/7/1989; Melnychuk/ Ukrayna, B. No. 28743/03, 05/07/2005, § 2). O halde cevap ve düzeltme hakkı, aynı zamanda, bireyin ifade özgürlüğünün bir parçasıdır ve bu hakkın kullanılmasını sağlamanın, devletin ifade özgürlüğü kapsamında pozitif edim yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir.

10. Devletin ifade hürriyeti alanındaki pozitif yükümlülüğü elbette kişilere veya kurumlara fikirlerini duyurmak için medyaya erişimde sınırsız bir hak tanınmasını gerektirmez. AİHM'e göre kural olarak gazeteler ve diğer medya kuruluşları, özel kişilerden gelen mektup, makale ve yorumları yayınlayıp yayınlamama konusunda editoryal özerklikten faydalanmalıdır. Bununla beraber çok istisnai koşullarda meşru olarak bir gazeteden, hakaret davası neticesinde verilmiş bir yargı kararının yayınlanmasını, bir özür yazısı ya da tekzip metninin yayınlanması istenebilir. İşte devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında kişilerin medyada kendilerini ifade etme hakkını garanti altına alması gerekebilir. Devlet, kitle iletişim araçlarına erişim talebinin reddedilmesi ile ilgili şartları bireyin ifade özgürlüğüne orantısız müdahale oluşturacak ölçüde bir keyfiliğe bırakmamalı ve söz konusu reddedilmeye karşı yerel makamlar önünde itirazı olanaklı kılacak düzenlemeleri yapmalıdır (Melnychuk/ Ukrayna, B. No. 28743/03, 05/07/2005, § 2).

11. Nitekim anılan kararda atıf yapılan Avrupa Konseyi kararları da bu hususu belirtmektedir. AK Bakanlar Komitesinin cevap hakkına ilişkin (74) 26 sayılı Kararında kişilere haklarında yayınlar konusunda kısa bir sürede düzeltme imkanının aynı değerdeki bir yazıyla sağlanması gerektiğini, kişinin ayrıca yayınlara karşı etkili bir başvuru yoluna sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. AK Parlamenter Meclisi 1215 (1993) sayılı Tavsiye Kararına göre, medya konusundaki yasal düzenlemelerin, bilgilerin tarafsız bir şekilde aktarılması, çoğulcu fikir yapısını, cinsiyet eşitliğini ve iddialara maruz kalan her vatandaşa cevap hakkını içerecek şekilde kaleme alınması gerekir. AK Bakanlar Komitesinin cevap hakkına ilişkin (2004) 16 sayılı Tavsiye Kararında kişisel hakları etkileyen ve kişiler hakkında gerçeğe aykırı beyanlar içeren yayınlar hakkında ilgililere cevap hakkı ya da ona eşdeğer bir başvuru yolunun tanınması gerekir. Eğer düzeltme metni hiç ya da gerektiği şekilde yayınlanmaz ise buna karşı yazının yayınlanıp yayınlanmamasına karar verecek bir mahkeme ya da bağımsızlık ve tarafsızlık güvencelerine sahip bir makama itiraz yolunun öngörülmesi gerekir.

12. AİHM, benzer nitelikte bazı başvurularda, Türk Hükümetinin, başvurucu tarafından ceza davası açılmaması nedeniyle başvurunun "başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez bulunması gerektiği" yönündeki itirazı üzerinde durmamıştır (Ramazan

Yıldırım/Türkiye, B. No: 4300/05, 18/5/2010). Aynı şekilde hükümetin tazminat davası açılmadığından kabul edilemezlik itirazı da üzerinde durulmaya değer görülmemiştir (Adnan Oktar/Türkiye, B. No: 42876/05, 10/5/2011). Bu iki kararda da kabul edilemezlik kararı verilmiş ise de, başvuruculların cevap ve düzeltme yolundan sonra tazminat veya ceza davası açma yoluna gitmemiş olmaları nedeniyle başvuru yollarının tüketilmemiş olduğuna yönelik bir sonuca varılmamıştır.

13. Hatta AİHM, Nazif Yavuz/Türkiye (B. No: 34687/07, 18/11/2014) kararında başvurucunun kendisi hakkında basında çıkan haberlerle alakalı olarak gazetelere bir tekzip metni yayınlamak üzere gönderme dahil hiçbir girişimde bulunmadığını belirterek başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Gerekçede ilgilinin yazının sorumlularına karşı tazminat davası açabileceğini veya cevap ve düzeltme hakkının kullanılması yani tekzip metninin yayınlanması için mahkemelere başvurabileceğini, ancak başvurucunun bu başvuru yollarını tüketmemiş olduğu ifade edilmiştir (§ 37). Buna göre başvurucu kendisi açısından hangi yolu daha tatmin edici olarak değerlendirir ise o yolu kullandıktan sonra başvuru yapabilecektir. Bu yaklaşım AİHM'in başvuru yollarının tüketilmesi açısından benimsediği etkili başvuru yollarından birinin tüketilmesinin yeterli olduğunu kabul eden genel yaklaşımına da uygundur.

14. AİHM'e göre ihlalin giderimi bakımından potansiyel olarak etkili iç hukuk yolu birden fazla ise başvurucunun bu yollardan sadece birisine başvurması yeterli olup, bu yollardan hangisine başvuracağı konusundaki tercih de başvurucuya kalmıştır (Karakó/Macaristan, B. No: 39311/05, 28/4/2009) Mahkeme bir hukuk yolu tüketilmiş ise, aynı amaca matuf diğer hukuk yolunu tüketmenin gerekli olmadığı düşüncesindedir. Öte yandan dikkat çekilmesi gereken bir husus, kendi amaç ve talebi açısından en uygun hukuk yolunu seçmek konusunda başvurucunun tercih hakkına sahip olduğudur (Ruža Jeličić/Bosna Hersek (k.k.), B. No: 41183/02, 15/11/2005). Eğer ulusal hukuk, hukukun farklı alanlarında yani ceza ve medeni hukuk alanında birden fazla hukuk yolu düzenlemişse, Sözleşme'yi ihlal iddiası açısından bu hukuk yollarından sadece biri aracılığıyla sonuç almak isteyen bir başvurucunun, esas olarak aynı amaca sahip diğer başvuru yollarını tüketmesi gerekli değildir (Jasińskı/Polonya, B. No: 72976/01, 6/12/2007, § 27).

15. Cevap ve düzeltme ile elde edilmek istenen sonuç çoğu zaman kişilik haklarını koruyan diğer hukuk yollarından farklı olarak değerlendirilebilir. Kural olarak başvurucunun cevap ve düzeltme hakkını kullanmadaki amacı, doğru olmadığını iddia ettiği haber veya bilginin kısa sürede düzeltilip doğrusunun yayınlanmasıdır. Diğer hukuk yollarında ise uğranılan zararın giderilmesi veya sorumluların cezalandırılması amaçlanır. Düzeltme ve cevap hakkının kullanılması kişiliği koruyan diğer yollara başvurulmasına engel olmadığı gibi bu yollar birbirinin alternatifi de

değildir. Bu bağlamda cevap ve düzeltme hakkı ile diğer hukuki yollar aynı hukuki değeri korumadıklarından birbirleri için başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik sebebi olmamalıdırlar.

16. Çoğunluk kararında da belirtildiği gibi cevap ve düzeltme hakkının, aleyhine yayın yapılan kimseye, aynı yayın organını kullanarak saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına müdahale eden veya gerçeğe aykırı olan bir yayının yapılması durumunda iddialara cevap verme ve düzeltmeyi isteme imkânı veren anayasal bir hak olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim Anayasa'nın "Düzeltme ve cevap hakkı" kenar başlıklı 32. maddesinin birinci fıkrasında "Düzeltme ve cevap hakkı, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınır ve kanunla düzenlenir." denilmiştir.

17. Cevap ve düzeltme hakkı, bir kişinin saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına müdahale eden veya gerçeğe aykırı olan bir yayının yapılması durumunda aleyhine yayın yapılan kimsenin bu yayına cevap vermek ve düzeltmeyi istemek hakkıdır. Bu hak ile bir kişi, kendisinin saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına medyanın verdiği zararlara karşı kendini korumaktadır (bkz. Ediciones Tiempo S.A./İspanya, B. No: 13010/87, 12/7/1989).

18. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 14. maddesine göre cevap ve düzeltme hakkı sadece basılmış eserler için ve bunlar arasında sadece süreli yayınlar için kabul edilmiş bir haktır. Basın açısından ise cevap ve düzeltme hakkı, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı başvurulan ve klasik yargılama faaliyetlerinden daha kısa sürede netice alınmasını sağlayan bir tür tedbirdir. Süreli yayındaki bir yazının kötü tesirleri nasıl geniş bir alana süratle yayılıyorsa, cevap ve düzeltmeyle bunun giderilmesinin de aynı geniş alanda ve süratle gerçekleşmesi sağlanarak kişilerin korunması amaçlanmaktadır.

19. Özellikle sosyal ve görsel medyanın hızının inanılmaz boyutlara ulaştığı günümüzde daha kısa sürede netice alınmasını gerekli kılan hallerde Anayasa'nın 32. ve Basın Kanunu'nun 14. maddelerine uygun olarak cevap ve düzeltme haklarını kullanmak amacıyla gerekli başvuru yollarını tüketmiş olan başvuruculara diğer genel nitelikteki yollara başvurmaya zorlamak bireysel başvurular açısından cevap ve düzeltme hakkını anlamsız hale getirecek bir yaklaşımdır. Tazminat ve ceza davalarının sonuçlanma süreleri gözetildiğinde verilecek kararın başvurucular açısından etkili olacağını söylemek mümkün görünmemektedir. Cevap ve düzeltme hakkı kullanılarak daha kısa sürede netice alınmasını gerekli kılan hallerde başvuruculara yöneltildiği diğer dava yollarında geçecek süreler ihlali daha da ağırlaştıracaktır.

20. Kişilerin, kendileri hakkında kamuoyunda oluşan olumsuz imajı kısa sürede cevap ve düzeltme yoluyla tamir etmeyi amaçladığı, ayrıca ve açıkça tazminat veya sorumluların

cezalandırılmasını hiçbir şekilde istemediği, yalnızca ve derhal cevap ve düzeltme hakkını kullanmak istediği durumlarda veya düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına konu yayında tazminatı veya cezalandırmayı gerektirmeyecek beyanların kullanıldığı hallerde cevap ve düzeltme hakkını öngören başvuru yolunun en etkili yol olduğu kuşkusuzdur.

21. Bu nedenle, bireysel başvuru yolunda, başvuru dilekçelerindeki şikâyetler ve talepler ile somut olayın özellikleri dikkate alınarak, başvurucuların cevap ve düzeltmeden ziyade sorumluların cezalandırılmasını ve/veya uğradığı zararlar nedeniyle tazminata karar verilmesini istediği durumlarda cezalandırma ve tazminat bakımından etkili diğer hukuk yollarına başvurması gerektiği söylenebilir. Ancak, cevap ve düzeltme hakkının kullanımına ilişkin başvuru yolunu etkisiz bir yol olarak nitelendirmek Anayasa ve Basın Kanununun açık düzenlemelerine aykırı olacağı gibi bireysel başvurunun amacıyla da bağdaşmaz.

22. Nitekim eldeki işe konu olayda da, cevap ve düzeltme taleplerini reddeden Mahkemelerin gerekçeleri dikkate alındığında başvurucunun düzeltme ve cevap hakkını kullanmaya yönelik başvuru yolu dışında tüketilmesi öngörülen diğer başvuru yollarından herhangi bir sonuç alma olanağı da çok fazla görünmemektedir.

23. Eldeki işte başvurucu açıkça, internet sayfasında çıkan haberlerde kendisi aleyhine hakaret ve suçlayıcı ifadeler içeren haberler yayınlanması üzerine bu haberlerle ilgili olarak hazırladığı tekzip metinlerinin yayınlanması için bildirimde bulunmasına rağmen bu metinlerin yayınlanmaması üzerine aynı amaçla yargıya müracaat ettiğini, ancak derece mahkemelerince taleplerinin yetersiz gerekçelerle ve hukuka aykırı olarak reddedildiğini, anılan kararlara karşı yaptığı itirazların da kesin olarak reddedildiğini, böylece anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

24. Sonuç olarak başvurucu anayasal bir hak olan düzeltme ve cevap hakkını kullanmak amacıyla yaptığı başvuruların hukuka aykırı olarak reddedilmesi üzerine ve bu hakkı kullanmasını engelleyen kararlar aleyhine başvuruda bulunmuştur.

25. Başvurucu dilekçesinde haber nedeniyle itibarının ağır biçimde zedelendiğini, haber yayınlandığından beri birçok kişinin kendisini aradığını, çevresine karşı küçük düştüğünü ve söz konusu haber nedeniyle mağduriyetinin halen devam ettiğini belirtmiştir.

26. Başvurucunun başvuru dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar ve talepleri dikkate alındığında başvuru tamamen cevap ve düzeltme hakkının kullanımına ilişkin bulunmaktadır. Başvurucu bu konuda bizatihi Anayasa'nın 32. maddesiyle de düzenlenmiş bulunan ve 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinde de açıkça düzenlenen etkili bir başvuru yolunu tüketerek bireysel başvuruyu gerçekleştirmiştir.

27. Başvurucu hakkındaki haberlerin ilgili internet sitelerinde 20.9.2013 tarihinde yayımlandığı gözetildiğinde, inceleme tarihi itibariyle aradan yaklaşık üç yıla yakın süre geçtikten sonra başvurucunun yine belli bir süre alacağı başka bir yola gitmeye yönlendirilmesi ileri sürülen hakkı anlamsız kılacaktır. Bu durumda amaç ve talepleri bakımından etkili bir başvuru yolunu tüketmiş olan başvurucuyu sonuç alamayacağı başka başvuru yollarına gitmeye zorlamak bireysel başvurunun amacı ile bağdaşmayacağı gibi başvurucunun hak arama hürriyetine de bir müdahale oluşturacaktır.

28. Belirtilen gerekçelerle, kabul edilerek esasının incelenmesi gerektiği düşüncesinde olduğumuzdan, çoğunluğun "başvuru yollarının tüketilmemesi" nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna yönelik görüşüne katılmadık.

Üye

Alparslan ALTAN

Anayasa Mahkemesi - 23 Mart 2016 - Aziz Yıldırım Kararı (5)

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Kabul Edilemezlik vd.
Künye	(Aziz Yıldırım (5), B. No: 2013/9037, 23/3/2016, § …)
Başvuru Adı	AZİZ YILDIRIM (5)
Başvuru No	2013/9037
Başvuru Tarihi	11/12/2013
Karar Tarihi	23/3/2016

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, sanal yayın yapan www.sabah.com isimli internet sitesinde çıkan röportaj habere karşı cevap ve düzeltme tekzip) talebinin mahkemece kabul edilmemesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması ve cevap ve düzeltme hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Şeref ve itibara ifade özgürlüğünün kullanıldığı gerekçesiyle yapılan müdahale iddiaları (tekzib talebinin reddedilmesi)

Sonuç: Başvuru Yollarının Tüketilmemesi

Giderim:

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu

Madde Numarası: 268

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 4721 Türk Medeni Kanunu

Madde Numarası: 24, 25

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6100 Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Madde Numarası: 389

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6098 Türk Borçlar Kanunu

Madde Numarası: 49

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

AZİZ YILDIRIM BAŞVURUSU (5)

(Başvuru Numarası : 2013/9037)

Karar Tarihi: 23/3/2016

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN

Üyeler : Hicabi DURSUN

Erdal TERCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Abuzer YAZICIOĞLU

Başvurucu : Aziz YILDIRIM

Vekili : Av. Abdurrahim EROL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sanal yayın yapan www.sabah.com isimli internet sitesinde çıkan röportaj habere karşı cevap ve düzeltme (tekzip) talebinin mahkemece kabul edilmemesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması ve cevap ve düzeltme hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/12/2013 tarihinde İstanbul Anadolu 2. Sulh Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 14/10/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

4. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

5. Başvurucu 1998 yılından beri Fenerbahçe Spor Kulübü Başkanlığı görevini yürütmektedir.

6. www.sabah.com isimli internet sitesinin 10/10/2013 tarihli sayfasında "Hürriyet'i Aziz Yıldırım mı Yönetiyor?"başlıklı röportaj haber yayımlanmıştır. Röportaj içeriğinin ilgili kısmı şöyledir:

"İşte Hıncal Uluç'un çok konuşulacak röportajının o bölümü...

Hukuken konuşuyorum; Hürriyet haksız. Sabah gazetesinde 'Benim elemanlarım reklamlarda görünemez' diye alınmış bir karar var mı; yok. Bu şu demektir: Ben Ağaoğlu ile iki yıllık bir anlaşma yapabilirim. Tamamen benim vicdanıma kalmış. Ağaoğlu bana 'Yeni inşaatlarımda istediğin yerden sana iki daire, üstüne de şu kadar para vereyim. Gel benimle iki sene anlaşma yap' diye bir teklif yapabilir. Bunu önleyecek kendi vicdanımdan başka hiçbir şey olmadığına göre ben bu anlaşmayı yaparım ve ilk senenin reklam filmini çekerim. Bu reklam filmi yayınlanmaya başlar.

Ondan sonra Sabah gazetesi 'Benim elemanlarım reklamlarda yer alamaz' diyebilir. Tamam... Ama hukukta kurallar geçmişe yönelik yürümez. Ben de Sabah gazetesine derim ki 'Arkadaşlar, benim bu arkadaşlarla iki yıllık sözleşmem var. Bu sözleşmem bitene kadar ben bu reklam filmlerini yapmaya devam edeceğim.' Onlar da 'peki' derler ya da beni kovarlar!..

Aslında sinyaller geliyor gibiydi. Son dönemde Toroğlu'nun Hürriyet'teki yeri maç yazılarıyla sınırlı kalmaya başlamıştı. Rahatsız çünkü... Aziz Yıldırım rahatsız Erman Toroğlu'ndan... Bu işlerin arkasında Aziz Yıldırım var. Erman'ı Digiturk'ten kim kovdurdu? Kabloları kesilen, kameralarına tribünlerde yer gösterilmeyen Digiturk nasıl muma döndü ve nasıl en azılı Fenerbahçeli oldu? Hürriyet farklı mı zannediyorsunuz?

Aziz Yıldırım'ın bir telefonu birtakım medya organlarında bazı insanların ayağını kaydırmaya yetiyor. Açık söylüyorum; gücü yetse benim ayağımı da kaydırır. Ama bana gücü yetmiyor. Yeterdi belki de... Bu şike davalarıyla falan bu hallere düşmeseydi, belki yeterdi!.."

7. Başvurucu; yayımlanan haberde hakkında kullanılan ifadelerin, şeref ve itibarına saldırı niteliğinde olduğu ve gerçeği yansıtmadığı gerekçesiyle 10/10/2013 tarihinde Kadıköy Noterliği vasıtasıyla anılan yayın kuruluşuna cevap ve düzeltme metni göndermiştir. Başvurucu, gönderdiği cevap ve düzeltme metninin süresi içerisinde yayımlanmaması üzerine 21/10/2013 tarihinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak cevap ve düzeltme metninin yayımlanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

8. İstanbul Anadolu 2. Sulh Ceza Mahkemesi 23/10/2013 tarihli ve 2013/509 Değişik İş sayılı kararı ile talebin reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"… Anayasa'nın 32. maddesi gereğince ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesi gereğince basının özgür olduğu, bu özgürlüğün bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını da içerdiği, internet sitesinde yer alan haberin Anayasa'nın 28. maddesinde ve Basın Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen özgürlük sınırları çerçevesinde haber içeren yayım yapmış olması dolayısıyla cevap ve düzeltme talebinde bulunanın talebinin reddine, ..."

9. Anılan karara yapılan itiraz, İstanbul Anadolu 33. Asliye Ceza Mahkemesinin 30/10/2013 tarihli ve 2013/176 Değişik İş sayılı kararıyla kesin olarak reddedilmiştir. İtirazın reddi kararı başvurucuya 11/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

10. Başvurucu 11/12/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

11. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı"başlıklı mülga 9. maddesi şöyledir:

"(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

12. 5651 sayılı Kanun'un 6518 sayılı Kanun'la değiştirilen "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi"başlıklı 9. maddesi şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

…

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

13. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"(1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci Maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak

suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü Madde hükmü saklıdır.

(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir."

14. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24/1/2007 tarihli ve E.2007/4-14, K.2007/32 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen 'basın özgürlüğü' ilkesinin özel hukuk alanındaki sınırlaması M.K.nun 24-25 ve B.K.nun 49. maddeleridir. Basının olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğu vardır. Bunun içindir ki basının yayın yaparken yaptığı yayından dolayı hukuka aykırılık teşkil edecek olan eylemi, genel olaylarındaki hukuka aykırı eylemlerden farklılıklar taşır. İşte bu farklılık ve ayrık durum gözetilerek yapılan yayının hukuka aykırılık veya uygunluk sınırı belirlenmelidir. Basın dışındaki bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir. İşte basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır. Ancak basın özgürlüğü ile kişilik değerleri karşı karşıya geldiğinde, çatışan iki değer aynı zamanda korunamayacağına göre somut olaydaki olgular itibariyle birinin diğerine üstün tutulması gerekir. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygun olacağı kabul edilecektir. Basının haber verme görevini yerine getirirken kullanacağı bu hakkın özel hukuk alanındaki sınırı; gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi ve konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılık kuralları olarak belirlenmiştir. Haber verme bu sınırlar içinde kullandığı sürece hukuka uygundur. Bu unsurlardan biri olan gerçeklik; verilen habere ya da anlatılmak istenen amaca ve hedefe konu olan içeriğin, yayın sırasında olayla ilgili durumuna uygunluğudur. Diğer bir anlatımla gerçeklik somut gerçeklik olmayıp, haberin verildiği andaki beliriş biçimine, görünürdeki gerçeğe uygunluktur."

15. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "İlke"kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

16. 4721 sayılı Kanun'un "Davalar"kenar başlıklı 25. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır."

17. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "İhtiyati tedbirin şartları"kenar başlıklı 389. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir."

18. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel olarak"kenar başlıklı 49. maddesi şöyledir:

"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 23/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

20. Başvurucu, söz konusu internet sitesinde gerçeğe aykırı, maksatlı, iyi niyetten uzak ve suçlayıcı ifadeler içeren haberin yayımlanması üzerine tekzip yayımlanması için yargıya müracaat ettiğini ancak Derece Mahkemesince talebinin reddedildiğini, anılan karara karşı yaptıkları

itirazın da kesin olarak reddedildiğini fakat aynı haberin gazetede yayımlanan nüshası ile ilgili olarak yaptığı tekzip talep başvurusunun reddedilmesi (İstanbul Anadolu 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 23/10/2013 tarihli ve 2013/508 Değişik İş sayılı kararı) üzerine yaptığı itirazın, İstanbul Anadolu 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 4/11/2013 tarihli ve 2013/279 Değişik İş sayılı kararı ile kabul edildiğini, böylece tekzibe konu haberin ve tekzip talebini reddeden Mahkeme kararlarının hukuka aykırılığının ortaya konmuş olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, söz konusu haberle şeref ve itibarının sarsılmaya çalışıldığını belirterek Anayasa'nın 32. maddesinde düzenlenen düzeltme ve cevap hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, ihlalin tespit edilmesi ve hukuka aykırı olan ret kararlarının iptal edilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

22. Başvurucu, hakkında internet sitesinde yayımlanan haberler nedeniyle Anayasa'nın 32. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de belirtilen ihlal iddiasının özü; söz konusu internet haberinin, şeref ve itibarına yönelik bir müdahale oluşturduğudur. Bu sebeple mevcut davanın koşullarında şikâyetin bir bütün olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

23. Somut başvuruda başvurucu; şeref ve itibarına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca sulh ceza mahkemesine başvurarak cevap ve düzeltme (tekzip) ve içeriğin yayından çıkarılması talebinde bulunmuş, diğer yollara başvurmamıştır. Başvuru sürecinde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi değiştirilerek "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" başlığı yerine "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Bu nedenle somut olayla ilgili olarak "cevap veya erişimin engellenmesi hakkı"adı altında inceleme yapılmıştır.

24. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No. 2012/1027, 12/2/2013, §§ 19, 20).

25. Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvuruculların şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte,

kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca başvuru yollarını tüketme kuralı ne kesin ne şeklî olarak uygulanabilir bir kural olup bu kurala riayetin denetlenmesinde münferit başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda hukuk sisteminde yalnızca birtakım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvuruculaların kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvuruculaların başvuru yollarının tüketilmesi noktasında kendilerinden beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediği incelenirken başvurunun özellikleri dikkate alınmalıdır (S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. İlhan/Türkiye, B. No: 22277/93, 27/7/2000, §§ 56-64).

26. O hâlde somut başvuruda yapılması gereken, devletin pozitif yükümlülüğünün sulh ceza mahkemelerinin yetkisinde bulunan cevap veya erişimin engellenmesi yolunun mutlaka kullanılmasını gerekli kılıp kılmadığını değerlendirmektir. Başka bir deyişle sulh ceza mahkemeleri nezdinde bulunan cevap veya erişimin engellenmesi yolunun, başvuruya konu internet haberleri nedeniyle şeref ve itibar hakkının korunmadığı yönündeki şikâyetler açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olup olmadığı tespit edilmelidir.

1. Genel İlkeler

27. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Abdullah Doğtaş, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Başka bir deyişle kişisel itibarın korunması hakkı, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır. Şeref ve itibarı etkileyen sözlü saldırılar veya basın ve yayın yolu ile yapılan saldırılara karşı bireyin korunmaması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ihlal edilmiş olabilir (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).

28. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının olaya uygulanabilmesi için kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması ve kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasını güçleştirecek şekilde yapılmış olması gerekir. Ayrıca öngörülebilir şekilde, kişinin kendi eylemleri sonucu ortaya çıkabilecek itibarının zedelenmesi olgusundan şikâyet etmek için Anayasa'nın 17. maddesi ileri sürülemez (Kadir Sağdıç, § 39; İlhan Cihaner, § 45).

29. İnceleme konusu olan davaya benzeyen diğer davalarda söz konusu olan, devletin bir eylemi olmayıp yargı mercilerinin, başvuruculaların kişisel itibarlarına sağladıkları korumanın yetersiz olduğu iddiasıdır. Anayasa'nın 17. maddesi esas olarak kamu görevlilerinin keyfî müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçlasa da söz konusu madde sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamamaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında mündemiç negatif yükümlülüğe, bireyin maddi ve manevi varlığına etkin bir saygının sağlanması için gerekli pozitif yükümlülükler eklenebilir. Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde, kişisel itibarının korunmasını isteme hakkına saygının güvence altına alınması amacıyla birtakım tedbirler alınmasını gerektirebilir (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik[GK], B. No: 2013/6237, 2/7/2015, § 39).

30. Üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma yolları öngörülmüş olmakla birlikte, bir ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda kural olarak başvurucunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi beklenemez (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 41). Anayasa'nın 32. maddesinde genel olarak düzenlenmiş olan cevap ve düzeltme hakkı da bu kanuni yollardan bir tanesidir.

31. Cevap ve düzeltme hakkı, bir kişinin saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına müdahale eden veya gerçeğe aykırı olan bir yayının yapılması durumunda aleyhine yayın yapılan kimsenin bu yayına cevap vermek ve düzeltmeyi istemek hakkıdır. Bu hak ile kişi; saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına medyanın verdiği zararlara karşı kendini korumaktadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ediciones Tiempo S.A./İspanya, B. No: 13010/87, 12/7/1989).

32. Şeref ve itibara yönelik müdahaleler nedeniyle öngörülmüş farklı hukuki yollardan somut olaya özgü olan 5651 sayılı Kanun hükümleri kapsamında "içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı"talep edilmesi, basın açısından basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı başvurulan ve klasik yargılama faaliyetlerinden daha kısa sürede netice alınmasını sağlayan bir başvuru yoludur. İnternet ortamındaki bir yazının kötü tesirleri nasıl geniş bir alana süratle yayılıyorsa cevap veya erişimin engellenmesi yoluyla bunun giderilmesinin de aynı geniş alanda ve süratle gerçekleşmesi sağlanarak kişilerin koruması amaçlanmaktadır.

33. Fakat bu yöntem, her türlü haber ve yazı hakkında başvurulabilecek bir hukuki yol değildir. Anayasa'nın 32. maddesinde "kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması" hâllerinden bahsedilmektedir. Şeref ve itibara "dokunan" her yayının "kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl" etmesi söz konusu olmayacağına göre cevap veya erişimin engellenmesi yolu yalnızca şeref ve itibara müdahale edildiği hâllerde değil, ancak şeref ve itibara hukuka aykırı müdahale edildiği

hâllerde kullanılabilir. Hukuka aykırılık ise bu değerlere yönelik "gerçek dışı açıklamalar varsa" söz konusu olabilir. Bunun sonucu olarak bir kişinin şeref ve itibarına müdahale edilmesine rağmen yapılan yayın gerçeğe uygun ise cevap veya erişimin engellenmesi talebi reddedilebilecektir (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 47). Bu nedenle cevap hakkını kullanmak isteyen kişiye, gerçeğe aykırı basın açıklamasının yargı kararlarında vurgulandığı şekliyle (bkz. § 14) objektif olarak gerçek dışı olduğunun ispatı ve bunun delillerini sunma külfeti yüklenmiştir.

34. Hukuk sistemimizde cevap veya erişimin engellenmesi hakkının, başvurudaki gibi sulh ceza hâkimliklerine başvurmak suretiyle veya hukuk mahkemelerinde açılacak nizalı dava yolu ile kullanılabilmesi mümkündür. Hukuk sistemimizde genel olarak tekzip talebi şeklinde de ifade edilen sulh ceza hâkimine başvuru yolunun şeref ve itibarın korunması bakımından etkili bir yol olup olmadığının tespit edilmesi için bir bütün olarak cevap veya erişimin engellenmesi yolunun koşullarının gözetilmesi gerekir. 5651 sayılı Kanun'un değiştirilmeden önceki 9. maddesine göre düzeltilecek yayın metninin kapsamını aşmayan, bir karşı saldırı ya da haksız fiil oluşturmayan cevap ve düzeltme açıklaması kanunda gösterilen süreler içerisinde ilgili yer veya içerik sağlayıcısına gönderilir. Kanun'da öngörülen sürelerde cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması hâlinde sulh ceza hâkimine başvuru hakkı doğmaktadır.

35. Cevap veya erişimin engellenmesi yolu, ceza hukukuna özgü bir nizasız (çekişmesiz) yargılama faaliyetidir. Bir internet yayını ile şeref ve itibarının ihlal edildiğini veya haber içeriğinin gerçeğe aykırı olduğunu düşünen kişi, yetkili sulh ceza hakimliğine başvurarak hazırladığı cevap ve düzeltme metninin yayımlanmasına veya içeriğin yayından çıkarılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde ve duruşma yapmaksızın evrak üzerinde yapacağı inceleme sonunda karara bağlamak zorundadır. Sulh ceza hâkiminin talebin kabulüne dair kararının kesinleşmesi ve ilgili yayın organınca cevap ve düzeltme metninin yayımlanmaması veya içeriğe erişimin engellenmemesi hâlinde yer veya içerik sağlayıcının sorumlu müdürü ve onun bağlı olduğu yetkili, ceza yaptırımı ile karşı karşıya kalabilir.

36. Cevap veya erişimin engellenmesi yolu çekişmesiz bir yargı yolu olduğu ve karardan etkilenecek yayın organının temsilcileri ile sorumlu kişiler silahların eşitliği ilkesinden faydalanamadığı için bu konuda verilen kararlar, basın yolu ile kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılan diğer ceza veya hukuk davalarında da bir kesin hüküm teşkil etmemektedir. Cevap veya erişimin engellenmesi hakkı, Anayasa'nın İkinci Kısım'ının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölüm'ünde güvence altına alınan, kitle iletişim araçları tarafından bireylerin şeref

ve itibarlarına yönelik olarak yapılan müdahaleleri gecikmeksizin bertaraf edebilmek ve böylece kişilik hakkının diğer koruma yollarına nazaran daha hızlı korunmasını sağlamak amacıyla tanınmıştır. Bu sebeple cevap veya erişimin engellenmesi hakkı bir müeyyide niteliği taşımasına rağmen bu hakkın kullanılması ya da kullanılmaması, hak sahibinin bu nedenle diğer dava haklarını kullanmasını etkilemez (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 51).

37. Diğer taraftan cevap veya erişimin engellenmesi hakkı, ifade özgürlüğünü ve basın özgürlüğünü sınırlayan haklardan biridir. Cevap veya erişimin engellenmesi hakkını kullanmak basın organının ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eder (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ediciones Tiempo S.A./İspanya, §§ 56-64). Zira basın, istediğini yayımlamak ya da yayımlamamak konusunda serbesttir. Fakat basının, cevap metni karşısında serbestliği bulunmamaktadır. Cevap metnini yayımlaması veya erişimi engellemesi gerekmektedir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, basının sorumlu olması istenilen bir durum olsa da bu sorumluluğu devlet eliyle sağlamaya çalışmanın anayasaya uygun olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, cevap hakkının devlet eliyle basına ulaşma hakkı olduğu ve kamusal tartışmanın çeşitliliği ve çoğulculuğu üzerinde kaçınılmaz bir biçimde sınırlama ve zayıflatma etkisi yaratacağı sonucuna varmıştır (Miami Herald Publication Corparation / Tornillo, 418 U.S. 241, 25/6/1974).

38. Anayasa'nın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesine göre bilgilerin kamu otoritesinin müdahalesi olmadan alınıp verilmesi gerekmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün belirli sınırlamalara tabi tutulabileceği, bu sınırlama şartlarından birinin de "başkalarının şöhret veya haklarını" korumak olduğu dikkate alındığında cevap ve düzeltme hakkının bu sınırlama kapsamında olduğu kabul edilmelidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Melnychuk/Ukrayna, B. No. 28743/03, 05/07/2005, § 2). Bu itibarla anılan hakkın geniş gerekçelerle kullanılmasını sağlamanın veya bu hakkın etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği dikkate alınmalıdır (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 53).

2. Genel İlkelerin Mevcut Olaya Uygulanması

39. Yukarıda değinildiği gibi cevap veya erişimin engellenmesi yolu ancak şeref ve itibara hukuka aykırı olarak müdahale edilen hâllerde başvurulan, bireyin şeref ve itibarına yönelik müdahaleleri gecikmeksizin bertaraf edebilmesi amacını taşıyan bir yoldur. Cevap veya erişimin engellenmesi hakkının amacı, basın hürriyeti ile kişilik hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamak; kişi ve kuruluşlara haksız zarar veren, onlar hakkında gerçek dışı bilgiler yayan, şeref ve itibarlarını ihlâl eden basın kuruluşlarının sahip olduğu yayın kullanma imkânını, zarar

görenlere vererek bu konulardaki cevabını yayımlamaya basın faaliyetinde bulunanları zorunlu tutmak veya o haberin yayımlanmasını engellemektir. O hâlde bu hak, basın özgürlüğünün ve basın mensuplarının haber verme ve eleştiri haklarının özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 58).

40. Türk hukuk sisteminde, cevap veya erişimin engellenmesi hakkının kullanılması yollarından ilki olan ve somut başvuruda kullanılmış bulunan sulh ceza hâkimliklerinde çekişmesiz yargı yolu, karardan etkilenecek olan yayın organının sorumlu müdürü ve diğer ilgililerin yargılanma hukukuna yönelik olarak usule ilişkin güvencelerinin kullandırılamadığı dolayısıyla çatışan haklar arasında dengelemenin yapılmasının zorlaştığı bir yoldur. Tekzip kararı, yapılmış bir haberin gerçek dışı olduğunu ve maddi gerçeğin ne olduğunu kamuya bildirme, erişimin engellenmesi kararı ise gerçek dışı olduğu belirtilen haberin ortadan kaldırılması işlevine sahiptir. Çekişmesiz bir dava sonucunda bu kararı verebilmek ancak hukuka aykırılığın ve gerçek dışılığın çok belirgin olduğu ve zararın süratle giderilmesinin zaruri olduğu hâllerde mümkündür. Bu sebeple bireyin şeref ve itibarının korunması için hukuk düzenindeki diğer yollara göre oldukça dar bir alanda etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik, § 61).

41. Başvurucu, 5651 sayılı Kanun'un değişikliğe uğramadan önceki 9. maddesi uyarınca söz konusu haber röportajın kişilik haklarına müdahale oluşturduğu iddiasıyla cevap ve düzeltme talebinde bulunmuştur. Fakat söz konusu haber nedeniyle başvurucunun şeref ve itibarına gerçek dışı haber röportaj ile hukuka aykırı olarak yapılan müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmadan, gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacı ortaya konabilmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi - 3 Mart 2016 - N.B.B. Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(N.B.B. [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § …)
Başvuru Adı	N.B.B.
Başvuru No	2013/5653
Başvuru Tarihi	22/7/2013
Karar Tarihi	3/3/2016
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	24/8/2016 - 29811

II. BAŞVURU KONUSU

Başvuru, bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Maddi ve manevi varlığın korunması hakkı

Müdahale: Unutulma hakkına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5187 Basın Kanunu

Madde Numarası: 3

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

N.B.B. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/5653)

Karar Tarihi: 3/3/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 24/8/2016-29811

GENEL KURUL

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan : Zühtü ARSLAN

Başkanvekili : Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili : Engin YILDIRIM

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Serruh KALELİ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

Alparslan ALTAN

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Celal Mümtaz AKINCI

Erdal TERCAN

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Raportörler : Murat ŞEN

Başvurucu : N.B.B.

Vekili : Av. Ahmet Volkan MEMİŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir gazetenin İnternet haber arşivinde erişilebilir durumda olan haber ve yayınlar ile ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönündeki talebin reddedilmesinin şeref ve itibarın korunması hakkım ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/7/2013 tarihinde İstanbul 26. Sulh Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölümün Birinci Komisyonunca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir,

4. Bölüm Başkanı tarafından 11/7/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 14/8/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 1/9/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

7. İkinci Bölümün 3/2/2016 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca dosyanın Genel Kurula şevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru fonnu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Ulusal ölçekte yayımlanan bir gazetenin İnternet arşivi sayfalarında, başvurucu hakkında uyuşturucu kullandığı iddiası ile yürütülen bir ceza kovuşturması neticesinde adli para cezasına hükmedilen olaya ilişkin olarak 1998 yılında iki, 1999 yılında bir olmak üzere toplam üç haber başlığı yayımlanmıştır.

10. Başvurucu, ilgili basın kuruluşunun İnternet sayfasının arşiv bölümünde hakkındaki haberlerin yayınına devam ettiğini belirterek 2/4/2013 tarihinde ilgili basın kuruluşuna İnternet yayınının kaldırılması hakkında ihtarname göndermiştir. Bu ihtarname 3/4/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. İhtarnamenin içeriğinde sitede yayımlanan haberlerin başvurucunun şeref ve haysiyetini zedelediği, özel hayatına ilişkin mahremiyetini ortadan kaldırdığı, topluma mal olmuş ünlü bir

kişi olmamasına rağmen başta aile yaşamı olmak üzere iş ve sosyal hayatını olumsuz etkilediği ileri sürülmüştür.

11. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince ilgili sitenin iki gün içinde anılan haber içeriklerini kaldırmaması üzerine başvurucu, içeriklerin yayından kaldırılması talebiyle ilgili basın kuruluşu aleyhine 18/4/2013 tarihinde (kapatılan) İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesine başvurmuştur.

12. (Kapatılan) İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesi 22/4/2013 tarihli ve 2013/314 Değişik İş sayılı kararı ile talebin kabulüne karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

> "Yazı içeriğine yönelik yapılan incelemede, 1998 yılında gerçekleşen bir olay nedeniyle kamuoyuna yansıtılan bir haber niteliğinde olduğu anlaşılmış olup, basının görevi genel olarak kamu yararı ve toplumsal ilgi taşıyan, gerçek ve güncel haberlere ilişkin bilgi vermek, düşünceye sevk etmek, eleştiri yorum ve uyarılarda bulunmak olarak tanımlandığında talebe konu yazının güncelliğini yitirdiği, haber değerinin bulunmadığı, gündemde kalmasında kamu yaran bulunmadığı ve bu haliyle muhatabının özel hayatına ilişkin incitici ve örseleyici bir bilgi niteliğinde olduğu ve her isteyenin kolaylıkla özel hayata erişme olanağı sağlaması bakımından kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu gözetilerek, yazı içeriğinin yayından çıkarılması talebinin kabulü gerektiği değerlendirilmiştir."

13. Anılan karara karşı yapılan itiraz, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 28/5/2013 tarihli ve 2013/235 Değişik İş sayılı kararlarıyla kabul edilerek (kapatılan) İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesinin kararının kaldırılmasına hükmedilmiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

> "Talep konusu ... ve ... isimli sitelerde yayınlanan ... başlıklı haberlerde içeriğin yayından çıkarılması talebinde bulunanın şeref ve haysiyetini ihlal edici bir içerik bulunmadığı gibi arşiv niteliğindeki haberin yayınlandığı tarihte görünür gerçekliğe uygun olduğu, yazıda talepte bulunanı rahatsız edici (kanaat ve olgu biçiminde) görüşler olsa da olguların daha sonra yanlış çıkması halinde dahi hak ihlal etme kastı bulunmayan gazetecinin bundan sorumlu tutulmayacağı, talepte bulunanın kişilik haklarına saldırı niteliğinde söz ve cümlelerin kullanılmadığı anlaşılmakla itirazın kabulüne..."

14. Karar 21/6/2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 22/7/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

16. 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce başvuru tarihinde yürürlükte olan 5651 sayılı Kanun ün "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

> "(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.
>
> (2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.
>
> (3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.
>
> (4) Sulh ceza hâkiminin kararım bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

17. 5651 sayılı Kanun'un 6518 sayılı Kanun ile değiştirilen 9. Maddesi şöyledir:

> "(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.
>
> (2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeld tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

18. 19/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 3. maddesi şöyledir:

“Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik,

kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir."

19. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17/6/2015 tarihli ve E.2014/4-56, K.2015/1679 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır.

Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.

…"

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 3/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu, hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda adli para cezası ödemeye mahkûm edildiği olay ile ilgili olarak bir basın yayın organının İnternet sitesinde 1998 ve 1999 yıllarında haber ve yayınlar yapıldığını, ilgili yayın kuruluşunun İnternet sitesinin arşiv bölümlerinde hakkmdaki haber ve yayınların yer almaya devam ettiğini, yayınların kaldırılması yönündeki talebinin kabul edilmesine rağmen itiraz merciince içeriğin yayından kaldırılması talebinin kabulüne dair kararın kaldırılmasına hükmedildiğini, belirtilen İnternet sitelerinde yer almaya devam eden haber içeriğinin yayından kaldırılması yönündeki taleplerinin yargısal makamlar

tarafından reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nm 12., 17., 20., 25., 26., 27. ve 32. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Başvurucu, anılan şikâyetleri bağlamında Anayasa'nın 12., 17., 20., 25., 26., 27. ve 32. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş ise de başvurucunun iddialarının mahiyeti dikkate alındığında "Esas Yönünden" başlığı altında

açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

23. Somut olayda başvurucu, şeref ve itibarına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak İnternet sitesinde yayınlanan içeriklerin kaldırılması talebinde bulunmuş, diğer yollara başvurmamıştır.

24. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 19, 20).

25. Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yollan ibaresinin, başvuruculann şikâyetleri açısından makul bir başan şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca başvuru yollarını tüketme kuralı ne mutlak ne de şeklî olarak uygulanabilir bir kural olup bu kurala riayetin denetlenmesinde münferit başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda hukuk sisteminde yalnızca birtakım başvuru yollarının varlığının değil aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvuruculann kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvuruculann başvuru yollarının tüketilmesi noktasında kendilerinden beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediği incelenirken başvurunun özellikleri dikkate alınmalıdır (S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28).

26. O hâlde somut başvuruda devletin pozitif yükümlülüğünün, sulh ceza mahkemelerinin yetkisinde bulunan İnternet içeriğinin yayından çıkarılmasını gerekli kılıp kılmadığı değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle sulh ceza mahkemeleri nezdinde bulunan içeriğin yayından

çıkarılması ve erişimin engellenmesi yolunun başvuruya konu haber arşivi nedeniyle şeref ve itibar hakkının korunmadığı yönündeki şikâyetler açısından makul bir başan şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olup olmadığı tespit edilmelidir.

27. Hukuk sistemimizde İnternet içeriğinin yayından çıkarılmasının, başvurudaki gibi sulh ceza hâkimliklerine başvurmak suretiyle veya hukuk mahkemelerinde açılacak dava yolu ile gerçekleştirilmesi mümkündür (Ahmet Oğuz Çinko ve Erkan Çelik [GK], B. No:2013/6237, 2/7/2015). Ancak somut başvuruda, İntemet'ten kaldırılması istenen haberlerin çok uzun süredir yayınlandığı ve İnternet sitesindeki haber arşivi üzerinden kolayca ulaşılabildiği ve bu şekilde başvurucunun şerefeye itibannı koruma bakımından müdahalenin çok uzun süredir devam ettiği gözetilerek ve başvurucunun şeref ve itibar hakkının korunması ve kişisel verilerin korunması bu yayının bir an önce kaldırılması ile sağlanacağı değerlendirildiğinde sulh ceza hâkimliğine başvuru yolunun somut olayın koşulları açısından etkili bir yol olduğu kabul edilmelidir. Nitekim hukuk mahkemelerinde çekişmeli bir yargılama yolunun, somut olaydaki şeref ve itibarın korunması hakkına yönelik uzun süredir devam eden müdahalenin gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacını karşılayabileceği söylenemez {Türkiye îş Adamları ve Sanayiciler Konfederasyonu, B. No: 2014/8691, 6/10/2015, §22).

28. Başvurucunun hakkında yayımlanan haberlere hâlen bir gazetenin İnternet sitesindeki haber arşivi üzerinden kolayca ulaşılabilmesi ve bu arşiv haberin İntemet'ten çıkarılması talebinin reddedilmesi nedeniyle kişilik haklarının zarar gördüğüne ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyetlere ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

29. Başvurucu gerçeğe aykırı veya uydurma haber olduğunu ileri sürmediği 1998 ve 1999 yılında hakkında yürütülmüş soruşturmalara ilişkin haberlerin hâlen arşivde yer alması ve İnternet üzerinden kolayca ulaşılabilir olması nedeniyle özel ve iş hayatının olumsuz etkilendiğini ve itibarının zedelendiğini iddia etmiştir.

30. Bakanlık görüş yazısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) özel yaşama saygı hakkı kapsamındaki içtihadına atfen ilgili içtihatta benimsenen ilkelerin başvurunun değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

a. Genel İlkeler

i. Kişinin Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

31. Başvurucunun iddialarının temelinde 1998 ve 1999 yıllarında hakkında çıkan haberlere hâlen İnternet ortamında ulaşılabilmesinin şeref ve itibarını zedelediği şikâyeti yer ahnaktadır. Bu bağlamda başvurucu, geçmişte hakkında yapılan haber içeriğinin yayından çıkartılmasını talep etmiş ve nihayetinde talep reddedilmiştir.

32. Anayasa'nm 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

33. Bireyin kişisel şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "manevi varlık" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür {Adnan Oktar (2), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33). Başka bir deyişle kişisel itibarın korunması hakkı Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır {Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42).
,

34. AİHM, kişisel şeref ve itibara yapılan müdahaleleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "özel ve aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM'e göre kişisel itibarın korunması hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır {Pfeifer/Avustuıya, B. No: 12556/03, 15/11/2007 § 35; Axel Springer AG/ Almanya, B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 83). Aynı şekilde gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimsenin itibarının korunması hakkı (White/İsveç, B. No: 42435/02, 19/12/2006, § 19) ile eleştirel bir gazete makalesine karşı kişinin korunmadığı iddiası da (Mînelli/İsviçre (k.k.), B. No: 14991/02, 14/06/2005) özel yaşam kapsamında görülmüştür.

35. Kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur (Pfeifer/Avusturya, § 35) ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır {Kadir Sağdıç, § 38; İlhan Cihaner (2), § 44).

36. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının olaya uygulanabilmesi için kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması ve kişinin itibarına saygı gösterilmesini İsteme hakkından başvurucunun kişisel olarak yararlanmasını güçleştirecek şekilde yapılmış olması gerekir. Ayrıca öngörülebilir şekilde, şeref ve itibarın kendi eylemleri sonucunda zedelenmesi hâlinde kişinin Anayasa'nın 17. maddesinin getirdiği korumadan yararlanması söz

konusu olamaz (Kadir Sağdıç, § 39; İlhan Cihaner (2), §§ 45, 46; benzer yöndeki AİHM kararı içinbkz. Mater/Türkiye, B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52).

37. Yukarıda belirtilen şekilde şeref ve itibara yönelik bir müdahalenin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında incelenebilmesi için gerekli olan belirli bir ağırlık eşiğini aşması ve müdahalenin öngörülebilir şekilde kişinin kendi eylemleri sonucu ortaya çıkmaması ön koşulları İnternet üzerinden uzun süredir devam eden yayınlar açısından farklı değerlendirilmelidir. İnternet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşiğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin İnternet ortamında uzun süre erişebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir.

38. Haberlerin İnternet ortamında yayınlanmasının kişisel verilerin korunması hakkı ile ilişkisi bulunmaktadır. Nitekim İnternet ortamına aktarılırken ve kişi ile haber arasında bağlantı kurulurken teknik olarak kişiye ait verilerin İnternet ortamına işlenmesi gerekmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi 5651 sayılı Kanun kapsamında İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanan içerik sağlayıcısı tarafından yapılmaktadır. Bu bağlamda içerik sağlayıcılar, kişisel verileri İnternet ortamına aktaran ve böylelikle gazete arşivi üzerinden kişiler hakkmdaki haberleri ulaşılabilir kılan kişilerdir. Şeref ve itibarın korunması hakkı ile kişisel veriler arasındaki bu ilişki İnternet ortamında şeref ve itibara yönelik saldırıların, kişisel verilerin korunması hakkı ile bağlantılı olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir.

39. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

> "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.
>
> …
>
> Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçlan doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. "

40. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. Özel hayat geniş bir kavram olup kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur {Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 31) Bununla beraber özel hayata saygı hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır (Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 46). Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır.

41. Öte yandan Anayasa'nm 20. maddesinin üçüncü fıkrasında herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır (AYM, E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014). Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı sadece kişisel verilerin işlenmesi sırasında değil bu veriler işlendikten sonra da düzeltilmesini veya silinmesini talep etme hakkını içermektedir. Bu hak, sadece kamu otoritesini kullanarak işlenen kişisel verileri değil gerçek ve tüzel kişiler tarafından işlenen verileri de kapsamaktadır.

42. Dolayısıyla ifade ve basın özgürlüğü kapsamında (bkz. §§ 56-64) İnternet ortamında yayınlanan bir haberin, Anayasa'nm 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı" kapsamında kabul edilmesinin yanı sıra, kişinin kimliği ile bağlantı kurularak (Sevim Akat Eşki, B. No. 2013/2187, 19/12/2013, §§ 30,31; AYM, E.2011/34, K.2012/48, 30/3/2012; AYM, E.2009/85, K.2011/49, 10/3/2011) kişisel bir verinin alenileştirilmesi Anayasa'nm 20. maddesinin üçüncü fıkrasının dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda anılan düzenlemenin sadece kamu otoritelerine yönelik olmadığı gerçek ve tüzel kişileri de bağladığı dikkate alınmalıdır. Somut olaydaki gibi kişisel bir veri olan kimlik bilgilerinin İnternet ortamında kamu otoritesi dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından yayınlanması, depolanması, muhafaza edilmesi ve kullanılması da anılan düzenlemeler kapsamında değerlendirilmelidir.

43. Anayasa'nm 20. maddesinin üçüncü fıkrasında kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızası ile işlenebileceği belirtilmiştir. Kişisel verilerin işlenmesi çok

geniş bir çerçevede kişisel verilerin açıklanması, kaydedilmesi, aktarılması, elde edilebilir hâle getirilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsamaktadır. Dolayısıyla İnternet ortamında yayınlanan bir haberi ulaşılabilir kılan her türlü kişisel verilerin işlenmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Her ne kadar kişisel verilerin ancak kanunla veya kişinin açık rızası ile işlenebileceği belirtilmiş ise de Anayasa'da tanımlanan ifade ve basın özgürlükleri kapsamında yapılan bir haberin anılan sınırların istisnası olacağı açıktır. Bu bağlamda temel mesele bireyin geçmişte haber yapılmış ve gerçeğe aykırılığı ileri sürülmemiş davranışlarının artık hatırlanmasının engellenmesidir. Zira ifade ve basın özgürlüğü kapsamında İnternet ortamına yüklenen haber ve fikirler çoğu kez kişisel verilerin de kullanılmasını ve işlenmesini beraberinde getirir. Başka bir ifade ile İnternet ortamındaki ilgili haber arşivlerindeki kişisel verilere veya habere erişimin engellenerek kişilerin yaptıklarının unutulmasının sağlanmasıdır.

44. Haber ve fikirleri iletmedeki hızı ve bunları saklama süresi ve kapasitesi gözetildiğinde İnternet, geleneksel iletişim araçlarından farklı, küresel olarak bilgiye erişim ve iletişim aracıdır. Dünya çapında milyonlarca kullanıcıya hizmet eden merkezi olmayan bu elektronik iletişim ağı, temel hak ve özgürlüklerin kullanımında farklı bir boyut getirmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin kullanımında sağladığı imkânlar aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere yönelik farklı müdahale yolları ortaya çıkarmıştır. Özellikle bireylerin özel hayatlarına ve manevi bütünlüklerine yönelik olarak çok ciddi müdahale alanları ortaya çıkmıştır. Bu nedenle geleneksel medyadan farklı olarak İnternet, ortaya çıkardığı riskler açısından farklı bir bakış açısı ile değerlendirilmelidir. Bu bağlamda ilgili hak ve özgürlükler açısından koruma ve ilerleme sağlayabilmek için kaçınılmaz olarak teknolojik gelişmeleri de dikkate alacak farklı bir yaklaşım belirlenmelidir.

45. İnternet'in yaygınlaşmasından önce kişilerin geçmişlerine ilişkin özel yaşamları zaman içinde kaybolmaktaydı. Bununla birlikte bireylerin geçmişlerinde yaşadıklarına ilişkin herhangi bir kayıt tutulmuşsa da bu kayıtlara ulaşılmasının zorluğu kişilerin geçmişlerinde yaptıkları hatalardan bağımsız olarak yaşamlarını sürdürmelerine imkân tanımaktaydı. Ancak günümüzde basit bir İnternet araştırması, bireylerin geçmişte yaptıkları ve hatırlamak ve/veya hatırlanılmasmı istemedikleri hatalarını kolayca ortaya koymaktadır. Bu bağlamda İnternet ortamı, arşivde kalmış ve sadece araştırmacıların veya meraklıların özel çabası ile tespit edilebilecek haberleri kolaylıkla ulaşılabilir hâle getirmiştir. Haber arşivlerine erişimin kolaylaşması kişiler hakkında yapılan haberin unutulmasına fırsat vermeyen bir sanal ortam meydana getirmiştir. Bu durum İntemet'in yaygınlığı ile birlikte değerlendirildiğinde bireylerin geçmişte yaptıkları ve hatırlanmasını istemedikleri hususların sürekli olarak kişilerin karşısına çıkması ihtimalini kuvvetlendirmiştir.

46. İntemet'in yaygın kullanımı ile ortaya çıkan bu durum basının İntemet'i etkin olarak kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengeyi ilkinin lehine bozmuştur. İfade ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın komnması hakkı, eşit düzeyde komma gerektiren temel hak ve özgürlüklerdir. Bu nedenle bozulan dengenin her iki temel hak arasında tekrar kurulması zomnluluk olmuştur. İnternet haberciliği ile birlikte unutulmanın zor olduğu günümüzde anılan dengenin tekrar kurulabilmesi şeref ve itibar yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabilir. Bu bağlamda unutulma hakkı adil dengenin kurulması için vazgeçilmez niteliktedir (Avrupa Birliği Adalet Divanı, Google Spain SL, Google Inc/tspanya Kişisel Verilerin Korunması Kurumu, Mario Cosleja Gonzales, C-131/12, 13/5/2014). ’

47. Unutulma hakkı Anayasa'mızda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nm "Devletin temel amaç ve ödevleri" başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa'nm 17. maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve Anayasa'nm 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alman kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek “yeni bir sayfa açma” olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silimnesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkân tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, İnternet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişiminin engellenmesi için Anayasa'nm 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, İnternet vasıtasıyla kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır.

48. Anayasa Mahkemesinin ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması hakkı arasındaki dengelemeye ilişkin kararlarında Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası temelinde değerlendirme yaptığı gözetilerek unutulma hakkına ilişkin iddiaların İnternet ortamındaki haberlerin kişisel veriler ile arasındaki ilişki dikkate alınarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında inceleme yapılması gerekmektedir.

49. Öte yandan inceleme konusu olan başvuruya benzer diğer başvurularda devletin bir eylemi söz konusu olmayıp yargı mercilerince başvurucuların kişisel itibarlarına sağlanan korumanın yetersiz olduğu iddia edilmektedir. Anayasa'nın 17. maddesi esas olarak kamu görevlilerinin keyfî müdahalelerine karşı bireyi korumayı amaçlasa da söz konusu madde sadece devletin bu tür müdahalelerde bulunmasından kaçınmasını sağlamayı amaçlamamaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında mündemiç negatif yükümlülüğe, Anayasa'nın 5. maddesi dikkate alınarak bireyin maddi ve manevi varlığına etkin bir saygının sağlanması için gerekli pozitif yükümlülükler eklenebilir. Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde kişisel itibarının korunmasını isteme hakkına saygının güvence altına alınması amacıyla birtakım tedbirler alınmasını gerektirebilir {Ahmet Çinko ve Erkan Çelik [GK], B. No: 2013/6237, 3/7/2015, § 39). Bu tedbirlere, kişisel itibarın üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunması hususunda da başvurulabilir (Kadir Sağdıç, § 40; İlhan Cihaner (2), § 47). Dolayısıyla unutulma hakkı kişilerin manevi varlıklarını geliştirmelerine bir fırsat vermek açısından devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucudur.

50. Unutulma hakkının İnternet gazete arşivlerindeki her türlü haber yönünden uygulanmasını beklemek mümkün değildir. Nitekim özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğu açıktır. Bu durumda bir İnternet haberinin unutulma hakkı kapsamında İntemet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerekmektedir.

51. Yapılacak değerlendirme sonucunda unutulmayı etkin kılacak farklı yöntemler benimsenebilir. 5651 sayılı Kanun'un 6518 sayılı Kanun ile değiştirilen 9. maddesinde erişimin engellenmesinin kapsamının kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb.) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verileceği ve zorunlu olmadıkça İnternet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemeyeceği belirtilmiştir.

52. Bu bağlamda unutulma hakkı bağlamında ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması hakkı arasındaki dengenin sağlanması açısından 5651 sayılı Kanun kapsamında yukarıda belirtilen önlemler alınabilir (bkz. § 51). Ancak alınacak tedbirlerin Anayasa'nın 13. maddesi gereğince ölçülülük kriteri esas alınarak yapılması gereklidir. Nitekim kişinin şeref ve

itibarına yönelik müdahaleleri unutulma hakkı gereğince engellemek için arşivde arama yapmaya imkân tanıyan haber ile kişi arasında ilişki kuran kişisel verilerin silinmesi, haberin anonim hâle getirilmesi, haber içeriğinin bir kısmına erişimin engellenmesi gibi birçok yöntem benimsenebilir. Bu bağlamda yargının görevinin, İnternet ortamının sağladığı kolaylıkla zamanla kişilerin itibarına yönelik müdahale oluşturan haberleri tamamen ortadan kaldırarak geçmişte meydana gelmiş olayların yeniden yazılmasını sağlamak olmadığı dikkate alınmalıdır. İnternet haber arşivinin bir bütün olarak basın özgürlüğünün koruması altında olduğu unutulmamalıdır.

ii. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü ile Basın Özgürlüğü

53. Başvuru konusu olayda İnternet üzerinden yayınlanan haber arşivinin başvurucu ile ilgili kısmının yayından kaldırılması talebinin reddedilmesi söz konusudur.

54. Anayasa'nm "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledİr:

> "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber vey>a fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.
>
> Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.
>
> Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.
>
> Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir. "

55. Anayasa'nm "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

> "Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.
>
> Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır."

56. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören İnternet, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi İnternet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube Lie Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014). Öte yandan İnternet üzerinden her türlü haber ve görüşlerin iletilmesinin Anayasa'nın 28 ila 32. maddelerinde güvence altına alman basın özgürlüğü kapsamında olduğunun kabulü mümkün değildir.

57. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde Internet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK],B.No:2013/2623, 11/11/2015, §34),

58. întemefteki bu geniş faaliyet alanı çerçevesinde, yayımlanan haber ve fikirlerin Anayasa'nrn 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, her somut olay açısından ayrıca incelenmelidir. Bu kapsamda Anayasa'nrn 28. maddesi ve devamı maddelerinde tanımlanan basın özgürlüğü her ne kadar temel olarak basılı kitle iletişim araçları çerçevesinde tanımlanmış ise de întemefte önemli bir yer işgal eden İnternet haberciliğinin, basının temel işlevi olan "gözetleyicilik" görevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür (Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş., § 36).

59. Başvuru konusu olayda başvurucu hakkında haberleri İntemet'te yayımlayan şirketin ülkemizde bilinen ve ulusal ölçekte yayımlanan bir gazetenin İnternet yayını olması ve bu bağlamda geleneksel gazeteciliğe yakınlığı ile "gözetleyicilik" görevini yerine getirdiği değerlendirilebilir. Dolayısıyla anılan haber arşivi sitelerinin basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

60. Öte yandan belirlenmesi gereken bir diğer husus, haber arşivinin basın özgürlüğünün korumasından yararlanıp yararlanmayacağıdır.

61. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade özgürlüğünün sadece düşünce ve fikirleri yayma özgürlüğünü değil haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü de kapsadığını vurgulamıştır {Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 40; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614,

8/4/2015, § 34). Bu bağlamda haber ve fikirlerin yayılmasını ve bunlara kamunun ulaşmasını kolaylaştıran İnternet'in toplum hayatındaki önemli rolü yadsınamaz. İnternet üzerinde arşiv oluşturma, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet etmektedir. Bu nitelikteki arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle tarih eğitimi ve araştırma faaliyetleri için kaynak sunmaktadır. Öte yandan demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "gözetleyici" rolünün bir sonucu da arşivlerin halkın erişimine sunulmasıdır {Wegrzynowski ve Smolczewski/Polonya, B. No: 33846/07, 16/7/2013, § 59; Times Newspapers Ltâ/Birleşik Krallık (No. 1 ve 2), B. No: 3002/03 23676/03, 10/3/2009, §§ 27, 45). Bu nedenle İntemet'te tutulan arşivlerin, ifade ve basın özgürlükleri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla İntemet'te yayımlanan ve gazetecilik faaliyeti kapsamında kabul edilen bir haber arşivinin yayından kaldırılması basın özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil eder.

62. Demokrasilerde devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir. Yazılı, işitsel ve görsel basın; kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır {Kadir Sağdıç, § 50). Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal öneme sahip bir özgürlüktür (AYM, E. 1997/19, K, 1997/66,23/10/1997).

63. AÎHM, birçok kez demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını çizmiştir. Her ne kadar başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekse de basının, görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. Basının böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkı eklenir. AİHM'e göre bu görevi olmasaydı basın, vazgeçilmez "gözetleyicilik" işlevini yerine getiremezdi (Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, §71).

64. İfade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. madde ile sanatsal ve akademik ifadelerle ilgili 27. maddedeki sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Basın özgürlüğüne yönelik diğer sınırlamalar ise 28. maddenin beşinci

ve izleyen fıkralarında yer almıştır. Basının, Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri olan "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunması için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekir (Kadir Sağdıç, § 55\ İlhan Cihaner (2), § 62). Bu itibarla "başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunması bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği hatırda tutulmalıdır.

65. Öte yandan başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırların aşılmaması gerekse de basının, görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi olduğu, onun bu tür konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının eklendiği hatırda tutulmalıdır (.Kadir Sağdıç, § 51)

66. Bu sebeple Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile başvuruya konu İnternet haber arşivinin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alman basın özgürlüğü ve bu özgürlükle bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alman ifade özgürlüğü arasında Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun şekilde bir denge kurulması gerekmektedir. Ancak geçmişteki olaylann arşivlermiş olması hâlinde çatışan haklar arasındaki dengelemenin güncel olaylara ilişkin yapılan haberlerden daha farklı yorumlanması makul kabul edilmelidir. Bu bağlamda, basının yayımladığı haberlerin gerçekliğine ilişkin olarak sorumluluk bilinci ile hareket etmesi {Kadir Sağdıç, §§ 53, 54; İlhan Cihaner (2), §§ 60, 61) gerekliliği, güncel haberlere nazaran doğası itibarıyla eskiyen ve yayımlanması ivedilik ve zorunluluk arz etmeyen geçmişe ilişkin haberler bakımından daha katı görünmektedir. Ancak yapılacak dengelemede haber arşivinin de Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında güvence altına alındığı gözönünde tutulmalıdır.

b. Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

67. Başvuru konusu olayda, şikâyete konu haberler 1998 ve 1999 yılında başvurucu hakkında yürütülen ceza yargılamasına ilişkindir. Başvurucu bu haberlerin gerçeğe aykırı veya uydurma haber olduğunu ileri sürmemiştir. Başvurucu haberlerin hâlen arşivde yer alması ve İnternet üzerinden kolayca ulaşılabilir olması nedeniyle özel ve iş hayatının olumsuz etkilendiğini ve itibarının zedelendiğini belirtmiştir.

Başvurucunun şikâyeti İstanbul (kapatılan) 36. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından kabul görse de itirazı inceleyen İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi itirazı kabul ederek İnternet yayınının kaldırılmasını uygun görmemiştir.

68. İstanbul (kapatılan) 36. Sulh Ceza Mahkemesi, 1998 yılında gerçekleşen bir olay nedeniyle başvurucu hakkında haber yapıldığı ancak haberin güncelliğini yitirdiği ve haber değerinin kalmadığı, haberin gündemde kalmasında kamu yararı bulunmadığı ve bu hâliyle başvurucunun özel hayatına ilişkin incitici bir bilgi niteliğinde olduğu gerekçesiyle yazı içeriğinin yayından çıkartılmasına karar vermiştir (§ 13). Anılan karara itirazı değerlendiren İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi talep konusu arşivin başvurucunun şeref ve haysiyetini ihlal edici bir içerik içermediği gibi yayınlandığı tarihte görünür gerçekliğe uygun arşiv niteliğindeki bir haberin olduğu ve başvurucunun kişilik haklarına saldırı niteliğinde söz ve cümlelerin kullanılmadığı gerekçesiyle itirazın kabulüne karar vermiştir (§ 14).

69. Mevcut olayda başvurucunun, haberlerin hâlen întemet'te yer alması nedeniyle müdahale edilen şeref ve itibar hakkı ile içeriğin yayından çıkarılması hâlinde müdahale edilecek olan ifade ve basın özgürlükleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Bu dengenin değerlendirilmesinde somut olay açısından gözönünde bulundurulması gereken önemli bir husus şeref ve itibarın korunması hakkı ve unutulma hakkı karşısında sadece ifade ve basın özgürlüklerinin değil ayrıca kişilerin haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün de olduğudur. Anayasa Mahkemesi anılan hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı hususundaki değerlendirmesini temel olarak yetkili yargı mercilerinin ortaya koyduğu gerekçe üzerinden yapmaktadır.

70. Yukarıda da belirtildiği üzere unutulma hakkı İnternet ortamında bir haberin uzun süredir kolayca ulaşılabilir olması nedeniyle kişinin şeref ve itibarını zedeleyen bir hâle dönüşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu hakkın amacı, İntemet'in yaygınlaşması ve sağladığı imkânlar nedeniyle ifâde ve basın özgürlükleri ile kişilerin manevi varlığının geliştirilmesi hakkı arasında gerekli hassas dengenin kurulmasını sağlamaktır. O hâlde bu yol, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır.

71. Somut olayda, başvurucunun şikâyetine konu olan haberler 1998 ve 1999 yıllarında yayımlanmış ve arşiv niteliğindedir. Gazete arşivi niteliğinde olan haberler açısından arşivin sadece dijital alanda tutulmadığı ve içerik sağlayıcı tarafından saklanabileceği açıktır. Özellikle ölçülülük ilkesi temelinde yapılacak bir değerlendinne ile Internet ortamında haberi ulaşılabilir kılan kişisel verilerin silinerek erişimin engellenmesi gibi yöntemler gözetildiğinde (bkz. § 52) İnternet ortamındaki arşiv niteliğindeki haberin tamamen silinmeden sonuca ulaşılabilmesi mümkündür. Bu bağlamda bilimsel araştırmalar açısından dijital haber arşivinin tamamen

silinerek geçmişteki olayların yeniden yazılması sonucunu doğuracak basın özgürlüğüne yönelik ciddi müdahalelerin ortaya çıkması önlenebilir. .

72. Başvurucu hakkında İnternet ortamındaki arşivde muhafaza edilen ve kolaylıkla ulaşılabilir kılman haberler 1998 ve 1999 yılındaki ceza yargılamasına ilişkindir. Bu haberlerin gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülmemiştir. Haberler başvurucunun uyuşturucu kullanırken yakalanması ve daha sonrasında yargılanması hakkındadır. Bu bağlamda haberin konusunun, haberin arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli toplumsal açıdan haber değerinin devam ettiği veya haberin geleceğe ışık tutacak nitelikte bir haber olduğu söylenemez.

73. Başvuru tarihi itibarıyla söz konusu haberin yaklaşık on dört yıl önceki bir olaya ilişkin olduğu ve böylelikle güncelliğini yitirdiği açıktır. Haberin içeriği açısından uyuşturucu kullanımı ile ilgili bir haberin tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla İnternet ortamında kolaylıkla ulaşılabilirliğinin sağlanmasının zorunlu olduğu da söylenemez. Bu bağlamda kamu yararı bakımından siyasi veya medyatik bir kişiliğe sahip olmayan başvurucu hakkında İnternet ortamında yayınlanan haberlerin kolaylıkla ulaşılabilirliğinin başvurucunun itibarını zedelediği açıktır.

74. Sonuç olarak başvurucu hakkında yapılan haberler unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken haberlerdir. İnternet ortamının sağladığı kolaylıklar gözetildiğinde başvurucunun şeref ve itibarının korunması için anılan habere erişimin engellenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda erişiminin engellenmesine yönelik talebin reddedilmesiyle ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulduğu söylenemez.

75. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun şeref ve itibarını koruma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanım'un 50. Maddesi Yönünden

76. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> "1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...
>
> 2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu

gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir, ''

77. Başvurucu, tazminat talebinde bulunmamış, ihlalin ortadan kaldırılmasını talep etmiştir.

78. Başvurucunun şeref ve itibarın korunması haklanın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

79. İhlalin ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin (kapatılan) İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesi yerine görevlendirilen sulh ceza hâkimliğine gönderilmek üzere İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir,

80. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL başvuru harcının ve 1.800 TL vekâlet ücretinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin

KABULÜNE,

B. Şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın

KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alman şeref ve itibarın korunması hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin şeref ve itibarın korunması hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan) İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesi yerine görevlendirilen sulh ceza hâkimliğine gönderilmek üzere İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

E. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına

başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE

3/3/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Anayasa Mahkemesi - 11 Kasım 2015 - Medya Gündem Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § …)
Başvuru Adı	MEDYA GÜNDEM DİJİTAL YAYINCILIK TİCARET A.Ş.
Başvuru No	2013/2623
Başvuru Tarihi	3/4/2013
Karar Tarihi	11/11/2015
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	8/12/2015 - 29556
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvuru, bir internet sitesinde yayımlanan yazının mahkeme kararı ile internetten kaldırılmasının basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama **Hak:** İfade özgürlüğü **Müdahale:** Basın özgürlüğüne ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Yeniden yargılama **Hak:** İfade özgürlüğü **Müdahale:** İfade özgürlüğüne başkalarının şeref ve itibarını korumak amacıyla yapılan müdahalelere ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal	

Giderim: Yeniden yargılama

Hak: İfade özgürlüğü

Müdahale: İfade özgürlüğüne başkalarının şeref ve itibarını korumak amacıyla yapılan müdahalelere ilişkin özelleştirilmemiş müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 6518 Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Madde Numarası: 93

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEDYA GÜNDEM DİJİTAL YAYINCILIK TİCARET A. Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2623)

Karar Tarihi: 11/11/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 8/12/2015-29556

GENEL KURUL

KARAR

Başkan **:** Zühtü ARSLAN

Başkanvekili **:** Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili **:** Engin YILDIRIM

Üyeler **:** Serdar ÖZGÜLDÜR

Serruh KALELİ

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

Alparslan ALTAN

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Celal Mümtaz AKINCI

Erdal TERCAN

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Raportörler **:** Yunus HEPER

Murat ŞEN

Başvurucu **:** Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.

Temsilcileri **:** Barış BEKAR

Kayhan ÖZTÜRK

Vekili **:** Av. Erdal Fatih ÇANAKÇI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet sitesinde yayımlanan yazının mahkeme kararı ile internetten kaldırılmasının basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/4/2013 tarihinde İstanbul Anadolu 20. Sulh Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 4/6/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 17/9/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına (Bakanlık) başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru belgelerinin bir örneği görüş için 25/9/2013 tarihinde gönderilmiştir.

6. Bakanlığın 21/11/2013 tarihli görüş yazısı, 3/12/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, görüşünü süresi içinde 10/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. İkinci Bölümün 16/9/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, borsagundem.com (internet sitesi) alan adı ile yayında bulunan internet sitesinin sahibidir. Adı geçen internet sitesi, borsa ve sermaye piyasasındaki olay ve gelişmeler konusunda yayın yapan ve ekonomik meselelerin ele alındığı yazıların yayımlandığı bir internet gazetesidir. 6/12/2012 tarihinde internet sitesinde "Çemaş-Çevik ilişkisi" başlıklı bir haber yayımlanmıştır.

10. Haber şöyledir:

"*Çemaş-Çevik ilişkisi*

İştirakinden varlık alıyor, tahsisli sermaye artırımı yapıyor. Çevikler aracılık ediyor

Çemaş, 2010 yılı ortasında halka arz seferberliğine katılarak borsaya giriş yaptı. Şirketin ödenmiş sermayesi 15 milyon liradan 23 milyon 250 bin liraya yükseltilirken sermayenin yüzde 35.48'ini temsil eden 8 milyon 250 bin lira nominal değerli paylar 2.14 liradan halka arz edildi.

Halka arzı da Turkish Yatırım yaptı. Aradan iki yıl geçti, bugün Çemaş'ın hisse fiyatı yaklaşık 1 lira nominal değer seviyesinden işlem görüyor. Halka açıklık oranı ise yüzde 73'e çıkmış durumda!

Yani şirketin yüzde 35'i 2010 yılında 2 lira seviyesinden halka açılmış patron sürekli sermaye artırımı yapmış ve hisse satmış. Halka arz seferberliğine katılan yatırımcı da almış. Çemaş'ın 2010 yılında 15 milyon lira olan sermayesi iştirakler arası yapılan bir işlemle bugün 237 milyon liraya yükseltilmek isteniyor. Rakamlar ilginç, çünkü şirket halka açıldıktan sonra sermayesini yüzde 1.480 oranında artırmış! 2 lira seviyesinden halka arz edilen hisselerin bugünkü değeri ise 1.19 lira. Halka arzı Turkish Yatırım yaptı ama şirketin sermayesi 23 milyon liradan 75 milyon liraya yükseltilirken ve halka açıklık oranı yüzde 35'ten yüzde 75'e çıkarken arzları kim hangi şartlarda yaptı' Çemaş ve Işıklar Grubu'nun yaptığı her sermaye artırımı ve ortak satışından neden bazı kişilerin ismi ön plana çıkıyor' Bu sorular cevapsız değil.

TAHSİSLİ SERMAYE ARTIRIMI

Halka arz seferberliğine katılan Çemaş'ın son yaptığı açıklama ise şöyle: "Çemaş Döküm Sanayi A.Ş. (Şirket)'nin sermayesinin 75.000.000 TL (yetmişbeşmilyon)'den 237.000.000 (ikiyüzotuzyedimilyon) TL'ye arttırılması dolayısıyla, ihraç edilecek toplam 162.000.000 TL nominal değerli payların, ortaklarının rüçhan haklarının kısıtlanması suretiyle, tahsisli olarak 1 TL nominal değerli pay için 1 TL fiyatla alıcı, Ege Kraft Torba San. ve Tic. A.Ş.'ye Kurumumuz aracılığıyla (alıcı/satıcı üye) Toptan Satışlar Pazarı'nda (TSP) satılacaktır."

AÇIKLAMADAKİ İMZA TANIDIK!

Toptan Satışlar Pazarı'nda yapılacak satışla ilgili açıklamanın altında ise Mehmed Nureddin Çevik'in imzası var. Peki Mehmed Nureddin Çevik kim' Endeks Türev Yatırım Menkul Değerler Yönetim Kurulu Başkanı.

Mehmed Nureddin Çevik halen 2499 Sayılı Yasaya muhalefet ve Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/I-A (1-2-3) maddesinde yer alan manipülasyon, içeriden öğrenenlerin ticareti ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan yanlış mesnetsiz bilgi verme, haber yayma, yorum yapma suçlarını işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçundan açılan kamu davası kapsamında yargılanıyor.

PEKİ, ÇEMAŞ NEDEN SERMAYE ARTIRIYOR'

İştiraki Ege Kraft Torba Sanayi ve Ticaret A.Ş'den yaptığı varlık alımı için şirket çıkarılmış sermayesini 75 milyon liradan Ege Kraft Torba Sanayi ve Ticaret'e (Ege Kraft) tahsisli olarak 162 milyon lira artırılarak 237 milyon liraya yükseltiyor. Ege Kraft'a olan borç da tahsisli

sermaye artırımı ile sermayeye dönüştürülüyor. İkisi de aynı patrona ait şirketlerde varlıklar yer değiştiriyor, bir anda sermaye artıyor, ortaya yeni hisseler çıkıyor. Borsada son dönemde çok sayıda şirketin yaptığı işlemlere benziyor.

Sabah Gazetesi Yazarı Meliha Okur, bu işlemlere "Finans cinliği" diyor.

Bu arada Ege Kraft denilen şirket de halka açık olan USAŞ ile birleştirilmek isteniyor. Işıklar Grubu, batmak üzere olan USAŞ'ı aldıktan hemen sonra bu birleştirme kararını almıştı. Ege Kraft da dolaylı bir şekilde halka açılmış olacak. Burada da bir sermaye artırımı söz konusu olacak. Tamamen borsa ve hesap oyunları üzerine kurulmuş işlemler. Anlamak mümkün değil. Buradaki danışman da Endeks Türev Yatırım Menkul Değerler. Yani Mehmed Nureddin Çevik'in Yönetim Kurulu Başkanı olduğu şirket.

Aslında tablo o kadar da karışık değil. Net bir şekilde bakıldığında amacın ve neler yapılmak istendiği açıkça görülüyor.

VARLIĞI YÜKSEK DEĞERLEMİŞLER

Bu arada yüzde 73'ü halka açık bir şirketle ilgili yapılan işlemin de değerinin çok üzerinden yapılmak istendiği şirketin yaptığı açıklama ile ortaya çıktı. Bir Işıklar Grubu şirketi olan Çemaş'ın yaptığı açıklama şöyle: "Işıklar Grubu şirketlerinden Ege Kraft Torba Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ege Kraft) nin sahip olduğu, ödenmiş sermayesinin % 92.79'una tekabül eden 185.584.883,53 TL nominal değerli, 185.584.883,53 adet Özışık İnşaat ve Enerji A.Ş(Özışık) hisselerini, Kapital Karden Bağımsız Denetim ve YMM A.Ş. tarafından Sermaye Piyasası Mevzuatı uyarınca hazırlanan 03.01.2012 tarihli değerleme raporunda tespit edilen 226.771.629 TL tutarındaki şirket değeri baz alınarak 207.855.069,55 TL bedelle satın almış, 25.04.2012 tarihinde ise Ege Kraft'ın satış bedelinden doğan alacağının yapacağımız 180.000.000 TL tutarındaki tahsisli sermaye artışında sermayeye dönüştürülmesine karar verilmişti.

Şirketimizin Tahsisli Sermaye artırımı için SPK ya müracaatından sonra, SPK yetkili organlarınca Özışık şirket değerleme raporunun Kapital Karden'in dışında başka bir değerleme şirketine yaptırılması istenmiş bunun sonucu Güreli Yeminli Mali Müşavirlik ve Bağımsız Denetim A.Ş.(Güreli) tarafından hazırlanan 22.11.2012 revize tarihli şirket değerleme raporunda şirket değeri 174.876.287 TL olarak tespit edilmiştir. Bu gelişme üzerine bu defa değerleme raporuna uygun olarak alım bedelinin, şirket değerinin % 92.79'una tekabül eden 162.271.903 TL' ye indirilmesine ve satıcı firma Ege Kraft'tan aradaki tutar kadar indirim istenmesine karar verildi."

SPK da olmasa 174 milyon lira değer biçilen şirket, değeri 226 milyon olarak yüzde 73'ü halka açık olan şirkete satılacak. 1 ya da 2 değil arada tam 52 milyon lira fark var. Halka açık Çemaş'ın

iştirakinden neden hisse aldığı bir tarafa, şirketin değerinin çok üzerinden devredilmek istenmesi de yapılan işlemle ilgili şüpheleri artırıyor. Bir şirket halka açılıyor, patron sürekli hisse satıyor. Sonra sermaye artırımları başlıyor. Ardından hepsi bir patrona ait şirketler arasında iştirak alışı-satışı birleştirmeler, ayrıştırmalar yapılıyor. Bir anda şirketin sermayesi yüzde binin üzerinde artıyor. Bu işlemlere de Mehmed Nureddin Çevik aracılık ediyor."

11. Haberde adı geçen "Çemaş", hisseleri borsaya kote edilmiş bir şirket; "Çevik" ise aracılık hizmetleri yürüten bir şirkettir. Söz konusu haberde Çemaş Şirketinin 2010 yılında halka arz edilerek borsaya giriş yapmasından haberin yayımlandığı tarihe kadar geçen süreçte Şirketin halka açıklık oranlarındaki değişimler ile Şirket hisselerinin fiyatlarındaki artışlar ve azalışlar analiz edilmiştir. Söz konusu haberde Çemaş Şirketinin halka arz işlemlerindeki bazı hareketlere dikkat çekilmekte ve Şirket hisselerinin ilk halka arz tarihinden daha aşağıda olması şüphe ile karşılanmaktadır. Haberde ayrıca Çevik Şirketi Yönetim Kurulu Başkanı'nın yazının yayımlandığı tarihte borsada hileli yönlendirme yapan bir örgüte üye olmaktan yargılandığı iddia edilmektedir. Haberde son olarak Çemaş Şirketinin bazı varlık alımları ve sermaye artırımları sıralanmakta ve Şirketten yapılan bazı açıklamalarla birlikte analiz edilmektedir.

12. Söz konusu haberde adı geçen aracı Şirket ile Şirketin Yönetim Kurulu Başkanı, Üsküdar 4. Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak içeriğin yayından çıkartılmasını talep etmiştir. Üsküdar 4. Sulh Ceza Mahkemesi 13/12/2012 tarihli kararıyla kişilik haklarına saldırı olduğu gerekçesiyle haberin yayından kaldırılmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"*5651 sayılı yasanın 9/1. maddesine göre Çemaş-Çevik İlişkisi başlıklı haberin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu değerlendirildiğinden talebin kabulü cihetine gidilmiştir.*"

13. Söz konusu karara yapılan itiraz, Üsküdar 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 26/12/2012 tarihli kararıyla kesin olarak reddedilmiştir. İtirazın reddi kararı başvurucuya 5/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 3/4/2013 tarihinde yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

15. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" kenar başlıklı 9. maddesinin 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile değiştirilmeden önceki hâli şöyledir:

"(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından

çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 11/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 3/4/2013 tarihli ve 2013/2623 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu,

i. Kanunen tabi olunan mahkemeden başka bir mahkemece yeterli inceleme yapılmadan ve davacının Şirketi temsil yetkisi olup olmadığı değerlendirilmeden, hangi gerekçeyle kişilik haklarına saldırı kapsamında değerlendirildiği açıklanmadan, kanun hükmü genel bir ifade ile tekrar edilerek kamunun yararına olan, gerçek, güncel ve dengeli bir haberin yayınının kaldırılmasına karar verilmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde korunan adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu,

ii. Tamamen müşteki Şirketin yaptığı açıklamalarda yer alan veri ve bilgilere dayalı olarak analiz yapıldığını; şikâyetçi Şirket tarafından alınan ve yazıda analiz edilen kararların Şirketin hisse fiyatlarını, sermayesini ve geleceğini, dolayısıyla yatırımcıları yakından ilgilendirdiğini; habere erişimin engellenmesinin Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün ihlali

niteliğinde olduğunu ileri sürmüş, ihlale neden olan kararın kaldırılarak Mahkemesince yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

19. Başvurucunun, içeriğin yayından çıkarılması kararının Şirketi temsile yetkili olmayan bir kişi tarafından açılan bir davada kanunen yetkili olmayan bir Mahkemece verilmesi iddiaları Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında kalmaktadır (bkz. § 55). Bununla birlikte başvurucunun adil yargılanma hakkı bağlamında derece mahkemesinin gerekçesiz karar verdiğine dair iddialarının Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

20. Öte yandan başvurucu, internet sitesinde yayımlanan bir yazıya erişimin engellenmesi kararının Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İnternet yayıncılığına ilişkin olarak bir yayının kaldırılmasına yönelik şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ayrı ayrı veya bir bütün olarak incelenmesinin gerekip gerekmediği hususunun esasa ilişkin değerlendirmede ortaya konulmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.

21. Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında yapılan şikâyetlerde ifade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalelerin varlığı hâlinde derece mahkemelerinin kararlarının müdahaleyi haklı kılacak "konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler" içerip içermediğinin ve "sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının" demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple başvurucunun, İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinin yeterli olmadığı yönündeki şikâyetlerinin de incelenmesi gerekir.

22. Başvurucunun, yayımladığı bir yazıya erişimin engellenmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

23. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık, başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

24. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

25. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.*

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

26. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"*Basın hürdür, sansür edilemez.*

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır."

27. İfade özgürlüğü; kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü, çeşitli araçlar ile

düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama; bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Aynı zamanda düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini de sağlar.

28. Muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve bu konuda başkalarını ikna etmek için çaba gösterilmesi çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal öneme sahiptir (Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 34). Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (Emin Aydın [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

29. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir. İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir (Bekir Coşkun, § 30).

30. Anayasa'da basın özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır. Basın özgürlüğü alanındaki temel düzenleme Anayasa'nın 28. maddesinde yer almaktadır. Bu madde, basılmış materyalleri kapsayacak ancak görsel ve işitsel iletişim araçlarını dışarıda bırakacak şekilde düzenlenmiştir. Nitekim düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa'nın 26. maddesinde "radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yayımların izin sistemine" bağlanabileceği belirtilerek bu iletişim araçlarının düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünden yararlanabileceği belirtilmek istenmiştir. Anayasa'nın 28. maddesine ilave olarak 29. maddede süreli ve süresiz yayın hakkına, 30. maddede basın araçlarının korunmasına yer verilmiştir. Anayasa'nın 31. maddesinde ise kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan "yazanlar", "bastıranlar", "başkasına verenler", "dağıtımı önleme", "toplatma", "süreli yayın" ve "süresiz yayın" gibi ifadeler ancak "gazete", "kitap", "dergi" gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçları için kullanılabilir. Dolayısıyla Anayasa'ya göre basın, kitle iletişim araçlarından biridir ancak diğer kitle iletişim araçlarından ayrılarak özel olarak korunmuştur (Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 46).

31. Basın özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) ayrı bir madde olarak değil, ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmıştır. Sözleşme'nin 10.

maddesi, yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil, iletilme biçimlerini de koruma altına almaktadır (Birçok karar arasından bkz. Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, B. No: 13585/88, 26/11/1991, § 59). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında sıklıkla vurgulandığı gibi ifade özgürlüğü demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. AİHM - Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere- ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen "haber" ve "fikirler" için değil; incitici, şok edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğunu pek çok kararında yinelemiştir. AİHM'e göre ifade özgürlüğü, yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyecek olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. 10. maddede güvence altına alınan bu hak, bazı istisnalara tabi ise de bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerekir (Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

32. İfade özgürlüğü ve basın özgürlüğü arasındaki birbirinden ayrılamaz nitelikteki ilişki, basılı eserler ve yayımlanan yazılara yönelik bireysel başvurularda Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birlikte incelenmesine yol açmıştır (Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014; Bekir Coşkun; Emin Aydın). Gerçekten de özellikle basılı eserler temelinde basın özgürlüğünün ihlali iddialarının ifade özgürlüğünden ayrı incelenmesi mümkün değildir. Öte yandan Anayasa'nın 28. maddesi ve devamında düzenlenen basın özgürlüğünün, demokrasilerde çoğulculuğun korunması için "gözetleyici" (watchdog) görevini yerine getiren basına daha ayrıntılı güvenceler getirdiği de yadsınamaz. Özellikle haber ve fikirlerin iletilmesinde kullanılan mecraların, Anayasa'ya göre basın özgürlüğü temelinde daha fazla güvence altına alındığı açıktır.

33. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören internet Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi internet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014). Öte yandan internet üzerinden yapılan her türlü haber ve fikirlerin iletilmesinin Anayasa'nın 28 ila 32. maddelerinde güvence altına alınan basın özgürlüğü kapsamında olduğunun kabulü zordur.

34. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber

ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır.

35. Öte yandan internet, geleneksel medya ve basın kuruluşlarından farklı olarak herhangi bir editöryal kontrol olmaksızın anında haber ve fikirlerin yayımlanması imkânı sağlamaktadır. Tamamen dağıtılmış bir sistem olarak internet, hâkim bir konum olmaksızın temel bilgi kaynağı şeklinde faaliyet göstermektedir. Ayrıca etkileşimli bir kitle iletişim aracı olarak kullanıcıların karşılıklı haber ve fikir alışverişi yapmasına imkân tanımaktadır. Bu nedenle internetin faaliyet alanının çerçevesini tam olarak çizmenin kolay olduğu söylenemez.

36. İnternetteki bu geniş faaliyet alanı çerçevesinde, yayımlanan haber ve fikirlerin Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, öncelikle anılan maddenin kapsamı ve daha sonra her somut olay açısından ayrıca incelenmelidir. Bu kapsamda Anayasa'nın 28. maddesi ve devamı maddelerinde tanımlanan basın özgürlüğü her ne kadar temel olarak basılı kitle iletişim araçları çerçevesinde tanımlanmış ise de internette önemli bir yer işgal eden internet haberciliğinin, basının temel işlevi olan "gözetleyici" görevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.

37. Başvuru konusu somut olayda ise internette ekonomi haberciliği yürüttüğünü belirten başvurucu Şirketin internet sitesinde belirtilen künyesi incelendiğinde başvurucunun; geleneksel basına benzer bir şekilde imtiyaz sahibi, genel yayın yönetmeni, koordinatörü ve editörlerinin bulunduğu; habercilik faaliyeti çerçevesinde ekonomi ve borsaya ilişkin haber ve makaleleri yayımladığı tespit edilmiştir. Ayrıca başvuruya konu yazının konusunun sermayesi halka açık bir Şirketin ticari faaliyetleri ile ilgili olduğu ve Şirketin ticari faaliyetleri bağlamında bir nevi "gözetleyici" görevini yerine getirdiği değerlendirilebilir. Dolayısıyla başvurucunun yürüttüğü faaliyetin geleneksel gazetecilik faaliyetine yakınlığı gözetildiğinde basın özgürlüğü güvencesinden yararlanması gerektiği kabul edilmelidir.

38. Bu bağlamda başvuru konusu şikâyetlerin Anayasa'nın 26. maddesi gözetilerek bu maddeden daha özerk güvence getiren Anayasa'nın 28. maddesi kapsamında basın özgürlüğü yönünden de incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

39. Özgür bir siyasal sistemde devletin eylem ve işlemlerinin, adli ve idari yetkililerin olduğu kadar basının ve aynı zamanda kamuoyunun da denetimi altında bulunması gerekmektedir. Yazılı, işitsel veya görsel basın kamu gücünü kullanan organların siyasi kararlarını, eylemlerini ve ihmallerini sıkı bir denetime tabi tutarak ve vatandaşların karar alma süreçlerine katılımını kolaylaştırarak demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemesini ve bireylerin kendilerini

gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır (Kadir Sağdıç, § 50). Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal öneme sahip bir özgürlüktür (AYM, E.1997/19, K.1997/66, 23/10/1997).

40. AİHM, birçok kez demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün altını çizmiştir. Her ne kadar özellikle de başkalarının şöhret ve haklarının korunmasıyla ilgili olarak bazı sınırları aşmaması gerekse de basının, görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. Basının böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkı eklenir. AİHM'e göre bu görevi olmasaydı basın, vazgeçilmez "gözetleyici" işlevini yerine getiremezdi (Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004 § 71).

41. Ayrıca bu tür başvurularda basının yerine geçip belli bir durumda kullanılacak haber yapma şeklinin ne olacağını belirlemenin yargı mercilerinin görevi olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır (Kadir Sağdıç, § 52).

42. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basın özgürlüğünde belli ölçüde abartıya ve hatta tahrik yoluna başvurmak mümkün olsa da bu özgürlük aynı zamanda ilgililerin, meslek ahlakına saygı göstererek doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde, iyi niyetli olarak hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır (Kadir Sağdıç, § 53).

43. Kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması bazen kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. Gerçeğe uygun bir beyana, kamuoyunun gözünde yanlış bir imaj uyandırabilecek vurgular, değer yargıları, varsayımlar hatta imalar eşlik edebilmektedir. Dolayısıyla haber verme görevi, zorunlu olarak ödev ve sorumluluklar ve basın kuruluşlarının kendiliğinden uymaları gereken sınırlar içermektedir. Bu durum özellikle basında yer alan söylemlerde isimleri zikredilen kişilerin ciddi şekilde itham edilmeleri hâllerinde geçerlidir (Kadir Sağdıç, § 54).

44. Sınırlanabilir birer hak olan ifade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. maddede ile sanatsal ve akademik ifadelerle ilgili 27. maddedeki sınırlama rejimine tabi tutulmuştur. Basın özgürlüğüne yönelik diğer sınırlamalar ise 28. maddenin beşinci ve izleyen fıkralarında yer almıştır. Basının, Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan sınırlandırmalardan biri olan "başkalarının

şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının" korunması için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekir (Kadir Sağdıç, § 55).

45. Somut olayda başvurucunun yayımladığı bir habere erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğunda kuşku yoktur. Söz konusu müdahalenin dayanağı olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi "kanunla sınırlama" ölçütünü karşılamaktadır. Ayrıca erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu kararın "başkalarının şöhret veya haklarının" korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

46. Söz konusu internet sayfasına erişimin engellenmesine ilişkin kararda, erişimin engellenmesi kararının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir. Bu iki hak arasında denge kurulurken Anayasanın 13. maddesi kapsamında hakkın özüne dokunulmamalı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve sınırlama amacı ile aracı arasındaki ölçü gözetilmelidir (Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 43).

47. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, § 48).

48. Bu bağlamda basın özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, basın özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (Bekir Coşkun, § 54).

49. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında mahkemelerin, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasına yönelik olarak müdahaleye karar verirken basın özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114). Bunun

sonucu olarak başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır.

50. Bununla birlikte gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetlerine yönelik haber ve fikir iletmede değer yargılarından çok olgusal iddialar üzerinden hareket edilmesi önemlidir. Nitekim gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetlerine yönelik olgusal iddialar üzerinden hareket etmeyen haberlerin, kişilerin ekonomik faaliyetlerinde geri dönülemez zararlara yol açması mümkündür. Bu tür durumlarda basının veya kişilerin ifade/basın özgürlüğünün daha fazla sınırlanabilir olduğunu kabul etmek gerekir.

51. Başvuruya konu internet yazısında dile getirilen ticari faaliyet temelindeki bazı olgusal iddiaların (bkz. §§ 8, 9) asılsız olduğu iddia edilmediği gibi İlk Derece Mahkemesi de bu iddiaları gerçek dışı kabul etmiş değildir. Söz konusu yazıda Şirket hisselerinin fiyatlarındaki azalmaların şüpheli bulunduğu ifade edilmiş ve bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Keyfî kişisel saldırı oluşturacak kaba hakaret içermeyen bu değerlendirmelere ilişkin olarak söz konusu yazıda yeterli olgusal temelin bulunduğu da kabul edilmelidir.

52. İlk Derece Mahkemesi, başvurucunun yayımladığı yazının "kişilik haklarına saldırı niteliğinde" olduğunu kabul etmiştir. Fakat Mahkemece, talepte bulunan Şirket ve Yönetim Kurulu Başkanı'ndan hangisinin kişilik haklarına müdahalede bulunulduğu belirtilmediği gibi bahse konu yazıdaki hangi iddia veya yorum nedeniyle içeriğin yayından çıkarılması kararının verildiği de açıklanmış değildir. Toplumsal tartışmaya katkıda bulunan iddia ve değerlendirmelerin yer aldığı söz konusu yazıya erişimi engelleyen Derece Mahkemesi kararının müdahaleyi haklı kılacak "konuyla ilgili ve yeterli gerekçe" içermediği kabul edilmelidir.

53. Başvuruya konu yazıda hisseleri halka arz edilmiş olan Şirket ile aracılık hizmetleri yapan diğer Şirkete ilişkin iddia ve değerlendirmelerin, toplumu yakından ilgilendiren ve kamu yararı bulunan ticari ifadeler olduğu açıktır. Herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın kamuoyunu yakından ilgilendiren görüşlerin yayılması olanağının ortadan kaldırılması "sansür" anlamına gelir. Bu sebeplerle başvurucunun ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin "başkalarının şöhret ve haklarının" korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.

54. Başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

55. Başvurucu, içeriğin yayından çıkarılması kararının, Şirketi temsile yetkili olmayan bir kişi tarafından açılan bir davada kanunen yetkili olmayan bir Mahkemece verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun şikâyet ettiği kararın ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyeti incelenmemiştir.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

56. 30/3/2011 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmiştir.

57. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla kararın bir örneğinin Üsküdar 4. Sulh Ceza Mahkemesinin dosyalarının devredildiği İstanbul Anadolu 55. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

58. Başvurucu, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin tahsilini talep ettiğinden dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 başvuru harcı ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

E. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırılmak için yeniden yargılama yapmak üzere İstanbul Anadolu 55. Asliye Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE

11/11/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Anayasa Mahkemesi - 19 Kasım 2014 - F.Ö. Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Birinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(F.Ö., B. No: 2013/5895, 19/11/2014, § …)
Başvuru Adı	F.Ö.
Başvuru No	2013/5895
Başvuru Tarihi	24/7/2013
Karar Tarihi	19/11/2014

II. BAŞVURU KONUSU

Başvurucu, yaptığı bir tıbbı muayene sırasında hastasına cinsel tacizde bulunduğu yönünde hakkında birtakım basın yayın organlarında çıkan haber ve yayınlar ile yaptığı tekzip ve yayınların durdurulması yönündeki taleplerinin yargısal makamlar tarafından reddedilmesi suretiyle, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, ihlalin tespitiyle tekzip metinlerinin yayınlanmasına ve uğradığı maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak: Gerekçeli karar hakkı

Müdahale: Gerekçesiz karar verilmesi (üst derece mahkemesi)

Sonuç: İhlal

Giderim: Yeniden yargılama

IV.İLGİLİ HUKUK

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5157 Basın Kanunu

Madde Numarası: 14

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

F.Ö. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/5895)

Karar Tarihi: 19.11.2014

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan : Serruh KALELİ

Üyeler : Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Erdal TERCAN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Raportör : Şebnem NEBİOĞLU ÖNER

Başvurucu : F.Ö.

Vekili : Av. İshak Sadi ÇARSANCAKLI

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, yaptığı bir tıbbı muayene sırasında hastasına cinsel tacizde bulunduğu yönünde hakkında birtakım basın yayın organlarında çıkan haber ve yayınlar ile yaptığı tekzip ve yayınların durdurulması yönündeki taleplerinin yargısal makamlar tarafından reddedilmesi suretiyle, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, ihlalin tespitiyle tekzip metinlerinin yayınlanmasına ve uğradığı maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 24/7/2013 tarihinde İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölümün İkinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 11/7/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 14/8/2014 tarihli yazısı 28/8/2014 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiş, başvurucu vekili tarafından Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda bulunulmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri kapsamında tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu hakkında birtakım basın yayın organlarında, yaptığı bir tıbbi muayene sırasında hastasına cinsel tacizde bulunduğu yönünde haberler yayınlanmıştır.

8. Başvurucu tarafından, 2/5/2013 tarihinde ilgili yayın organlarına haberin yayınının durdurulması ve tekzibi hakkında ihtarname gönderilmiştir.

9. Başvurucu tarafından 16/5/2013 tarihinde İstanbul 34. Sulh Ceza Mahkemesinin 2013/268-269 ve 270 Değişik İş sayılı dosyaları üzerinde, düzeltme ve cevap haklarının kullanılması ile kişilik haklarının ağır ihlali nedeniyle yayınların kaldırılması talebinde bulunulmuştur.

10. İstanbul 34. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından belirtilen Değişik İş sayılı dosyalar üzerinden, 21/5/2013 tarihli kararlar ile, başvurucunun talepleri reddedilmiştir.

11. Başvurucu tarafından belirtilen ret kararlarına karşı İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 2013/244-245 ve 246 Değişik İş sayılı dosyaları üzerinde yapılan itirazlar, Mahkemenin 10/6/2013 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir.

12. Karar 24/6/2013 tarihinde tebliğ edilmiş, 24/7/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

B. İlgili Hukuk

13. 9/6/2004 tarih ve 5157 sayılı Basın Kanunu'nun "Düzeltme ve cevap" kenar başlıklı 14. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.

...

...

Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren onbeş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın, karara bağlar.

Sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir.."

14. 4/5/2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" kenar başlıklı 9. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

15. Mahkemenin 19/11/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 24/7/2013 tarih ve 2013/5895 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

16. Başvurucu, hakkında birtakım basın yayın organlarında, yaptığı bir tıbbi muayene sırasında hastasına cinsel tacizde bulunduğu yönünde haber ve yayınlar yapıldığını, bu yayınlara ilişkin olarak yaptığı tekzip taleplerinin yargısal makamlar tarafından reddedildiğini, belirtilen maddi olay nedeniyle yürütülen ceza soruşturması neticesinde hakkında iddianame tanzim edilmesine ve olayın bir haber konusu olmasında kamu yararı olduğunun düşünülebilmesine rağmen, haberin içerik biçimlendirmesi ve sunuluş şeklinin kamuoyu nezdinde isnat edilen eylemi kesin olarak işlemiş bulunduğu intibaı yaratmak suretiyle masumiyet karinesine ölçüsüz bir şekilde zarar verdiğini, yapılan yayınlarda özellikle isminin tamamının, soyadının baş harfinin ve çalıştığı

hastane ile bölümün açıkça yer aldığını, belirtilen hususlar beyan edilmek suretiyle hukuki koruma talep edilen yargısal makamlarca bu hususlar nazara alınmaksızın ve gerekçe gösterilmeksizin taleplerinin reddedildiğini, masumiyet karinesinin ihlaline yargısal makamlarca göz yumularak iştirak edildiğini ve bu suretle Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

17. Başvurucu tarafından Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia edilmiş olmakla beraber, ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

18. Başvuru formu ile eklerinin incelenmesi sonucunda, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

19. Başvurucu, hakkında birtakım basın yayın organlarında, yaptığı bir tıbbi muayene sırasında hastasına cinsel tacizde bulunduğu yönünde çıkan haber ve yayınlar nedeniyle yaptığı tekzip taleplerinin yargısal makamlar tarafından gerekçe gösterilmeksizin reddedildiğini, yapılan yayınlarda özellikle isminin tamamının, soyadının baş harfinin ve çalıştığı hastane ile bölümün açıkça yer aldığını, belirtilen hususlar beyan edilmek suretiyle hukuki koruma talep edilen yargısal makamlarca bu hususlar nazara alınmaksızın, temel iddiaları karşılanmaksızın ve ret gerekçeleri ayrıntılı olarak açıklanmaksızın verilen kararlar nedeniyle, masumiyet karinesinin ihlaline yargısal makamlarca göz yumularak iştirak edildiğini iddia etmiş olup, ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında güvence altına alının gerekçeli karar hakkı yönünden değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

20. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamındaki iddialarının gerekçeli karar hakkı ile delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının uygulanması ve derece mahkemelerinin uyuşmazlığa getirdiği çözümün adil olmaması hususlarına ilişkin olduğu belirtilmekle birlikte, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen, başvurunun bu bölümü hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

21. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

22. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

23. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadıyla adil yargılanma hakkının koruma alanına dâhil edilen ilke ve hakları, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında kabul etmektedir (Bkz. B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

24. Gerekçeli karar hakkı da adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biri olup, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılacağını belirten Anayasanın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No. 2013/1213, 4/12/2013, § 25).

25. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, kanun yoluna başvurma olanağını etkili kullanabilmek ve mahkemelere güveni sağlamak açısından, hem tarafların hem kamunun menfaatini ilgilendirmekte olup, kararın gerekçesi hakkında bilgi sahibi olunmaması, kanun yoluna müracaat imkânını da işlevsiz hale getirecektir. Bu nedenle mahkeme kararlarının dayanaklarının yeteri kadar açık bir biçimde gösterilmesi zorunludur (B. No. 2013/1780, 20/3/2014, § 67).

26. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır. Bunun yanı sıra, kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması da bu hakkın ihlal edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kanun yolu mahkemelerince verilen bu tür kararların, ilk derece mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanması uygun olup, bu durumda, üst dereceli mahkeme tarafından önceki mahkeme kararının gerekçesinin benimsendiği kabul edilmelidir (B. No. 2013/1213, 4/12/2013, § 26).

27. Belirtilen hususların yanı sıra, somut başvuruya ilişkin yargısal süreç açısından, 5157 sayılı Kanun'da sulh ceza hâkiminin istemi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlayacağı, sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebileceği ve yetkili makamın söz konusu itirazı üç gün içinde inceleyerek karara bağlaması gerektiği, benzer şekilde 5651 sayılı Kanun'da hâkimin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacağı hususunda düzenleyici sürelere yer verildiği görülmektedir (Bkz. §§ 13-14). Ancak belirtilen düzenleyici sürelerin, söz konusu hukuki mekanizmaya başvurmuş olan kişilerin temel iddialarının Mahkemece değerlendirilerek karara bağlanması imkânını ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması mümkün değildir.

28. Başvuru konusu olayda, başvurucu tarafından İstanbul 34. Sulh Ceza Mahkemesinin 2013/268-269 ve 270 Değişik İş sayılı dosyaları üzerinde, 5157 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca, düzeltme ve cevap haklarının kullanılması ile kişilik haklarının ağır ihlali nedeniyle yayınların kaldırılması talebinde bulunulduğu, söz konusu başvuru içeriklerinde özellikle, belirtilen maddi olay nedeniyle yürütülen ceza soruşturması neticesinde hakkında iddianame tanzim edilmesine ve olayın bir haber konusu olmasında kamu yararı olduğunun düşünülebilmesine rağmen, haberin içerik biçimlendirmesi ve sunuluş şeklinin kamuoyu nezdinde isnat edilen eylemi kesin olarak işlemiş bulunduğu intibaı yarattığı ve yapılan yayınlarda özellikle isminin tamamının, soyadının baş harfinin ve çalıştığı hastane ile bölümün açıkça yer aldığı beyan edilmek suretiyle hukuki koruma talep edildiği görülmektedir.

29. İlgili mevzuat hükümlerinde de, yetkili yargısal makamlar tarafından, yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğinin belirtilmiş olmasına rağmen, mahkemece belirtilen esaslar üzerinden verilen 21/5/2013 tarihli kararlarda, başvurucu hakkında başvuruya konu olay nedeniyle kamu davası açılmış olduğu, yargılamanın alenî olduğu ve basın özgürlüğü kapsamında konunun ilgili basın yayın kuruluşlarınca yorum katılmaksızın haber yapıldığı, haberin yanlış çıkması durumunda dahi hak ihlali kastı ile hareket etmeyen gazetecinin bundan sorumlu tutulmayacağı belirtilerek ve başvuruya konu yayın içeriğine dair somut tespit ve değerlendirmede bulunulmaksızın tekzip talebinin reddedildiği, belirtilen ret kararlarına karşı yapılan itirazların da İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 2013/244-245 ve 246 Değişik İş sayılı dosyaları üzerinde değerlendirilerek, Mahkemenin 10/6/2013 tarihli kararlarıyla, İstanbul 34. Sulh Ceza Mahkemesinin 2013/268-269 ve 270 Değişik İş sayılı karar gerekçeleri benimsenmek suretiyle reddedildiği, bu kapsamda Sulh Ceza Mahkemesinin karar gerekçelerini benimsediği anlaşılan itiraz merciince kararlarda ayrıntılı gerekçeye yer verilmediği ve söz konusu yargısal kararlarda, başvurucunun yapılan yayın içeriği

nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğine ilişkin temel iddialarının değerlendirilerek karşılanmadığı anlaşılmaktadır.

30. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

31. Başvurucu, ihlalin tespitiyle tekzip metinlerinin yayınlanmasına ve uğradığı 1.500,00 TL maddi, 100.000,00 TL manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

32. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

33. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

34. Başvurucu tarafından tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından, başvurucunun maddi ve manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

35. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine,

D. Başvurucunun tazminata ilişkin taleplerinin REDDİNE,

E. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

19/11/2014 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Serruh KALELİ

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Anayasa Mahkemesi - 29 Mayıs 2014 - Youtube Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	Genel Kurul
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § …)
Başvuru Adı	YOUTUBE LLC CORPORATİON SERVİCE COMPANY VE DİĞERLERİ
Başvuru No	2014/4705
Başvuru Tarihi	4/4/2014
Karar Tarihi	29/5/2014
Birleşen Başvurular	2014/4853, 2014/5542, 2014/5137, 2014/4817, 2014/4769, 2014/4767, 2014/4737, 2014/4717, 2014/5543, 2014/4883, 2014/4707, 2014/4706
Resmi Gazete Tarihi - Sayısı	6/6/2014 - 29022
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvurucular video paylaşım sitesi youtube. com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair 27/3/2014 tarihli Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 22. , 26. , 27. , 40. , 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Diğer	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Anayasa **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 2709 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası **Madde Numarası:** 138 **Mevzuat Türü:** Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 2577 İdari Yargılama Usulü Kanunu	

Madde Numarası: 27, 28

Mevzuat Türü: Kanun

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 8

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

Başvuru Numarası: 2014/4705

Karar Tarihi: 29/5/2014

GENEL KURUL

KARAR

Başkan **:** Haşim KILIÇ

Başkanvekili **:** Serruh KALELİ

Başkanvekili **:** Alparslan ALTAN

Üyeler **:** Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Zehra Ayla PERKTAŞ

Recep KÖMÜRCÜ

Engin YILDIRIM

Nuri NECİPOĞLU

Hicabi DURSUN

Celal Mümtaz AKINCI

Erdal TERCAN

Muammer TOPAL

Zühtü ARSLAN

M. Emin KUZ

Hasan Tahsin GÖKCAN

Raportör **:** Esat Caner YILMAZOĞLU

1. Başvurucu **:** Youtube LLC Corporation Service Company (B.No:2014/4705, B.No:2014/4737)

Temsilcisi **:** John Kent WALKER

Vekili **:** Av. Gönenç GÜRKAYNAK

2. Başvurucu **:** Kerem ALTIPARMAK (B.No:2014/4767, B.No:2014/5543)

Vekili **:** Av. Çiğdem DURKAN

3. Başvurucu **:** Yaman AKDENİZ (B.No:2014/4769, B.No:2014/5542)

Vekili : Av. Çiğdem DURKAN

4. Başvurucu : Mustafa Sezgin TANRIKULU

Vekili : Av. Berk BAŞARA

5. Başvurucu : Metin FEYZİOĞLU

6. Başvurucu : Erol ERGİN

Vekili : Av. Serkan ŞAHİN

7. Başvurucu : Mahmut TANAL

8. Başvurucu : Mesut BEDİRHANOĞLU

Vekili : Av. Ferit ALGAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular video paylaşım sitesi youtube.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair 27/3/2014 tarihli Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular, 4/4/2014, 7/4/2014, 8/4/2014, 14/4/2014 ve 24/4/2014 tarihlerinde doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. 2014/4717, 2014/4737, 2014/4767, 2014/4769, 2014/4817, 2014/4853, 2014/4883, 2014/5137, 2014/5542 ve 2014/5543 sayılı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2014/4705 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 71. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurular hakkında ivedilikle karar verilmesini gerekli görerek Bakanlık cevabı beklenilmeden incelenmesine ve başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanmasını gerekli gördüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olayda teknik bazı hususların açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla TİB yetkilileri bilgi vermek üzere Genel Kurula davet edilmiş, TİB Başkanı Ahmet Cemalettin Çelik, Hukuk Dairesi Başkanı Ali Erten ve Bilgi İşlem ve İnternet Uzmanı Mustafa Küçükali tarafından 29/5/2014 tarihinde açıklamalar yapılmıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvuruculardan,

a) Birinci başvurucu Youtube LLC Corporation Service Company, youtube.com isimli internet sitesinin sahibi ve kullanıcısıdır.

b) Diğer başvurucular, youtube.com sitesini bilgi edinme ve içerik sağlayıcı sıfatı ile bilgi paylaşımı için kullanmaktadırlar.

8. TİB, 27/3/2014 tarihinde youtube.com isimli internet sitesine erişimi engellemiş ve bu adreste kullanıcılara yönelik olarak "*5651 sayılı Kanun uyarınca yapılan teknik inceleme ve hukuki değerlendirme sonucunda bu internet sitesi (youtube.com) hakkındaki Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının 27/3/2014 tarih ve 490.05.01.2014-48125 sayılı kararına istinaden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından idari tedbir uygulanmaktadır.*" duyurusu yayınlanmıştır.

9. Youtube LCC, TİB'in erişimin engellenmesi işlemine karşı Ankara Nöbetçi İdare Mahkemesi Başkanlığı nezdinde yürütmeyi durdurma istemli iptal davası açmıştır.

10. Gölbaşı (Ankara) Cumhuriyet Savcılığının 27/3/2014 tarih ve 2014/1051 sayılı talebi üzerine Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27/3/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/358 sayılı kararıyla 15 adet URL bazlı youtube.com hesabına erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Ayrıca kararda TİB tarafından bahse konu içeriklerin erişime engellenmesine yönelik kararın bildirilen süre içinde gereğinin yerine getirilmemesi durumunda IP (Internet Protocol Address) ve alan adı yoluyla sitedeki tüm yayının erişiminin engellenmesine, bahse konu içerikler ve aynı nitelikteki diğer içerikler tamamen kaldırılıncaya kadar erişime engelin devam etmesine, hükmün infazı ve gereği için kararın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiştir.

11. TİB, 28/3/2014 tarihinde anılan siteye girişteki duyuruyu "*Bu internet sitesi (youtube.com) hakkında Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27/3/2014 tarih ve 2014/358 sayılı*

kararına istinaden ve 5651 sayılı Kanunun 8. madde 1/b bendi uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından KORUMA TEDBİRİ uygulanmaktadır." şeklinde değiştirmiştir.

12. Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, 2/4/2014 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak anılan Mahkemenin erişimin engellenmesi kararının yeniden gözden geçirilerek kaldırılması talebinde bulunmuştur. Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/381sayılı kararı ile ilk kararını gözden geçirmiş ve 15 adet URL bazlı youtube. com hesabına erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına, buna karşılık "*youtube.com*" isimli internet sitesinin erişime kapatılmasının tüm kullanıcılarının Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ihlal edildiğinden tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılmasına karar vermiştir.

13. Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin "*youtube.com*" sitesinin erişim engelinin kaldırılmasına dair 4/4/2014 tarih ve 2014/381 Değişik İş sayılı kararının aynı tarihte TİB'e 2014/175774 sayılı evrak kayıt no.'su ile tebliğ edildiği, ancak sitenin erişime açılmadığı anlaşılmıştır.

14. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 Değişik İş sayılı kararına karşı Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz edilmiştir.

15. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/81 sayılı kararı ile 15 adet URL (Uniform Resource Locator) bazlı "youtube" hesabına erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına, TİB tarafından yukarıda yazılı içeriklerin (linklerin) erişime engellenmesinin "youtube.com"a bildirimine rağmen ilgilisi tarafından bildirilen süre içinde gereğinin yerine getirilmemesi durumunda sözkonusu internet sitesinin tüm yayınına erişimin engellenmesine ve suça konu içerikler kaldırılıncaya kadar erişim engelinin devamına karar verilmiştir.

16. 7/4/2014 tarihi itibarıyla youtube.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesinin gerekçesi olarak bu adrese girişte TİB'in "*Bu internet sitesi (youtube.com) hakkında Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27/3/2014 tarih ve 2014/358 sayılı kararı ile Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 4/4/2014 tarih ve 2014/81 sayılı kararına istinaden ve ayrıca 5651 sayılı Kanunun 8. madde 1/b bendi uyarınca Telekominikasyon İletişim Başkanlığı tarafından KORUMA TEDBİRİ uygulanmaktadır.*" duyurusu yer almaktadır.

17. Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının, 4/4/2014 tarihinde Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesince verilen kararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268. maddesine aykırı olduğu ve verilen kararın yok hükmünde sayılması gerektiği yönündeki itirazı üzerine Gölbaşı

Asliye Ceza Mahkemesi 9/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/91 sayılı kararıyla anılan Kanun'un 268. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince açık usul ve yetki ihlali nedeniyle verilen 2014/81 D. İş Sayılı kararın yok hükmünde sayılmasına, youtube.com internet sitesindeki tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılmasına ilişkin Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 D. İş Sayılı kararında belirtilen 15 adet linke erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına ve ilgili www.youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına, kararın bir suretinin TİB, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ile Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine, kesin olarak karar vermiştir.

18. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 9/4/2014 tarih ve 2014/91 sayılı kararına rağmen "youtube.com" isimli video paylaşım sitesi erişime açılmamıştır. Sitenin erişime açılmaması kararının gerekçesi kamuoyuna şu şekilde bildirilmiştir:

> "*Bilindiği üzere, Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin devlet sırlarının ifşasının önlenmesi amaçlı 27/03/2014 tarihli ve 2014/358 Değişik İş No.lu Kararına istinaden ve ayrıca Gazi Mustafa Kemal Atatürk'e hakaret niteliğindeki içerikler nedeniyle 5651 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (4) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından youtube.com adlı internet sitesine erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmaya başlanmıştır.*
>
> *Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 04/04/2014 tarihli ve 2014/381 sayılı Kararıyla, 2014/358 Değişik İş No.lu Kararda belirtilen ilgili internet sitesindeki (youtube.com) tüm yayına erişimin engellenmesine dair karar kaldırılmıştır. Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 04/04/2014 tarihli ve 2014/81 Değişik İş No.lu Kararıyla, ilgili internet sitesi tarafından gereğinin yerine getirilmemesi durumunda, youtube.com internet sitesinin tüm yayınına erişimin engellenmesine ve suça konu içerikler kaldırılıncaya kadar erişime engelin devamına hükmedilmiştir. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 09/04/2014 tarihli ve 2014/91 Değişik İş No.lu Kararı ile 2014/381 Değişik İş No.lu Kararında belirtilen 15 linke erişimin engellenmesine dair Kararın aynen devamına ve youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına karar verilmiştir. Youtube tarafından 2014/381 Değişik İş No.lu Kararda yer alan 15 linkteki içeriklerin bir kısmının kaldırılmış olduğu, bir kısım linklerde ise içeriğin tamamen çıkarılmayarak sadece Türkiye'den erişimin engellendiği ancak, yurtdışından erişimin mümkün olduğu tespit edilmiştir. 27/03/2014 tarihinden bugüne kadar ilgili internet sitesinde aynı içeriği taşıyan toplam 151 link tespit edilmiş, bu*

içeriklerin çıkarılması için Youtube'a bildirimde bulunulmuştur. Youtube tarafından bu içeriklerin bir kısmının kaldırılmış olduğu, bir kısım linklerde ise içeriğe sadece Türkiye'den erişimin engellendiği fakat, yurtdışından erişilebildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, aynı içeriği taşıyan bir kısım linklerin halen yayınlanmaya devam ettiği görülmektedir. Diğer taraftan, Gazi Mustafa Kemal Atatürk'e hakaret niteliğindeki içerikler nedeniyle youtube'a uyarı mesajları gönderilmiş olup, söz konusu içerikler çıkarılmadığı için 27/03/2014 tarihinden itibaren 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (4) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmıştır. Söz konusu içeriklerin bir kısmı hala ilgili internet sitesinde yayınlanmaya devam ettiğinden, youtube.com internet sitesine uygulanan erişimin engellenmesi tedbirine devam edilmektedir."

19. Bu arada Youtube LCC tarafından erişimin engellenmesine ilişkin karara karşı açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesi 2/5/2014 tarih ve E. 2014/655 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar vermiş, anılan karar 7/5/2014 tarihinde TİB'e tebliğ edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

20. Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*"

21. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir*".

22. 2577 sayılı Kanun'un "Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya*

eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez."

23. 4/5/2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesi şöyledir:

"(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 29/5/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru dosyası incelenerek gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

25. Başvuruculardan Youtube LLC Corporation Service Company tarafından ileri sürülen iddialar özetle şöyledir: Başvurucu;

a) Youtube.com isimli internet sitesinin sahibi olmasının yanında kendisinin de anılan sitenin bir kullanıcısı olduğunu, bu nedenle siteye erişiminin engellenmesinin haklarını ihlal ettiğini,

b) Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 sayılı kararında hangi URL adreslerindeki içeriğe dayalı olarak erişimin engellendiğinin gösterilmediği, anılan mahkeme kararında Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının 27/3/2014 tarih ve 2014/1051 sayılı siyasal ve askeri casusluk ile gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu ile ilgili olarak yürüttüğü soruşturma kapsamında devlet üst düzey sivil ve askeri yöneticilerin arasında devletin güvenliği, iç veya dış siyasal yararları

bakımından gizli kalması gereken konuşmaların kayda alınarak internet ortamında yayınlandığı, suçun işlenmesinin devamının durdurulması bakımından karara konu olan URL'lerin Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrası ile Türk Ceza Kanunu'nun 328. maddesinin birinci ve 330. maddesinin birinci fıkrası uyarınca erişime engellenmesine ve bu URL'ler ile aynı nitelikteki içerikler tamamen yayından kaldırılıncaya kadar erişime engellemenin devam etmesine karar verildiği belirtilmiş ise de, "*benzer içerik*" ifadesinin yeteri kadar açık olmadığını,

c) Erişimin engellenmesi kararının Anayasa'nın 22. ve Türk Ceza Kanunu'nun yukarıda anılan 328/1 ve 330/1. maddelerine dayanarak verilemeyeceği, belirtilen gerekçelere dayanılarak tüm siteye erişimin engellenmesi kararının ölçüsüz olduğunu; Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve 2014/381 sayılı kararı ile tüm yayına erişimin engellenmesine dair kararın kaldırılarak yalnız 15 adet URL adresine erişimin engellenmesine karar verildiği halde erişim engelinin devam ettiğini,

ç) TİB tarafından son olarak 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin, birinci fıkrasının (b) ben-di-nin ihlal edildiği gerekçesiyle re'sen erişimin engellenmesi yoluna gidilmişse de idareye tüm siteye erişimi engelleme konusunda verilmiş bir yetki bulunmadığı, ayrıca anılan ihlale neden olan içeriğin hangi URL adresinde yer aldığının da belirtilmediği ve idari işlemin sebep unsurunun açıklıkla ortaya konulmadığı ve müdahalenin ölçüsüz olduğu, siteye erişimin tümüyle engellenmesinin şirketin ticari özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olduğunu,

belirterek Anayasa'nın 26. ve 48. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

26. Başvuruculardan Kerem Altıparmak, Yaman Akdeniz, Mustafa Sezgin Tanrıkulu, Metin Feyzioğlu, Erol Ergin, Mahmut Tanal ve Mesut Bedirhanoğlu tarafından ileri sürülen iddialar özetle şöyledir: Başvurucular,

a) İnternet yayıncılığının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirildiğini, youtube.com isimli internet sitesinin "*yurttaş gazetecilik*" kavramı çerçevesinde bireyler tarafından bağımsız habercilik ve demokratik iletişim amaçlı olarak ülkemizde ve dünya genelinde yaygın olarak kullanıldığını ve anılan sitenin ifade özgürlüğünün en etkin olarak kullanıldığı platformlardan biri olduğunu;

b) Anılan sitenin tamamına yönelik uygulanan erişim engelinin mahkeme kararı ile kaldırılmış olmasına karşın siteye erişimin keyfi nitelikteki idari kararlara dayalı olarak engellenmeye devam edildiğini;

c) Her türlü sanatsal ve bilimsel paylaşımın yapılabildiği bu siteye erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğü açısından olumsuz nitelikte ve ağır sonuçlar doğurduğunu, kişilerin anılan internet sitesi üzerinden bilgi ve belgelere ulaşmasının aynı zamanda bu kişilerin özel hayatını ilgilendiren bir konu olduğunu, tüm siteye erişim engeli getirilmesi ile Anayasa'nın 20. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının da ihlal edildiğini;

ç) Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen temel hakların idari bir kurum tarafından değil ancak hakim kararı ile sınırlandırılmasının mümkün olduğunu, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde dahi hâkim kararı dışındaki mercilere tanınan sınırlama yetkisi çerçevesinde verilen kararların da 24 saat içerisinde hakim onayına sunulması gerektiğinin öngörüldüğünü ve bu kuralın istisnasının olmadığını;

d) 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verildiğini, 8. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca bazı hallerde idareye erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin tanınmasının Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6. ve 9. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek idarenin yargı makamının yerine geçerek yargısal karar vermesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu;

e) Anılan Kanun'un 8. maddesinde yer alan "*içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik ve yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde*" ibaresinin bir suçun varlığı koşuluna bağlı olarak bu suça ilişkin alınacak önlemlere işaret ettiğini, dolayısıyla burada tanınan yetkinin açık bir adli kolluk yetkisi olduğunu ve bu konudaki kararların ancak yargı mercilerince alınabileceğini, idarenin ise sadece kararın uygulanmasında rol oynayabileceğini;

f) Anayasa'nın sistematik yorumunun anılan kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu da gösterdiğini; ilgili hükmün, özel hayat alanında kalan internet sitesine erişim engelleme kararlarına ilişkin olduğunu, Anayasa'nın 20. maddesinin özel hayata müdahale niteliğindeki kararların ancak yargı kararı ile alınabileceğini düzenlediği ve aynı sistemin uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de öngörüldüğünü, bu açıdan bakıldığında aksi durumun yani kısıtlama kararının yargı organları yerine idari kurumlara bırakılmasının Anayasa'nın temel haklar ve özgürlükler rejimine ve Anayasa'nın 13. maddesinin sınırlandırmanın koşullarından biri olarak saydığı Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütüne açıkça aykırı olduğunu;

g) TİB tarafından 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun uyarınca re'sen erişimin engellenmesi gerekçesine dayanılmakta ise de kötü niyetli bir kişinin Atatürk'e hakaret eden bir içeriği Youtube'a yüklemesi nedeniyle milyonlarca kullanıcının milyarlarca

içeriğe ulaşamaması sonucunun doğabileceğini, bu durumun ise ölçüsüz bir sınırlandırma niteliğinde olması nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğunu;

ğ) Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 sayılı kararında Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının siyasal ve askeri casusluk ile gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu ile ilgili olarak yürüttüğü 27/3/2014 tarih ve 2014/1051 sayılı soruşturma kapsamında devlet üst düzey sivil ve askeri yöneticileri arasında devletin güvenliği, iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken konuşmaların kayda alınarak internet ortamında yayınlandığı, suçun işlenmesinin devamının önlenmesi bakımından karara konu olan URL'lerin Anayasa'nın 22/2. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 328. maddesinin (1) numaralı fıkraları ve 330. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca erişime engellenmesine ve bu URL'ler ile aynı nitelikteki içerikler tamamen yayından kaldırılıncaya kadar erişime engellemenin devam etmesine karar verilmiş ise de, 5651 sayılı Kanun kapsamında bir koruma tedbiri olarak verilebilecek olan erişimin engellenmesi kararının ancak katalog suçlar için öngörülmüş istisnai bir durum olduğunu; 8. maddedeki suç tiplerinin tahdidi bir şekilde sayılması nedeniyle bu katologda sayılmayan örneğin TCK'nın 328. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen siyasal veya askeri casusluk ya da 330. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen gizli kalması gereken bilgileri açıklamaya ilişkin suçlar bakımından koruma tedbirine başvurulamayacağını, aksi hâlde kanun koyucu tarafından sınırlı sayma yoluna gidilmeden tüm suçlar için bu mekanizmanın öngörülebileceği şeklinde bir sonuca varılacağını, bunun ise kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ilkesine aykırı olacağını;

h) TİB'in engelleme kararına gerekçe olarak gösterdiği 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1/b bendi uyarınca erişimin engellenmesinin de mümkün olmadığını, anılan madde hükmünün atıfta bulunduğu ve 5816 sayılı Kanun ile tanımlanan suç tanımı ile engelleme gerekçesinin farklı olduğunu, erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğunu;

belirterek, Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. Başvuruculardan Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak ve Metin Feyzioğlu çeşitli üniversitelerde öğretim üyesi olarak çalışmaktadırlar. Bu başvurucular insan hakları ve ceza hukuku alanında bilimsel çalışmalar yaptıklarını, bu çalışmalarını youtube.com isimli internet sitesinde yer alan hesapları üzerinden paylaştıklarını, aynı zamanda çalışma alanları ile ilgili

Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi metin ve görsellerine site üzerinden ulaştıklarını ifade etmişlerdir. Başvuruculardan Mustafa Sezgin Tanrıkulu ve Mahmut Tanal ise İstanbul milletvekili olarak görev yapmakta olup anılan site üzerinden yasama organındaki konuşma ve faaliyetlerini site aracığı ile paylaştıklarını, ayrıca çalışma alanları olan insan hakları hukuku ile ilgili konularda siteden faydalandıklarını belirtmişlerdir. Başvuruculardan Mesut Bedirhanoğlu sitenin aktif olarak kullanıcısı olmasının yanında, uluslararası insan hakları hukukunda doktora yapması nedeniyle uzmanlık alanı ile ilgili seminer konferans ve televizyon programlarının görüntülerini anılan site üzerinden paylaştığını ifade etmiştir. Başvurucu Erol Ergin ise anılan sitede üyeliğinin bulunduğunu, sitede kendisine göre düzenlediği profili ile istediği kanalları ve paylaşım yapan kişileri düzenli olarak takip ettiğini, bunlar hakkında görüş yazmanın yanı sıra düzenli olarak etkinliklerini takip ettiği sivil toplum kuruluşları ve mesleki kuruluşların bulunduğunu belirtmiştir. Başvuruculardan Youtube LLC, anılan sitenin sahibi olmasının yanında kullanıcısı durumunda bulunduğunu ticari bir şirket olması nedeniyle ticari faaliyetlerinin tanıtımında sitenin etkin olarak kullanıldığını ifade etmiştir.

28. Bu açıklamalar ışığında başvuruculaın youtube.com isimli internet sitesinin tümüyle erişime engellenmesine ilişkin idari işlemden doğrudan etkilendikleri anlaşılmaktadır.

29. Başvurucular TİB'in anılan işlemine karşı yargı yolunun tüketildiğini, ayrıca idari yargı merciine başvurulmasının etkili bir başvuru yolu olmadığını, dolayısıyla bu yolun tüketilmesinin gerekmediğini, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 4/4/2014 tarih ve Değişik İş No. 2014/81 sayılı itirazın kabulüne ilişkin kararının kesin olması nedeniyle başvuru yollarının tüketildiğini ileri sürmüşlerdir.

30. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"*Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*"

31. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.*"

32. Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi

nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

33. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurucunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17).

34. Tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurucunun şikayetlerini gidermede makul başarı şansı tanımaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi gerekir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29). Ayrıca başvuru yollarının tüketilmesi kuralı mutlak nitelikte olmayıp bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken her somut başvurunun kendine özgü koşullarının da göz önüne alınması zorunludur. Bu anlamda yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulanma şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurucunun başvuru yollarının tüketilmesi noktasındaki yükümlülükleri başvurunun özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir.

35. Başvuru konusu olayda, Türkiye Barolar Birliğince Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin erişimin engellenmesi kararına karşı bu kararın yeniden değerlendirilmesi talebinde bulunulduğu, talebin kabul edilmesi üzerine tüm siteye erişimin engellemesine yönelik kararının kaldırıldığı, anılan karara karşı yapılan itirazın Asliye Ceza Mahkemesi tarafından kabul edilmesi üzerine erişim yasağının devam ettiği, son olarak Asliye Ceza Mahkemesince verilen 2014/81 sayılı kararın, "5271 sayılı Kanun'un 268. maddesine aykırı olduğu ve verilen kararın yok hükmünde sayılması gerektiği" yönündeki itiraz üzerine, "*15 adet linkin erişime engellenmesine dair kararın aynen devamına ve ilgili youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına, kararın bir suretinin Bilgi İletişim Teknolojileri Kurumu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine*", kesin olarak karar verildiği anlaşılmıştır.

36. Diğer taraftan TİB işlemine karşı Youtube LCC tarafından 4/4/2014 tarihinde yürütmenin durdurulması istemli olarak açılan davada ise Ankara 4. İdare Mahkemesince 2/5/2014 tarih ve E.2014/655 sayılı karar ile yürütmenin durdurulmasına karar verildiği ve anılan kararın 7/5/2014 tarihinde TİB'e tebliğ edildiği anlaşılmıştır.

37. Bu durumda potansiyel olarak var olduğu kabul edilen birden fazla başvuru yolunun kullanıldığı; Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin kesin nitelikteki kararı ile Ankara İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararına rağmen anılan internet sitesine erişimin engellenmeye devam edildiği anlaşılmaktadır. Oysa hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir (B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 24).

38. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun ve bireyin kendini geliştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

39. Ülkemizde yoğun ve etkili bir şekilde kullanılan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin, kullanıcıların demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun en kısa sürede denetlenmesi ve hukuka aykırılığın tespiti halinde ise sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu erişimin engellenmesi kararına ilişkin yukarıda belirtilen mahkeme kararlarına (§37) rağmen başvuruculaların ihlal iddiasına konu olan youtube.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Somut olay bağlamında, anılan siteye erişimin engellenmesinin gerekçesi olarak gösterilen içerikler ile bireysel kullanıcı niteliğindeki başvurucular arasında bir bağlantı bulunmadığı gibi, kendilerinin kullanıcısı oldukları sitelerde erişimin engellenmesine konu bir içeriğin olduğuna dair herhangi bir iddianın da bulunmadığı görülmektedir.

40. Youtube'un da dahil olduğu sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platformdur. Bu gibi internet siteleri günümüzde sosyal medyada dünyadaki tüm kullanıcıların bir

arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline gelmiştir. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olup, bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediği açıktır. Tedbir niteliğinde dahi olsa, bir kullanıcı tarafından paylaşılan içerik nedeniyle sitenin tamamının erişime kapatılması halinde bütün bireysel kullanıcıların siteden yararlanması imkansız hale gelmektedir. Başvuruculardan Youtube LCC tarafından idari yargıda yürütmeyi durdurma talepli olarak açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen kararın gereğinin bugüne kadar yerine getirilmemesi ve siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi sözkonusu başvuru yolunun etkili olmadığını göstermektedir. Ayrıca yürütmenin durdurulması kararının uygulanması sonunda sitenin tümüyle erişime açılması, işin niteliği gereği kapatılan sitenin kullanıcıları olduğu anlaşılan diğer başvurucular açısından da sonuç doğuracağından, her bireysel kullanıcının yeniden yargı yollarına başvurmasının beklenmesi bireysel başvuru usulündeki başvuru yollarının tüketilmesi prensibinin amaçları ile uyumlu değildir. Bu durumda söz konusu başvuru yolunun temel hak ihlalinin ortadan kaldırılması bakımından tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı sonucuna varılmıştır.

41. Başvuruculaların Anayasa'nın 26. maddesine ilişkin şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi başka bir kabuledilmezlik nedeni de bulunmadığından başvuruların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

42. Başvurucular özetle, TİB tarafından youtube.com isimli video paylaşım sitesine erişimin idari bir karar ile resen engellenmesinin hukuka aykırı olduğunu, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasında sınırlı sayıda sayılmış suç iddiasına bağlı olarak aynı maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca resen erişimin engellenmesi kararı verilebileceği hâlde, anılan suç tipine uygun olmayan bir gerekçe ile youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin anılan sitede yayımlanan videolara ulaşma imkânının yanında bilgiye ulaşma hakkını da ciddi şekilde sınırlandırdığını, bu engellemenin sadece anılan sitede mevcut olan değil ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini; Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının talebi ile Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin yukarıda yer verilen 27/3/2014 tarih ve 2014/358 sayılı kararının da hukuka aykırı olduğunu, erişimin engellenmesi kararına dayanak gösterilen Türk Ceza Kanunu'nun 328. ve 330. maddesinde tanımlanan suçlar nedeniyle erişimin engellenmesinin mümkün olmadığını; erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğunu ve anılan video paylaşım sitesine erişimin tümüyle

engellenmesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal kriterlere uygun olmadığını ve ölçülülük ilkesine uyulmadığını ifade etmişlerdir (§§ 25, 26).

43. Başvuru konusu olayda teknik hususlarda bilgi vermek üzere davet edilen TİB yetkililerince özetle, erişimin engellenmesi kararının uygulanması amacıyla öncelikle uyar-kaldır prosedürünün harekete geçirilerek içerik sağlayıcıya URL bazlı içeriğin kaldırılması bildiriminde bulunulduğu, sonuç alınamaması durumunda "http" tipi sitelerde URL bazlı olarak erişimin engellenmeye çalışıldığı, bu erişim engelinin VPN (Kriptolu Sanal Link) ve TOR (Anonim Ağ) kullanılmak suretiyle aşılmasının mümkün olduğu, bunun yanı sıra "https" tipinde sitelere erişimi engellemenin ise teknik olarak mümkün olmadığı, Erişim Sağlayıcıları Birliğinin kurulması ile içeriklerin URL bazlı olarak engellenmesi konusunda erişim sağlayıcıları ile kurumsal çalışmaların yapıldığı ve bu çalışmaların hâlen sürmekte olduğu belirtilmiştir.

44. Başvurucular her ne kadar Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmayan Anayasa Mahkemesi, başvuruculların iddialarını ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmiştir.

45. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

46. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.*

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

47. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "*düşünce ve kanaate sahip olma*" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "*düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma*", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B. No: 2013/2602,23/1/2014, §40).

48. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'in de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez (*Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, §49*).

49. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (*B. No:2013/2602, 23/1/2014, §43*).

50. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (*B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §44*).

51. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına *kamunun*

gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. (*bkz. AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997*), (*benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Lingens/Avusturya, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım A.Ş/Türkiye, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78*)

52. İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

53. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (Benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43). Bu denge kurulurken Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56). Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 61).

54. Öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla

yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

55. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır (B.No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36). Dolayısıyla, Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik ilkesinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan bir kanunla öngörülmesi gerekmektedir. Kanunilik unsuruna sahip olmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden, bir anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılacaktır.

56. Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır (Bu yönde AİHM kararları için bkz. *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, B.No: 27520/07, 25.10.2011, § 87; *Yıldırım/Türkiye*, B.No: 3111/10, 18.12.2012, § 57).

57. Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

58. Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmasına, gündemin takibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük

ölçüde katkı sağlamaktadır (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. *Times Newspaper Ltd./ Birleşik Krallık*, B. No: 23676/03, 10/6/2009, § 27).

59. Bu nedenle Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekmektedir (bkz. *Yıldırım/Türkiye*, B .No: 3111/10, 18.12.2012, § 59).

60. Başvuru konusu olayda TİB'in ilk olarak "*5651 sayılı Kanun uyarınca yapılan teknik inceleme ve hukuki değerlendirme sonucunda youtube.com hakkındaki Telekominikasyon İletişim Başkanlığı'nın 27/3/2014 tarih ve 490.05.01.2014.-48125 sayılı kararına istinaden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından idari tedbir uygulanmaktadır*" ibaresi ile youtube.com isimli siteye erişimi engellediği, anılan bu engelleme kararının ardından yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan yargısal süreç sonucunda Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesinin 9/4/2014 tarih ve 2014/91 sayılı kararı ile youtube.com isimli sitenin URL bazlı 15 adresine yönelik erişim engelinin devamına buna karşılık tüm siteye yönelik erişim engelinin kaldırılarak sitenin erişime açılmasına yönelik kesin olarak karar verilmesine ve Ankara 4. İdare Mahkemesince 2/5/2014 tarih ve E.2014/655 sayılı karar ile yürütmenin durdurulmasına karar verilerek anılan bu kararın 7/5/2014 tarihinde TİB'e tebliğ edilmesine rağmen yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmediği ve anılan site üzerinde 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi gerekçe gösterilmek suretiyle re'sen erişim engelinin devam ettirildiği anlaşılmaktadır.

61. Bu olgular ve ilkeler ışığında başvuru konusu olaya bakıldığında, TİB tarafından URL bazlı tesis edilmesi gerekli olan idari tedbirlerin yalnızca hukuka aykırılığı tespit edilen içeriğe yönelik olarak uygulanabilecek ve daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgisi olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişimininin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır (benzer yönde bkz. *Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18.12.2012, § 63*).

62. TİB tarafından 5651 Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dayanak gösterilerek aynı maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca re'sen youtube.com isimli sitenin tamamına erişimin engellenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. 5651 sayılı Kanun'un 8., 9. ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi tedbirine kural olarak hâkim ya da mahkemelerce karar verilmesi, mahkeme dışındaki otoriterlerce karar verilmesi halinde derhal kararın mahkeme

onayına sunulması, erişim engelleme kararının temel olarak zararlı içeriğe (URL bazlı) erişimin engellenmesi şeklinde verilmesi ilkesi çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir. 8. maddede katalog suçlar nedeniyle erişimin engellenmesi düzenlenmiş olup maddenin (2) numaralı fıkrasında erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkemece verileceği, soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği, bu durumda kararın 24 saat içinde hakim onayına sunulması ve hakimin de 24 saat içinde karar vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

63. Maddenin (4) numaralı fıkrasında "*İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir*" denilmektedir. İdari işlemle engellemenin URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi şeklinde yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanun'un herhangi bir hükmünde yer verilmediği, ayrıca idarece bu konudaki yetkinin hangi sınırlama araçları (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemlerle erişimin engellenmesi) kullanılarak erişimin engelleneceğinin tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, dolayısıyla idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında hâkime kademeli olarak erişimin engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer tarzda bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığı belirgin değildir. Bu nedenle TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir.

64. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvurucular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruculların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.

Başkanvekili Serruh KALELİ ve üye Engin YILDIRIM bu görüşe farklı gerekçe ile katılmışlardır.

Üyeler Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun, **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Başvuruculaların Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvuruculardan Youtube LLC Corporation Service Company'e iki başvurusu dolayısı ile 412,20 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.912,20 TL'nin; Kerem Altıparmak ile Yaman Akdeniz'e başvuruları dolayısı ile her biri için ayrı ayrı olmak üzere 412,20 TL bireysel başvuru harcı ve vekalet ücreti olarak müştereken 1.500,00 TL'nin; Mustafa Sezgin Tanrıkulu'na 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin; Erol Ergin'e 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin; Mesut Bedirhanoğlu'na 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin; Metin Feyzioğlu'na başvuru harcı olarak 206,10 TL'nin ve Mahmut Tanal'a başvuru harcı olarak 206,10 TL'nin yargılama gideri olarak **ÖDENMESİNE,**

D. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruculara Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

E. Kararın birer örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca **İHLALİN VE SONUÇLARININ** ortadan kaldırılmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine,

29/5/2014 tarihinde üyeler Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA** karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Haşim KILIÇ	Serruh KALELİ	Alparslan ALTAN

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye	Üye	Üye
Recep KÖMÜRCÜ	Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU
Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN
Üye	Üye	Üye
Muammer TOPAL	Zühtü ARSLAN	M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

FARKLI GEREKÇE

Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan müdahale olmaksızın serbestçe haber alma ve vermeye hizmet eden düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması hürriyetinin yine Anayasa'nın 22. maddesinde bahse konu haberleşme hürriyetinden bağışık olduğunu söylemeye olanak yoktur.

Sosyal medya bilgi ve düşüncelerin paylaşıldığı bir alan olmasının yanında aynı zamanda bir haberleşme ortamı da olduğundan sosyal medyaya yapılacak sınırlamaların haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturacağında kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda sosyal medyaya yönelik kısıtlamaların Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan ilkelere uygun olması bir zorunluluktur. Bu çerçevede hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin hukuki bir temelinin varlığının aranacağı açıktır.

Kanunilik unsuruna sahip olmayan müdahalelerin öze dokunmama, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük gibi diğer test güvencelerine uygunluğu incelenmeden dahi Anayasaca korunan hakların ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik sınırlamaya yetki veren istisnai sebeplerde kanunilik şartının varlığının aranacağı, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi ya da gizliliğine dokunulmasının da ancak hâkim kararı veya hâkimden onaylı yetkili mercii kararı ile olabileceğinin ifade edildiği görülmektedir.

Hal böyle iken, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı 28/03/2014 tarihinde Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 sayılı kararında yer alan 15 adet URL bazlı youtube.com hesabına erişimin engellenmesi, gereğinin yerine getirilmemesi halinde IP ve alan adı yoluyla tüm yayının erişiminin engellenmesi hükmü yönünden anılan gerekçeyi aşarak kendiliğinden 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi 1/b bendinden de yetki aldığı düşüncesiyle siteyi erişime kapatma yoluyla koruma tedbiri ittihaz ettiğini açıklamıştır.

Bilahare yapılan itirazlar ve youtube.com isimli internet sitesinin tümüne yönelik erişimin engellenmesinin kaldırılması kararları karşısında bu kez sadece 5652 sayılı Yasanın 8. maddesi 1/b bendi ile bağlantılı olarak aynı maddenin (4) numaralı fıkrasına dayanarak erişimin engellenmesi tedbirini uygulamaya devam ettiğini duyurmuş, bu idari tedbire karşı Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin vermiş bulunduğu yürütmenin durdurulmasına yönelik kararını da kendisine tebliğ edilmiş olmasına rağmen yürürlüğe koymamıştır.

Ancak, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından idari tedbir kararlarının uygulanmasına ilişkin gerekçelerde yer alan ifadelerinden 28/03/2014 tarihli olanının dayandığı 5651 sayılı kanunun 8/1-b maddesinin, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar ile ilgilidir. Gölbaşı Cumhuriyet Savcılığı müracaatı ile verilen Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 2014/358 değişik iş sayılı kararının konusu ise, "siyasal ve askeri casusluk ile gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu ile ilgili olarak yürüttüğü soruşturma kapsamında gizli kalması gereken, devletin güvenliğini ilgilendiren kayda alınmış konuşmaların internet ortamında yayınlanmasının önlenmesi" olması karşısında, bu konunun yetki alındığı söylenen yasa maddesi ile içerik yönünden bir ilgisinin bulunmadığı gibi ayrıca 8. maddede sayılan diğer suç tiplerine de uymadığı ve bu nedenlerle koruma tedbirine başvuramayacağı anlaşıldığından, idarenin kullandığı kamu gücünün bu yönden yasal dayanağının bulunduğu söylenemeyecektir. Kanunilik unsurunu taşımayan bu müdahale ihlal niteliğindedir.

Diğer taraftan, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 9/4/2014 tarihli 2014/91 sayılı youtube.com isimli internet sitesine tümüyle erişimin kaldırılması ve Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 2/5/2014 tarih ve 2014/655 sayılı yürütmenin durdurulmasına yönelik kararına rağmen bu kez 5651 sayılı Kanun'un 8.maddesi 1-b

bendinin (4) numaralı fıkrası gereğince, fıkranın içerdiği belirsizliğe karşın kendini resen yetkili sayarak müdahalesini sürdürdüğü anlaşılmaktadır.

Anayasal haklara yönelik müdahalenin kanuni dayanağının bulunması zorunluluktur. Dayanağın belirliliği, öngörülebilirliği gibi niteliklere sahip olması gerekliliği öncelikle kanuni dayanağın varlığını ve dahi Anayasa'ya uygunluğunu icap ettirir. Hukuki temelin varlığının anlaşılabilirliği, belirginliği, açıklığı gibi ilkeler yasal mevzuatı zorunlu kılar.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın idari tedbir uygulanmasına ilişkin karar gerekçeleri kendisine bu anlamda yasal temel oluşturmadığı gibi anayasal güvenceleri taşıdığı söylenemeyecektir. Özellikle Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların hakim kararına dayanması zorunluluğu karşısında 5651 sayılı Kanun'un 8.maddesinin (4) numaralı fıkrasına dayanarak bu maddede sayılan suçların oluştuğu gerekçesiyle idarenin sınırsız bir şekilde erişimin engellenmesi tedbirini uygulayabileceği yönündeki yaklaşımın kabul edilemez olduğu açıktır. Bu yetkinin Anayasaya uygunluğundan söz edilebilmesi için acele hallerde kullanılması ve 24 saat içinde hâkim onayına sunulması şarttır. Aksi takdirde Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen güvenceler ihlal edilecektir.

Açıklanan nedenler ile; Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından uygulanan tedbir kararları gerekçelerinin uygulanmasını esas aldığı mahkeme kararında yer alan suç tipi gerekçelerine uymadığı, ve tedbir uygulama kararlarında resen kullandığı 5651 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin 1/b bendinin (4) numaralı fıkrasının çoğunluk görüşünde yer alan belirsizliği ilkesi yanında hukuki temelinin de bulunmadığı bu yönüyle Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Anayasal ölçütleri de taşımadığı anlaşıldığından 26. madde yanında Anayasa'nın 22. maddesinin de ihlal edildiğine karar vermek gerekirken, sadece belirsizlikle yetinen ve 26. madde ihlaline dayanan çoğunluk kararına ayrıca 22. maddede güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün de ihlal edildiği düşüncesiyle farklı gerekçeyle katılınmıştır.

Başkanvekili Üye

Serruh KALELİ Engin YILDIRIM

KARŞI OY GEREKÇESİ

Somut başvuruda başvurucuların, TİB'in, youtube.com internet sitesinin erişimine engellenmesi işlemine karşı kanun yollarını tüketmemiş olmaları nedeniyle başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası;

Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. ***Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.***

6216 sayılı Kanun'un 'Bireysel başvuru hakkı' kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası;

İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.

Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında başvuru yollarının tüketilmesi kuralının amacını açıklamıştır. Başvuru yollarını tüketme şartının varlık nedeni, bireysel başvuru yapılmadan önce ilk derece mahkemeleri, bölge mahkemeleri ve temyiz mahkemelerine Anayasal hakların ihlalini önleme ve düzeltme imkânı vermektir. Bu şart, temel hak ve özgürlüklerin birincil koruyucusunun idari makamlar ve derece mahkemeleri olduğunu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ise ikincil/tamamlayıcı bir koruma mekanizması olduğunu göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da ifade edildiği gibi temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup, bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır. Bu ilke uyarınca, başvurucunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (Bir çok karar arasında bkz. B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16 ve 17; B. No: 2013/850, 19/12/2013, § 19; B. No: 2013/5028, 14/1/2014, § 23, 24; B. No: 2012/254, 6/2/2014 § 31.)

Diğer yandan başvuru yolunun tüketilmesinin başvurucunun hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa, başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi halinde başvurucunun haklarına yönelik ciddi ve geri

dönülmesi imkansız bir tehlike ortaya çıkacaksa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir (bkz. B. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 20).

Somut olayda Youtube.com internet sitesi yetkililerince İdari Yargı yoluna başvurulmuş, Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı 7.5.2014 tarihinde TİB'e tebliğ olunmuş, kurum bu karara karşı itirazlarını İlk Derece Mahkemesine sunmuştur. Anayasa Mahkemesince somut dosya hakkında karar verildiği esnada kurumun itirazı henüz sonuçlanmamıştır. Öte yandan TİB'in, İdari Yargılama Usulü kanununa göre yürütmeyi durdurma kararını uygulamak zorunda olduğu otuz günlük sürenin dolmasına bir hafta kaldığı dikkate alındığında da halen yargı yolu tükenmiş değildir.

TİB'in idari yargı kararlarını uygulama zorunluluğu karşısında yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusunda belirsizlik söz konusu değildir. Somut olayda yargı kararlarının uygulanması için TİB'e verilen kanuni süre henüz dolmadığından idari yargı kararlarının ve özellikle yürütmeyi durdurma kararlarının ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı söylenemez. Mahkeme kararının kanunda öngörülen sürenin dolmasına rağmen uygulanmamış olsaydı başvuruculların idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılabilirdi.

Çoğunluk görüşünde yer alan, idari yargı kararlarının ve bilhassa yürütmeyi durdurma kararlarının etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağlamadığı düşüncesi, Türk yargı sisteminde bir kaosa neden olma tehlikesini içinde barındırmaktadır. Bundan sonra idari yargı yerlerinden yürütmeyi durdurma kararı alan kişilerin, kararların uygulanması için idareye verilen ve kanunlarda öngörülen sürenin dolmasını beklemeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma yolunu açacaktır.

Son olarak, idari yargı sistemi ülkemizde çok uzun zamandır genel olarak etkili bir şekilde işlemektedir. Bazı yapısal sorunların olmadığı elbette söylenemez. Ancak somut olayda bu tür bir yapısal sorundan bahsetmek olanaklı değildir. Temel hak ve özgürlüklerin birincil koruyucusunun idari makamlar ve derece mahkemeleri olduğunun ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ise ikincil bir koruma mekanizması olduğunun göz ardı edilmesi idarenin, ilk derece mahkemelerinin, bölge mahkemelerinin ve temyiz mahkemelerinin Anayasal hakların ihlalini önleme ve düzeltme imkânının elinden alınması olacaktır. Böyle bir yaklaşım her şeyden önce Anayasa Mahkemesinin iş yükünü Mahkemenin altından kalkamayacağı oranda çoğaltma tehlikesi barındırmaktadır.

Daha da önemlisi Anayasa'nın 6. maddesinde "*...Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*" denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin

kendisine verilen Anayasal yetkileri, idare ve yargı yerlerinin aleyhine genişleterek hatta egemenliği kullanan diğer Anayasal organların yetkilerini kullanarak aktivist bir politika güttüğü görünümü verecektir.

Açıklanan nedenlerle başvurucuların idari yargı kanun yolunu tüketmeden Anayasa Mahkemesine yaptıkları başvuruda kanun yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle, bireysel başvurularının kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye Hicabi DURSUN

KARŞI OY GEREKÇESİ

Mahkememizin 2014/3986 Başvuru Numaralı twitter kararında; "*Başvuru konusu olayda TİB'in bazı mahkeme kararlarını gerekçe göstererek twitter.com internet sitesine erişimi engellediği anlaşılmakta ise de dayanak gösterilen kararların incelenmesinden söz konusu kararların sadece belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olduğu, derece mahkemelerince doğrudan twitter.com internet adresine erişimi (tamamen) engellemeye yönelik bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır.*"(§46) denilmiş ve aynı kararın 48. paragrafında, *"....Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de sitenin tümüne yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ..... **erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı** ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin **kanuni dayağı olmaksızın** ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile **engellenmesinin** demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır*" denilerek sonuçta TİB tarafından internet sitesine erişimin engellenmesinin "**hukuki dayanağı olmaması nedeniyle**" Anayasa'nın 26. maddesinde korunan **ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.**

Başka bir deyişle **erişimin tamamen engellenmesine yönelik bir mahkeme kararı olmadığı halde** TİB'in twitter'a erişimi tamamen engellemesinin hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktaydı. Hukuki dayanağı bulunmayan bu tasarruf, açıkça hukuka aykırı ve "keyfi" bir işlemdi. Kanuni dayanağı olmayan ve bu yüzden de hukuka aykırılığı çok açık olan bu idari işleme/eyleme karşı Ankara 15. İdare Mahkemesinin verdiği yürütmenin durdurulması kararının TİB tarafından uygulanmaması, benim de katıldığım ihlal kararının verilmesine neden olmuştur.

2014/4705 numaralı Youtube'a erişimin engellenmesine dair karara konu bireysel başvuruda ise; başvuruculardan Youtube LLC Corparation Service Company, youtube.com internet sitesinin sahibi, diğer başvurucular ise kullanıcısıdır.

TİB, Dışişleri Bakanlığı'nın 27.3.2014 tarihli "*youtube'da yer alan ve ulusal güvenliği birinci derecede tehdit eden 15 adet linke ve benzer muhteviyata sahip diğer adreslere erişimin engellenmesi*" isteği üzerine adı geçen sitenin Türkiye'deki temsilcileri ile irtibata geçerek söz konusu içeriklerin URL adreslerini bildirerek yayından kaldırılmasını talep etmiştir. Bu yolla sonuç alınamayınca aynı gün Gölbaşı C. Savcılığı ve Sulh Ceza Mahkemesi nezdinde başvuru yapılmış, ilk derece mahkemesince verilen karar gereği anılan internet sitesinin girişine "*Bu internet sitesi hakkında Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27.3.2014 tarih ve 2014/358 sayılı kararına istinaden* ***ve 5651 sayılı Kanunun 8. madde 1/b bendi uyarınca*** *Telekominikasyon İletişim Başkanlığı tarafından KORUMA KARARI uygulanmaktadır*" duyurusu konularak siteye erişim engellenmeye başlanmıştır. Bu karara karşı Gölbaşı Sulh Ceza ve Asliye Ceza Mahkemelerine yapılan itirazlar sonucu, Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesince; "*15 adet linke erişimin engellenmesine dair kararın aynen devamına youtube.com internet sitesinin bu şekilde erişime açılmasına*" kesin olarak karar verilmiştir.

Bu kararlara rağmen youtube internet sitesine erişim engeli kaldırılmamıştır. Çünkü TİB, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi 1/b bendinin, yargı kararına gerek duyulmaksızın kuruma erişim engeli koyma yetkisi verdiğini ve bu kanuni yetkiye istinaden erişim engeli konulduğunu ve devam ettirildiğini belirtmektedir. Kanunun mezkur bendi, internet yoluyla Atatürk aleyhine işlenen suçlara ilişkindir.

TİB, 9.5.2014 tarihine kadar youtube adlı internet sitesinde Atatürk'e hakaret niteliği taşıyan toplam 215 URL adresi tespit edildiğini, söz konusu içeriklerin siteden çıkartılmasına yönelik youtube'a mesajlar gönderilip, bildirimler yapılmasına rağmen 215 URL adresinde yer alan içerikten hiçbirinin global ölçekte yayından kaldırılmadığını, sadece 134'üne Türkiye'den erişimin engellendiğini, 81'ine ise hem Türkiye'den hem de yurt dışından erişimin mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesi "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak **kanunla** sınırlanabileceği"ni amirdir. TİB yetkililerinin açıklamasına göre, Youtube.com sitesinin, TİB'in Atatürk'e hakaret içeren yayınların engellenmesi isteğini tamamen yerine getirmediği görülmektedir. TİB'in hakaret içeren yayınların tamamına erişimin engellenmesi talebi karşısında youtube.com sitesinin duyarsız olup olmadığı, üzerine düşeni yerine getirip getirmediği, devam

eden hak ihlallerini ortadan kaldırmak konusunda çaba gösterip göstermediği, buna karşılık TİB'in kanundan kaynaklanan bir yetkiyi mi kullandığı, yetkiyi kullanırken temel ve hürriyetlerin özüne dokunup dokunmadığı, keza kullanımın ölçülü olup olmadığı, öncelikle kanun yolunda değerlendirilip tartışılması gereken konulardır.

Adı geçen şirketin, ABD'den gelen istek ve talepleri anında yerine getirirken ülkemiz talepleri karşısında umursamaz ve keyfi bir tutum içinde olduğu, kurulu bulunduğu ülke ile ticari kaygıları dışındaki olgulara kayıtsız kaldığı yolunda iddialar vardır. Temel hak ve özgürlükler elbette korunmalıdır ancak unutulmamalıdır ki hemen hemen hiçbir hak ve özgürlük mutlak olmayıp diğer hak ve özgürlükler bunların sınırını oluşturmaktadır. Ayrıca "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı Anayasa'nın 14. maddesinde; "Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Devlete ve kişilere, Anayasa'da tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz." denilmektedir.

"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ise; "Bu hürriyetin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabil"eceği ifade edilmektedir. Bu hükümler ve diğer tüm mevzuat çerçevesinde, TİB ve onunla birlikte youtube.com sitesinin işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olup olmadığının yine bireysel başvurudan önce yargı yolunda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet sitelerinin büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumda gündem oluşturma, gündemin takibi ve bilgi alışverişini kolaylaştırmada büyük katkı sağladığı ifade olunmaktadır. Bu husus gerçekten çok önemlidir. Ancak hizmet verilirken bu alan; milletlerin önderlerine, kutsallarına saldırı yapılmasına, hakaret edilmesine, bir ülkenin milli güvenliğinin tehlikeye atılmasına, özel hayatın gizliliğine, fuhuş ve müstehcenliğin yayılmasına, toplumun ahlaki değerlerinin ayaklar altına alınmasına, devlet sırlarının ifşa edilmesine açık mı olmalıdır? Bu ve buna benzer hassasiyetler olmamalı mıdır? Olsa bile düşünceyi açıklama ve

yayma özgürlüğüne kurban mı edilmelidir? Ya da bazı ülkeler için gözetilen bu hassasiyetler Türkiye için gözetilmese de olur mu? Bu ve buna benzer birçok hususun yine ilkönce kanun yolunda ve kamu vicdanında değerlendirilmesi gereken konular olduğu düşüncesindeyim.

Yapılan bu açıklamalara göre youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin bu aşamada kanuni dayanağı bulunduğu, engellemenin tamamen kanunsuz ve keyfi olmadığı değerlendirilebilir. Kanunla Kuruma verilen yetkinin kanuna aykırı, usulsüz kullanıldığı iddiasında bulunulması halinde başvuru yapılmadan önce idari makamlara, derece mahkemelerine başvurulması, başvuru yollarının tüketilmesinden sonra burada sonuç alınamazsa bireysel başvuruda bulunulması gerekmektedir. (6216 s.k. 45/2 md)

Bir kısım başvurucu 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi dördüncü fıkrasında, bazı hallerde idareye erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmasının Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6. ve 9. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürüp idarenin yargı yerine geçerek karar vermesini fonksiyon gaspı olarak nitelendirmişse de bu iddianın değerlendirilme yeri bireysel başvuru değildir. Bireysel başvuru esnasında soyut norm denetimi yapılmasına yasal imkan tanınmamıştır. Kaldı ki olayımızda kurumun derece mahkemesi yerine geçip fonksiyon gaspında bulunduğunu söylemek de pek mümkün değildir. Çünkü TİB, 5651 sayılı Kanun'un kendisine verdiği yetkiyi kullandığını ileri sürmektedir. Başvurucular, kurumun işlem veya eyleminin ihlale neden olduğu iddiasında iseler, öncelikle bu konuda öngörülen kanun yollarını tüketmelidirler.

"*Başvuru yollarını tüketme şartının varlık nedeni, bireysel başvuru yapılmadan önce, idari makamlara, derece mahkemelerine (ilk derece mahkemeleri, bölge mahkemeleri ve temyiz mahkemeleri) Anayasal hakların ihlalini önleme ve düzeltme imkânı vermektir. Bu şart, temel hak ve özgürlüklerin birincil koruyucusunun idari makamlar ve derece mahkemeleri olduğunu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun ise ikincil/tamamlayıcı bir koruma mekanizması olduğunu göstermektedir.*"(Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi Kitabı. Prof. Dr. Osman Doğru. Sayfa: 102)

Youtube.com internet sitesi yetkililerince idari yargı yoluna başvurulduğu, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verildiği, buna rağmen erişim engelinin kalkmadığı iddiasının değerlendirilmesine gelince; Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması kararı 7.5.2014 tarihinde kuruma tebliğ olunmuş, kurum bu karara karşı yasal itiraz hakkını kullanmış ve mahkememizce karar verildiği esnada kurumun itirazı henüz sonuçlanmamıştır. İtirazın kabulü ihtimali bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle başvuruculların kanun yolunu tüketmeden yaptıkları başvurularda, "kanun yolunun tüketilmemiş olması nedeniyle", bireysel başvurularının kabul edilemez

olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Anayasa Mahkemesi - 29 Mayıs 2014 - Youtube Kararı (İngilizce Tercüme)

REPUBLIC OF TURKEY

CONSTITUTIONAL COURT

FIRST SECTION

DECISION

Application No: 2014/4705

Date of Decision: 29/5/2014

GENERAL ASSEMBLY DECISION

President	**:** Haşim KILIÇ
Deputy President	**:** Serruh KALELİ
Deputy President	**:** Alparslan ALTAN
Members	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
	Zehra Ayla PERKTAŞ
	Recep KÖMÜRCÜ
	Engin YILDIRIM
	Nuri NECİPOĞLU
	Hicabi DURSUN
	Celal Mümtaz AKINCI
	Erdal TERCAN
	Muammer TOPAL
	Zühtü ARSLAN
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN

Rapporteur : Esat Caner YILMAZOĞLU

1. Applicant : Youtube LLC Corporation Service Company (B.No:2014/4705, B.No:2014/4737)

Representative : John Kent WALKER

Counsel : Att. Gönenç GÜRKAYNAK

2. Applicant : Kerem ALTIPARMAK (B.No:2014/4767, B.No:2014/5543)

Counsel : Att. Çiğdem DURKAN

3. Applicant : Yaman AKDENİZ (B.No:2014/4769, B.No:2014/5542)

Counsel : Att. Çiğdem DURKAN

4. Applicant : Mustafa Sezgin TANRIKULU

Counsel : Att. Berk BAŞARA

5. Applicant : Metin FEYZİOĞLU

6. Applicant : Erol ERGİN

Counsel : Att. Serkan ŞAHİN

7. Applicant : Mahmut TANAL

8. Applicant : Mesut BEDİRHANOĞLU

Counsel : Att. Ferit ALGAN

I. SUBJECT OF APPLICATON

1. The applicants alleged that articles 22, 26, 27, 40, 48 and 67 of the Constitution were violated due to the action of the Presidency of Telecommunication and Communication (PoTC) dated 27/3/2014 regarding the blocking of access to the video-sharing website named youtube.com.

http://www.youtube.com

II. APPLICATION PROCESS

2. The applications were lodged directly at the Constitutional Court on the dates of 4/4/2014, 7/4/2014, 8/4/2014, 14/4/2014 and 24/4/2014. As a result of the preliminary administrative examination of the petitions and their annexes, it has been determined that there is no deficiency to prevent the submission thereof to the Commission.

3. Due to the fact that the applications numbered 2014/4717, 2014/4737, 2014/4767, 2014/4769, 2014/4817, 2014/4853, 2014/4883, 2014/5137, 2014/5542 and 2014/5543 are of the same quality as regards the subject, it was decided that they be joined with the application numbered 2014/4705 and that the examination be carried out based on this file.

4. The First Section decided that the examination of admissibility and merits of the application be carried out together and that a copy of it be sent to the Ministry of Justice, that it be examined without waiting for the response of the Ministry by finding it necessary that the decision be immediately delivered regarding the applications in accordance with paragraph (2) of Article 71 of the Internal Regulation of the Constitutional Court and that it be referred to the General Assembly for deliberations in accordance with paragraph (3) of Article 28 of the Internal Regulation of the Constitutional Court as it deemed it necessary for the application to be concluded by the General Assembly due to the quality of the application.

5. In order to be able to elucidate certain technical matters in the incident that is the subject of the application, officials of the PoTC were invited to the General Assembly to provide information, explanations were made by the President of the PoTC Ahmet Cemalettin Çelik, the President of the Legal Department Ali Erten and IT and Internet Specialist Mustafa Küçükali on 29/5/2014.

III. FACT AND CASES

A. Facts

6. As expressed in the application form and the annexes thereof, the facts are summarized as follows:

7. Of the applicants,

a) The first applicant, Youtube LLC Corporation Service Company, is the owner and user of the website named youtube.com.

b) The other applicants use the website youtube.com to obtain information and to share information in its capacity as content provider.

8. The PoTC blocked access to the website named youtube.com on 27/3/2014 and published the announcement “As a result of the technical examination and legal assessment conducted as per the Code numbered 5651, based upon the decision of the Presidency of Telecommunication and Communication dated 27/3/2014 and numbered 490.05.01.2014- 48125 regarding this website (youtube.com), an administrative measure is applied by the Presidency of Telecommunication and Communication.” on this address, intended for users.

9. Against the PoTC's action of blocking access, Youtube LCC filed an action for annulment with a stay of execution request at the Presidency of the Administrative Court on Duty of Ankara.

10. Upon the request of the Public Prosecutor's Office of Gölbaşı (Ankara) dated 27/3/2014 and numbered 2014/1051, with the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 27/3/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/358, it was decided that access to 15 URL-based youtube.com accounts be blocked. It was also decided in the decision that access to the entirety of the broadcast on the website be blocked through IP (Internet Protocol Address) and domain name in the event that the requirement of the decision of the PoTC to the effect that access to the content in question be blocked was not fulfilled within the notified period, that the blocking of access continue until the contents in question and other contents of the same quality be definitively removed, that the decision be sent to the Office of the Chief Public Prosecutor for the execution of the judgment and the required action.

11. PoTC changed the announcement at the entry of the website in question on 28/3/2014 to read "*A PROTECTION MEASURE is applied regarding this website (youtube.com) by the Presidency of Telecommunication based on the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 27/3/2014 and numbered 2014/358 and as per paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5651.*"

12. On 2/4/2014, the Presidency of the Union of Turkish Bar Associations requested the review and lifting of the decision of the Court in question to block access by applying to the Criminal Court of Peace of Gölbaşı. The Criminal Court of Peace of Gölbaşı reviewed its first decision with its decision dated 4/4/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/381 and decided on the continuation as is of the decision regarding the blocking of access to 15 URL-based youtube.com accounts, that however, since the blocking of access to the website named "youtube.com" violated the the freedom of expression, guaranteed under article 26 of the Constitution, of all of its users, the decision regarding the blocking of access to all broadcast be lifted.

13. It was understood that the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 4/4/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/381 regarding the lifting of the blocking of access to the website " *youtube.com*" was notified to the PoTC on the same date with the document registration number 2014/175774, that however, the website was not opened to access.

14. An objection was filed by the Presidency of Telecommunication and Communication at the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı against the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 4/4/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/381.

15. It was decided with the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 4/4/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/81 that the decision regarding the blocking of access to 15 URL-based (Uniform Resource Locator) "youtube" accounts be continued as is, that access to the entirety of the broadcast of the website in question be blocked in the event that the required action was not taken by the concerned despite the notification of the blocking of access by the PoTC to the contents (links) written above to "youtube.com" and that the blocking of access be continued until the contents, which are the subject of the crime, were definitively removed.

16. As of the date of 7/4/2014, the announcement "*A PROTECTION MEASURE is applied regarding this website (youtube.com) by the Presidency of Telecommunication and Communication based on the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 27/3/2014 and numbered 2014/358 and the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 4/4/2014 and numbered 2014/81 and also as per paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5651.*" by the PoTC appears at the entry of this address as the justification of the blocking of access to the website named youtube.com.

17. Upon the objection of the Office of Chief Public Prosecutor of Gölbaşı to the effect that the decision delivered by the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı on 4/4/2014 was against the article 268 of the Code of Criminal Procedure numbered 5271 and that the delivered decision should be considered null and void, it was decided in finalized fashion with the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 9/4/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/91 that the previously issued decision numbered M. Action 2014/81 be considered null and void due to a clear violation of procedure and venue as per paragraphs (1) and (2) of article 268 of the mentioned Code, that the decision pertaining to the blocking of access to the 15 links stipulated in the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 4/4/2014 and numbered M. Action 2014/381 regarding the lifting of the decision as to the blocking of access to the entirety of the content on the website youtube.com be continued as is and that the website www.youtube.com in question remain open to access in this manner, that a copy of the decision be sent to the PoTC, the Information and Communication Technologies Authority (ICTA) and the Ministry of Transport, Maritime Affairs and Communications.

18. Despite the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 9/4/2014 and numbered 2014/91, the video-sharing website named "youtube.com" was not opened to access. The justification for the decision not to open the website to access was announced to the public opinion in this manner:

"*As it is known, based upon the Decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 27/03/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/358 with the purpose of preventing the disclosure of state secrets and also due to contents that amount to insult to Veteran Mustafa Kemal Atatürk, as per the provisions of subparagraph (b) of paragraph (1) and of paragraph*

(4) of article 8 of the Code numbered 5651, the implementation of a measure to block access was initiated by the Presidency of Telecommunication and Communication.

With the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 04/04/2014 and numbered 2014/381, the decision as to the blocking of access to the entirety of the broadcast on the concerned website (youtube.com) indicated in the decision numbered Miscellaneous Action 2014/358 was lifted. Upon the objection of the Office of Chief Public Prosecutor of Gölbaşı, with the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 04/04/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/81, it was ruled upon that the access to the entirety of the broadcast of the website youtube.com be blocked and that the blocking of access be continued until the removal of the contents that are the subject of crime in the event that the concerned website does not take the required action. It was decided to continue as is the decision regarding the blocking of access to 15 links indicated in the decisions of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 09/04/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/91 and numbered Miscellaneous Action 2014/381 and to open the website youtube.com to access in this manner. It was determined that some of the contents at the 15 links included in the decision numbered Miscellaneous Action 2014/381 and that at some of the links the content was not definitively removed but access from Turkey was blocked by Youtube,but that access from abroad was still possible. Since the date of 27/03/2014, a total of 151 links carrying the same content were determined on the concerned website, a notification was made to Youtube for the removal of these contents. It was determined that some of these contents were removed by Youtube, that in some other links only access to the content from Turkey was blocked, but that access from abroad was possible. Moreover, it is observed that some links carrying the same content are still being broadcast. On the other hand, warning messages were sent to youtube due to the contents that amount to insult to Veteran Mustafa Kemal Atatürk, and since the contents in question were not removed, a measure to block access was implemented as of the date of 27/03/2014 as per the provisions of paragraph (b) of clause (1) and of clause (4) of article 8 of the Code numbered 5651. Due to the fact that some of the contents in question are still being broadcast on the concerned website, the measure to block access to the website youtube.com is being pursued."

19. In the meantime, in the case filed by Youtube LCC against the decision to block access, the 4th Administrative Court of Ankara ruled on the stay of execution with its decision dated 2/5/2014 and numbered M. 2014/655, the mentioned decision was notified to the PoTC on 7/5/2014.

B. Relevant Law

20. Paragraph four of article 138 of the Constitution is as follows:

"*Legislative and executive organs and the administration shall comply with court decisions; these organs and the administration shall neither alter the court decisions in any way whatsoever nor delay the execution thereof.*"

21. Sentence one of clause two of article 27 of the Code of Administrative Procedure numbered 2577 is as follows:

"*In cases where both conditions; arise of damages which are difficult or impossible to compensate for as a result of the implementation of the administrative action and explicit contrariety to law of the administrative action, materialize together, the Council of State or the administrative courts can render a judgment on the stay of execution by indicating the justification after the defense statement of the administration standing as defendant is taken or after the duration for defense has expired. The execution of administrative actions the effectiveness of which will exhaust upon the execution thereof can be stayed without taking the defense statement of the administration in a way to be decided again after the defense is taken.*"

22. Sentence one of paragraph one of article 28, titled "Consequences of decisions", of the Code on Administrative Jurisdiction Procedure Numbered 2577 is as follows:

"*As to the requirements of the decisions of the Council of State, the regional administrative courts, the administrative and tax courts on the merits of the case and on the stay of execution, the administration shall be obliged to establish an act or take an action without delay. Under no circumstances can the duration for this exceed thirty days starting from the notification of the decision to the administration.*"

23. Article 8 of the Code dated 4/5/2007 and numbered 5651 on the Regulation of Publications on the Internet and Fight Against Crimes Committed by Means of Such Publications is as follows:

"*(1) A decision of blocking of access shall be issued concerning publications, which are made on the Internet and regarding which there is sufficient reason for suspicion that their content constitute the following crimes:*

5237;

a) The following crimes stipulated in Turkish Criminal Code dated 26/9/2004 and numbered

1) Inducing to suicide(article 84),

2) Sexual abuse of children (article 103, paragraph one),

3) Facilitating the use of drugs or stimulant substances (article190),

4) Procurement of substances that are hazardous for health (article 194),

5) Obscenity (article 226),

6) Prostitution (article 227),

7) Providing a place and means for gambling (article 228),

b) Crimes stipulated by the Code on Crimes Committed Against Atatürk dated 25/7/1951 and numbered 5816.

(2) The decision of blocking of access shall be issued by the judge at the investigation stage, by the court at the prosecution stage. During the investigation phase, in circumstances where delay would be inconvenient, the blocking of access can also be decided by the Public prosecutor. In this case, the Public prosecutor shall present his/her decision to the judge's approval within twenty-four hours and the judge shall make a ruling within twenty four hours at the latest. In the event that the decision is not approved within this period, the measure shall be immediately lifted by the Public prosecutor. The decision of blocking of access can be issued in a limited manner for a certain period if it is considered to be of the quality to fulfill the aim. An objection can be filed against the decision regarding the blocking of access issued as a protection measure according to the provisions of the Code of Criminal Procedure dated 4/12/2004 and numbered 5271.

(3) A copy of each of the decision of blocking of access issued by the judge, the court or the Public prosecutor shall be sent to the Presidency in order for the required action to be performed.

(4) The decision of blocking of access shall be issued ex officio by the Presidency in the event that the content or hosting provider of the publications whose content constitute the crimes stipulated under clause one is located abroad or regarding publications whose content constitute the crimes stipulated under subparagraphs (2), (5) and (6) of paragraph (a) of clause one even if their content or hosting provider is located within the country. This decision shall be notified to the access provider and it shall be requested that it fulfill the required action.

(5) The required action for the decision of blocking of access shall be fulfilled immediately and within twenty-four hours starting from the moment of notification of the decision at the latest.

(6) In the event that the identities of those who have made the publications, which constitute the subject of the decision of blocking of access issued by the Presidency, a criminal complaint shall be filed by the Presidency at the Office of the Chief Public Prosecutor.

(7) In the event that a decision to the effect that there are no grounds for prosecution is issued at the end of the investigation, the decision of blocking of access shall automatically remain null and void. In this case, the Public prosecutor shall send a copy of the decision to the effect that there are no grounds for prosecution to the Presidency.

(8) In the event that a decision of acquittal is issued at the prosecution phase, the decision of blocking of access shall automatically remain null and void. In this case, a copy of the decision of acquittal shall be sent to the Presidency by the court.

(9) In the event that the content whose subject constitutes the crimes stipulated under clause one is removed from broadcast, the decision of blocking of access shall be lifted by the Public prosecutor at the investigation phase, by the court at the prosecution phase.

(10) The officials of hosting or access providers that do not fulfill the required action for the decision of blocking of access issued as a protection measure shall be sentenced to five hundred to three thousand days of judicial fine in the event that the action does not constitute another crime that requires a more severe punishment.

(11) In the event that the decision of blocking of access issued as an administrative measure is not fulfilled, an administrative fine of ten thousand New Turkish Liras to a hundred thousand New Turkish Liras shall be imposed by the Presidency on the access provider. In the event that the decision is not fulfilled within twenty-four hours starting from the moment when the administrative fine is imposed, a decision can be issued by the Institution to cancel the authorization upon the request of the Presidency.

(12) The legal remedy can be seized as per the provisions of the Code of Administrative Procedure dated 6/1/1982 and numbered 2577 against the decisions regarding administrative fines imposed by the Presidency or the Institution due to misdemeanors defined in this Code.

(13) An objection can be filed by the Presidency as per the provisions of the Code of Criminal Procedure dated 4/12/2004 and numbered 5271 against the judge and court decisions sent to the Presidency to carry out the actions.

(14) (Additional: 12/7/2013-6495/47 Art.) In the event that the institutions and organizations defined under paragraph (ç) of clause one of article 3 of the Code on the Regulation of Taxes, Funds and Shares Collected from Proceeds of Games of Chance dated 14/3/2007 and numbered

5602 determine that crimes, which fall within their field of duty, are committed on the Internet, they can issue a decision of blocking of access regarding these publications. The decisions of blocking of access shall be sent to the Presidency of Telecommunication and Communication in order to be implemented.

(15) The judge's decision issued during the stage of investigation as per this article and the judge's decision issued as per articles 9 and 9/A shall be issued by the criminal courts of peace determined by the High Council of Judges and Prosecutors in places where there are more than one criminal court of peace."

IV. EXAMINATION AND JUSTIFICATION

24. The application file was examined during the session of the court on 29/5/2014 and the following were ordered and adjudged:

A. Claims of the Applicants

25. The claims brought forward by Youtube LLC Corporation Service Company, one of the applicants, are summarized as follows: The applicant indicated that;

a) In addition to being the owner of the website named youtube.com, he was also a user of the mentioned site, and therefore, the blocking of access to the site violated his rights,

b) It was not demonstrated in the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı numbered 2014/358 based on content under which URL addresses the access was blocked, that although it was indicated in the mentioned court decision that within the framework of the investigation dated 27/3/2014 and numbered 2014/1051 conducted by the Office of the Chief Public Prosecutor of Gölbaşı regarding political and military espionage and the crime of declaring information that needed to remain confidential, conversations between high level civilian and military state officials, which needed to remain confidential with a view to the security and domestic or foreign political interests of the state, were recorded and published on the Internet, that, in order to halt the continuation of the crime being committed, a decision was delivered to block the access to the URLs, which are the subject of the decision, as per clause one of article 22 of the Constitution and clause one of article 328 and clause one of article 330 of the Turkish Criminal Code and to continue the blocking of access until these URLs and contents of the same quality were definitively removed, the expression "similar content" was not sufficiently explicit,

c) The decision of blocking of access could not be delivered as per the above mentioned article 22 of the Constitution and articles 328/1 and 330/1 of the Turkish Criminal Code, that the decision of blocking access to the entirety of the website based on the indicated justifications was

disproportionate; that the blocking of access continued despite the fact that the decision regarding the blocking of access to the entire broadcast was lifted with the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 4/4/2014 and numbered 2014/381 and it was decided to block access to 15 URL addresses only,

ç) Although the access was finally blocked ex officio by the PoTC with the justification that paragraph (b) of clause one of article 8 of the Code numbered 5651 was violated, no authority was bestowed upon the administration to block the entirety of the access to the site, that, moreover, it was not indicated under which URL address the content that caused the violation was located and that the element of reason of the administrative action was explicitly stated and that the intervention was disproportionate and that the blocking of the entire access to the site was restrictive of the company's commercial freedom,

and alleged that his rights defined under articles 26 and 48 of the Constitution were violated.

26. The claims brought forward by the applicants Kerem Altıparmak, Yaman Akdeniz, Mustafa Sezgin Tanrıkulu, Metin Feyzioğlu, Erol Ergin, Mahmut Tanal and Mesut Bedirhanoğlu are summarized as follows: The applicants indicated that:

a) Internet broadcasting was evaluated by the European Court of Human Rights within the framework of the freedom of expression, that the website named youtube.com was widely used by individuals for purposes of independent journalism and democratic communication within the framework of the concept of “citizen journalism” in our country and across the world and that the mentioned site was one of the platforms where the freedom of expression was exercised in the most efficient manner;

b) Despite the fact that the blocking of access imposed regarding the entirety of the mentioned site was lifted with a court decision, the access to the site was still blocked based on administrative decisions of arbitrary nature;

c) The blocking of access to this site, where all sorts of artistic and scientific content can be shared, was of negative quality in terms of the freedom of expression and bore severe consequences, that the access of individuals to information and documents over the mentioned website was also a matter of relevance to the private lives of these individuals, that the right to privacy and protection of private life defined under article 20 of the Constitution was also violated with the imposition of blocking of access to the entire site;

ç) The fundamental rights stipulated under the relevant articles of the Constitution could only be restricted with a judge's decision, not by an administrative institution, that even in circumstances

where delay would be problematic, it was envisaged that decisions delivered within the framework of the authority of restriction to instances except for a judge's decision needed to be submitted to the approval of a judge within 24 hours and that there was no exception to this rule;

d) A similar regulation was also included under article 8 of the Code numbered 5651, that by indicating that granting the authority to the administration to deliver a decision of blocking of access in certain circumstances as per clause four of article 8 was against the Preamble as well as articles 6 and 9 of the Constitution, that the fact that the administration issued a judicial decision by replacing the judicial instance amounted to grab of function;

e) The expression "*in the event that the content and hosting provider of the publications whose content constitute the crimes stipulated under clause one is located abroad*", which is included under article 8 of the mentioned Code, was conditional on the existence of a crime and referred to the measures to be taken with regard to this crime, that therefore, the authority granted here was clearly a judicial law enforcement authority and that the decisions in this matter could only be delivered by judicial instances, that the administration could play a role only in the implementation of the decision;

f) The systematic interpretation of the Constitution demonstrated that the mentioned rule was against the Constitution; that the relevant judgment concerned the decisions of blocking of access to a website, which falls within the scope of private life, that article 20 of the Constitution regulated that decisions, which amount to intervention in private life, could only be delivered with judicial decisions and that the same system was also envisaged in international conventions on human rights, that, seen from this perspective, the opposite situation, that is, leaving the decision of restriction to administrative institutions instead of judicial organs, was clearly against the fundamental rights and freedoms regime of the Constitution and the criterion of conformity to the wording and spirit of the Constitution, which is considered by article 13 of the Constitution to be one of the conditions of restriction.

g) Although the PoTC relied on the justification of ex officio blocking of access as per the Code on Crimes Committed Against Atatürk numbered 5816, that an ill-intentioned individual uploading a content that insults Atatürk to Youtube could lead to the consequence of millions of users not being able to access billions of content, that this situation was against article 13 of the Constitution due to the fact that it amounted to a disproportionate restriction;

ğ) It was indicated in the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı numbered 2014/358 that within the framework of the investigation dated 27/3/2014 and numbered 2014/1051 conducted by the Office of the Chief Public Prosecutor of Gölbaşı regarding political and military

espionage and the crime of declaring information that needed to remain confidential, conversations between high level civilian and military state officials, which needed to remain confidential with a view to the security and domestic or foreign political interests of the state, were recorded and published on the Internet, that although, in order to halt the continuation of the crime being committed, a decision was delivered to block the access to the URLs, which are the subject of the decision, as per article 22/2 of the Constitution and clause (1) of article 328 and clause (1) of article 330 of the Turkish Criminal Code and to continue the blocking of access until these URLs and contents of the same quality were definitively removed, the decision of blocking of access, which can be issued as a protection measure within the framework of the Code numbered 5651, was an exceptional situation envisaged only for catalog crimes; that due to the fact that the crime types under article 8 are listed in a restrictive manner, the protection measure could not be resorted to with regards to, for instance, crimes pertaining to political or military espionage regulated under clause (1) of article 328 of the TCC or crimes pertaining to declaring information that needs to remain confidential regulated under clause (1) of article 330, that otherwise, a conclusion could be drawn to the effect that this mechanism could be envisaged for all crimes without opting for a restricted enumeration by the law maker, that, in turn, would be against the principle that the law maker does not conduct an exercise in futility;

h) It was also not possible to block access as per paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5651, which was demonstrated by the PoTC as the justification for the decision of blocking, that the definition of crime referred to by the mentioned provision of the article and defined by the Code numbered 5816 and the justification for the blocking were different, that the restriction with a view to the blocking of access was against the criteria pertaining to the restriction of fundamental rights and freedoms; and alleged that their rights defined under articles 22, 26, 27, 40, 48 and 67 of the Constitution were violated.

B. Evaluation

1. In Terms of Admissibility

27. The applicants Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak and Metin Feyzioğlu work as members of faculty at various universities. These applicants stated that they carried out scientific studies in the field of human rights and criminal law, that they share these studies through their accounts on the website named youtube.com, that they also accessed United Nations and Council of Europe texts and images, which are of relevance to their fields of study, over the site. The applicants Mustafa Sezgin Tanrıkulu and Mahmut Tanal currently serve as members of the parliament from Istanbul, they indicated that they share their speeches and activities at the legislative organ via the

mentioned site, that furthermore, they benefited from the site in matters pertaining to human rights law, which is their field of study. The applicant Mesut Bedirhanoğlu stated that, in addition to being an active user of the site, he also shared footage of seminars, conferences and television programs related to his field of expertise over the mentioned website due to the fact that he was doing a doctorate in international human rights law. The applicant Erol Ergin stated that he had a membership to the mentioned site, that he regularly followed channels of his choosing and individuals who shared content via the profile he organized on the site according to himself, that in addition to writing opinions about these, there were also civil society organizations and professional organizations whose activities he regularly followed. The applicant Youtube LLC stated that in addition to being the owner of the mentioned site, due to the fact that it was a commercial company, of which he was a user, the site was effectively used in promoting its commercial activities.

28. In light of these explanations, it is understood that the applicants were directly affected by the administrative action pertaining to the blocking of access to the entirety of the website named youtube.com.

29. The applicants alleged that the judicial remedies against the mentioned action of the PoTCwere exhausted, that moreover, applying to the administrative judicial instance was not an effective remedy, that therefore, this remedy did not need to be exhausted, that the legal remedies were exhausted due to the fact that the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 4/4/2014 and numbered Miscellaneous Action 2014/81 regarding the acceptance of objection was final.

30. Clause three of article 148 of the Constitution is as follows:

"*In order to make an application, ordinary legal remedies must be exhausted.*"

31. Clause (2) of article 45 of the Code on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court dated 30/3/2011 and numbered 6216 with the side heading "Right to individual application"is as follows:

"*All administrative and judicial remedies stipulated in the code in relation to the act, action or neglect, which is claimed to have caused the violation, must be exhausted before the individual application is lodged.*"

32. According to the mentioned provisions of the Constitution and the Code, in order to be able to apply to the Constitutional Court via individual application, the ordinary legal remedies must be exhausted. The respect to fundamental rights and freedoms is a constitutional assignment of all

state organs, the correction of rights violations that emerge as a result of neglecting this assignment is the duty of administrative and judicial instances. For this reason, it is essential that claims to the effect that fundamental rights and freedoms have been violated be brought forward first before courts of instance, that they be evaluated and resolved by these instances (App. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

33. For this reason, individual application to the Constitutional Court is a legal remedy of secondary nature to be seized in the event that the alleged rights violations are not rectified by courts of instance. Due to the secondary nature of the individual application remedy, the ordinary legal remedies must be exhausted in order for an individual application be lodged at the Constitutional Court. In accordance with this principle, the applicant needs to primarily convey the complaint, which he files before the Constitutional Court, to the administrative and judicial authorities of venue within due period in accordance with the due procedure, to submit the information and evidence that he has regarding this subject within due period and to pay required attention to following his case and application in this process (App. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17).

34. In addition to being accessible, the application remedies that must be exhausted must also have the capacity of compensation and offer a reasonable chance of resolving the complaints of the applicant when exhausted. As a result, including these remedies in the legislation is not sufficient per se, it should also be demonstrated that they are effective in implementation (App. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29). Moreover, the rule pertaining to the exhaustion of application remedies does not have an absolute quality, when it is evaluated whether this condition has been fulfilled or not, the specific conditions of each concrete application must also be taken into consideration. Therefore, not just the existence of a number of application remedies in the legal system but also the conditions for the implementation thereof and the individual circumstances of the applicant must be taken into account in a realistic manner. As a result, the liabilities of the applicant in terms of the exhaustion of application remedies need to be determined by taking the characteristics of the application into account.

35. In the incident that is the subject of the application, it is understood that against the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı to block access, a request was made by the Union of Turkish Bar Associations to re-evaluate this decision, that the decision regarding the blocking of access to the entirety of the site was lifted upon the acceptance of the request, that the access ban continued upon the acceptance of the objection made against the mentioned decision by the Criminal Court of First Instance, that finally upon the objection to the effect that the decision

numbered 2014/81 delivered by the Criminal Court of First Instance was "*against article 268 of the Code numbered 5271 and that the decision that was delivered needed to be considered null and void", it was decided in finalized fashion that " that the decision pertaining to the blocking of access to the 15 links be continued as is and that the website www.youtube.com in question be opened to access in this manner, that a copy of the decision be sent to the Information and Communication Technologies Authority, the Presidency of Telecommunication and Communication and the Ministry of Transport, Maritime Affairs and Communications*"

36. On the other hand, it is understood that in the case filed by Youtube LLC on 4/4/2014 against the action of the PoTC with a request of stay of execution, it was decided with the decision of the 4th Administrative Court of Ankara dated 2/5/2014 and numbered M.2014/655 to stay the execution and that the mentioned decision was notified to the PoTC on 7/5/2014.

37. In this case, it is understood that multiple application remedies that are considered to potentially exist were resorted to; that despite the decision of finalized nature of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı and the stay of execution decision of the Administrative Court of Ankara, the access to the website in question continued to be blocked. However, the implementation of a judicial decision in a state of law requires not only an execution in form but also the elimination of the identified unlawfulness under objective conditions and within the shortest duration possible (App. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 24).

38. The freedom of expression is one of the foundations of a democratic society and it is among the indispensable conditions for the self-improvement of the society and the individual. Social pluralism can only be achieved in an environment of free discussion where all kinds of ideas can be freely expressed. In this context, establishing social and political pluralism is dependent on expression of all kinds of thoughts in a peaceful fashion and freely. In the same manner, an individual can realize his/her unique personality in an environment where he/she can freely express his/her thoughts and engage in discussion (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

39. Taking into consideration the restrictive impact of the blockage of access to a social media website, which is intensively and effectively used in our country, on the freedom of expression of the users, which is one of the foundations of a democratic society, it is an obligation emanating from the principle of the state of law that the conformity of such restrictions to law be checked within the shortest amount of time possible and, in the case of identifying a contrariety to law, that the said restrictions be immediately abolished. It is observed that despite the court decisions stated above in relation to the decision to block access that is in question (§37) , access to the website named youtube.com, which is the subject of the violation claim of the applicants, is still not

possible. It is apparent that the information and thoughts shared on social media in relation to certain incidents and cases may become outdated and lose their effect and value as time passes. Within the framework of the concrete incident, it is observed that neither is there a connection between the content upheld as the justification for the blocking of access to the mentioned site and the applicant, who have the quality of being individual users, nor is there any claim to the effect that there is a content in the sites of which they are users that is the subject of blocking of access.

40. Social media, which Youtube is a part of, is a transparent platform where mutual communication takes place and which allows individual participation in the form of creating, publishing and commenting on media content. Today websites such as these have become an important realm whereby all users of social media across the world can jointly engage in communication, comments, messages, information, criticism, sales and promotions take place. The social media platform provided by internet is indispensable in terms of the individuals' announcing, mutually sharing and disseminating their information and opinions and communicating, it is clear that interventions to these sorts of websites affect millions of individual users. Even though it has the quality of a measure, in the event that the access to the entirety of the website is blocked due to a content shared by a user, it becomes impossible for all individual users to benefit from the site. That the action required by the decision has not been fulfilled until today despite the fact that a decision of stay of execution was delivered in the case filed by Youtube LLC, one of the applicants, in administrative justice with a request of the stay of execution and that the uncertainty as to when the access to the site would be restored persists indicate that the application remedy is not effective. Moreover, since opening the access to the site in its entirety as a result of the implementation of the decision of stay of execution will bear consequence with regard to the other applicants, who are understood to be users of the blocked site, due to the nature of the affair, expecting each individual user to resort to legal remedies again is not congruous with the objectives of the principle of exhausting application remedies, which is part of the individual application procedure. In this case, it has been concluded that the application remedy in question is not an effective remedy that needs to be exhausted with a view to resolving the fundamental right violation.

41. Since the complaints of the applicants in relation to article 26 of the Constitution are not explicitly devoid of grounds and since no other reason of inadmissibility has been found, it should be decided that the applications are admissible.

2. In Terms of Merits

42. The applicants indicated, in summary, that the ex officio blocking of access by the PoTC to the video sharing site named youtube.com with an administrative decision was unlawful, that despite the fact that an ex officio decision of blocking of access could be delivered in connection with a limited number of allegations of crime enumerated under clause one of article 8 of the Code numbered 5651 as per clause (4) of the same article, the blocking of access to the site youtube.com with a justification that does not conform to the mentioned type of crime severely restricted the right to access information in addition to restricting the possibility of accessing videos published on the mentioned site, that this blocking blocked access not only to the information that currently exists on the mentioned site but also to information to be shared in the future; that the request of the Office of the Chief Public Prosecutor of Gölbaşı and the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 27/3/2014 and numbered 2014/358 indicated above were also unlawful, that it was not possible to block access due to the crimes defined under articles 328 and 330 of the Turkish Criminal Code that were put forward as the grounds for the decision of blocking of access; that the restriction regarding the blocking of access was contrary to the criteria pertaining to the restriction of fundamental rights and freedoms and that the blocking of the entirety of access to the mentioned video sharing site was not in conformity with the constitutional criteria pertaining to the restriction of fundamental rights and freedoms and that the principle of proportionality was not abided by (§§ 25, 26) .

43. It was indicated by the PoTC officials, who were invited to provide information regarding technical matters in the incident that is the subject of the application, in summary that with a view to implementing the decision of blocking of access, first a notification was made to the content provider to remove the URL-based content by utilizing the warn-remove procedure, that in the event that this did not yield results, an effort was made to block access on a URL-basis in “http” type sites, that it was possible to overcome this blocking of access by using VPN (Encrypted Virtual Link) and TOR (Anonymity Network), that in addition, the blocking of access to “https” type sites was not technically possible, that with the establishment of the Union of Access Providers, institutional work was carried out with access providers with a view to URL-based blocking of content and that this work was still ongoing.

44. Even though the applicants alleged that their rights defined under articles 22, 26, 27, 40, 48 and 67 of the Constitution were violated, the Constitutional Court, which is not bound by the judicial characterization of the incidents made by the applicants, evaluated the claims of the applicants within the framework of the freedom of expression.

45. Article 13 of the Constitution with the side heading “Restriction of Fundamental Rights and Freedoms” is as follows:

“*Fundamental rights and freedoms may only be restricted on the basis of the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution and by law without prejudice to their essence. These restrictions cannot be contrary to the letter and spirit of the Constitution, the requirements of the democratic social order and of the secular Republic and the principle of proportionality.*”

46. Article 26 of the Constitution with the side heading of "Freedom of expression and dissemination of thought' ' is as follows:

“*Everyone has the right to express and disseminate their thoughts and convictions orally, in writing, in pictures or through other means individually or collectively. This freedom includes the liberty of receiving or imparting information or ideas without interference by official authorities.*

…

The exercise of these freedoms may be restricted for the purposes of national security, public order, public security, protecting the basic characteristics of the Republic and the indivisible integrity of the State with its territory and nation, preventing crimes/, punishing offenders, not revealing information duly classified as a State secret, protecting the reputation or rights and private and family lives of others or protecting professional secrets set forth in the law or duly performing the duty of hearing cases.

Regulatory provisions concerning the use of means to disseminate information and thoughts shall not be deemed as the restriction of freedom of expression and dissemination of thoughts on the condition that the transmission of information and thoughts is not prevented.

Forms, conditions and procedures to be applied in exercising the freedom of expression and dissemination of thought are regulated by law.”

47. As per the said regulations, the freedom of expression covers not only the freedom to “*have a thought and conviction*” but also the existing freedom to “*express and disseminate thought and conviction (opinion)*” and the associated freedom to “*receive and give information or opinion*”. In this framework, freedom of expression means that individuals can freely access news and information and other’s thoughts, that they cannot be condemned for the thoughts and convictions they have and that they can freely express, tell, defend, convey and disseminate to others these through various methods by themselves or together with others (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 40).

48. As stated frequently by the ECtHR in its judgments pertaining to the freedom of expression, in order for the freedom of expression to fulfill its social and individual function, not only the "information" and "thoughts" which are considered to be positive, accurate or not harmful by the society and the state but also the information and thoughts which are considered to be negative or inaccurate by the state or a segment of the society and are disturbing for them should be freely expressed and the individuals should be sure that they will not be subject to any sanctions due to these expressions. The freedom of expression is the basis of pluralism, tolerance and open-mindedness and without this freedom, "a democratic society" cannot be mentioned (Handyside v. the United Kingdom, App. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

49. The means that can be resorted to in the exercise of the freedom of expression and dissemination of thought are listed in article 26 of the Constitution as "orally, in writing, in pictures or through other means" and with the expression "other means" , it is demonstrated that all kinds of means of expression are under constitutional protection (App. No:2013/2602, 23/1/2014, §43).

50. In this context, the freedom of expression is directly related to a significant portion of other rights and freedoms guaranteed by the Constitution. The freedom of the press which guarantees the dissemination of ideas, thoughts and information by means of visual and printed media tools is also one of the tools to be used in the exercise of the freedom of expression and dissemination of thought. The freedom of the press is protected within the scope of Article 10 on the freedom of expression of the ECHR and is also specially regulated in articles 28 to 32 of the Constitution (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, §44).

51. In a democratic system, in terms of ensuring that those who possess the public powers exercise their authorities within the limits of the law, the press scrutiny and the public scrutiny play a role just as effective and are equally important as the administrative scrutiny and the judicial scrutiny. Since the functioning of the press which acts as a public observer on behalf of the society is dependent on its being free, the freedom of the press is a freedom which is valid and vital for everyone (see CC, M.1997/19, D.1997/66, D.D. 23/10/1997), (for judgments of the ECtHR in the same vein see Lingens v. Avusturya, App. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; Özgür Radyo-Audio Radio Television Production and Promotion Co. v. Turkey, App. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78).

52. The Internet has significant importance in modern democracies in terms of the exercise of fundamental rights and freedoms, specifically of the freedom of expression. Social media is a media channel that is a transparent platform where mutual communication takes place and which allows individual participation in the form of creating, publishing and commenting on media

content. The social media platform that the Internet provides is of an indispensable quality for individuals to express, mutually share and disseminate their information and thoughts. Thus, it is clear that the state and administrative instances need to behave very sensitively in regulations and practices to be issued in relation to social media tools, which have become one of the most effective and widespread methods of not just expressing thoughts but also obtaining information in our day.

53. The state has both positive and negative liabilities in relation to the freedom of expression. Within the scope of negative liabilities, public instances should not ban the expression and dissemination of thought as long as this is not compulsory within the framework of articles 13 and 26 of the Constitution; within the scope of positive liabilities, they should take the measures necessary for the actual and effective protection of the freedom of expression (for a similar opinion of the ECtHR, seeÖzgür Gündem v. Turkey , App. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43). While striking this balance, through the limited reasons and legitimate objectives prescribed in the code within the scope of articles 13 and 26 of the Constitution, it is necessary to observe a proportional balance between the objective and tool of restriction and the essence of the right should not be infringed upon by taking into consideration the requirements of the democratic order of the society (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56). The Constitutional Court will determine, according to the unique character of each case, whether an intervention is required in a democratic society, whether the essence of the rights has been infringed upon during the intervention and whether the intervention has been proportional or not (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 61).

54. On the other hand, the freedom of expression and dissemination of thought is not absolute and unlimited. In this context, while exercising the freedom of expression and dissemination of thought, attitudes and behaviors violating the rights and freedoms of individuals should be refrained from. As a matter of fact, the freedom of expression and dissemination of thought as guaranteed by articles 26 and 28 of the Constitution can be restricted due to the reasons stated in these articles in accordance with the conditions in article 13 of the Constitution. As per article 13 of the Constitution, the restrictions on fundamental rights and freedoms can only be imposed by code and they can neither be contrary to the requirements of the democratic order of the society and the principle of proportionality nor infringe upon the essences of rights and freedoms.

55. The criterion of restricting rights and freedoms with codes has an important place in constitutional law. When there is an intervention to a right or freedom, the first matter that needs to be determined is whether or not there is a legal provision that authorizes the intervention, that is, a legal foundation of the intervention (App.No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36). As a result, the

intervention to the freedom of expression, which is protected under article 26 of the Constitution, needs to be envisaged with a code that has the qualities required by the principle of lawfulness. It will be concluded that an intervention, which does not carry the element of lawfulness, violates a constitutional right or freedom without examining whether or not it is in line with the other guarantees such as bearing no prejudice to the essence, being one of the requirements of the democratic societal order and the proportionality.

56. It is not sufficient for interventions to constitutional rights to be based on a code, this code also needs to bear such qualities as certainty and predictability. In other words, in order for the relevant individual to determine his/her behavior, the code needs to be easily accessed, understood by him/her albeit by receiving professional assistance when necessary and be explicit, clear and sufficiently distinctive (for decisions of the ECtHR in the same vein see Altuğ Taner Akçam v. Turkey , App.No: 27520/07, 25.10.2011, § 87; Yıldırım v. Turkey , App.No: 3111/10, 18.12.2012, § 57).

57. In circumstances where a decision is delivered to block access to a website, it is compulsory that the principles of legal security and legal certainty, which are among the preconditions of a state of law, be taken into consideration. The principle of legal security, which aims to ensure the legal security of individuals, requires legal norms to be predictable, individuals to be able to have confidence in the state in all of their acts and actions, and the state to avoid methods that would tarnish this feeling of confidence in its legal regulations. Moreover, the principle of certainty refers to legal regulations being explicit, clear, understandable and implementable in a way that will not give rise to any interruption and doubt in terms of both individuals and the administration, moreover, to them including protective guarantees against arbitrary practices of public authorities. In this respect, the text of a code should be drawn up at a level that will allow individuals to foresee in a certain clarity and accuracy which legal sanction or consequence is attributed to which concrete action and case by way of receiving legal aid when necessary. As a result, the potential effects and consequences of the code need to be sufficiently predictable prior to its implementation (CC, M.2013/39, D.2013/65, 22/5/2013).

58. Websites with large numbers of users such as youtube.com, access to which was blocked, significantly contribute to forming the society's agenda and facilitating the pursuit of the agenda and the exchange of information due to their capacity of storing and publishing lager quantities of data and the accessibility thereof (for judgments of the ECtHR in this matter see Times Newspaper Ltd. v. United Kingdom, App. No: 23676/03, 10/6/2009, § 27).

59. For this reason, in circumstances where a means of restriction (ex officio blocking of access) regarding this matter is imposed by the public power to the rights enshrined in the Constitution and the European Convention on Human Rights, the scope and procedures pertaining to the utilization of this kind of an authority need to be defined in a sufficiently explicit manner in the relevant Code (see Yıldırım v. Turkey, App .No: 3111/10, 18.12.2012, § 59).

60. In the incident that is the subject of the application, it is understood that the PoTC first blocked the access to the website named youtube.com with the expression "*As a result of the technical examination and legal assessment conducted as per the Code numbered 5651, based upon the decision of the Presidency of Telecommunication and Communication dated 27/3/2014 and numbered 490.05.01.2014-48125 regarding youtube.com, an administrative measure is applied by the Presidency of Telecommunication and Communication*", that despite the fact that following the mentioned blocking decision, as a result of the judicial process that is described above in detail, with the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 9/4/2014 and numbered 2014/91 it was decided in finalized fashion that the blocking of access regarding the 15 URL-based addresses of the site named youtube.com be continued, that however, the site be opened to access by removing the blocking of access pertaining to the entirety of the site and that it was decided to stay the execution by the 4th Administrative Court of Ankara with the decision dated 2/5/2014 and numbered M.2014/655 and that the mentioned decision was notified to the PoTC on 7/5/2014, the action required by the decisions of the judiciary was not taken and that the ex officio blocking of access to the mentioned site was continued by bringing forward paragraph (b) of clause (1) of article 8 of the Code numbered 5651 as the justification.

61. When the incident that is the subject of the application is viewed in light of these phenomena and principles, the fact that the PoTC applied administrative measures that need to be established on a URL basis in the form of a general ban geared towards the broadcast at an incomparably high number of URL addresses that are not related with the content that is the subject of the measure without exploring the existence of an intervention measure that could be implemented merely towards the content the unlawfulness of which was established and was of a less severe nature, lead to the consequence of expanding the decision of measure in such a way as to block the access of users who are not the content or hosting providers of the content that is brought forward as the justification of the delivery of this decision (in the same vein see Yıldırım v. Turkey, App. No: 3111/10, 18.12.2012, § 63).

62. It is understood that it was decided ex officio by the PoTC to block the access to the entirety of the site named youtube.com by bringing forward paragraph (b) of clause (1) of article 8 of the

Code numbered 5651 as the grounds and as per clause(4) of the same article. It is seen that under articles 8, 9 and 9/A of the Code numbered 5651 it is regulated that the measure of blocking access be decided upon by judges or courts, that, in the event that a decision is delivered by authorities other than courts, the decision be immediately submitted to court approval, that the decision to block access be principally delivered within the framework of the principle of blocking the access (on URL basis) to the harmful content. The blocking of access due to catalog crimes is regulated under article 8 and it is adjudged under clause (2) of the article that the decision to block access shall be delivered by the judge during the investigation stage, by the court during the prosecution stage, that in circumstances during the investigation stage where delay would be problematic, it can also be decided by the Public prosecutor to block access, that in this case the decision shall be submitted to the approval of the judge within 24 hours and that the judge shall need to decide within 24 hours.

63. It is stated under clause (4) of the article that "*The decision of blocking of access shall be issued ex officio by the Presidency in the event that the content or hosting provider of the publications whose content constitute the crimes stipulated under paragraph one is located abroad or regarding publications whose content constitute the crimes stipulated under subparagraphs (2), (5) and (6) of paragraph (a) of clause one even if their content or hosting provider is located within the country. This decision shall be notified to the access provider and it shall be requested that it fulfill the required action.*" It is understood that a regulation to the effect that the blocking via administrative action could be done in the form of blocking the access to the entirety of the site instead of on a URL basis is not included in any provision of the Code, that moreover, the restriction tools (blocking the access to the domain name, blocking the access via the IP address, blocking the access to the content and blocking the access via similar methods) with which the authority in this matter would be used to block the access to the content was not indicated by the administration with full clarity, that therefore, the scope and limits of the authority granted to the administration were unpredictable. Furthermore, it is not clear whether or not an authority similar to the authority granted to the judge under clause (4) of article 9 of the Code to gradually block the access is also applicable with regard to the public administration. For this reason, it is seen that the scope and limits of the authority granted to the PoTC with a view to blocking access are unclear due to the fact that its legal grounds do not fulfill the minimum condition for the principle of lawfulness, which is the obligation for the code to be understandable, clear and explicit.

64. It is understood from the explanations made above that the intervention regarding the blocking of the entirety of access to the site youtube.com did not have sufficiently clear and distinct legal

grounds and that, from this aspect, it was not found the quality of being predictable from the point of view of the applicants. For this reason, it should be decided that the administrative action in question, which has the quality of being a severe intervention to the freedom of expression of all the users that benefit from the site, violated the freedom of expression of the applicants, which is guaranteed under article 26 of the Constitution.

65. Deputy President Serruh KALELİ and member Engin YILDIRIM agreed with this opinion with different justification.

66. Members Hicabi DURSUN and Celal Mümtaz AKINCI did not agree with this opinion.

V. JUDGMENT

In the light of the reasons explained: it was decided on 29/5/2014; That the application is **ADMISSIBLE**,

That the freedom of expression of the applicants guaranteed under article 26 of the Constitution is **VIOLATED**,

C. That 1.912,20 TL, which is the total of 412,20 TL individual application fee due to its two applications and 1.500,00 TL counsel's fee, be **PAID** to Youtube LLC Corporation Service Company of the applicants; 412,20 TL individual application fee separately for their applications and 1.500,00 TL jointly as the counsel's fee to Kerem Altıparmak and Yaman Akdeniz; 1.706,10 TL, which is the total of 206,10 TL individual application fee and 1.500,00 TL counsel's fee, to Mustafa Sezgin Tanrıkulu; 1.706,10 TL, which is the total of 206,10 TL individual application fee and 1.500,00 TL counsel's fee, to Erol Ergin; 1.706,10 TL, which is the total of 206,10 TL individual application fee and 1.500,00 TL counsel's fee, to Mesut Bedirhanoğlu; 206,10 TL of application fee to Metin Feyzioğlu and 206,10 TL of application fee to Mahmut Tanal as trial expense,

D. That the payments be made within four months as of the date of application by the applicants to the Ministry of Finance following the notification of the decision; that in the event that a delay occurs as regards the payment, the legal interest be charged for the period that elapses from the date, on which this period comes to an end, to the date of payment,

E. That a copy of the decision be sent to each of the Presidency of Telecommunication, the Information and Communication Technologies Authority and the Ministry of Transport, Maritime Affairs and Communications in order for the **VIOLATION AND THE CONSEQUENCES THEREOF** to be removed as per clauses (1) and (2) of article 50 of the Code numbered 6216,

with the dissenting vote of the members Hicabi DURSUN and Celal Mümtaz AKINCI and **BY MAJORITY OF VOTES**.

President

Haşim KILIÇ

Deputy President

Serruh KALELİ

Deputy President

Alparslan ALTAN

Member

Serdar ÖZGÜLDÜR

Member

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Member

Zehra Ayla PERKTAŞ

Member

Recep KÖMÜRCÜ

Member

Engin YILDIRIM

Member

Nuri NECİPOĞLU

Member

Hicabi DURSUN

Member

Celal Mümtaz AKINCI

Member

Erdal TERCAN

Member

Muammer TOPAL

Member

Zühtü ARSLAN

Member

M. Emin KUZ

Member

Hasan Tahsin GÖKCAN

DIFFERENT JUSTIFICATION

It is not possible to say that the freedom to explain and disseminate opinions and convictions, which serves to freely receive and give information without intervention, included under article

26 of the Constitution is separate from the freedom of communication tackled under article 22 of the Constitution.

Since social media is also an environment of communication in addition to being an area in which information and opinions are shared, there is no doubt that a restriction to be imposed upon social media will constitute an intervention to the freedom of communication. In this case, it is an obligation that restrictions in relation to social media be in conformity with the principles contained under article 22 of the Constitution. Within this framework, it is clear that the existence of legal grounds for interventions to be made to rights and freedoms will be sought.

It is concluded that rights guaranteed by the Constitution are violated even without examining the conformity of interventions, which do not carry the element of lawfulness, with such other test guarantees as bearing no prejudice to the essence, being one of the requirements of the democratic societal order and proportionality.

It is seen that it is stated that the condition of lawfulness will be sought in exceptional reasons that authorize the restriction regarding the utilization of the freedom of expression guaranteed under article 26 of the Constitution, that it is possible only with a judge's decision or a decision of a competent instance approved by the judge to prevent the utilization or to bear prejudice to the confidentiality of the freedom of communication included under article 22 of the Constitution.

This being the case, the Presidency of Telecommunication and Communication declared on 28/03/2014 that it imposed a protection measure in the form of closing the site to access with the though that it automatically received authority also from paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5651 by exceeding the mentioned justification with a view to the judgment contained within the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı numbered 2014/358 that the access to 15 URL-based youtube.com accounts be blocked, that the access to the entirety of broadcast be blocked via IP and domain name in the event that the required action was not fulfilled.

Faced with objections raised subsequently and decisions to lift the blocking of access in relation to the entirety of the website named youtube.com, it announced this time that it continued the measure of blocking access only in connection with paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5652, based on clause (4) of the same article, it did not enforce the decision of stay of execution delivered by the 4th Administrative Court of Ankara against this decision despite the fact that it was notified to it.

Nevertheless, article 8/1-b of the code numbered 5651, which serves as the grounds for the expression dated 28/03/2014 out of the expressions included in the justifications pertaining to the implementation of the decision of administrative measure by the Presidency of

Telecommunication and Communication, is related to the crimes contained within the Code on Crimes Committed Against Atatürk numbered 5816. Given that the subject of the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı numbered miscellaneous action 2014/358 delivered upon the application of the Office of the Public Prosecutor of Gölbaşı is "the prevention of recorded conversations, which need to remain confidential and are of relevance for the security of the state, from being published on the internet within the framework of the investigation it is conducting in relation to political and military espionage and the crime of declaring information that needed to remain confidential", since it is understood that this matter is not related from a content point of view with the article of the code from which authority was allegedly derived, and moreover that it does not conform to the other types of crime listed under article 8 and that for these reasons a protection measure could not be resorted to, it cannot be said that the public power utilized by the administration possessed legal grounds from this point of view. This intervention, which does not bear the element of lawfulness, has the characteristics of a violation.

On the other hand, it is understood that despite the decision of the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı dated 9/4/2014 and numbered 2014/91 to lift the blocking of the entirety of access to the website named youtube.com and the decision of the 4th Administrative Court of Ankara dated 2/5/2014 and numbered 2014/655 to stay the execution, the Presidency of Telecommunication and Communication continued its intervention this time as per clause (4) of paragraph 1-b of article 8 of the Code numbered 5651, by considering itself to be authorized ex officio in spite of the ambiguity contained within the article.

It is an obligation for an intervention towards constitutional rights to have legal grounds. The requirement of the grounds to possess other qualities such as being certain and predictable first necessitates the existence of legal grounds and also its conformity with the

Constitution. Principles such as the comprehensibility, certainty and clarity of the existence of legal grounds render judicial legislation compulsory.

It cannot be said that the justifications of the decisions of the Presidency of Telecommunication and Communication pertaining to the implementation of administrative measure constitute legal foundation in this sense per se, nor do they carry constitutional guarantees. Especially given the obligation for restrictions pertaining to the freedom of communication guaranteed under article 22 of the Constitution to be based on judge's decision, it is clear that the approach to the effect that the administration can implement the measure of blocking access in an unlimited fashion by relying upon clause (4) of article 8 of the Code numbered 5651 with the justification that the crimes listed under this article occurred is unacceptable. In order to be able to talk about the

conformity of this authority with the Constitution, it must be utilized in emergency circumstances and be submitted to a judge's approval within 24 hours. Otherwise, the guarantees stipulated under article 22 of the Constitution will be violated.

Due to the explained reasons; since it is understood that the justifications for the measure decision implemented by the Presidency of Telecommunication and Communication do not conform to the crime type justifications contained within the court decision that is taken as the basis for the implementation, and that clause(4) of paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5651, that is used ex officio in the decision to impose a measure, lacked legal foundation in addition to the principle of uncertainty included in the majority opinion, that therefore, the restriction imposed upon the freedom of expression enshrined under article 26 of the Constitution does not bear the Constitutional criteria contained under clause two of article 22 of the Constitution, while it was necessary to decide that article 22 of the Constitution was also violated in addition to article 26, the majority decision that contended merely with uncertainty and relied upon the violation of article 26 was agreed with, with a different justification with the belief that the freedom of communication guaranteed under article 22 was also violated.

Deputy President

Serruh KALELİ

Member

Engin YILDIRIM

DISSENTING VOTE JUSTIFICATION

I believe that a decision of inadmissibility needs to be delivered regarding the application due to the fact that the applicants did not exhaust legal remedies against the action of the PoTC to block the access to the website youtube.com in the concrete application.

Paragraph three of article 148 of the Constitution:

Everyone can apply to the Constitutional Court based on the claim that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public force. ***In order to lodge an application, ordinary legal remedies must be exhausted.***

Paragraph (2) of article 45 of the Code numbered 6216 with the side heading "The right of individual application" :

All administrative and judicial remedies stipulated in the code in relation to the act, action or neglect, which is claimed to have caused the violation, must be exhausted before the individual application is lodged.

According to the mentioned provisions of the Constitution and the Code, in order to be able to apply to the Constitutional Court via individual application, the usual legal remedies must be exhausted. The Constitutional Court has explained the purpose of the rule of exhausting application remedies in its numerous decisions. The reason of existence of the condition to exhaust application remedies is to give the opportunity to prevent and correct the violation of Constitutional rights to courts of first instance, regional courts and courts of appeal prior to the lodging of individual application. This condition demonstrates that the primary protectors of fundamental rights and freedoms are administrative instances and courts of instance, that individual application to the Constitutional Court is a secondary/complementary protection mechanism.

As expressed in previous decisions of the Constitutional Court, the respect to fundamental rights and freedoms is a constitutional obligation of all state organs, the correction of rights violations that emerge as a result of neglecting this obligation is the duty of administrative and judicial instances. For this reason, it is essential that claims to the effect that fundamental rights and freedoms have been violated be brought forward first before courts of instance, that they be evaluated and resolved by these instances. In accordance with this principle, the applicant needs to primarily convey the complaint, which he files before the Constitutional Court, to the administrative and judicial authorities of venue within due period in accordance with the due procedure, to submit the information and evidence that he has regarding this subject within due period and to pay required attention to following his case and application in this process (Amongst numerous decisions see App. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16 and 17; App. No: 2013/850, 19/12/2013, § 19; App. No: 2013/5028,

14/1/2014, § 23, 24; App. No: 2012/254, 6/2/2014 § 31.)

On the other hand, if the exhaustion of application remedies does not have an effect in terms of the removal of the violation regarding the right of the applicant, in other words, if the remedy to be resorted to is ineffective or if a serious and irreversible danger towards the rights of the applicant will emerge in the event that the exhaustion of the application remedy is waited for, the

principle of respect for constitutional rights can require the Court to examine these applications (see App. No: 2013/1582, 7/11/2013, § 20).

In the concrete incident, officials of the website Youtube.com applied to the Administrative Justice remedy, the decision of the 4th Administrative Court of Ankara to stay the execution was notified to the PoTC on 7.5.2014, the institution submitted its objections to this decision to the Court of First Instance. At the time when a decision regarding the concrete file was delivered by the Constitutional Court, the objection of the institution was not yet concluded. On the other hand, taking into consideration the fact that a week remains until the expiry of the thirty day period within which the PoTC must implement the decision of stay of execution as per the code of Administrative Procedure, the legal remedy is not yet exhausted.

Given the PoTC's obligation to implement the decisions of administrative justice, there is no uncertainty regarding the matter of when the access to the site is to be established by means of fulfilling the decision of the judiciary. In the concrete event, since the legal period provided to the PoTC for the implementation of the decisions of the judiciary has not yet expired, it cannot be said that the decisions of administrative justice and especially the decisions of stay of execution do not provide an effective and accessible protection in terms of removing the violation and the negative consequences thereof. Had the court decision not been implemented despite the expiry of the period envisaged in the code, it could have been concluded that the application of the applicants to the administrative court was not an effective remedy.

The thought, which is included in the majority opinion, that the decisions of administrative justice and especially the decisions of stay of execution do not provide an effective and accessible protection carries within itself the danger of creating a chaos in the Turkish judicial system. This would pave the way for individuals, who obtain decisions of stay of execution from instances of administrative justice, to lodge individual applications to the Constitutional Court without waiting for the expiry of the periods, which are provided to the administration for the implementation of the decisions and envisaged in codes.

Finally, the administrative justice system has been functioning generally effectively for a very long time in our country. Of course it cannot be stated that some structural problems do not exist. Nevertheless, it is not possible to refer to such a structural problem in the concrete incident. Ignoring the fact that the primary protector of fundamental rights and freedoms are administrative instances and courts of instance and that individual application to the Constitutional Court is a secondary protection mechanism will amount to depriving the administration, courts of first instance, regional courts and courts of appeal of the opportunity to prevent and correct the

violation of Constitutional rights. This kind of an approach bears, first and foremost, the danger of increasing the workload of the Constitutional Court to such a high degree with which the Court would not be able to cope.

Even more importantly, it is stated under article 6 of the Constitution that "*...Nobody or no organ can exercise a State authority that does not take its source from the Constitution*". This would convey the image that the Constitutional Court pursues an activist policy by expanding the Constitutional authorities granted to it for the detriment of administrative and judicial instances, and even by utilizing the authorities of other Constitutional organs, which exercise sovereignty.

Since I am of the opinion that it should be decided that the individual applications are inadmissible due to the fact that the legal remedy was not exhausted in the application that the applicants lodged to the Constitutional Court without exhausting the administrative legal remedy for the explained reasons, I do not agree with the majority opinion.

Member

Hicabi DURSUN

DISSENTING VOTE JUSTIFICATION

It was rendered in the Twitter decision of our Court with the application number 2014/3986 that; "*Although it is understood in the case which is the subject of the application that the PoTC blocked access to the website twitter.com on the basis of some court judgments, it is also understood upon the examination of the judgments submitted as basis that the said judgments only block access to certain URL addresses and that no judgment is rendered by courts of instance in relation to (completely) blocking access to the website twitter.com.* " (§46) and by indicating in paragraph 48 of the same decision that " *...In the concrete case, it is observed that the action of blocking access is not performed on the basis of URL but by means of blocking access to the entirety of the website.Taking into consideration the regulations present in the Code numbered 5651, it is obvious that the action which goes beyond the court judgments indicated to be the basis of the decision of PoTC and which brings along the complete blockage of access ... does not have any legal basisand that the blockage of access to this social sharing website without a legal basis and by means of a decision of prohibition whose borders are not definite constitutes a severe intervention to the freedom of expression, which is one of the most basic values of democratic societies. " it is finally decided that the blocking of access to the website by the PoTC violated the*

freedom of expressionenshrined under article 26 of the Constitution ***due to the fact that " it lacks legal grounds.***"

In other words, there was no legal grounds to the PoTC's blocking of access to the entirety of twitter even though there was not a court decision regarding the blocking of access in its entirety . This prerogative, which is devoid of legal grounds, was a clearly unlawful and "arbitrary" action. The fact that the decision of stay of execution of the 15th Administrative Court of Ankara delivered against this administrative action/act, which lacked legal grounds and thus was very clearly unlawful, was not implemented by the PoTC resulted in the delivery of the violation decision, to which I also participated.

In the individual application numbered 2014/4705, which is the subject of the decision pertaining to the blocking of access to Youtube, Youtube LLC Corporation Service Company of the applicants is the owner of the website youtube.com, the other applicants are its users.

Upon the request of the Ministry of Foreign Affairs dated 27.3.2014 regarding the " *blocking of access to 15 links, which are found on youtube and threaten national security in the first degree, and other addresses with similar content* " , the PoTC contacted the representatives of the mentioned site in Turkey, indicated the URL addresses of the content in question and requested them to discontinue the broadcasting. When a result could not be obtained in this manner, an application was lodged on the same day to the Office of the Public Prosecutor and the Criminal Court of Peace of Gölbaşı, the blocking of access to the site was initiated by means of placing the announcement "*A PROTECTION DECISION is applied regarding this website by the Presidency of Telecommunication and Communication based on the decision of the Criminal Court of Peace of Gölbaşı dated 27.3.2014 and numbered 2014/358 and as per paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5651*" at the entry of the mentioned website as per the decision delivered by the court of first instance As a result of the objections made to the Criminal Court of Peace and Criminal Court of First Instance of Gölbaşı against this decision, it was decided in finalized fashion by the Criminal Court of First Instance of Gölbaşı "*that the decision pertaining to the blocking of access to the 15 links be continued as is and that the website www.youtube.com in question be opened to access in this manner*"

In spite of these decisions, the blocking of access to the website youtube.com was not lifted. Because the PoTC indicates that paragraph 1/b of article 8 of the Code numbered 5651 provides the authority to impose a blocking of access without requiring a decision of the judiciary and that it imposed and continued the blocking of access as per this legal authority. The aforementioned paragraph of the Code pertains to the crimes committed via internet against Atatürk.

The PoTC states that a total of 215 URL addresses amounting to insults to Atatürk were determined on the website named youtube.com until the date of 9.5.2014, that despite the fact that messages were sent and notifications were made to youtube pertaining to the removal of the content in question from the site, none of the contents contained within the 215

URL addresses were removed from broadcast on a global scale, that only the access to 134 was blocked from Turkey, that it is still possible to access 81 both from Turkey and from abroad.

Article 13 of the Constitution orders that " Fundamental rights and freedoms may only be restricted on the basis of the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution and by code without prejudice to their essence." According to the explanation of the officials of the PoTC, it is seen that the site Youtube.com did not completely fulfill the PoTC's request to block the broadcasts, which contain insults to Atatürk. Whether or not the site youtube.com was indifferent in the face of the PoTC's request to block the entirety of the access to the broadcasts containing insults whether or not it fulfilled its due responsibility, whether or not it displayed an effort regarding the matter of removing ongoing rights violations, on the other hand, whether or not the PoTC utilized an authority stemming from code, whether or not it brought prejudice to the essence of fundamental rights and freedoms while utilizing the authority, indeed whether or not the utilization was proportionate are matters that need to be evaluated and discussed in the legal remedy first.

There are allegations to the effect that the mentioned company engaged in an indifferent and arbitrary attitude in the face of our country's requests while immediately fulfilling the demands and requests coming from the USA, that it remained unmoved vis-a-vis phenomena other than the country where it is established and its commercial concerns. Fundamental rights and freedoms need of course be protected; however, it should not be forgotten that almost no right and freedom is absolute and other rights and freedoms constitute the boundaries thereof. Moreover, it is stated under article 14 of the Constitution with the heading "Prohibition of abuse of fundamental rights and freedoms" that; "None of the provisions of the Constitution can be exercised in the form of activities aiming to impair the indivisible integrity of the State with its territory and nation and to abolish the democratic and secular Republic, which is based on human rights. These cannot be interpreted in a way that enables the State or individuals to engage in an activity to abolish the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution or to restrict them more comprehensively than that specified in the Constitution."

It is stated under paragraph two of article 26 of the Constitution with the heading "Freedom of expression and dissemination of thought" that; "The exercise of these freedoms may be restricted

for the purposes of national security, public order, public security, protecting the basic characteristics of the Republic and the indivisible integrity of the State with its territory and nation, preventing offending, punishing offenders, not revealing information duly classified as a State secret, protecting the reputation or rights and private and family lives of others or protecting professional secrets set forth in the law or duly performing the duty of hearing cases." Within the framework of these provisions and all other legislation, whether or not the acts and actions of the PoTC and youtube.com along with it are in conformity with the law also needs to be evaluated in the legal remedy prior to individual application.

Websites with large numbers of users such as youtube.com, access to which was blocked, significantly contribute to forming the society's agenda and facilitating the pursuit of the agenda and the exchange of information due to their capacity of storing and publishing lager quantities of data and the accessibility thereof. This matter is really very important. However, as the service is provided, should this domain be open to the occurrence of attacks and insults to leaders and sacred values of nations, endangering a country's national security, the confidentiality of private life, dissemination of prostitution and obscenity, trampling on the moral values of the society, the exposure of state secrets? Should this and similar sensitivities not exist? Even if they do, should these be sacrificed for the sake of the freedom of expression and dissemination of thought? Or is it that these sensitivities, which are displayed for certain countries, may as well not be displayed for Turkey? I am of the opinion that this and many other similar matters are matters that need first be evaluated in the legal remedy and by the public conscience.

According to the explanations that are made, it can be assessed that the blocking of access to the site youtube.com has legal grounds at this stage, that the blocking was not entirely unlawful and arbitrary. In the event that there is a claim that the authority granted to the Institution by Code is utilized in violation of the code, in an irregular fashion, first an application needs to be lodged to administrative instances, courts of instance prior to lodging an application, if a result cannot be obtained in this manner after the exhaustion of application remedies, an individual application needs to be lodged. (c.n. 6216 art. 45/2)

Although some applicants qualified the granting of the authority to the administration to deliver a decision of blocking of access in certain circumstances as per paragraph four of article 8 as being against the Preamble as well as articles 6 and 9 of the Constitution, that the fact that the administration issued a judicial decision by replacing the judicial instance amounted to usurpation of function, the venue to evaluate these claims is not the individual application. It is not legally possible to conduct an abstract review of norms during individual application. Besides, it is not

quite possible to say in our incident that the institution engaged in usurpation of function by means of replacing the court of instance. Because the PoTC alleges that it utilized the authority granted to itself by the Code numbered 5651. If the applicants allege that the act or action of the institution cause a violation, they should first exhaust the legal remedies envisaged for this matter.

"*The reason of existence of the condition to exhaust application remedies is to give the opportunity to prevent and correct the violation of Constitutional rights to administrative instances, courts of instance (courts of first instance, regional courts and courts of appeal) prior to the lodging of individual application. This condition demonstrates that the primary protectors of fundamental rights and freedoms are administrative instances and courts of degree, that individual application to the Constitutional Court is a secondary/complementary protection mechanism.*" (Guide Book on Individual Application to the Constitutional Court. Prof. Osman Doğru. Page: 102)

When it comes to assessing the claim that the administrative justice remedy was seized by the officials of the website youtube.com, that a decision of stay of execution was delivered by the court, that despite this the blocking of access was not lifted; the decision of stay of execution of the 4th Administrative Court of Ankara was notified to the institution on 7.5.2014, the institution used its legal right of objection against this decision and the objection of the institution was not concluded at the time when a decision was delivered by our court. The possibility of the objection being accepted exists.

Since I am of the opinion that it should be decided that the individual applications are inadmissible due to the fact that "the legal remedy was not exhausted" in the applications that the applicants lodged without exhausting the legal remedy for the explained reasons, I do not agree with the majority opinion.

Member

Celal Mümtaz AKINCI

Anayasa Mahkemesi - 2 Nisan 2014 - Twitter Kararı

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ	
Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § …)
Başvuru Adı	YAMAN AKDENİZ VE DİĞERLERİ
Başvuru No	2014/3986
Başvuru Tarihi	24/3/2014
Karar Tarihi	2/4/2014
Birleşen Başvurular	2014/3987, 2014/4091
II. BAŞVURU KONUSU	
Başvurucular kullanıcısı oldukları twitter. com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 26. , 27. , 40. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ve anılan işleme karşı etkili bir yargı yolu bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.	
III. İNCELEME SONUÇLARI	
Hak: İfade özgürlüğü **Müdahale:** İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları **Sonuç:** İhlal **Giderim:** Diğer	
IV.İLGİLİ HUKUK	
Mevzuat Türü: Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 2709 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası **Madde Numarası:** 148 **Mevzuat Türü:** Kanun **Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi:** 2577 İdari Yargılama Usulü Kanunu **Madde Numarası:** 27, 28 **Mevzuat Türü:** Kanun	

Mevzuat Tarihi/Numarası - İsmi: 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Madde Numarası: 9

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası: 2014/3986

Karar Tarihi: 2/4/2014

I. KARAR KİMLİK BİLGİLERİ

Kararı Veren Birim	İkinci Bölüm
Karar Türü (Başvuru Sonucu)	Esas (İhlal)
Künye	(Yaman Akdeniz ve diğerleri, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § …)
Başvuru Adı	YAMAN AKDENİZ VE DİĞERLERİ
Başvuru No	2014/3986
Başvuru Tarihi	24/3/2014
Karar Tarihi	2/4/2014
Birleşen Başvurular	2014/3987, 2014/4091

II. BAŞVURU KONUSU

Başvurucular kullanıcısı oldukları twitter. com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 26. , 27. , 40. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ve anılan işleme karşı etkili bir yargı yolu bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.

III. İNCELEME SONUÇLARI

Hak/Özgürlük 1: İfade özgürlüğü

Müdahale İddiası 1: İnternet ortamında ifade özgürlüğünün kullanımına ilişkin müdahale iddiaları

Sonuç: İhlal

Giderim: Diğer

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Alparslan ALTAN

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Celal Mümtaz AKINCI

M. Emin KUZ

Raportör : Esat Caner YILMAZOĞLU

1. Başvurucu : Yaman AKDENİZ

Vekili : Av. Hüsnü ÖNDİL

2.Başvurucu : Mustafa Sezgin TANRIKULU

Vekili : Av. Berk BAŞARA

3.Başvurucu : Kerem ALTIPARMAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular kullanıcısı oldukları twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) işlemi nedeniyle Anayasa'nın 26., 27., 40. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ve anılan işleme karşı etkili bir yargı yolu bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular, 24-25/3/2014 tarihlerinde doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Benzer yöndeki 2014/3987 ve 2014/4091 sayılı başvuruların konu bakımından aynı hukuki nitelikte bulunması nedeniyle 2014/3986 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanınca 28/3/2014 tarihinde kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvurunun bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Bölüm, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 71. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurular hakkında ivedilikle karar verilmesini gerekli görerek Bakanlık cevabı beklenilmeden başvuruyu kabul edilebilirlik ve esas bakımından değerlendirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucular, sosyal medya platformu twitter.com isimli internet sitesinin aktif olarak kullanıcılarıdır.

8. TİB, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 7/3/2014 tarih ve 2011/762, Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 4/3/2014 tarih ve 2014/223, İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 18/3/2014 tarih ve 2014/181 ve İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 3/2/2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararlarına istinaden koruma tedbiri kararı uygulamış ve twitter.com adresine ulaşım engellenmiştir.

9. TİB'in kararı şöyledir:

"...

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 5651 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre çalışmalarını yürütmektedir.

Vatandaşlarımızın şikayetleri üzerine, Twitter'da kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince erişimi engelleme kararları verilmiştir.

Bu kararlar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na ulaşmış ve Başkanlığımız tarafından içeriğin çıkarılması Twitter'dan istenmiştir.

Ancak, mahkeme kararlarının uygulanması hususunda tüm iyi niyet çabalarımıza karşılık Twitter bu kararlara duyarsız kalmış ve mahkeme kararlarını tanımamıştır.

Yurtdışı merkezli sözkonusu internet sitesi Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin vermiş olduğu kararları yok saymıştır.

Bu nedenle, vatandaşlarımızın ileride telafisi mümkün olmayacak mağduriyetlerinin önlenmesi için başka bir seçenek kalmadığından mahkeme kararları doğrultusunda Twitter'a

erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmıştır. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde mahkeme kararlarını uygulamakla yükümlüdür.

Yurt dışı merkezli söz konusu internet sitesi, Türk mahkemelerinin kararlarına uyarak hukuka aykırı içerikleri çıkardığı takdirde, tedbir amaçlı uygulanan erişimin engellenmesine son verilecektir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur."

10. TİB, ulaşımı engellenen twitter.com adresine kullanıcıların DNS ayarlarını değiştirilerek girdiğinin tespit edilmesi üzerine Google DNS adreslerine erişimi engellemiştir.

11. Başvurucular, TİB'in bu kararına karşı idari yargı mercileri önünde iptal davası açılmasının tüketilmesi gerekli etkili bir yol olmadığı iddiası ile doğrudan bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

12. Bu arada söz konusu erişimin engellenmesi işlemine karşı Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu hasım gösterilerek yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan davada, Ankara 15. İdare Mahkemesi 25/3/2014 tarihinde davalı idarelerin savunması ve ara karar cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına oyçokluğuyla karar vermiştir.

13. Ankara 15. İdare Mahkemesinin anılan kararının yürütmenin durdurulmasına ilişkin kısmı şöyledir:

"..

Dava konusu işlemin "twitter.com" isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin olması, bu durumun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte olması ve uygulanması halinde telafisi güç zarar doğurabilecek nitelikte bulunması nedeniyle, davalı idarenin savunması ve ara kararı cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına... Savunma ve ara kararına cevap verilebilmesi için davalı idarelere (15) gün süre tanınmasına, 25/03/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

B. İlgili Hukuk

14. 1982 Anayasası'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*"

15. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir*".

16. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin yedinci fıkrası şöyledir:

"*Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hâkim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine, çalışmaya ara verme süresi içinde ise idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlara en yakın nöbetçi mahkemeye veya kararı veren hâkimin katılmadığı nöbetçi mahkemeye, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün*

içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir."

17. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Kararların sonuçları" başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez.*"

18. 4/5/2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"*Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.*"

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 2/4/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru dosyası incelenerek gereği düşünüldü.

A. Başvurucuların İddiaları

20. Başvurucular, TİB tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellendiğini, TİB'in bu işlemine dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarının twitter.com isimli siteye erişimin tamamen engellenmesine yönelik olmadığını, bu uygulamanın hukuka aykırı olduğu ve keyfi nitelik taşıdığı, bilgiye ulaşma imkânının yanında bilgiyi yayma hakkını da ciddi şekilde sınırladığını, uygulamanın sadece anılan sitede mevcut olan değil bu sosyal ağda ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini ve bu haliyle Anayasa'da mutlak olarak yasaklanmış olan sansürü mümkün kıldığını, söz konusu işlemin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Sözleşmenin (AİHS) 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne ilişkin benimsediği ilkelere aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

21. Başvurucular ayrıca 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kişilik haklarının ihlali iddiasının söz konusu olduğu hallerde erişimin sadece hâkim kararı ile ve ihlalin gerçekleştiği kısma ilişkin olarak engellenebileceğini, tüm sitenin erişime engellenmesinin de ancak gerekçesini belirtmek kaydı ile hâkim kararı ile verilebileceğini, hâkim tarafından URL bazında kısmi engelleme kararı verilmesi halinde TİB'in sitenin tamamen erişime kapatılmasına karar vermesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu, TİB'in engelleme kararına dayanak gösterdiği yargı kararlarının belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olmasına rağmen TİB tarafından twitter.com adlı internet sitesine erişimin tamamen engellenmesinin kanuni dayanağı olmadığını iddia etmektedirler. Başvurucular erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğu, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi sağlamadığı, twitter. com isimli siteye 30 Mart 2014 tarihinde yapılacak yerel seçimlerin hemen öncesinde erişimin engellenmesi

ile dolaylı bir sansür etkisi yaratıldığı gerekçesiyle Anayasa'nın 26., 27., 40. ve 67. maddelerinde tanımlanan haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek ihlalin tespiti talebinde bulunulmuşlardır.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Başvurucular anılan işleme karşı idari yargı merciine başvurulmasının etkili bir başvuru yolu olmadığını, dolayısıyla bu yolun tüketilmesinin gerekmediğini ileri sürmüşlerdir.

23. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının twitter.com isimli siteye erişimi engellemesine ilişkin başvuruların değerlendirilmesi sürecinde aynı işleme karşı Türkiye Barolar Birliğince yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan iptal davasında Ankara 15. İdare Mahkemesince 25/3/2014 tarihinde anılan işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

24. Yukarıda (§14, §17) yer verilen mevzuat hükümleri uyarınca yargı kararının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olan idarece anılan internet sitesinin bu konudaki mahkeme kararına rağmen erişime açılmadığı, her ne kadar kanunda yargı kararının yerine getirilmesine ilişkin sürenin otuz günü geçemeyeceği belirtilmiş ise de bu sürenin azami bir süreye işaret ettiği anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde yargı kararının uygulanması, yalnızca şeklen bir yerine getirmeyi değil, objektif koşullar altında, olabilecek en kısa süre içinde, tespit edilen hukuka aykırılığın giderilmesini gerektirir. Bu konuda verilen yürütmeyi durdurma kararının, işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleştiği tespitine dayandığı ve yürütmesinin durdurulmasına karar verilen işlemin doğurduğu olumsuz etkinin idarece giderilmesi zorunluluğu da dikkate alındığında, TİB tarafından anılan sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle bu yükümlülüğün yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

25. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §41).

26. Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen

denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuruculaların ihlal iddiasına konu olan twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuruculaların idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

27. Başvuruculaların Anayasa'nın 26. maddesine ilişkin şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görüldüğünden başvuruların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

28. Başvurucular, TİB'in engellemeye dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararlarının twitter.com isimli siteye erişimin tamamen engellenmesine yönelik olmadığını, TİB'in keyfi engelleme yöntemleri deneyerek twitter.com isimli siteye erişimi kesmesinin hukuki bir dayanağının bulunmadığını, bu işlemin bilgiye ulaşma imkânının yanında bilgiyi yayma hakkını da ciddi şekilde sınırladığını, engellemenin sadece anılan sitede mevcut olan değil ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini ve bu haliyle Anayasa'da mutlak olarak yasaklanmış olan sansürü mümkün kıldığını belirtmişlerdir.

29. Başvurucular, internet ortamında erişimin sadece hâkim kararı ile engellenmesinin mümkün olduğunu, bu engellemenin ihlalin gerçekleştiği kısma ilişkin olarak içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle yapılabileceğini, tüm sitenin erişime kapatılmasının da ancak gerekçesini belirtmek kaydı ile hâkim kararı ile mümkün olacağını, hâkim tarafından URL bazında kısmi engelleme kararı verilmesi halinde TİB'in sitenin tamamen kapatılmasına karar vermesinin fonksiyon gaspı niteliğinde olduğunu, TİB'in engelleme kararına dayanak teşkil eden yargı kararlarında belli URL adreslerine erişimin engellendiği halde TİB tarafından twitter.com adlı internet sitesine ulaşımın tamamen engellenmesinin hukuken mümkün olmadığını belirtmişlerdir.

30. Başvurucular, anılan internet sitesine erişimin engellenmesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal kriterlere uygun olmadığını, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanamadığını, twitter. com isimli siteye 30

Mart 2014 tarihinde yapılacak yerel seçimlerin hemen öncesinde erişimin engellenmesi ile dolaylı bir sansür etkisi yaratıldığını ifade etmişlerdir.

31. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

32. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.*

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

33. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §40).

34. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §41).

35. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "*haber*" ve "*düşüncelerin*" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "*demokratik toplumdan*" bahsedilemez (*Handyside/Birleşik Krallık,B.No: 5493/72, 7/12/1976, §49*).

36. Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (*B.No:2013/2602,23/1/2014, §43*).

37. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. Madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (*B.No:2013/2602, 23/1/2014, §44*).

38. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. (bkz. AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997),(benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lingens/Avusturya*, B.

No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; *Özgür radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ/Türkiye*, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78; *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, B. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999, § 48; *Jersild/Danimarka*, B.No: 15890/89, 23/9/1994, §31).

39. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

40. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

41. İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar konusunda devletin ve kamu makamlarının takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmelidir. Ancak bu takdir alanı da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Nitekim AİHM de demokratik toplumda gerekli olmayı, "*zorlayıcı sosyal ihtiyaç*" şeklinde somutlaştırmaktadır. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir. Aynı şekilde zorlayıcı sosyal ihtiyacın varlığı araştırılırken de soyut bir değerlendirme yapılmayıp, ifade ortamına dahil olan ifade edenin sıfatı,

hedef alınan kişinin kimliği, tanınmışlık düzeyi, ifadenin içeriği, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı gibi çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. (Bu konudaki AİHM kararları için bkz. *Axel Springer AG / Almaya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012)

42. Kamu otoritesince yapılan müdahalenin haklı sebeplere dayanması, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sırasında hakların özüne dokunulmaması ve ölçülü olunması gerekmektedir. Hakkın amacına uygun şekilde kullanımını son derece zorlaştıran, ciddi suretle güçleştiren, örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyan ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamalar öze dokunur niteliktedir (bkz. AYM, E.2006/121, K.2009/90, K.T. 18/6/2009). Sınırlama amacı ile aracı arasında adil bir dengenin gözetilmesi şeklinde tarif edilen ölçülülük ilkesi ile daha az sınırlayıcı ya da daha hafif tedbirlerle sınırlama amacına ulaşılması mümkün olduğu halde hak ve hürriyetleri daha çok sınırlayan, haklardan yararlanacak kişilere daha ağır yükümlülükler getiren düzenlemelerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla belli bir amaca ulaşmak için alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplum düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır (B.No:2013/2602,23/1/2014, §51).

43. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B.No:23144/93, 16/3/2000, §43). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §56).

44. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §61).

45. Somut olayda başvurucular, kullanıcısı oldukları twitter. com isimli internet adresine erişimin engellenmesi nedeniyle ifade hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Genel ilkelerin açıklanmasından sonra bu genel ilkelerin somut olaya uygulanması sırasında ifade özgürlüğüne "*müdahale olup olmadığı*", müdahale varsa "*müdahalenin haklı sebeplere dayanıp*

dayanmadığı", haklı sebep varsa "*müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığı ve ölçülü olup olmadığı*" hususları değerlendirilecektir.

46. Başvuru konusu olayda TİB'in bazı mahkeme kararlarını gerekçe göstererek twitter.com internet sitesine erişimi engellediği anlaşılmakta ise de dayanak gösterilen kararların incelenmesinden söz konusu kararların sadece belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olduğu, derece mahkemelerince doğrudan twitter.com internet adresine erişimi engellemeye yönelik bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır.

47. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının ilgili mevzuat hükümleri gereğince erişimin engellenmesine ilişkin kararının kural olarak bir yargı kararını gerektirdiği, bu konuda görevli mahkemelerin sulh ceza mahkemeleri olduğu ve mahkemelerce verilen kararın niteliği itibariyle bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu açıktır. Buna göre TİB ancak mahkemece bu konuda alınmış bir karara dayalı olarak ve bu kararda öngörülen tarzda engelleme kararının icrasını gerçekleştirebilecektir.

48. Bir kamu idaresi olan TİB'in bir internet sitesine erişimi engellenmesine yönelik yaptığı müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve müdahalede bulunulurken ölçülü davranılıp davranılmadığı konusunda hangi genel ilkelerden hareket edileceği yukarıda belirtilmişti (§§ 37- 40). Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.

49. Bu durumda, bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiasının konusunu oluşturan ifade özgürlüğünün demokratik hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında TİB tarafından twitter.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvuruculların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Başvuruculaların Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvuruculardan Yaman Akdeniz'e 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin, Mustafa Sezgin Tanrıkulu'na 206,10 TL bireysel başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekalet ücreti toplamı olan 1.706,10 TL'nin, Kerem Altıparmak'a 206,10 TL bireysel başvuru harcından oluşan yargılama giderlerinin **ÖDENMESİNE,**

D. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruculara Maliye Hazinesine başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

E. Kararın birer örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, **İHLALİN VE SONUÇLARININ** ortadan kaldırılmak üzere Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına gönderilmesine,

2/4/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	M. Emin KUZ

Anayasa Mahkemesi - 2 Nisan 2014 - Twitter Kararı (İngilizce Tercüme)

REPUBLIC OF TURKEY CONSTITUTIONAL COURT

SECTION TWO

DECISION

Application No: 2014/3986

Date of Judgment: 2/4/2014

SECTION TWO

DECISION

President	**:** Alparslan ALTAN
Members	**:** Serdar ÖZGÜLDÜR
	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
	Celal Mümtaz AKINCI
	M. Emin KUZ
Rapporteur	**:** Esat Caner YILMAZOĞLU
1st Applicant	**:** Yaman AKDENİZ
Counsel	**:** Att. Hüsnü ÖNDİL
2nd Applicant	**:** Mustafa Sezgin TANRIKULU
Counsel	**:** Av. Berk BAŞARA
3rd Applicant	**:** Kerem ALTIPARMAK

I. SUBJECT OF APPLICATON

1. The applicants have asserted that due to the action of the Presidency of Telecommunication and Communication (TİB) in relation to the blocking of access to the web site with the domain name

twitter.com which they are a user of, articles 26, 27, 40 and 67 of the Constitution are breached and there is no effective remedy against the said action.

II. APPLICATION PROCESS

2. The applications have been submitted directly to the Constitutional Court on 24- 25/3/2014. As a result of the preliminary administrative examination of the petitions and their annexes, it has been determined that there is no deficiency to prevent the submission thereof to the Commission.

3. It has been decided that applications No. 2014/3987 and 2014/4091 of similar essence be consolidated with the application No. 2014/3986 due to the fact that they have the same legal character regarding their subjects and that the examination be conducted over this file.

4. It has been decided by the Head of Section on 28/3/2014, that the examinations for admissibility and merits be conducted together and a copy of the application be sent to the Ministry of Justice.

5. Considering it as a requisite to urgently make a decision in relation to the applications as per clause (2) of article 71 of the Standing Orders of the Constitutional Court, the Section has evaluated the application in terms of its admissibility and merits without waiting for the response of the Ministry.

III. FACTS AND CASES

A. Facts

6. As expressed in the application form and the annexes thereof, the facts are summarized as follows:

7. The applicants are active users of the web site with the domain name twitter.com which is a social media platform.

8. TİB has implemented a decision for protection measure on the basis of the judgment of the Office of the Chief Public Prosecutor of İstanbul dated 7/3/2014 and No. 2011/762, of the 2nd Criminal Court of Peace of Samsun dated 4/3/2014 and No. 2014/223, of the 5th Criminal Court of Peace of İstanbul Anatolia dated 18/3/2014 and No. 2014/181 and of the 14th Criminal Court of First Instance of İstanbul Anatolia dated 3/2/2014 and No. 2011/795 and access to the web site twitter.com has been blocked.

9. The decision of TİB is as follows:

"...

The Presidency of Telecommunication and Communication functions in line with the Law No.

5651 and other relevant provisions in the legislation.

Upon complaints from our citizens, the judgments to block access have been rendered by the courts of the Republic of Turkey due to the violation of personal rights and of privacy on Twitter.

These judgments have been submitted to the Presidency of Telecommunication and Communication and our Presidency requested from Twitter that the relevant content be removed.

However, despite all our bona fide efforts for the implementation of the court judgments, Twitter has remained indifferent with regards to the said judgments and failed to recognize the court judgments.

The said web site which is based abroad has ignored the judgments rendered by the courts of the Republic of Turkey.

Hence, the measure to block access to Twitter has been implemented in line with the court judgments since there was no other choice left to prevent the non-recoverable future injuries to our citizens. The Presidency of Telecommunication and Communication is liable to implement court judgments within the framework of the principle of the state of law.

The blockage of access implemented as a precautionary measure will be ended if the said web site which is based abroad abides by the judgments of the Turkish courts and removes the illegal contents.

The members of the public are kindly requested to be informed on the matter."

10. TİB has blocked access to Google DNS addresses when it is found out that users log in to the blocked web site twitter.com by changing their DNS settings.

11. The applicants have filed direct individual applications claiming that the lodging of an action for annulment before the administrative judiciary bodies against this decision of TİB is not an effective remedy which needs to be exhausted.

12. Meanwhile, in relation to the court case filed by the Presidency of the Union of Turkish Bar Associations against the said action of access-blocking by indicating the Presidency of Telecommunication and Communication and the Information and Telecommunications Technologies Authority as the adverse parties whereby a stay of execution is requested, the 15th Administrative Court of Ankara decided by majority of votes on 25/3/2014 on the stay of execution of the action which is the subject of the court case until a new judgment is rendered after the defence statements of the administrations standing as defendants and their interlocutory

judgment response are taken or the duration for defence and for response to interlocutory judgment expire.

13. The part in relation to the stay of execution in the said judgment of the 15th Administrative Court of Ankara is as follows:

"...

Due to the facts that the action which is the subject of the case is in relation to the complete blockage of access to the web site with the domain name "twitter.com", that this is of a quality which may restrict the freedoms of expression and communication which are guaranteed by the Constitution of the Republic of Turkey and the European Convention on Human Rights and that, if implemented, it may cause damages which are difficult to compensate for, it was adjudicated by majority of votes on

25/3/2014 that the execution of the action which is the subject of the case is stayed until a new judgment is rendered after the defence statement of the administration standing as defendant and its interlocutory judgment response are taken or the duration for defence and for response to interlocutory judgment expire… and that the administrations standing as defendants are given (15) days for defence and for responding to the interlocutory judgment."

B. Relevant Law

14. Clause four of article 138 of the 1982 Constitution is as follows:

"Legislative and executive organs and the administration shall comply with court decisions; these organs and the administration shall neither alter the court decisions in any way whatsoever nor delay the execution thereof."

15. Sentence one of clause two of article 27 of the Law No. 2577 on Administrative Jurisdiction Procedure is as follows:

"*In cases where both conditions; arise of damages which are difficult or impossible to compensate for as a result of the implementation of the administrative action and explicit contrariety to law of the administrative action, materialize together, the Council of State or the administrative courts can render a judgment on the stay of execution by indicating the justification after the defence statement of the administration standing as defendant is taken or after the duration for defence has expired. The execution of administrative actions the effectiveness of which will exhaust upon the execution thereof can be stayed without taking the defence statement of the administration in a way to be decided again after the defence is taken.*"

16. Clause seven of article 27 of the Law No. 2577 on Administrative Jurisdiction Procedure is as follows:

"*As to the judgments concerning the stay of execution requests; objections can be filed for only once within seven days from the notification of the decision to the Boards of either the Administrative or Tax Law Chambers depending on the subject of the action if the judgment is rendered by the law chambers of the Council of State, to the nearest regional administrative court against the decisions of the regional administrative court, to the regional administrative court against the decisions of administrative or tax courts and against decisions rendered by a single judge and, during the judicial recess period, to the nearest court on duty or to the court on duty which the judge who rendered the judgment does not participate in against the decisions of the tax and administrative courts.*

Bodies to which the objections have been brought must decide on the objection within seven days after they receive the file. Decisions rendered upon objections shall be final."

17. Sentence one of clause one of article 28, titled "Consequences of decisions", of the Law No. 2577 on Administrative Jurisdiction Procedure is as follows:

"*As to the requirements of the decisions of the Council of State, the regional administrative courts, the administrative and tax courts on the merits of the case and on the stay of execution, the administration shall be obliged to conduct acts or take actions without delay. Under no circumstances can the duration for this exceed thirty days starting from the notification of the decision to the administration.*"

18. Clause (4) of article 9 of the Law dated 4/5/2007 and No. 5651 on the Regulation of Publications on the Internet and Fight Against Crimes Committed by Means of Such Publications is as follows:

"*The judge shall render his/her judgment on blocking access to be rendered within the scope of this article by means of the method of blocking access to content (in the form of URL, etc.) only in relation to the publication, section, part where the violation of personal rights occur. The blockage of access to the entire publication on the web site cannot be decided on as long as this is not compulsory. However, if the judge is of the conviction that the violation cannot be prevented by means of the method of blocking access to content by indicating a URL address, he/she can decide that access to the entire publication on the web site be blocked on the condition that the justification for this decision is indicated.*"

IV. EXAMINATION AND JUSTIFICATION

19. The application file was examined during the session of the court on 2/4/2014 and the following were ordered and adjudged:

A. Claims of the Applicants

20. The applicants have asserted that access to twitter.com is blocked through the implementation of a protection measure by TİB on the basis of the judgments rendered by the Office of the Chief Public Prosecutor of İstanbul and some courts, that the court judgments indicated by TİB as the basis of its action are not towards the complete blockage of access to the web site with the domain name twitter.com, that this practice is contrary to law and is of arbitrary nature, that it significantly restricts the right to disseminate information in addition to the opportunity to access information, that this practice blocks access to not only the information which exists on the said web site but also the information which will be shared on this social network in the future and that, in its current form, it enables censorship which is absolutely prohibited in the Constitution and that the said action is contrary to the principles in relation to freedom of expression as guaranteed in article 10 of the Convention (European Convention on Human Rights) which are adopted by the European Court of Human Rights (ECHR).

21. The applicants have also asserted that access can only be blocked with a court judgment and in relation to the part where the violation occurs in cases where there is a claim of breach of personal rights as per clause (4) of article 9 of the Law No. 5651; that access to the entire web site can be blocked with a court judgment only on the condition that the justification for this is indicated; that it is a usurpation of function when TİB decides on blocking access to a web site completely despite the court judgment ordering partial blockage on the basis of URL; that TİB's complete blockage of access to the web site with the domain name twitter.com, despite the fact that the court judgments indicated as the basis of TİB's decision of blockage are for the blocking of access to certain URL addresses, has no legal basis. The applicants have requested the determination of breach by asserting that the restriction in the form of blocking access violated their rights defined in articles 26, 27, 40 and 67 of the Constitution, claiming that the blockage of access is contrary to the criteria on the restriction of fundamental rights and freedoms, that it does not strike the balance between the protection of privacy and the freedom of expression and that the blockage of access to the web site twitter.com immediately before the local elections to be held on March 30, 2014 creates an impact of indirect censorship.

B. Evaluation

1. In Terms of Admissibility

22. The applicants have asserted that resorting to an administrative judiciary body against the said action is not an effective remedy and thus there is no need to exhaust this remedy.

23. During the process of evaluation of the applications in relation to the blockage of access to the web site with the domain name twitter.com by the Presidency of Telecommunication and Communication, it has been decided on 25/3/2014 by the 15th Administrative Court of Ankara that the execution of the said action be stayed in the action for annulment filed against the said action of TİB by the Union of Turkish Bar Associations with a request for stay of execution.

24. It is understood that the said web site is not opened for access by the administration which is obliged to conduct acts or take actions without delay as to the requirements of court judgments as per the provisions of legislation mentioned above (§ 14, § 17) despite the court judgment to that effect and that although it is stated in the law that the duration in relation to the execution of the court judgment cannot exceed thirty days, it is understood that this duration indicates the maximum duration. The implementation of a court judgment in a state of law requires not only an execution in form but also the elimination of the identified unlawfulness under objective conditions and within the shortest duration possible. Taking into account, also the fact that the judgment on a stay of execution regarding this matter is based on the determination that the conditions where damages which are difficult or impossible to compensate for arise as a result of the implementation of the administrative action and that the administrative action is clearly contrary to law exist together and considering the obligation for the administration to eliminate the negative impact caused by the action the stay of execution of which is decided, it is understood that this liability is not fulfilled due to the fact that the said web site is not immediately opened by TİB for access.

25. Freedom of expression is one of the foundations of a democratic society and it is among the indispensable conditions for the development of the society and the self-realization of the individual. Social pluralism can only be achieved in an environment of free discussion where all kinds of ideas can be freely expressed. In this context, establishing social and political pluralism is dependent on expression of all kinds of thoughts in a peaceful fashion and freely. In the same manner, an individual can realize his/her unique personality in an environment where he/she can freely express his/her thoughts and engage in discussion (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

26. Taking into consideration the restrictive impact of the blockage of access to a social media web site which has millions of users in our country on the freedom of expression of these individuals, which is one of the foundations of a democratic society, it is an obligation emanating from the principle of the state of law that the conformity of such restrictions to law be urgently

checked and, in the case of identifying a contrariety to law, that the said restrictions be immediately abolished. It is observed that despite the decision of stay of execution stated above in relation to the said administrative action, access to the web site with the domain name twitter.com which is the subject of the violation claim of the applicants, is still not possible. It is apparent that the information and thoughts shared on the social media in relation to certain incidents and cases may become outdated and lose their effect and value as time passes. Under these circumstances, it is concluded that it cannot be said that the court judgment provides an effective and accessible protection in terms of removing the violation and the negative consequences thereof against the uncertainty about when access to the web site will be possible again upon the enforcement of the court judgment and thus it is not an effective remedy for the applicants to apply to the administrative court.

27. As it is observed that the complaints of the applicants in relation to article 26 of the Constitution are not explicitly devoid of a basis, it needs to be decided that the applications are admissible.

2. In Terms of Merits

28. The applicants have stated that the court judgments indicated by TİB as the basis of blockage are not towards the complete blockage of access to the web site with the domain name twitter.com, that the fact, that the TİB blocked access to the web site with the domain name twitter.com by trying out arbitrary methods of blocking access, does not have any legal basis; that this action significantly restricts the right to disseminate information in addition to the opportunity to access information; that this action blocks access not only to the information which exists on the said web site but also to the information which will be shared on this social network in the future and that, in its current form, it enables censorship which is absolutely prohibited in the Constitution.

29. The applicants have also stated that access on Internet medium can only be blocked with a court judgment, that this blockage can only be imposed by means of blocking access to the content in relation to the part where the violation occurs, that access to the entire web site can be blocked with a court judgment only on the condition that the justification for this is indicated, that it is a usurpation of function when TİB decides on complete blockage of access to the web site despite the court judgment ordering partial blockage on the basis of URL, that TİB’s blockage of access to the web site with the domain name twitter.com completely despite the fact that the court judgments indicated as the basis of TİB’s decision of blockage are only blocking access to certain URL addresses is legally not possible.

30. The applicants have also stated that the blockage of access to the said web site is contrary to the constitutional criteria on the restriction of fundamental rights and freedoms, that the balance between the protection of privacy and the freedom of expression cannot be stricken and that the blockage of access to the web site with the domain name twitter.com immediately before the local elections to be held on March 30, 2014 creates an impact of indirect censorship.

31. Article 13 of the Constitution with the side title "Restriction of Fundamental Rights and Freedoms" is as follows:

"*Fundamental rights and freedoms may only be restricted on the basis of the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution and by law without prejudice to their essence. These restrictions cannot be contrary to the letter and spirit of the Constitution, the requirements of the democratic social order and of the secular Republic and the principle of proportionality.*"

32. Article 26 of the Constitution with the side heading of "Freedom of expression and dissemination of thought" is as follows:

"*Everyone has the right to express and disseminate their thoughts and convictions orally, in writing, in pictures or through other means individually or collectively. This freedom includes the liberty of receiving or imparting information or ideas without interference by official authorities.*

...

The exercise of these freedoms may be restricted for the purposes of national security, public order, public security, protecting the basic characteristics of the Republic and the indivisible integrity of the State with its territory and nation, preventing offending, punishing offenders, not revealing information duly classified as a State secret, protecting the reputation or rights and private and family lives of others or protecting professional secrets set forth in the law or duly performing the duty of hearing cases.

Regulatory provisions concerning the use of means to disseminate information and thoughts shall not be deemed as the restriction of freedom of expression and dissemination of thoughts on the condition that the transmission of information and thoughts is not prevented.

Forms, conditions and procedures to be applied in exercising the freedom of expression and dissemination of thought are regulated by law."

33. As per the said regulations, the freedom of expression covers not only the freedom to "have a thought and conviction" but also the existing freedom to "express and disseminate thought and conviction (opinion)" and the associated freedom to "receive and give information or opinion". In this framework, freedom of expression means that individuals can freely access news and

information and other's thoughts, that they cannot be condemned for the thoughts and convictions they have and that they can freely express, tell, defend, convey and disseminate to others these through various methods by themselves or together with others (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 40).

34. Freedom of expression is one of the foundations of a democratic society and it is among the indispensable conditions for the development of the society and the self- development and self-realization of the individual. The light of truth springs forth from collision of ideas. In this context, establishing social and political pluralism is dependent on expression of all kinds of thoughts in a peaceful fashion and freely. In the same manner, an individual can realize his/her unique personality in an environment where he/she can freely express his/her thoughts and engage in discussion. Freedom of expression is a value that we need in defining, understanding and perceiving ourselves and others and, in this framework, in determining our relations with others (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

35. As stated frequently in the judgment of the ECHR, in order for the freedom of expression to fulfil its social and individual function, not only the "information" and "thoughts" which are considered to be positive, accurate or not harmful by the society and the state but also the information and thoughts which are considered to be negative or inaccurate by the state or a segment of the society and are disturbing for them should be freely expressed and the individuals should be sure that they will not be subject to any sanctions due to these expressions. Freedom of expression is the basis of pluralism, tolerance and open-mindedness and without this freedom, it is not possible to speak of "a democratic society" (Handyside / United Kingdom, App. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

36. The Constitution guarantees not only the thoughts and convictions but also the styles, forms and tools of expression. In article 26 of the Constitution, the tools to be used in the exercise of the freedom of expression and dissemination of thought are stated to be "speech, writing, pictures or other media" and with the expression "other media", it is indicated that all kinds of tools of expression are under constitutional protection (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

37. In this context, the freedom of expression is directly related to a significant portion of other rights and freedoms guaranteed by the Constitution. The freedom of the press which guarantees the dissemination of ideas, thoughts and information by means of visual and printed media tools is also one of the tools to be used in the exercise of the freedom of expression and dissemination of thought. The freedom of the press is protected within the scope of Article 10 on the freedom of

expression of the European Convention on Human Rights and is also specially regulated in articles 28 to 32 of the Constitution (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 44).

38. In a democratic system, in terms of ensuring that those who possess the public powers exercise their authorities within the limits of the law, the press scrutiny and the public scrutiny play a role just as effective and are equally important as the administrative scrutiny and the judicial scrutiny. Since the functioning of the press which acts as a public observer on behalf of the society is dependent on its being free, the freedom of the press is a freedom which is applicable to and vital for everyone. (See CC, M. 1997/19, D. 1997/66, DD. 23/10/1997), (for the judgments of the ECtHR in the same vein, see Lingens v. Austria, App. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; Özgür Radyo - Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ v. Turkey, App. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006, § 78; Erdoğdu and Ince v. Turkey, App. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999, § 48; Jersild v. Denmark, App. No: 15890/89, 23/9/1994, § 31).

39. The Internet has a significant instrumental importance in modern democracies in terms of the exercise of fundamental rights and freedoms, specifically of the freedom of expression. The social media platform that the Internet provides is of an indispensable quality for individuals to express, mutually share and disseminate their information and thoughts. Thus, it is apparent that the state and the administrative bodies need to behave very responsibly and sensitively in regulations and practices to be issued in relation to the Internet and social media tools which have become one of the most effective and widespread methods of expressing thoughts today.

40. The freedom of expression and dissemination of thought is not absolute and unlimited. In this context, while exercising the freedom of expression and dissemination of thought, attitudes and behaviours violating the rights and freedoms of individuals should be refrained from. As a matter of fact, the freedom of expression and dissemination of thought as guaranteed by articles 26 and 28 of the Constitution can be restricted due to the reasons stated in these articles in accordance with the conditions in article 13 of the Constitution. As per article 13 of the Constitution, restrictions on fundamental rights and freedoms can only be imposed by law and they can neither be contrary to the requirements of the democratic order of the society and the principle of proportionality nor infringe upon the essences of rights and freedoms.

41. It should be noted that the state and public bodies have discretion over the restrictions in relation to the freedom of expression. However, this sphere of discretion is also subject to the scrutiny of the Constitutional Court. During the scrutiny which will be conducted within the framework of the criteria of conforming to the requirements of the democratic order of the society, proportionality and not infringing upon the essence, instead of a general or abstract evaluation,

there is a requirement to conduct a detailed evaluation which differs according to various elements such as the type, form and contents of the expression, the time when it is expressed, the quality of the reasons for restriction. The criteria of not infringing upon the essence or conformity with the requirements of the democratic society require that the restrictions on the freedom of expression should primarily be in the form of a compulsory or exceptional measure and that they should be considered to be the last remedy to be resorted to or the last measure to be taken. As a matter of fact, the ECHR concretizes being a requirement in the democratic society as a "pressing social need". According to this, if the restrictive measure is not in the form of meeting a pressing social need or is not the last remedy to resort to, it cannot be considered as a measure which is in conformity with the requirements of the democratic order of the society. Similarly, while looking into the existence of a pressing social need, an abstract evaluation should not be made but various elements such as the title of the individual who gets involved in the medium of expression and who also expresses, the identity and level of reputation of the targeted individual, the content of the expression, the contribution the expressions make to a discussion in relation to the general interest which concerns the public opinion. (For the ECHR judgments on this subject, see Axel Springer AG v. Germany, [BD], App. No: 39954/08, 7/2/2012; Von Hannover v. Germany (no. 2), [BD], 40660/08 and 60641/08, 7/2/2012).

42. The intervention made by the public authority should be based on just reasons and during the restriction of rights and freedoms, the essences of the rights should not be infringed upon and such restriction should be proportional. Restrictions which significantly complicate and make difficult the exercise of the right in conformity with the objective thereof implicitly render it useless and eliminate its impact and infringe upon the essence (see CC, M. 2006/121, D. 2009/90, DD. 18/6/2009). Through the principle of proportionality which is described as striking a just balance between the objective of restriction and the tool of restriction, the aim is to prevent regulations which restrict rights and freedoms more and introduce more severe liabilities on individuals who will exercise the rights although it is possible to attain the objective of restriction by means of less restrictive or less severe measures. Thus, if a restrictive measure taken in order to attain a specific objective is more severe and strict than required, that restriction is neither proportional nor in conformity with the democratic order of the society (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 51).

43. The state has both positive and negative liabilities in relation to the freedom of expression. Within the scope of negative liabilities, the public bodies should not ban the expression and dissemination of thought as long as this is not compulsory within the scope of articles 13 and 26 of the Constitution whereas, within the scope of positive liabilities, it should take the measures necessary for the actual and effective protection of the freedom of expression (for a similar opinion

of the ECHR, see Özgür Gündem v. Turkey, App. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43). While striking this balance, through the limited reasons and legitimate objectives prescribed in the law within the scope of articles 13 and 26 of the Constitution, it is necessary to observe a proportional balance between the objective and tool of restriction and the essence of the right should not be infringed upon by taking into consideration the requirements of the democratic order of the society (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56).

44. The Constitutional Court will determine, according to the unique character of each case, whether an intervention is required in a democratic society, whether the essence of the rights has been infringed upon during the intervention and whether the intervention has been proportional or not (App. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 61).

45. In the concrete case, the applicants have asserted that their freedom of expression is violated due to the blockage of access to the web site with the domain name twitter.com which they are users of. Following the explanation of the general principles, during the application of these general principles to the concrete case, it will be determined "whether there is an intervention or not", if there is, "whether the intervention is based on just reasons or not", if there are just reasons, "whether the intervention is required for the democratic order of society and whether it is proportional or not".

46. Although it is understood in the case which is the subject of the application that TİB has blocked access to the web site twitter.com on the basis of some court judgments, it is also understood upon the examination of the judgments submitted as basis that the said judgments only block access to certain URL addresses and that no judgment is rendered by courts of instance in relation to directly blocking access to the web site twitter.com.

47. It is apparent that the decision of the Presidency of Telecommunication and Communication in relation to the blockage of access as per the relevant provisions of law requires a court judgment as a rule, that the competent courts to this end are the criminal courts of peace and that the judgments rendered by the courts are protective measures of criminal procedure in terms of their quality. According to this, TİB can only enforce a judgment for blockage on the basis of a court judgment that is rendered to this end and that conforms to the style prescribed in this judgment.

48. It is stated above (§§ 37-40) which general principles would be used as basis of action in relation to whether the intervention by TİB, which is a public administration, to block access to a web site is required in a democratic society or not and whether the intervention has been proportional or not. As per article 13 of the Constitution, the restrictions towards the fundamental rights and freedoms shall be prescribed by law and the restrictions shall be in conformity with

law. In the concrete case, it is observed that the action of blocking access is not performed on the basis of URL but by means of blocking access to an entire web site. Taking into consideration the regulations present in the Law No. 5651, it is obvious that the action which goes beyond the court judgments indicated to be the basis of the decision of TİB and which brings along the complete blockage of access to the web site twitter.com that is a social media network with millions of users does not have any legal basis and that the blockage of access to this social sharing web site without a legal basis and by means of a decision of prohibition whose borders are not definite constitutes a severe intervention on the freedom of expression which is one of the most basic values of democratic societies.

49. Under these circumstances, taking into consideration the importance, in a democratic state of law, of the freedom of expression which constitutes the subject of the claim of violation that is the subject of the individual application, it needs to be decided that the freedom of expression of the applicants which is protected by article 26 of the Constitution is violated due to the fact that the blockage of access to the web site with the domain name twitter.com by TİB is a severe intervention on the freedom of expression of not only the addressees of the judgments which are indicated to be the basis of this blockage and are rendered on the basis of URLs but also of all users who make use of the twitter.com network and that this does not have any legal basis.

V. JUDGMENT

In the light of the reasons explained, it is **UNANIMOUSLY** decided on 2/4/2014;

A. That the application is **ADMISSIBLE**,

B. That the freedom of expression of the applicants guaranteed by article 26 of the Constitution is **BREACHED**,

C. That a total of TL 1.706,10 comprising of an individual application fee of TL 206,10 and a counsel's fee of TL 1.500,00 **BE PAID** to Yaman Akdeniz, the applicant, a total of TL 1.706,10 comprising of an individual application fee of TL 206,10 and a counsel's fee of TL 1.500,00 **BE PAID** to Mustafa Sezgin Tanrıkulu, the applicant, the trial expenses comprising of an individual application fee of TL 206,10 **BE PAID** to Kerem Altıparmak, the applicant

D. That the payments be made within four months from the date of application of the applicants to the State Treasury following the notification of the judgment; if there happens to be a delay in payment, legal interest be accrued for the period elapsing from the date when this duration ends until the date of payment,

E. That a copy of the judgment be sent to the Information and Communication Technologies Authority, the Presidency of Telecommunication and Communication and to the Ministry of Transport, Maritime Affairs and Communications in order for the **BREACH AND THE CONSEQUENCES THEREOF** to be removed as per clauses (1) and (2) of article 50 of the Law No. 6216.

President

Alparslan ALTAN

Member

Serdar ÖZGÜLDÜR

Member

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Member

Celal Mümtaz AKINCI

Member

M. Emin KUZ

Danıştay Kararları

- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu - İtiraz No 2015/301
- Danıştay 12. Dairesi - 2011/1830 E.
- Danıştay 13. Dairesi Kararı - E. 2009/5972

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu - İtiraz No:2015/301

Merci : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İtiraz No : 2015/301

Karar Tarihi : 08.11.2016

İtiraz Eden (Davalı) : Bilgi Teknolojileri ye Iletisim Kurumu

Yesilirmak Sokak No.16 - Demirtepe/ANKARA

Vekilleri : Av. Sevcan Arslan, Av. Aynur Yaman Işık - Aynı adresteler

Karşı Taraf (Davacı) : Serbest Telekomünikasyon İşletmeleri Derneği

Vekili : Av. Gökhan Candoğan

Aziziye Mahallesi Kuşkondu Sok. No:7/2 - Çankaya/ANKARA

İstemin Özeti : Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı karara, davalı idare itiraz etmekte ve kararın kaldırılmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi : Nuray Doğru

Düşüncesi : İtirazın kabulü gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay idari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı karara, davalı idare itiraz etmekte ve kararın kaldırılmasını istemektedir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a, 19/02/2014 günlü, 28918 sayılı ResmiGazete'de

yayımlanan 6518 sayılı Kanun'un 90. maddesiyle eklenen 6/A maddesiyle, kişilik haklarına saldırı ve özel hayatın gizliliğini ihlal durumlarında hakim veya Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin kurulması öngörülmüş, Birliğe elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterebilmek için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkılendirilen ve yetkilendirilecek tüm internet servis sağlayıcıları ile İnternet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin üye olması zorunlu kılınmış, üye olmayan işletmecilerin faaliyette bulunamayacakları, Birliğin çalışma usul ve esaslarının Bilgi Teknolojileri ve iletişim Kurumu tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği belirtilmiş, aynı Kanun'un 100. maddesiyle eklenen Geçici 3. maddesinin birinci fıkrasında, Birliğin kuruluşunu bu Kanun'un yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlayacağı; ikinci fıkrasında, Birliğin, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtle birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı ve maddenin devamındaki fıkralarda, Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması ya da anılan işletmecilerin üye olmaması durumunda idari para cezası uygulanacağı hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan hükümlere istinaden, dava konusu edilen 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu kararı ile, fiilen erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 4 işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 1 işletmeci ile 7 internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeci olmak üzere toplam 12 işletmeci tarafından imzalanan Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü onaylandıktan sonra, internet servis sağlayıcısı işletmecilerden biri tarafından hazırlanan ve toplam 116 işletmecinin katılımıyla hazırlanan Tüzük tasarısı davalı idareye sunulmuş; ancak 15/05/2014 günlü, 233466 sayılı işlemle, dava konusu Kurul kararı ile Tüzük onaylandığı için başvuru hakkında işlem tesis edilemeyeceğinin bildirilmesi üzerine davacı tarafından bakılan dava açılmıştır.

Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı kararıyla, Tüzüğün, 5651 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm uyarınca, yetkilendirilmiş yani mevcut 282 internet servis sağlayıcısı ile fiilen erişim hizmeti veren 4 işletmecinin toplamının en az dörtte biri tarafından imzalanması gerektiği halde; fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmeciler ile diğer 4 işletmecinin toplamının dörtte biri dikkate alınarak toplam 12 işletmeci tarafından imzalandığı: bu durumda, Kanun'da öngörülen yeter sayıda imzalanmayan Tüzüğün onaylanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı, öte yandan, anılan Kanun'un Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki "mevcut" ibaresinden fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerin anlaşılması gerektiğine ilişkin davalı idare

yorumunun, yetkilendirilmiş tüm jsletmecilerin üye olma zorunluluğu bulunan Birliğin olusumıındakj coğulculuğa aykırı olacağı gerekçesiyle, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bu karara davalı idare tarafından itiraz edildikten sonra, 15/04/2015 günlü, 29327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6639 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile, 5651 sayılı Kanun'un, uyuşmazlığın çözümüne esas alınan Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresi, "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut İnternet servis sağlayıcıları" olarak değiştirilmiş, 40/a maddesinde ise, 30. maddenin 19/02/2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür.

Dava konusu işleme esas alınan 5651 sayılı Kanun'un 19/02/2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasında, 15/04/2015 günlü, 29327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6639 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile, Birliğin Tüzüğü'nün onaylanması için aranan imza yeter sayısı hesabında, abonesi bulunan yani fiilen hizmet veren internet servis sağlayıcılarının sayısının dikkate alınacağı yönünde değişikliğe gidilmesi ve anılan Kanun'un 40/a maddesi ile, bu değişikliğin yürürlük tarihinin, Geçici 3. maddenin yürürlüğe girdiği 19/02/2014 tarihi olarak belirlenmesi sonucu, Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin itiraz konusu kararının gerekçesi g,:ıçersiz hale gelmiş ve dava konusu işlem, tesis edildiği tarih itibarıyla yasal dayanağa kavuşturulmuş, böylece 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin uyuşmazlıkta uygulanacak kural haline gelmiştir.

Bu nedenle, Kurulumuzun 04/05/2015 günlü, YD İtiraz No: 2015/301 sayılı kararıyla, ESB Tüzüğn kimler tarafından hazırlanacağını düzenleyen kuralda yapılan değişikliğin, kamu yararından ziyade, yargı kararını bertaraf etme amacını taşıdığı belirtilerek, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6., 7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerin aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

İtiraz üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 07/09/2016 günlü, E:2015/88, K:2016/156 sayılı kararıyla, 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, ESB'nin, mevcut İnternet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğünün, Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı hükmü yer almakta iken itiraz konusu kuralla madde metninde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları'" ibaresinin, "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği , yasamanın

genelliği ilkesi gereğince Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanın, Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla öngörülebilir ve uygulanabilir şekilde kanunla düzenlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu, kanun koyucunun, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde düzenlemeler yapabileceği, yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesinin, yasama organının kesinleşmiş olan mahkeme kararlarını kanun yoluyla ortadan kaldıramaması anlamına geleceği, mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi halleri için söz konusu olacağı; internetteki hukuka aykırılıkların erişimin engellenmesi yoluyla giderilebildiği, erişimin engellenmesinin ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebildiği, içeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılmasını sağlamak için kurulan ESB'nin, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağladığı ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli olduğu, 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre ESB, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluştuğu, Birliğin çalışma usul ve esasları Tüzükle belirlendiği ve Tüzüğün BTK tarafından onaylanmasıyla birlikte ESB'nin, erişimin engellenmesine yönelik faaliyetlerine başlayabildiği, Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının itiraz konusu kuralla yapılan değişiklikten önceki birinci cümlesinde, Birlik Tüzüğünün mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanması öngörülmekle birlikte söz konusu cümlede geçen "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresinden, abonesi bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının mı, yetkilendirilmiş tüm internet servis sağlayıcılarının mı kastedildiği konusunda belirsizlik oluşması üzerine itiraz konusu kuralla madde metninde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresinin "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği, yapılan değişikliğin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun, kuralda değişiklik yapılmadan önce de Birlik Tüzüğünün sektörde fiilen faaliyette bulunan işletmelerin en az dörtte biri tarafından hazırlanmasını öngördüğü, bu çerçevede, kuralın ilk halinde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresiyle abonesi bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının ifade edilmek istendiği, ancak bu ibarenin uygulamada farklı şekilde yorumlanması üzerine kurala açıklık getirmek ve oluşan belirsizliği gidermek amacıyla "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut İnternet servis sağlayıcıları'" şeklinde değiştirildiği sonucuna varıldığı, yasamanın genelliği ilkesi gereğince, ESB Tüzüğünün kimler

tarafından hazırlanabileceğini belirleme yetkisinin kanun koyucuya ait olduğu, bu kapsamda, ESB Tüzüğünün abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile internet erişimi hizmeti veren işletmeler tarafından hazırlanmasını öngören kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu, itiraz konusu kuralın ESB Tüzüğünü hazırlayacak asgari işletme sayısına açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan belirsizliği gidermek amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında, kamu yararına aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, yargı kararını etkisizleştirmeye yönelik bir düzenleme olarak da değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin değinilen kararı karşısında, fiilen erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren dört işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren bir işletmeci ile yedi internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeci olmak üzere toplam on iki işletmeci tarafından imzalanan Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin dava konusu 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TİB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve iletişim Kurulu kararının hukuka aykırılığından bahsetmek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun değişik 27. maddesinde öngörulen ve yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşulların, dava konusu uyuşmazlıkta gerçekleşmediği anlaşıldığından, davalı idarenin itirazının KABULÜNE ve Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına, davacının yürütmenin durdurulması isteminin reddine, 08/11/2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

Başkan

Namık Kemal ERGANİ

Üye Nüket

YOKLAMACIOGLU

Üye

Gürsel MEKİK

Üye

Hasan GÜZELER

Üye

Abdülkadir ATALIK

Üye

Yalçın EKMEKÇİ

Üye

Bilal ÇALIŞKAN

Üye

Cevdet MALKOÇ

Üye

Turgay Tuncay VARLI

Üye

Oğuz YAGLICI

Üye

Yunus AYKIN

Üye

Muhsin YILDIZ

Üye

Bilge APAYDIN

Danıştay 12. Dairesi Kararı - 2011/1830 E.

Merci : Danıştay 12. Dairesi

Esas No : 2011/1830 E.

Karar No : 2011/341 K.

Tarih :

- TÜKETİCİNİN KORUNMASI
- REKLAM KURULU
- MİLLİ PİYANGO
- KABAHAT

İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN (5651) İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN

ÖZET : 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda internet sitesinin içeriğinden dolayı sorumluluğun içerik sağlayıcısına ait olduğu, yer sağlayıcının ise, site içeriğinden dolayı sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı, sadece hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkan bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olduğu şeklinde düzenlemeye yer vermiştir.

Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yaptırılan incelenme raporu kapsamında davalı Sanayi ve Ticaret Bakanlığına şikayette bulunulması sonucunda "…" adlı internet sitesinde poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verilmesi ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapılması nedeniyle Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi ve 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesi ihlal edildiğinden 5651 sayılı Kanun'da her ne kadar yer sağlayıcıya, yer sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirmemiş ise de, yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde hukuka aykırı içeriği yayından

kaldırmakla yükümlüdür. Davacının da söz konusu yükümlülüğünü yerine getirdiği anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme Kararının idari para cezasına ilişkin kısmı sonucu itibariyle yerinde görüldüğüne ilişkin karar hakkında.

Temyiz İsteminde Bulunan (Davalı): Sanayi ve Ticaret Bakanlığı

Karşı Taraf (Davacı): … Tasarım Yazılım Müh. İnter. Tek.Ltd. Şti.

Vekili: Av. …

İstemin Özeti: Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 30.10.2008 tarih ve E:2008/1189, K:2008/2063 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma süresinde verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Hüseyin Aydın

Düşüncesi: Temyize konu Mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı: Demet Ünal

Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce işin gereği görüşüldü:

Dava; "…" adlı internet sitesinde, poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verilmesi ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapılması suretiyle Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle 4077 sayılı Kanun'un 16. ve 25/8. maddeleri uyarınca 54.913 TL idarî para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin 15.4.2008 tarih ve 151 sayılı Reklam Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce; 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun uyarınca site içeriğinden dolayı yer sağlayıcı kuruluşların sorumlu tutulamayacağı, internet sitelerinde yer alan reklamlardan dolayı 4077 sayılı Kanun'da öngörülen cezaların ancak içerik

sağlayıcı kuruluşlar için uygulanması gerektiği sonucuna varıldığından dava konusu işlemde hukuka uyarlılık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare tarafından, hukuka aykırı olduğu ileri sürülen Mahkeme kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde; "Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemektir." hükmü yer almış; "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (f) bendinde; içerik sağlayıcının, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri; aynı maddenin (m) bendinde ise; yer sağlayıcının hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade edeceği belirtilmiştir.

Anılan Kanun'un "İçerik Sağlayıcının Sorumluluğu" başlığı altında yer verilen 4. maddenin 1. fıkrasında; "İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur." kuralı ile "Yer Sağlayıcının Yükümlülükleri" başlığı altında yer alan 5. maddenin 1. fıkrasında; "Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir." hükmüne ve aynı maddenin 2. fıkrasında; "Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden internet sitesinin içeriğinden dolayı sorumluluğun içerik sağlayıcısına ait olduğu, yer sağlayıcının ise, site içeriğinden dolayı sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı, sadece hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırma yükümlü olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in "Sanal ortamda oyun, faaliyet ve reklam yasağı" başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde;"Sanal ortamda talih oyunları işletmeleri kurulamaz, araç ve gereçleri ile benzeri aletler çalıştırılamaz. Her ne ad altında olursa olsun talih oyunları oynanmasına yönelik sanal ortam oluşturulamaz ve bu ortamda talih oyunları düzenlenemez ve oynatılamaz." hükmü ile sanal ortamdaki her türlü talih oyunları yasaklanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından hazırlanan 11.12.2006 tarih ve i-2006/11-7 sayılı incelenme raporunda; "…" adlı internet sitesinde, poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verildiğinin ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapıldığının tespit edilmesi üzerine, davacı şirket aleyhine haksız rekabetin önlenmesi talebiyle adli yargı yerinde açılan davada, Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce yaptırılan bilirkişi incelemesinde, davacı şirketin yer sağlayıcı olduğu ve hukuka aykırı içerikten dolayı sorumlu tutulamayacağının belirtilmesi üzerine anılan Mahkeme'ce, söz konusu davanın içerik sağlayıcı şirkete açılması gerektiğinden bahisle davanın husumet yokluğundan reddine karar verildiği, Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yaptırılan incelenme raporu kapsamında davalı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na şikayette bulunulması sonucunda "…" adlı internet sitesinde poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verilmesi ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapılması nedeniyle Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin ihlal edildiğinden 4077 sayılı Kanun'un 16. ve 25/8. maddeleri uyarınca idarî para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesi nedeniyle bakılmakta olan bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda; "…" adlı internet sitesinde poker oynatan kumarhanelerin (casino) reklamlarına yer verildiğinin ve oyun oynanması için kumarhanelere yönlendirme yapıldığının Milli Piyango İdaresi Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yaptırılan inceleme raporu ile tespit edilmesi ve bu fiiller ile Sanal Ortamda Oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesi ile 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle dava konusu işlemin durdurma cezasına ilişkin kısmında mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.

Davalı idarenin, idarî para cezasına ilişkin temyiz istemine gelince;

Her ne kadar 5651 sayılı Kanun, yer sağlayıcıya, yer sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirmemiş ise de, yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür. Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce yaptırılan bilirkişi raporu ile "…" adlı internet sitesine 07.06.2008 tarihi itibariyle erişimin mümkün olmadığının tespit edildiği, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 24.1.2008 tarih ve Sor. No: 2007/10544 ve K: 2008/8182 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında da davacı şirket yetkilisinin hukuka aykırı içeriği yayından kaldırma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin belirtildiği, böylece davacının 5651 sayılı Kanun'un 5/2. maddesinde yer alan yükümlülüğünü yerine getirdiği anlaşıldığından dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararının idari para cezasına ilişkin kısmı sonucu itibariyle yerinde görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin kısmen kabulü ile Ankara 5. İdare Mahkemesinin 30.10.2008 tarih ve E:2008/1189, K:2008/2063 sayılı kararının, reklam durdurma cezasına ilişkin kısmının bozulmasına oybirliğiyle, kararın idari para cezasına yönelik temyiz isteminin reddi ile bu kısmın anılan gerekçe ile onanmasına oyçokluğuyla, dava dosyasının bozulan kısım için yeniden karar verilmek üzere adı geçen Mahkemeye gönderilmesine, 22.6.2011 tarihinde karar verildi.

AZLIK OYU

Bir internet sitesinde yayınlanan reklamlar nedeniyle para cezası ve reklam durdurma cezası verilmesine ilişkin işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Dosyanın incelemesinden; Sanal ortamda oynatılan Talih Oyunları Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırı faaliyetler yapıldığı yolundaki iddiaların incelemesi sonucu Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı müfettişlerince düzenlenen 11.12.2006 tarihli inceleme raporunda, … adlı internet sitesinde, poker oynatan gazinoların tanıtımları ile reklamlarına yer verildiği, ayrıca bu gazinolarda oyun oynanması için yönlendirme yapıldığı, bu durumun sanal ortamda oyun, faaliyet ve reklam yasağına aykırı hareket niteliğinde olduğu tespitlerine yer verildiği, bu tespitler üzerine Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğünce davalı idareye şikayette bulunulması üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da, yer sağlanyıcının, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve tüzel kişiler olduğu belirtilmiştir.

Davacı şirketin İngiltere'de faaliyet gösteren bir şirkete sanal ortamda yer sağladığı anlaşıldığından, internet ortamında yapılan ve 4077 sayılı Kanun'a aykırılığı tespit edilen yayınlardan yer sağlayıcıların sorumluluğunun bulunmadığının tespiti uyuşmazlığın çözümünde önem kazanmaktadır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/3/2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 3. maddesinin (n) bendinde, "Mecra kuruluşu: Ticari reklam veya ilanı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade edeceği" belirtilerek, anılan Kanun'un 6/3/2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun'un 23 maddesiyle değişik 16. maddesinde, "Ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır. Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç

işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz. Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir. Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddilaları ispatla yükümlüdür. Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler." hükümlerine yer verilmiş; 25. maddesinin sekizinci fıkrasında, 16. maddeye aykırı hareket edenler hakkında reklam ve ilânın durdurulması ve/veya düzeltme ve/veya para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Sanal ortamda talih oyunları işletmeleri kurulamayacağı, araç ve gereçleri ile benzeri aletlerin çalıştırılamayacağı, her ne ad altında olursa olsun talih oyunları oynanmasına yönelik sanal ortam oluşturulamayacağı, bu ortamda talih oyunları düzenlenemeyeceği ve oynatılamayacağı mevzuat hükmü gereği olduğundan bu durumun aksine faaliyetin 4077 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturacağında duraksama bulunmamaktadır.

İngiltere'de faaliyet gösteren bir şirkete sanal ortamda yer sağlayarak aracılık yapan ve bu suretle Türkiye'deki kullanıcıların erişimine imkan sağlayan davacı şirketin, 4077 sayılı Kanun'a aykırılıktan dolayı yer sağladığı ortamdaki yayınlardan sorumlu tutulması yasal zorunluluktur.

Aksi halin kabülü, yurt dışında faaliyet gösteren şirketlerin 4077 sayılı Kanun'a aykırı faaliyetlerinin, yurt içinde erişime açık olan kişilere sunulması sonucunu doğurur ki bu durum tüketicinin korunması amacını güden 4077 sayılı Kanun'un amacı ve mecra kuruluşlarının sorumluluğunu kabul eden 16. maddesiyle bağdaşmaz.

Bu durumda, 4077 sayılı Kanun'a aykırı faaliyet nedeniyle tesis edilen işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerekirken dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararının bozulması gerektiği oyu ile çoğunluğu kararına katılmıyoruz.

Danıştay 13. Dairesi Kararı - E. 2009/5972

Davanın Özeti : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 16.07.2009 tarih ve 203491 sayılı işlemi ile 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin (u) bendinin; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca gerekli altyapının kurulduğu ve hizmet verilmeye devam edildiği, Kanun'un yayımı tarihine kadar yasal dinlemeye ilişkin masrafların karşılanması amacıyla davalı idareye yıllık brüt satışlarının %0,35'i oranında ödeme yapıldığı, Kanun'un 3. maddesinde "altyapı" ile "altyapının işletilmesi"nin farklı kavramlar olarak tanımlanmasına rağmen Kanunda olmayan bilgi ve belge aktarımına ilişkin yani altyapının işletilmesiyle ilgili maliyetlerin de Yönetmelikle işletmecilere yüklendiği, Kanun'un 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre işletmecilere yükümlülükler getirebilme yetkisi bulunan davalı idarenin, bu yetkisini ancak mevzuatta hüküm bulunması hâlinde kullanabileceği, teknik altyapıyı kurma yükümlülüğünün yalnızca süresi bakımından düzenleme yetkisinin Kurum'a verildiği, altyapıyı kuran işletmecinin aynı zamanda söz konusu sistemlerin çalışır vaziyette tutulması için gerekli donanım, yazılım, bakım, onarım, teknik destek gibi gerekli tedbirleri almakla ve şebekeye ilişkin değişiklikleri Kurum onayını alarak yapmakla yükümlü kılındığı ve kanunda düzenlenmediği hâlde düzenli olarak istenen tüm bilgi belge ve verilerin Kurula gönderilmesine ilişkin devre-hat giderlerine de katlanmasının yönetmelikle talep edildiği, Yönetmeliğin ilgili maddesinin Anayasa'nın 13. ve 124.. maddelerine aykırı olduğu, hizmetin sağlanmasına ilişkin tüm bedelin ikincil bir düzenlemeyle özel işletmecilere yüklenmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: İmtiyaz sözleşmesi sahibi işletmeciler tarafından yürütülmekte olan hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu, imtiyazcının idarenin kamu hizmetinin değişkenliği ve uyarlılığı ilkesi gereğince alacağı kararlara uygun davranmasının gerektiği, Yönetmeliğin iptali istenen hükmünde yer alan düzenlemenin yeni olmadığı, bu hususa ilişkin yükümlülüklerin 05.09.2004 tarih ve 25574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmelik'in 12. maddesinin (c) bendinde ve 26.08.2004 tarih ve 25565 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 36. maddesinin (j) bendinde de mevcut olduğu, kaldı ki, 5651 sayılı Kanun ile 5397 sayılı Kanun'da da işletmecilere bu tür yükümlülüklerin getirilebileceğinin belirtildiği, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesi, 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi, 5651 sayılı İnternet Ortamında

Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'un 10. maddesi ile 5809 sayılı Kanun'un 1, 2, 4, 6, 12 ve 60. maddeleri uyarınca Kurum'a elektronik ortamdaki izleme ve önleme faaliyetleri için birtakım yetki ve görevler verildiği, diğer yandan 10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmî Gazete'de Başbakanlık tarafından yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesi uyarınca önleyici ve istihbari ve adli amaçlı iletişimin tespit edilmesi, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik taleplerin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından tek merkezden yürütülmesinin zorunluluk olduğu, mevzuata göre işletmecilerin idarece istenen bilgileri (verileri) vermekle / teslim etmekle yükümlü oldukları, yasal yükümlülüğünü yerine getiren davacı işletmecinin bununla ilgili masrafların ödenmesini Kurum'dan talep edemeyeceği, mevzuatta bedel karşılığında verilerin teslim edileceğine ilişkin hüküm bulunmadığı, aksine verilerin eksik verilmesi ya da hiç verilmemesinin idari para cezasına sebep olacağı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi K1'ın Düşüncesi : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 16.07.2009 tarih ve 203491 sayılı işleminde yer alan "10.11.2008" ibarelerinin iptaline; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 16.07.2009 tarih ve 203540 sayılı işleminde yer alan "10.11.2008" ibareleri dışındaki kısmı ile Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin (u) bendi yönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Mehmet KARAOĞLU'nun Düşüncesi : Dava, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 16.07.2009 tarih ve 203491 sayılı işlemi ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin (u) bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının; "elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını, haberleşme altyapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olduğu belirtilmiş, 2. maddesinde, elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme ve cihaz sistemlerinin imali,

ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dâhil kıt kaynakların paylaşılması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesinin bu Kanuna tabi olduğu hükme bağlanmış, 4. maddesinde; "(I) Her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesi Devletin yetki ve sorumluluğu altındadır. İlgili merciler tarafından elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde, a) Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması, b) Tüketici hak ve menfaatlerinin gözetilmesi, c) Kalkınma planları ve Hükümet programlarındaki hedefler ile Bakanlık tarafından belirlenen strateji ve politikaların gözetilmesi, ç) Herkesin, makul bir ücret karşılığında elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinden yararlanmasını sağlayacak uygulamalara teşvik edilmesi d) Aksini gerektiren objektif nedenler bulunmadıkça veya toplumdaki ihtiyaç sahibi kesimlere özel, kapsamı açık ve sınırları belirlenmiş kolaylıklar sağlanması hâlleri dışında, eşit şartlardaki aboneler, kullanıcılar ve işletmeciler arasında ayrım gözetilmemesi ve hizmetlerin benzer konumdaki kişiler tarafından eşit şartlarla ulaşılabilir olması, e) Bu Kanun'da aksi belirtilmedikçe ya da objektif nedenler aksini gerektirmedikçe, niteliksel ve niteliksel devamlılık, düzenlilik, güvenilirlik, verimlilik, açıklık, şeffaflık ve kaynakların verimli kullanılmasının gözetilmesi, f) Elektronik haberleşme sistemlerinin uluslararası normlara uygun olması, g) Teknolojik yeniliklerin uygulanması ile araştırma-geliştirme faaliyet ve yatırımlarının teşvik edilmesi, ğ) Hizmet kalitesi artırımının teşvik edilmesi, h) Milli güvenlik ile kamu düzeni gereklerine ve acil durum ihtiyaçlarına öncelik verilmesi, ı) Bu Kanun'da, ilgili mevzuatta ve yetkilendirmelerde açıkça belirlenen durumlar haricinde, işletmecilerin, arabağlantı da dâhil olmak üzere erişim ücretleri ile hat ve devre kiralarını da kapsayacak biçimde, elektronik haberleşme hizmeti sunulması karşılığı alacakları ücretleri serbestçe belirlemesi, i) Elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin kurulması, kullanılması ve işletilmesinde insan sağlığı, can ve mal güvenliği, çevre ve tüketicinin korunması açısından asgari uluslararası normların dikkate alınması, j) Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında ve bu hususlarda yapılacak düzenlemelerde tarafsızlığın sağlanması, k) Teknolojik yeniliklerin kullanılması da dâhil olmak üzere özürlü, yaşlı ve sosyal açıdan korunmaya muhtaç diğer kesimlerin özel ihtiyaçlarının dikkate alınması, l) Bilgi güvenliği ve haberleşme gizliliğinin gözetilmesi" ilkelerinin göz önüne alınacağı hükme bağlanmış, 12/5. maddesinde; "İşletmeciler, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden milli güvenlikle ve 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer Kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik alt yapı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurmakla yükümlüdür. Hâlen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler de; söz konusu teknik alt yapıyı, Kurum

tarafından belirlenecek süre içerisinde aynı şartlarla ve tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmakla yükümlüdürler." hükmü yer almış bulunmaktadır.

Dava konusu edilen Yönetmelik maddesiyle; "5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer Kanunlarda getirilen yükümlülükler; işletmeciler, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden milli güvenlikle, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer Kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik alt yapıyı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurumca belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendine ait olmak üzere kurmak ve güncellemekle yükümlüdür. Hâlen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler de; söz konusu teknik alt yapıyı, Kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmak ve güncellemekle yükümlüdürler. İşletmeciler, 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer Kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili olarak, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere; ilgili mevzuat gereği verilmesi gereken bilgi, belge ve veriyi kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda eksiksiz ve zamanında kanunen yetkili mercie teslim etmekle, her türlü sistemin işletilmesi bakımından, altyapı kullanımının sağlanması ile söz konusu sistemlerin çalışır vaziyette tutulması için gerekli donanım, yazılım, bakım, onarım, teknik destek gibi gerekli tedbiri almakla ve bunları etkileyen donanım, yazılım, alt yapı ve şebekeye ilişkin değişiklikleri Kurum onayını alarak yapmakla yükümlüdürler" şeklinde düzenleme yapılmış olup; dava konusu düzenlemenin anılan kamu hizmetinin gereklerine ve sözü edilen yasal düzenlemelere uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.

Dava konusu işleme gelince; davalı idare tarafından, davacı şirkete yönelik olarak tesis edilen işlem ile; "1- Başkanlığımıza teslim edilmesi zorunlu olan verilerin, Başkanlığımıza taşınması ile ilgili ek listede verilen hat/hatlara (özel devre) ait her türlü masrafın/bedelin 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.11.2008 tarihi itibarıyla F1 Telekomünikasyon A.Ş.'ye ödenmesi, 2-Söz konusu hat/hatlar (özel devre) hâlihazırda F1 F1 Telekomünikasyon A.Ş.'nde Başkanlığımız adına kayıtlı bulunduğundan, ivedi olarak mezkür hat/hatların işletme adına kaydının yapılması, 3-Şayet bundan sonra hat/hatlar (özel devre) hizmeti için F1 Telekomünikasyon A.Ş. dışında başka bir işletmeci tercih edilecekse, bu durumda da Başkanılğımızca belirlenen usul esas ve standartlarda hizmetin temin edilmesi, 4-Yeni bir hatta (özel devre) ihtiyaç duyulması durumunda Başkanılğımız tarafından ilgili işletmeciye hattın özellikleri (bağlantı tipi ve kapasitesi) bildirildikten sonra ilgili işletmeci tarafından söz konusu hattın (özel devre) kurullumunun sağlanması, 5-Herhangi bir arıza durumunda veri akışının

devamının sağlanması için EK: 2 de özellikleri belirtilen yedek probun temin edilerek çalışır durumda hazır bekletilmesi," gerektiği hususlarının davacı şirkete bildirildiği anlaşılmakta olup; dava konusu işlemde anılan yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırılık saptanmamıştır.

Davacının diğer iddiaları ise yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Dava, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 16.07.2009 tarih ve 203491 sayılı işlemi ile 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin (u) bendinin iptali istemiyle açılmıştır.

10.11.2008 tarih ve 27050 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. maddesinin (ı) bendinde, "Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi almak ve gerekli kayıtları tutmak, Bakanlık tarafından elektronik haberleşme sektörüne yönelik strateji ve politikaların belirlenmesinde ihtiyaç duyulanları, talebi üzerine Bakanlığa iletmek"; (I) bendinde, "Yürütülecek elektronik haberleşme hizmetleri, şebeke ve/veya altyapısı ile ilgili yapılacak yetkilendirmelere ilişkin hüküm ve şartları belirlemek, uygulanmasını ve yetkilendirmeye uygunluğu denetlemek, bu hususta gereken iş ve işlemleri yürütmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak"; (s) bendinde, "Elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösterenlerin mevzuata uymasını denetlemek ve/veya denetlettirmek, konu ile ilgili usul ve esasları belirlemek, aykırılık halinde mevzuatın öngördüğü işlemleri yapmak ve yaptırımları uygulamak"; (ş) bendinde, "Elektronik haberleşme sektörüne yönelik olarak, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak"; (v) bendinde, "Bu Kanunla verilen görevlere ilişkin yönetmelik tebliğ ve diğer ikincil düzenlemeleri çıkarmak" Kurumun görev ve yetkileri arasında sayılmış; Kanun'un Genel Düzenlemeler başlıklı ikinci kısmının Yetkilendirme başlıklı birinci bölümünde yer alan 12. maddesinin beşinci fıkrasında, "İşletmeciler, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden milli güvenlikle ve 5397 ve 5671 sayılı kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik altyapıyı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurmakla yükümlüdür. Halen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler de; söz konusu teknik altyapıyı, Kurum tarafından belirlenecek süre içerisinde aynı şartlarla ve tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere kurmakla yükümlüdürler." kuralı yer almıştır.

5809 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasında "Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık hâlinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur hâlinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir." kuralı yer almış; 68. maddesinde ise, "Bu Kanunun İkinci Kısım Birinci Bölümünde yer alan yetkilendirme ile ilgili hükümler Kanunun yayımından altı ay sonra, diğer hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer." kuralına yer verilmiştir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na 5397 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek 7. maddesinin onuncu fıkrasında, bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütüleceği, oluşturulan bu Başkanlığın bir başkan ile daire başkanlıklarından oluşacağı, bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulacağı, verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edileceği, Ulaştırma Bakanlığı'nın bu merkezle ilgili altyapıyı hazırlamakla yükümlü olacağı kuralları yer almıştır.

10.11.2005 tarih ve 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik'in dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan 17. maddesinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın görevleri,

"a) 2559 sayılı Kanun'un ek 7'nci maddesi, 2803 sayılı Kanun'un ek 5'inci maddesi ve 2937 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

b) 5271 sayılı Kanun'un 135'inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

c) (a) ve (b) bentleri kapsamındaki taleplerin bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunmak,

d) (a) ve (b) bentleri uyarınca gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen verileri ve bilgileri ilgisine göre Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına, Emniyet Genel Müdürlüğüne ve Jandarma Genel Komutanlığına, talep etmeleri hâlinde mahkemeye ve Cumhuriyet başsavcılıklarına iletmek,

e) Bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak tespit, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması faaliyetlerini olanaklı kılacak her türlü teknik altyapının, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ve işletmeciler tarafından kurulmasını sağlamak, sağlatmak, gerekli altyapıyı kurmayan işletmecilerin cezalandırılması yönünde girişimde bulunmak,

f) 11'inci maddenin üçüncü fıkrası, 12'nci maddenin ikinci fıkrası ile 15'inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla, Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ile işletmecilerden gelen her türlü bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak,

g) Görev alanına giren konularla ilgili mevzuatta ulusal ve uluslararası alanda meydana gelen gelişmeleri takip etmek,

h) Başkanlık faaliyetleri için yurt içinden ve yurt dışından teminine ihtiyaç duyulan her türlü malzeme, sistem, yazılım ve donanımı belirleyerek Kurum Başkanına bildirmek,

i) Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak talep ettiğinde derhâl Başbakana bilgi vermek,

j) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek." şeklinde sayılmıştır.

28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin dava konusu 19. maddesinin (u) bendinde ise, "5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen yükümlülükler; işletmeciler, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden milli güvenlikle, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik altyapıyı, elektronik haberleşme sistemini hizmete sunmadan önce kurumca belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendine ait olmak üzere kurmak ve güncellemekle yükümlüdür. Hâlen elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerde; söz konusu teknik altyapıyı, Kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere

kurmak ve güncellemekle yükümlüdürler. İşletmeciler, 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve ilgili diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle ilgili olarak, tüm harcamaları kendilerine ait olmak üzere; ilgili mevzuat gereği verilmesi gereken bilgi, belge ve veriyi kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda eksiksiz ve zamanında kanunen yetkili mercie teslim etmekle, her türlü sistemin işletilmesi bakımından, altyapı kullanımının sağlanması ile söz konusu sistemlerin çalışır vaziyette tutulması için gerekli donanım, yazılım, bakım, onarım, teknik destek gibi gerekli tedbiri almakla ve bunları etkileyen donanım yazılım, altyapı ve şebekeye ilişkin değişiklikleri Kurum onayını alarak yapmakla yükümlüdürler." düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıda aktarılan mevzuatın irdelenmesinden; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın ilgili Kanunlar kapsamında yapılan dinlemelerin tek bir merkezden yürütülmesini sağlamak üzere kurulduğu, işletmecilerin bu kapsamda kanuni dinlemelere ilişkin verilen talimatları yerine getirmekle yükümlü oldukları anlaşılmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, dava konusu Yetkilendirme Yönetmeliği'nin kabulünün ardından Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın 16.07.2009 tarih ve 203491 sayılı yazısı ile, "Bilindiği üzere ilgi (a) ve (b) kayıtlı yazılarımız ile 07.07.2009 tarihinde işletmeciler ile İstanbul'da yapılan toplantıda özetle, 10 Kasım 2008 tarihinde yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Kanunu ve 28.05.2009 tarihli 27241 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği kapsamında işletmecilere;

1-Yeni kurulacak veya kurulu bulunan elektronik haberleşme sistemleri üzerinden 5397 ve 5651 sayılı Kanunlar ve diğer kanunlarda getirilen düzenlemelerle (Kanun Dinleme ve İzleme) ilgili taleplerin karşılanmasına yönelik teknik altyapının, sistemi hizmete sunulmadan önce, Kurumca belirlenecek usul, esas ve standartlarda ve tüm harcamaları tarafınıza ait olmak üzere kurulması ve güncellenmesi, kurulu bulunan sistemlerin ise güncellenmesi,

2-Yetkilendirme kapsamında istenen veya düzenli olarak gönderilmesi talep edilen her türlü bilgi, belge ve veriyi, tüm harcamaları tarafınıza ait olmak üzere ve kurum tarafından belirlenecek usul, esas ve standartlarda eksiksiz ve zamanında Başkanlığa teslim edilmesi,

3-Sistemin işletilmesi bakımından, altyapı kullanımının sağlanması ile söz konusu sistemlerin çalışır vaziyette tutulması, gerekli donanım, yazılım, bakım, onarım, teknik destek gibi her türlü tedbirin alınması ve bunları etkileyen donanım, yazılım, altyapı ve şebekeye ilişkin tüm değişikliklerin Kurum/Başkanlık onayının alınarak yapılması,

4-Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına teslim edilmesi zorunlu olan verilerin, Başkanlıkça belirlenecek noktaya kadar taşınması ile ilgili hat/hatlara (özel devre) ait her türlü masrafın/bedelin 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.11.2008 tarihi itibarıyla ilgili işletmecilerce karşılanması,

5-Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına kanunen verilen görevlerin yerine getirilebilmesi yönelik olarak ihtiyaç olması durumunda, Başkanlıkça belirlenecek usul, esas ve standartlarda, mevcut hat/hatların (devre) kapasitelerinin arttırılması ve/veya hat/hatların (devrenin) başka bir tür ile değiştirilmesi, yeni hat/hatların (devre) tesis edilmesi

6-Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı network'ü ile işletmeci network'ü arasında verilerinin iletimi ve güvenliğinin sağlanması için işletmeci tarafına kurulacak cihazların (firewall, router, switch) Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı merkez networkündeki teçhizatlarla uyumlu ve belli standartlara uygun olacak şekilde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görüş ve onayı alınarak işletmeci tarafından temin edilmesi,

Hususların yerine getirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Bu itibarla, yukarıda belirtilen mevzuat çerçevesinde,

1-İşletmenizce Başkanlığımıza teslim edilmesi zorunlu olan verilerin, Başkanlığmıza taşınması ile ilgili ek listede verilen hat/hatlara (özel devre) ait her türlü masrafın/bedelin 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.11.2008 tarihi itibarıyla işletmenizce F1 Telekomünikasyon A.Ş.'ye ödenmesi,

2-Söz konusu hat/hatlar (özel devre) hâlihazırda F1 Telekomünikayson A.Ş.'inde Başkanlığımız adına kayıtlı bulunduğundan, ivedi olarak mezkûr hat/hatların işletmeniz adına kaydının yapılması,

3-Şayet bundan sonra hat/hatlar (özel devre) hizmeti için F1 Telekomünikasyon A.Ş. dışında başka bir işletmeci tercih edilecekse, bu durumda da Başkanlığımızca belirlenen usul esas ve standartlarda hizmetin temin edilmesi,

4-Yeni bir hatta (özel devre) ihtiyaç duyulması durumunda Başkanlığımız tarafından ilgili işletmeciye hattın özellikleri (bağlantı tipi ve kapasitesi) bildirildikten sonra ilgili işletmeci tarafından söz konusu hattın (özel devre) kurulumunun sağlanması,

5-Herhangi bir arıza durumunda veri akışının devamının sağlanması için Ek:2'de özellikleri belirtilen yedek probun işletmenizce temin edilerek çalışır durumda hazır bekletilmesi" hususlarının davacı şirkete bildirildiği, bunun üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

5809 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (h) bendi ile dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin (f) bendine göre, elektronik haberleşmenin, elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin, kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını ifade ettiği, Kanun'un 3. maddesinin (ı) bendine ve dava konusu Yönetmeliğin 4. maddesinin (g) bendine göre de, elektronik haberleşme altyapısının, elektronik haberleşmenin, üzerinden veya aracılığıyla gerçekleştirildiği anahtarlama ekipmanları, donanım ve yazılımlar, terminaller ve hatlar da dâhil olmak üzere her türlü şebeke birimleri, ilgili tesisleri ve bunların bütünleyici parçalarını ifade ettiği dikkate alındığında, elektronik haberleşme faaliyetinin bizatihi kendisinin veri iletimi, gönderilmesi ve alınması faaliyetlerini kapsadığı anlaşılmakta olup, altyapıya ilişkin güncelleme, bakım, onarım, donanım, yazılım ve teknik destek gibi hususların, sistemin çalışır vaziyette tutulması bakımından tamamlayıcı unsurlar olduğunun kabülü gerekmektedir. Bu nedenle belirtilen konulara ilişkin oluşacak masrafların elektronik haberleşme altyapısının kurulması kapsamında değerlendirilmesi ile ilgili işletmeci tarafından karşılanması yasanın amacına uygun bulunmaktadır. Çalışır vaziyette tutulmayan bir altyapının, gerekli olduğunda işlevini sağlayamayacağı açık olduğundan dava konusu Yönetmelik maddesinde ve işlemde bu bakımdan hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer yandan, 5397 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun hükümlerinin 5809 sayılı Kanun'un ilgili hükümleriyle birlikte değerlendirilmesinden, elektronik haberleşme sistemleri üzerinden milli güvenlikle ilgili olarak kanunlarla getirilen taleplerin karşılanmasına yönelik olarak işletmecilerce yapılacak veri, bilgi ve belge tesliminin, imtiyaz sözleşmesiyle yerine getirilen kamu hizmetinin bir parçası olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, mevzuat uyarınca işletmecilere yüklenen bu yükümlüğün yerine getirilmemesi hâlinde, kamu düzeni ve milli güvenlik gibi önemli bir konuda ciddi kayıplara neden olacağı sonucuna varıldığından, dava konusu Yönetmelik maddesinde ve işlemde bu yönden de hukuka aykırılık görülmemiştir.

Bununla beraber, dava konusu işlemde yer alan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına teslim edilmesi zorunlu olan verilerin, Başkanlıkça belirlenecek noktaya kadar taşınması ile ilgili hat/hatlara (özel devre) ait her türlü masrafın/bedelin 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.11.2008 tarihi itibarıyla ilgili işletmecilerce karşılanması" ve "İşletmenizce Başkanlığımıza teslim edilmesi zorunlu olan verilerin, Başkanlığımıza taşınması ile ilgili ek listede verilen hat/hatlara (özel devre) ait her türlü masrafın/bedelin 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.11.2008 tarihi itibarıyla işletmenizce F1 Telekomünikasyon A.Ş.'ye ödenmesi"ne ilişkin kısımlarında yer alan "10.11.2008" ibarelerinde, 5809 sayılı Kanun'un işletmecilere masrafları karşılama yükümlülüğün getirildiği 12. maddesinin

beşinci fıkrasının Kanunun Resmî Gazete'de yayımlandığı 10.11.2008 tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği dikkate alındığında hukuka uygunluk görülmemiştir.

Bu durumda, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından 28.05.2009 tarih ve 27241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin (u) bendi, "10.11.2008" ibareleri dışında dava konusu işlem, dayanağı olan Kanun maddelerini aşan nitelikte olmayıp, yürürlükteki mevzuata ve kamu yararı ile hizmet gereklerine uygun bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 16.07.2009 tarih ve 203491 sayılı işleminde yer alan "10.11.2008" ibarelerinin İPTALİNE; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun 16.07.2009 tarih ve 203540 sayılı işleminde yer alan "10.11.2008" ibareleri dışındaki kısmı ile Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nin 19. maddesinin (u) bendi yönünden davanın REDDİNE, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 205,10-TL yargılama giderinin 102,55-TL'sinin davacı şirket üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.500-TL vekâlet ücretinin davacı şirketten alınarak davalı idareye verilmesine, geriye kalan 102,55-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.500-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi hâlinde davacı şirkete iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 18.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları

- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2015/353 Esas, 2015/372 Karar
- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/298 Esas, 2013/19 Karar
- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/281 Esas, 2012/274 Karar
- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/94 Esas, 2012/220 Karar
- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2011/253 Esas, 2012/22 Karar
- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2011/170 Esas, 2011/272 Karar
- Uyuşmazlık Mahkemesi - 2009/92 Esas, 2010/8 Karar

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2015/353 Esas, 2015/372 Karar

T.C.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ

HUKUK BÖLÜMÜ

ESAS NO : 2015/353

KARAR NO : 2015/372

KARAR TR : 1.6.2015

ÖZET: İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası (a) bendine aykırı davranıldığından bahisle, Yönetmeliğin 11. maddesi birinci fıkrası uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılan davanın, ADLİ YARGI YERİNDE çözümlenmesi gerektiği hk.

KARAR

Davacı: E.G.

Davalı: Altındağ Kaymakamlığı

OLAY : Altındağ Kaymakamlığının 9.6.2014 Olur/tarihli ve 83288517-523-1152 sayılı işlemi ile, Altındağ İlçesi, Aydınlıkevler Mahallesi, İrfan Baştuğ Caddesi No:30/C sayılı adreste faaliyette bulunan, işletmeciliğini davacının yaptığı Servet Net İnternet Kafe isimli işyerinde yapılan denetim sırasında, işyerinin ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesi olmadığının tespit edilmesi üzerine, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a dayanılarak hazırlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası (a) bendine aykırı davranıldığından bahisle, Yönetmeliğin 11. maddesinde belirtildiği gerekçesiyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrası (d) bendi uyarınca davacıya 4.900,00 TL idari para cezası verilmiştir.

Davacı, idari para cezasının iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

ANKARA 6. İDARE MAHKEMESİ; 17.9.2014 gün ve E:2014/1386, K:2014/972 sayı ile; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinin son fıkrasında idari

para cezalarının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağı düzenlendiğinden davanın çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar vermiş, verilen karar kesinleşmiştir.

Davacı, bu kez aynı istemle adli yargı yerine başvuruda bulunmuştur.

ANKARA 2. SULH CEZA HAKİMLİĞİ; 16.12.2014 gün ve D. İş No:2014/3687 sayı ile, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 4, 39/2 ve 2559 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca davanın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı ile görev uyuşmazlığının giderilmesi için dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine de karar vermiş, verilen karar itiraz edilmeden kesinleşmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Eyüp Sabri BAYDAR, Ali ÇOLAK, Nurdane TOPUZ, Alaittin Ali ÖĞÜŞ, Ayhan AKARSU ve Mehmet AKBULUT'un katılımlarıyla yapılan 1.6.2015 günlü toplantısında:

l-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre;

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği…" açıkça belirtilmiştir. Bu durum göz önüne alındığında, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Olay kısmında belirtildiği üzere tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada; idari yargı yerince adli yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle verilmiş ve kesinleşmiş bir görevsizlik kararı bulunmakta olup, bunun üzerine kendine gelen davayı inceleyen adli yargı yerinin sahip olduğu seçenekler ile verdiği karar bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

1- 2247 sayılı Yasanın 14. maddesinde yer alan, "Olumsuz görev uyuşmazlığının bulunduğunun ileri sürülebilmesi için adli, idari veya askeri yargı mercilerinden en az ikisinin tarafları konusu ve sebebi aynı olan davada kendilerini görevsiz görmeleri ve bu yolda verdikleri kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekir.

Bu uyuşmazlığın giderilmesi istemi, ancak davanın taraflarınca ve ceza davalarında ise ayrıca ilgili makamlarca ileri sürülebilir." hükmüne göre, idare mahkemesinin kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine adli yargı yerince de görevsizlik kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, olumsuz görev uyuşmazlığı doğmuş olacak; hukuk alanında doğmuş bulunan bu uyuşmazlığın giderilmesi istemi ise, ancak davanın taraflarınca ileri sürülebilecektir.

2- 2247 sayılı Yasanın 19. maddesindeki "Adli, idari, askeri yargı mercilerinden birisinin kesin veya kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine kendine gelen bir davayı incelemeye başlayan veya incelemekte olan bir yargı mercii davada görevsizlik kararı veren merciin görevli olduğu kanısına varırsa, gerekçeli bir karar ile görevli merciin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurur ve elindeki işin incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesinin karar vermesine değin erteler " hükmüne göre ise, adli yargı yeri, davaya bakma görevinin daha önce görevsizlik kararı veren idari yargı yerine ait olduğunu belirten gerekçeli bir karar ile doğrudan Uyuşmazlık Mahkemesine başvurma olanağına sahiptir. Şu kadar ki, başvuru kararının, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesince karar verilmesine değin işin incelenmesinin ertelenmesi hususunu da ihtiva etmesi gerekir.

Yasakoyucu, 14. maddeye göre hukuk alanında olumsuz görev uyuşmazlığı doğması halinde her iki yargı merciince işten el çekilmiş olduğundan başvurma iradesini davanın taraflarına bırakmış iken, bu yönteme nazaran daha kısa zamanda çözüme ulaşılmasını amaçladığı 19. madde ile, daha önce görevsizlik kararı veren yargı merciinden sonra davayı inceleyen yargı merciine, işten el çekmeden doğrudan Uyuşmazlık Mahkemesine başvurma olanağını tanımıştır.

Olayda, adli yargı yerince, görevsizlik kararı verilmekle birlikte, bununla yetinilmemiş, görevli merciin belirtilmesi için dava dosyasının re'sen Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine de karar verilmiştir.

Bu haliyle, her ne kadar 2247 sayılı Yasada öngörülen yönteme uymamakta ise de, davanın taraflarınca başvuruda bulunulmadığı gözetilerek, Sulh Ceza Mahkemesince re'sen yapılan başvurunun 2247 sayılı Yasanın 19. maddesi kapsamında olduğunun kabulü ile Uyuşmazlık Mahkemesinin önüne gelmiş bulunan görev uyuşmazlığının çözüme kavuşturulması, gerek dava ekonomisine gerek Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluş amacına uygun olacağından uyuşmazlığının esasının incelenmesine oy birliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Gülten Fatma BÜYÜKEREN'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Uğurtan ALTUN ile Danıştay Savcısı Yakup BAL'ın adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, davacının işletmecisi olduğu işyerinin ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası (a) bendine aykırı davranıldığından bahisle, Yönetmeliğin 11. maddesinde belirtildiği gerekçesiyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrası (d) bendi uyarınca Kaymakamlık Oluruyla davacıya verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

5651 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve 01.11.2007 tarih, 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin", "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesinde, " (1) Bu Yönetmeliğin amacı; internet toplu kullanım sağlayıcıları ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri ve sorumlulukları ile denetimlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir."

"Dayanak" başlıklı 2. maddesinde, " (1) Bu Yönetmelik, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmıştır." denilmiş;

"Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde; (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak.

b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak ve kullanmak.

d) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

e) Başkanlık tarafından verilen yazılım ile, (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri bir yıl süre ile saklamak.";

"İşyerlerinin açılması" başlıklı 6. maddesinde, "(1) Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet göstermek isteyen gerçek ve tüzel kişiler, 14/7/2005 tarihli ve 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte belirtilen usule uygun olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı aldıktan sonra mülki idare amirliklerine bir dilekçe ile başvurur.

(2) İşyerlerinin faaliyette bulunması için mülki idare amirleri tarafından Ek-1'de yer alan izin belgesi verilir.

(3) İşyerlerinin açılması hususundaki başvurular mülki idare amirlikleri tarafından onbeş gün içinde sonuçlandırılır.";

"İdari para cezaları" başlıklı 11. maddesinde,

"(1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmüne yer verilmiş;

5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "b) Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını, ı) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu ifade eder." denilmiş;

"Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde;

"(1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) (Değişik: 6/2/2014-6518/91 md.) Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) (Değişik: 6/2/2014-6518/91 md.) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(4) (Ek: 6/2/2014-6518/91 md.) Bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.";

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinde;

"(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.) Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir.

Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) (Ek: 26/2/2014-6527/17 md.) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir." hükümleri;

"Yönetmelikler" başlıklı 11. maddesinde;

"(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülüklerine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır." hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerden, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5651 sayılı Kanunun oluşturduğu; Yönetmeliğin, idari para cezalarına ilişkin 11. maddesinde, 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından idarî para cezası verileceğinin, idari para cezalarının, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağının belirtildiği; 5651 sayılı Kanun'un, "erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinin on ikinci fıkrasında ise, bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya

Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceğinin hüküm altına alındığı buna karşılık; 5651 sayılı Kanunda, mülki amir tarafından verilen para cezalarına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır.

Öte yandan; 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır"; Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında ise, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir" düzenlemeleri yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre; Kabahatler Kanunu'nun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinde, adli yargı yerince verilen görevsizlik kararında, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin birinci fıkrasında, ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı olarak faaliyet göstermek isteyen gerçek ve tüzel kişilerin 14/7/2005 tarihli ve 2005/9207 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte belirtilen usule uygun olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı alacaklarının ve bu bahsedilen Yönetmelikte de, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun uygulanmasında bu Yönetmelik hükümlerinin nazara alınacağının, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönet-meliğin 4. maddesinde, internet salonlarının bu Yönetmelik kapsamında olduğunun, 39. maddesinin ikinci fıkrasında da, 2559 sayılı Kanunun 6. maddesinde belirtilen hususların tespiti halinde, yetkili idare tarafından 2559 sayılı Kanunun 6. maddesinde belirtilen usule göre idarî para cezası uygulanacağının ve bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceğinin belirtilmesi karşısında, davanın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesine yer verilmiş ise de; ilgili mevzuat hükümlerinin incelenmesinden, işletmeciliğini davacının yaptığı Servet Net İnternet Kafe isimli işyerinde yapılan denetim sırasında, yukarıda belirtilen adreste faaliyette olan

işyerinin ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesi olmadığının tespit edilmesi nedeniyle, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası (a) bendine aykırı davranıldığından bahisle, davacıya Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrası uyarınca idari para cezası verildiği sonucuna varılmıştır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

İncelenen uyuşmazlıkta, mahalli mülki amirince, 5651 sayılı Yasa uyarınca idari para cezası verildiği, bu para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da da mülki amir tarafından verilen idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Ankara 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 19.madde kapsamında görülen başvurusunun reddi ile, ayrıca bu Mahkemece verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Ankara 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 19.madde kapsamında görülen BAŞVURUSUNUN REDDİ ile, ayrıca aynı

Mahkemece verilen 16.12.2014 gün ve D. İş No:2014/3687 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 1.6.2015 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Başkan

Serdar

ÖZGÜLDÜR

Üye

Eyüp Sabri

BAYDAR

Üye

Alaittin Ali

ÖĞÜŞ

Üye

Ali

ÇOLAK

Üye

Ayhan

AKARSU

Üye

Nurdane

TOPUZ

Üye

Mehmet

AKBULUT

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/298 Esas, 2013/19 Karar

Esas No : 2012/298

Karar No : 2013/19

Hukuk Bölümü

- İNTERNET TOPLU KULLANIM SAĞLAYICILARI HAKKINDA YÖNETMELİĞIN, 5. MADDESINE AYKIRI FAALIYETTE BULUNULDUĞUNDAN BAHISLE, 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESI VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDILMESI HAKKINDA KANUN'UN 7. MADDESI UYARINCA KAYMAKAMLIK OLURUYLA VERILEN PARA CEZASININ IPTALI ISTEMIYLE AÇILAN DAVANIN, ADLİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI
- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 14

Davacı: İ.K.

Davalı: Melikgazi Kaymakamlığı

OLAY: Melikgazi Kaymakamlığının, 29.11.2010 Olur/tarihli ve 1451 sayılı işlemi ile Melikgazi İlçesi, Selçuklu Mahallesi, Alagöz Geçidi No:18 sayılı adreste faaliyette bulunan, müstecirliğini davacının yaptığı İlker İnternet Salonunun üst katının internet salonu gibi kullanıldığı ve işyeri açma ve çalıştırma ruhsatı ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi uyarınca davacıya 3.435,00 TL para cezası verilmiştir.

Davacı, para cezasına karşı adli yargı yerinde itirazda bulunmuştur.

KAYSERİ 7. SULH CEZA MAHKEMESİ; 26.4.2011 gün ve D. İş No:2011/16 sayı ile, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa ve 5651 sayılı yasanın 12/1. maddesine göre; bu idari para cezalarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre Kayseri İdare Mahkemesine itiraz

edilebileceğinden, gereğinin idare mahkemesince yapılmak üzere görevsizlik kararı vermiş, verilen karar kesinleşmiştir.

Davacı, bu kez, aynı istemle idari yargı yerinde dava açmıştır.

KAYSERİ 1. İDARE MAHKEMESİ; 30.4.2012 gün ve E:2011/833, K:2012/515 sayı ile; Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 19.12.2011 gün ve E:2011/170, K:2011/272 sayılı karar gerekçesi tekrar edilerek ve bu karara dayanılarak davanın adli yargının görev alanına girdiğinden görev yönünden reddine karar verilmiş, verilen karar kesinleşmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Sedat ÇELENLİOĞLU ve Ayhan AKARSU'nun katılımlarıyla yapılan 14.01.2013 günlü toplantısında::

l-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre;

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği…" açıkça belirtilmiştir. Bu durum göz önüne alındığında, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Adli ve idari yargı yerleri arasında 2247 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde öngörülen biçimde olumsuz görev uyuşmazlığı doğduğu, idari yargı dosyasının 15. maddede belirtilen yönteme uygun olarak davacının istemi üzerine son görevsizlik kararını veren mahkemece, adli yargı dosyası da temin edilmek suretiyle Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderildiği ve usule ilişkin

işlemlerde herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim G. Fatma BÜYÜKEREN'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı Tuncay DÜNDAR'ın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra **GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

Dava, müstecirliğini davacının yaptığı internet salonunun üst katının internet salonu gibi kullanıldığı ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi uyarınca Kaymakamlık Oluruyla davacıya verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

5651 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve 01.11.2007 tarih, 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin"; "Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde; (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak.

b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak ve kullanmak.

d) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

e) Başkanlık tarafından verilen yazılım ile, (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri bir yıl süre ile saklamak" hükmüne;

"İdari para cezaları" başlıklı 11. maddesinde,

"(1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır" hükmüne yer verilmiş;

5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "b) Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını, ı) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu ifade eder" denilmiş;

"Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde;

"(1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahallî mülkî amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir" hükmü;

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinde;

"(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir" hükmü,

"Yönetmelikler" başlıklı 11. maddesinde;

"(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır" hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerden, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5651 sayılı Kanunun oluşturduğu; Yönetmeliğin, İdari para cezalarına ilişkin" 11. maddesinde, 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından idarî para cezası verileceğinin, İdari para cezalarının, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağının belirtildiği; 5651 sayılı Kanunun, Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi başlıklı 8. maddesinin 12. fıkrasında ise, bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceğinin

hüküm altına alındığı buna karşılık; 5651 sayılı Kanunda, mülki amir tarafından verilen para cezalarına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır.

Öte yandan; 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır"; Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında ise, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir" düzenlemeleri yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre; Kabahatler Kanunu'nun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

İncelenen uyuşmazlıkta, mahalli mülki amirince, 5651 sayılı Yasa uyarınca idari para cezası verildiği, bu para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"da mülki amir tarafından verilen idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu

durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Sulh Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle, Kayseri 7. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 26.04.2011 gün ve D. İş No:2011/16 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 14.01.2013 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/281 Esas, 2012/274 Karar

Esas No : 2012/281

Karar No : 2012/274

Hukuk Bölümü

- 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESI VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDILMESI HAKKINDA KANUN UYARINCA VERILEN IDARI PARA CEZASININ IPTALI ISTEMIYLE AÇILAN DAVANIN, ADLİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI
- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 14

Davacı: M.P.

Vekili: Av. A.O.S.

Davalı: Melikgazi Kaymakamlığı

OLAY: Melikgazi Kaymakamlığının, 13.1.2011 tarih ve 01/114/93 sayılı işlemi ile Erciyes Üniversitesi kampüs içersinde Vakıf Çarşısı No:11 adresinde faaliyette bulunan müstecirliğini davacının yaptığı Anıl Bijüteri ve Bakkaliye adlı işyeri içersinde on adet masa üstü bilgisayarın olduğu ve umuma açık olarak kullandırıldığı, iş yerinin ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca davacıya 3.780,00 TL para cezası verilmiştir.

Davacı, para cezasına karşı adli yargı yerinde itirazda bulunmuştur.

KAYSERİ 5. SULH CEZA MAHKEMESİ: 26.4.2011 gün ve D. İş No:2011/45 sayı ile, 5651 sayılı Kanun'un 12/1 maddesine göre bu idari para cezalarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama

Usulü Kanununa göre Kayseri İdare Mahkemesine itiraz edilebileceği gerekçesiyle Mahkemelerinin görevli olmaması nedeniyle itirazın görev yönünden reddine- karar vermiş, itiraz üzerine Kayseri 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nce itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

Davacı, bu kez, dava dilekçesinin "açıklamalar" kısmında 13.1.2011 tarih ve 01/114/93 sayılı işlemi, "sonuç" ve "konu" kısımlarında farklı tarih ve numaralar yazılı olduğu halde, verilen idari para cezasının iptali için idari yargı yerinde dava açmıştır.

KAYSERİ 1. İDARE MAHKEMESİ: 30.4.2012 gün ve E:2011/927, K:2012/516 sayı ile; Uyuşmazlık Mahkemesi'nce benzer konular nedeniyle verilmiş kararlarda belirtilen hususlar tekrar edilerek, davanın çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, verilen karar kesinleşmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Sedat ÇELENLİOĞLU ve Mehmet Aydan AL'ın katılımlarıyla yapılan 5.11.2012 günlü toplantısında:

l-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre;

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği…" açıkça belirtilmiştir. Bu durum göz önüne alındığında, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Adli ve idari yargı yerleri arasında 2247 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde öngörülen biçimde 13.1.2011 tarih ve 01/114/93 sayılı işlem yönünden olumsuz görev uyuşmazlığı doğduğu, idari ve adli yargı dosyalarının 15. maddede belirtilen yönteme uygun olarak davacının istemi üzerine son

görevsizlik kararını veren mahkemece, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderildiği ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldı-ğından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim G. Fatma BÜYÜKEREN'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı Tuncay DÜNDAR'ın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra **GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

Dava, müstecirliğini davacının yaptığı işyerinin internet salonu gibi kullanıldığının ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi uyarınca Kaymakamlık Oluruyla davacıya verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

5651 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve 01.11.2007 tarih, 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin"; "Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde; (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak.

b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak ve kullanmak.

d) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

e) Başkanlık tarafından verilen yazılım ile, (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri bir yıl süre ile saklamak." hükmüne;

"İdari para cezaları" başlıklı 11. maddesinde,

"(1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmüne yer verilmiş;

5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "b) Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını, ı) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu ifade eder." denilmiş;

"Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde;

"(1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahallî mülkî amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir." hükmü;

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinde;

"(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.” hükmü,

“Yönetmelikler” başlıklı 11. maddesinde;

“(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır.” hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerden, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5651 sayılı Kanunun oluşturduğu; Yönetmeliğin, İdari para cezalarına ilişkin” 11. maddesinde, 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından idarî para cezası verileceğinin, İdari para cezalarının, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağının belirtildiği; 5651 sayılı Kanunun, Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi başlıklı 8.

maddesinin 12. fıkrasında ise, bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceğinin hüküm altına alındığı buna karşılık; 5651 sayılı Kanunda, mülki amir tarafından verilen para cezalarına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır.

Öte yandan; 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır"; Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında ise, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir" düzenlemeleri yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre; Kabahatler Kanunu'nun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan

Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da da mülki amir tarafından verilen idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Sulh Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle, Kayseri 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 26.4.2011 gün ve Değ. İş No:2011/45 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 5.11.2012 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2012/94 Esas, 2012/220 Karar

Esas No : 2012/94

Karar No : 2012/220

Hukuk Bölümü

- 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESI VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDILMESI HAKKINDA KANUN DAYANAK ALINARAK ÇIKARILAN YÖNETMELIK UYARINCA VERILEN IDARI PARA CEZASININ IPTALI ISTEMIYLE AÇILAN DAVANIN, ADLİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI
- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 19

Davacı: Y.E.

Davalı: Kayseri/ Kocasinan Kaymakamlığı

OLAY: Kocasinan Kaymakamlığı'nın, 8.12.2010 tarih ve 958 sayılı işlemi ile, ilçede faaliyette bulunan T.İnternet Kafe'nin müsteciri olan davacı adına "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik" in 5/b,ç ve 9/e. maddelerine aykırılık nedeniyle Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca 4.255,00 TL. idari para cezası verilmiştir.

Davacı, idari para cezasının iptali istemiyle adli yargı yerinde itirazda bulunmuştur.

KAYSERİ 4. SULH CEZA MAHKEMESİ: 15.3.2011 gün ve D. İş No:2010/999 sayı ile, 5651 sayılı Kanun'un 12/1 maddesine göre bu idari para cezalarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre Kayseri İdare Mahkemesine itiraz edilebileceği gerekçesiyle Mahkemelerinin görevli olmaması nedeniyle itirazın görev yönünden reddine- karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

Davacı, bu kez, aynı istemle idari yargı yerinde dava açmıştır.

KAYSERİ 2. İDARE MAHKEMESİ: 6.2.2012 gün ve E:2011/828 sayı ile; 5651 sayılı Kanun'da idare mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bir hükme yer verilmediği, Yönetmeliğin 11. maddesinde bu para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı

belirtildiğinden, bahsedilen Kanunlar uyarınca davanın çözümünün adli yargı yerine ait olduğu gerekçesiyle 2247 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca görevli yargı yerinin belirlenmesi için Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulmasına, Uyuşmazlık Mahkemesi'nce karar verilinceye kadar dosyanın incelenmesinin ertelenmesine karar vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Sedat ÇELENLİOĞLU ve Mehmet Aydan AL'ın katılımlarıyla yapılan 5.11.2012 günlü toplantısında:

l-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre; Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulunun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği…" açıkça belirtilmiştir. Bu durum göz önüne alındığında, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

İdare Mahkemesince, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanun'un 19. maddesine göre başvuruda bulunulmuş olduğu, idari yargı dosyasının Mahkemece, ekinde adli yargı dosyası ile birlikte Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderildiği ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim G. Fatma BÜYÜKEREN'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı Tuncay DÜNDAR'ın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra **GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

Dava, müstecirliğini davacının yaptığı İnternet Kafe'nin, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5 ve 9. maddelerine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca Kaymakamlık Oluruyla davacıya verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

5651 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve 01.11.2007 tarih, 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin"; "Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde; (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak.

b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak ve kullanmak.

d) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

e) Başkanlık tarafından verilen yazılım ile, (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri bir yıl süre ile saklamak." hükmüne;

"İşyerlerinde uyulması gereken kurallar" başlığı altında düzenlenen 9. maddesinin birinci fıkrası (e) bendinde, "İşyerlerinde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan hakların ihlal edilmesinin önlenmesi için gerekli tedbirler alınır",

"İdari para cezaları" başlıklı 11. maddesinde,

"(1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmüne yer verilmiş;

5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "b) Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını, ı) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu ifade eder." denilmiş;

"Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde;

"(1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahallî mülkî amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir." hükmü;

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinde;

"(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına

kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir." hükmü,

"Yönetmelikler" başlıklı 11. maddesinde;

"(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır." hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerden, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5651 sayılı Kanunun oluşturduğu; Yönetmeliğin, İdari para cezalarına ilişkin" 11. maddesinde, 5 ve 9. maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından idarî para cezası verileceğinin, İdari para cezalarının, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağının belirtildiği; 5651 sayılı Kanunun, Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi başlıklı 8. maddesinin 12. fıkrasında ise, bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceğinin hüküm altına alındığı buna karşılık; 5651 sayılı Kanunda, mülki amir tarafından verilen para cezalarına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır.

Öte yandan; 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır"; Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında ise, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir" düzenlemeleri yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre; Kabahatler Kanunu'nun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da da mülki amir tarafından verilen idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para

cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, İdare Mahkemesinin başvurusunun kabulü ile Sulh Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle, Kayseri 2. İdare Mahkemesi'nin BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile, Kayseri 4. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 15.3.2011 gün ve D. İş No:2010/999 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 5.11.2012 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2011/253 Esas, 2012/22 Karar

Esas No **:** 2011/253

Karar No **:** , 2012/22

Hukuk Bölümü

- 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESI VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDILMESI HAKKINDA KANUN'UN 7. MADDESI UYARINCA KAYMAKAMLIK OLURU'YLA VERILEN PARA CEZASININ IPTALI ISTEMIYLE AÇILAN DAVANIN, ADLİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI HK.
- İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN (5651) Madde 5

Davacılar: T.Y. - D.Y.

Davalı: Melikgazi Kaymakamlığı

OLAY: Melikgazi Kaymakamlığının, 15.4.2011 Olur/tarih ve 01/114/762 sayılı işlemi ile Kayseri İli, Köşk Mahallesi, Talas Bulvarı, No:79 adresinde bulunan, Erciyes Erkek Yurdu Kayseri Bölge Müdürlüğünde müstecirliğini davacıların yaptığı internet salonunun ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca davacıya 964,00 TL para cezası verilmiştir.

Davacı, para cezasına karşı adli yargı yerinde itirazda bulunmuştur.

KAYSERİ 5. SULH CEZA MAHKEMESİ: 22.6.2011 gün ve Değişik İş No:2011/337 sayı ile, Melikgazi İlçe Emniyet Müdürlüğü nün 23.5.2011 tarih 1013 sayılı yazıları ile; 4.4.2011 günü saat 14:00 sıralarında ilçe emniyet müdürlüğü görevlilerince yapılan kontrollerde yurt müştemilatı içerisinde bulunan girişe göre sağ tarafta müstakil binanın giriş katında 53 adet internet bağlantılı

bilgisayarların bulunduğu, Düzey Bilgisayarcılık isimli firmaya T.Y. ve D.Y. isimli şahıslar adına 2010-2014'e kadar sözleşme usulü ile kiraya verildiği, verilen internet hizmeti karşılığı öğrencilerden para alındığı ve "ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesi" olmadığının tespit edilmesi üzerine, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesi gereğince 3.964,00 idari para cezası uygulanmasına dair işlem yapıldığı, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa ve 5651 sayılı Yasanın 12/1 maddesine göre bu idari para cezalarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre Kayseri İdare Mahkemesine itiraz edilebileceği gerekçesiyle Mahkemelerinin görevli olmaması nedeniyle itirazın görev yönünden reddine- karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

Davacı, bu kez, idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

KAYSERİ 1. İDARE MAHKEMESİ: 10.8.2011 gün ve E:2011/1108, K:2011/895 sayı ile; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Yaptırım Türleri" başlıklı 16 ncı, 5560 sayılı Kanun'la değişik 3 üncü ve 27 nci maddelerinden bahisle; idari yaptırım kararı uygulanmasının dayanağı olan özel yasada idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı merciinde dava açılabileceğine ilişkin bir hükmün bulunmaması halinde yapılacak itirazların adli yargının görevine girdiği, yargı yolu konusunda açık bir biçimde idare mahkemelerine işaret edilmiş veya aynı kişiyle ilgili olarak idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında idari yargının görev alanına giren başkaca kararların da alınmış olması durumunda ise idari yargı mercilerine itirazda bulunulabileceğinin, diğer bir ifadeyle, Kabahatler Kanunu'nun, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin düzenleme getiren hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanamayacağının açık olduğu; öte yandan, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Toplu Kullanım Sağlayıcıların Yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde; "Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahalli mülki amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahalli mülki amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahalli mülki amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin usuller, yönetmelikle düzenlenir. / Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahalli mülki amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir." hükmüne yer verildiği; 5651 sayılı Kanun'un uygulanmasına yönelik olarak 1.11.2007 tarih ve 26687 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri arasında mülki idare amirinden izin belgesi almak gereğine yer verildikten sonra anılan

yönetmeliğin 9. maddesinde işyerlerinde uyulması gereken kurallara ilişkin düzenlemeler getirildiği, söz konusu Yönetmeliğin "İdari Para Cezaları" başlıklı 11. maddesinde ise; " (1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. / (2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir. / (3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmüne yer verilmiş olduğu; dava dosyasının incelenmesinden, Kayseri İli, Köşk Mahallesi, Talas Bulvarı No:79 sayılı adreste faaliyette bulunan müstecirliğini davacıların yaptığı Erciyes Erkek Yurdu Kayseri Bölge Müdürlüğünde yapılan ihbar nedeniyle 4.4.2011 tarihinde 14.00 sıralarında İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlileri tarafından yapılan kontrollerde; anılan işyerinin internet salonu gibi kullanıldığı ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tesbit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle 5655 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca para cezası uygulandığı; sözü edilen cezanın kaldırılması istemiyle açılan davada, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 1/a bendinde belirtildiği üzere, bu kanunun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, bakılmakta olan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün hangi mahkemenin görevine girdiği hususunun tespitinde 5326 sayılı Kanun hükümlerinin dikkate alınması hukuken zorunlu olduğundan, 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi ile anılan Kanun'un uygulanmasına yönelik İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine aykırı davranış karşılığında uygulanan idari para cezasına karşı açılan davanın, Kabahatler Kanunu'nun 27 nci maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca sulh ceza mahkemesinin görevine girdiği sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 15/1-a. maddesi hükmü uyarınca görev yönünden reddine karar vermiş, bu karar itiraz edilmeyerek kesinleşmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Sedat ÇELENLİOĞLU, Ayhan AKARSU'nun katılımlarıyla yapılan 6.2.2012 günlü toplantısında:

l-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre;

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği…" açıkça belirtilmiştir. Bu durum göz önüne alındığında, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Adli ve idari yargı yerleri arasında 2247 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde öngörülen biçimde olumsuz görev uyuşmazlığı doğduğu, idari ve adli yargı dosyalarının 15. maddede belirtilen yönteme uygun olarak davacının istemi üzerine son görevsizlik kararını veren mahkemece, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderildiği ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Gülşen AKAR PEHLİVAN'ın, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı Mehmet AKKAYA'nın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra **GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

Dava, müstecirliğini davacının yaptığı Erkek Yurdunun internet salonu gibi kullanıldığının ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi uyarınca Kaymakamlık Oluruyla davacıya verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

5651 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve 01.11.2007 tarih, 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin"; "Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde; (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak.

b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak ve kullanmak.

d) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

e) Başkanlık tarafından verilen yazılım ile, (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri bir yıl süre ile saklamak." hükmüne;

"İdari para cezaları" başlıklı 11. maddesinde,

"(1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmüne yer verilmiş;

5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "b) Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını, ı) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu ifade eder." denilmiş;

"Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde;

"(1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir.

Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahallî mülkî amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir." hükmü;

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinde;

"(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir." hükmü,

"Yönetmelikler" başlıklı 11. maddesinde;

"(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır." hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerden, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5651 sayılı Kanunun oluşturduğu; Yönetmeliğin, İdari para cezalarına ilişkin" 11. maddesinde, 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından idarî para cezası verileceğinin, İdari para cezalarının, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağının belirtildiği; 5651 sayılı Kanunun, Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi başlıklı 8. maddesinin 12. fıkrasında ise, bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceğinin hüküm altına alındığı buna karşılık; 5651 sayılı Kanunda, mülki amir tarafından verilen para cezalarına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır.

Öte yandan; 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır"; Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında ise, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu

süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir" düzenlemeleri yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre; Kabahatler Kanunu'nun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da da mülki amir tarafından verilen idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Sulh Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Kayseri 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 22.6.2011 gün ve Değişik İş No:2011/337 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 6.2.2012 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2011/170 Esas, 2011/272 Karar

Esas No : 2011/170

Karar No : 2011/272

Hukuk Bölümü

- İNTERNET TOPLU KULLANIM SAĞLAYICILARI HAKKINDA YÖNETMELİĞIN, 5. MADDESINE AYKIRI FAALIYETTE BULUNULDUĞUNDAN BAHISLE, 5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESI VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDILMESI HAKKINDA KANUN'UN 7. MADDESI UYARINCA KAYMAKAMLIK OLURUYLA VERILEN PARA CEZASININ IPTALI ISTEMIYLE AÇILAN DAVANIN, ADLİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESI GEREKTIĞI HK.
- ÇEŞİTLİ KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA İLİŞKİN KANUN (5560) Madde 27
- İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN (5651) Madde 12

Davacı: C.Ö.

Davalı: Melikgazi Kaymakamlığı

OLAY: Melikgazi Kaymakamlığının, 15.2.2011 Olur/tarih ve 502/331 sayılı işlemi ile(24.1.2011 tarih ve 502/170 sayılı işlemdeki isim yanlışlığı düzeltilerek), Kayseri İli, Melikgazi İlçesi, Anbar Mahallesi, Nakliyeciler Sitesi, No:5-6 sayılı adreste faaliyette bulunan, müstecirliğini davacının yaptığı lokantanın üst katının internet salonu gibi kullanıldığı ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi uyarınca davacıya 3.780,00 TL para cezası verilmiştir.

Davacı, para cezasına karşı adli yargı yerinde itirazda bulunmuştur.

Kayseri 1. Sulh Ceza Mahkemesi; 07.03.2011 gün ve Değişik İş No:2011/129 sayı ile; İtirazcı itirazını haklı nedenle delillendirmediğinden itirazın reddine karar vermiş, davacı bu karara itiraz etmiştir.

-KAYSERİ 2. AĞIR CEZA MAHKEMESİ; 07.04.2011 gün ve Müt. No: 2011/417 sayı ile; 5326 sayılı Kabahatler Kanununa ve 5651 sayılı yasanın 12/1. maddesine göre; bu idari para cezalarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre Kayseri İdare Mahkemesine itiraz edilebileceğinden, Kayseri 1. Sulh Ceza Mahkemesinin görevsiz olarak karar verdiğinin anlaşıldığı ve Sulh Ceza Mahkemesinin kararının kaldırılarak gereği idare mahkemesince yapılmak üzere CMK 3,4,5. maddelerine göre sulh ceza mahkemesinin görevsizliğine karar vermenin gerekmiş olduğu gerekçesiyle; 1-) Kayseri 1. Sulh Ceza Mahkemesinin görevsiz olarak vermiş olduğu 07.03.2011 tarih ve 2011/129 D. İş sayılı kararının KALDIRILMASINA, 2-) CMK 3, 4, 5. maddeleri gereğince Kayseri 1. Sulh Ceza mahkemesinin GÖREVSİZLİĞİNE, 3-) Karar kesinleştiğinde, kararın ve itirazın gereği yapılmak üzere itiraz dosyasının Kayseri İdare Mahkemesine gönderilmesine, Mahkemeleri kararının ilgililere mahkemesince tebliğine, evrak ve eklerinin gereği için ilgili mahkemeye tevdiine; Sulh Ceza Mahkemesinin kararının kaldırılmasına dair verilen karar itibarı ile kesin olarak, sulh ceza mahkemesinin görevsizliğine dair karar itibarı ile 7 günlük temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir.

Davacı, bu kez, idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

KAYSERİ 1. İDARE MAHKEMESİ; 26.04.2011 gün ve E:2011/544, K:2011/433 sayı ile; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Yaptırım Türleri" başlıklı 16 ncı, 5560 sayılı Kanun'la değişik 3 üncü ve 27 nci maddelerinden bahisle; idari yaptırım kararı uygulanmasının dayanağı olan özel yasada idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı merciinde dava açılabileceğine ilişkin bir hükmün bulunmaması halinde yapılacak itirazların adli yargının görevine girdiği, yargı yolu konusunda açık bir biçimde idare mahkemelerine işaret edilmiş veya aynı kişiyle ilgili olarak idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında idari yargının görev alanına giren başkaca kararların da alınmış olması durumunda ise idari yargı mercilerine itirazda bulunulabileceğinin, diğer bir ifadeyle, Kabahatler Kanunu'nun, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin düzenleme getiren hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanamayacağının açık olduğu; öte yandan, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un

"Toplu Kullanım Sağlayıcıların Yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde; "Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahalli mülki amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahalli mülki amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahalli mülki amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin usuller, yönetmelikle düzenlenir. / Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahalli mülki amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir." hükmüne yer verildiği; 5651 sayılı Kanun'un uygulanmasına yönelik olarak 1.11.2007 tarih ve 26687 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, ticari amaçlı internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri arasında mülki idare amirinden izin belgesi almak gereğine yer verildikten sonra anılan yönetmeliğin 9. maddesinde işyerlerinde uyulması gereken kurallara ilişkin düzenlemeler getirildiği, söz konusu Yönetmeliğin "İdari Para Cezaları" başlıklı 11. maddesinde ise; " (1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. / (2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir. / (3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmüne yer verilmiş olduğu; dava dosyasının incelenmesinden, Kayseri ili, Anbar Mahallesi, Nakliyeciler Sitesi, No:5-6 sayılı adreste faaliyette bulunan müstecirliğini adı geçenin yaptığı lokantanın üst katında, yapılan ihbar nedeniyle 18.1.2011 tarihinde 17.45 sıralarında İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlileri tarafından yapılan kontrollerde; anılan işyerinin üst katının internet salonu gibi kullanıldığı ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; Internet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle 5651 sayılı Internet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi uyarınca 3.780,00 TL para cezası uygulandığı; sözü edilen cezanın kaldırılması istemiyle açılan davada, Kayseri 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 7.3.2011 tarih ve 2011/129 Değişik İş Nolu kararı ile verilen idari yaptırım kararına itiraz edilmesi üzerine, Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen MÜT No:2011/417, 7.4.2011 tarihli sayılı kararla; 5326 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'un 12/1 maddesi uyarınca idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddi üzerine belirtilen para cezasının iptali istemiyle bakılmakta olan iş bu davanın açıldığının anlaşıldığı; bu durumda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 1/a bendinde

belirtildiği üzere, bu kanunun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, bakılmakta olan uyuşmazlığın görüm ve çözümünün hangi mahkemenin görevine girdiği hususunun tespitinde 5326 sayılı Kanun hükümlerinin dikkate alınması hukuken zorunlu olduğundan, 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla işlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile anılan Kanun'un uygulanmasına yönelik Internet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine aykırı davranış karşılığında uygulanan idari para cezasına karşı açılan davanın, Kabahatler Kanunu'nun 27 nci maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca sulh ceza mahkemesinin görevine girdiği sonucuna varılmış bulunulduğu; öte yandan, 5651 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "Erişimin Engellenmesi Kararı ve Yerine Getirilmesi" başlıklı 8. maddesinin 12. fıkrasında; "Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir." düzenlemesine yer verilmiş olup, 5651 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; Başkanlık; kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon iletişim Başkanlığı, Kurum ise; Telekomünikasyon Kurumu şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca mülki idare amirlerince verilen idari para cezalarına karşı açılan davaların sulh ceza mahkemesinin görevine, aynı Kanun'un 8. Maddesi uyarınca Telekomünikasyon iletişim Başkanlığı ile Telekomünikasyon Kurumu tarafından verilen idari para cezalarına karşı açılan davaların ise idare mahkemelerinin görevine girdiği sonucuna ulaşılmakta olup, uyuşmazlıkta 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca mülki idare amiri tarafından idari para cezası verildiği dikkate alındığında, uyuşmazlığın idari yargı yerinde incelenmesine olanak bulunmadığı, diğer taraftan, Kayseri 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 7.3.2011 tarih ve 2011/129 Değişik Nolu kararında yer verilen 5651 sayılı Kanun'un 12/1 maddesinin ise, ilgili kanunlardan olan 406 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik olması nedeniyle dava konusu işlem ile ilişkisinin bulunmadığının da açık olduğu; gerekçesiyle davanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 15/1-a. maddesi hükmü uyarınca görev yönünden reddine karar vermiş, bu karar itiraz edilmeyerek kesinleşmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Sedat ÇELENLİOĞLU ve Ayhan AKARSU'nun katılımlarıyla yapılan 19.12.2011 günlü toplantısında:

l-İLK İNCELEME: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre;

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkumiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği…" açıkça belirtilmiştir. Bu durum göz önüne alındığında, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Kayseri 1. Sulh Ceza Mahkemesinin işin esası hakkında verdiği kararı, Mahkemenin görevsiz olduğu gerekçesiyle bozan Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 07.04.2011 gün ve Müt. No: 2011/417 sayılı kararı ile Kayseri 1. İdare Mahkemesinin 26.04.2011 gün ve E:2011/544, K:2011/433 sayılı kararları arasında anılan Yasanın 14. maddesinde öngörülen biçimde olumsuz görev uyuşmazlığı doğduğu, idari yargı dosyasının; davacının istemi üzerine son görevsizlik kararını veren Mahkemece 15. maddede belirtilen hükmün aksine, önceki görevsizlik kararına ilişkin dava dosyası temin edilmeden gönderildiği görülmekte ise de; Başkanlıkça adli yargı dosyasının da Mahkemesinden getirtildiği ve sonuçta usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Taşkın ÇELİK'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Mehmet BAYHAN ile Danıştay Savcısı Mehmet AKKAYA'nın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra **GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

Dava, müstecirliğini davacının yaptığı lokantanın üst katının internet salonu gibi kullanıldığı ve ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcı izin belgesinin olmadığının tespit edilmesi üzerine; İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin, "Ticari Amaçlı İnternet Toplu

Kullanım Sağlayıcılarının Yükümlülükleri" başlıklı 5. Maddesine aykırı faaliyette bulunulduğundan bahisle, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 7. Maddesi uyarınca Kaymakamlık Oluruyla davacıya verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

5651 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve 01.11.2007 tarih, 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin"; "Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde; (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır:

a) Mülki idare amirinden izin belgesi almak.

b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak.

c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.

ç) Erişim sağlayıcılardan sabit IP almak ve kullanmak.

d) İç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek.

e) Başkanlık tarafından verilen yazılım ile, (d) bendi gereğince kaydedilen bilgileri ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini teyit eden değeri kendi sistemlerine günlük olarak kaydetmek ve bu verileri bir yıl süre ile saklamak." hükmüne;

"İdari para cezaları" başlıklı 11. maddesinde,

"(1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmüne yer verilmiş;

5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde; "b) Başkanlık: Kurum bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını, ı) Kurum: Telekomünikasyon Kurumunu ifade eder." denilmiş;

"Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri" başlıklı 7. maddesinde;

"(1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişiye mahallî mülkî amir tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir." hükmü;

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinde;

"(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin

karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir." Hükmü,

"Yönetmelikler" başlıklı 11. maddesinde;

"(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır.

(2) Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır." hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerden, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5651 sayılı Kanunun oluşturduğu; Yönetmeliğin, İdari para cezalarına ilişkin" 11. maddesinde, 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından idarî para cezası verileceğinin, İdari para cezalarının, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağının belirtildiği; 5651 sayılı Kanunun, Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi başlıklı 8. maddesinin 12. fıkrasında ise, bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceğinin hüküm altına alındığı buna karşılık; 5651 sayılı Kanunda, mülki amir tarafından verilen para cezalarına karşı kanun yoluna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmıştır.

Öte yandan; 30.3.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 3. maddesinde, "(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır"; Kanunun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasında ise, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir" düzenlemeleri yer almıştır.

Bu düzenlemelere göre; Kabahatler Kanunu'nun, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterilmesi durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

İncelenen uyuşmazlıkta, mahalli mülki amirince, 5651 sayılı Yasa'nın 1. fıkrasında öngörülen koşulların yerine getirilmemesi nedeniyle, aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca idari para cezası verildiği gözetildiğinde, bu para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da da mülki amir tarafından verilen idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Sulh Ceza Mahkemesince işin esası yönünden verilen kararı görevsizlik nedeniyle kaldıran Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 07.04.2011 gün ve Müt. No: 2011/417 sayılı kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Kayseri 2.Ağır Ceza Mahkemesi'nin 07.04.2011 gün ve Müt No: 2011/417 sayılı KARARININ KALDIRILMASINA, 19.12.2011 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Uyuşmazlık Mahkemesi - 2009/92 Esas, 2010/8 Karar

Esas No : 2009/92

Karar No : 2010/8

Hukuk Bölümü

Çorum Valiliği'nin 26.11.2007 tarih ve 2007/3 numaralı kararıyla tesis edilip, 27.11.2007 tarih ve B054VLK4190300 491.03/1898 sayılı yazı ile tebliğ edilen işlem ile; işletmeciliğini davacının yaptığı Dicle İnternet Cafe isimli yerde, zararlı içerikli sitelere girilmesini engelleyici filtre programı bulundurmadığı ve işyerine küçük yaşta çocuk aldığı gerekçesiyle; 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a dayanılarak hazırlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin b ve c bendi ile 9. maddesinin a bendine muhalefetten dolayı ve aynı Yönetmeliğin 11. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına göre idari para cezası verilmiştir.

Davacı, bu işlemin iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açmıştır.

ÇORUM İDARE MAHKEMESİ; 03.01.2008 gün ve E: 2007/730, K: 2008/1 sayı ile, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3/a bendinde, dava dilekçelerinin "görev" yönünden inceleneceği; aynı kanunun 15. maddesinin 1/a bendinde ise, adli ve askeri yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine karar verileceğinin hükme bağlandığı; öte yandan, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 06/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değişik ve 'Genel Kanun Niteliği' başlıklı 3. maddesinde, Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı hükmü yer almış; aynı kanunun 'Başvuru Yolu" başlıklı 27. maddesinde ise, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabileceğinin belirtilmiş olduğu; bununla birlikte ne dava konusu işlemin dayanağı 1.11.2007 tarih ve 26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelikte ne de 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda yönetmelik kapsamında tatbik edilen idari para cezalarına karşı idare mahkemesine veya idari yargıya müracaat edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi adı geçen yönetmeliğin 11. maddesinin 3. fıkrasında İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler

Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır hükmüne yer verilmiş bulunduğu; bu durumda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı hükmü muvacehesinde, tatbik edilen idari para cezasına karşı idare mahkemesine veya idari yargıya müracaat edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmayan kanun kapsamında tesis edilerek davacıya tatbik edilen idari para cezasına karşı, aynı kanunun 27. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereğince görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olması sebebiyle idari yargının görevine girmeyen bir konuda mahkemelerinde açılan bu davanın incelenebilmesi olanağının bulunmadığı gerekçesiyle; 2577 sayılı Kanunun 15. maddesinin (1/a) bendi hükmü uyarınca davanın görev yönünden reddine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

Davacı bu kez, aynı istemle adli yargı yerinde itirazda bulunmuştur.

ÇORUM 2. SULH CEZA MAHKEMESİ; 13.11.2008 gün ve D.İş No:2008/301 sayı ile; dava dilekçesinin özeti yapılarak; 5651 SK.nun 8. maddesinin 12. fıkrasında bu kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla başkanlık veya kurum tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceğinin düzenlendiği ve yine aynı Kanunun 11. maddesinde bu kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceğinin hüküm altına alındığı, buna istinaden çıkartılan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinde idari para cezalarıyla ilgili düzenleme yapıldığı ve idari para cezaları yönünden Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esasların uygulanacağının belirtildiğinin görüldüğü; her ne kadar özel olarak İdare Mahkemesinin görevlendirildiği, bu hususlar haricindeki idari para cezalarına yönelik itirazlara Sulh Ceza Mahkemelerince bakılacağı hüküm altına alınmış ise de; çıkartılan yönetmeliklerin kanunlara aykırı olamayacağının hukukun temel bir ilkesi olduğu, bu durumda kanuna aykırı yönetmeliğin uygulama alanı bulunmadığı, 5651 SK.nun 8. maddesinin 12. fıkrasında açıkça verilen idari para cezalarına İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre itirazın mümkün olduğunun belirtildiği, dolayısıyla yönetmeliğin yasaya aykırı olamayacağı, bu durumda yukarıda gösterildiği biçimde yasanın gösterilen maddesinin yürürlüğünün devam ettiği, dolayısıyla açıkça burada itiraz yapılacak yargı yolunun İdare Mahkemesi olduğu belirtildiğinden İtirazcının yapmış olduğu itiraz konusunda Mahkemelerinin görevli ve yetkili bulunmadığı gerekçesiyle; başvuru konusu idari yaptırım kararının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3/1-a maddesine göre Sulh Ceza Mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığı anlaşıldığından Kabahatler Kanunu'nun 28/1-b ve CMK. 3 ve devamı maddeleri gereğince görevsizlik kararı, ayrıca; Çorum İdare Mahkemesiyle Mahkemeleri arasındaki

olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi için dosyanın UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA gönderilmesine karar vermiş, bu karar kesinleşmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet AKYALÇIN'ın Başkanlığında, Üyeler: Mustafa KICALIOĞLU, Mahmut BİLGEN, Habibe ÜNAL, Nüket YOKLAMACIOĞLU, Serdar AKSOY ve Muhittin KARATOPRAK'ın katılımlarıyla yapılan 01.02.2010 günlü toplantısında:

l-İLK İNCELEME : Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre; Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11.7.1988 günlü, E:1988/1, K:1988/1 sayılı İlke Kararında, "2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun bütünüyle incelenip değerlendirilmesinden, bu Kanunun uygulanması yönünden 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, 'ceza uyuşmazlıkları' ibaresinden, savcının ya da şahsi davacının talebi ile başlayan yargılaması sonunda sanığın mahkûmiyetine ya da beraatine hükmedilebilecek davalarda, askeri ve adli ceza mahkemeleri arasında çıkan görev ve hüküm uyuşmazlıklarının anlaşılması, bunun dışında kalan tüm görev uyuşmazlıklarının 'hukuk uyuşmazlığı' sayılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Uygulanması idari organlara bırakılan cezalar, adli nitelikte olmadığından, bunlar hakkında yapılan itirazlar ya da açılan davalar 'ceza davası' olarak nitelendirilemezler. İdari niteliklerinden dolayı bu davalara ilişkin görev ve hüküm uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde incelenip çözümlenmesi gerektiği..." açıkça belirtilmiştir. Bu durum gözetildiğinde, olay bölümünde yazılı başvuru konusu görev uyuşmazlığının Hukuk Bölümünde incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesindeki "Adli, idari, askeri yargı mercilerinden birisinin kesin veya kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine kendine gelen bir davayı incelemeye başlayan veya incelemekte olan bir yargı mercii davada görevsizlik kararı veren merciin görevli olduğu kanısına varırsa, gerekçeli bir karar ile görevli merciin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurur ve elindeki işin incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesinin karar vermesine değin erteler." hükmüne göre ise, adli yargı yeri, davaya bakma görevinin daha önce görevsizlik kararı veren idari yargı yerine ait olduğunu belirten gerekçeli bir karar ile doğrudan Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurma olanağına sahiptir. Şu kadar ki, başvuru kararının, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nce karar verilmesine değin işin incelenmesinin ertelenmesi hususunu da ihtiva etmesi gerekir.

Yasakoyucu, 14. maddeye göre hukuk alanında olumsuz görev uyuşmazlığı doğması halinde her iki yargı merciince işten el çekilmiş olduğundan başvurma iradesini davanın taraflarına bırakmış iken, bu yönteme nazaran daha kısa zamanda çözüme ulaşılmasını amaçladığı 19. madde ile, daha

önce görevsizlik kararı veren yargı merciinden sonra davayı inceleyen yargı merciine, işten el çekmeden doğrudan Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurma olanağını tanımıştır.

Olayda, adli yargı yerince, öncelikle görevsizlik kararı verilmekle birlikte, bununla yetinilmemiş ve görevli merciin belirtilmesi için re'sen Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulmasına da karar verilmiştir.

Bu haliyle, her ne kadar 2247 sayılı Yasa'da öngörülen yönteme uymamakta ise de, davanın taraflarınca başvuruda bulunulmadığı gözetilerek, Sulh Ceza Mahkemesi'nce re'sen yapılan başvurunun 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesi kapsamında olduğunun kabulü ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelmiş bulunan görev uyuşmazlığının çözüme kavuşturulması, gerek dava ekonomisine gerekse Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kuruluş amacına uygun olacağından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Taşkın ÇELİK'in, davanın çözümünde idari yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Dr. İlknur ALTUNTAŞ ile Danıştay Savcısı Gülen AYDINOĞLU'nun davada idari yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra **GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:**

Dava, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a dayanılarak hazırlanan İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin b ve c bendi ile 9. maddesinin a bendine muhalefetten dolayı ve aynı Yönetmeliğin 11. maddesinin 1. ve 2. fıkrası uyarınca verilen idari para cezasının kaldırılması istemiyle açılmıştır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 1. maddesinde; Kanunun amaç ve kapsamının; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek olduğu belirtilmiş; "Erişimin engel-lenmesi kararı ve yerine getirilmesi" başlıklı 8. maddesinin 12. fıkrasında "Bu Kanun-da tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir." Hükmüne; "Yönetme-likler" başlıklı 11. maddesinde; "(1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin esas ve usûl-ler, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşleri alınarak Başbakanlık tarafın-dan çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir. Bu yönetmelikler, Kanunun yürürlüğe gir-diği tarihten itibaren dört ay içinde çıkarılır. / (2) Yer veya

erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin esas ve usûller, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik, Kanu-nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılır." hükmüne yer verilmiş; 5651 sayılı Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan ve 01.11.2007 tarih,26687 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin; "Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri" başlıklı 5. maddesinde; " (1) Ticarî amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri şunlardır: (…

…)b) Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak./ c) Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak.(…

…)" hükmü; "İşyerlerinde uyulması gereken kurallar" başlıklı 9. maddesinde; "(1) İşyerlerinde uyulması gereken kurallar şunlardır: / a) 12 yaşından küçükler ancak, yanlarında veli veya vasileriyle işyerlerine girebilirler.(…

…)" hükmü, "İdari para cezaları" başlıklı 11. maddesinde ise, "(1) 5 inci maddedeki yükümlülüklere aykırı hareket ettiği belirlenen ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılara, mülki idare amiri tarafından üçbin Yeni Türk Lirasından onbeşbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) 9 uncu maddede belirtilen kurallara uymayanlara, mülki idare amiri tarafından

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca idari para cezası verilir.

(3) İdari para cezaları, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanır." hükmü yer almıştır.

Bu düzenlemelerden, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin dayanağını 5651 sayılı Kanunun oluşturduğu; Yönetmelikteki, İdari para cezalarının, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen usul ve esaslara göre uygulanacağı hükmüne karşılık; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde, Kanunda ta-nımlanan kabahatler dolayısıyla verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurula-bileceği anlaşılmıştır.

1.6.2005 tarihinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nce, sözü edilen Kanun'un diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımlar ile bunlara karşı yapılacak itirazlara ilişkin görev hükümleri üzerindeki etkisinin

incelenmesi sonucunda: diğer kanunlarda düzenlenen idari yaptırımın, dayanağı olan yasanın amacı dikkate alınarak; Kabahatler Kanunu'nun 1., 2., 16. ve 19. maddelerinde belirtilen koşulları taşıması, 27. maddenin (1) numaralı bendinde belirtilen idari yaptırımlardan olması halinde, idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin olanlarına karşı 1.6.2005 tarihinden sonra yapılacak itirazlarda sulh ceza mahkemelerinin genel görevli kılındığına ve bu nedenle doğan görev uyuşmazlıklarında adli yargı yerinin görevli bulunduğuna karar verilmiştir.

Daha sonra, 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesini değiştiren 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesinde" (1) Bu Kanunun;

a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır." denilmiştir.

19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeye göre, Kabahatler Kanunu'nun; İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı; diğer kanunlarda görevli mahkemenin gösterildiği durumunda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar için bir müktesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, (davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen) mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği; ancak, yeni yasadaki görev kuralının, değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağına dair intikal hükümlerinin varlığı halinde, mahkemece görevsizlik kararı verilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevsiz mahkeme o dava için görevli hale gelmiş ise, mahkeme, artık görevsizlik kararı veremeyip (yeni kanuna göre görevli hale geldiği için) davaya bakmaya devam etmesi gerekir.

İncelenen uyuşmazlıkta, yukarıda sözü edilen 5326 sayılı Yasa ve 5651 sayılı Yasanın 8. maddesinin 12. fıkrasında görevli mahkemeye ilişkin açık düzenlemenin bulunması gözetildiğinde, 5651 sayılı Yasa dayanak alınarak çıkarılan "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları

Hakkında Yönetmelik" uyarınca" verilen idari para cezasına karşı yapılan itirazın görüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Sulh Ceza Mahkemesinin 19. madde kapsamında görülen başvurusunun kabulü ile İdare Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ: Davanın çözümünde İDARİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Çorum 2.Sulh Ceza Mahkemesinin 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesi kapsamında görülen BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile Çorum İdare Mahkemesince verilen 03.01.2008 gün ve E:2007/730, K:2008/1 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 01.02.2010 gününde OYBİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- AİHM - Kablis v. Russia - 30 Nisan 2019
- AİHM - Hoiness v. Norveç - 19 Mart 2019
- AİHM - Magyar Jeti Zert v. Hungary - 4 Aralık 2018 (İngilizce)
- AİHM - ML ve WW v. Almanya - 28 Haziran 2018
- AİHM - Tamiz v. Birleşik Krallık - 19 Eylül 2017
- AİHM - Rolf Anders Daniel Pihl v. Sweden - 9 Mart 2017 (İngilizce)
- AİHM - Jankovskis v. Lithunania - 17 Ocak 2017
- AİHM - MTE and INDEX.HU ZRT v. Hungary - 2 Şubat 2016 (İngilizce)
- AİHM - Kalda v. Estonia - 19 Ocak 2016
- AİHM - Delfi As v. Estonia - 16 Haziran 2015 (Türkçe)
- AİHM - Delfi As v. Estonia - 16 Haziran 2015 (İngilizce)
- AİHM - Cengiz ve Diğerleri v. Türkiye - 1 Aralık 2015 (Türkçe)
- AİHM - Cengiz and Others v. Turkey - 1 Aralık 2015 (İngilizce)
- AİHM - Akdeniz v. Turkey - 11 Mart 2014
- AİHM - Ahmet Yıldırım v. Türkiye - 18 Aralık 2012 (Türkçe)
- AİHM - Ahmet Yıldırım v. Türkiye - 18 Aralık 2012 (İngilizce)

AİHM - Kablis v. Russia - 30 Nisan 2019

PRESS RELESE issued by the Registrar of the Court

ECHR 159 (2019)

30.04.2019

Restrictions on protests and other interferences with the applicants' rights led to breaches of the Convention

In today's Chamber judgments[1] in two cases, Kablis v. Russia (applications nos. 48310/16 and 59663/17) and Elvira Dmitriyeva v. Russia (nos. 60921/17 and 7202/18), the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been in each case:

a violation of Article 10 (freedom of expression), Article 11 (freedom of assembly) and Article 13

(right to an effective remedy) of the European Convention on Human Rights, and,

in Ms Dmitriyeva's case,

a violation of Article 5 (right to liberty and security) and **Article 6 (right to a fair trial)** of the European Convention.

Both cases concerned restrictions on protests and other interferences with the applicants' rights.

The Court found in particular that the regional legal provisions used to prohibit a public event planned by Mr Kablis were too broad and did not require any assessment of the particular circumstances, such as a risk of disorder.

It further found that the domestic law in force between September 2015 and June 2018 had not provided an effective remedy against alleged breaches of the right to freedom of assembly.

[1] Under Articles 43 and 44 of the Convention, this Chamber judgment is not final. During the three-month period following its delivery, any party may request that the case be referred to the Grand Chamber of the Court. If such a request is made, a panel of five judges considers whether the case deserves further examination. In that event, the Grand Chamber will hear the case and deliver a final judgment. If the referral request is refused, the Chamber judgment will become final on that day. Once a judgment becomes final, it is transmitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe for supervision of its execution. Further information about the execution process can be found here: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution.

It found violations of the applicants' right to freedom of expression due to a lack of a proper justification for measures against them – "prior restraints" on Internet posts calling to participate in an unauthorised public event in Mr Kablis's case, and a conviction for calling on people to take part in an unauthorised demonstration in Ms Dmitriyeva's.

Principal facts

The applicants in the two cases were Grigoriy Kablis, born in 1976, Elvira Dmitriyeva, born in 1979. They live in Syktyvkar and Kazan respectively and are both Russian nationals.

In September 2015 Mr Kablis informed Syktyvkar Town Administration of a picket-style protest to discuss the arrest of Komi Republic officials, including the governor, on criminal charges. The Town Administration refused to authorise the picket, citing a regional law prohibiting public events in that part of the town, a central square called Stefanovskaya Square, and suggested another location.

Mr Kablis blogged about these developments and posted information on social networking site VKontakte. Given the refusal for a picket at his chosen site, he urged people to join him in a "people's assembly" and discussion there instead.

His VKontakte account was blocked on the orders of a deputy prosecutor, who found that he had called for people to take part in an unlawful public event as the picket had not been approved. A separate order restricted access to three entries on his blog about the event on the same grounds.

The courts dismissed Mr Kablis's challenges to the decisions on the picket and his Internet activity. About 50 people took part in the "people's assembly" in late September 2015.

Ms Dmitriyeva sought in March 2017 to hold a meeting to demand the resignation of Prime Minister Dmitry Medvedev after allegations of large-scale corruption. Kazan Town Administration refused to approve the venues she had suggested as other public events were planned at the same place.

She later posted a message on VKontakte criticising that refusal, which she had challenged before the courts, and announcing that the meeting would take place. The courts allowed her claim in part, finding that the Town Administration's failure to propose an alternative venue was unlawful.

A few days later Ms Dmitriyeva held the meeting, but she was arrested on her way home and taken to a police station for four hours. She was subsequently found guilty of organising and calling for participation in an unauthorised public event and of refusing to obey a lawful order to disperse. She was fined and given community work. The courts held in particular that the success

of her court complaint before the meeting had not amounted to “unconditional approval for the ... event”.

Complaints, procedure and composition of the Court

Mr Kablis complained about the restrictions on the location of his picket under Article 10 (freedom of expression) and Article 11 (freedom of assembly and association), and alleged under Article 13 (right to an effective remedy) that he had had no effective protection of his Article 11 rights. He also relied on Article 10 to complain about the restrictions on his VKontakte account and the blog entries.

Ms Dmitriyeva complained under Article 10 and Article 11 about the refusal to approve the venue for her meeting, and about her arrest and convictions for organising and calling for participation in an unauthorised public event. She alleged under Article 13 that she had not had an effective remedy for the alleged violation of her Article 11 rights.

She also complained about her arrest and conviction under Article 5 § 1 (right to liberty and security) and Article 6 § 1 (right to a fair trial).

Mr Kablis lodged his two applications on 28 July 2016 and 30 July 2017, while Ms Dmitriyeva lodged hers on 16 August 2017 and 22 January 2018. The Court joined the applications in its judgments.

Judgment in both cases was given by a Chamber of seven judges, composed as follows:

Vincent A. De Gaetano (Malta), President,

Branko Lubarda (Serbia),

Helen Keller (Switzerland),

Dmitry Dedov (Russia),

Pere Pastor Vilanova (Andorra),

Alena Poláčková (Slovakia),

Georgios A. Serghides (Cyprus),

and also Stephen Phillips, Section Registrar.

Decision of the Court

Article 11

The Court examined the applicants' complaints about the restrictions on their demonstrations under Article 11 alone, interpreted as appropriate in the light of Article 10. That included Ms Dmitriyeva's complaint about her arrest and conviction for organising the event and for disobeying the police.

Mr Kablis's case

The Court noted that the domestic authorities had relied on two provisions to prohibit Mr Kablis's protest – a legal ban on pickets near the Constitutional Court and a regional law that no public events at all were allowed in the square.

It had already found in Lashmankin and Others v. Russia that a general ban on holding public events in the vicinity of court buildings, set down in section 8 of the Public Events Act, was incompatible with Article 11 § 2 of the Convention. It saw no reason to reach a different conclusion in this case.

The Town Administration had relied on a regional law, under powers given to regional legislatures in the Public Events Act, to ban public events if they disturbed aspects of daily life, such as the traffic.

However, such a provision also went against the Lashmankin case-law that such reasons could be relevant but did not suffice to justify changing an event's venue or to ban such events completely.

States could adopt general measures, but a general ban on demonstrations could only be justified if there was a real risk of disorder which could not be prevented by less stringent measures.

No arguments related to disorder or security considerations had been made for banning protests at Stefanovskaya Square. In fact, the prohibition arose from a paraphrase of restrictions in the Public Events Act and no reasoning had been given why those restrictions should apply to that square.

There had also been no explanation why a general ban was the best way to achieve the goals of the law, rather than a provision allowing for a case-by-case examination. There was also no time-limit on the ban and it applied to all public events, no matter what their size or potential to cause disruption.

The refusal to allow Mr Kablis's protest, whether based on the provisions on protests close to court buildings or on the regional law, without any consideration of the specific circumstances,

had not been necessary in a democratic society. There had therefore been a violation of Article 11 § 2.

Ms Dmitriyeva's case

The Court held that the circumstances of the restrictions on her demonstration were similar to those in Lashmankin. Applying that case-law, it also found a found a violation of Article 11 in her case.

Article 13 in conjunction with Article 11

Mr Kablis's case

In Lashmankin the Court had found two deficiencies in Chapter 25 of the Code of Civil Procedure (CCP) and the Judicial Review Act when it came to providing a remedy for a failure to protect someone's right of assembly under Article 11.

A new Code of Administrative Procedure (CAP) had come into force in September 2015, which had rectified one of the deficiencies by allowing for an enforceable judicial decision on a refusal by the authorities to approve a public event's location, time, or conduct before its planned date.

However, the second problem identified in Lashmankin remained unresolved as the lawfulness of an official decision or act remained the sole relevant issue for a court, with no account to be taken of necessity or proportionality. Such was Mr Kablis's case, where the courts had not struck a fair balance between private and public interests, in breach of the Court's standards under Article 11.

In June 2018 the Supreme Court had instructed the domestic courts to make such assessments, but the instruction had been issued after the events in Mr Kablis's case. The Court said it would examine the effectiveness of the Supreme Court's decision when the opportunity arose.

For Mr Kablis, the domestic law in force between September 2015 and June 2018 had not provided an effective remedy for his grievance and there had been a violation of Article 13.

Ms Dmitriyeva's case

The applicant had used the new CAP to challenge the authorities' decision on her protest and had obtained a favourable court decision, however, there had been no proper enforcement of the judgment. The remedy had therefore been ineffective in her case, in violation of the Convention.

Article 10

Mr Kablis's case

The orders to block Mr Kablis's VKontakte account and to restrict access to three Internet entries on the planned demonstration had amounted to a "prior restraint" as prosecutors had acted before any court decision on the content being illegal. Such prior restraints were only justified in exceptional circumstances and required a clear legal framework so the courts could review them effectively.

Prosecutors had wide powers to block access to Internet content on taking part in unauthorised demonstrations. That wide discretion also hampered the courts in providing an effective review of such decisions and meant successful legal challenges were likely to be difficult. The one-month deadline for such reviews meant they might not finish before the event itself, depriving the proceedings of their meaning. The blocking procedure thus lacked the necessary guarantees against abuse which were required in the Court's case-law on prior restraint measures.

The Internet posts themselves had concerned a picket on matters of general public interest, only about 50 people had been expected to attend, and the applicant had not called for violence or disorder. The breach of the procedure for the conduct of public events had therefore been of a purely formal nature and minor in nature.

There had been no pressing social need for prior restraint measures and the courts had not given "relevant and sufficient reasons" for interfering with the applicant's rights. There had therefore been a violation of Article 10.

Ms Dmitriyeva's case

The applicant complained that her conviction for calling people to take part in an unauthorised public event had violated her rights under Article 10 and Article 11. The Court decided to examine the complaint under Article 10, interpreted where appropriate in the light of Article 11.

Under domestic law, people were forbidden to "campaign" for participation in an unauthorised demonstration, although they could inform people about it. However, the domestic courts had not explained how her Vkontakte message had amounted to campaigning.

Furthermore, her message had concerned a matter of public interest – allegations of high-level corruption – and expression on such matters attracted strong protection from the Court. Public authorities also had to show tolerance for unlawful but peaceful gatherings like Ms Dmitriyeva's.

The demonstration had been banned on purely formal grounds – the kind of refusal the Court had found disproportionate in Lashmankin – rather than because of a risk of disorder, crime, or possible harm to public safety and the rights of others. Indeed, she had made clear in her post that the demonstration had not been authorised and so had not misled people.

There had been no proper justification for interfering with her freedom of expression by convicting her for calling on people to take part in an event on an issue of public interest, particularly because her breach of the law had only been minor and there had never been a threat of disorder. There had been no "pressing social need" for the interference, which had thus violated Article 10.

Article 5

Ms Dmitriyeva's case was similar to others where the Court had found a violation of Article 5, such as Navalnyy and Yashin v. Russia and Frumkin v. Russia, and the Government had not put forward any arguments that persuaded the Court to reach a different conclusion on her application.

It found that her being escorted to the police station and being put under administrative arrest had not complied with Russian law and had not been "lawful" within the meaning of Article 5 § 1. There had therefore been a violation of that provision.

Article 6

Ms Dmitriyeva argued that there had been no prosecuting party in the criminal proceedings against her and that the courts themselves had assumed that role, breaching the principle of judicial impartiality. The Government rejected that argument.

The Court found that this case was similar to others, such as Karelin v. Russia, where it had found that the absence of a prosecuting party had violated the right to a fair trial. None of the Government's submissions persuaded it to reach a different conclusion in this case and it found a violation of the impartiality requirement of Article 6.

Just satisfaction (Article 41)

The Court held that Russia was to pay Mr Kablis 12,500 euros in respect of non-pecuniary damage and EUR 2,500 in respect of costs and expenses.

It held that Russia was to pay Ms Dmitriyeva EUR 149 for pecuniary damage, EUR 12,500 in respect of non-pecuniary damage and a total of EUR 2,650 to her lawyers in respect of costs and expenses.

The judgment is available only in English.

THIRD SECTION

CASE OF KABLIS v. RUSSIA

(Applications nos. 48310/16 and 59663/17)

JUDGMENT

STRASBOURG

30 April 2019

FINAL

09/09/2019

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Kablis v. Russia,

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of:

Vincent A. De Gaetano, President,

Branko Lubarda,

Helen Keller,

Dmitry Dedov,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides, judges,

and Stephen Phillips, Section Registrar,

Having deliberated in private on 2 April 2019,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 48310/16 and 59663/17) against the Russian Federation lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a Russian national, Mr Grigoriy Nikolayevich Kablis ("the applicant"), on 28 July 2016 and 30 July 2017 respectively.

2. The applicant was represented by Mr V. Zubkov, a lawyer practising in Syktyvkar, Mr A. Laptev, a lawyer practising in Moscow, and Mr E. Mezak, a human-rights defender from Syktyvkar who was granted leave by the President of the Court to represent the applicant in application no. 48310/16. The Russian Government ("the Government") were represented by Mr M. Galperin, Representative of the Russian Federation to the European Court of Human Rights.

3. The applicant complained of a breach of his right to freedoms of expression and assembly and the lack of an effective remedy in that respect.

4. On 27 March and 8 September 2017 the Government were given notification of the applications.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1976 and lives in Syktyvkar.

A. Notification of a public event and the blocking of the applicant's social networking account and of three entries on his Internet blog

6. On 19 September 2015 the Federal Security Service ('the FSB") and the Investigations Committee of the Russian Federation announced that criminal proceedings on suspicion of membership of a criminal gang and fraud had been opened against the Governor of the Komi Republic, Mr Gaizer, one of his deputies, several high-ranking officials in the Komi Republic government, the speaker of the Komi Republic parliament and a representative of the Komi Republic in the upper chamber of the Russian Parliament. All of them were arrested on the same day.

7. On 21 September 2015 the applicant, together with Ms S., notified the Syktyvkar Town Administration of their intention to hold a "picket" (пикетирование) from 5 to 6 p.m. on 25 September 2015 at the crossroads of Lenin and Kommunisticheskaya streets behind the Lenin monument, which fifty people were expected to attend. The aim of the event was to "discuss the arrest of the Komi Republic government".

8. On the same day the applicant published a copy of his notification of 21 September 2015 on his Internet blog. He said that the aim of the "picket" was to let the people express their thoughts about the arrests of members of the Komi Republic government. Any opinions – from approval to criticism of the arrests – were welcome. He hoped that the "picket" would be approved. However, if the town administration proposed to hold it on the outskirts of the town, a "people's assembly" (народный сход), which did not require prior notification, would be held at the same location (behind the Lenin monument). The applicant then criticised the fact that regional governors were appointed by the President and expressed the wish that governors be elected by the people. He asked why Mr Gaizer had been appointed governor of the Komi Republic in 2010 if, according to the investigators, he had been a member of a criminal gang since 2006. He then said that the accusations against Mr Gaizer and the others seemed to be based on a very slim evidentiary basis, which gave reasons to believe that the criminal proceedings against them were politically motivated. In his opinion, Mr Putin was trying to frighten other governors into submission. In any event, appointed governors always served the interests of those who had appointed them. He therefore wanted to propose a discussion about the future of the Komi Republic and, in particular, about whether the people wanted the next governor to be appointed or elected.

9. Later on the same day, 21 September 2015, the Syktyvkar Town Administration refused to approve the venue chosen by the applicant, pointing out that regional law no. 91-RZ of 20 November 2012 [sic] prohibited the holding of public events in Stefanovskaya Square (see

paragraph 34 below). The town administration proposed that the "picket" be held at one of the special locations for public events designated by the Komi Republic government. The applicant received that decision the following day, 22 September 2015.

10. On 22 September 2015 the applicant published a new entry on his Internet blog, informing his readers that the town administration had refused to approve the venue behind the Lenin monument, and enclosing a copy of its decision of 21 September 2015. He said that a "people's assembly" would be held instead at the same location and time. He explained that a "people's assembly" was an assembly of people who gathered to discuss without there being any organisers. Unlike a "picket", it was not possible to use placards during a "people's assembly". The applicant then stated that the official who had signed the refusal to approve the "picket" was the same official who had been responsible for a 30% increase in the cost of heating in the previous two years.

11. On 23 September 2015 the applicant also published a post on VKontakte,[1] calling for participation in the public discussion on 25 September 2015.

12. On 24 September 2015 the applicant's VKontakte account was blocked by the VKontakte administrator following an order by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media and a deputy Prosecutor General of the Russian Federation. The deputy Prosecutor General found that the VKontakte post described in paragraph 11 above, which was publicly accessible, contained information about a "picket" to be held on 25 September 2015 at the crossroads of Lenin and Kommunisticheskaya streets. The town administration had, however, refused to allow the "picket" because it was prohibited to hold public events at that location. The post therefore amounted to campaigning for participation in an unlawful public event in breach of section 10 paragraph 1 of the Public Events Act (for a summary of the domestic law provisions, see Lashmankin and Others v. Russia, nos. 57818/09 and 14 others, § 249, 7 February 2017). The applicant's VKontakte account therefore had to be blocked pursuant to section 15.3(1) of the Information Act (see paragraph 36 below).

13. On 25 September 2015 the applicant published a third entry on his blog. He asked what would happen if many people came to the "people's assembly" later that day. He did not believe that it would make the Kremlin change its politics, appoint a responsible local person as the governor of the Komi Republic or stop unsubstantiated accusations against Mr Gaiser. He claimed, however, that a high participation rate would show that there were many people who were not afraid to express their opinion. The FSB and the Prosecutor General's office were afraid of politically active people. He called on everyone to come to the people's assembly to prevent similar situations in future.

14. On the same day the administrator of the Internet site that hosted the applicant's blog informed him by email that access to the three blog entries described in paragraphs 8, 10 and 13 above had been restricted on the order of the Prosecutor General's office because they had been found to contain calls to participate in public events held in breach of the established procedure.

15. At about 7 p.m. on 25 September 2015 about fifty people gathered near the Lenin monument. The "people's assembly" went peacefully and without any disturbance.

B. Judicial review of the refusal to approve the venue of the "picket"

16. On 26 October 2015 the applicant challenged before the Syktyvkar Town Court the town administration's decision of 21 September 2015 refusing to approve the location of the "picket". He submitted, in particular, that the "picket" had been intended to take place fifty metres from Stefanovskaya Square. In any event, it would not have caused any disturbance or inconvenience. The special designated locations proposed by the town administration would have been unsuitable.

17. On 18 November 2015 the Syktyvkar Town Court rejected the applicant's complaint. After citing Article 11 of the Convention, the applicable domestic provisions and the Constitutional Court's decision of 2 April 2009 (see a summary of the domestic law provisions in Lashmankin and Others, cited above, §§ 255-59), the court held:

"The complainant's argument that the event would lose its purpose if held at the locations proposed by [the town administration] is unsubstantiated.

In substance the law requires organisers to make reasonable and sufficient efforts to reach a compromise on the basis of a balance of interests in order to enjoy the right to freedom of assembly. In a situation where there is no ban on holding a public event but rather an alternative location is proposed, the organisers may not reject without valid reasons the conditions proposed by the authorities for holding the event.

Decree no. 598 of 25 December 2012 by the Komi Republic Government designated [special locations for holding public events in Syktyvkar], having ensured that they were in keeping with the aims of public events and accessible by public transport, permitted the organisers of, and participants in, public events to use public utility facilities, respected sanitary norms and rules, and guaranteed the safety of the organisers of, and participants in, public events.

The [town administration's] decision of 21 September 2015 mentioned those locations, de facto proposing them as an alternative [to the location chosen by the applicant].

[The town administration's] decree no. 9/3483 of 4 September 2013 amended [its] decree no. 10/4160 of 28 October 2008 on locations (plots of land) where public events were prohibited. In

accordance with the amended decree, it is prohibited to hold public events at the location chosen by the complainant – at the crossroads of Lenin and Kommunisticheskaya streets.

In such circumstances the municipal authority's proposal to change the location of Mr Kablis's public event was well reasoned and lawful ...

The court considers that the refusal to approve the location for the reasons advanced in the [town administration's] decision was lawful and acceptable ...

The [town administration's] decision of 21 September 2015 in Mr Kablis's case was made within the time-limit established by law and contained reasons justifying the impossibility of holding the public event at the chosen location, a well-reasoned proposal to change the location and an explanation of the procedure for notifying public events. The complainant was not therefore deprived of a possibility to enjoy his constitutional right to hold [public events] in accordance with the procedure established by [the Public Events Act].

The complainant's rights and freedoms under Articles 10 and 11 of the Convention were not restricted by the contested decision; there were no obstacles preventing the complainant from enjoying his constitutional rights."

18. The applicant appealed. He submitted, in particular, that the crossroads of Lenin and Kommunisticheskaya streets was outside the area where public events were prohibited by regional law no. 91-RZ. The town administration's decree no. 9/3483, which allegedly prohibited public events at that location, had never been published and was therefore not accessible to the public.

19. On 28 January 2016 the Supreme Court of the Komi Republic upheld the judgment of 18 November 2015 on appeal, finding it lawful, well reasoned and justified. It held:

"The [district] court rejected the complaint on the merits because the contested refusal to approve the chosen location of the picket had been made by the competent authority in accordance with the procedure prescribed by law. The municipal authority had given the complainant an objective possibility to enjoy his constitutional and Convention rights.

The [district] court correctly applied [the Public Events Act] providing for the conditions for enjoying the right to peaceful assembly guaranteed by Article 31 of the Constitution ...

Having assessed the evidence in the case file, the [district] court made a correct finding that [the town administration's] proposal to change the location of the public event chosen by the organisers had been substantiated, well reasoned and justified by the necessity to respect the balance of interests of the parties and to ensure public safety.

As correctly established by the [district] court, it is prohibited to hold public events at the location chosen by the complainant – at the crossroad of Lenin and Kommunisticheskaya streets.

Decree no. 598 of 25 December 2012 by the Komi Republic Government designated [special locations for holding political public events in Syktyvkar].

The choice of a location for an event and its approval by the municipal authorities does not restrict the participants' right to freedom of opinion and expression. The argument that it was impossible to hold the event was hypothetical and did not refer to any valid reasons explaining why the locations proposed by [the town administration] were incompatible with the public event's purposes sought by the organisers and its social and political significance.

The [district] court correctly held in the judgment that in accordance with Article 17 § 3 of the Constitution of the Russian Federation, the enjoyment of one's rights and freedoms must not breach the rights and freedoms of others. Therefore, the holding of a public event by some citizens must not create a situation where other citizens are arbitrarily deprived of a possibility to enjoy their rights in accordance with the established order and traditions.

There were therefore objective and sufficient reasons – explaining why it was impossible to approve the location of the public event chosen by the organisers – for the proposal to change the location with the aim of ensuring a balance between the rights of the organisers and those of third persons.

[The town administration] did not omit to examine the request for approval of the location of the public event and gave its reply to the complainant within the statutory time-limit. The reply contained reasons explaining why it was impossible to hold the public event at the chosen location and a well-reasoned proposal to change the location. In the court's opinion, the complainant's constitutional rights and interests were respected and there was no violation of Article 11 of [the Convention] guaranteeing freedom of assembly, or of [the Public Events Act]. The law does not guarantee the organiser of a public event an unconditional right to hold a public event at the location which he considers the most relevant to its political and social significance.

[The town administration] fulfilled its statutory obligation to propose an alternative location for the public event that was compatible with its purposes. The locations proposed were an adequate alternative to the chosen location and were in keeping with its purposes.

The [district] court therefore correctly rejected the complaint.

The arguments set out in the appeal submissions are limited to a statement that the contested decision of [the town administration] refusing to approve the location chosen for the public event

in Stefanovskaya Square had breached the complainant's rights to freedom of assembly, expression, conscience and religion. These arguments are based on an incorrect assessment of the facts of the case and an incorrect interpretation of the applicable legal provisions. They do not therefore warrant the quashing of the [district] court's judgment ...

The contested decision of [the town administration] was in accordance with [the Public Events Act], was made within the municipal authorities' powers and was in the interests of ensuring public order, with the aim of preventing disorder, protecting health and morality, and safeguarding the rights and freedoms of others. It did not therefore breach the complainant's rights."

20. The applicant lodged a cassation appeal. He repeated his previous arguments and added that public events were regularly held at the crossroads of Lenin and Kommunisticheskaya streets.

21. On 19 July 2016 a judge of the Supreme Court of the Komi Republic refused to refer the applicant's cassation appeal to the Presidium of that court for examination, having found no significant violations of substantive or procedural law which had influenced the outcome of the proceedings.

C. Judicial review of the decisions to block the applicant's VKontakte account and three entries on his Internet blog

22. On 25 December 2015 the applicant challenged before the Syktyvkar Town Court the decisions of the prosecutor's office to block his VKontakte account and three entries on his Internet blog. He argued that they had not been necessary in a democratic society and had therefore breached his right to freedom of expression. He claimed that he had suffered non-pecuniary damage.

23. On 5 April 2016 the Syktyvkar Town Court dismissed the applicant's claim. After citing Article 10 of the Convention and section 15.3 of the Information Act (see paragraph 36 below), and noting that the town administration had refused to approve "the picket" at the location chosen by the applicant, the court held:

"Despite the lack of approval for the public event, [the applicant] described the preparations for holding it on his page on a social networking site, VKontakte, and on his blog ..., calling on an unrestricted audience to participate in an unauthorised public event ...

In the present case, access to the information published by the claimant was restricted because he had breached information distribution rules, in particular by distributing information containing calls for participation in a public event to be held in breach of the established procedure.

In such circumstances, the restriction had a basis in law and pursued the aim of preventing breaches of law in the sphere of distribution of information. Contrary to the claimant's allegations, his freedom of expression was not restricted, because access was blocked to information distributed in breach of the law, rather than in connection with the contents of the claimant's statements about the aims of the notified public event (to discuss the arrest of the Komi Republic government).

Restriction of access to the entire VKontakte account rather than to the specific post also had a basis in law, which in substance provides for restriction of access to an entire account, taking into consideration the nature of real-time distribution of publicly accessible content on the Internet.

In view of the above, and given that it is possible for the claimant to create and distribute new Internet posts, the claimant's personal non-property rights were not breached. The claim must therefore be dismissed."

24. On 7 July 2016 the Supreme Court of the Komi Republic upheld that judgment on appeal, finding that it had been lawful, well reasoned and justified.

25. On 14 December 2016 a judge of the Supreme Court of the Komi Republic refused to refer a cassation appeal lodged by the applicant with the Presidium of that court for examination. It held, in particular, that calls for participation in public events held in breach of the established procedure were incompatible with public order. The restriction on access to information containing such calls pursued the aim of preventing more serious violations of public order.

26. On 31 January 2017 a judge of the Supreme Court of the Russian Federation refused to refer the applicant's cassation appeal for consideration by the Civil Chamber of the Supreme Court, finding that no significant violations of substantive or procedural law had influenced the outcome of the proceedings.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

A. Procedure for the notification and conduct of public events

27. For a summary of the domestic provisions on the procedure for the notification and conduct of public events, on relevant judicial review procedures and on the liability for breaches committed in the course of public events, see Lashmankin and Others (cited above, §§ 216 - 312).

28. The applicable domestic provisions have since been interpreted by the Supreme Court as follows.

29. Plenary Supreme Court Ruling no. 28 of 26 June 2018 deals with the application of legislation governing public events during judicial examination of administrative complaints and administrative-offence cases. It provides that a refusal to approve a public event, its location or time or the manner in which it is to be conducted may be challenged before a court either by the event organiser or by a person appointed by the organiser to fulfil certain organisational tasks (point 2). When examining such administrative complaints, the courts have to examine whether the interference by a public authority with the right to freedom of public assembly was lawful, necessary and proportionate to a legitimate aim. The courts must examine all the grounds advanced by the public authority and all the evidence submitted by it and assess whether the reasons for the interference were relevant and sufficient (point 9). Furthermore, Ruling no. 28 provides that the courts must verify whether the proposal to change the location or time of a public event or the manner of conducting it was made within the three-day statutory time-limit. Failure to comply with that time-limit means that the public event must be considered to be approved by default (point 10).

30. Ruling no. 28 also provides that the courts must take into account that a proposal to change the location or time of a public event or the manner in which it is to be conducted must not be arbitrary or unreasoned. They must mention specific facts showing that public interest considerations make it manifestly impossible to hold the public event at the chosen location or time. Such public interests may include: normal functioning of essential public utilities, social and transport infrastructure and communications (such as emergency maintenance work on engineering and technical networks); maintenance of public order and safety of citizens (both those participating in the public event and passers-by, including on account of a risk of building collapse or an expected number of participants in excess of the maximum capacity of the location); disruption of pedestrians or traffic or of citizens' access to residential premises or to social or transport facilities); and other similar considerations. At the same time, inconvenience caused to citizens by a public event or an assumption by the authorities that there might be a risk of such inconvenience may not in themselves be considered valid reasons for changing the location or time of a public event. For example, a necessity to temporarily divert pedestrians or traffic may not be considered a valid reason for changing the location or time of a public event, provided that it is possible to ensure that the traffic and the conduct of everyone involved in the event will comply with the established rules and will not lead to traffic accidents. On the other hand, disruption of pedestrians or traffic or a risk of disruption of essential public utility services may be considered valid reasons for proposing to change the location or time of a public event, provided that holding the public event will breach traffic or public transport safety requirements

or limit citizens' access to residential premises or public facilities, irrespective of measures taken by the public authority to ensure compliance with such requirements. The public authority must therefore submit to the court evidence of specific facts making it impossible to hold the public event at the chosen location or time. The courts may not take into account any circumstances which were not mentioned in the proposal to change the location or time of the public event (point 12).

31. Ruling no. 28 further provides that the courts should take into account that the public authority must suggest a specific alternative location and time for the public event compatible with its purposes and its social and political significance. If approval was denied because it was prohibited to hold public events at the chosen location, the public authority may suggest an alternative location for that event. The organiser must reply in writing, stating whether he or she accepts the proposed alternative location and/or time, no later than three days before the planned date of the event. The organiser may also propose another location or time for approval. However, if the organiser wants to change the date of the event, he must submit a new notification (point 13).

32. Ruling no. 28 also explains that public events held at private premises with unrestricted public access (such as shopping malls) must be notified to the public authority. The organiser must enclose with the notification the consent to the public event signed by the premises' owner (points 8 and 14). It is not necessary to notify a public event planned at a specially designated location for public events, provided that the number of participants does not exceed the number permitted for each such location by regional law. The organiser must ensure the safety of participants and must therefore make enquiries about any other events planned at the same location at the same time to make sure that the maximum capacity of the location will not be exceeded. The fact that the organiser informed the public authority about the intended public event will be taken into account if he or she is held liable for failure to ensure public order and safety. The public authority may propose a change of location or time of a public event to be held at a specially designated location and not requiring notification only if another public event has been scheduled to take place at the same location and time and (i) the number of participants of the two simultaneous events will exceed the maximum capacity of the location; or (ii) it will not be possible to ensure the peaceful character of the simultaneous events by applying security arrangements habitually used at public events with a comparable number of participants, that is to say, it will be necessary to apply exceptional security measures (point 15). On the other hand, a cultural event, a fair or some other mass event not falling under the Public Events Act, scheduled to take place at the same specially designated location at the same time, may not in itself serve as lawful grounds for proposing to change the location or time of a public event. It may serve as lawful grounds for proposing to

change the location or time of a public event only if information about that mass event was duly published and it will not be possible to ensure safety at the two events if they are held simultaneously (point 16).

33. Lastly, Ruling no. 28 provides that if a court allowed the administrative complaint before the planned date of the public event, it may require the public authority not to impede the public event at the location and time chosen by the organisers. If the public authority has submitted evidence showing that new grounds objectively preventing holding the public event at the chosen location or time arose after the contested decision, the court may require that the public authority re-examine the issue of the event's location, time or the manner in which it is to be conducted within a certain time-limit (point 20).

B. Komi Republic legislation on public events

34. Section 5 of Komi Republic Law no. 91-RZ of 29 November 2012 on the Holding of Public Events in the Komi Republic provides:

"With the aim of protecting human and citizens' rights and freedoms, legality, public order and public safety, taking into account that the holding of public events may result in disruption to the functioning of public utilities, transport, social or communications services, obstruction of pedestrians or traffic or of citizens' access to residential buildings or transport and social services, it is prohibited in the Komi Republic to hold public events at the following locations, in addition to the locations where the holding of public events is prohibited pursuant to section 8 paragraph 2 of the Federal [Public Events] Act:

1) Stefanovskaya Square in the town of Syktyvkar;

2) Railway stations, bus stations, markets, airports, educational institutions, buildings of educational institutions, religious buildings and areas within a radius of fifty metres of the entrance to those facilities;

3) children's playgrounds, locations designated by the municipal authorities for children's recreation and activities, pedestrian pavements, bus stops, public parking areas;

4) buildings in a state of disrepair and areas within a radius of fifty metres of the entrance to such buildings;

5) buildings under construction, reconstruction or repair and areas within a radius of fifty metres of the entrance to such buildings;

6) buildings occupied by the regional authorities of the Komi Republic, Komi Republic branches of the federal authorities, the municipal authorities of the Komi Republic, state institutions in the Komi Republic and areas within a radius of fifty metres of the entrance to those buildings."

35. Syktyvkar's town administration's decree no. 9/3483 of 4 September 2013 described the perimeter of the zone in the immediate vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic, where the holding of public events was prohibited. The perimeter comprised the entire Stefanovskaya Square and the adjacent streets, including the area at the crossroads of Lenin and Kommunisticheskaya streets.

C. Information Act

36. Section 15.3 of Law no. 149-FZ of 27 July 2006 on Information, Information Technologies and Protection of Information ("the Information Act"), as in force at the material time, provided:

"1. If information disseminated through telecommunication networks, including the Internet, containing calls for mass disorder, extremist activities or participation in mass (public) events held in breach of the established procedure has been discovered – including as a result of a notification by the federal State authorities, the regional State authorities, the municipal authorities, organisations or citizens – the Prosecutor General of the Russian Federation or his deputies shall order the federal law-enforcement authority supervising the mass media, mass communications and information technologies to take measures to restrict access to information media distributing that information.

2. On the basis of the order mentioned in subsection 1 above, the federal law-enforcement authority supervising the mass media, mass communications and information technologies shall immediately:

(1) order ... the service providers to take measures to restrict access to the information medium, such as a website, or to the information published on it containing calls for mass disorder, extremist activities or participation in mass (public) events held in breach of the established procedure. The order must mention the domain name of the website, the network address and the uniform resource locator (URL) of the webpage permitting identification of the information;

(2) identify the host service provider or person hosting the information medium on a telecommunication network such as the Internet or providing services to the owner of the website containing calls for mass disorder, extremist activities or participation in mass (public) events held in breach of the established procedure;

(3) send to the host service provider or person mentioned in subparagraph 2 above an electronic notification in Russian and English about a breach of the information distribution rules, mentioning the domain name and the network address permitting identification of the website containing calls for mass disorder, extremist activities or participation in mass (public) events held in breach of the established procedure, the URL of the webpage permitting identification of such information, and an order to delete the information;

(4) record in a special electronic register the date and time when the notification was sent to the host service provider or person mentioned in subparagraph 2 above.

3. Upon receipt of the order to take measures to restrict access from the federal law-enforcement authority supervising the mass media, mass communications and information technologies, the communications service provider permitting access to the Internet telecommunications network must immediately restrict access to the information medium, such as a website, or to information published thereon and containing calls for mass disorder, extremist activities or participation in mass (public) events held in breach of the established procedure.

4. Within twenty-four hours of receiving the notification mentioned in subsection 2(3) above, the host service provider or person mentioned in subsection 2(2) above must inform the owner of the information resource about the notification and that it is necessary to immediately delete the information containing calls for mass disorder, extremist activities or participation in mass (public) events held in breach of the established procedure.

5. If the owner of the information medium has deleted the information containing calls for mass disorder, extremist activities or participation in mass (public) events held in breach of the established procedure, he must send a notification to the federal law-enforcement authority supervising the mass media, mass communications and information technologies. Such notification may be sent electronically.

6. Upon receipt of the notification mentioned in subsection 5 above, and after verifying its authenticity, the federal law-enforcement authority supervising the mass media, mass communications and information technologies must immediately send a notification to the communications service provider permitting access to the Internet telecommunications network that it may reopen access to the information medium, such as a website.

7. Upon receipt of the notification mentioned in subsection 6 above, the communications service provider shall immediately reopen access to the information medium, such as a website."

D. Administrative proceedings

37. The Code of Administrative Procedure (Law no. 21-FZ of 8 March 2015), which entered into force on 15 September 2015, provides that complaints about decisions, acts or omissions of State and municipal authorities and officials are to be examined within a month of receipt, or within two months by the Supreme Court, if not otherwise provided for by this Code for certain categories of cases (Article 226 § 1).

THE LAW

I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

38. In accordance with Rule 42 § 1 of the Rules of Court, the Court decides to join the applications.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 11 OF THE CONVENTION

39. The applicant complained about the restrictions imposed by the authorities on the location of his public event. He relied on Articles 10 and 11 of the Convention. The Court will examine the complaint under Article 11, interpreted where appropriate in the light of Article 10 (see Lashmankin and Others v. Russia, cited above, §§ 363-65). Article 11 reads as follows:

"1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State."

A. Admissibility

40. The Court observes that the Government did not raise the issue of the applicant's compliance with the six-month rule. It has previously found that the application of that rule should not be set aside solely because the Government have not made a preliminary objection based on it (see Blečić v. Croatia [GC], no. 59532/00, § 68, ECHR 2006-III, and Walker v. the United Kingdom (dec.), no. 34979/97, ECHR 2000-I). The Court therefore considers it appropriate to address this issue in the present case.

41. In its judgment in the case of Alekseyev v. Russia (nos. 4916/07 and 2 others, § 99, 21 October 2010) the Court found that Russian law, as in force at the material time, did not provide for a preventive remedy, and it found a violation of Article 13 on that ground. Subsequently, in the case

of Lashmankin and Others (cited above, §§ 356-60) concerning the events between 2009 and 2012, the Court found that the judicial remedy under former Chapter 25 of the Code of Civil Procedure ("the CCP") and the Judicial Review Act available to the applicants at the material time – in addition to its inability to allow an enforceable judicial decision to be obtained on the authorities' refusal to approve the location, time or manner of conduct of a public event before its planned date – had insufficient scope of review. Any review was limited to examining the lawfulness of the authorities' proposal to change the location or time of a public event or the manner in which it was to be conducted, and included no assessment of its "necessity" or "proportionality". That finding may be interpreted as meaning that the judicial remedy under former Chapter 25 of the CCP and the Judicial Review Act was ineffective both to prevent the alleged violation and to provide adequate redress for a violation that had already occurred.

42. However, the present case concerns facts that occurred after 15 September 2015, the date on which the new CAP entered into force. Given that the CAP introduced substantial changes to the applicable judicial review procedures, and that it has not yet assessed the effectiveness of the judicial review procedure under the CAP, the Court considers that it was not unreasonable for the applicant to attempt to use that remedy in order to give the domestic courts an opportunity to put matters right through the national legal system, thereby respecting the principle that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (see, for similar reasoning, Zubkov and Others v. Russia, nos. 29431/05 and 2 others, § 106, 7 November 2017).

43. The Court notes that the applicant lodged a judicial review complaint against the town administration's refusal to approve the location of his "picket" after its planned date. He therefore chose not to avail himself of a possibility provided by the domestic law to have his complaint examined before the planned date of the event, namely to use the judicial review procedure under the CAP as a preventive remedy. He preferred to use that procedure to seek acknowledgment and/or, in combination with a subsequent civil claim, redress for the alleged violation of his right to freedom of assembly that had already occurred.

44. The Court accordingly finds that, by lodging his application within six months of the final judgment in the judicial review proceedings, the applicant has complied with the six-month rule.

45. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Submissions by the parties

46. The applicant submitted that Stefanovskaya Square was the main square in the town of Syktyvkar, where historically many public events had been held. It was large and closed to traffic, and was therefore perfectly suitable for public events. In 2011 the Constitutional Court of the Komi Republic had moved to the seventh floor of a building on that square; thereafter, the town administration had prohibited the holding of public events in Stefanovskaya Square altogether (see paragraphs 34 and 35 above). Referring to the Constitutional Court's decision of 17 July 2007 (for a summary of the domestic law provisions, see Lashmankin and Others, cited above, § 254), the applicant argued that the perimeter of the zone in the vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic was to be determined on the basis of the land or urban planning register and had to be objectively justified by the aim of ensuring the normal functioning of that court. The Syktyvkar Town Administration's decree determining the perimeter of the zone in the vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic (see paragraph 35 above) did not meet those criteria, in particular because it provided for a zone covering a total area of about 51,800 sq. m comprising several plots and parts of plots of land registered separately in the urban planning register. Such a large perimeter was not necessary to ensure the normal functioning of that court, which occupied several offices on the seventh floor of an office building. Nor was it necessary to prohibit the holding of public events in the vicinity of the court during periods when it was not in session, as well as on weekends and public holidays. The applicant submitted a list of twenty festive public events held in Stefanovskaya Square in 2016, showing that the prohibition was not always complied with.

47. The applicant further submitted that the location chosen by him had been near, rather than within, Stefanovskaya Square; the prohibition established by section 5 of Komi Republic Law no. 91-RZ (see paragraph 34 above), on which the town administration had relied, had not therefore been applicable. Indeed, the domestic courts had relied on the town administration's decree no. 9/3483 (see paragraph 35 above), rather than on that provision. That decree, however, was defective for the reasons described in paragraph 46 above. The location chosen by the applicant had been 160 m away from the perimeter of the zone in the vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic, as it should have been determined pursuant to the Constitutional Court's ruling of 17 July 2007. Lastly, the specially designated locations for holding public events proposed by the town administration as an alternative to the location chosen by the applicant had been remote and desolate, and therefore unsuitable.

48. The Government submitted that the interference with the applicant's rights had been lawful, had pursued a legitimate aim and had been proportionate to that aim. The domestic legal provisions governing the notification and conduct of public events struck a fair balance between the interests of the organisers of and participants in such events on the one hand, and, on the other hand, of all others – in particular, by providing for adequate measures to prevent and punish infringements of public order and public safety.

49. The Government further submitted that the Public Events Act set out a list of locations where the holding of public events was prohibited (for a summary of the domestic law provisions, see Lashmankin and Others, cited above, § 223). That prohibition was justified by the special legal regime pertaining to those locations and the need to ensure their security. In particular, referring to a decision of 29 May 2007 by the Constitutional Court (for a summary of the domestic law provisions, see Lashmankin and Others, cited above, § 253), the Government argued that the aim of the prohibition on holding public events in the vicinity of court buildings was to protect the independence of the judiciary and to prevent pressure being put on judges. The restriction was therefore justified, and did not breach citizens' constitutional rights. The perimeter of the zone in the vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic had been determined by Syktyvkar town administration's decree no. 9/3483 of 4 September 2013 (see paragraph 35 above); the location chosen by the applicant had been within that perimeter. The domestic authorities had therefore proposed that he change the location of his event to one of the specially designated locations for holding public events. The applicant had not discharged the burden of proof to show that those locations had been unsuitable for his purposes: they had been within the town of Syktyvkar, open to the public and large enough to accommodate high numbers of participants. The Government pointed out that public events had been regularly held at the specially designated locations in Syktyvkar. They produced copies of ninety-one notifications of public events lodged by the followers of the Vedic culture, as well as a dozen notifications lodged by other associations, to be held in the specially designated locations. The applicant had himself held a public event there in July 2016 after the town administration had proposed one of the specially designated locations for a meeting planned by him.

2. The Court's assessment

50. It has not been disputed between the parties that the proposal to change the location of the applicant's public event amounted to an interference with his right to freedom of peaceful assembly (see Lashmankin and Others, cited above, §§ 404-09). It remains to be ascertained whether the interference was "prescribed by law", pursued one or more legitimate aims under

paragraph 2 of Article 11, and was "necessary in a democratic society" for the achievement of the aim or aims in question (see Kudrevičius and Others v. Lithuania [GC], no. 37553/05, § 102, ECHR 2015).

51. The Court notes that the domestic authorities relied on two legal provisions prohibiting public events at the location chosen by the applicant: while the town administration relied on a regional law prohibiting public events in Stefanovskaya Square in Syktyvkar (see paragraphs 9 and 34 above), the domestic courts referred to the town administration's decree delimiting the perimeter of the zone in the immediate vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic (see paragraphs 17 and 35 above), where the holding of public events was prohibited by section 8 of the Public Events Act (see, for a summary of the domestic law, Lashmankin and Others, cited above, §§ 223-25).

52. As regards the domestic courts' finding that the location chosen by the applicant had been in the immediate vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic, the Court has already found that the general ban under section 8 of the Public Events Act on holding public events in the vicinity of court buildings is incompatible with Article 11 § 2, taking into account its absolute nature coupled with the local executive authorities' wide discretion in determining what is considered to be "in the immediate vicinity" (see Lashmankin and Others, cited above, §§ 431-42). The Court does not see any reason to reach a different conclusion in the present case. The refusal to approve the location chosen by the applicant for his public event by reference to the fact that it was to be held in the vicinity of the Constitutional Court of the Komi Republic could not, therefore, be regarded as being "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention.

53. As regards the town administration's reference to a regional law prohibiting public events in Stefanovskaya Square, the main square in Syktyvkar, the Court notes that since 2012 the Public Events Act allows the regional legislatures to designate other locations – in addition to the locations mentioned in section 8 of the Public Events Act – where public events are prohibited if they might interfere with the normal functioning of public utility services, transport, social or communications services, or hinder the passage of pedestrians or vehicles or the access of citizens to residential buildings, transport or social facilities (see, for a summary of the domestic law provisions, Lashmankin and Others, cited above, § 247). The Court has already found that those reasons, although relevant, are not in themselves sufficient to justify a proposal to change the location of a public event (see Lashmankin and Others, cited above, §§ 421 and 423). This finding

applies a fortiori to a general ban on holding public events at a certain location by reference to those reasons.

54. The Court reiterates in this connection that a State can, consistently with the Convention, adopt general measures which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case, even if this might result in individual hard cases (see Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, § 106, ECHR 2013 (extracts)). However, a general ban on demonstrations can only be justified if there is a real danger of their resulting in disorder which cannot be prevented by other less stringent measures. In this connection, the authority must take into account the effect of a ban on demonstrations which do not by themselves constitute a danger to public order. Only if the disadvantage of such demonstrations being caught by the ban is clearly outweighed by the security considerations justifying the issue of the ban, and if there is no possibility of avoiding such undesirable side effects of the ban by a narrow circumscription of its scope in terms of territorial application and duration, can the ban be regarded as being necessary within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention (see Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom, no. 8440/78, Commission decision of 16 July 1980).

55. No arguments regarding risk of public disorder or security considerations have ever been advanced to justify the general ban on holding public events in Stefanovskaya Square. Indeed, the regional law establishing that ban simply paraphrased the Public Events Act – stating that the holding of public events there might result in disruptions in the functioning of public utilities, transport, social or communications services and the obstruction of pedestrians or traffic or the hindering of citizens' access to residential buildings or transport and social services. It is significant that neither the regional law itself, nor any other legal provision or judicial interpretation explained which of the above circumstances were relevant to Stefanovskaya Square and why. In any event, the Court has already found that such reasons were not in themselves sufficient to justify a general ban on holding public events at a certain location (see paragraph 53 above).

56. Nor has any explanation been given as to why a general ban was a more feasible means of achieving the aim of preventing serious disruptions of people's ordinary life than a provision allowing a case-by-case examination, taking account of the possibility of minimising such disruption, for example by organising a temporary diversion of traffic on alternative routes or by taking other similar measures, and at the same time accommodating the organisers' legitimate interests in assembling at their chosen location. Furthermore, it was never argued that the general ban could not be relaxed without a risk of abuse, significant uncertainty, discrimination or

arbitrariness. Lastly, the general ban is not limited in time and applies to all public events, irrespective of the number of participants and the event's potential to cause disruptions of people's ordinary life. The general ban at issue is therefore not specifically circumscribed to address a precise risk of serious disruption with a minimum impairment of the right to freedom of assembly. It has not therefore been shown that the general ban on holding public events in Stefanovskaya Square has been the subject of an exacting parliamentary and judicial review (compare Animal Defenders International, cited above, §§ 108 and 114-17).

57. It follows that the Government have not adduced relevant and sufficient reasons to justify the general ban on holding public events in Stefanovskaya Square in Syktyvkar.

58. In view of the above, the Court considers that the refusal to approve the location of the applicant's public event by reference to the general ban on holding public events in the vicinity of court buildings or by reference to the ban, established by a regional law, on holding public events in Stefanovskaya Square in Syktyvkar, without any consideration to the specific circumstances of the case, could not therefore be regarded as being "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 11 § 2 of the Convention.

59. There has therefore been a violation of Article 11 of the Convention.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 11

60. The applicant complained under Article 13 in conjunction with Article 11 of the Convention that he had not had an effective remedy against the alleged violation of his freedom of assembly. Article 13 of the Convention reads:

"Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."

A. Admissibility

61. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Submissions by the parties

62. The applicant submitted that the domestic courts had failed to protect his right to freedom of assembly. The Russian courts were not required by law to examine the issues of "proportionality" and "necessity in a democratic society" when examining on judicial review a complaint about a refusal to approve the location of a public event. The Government had not cited any cases of successful judicial review.

63. The Government submitted that the applicant had challenged the refusal to approve the location of his public event before the domestic courts, which had carefully examined his complaint. He had participated in the hearings and had appealed to a higher court. The appellate court had re-examined the case in its entirety without being bound by the arguments raised in the appeal submissions. The applicant had also lodged cassation appeals. He had therefore had an effective remedy at his disposal.

2. The Court's assessment

64. The Court reiterates that Article 13 guarantees the availability at national level of a remedy in respect of grievances which can be regarded as arguable in terms of the Convention (see Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, § 96, ECHR 2000 XI). The Court has found that the applicant's right to freedom of assembly was violated. There was therefore an arguable claim under Article 11 of the Convention.

65. The Court reiterates that the "effectiveness" of a "remedy" within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. At the same time, the remedy required by Article 13 must be "effective" in practice as well as in law, in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that has already occurred (see Kudła v. Poland [GC], no. 30210/96, §§ 157 and 158, ECHR 2000 XI, and Ananyev and Others v. Russia, nos. 42525/07 and 60800/08, § 96, 10 January 2012).

66. The scope of the Contracting States' obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint. In the area of complaints about restrictions on the freedom of assembly imposed before the date of an intended assembly – such as, for example, a refusal of prior authorisation or approval where they are required – the Court has already observed that the notion of an effective remedy implies the possibility of obtaining an enforceable decision concerning such restrictions before the time at which the assembly is intended to take place (see Lashmankin and Others, cited above, §§ 344-45).

67. In the recent case of Lashmankin and Others (cited above, §§ 342-61) the Court found that the applicants had not had at their disposal an effective remedy to challenge refusals to approve the

location or time of their public event or the manner in which it was to be conducted. The judicial review remedy under former Chapter 25 of the CCP and the Judicial Review Act available at the material time suffered from two defects which rendered it ineffective under Article 13. Firstly, it did not allow an enforceable judicial decision to be obtained on the authorities' refusal to approve an event's location, time or manner of conduct before its planned date. Secondly, its scope was limited to examining the lawfulness of the proposal to change the event's location, time or manner of conduct, and did not include any assessment of its "necessity in a democratic society" and "proportionality".

68. The Court notes that, since the facts prompting the applications joined in Lashmankin and Others arose, a new Code of Administrative Procedure ("the CAP") reforming the applicable judicial review procedures entered into force on 15 September 2015. It provides, in particular, that complaints against the authorities' decisions concerning changes to a public event's purposes, location, type or the manner of conducting it are to be examined by a district court, and if possible any appeal is also to be examined, before the planned date of the event. If the court allows the complaint, it requires the authority or official to remedy the breach of the complainant's rights – in particular by determining the specific steps which need to be taken – and sets out a time-limit. The judicial decision is subject to immediate enforcement (see a summary of the domestic law provisions in Lashmankin and Others, cited above, §§ 289-94 and 297). The Court considers that those developments in the domestic law have corrected the first defect identified in Alekseyev (cited above) and Lashmankin and Others, by henceforth allowing an enforceable judicial decision to be obtained on the authorities' refusal to approve a public event's location, time or the manner in which it is to be conducted before its planned date.

69. As regards the second defect, the Court notes that the CAP reproduces in substance the legal provisions on the scope of judicial review examined and found deficient in Lashmankin and Others. The CAP provides that the lawfulness of the contested decision or act – understood in the sense of compliance with the rules of competence, procedure and contents – remains the sole relevant issue examined on judicial review (see a summary of the domestic law provisions in Lashmankin and Others, cited above, §§ 295-96). It follows that the second defect identified in Lashmankin and Others has not been corrected by the CAP. Indeed, in the present case the domestic courts did not strike a fair balance between private and public interests, holding that the applicant had no right to choose the location of a public event and that the proposal to change the location had not therefore restricted his right to freedom of assembly. That finding is in clear contradiction with the standards established by the Court under Article 11 (see Lashmankin and Others, cited above, §§ 405-08).

70. The Court takes note of the Supreme Court's Ruling of 26 June 2018, instructing the domestic courts that when examining under the CAP complaints against the authorities' decisions concerning changes to a public event's purposes, location, type or the manner in which it was to be conducted, they had to assess whether the interference by a public authority with the right to freedom of public assembly had been lawful, necessary and proportionate to a legitimate aim, and in particular whether the reasons for the interference advanced by the public authority had been relevant and sufficient (see paragraph 29 above). The Court welcomes these instructions, but notes that they were issued after the events at issue in the present cases. It will have to wait for an opportunity to examine the practice of the Russian courts after that Ruling to assess how these instructions are be applied in practice.

71. The Court concludes from the above that the domestic law as in force between 15 September 2015 and 26 June 2018 did not provide for an effective remedy because the scope of review of the only available remedy was limited to examining the lawfulness of the proposal to change the location, time or manner of conduct of a public event, and did not include any assessment of its "necessity" and "proportionality".

72. There has accordingly been a violation of Article 13 in the present case.

IV. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

73. The applicant complained that the blocking of his social networking account and of three entries on his blog calling for participation in an unauthorised public event had breached his right to freedom of expression. He relied on Article 10 of the Convention, which reads as follows:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

A. Admissibility

74. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. Submissions by the parties

75. The applicant submitted that he had used his VKontakte account and his blog to express his opinions on matters of public interest. In particular, in the blog entries and the VKontakte post in question he had expressed his opinion about the arrest of the government of the Komi Republic and about the obstacles to a collective discussion of that issue. The blocking of those posts had therefore restricted his freedom of expression.

76. The applicant further submitted that section 15.3 of the Information Act, which had served as a legal basis for the restriction, had not been foreseeable in its application. It particular, it had not been clear what had been meant by public events "held in breach of the established procedure". Nor had that provision provided for sufficient guarantees against abuse because it had not required the domestic authorities to give detailed reasons for their finding that the public event which had been the subject of his calls for participation would be held in breach of the established procedure. Furthermore, the decision to block his posts had been taken by the law-enforcement authorities without prior judicial authorisation. Lastly, the domestic law permitted the blocking of the entire social networking account even if only one post published thereon had been considered to be unlawful, whereas it was technically possible to block a specific post without blocking the entire account.

77. The applicant also complained that the interference with his right to freedom of expression had not pursued any legitimate aim and had not been necessary in a democratic society. He argued that it was important for the public authorities to show a certain degree of tolerance towards unlawful peaceful gatherings (he referred to Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, nos. 32124/02 and 6 others, 18 December 2007). Consequently, it was also important to show the same degree of tolerance towards articles published on the Internet about preparations for such peaceful gatherings. The Russian authorities had shown zero tolerance in his own case, however. Furthermore, by blocking access to his VKontakte account, they had blocked access to other material published thereon which had not been found to be illegal. The judicial review of the blocking decision had been superficial: the domestic courts had not applied the "proportionality" or the "necessity in a democratic society" tests.

78. The Government submitted that the town administration had refused to approve the public event planned by the applicant; he had not therefore been entitled to hold it. Despite that, he had described the preparations for holding the event in question and had called for participation in it on his VKontakte page and on his blog. By calling for participation in a public event to be held in breach of the established procedure, the applicant had breached information distribution rules. The blocking of his VKontakte account and of the entries in question on his blog had therefore been lawful and had pursued the aim of preventing breaches of information distribution rules. The Government stressed that access to the above-mentioned posts had been blocked because they had contained calls for participation in an unauthorised public event rather than because of the applicant's statements about the aims of that public event. Furthermore, as stated by the domestic courts, restriction of access to the entire VKontakte account rather than to the specific post had also had a basis in domestic law and had been justified by the real-time distribution of publicly accessible content on the Internet. The account could have been unblocked if the applicant had deleted the unlawful content. He could also have created a new social networking account. The applicant's freedom of expression had not therefore been restricted by the contested measures.

2. The Court's assessment

(a) General principles

79. The Court has consistently held that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society" (see Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24; Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 101, ECHR 2012; and Bédat v. Switzerland [GC], no. 56925/08, § 48, ECHR 2016).

80. The Court further reiterates that Article 10 guarantees freedom of expression to "everyone". It makes no distinction according to the nature of the aim pursued or the role played by natural or legal persons in the exercise of that freedom (see Çetin and Others v. Turkey, nos. 40153/98 and 40160/98, § 57, ECHR 2003-III (extracts). It applies not only to the content of information but also to the means of dissemination, since any restriction imposed on the latter necessarily interferes with the right to receive and impart information (see Ahmet Yıldırım v. Turkey, no. 3111/10, § 50, ECHR 2012).

81. As to the importance of the Internet in the exercise of freedom of expression, the Court reiterates that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general (see Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009). User-generated expressive activity on the Internet provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression (see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 110, ECHR 2015).

82. As enshrined in Article 10, freedom of expression is subject to exceptions which must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly. The adjective "necessary", within the meaning of Article 10 paragraph 2, implies the existence of a "pressing social need". The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision, embracing both the law and the decisions applying it, even those given by independent courts. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a "restriction" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10 (see Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary [GC], no. 18030/11, § 187, 8 November 2016).

83. The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was "proportionate to the legitimate aim pursued" and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient". In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts (see Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, § 48, ECHR 2012 (extracts); Morice v. France [GC], no. 29369/10, § 124, ECHR 2015; and Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina [GC], no 17224/11, § 75, ECHR 2017).

(b) Application to the present case

84. The Court finds that the blocking by a deputy Prosecutor General of the applicant's social networking account and of three entries on his blog on the grounds that they contained calls to participate in a public event the location of which had not been approved by the town

administration amounted to "interference by a public authority" with the applicant's right to freedom of expression, of which the freedom to receive and impart information and ideas is an integral part (compare Ahmet Yıldırım, cited above, § 55). That the applicant could create a new social networking account or publish new entries on his blog has no incidence on this finding.

85. Such interference will constitute a breach of Article 10 unless it is "prescribed by law", pursues one or more of the legitimate aims referred to in Article 10 § 2 and is "necessary in a democratic society" to achieve those aims. The Court considers that in the present case the questions of compliance with the law and of the existence of a legitimate aim cannot be dissociated from the question of whether the interference was "necessary in a democratic society" (see, for similar reasoning, Nemtsov v. Russia, no. 1774/11, § 75, 31 July 2014). The Court will therefore examine them together below.

86. The Court observes at the outset that the contested measure had a basis in section 15.3 of the Information Act (see paragraph 36 above), which allowed the Prosecutor General or his deputies to order the blocking of a website or webpage containing calls for, among other things, participation in public events held in breach of the established procedure.

87. According to the domestic courts, the purpose of the blocking measure was to prevent breaches of law in the sphere of distribution of information (see paragraph 23 above) and also to prevent violations of public order (see paragraph 25 above). As regards the second aim, the Court reiterates that exceptions to freedoms of association and assembly must be narrowly interpreted, such that the enumeration of them is strictly exhaustive and the definition of them necessarily restrictive (see Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 July 1998, §§ 38 and 39, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, and Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine, no. 77703/01, § 132, 14 June 2007). It notes that, unlike some other Articles of the Convention, neither Article 10 nor Article 11 allows for restrictions aimed at maintenance, or protection, of public order (see Perinçek v. Switzerland [GC], no. 27510/08, §§ 146-51, ECHR 2015 (extracts)). Indeed, the Government did not rely on that aim.

88. As regards the Government's argument that the aim of the measure was to prevent breaches of law in the sphere of distribution of information, they did not explain which of the legitimate aims listed in the second paragraph of Article 10 that corresponded to. It has never been claimed that the public event advertised by the applicant in his blog and his social networking account presented a risk to public safety or was capable of leading to public disorder or crime. The aims of the protection of public safety and prevention of disorder or crime are therefore clearly not relevant to the present case. The aim of preventing disclosure of information received in

confidence is not relevant either. It therefore appears that the only aim of the blocking measure was to enforce the rules governing public events and, in particular, the circulation of information about them. The Court has already found that enforcement of rules governing public assemblies cannot become an end in itself (see Primov and Others v. Russia, no. 17391/06, § 118, 12 June 2014, and Lashmankin and Others, cited above, § 449). No other aim was advanced either by the Government or by the domestic courts in the present case.

89. The Court takes note, however, of the Constitutional Court's explanation that the purpose of the rules governing public events, and in particular the notification and approval procedure, is to allow the authorities to take all necessary measures to ensure the safety of both those attending the public event and others (see, for a summary of the Constitutional Court's ruling, Lashmankin and Others, cited above, § 273). In its turn, the prohibition on campaigning for participation before the public event has been approved by the competent authorities aims at ensuring that citizens are not misled by calls to participate in a public event the location and time of which have not yet been finally determined (see, for a summary of the Constitutional Court's ruling, Lashmankin and Others, cited above, § 267). Given that both the notification procedure for public events and the prohibition on campaigning for participation before that procedure has been successfully completed apparently aim at protecting the rights of others, the Court will assume that the blocking of publications which call for participation in a public event in breach of those procedures and rules also pursues the legitimate aim of protecting the rights of others.

90. The Court further notes that in the present case the blocking measure was taken before a judicial decision was issued on the illegality of the published content. It therefore amounted to a prior restraint (see, for a similar reasoning, Ahmet Yıldırım, cited above, § 46).

91. The Court reiterates in this connection that Article 10 does not prohibit prior restraints on publication as such. However, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court and are justified only in exceptional circumstances (see Association Ekin v. France, no. 39288/98, § 56, ECHR 2001-VIII; Cumpănă and Mazăre v. Romania [GC], no. 33348/96, § 118, ECHR 2004-XI; and Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC], no. 32772/02, § 93, ECHR 2009). This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest. This danger however also applies to publications other than periodicals that deal with a topical issue (see Association Ekin, ibid., and Ahmet Yıldırım, cited above, § 47).

92. In cases of prior restraint, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power. In that regard, the judicial review of such a measure, based on a weighing-up of the competing interests at stake and designed to strike a balance between them, is inconceivable without a framework establishing precise and specific rules regarding the application of preventive restrictions on freedom of expression (see, inter alia, Ahmet Yıldırım, cited above, § 64, with further references).

93. In this connection the Court takes note of the applicant's argument that the term "public events held in breach of the established procedure" in section 15.3 of the Information Act is too broad and vague. Indeed, in the absence of any authoritative interpretation of that term by the Supreme or Constitutional Courts, and taking into account that the Government have not submitted any examples of its restrictive interpretation and application in administrative and judicial practice, it appears that any breach of the procedure for the conduct of public events, no matter how small or innocuous, may serve as a ground for the Prosecutor General's decision to block access to Internet posts containing calls to participate in that event. Access to such posts can therefore be blocked by a prosecutor, as in the present case, for the sole reason that it calls for participation in a public event at a location that has not been approved by the authorities, without having to establish a risk of disorder or of any real nuisance to the rights of others.

94. The Court further notes that the Prosecutor General and his deputies may order the blocking of an entire website or webpage – for example an entire social networking account, as in the present case – on the grounds that it contains some illegal material. Section 15.3 of the Information Act does not require them to examine whether the wholesale blocking of the entire website or webpage, rather than of a specific information item published on it, is necessary, having regard to the criteria established and applied by the Court under Article 10 of the Convention. Such an obligation, however, flows directly from the Convention and from the case-law of the Convention institutions. In particular, Article 10 requires the authorities to take into consideration, among other aspects, the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, is bound to substantially restrict the rights of Internet users and to have a significant collateral effect on the material that has not been found to be illegal (see Ahmet Yıldırım, cited above, § 66, and Cengiz and Others v. Turkey, nos. 48226/10 and 14027/11, § 64, ECHR 2015 (extracts)). There is no evidence in the domestic decisions in the present case that those factors were taken into consideration when the applicant's entire VKontakte account was blocked on the grounds that it contained one illegal information item.

95. It follows that the applicable legal framework affords the Prosecutor General and his deputies very wide powers to apply prior restraint measures to Internet posts containing calls to participate in public events, both as regards the grounds for ordering the blocking measure and as regards its scope.

96. The Court notes that the exercise of the Prosecutor General's powers to block Internet posts containing calls to participate in public events is subject to judicial review. However, the breadth of the executive's discretion is such that it is likely to be difficult, if not impossible, to challenge the blocking measure on judicial review (see, for similar reasoning, Gillan and Quinton v. the United Kingdom, no. 4158/05, §§ 80 and 86, ECHR 2010 (extracts); Lashmankin and Others, cited above, § 428; and Ivashchenko v. Russia, no. 61064/10, § 88, 13 February 2018). Moreover, as a result of the one-month time-limit for the examination of the judicial review complaints (see paragraph 37 above) – combined with the statutory prohibition on campaigning for participation in a public event before it is approved by the regional or municipal authorities (see Lashmankin and Others, cited above, § 249) and the tight time-frame of the notification and approval procedure (ibid., § 348) – there is no guarantee that the complaint against the blocking measure would be decided before the planned date of the event. The Court is of the opinion that in cases concerning prior restraints on publications calling for participation in a public event, there must be a possibility to obtain a judicial review of the blocking measure before the date of the public event in question. Indeed, the information contained in the post is deprived of any value and interest after that date, and the annulment of the blocking measure on judicial review at that stage will therefore be meaningless (see paragraph 91 above, and, mutatis mutandis, Bączkowski and Others v. Poland, no. 1543/06, §§ 81 and 82, 3 May 2007).

97. It follows from the above that the blocking procedure provided for by section 15.3 of the Information Act lacks the necessary guarantees against abuse required by the Court's case-law for prior restraint measures (see paragraph 92 above), in particular tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power.

98. Turning now to the content of the Internet posts at issue, the Court notes that only two of the four posts contained calls to participate in the public event planned by him. The Court is unable to discern any such calls in the first and second posts. The domestic authorities did not explain why they were included in the blocking measure together with the other posts which contained such calls.

99. In the first entry on his blog the applicant commented on the recent arrest of the regional government, criticised the appointment of regional governors by the President and expressed the

wish that governors be elected by the people. He also informed his readers that he had lodged a notification for a "picket" during which a debate on those issues would be held (see paragraph 8 above). The issues raised in that entry were of paramount importance for the regional community. That was a matter of public concern and the applicant's comments contributed to an ongoing political debate.

100. In the second entry on his blog the applicant informed his readers that the local authorities had refused to approve the location of the "picket" planned by him and that a "people's assembly" would be held instead at the same location and time (see paragraph 10 above). The Court considers that by informing prospective participants that the public event had not been duly approved, the applicant was disseminating information on a matter of public interest.

101. The Court reiterates in this connection that under its case-law, expression on matters of public interest is entitled to strong protection (see Perinçek, cited above, § 230). There is therefore little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on expression on matters of public interest (see Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999-IV) and very strong reasons are required for justifying such restrictions (see Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII, and Sergey Kuznetsov v. Russia, no. 10877/04, § 47, 23 October 2008, with further references). The domestic authorities did not advance any reasons for blocking access to the two above-mentioned posts and did not explain why they had been included in the blocking measure, even though they did not contain any calls for participation in a public event held in breach of the established procedure.

102. As regards the third entry on the blog and the post on the social networking site, they contained explicit calls to participate in the public event which the local authorities had earlier refused to approve (see paragraphs 11 and 13 above). The Court reiterates in this connection that it is important for the public authorities to show a certain degree of tolerance towards peaceful unlawful gatherings (see Kudrevičius and Others, cited above, § 150, and Navalnyy v. Russia [GC], nos. 29580/12 and 4 others, § 143, 15 November 2018).

103. The Court further reiterates that it is normally not sufficient that the interference was imposed because its subject-matter fell within a particular category or was caught by a legal rule formulated in general or absolute terms; what is rather required is that it was necessary in the specific circumstances (see Perinçek, cited above, § 275, and The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1), 26 April 1979, § 65 in fine, Series A no. 30). In the context of public assemblies, this means that the absence of prior authorisation and the ensuing "unlawfulness" of the action do not give carte blanche to the authorities; they are still restricted by the proportionality requirement of

Article 11 (see Kudrevičius and Others, cited above, § 151). It follows that the fact that the applicant breached a statutory prohibition by calling for participation in a public event held in breach of the established procedure is not sufficient in itself to justify an interference with his freedom of expression. The Court must examine whether it was necessary in a democratic society to block the publications at issue, having regard to the facts and circumstances of the case.

104. The Court observes, firstly, that the aim of the public event was to express an opinion on a topical issue of public interest, namely the recent arrest of the regional government officials (see paragraph 6 above). Secondly, the approval of the public event had been refused on formal grounds – because of a general ban on holding public events at the location chosen by the applicant, which the Court has found to be contrary to the Convention (see paragraph 59 above) – rather than on the grounds that the event in question presented a risk of public disorder or crime or a risk to public safety or the rights of others. Thirdly, the impugned Internet posts did not contain any calls to commit violent, disorderly or otherwise unlawful acts during the public event. Fourthly, only about fifty people were expected to attend the public event (see paragraph 7 above) and, as asserted by the applicant and not contested by the Government, the chosen location was closed to traffic (see paragraph 46 above). In view of the event's location, small size and peaceful character, there is no reason to believe that it would have been necessary for the authorities to intervene to guarantee its smooth conduct and the safety of the participants and passers-by, for example by diverting traffic. Lastly, as noted above, the applicant explicitly and clearly stated on his blog that the public event had not been duly approved. He did not therefore try to mislead prospective participants by making them believe that they were going to participate in a lawful event.

105. It follows that the breach of the procedure for the conduct of public events in the present case was minor and did not create any real risk of public disorder or crime. Nor did it have a potential to lead to harmful consequences for public safety or the rights of others. In such circumstances the Court is not convinced that there was "a pressing social need" to apply prior restraint measures and to block access to the impugned Internet posts calling for participation in that event and thereby expressing an opinion on an important matter of public interest.

106. Having regard to the above considerations and its case-law on the subject, the Court finds that the domestic law lacks the necessary guarantees against abuse required by the Court's case-law for prior restraint measures. It also finds that the standards applied by the domestic courts were not in conformity with the principles embodied in Article 10 and that the courts did not

provide "relevant and sufficient" reasons for the interference with the applicant's right to freedom of expression.

107. There has therefore been a violation of Article 10 of the Convention.

V. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

108. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

109. The applicant claimed 16,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

110. The Government submitted that the applicant had not produced any documents in support of his claim. The claim was in any event excessive.

111. The Court awards the applicant EUR 12,500 in respect of non-pecuniary damage.

B. Costs and expenses

112. Relying on a legal fee agreement, the applicant also claimed EUR 2,500 for legal fees incurred before the domestic courts and the Court.

113. The Government submitted that there was no evidence that the legal fee had actually been paid.

114. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 2,500 covering costs under all heads.

C. Default interest

115. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. Decides to join the applications;

2. Declares the applications admissible;

3. Holds that there has been a violation of Article 11 of the Convention;

4. Holds that there has been a violation of Article 13 of the Convention in conjunction with Article 11;

5. Holds that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

6. Holds

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement:

(i) EUR 12,500 (twelve thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(ii) EUR 2,500 (two thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

7. Dismisses the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 30 April 2019, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stephen Phillips

Registrar

Vincent A. De Gaetano

President

AİHM - Hoiness v. Norveç - 19 Mart 2019

Başvurucu Adı: Hoiness/Norveç

Başvuru No: 43624/14

Başvuru Tarihi: 3 Haziran 2014

Karar Tarihi: 19 Mart 2019

Konu: İnternetteki bir forum sitesinde yapılan yorumlar sebebiyle forum sitesinin sorumluluğunun olamayacağı, yarışan haklar arasında denge kurulması gerektiği ve özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediği.*[1]

Olaylar: Başvurucu tanınmış bir avukattır. Başvurucu, Mayıs 2011 tarihinde Hegnar Media AS şirketine ve şirketin internet editörü Bay H.'ye karşı hakaret sebebiyle tazminat davası açmış, Hegnar Online isimli sitede isimsiz olarak yapılan üç yorumun cinsel taciz içerikli olduğunu iddia ederek onurunun kırıldığını ileri sürmüştür.

Davalılar ise, yorumlardan haberdar olmaları ile yorumları kaldırttıklarını belirtmişlerdir.

Ocak 2012 yılında mahkeme yorumların Başvurucunun şeref ve itibarını zedelemediğinden bahisle Davalılar lehine karar vermiştir. Başvurucunun temyiz talebi de reddedilmiştir. Yerel mahkemelerin gerekçeleri; dava konusu yorumların Başvurucunun şeref ve itibarını zedeleme imkanı bulunmaması nedeniyle hakaret niteliği taşımaması, web sitesinde yorumların altında uyarı tuşu olması ve Davalıların tazminat için yeterli kusurunun olmamasıdır.

İhlal İddiaları: Başvurucu, Norveç makamlarının şeref ve itibarını yeterince korumadığını belirterek madde 8'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Karar: Mahkeme 8. madde kapsamında yaptığı incelemede;

- Başvurunun devletin negatif yükümlülüğü değil pozitif yükümlülükleriyle ilgili olduğunu,

- Devletin ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkının yarıştığı bu durumlarda yarışan menfaat ve haklar arasında bir denge kurması gerektiğini, bu denge kurulurken belirli bir takdir marjının bulunduğunu,

- İfadenin içeriği, şirket tarafından hakaret içerikli yorumların kaldırılması vb. önlemlerin alınması, aracı kurumun sorumluluğuna alternatif olarak yorumların gerçek sahiplerinin

[1] Türkçe özet için bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/201903AIHM.pdf>

sorumluluğu ve iç hukuktaki yargılamanın sonuçları gibi birçok değişkenin ölçülülük incelemesinde dikkate alındığını,

- Yerel mahkeme tarafından yerel yasalarca Başvurucu aleyhine yapılan yorumların hakaret sayılmayacağına karar verildiğini,

- Başvurucunun yorumları yazan kişilere karşı dava açması durumunda engellerle karşılaşacağına ilişkin iddiaların gerekçesi olmadığını,

- Yorumların haberlerde yer almadığını,

- Yorumların altında uyarı tuşu olduğunu; hatta Başvurucu tarafından bildirim yapılmadan önce bir yorumun moderatör tarafından silindiğini,

- Yerel mahkemelerin yarışan haklar denge kurmaya çalıştığını ve takdir marjları dahilinde değerlendirme yaptığını,

Belirterek 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Press Release issued by the Registrar of the Court

ECHR 099 (2019)

19.03.2019

The domestic courts' refusal to impose liability on an Internet forum for anonymously posted comments was not in breach of Article 8

In today's Chamber judgment[2] in the case of Høiness v. Norway (application no. 43624/14) the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been:

no violation of Article 8 (right to respect for private life) of the European Convention on Human Rights.

The case concerned the domestic courts' refusal to impose civil liability on an Internet forum host after vulgar comments about Ms Høiness had been posted on the forum.

The Court found in particular that the national courts had acted within their discretion ("margin of appreciation") when seeking to establish a balance between Ms Høiness's rights under Article 8 and the opposing right to freedom of expression under Article 10 of the news portal and host of the debate forums. Moreover, the domestic courts' rulings on litigation costs being awarded to the defendants had not as such violated Article 8.

Principal facts

The applicant, Mona Høiness, is a Norwegian national who was born in 1958 and lives in Oslo (Norway).

Ms Høiness, who is a well-known lawyer, began civil proceedings before the Oslo City Court in May 2011 against the Hegnar Media AS company and Mr H., an editor working for the Internet portal Hegnar Online, for defamation. She stated that her honour had been infringed because of

[2] Under Articles 43 and 44 of the Convention, this Chamber judgment is not final. During the three-month period following its delivery, any party may request that the case be referred to the Grand Chamber of the Court. If such a request is made, a panel of five judges considers whether the case deserves further examination. In that event, the Grand Chamber will hear the case and deliver a final judgment. If the referral request is refused, the Chamber judgment will become final on that day. Once a judgment becomes final, it is transmitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe for supervision of its execution. Further information about the execution process can be found here: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution.

sexual harassment in three comments made anonymously in Hegnar Online's forum, which was incorporated into Hegnar Media AS. The defendants argued that they had not been aware of the comments and that they had been removed as soon as they had become aware of them. In January 2012 the City Court ruled in favour of the defendants. It held that the comments in question had not amounted to unlawful defamation as they had been incapable of offending either Ms Høiness's honour or her reputation.

Ms Høiness appealed. The High Court held in October 2013 that Ms Høiness's claim for compensation could not succeed unless the defendants had acted with sufficient culpability. In that

regard it noted, amongst other things, that there were "warning buttons" on the website, which readers could click on in order to react to comments. The High Court also upheld the City Court's decision on litigation costs and awarded the defendants 183,380 Norwegian kroner (approximately 20,050 euros). Ms Høiness appealed but leave to appeal to the Supreme Court was refused.

Complaints, procedure and composition of the Court Relying on Article 8 (right to respect for private life), Ms Høiness complained that the Norwegian authorities had violated her rights under the Convention by not sufficiently protecting her right to protection of her reputation and by requiring her to pay litigation costs to the extent seen in her case.

The application was lodged with the European Court of Human Rights on 3 June 2014.

Judgment was given by a Chamber of seven judges, composed as follows:

Robert Spano (Iceland), President,

Paul Lemmens (Belgium),

Julia Laffranque (Estonia),

Valeriu Griţco (the Republic of Moldova),

Stéphanie Mourou-Vikström (Monaco),

Arnfinn Bårdsen (Norway),

Darian Pavli (Albania),

and also Stanley Naismith, Section Registrar.

Decision of the Court

Article 8

The Court reiterated that a person's right to protection of his or her reputation was encompassed by

Article 8.

It further observed that what was at issue in the case was not an act by the State but the alleged inadequacy of the protection afforded by the domestic courts to Ms Høiness's private life. In addition to a negative obligation there might be positive obligations inherent in effective respect for private life.

As concerns competing interests under Article 8 and Article 10, the Court had established general principles, as summarised in Delfi AS v. Estonia. The Court would usually afford a wide margin if the State was required to strike a balance between competing interests or competing Convention rights.

In making this proportionality assessment, the Court had also identified specific aspects of freedom of expression as being relevant, such as the context of the comments, the measures applied by the company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the intermediary's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the company.

The Court noted that the comments made about Ms Høiness had been found by the City Court not to constitute defamation under national law, while the High Court had deemed it unnecessary to take a stand on whether they were defamatory or not. The Court also considered that it was not obliged to examine the nature of the comments in depth as they in any event did not amount to hate speech or incitement to violence.

Secondly, the Court saw no reason to contest Ms Høiness's allegation that she would have faced considerable obstacles in attempting to pursue claims against the anonymous individuals who had written the comments. As to the context in which the comments were made, the Court observed that the debate forums had not been particularly integrated in the presentation of news and thus had not appeared to be a continuation of editorial articles.

With respect to the measures adopted by Hegnar Online, there had been an established system of moderators who monitored content. Moreover, readers had the possibility to click on "warning buttons", and warnings by other means, such as email, had also been successful. In the instant case, one of the comments had even been deleted on the moderator's own initiative before receipt of notification by Ms Høiness's counsel. The High Court had found, upon an overall examination

and assessment of the measures that had been put in place in order to monitor the forum comments, and the specific responses to Ms Høiness's notifications, that the news portal company and its editor had acted appropriately.

The Court observed that Ms Høiness's case had been considered on its merits at two levels of domestic jurisdiction. The courts had reviewed all the relevant aspects. In line with the principles set out in Delfi AS v. Estonia, there were no reasons for the Court to substitute a different view for that of the national courts.

The Court found accordingly that the domestic courts had acted within their margin of appreciation when seeking to establish a balance between Ms Høiness's rights under Article 8 and the opposing right to freedom of expression under Article 10 of the news portal and host of the debate forums.

The Court further noted the considerable amount of litigation costs imposed on Ms Høiness.

However, taking account of the nature of the claim lodged before the national courts and the subject matter, the Court did not consider that it could call into question the domestic courts' assessment on costs. The Court was in any event satisfied that the domestic courts had sufficiently safeguarded Ms Høiness's rights under Article 8 and there had been no violation of that provision.

The judgment is available only in English.

SECOND SECTION

CASE OF HØINESS v. NORWAY

(Application no. 43624/14)

JUDGMENT

STRASBOURG

19 March 2019

FINAL

19/06/2019

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Høiness v. Norway,

The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a Chamber composed of:

Robert Spano, President,

Paul Lemmens,

Julia Laffranque,

Valeriu Griţco,

Stéphanie Mourou-Vikström,

Arnfinn Bårdsen,

Darian Pavli, judges,

and Stanley Naismith, Section Registrar,

Having deliberated in private on 12 February 2019,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 43624/14) against the Kingdom of Norway lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a Norwegian national, Ms Mona Høiness ("the applicant"), on 3 June 2014.

2. The applicant was represented by Mr H. Helle, a lawyer practising in Oslo. The Norwegian Government ("the Government") were represented by Mr M. Emberland of the Attorney General's Office (Civil Matters) as their Agent, assisted by Mr R. Nordeide, Attorney.

3. The applicant alleged that there had been a breach of her right to respect for her private life as enshrined in Article 8 of the Convention, in so far as the domestic courts had not, at her request, held a media company and its editor liable to pay compensation for failing to sufficiently prevent or swiftly remove comments relating to her posted on an online debate forum.

4. On 20 June 2017 notice of the application was given to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

A. Introduction

5. The applicant was born in 1958 and lives in Oslo. She is a well-known lawyer who mainly deals with criminal and child custody cases. She is married to a businessman and was formerly a talk show host and active participant in public debate.

6. In August and September 2010 the applicant lodged two complaints with the Press Complaints Commission (Pressens Faglige Utvalg) against two publications owned and controlled by Mr Trygve Hegnar: the weekly and daily business newspapers Kapital and Finansavisen. Mr Hegnar also owned and controlled the internet portal Hegnar Online, which focused mainly on business and financial news.

7. All three publications had, from late summer 2010, published articles concerning the applicant's role and relationship with a wealthy, elderly widow from whom she would inherit. The publications contained direct or indirect suggestions that the applicant had exploited her emotionally or financially. After the widow passed away in 2011, her relatives instituted proceedings against the applicant, challenging the validity of her will. The inheritance case, which the applicant won both at first and second instance (in 2012 and 2014 respectively), was covered extensively in the above publications.

8. The Hegnar Online website featured a forum – at a separate web address, but to which access was given via the online newspaper – where readers could start debates and submit comments. There was no editorial content in the forum; all content was user-generated. It was possible for users to comment anonymously and there was no requirement to register. More than 200,000 comments were posted every month and the debate forum was among the biggest of its kind in Norway. The forum was divided into many subforums, with topic headings such as "Shipping", "IT", "Finance", "Property", "Media" and "Theme of the day" ("Dagens tema").

9. On 5 November 2010 a forum thread was started in the subforum "Theme of the day" under the heading "Mona Høiness – the case is growing, according to Kapital" ("Mona Høiness – saken vokser, sier Kapital"), where the original poster wrote only "What is the status?" ("Hva er status?"). The next comment, posted the same day, read "Sexy lady. What is the case about ???" ("Sexy dame. Hva gjelder saken ???"), to which another commenter responded "Money." At 12.32 p.m. the following day another comment was made, in which the poster claimed to "know someone who knows someone" who had been "lucky to have shagged" the applicant ("Sexy hun da! Kjenner en som kjenner en som knulla henne. Heldiggris" – hereinafter "comment 1").

The thread continued the same day with a commenter writing: "status quo" and "ab absurdo". The following comment was made the next day: "I read about this case briefly several weeks ago. I now see that Kapital gives it the front page. The conflict relates to an apartment at Frogner +

wealthy old lady with whom Høiness has developed a mother-daughter relationship over many years." ("Leste om denne saken såvidt, for flere uker siden. Ser nå at Kapital gir den forsiden. Striden gjelder en leilighet på Frogner + velstående eldre dame som Høiness har utviklet et mor/datter-forhold til over mange år.")

The next comment read: "Is it Kapital's Case [("Saken til Kapital")] which is growing?", to which another commenter responded with the wordplay: "It is Hegnar's thing [("saken til Hegnar")] which is growing." This was followed by the comment "If you are looking for pretty ladies, look at the thread 'Pride of the nation'", to which another poster added: "And that about the Marilyn-revelation".

The next day, on 8 November 2010, a new comment was made: "With 100 million at stake it is clear that one would bend the ethical rules a little" ("Med 100 mill i potten er det klart du tøyer de etiske reglene litt"), before another poster asked: "Has she become pregnant, or is she only gaining weight?", and yet another poster followed with the above wordplay: "Is Hegnar's stake [("staken til Hegnar")] still growing?". At 5.55 p.m. another commenter wrote: "If I were to s— her, it would have to be blindfolded. The woman is dirt-ugly – looks like a wh—" ("Skulle jeg k— henne måtte det bli med bind for øya. Synes dama er dritstygg – ser ut som en h—" – hereinafter "comment 2"). Thereafter a poster asked: "How old is she now?", to which the last commenter responded: "She's 83 by now [("etter hvert")]. Time flies!"

All the comments were made anonymously and thus the number of possible different posters was unknown. According to a printout made at 7.26 p.m. on 8 November 2010, comment 1 had by then been read 176 times, while comment 2 had been read twelve times.

10. The same day, 8 November 2010, the applicant's counsel wrote a letter to the Press Complaints Commission, in the course of the proceedings concerning one of the above-mentioned complaints in respect of the coverage of the inheritance case (see paragraph 7 above). The counsel stated, inter alia, that a new report had been published in Kapital and that the case had been chosen as the "Theme of the day" on Hegnar Online. In particular, Hegnar "allowed the posters to present serious and degrading sexual harassment" of the applicant. In the letter, it was expressly stated that this was not to be made part of the existing complaint against Kapital, so as not to further delay the handling of that complaint by the publisher. A copy of the printout of the forum thread in question was attached (see paragraph 9 above).

11. Mr Hegnar received a copy of the letter and in an email to the Press Complaints Commission on 9 November 2010 stated, inter alia, that Hegnar Online was a separate newspaper with its own editor, unrelated to Kapital. He submitted that it could not therefore be taken into account in a

complaint against the latter. The Commission wrote an email to both parties the following day stating that it – having spoken with the applicant's counsel – noted that the letter of 8 November 2010 did not amount to a new complaint, but was an appendix to the documents in the pending case against Kapital and did not relate to Hegnar Online.

12. Comments nos. 1 and 2 were not deleted. The applicant's counsel sent an email at 12.32 p.m. on 17 November 2010 to Mr B. and Mr H., an editor working for Hegnar Online, requesting written confirmation that the comments would be deleted immediately and arguing that Mr Hegnar himself had "declined all responsibility for the matter" ("fraskrev seg alt ansvar for saken").

13. Mr B. from Hegnar Online responded at 12.45 p.m. the same day, saying that he was sorry that comments in breach of their guidelines had not been deleted, and that he had now deleted the comments he had found.

14. On 19 November 2010 Mr Hegnar wrote an editorial in Kapital commenting on the applicant's remarks on the forum comments in the context of the complaint against Kapital (see paragraph 10 above). In the editorial, he stated that Hegnar Online was unrelated to Kapital and, furthermore, that Kapital would not take responsibility for what eager commenters wrote on Hegnar Online, which he described as "an open forum". The editorial read, inter alia, as follows:

"... Many strange, annoying and plainly wrong things are written on such open websites, where there is subsequent control and no editorial treatment prior to publishing.

Also we ourselves must, at times, endure harsh comments ("tåle røff omtale") on such websites, but we cannot rush off to the Press Complaints Commission with it."

15. On 23 November 2010 the Press Complaints Commission examined the applicant's complaints against Kapital and Finansavisen (see paragraph 6 above), and found that both publications had breached the code of conduct for journalists (Vær varsom-plakaten): Kapital for their use of a misleading headline (case no. 187/10) and Finansavisen for not giving the applicant the opportunity to reply simultaneously (case no. 192/10).

16. On 28 November 2010 a forum thread was started on the subforum "Media". The thread starter, under the headline "Mona Høiness vs Trygve Hegnar", commented on the inheritance case and the applicant's allegation that she was being sexually harassed (see paragraphs 7 and 10 above). The next posting in the thread, made the same day, said only: "Ask if Mona knows trønderbjørn? :))" ("Spør om Mona kjenner trønderbjørn? :))")

On 30 November 2010 the next poster commented: "some have a passion for popstars and football players, while others like to hang around centres for the elderly and old people's homes", before

another wrote: “are you old, ill and confused? The law firm MH takes the case. NB! Pre-payment only”. At 11.02 a.m. the same day a comment raising the question whether the applicant was “still shagging” someone referred to by the nickname “trønderbjørn” (see paragraph 27 below) (“Driver hun fortsatt å knuller på denne trønderbjørn?” □ hereinafter “comment 3”) was posted.

On 1 December 2010 a poster wrote: “saw a woman sneak out of borgen kremat. [(a crematorium in Oslo)] with two handbags filled with golden jewellery and wallets. She smiled knowingly ... [(“smilte lurt”)]”.

All the comments in the thread were made anonymously.

17. On 3 December 2010 an editor at a radio station (Radio Norge) drew the applicant’s counsel’s attention to the debate that had been started on the Hegnar Online forum on 28 November 2010 (see paragraph 16 above) and enclosed a copy of the relevant thread in an email. From that it emerged that comment 3 had by then been read 115 times.

18. On 6 December 2010 the applicant’s legal counsel wrote to Mr H., attaching the email from the editor at the radio station and demanding confirmation that harassing comments in the “Media” subforum would be deleted immediately. In an email the same day Mr H. replied that he had also been contacted by the radio editor directly on 3 December 2010 and, on checking, had seen that the comments had by then already been deleted.

19. On 7 January 2011 a complaint concerning the two forum threads as a whole (see paragraphs 9 and 16 above) was lodged with the Press Complaints Commission. On 22 February 2011 it concluded in general terms that neither comments with sexual content nor comments that accused the applicant of unethical or unlawful behaviour in the inheritance case were in compliance with the code of conduct for journalists, and that the editors should accordingly have removed them immediately, pursuant to a provision in that code (case no. 002/11).

20. On 7 April 2011 the applicant’s counsel sent a letter to Hegnar Online stating the applicant’s intention to instigate civil proceedings against Hegnar Online and the editor, Mr H., because comments 1 to 3 had been defamatory and contrary to Article 246 of the Penal Code (see paragraph 43 below). For the defamation she would claim redress under section 3-6 of the Compensation Act (see paragraph 44 below), of amounts limited to 250,000 Norwegian kroner (NOK - today approximately 25,000 euros (EUR)) from the company Hegnar Online and NOK 25,000 (approximately EUR 2,500) from Mr H. personally.

The applicant’s counsel argued that comments 1 to 3 had constituted sexual harassment beyond what a publicly known person had to endure and that it was settled law that such derogatory

comments, discriminatory to women, were not protected by Article 10 of the Convention under any circumstances. Reference was made to the case of Tammer v. Estonia (no. 41205/98, ECHR 2001-I).

21. Hegnar Online and Mr H.'s counsel responded in a letter of 28 April 2011. The counsel stated that the company Hegnar Media AS, into which Hegnar Online had by then been incorporated, had a procedure that made it simple to complain about forum comments that anyone might consider inappropriate. Next to each post was a link which could be clicked on in order to warn the company ("warning button"). When the company received such complaints, this usually led to deletion of the comment. Between 1,800 and 2,000 comments per month were deleted on the basis of such complaints. In addition, the company had moderators who on their own initiative removed comments in breach of the forum guidelines. Comments 1 and 2 had been removed immediately – within eight minutes of the applicant's complaint – and comment 3 had been removed on the initiative of a moderator.

In the letter it was further stated that Hegnar Media AS apologised for three of its users having made comments with sexual content, directed at the applicant, but that it did not consider itself liable to pay compensation. The three comments had had nothing to do with the company's journalistic work or editorial responsibility; they had not been uttered or produced by the company, nor had it authorised them for publication. Furthermore, the comments in question had not been defamatory and had been removed as soon as the company had become aware of them. Although the company did not consider itself legally liable, it offered the applicant NOK 10,000 (today approximately EUR 1,000) for the inconvenience she had suffered because of the comments.

B. Proceedings before the City Court

22. On 4 May 2011 the applicant instigated civil proceedings before the Oslo City Court (tingrett) against Hegnar Media AS and the editor, Mr H., for defamation. As previously stated in the letter to Hegnar Online (see paragraph 20 above), she claimed that her honour had been infringed because of comments 1 to 3 and that she was therefore entitled to redress. She maintained, inter alia, that the conclusion of the Press Complaints Commission (see paragraph 19 above) supported her argument that the defendants had exactly the same editorial responsibility for the comments as if they had been letters from readers printed in a newspaper.

23. The City Court heard the case from 19 to 20 December 2011. The parties attended with their counsel and one witness was heard. During the proceedings the applicant invoked Articles 246 and 247 of the Penal Code (see paragraph 43 below), in conjunction with section 3-6 of the

Compensation Act (see paragraph 44 below). The defendants argued principally that the situation at hand was governed by section 18 of the E-Commerce Act (see paragraph 45 below). They also maintained that Articles 246 and 247 of the Penal Code were inapplicable since they required intent (forsett) on the part of the wrongdoer. In the case at hand the defendants had not even been aware of the comments in question, and the principles relating to editorial responsibility were in any event irrelevant. In any case, editorial responsibility could not apply to the situation before the editor had become aware of the comments, and in the instant case they had been removed as soon as Mr H. had become aware of them.

24. On 4 January 2012 the Oslo City Court ruled in favour of the defendants. It considered that the three comments had not amounted to unlawful defamation as they had been incapable of offending either the applicant's honour or reputation.

25. As to comment 1, the City Court noted that the comment had been tasteless and vulgar, but had not in itself been an accusation (beskyldning) of promiscuity or some sort of immoral behaviour. In the City Court's view, it could not harm the applicant's reputation (omdømme) under Article 247 of the Penal Code (see paragraph 43 below). Furthermore, it had not expressed disdain or disapproval of her, so could not harm her honour (æresfølelse) under Article 246 of the Penal Code (ibid.).

26. With respect to comment 2, the City Court again found that it had been tasteless and "unserious". An anonymous comment of this sort could not, however, harm the applicant's reputation or honour. It might be considered to be ridicule, but had not exceeded the threshold over which ridicule would be unlawful. The City Court also had regard to the fact that "Theme of the day" was a marginal forum frequented mostly by anonymous people. It was generally unserious and, according to the City Court, most readers would find that the comments said more about those posting them than about the people mentioned in the comments. The City Court expressed that it completely understood that the applicant found it unpleasant that anonymous persons had posted "sleazy" remarks about her on the Internet. However, based on an overall assessment, the City Court concluded that comment 2, either alone or in conjunction with comment 1, had not been capable of harming the applicant's honour.

27. Turning to comment 3, the City Court said that this was again a comment that most people would consider inappropriate, tasteless and vulgar. It had to be interpreted as an allegation that the applicant had had a sexual relationship with a person nicknamed trønderbjørn. No further information about who or what kind of person that might be had been given either in the forum or during the civil case. The court found that an anonymous comment indicating that the applicant

had had a sexual relationship with an unidentified person could not harm the applicant's reputation or honour. There had been nothing expressly negative in the comment. Moreover, since the writer had been anonymous there had been no reason to take him or her seriously.

28. The City Court also made an overall assessment of the three comments viewed as a whole, but found that they still had not amounted to unlawful defamation. It remarked that several of the other comments in the forum threads in question, that the applicant had not complained about, could possibly be defamatory, as had also been indicated by the defendants briefly during the hearing, but since the applicant had not complained about any other comments, the City Court could not decide on their lawfulness.

29. The applicant was ordered to pay the defendants' litigation costs of 225,480 Norwegian kroner (NOK - approximately 24,650 euros (EUR)). The City Court stated that it was in no doubt as to the result of the case and noted that the applicant had turned down the defendant's offer of settlement (see paragraph 21 above). The defendants had claimed NOK 290,880 (approximately EUR 30,615), an amount which the City Court considered exceeded what was reasonable and necessary under the relevant provisions of the Dispute Act (see paragraph 47 below).

C. Proceedings before the High Court

30. On 31 January 2012 the applicant appealed against the City Court's judgment to the Borgarting High Court (lagmannsrett). Apart from maintaining that the three statements (comments 1 to 3) had amounted to unlawful defamation, she submitted that her right to privacy (privatlivets fred) as enshrined in Article 390a of the Penal Code, and her rights under the general principles concerning the protection of personality (det ulovfestede alminnelige rettsvern for personligheten) had been breached. Moreover, she argued that the comments had been in breach of section 8a of the Gender Equality Act and that under section 17 of that Act compensation was payable (see paragraph 46 below). Lastly, she submitted that the defendants had been awarded an amount of litigation costs exceeding what had been necessary.

31. The High Court heard the case on 10 and 11 September 2013. The parties attended and gave evidence, and one witness was heard. The judgment was delivered on 24 October 2013.

32. The High Court stated at the outset of the judgment that there had been an extensive coverage of the inheritance case both by the Hegnar Group and other media. The coverage had undoubtedly been a strain on the applicant, but was not the topic of the proceedings. It did however form a background to the case and explained why the applicant had come into the spotlight and subsequently been the topic of anonymous statements on the debate forum related to Hegnar Online.

33. The High Court went on to state that it was of the view that the applicant had had good reason to react to the statements on the Hegnar Online forum. The statements had been unserious and sexually loaded. Accordingly, she had by way of a complaint to the Press Complaints Commission achieved a declaration that Hegnar Online had breached the code of conduct for journalists because the content of the forum threads had exceeded what she had had to accept and that Hegnar Online should on its own initiative have discovered and removed the comments more quickly than had happened.

34. Turning to the question of liability to pay compensation, the High Court stated that this was a different question to that considered by the Press Complaints Commission. At this point the High Court had reached the same conclusion as the City Court had, but on different grounds. The City Court had considered each of the three comments in detail and concluded that, although inappropriate, unserious and tasteless ("usaklige, useriøse og smakløse"), they did not fall within the scope of Articles 246 and 247 of the Penal Code (see paragraphs 24-28 above and 43 below). The High Court stated that it shared the City Court's view with regard to the lack of seriousness, but deemed it unnecessary to assess the three comments against the provisions on defamation.

35. Instead, the High Court proceeded on the basis that the applicant's claim for compensation could in any event not succeed unless the defendants had acted with sufficient culpability. It would be decisive whether such culpability had been demonstrated by Hegnar Online and Mr H. not having done enough to discover and thereafter remove the impugned comments.

36. The High Court further stated that one characteristic of posts on the type of debate forum in question, and also of comments on editorial content posted online, was that they were posted in real time without any prior censorship being possible. This meant that controls needed to be carried out subsequently, regardless of whether it concerned content subject to editorial responsibility or a website with only user-generated content.

37. With regard to the general system for monitoring content, the High Court noted that there were "warning buttons" on the website, which readers could click on in order to react to comments. Furthermore, the editorial staff had the task of monitoring content and removing comments on their own initiative. However, there were a very large number of posts on the forum as a whole, and the High Court presumed that only a few discoveries of content to be removed had been made at the relevant time.

38. Turning to the three specific comments in question, the High Court noted that comments 1 and 2 had been posted on 6 and 8 November 2010 respectively. The applicant had been notified by others of the comments, and had not read them herself on the website. The editorial staff had been

notified of the two comments by email on 17 November 2010, and had responded thirteen minutes later that they had been removed. This had clearly been an adequate reaction. However, the High Court discussed whether the letter from the applicant's counsel to the Press Complaints Commission on 8 November 2010 (see paragraph 10 above) implied that Mr Hegnar should have initiated a deletion process at that time. Having regard to the fact that the letter was formally made in a different context, namely the pending complaint against Kapital (see paragraph 6 above), and did not contain any request that the comments be removed, the High Court found it appropriate that Mr Hegnar had only considered the letter as a document in the Kapital case.

39. With respect to comment 3, this had been posted on 30 November 2010. On 3 December 2010 staff at Radio Norge had informed the applicant's counsel, who had contacted Hegnar Online on 6 December 2010. Hegnar Online had by then already looked into the matter, as it had received a similar notification from Radio Norge on 3 December 2010, and had on that date noticed that the comment had already been deleted, presumably by a moderator at Hegnar Online. As this comment had, thus, rapidly been deleted of the staff's own motion, there was nothing to suggest liability on the part of Hegnar Online.

40. The High Court upheld the City Court's decision on litigation costs before the City Court and awarded the defendants NOK 183,380 (approximately EUR 20,050) for their costs before the High Court. It remarked that the case had been clear and that neither considerations on the parties' welfare nor relative strength (see paragraph 47 below) could justify not awarding the winning party costs. The defendants had claimed NOK 231,980 (approximately EUR 24,416), but the High Court found that as their counsel charged a high hourly rate, appropriate for a specialist lawyer, this should have been reflected in a lower amount of hours.

D. Proceedings before the Supreme Court

41. On 22 November 2013 the applicant appealed against the High Court's judgment to the Supreme Court (Høyesterett). She contested the High Court's assessment that the defendants had acted with sufficient care and alleged that the High Court had erred in law as its reasoning had not been clear with respect to the standard of care required, notably whether it had proceeded on the basis that negligence would suffice for liability, or whether the establishment of gross negligence had been necessary. She also contested the High Court's assessment of evidence concerning Mr Hegnar's dealing with the letter of 8 November 2010 addressed to the Press Complaints Commission. The applicant pointed out that Mr Hegnar had written an editorial in Kapital on 19 November 2010, making remarks about how the applicant had complained about comments on the forum (see paragraph 14 above). Furthermore, the applicant argued that the High Court had

wrongfully proceeded on the basis that the standards for the moderation of websites with user-generated content had been more lenient in 2010 than at the time of the High Court's judgment. Lastly, she appealed against the High Court's decision on litigation costs. The defendant's counsel charged an hourly rate of up to NOK 3,900 (approximately EUR 410), which was so high that there would be a chilling effect on individuals' willingness to challenge violations of Article 8 of the Convention.

42. On 7 February 2014 the Supreme Court's Appeals Leave Committee (Høyesteretts ankeutvalg) refused the applicant leave to appeal against either the High Court's judgment as a whole or against its decision on legal costs.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

43. The relevant provisions of the Penal Code of 22 May 1902 (straffeloven), in force at the relevant time, provided as follows:

Article 246

"Any person who by words or deeds unlawfully defames another person, or who aids and abets thereto, shall be liable to a fine or imprisonment for up to six months."

Article 247

"Any person who by words or deeds behaves in a manner that is likely to harm another person's good name and reputation or to expose him to hatred, contempt or loss of the trust necessary for his position or business, or who aids and abets thereto, shall be liable to a fine or imprisonment for up to one year. If the defamation is committed in print or in broadcasting or otherwise under especially aggravating circumstances, imprisonment for up to two years may be imposed."

A limitation to the applicability of Article 247 arose from the requirement that the expression had to be unlawful (rettsstridig). While this was expressly stated in Article 246, Article 247 had been interpreted by the Supreme Court to include such a requirement.

Article 390a

"Any person who by frightening or annoying behaviour or other inconsiderate conduct violates another person's right to privacy, or who aids and abets thereto, shall be liable to a fine or imprisonment for up to two years. ..."

44. Section 3-6 of the Compensation Act of 13 June 1969 (skadeserstatningsloven) reads:

"Anybody who commits libel or slander or infringes the privacy of another person shall, if he has been negligent or the conditions for imposing a punishment are fulfilled, pay compensation for

the damage sustained and such compensation for loss of future earnings as the court finds reasonable with due regard to the degree of guilt and other circumstances. He may also be ordered to pay such compensation (redress) for non-pecuniary damage as the court finds reasonable.

If the offence takes the form of libel, and anybody who has acted in the service of the owner or publisher of the printed matter is responsible under the preceding paragraph, the owner and publisher shall also be liable to compensation. The same rule applies to any redress imposed under the preceding paragraph, unless the court for special reasons decides to exempt them. The owner or publisher may also be ordered to pay such additional redress as the court finds reasonable in respect of them. The Norwegian Broadcasting Corporation is similarly liable when anybody acting in its service is responsible under the preceding paragraph for a broadcast. The same rule applies to any other broadcasting institution.

In pronouncing a judgment which imposes a punishment or declares a statement void, the court may order the defendant to pay the victim an amount covering the costs of publishing the judgment. The same rule applies in the case of any conviction under § 130 of the General Civil Penal Code. ...”

45. Section 18 of the E-Commerce Act of 23 May 2003 (ehandelsloven) reads:

Section 18

Exemption from liability for certain storage services

“A service provider who stores information at the request of a service recipient, may only

(a) be punished for storing unlawful information or contribution to unlawful activities by storing unlawful information if he has acted with intent, or

(b) be held liable to pay compensation for storing unlawful information or contribution to unlawful activities by storing unlawful information if he has acted with intent or gross negligence.

The service provider is in any event exempt from criminal or civil liability if he without undue delay takes necessary measures to remove or block access to the information upon the intent or gross negligence under the first paragraph having appeared.

A service provider is not exempt from liability pursuant to this section if the service recipient is acting on behalf of the service provider or under his control.”

46. The two first paragraphs of section 8a of the Gender Equality Act of 9 June 1978 (likestillingsloven), in force at the relevant time, provided:

Section 8a (Harassment on the basis of gender and sexual harassment)

"Harassment on the basis of gender and sexual harassment is not permitted.

'Harassment on the basis of gender' means unwanted behaviour connected to a person's gender and which has the effect or as purpose to harm another person's dignity. 'Sexual harassment' means unwanted sexual attention that is troublesome to the person receiving the attention."

Pursuant to the second paragraph of section 17, the general rules on civil liability applied to intentional or negligent infringements of the Gender Equality Act.

47. The relevant sections of the Dispute Act of 17 June 2005 (tvisteloven) read:

Section 20-2 Award of costs to the successful party

"(1) A party who is successful in an action is entitled to full compensation for his legal costs from the opposing party. ...

(3) The court may exempt the opposing party from liability for legal costs in whole or in part if the court finds that there are compelling grounds to justify an exemption. The court shall, in particular, have regard to:

(a) whether there was justifiable cause to have the case heard because the case was uncertain or because the evidence was clarified only after the action was brought,

(b) whether the successful party can be reproached for bringing the action or whether he has rejected a reasonable offer of settlement, or

(c) whether the case is important to the welfare of the party and the relative strength of the parties justifies an exemption."

Section 20-5

Assessment of compensation for costs

"(1) Full compensation for costs shall cover all necessary costs incurred by the party in relation to the action, unless there is cause to exclude the costs pursuant to special provisions. In assessing whether costs have been necessary, the court shall have regard to whether it was reasonable to incur them in view of the importance of the case. The party may claim reasonable remuneration for his own work on the case if the work has been particularly extensive or would otherwise have had to be undertaken by counsel or another qualified assistant. ...

(3) In cases that are decided following an oral hearing, a party who claims costs shall submit a statement of costs. The statement shall be submitted at the conclusion of the court hearing. If the

amount of some items is unknown, the statement shall be supplemented within the time-limit fixed by the court. Items of expenditure shall be specified so as to give the court an adequate basis upon which to make an assessment. Lawyers' fees shall always state the amount and number of hours related to the following stages of the case:

(a) the period up to the submission of a writ of summons or reply, alternatively notice of appeal and reply to notice of appeal,

(b) the period up to the start of the main hearing or oral finalisation of the case, alternatively the appeal hearing, and

(c) the period up to the conclusion of the case at the current instance. ..."

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

48. The applicant complained that the domestic authorities, by not sufficiently protecting her right to respect for her private life and requiring her to pay litigation costs to the extent seen in her case, had acted contrary to Article 8 of the Convention, which reads as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

49. The Government contested that argument.

A. Admissibility

50. The Court notes that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicant

51. The applicant submitted that the comments in question had clearly been unlawful and that the domestic courts had not undertaken the exercise of balancing the rights protected by Articles 8 and 10, respectively.

52. The applicant acknowledged that the inheritance case had been in the public interest, but argued that the articles published by Hegnar Online and the two other publications had not been balanced. Reference was made to the statement by the Press Complaints Commission to the effect that Kapital and Finansavisen had breached the code of conduct for journalists.

53. Although Hegnar Online had established a system with a "warning button" and some members of staff had been tasked with monitoring content on the forum, this had clearly been insufficient. The system had been incapable of handling the large amount of comments posted on it.

54. The applicant had not been in any position to identify the anonymous commenters; she would have needed to contact the police and report the incidents, but even then the discovery of their identity would not have been guaranteed.

55. Recognising that liability for third-party comments might have some negative consequences for freedom of expression on the Internet, the applicant maintained that the website in the present case was one of the biggest platforms and debate forums in Norway and that liability would not have any significant negative impact.

56. The requirement for the applicant to pay the defendants' legal costs of approximately EUR 49,964 (including interest) in the domestic proceedings formed a separate reason why there had been a breach of Article 8 of the Convention.

(b) The Government

57. The Government argued that the comments in question had not attained such a level of seriousness or been carried out in such a manner as to have caused prejudice to the personal enjoyment of the right to respect for private life.

58. The media coverage of the inheritance case had formed the background for the instant case and the applicant was, inter alia, a well-known lawyer, a former talk show host and had previously been active in public debate. The City Court's assessment of the context of the comments had been in line with the European Court of Human Rights' case-law in respect of Article 8 of the Convention.

59. The High Court had examined the measures applied by the defendants in the domestic proceedings in order to prevent or remove the defamatory comments, and had assessed those measures in a manner consistent with the criteria developed by the Court.

60. The Government did not dispute that the impugned comments had been made by anonymous posters and that there had not, at the time, been a system for registering users. The applicant had not taken any steps to discover the identities of the posters.

61. The Court's assessment in the case of Pihl v. Sweden ((dec.), no. 74742/14, 7 February 2017) and the similarities to that case weighed clearly in favour of the overall conclusion that there had been no violation in the instant case.

62. With respect to the litigation costs, the Government submitted that Article 6 § 1 of the Convention was lex specialis and that Article 8 could therefore not come into play. The case of MGN Limited v. the United Kingdom (no. 39401/04, 18 January 2011) was factually different and concerned Article 10; its rationale could not be applied to Article 8. The domestic courts had performed a balancing act in accordance with the Dispute Act which had been in line with the obligation to secure access to the courts and which had not disclosed any unreasonable lack of proportionality between the aims pursued and the means employed.

2. The Court's considerations

63. The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which extends to a number of aspects relating to personal identity, such as a person's name or image, and furthermore includes a person's physical and psychological integrity (see, for instance, Von Hannover v. Germany, no. 59320/00, § 50, ECHR 2004-VI, and Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, § 159, ECHR 2017). It has also been accepted by the Court that a person's right to protection of his or her reputation is encompassed by Article 8 as part of the right to respect for private life (see Bédat v. Switzerland [GC], no. 56925/08, § 72, ECHR 2016, with further references).

64. In order for Article 8 of the Convention to come into play, the attack on personal honour and reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012; Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 137, ECHR 2015; and Denisov v. Ukraine [GC], no. 76639/11, § 112, 25 September 2018).

65. The Court observes that what is at issue in the present case is not an act by the State but the alleged inadequacy of the protection afforded by the domestic courts to the applicant's private life. While the essential object of Article 8 of the Convention is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations

inherent in effective respect for private or family life. These obligations may also involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundary between the State's positive and negative obligations under Article 8 does not lend itself to precise definition; the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the relevant competing interests (see Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, §§ 98-99, ECHR 2012).

66. In this respect, as concerns competing interests under Article 8 and Article 10 of the Convention, the Court has established the following general principles, as summarised in Delfi AS, cited above, § 139:

"The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect, and the outcome of an application should not, in principle, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 10 of the Convention by the publisher of an offending article or under Article 8 of the Convention by the person who has been the subject of that article. Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases (see Axel Springer AG, cited above, § 87, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012, with further references to the cases of Hachette Filipacchi Associés, cited above, § 41; Timciuc v. Romania (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and Mosley v. the United Kingdom, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see Axel Springer AG, cited above, § 88, and Von Hannover (no. 2), cited above, § 107, with further references to MGN Limited, cited above, §§ 150 and 155, and Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, 12 September 2011). In other words, there will usually be a wide margin afforded by the Court if the State is required to strike a balance between competing private interests or competing Convention rights (see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 113, ECHR 1999-III; and Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, § 40, 10 January 2013)."

67. In making this proportionality assessment, the Court has also identified the following specific aspects of freedom of expression as being relevant for the concrete assessment of the interference in question: the context of the comments, the measures applied by the company in order to prevent

or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the intermediary's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the company (see Delfi AS, cited above, §§ 142-143 and Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, no. 22947/13, § 69, 2 February 2016).

68. The question is thus whether, in the present case, the State has struck a fair balance between the applicant's right to respect for her private life under Article 8 and the online news agency and forum host's right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention.

69. In this connection, the Court notes at the outset that the comments made about the applicant were found by the City Court not to constitute defamation under Articles 246 or 247 of the Penal Code (see paragraph 43 above), while the High Court deemed it unnecessary to take a stand on whether the comments were defamatory. The Court also considers that it is not necessary to examine in depth the nature of the impugned comments, as they in any event did not amount to hate speech or incitement to violence (contrast Delfi AS, cited above, §§ 18, 114 and 162; compare Pihl, cited above, §§ 23-25).

70. Turning to the possibilities for the applicant to pursue claims against the anonymous individual or individuals who had written the comments, the Court sees no reason to contest the applicant's allegation that she would have faced considerable obstacles in attempting to do so.

71. As to the context in which the comments were made, the Court takes account of the fact that Hegnar Online was a large, commercially run news portal and that the debate forums were popular. It does not appear, however, from the judgments of the domestic courts that the debate forums were particularly integrated in the presentation of news and thus could be taken to be a continuation of the editorial articles.

72. With respect to the measures adopted by Hegnar Online, it appears that there was an established system of moderators who monitored content, although it is stated in the High Court's judgment that they may not have discovered a great number of unlawful comments to remove of their own motion. Moreover, readers could click on "warning" buttons in order to notify their reaction to comments (see paragraph 37 above). Lastly, it appears from the present case that a response was also given to warnings by other means, such as email.

73. In the instant case, "comment 1" and "comment 2" had not been picked up by the moderators, but on 17 November 2017, thirteen minutes after having notified them, the applicant's counsel received an email stating that the comments had been deleted (compare Pihl, cited above, § 32, about removal of an unlawful comment one day after notification had been given). The comments had been online since 6 and 8 November 2010, respectively. "Comment 3", posted on 30

November 2010, had been deleted on the moderator's own initiative before receipt of the notification on 3 December 2010. Based on an overall assessment, the High Court found it irrelevant that the comments had been mentioned in a letter to the Press Complaints Committee and that it had in that way become known to the chairman of Hegnar Online that the applicant had reacted to comments that she found to constitute sexual harassment. Upon an overall examination and assessment of the measures that had been put in place in order to monitor the forum comments – hereunder taking account of the control being only subsequent and that the commentators did not have to register – and the specific responses to the applicant's notifications, the High Court found that the news portal company and its editor had acted appropriately (see paragraphs 36-39 above).

74. The Court observes that the applicant's case was considered on its merits by two judicial instances at the domestic level before the Supreme Court refused leave to appeal (compare Pihl, cited above, § 36). The domestic courts reviewed the relevant aspects of the case (see paragraph 67 above). In line with the principles set out in Delfi AS, cited above, § 139 (see paragraph 66 above), there are no reasons for the Court to substitute a different view for that of the domestic courts.

75. In view of the above, the Court finds that the domestic courts acted within their margin of appreciation when seeking to establish a balance between the applicant's rights under Article 8 and the news portal and host of the debate forums' opposing right to freedom of expression under Article 10.

76. With respect to the complaint about the compensation for litigation costs awarded, the Court observes that the expenses did not involve any success fees or similar constructions. The case was tried in full before two court instances and both instances conscientiously reviewed, and considerably reduced, the extent of the compensable costs (see paragraphs 29 and 40 above). In the circumstances of the case, the domestic courts found that there were no reasons to deviate from the starting point that the winning party be awarded compensation for their fees and expenses.

77. While regard must be had to the general level of expenses in the jurisdiction (see, for example, AS Dagbladet v. Norway (dec.), no. 60715/14, § 33, 20 February 2018, and Avisa Nordland AS v. Norway (dec.), no. 30563/15, § 48, 20 February 2018), the Court notes the considerable amount of costs imposed on the applicant. However, taking account of the nature of the claim lodged before the national courts and the subject matter, the Court does not consider that it in the instant case can call into question the domestic courts' assessment as to the imposition of costs, also in view of the High Court's examination of the "parties' welfare" and their "relative strength" (see

paragraph 40 above). Against that background, the Court does not need to address the Government's argument that Article 6 § 1 is lex specialis, as it is in any event satisfied that the domestic courts sufficiently safeguarded the applicant's rights under Article 8 and that there has been no violation of that provision.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. Declares the application admissible;

2. Holds that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 19 March 2019, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith

Registrar

Robert Spano

President

AİHM - Magyar Jeti Zert v. Hungary - 4 Aralık 2018 (İngilizce)

Magyar Jeti Zrt v. Hungary - 11257/16

Judgment 4.12.2018 [Section IV]

Article 10

Article 10-1

Freedom of expression

Online news portal found liable for posting hyperlink leading to defamatory content: violation

Facts – The applicant company operated a popular online news portal in Hungary. Following an incident where intoxicated football supporters had shouted racist remarks and made threats against students at a school whose students were predominantly Roma, the leader of the Roma minority local government gave an interview to a media outlet with a focus on Roma issues. While describing the events, the leader stated, inter alia, that the football supporters were "members of Jobbik for sure". The media outlet uploaded the video of the interview to Youtube. The applicant company published an article on the incident on its website, including a hyperlink to the Youtube video.

The right-wing political party Jobbik brought defamation proceedings. It argued that by using the term "Jobbik" to describe the football supporters and by publishing a hyperlink to the Youtube video, the respondents had infringed its right to reputation. The applicant company was found liable for disseminating defamatory statements, infringing the political party's right to reputation. Its appeals were dismissed.

Law – Article 10: The domestic courts' decisions amounted to an interference with the applicant company's right to freedom of expression and pursued the legitimate aim of protecting the rights of others. It was not necessary to decide whether the relevant domestic provisions were foreseeable in light of the Court's conclusion about the necessity of the interference.

The applicant company's case concerned the "duties and responsibilities" of an Internet news portal, for the purposes of Article 10, in the particular situation where an online article had included a hyperlink leading to contents, available on the Internet, which had later been held to be defamatory. Bearing in mind the role of the Internet in enhancing the public's access to news and information, the very purpose of hyperlinks was, by directing to other pages and web resources, to allow Internet users to navigate to and from material in a network characterised by the

availability of an immense amount of information. Hyperlinks contributed to the smooth operation of the Internet by making information accessible through linking it to each other. Hyperlinks, as a technique of reporting, were essentially different from traditional acts of publication in that, as a general rule, they merely directed users to content available elsewhere on the Internet. They did not present the linked statements to the audience or communicate its content, but only serve to call readers' attention to the existence of material on another website. A further distinguishing feature of hyperlinks, compared to acts of dissemination of information, was that the person referring to information through a hyperlink did not exercise control over the content of the website to which a hyperlink enabled access, and which might be changed after the creation of the link – a natural exception being if the hyperlink pointed to contents controlled by the same person. Additionally, the content behind the hyperlink had already been made available by the initial publisher, providing unrestricted access to the public.

The issue of whether the posting of a hyperlink might, justifiably from the perspective of Article 10, give rise to liability for the content required an individual assessment in each case, regard being had to a number of elements. In particular the following aspects were relevant for the analysis of the liability of the applicant company as publisher of a hyperlink: (i) had the journalist endorsed the impugned content; (ii) had the journalist repeated the impugned content (without endorsing it); (iii) had the journalist merely put an hyperlink to the impugned content (without endorsing or repeating it); (iv) had the journalist known or could reasonably have known that the impugned content was defamatory or otherwise unlawful; (v) had the journalist acted in good faith, respected the ethics of journalism and performed the due diligence expected in responsible journalism?

The article in question had simply mentioned that an interview conducted with the leader of the Roma minority local government was to be found on Youtube and had provided a means to access it through a hyperlink, without further comments on, or repetition even of parts of, the linked interview itself. No mention had been made of the political party at all. Nowhere in the article had the author alluded in any way that the statements accessible through the hyperlink were true or that he had approved the hyperlinked material or accepted responsibility for it. Neither had he used the hyperlink in a context that, in itself, conveyed a defamatory meaning. It could thus be concluded that the impugned article did not amount to an endorsement of the incriminated content.

In connection to the question of repetition, punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged

unless there were particularly strong reasons for doing so. It could not be excluded that, in certain particular constellations of elements, even the mere repetition of a statement, for example in addition to a hyperlink, might potentially engage the question of liability. Such situations could be where a journalist had not acted in good faith in accordance with the ethics of journalism and with the diligence expected in responsible journalism dealing with a matter of public interest. However, that was not the case in the applicant company's case, where the article in question had repeated none of the defamatory statements, and the publication had indeed been limited to posting the hyperlink.

As to whether the journalist and the applicant company had known or could reasonably have known that the hyperlink provided access to defamatory or otherwise unlawful content, the issue had to be determined in the light of the situation as it had presented itself to the author at the material time, rather than with the benefit of hindsight on the basis of the findings of the domestic courts' judgments.

The journalist in this case could reasonably have assumed that the contents, to which he had provided access, although perhaps controversial, would remain within the realm of permissible criticism of political parties and, as such, would not be unlawful. Although the statements of the politician had ultimately been found to be defamatory because they implied, without a factual basis, that persons associated with Jobbik had committed acts of a racist nature, the Court was satisfied that such utterances could not be seen as clearly unlawful from the outset.

Furthermore, the relevant Hungarian law, as interpreted by the competent domestic courts, had excluded any meaningful assessment of the applicant company's freedom-of-expression rights under Article 10, in a situation where restrictions would have required the utmost scrutiny, given the debate on a matter of general interest. Indeed, the courts had held that the hyperlinking amounted to dissemination of information and allocated objective liability – a course of action that had effectively precluded any balancing between the competing rights, that was the right to reputation of the political party and the right to freedom of expression of the applicant company. Such objective liability might have foreseeable negative consequences on the flow of information on the Internet, impelling article authors and publishers to refrain altogether from hyperlinking to material over whose changeable content they had no control. That could have, directly or indirectly, a chilling effect on freedom of expression on the Internet.

The domestic courts' imposition of objective liability on the applicant company had not been based on relevant and sufficient grounds. Therefore the measure had constituted a disproportionate restriction on its right to freedom of expression.

Conclusion: violation (unanimously).

Art 41: EUR 597.04 in respect of pecuniary damage; no claim made in respect of non-pecuniary damage.

(See also Delfi AS v. Estonia [GC], 64569/09, 16 June 2015, Information Note 186; Bédat v. Switzerland [GC], 56925/08, 29 March 2016, Information Note 194; and Stoll v. Switzerland [GC], 69698/01, 10 December 2007, Information Note 103)

FOURTH SECTION

CASE OF MAGYAR JETI ZRT v. HUNGARY

(Application no. 11257/16)

JUDGMENT

STRASBOURG

4 December 2018

FINAL

04/03/2019

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Magyar Jeti Zrt v. Hungary,

The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of:

Ganna Yudkivska, President,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Faris Vehabović,

Egidijus Kūris,

Carlo Ranzoni,

Marko Bošnjak,

Péter Paczolay, judges,

and Andrea Tamietti, Deputy Section Registrar,

Having deliberated in private on 4 September 2018,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 11257/16) against Hungary lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a private limited company registered under Hungarian law, Magyar Jeti Zrt ("the applicant company"), on 23 February 2016.

2. The applicant company was represented by Ms V. Vermeer, a lawyer practising in London. The Hungarian Government ("the Government") were represented by Mr Z. Tallódi, Agent, Ministry of Justice.

3. The applicant company complained under Article 10 of the Convention that, by finding it liable for the posting of a hyperlink leading to defamatory content on its website, the domestic courts had unduly restricted its freedom of expression.

4. On 26 May 2016 the Government were given notice of the application.

5. On 1 July 2016, under Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3 of the Rules of Court, the Vice-President of the Section granted the European Publishers' Council, the Media Law Resource Center Inc., the Newspaper Association of America, BuzzFeed, Electronic Frontier Foundation, Index on Censorship, Professor Lorna Woods, Dr Richard Danbury and Dr Nicole Stremlau, jointly; European Information Society Institute; Article 19; the European Roma Rights

Centre; the Mozilla Foundation and Mozilla Corporation; and Access Now, the Collaboration on International ICT Policy in East and Southern Africa and European Digital Rights, jointly, leave to intervene as third parties in the proceedings.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant company operates a popular online news portal in Hungary called 444.hu, which averages approximately 250,000 unique users per day. The online news portal has a staff of twenty-four and publishes approximately seventy-five articles per day on a wide range of topics, including politics, technology, sport and popular culture.

7. On 5 September 2013 a group of apparently intoxicated football supporters stopped at an elementary school in the village of Konyár, Hungary, while travelling by bus to a football match. The students at the school were predominantly Roma. The supporters disembarked from the bus, and proceeded to sing, chant and shout racist remarks and make threats against the students who were outside in the playground. The supporters also waved flags and threw beer bottles, and one of them reportedly urinated in front of the school building. To protect the children, the teachers called the police, took the children inside and made them hide under tables and in the bathroom. The football supporters boarded the bus and left the area only after the police arrived.

8. On 5 September 2013 J.Gy., the leader of the Roma minority local government in Konyár, gave an interview, in the company of a pupil of the elementary school and his mother, to Roma Produkciós Iroda Alapítvány, a media outlet with a focus on Roma issues. While describing the events, and referring to the arrival of the football supporters in Konyár, J.Gy. stated that “Jobbik came in[1]” (Bejött a Jobbik). He added: “They attacked the school, Jobbik attacked it”, and “Members of Jobbik, I would add, they were members of Jobbik, they were members of Jobbik for sure.” On the same day the media outlet uploaded the video of the interview to YouTube.

9. On 6 September 2013 the applicant company published an article on the incident in Konyár on the 444.hu website with the title “Football supporters heading to Romania stopped to threaten Gypsy pupils”, written by B.H., a journalist for the Internet news portal. The article contained the following passages:

“By all indications, a bus full of Hungarian football supporters heading to a Romania-Hungary game left a highway in order to threaten mostly Gypsy pupils at a primary school in Konyár, a village close to the Romanian border.

According to our information and witnesses' statements, the bus arrived in the village on Thursday morning. The supporters were inebriated and started insulting Gypsies and threatening the pupils. Teachers working in the building locked the doors and instructed the smallest children to hide under the tables. Mr J.Gy., president of the local Gypsy [cigány] municipality, talked to us about the incident. A phone conversation with Mr Gy. and a parent has already been uploaded to YouTube."

The words "uploaded to YouTube" appeared in green, indicating that they served as anchor text to a hyperlink to the YouTube video. By clicking on the green text, readers could open a new web page leading to the video hosted on the youtube.com website.

10. The article was subsequently updated three times – on 6 and 12 September and 1 October 2016 – to reflect newly available information, including an official response from the police.

11. The hyperlink to the YouTube video was further reproduced on three other websites, operated by other media outlets.

12. On 13 October 2013 the political party Jobbik brought defamation proceedings under Article 78 of the Civil Code before the Debrecen High Court against eight defendants, including J.Gy., Roma Produkciós Iroda Alapítvány, the applicant company, and other media outlets which had provided links to the impugned video. It argued that by using the term "Jobbik" to describe the football supporters and by publishing a hyperlink to the YouTube video, the defendants had infringed its right to reputation.

13. On 30 March 2014 the High Court upheld the plaintiff's claim, finding that J.Gy.'s statements falsely conveyed the impression that Jobbik had been involved in the incident in Konyár. It also found it established that the applicant company was objectively liable for disseminating defamatory statements and had infringed the political party's right to reputation, ordering it to publish excerpts of the judgment on the 444.hu website and to remove the hyperlink to the YouTube video from the online article.

14. The judgment of the High Court contains the following relevant passages:

"...

The Court has established that the first defendant, J.Gy., violated the plaintiff Jobbik Magyarorszagért Mozgalom's inherent right to protection against defamation by falsely claiming in his statements given to the second defendant on 5 September 2013 and uploaded to youtube.com, and to the sixth defendant on 7 September and uploaded to haon.hu, that the events that had taken place on 5 September 2013 in front of the primary school in Konyár had been

carried out by the plaintiff party, and that the people who had taken part in them were individuals associated with the plaintiff party. The Court has established that the second defendant, Roma Produkciós Iroda Alapítvány; the fourth defendant, I.V.; the fifth defendant, Magyar Jeti; the sixth defendant, Inform Média Kft; and the eighth defendant HVG Kiadó Zrt. also violated the plaintiff's inherent right to be protected against defamation as the second defendant uploaded the first defendant's false statement to youtube.com, and the fourth defendant made it available and disseminated it on romaclub.hu, the fifth defendant on 444.hu, the sixth defendant on haon.hu and the eighth defendant on hvg.hu.

...

The Court obliges the first and second defendants to make the first and second paragraphs of this judgment publicly available within 15 days and for a period of 30 days on youtube.com at their own expense, and for the fourth defendant to make them publicly available on romaclub.hu, the fifth defendant on 444.hu, the sixth defendant on haon.hu, and the eighth defendant on hvg.hu.

It also obliges the fifth defendant to delete the link to the first defendant's statement uploaded to youtube.com in its article 'Football supporters heading to Romania stopped to threaten Gypsy pupils', published on 6 September 2013, within 15 days.

Defamation can be constituted not only by the stating of a falsehood but also by the publication and dissemination of a falsehood that pertains to another person (see Article 78 § 2 of the Civil Code). When establishing the occurrence of a violation, it does not matter whether the persons concerned acted in good or bad faith, [but] whether the violation can be imputable to them or not.

With regard to the foregoing, the Court has established that the second, fourth, fifth [the applicant company], sixth and eighth defendants also violated the plaintiff's inherent right to be protected against defamation by publishing and publicly disseminating the first defendant's defamatory statement.

...

The objective sanctions for the violation of inherent rights:

Pursuant to paragraph 1 of Article 84 of the Civil Code, a person whose inherent rights have been violated has the following options under civil law, depending on the circumstances of the case:

(a) demand a court declaration of the occurrence of the violation;

(c) demand that the perpetrator make restitution in a statement or by some other suitable means and, if necessary, that the perpetrator, at his own expense, make an appropriate public disclosure by way of restitution;

(d) demand the termination of the injurious situation and the restoration of the previous state of affairs by and at the expense of the perpetrator and, furthermore, to have the effects of the violation nullified or deprived of their injurious nature.

The above-mentioned sanctions [Article 84 § 1 of the Civil Code] for the violation of inherent rights are objective in nature, [and] therefore are independent from the imputability of fault to the perpetrator or the lack thereof. The violation itself forms the basis for the application of an adequate objective sanction. With regard to the foregoing, the Court has established that the defendants violated the plaintiff's inherent rights, on the basis of paragraph 1 (a) of Article 84 of the Civil Code.

With regard to restitution in accordance with paragraph 1 (c) of Article 84 of the Civil Code, the Court has ordered the defendants – with reference to the violation they have caused through their actions – to make public on the websites concerned the first and second paragraphs of the judgment that contain the establishment of the violation and at the same time concern the plaintiff, and to declare the falseness of the statement that was made publicly available, just as with the first defendant's declaration that contained untrue statements. Since the harm caused to the plaintiff can be repaired within the framework of objective sanctions under the provision in question, the Court has rejected the part of the plaintiff's claim that referred to the public dissemination of a declaration with a different content.

On the basis of paragraph 1 (d) of Article 84 of the Civil Code, the Court has ordered the fifth defendant to deprive its related report of its injurious nature, but it has rejected the same claim submitted by the plaintiff against the eighth defendant, since it can be established from the facts of the case that the eighth defendant's report available on hvg.hu merely links to the report that appeared on the website 444.hu maintained by the fifth defendant; therefore, depriving the latter of its injurious nature effectively results in depriving the report on hvg.hu of its injurious nature.

The subjective sanctions for a violation of inherent rights:

In accordance with paragraph 1 (e) of Article 84 of the Civil Code, a person whose inherent rights have been violated should bring an action for punitive damages in accordance with the liability regulations under civil law.

Pursuant to paragraph 1 of Article 339 of the Civil Code, a person who causes damage to another person in violation of the law is liable for such damage. He is to be relieved of liability if he is able to prove that he has acted in a manner that can generally be expected in the given situation. Pursuant to paragraphs 1 and 4 of Article 355 of the Civil Code, the person responsible for the damage must compensate the aggrieved party for any non-pecuniary damage. The four conjunctive conditions for compensation for non-pecuniary damage are: (1) the breach of the law through the violation of inherent rights; (2) imputability of fault; (3) non-pecuniary disadvantage; (4) a causal link between the violation of inherent rights and the non-pecuniary disadvantage.

With regard to legal entities, non-pecuniary damage is any non-pecuniary disadvantage or loss manifested in the assessment of the legal entity, and in adverse changes in its business turnover, in its participation in other relations and in the situation and quality of its existence and operations.

The occurrence of the disadvantage can be established not just on the basis of evidence but by publicly known facts as well, in accordance with paragraph 3 of Article 163 of the Code of Civil Procedure (BH.2001.178.)

In the case in question, the Court has established it as a publicly known fact that the first defendant's statement, which presented the plaintiff political party as having caused an aggressive, threatening and racist event, and which was later publicly disseminated by the other defendants, caused non-pecuniary damage in the assessment of the plaintiff political party. Such events are rejected and regarded with disdain by a wide layer of society, and force the legal entity 'associated' with the events to explain and clarify its role (or in this case, its lack of role). In the case of a political party with parliamentary representation, this kind of non-pecuniary damage can especially be caused by such a violation of inherent rights committed nearly six months prior to the parliamentary elections.

With regard to the first defendant, the Court has established the fact of imputability out of the conditions for compensation for non-pecuniary damage ...

In the case of the other defendants, the Court did not establish any fault with regard to the breach of the law, and consequently the Court has rejected the plaintiff's claim for compensation for non-pecuniary damage against the other defendants, in the following manner:

In their own online news websites maintained by the fifth [the applicant company], sixth and eight defendants, the defendants in question published reports that presented the events of 5 September in the most realistic way, and they used the available information channels and forms of control in the expected manner. They presented contradictory information and opinions in an objective

manner, remaining true to the information and the given opinions. The fact that the defendants also included [Mr J.Gy.'s statements] does not infringe the procedure expected of the staff of press outlets in such a situation, [is] not regarded as a deliberately false publication, and therefore does not call for the establishment of whether the employees of the defendants in question failed to examine the veracity of the facts, and in relation to this, failed to act with the precision necessary for the responsible exercise of the constitutional right to freedom of expression. In contrast with this, it can explicitly be established from the content of the testimonies and the reports submitted that the employees of the defendants concerned acted with the precision necessary for the responsible performance of their work[:] they examined, exposed and presented the veracity of the facts[;] therefore they acted in a manner that would generally be expected of them in the given situation.

..."

15. The applicant company appealed, arguing that public opinion associated the notion of "Jobbik" not so much with the political party but with anti-Roma ideology, and the name had become a collective noun for anti-Roma organisations. According to the applicant company, the content of the statement had not been offensive towards the political party, since it was publicly known that Jobbik had been engaged in hatred-inciting activities. The applicant company also emphasised that by making the interview with the first defendant available in the form of a link but not associating the applicant company with the video's content, it had not repeated the statements and had not disseminated falsehoods.

16. On 25 September 2014 the Debrecen Court of Appeal upheld the first-instance decision. It held that the statement by J.Gy. had qualified as a statement of fact because it had given the impression to the average audience that the football supporters had been organisationally linked to the political party. The court found that the statement had been injurious to the political party since it had associated the latter with socially reprehensible conduct. As regards the applicant company in particular, it held:

"... With regard to the fifth defendant's [the applicant company's] reference in its appeal, the court of first-instance correctly established that making a false statement available through a link, even without identifying with it, qualified as dissemination of facts.

Dissemination (or circulation) is the sharing of a piece of news as thought-based content and making it available for others. Contrary to the fifth defendant's viewpoint as expressed in its appeal, an infringement of the law by dissemination occurs even if the disseminator does not identify with the statement, and even if the disseminator's trust in the veracity of the statement is

ungrounded. Making lawful content available in any form qualifies as dissemination; and the disseminator bears objective responsibility for sharing another person's unlawful statement owing to the occurrence of the sharing.

Based on the grammatical and taxonomical interpretation of dissemination as defined in Article 78 § 2 of the Civil Code, it occurs by means of the sharing of information, which makes the content in question accessible to anyone. The essence of dissemination is the sharing of information, and owing to the objective legal consequence, it does not matter what the goal of the sharing was, or whether the disseminator acted in good or bad faith; nor do the scope of publicity or the gravity of the infringement have any relevance.

..."

17. On 1 December 2014 the applicant company lodged a constitutional complaint under Act no. CLI of 2011 on the Constitutional Court ("the Constitutional Court Act"), arguing in essence that under the Civil Code, media outlets assumed objective liability for dissemination of false information, which according to judicial practice meant that media outlets were held liable for the veracity of statements that clearly emanated from third parties. Thus, even if a media organ prepared a balanced and unbiased article on a matter of public interest, it could still be found to be in violation of the law. This would result in an undue burden for publishers, since they could only publish information whose veracity they had established beyond any doubt, making reporting on controversial matters impossible. The applicant company argued that the judicial practice was unconstitutional since it did not examine whether a publisher's conduct had been in compliance with the ethical and professional rules of journalism, but only whether it had disseminated an untrue statement. In the area of the Internet, where the news value of information was very short-lived, there was simply no time to verify the truthfulness of every statement.

18. Two of the defendants also lodged a petition for review with the Kúria. The applicant company argued that the second-instance judgment restricted the freedom of the press in a disproportionate manner, as the company had only reported on an important issue of public concern, in compliance with its journalistic duties. It emphasised that, as established by the lower-level courts, its report on the issue had been balanced. It further maintained that the statement of J.Gy. qualified as an opinion rather than a fact. In any event, the company had not been engaged in dissemination but had merely fulfilled its journalistic obligation of reporting.

19. The Kúria upheld the second-instance judgment in a judgment of 10 June 2015 (served on the applicant company on 4 September 2015), reiterating that J.Gy.'s statements were statements of fact and that the defendants had failed to prove their veracity. Although the term jobbikos was

used in colloquial language, in the case at issue J.Gy. had explicitly referred to the political party and its role in the incident. As regards the question of whether the applicant company's activity constituted dissemination of information, the Kúria found:

"Both in criminal law and other cases of civil law, the Kúria has taken the legal standpoint ... that dissemination is carried out by sharing or making public any information, as a result of which anyone can have access to the given content. The Internet is only one possible alternative for publishing; it is a forum for dissemination, meaning that information and facts are shared through a computer network. An Internet link to one's own publication serves as an appendix; it becomes accessible and readable with a single click. The Civil Code has established objective liability for dissemination, irrespective of the good or bad faith of the disseminator. In the Kúria's view, requiring media outlets not to make injurious statements accessible does not constitute a restriction of freedom of the press or freedom of expression; nor is it an obligation on them which in practice cannot be satisfied."

20. On 19 December 2017 the Constitutional Court dismissed the applicant company's constitutional complaint. It emphasised the second-instance court's finding that providing a hyperlink to content qualified as dissemination of facts. Furthermore, dissemination was unlawful even if the disseminator had not identified itself with the content of the third party's statement and even if it had wrongly trusted the truthfulness of the statement.

21. The Constitutional Court also reiterated its previous case-law concerning reporting about public figures' press conferences, stating that such conduct did not qualify as dissemination if the report was unbiased and objective, the statement concerned a matter of public interest, and the publisher provided the source of the statement and gave the person concerned by the potentially injurious statement the opportunity to react. In such cases, according to the Constitutional Court, journalists neither made their own statements, nor did they intend to influence public opinion with their own thoughts. Therefore, the liability of the press for falsehoods was to be distinguished from situations where media content was merely defined by the editors' and journalists' own choices and decisions. Specifically, in these situations the aim of a publication was neither to enrich nor to influence public debate with the journalists' own arguments, but to provide an up-to-date and credible report on the statements of third parties participating in public debates. The interest in a public debate required accurate reporting about press conferences.

22. Concerning the present case, the Constitutional Court found that the dissemination of a falsehood did not concern a statement expressed at a press conference. The statement in question had related to a media report about an event which the press had presented according to its own

assessment. The press report had summarised information concerning an event of public interest. A press report fell outside the definition of dissemination only if the aim of the publication was to provide a credible and up-to-date presentation of statements by third parties in a public debate. However, in the present case the Kúria found that the aim of the publication had not been to present J.Gy.'s statements, but to present contradictory information concerning the event. Thus, the press report qualified as dissemination.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

23. The relevant provisions of the Fundamental Law read as follows:

Article VI

"(1) Everyone has the right to have his or her private and family life, home, communications and reputation respected.

..."

Article IX

"(1) Everyone shall have the right to freely express his or her opinion.

(2) Hungary shall recognise and protect the freedom and pluralism of the press, and ensure the conditions for freedom of information necessary for the formation of democratic public opinion."

24. The Constitutional Court Act provides as follows:

Section 27

"Any individual or organisation involved in a case may lodge a constitutional complaint with the Constitutional Court against a court decision which is contrary to the Fundamental Law within the meaning of Article 24 § 2 (d) of the Fundamental Law, if the ruling on the merits or another decision terminating the court proceedings

(a) violates the complainant's rights enshrined in the Fundamental Law, and

(b) the complainant has already exhausted the available legal remedies or no legal remedy is available.

..."

Section 29

"The Constitutional Court shall admit constitutional complaints if a conflict with the Fundamental Law significantly affects the judicial decision, or the case raises constitutional law issues of fundamental importance.

...”

17. Legal consequences of the decisions of the Constitutional Court

Section 39

“(1) Unless provided for otherwise by this Act, the decisions of the Constitutional Court are binding on everyone.

(2) There shall be no remedy against the decisions of the Constitutional Court.

(3) The Constitutional Court shall itself establish the applicable legal consequences within the framework of the Fundamental Law and of this Act.”

Section 43

“(1) If the Constitutional Court, in the course of proceedings before it as specified in section 27 and on the basis of a constitutional complaint, declares that a judicial decision is contrary to the Fundamental Law, it shall annul the decision.

(2) For the procedural legal consequences of the Constitutional Court’s decision annulling a judicial decision, the provisions of the codes on court procedures shall be applicable.

(3) In court proceedings following the annulment of a judicial decision by the Constitutional Court, the decision of the Constitutional Court shall be binding as regards the issue of constitutionality.

(4) The Constitutional Court, when annulling a judicial decision, may also annul judicial decisions or the decisions of other authorities which were reviewed by the decision in question.

...”

25. Act no. IV of 1959 on the Civil Code, as in force at the material time, provides:

Article 75

“(1) Personality rights shall be respected by everyone. Personality rights are protected under this Act.

(2) The rules governing the protection of personality rights are also applicable to legal personalities, except in cases where such protection can, owing to its character, only apply to private individuals.

(3) Personality rights shall not be violated by conduct to which the holder of rights has given consent, unless such consent violates or endangers an interest of society. In any other case a contract or unilateral declaration restricting personality rights shall be null and void.”

Article 78

"(1) The protection of personality rights shall also include the protection of reputation.

(2) In particular, the statement or dissemination of an injurious falsehood concerning another person, or the presentation with untrue implications of a true fact relating to another person, shall constitute defamation."

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

26. Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet was summarised as follows in Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine (no. 33014/05, ECHR 2011 (extracts)):

"29. At their 1010th meeting on 7 November 2007 the Ministers' Deputies considered essential aspects of the use of new information and communication technologies and services, in particular the Internet, in the context of protection and promotion of human rights and fundamental freedoms. They acknowledged the increasingly important role the Internet was playing in providing diverse sources of information to the public and people's significant reliance on the Internet as a tool for communication.

30. It was noted however that the Internet could, on the one hand, significantly enhance the exercise of human rights and fundamental freedoms, such as the right to freedom of expression, while, on the other hand, the Internet might adversely affect other rights, freedoms and values, such as the respect for private life and secrecy of correspondence and for the dignity of human beings.

31. The Ministers' Deputies adopted recommendations to the Council of Europe's member states with regard to the governance of the Internet. These included a recommendation to elaborate a clear legal framework delineating the boundaries of the roles and responsibilities of all key stakeholders in the field of new information and communication technologies and to encourage the private sector to develop open and transparent self- and co-regulation on the basis of which key actors in this field could be held accountable."

27. Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member States on a new notion of media (adopted on 21 September 2011) reads as follows:

"...

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15. b of the Statute of the Council of Europe recommends that member states:

– adopt a new, broad notion of media which encompasses all actors involved in the production and dissemination, to potentially large numbers of people, of content (for example information, analysis, comment, opinion, education, culture, art and entertainment in text, audio, visual, audiovisual or other form) and applications which are designed to facilitate interactive mass communication (for example social networks) or other content-based large-scale interactive experiences (for example online games), while retaining (in all these cases) editorial control or oversight of the contents;

– review regulatory needs in respect of all actors delivering services or products in the media ecosystem so as to guarantee people's right to seek, receive and impart information in accordance with Article 10 of the European Convention on Human Rights, and to extend to those actors relevant safeguards against interference that might otherwise have an adverse effect on Article 10 rights, including as regards situations which risk leading to undue self-restraint or self-censorship;

– apply the criteria set out in the appendix hereto when considering a graduated and differentiated response for actors falling within the new notion of media based on relevant Council of Europe media-related standards, having regard to their specific functions in the media process and their potential impact and significance in ensuring or enhancing good governance in a democratic society;

...

Appendix to Recommendation CM/Rec(2011)7

Criteria for identifying media and guidance for a graduated and differentiated response

Introduction

7. A differentiated and graduated approach requires that each actor whose services are identified as media or as an intermediary or auxiliary activity benefit from both the appropriate form (differentiated) and the appropriate level (graduated) of protection and that responsibility also be delimited in conformity with Article 10 of the European Convention on Human Rights and other relevant standards developed by the Council of Europe.

..."

28. The Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, adopted on 21 December 2005, states the following:

"No one should be liable for content on the Internet of which they were not the author, unless they had either adopted that content as their own or refused to obey a court order to remove that content."

29. In Case C-160/15 GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Entreprises International Inc., Britt Geertruida Dekker the Court of Justice of the European Union ("the CJEU") considered whether, and in what circumstances, posting on a website a hyperlink to protected works, which were freely available on another website without the consent of the copyright holder, constituted a "communication to the public" within the meaning of Article 3 § 1 of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. The CJEU found:

"45. In that regard, it should be noted that the internet is in fact of particular importance to freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and that hyperlinks contribute to its sound operation as well as to the exchange of opinions and information in that network characterised by the availability of immense amounts of information.

...

47. For the purposes of the individualised assessment of the existence of a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, it is accordingly necessary, when the posting of a hyperlink to a work freely available on another website is carried out by a person who, in so doing, does not pursue a profit, to take account of the fact that that person does not know and cannot reasonably know, that that work had been published on the internet without the consent of the copyright holder.

48. Indeed, such a person, by making that work available to the public by providing other internet users with direct access to it (see, to that effect, judgment of 13 February 2014, Svensson and Others, C-466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 18 to 23) does not, as a general rule, intervene in full knowledge of the consequences of his conduct in order to give customers access to a work illegally posted on the internet. In addition, where the work in question was already available with unrestricted access on the website to which the hyperlink provides access, all internet users could, in principle, already have access to it even the absence of that intervention.

49. In contrast, where it is established that such a person knew or ought to have known that the hyperlink he posted provides access to a work illegally placed on the internet, for example owing to the fact that he was notified thereof by the copyright holders, it is necessary to consider that the provision of that link constitutes a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29."

30. In judgment no. 1 BvR 1248/11 of 15 December 2011 the German Federal Constitutional Court pointed out that the provision of a link in an online article was protected under the German Basic Law. The discussion process necessary for the formation of opinion, protected by the Basic Law, included private and public information about third-party statements, and also therefore the purely technical distribution of such statements, regardless of any associated expression of opinion by the distributor itself. The Federal Constitutional Court stressed that by placing a hyperlink leading to another website, the person or organisation doing so did not automatically make the content of the website its own opinion. Lastly, it pointed out that the German Federal Court had correctly balanced the conflicting rights when it had found that the placing of the link did not further encroach on the rights of others (that is to say the claimant's copyright) since a website with the unlawful content could very easily be found via an Internet search engine anyway.

31. In Crookes v. Newton (2011, SCC 47, [2011] 3.S.C.R. 269) the Supreme Court of Canada considered the issue of whether creating a hyperlink to defamatory material constituted publication of the defamatory statements. It held that a person could not defame someone merely by publishing a hyperlink to a third-party website or document containing defamatory material. It stated, in particular:

"Hyperlinks are in essence references, which are fundamentally different from other acts of 'publication'. Hyperlinks and references both communicate that something exists, but do not themselves communicate its content.

...

A hyperlink, by itself should never be seen as 'publication' of the content to which it refers. ... Only when the person or organisation doing so presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be 'published' by that person or organisation."

32. On 26 July 2012 the United States Court of Appeals for the Third Circuit held in Philadelphia Newspapers, LLC (No. 11-3257, 2012 U.S. App. LEXIS 15419 (3d Cir. July 26, 2012) (precedential)) "that providing a link on a website to an allegedly defamatory article [was] not republication for purposes of the single publication rule or the statute of limitations". Rather, the court found that the principles of traditional publication, according to which a mere reference to an article did not republish the material, as long as it did not restate the defamatory statement, were also applicable to Internet publication. It held that "[t]aken together, though a link and reference m[ight] bring readers' attention to the existence of an article, they d[id] not republish the article".

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

33. The applicant company complained that the rulings of the Hungarian courts establishing objective liability on the part of its Internet news portal for the content it had referred to via a hyperlink had amounted to an infringement of freedom of expression as provided in Article 10 of the Convention, which reads as follows:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

A. Admissibility

34. The Government argued that the applicant company had failed to exhaust domestic remedies since it had not challenged the final judgment before the Constitutional Court.

35. The applicant company argued that it had exhausted all available remedies.

36. The Court notes that on 15 January 2018 the applicant company's representative submitted to it the Constitutional Court's decision of 19 December 2017 (no. 3002/2018.(I.10.)AB) (see paragraph 20 above). The Court is therefore satisfied that the applicant company has in fact demonstrated that it availed itself of the remedy alluded to by the Government.

37. The Court accordingly concludes that the applicant company has complied with the obligation to exhaust domestic remedies and that the Government's objection must be dismissed. It also notes that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicant company

38. The applicant company argued that the interference with its freedom of expression had not been prescribed by law. It submitted that although Article 78 § 2 of the Civil Code had established liability for dissemination of injurious falsehoods, there had been no legislation or case-law stating that hyperlinking was to be considered dissemination of information.

39. In its view, the Hungarian courts' decisions had failed to account for the specific features of hyperlinks and had applied to its case the standards of more traditional forms of sharing actual content, which had not been reasonably foreseeable. It explained that hyperlinking in itself did not convey or communicate any information but merely pointed to its existence. Furthermore, the standard applied by the domestic courts would have entailed its liability even if the owner of the hyperlinked website had modified the web page to include defamatory material that had originally not been present.

40. The applicant company disputed that the protection of the reputation of a political party could serve as a legitimate aim for the interference. Relying on the Court's case-law, it maintained that the limits of acceptable public scrutiny were wider in relation to politicians, who had to have a greater degree of tolerance to criticism.

41. In the applicant company's submission, the interference had not been necessary in a democratic society. It argued that the objective liability standard as applied by the domestic courts had excluded any balancing between the two protected values. Amongst other actions, by the application of the objective liability rule, the domestic courts had not been able to consider whether the applicant company had acted in good or bad faith or what the purpose of the dissemination had been. In any event, the objective liability standard was incompatible with the Court's case-law.

42. The applicant company argued that had the domestic courts undertaken a proper balancing exercise, they would have concluded that its right to freedom of expression should have prevailed over Jobbik's right to reputation.

43. Firstly, the hyperlink had appeared in a balanced news report on a matter of public interest. In its view, including the hyperlink in the article in question had been a technique of reporting that the press should remain free to opt for. Moreover, it had been established by the domestic courts that the journalist who had written the article including the hyperlink had acted in accordance with his professional obligations, among other things, by verifying the information available on YouTube. The applicant company also pointed out that Jobbik had had the option of bringing a claim against the author of the comments. Lastly, while providing access to the YouTube video

through a hyperlink had not had a significant impact on Jobbik's reputation, the domestic court judgment finding the applicant company liable for third-party statements had had far-reaching implications for the press when producing online journalistic content. Concerning this latter aspect, the applicant company noted that given the chilling effect caused by automatic liability for defamation based on the use of hyperlinks, journalists and online news portals would refrain from including hyperlinks in their publications, restricting the cross-referential structure of the Internet and users' access to information.

(b) The Government

44. The Government conceded that there had been an interference with the applicant company's right to freedom of expression, albeit one prescribed by law and pursuing the legitimate aim of the protection of the rights of others. In their view, the authorities had also acted within their margin of appreciation.

45. Firstly, under Article 75 § 1 and Article 78 §§ 1 and 2 of the Civil Code, the statement or dissemination of an injurious falsehood concerning another person, or the presentation with untrue implications of a fact relating to another person, constituted defamation. Furthermore, the protection of the personality rights of others, that is to say the right to reputation, constituted a limit to the right to freedom of expression.

46. The Government were of the opinion that the court judgments against the applicant company could have been avoided had the applicant company acted with due care and had it not published the hyperlink leading to the video recording. The statement by J.Gy. had been expressed in definite terms and could not be viewed as an expression of an opinion but rather as a statement of fact. It had not reflected objective reality and had been capable of negatively affecting society's opinion of the defendant, and irrespective of the applicant company's good or bad faith, the dissemination of the statement had infringed the political party's right to reputation.

47. The Government asserted that publishers of recordings should foresee that they would be held liable for content which they had failed to verify. Otherwise, serious human-rights violations could be committed without any sanctions. In their understanding, distribution of information meant transmitting or communicating information as thought which could infringe the rights of others even if the distributor did not agree with the content of the third-party statement or if he or she wrongfully relied on the veracity of the statement. Reiterating the arguments of the domestic courts, the Government emphasised that making unlawful content accessible in any way constituted distribution of information, for which the distributor should bear objective liability, irrespective of his or her good or bad faith or the seriousness of the infringement of others' rights.

Furthermore, this standard did not entail a limitation of freedom of expression and did not impose an undue burden on publishers.

48. The Government also pointed out that the applicant company was a professionally operated for-profit Internet portal, which could easily have foreseen the legal consequences of making accessible the video-recording in question. It could reasonably have been expected to act with due care and could have removed the hyperlink without any difficulty.

49. Thus, in the Government's opinion the domestic courts had struck a fair balance between the competing interests of the applicant company and the political party, regard being had in particular to the insignificant consequences of the final judgment for the applicant company in terms of paying the court fees and publishing the relevant parts of the judgment.

(c) The third parties

50. Article 19 argued that there was a fundamental difference between the use of a hyperlink to another web page and the publication of the content on the linked web page, since hyperlinks only referred readers to content that had already been published elsewhere. Without hyperlinks, most of the information on the Internet would be difficult or impossible to find and accessibility of information on the Internet would be reduced. Article 19 referred to comparative-law material concerning judicial decisions in Canada, the United Kingdom, Australia and the United States, in particular, showing that hyperlinks alone did not constitute publication but were merely reference tools, similar to footnotes, offering readers the possibility of pursuing further reading of separate publications. Another reason, in the intervener's opinion, to exclude liability for hyperlinking was that the linked content was liable to change over time without the person who used the hyperlink being made aware of it. Furthermore, in Article 19's submission, no liability should be imposed unless the person who used the hyperlink was aware that the linked content was unlawful and where the hyperlink was presented in such a way as to expressly endorse the linked content. Lastly the intervener emphasised that holding someone who used a hyperlink liable for third-party content would have the far-reaching consequence that a wide range of groups could be penalised for the content of websites over which they had no control, resulting in a chilling effect limiting Internet users' access to information.

51. The European Publishers' Council, the Media Law Resource Center Inc., the Newspaper Association of America, BuzzFeed, Electronic Frontier Foundation, Index on Censorship, Professor Lorna Woods, Dr Richard Danbury and Dr Nicole Stremlau jointly submitted that hyperlinking had a number of public-interest benefits, including facilitating the journalistic process by enabling content to be delivered more swiftly and assisting journalists in reporting in

a more concise and readily accessible manner, enabling readers to check for themselves the original sources of the journalistic content and thereby to verify the veracity of the publication. Hyperlinking also promoted diversity within the media and facilitated an informed public debate by allowing information and opinions to be more freely expressed and accessed. In the interveners' submission, the imposition of strict liability for hyperlinking had a chilling effect, since journalists were not in a position themselves to verify the legality of the content on any linked pages and as a consequence would rather refrain from this reporting technique in favour of a more traditional approach. They also pointed out that in practice hyperlinked content could itself be changed so that it ceased to be lawful by the entity which controlled the relevant web page, for which it would be unreasonable to hold the journalist responsible. The imposition of strict liability did not meet a pressing social need because anyone whose rights had been adversely affected by the placing of unlawful content online would be able to seek adequate protection by suing the person who had placed the unlawful content online and requesting that the injurious content be removed. The interveners accepted that there could be situations where a journalist's or journalistic organisation's liability arose, for example when they proclaimed specific unlawful content to be true or when they refused to remove a hyperlink to a web page which had been found by a court judgment to contain a substantial amount of illegal content.

52. Access Now, the Collaboration on International ICT Policy in East and Southern Africa and European Digital Rights in their joint observations submitted that the design of the Internet was premised on the idea of free linking of information. They argued that hyperlinks were not in themselves intended to constitute editorial statements and did not necessarily imply, in particular, that one publication endorsed the other. Hyperlinks merely pointed to other pages or web resources, whose content, conversely, could change after the first hyperlink had been posted. In the interveners' submission, the imposition of an objective-liability standard was unworkable, requiring individual users to assume that any hyperlink they posted pointed to content they could verify.

53. The Mozilla Foundation and Mozilla Corporation (collectively "Mozilla") argued that the sole purpose of hyperlinks was to allow readers to navigate to and from information. Hyperlinks were technical and automatic means for users to access information located elsewhere and could not be considered to amount to publication of that information. A restriction on the use of hyperlinks would undermine the very purpose of the World Wide Web to make items of information accessible by linking them to each other. The intervener expressed doubts as to how people would be able to convey information across the countless number of web pages in existence today if

hyperlinking could give rise to liability. Without hyperlinks, publishers would have to provide alternative instructions for readers to find more information.

54. The European Information Society Institute submitted that hyperlinks were a primary tool of digital navigation: they allowed immediate access to other texts, unlike traditional citation. They also had an impact on social interactions, which could easily be repressed by restrictions on their use. Hyperlinks contributed to the development of new media, providing greater (a) interactivity between journalists and readers; (b) credibility, by giving context, facts and sources to support the information; (c) transparency, by allowing readers to trace back the reporting and news gathering process; and (d) critical reading, by allowing journalists and readers to compare contrasting sources. Hyperlinks allowed non-editorial decentralised speech that supplemented the watchdog role traditionally associated with the mainstream media. Applying strict liability rules for hyperlinking would inevitably lead to self-censorship.

55. The European Roma Rights Centre maintained that when minorities targeted by hate crimes or hate speech associated those acts with politicians or political parties, they engaged in expression for which Article 10 of the Convention provided a high level of protection. In the intervening NGO's submission, it was a severe interference with the rights of Roma, especially having regard to the long-term exclusion faced by them, to be prohibited from expressing the link between racist speech and acts and the politicians or political parties they perceived as promoting an environment of racial hatred. Using defamation laws to prevent the Roma minority from articulating the racially motivated practices of political parties would only protect those political parties against the minority group. The intervener also argued that exposing online publishers to liability for the content of linked material would have a chilling effect and unduly burden civil society's and minorities' work against racism.

2. The Court's assessment

(a) Whether there has been an interference

56. The Court notes that it was not in dispute between the parties that the applicant company's freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention had been interfered with by the domestic courts' decisions. The Court sees no reason to hold otherwise.

57. Such an interference with the applicant company's right to freedom of expression must be "prescribed by law", have one or more legitimate aims within the meaning of paragraph 2 of Article 10, and be "necessary in a democratic society".

(b) Lawfulness

58. In the present case the parties' opinion differed as to whether the interference with the applicant company's freedom of expression had been "prescribed by law". The applicant company argued that it had not been foreseeable under domestic law that the posting of a hyperlink would qualify as dissemination of untrue or defamatory information. The Government referred to Article 75 § 1 and Article 78 §§ 1 and 2 of the Civil Code and argued that the applicant company had been liable for imparting and disseminating private opinions expressed by third parties.

59. The Court reiterates that the expression "prescribed by law" in the second paragraph of Article 10 not only requires that the impugned measure should have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects. The level of precision required of domestic legislation – which cannot provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the law in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. The Court has found that persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation, can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails (see Karácsony and Others v. Hungary [GC], nos. 42461/13 and 44357/13, §§ 123-25, ECHR 2016 (extracts), and the cases cited therein).

60. The Court observes that the domestic courts found that the posting of a hyperlink had amounted to the dissemination of defamatory statements and chose to apply Article 78 of the Civil Code. It also notes that there was neither explicit legal regulation nor case-law on the admissibility and limitations of hyperlinks.

61. However, given its conclusion below about the necessity of the interference (see paragraph 84 below), it considers that it is not necessary to decide on the question whether the application of the relevant provisions of the Civil Code to the applicant company's situation was foreseeable for the purposes of Article 10 § 2 of the Convention.

(c) Legitimate aim

62. The Government submitted that the interference had pursued the legitimate aim of protecting the rights of others. The Court accepts this.

(d) Necessary in a democratic society

(i) General principles

63. The fundamental principles concerning the question of whether an interference with freedom of expression is "necessary in a democratic society" are well established in the Court's case-law (see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 131, ECHR 2015, and the cases cited therein).

64. The Court reiterates that the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide "reliable and precise" information in accordance with the ethics of journalism (see Bédat v. Switzerland [GC], no. 56925/08, § 58, ECHR 2016). In a world in which the individual is confronted with vast quantities of information circulated via traditional and electronic media and involving an ever-growing number of players, monitoring compliance with journalistic ethics takes on added importance (see Stoll v. Switzerland [GC], no. 69698/01, § 104, ECHR 2007-V).

65. When examining whether there is a need for an interference with freedom of expression in a democratic society in the interests of the "protection of the reputation or rights of others", the Court may be required to ascertain whether the domestic authorities have struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely on the one hand freedom of expression protected by Article 10, and on the other the right to respect for private life enshrined in Article 8 (see Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 84, 7 February 2012, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012, and the cases cited therein).

66. As regards the importance of Internet sites in the exercise of freedom of expression, the Court has found that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet has played an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general (see Ahmet Yıldırım v. Turkey, no. 3111/10, § 48, ECHR 2012). At the same time, the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press (see Egill Einarsson v. Iceland, no. 24703/15, § 46, 7 November 2017). Because of the particular nature of the Internet, the "duties and responsibilities" of Internet news portals for the purposes of Article 10 may differ to some degree from those of a traditional publisher, as regards third-party content (see Delfi AS, cited above, § 113). Although Internet news portals are not publishers of third-party comments in the traditional sense, they can assume responsibility under certain circumstances for user-generated content (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, no. 22947/13, § 62, 2 February 2016).

67. Concerning information society service providers ("ISSPs") which store information provided by a recipient of their services, the Court has indicated in respect of an Article 8 complaint that in line with the standards on international law, ISSPs should not be held responsible for content emanating from third parties unless they failed to act expeditiously in removing or disabling access to it once they became aware of its illegality (see Tamiz v. the United Kingdom (dec.), no. 3877/14, 19 September 2017).

68. Lastly, the Court has held that the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned (see Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, § 63, ECHR 2011 (extracts)). The absence of a sufficient legal framework at the domestic level allowing journalists to use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions seriously hinders the exercise of the vital function of the press as a "public watchdog" (ibid., § 64).

(ii) Application of those principles to the present case

69. The Court considers that the present case concerns the "duties and responsibilities" of an Internet news portal, for the purposes of Article 10 of the Convention, in the particular situation where in an online article it included a hyperlink leading to content, available on the Internet, which was later held to be defamatory. The domestic courts found that the posting of such a hyperlink automatically qualified as the publication of the defamatory statement, which finding entailed the objective liability of the journalist and the news portal run by the applicant company. The question before the Court is therefore whether the ensuing interference with the applicant company's rights under Article 10 of the Convention was, in the particular circumstances, based on relevant and sufficient reasons and consequently necessary in a democratic society.

70. The Court observes that the Internet news portal in question is professionally run, publishes some seventy-five articles on a wide range of topics every day, and attracts a daily readership of about 250,000.

71. The Court notes that the practice of the domestic courts exempted publishers from civil liability for reproduction of statements made at press conferences, provided that they reported on a matter of public interest in an unbiased and objective manner, distinguished themselves from the source of the statement and gave an opportunity to the person concerned to comment on the statement (see paragraph 21 above). However, no such immunity existed for the dissemination of false or defamatory information falling outside the scope of press conferences, where the standard

of objective liability applied, irrespective of the question of whether the author or publisher acted in good or bad faith and in compliance with their journalistic duties and obligations.

72. The Court reiterates that it has previously noted with approval that the differentiation as regards third-party content between an Internet news portal operator and a traditional publisher was in line with the international instruments in this field, which manifested a certain development in favour of distinguishing between the legal principles regulating the activities of the traditional print and audiovisual media on the one hand and Internet-based media operations on the other (see Delfi AS, cited above, §§ 112-13).

73. Furthermore, bearing in mind the role of the Internet in enhancing the public's access to news and information, the Court points out that the very purpose of hyperlinks is, by directing to other pages and web resources, to allow Internet users to navigate to and from material in a network characterised by the availability of an immense amount of information. Hyperlinks contribute to the smooth operation of the Internet by making information accessible through linking it to each other.

74. Hyperlinks, as a technique of reporting, are essentially different from traditional acts of publication in that, as a general rule, they merely direct users to content available elsewhere on the Internet. They do not present the linked statements to the audience or communicate its content, but only serve to call readers' attention to the existence of material on another website.

75. A further distinguishing feature of hyperlinks, compared to acts of dissemination of information, is that the person referring to information through a hyperlink does not exercise control over the content of the website to which a hyperlink enables access, and which might be changed after the creation of the link – a natural exception being if the hyperlink points to content controlled by the same person. Additionally, the content behind the hyperlink has already been made available by the initial publisher on the website to which it leads, providing unrestricted access to the public.

76. Consequently, given the particularities of hyperlinks, the Court cannot agree with the domestic courts' approach equating the mere posting of a hyperlink with the dissemination of defamatory information, automatically entailing liability for the content itself. Instead, it considers that the issue of whether the posting of a hyperlink may justifiably, from the perspective of Article 10, give rise to such liability requires an individual assessment in each case, regard being had to a number of elements.

77. The Court identifies in particular the following aspects as relevant for its analysis of the liability of the applicant company as publisher of a hyperlink: (i) did the journalist endorse the

impugned content; (ii) did the journalist repeat the impugned content (without endorsing it); (iii) did the journalist merely include a hyperlink to the impugned content (without endorsing or repeating it); (iv) did the journalist know or could he or she reasonably have known that the impugned content was defamatory or otherwise unlawful; (v) did the journalist act in good faith, respect the ethics of journalism and perform the due diligence expected in responsible journalism?

78. In the present case the Court notes that the article in question simply mentioned that an interview conducted with J.Gy. was to be found on YouTube and provided a means to access it through a hyperlink, without further comments on, or repetition even of parts of, the linked interview itself. No mention was made of the political party at all.

79. The Court observes that nowhere in the article did the author imply in any way that the statements accessible through the hyperlink were true or that he approved of the hyperlinked material or accepted responsibility for it. Neither did he use the hyperlink in a context that, in itself, conveyed a defamatory meaning. It can thus be concluded that the impugned article did not amount to an endorsement of the impugned content.

80. In connection with the question of repetition, the Court reiterates that "punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so" (see Jersild v. Denmark, 23 September 1994, § 35, Series A no. 298; Thoma v. Luxembourg, no. 38432/97, § 62, ECHR 2001-III § 62; and Novaya Gazeta and Milashina v. Russia, no. 45083/06, § 71, 3 October 2017). A general requirement for journalists systematically and formally to distance themselves from the content of a quotation that might insult or provoke others or damage their reputation is not reconcilable with the press's role of providing information on current events, opinions and ideas (see Thoma, cited above § 64). With these principles in mind, the Court would not rule out the possibility that, in certain particular constellations of circumstances, even the mere repetition of a statement, for example in addition to a hyperlink, may potentially engage the question of liability. This could include situations where a journalist does not act in good faith in accordance with the ethics of journalism and with the diligence expected in responsible journalism dealing with a matter of public interest (see in this respect, for example, Novaya Gazeta and Milashina, cited above, § 72). However, this was not the case in the present application, where, as observed above, the article in question repeated none of the defamatory statements, and the publication was indeed limited to posting the hyperlink.

81. As to whether the journalist and the applicant company knew or could reasonably have known that the hyperlink provided access to defamatory or otherwise unlawful content, the Court notes at the outset that the domestic courts, with the exception of the first-instance court, did not find this aspect relevant, and therefore did not examine it. The Court also considers that this issue must be determined in the light of the situation as it presented itself to the author at the material time, rather than with the benefit of hindsight on the basis of the findings of the domestic courts' judgments. At this juncture, the Court reiterates that an attack on personal honour and reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing prejudice to the personal enjoyment of the right to respect for private life (see Delfi AS, cited above, § 137, and Axel Springer AG, cited above, § 83). Furthermore, the limits of acceptable criticism are wider as regards a politician – or a political party – as such than as regards a private individual. Unlike private individuals, politicians and political parties inevitably and knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed by both journalists and the public at large, and must consequently display a greater degree of tolerance (see Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 46, ECHR 2007-IV).

82. Relying on these principles, the Court considers that the journalist in the present case could reasonably have assumed that the content to which he provided access, although perhaps controversial, would remain within the realm of permissible criticism of political parties and, as such, would not be unlawful. Although the statements by J.Gy. were ultimately found to be defamatory because they implied, without a factual basis, that persons associated with Jobbik had committed acts of a racist nature, the Court is satisfied that such utterances could not be seen as clearly unlawful from the outset (contrast Delfi AS, cited above, §§ 136 and 140).

83. Furthermore, it must be noted that the relevant Hungarian law, as interpreted by the competent domestic courts, excluded any meaningful assessment of the applicant company's freedom-of-expression rights under Article 10 of the Convention, in a situation where restrictions would have required the utmost scrutiny, given the debate on a matter of general interest. Indeed, the courts held that the hyperlinking amounted to dissemination of information and imposed objective liability – a course of action that effectively precluded any balancing between the competing rights, that is to say, the right to reputation of the political party and the right to freedom of expression of the applicant company (see, mutatis mutandis, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt, cited above, § 89). In the Court's view, such objective liability may have foreseeable negative consequences on the flow of information on the Internet, impelling article authors and publishers to refrain altogether from hyperlinking to material over whose

changeable content they have no control. This may have, directly or indirectly, a chilling effect on freedom of expression on the Internet.

84. Based on the above, the Court finds that the domestic courts' imposition of objective liability on the applicant company was not based on relevant and sufficient grounds. Therefore, the measure constituted a disproportionate restriction on its right to freedom of expression.

85. Accordingly, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

86. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

87. The applicant company did not submit any claim in respect of non-pecuniary damage. However, it claimed 597.04 euros (EUR) in respect of pecuniary damage. This sum corresponded to the amount which the applicant company had been ordered to pay in respect of court fees and to the plaintiff political party in respect of the latter's legal costs in the domestic proceedings.

88. The Government contested this claim.

89. The Court accepts that there is a causal link between the violation found and the pecuniary damage alleged; it therefore awards the sum claimed in full.

B. Costs and expenses

90. The applicant company also claimed EUR 1,792.20 for the costs and expenses incurred before the domestic courts, which comprised EUR 1,451.91 for lawyers' fees amounting to 100 hours at an hourly rate of 16 United States dollars (USD), and EUR 340.29 for lawyers' fees amounting to fifteen hours at an hourly rate of USD 25. The applicant company also claimed EUR 2,357.19 for costs and expenses incurred before the Court, which comprised EUR 2,060 for translation costs and EUR 297.19 for organisational costs.

The applicant company's total claim for costs and expenses came to EUR 4,149.39.

91. The Government contested these claims.

92. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred

and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the sum of EUR 4,149.39 covering costs under all heads.

C. Default interest

93. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. Declares the application admissible;

2. Holds that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

3. Holds

(a) that the respondent State is to pay the applicant company, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement:

(i) EUR 597.04 (five hundred and ninety-seven euros and four cents), plus any tax that may be chargeable, in respect of pecuniary damage;

(ii) EUR 4,149.39 (four thousand one hundred and forty-nine euros and thirty-nine cents), plus any tax that may be chargeable to the applicant company, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points.

Done in English, and notified in writing on 4 December 2018, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Andrea Tamietti

Deputy Registrar

Ganna Yudkivska

President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Pinto de Albuquerque is annexed to this judgment.

G.Y

A.N.T.

CONCURRING OPINION OF JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

1. European human rights law has developed strongly in favour of including the Internet within the ambit of internationally protected human rights, particularly the rights to free expression and a free press, and has specifically indicated that imposing liability for third-party content published on the Internet can seriously affect these protected rights. The new legal question posed by this case is whether a standard of objective liability for posting hyperlinks is compatible with these rights. The outcome of the present proceedings has implications for the everyday functioning of the Internet, given the importance of hyperlinks. The relevance of this case does not need to be further enhanced. This is the reason why, although in full agreement with the finding of a violation of Article 10 of the Convention, I would like to elaborate on the reasoning of the Court, in order to highlight its underlying principles as regards liability for the use of hyperlinks.

The "distinguishing features" of hyperlinks

2. It has been the position of the Court that "the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to the technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned"[2]. The present judgment reaffirms this principle[3]. But the Court goes a step further in the characterisation of the "distinguishing features"[4] of hyperlinks, stating that "[h]yperlinks, as a technique of reporting, are essentially different from traditional acts of publication ..."[5]. Three convincing reasons are invoked for this conclusion.

3. Firstly, hyperlinking does not convey "the linked statements to the audience or communicate its content"[6]. Instead, it merely communicates the existence of such information. This is also the position of the German Federal Constitutional Court, the Canadian Supreme Court, in Crookes v. Newton, and the United States Court of Appeals for the Third Circuit, in Philadelphia Newspapers, LLC, whose jurisprudence the Court cites and adopts[7]. Accordingly, referencing via hyperlink "by itself, is content-neutral – it expresses no opinion ..."[8].

4. The design of the Internet with the evolution of the World Wide Web was premised on the idea of the free linking of information. Indeed, as Tim Berners-Lee indicated early on:

"The intention in the design of the web was that normal links should simply be references, with no implied meaning. A normal hypertext link does not necessarily imply that one document endorses the other; or that one document is created by the same person as the other, or that one document is to be considered part of another."[9]

Two system design principles are fundamental to the Web's structure and operational mode, which make freedom of expression possible:

"The primary principle underlying the Web's usefulness and growth is universality. When you make a link, you can link to anything. That means people must be able to put anything on the web, no matter what computer they have, software they use or human language they speak and regardless of whether they have a wired or wireless Internet connection ... Decentralisation is another important design feature. You do not have to get approval from any central authority to add a page or make a link. All you have to do is use three simple, standard protocols: write a page in the HTML format, name it with the URL naming convention, and serve it up on the Internet using HTT. Decentralisation has made widespread innovation possible and will continue to do so in the future."[10]

Berners-Lee's comments on the importance of the need for prolific, universal linking of information should guide the Court's assessment:

"The Web was designed to be a universal space of information, so when you make a bookmark or hypertext link, you should be able to make that link to absolutely any place of information that can be accessed using networks. The universality is essential to the Web: it loses its power if there are certain types of things to which you can't link ..."[11].

Hyperlinks are the glue that holds the Web together in so far as they enable people to easily and quickly navigate to other web pages to retrieve, view, access and re-share information. Without hyperlinks, publishers would have to provide alternative instructions for readers to find more information. For most ordinary people, this would be difficult, if not impossible, to execute without a strong technological background.

5. The above-mentioned principles of universality and decentralisation, which are especially important to the field of journalism, are bolstered by the Court's view that domestic laws should allow "journalists to use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions"[12]. As a technique of reporting, hyperlinking facilitates and improves the journalistic process by enabling content to be delivered more swiftly to users and enabling journalists to convey information that is more readily accessible and digestible. It also promotes diversity and pluralism in the media, which is substantively in the public interest, since through hyperlinking large and small media organisations are able to work together in a mutually beneficial manner to provide enriched content to users. Typically, journalists and journalistic organisations are not in a position to reassure themselves as to the legality of the content on any linked pages. Even if it were assumed for the sake of argument that larger media organisations may to a certain extent be

able to weather the legal risks attendant on hyperlinking, it is plainly the case that smaller journalistic organisations, with far more limited resources, would have no choice but to abandon hyperlinking.

6. Secondly, as also stressed by the Canadian Supreme Court, inserting a hyperlink gives the author "no control over the content in the secondary article to which he or she has linked"[13]. The content of the destination can change, even radically so, from the point in time when the hyperlink is first posted, without the hyperlinker having any control over it[14]. This line of argument is shared by the Court's reasoning, which nevertheless introduces a caveat: the "natural exception being if the hyperlink points to content controlled by the same person"[15]. In that case, however, liability is not vicarious[16]. Furthermore, hyperlinking can often involve limited or no human editorial action, since most modern Web publication services, content management systems and social media applications include tools which enable automated or otherwise machine-assisted hyperlinking.

7. Thirdly, the Court adds that "the content behind the hyperlink has already been made available by the initial publisher on the website to which it leads, providing unrestricted access to the public"[17]. In so far as a hyperlink is a mere reference to already existing content, it does not create new content. Since the hyperlink is normally far removed from the actual content, a user facing a hyperlink is free to decide whether or not to move to the next website[18]. If the user does not make the independent choice to follow the link, the content will never be displayed to him or her. This freedom of choice is crucial for media users. Hyperlinking enables users more readily to access and check for themselves the original sources of the journalistic content and to have a large measure of control over how they consume the content: they can either go no further than the journalistic content proffered to them or they can selectively look behind that content as they see fit. Hence, hyperlinking empowers the user in a manner that strongly serves the public interest.

The Court's criteria for assessing liability for the use of hyperlinks

8. In view of these distinguishing features, the Court refers, in general terms, to the relevant criteria for assessing the liability of natural and legal persons for the use of hyperlinks. The criteria are the following:

"(i) did the journalist endorse the impugned content; (ii) did the journalist repeat the impugned content (without endorsing it); (iii) did the journalist merely include a hyperlink to the impugned content (without endorsing or repeating it); (iv) did the journalist know or could he or she reasonably have known that the impugned content was defamatory or otherwise unlawful; (v) did

the journalist act in good faith, respect the ethics of journalism and perform the due diligence expected in responsible journalism?" [19]

9. The first thing to be noted is that the Court sets out to describe exhaustively the objective and subjective criteria for assessing all possible scenarios involving the use of hyperlinks by journalists. Although the Court considers hyperlinks "essentially different from traditional acts of publication"[20], it refers to criteria applicable to traditional acts of publication, like the print media, in order to deal also with those scenarios in which the use of hyperlinks equates to acts of publication[21].

10. As a matter of fact, the Court identifies three types of conduct (actus reus) on the part of journalists using hyperlinks: hyperlinks with endorsement of the content to which they lead, hyperlinks with repetition of the content to which they lead, and mere hyperlinking without any endorsement or repetition of the linked content. These different factual situations call for different liability principles.

11. In addition, the Court refers to three types of subjective standard (mens rea)[22]: good faith, knowledge that the content to which the hyperlink makes reference is defamatory or otherwise unlawful, and constructive knowledge that it could be so. It is important to underscore that for the Court, as a matter of principle, liability for the use of hyperlinks is always subjective, even in the case of corporate liability. Moreover, the mens rea of the journalist must be determined "in the light of the situation as it presented itself to the author at the material time, rather than with the benefit of hindsight on the basis of the findings of the domestic courts' judgments"[23]. This means that the journalist's knowledge of the defamatory or otherwise unlawful nature of the content to which the hyperlink leads cannot be assessed according to the findings of the domestic courts delivered after the material time. I will return to this point below.

12. In order to impute liability to a journalist who uses hyperlinks it does not suffice to prove positive and actual knowledge ("Did the journalist know ...?")[24] of the unlawfulness of the content to which the hyperlink leads; there must be proof of bad faith on the part of the journalist. The Court's mentioning of the general clause of "good faith" ("Did the journalist act in good faith ...?")[25] encapsulates an additional ground for exculpation with regard to respect for the ethics of journalism and the performance of the due diligence expected in responsible journalism. As a subjective requirement for liability, bad faith is the obverse of the exculpatory clause of "good faith".

13. In view of the above, neither the mere use of a hyperlink nor the repetition of its content can be understood as a tacit expression of approval, adoption, ratification, promotion or condoning of

the content to which it leads[26]. In order to impute liability, be it civil or criminal, there must be concrete evidence of endorsement by the journalist, who knowingly assumed the unlawful content as his or her own by means of explicit and unequivocal language. This endorsement corresponds to the publication or dissemination of the defamatory or otherwise unlawful content, which is equated to traditional forms of publication. When such endorsement is the expression of bad faith on the part of the journalist, the use of the hyperlink entails his or her liability, as well as that of his or her media company[27].

14. The repetition by a journalist of defamatory or otherwise unlawful content, accompanied by a hyperlink to the source of the content, is also equated to traditional forms of publication. Where the journalist acted in good faith and in accordance with professional ethics and the due diligence expected in responsible journalism, such repetition does not make him or her liable for that content[28]. By contrast, where the journalist acted in bad faith, breached professional ethics and did not perform the aforementioned due diligence, he or she is liable for the defamatory or otherwise unlawful content. This means that the obligations incumbent on a journalist who posts the hyperlink are obligations of means and not of result.

15. All defences available to primary publishers[29] should be available to the creators of the hyperlink if they are subject to liability in respect of linked content. The logic underlying equal treatment is that, as the United Nations Human Rights Council states, “the same rights that people have offline must also be protected online”[30].

16. In cases where the journalist repeats the content to which the hyperlink leads, the Court does not impose an obligation for the journalist to distance him or herself formally from that content. The same applies a fortiori where the journalist simply creates the hyperlink without endorsing or repeating the content to which it leads.

17. The simple use of a hyperlink, without endorsing or even repeating the unlawful content to which it leads, is not equated to traditional forms of publication. Hyperlinking in this case does not make the journalist liable for that content, save in the very exceptional circumstance of non-compliance with a binding judicial decision[31]. In this specific situation of non-compliance with a domestic court order declaring such content unlawful and prohibiting its use, the journalist can be said to have deliberately contravened the ethics of responsible journalism and acted in bad faith[32].

18. The Court accepts that in exceptional cases there may also be liability in a situation of constructive knowledge (“could reasonably have known”)[33]. For the assessment of constructive knowledge, the Court uses the due diligence obligations of responsible journalism which are based

on the rules of ethics of journalism[34]. It can be said that a journalist could reasonably have known of the defamatory or otherwise unlawful content of the hyperlinked message where he or she did not respect the ethics of journalism and did not comply with the due diligence obligations of responsible journalism. Any lower subjective standard for liability would inevitably lead to self-censorship.

19. Finally, liability must be assessed by reference to the specific facts of the case rather than on a strict, blanket basis. Any regime of objective or strict liability for the use of hyperlinks is per se contrary to the above-mentioned Convention principles[35]. It could result in an infinite regress of liability whereby authors could be held liable for content on websites that may be accessed through a sequence of hyperlinks beginning with the author's website. This is not a merely hypothetical scenario, as this case shows.

The Court's principles as regards liability for the use of hyperlinks

20. On the basis of the above-mentioned objective and subjective criteria, the Court's principles regarding liability for the use of hyperlinks can be summed up as follows:

Principle 1: Where a journalist endorses, by means of explicit and unequivocal language, or repeats defamatory or otherwise unlawful content to which the hyperlink leads, the use of the hyperlink is equated to traditional forms of publication.

Principle 2: Liability should be imposed only where a journalist knows (actual and positive knowledge) that the content to which the hyperlink leads is unlawful, and acts with bad faith. Exceptionally, liability may also be imposed where the journalist could reasonably have known (constructive knowledge) that the content was unlawful, in the light of professional ethics and the due diligence obligations of responsible journalism.

Principle 3: Where a journalist uses a hyperlink and does not endorse or repeat the defamatory or otherwise unlawful content to which it leads, the use of the hyperlink is not equated to traditional forms of publication and does not entail liability, save in the case of non-compliance with a court order declaring such content unlawful and prohibiting its use.

Principle 4: All defences available to primary publishers should be available to the journalist if he or she is subject to liability in respect of linked content. The journalist does not have an obligation to distance him or herself from the defamatory or otherwise unlawful content to which the hyperlink leads.

Principle 5: The above-mentioned Convention principles require an individual assessment in each case, in the light of the situation as it presented itself to the author at the material time, rather than with the benefit of hindsight on the basis of the findings of the domestic courts' judgments.

Principle 6: Any regime of objective or strict liability for the use of hyperlinks is per se contrary to the above-mentioned Convention principles.

Principle 7: These principles apply both to natural persons (the journalists) and legal persons (the media companies).

Application of the Court's principles to the case at hand

21. The Hungarian courts held the applicant company liable for defamation for "dissemination" of false statements regarding Jobbik under Article 78 § 2 of the Civil Code. Article 78 § 2 defines defamation as "the statement or dissemination of an injurious and untrue fact concerning another person, or the presentation with untrue implications of a true fact relating to another person". The domestic courts did not find the applicant company liable for the article on the Konyár incident, but specifically for the fact that the journalist Mr Horváth had used a technique of hyperlinking to a video already available online. Oddly enough, the domestic courts' removal order targeted the hyperlink, but not the other references to the existence of the video in the article.

22. The applicant company claimed that it could not have foreseen that the Hungarian courts would consider hyperlinking to constitute dissemination. Accordingly, the applicant company could not have foreseen that, by including the hyperlink in the article, it would be found liable for defamation and ordered to remove the hyperlink, publish excerpts of the judgment and pay legal costs. The Government conceded that there had been interference with the applicant company's freedom of expression, but argued that this interference had been lawful and proportionate in the light of the prevailing doctrine of objective liability in this field of law in Hungary.

23. By equating hyperlinking to "dissemination" in four consecutive instances[36], the Hungarian courts disregarded the fundamental distinction between content and communicating the existence of content (hyperlinking). The application of objective liability to any form of hyperlinking precluded the balancing of interests required under the Court's case-law and the individual assessment of the applicant company's situation, and resulted in truly draconian interference with the applicant company's Article 10 rights. This criticism of the Hungarian courts is not new. In another case, the Hungarian courts' application of an objective liability interpretation of Article 78 of the Civil Code was already found to be incompatible with the Convention[37]. In the present case, the Court reiterates this finding with regard to hyperlinks.

24. As a matter of law, the domestic courts failed to consider that the journalist simply posted the link in his article, without endorsing or even repeating the content to which the hyperlink led, and that the content referred to (namely Mr Gyöngyösi's comments on the Konyár incident) had not been declared unlawful and had its use prohibited by any court decision prior to the creation of the link. Furthermore, the domestic courts also disregarded the fact that the content in question appeared in the context of a news report on a matter of public interest, as it related to threats against Roma schoolchildren and could be perceived as statements made within the "permissible criticism of political parties"[38].

25. Worse still, this case highlights how objective liability for hyperlinking may lead to an infinite regress of liability. In fact, the domestic courts held a website (hvg.hu) liable for hyperlinking to the article on the applicant company's website because that article itself included a hyperlink to the allegedly defamatory video.

Conclusion

26. In sum, the Web is not intended, as a technology, to function in the way the respondent Government states, where spreading information via a hyperlink is itself always a "thought-content"[39]. This approach begs the question of how people are to convey information across the estimated trillions of web pages in existence today and countless future pages if doing so can give rise to liability. It is too burdensome, and in many cases impossible, for people to make a legal determination as to whether each and every hyperlinked content is defamatory or otherwise unlawful. If such a burden were to be imposed automatically on journalists, by way of an objective liability regime, it would stifle the freedom of the press. To paraphrase the words of Berners-Lee, hyperlinks are critical not merely to the digital revolution but to our continued prosperity – and even our liberty. Like democracy itself, they need defending[40]. It is indeed remarkable that, by finding a violation of Article 10 of the Convention, the present judgment has done just that.

[1]. Jobbik is a right-wing political party which at the material time had the third largest representation in the Hungarian Parliament.

[2] Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, § 63, ECHR 2011.

[3] Paragraph 72 of the judgment.

[4] The expression "distinguishing feature" is used in paragraph 75 of the judgment while the word "particularities" is used in the following paragraph.

[5] Paragraph 74 of the judgment.

[6] Paragraph 74 of the judgment. The point was also made in my dissenting opinion in Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, ECHR 2012, under the heading "The form of the speech", as well as in point III of the joint dissenting opinion of Judges Sajó, Lazarova Trajkovska and Vučinić in the same case.

[7] Paragraphs 30, 31 and 32 of the judgment.

[8] Crookes v. Newton, [2011] 3 R.C.S. 269, 286. Hence, a hyperlink is not akin to a publication because "though a link and reference may bring readers' attention to the existence of an article, they do not republish the article". In re Philadelphia Newspapers, LLC, 690 F.3d 161, 174-75 (3d Cir. 2012).

[9] Tim Berners-Lee, Commentary on Web Architecture: Links and Law, April 1997.

[10] Tim Berners-Lee, "Long Live the Web" (2010), Scientific American.

[11] Tim Berners-Lee, Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by its Inventor, 1999, as quoted in Mark Sableman, "Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years" (2001) 16 Berkeley Technology Law Journal 1273, 1275.

[12] Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel, cited above, § 64.

[13] Crookes v. Newton, [2011] 3 R.C.S. 269, 285. See the references to this argument in both my dissenting opinion and the joint dissenting opinion of Judges Sajó, Lazarova Trajkovska and Vučinić in the case of Mouvement raëlien suisse, cited above.

[14] The Court of Justice of the European Union also addressed this argument in GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV and Others, Case C-160/15, paragraphs 45-46.

[15] Paragraph 75 of the judgment.

[16] The argument was also made in point III of the joint dissenting opinion of Judges Sajó, Lazarova Trajkovska and Vučinić in the case of Mouvement raëlien suisse, cited above.

[17] Paragraph 75 of the judgment.

[18] The argument comes up also in the joint dissenting opinion of Judges Sajó, Lazarova Trajkovska and Vučinić in the case of Mouvement raëlien suisse, cited above.

[19] The Court refers to "a number of elements" in paragraph 76 and to the "following aspects as relevant for its analysis" in paragraph 77.

[20] Paragraph 74 of the judgment.

[21] For example, paragraph 80 of the judgment, while referring to the liability of the hyperlinker, refers explicitly to the liability criteria set out for the traditional print media in Novaya Gazeta and Milashina v. Russia, no. 45083/06, § 72, 3 October 2017.

[22] This subjective requirement follows the suggestion made in my dissenting opinion in Mouvement raëlien suisse, cited above.[23] Paragraph 81 of the judgment.

[24] Paragraph 77 of the judgment.

[25] Ibid.

[26] See my separate opinion in Mouvement raëlien suisse, cited above, under the heading "The form of the speech".

[27] Paragraphs 28 and 30 of the judgment. The German Federal Court also held that "it is generally permitted to report on statements that illegally impair third parties' rights of personality, despite the perpetuation or even amplification of the initial violation by means of the dissemination, if there is a predominant interest in the information and the disseminator does not appropriate the reported statements as his/her own" (German Federal Court, I ZR 191/08, 14 October 2010). That was also my point in the dissenting opinion annexed to Mouvement raëlien suisse, cited above.

[28] Paragraph 80 of the judgment.

[29] See, for example, Article 19, Defining Defamation: Principles on freedom of expression and prevention of reputation, Second, revised edition, 2017.

[30] United Nations Human Rights Council, "The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet", 27 June 2016, A/HRC/32/L20.

[31] Paragraphs 28 and 81 of the judgment. A delicate situation may obtain in the case of illegal use of copyright-protected music, films and computer games by means of links to the copyrighted materials. In Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden (dec.), no. 40397/12, 19 February 2013, the Court held that there were weighty reasons for the restriction of the applicants' freedom of expression, because the applicants' activities within the commercially run website "The Pirate Bay" amounted to criminal conduct requiring appropriate punishment. The aforesaid website made it possible for users to come into contact with each other through torrent files, which in practice function as Internet links. The Court had regard to the domestic courts' finding that the applicants had not taken any action to remove the torrent files in question, despite having been urged to do so. This is not an undisputed view. The Supreme Court of Korea, in its judgment of 12 March 2015, decided that "even if users clicking on the link are forwarded to such web pages,

etc., which may infringe a copyright holder's right to reproduction or public transmission by posting copyrighted materials or transmitting copyrighted materials to Internet users without having obtained any license or permission of the copyright holders, the act of linking cannot by itself facilitate commission of infringement. As such, it shall not be deemed as aiding and abetting an act of copyright infringement" (Decision 2012 DO13748).

http://eng.scourt.go.kr/eng/supreme/decisions/NewDecisionsView.work?seq=934&pageIndex=1&mode=6&searchWord=).

[32] Paragraph 28 of the judgment. This standard was also established by the Supreme Court of India in the landmark judgment of Shreya Singhal v. Union of India, where the court ruled that Internet intermediaries should not be required to exercise their own judgment as to whether content was unlawful and that the "actual knowledge" standard of liability could only be triggered after a party received knowledge through the medium of a court order or a notification from the appropriate government agency acting under the law ((2015) 5 SCC 1, at paragraphs 138-140, 180, 181).

[33] Paragraph 77 of the judgment. The exceptional character of this subjective ground for liability is made clear in the Court's reasoning, when paragraph 80 states that "[t]he Court would not rule out the possibility that, in certain particular constellations of circumstances, …".

[34] This is also the case in the traditional print and audiovisual media, since the Court acknowledges that journalists should be protected even in cases where they publish information that is subsequently revealed to be inaccurate, so long as they have made sufficient efforts to confirm the veracity of the information at the time (see Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain, no. 34147/06, §§ 49-52, 21 September 2010).

[35] Paragraph 84 of the judgment.

[36] Paragraphs 14, 16, 19 and 20 of the judgment.[37] Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, no. 22947/13, § 89, 2 February 2016.

[38] Paragraph 83 of the judgment.

[39] Observations of the respondent Government, paragraph 20.

[40] Tim Berners-Lee, Weaving the Web, cited above: "The Web is critical not merely to the digital revolution but to our continued prosperity – and even our liberty. Like democracy itself, it needs defending".

AİHM - ML ve WW v. Almanya - 28 Haziran 2018

FIFTH SECTION

CASE OF M.L. AND W.W. v. GERMANY

(Applications nos. 60798/10 and 65599/10)

JUDGMENT

STRASBOURG

28 June 2018

FINAL

28/09/2018

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of M.L. and W.W. v. Germany,

The European Court of Human Rights (Fifth Section), sitting as a Chamber composed of:

Erik Møse, President,

Angelika Nußberger,

Yonko Grozev,

Síofra O'Leary,

Mārtiņš Mits,

Gabriele Kucsko-Stadlmayer,

Lətif Hüseynov, judges,

and Milan Blaško, Deputy Section Registrar,

Having deliberated in private on 5 June 2018,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 60798/10 and 65599/10) against the Federal Republic of Germany lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by two German nationals, M.L. ("the first applicant") and W.W. ("the second applicant"), on 15 and 29 October 2010 respectively.

2. The applicants were represented by Mr Geipel, a lawyer practising in Munich. The German Government ("the Government") were represented by one of their Agents, Ms K. Behr, of the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection.

3. The applicants alleged a violation of Article 8 of the Convention on account of the decision of the Federal Court of Justice not to prohibit various media outlets from making available on the Internet old reports – or transcripts thereof – concerning the applicants' criminal trial.

4. On 29 November 2012 the Government were given notice of the applications. The parties' observations were received during the course of 2013.

5. The three media outlets concerned by the applicants' requests, namely *Spiegel online*, *Deutschlandradio* and *Mannheimer Morgen*, were given leave to intervene in the written procedure in the form of a joint intervention

(Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3 of the Rules of Court).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The first and second applicants were born in 1953 and 1954 respectively. The first applicant lives in Munich and the second in Erding.

7. The applicants are half-brothers. On 21 May 1993, following a criminal trial based on circumstantial evidence, they were sentenced to life imprisonment for the 1991 murder of W.S, a very popular actor. They lodged an appeal on points of law which was dismissed in 1994. On 1 March 2000 the Federal Constitutional Court decided not to entertain their constitutional appeals (nos. 2 BvR 2017/94 and 2039/94) against the decisions of the criminal courts. An application to the Court lodged by the applicants concerning those proceedings (no. 61180/00) was rejected on 7 November 2000 by a three-judge committee on the grounds that the applicants had not lodged their constitutional appeals in accordance with the procedural rules laid down by the Federal Constitutional Court Act (unpublished decision).

8. The applicants lodged several applications for the reopening (*Wiederaufnahme*) of the proceedings, the most recent of which was submitted in 2004 and rejected in 2005. In the context of those proceedings the applicants contacted the press, providing them with documents connected to the reopening proceedings and other unspecified documents.

9. The first and second applicants were released on probation in August 2007 and January 2008 respectively.

A. The impugned proceedings

1. The first set of proceedings

(a) The reports complained of

10. On 14 July 2000 the radio station Deutschlandradio – a public-law entity – published a report entitled “W.S. murdered 10 years ago”. The report stated as follows, giving the applicants’ full names:

“*Following a six-month trial based on circumstantial evidence S.’s partner, W., and the latter’s brother, L., were sentenced to life imprisonment. Both continue to this day to protest their innocence, and this year had their application for a retrial rejected by the Federal Constitutional Court.*”

11. The transcript of this report remained available on the archive pages of the radio station's website, in the section entitled "Older news items", under *Kalenderblatt*, until at least 2007.

(b) The Regional Court and Court of Appeal rulings

12. On an unspecified date in 2007 the applicants brought proceedings against the radio station in the Hamburg Regional Court, requesting that the personal data in files concerning them that had appeared on the station's website be rendered anonymous.

13. In two judgments of 29 February 2008 the Regional Court granted the applicants' requests, under Articles 823 § 1 and 1004 (by analogy) of the Civil Code (see "Domestic law", paragraphs 48-49 below). The Regional Court held in particular that the applicants' interest in no longer being confronted with their acts so long after their conviction outweighed the public's interest in being informed about the applicants' involvement in those acts.

14. By two judgments of 29 July 2008 the Hamburg Court of Appeal upheld the judgments, finding that the provision of these old news items had infringed the applicants' personality rights. In that regard it noted in particular that in 2007 the applicants, who were about to be released, had been entitled to special protection enabling them to no longer be confronted with their criminal acts in view of their aim of reintegrating into society. The court found that they were no longer required to accept these reports being made available to the public, given that they had been prosecuted and convicted of the crime and had thus been sanctioned by society, and that the public had been sufficiently informed of the case. Furthermore, the interference with the exercise of the radio station's right to freedom of expression had been minimal, as dissemination of the material had not been prohibited but had merely been made subject to the condition that the applicants should not be mentioned by name.

15. The Court of Appeal observed that the fact that material on the Internet was often made permanently available to users and that the information was visibly old did not alter that conclusion. It noted that, for the person requesting anonymity, whether the report in which his or her identity was disclosed was recent or old made no difference. On the other hand, what was decisive for the person's reintegration into society was whether or not the information mentioning his or her name was still accessible, even though material published on the Internet was generally less widely disseminated than that broadcast on television or radio or in the press. The Court of Appeal also noted the risk that other persons, such as a neighbour, an employer or co-workers, could identify the applicants' names and contribute to a further spread of old material about the applicants' involvement in the crime, thereby jeopardising their resocialisation.

16. The Court of Appeal further stated that the fact that the applicants had turned to the public during the most recent reopening proceedings in 2005 – thereby giving rise to reports on them and on those proceedings – did not alter its conclusions, as the applicants had acted in a specific context which had ended with the completion of the reopening proceedings. The Court of Appeal added that the radio station was thus responsible for the interference with the applicants' rights and that it could not argue that the information in question was contained only in digital archives. In the court's view, the archived information was accessible in the same way as any other information available on the radio station's website. The Court of Appeal also noted that the obligation to render material anonymous would not result in falsifying the historical truth as it was only a question of omitting a detail from the report.

17. The Court of Appeal gave the radio station leave to appeal on points of law.

(c) The judgments of the Federal Court of Justice

18. In two leading judgments of 15 December 2009 the Federal Court of Justice upheld the appeals on points of law lodged by the radio station (nos. VI ZR 227/08 and 228/08), and quashed the decisions of the Court of Appeal and the Regional Court. The Federal Court of Justice began by observing that the provision of the impugned material constituted interference with the exercise of the applicants' right to protection of their personality (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) and their right to privacy under Articles 1 § 1 and 2 § 1 of the Basic Law and Article 8 of the Convention. Those rights had to be balanced against the right to freedom of expression and freedom of the press as guaranteed by Article 5 § 1 of the Basic Law and Article 10 of the Convention (see "Domestic law", paragraph 46 below). Owing to its particular nature, the scope of the right to protection of personality was not defined in advance but had to be assessed by weighing it against the divergent interests at stake; in order to do so the courts had to take into account, in particular, the specific circumstances of the case and the rights and freedoms protected by the Convention.

19. In the view of the Federal Court of Justice, the Court of Appeal had not taken sufficient account of the radio station's right to freedom of expression and of the public's interest in being informed, which formed part of the radio station's mission. Referring to the criteria established in that regard by the Federal Constitutional Court and its own case-law, the Federal Court of Justice observed in particular that truthful reports could infringe personality rights where the damage they caused outweighed the public's interest in knowing the truth, for instance when dissemination had a significant impact or when the report stigmatised the person concerned and thus had the effect of isolating him or her socially. However, reports concerning criminal offences were part of

contemporary history, which the media had a responsibility to report on. In that regard the Federal Court of Justice observed that the more a case went beyond the scope of ordinary criminal behaviour, the greater the public interest in being informed about it. In the case of reports on topical events, the public's interest in being informed generally took precedence over the right of the person concerned to protection of his or her personality. In the Federal Court of Justice's view, anyone who broke the law and harmed others should expect not only to receive criminal sanctions, but also to be the subject of reports in the media.

20. The Federal Court of Justice went on to find that, over time, the interest of the person concerned in no longer being confronted with his or her wrongdoing acquired greater weight. Indeed, once the perpetrator of a crime had been convicted and the public had been sufficiently informed, repeated interference with the right to protection of personality could no longer be easily justified, in view of the interest of the person concerned in being reintegrated into society. Referring to the case-law of the Federal Constitutional Court and this Court's judgment in *Österreichischer Rundfunk v. Austria* (no. 35841/02, § 68, 7 December 2006), however, the Federal Court of Justice pointed out that even if offenders had served their sentence, they could not claim an absolute right no longer to be confronted with their wrongdoing. The courts were called upon to consider the seriousness of the infringement of the right to personality and the offender's interest in resocialisation; in that regard, account had to be taken of the way in which the person concerned was presented in the report and, in particular, the extent of its dissemination.

21. Applying these principles to the case before it, the Federal Court of Justice held that the applicants' right to protection of their personality should yield to the radio station's right to freedom of expression and the public's interest in being informed. It acknowledged that the applicants' interest in no longer being the subject of reports concerning their crime was considerable, since the crime had been committed a long time previously and they had been released from prison, the first applicant in August 2007 and the second in January 2008. However, in the view of the Federal Court of Justice, in the circumstances of the case the impugned passage from the report of 14 July 2000 did not affect the applicants' personality rights in a significant manner (*erheblich*), as it was not liable to cause them to be "pilloried for all time" or to draw them into the spotlight (*ins Licht der Öffentlichkeit zerren*) in a way that would stigmatise them again as criminals.

22. The Federal Court of Justice first noted that the impugned passage gave a truthful account of a murder – of a very popular actor – that had been the focus of public attention. It noted that the passage recounted, with restraint and objectivity, the circumstances of the crime, the applicants'

conviction and the trial. In the view of the Federal Court of Justice, the passage in question did not stigmatise the applicants as the perpetrators of the crime or as murderers, but stated that the two brothers had been convicted of murder after a six-month criminal trial based entirely on circumstantial evidence and that they continued to protest their innocence; this left it open to the reader to conclude that they had been wrongly convicted. The Federal Court of Justice found that there was therefore no doubt that, on the day on which the transcript of the report had been posted on the radio's website, the identification of the applicants in the radio programme had been justified in view of the seriousness of the crime, the fact that the victim had been well known, the considerable public attention the crime had received and the fact that the applicants had tried after 2000 to have their convictions quashed using all conceivable remedies (*alle denkbaren Rechtsbehelfe*).

23. The Federal Court of Justice added that the way in which the transcript of the report had been posted on the Deutschlandradio portal had resulted in limited dissemination. In its view, unlike the prime-time television report that had been the subject of a leading judgment by the Federal Constitutional Court of 5 June 1973 (no. 1 BvR 536/72 – the *Lebach* judgment), the impugned transcript could be found on the Internet portal only by Internet users actively seeking information on the subject in question. It would not have been found on the radio station's Internet pages devoted to news items that might be immediately obvious to Internet users; the latter would have had to search under the heading "Older news items" (*Altmeldungen*), and the transcript would have been marked as such in a clear and visible manner.

24. The Federal Court of Justice also pointed out that the public had a legitimate interest not only in being informed about current events, but also in being able to research past events. Hence, in exercising their freedom of expression the media fulfilled their task of informing the public and helping to shape democratic opinion, including when they made older material available to Internet users. This was particularly true in the case of the radio station in question – a legal entity governed by public law – whose mission included the creation of archives. The Federal Court of Justice considered that a blanket prohibition on access or an obligation to delete any reports concerning offenders named in an Internet archive would result in the erasure of history and in wrongly affording full immunity to the perpetrator in that regard. In the view of the Federal Court of Justice, offenders could not claim such a right.

25. Lastly, the Federal Court of Justice noted that a ban such as that sought by the applicants would have a chilling effect on freedom of expression and freedom of the press: if they were prohibited from making available to Internet users transcripts of old radio programmes whose

legality had not been challenged, media outlets such as Deutschlandradio would no longer be able to fulfil their task of informing the public, a task entrusted to them under constitutional law. The resulting obligation for the radio station to regularly check all its archives would unduly restrict its freedom of expression and freedom of the press. In view of the time and personnel that such checks would entail, the Federal Court of Justice found that there was a real risk that *Deutschlandradio* would cease to archive its reports or would omit information – such as the names of the persons concerned – that might subsequently make such reports unlawful, even though the public had an interest worthy of protection in having access to it.

26. The Federal Court of Justice added that the principles established by the data-protection legislation led it to the same conclusion. In that connection it observed that the provision of the impugned information fell within the scope of the media privilege enshrined in the second sentence of Article 5 § 1 of the Basic Law. Consequently, the provision of the information on the radio station's website was not subject to the consent of the person concerned or to express authorisation by law. If they were deprived of the possibility of collecting, processing and using personal data without the consent of the person concerned, neither the press nor radio stations would be able to carry out their work as journalists and would thus be unable to perform the tasks recognised and guaranteed by Article 5 § 1 of the Basic Law, Article 10 § 1 of the Convention and Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Those tasks included not only posting reports online, but also ensuring their ongoing availability, notwithstanding the time that had elapsed since the transcript had first been posted (nine years in the present case). The Federal Court of Justice added that the radio station had posted the transcript of the report online solely for journalistic purposes and that it had therefore acted within the remit entrusted to it by constitutional law, namely to inform the public and help shape democratic opinion in the exercise of its freedom of expression.

(d) The Federal Constitutional Court ruling

27. On 6 July 2010 the Federal Constitutional Court decided not to entertain the constitutional appeals lodged by the applicants, not to grant them legal aid and not to appoint lawyers to represent them. It stated that it was not giving reasons for its decisions (nos. 1 BvR 535/10 and 547/10).

2. The second set of proceedings

(a) The impugned articles

28. The Internet portal of the weekly magazine Der Spiegel contained a file entitled "W.S. – hammered to death". The file included five articles that had appeared between 1991 and 1993 in the print and online editions of the magazine. Access to the file was subject to payment. The

articles in the file gave a detailed account of the murder of W.S., his life, the criminal investigation and the evidence gathered by the prosecuting authorities, the criminal trial and, in the case of issue no. 49/1992 of 30 November 1992, certain details of the applicants' lives, including their full names. The article stated that the second applicant came from a broken (zerrüttet) family of six children from a named Bavarian village, that he had been placed in a home at the age of five, where he had learned what it was to be homosexual and, especially, how best to sell himself. It was also reported that he had worked as a hairdresser and a taxi driver before being employed at a petrol station owned by Mrs W., a wealthy childless widow who was a friend of W.S.'s mother and who had adopted him when he was twenty-four years old. As to the first applicant, according to the article he worked for a modest salary in the brewery managed by his half-brother. The article also gave some details provided by the witnesses during their testimony, in particular regarding how the first applicant was viewed by his half-brother.

29. Two of the articles in the file (published in issues nos. 39/1992 of 21 September and 49/1992 of 30 November 1992) were accompanied by photographs, one showing the two applicants in the courtroom of the criminal court, another showing the first applicant with a prison officer, and a third showing the second applicant with W.S.

(b) The rulings of the Regional Courts and the Court of Appeal

30. In 2007, on an unspecified date, the applicants made an application for legal aid to the Frankfurt am Main Regional Court with a view to bringing proceedings against the magazine Der Spiegel.

31. On 4 June 2007 the Frankfurt am Main Regional Court dismissed the application on the grounds that it did not have sufficient prospects of success.

32. The applicants then brought a similar application before the Hamburg Regional Court, which granted them legal aid.

33. In two judgments of 18 January 2008 the Hamburg Regional Court granted the applicants' request and ordered the magazine to put an end to the public's access to the impugned file in so far as it included photos of the applicants and named them.

34. On 29 July 2008 the Hamburg Court of Appeal upheld the judgments of the Regional Court on the same grounds as those set out in its other judgments of the same day (see paragraphs 14-16 above). It specified that the applicants had the right to bring proceedings against the magazine in the Regional Court in which their application was most likely to succeed.

(c) The judgments of the Federal Court of Justice

35. On 9 February 2010 the Federal Court of Justice allowed the appeals on points of law lodged by Der Spiegel (nos. VI ZR 244/08 and 243/08) and dismissed the applicants' claims.

(i) The reasoning regarding the articles

36. With regard to the press articles contained in the file at issue, the Federal Court of Justice adopted essentially the same reasoning as in its judgments of 15 December 2009 (see paragraphs 18-26 above). As to the content of the articles in question it observed that, contrary to the applicants' claims, the articles did not characterise them as murderers in a provocative manner, but stated that the applicants had been accused of murder and that they had been convicted as charged. The Federal Court of Justice added that the articles in question reported on the applicants' attitude towards the acts of which they were accused and recalled certain circumstances that had not been elucidated; this left it open to readers to conclude that the applicants had been wrongly convicted. As to the extent of dissemination of the reports, the Federal Court of Justice pointed out that consultation of the file was subject to payment, which further restricted its accessibility. It reiterated that offenders were not entitled to obtain a blanket ban on viewing a report concerning named offenders or an obligation to erase such reports. This was especially true in the case of a serious capital crime that had attracted particular public attention.

(ii) The reasoning regarding the photos

37. On the subject of the impugned photos, the Federal Court of Justice pointed out that it had developed a concept of graduated protection (*abgestuftes Schutzkonzept*) based on sections 22 and 23 of the Copyright Act (see "Domestic law", paragraph 50 below), which it had clarified following the Court's judgment in *Von Hannover v. Germany* (no. 59320/00, ECHR 2004-VI), in response to the reservations of principle which the Court had expressed in that judgment. It observed that, according to that concept of protection, the publication of images of persons who – on account of their importance in contemporary history – were in theory required, under section 23(1)(1) of the Copyright Act, to tolerate the publication of photos of themselves was nevertheless unlawful if the legitimate interests of the person concerned were infringed (section 23(2)). There could be no exception to the obligation to obtain the consent of the person in question unless the report concerned an important event of contemporary history (the court cited Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, §§ 29-35, ECHR 2012).

38. Applying these criteria to the case before it, the Federal Court of Justice noted that the photos showed, firstly, the applicants in the dock in the courtroom of the Regional Court; secondly, the first applicant accompanied by a prison officer; and, finally, the second applicant with W.S. It considered that the photos illustrated the articles and underlined the authenticity of the reports,

and that, since they had been taken in the context of the event being reported on (the criminal trial), a fact which generally made their publication lawful, they did not affect the applicants more than a photo showing their profile and taken in a neutral context. The Federal Court of Justice observed that the photos in question did not portray the applicants unfavourably or intrude on their intimate sphere, and that their distribution did not "pillory [the applicants] for all time" or present them to the public in a way that stigmatised them again as criminals. The photos – which dated back to 1992 and showed only the applicants' appearance as it had been at that time – accompanied articles that were clearly identified as old reports with a limited impact. The Federal Court of Justice concluded that, in view of all the circumstances of the case, the applicants had no legitimate interest, within the meaning of section 23(2) of the Copyright Act, in prohibiting the publication of the photos.

(d) The Federal Constitutional Court ruling

39. On 6 July 2010 the Federal Constitutional Court decided not to entertain the constitutional appeals lodged by the applicants, not to grant them legal aid and not to appoint lawyers to represent them. It stated that it was not giving reasons for its decisions (nos. 1 BvR 924/10 and 923/10).

3. The third set of proceedings

40. In 2007, on an unspecified date, the applicants brought proceedings against the daily newspaper Mannheimer Morgen in the Hamburg Regional Court. On the newspaper's Internet portal (www.morgenweb.de), under the heading "Older news items", was a news item dated 22 May 2001 which was available until 2007. Only persons with special access rights, such as subscribers and purchasers of certain other printed media, could access this section. However, all Internet users had access to a "teaser" indicating the subject matter of the items available in that section. The teaser referring to the news item of 22 May 2001 gave the full names of the applicants and read as follows:

"*The proceedings against the two convicted murderers of the very popular actor W.S. will not be reopened for the time being. The Augsburg Regional Court reportedly rejected an application for reopening by the brothers W.W. and M.L. They are expected to appeal against that decision to the Munich Court of Appeal.*"

41. In two judgments of 16 November 2007 the Regional Court granted the applicants' request.

42. On 19 August 2008 the Hamburg Court of Appeal upheld these judgments on the same grounds as those set out in its judgments of 29 July 2008 (see paragraphs 14-16 above).

43. On 20 April 2010 the Federal Court of Justice allowed the appeals on points of law lodged by the newspaper (nos. VI ZR 245/08 and 246/08) and dismissed the applicants' claims on the same grounds as those set out in its judgments of 9 February 2010 (see paragraphs 35-36 above).

44. On 23 June 2010 the Federal Constitutional Court decided not to entertain the constitutional appeals lodged by the applicants, not to grant them legal aid and not to appoint lawyers to represent them. It stated that it was not giving reasons for its decisions (nos. 1 BvR 1316/10 and 1315/10).

4. Other proceedings brought by the applicants

45. The Federal Court of Justice subsequently reaffirmed its case-law in other proceedings instituted by the applicants (nos. VI ZR 345/09 and 347/09 of 1 February 2011, nos. VI ZR 114/09 and 115/09 of 22 February 2011, and no. VI ZR 217/08 of 8 May 2012 concerning the second applicant). In a judgment of 22 February 2011 concerning the second applicant and relating to an article published in the *Frankfurter Allgemeine Zeitung* daily newspaper on 14 January 2005, the Federal Court of Justice noted that, according to the findings of the Regional Court, the applicant had contacted *the Süddeutsche Zeitung* daily newspaper in August and November 2004 and requested it to continue reporting on him. The newspaper had responded to the request by publishing an article (containing text and photos) about the second applicant. The Federal Court of Justice concluded that, under these circumstances, the public's interest in being fully (*umfassend*) informed about the criminal act in question had not weakened or, at least, had resumed in the summer of 2004. This was further demonstrated by the numerous reports regarding the second applicant that could be found until June 2006 on the website of his criminal lawyer. Hence, the applicant had at that time been in the public eye and had not been unlawfully drawn into the spotlight by the publication of the article (no. VI ZR 346/09).

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Domestic law

1. The Basic Law

46. The relevant provisions of the Basic Law read as follows:

Article 1 § 1

"The dignity of human beings is inviolable. All public authorities shall have a duty to respect and protect it."

Article 2 § 1

"Everyone shall have the right to the free development of his or her personality provided that he or she does not infringe the rights of others or violate the constitutional order or moral law (Sittengesetz)."

Article 5 §§ 1 and 2

"1. Everyone shall have the right to freely express and disseminate his or her opinion in speech, writing and images, and to gather information without hindrance from sources accessible to all. Freedom of the press and freedom to provide information through radio, television and cinema shall be guaranteed. There shall be no censorship.

2. These rights shall be limited by the provisions of general statutes, the statutory provisions on the protection of young people and the right to respect for personal honour (Recht der persönlichen Ehre)."

47. The Federal Court of Justice, in a judgment of 25 May 1954 (no. I ZR 311/53), recognised a general right to protection of personality under Articles 1 § 1 and 2 § 1 of the Basic Law.

2. The Civil Code

48. Article 823 § 1 of the Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch) states that anyone who, acting intentionally or negligently, unlawfully violates the rights to life, physical integrity, health, liberty, property or similar rights of others is required to afford redress for any damage arising in consequence.

49. Under Article 1004 § 1 of the Civil Code, where another's property is damaged otherwise than by removal or illegal retention the owner may require the perpetrator to cease the interference. If there are reasonable fears that further damage will be inflicted, the owner may seek an injunction.

3. The Copyright (Arts Domain) Act

50. Section 22(1) of the Copyright (Arts Domain) Act (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie – Kunsturhebergesetz*) provides that images representing a person may be distributed only with the express permission of the person concerned. The first paragraph of section 23(1) of the Act provides for exceptions to this rule where the images portray an aspect of contemporary history (*Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte*), on condition that publication does not interfere with a legitimate interest (*berechtigtes Interesse*) of the person concerned (section 23(2)).

51. In a judgment of 30 November 2012 in a case similar to the present one, the Federal Court of Justice reaffirmed its case-law on the subject, adding that the technical possibilities of the Internet

did not justify restricting access to original reports on particular events of contemporary history to persons who had access or sought access to traditional archives (no. VI ZR 330/11). A constitutional appeal lodged against that judgment by the person referred to in the archived articles is pending before the Federal Constitutional Court (no. 1 BvR 16/13).

B. Council of Europe texts

1. Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data

52. The relevant parts of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data of 28 January 1981 read as follows:

Article 1 – Object and purpose

"The purpose of this Convention is to secure in the territory of each Party for every individual, whatever his nationality or residence, respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him ('data protection')."

Article 3 – Scope

"1. The Parties undertake to apply this Convention to automated personal data files and automatic processing of personal data in the public and private sectors.

..."

Article 5 – Quality of data

"Personal data undergoing automatic processing shall be:

(a) obtained and processed fairly and lawfully;

(b) stored for specified and legitimate purposes and not used in a way incompatible with those purposes;

(c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored;

(d) accurate and, where necessary, kept up to date;

(e) preserved in a form which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored."

Article 6 – Special categories of data

"Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. The same shall apply to personal data relating to criminal convictions."

Article 9 – Exceptions and restrictions

"...

2. Derogation from the provisions of Articles 5, 6 and 8 of this Convention shall be allowed when such derogation is provided for by the law of the Party and constitutes a necessary measure in a democratic society:

...

(b) protecting the data subject or the rights and freedoms of others."

53. On 18 May 2018, at its 128th session in Elsinore, the Committee of Ministers adopted a new version of this Convention. The relevant parts of the new Article 9 read as follows:

"1. No exception to the provisions set out in this Chapter shall be allowed except to the provisions of Article 5 paragraph 4, Article 7 paragraph 2, Article 8 paragraph 1 and Article 9, when such an exception is provided for by law, respects the essence of the fundamental rights and freedoms and constitutes a necessary and proportionate measure in a democratic society for:

a. the protection of national security ... and other essential objectives of general public interest;

b. the protection of the data subject or the rights and fundamental freedoms of others, notably freedom of expression ..."

2. Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers

54. The relevant parts of Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member States on a European policy on access to archives, adopted on 13 July 2000 at the 717th meeting of the Ministers' Deputies, are worded as follows:

"...

Considering that archives constitute an essential and irreplaceable element of culture;

Considering that they ensure the survival of human memory;

...

Taking account of the complexity of problems concerning access to archives at both national and international level due to the variety of constitutional and legal frameworks, of conflicting

requirements of transparency and secrecy, of protection of privacy and access to historical information, all of which are perceived differently by public opinion in each country;

...

Recommends that the governments of member states take all necessary measures and steps to:

i. adopt legislation on access to archives inspired by the principles outlined in this recommendation, or to bring existing legislation into line with the same principles;

...

Appendix to Recommendation No. R (2000) 13

...

III. Arrangements for access to public archives

5. Access to public archives is a right. ...

7. The legislation should provide for:

a. either the opening of public archives without particular restriction; or

b. a general closure period.

7.1. Exceptions to this general rule necessary in a democratic society can, if the case arises, be provided to ensure the protection of:

...

b. private individuals against the release of information concerning their private lives.

10. If the requested archive is not openly accessible for the reasons set out in article 7.1, special permission may be given for access to extracts or with partial blanking. The user shall be informed that only partial access has been granted.

IV. Access to private archives

12. Wherever possible, mutatis mutandis, attempts should be made to bring arrangements for access to private archives in line with those for public archives."

3. Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers

55. The relevant parts of Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member States on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings, adopted on 10 July 2003 at the 848th meeting of the Ministers' Deputies, are worded as follows:

"...

Recalling that the media have the right to inform the public due to the right of the public to receive information, including information on matters of public concern, under Article 10 of the Convention, and that they have a professional duty to do so;

...

Stressing the importance of media reporting in informing the public on criminal proceedings, making the deterrent function of criminal law visible as well as in ensuring public scrutiny of the functioning of the criminal justice system;

Considering the possibly conflicting interests protected by Articles 6, 8 and 10 of the Convention and the necessity to balance these rights in view of the facts of every individual case, with due regard to the supervisory role of the European Court of Human Rights in ensuring the observance of the commitments under the Convention;

...

Recommends, while acknowledging the diversity of national legal systems concerning criminal procedure, that the governments of member states:

1. take or reinforce, as the case may be, all measures which they consider necessary with a view to the implementation of the principles appended to this recommendation, within the limits of their respective constitutional provisions,

...

Appendix to Recommendation Rec(2003)13

Principles concerning the provision of information through the media in relation to criminal proceedings

Principle 1 - Information of the public via the media

The public must be able to receive information about the activities of judicial authorities and police services through the media. Therefore, journalists must be able to freely report and comment on the functioning of the criminal justice system, subject only to the limitations provided for under the following principles.

...

Principle 8 - Protection of privacy in the context of on-going criminal proceedings

The provision of information about suspects, accused or convicted persons or other parties to criminal proceedings should respect their right to protection of privacy in accordance with Article 8 of the Convention. Particular protection should be given to parties who are minors or other vulnerable persons, as well as to victims, to witnesses and to the families of suspects, accused and convicted. In all cases, particular consideration should be given to the harmful effect which the disclosure of information enabling their identification may have on the persons referred to in this Principle."

4. Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers

56. The Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, adopted on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers' Deputies, stresses the importance of search engines in facilitating access to Internet content and making the World Wide Web useful to the public. It considers it essential that search engines be free to explore and index information that is openly available on the Web and intended for mass outreach. It notes that the action of search engines can, however, affect freedom of expression and the right to seek, receive and impart information, and that it also has an impact on the right to private life and the protection of personal data because of the pervasiveness of search engines and their ability to penetrate and index content which, although in the public space, was not intended for mass communication (or mass communication in aggregate).

C. European Union law

1. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995

57. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data was designed to protect individuals' fundamental rights and freedoms (including their right to privacy) in the processing of personal data, while at the same time removing obstacles to the free flow of such data. In Article 9 of the Directive, the member States provided for exemptions and derogations for the processing of personal data solely for journalistic purposes or the purposes of artistic or literary expression.

2. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016

58. Articles 17 and 85 of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (applicable from 25 May 2018) on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, which repealed Directive 95/46/EC (the General Data Protection Regulation), read as follows:

Article 17 – Right to erasure ("right to be forgotten")

"1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

(a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

...

2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary:

(a) for exercising the right of freedom of expression and information;

...

(d) for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) in so far as the right referred to in paragraph 1 is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing ..."

Article 85 – Processing and freedom of expression and information

"1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including processing for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For processing carried out for journalistic purposes or the purpose of academic artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations ... if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information."

3. The judgment of the Court of Justice of the European Union of 13 May 2014 (Google Spain and Google)

59. In its judgment of 13 May 2014 (Case C-131/12, EU:C:2014:317; Google Spain SL and Google Inc. – hereafter "Google Spain"), the Court of Justice of the European Union ("the CJEU") was called upon to define the extent of the rights and obligations arising out of Directive 95/46/EC. The case originated in a complaint lodged by a Spanish national with the Spanish Data Protection Agency against a Spanish daily newspaper and Google. The applicant had complained that, when an Internet user entered his name in Google's search engine, the list of results displayed links to two pages of the newspaper mentioning his name in connection with an auction following attachment proceedings. He had requested the newspaper either to remove or alter those pages so that the personal data relating to him no longer appeared or to use certain tools made available by search engines in order to protect his data. He had also requested Google to remove or conceal the personal data relating to him so that they ceased to be included in the search results and no longer appeared in the links to the newspaper. While the Spanish Agency had rejected the complaint against the newspaper, it had upheld the complaint against Google, which brought an action before the Spanish courts. It was in the context of this judicial dispute that the case was referred to the CJEU for a preliminary ruling.

60. The CJEU held that the operations carried out by operators of search engines should be classified as "data processing", for which they were "responsible" (Article 2 (b) and (d)), regardless of the fact that these data had already been published on the Internet and had not been altered by the search engine. It stated that, in so far as the activity of a search engine could be distinguished from and was additional to that carried out by publishers of websites and also affected the fundamental rights of the person concerned, the operator of the search engine had to ensure in particular that the guarantees laid down by the directive could have full effect. Moreover, given the ease with which information published on a website could be replicated on other sites, effective and complete protection of data users, and particularly of their right to privacy, could not be achieved if they had to obtain first or in parallel the erasure of the information relating to them from the publishers of websites. The CJEU concluded that the operator of a search engine was obliged to remove links to web pages that were published by third parties and contained information relating to a person from the list of results displayed following a search made on the basis of that person's name, including in cases where the name or information had not been erased beforehand or simultaneously from those web pages and even, as applicable, when its publication on those pages was in itself lawful.

61. The CJEU added that even initially lawful processing of accurate data could, in the course of time, become incompatible with the directive where those data were no longer necessary in the light of the purposes for which they had been collected or processed. That was so in particular

where they appeared to be inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to those purposes and in the light of the time that had elapsed. The CJEU concluded that, as the persons concerned had a right under Articles 7 and 8 of the European Union's Charter of Fundamental Rights to ensure that the information in question relating to them personally should no longer be linked to their name by a list of results, and they were thus entitled to request that the information in question no longer be made available to the general public on account of its inclusion in such a list of results, those rights overrode, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in having access to that information through a search relating to the names of the persons concerned. However, according to the CJEU, that would not be the case if it appeared, for particular reasons such as the role played by the persons concerned in public life, that the interference with their fundamental rights was justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of its inclusion in the list of results, access to the information in question.

62. Regarding the difference in treatment between the publisher of a web page and the operator of a search engine, the CJEU found as follows:

"85. Furthermore, the processing by the publisher of a web page consisting in the publication of information relating to an individual may, in some circumstances, be carried out 'solely for journalistic purposes' and thus benefit, by virtue of Article 9 of Directive 95/46, from derogations from the requirements laid down by the directive, whereas that does not appear to be so in the case of the processing carried out by the operator of a search engine. It cannot therefore be ruled out that in certain circumstances the data subject is capable of exercising the rights referred to in Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 against that operator but not against the publisher of the web page.

86. Finally, it must be stated that not only does the ground, under Article 7 of Directive 95/46, justifying the publication of a piece of personal data on a website not necessarily coincide with that which is applicable to the activity of search engines, but also, even where that is the case, the outcome of the weighing of the interests at issue to be carried out under Article 7(f) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of the directive may differ according to whether the processing carried out by the operator of a search engine or that carried out by the publisher of the web page is at issue, given that, first, the legitimate interests justifying the processing may be different and, second, the consequences of the processing for the data subject, and in particular for his private life, are not necessarily the same.

87. Indeed, since the inclusion in the list of results, displayed following a search made on the basis of a person's name, of a web page and of the information contained on it relating to that person makes access to that information appreciably easier for any internet user making a search in respect of the person concerned and may play a decisive role in the dissemination of that information, it is liable to constitute a more significant interference with the data subject's fundamental right to privacy than the publication on the web page."

4. Guidelines of the Article 29 Working Party

63. On 26 November 2014 the European data protection authorities, meeting within the Article 29 Working Party, adopted a set of guidelines designed to ensure harmonised implementation of the CJEU's judgment of 13 May 2014. The second part of the guidelines concerns common criteria which the data protection authorities were invited to apply in handling complaints following refusals of de-listing by search engines. The thirteenth criterion reads as follows:

"13. Does the data relate to a criminal offence?

EU Member States may have different approaches as to the public availability of information about offenders and their offences. Specific legal provisions may exist which have an impact on the availability of such information over time. DPAs will handle such cases in accordance with the relevant national principles and approaches. As a rule, DPAs are more likely to consider the de-listing of search results relating to relatively minor offences that happened a long time ago, whilst being less likely to consider the de-listing of results relating to more serious ones that happened more recently. However, these issues call for careful consideration and will be handled on a case-by-case basis."

THE LAW

I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

64. Given the similarity of the applications as to the facts and the substantive issues raised, the Court deems it appropriate to join them (Rule 42 § 1 of the Rules of Court).

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

65. The applicants complained of the Federal Court of Justice's refusal to prohibit the media outlets concerned from keeping on their respective Internet portals the transcript of the Deutschlandfunk radio programme broadcast at the time of the events and the written reports published in old editions of Der Spiegel and Mannheimer Morgen concerning the applicants' criminal trial and their ensuing conviction for murder. The applicants alleged an infringement of

their right to respect for their private life under Article 8 of the Convention, the relevant parts of which read as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the protection of the rights and freedoms of others."

66. The Government contested that argument.

A. Admissibility

67. The Court notes that the applications are not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that they are not inadmissible on any other grounds. They must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' observations

(a) The applicants

68. The applicants complained that they had been confronted again with their crime despite the fact that, following their conviction more than fifteen years previously, they had served their sentences and prepared for their reintegration into society. In their view, keeping the archives concerning them available to Internet users had the effect of stigmatising them afresh. In that connection they submitted that, as long as an article concerning a person's conviction, handed down years earlier, was available on an Internet portal, it would be read in the same way by a neighbour or an employer whether it had been written recently or at the time of the conviction. In both cases the person concerned would be branded as a murderer.

69. The applicants further complained that the Federal Court of Justice had failed to recognise the specific dangers of the Internet era, as demonstrated by its reference to the Lebach judgment, delivered by the Federal Constitutional Court in 1973. In their submission, the report at issue in the Lebach case had undoubtedly reached a significant level of dissemination as it had been shown on one of the three public channels existing at the time. However, a television programme was forgotten after a certain period of time, whereas Internet search engines allowed information on a specific event to be obtained at any time free of charge, rapidly, from anywhere and on a continuous basis. Dissemination on the Internet therefore amounted to a lasting breach of the right to respect for private life.

70. The applicants feared being permanently branded as murderers and were afraid that any new social ties would be tainted by the information – relating to the past but still accessible – concerning their conviction. In their view, it was not acceptable to warn of the dangers of erasing history, as the Federal Court of Justice and the Government had done, when the applicants' sole aim was to request anonymity for the persons referred to in a report on a given event. They added in that connection that they were seeking precisely to avoid being a part of contemporary history.

71. The applicants also rejected the argument of the Federal Court of Justice and the Government that any obligation for the press to regularly check all its archives would unduly restrict its freedom of expression. Their request was not intended to require the media to systematically check all their archives at regular intervals, but only to do so in the event of an express request for anonymity made by a person who was the subject of a report. A similar duty of verification existed in other spheres, and the costs engendered by such requests could be charged to the requesting party in order to mitigate any potential chilling effect on the press. Furthermore, the concept of a "chilling effect" to which the Federal Court of Justice referred did not apply where two freedoms guaranteed by the Convention came into conflict.

72. The applicants further submitted that the media outlets' interest in disseminating the reports in question was slight. They questioned whether, twenty years after their conviction, there was still a particular public interest in being informed about the event. In their view, that interest would be satisfied in the same way if they remained anonymous in the reports, something that would require only minimal technical intervention.

73. Lastly, in reply to the Government's observations, the applicants argued that search engines did not regularly make copies of Internet content, which stored all information indefinitely, but merely provided caching mechanisms which saved and kept some content for a certain period of time. Even if complete anonymity were not possible, this did not mean that all attempts at anonymity should be abandoned. On the contrary, media outlets which made Internet archives available should be obliged to do everything in their power to limit the dissemination of material where a request had been made for it to be rendered anonymous.

74. The applicants further submitted that the fact of having exhausted all the remedies available in German law with a view to having the criminal proceedings against them reopened did not deprive them of their right to respect for their private life.

(b) The Government

75. The Government stressed the important role of digital archives for the collective memory, as they helped to document contemporary history by preserving printed materials and information

published only in digital form. In their view, imposing an ongoing obligation on the media to verify their digital archives in order to make reports anonymous would constitute excessive interference. Contrary to the applicants' claims, such an obligation would require considerable efforts on the part of the media in terms of both personnel and technical resources, especially since the quantity of digital archives was increasing constantly.

76. The Government pointed out in that regard that introducing automatic deletion or anonymisation of reports after a certain period of time would not solve the issue raised by the present applications. In their view, the answer to the question whether any given report should be made anonymous on grounds of the right to protection of personality depended on a number of concrete circumstances specific to each report and on the degree of interference with the competing rights at stake. Such an examination could only be carried out by qualified persons who were competent to perform the necessary balancing exercise.

77. The Government further argued that accepting such requests would not only result in a rewriting of history, as the Advocate General had pointed out in his Opinion in the Google Spain case, but would also entail the risk that, given the technical and human investment required, the media might have to restrict or even cease the use of digital archives and the publication of individualised reports affecting the right to protection of personality of the persons concerned.

78. The Government also drew attention to the fact that States were facing rapid technical developments in all areas of the Internet and that, in the absence of a common European standard, they therefore enjoyed a wide margin of appreciation in regulating the legal issues raised. No right to be forgotten was guaranteed as such. Directive 95/46/EC and the Federal Data Protection Act (which had transposed the Directive) merely laid down the conditions under which personal data had to be deleted.

79. In reply to the applicants' observations, the Government submitted that the fact that the search for information or for a name in the digital archives was very quick and easy was primarily due to the existence of search engines. Without them, searches would be just as laborious as "traditional" searches had been before the Internet era and would pose fewer problems in terms of fundamental rights. Once published on the Internet, information could always be found even if it had been deleted from the website that had originally put it online. Indeed, search engines copied Internet content at regular intervals and saved it on their servers. As a result, persons who were the subject of Internet content would have to contact a large number of stakeholders in order to obtain the deletion of the content itself or of their names.

80. In the Government's submission, the Federal Court of Justice had weighed the competing interests at stake in accordance with the criteria established by the Court's case-law. While acknowledging the applicants' interest in social reintegration, the Federal Court of Justice had held that the reports at issue provided truthful and objective information concerning a major event, namely the murder of a popular actor. The Federal Court of Justice had also found that, despite their location on the Internet, dissemination of the reports had been limited. They had been clearly marked as old reports and would therefore only have been identifiable by persons looking for them specifically, and nothing had been done to draw readers' attention to them. In addition, there was a charge for access to the articles in the Spiegel online archives. The Government added that the applicants had not adduced any evidence making it possible to assess the ease with which the reports could be found and the position in which they appeared, for example, on a Google search list.

81. Lastly, the Government argued that it was the applicants themselves who, thirteen years after the crime and ten years after their conviction, had generated renewed public interest by submitting applications for the reopening of the criminal proceedings against them and, especially, by taking the initiative to send documents to the press, in particular concerning their applications to reopen the proceedings, and continuing to do so until 2004. More specifically, in a letter dated 31 August 2004 to the weekly magazine Der Spiegel, the first applicant had expressly requested that the press inform the public. Hence, the media had had no reason to believe that the applicants no longer wanted anything to do with the press as their release date approached.

82. With regard to the photos, the Government maintained that the balancing exercise carried out by the Federal Court of Justice was also compatible with the Convention and the Court's case-law. The photos had shown the applicants in the courtroom of the criminal court and in the company of W.S. and a prison officer; they therefore had a direct link to the subject matter of the articles at issue, namely the criminal trial. Lastly, they had related contemporary historical truth in a neutral and objective manner.

2. The third parties' observations

83. The third parties submitted that the right to publish full names was an integral part of the media's freedom of expression and allowed them to fulfil their task of informing the public on matters of public interest. The third parties also stressed the importance for the press of being able to build up digital archives, which had largely replaced traditional archives and were virtually the only source for research in the field of contemporary history. The accuracy of archives was crucial for historical documentation, the collective memory and public debate.

84. The third parties also emphasised the impossibility for them to constantly examine their archived material for content that might be unlawful or have become unlawful. The obligation to perform such a task would be beyond their means and would hang over them like a sword of Damocles. For instance, the Spiegel online archives contained about one million documents and about 1,500 new documents were added every week; as to the Deutschlandradio archives, 220 audio files and 85 text files were added each day.

85. Lastly, the third parties submitted that the material at issue in the present cases could no longer be found on the Internet using search engines. Although two articles published by Spiegel online could indeed still be found when a search was made using the name of the murdered actor, the applicants' names were not included in full. Furthermore, the vast majority of the research results obtained related more to the procedural aspects than to the crime itself, and included reports on the requests for anonymity of the published articles. Finally, their statistical research suggested that Internet users' interest in the articles in question remained insignificant.

3. The Court's assessment

(a) General principles

86. The Court reiterates that the concept of "private life" is a broad term not susceptible to exhaustive definition, which covers the physical and psychological integrity of a person and can therefore embrace multiple aspects of a person's identity, such as gender identification and sexual orientation, name or elements relating to a person's right to their image. The concept covers personal information which individuals can legitimately expect should not be published without their consent (see Flinkkilä and Others v. Finland, no. 25576/04, § 75, 6 April 2010, and Saaristo and Others v. Finland, no. 184/06, § 61, 12 October 2010).

87. The Court further reiterates that where there has been compilation of data on a particular individual, processing or use of personal data or publication of the material concerned in a manner or degree beyond that normally foreseeable, private life considerations arise. It has recognised that the protection of personal data is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life, as guaranteed by Article 8 of the Convention (see Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC], no. 931/13, § 136, 27 June 2017). In that judgment the Court further found that Article 8 of the Convention provided for the right to a form of informational self-determination, allowing individuals to rely on their right to privacy as regards data which, albeit neutral, were collected, processed and disseminated collectively and in such a form or manner that their Article 8 rights might be engaged (ibid., § 137).

88. In order for Article 8 to come into play, however, an attack on a person's reputation must attain a certain level of seriousness and in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life. Moreover, Article 8 cannot be relied on in order to complain of a loss of reputation which is the foreseeable consequence of one's own actions such as, for example, the commission of a criminal offence (see Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).

89. The Court notes that applications like the present one call for an examination of the fair balance to be struck between, on the one hand, the applicants' right to respect for their private life under Article 8 of the Convention and, on the other hand, the radio station's and publishers' freedom of expression and the public's freedom of information under Article 10. In examining this balance the Court must have regard, among other factors, to the State's positive obligations under Article 8 of the Convention (see X and Y v. the Netherlands, 26 March 1985, § 23, Series A no. 91, and Von Hannover (no. 2), cited above, § 98), and to the principles established in its settled case-law regarding the essential role played by the press in a democratic society, which includes reporting and commenting on court proceedings. It is inconceivable that there can be no prior or contemporaneous discussion of the subject matter of trials, be it in specialised journals, in the general press or amongst the public at large. Not only do the media have the task of imparting such information and ideas; the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of "public watchdog" (see Axel Springer AG, cited above, §§ 79-81). Furthermore, it is not for the Court, any more than it is for the national courts, to substitute its own views for those of the press as to what techniques of reporting should be adopted in a particular case (see Jersild v. Denmark, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298, and Mosley v. the United Kingdom, no. 48009/08, § 113, 10 May 2011).

90. In addition to this primary function, the press has a secondary but nonetheless valuable role in maintaining archives containing news which has previously been reported and making them available to the public. In that connection the Court stresses the substantial contribution made by Internet archives to preserving and making available news and information. Such archives constitute an important source for education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free (see Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, §§ 27 and 45, ECHR 2009, and Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, no. 33846/07, § 59, 16 July 2013; see also Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers, cited at paragraph 54 above).

91. The Court also emphasises in this connection that Internet sites are an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information, and that the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press (see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 133, ECHR 2015; Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, § 63, ECHR 2011 (extracts); and Cicad v. Switzerland, no. 17676/09, § 59, 7 June 2016), particularly on account of the important role of search engines.

92. The choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 of the Convention in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation, whether the obligations on the State are positive or negative. That margin of appreciation is in principle the same as that available to the States under Article 10 of the Convention in assessing whether and to what extent an interference with freedom of expression as protected by that Article is necessary (see Von Hannover (no. 2), cited above, § 106; Axel Springer AG, cited above, § 87; and Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], no. 40454/07, § 91, ECHR 2015 (extracts)).

93. However, this margin goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those delivered by an independent court. In exercising its supervisory function, the Court's task is not to take the place of the national courts, but rather to review, in the light of the case as a whole, whether the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation are compatible with the provisions of the Convention relied on (see Von Hannover (no. 2), cited above, § 105, and Axel Springer AG, cited above, § 86).

94. Where the national authorities have weighed up the interests at stake in compliance with the criteria laid down in the Court's case-law, strong reasons are required if it is to substitute its view for that of the domestic courts (see MGN Limited v. the United Kingdom, no. 39401/04, §§ 150 and 155, 18 January 2011, and Bédat v. Switzerland [GC], no. 56925/08, § 54, 29 March 2016). In other words, there will usually be a wide margin afforded by the Court if the State is required to strike a balance between competing private interests or competing Convention rights (see Delfi AS, cited above, § 139; Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, no. 22947/13, § 59, 2 February 2016; and Fürst-Pfeifer v. Austria, nos. 33677/10 and 52340/10, § 40, 17 May 2016).

95. The Court has already had occasion to lay down the relevant principles which must guide its assessment – and, more importantly, that of domestic courts – of necessity. It has thus identified

a number of criteria in the context of balancing the competing rights. The relevant criteria have thus far been defined as: contribution to a debate of public interest, the degree to which the person concerned is well known, the subject of the news report, the prior conduct of the person concerned, the content, form and consequences of the publication, and, where it arises, the circumstances in which photographs were taken (see Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy, cited above, § 165, and the case-law cited therein).

96. The Court considers that the criteria thus defined may be transposed to the present case, although certain criteria may have more or less relevance given the particular circumstances of the case (ibid., § 166; see also Falzon v. Malta, no. 45791/13, § 55, 20 March 2018, and Axel Springer and RTL Television GmbH v. Germany, no. 51405/12, § 42, 21 September 2017).

(b) Application of those principles to the present case

97. The Court notes first of all that it is primarily because of search engines that the information on the applicants held by the media outlets concerned can easily be found by Internet users. Nevertheless, the initial interference with the applicants' enjoyment of their right to respect for their private life resulted from the decision of the media outlets to publish that information and, especially, to keep it available on their websites, even without the intention of attracting the public's attention; the existence of search engines merely amplified the scope of the interference. However, because of this amplifying effect on the dissemination of information and the nature of the activity underlying the publication of information on the person concerned, the obligations of search engines towards the individual who is the subject of the information may differ from those of the entity which originally published the information. Consequently, the balancing of the interests at stake may result in different outcomes depending on whether a request for deletion concerns the original publisher of the information, whose activity is generally at the heart of what freedom of expression is intended to protect, or a search engine whose main interest is not in publishing the initial information about the person concerned, but in particular in facilitating identification of any available information on that person and establishing a profile of him or her (in this connection, see also the CJEU judgment of 13 May 2014, No C-131/12, paragraphs 59-62 above).

(i) Contribution to a debate of public interest

98. As regards the question of the existence of a debate of public interest, the Court observes that the Federal Court of Justice noted the considerable interest that the crime and the criminal trial had aroused at the time because of the seriousness of the facts and the high public profile of the victim. The Federal Court of Justice also noted that the applicants had tried up to and beyond the

year 2000 to obtain the reopening of the criminal proceedings against them. It further stressed the truthful and objective nature of the reports. The Court can agree with this view, since the public has an interest in principle in being informed about criminal proceedings and in being able to obtain information in that regard, especially when the proceedings concern particularly serious judicial facts which attracted considerable attention (see, for instance, Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland, no. 34124/06, § 56, 21 June 2012, and Egeland and Hanseid v. Norway, no. 34438/04, § 58, 16 April 2009). This not only concerns reports which appeared during the criminal trial in question but may also include, depending on the circumstances of the case, reports on an application for the proceedings to be reopened some years after the conviction.

99. The Court notes that the particular feature of the present applications is that the applicants are not calling into question the lawfulness of the reports when they first appeared or were made available on the Internet portals of the media outlets concerned, but rather the fact that those reports were accessible a long time afterwards and, in particular, as the date of the applicants' expected release from prison approached. It must therefore examine whether the fact of making the reports in issue available continued to contribute to a debate of public interest.

100. The Court observes that, after a certain period of time has elapsed and, in particular, as their release from prison approaches, persons who have been convicted have an interest in no longer being confronted with their acts, with a view to their reintegration in society (see Österreichischer Rundfunk v. Austria, no. 35841/02, § 68, 7 December 2006; Österreichischer Rundfunk (dec.), cited above; and, mutatis mutandis, Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden, no. 62332/00, §§ 90-91, ECHR 2006 VII). This may be especially true once a convicted person has been finally released. Likewise, the public's interest as regards criminal proceedings will vary in degree, as it may evolve during the course of the proceedings according to a number of factors such as the circumstances of the case (see Axel Springer AG, cited above, § 96).

101. Turning back to the present case the Court observes that the Federal Court of Justice, while acknowledging that the applicants had a very significant interest in no longer being confronted with their conviction, stressed that the public had an interest not only in being informed about a topical event, but also in being able to conduct research into past events. The Federal Court of Justice also pointed out that the media's task was to contribute to shaping democratic opinion by making old news items that were stored in their archives available to the public.

102. The Court fully agrees with this conclusion. It has consistently stressed the essential role played by the press in a democratic society (see The Sunday Times v. the United Kingdom (no.

1), 26 April 1979, § 65, Series A no. 30), including through its websites and the establishment of digital archives, which contribute significantly to enhancing the public's access to information and its dissemination (see Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2), cited above, § 27, and Węgrzynowski and Smolczewski, cited above, § 65). Moreover, according to the Court's case-law, the legitimate interest of the public in access to the public Internet archives of the press is protected under Article 10 of the Convention (ibid.), and particularly strong reasons must be provided for any measure limiting access to information which the public has the right to receive (see Timpul Info-Magazin and Anghel v. Moldova, no. 42864/05, § 31, 27 November 2007, and Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2), cited above, § 41).

103. In this context the Court observes that the Federal Court of Justice pointed to the risk of a chilling effect on the freedom of expression of the press if requests such as that of the applicants were to be granted, and in particular the risk that the media, owing to a lack of sufficient personnel and time to examine such requests, might no longer include in their reports identifying elements that could subsequently become unlawful.

104. The Court notes that the applicants did not request that the media check their archives systematically on an ongoing basis, but only that they carry out such checks in the event of an express individual request. However, it cannot rule out the existence of the risk to the press referred to by the Federal Court of Justice. The obligation to examine the lawfulness of a report at a later stage, following a request from the person concerned, which implies – as the Government rightly pointed out – weighing up all the interests at stake, would entail a risk that the press might refrain from keeping reports in its online archives or that it would omit individualised elements in reports likely to be the subject of such a request. While recognising the importance of the rights of a person who has been the subject of content available on the Internet, these rights must also be balanced against the public's right to be informed about past events and contemporary history, in particular through the use of digital press archives. The Court observes in that regard that the most careful scrutiny under Article 10 is required where measures or sanctions imposed on the press are capable of discouraging the participation of the press in debates on matters of legitimate public concern (see Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway [GC], no. 21980/93, § 64, ECHR 1999-III, and Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2), cited above, § 41).

105. In so far as the applicants stressed that they were not requesting that the impugned reports be deleted, but only that their names no longer appear in them, the Court notes that rendering a report anonymous is certainly less detrimental to freedom of expression than the deletion of an entire report (see, mutatis mutandis, Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2), cited above, § 47). However,

it reiterates that the approach to covering a given subject is a matter of journalistic freedom and that Article 10 of the Convention leaves it to journalists to decide what details ought to be published in order to ensure an article's credibility, provided that the choices which they make in that regard are based on their profession's ethical rules and codes of conduct (see Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy, cited above, § 186). The Court considers, like the third-party media outlets, that the inclusion in a report of individualised information such as the full name of the person concerned is an important aspect of the press's work (see Fuchsmann v. Germany, no. 71233/13, § 37, 19 October 2017), especially when reporting on criminal proceedings that have attracted considerable interest. It concludes that, in the present case, the availability of the impugned reports on the media outlets' websites at the time the applicants' requests were lodged continued to contribute to a debate of public interest which had not been diminished by the passage of a number of years.

(ii) The degree to which the person concerned is well known and the subject of the report

106. As to how well known the applicants were, the Court notes that the German courts did not explicitly rule on this subject. However, it observes that the applicants' public profile was closely linked to the fact that they had committed the murder and to the subsequent criminal trial. Therefore, while there is nothing to suggest that the applicants were known to the public before their crime, they nevertheless acquired a certain notoriety during the trial, which according to the findings of the civil courts attracted considerable public attention because of the nature and circumstances of the crime and the fame of the victim. While subsequently, with the passage of time, the public's interest in the crime – and, consequently, the applicants' notoriety – declined, the Court observes that the applicants returned to the limelight after making several attempts to have the criminal proceedings against them reopened and after addressing the press on the subject. The Court concludes from this that the applicants were not simply private individuals unknown to the public at the time their requests for anonymity were made.

107. As regards the subject matter of the reports, the Court notes that they related either to the conduct of the criminal trial at the relevant time or to one of the applicants' applications to have the proceedings reopened, both of which were capable of contributing to a debate in a democratic society. The Court refers in that regard to its findings at paragraph 111 below.

(iii) The prior conduct of the person concerned with regard to the media

108. As regards the applicants' conduct since their conviction, the Court observes, as noted by the Federal Court of Justice, that they tried all "conceivable" legal remedies to have the criminal proceedings reopened. In addition, as the Government pointed out, in the course of their most

recent application for reopening in 2004, that is to say, two and a half and three years respectively before their release, the applicants contacted the press, to which they forwarded a number of documents partly related to their application for reopening, while inviting journalists to keep the public informed. It is also worth noting that, as the Federal Court of Justice pointed out in its judgment of 22 February 2011 concerning the second applicant (see paragraph 45 above), numerous reports on his client could be found until 2006 on the website of the second applicant's criminal lawyer.

109. In this context, while a convicted person – who, moreover, protests his or her innocence – cannot be criticised for using the judicial remedies available under domestic law to challenge his or her conviction, the Court notes that the applicants' attempts went far beyond the mere use of the remedies available under German criminal law. Specifically, as a result of their conduct towards the press in particular, the applicants' interest in no longer being confronted with their conviction through the information stored on the Internet portals of a number of media outlets was of less significance in the present case. The Court concludes that the applicants, even as their release approached, therefore had only a limited legitimate expectation (see, mutatis mutandis, Axel Springer AG, cited above, § 101) of obtaining anonymity in the reports or even a right to be forgotten online.

(iv) The content, form and consequences of the publication

110. The Court reiterates that the way in which the photo or report is published and the manner in which the person concerned is represented therein may also be factors to be taken into consideration. The extent to which the report and photo have been disseminated may also be an important factor, depending on whether the newspaper is a national or local one, and has a large or a limited circulation (see Von Hannover (no. 2), cited above, § 112, and the case-law cited therein).

111. As regards the subject matter, content and form of the files at issue, the Court sees no grounds for criticising the way in which the Federal Court of Justice assessed the reports by Deutschlandradio and Mannheimer Morgen. The texts in question were written by the media in the exercise of their freedom of expression. They reported objectively on a court decision and their veracity and lawful origin were at no time called into question (see, conversely, Węgrzynowski and Smolczewski, cited above, § 60). As to the Spiegel online file, the Court accepts that certain articles, and in particular the one published in the edition of 30 November 1992 (see paragraph 28 above), might be open to question owing to the nature of the information provided. However, it observes that the details of the accused's lives reported by the author of the

articles form part of the information that criminal-law judges are regularly required to take into consideration in assessing the circumstances of the crime and the elements of individual guilt, and thus generally form part of the discussions during public hearings. Furthermore, these articles did not reflect an intention to present the applicants in a disparaging way or to harm their reputation (see Lillo Stenberg and Sæther v. Norway, no. 13258/09, § 41, 16 January 2014, and Sihler-Jauch and Jauch v. Germany (dec.), nos. 68273/10 and 34194/11, § 38, 24 May 2016).

112. As to the extent of dissemination of the reports, the Court notes the Federal Court of Justice's finding that, unlike the subject of a prime-time television broadcast, the information had had limited circulation owing to its limited accessibility and the fact that it did not appear on the news pages of the relevant media websites, but in sections clearly indicating that it was old news coverage. The applicants contested this reasoning and argued in particular that the Federal Court of Justice had misunderstood the realities of the Internet era and underestimated the dangers linked to the lasting nature of online information, owing especially to the existence of powerful and effective search engines.

113. The Court observes that, on account of their location on the Internet portals, the reports in issue were not likely to attract the attention of those Internet users who were not seeking information about the applicants (see, conversely and mutatis mutandis, Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, § 69, ECHR 2012 (extracts)). Furthermore, the Court sees no indication that maintaining access to the reports was intended to re disseminate information about the applicants. To that extent the Court can accept the conclusions of the Federal Court of Justice, according to which the extent of dissemination of the reports was limited (see Fuchsmann, cited above, § 52), especially since some of the information was subject to additional restrictions (paid access in the case of Spiegel online and subscriber-only access in the case of Mannheimer Morgen).

114. The applicants submitted that this way of measuring the extent of dissemination did not take into account the fact that the Internet amplified material and rendered it ubiquitous and hence the possibility that, irrespective of the initial extent of its dissemination, the information concerning them could be found permanently, particularly through the use of search engines. In that connection the Court, while aware of the lasting accessibility of any information once it is published on the Internet, notes that the applicants made no mention of any attempts to contact search engine operators with a view to making the information concerning them less easy to find (see Fuchsmann, cited above, § 53, and Phil v. Sweden (dec.), no. 74742/14, 7 February 2017). Moreover, the Court considers that it is not called upon to rule on the possibility that the domestic

courts could have ordered measures that were less restrictive of the media outlets' freedom of expression, given that these were not discussed before the courts in the domestic proceedings or, indeed, in the proceedings before the Court.

(v) The circumstances in which the photos were taken

115. Finally, with regard to the photos in question (see paragraphs 37-38 above), the Court notes that neither the applicants nor the civil courts expressed a view on the circumstances in which they were taken. However, it does not discern any compromising elements in those photos. It also observes, as the Federal Court of Justice correctly pointed out, that the images showed the applicants' appearance as it had been in 1994, that is, almost thirteen years before their release, a fact which reduced the likelihood of their being recognised by third parties on the basis of the photos.

(c) Conclusion

116. In view of the margin of appreciation available to the national authorities in such matters in weighing up diverging interests, the importance of maintaining access to reports whose lawfulness at the time of their publication is not contested, and the applicants' conduct towards the press, the Court considers that there are no substantial grounds for it to substitute its assessment for that of the Federal Court of Justice. It cannot therefore be said that by refusing to grant the applicants' request the Federal Court of Justice failed to fulfil the German State's positive obligation to protect the applicants' right to respect for their private life within the meaning of Article 8 of the Convention. Accordingly, there has been no violation of that provision.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. Decides to join the applications;

2. Declares the applications admissible;

3. Holds that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in French, and notified in writing on 28 June 2018, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Milan Blaško

Deputy Registrar

Erik Møse

President

AİHM - Tamiz v. Birleşik Krallık - 19 Eylül 2017

Tamiz v. the United Kingdom (dec.) - 3877/14

Decision 19.9.2017 [Section I]

Article 8

Article 8-1

Respect for private life

Refusal of leave to serve defamation proceedings outside the jurisdiction on grounds that alleged damage to reputation was minimal: inadmissible

Facts – The applicant sought to bring a claim in libel following the publication of a number of comments on a blog, which he regarded as defamatory. The blog was hosted by an Internet blog-publishing service run by Google Inc., a corporation registered in the United States. The applicant was granted permission to serve the claim form on Google Inc. in the United States but Google Inc. was subsequently successful in having that permission set aside. The English courts concluded that the claim should not be allowed to proceed because both the damage and any eventual vindication would be minimal and the costs of the exercise would be out of all proportion to what would be achieved; in other words there had been no "real and substantial" tort as required to serve defamation proceedings outside the jurisdiction.

Before the European Court the applicant argued that in refusing him permission to serve a claim form on Google Inc., the respondent State had been in breach of its positive obligation under Article 8 to protect his right to reputation.

Law – Article 8: The choice of measures designed to secure compliance with the Contracting States' positive obligation in the sphere of the relations between individuals in principle fell within their margin of appreciation. A number of factors had to be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the State in such cases: the nature of the activities involved – including the gravity of the interference with private life; the existence or absence of a consensus across the Contracting States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it; and, in cases where the measures which an applicant claimed were required pursuant to positive obligations under Article 8 would have an impact on freedom of expression, the fair balance that had to be struck between the competing rights and interests arising under Article 8 and Article 10. Where

the balancing exercise between those two rights had been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the national courts.

An attack on personal honour and reputation had to attain a certain level of seriousness and to have been carried out in a manner causing prejudice to the personal enjoyment of the right to respect for private life. That threshold test was important. The reality was that millions of Internet users posted comments online every day and many of those users expressed themselves in ways that might be regarded as offensive or even defamatory. However, the majority of comments were likely to be too trivial in character, and/or the extent of their publication was likely to be too limited, for them to cause any significant damage to another person's reputation. The Court agreed with the national courts that while the majority of comments about which the applicant complained were undoubtedly offensive, for the large part they were little more than "vulgar abuse" which was common in communication on many Internet portals.

Although the applicant had ultimately been prevented from serving proceedings on Google Inc., that was not because such an action was inherently objectionable to the national courts. Rather, having assessed the evidence before them, they concluded that the applicant's claim did not meet the "real and substantial tort" threshold required. That conclusion was based, to a significant extent, on the courts' finding that Google Inc. could only, on the most generous assessment, be found responsible in law for the content of the comments once a reasonable period had elapsed after it had been notified of their potentially defamatory nature. The approach of the national courts had been entirely in keeping with the position in international law.* Nothing in the case of Delfi AS v. Estonia [GC], (64569/09, 16 June 2015, Information Note 186), upon which the applicant relied heavily, cast doubt on that position.

It was clear from domestic law that the primary purpose of the "real and substantial tort" test was to ensure that a fair balance was struck between Articles 8 and 10; in other words, in applying that test the national courts were, in fact, ensuring that there would be no interference with Google Inc.'s right to freedom of expression in a case where the interference with the applicant's reputation was "trivial". While the domestic proceedings in the present case preceded delivery of the Grand Chamber judgment in Delfi AS, in substance the national courts had addressed the specific aspects of freedom of expression identified therein as relevant for the concrete assessment of the interference in question.

Having particular regard to the important role that information society service providers such as Google Inc. performed in facilitating access to information and debate on a wide range of political,

social and cultural topics, the Court considered that the respondent State's margin of appreciation in the applicant's case was necessarily a wide one. Furthermore, having discerned no "strong reasons" which would justify substituting its own view for those of the national courts, it found that they had acted within that wide margin of appreciation and had achieved a fair balance between the applicant's right to respect for his private life under Article 8 and the right to freedom of expression guaranteed by Article 10 and enjoyed by both Google Inc. and its end users.

Conclusion: inadmissible (manifestly ill-founded).

* See the Declaration on freedom of communication on the Internet, Committee of Ministers of the Council of Europe, 28 May 2003; Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce"); Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, 21 December 2005.

FIRST SECTION

DECISION

Application no. 3877/14

Payam TAMIZ

against the United Kingdom

The European Court of Human Rights (First Section), sitting on 19 September 2017 as a Chamber composed of:

Linos-Alexandre Sicilianos, President,

Aleš Pejchal,

Krzysztof Wojtyczek,

Ksenija Turković,

Pauliine Koskelo,

Tim Eicke,

Jovan Ilievski, *judges*,

and Abel Campos, Section Registrar,

Having regard to the above application lodged on 31 December 2013,

Having regard to the observations submitted by the respondent Government and the observations in reply submitted by the applicant,

Having regard to the comments submitted by Article 19, Google Inc. and Media Legal Defence Initiative,

Having deliberated, decides as follows:

THE FACTS

1. The applicant, Mr Payam Tamiz, is a British national, who was born in 1989 and lives in Maidstone. He was represented before the Court by Withers LLP, a firm of solicitors based in London.

2. The United Kingdom Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr P. McKell of the Foreign and Commonwealth Office.

A. The circumstances of the case

3. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

1. The background facts

(a) Blogger.com

4. Google Inc. is a corporation registered in the United States and with its principal place of business there. It provides an Internet blog-publishing service via Blogger.com, a platform that allows any Internet user in any part of the world to create an independent blog free of charge. It includes design tools to help users create layouts for their blogs and, if they do not have their own web address, enables them to host their blogs on Blogger.com web addresses.

5. Blogger.com operates a "Content Policy" which sets out restrictions on what users can do using the service. This makes clear that content such as child pornography, or promoting race hatred, is prohibited. The policy is explained in the following terms:

> "*Blogger is a free service for communication, self-expression and freedom of speech. We believe that Blogger increases the availability of information, encourages healthy debate and makes possible new connections between people.*
>
> *We respect our users' ownership of and responsibility for the content they choose to share. It is our belief that censoring this content is contrary to a service that bases itself on freedom of expression.*
>
> *In order to uphold these values, we need to curb abuses that threaten our ability to provide this service and the freedom of expression it encourages. As a result, there are some boundaries on the type of content that can be hosted with Blogger. The boundaries we have defined are those that both comply with legal requirements and that serve to enhance the service as a whole.*"

6. In addition, Google Inc. operates a "Report Abuse" feature. There are eight grounds for reporting abuse, including "Defamation/Libel/Slander". If the user selects 'Defamation/Libel/Slander', a second screen is displayed which makes it clear that the Blogger.com service is operated in accordance with US law, and that defamatory material will only be taken down if it has been found to be libellous (i.e. unlawful) by a court. According to Google Inc., the reason for this policy is that, given the volume of content uploaded by users of the Blogger.com service, it is usually not practicable for it to remove content without first receiving a court's determination that the content is, in fact, libellous. Google Inc. is not in a position to adjudicate such disputes itself.

(b) The post on the "London Muslim" blog

7. On 27 April 2011 a piece appeared on the "London Muslim" blog, a blog hosted on the Blogger.com website. It contained a photograph of the applicant and the following text:

> "*Payam Tamiz a Tory Muslim council candidate with a 5 o'clock shadow has resigned from the party after calling Thanet girls 'sluts'.*
>
> *Tamiz who on his Twitter page describes himself as an 'ambitious British Muslim' is bizarrely studying law so one would have thought this Tory prat with Star Trek Spock ears might have engaged the odd brain cell before making these offensive remarks.*"

8. A number of anonymous comments were subsequently posted in response to the publication. Eight of the approximately forty-six comments are set out, as originally posted, in the following paragraphs.

9. Comment A:

> "*I know Mr Tamiz very well and am surprised that it has taken this long for all this to come out, Payam is a known drug dealer in thanet and has been taken to court for theft from his employers tescos in Ramsgate. His whole family are criminals his mother Mrs [L.] has several convictions for theft and shoplifting and got sentenced at maidstone crown court*
>
> *28 April 2011 14:53*"

10. Comment B:

> "*Can't deny what he said is true but isn't this the same Payam Tamiz that use to take girls back to his 'houseparties' practically every weekend with his friends and sleep with them? Hypocritical much?*
>
> *30 April 2011 12:28*"

11. Comment C:

> "*The blokes a class A prat not only for the comments he recently made. He may have a few half wits as a following but I speak for the people that have known payam for several years and have been on the reciving end of his abuse a disrespect and his not such a nice person. I'm sure we'll be hearing alot more from his past which will paint a true picture of him.*
>
> *28 April 2011 23:04*"

12. Comment D:

> "*So Mr Whacker is a violent racist, certainly doesn't like white people does he?!*

If you'd ever been to Margate you would find the majority are white women, even those from the Eastern bloc. To tar all Margate women with the word slut is very derogatory, how does he know? Does he make a habit of chasing women around? Or as someone implys above, does he sell drugs to them?

28 April 23:51"

13. Comment E:

"*I've only read that Payams claiming to be 21, I'm sure he told me that his older than that. Fake asylum claim was it. The good old home office and all us wankers that pay tax for waste of spaces like him.*

29 April 2011 01:09"

14. Comment F:

"*Before Payam starts to call women sluts it might be an idea for him to look closer to home, how may brothers and sisters has he got, all with different fathers. I thought Muslim men were the one who were meant to have more than one wife, not the women with more than one husband. Is there not a 30 year gap between the ages of his younger to older brother and sister. Look closer to home pal.*

29 April 2011 09:40"

15. Comment G:

"*The only reason his callig girls slags is cos he aint getting none himself. And he blames a relationship breakup for his comments, but the only problem with that being is that Payams never had a girlfriend since I known him and thats been a couple of years, that makes him single at the time.*

Poor little Payam, has you giving it the large one to your friends blown up in your face and back fired.

It couldn't have happeneded to a better person, his a little snake and he knows it. I'd put my money on him still being a virgin, not being funny but you only got to look at his picture to work that out.

29 April 2011 21:26"

16. Comment H:

"*And his brothers girl friend is an escort girl, [L.], look closer to home pal.*

29 April 2011 18:43"

(c) The applicant's response to the blog post

17. According to the applicant, on 28 or 29 April 2011 he used the "report abuse" function to indicate that he considered certain comments on the blog to be defamatory.

18. On 29 June 2011 he sent a letter of claim to Google UK Ltd (a United Kingdom subsidiary of Google Inc.), which was received on 5 July. In his letter he complained about the blog itself and about comment A. The letter was passed by Google UK Ltd to Google Inc., which responded by email on 8 July 2011 seeking clarification of whether the comment was said to be untrue, since that was not apparent from the terms of the letter. The applicant responded on the same day confirming that comment A was "false and defamatory" and introducing a complaint about comment B.

19. On 19 July 2011 the "Blogger Team" at Google Inc. sent the applicant an email seeking permission to forward his complaint to the author of the blog page and confirming that they would not themselves remove the impugned comments. The applicant gave the necessary permission on 22 July 2011 and complained that comments C, D, E, F and G were also defamatory.

20. On 11 August 2011 Google Inc. forwarded the letter of claim to the blogger.

21. On 14 August 2011 the post and all the comments were removed by the blogger. The applicant was informed the following day.

2. The domestic proceedings

(a) The High Court

22. Meanwhile, the applicant sought to bring a claim in libel against Google Inc. in relation to comments A to G. On 10 August 2011 he sent a letter of claim, together with the relevant particulars of claim, to the court and on 22 September 2011 permission was granted to serve the claim form on Google Inc. in the United States. The applicant subsequently incorporated a complaint about comment H into the particulars of claim and served them on Google Inc.

23. Google Inc. sought to have the permission to serve the claim out of jurisdiction set aside and asked the High Court to declare that it had no jurisdiction to try the claim. It argued that:

i. the claim form did not allege that the comments had been accessed by a substantial number of readers in the jurisdiction. There was therefore no "real and substantial" tort (see paragraphs 50-53 below);

ii. Google Inc. was not a publisher for the purposes of the English law of defamation, but merely a neutral service provider which did not create and had no control over the content users posted on their blogs; and

iii. even if Google Inc. were to be regarded as a publisher, it would be protected from liability by Regulation 19 of the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 ("the 2002 Regulations" – see paragraph 49 below).

24. On 2 March 2012 the High Court held that it should decline jurisdiction and that the order for service out of the jurisdiction should be set aside.

25. The judge first considered whether there was any evidence of a "real and substantial tort" within the jurisdiction. He considered each of the comments individually and while he characterised comments C, E, F, G and H as "mere vulgar abuse" to which no sensible person would attach much, if any, weight, he accepted that comments A, B and D were arguably defamatory.

26. On the question of whether Google Inc. was the "publisher", the judge noted that the applicant did not allege that it could be liable for the comments complained of before he notified it of their potential unlawfulness. Consequently, the judge only considered it necessary to assess potential legal liability from the point of notification.

27. The judge considered it relevant, although not determinative as a matter of law, that Google Inc. promulgated and attempted to follow a well known policy of not removing offending material on the basis that it was not in a position to investigate or come to a decision upon any legal challenge. This was partly a question of principle and partly a matter of sheer practicality: on the one hand, Google Inc. regarded itself as providing a platform for the free exchange of information and ideas and would not wish to be seen as a censor; on the other hand, the blogs on Blogger.com contained more than half a trillion words and 250,000 new words were added every minute. It would therefore be virtually impossible for the corporation to exercise editorial control over content.

28. The judge further noted that one should guard against imposing legal liability in restraint of Article 10 of the Convention where it was not necessary or proportionate to do so. In this regard, he considered the possibility of an action against the authors of the comments and possibly the author of the blog. While he accepted that this approach "may be regarded as more theoretical than real due to problems of anonymity", it was an argument that could not simply be ignored. However, the important question was not whether the applicant could identify the authors or

bloggers in question, but rather whether he was in a position to establish against Google Inc. the necessary attributes of a publisher.

29. The judge concluded:

> "*38. Google Inc. accepts the responsibility of notifying (albeit not always with great promptitude) the blogger(s) in question. It does not, however, accept that it should investigate every complaint received, whether by way of establishing the facts or obtaining advice on the relevant domestic law or laws that may be applicable. The fact that an entity in Google Inc.'s position may have been notified of a complaint does not immediately convert its status or role into that of a publisher. It is not easy to see that its role, if confined to that of a provider or facilitator beforehand, should be automatically expanded thereafter into that of a person who authorises or acquiesces in publication. It claims to remain as neutral in that process after notification as it was before. It takes no position on the appropriateness of publication one way or the other. It may be true that it has the technical capability of taking down (or, in a real sense, censoring) communications which have been launched by bloggers or commentators on its platform. Yet that is not by any means the same as saying that it has become an author or authoriser of publication. It is no doubt often true that the owner of a wall which has been festooned, overnight, with defamatory graffiti could acquire scaffolding and have it all deleted with whitewash. That is not necessarily to say, however, that the unfortunate owner must, unless and until this has been accomplished, be classified as a publisher.*
>
> *39. It seems to me to be a significant factor in the evidence before me that Google Inc. is not required to take any positive step, technically, in the process of continuing the accessibility of the offending material, whether it has been notified of a complainant's objection or not. In those circumstances, I would be prepared to hold that it should not be regarded as a publisher, or even as one who authorises publication, under the established principles of the common law. As I understand the evidence its role, as a platform provider, is a purely passive one ... I would rule that Google Inc. is not liable at common law as a publisher. It would accordingly have no need to rely upon a defence (statutory or otherwise).*"

30. Finally, the judge said that if, contrary to that view, Google Inc. was to be regarded as a "publisher", section 1 of the Defamation Act 1996 ("the 1996 Act" – see paragraphs 45-48 below) provided it with a defence, notably because it took reasonable care in passing the complaint on to the blogger once it had been notified. In reaching this conclusion, he accepted that the period

between notification and the removal of the offending post was so short as to give rise to potential liability on the part of Google Inc. only for a very limited period with the consequence that its potential liability, if any, would be so trivial as not to justify the maintenance of the proceedings. Alternatively, regulation 19 of the 2002 Regulations would provide Google Inc. with a defence if it were otherwise needed.

(b) The Court of Appeal

31. The applicant sought leave to appeal to the Court of Appeal. He argued that the High Court was wrong to conclude that Google Inc. was not a "publisher" at common law; that Google Inc. had an unanswerable defence under section 1 of the 1996 Act; and that Google Inc. had an unanswerable defence under regulation 19 of the 2002 Regulations. Although his arguments primarily focused on domestic law, at the end of his written grounds he argued that in interpreting regulation 19 of the 2002 Regulations, the right to freedom of expression in Article 10 of the Convention was not to be prioritised, that reputation was among the rights protected by Article 8, and that Article 8 and 10 rights were to be accorded equal weight.

32. Leave to appeal was granted and on 14 February 2013 the Court of Appeal dismissed the appeal.

33. With regard to the date of notification, the applicant had submitted that between 29 April 2011 and the letter of claim he had made various telephone calls to Google UK Ltd and sent two letters to that company's office. However, the Court of Appeal noted that the transcript of the High Court hearing made it "tolerably clear" that he had been content to proceed on the basis that the date of notification of the complaint to Google Inc. fell between 5 July 2011 (when Google UK Ltd received his letter) and 8 July 2011 (when Google Inc. first contacted him by email). The court refused to admit fresh evidence in the form of the letters allegedly sent to Google UK Ltd since these documents could have been submitted for use at the hearing below.

34. The court further accepted the High Court's findings as to the nature of the comments and agreed with its conclusion that comments A, B and D were arguably defamatory.

35. On the question of whether Google Inc. was a publisher, the court noted that the applicant's pleaded case related to the period after Google Inc. had been notified of the complaint. It considered the High Court judge to have been wrong to regard Google Inc.'s role during this period as a purely passive one and to attach the significance he did to the absence of any positive steps by Google Inc. in relation to continued publication of the comments in issue. It explained:

"*24. By the Blogger service Google Inc. provides a platform for blogs, together with design tools and, if required, a URL; it also provides a related service to enable the display of remunerative advertisements on a blog. It makes the Blogger service available on terms of its own choice and it can readily remove or block access to any blog that does not comply with those terms ... As a matter of corporate policy and no doubt also for reasons of practicality, it does not seek to exercise prior control over the content of blogs or comments posted on them, but it defines the limits of permitted content and it has the power and capability to remove or block access to offending material to which its attention is drawn.*

25. By the provision of that service Google Inc. plainly facilitates publication of the blogs (including the comments posted on them). Its involvement is not such, however, as to make it a primary publisher of the blogs. It does not create the blogs or have any prior knowledge of, or effective control over, their content. It is not in a position comparable to that of the author or editor of a defamatory article. Nor is it in a position comparable to that of the corporate proprietor of a newspaper in which a defamatory article is printed. Such a corporation may be liable as a primary publisher by reason of the involvement of its employees or agents in the publication. But there is no relationship of employment or agency between Google Inc. and the bloggers or those posting comments on the blogs: such people are plainly independent of Google Inc. and do not act in any sense on its behalf or in its name ..."

36. The court was also very doubtful that Google Inc.'s role was that of a secondary publisher, facilitating publication in a manner analogous to a distributor. It concluded that, in any event, such an argument could get nowhere in relation to the period prior to notification of the complaint in light of a long-established line of authority that a person involved only in dissemination was not to be treated as a publisher unless he knew or ought by the exercise of reasonable care to have known that the publication was likely to be defamatory. Since it could not be said that Google Inc. knew or ought reasonably to have known of the defamatory comments prior to notification by the applicant, Google Inc. could not be viewed as a secondary publisher prior to such notification. The court further found that even if it could be so regarded, it would have an unassailable defence during that period under section 1 of the 1996 Act.

37. As to Google Inc.'s position after notification, the Court of Appeal took a different view from the High Court. It considered that if Google Inc. allowed defamatory material to remain on a blog after it had been notified of the presence of that material, it might be inferred to have associated itself with, or to have made itself responsible for, the continued presence of that material on the

blog and thereby to have become a publisher of the material. However, such an inference could not properly be drawn until Google Inc. had had a reasonable time to remove the defamatory comments. The court considered it open to argument that the time taken to remove the comments after notification – over five weeks as regards comments A and B – was sufficiently long to give rise to such an inference. The claim could therefore not be dismissed on the ground that Google Inc. was clearly not the publisher.

38. It was accordingly necessary to consider the defence under section 1 of the 1996 Act. Here, while the Court of Appeal accepted that the conditions in subsections 1(a) to (c) were plainly satisfied in relation to the period prior to notification of the complaint, it was not persuaded that in the period after notification Google Inc. did not know, and had no reason to believe, that what it did caused the publication of a defamatory statement. The court was therefore not satisfied that, if Google Inc. were considered to be a publisher, it would have an unassailable defence under section 1 of the 1996 Act.

39. Nevertheless, the Court of Appeal found that the High Court was plainly right to conclude that the claim should not be allowed to proceed because both the damage and any eventual vindication would be minimal and the costs of the exercise would be out of all proportion to what would be achieved (in other words, that there had been no "real and substantial tort"). It explained:

> "*50. ... The allegedly defamatory comments were posted between 28 and 30 April, soon after the initial blog of 27 April. By the very nature of a blog, they will have been followed by numerous other comments in the chain and, whilst still accessible, will have receded into history. As I have indicated, the earliest point at which Google Inc. could have become liable in respect of the comments would be some time after notification of the complaint in respect of them. But it is highly improbable that any significant number of readers will have accessed the comments after that time and prior to removal of the entire blog. It follows ... that any damage to the appellant's reputation arising out of continued publication of the comments during that period will have been trivial; and in those circumstances the [High Court] judge was right to consider that 'the game would not be worth the candle'. I do not accept [the] submission that various other features of the claim, including the fact that the appellant's name is relatively uncommon and distinctive in this jurisdiction, undermined the judge's conclusion.*"

40. It followed that the appeal failed and, in the circumstances, it was unnecessary to consider whether Google Inc. would have had a defence under regulation 19 of the 2002 Regulations.

(c) The Supreme Court

41. The applicant sought permission to appeal to the Supreme Court. He argued that the judgment of the Court of Appeal did not strike the correct balance between Articles 6, 8 and 10 of the Convention and unlawfully denied him access to a court and deprived him of the means to vindicate his Article 8 rights.

42. On 1 July 2013 the Supreme Court refused permission to appeal on the basis that the applicant did not raise an arguable point of law.

B. Relevant domestic law

1. Defamation

43. In order to become legally responsible for the publication of a defamatory statement, and therefore potentially liable in the tort of defamation, English law requires, as a minimum, knowing involvement in the process of publication of the relevant words: Bunt v. Tilley [2007] 1 WLR 1243. Accordingly, a person whose role is confined to the process of disseminating allegedly objectionable content is not to be treated as a "publisher", in the sense required to give rise to potential liability in defamation, unless he knew or ought by the exercise of reasonable care to have known that the publication was likely to be defamatory.

44. In the context of defamation claims brought against information society service providers ("ISSPs"), the English courts have distinguished between ISSPs whose role is automatic and/or amounts to no more than acting as a passive medium for communication of third-party content transmitted between Internet users; and ISSPs which operate services and platforms on which third-party defamatory content is stored, in a manner which is more than merely transient or temporary, and thereby made accessible to other Internet users. ISSPs whose services fall within the latter category may potentially become liable for third-party content under the principles of defamation by omission or acquiescence; for example, if they fail to take down defamatory content after being alerted to its existence, if they have power to remove the content and it can be inferred from the circumstances of the case that their failure to do so constituted consent to or authorisation of continued publication.

2. Relevant defences

(a) The Defamation Act 1996

45. The Defamation Act 1996 amended the law of defamation. Section 1 is headed "responsibility for publication" and provides, in subsection (1), that a person has a defence in defamation proceedings if he shows that:

"*(a) he was not the author, editor or publisher of the statement complained of,*

(b) he took reasonable care in relation to its publication, and

(c) he did not know, and had no reason to believe, that what he did caused or contributed to the publication of a defamatory statement."

46. Pursuant to section 1(2), "author", "editor" and "publisher" have the following meanings:

"*'author' means the originator of the statement, but does not include a person who did not intend that his statement be published at all;*

'editor' means a person having editorial or equivalent responsibility for the content of the statement or the decision to publish it; and

'publisher' means a commercial publisher, that is, a person whose business is issuing material to the public, or a section of the public, who issues material containing the statement in the course of that business."

47. Section 1(3)(e) provides that a person shall not be considered the author, editor or publisher of a statement if he is only involved as the operator of or provider of access to a communications system by means of which the statement is transmitted, or made available, by a person over whom he has no effective control.

48. Pursuant to section 1(5), in determining whether a person took reasonable care, or had reason to believe that what he did caused or contributed to the publication of a defamatory statement, regard must be had to:

"*(a) the extent of his responsibility for the content of the statement or the decision to publish it,*

(b) the nature or circumstances of the publication, and

(c) the previous conduct or character of the author, editor or publisher."

(b) The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002

49. Regulation 19 of the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002, which implemented the provisions of Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council dated 8 June 2000 relating to electronic commerce (see paragraph 55 below), provides:

"*Where an information society service is provided which consists of the storage of information provided by a recipient of the service, the service provider (if he otherwise*

would) shall not be liable for damages or for any other pecuniary remedy or for any criminal sanction as a result of that storage where–

(a) the service provider–

(i) does not have actual knowledge of unlawful activity or information and, where a claim for damages is made, is not aware of facts or circumstances from which it would have been apparent to the service provider that the activity or information was unlawful; or

(ii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information, and

(b) the recipient of the service was not acting under the authority or the control of the service provider."

3. The requirement of "a real and substantial tort"

50. Under English law, a claimant normally requires the national courts' permission to serve proceedings on a defendant who is domiciled outside the jurisdiction. A claimant may apply to the court for permission without giving notice to the prospective defendant. However, if permission is granted, the foreign defendant may apply to have the order set aside.

51. In Dow Jones & Co Inc v.Yousef Abdul Latif Jameel [2005] EWCA Civ 75 the Court of Appeal held that an application to set aside permission to serve defamation proceedings out of the jurisdiction could be granted on the basis that the publications complained of did not, individually or collectively, amount to "a real and substantial tort". Although jurisdiction was no longer in issue in that case, the court further noted that it would be an abuse of process to continue to commit the resources of the English court, including substantial judge and possibly jury time, to an action where little was seen to be at stake.

52. In reaching this conclusion, the court observed:

"*There have been two recent developments which have rendered the court more ready to entertain a submission that pursuit of a libel action is an abuse of process. The first is the introduction of the new Civil Procedure Rules. Pursuit of the overriding objective requires an approach by the court to litigation that is both more flexible and more pro-active. The second is the coming into effect of the Human Rights Act. Section 6 requires the court, as a public authority, to administer the law in a manner which is compatible with Convention rights, insofar as it is possible to do so. Keeping a proper balance between the Article 10 right of freedom of expression and the protection of individual reputation must, so it seems to us, require the court to bring to a stop as an abuse of process defamation proceedings*

that are not serving the legitimate purpose of protecting the claimant's reputation, which includes compensating the claimant only if that reputation has been unlawfully damaged."

53. In *Mohammed Hussein Al Amoudi v. Jean Charles Brisard And Jcb Consulting International Sarl [2006] EWHC 1062 (QB)* the High Court found no basis for concluding that a claimant in a libel action on an Internet publication was entitled to rely on a presumption of law that there had been substantial publication. Rather, the claimant had to prove publication from the Internet either to identifiable third parties or by asking the court to draw an inference based upon facts admitted or proved.

C. Relevant international law and practice

54. On 28 May 2003, at the 840th meeting of the Ministers' Deputies, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a Declaration on freedom of communication on the Internet. According to Principle 6,

"*In cases where the functions of service providers are wider and they store content emanating from other parties, member states may hold them co-responsible if they do not act expeditiously to remove or disable access to information or services as soon as they become aware, as defined by national law, of their illegal nature or, in the event of a claim for damages, of facts or circumstances revealing the illegality of the activity or information.*"

55. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) provides, insofar as relevant:

"*Article 14 – Hosting*

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15 – No general obligation to monitor

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements."

56. A Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, adopted on 21 December 2005, stated the following:

"*No one should be liable for content on the Internet of which they are not the author, unless they have either adopted that content as their own or refused to obey a court order to remove that content.*"

COMPLAINTS

57. In the applicant's submission the respondent State was in breach of its positive obligation under Article 8 of the Convention to protect his right to reputation, since defamatory allegations had been published for a period of three and a half months on a website hosted by Google Inc. but the domestic courts had refused to grant him a remedy for the resulting damage.

58. He further asserted that by applying the test of "no real or substantial tort", the domestic courts had denied him access to a remedy for the serious interference with his Article 8 rights caused by the publication of the comments.

THE LAW

A. Alleged violation of Article 8 of the Convention

59. The applicant complained that in refusing him permission to serve a claim form on Google Inc., the respondent State was in breach of its positive obligation under Article 8 of the Convention to protect his right to reputation. Article 8 of the Convention provides as follows:

> "*1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
>
> *2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*"

1. The parties' submissions

(a) The Government

60. The Government submitted that the applicant's Article 8 complaint should be rejected as manifestly ill-founded.

61. First of all, the Government argued that the extent to which the applicant's Article 8 rights had been engaged required careful scrutiny. In his application to the Court, he purported to rely on all the comments posted underneath the blog. However, the High Court judge concluded that comments C, E, F, G and H were examples of "mere vulgar abuse" of the sort which regularly appears on the Internet and to which no sensible person would attach much, if any, weight. Although the applicant challenged the judge's ruling in respect of comments C, E and G before the Court of Appeal, the same challenge was not renewed in his application to the Supreme Court. Moreover, while the Government accepted that comments A and D were potentially capable of reaching the high threshold identified by the Court before a reputational attack could fall within the scope of Article 8 (that is, they were of such a seriously offensive nature that their publication had a direct effect on the applicant's private life – see Karako v. Hungary, no. 39311/05, 28 July 2009 and A v. Norway, no. 28070/06, § 64, 9 April 2009), they considered it "questionable" whether the matters alleged by comment B reached that threshold.

62. With regard to the question of whether a fair balance had been struck, the Government argued that the decision of the national courts to prevent the applicant maintaining a claim against Google Inc. was manifestly proportionate, since allowing the claim to proceed in circumstances where he

could only hope to recover trivial damages would have represented a disproportionate and unnecessary interference with the Article 10 rights of Google Inc. and its users.

63. In this regard, the Government noted that where the balancing exercise between Articles 8 and 10 has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, it would require "strong reasons" to substitute its own views for that of the national courts. In the present case, the laws applied by the national courts – notably, the "real and substantial tort" test – were designed to maintain an effective balance between the rights of those whose reputation had been defamed on online platforms and those of ISSPs and their users; that is, to carefully weigh the competing rights of the applicant under Article 8 of the Convention against the Article 10 rights of Google Inc. and its users.

64. Furthermore, the balance struck by the domestic courts in distinguishing between Google Inc.'s potential liability before and after notification was in accordance with the approach to ISSP liability found in EU law and was entirely consistent with the judgment of the Grand Chamber in Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, §§ 115-116, ECHR 2015. Against this backdrop, the decisions of the national courts were clearly based on "relevant and sufficient reasons".

65. Finally, with regard to the elements identified in Delfi, cited above, § 142, as relevant to the assessment of proportionality, the Government submitted that: it would not have been impractical or impossible for the applicant to have pursued a remedy against the authors of the comments and, in any event, the practical difficulties in doing so did not compel the domestic courts to upset the delicate balance drawn by domestic and EU law by imposing liability on Google Inc. from the outset; in the circumstances of this case, Google Inc. had operated a "notice-and-take-down" process, taking reasonable care in respect of continued publication once notice had been received; and imposing liability on Google Inc. prior to notification would have constituted a manifestly disproportionate interference with the Article 10 rights of both it and its users and could have had deleterious consequences for the important role played by the Internet in facilitating the free and frank exchange of information, opinion and ideas.

(b) The applicant

66. The applicant, on the other hand, contended that the publication of comments A to H constituted a public attack on his person which constituted an interference with his Article 8 right to respect for his private life. Although the judge at first instance found that comments C, E, F, G and H were not "defamatory", this was not determinative of the question of whether their publication interfered with his right to reputation.

67. The applicant confirmed that his complaint was focused on the national courts' finding that no "real and substantial tort" had been committed. He did not, therefore, contend that they should have held Google Inc. liable in respect of the entire period of publication, or that there should be unlimited liability on ISSPs. However, he argued that the finding of no "real and substantial tort" was not "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention. Although he accepted that the national courts enjoyed a very wide margin of appreciation where they had balanced Articles 8 and 10 in accordance with the criteria established by the Court, he submitted that in the present case the courts had not conducted such a balancing exercise since at no point had there been any hearing on the merits. As the courts were only concerned with whether the "threshold criteria" had been met, they did not investigate any factual issues and Google Inc. was not required to produce evidence concerning the extent to which the comments complained of had been viewed by third parties.

68. In these circumstances, he argued that the national courts' conclusion that no "real and substantial tort" had been committed required particularly careful scrutiny. However, he considered "unsustainable" the conclusion that his Article 8 rights did not require vindication, even allowing for their finding that Google Inc. was only potentially liable for publication following notification. Furthermore, he contended that the national courts had failed to give relevant and sufficient reasons for concluding that his reputation had not suffered substantial damage. First of all, no reasons were given for limiting the period of Google Inc.'s potential liability to five weeks, when the applicant's pleaded case was that he had used the "report abuse" feature on 28 or 29 April 2011. Secondly, the domestic courts found it "highly improbable" that any significant number of readers would have accessed the comments after they were made, but no reasons were given for this view and there was no evidence on the point, even though Google Inc. would have known what the figures were.

69. With regard to the Delfi criteria, the applicant submitted that the relevant comments had been statements of fact which were plainly defamatory, seriously damaging to his reputation, and did not contribute to a debate of public interest; that a Norwich Pharmacal application was often a difficult and protracted procedure and, in any event, the question of whether he could have brought proceedings against the authors of the comments was irrelevant since placing responsibility on Google Inc. as an intermediary would not be a disproportionate interference with its Article 10 rights; although Google Inc. had operated a "notice-and-take-down" process, it was inadequate in his case since four months elapsed between his "reporting abuse" and the content being removed; the comments had a severe and adverse impact on his reputation, which he had no means of vindicating; and finally, finding a violation would not have a "chilling effect" since safeguards

existed to protect companies such as Google Inc. where they could not reasonably be said to have known of the content or where they acted expeditiously to remove it once they knew of its existence.

(c) The third party interveners

(i) Google Inc.

70. According to Google Inc., its Blogger.com platform enabled the authors of blogs and comments to exercise their right to freedom of expression while facilitating the rights of others to receive information on a wide range of political, social and cultural topics. Therefore, the Article 10 rights of both Google Inc. and the millions of individuals using the Blogger.com platform every day were engaged by the present application.

71. Google Inc. contended that a requirement to filter comments prior to publication would impose a disproportionate and unfeasible burden on ISSPs. Furthermore, holding ISSPs liable from the moment the first letter of complaint was received, without allowing a reasonable period of time to investigate the merits of a complaint, to contact the author of the blog or comment, and take the necessary technical and practical steps to facilitate removal, would also result in a disproportionate interference with the ISSP's Article 10 rights. In order to strike a fair balance between the interests of the aggrieved person and the provider of the blogging platform, an ISSP must be afforded a reasonable period of time to investigate and evaluate a request to remove a comment and, where appropriate, to implement removal. To find otherwise would effectively compel ISSPs to remove comments immediately following a complaint, without first considering its merits, and this would likely stifle legitimate speech and supress the publication of information on important matters of public interest.

(ii) Media Legal Defence Initiative ("MLDI")

72. MLDI submitted that intermediaries hosting third-party content provide the "digital space" for individuals to exercise their right to freedom of expression, and the promotion and preservation of this "digital space" was the principal rationale for restricting their liability. However, due to the prominence of many intermediaries and the anonymity of many persons exercising their right to freedom of expression on the Internet, intermediaries are easy targets for persons aggrieved about information published online and, consequently, are highly vulnerable to attempts to stifle freedom of expression. Appropriate safeguards and strict limitations on intermediary liability are therefore essential if intermediaries are to keep "digital spaces" open. Such safeguards ranged from conditional to absolute immunity for intermediaries; requirements that courts and not intermediaries arbitrate on the lawfulness of material posted by end users; a requirement for actual

knowledge of illegality based on appropriate notice; no obligation to monitor; and the existence of jurisdictional thresholds – preventing courts from hearing either frivolous defamation cases or claims by persons without sufficient connection to their jurisdiction – to prevent libel tourism.

73. MLDI further emphasised the importance of considering the Article 10 rights of not only the intermediaries but also the end users of their services. Without protection being afforded to intermediaries, there is a risk that they may be forced to act as censors – and thus threaten their end users' right to freedom of expression – to pre-empt the risk of liability. This risk would be heightened if intermediaries were required to arbitrate on the lawfulness of content, as they would likely err on the side of caution and over-censor content that might in fact represent a lawful exercise of their users' Article 10 rights. In view of these considerations, MLDI submitted that intermediaries should only be held liable for information they host where they have failed to comply with an order of the court or other competent body compelling the taking down or blocking of information. This would ensure that the Article 10 rights of an end user would only be restricted where there was an appropriate legal basis for doing so.

74. In the alternative, MLDI submitted that, as a minimum, intermediaries should be required to have actual knowledge before liability could arise from a failure to take down or block impugned content. However, it was important to recall that in L'Oreal v. eBay, Case C-234/09 the Court of Justice of the European Union emphasised that notification of allegedly illegal content did not automatically connote actual knowledge, since notification could be insufficiently precise or inadequately substantiated.

(iii) Article 19

75. Article 19 invited the Court to have regard to the fact that, in today's interconnected digital world, millions of Internet users post comments online on a daily basis and many express themselves in ways that might be regarded as defamatory. However, the majority of comments made by private individuals, particularly comments in response to blogs or posts on social media, are likely to be too trivial in character, and/or the extent of their publication is likely to be too limited, for them to cause any significant damage to another person's reputation.

76. In light of this, Article 19 considered it particularly important that national legislatures and courts require claimants to show "significant" or "serious" harm to their reputation in order for a claim in defamation to proceed or succeed. Such threshold tests may be applied to decisions regarding the appropriate jurisdiction for bringing a claim, or to applications to strike out a claim as an abuse of process. In the opinion of Article 19, if reasonably interpreted and applied, these tests will result in outcomes which strike an appropriate balance between the protection of

reputation under Article 8 and freedom of expression under Article 10. Such a view was entirely consistent with the jurisprudence of the Court, which has repeatedly held that the reputational element of Article 8 will only be engaged where an attack on a person's reputation attains a minimum level of seriousness.

2. The Court's assessment

77. The Court has accepted that the right to respect for private life under Article 8 of the Convention encompasses a person's right to the protection of his or her reputation (see, for example, Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012; Delfi, cited above, § 137, ECHR 2015; and Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, no. 22947/13, § 57, 2 February 2016). As the right to respect for private life requires not only that the State refrain from interfering with private life but also entails certain positive obligations (see, for example, Mosley v. the United Kingdom, no. 48009/08, § 106, 10 May 2011), it follows that Article 8 encompasses a positive obligation on the Contracting States to ensure the effective protection of the right to respect for reputation to those within their jurisdiction (see Pihl v. Sweden (dec.), no. 74742/14, § 28, 7 February 2017).

78. However, the notion of "respect" in Article 8 is not clear-cut, and can normally be secured by a number of possible methods (see Mosley, cited above, § 107 and Karakó v. Hungary, no. 39311/05, § 19, 28 April 2009). Consequently, the choice of measures designed to secure compliance with the Contracting States' positive obligation in the sphere of the relations between individuals in principle falls within their margin of appreciation (see, inter alia, Mosley, cited above, § 107, and Odièvre v. France [GC], no. 42326/98, § 46, ECHR 2003-III).

79. The Court has identified a number of factors to be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the State in such cases: the nature of the activities involved – including the gravity of the interference with private life; the existence or absence of a consensus across the Contracting States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it; and, in cases where the measures which an applicant claims are required pursuant to positive obligations under Article 8 would have an impact on freedom of expression, the fair balance that has to be struck between the competing rights and interests arising under Article 8 and Article 10 (Mosley, cited above, §§ 108-111). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court will require strong reasons to substitute its view for that of the national courts (see, for

example, Delfi, cited above, § 139, ECHR 2015, Axel Springer, cited above, § 88, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 107, ECHR 2012).

80. Turning to the facts of the case at hand, in considering the gravity of the interference with the applicant's Article 8 rights, the Court recalls that an attack on personal honour and reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing prejudice to the personal enjoyment of the right to respect for private life (see Delfi, cited above, § 137 and Axel Springer, cited above, § 83). This threshold test is important: as Article 19 noted in their intervention, the reality is that millions of Internet users post comments online every day and many of these users express themselves in ways that might be regarded as offensive or even defamatory. However, the majority of comments are likely to be too trivial in character, and/or the extent of their publication is likely to be too limited, for them to cause any significant damage to another person's reputation (see paragraph 75 above).

81. In deciding whether that threshold has been met in the present case, the Court is inclined to agree with the national courts that while the majority of comments about which the applicant complains were undoubtedly offensive, for the large part they were little more than "vulgar abuse" of a kind – albeit belonging to a low register of style – which is common in communication on many Internet portals (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete, cited above, § 77) and which the applicant, as a budding politician, would be expected to tolerate (see, among many examples, Gaunt v. the United Kingdom (dec.), no. 26448/12, § 45, 6 September 2016, and Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], no. 40454/07, § 121, ECHR 2015 (extracts)). Furthermore, many of those comments (such as comments B, D, and E) which made more specific – and potentially injurious – allegations would, in the context in which they were written, likely be understood by readers as conjecture which should not be taken seriously.

82. Moreover, the Court notes that this is not a case in which no measures were in place to enable the applicant to protect his Article 8 rights. On the contrary, following publication of the impugned comments on the "London Muslim" blog, he had at least three options available to him to protect any perceived damage to his reputation. First of all, he could have brought libel proceedings against the authors of the comments. While this option would not have been without its difficulties, as the authors were unlikely to be readily identifiable, there was the possibility of making a Norwich Pharmacal application to seek disclosure of their identities from Google Inc. Secondly, he could have pursued a claim against the author of the "London Muslim" blog. Thirdly, there was the option the applicant elected to pursue; namely, an action against Google Inc. as the owner of Blogger.com. Although the applicant was ultimately prevented from serving proceedings on

Google Inc., this was not because such an action was inherently objectionable to the national courts. Rather, having assessed the evidence before them, they concluded that the applicant's claim did not meet the "real and substantial tort" threshold required to serve defamation proceedings outside the jurisdiction.

83. This conclusion was based, to a significant extent, on the courts' finding that Google Inc. could only, on the most generous assessment, be found responsible in law for the content of the comments once a reasonable period had elapsed after it was notified of their potentially defamatory nature.

84. The approach of the national courts is entirely in keeping with the position in international law. Indeed, the Council of Europe, the European Union, the United Nations and the Organisation for Security and Co operation in Europe have all indicated that ISSPs should not be held responsible for content emanating from third parties unless they failed to act expeditiously in removing or disabling access to it once they became aware of its illegality (see paragraphs 54-56 above). Indeed, the EU Directive on Electronic Commerce expressly provides that Member States shall neither impose a general obligation on ISSPs which are storing information provided by a recipient of their services to monitor the information which they store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity (see paragraph 55 above).

85. Moreover, although the applicant relied heavily on Delfi (cited above), the Court finds nothing in the judgment of the Grand Chamber that would cast doubt on that position. In Delfi the Grand Chamber was concerned with a large, professionally managed Internet news portal run on a commercial basis which published news articles of its own and invited its readers to comment on them; it expressly stated that it did not concern other Internet fora, such as a social media platform where the platform provider does not offer any content and where the content provider may be a private person running a website or blog as a hobby (Delfi, cited above, §§ 115 116).

86. It is true that the national courts did not expressly balance the applicant's right to respect for his reputation against the right to freedom of expression of both Google Inc. and its end users. However, the applicant's arguments before those courts primarily concerned issues of domestic law, with Article 8 only being referenced in cursory terms towards the end of his grounds of appeal to the Court of Appeal (see paragraph 31 above). The relevant Convention complaints were raised more fully in his grounds of appeal to the Supreme Court; however, as permission to appeal to the Supreme Court is only granted in a small percentage of cases which raise an arguable point of law of general public importance, this is generally not considered to be an appropriate forum for introducing new grounds.

87. In any case, it is clear from Dow Jones & Co Inc v. Yousef Abdul Latif Jameel that the primary purpose of the "real and substantial tort" test was to ensure that a fair balance was struck between Articles 8 and 10; in other words, in applying this test the national courts were, in fact, ensuring that there would be no interference with Google Inc.'s right to freedom of expression in a case where the interference with the applicant's reputation was "trivial". Furthermore, while the domestic proceedings in the present case preceded delivery of the Grand Chamber judgment in Delfi, in substance the national courts addressed the specific aspects of freedom of expression identified therein as relevant for the concrete assessment of the interference in question (see by analogy Delfi, cited above, §§ 142-143): namely, the nature of the comments and the context in which they were made (see paragraphs 25 and 34 above), the action taken by Google Inc. following notification (see paragraphs 27, 35 and 37 above), the potential liability of the actual authors of the comments (see paragraph 28 above), and the consequences of the domestic proceedings for both the applicant's reputation and for Google Inc.'s role as the provider of a platform for the free exchange of information and ideas (see paragraphs 27 and 35 above).

88. The applicant makes two specific complaints about the findings of the national courts. First, he suggests that they did not give relevant and sufficient reasons for finding that Google Inc. was only notified of his complaints in early July 2011, when he used the "report abuse" feature on 28 or 29 April 2011, and subsequently sent letters to Google UK Ltd. However, he appears to have accepted in the proceedings before the High Court that Google Inc. was only notified of his concerns about the content of the comments sometime between 5 July 2011 and 8 July 2011 (more than two months after they were first published), and he cannot now seek to reopen the issue (see paragraph 33 above). Secondly, he complains that the national courts did not give relevant and sufficient reasons for finding it "highly improbable" that a significant number of readers would have accessed the impugned comments some two months after they were first published. Nevertheless, it is clear from the judgment in Mohammed Hussein Al Amoudi v. Jean Charles Brisard And Jcb Consulting International Sarl that it is for the claimant in an Internet libel action to prove that there had been "substantial publication" (see paragraph 53 above). The applicant does not appear to challenge the burden of proof under domestic law, and as he did not produce any evidence of "substantial publication", either in the domestic proceedings or before this Court, the national courts' findings on this issue cannot now be impugned.

89. The Court is therefore satisfied that the appropriate balancing exercise was conducted by the national courts, and that the reasons given for their decision were both "relevant and sufficient".

90. In light of the above considerations, and having particular regard to the important role that ISSPs such as Google Inc. perform in facilitating access to information and debate on a wide range of political, social and cultural topics, the Court considers that the respondent State's margin of appreciation in the present case was necessarily a wide one. Furthermore, having discerned no "strong reasons" which would justify substituting its own view for those of the national courts (see, for example, Delfi, cited above, § 139, ECHR 2015, Axel Springer, cited above, § 88, and Von Hannover v. Germany (no. 2), cited above, § 107), it finds that they acted within this wide margin of appreciation and achieved a fair balance between the applicant's right to respect for his private life under Article 8 of the Convention and the right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention and enjoyed by both Google Inc. and its end users.

91. Accordingly, the applicant's Article 8 complaint must be rejected as manifestly ill-founded pursuant to Article 35 (3) (a) of the Convention.

B. Alleged violation of Article 13 read together Article 8 of the Convention

92. The applicant further asserted that by applying the test of "no substantial tort", the domestic courts had denied him access to a remedy for the serious interference with his Article 8 rights caused by the publication of the comments.

93. Article 13 of the Convention provides as follows:

> "*Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.*"

94. In view of its conclusion at paragraph 91 above, the Court finds that the applicant's Article 8 complaint did not give rise to any arguable claim of a breach of a Convention right. Accordingly, Article 13 of the Convention does not apply (Boyle and Rice v. the United Kingdom, 27 April 1988, Series A no. 131). This complaint must therefore be rejected as incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention in accordance with Article 35 § 4.

For these reasons, the Court, unanimously,

Declares the application inadmissible.

Done in English and notified in writing on 12 October 2017.

Abel Campos

Registrar

Linos-Alexandre Sicilianos

President

AİHM - Rolf Anders Daniel Pihl v. Sweden - 9 Mart 2017 (İngilizce)

Press Release issued by the Registrar of the Court

ECHR 085 (2017)

09.03.2017

A refusal to hold the owner of a blog liable for a defamatory anonymous online comment did not violate the Convention

In its decision in the case of Pihl v. Sweden (application no. 74742/14) the European Court of Human Rights has unanimously declared the application inadmissible. The decision is final.

The applicant had been the subject of a defamatory online comment, which had been published anonymously on a blog. The applicant made a civil claim against the small non-profit association which ran the blog, claiming that it should be held liable for the third-party comment. The claim was rejected by the Swedish courts and the Chancellor of Justice. The applicant complained to the Court that by failing to hold the association liable, the authorities had failed to protect his reputation and had violated his right to respect for his private life.

The Court held that the complaint was without merit. In cases such as this, a balance must be struck between an individual's right to respect for his private life, and the right to freedom of expression enjoyed by an individual or group running an internet portal. In light of the circumstances of this case, the national authorities had struck a fair balance when refusing to hold the association liable for the anonymous comment. In particular, this was because: although the comment had been offensive, it had not amounted to hate speech or an incitement to violence; it had been posted on a small blog run by a non-profit association; it had been taken down the day after the applicant had made a complaint; and it had only been on the blog for around nine days.

Principal facts

The applicant, Mr Rolf Anders Daniel Pihl, is a Swedish national who was born in 1986 and lives in Linköping, Sweden.

On 29 September 2011, a blog run by a small non-profit association published a post, accusing Mr Pihl of being involved in a Nazi party. An anonymous person posted a comment stating, "that guy pihl is also a real hash-junkie according to several people I have spoken to". Nine days later

and following a complaint by Mr Pihl, the association removed the blog post and comment, and published an apology.

Mr Pihl sued the association, claiming symbolic damages of one Swedish krona for defamation. He claimed that the association was responsible for both the post and the comment - in regard to the latter, because the association had failed to remove it immediately. The Linköping District Court dismissed the claim relating to the blog post, finding that it was covered by freedom of expression legislation which fell under the competence of the Stockholm District Court. After examining the claim in relation to the anonymous comment, the court rejected it. Though the court accepted that the comment had been defamatory, it found no legal grounds on which to hold the association responsible for failing to remove it sooner than it had done. The Court of Appeal upheld the District

Court's judgment in full, and the Supreme Court refused to grant Mr Pihl leave to appeal. Mr Pihl lodged a further application with the Chancellor of Justice, claiming that the State had failed in its obligations under Article 8 to hold the association responsible for the defamatory comment against him. The application was rejected in July 2015.

Complaints, procedure and composition of the Court

The application was lodged with the European Court of Human Rights on 22 November 2014.

Relying on Article 8 (right to family and private life), Mr Phil complained that the fact that Swedish law prevented him from holding the association responsible for the defamatory comment had violated his right to respect for his private life.

The decision was given by a Chamber of seven, composed as follows:

Branko Lubarda (Serbia), President,

Helena Jäderblom (Sweden),

Luis López Guerra (Spain),

Helen Keller (Switzerland),

Pere Pastor Vilanova (Andorra),

Alena Poláčková (Slovakia),

Georgios A. Serghides (Cyprus), Judges,

and also Stephen Phillips, Section Registrar.

Decision of the Court

Article 8 (right to respect for private and family life)

The Court noted that, though the comment had not amounted to hate speech or an incitement to violence, it had been defamatory. It was therefore the type of speech which citizens may be protected against under the right to respect for private life provided by Article 8. However, there was also a competing right at stake -the right to freedom of expression under Article 10 - which protects the right to freely impart information and comment.

These two rights deserve equal respect, and require a balancing exercise to be undertaken when they come into conflict. However, where the balancing exercise between them has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts.

In making this assessment in cases where a protagonist has played an intermediary role on the internet, the Court has identified a number of factors as being relevant. These are: the context of the comments; the measures applied by the publisher to prevent or remove defamatory comments; the liability of the actual author of the comment as an alternative to the liability of the intermediary; and the consequences of the domestic proceedings for the publisher.

In regard to the context of the comment, the association could hardly have anticipated it, given that it had nothing to do with the content of the blog post. Furthermore, the association was small, notfor- profit, and unknown to the wider public. It was therefore unlikely that its website would attract a lot of comments, or that this comment would be widely read. Expecting the association to assume that some unfiltered comments might be in breach of the law would amount to requiring excessive and impractical forethought capable of undermining the right to impart information via the internet.

As regards the measures taken by the association to prevent or remove defamatory comments, the blog had a function that notified the association when comments were posted on it. However, the blog clearly stated that such comments were not checked before they were published; that commentators were responsible for their own statements; that they should display good manners; and that they should obey the law. Furthermore, the association removed the blog post and

comment one day after being contacted by Mr Pihl, and published a new post with an explanation and apology. The amount of time that the comment was on the blog was limited to nine days. Furthermore, Mr Pihl is entitled to request that search engines remove any traces of it.

In regard to the liability of the original author of the comment, Mr Pihl had obtained the IP-address of the computer used to submit the comment, but did not state whether he had taken any further steps to discover the author's identity. As to the consequences of the domestic proceedings, given that the domestic courts had rejected Mr Pihl's claim, the proceedings did not have any negative consequences for the association. However, the Court recalls that liability for third-party comments may have negative consequences on the comment-related environment of an internet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet.

Finally, Mr Pihl's case was scrutinised on its merits by two domestic courts and the Chancellor of Justice. The latter had examined the issue in light of the competing interests - with the assistance of the Court's case law - and found that there had been no violation of Mr Pihl's rights.

In view of the above, in rejecting Mr Pihl's claims the domestic authorities acted within their margin of appreciation and struck a fair balance between Mr Pihl's rights under Article 8 and the association's opposing right to freedom of expression under Article 10. The application is therefore manifestly ill-founded, and inadmissible.

The decision is available only in English.

THIRD SECTION

DECISION

Application no 74742/14

Rolf Anders Daniel PIHL

against Sweden

The European Court of Human Rights (Third Section), sitting on 7 February 2017 as a Chamber composed of:

Branko Lubarda, President,

Helena Jäderblom,

Luis López Guerra,

Helen Keller,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides, judges,

and Stephen Phillips, Section Registrar,

Having regard to the above application lodged on 22 November 2014,

Having deliberated, decides as follows:

THE FACTS

1. The applicant, Mr Rolf Anders Daniel Pihl, is a Swedish national who was born in 1986 and lives in Linköping, Sweden.

A. The circumstances of the case

2. The facts of the case, as submitted by the applicant, may be summarised as follows.

3. On 29 September 2011, a blog post was published accusing the applicant of being involved in a Nazi party. The blog on which the post appeared was a small one run by a non-profit association. Although the blog allowed comments to be posted, it was clearly stated that such comments were

not checked before publication and that commentators were responsible for their own statements. Commentators were therefore requested to "display good manners and obey the law".

4. The day after publication of the post, an anonymous person using the name "björnpeder" posted a comment stating that "that guy pihl is also a real hash-junkie according to several people I have spoken to" ("han där pihl är ju dessutom en rejäler hasch pundare enligt flera jag snackat me").

5. On 8 October 2011 the applicant posted a comment on the blog in reply to the above comment and blog post about him, stating that the information there was wrong and should immediately be removed.

6. The following day the blog post and the comment were removed and a new post was added on the blog by the association - stating that the earlier post had been wrong and based on inaccurate information - and it apologised for the mistake. However, according to the applicant, it was still possible to find the old post and the comment on the Internet via search engines.

7. On 11 October 2011, the applicant sued the association and claimed symbolic damages of 1 Swedish krona (SEK), approximately 0.10 euro (EUR). He submitted that the post and the comment constituted defamation and that the association was responsible for both - for the latter because the association had failed to remove it immediately.

8. On 11 November 2011 Linköping District Court (tingsrätt) rejected his claims but, on 10 July 2012, Göta Court of Appeal (hovrätt) found that a procedural error had been committed. It quashed the lower court's judgment and referred the case back to it.

9. The Linköping District Court subsequently dismissed the claim relating to the publication of the blog post on the grounds that it was covered by a regulation in the Fundamental Law on Freedom of Expression (Yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469)) and that the court competent to examine that part of the claim was therefore Stockholm District Court. However, it found that it was competent to examine the applicant's claim in so far as it related to the comment posted on the blog.

10. The applicant argued before the District Court that the comment on the blog was untrue and constituted defamation. The association had received an email when the comment was posted and, on the basis of an analogous interpretation of Section 5 of the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards (lag [1998:112] om ansvar för elektroniska anslagstavlor; see paragraph 18 below), was obliged to remove the comment immediately since it was defamatory. It was unacceptable that the comment had been allowed to remain on the blog for nine days, as it had been spread and was searchable. Moreover, the applicant submitted that since it had been

impossible to find the person who had written the comment - the last trace being a French IP-address - the association could be held responsible for failing to remove the defamatory comment immediately.

11. The association admitted that the comment constituted defamation and that it had received an email when it was published. However, it stressed that comments posted on the blog were not reviewed before they were published and it was expressly stated on the webpage that everyone was responsible for their own comments. The association was therefore not responsible for the comment. Moreover, it had not been obliged to remove the comment under the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards since defamation was not one of the offences listed in the Act for which such an obligation existed.

12. On 11 March 2013, the District Court rejected the applicant's claim. It found the comment constituted defamation based on the content and the context in which it had been made. However, it found no legal grounds on which to hold the association responsible for failing to remove the comment sooner than it had done. It noted that Section 5 of the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards did not include defamation, for which reason the association, or its legal representative, could not be accused of defamation, either as the principal or as an accomplice, according to the Penal Code or Section 5 of the Act.

13. The applicant appealed against the judgment to the Court of Appeal, which granted leave to appeal. On 28 November 2013, it upheld the District Court's judgment in full, finding no reason to divert from the lower court's conclusions.

14. On 19 March 2014 the Supreme Court (Högsta domstolen) refused the applicant leave to appeal.

15. On 11 April 2014 the applicant lodged an application with the Chancellor of Justice (Justitiekanslern) for payment of damages on the basis that the State had failed in its positive obligations under Article 8 of the Convention through the national courts' decision not to hold the association responsible for the defamatory comment against him.

16. On 25 July 2015 the Chancellor of Justice rejected the application. The Chancellor noted that protection against defamatory statements fell within the scope of Article 8 of the Convention but that, in situations like the present one, the applicant's rights under that Article had to be balanced against the right to freedom of expression under Article 10. Referring to the Court's reasoning in the case of Delfi AS v. Estonia (no. 64569/09, 10 October 2013) and noting that the case had been referred to the Grand Chamber, the Chancellor found that it could not be deduced from the Court's case-law that there was an absolute obligation on States to have legislation in place, in each

individual case, enabling the person responsible for a blog to be held accountable for comments made on it. Instead, the rights under Article 8 and Article 10 had to be balanced against each other in each individual case and, in doing so, the State had a margin of appreciation. Having regard to the above, the Chancellor found that the circumstances of the case in question did not support the conclusion that Article 8 had been violated.

B. Relevant domestic law

17. Defamation is criminalised under Chapter 5, Section 1 of the Penal Code (Brottsbalken(1962:700)) which reads as follows:

> "A person who points out someone as being a criminal or as having a reprehensible way of living or otherwise furnishes information intended to cause exposure to the disrespect of others, shall be sentenced to a fine for defamation.
>
> If he was duty-bound to express himself or if, considering the circumstances, the furnishing of information on the matter was defensible, or if he can show that the information was true or that he had reasonable grounds for it, no punishment shall be imposed."

18. Section 5 of the Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards, concerning the obligation to erase certain messages, states:

> "If a user submits a message to an electronic bulletin board, the supplier of the service must remove the message from the service, or in some other way prevent its further dissemination, if
>
> 1. the message content is obviously such as is referred to in the Penal Code, Chapter 16, Section 5, about inciting rebellion, Chapter 16, Section 8, about agitation against a national ethnic group, Chapter 16, Section 10a, about child pornography crime, or Chapter 16, Section 10b, about unlawful depiction of violence, or
>
> 2. it is obvious that the user has, by submitting the message, infringed the copyright or other right protected by Section 5 of the Copyright (Artistic and Literary Works) Act (1960:729).
>
> In order to be able to fulfil the obligation under the first paragraph, the supplier is allowed to review the content of messages in the service.
>
> The obligation under the first paragraph and the right under the second paragraph also apply to those who have been appointed by the supplier to supervise the service."

19. According to Section 7 of the Act, a person who intentionally or through gross negligence violates Section 5, paragraph 1, of the Act will be sentenced to a fine or a maximum of six months' imprisonment or, if the crime is aggravated, to a maximum of two years' imprisonment. In cases of minor violations, the person will not be held responsible. Moreover, paragraph 2 of Section 7 provides that the first paragraph will not be applied if the offence is subject to criminal liability under the Penal Code or the Copyright Act.

20. Section 4 of the Act states that, in order to be able to fulfil the obligations under Section 5 of the Act, the supplier of an electronic bulletin board must supervise such monitoring of the service as can reasonably be demanded, taking into consideration the extent and focus of the service.

COMPLAINT

21. The applicant complained under Article 8 of the Convention that the fact that Swedish legislation prevented him from holding the association responsible for the defamatory comment had violated his right to respect for his private life.

THE LAW

22. The applicant complained that his right to privacy had been violated, contrary to Article 8 of the Convention, which in the relevant parts, reads:

> "1. Everyone has the right to respect for his private ... life ...
>
> 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

23. The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which extends to a number of aspects relating to personal identity, such as a person's name or image, and furthermore includes a person's physical and psychological integrity (see Von Hannover v. Germany, no. 59320/00, § 50, ECHR 2004 VI, with further references). It has also been accepted by the Court that a person's right to protection of his or her reputation is encompassed by Article 8 as part of the right to respect for private life (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary, no. 22947/13, § 57, 2 February 2016, and Pfeifer v. Austria, no. 12556/03, § 35, ECHR 2007-XII).

24. However, in order for Article 8 to come into play, the attack on personal honour and reputation must attain a certain level of seriousness and must have been carried out in a manner causing

prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 137, ECHR 2015, and Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).

25. In the present case, the Court notes that the comment made about the applicant was found by the national courts to constitute defamation because of the context in which it had been made. While the Court considers that the comment, although offensive, certainly did not amount to hate speech or incitement to violence (contrast Delfi AS, cited above, §§ 18, 114 and 162), it accepts the national courts' finding and, consequently, that the comment falls within the scope of Article 8.

26. The Court next observes that what is at issue in the present case is not an act by the State but the alleged inadequacy of the protection afforded by the domestic courts to the applicant's private life. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life. These obligations may also involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundary between the State's positive and negative obligations under Article 8 does not lend itself to precise definition; the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the relevant competing interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, §§ 98-99, ECHR 2012).

27. In this respect, as concerns competing interests under Article 8 and Article 10 of the Convention, the Court has established the following, as summarised in Delfi AS (cited above, § 139):

> "The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect, and the outcome of an application should not, in principle, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 10 of the Convention by the publisher of an offending article or under Article 8 of the Convention by the person who has been the subject of that article. Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases (see Axel Springer AG, cited above, § 87, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012, with further references to the cases of Hachette Filipacchi Associés, cited above, § 41; Timciuc v. Romania (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and

Mosley v. the United Kingdom, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see Axel Springer AG, cited above, § 88, and Von Hannover (no. 2), cited above, § 107, with further references to MGN Limited, cited above, §§ 150 and 155, and Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, 12 September 2011). In other words, there will usually be a wide margin afforded by the Court if the State is required to strike a balance between competing private interests or competing Convention rights (see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007 I; Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 113, ECHR 1999 III; and Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, § 40, 10 January 2013)."

28. In making this assessment, the Court has also identified the following specific aspects of freedom of expression in terms of protagonists playing an intermediary role on internet, as being relevant for the concrete assessment of the interference in question: the context of the comments, the measures applied by the company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the intermediary's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the company (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt, cited above, § 69, with reference to Delfi AS, cited above, §§ 142-143).

29. The question is thus whether, in the present case, the State has achieved a fair balance between the applicant's right to respect for his private life under Article 8 and the association's right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention.

30. As regards the context of the comment, the Court notes that the underlying blog post accused the applicant, incorrectly, of being involved in a Nazi party. However, the post was removed and an apology published when the applicant notified the association of the inaccuracy of the post. The applicant sued the association in relation to this blog post before the national courts but the Court has not been informed about the outcome of these proceedings. Moreover, the Court observes that the comment about the applicant did not concern his political views and had nothing to do with the content of the blog post. It could therefore hardly have been anticipated by the association.

31. In relation thereto, the Court attaches importance to the fact that the association is a small non-profit association, unknown to the wider public, and it was thus unlikely that it would attract a large number of comments or that the comment about the applicant would be widely read (contrast Delfi AS, cited above, §§ 115-116). As the Court found in Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt (cited above, § 82), expecting the association to assume that some unfiltered comments might be in breach of the law would amount to requiring excessive and impractical forethought capable of undermining the right to impart information via internet.

32. As regards the measures taken by the association to prevent or remove defamatory comments, the Court notes that the blog had a function through which the association was notified when comments were posted on it. However, it was clearly stated on the blog that the association did not check such comments before they were published and that commentators were responsible for their own statements. Commentators were also requested to display good manners and obey the law. Moreover, the Court observes that the association removed the blog post and the comment one day after being notified by the applicant that the post was incorrect and that he wanted the post and the comment removed. The association furthermore posted a new blog post with an explanation for the error and an apology. The comment had been on the blog for about nine days in total (contrast Delfi AS, cited above, § 19, where the clearly unlawful comments were removed only about six weeks after their publication).

33. The Court also notes that, as concerns the alleged possibility of still being able to find the comment via search engines, the applicant is entitled to request that the search engines remove any such traces of the comment (see the Court of Justice of the European Union judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, no. C-131/12, EU:C:2014:317).

34. Turning to the liability of the originator of the comment, the Court observes that the applicant obtained the IP-address of the computer used to submit the comment. However, he has not stated that he took any further measures to try to obtain the identity of the author of the comment.

35. Furthermore, since the applicant's claim was rejected by the domestic courts, the domestic proceedings had no consequences for the association in the present case. However, the Court has previously found that liability for third-party comments may have negative consequences on the comment-related environment of an internet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website (see Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt, cited above, § 86).

36. Lastly the Court notes that the applicant's case was considered on its merits by two judicial instances at the domestic level before the Supreme Court refused leave to appeal. Moreover, the

Chancellor of Justice examined that applicant's complaint under Article 8 of the Convention, referring to the Court's case-law and the need to balance the interests under Article 8 and Article 10 before finding that the case did not disclose a violation of the applicant's rights under Article 8. The Court further observes that the scope of responsibility of those running blogs is regulated by domestic law and that, had the comment been of a different and more severe nature, the association could have been found responsible for not removing it sooner (see paragraphs 18-20 above).

37. In view of the above, and especially the fact that the comment, although offensive, did not amount to hate speech or incitement to violence and was posted on a small blog run by a non-profit association which took it down the day after the applicant's request and nine days after it had been posted, the Court finds that the domestic courts acted within their margin of appreciation and struck a fair balance between the applicant's rights under Article 8 and the association's opposing right to freedom of expression under Article 10.

38. It follows that the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

For these reasons, the Court, unanimously,

Declares the application inadmissible.

Done in English and notified in writing on 9 March 2017.

Branko Lubarda

President

Stephen Phillips

Registrar

AİHM - Jankovskis v. Lithunania - 17 Ocak 2017

PRESS RELEASE issued by the Registrar of the Court

ECHR 015 (2017)

17.01.2017

Judgments of 17 January 2017

Jankovskis v. Lithuania (no. 21575/08)

The applicant, Henrikas Jankovskis, is a Lithuanian national who was born in 1961. The case concerned his complaint that he had been refused Internet access in prison.

In May 2006 Mr Jankovskis, serving a sentence in the Pravieniškės Correctional Home, wrote to the Ministry of Education and Science requesting information about the possibility of enrolling at university in order to acquire a degree in law. The Ministry wrote back to him, informing him that information about study programmes could be found on its website AIKOS. The prison authorities and subsequently the administrative courts all subsequently refused to grant Mr Jankovskis Internet access to this website, essentially referring to the legal ban on prisoners having Internet access (or the ban on prisoners' telephone and radio communications and implicitly therefore also Internet) and security considerations.

Relying on Article 10 (freedom of expression), Mr Jankovskis complained that not having Internet access in prison had prevented him from receiving information about a study programme.

Violation of Article 10

Just satisfaction: The Court held that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by Mr Jankovskis.

Information Note on the Court's case-law 203

January 2017

Jankovskis v. Lithuania - 21575/08

Judgment 17.1.2017 [Section IV]

Article 10

Article 10-1

Freedom to receive information

Restriction placed on prisoner's access to an Internet site providing educational information: violation

Facts – The applicant, a prisoner, complained that he had been refused access to a website run by the Ministry of Education and Science, thus preventing him from receiving education-related information in breach of Article 10 of the Convention.

Law – Article 10: The question at issue was not the authorities' refusal to release the requested information. Rather, the applicant's complaint concerned a particular means of accessing – specifically, via the Internet – information published on a website that was freely available in the public domain.

Imprisonment inevitably entailed a number of restrictions on prisoners' communications with the outside world, including on their ability to receive information. Article 10 could not be interpreted as imposing a general obligation to provide access to the Internet, or to specific Internet sites for prisoners. However, in the circumstances of the case, since access to information relating to education was granted under Lithuanian law, the restriction of access to the Internet site in question constituted an interference with the applicant's right to receive information. That interference was prescribed by law and pursued the legitimate aim of protecting the rights of others and preventing disorder and crime.

The website to which the applicant wished to have access contained information about learning and study programmes in Lithuania. The information on that site was regularly updated to reflect, for example, admission requirements for the current academic year. It was not unreasonable to hold that such information was directly relevant to the applicant's interest in obtaining education, which was in turn relevant for his rehabilitation and subsequent reintegration into society.

The domestic decisions had focused on the legal ban on prisoners having Internet access instead of examining the applicants' argument that access to a particular website was necessary for his

education. The Internet played an important role in people's everyday lives, in particular since certain information was exclusively available on the Internet. The Lithuanian authorities had not considered the possibility of granting the applicant limited or controlled Internet access to that particular website administered by a State institution, which could hardly have posed a security risk.

The Court was not persuaded that sufficient reasons had been put forward to justify the interference with the applicant's right to receive information which, in the specific circumstances of the case, could not be regarded as having been necessary in a democratic society.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 41: Finding of a violation constituted sufficient just satisfaction in respect of any non-pecuniary damage.

(See Kalda v. Estonia, 17429/10, 19 January 2016, Information Note 192)

FOURTH SECTION

CASE OF JANKOVSKIS v. LITHUANIA

(Application no. 21575/08)

JUDGMENT

STRASBOURG

17 January 2017

FINAL

17/04/2017

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Jankovskis v. Lithuania,

The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of:

András Sajó, President,

Vincent A. De Gaetano,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Egidijus Kūris,

Iulia Motoc,

Gabriele Kucsko-Stadlmayer,

Marko Bošnjak, judges,

and Andrea Tamietti, Deputy Section Registrar,

Having deliberated in private on 13 December 2016,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 21575/08) against the Republic of Lithuania lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a Lithuanian national, Mr Henrikas Jankovskis ("the applicant"), on 7 January 2008.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Ms L. Meškauskaitė, a lawyer practising in Vilnius. The Lithuanian Government ("the Government") were represented by their former Agent, Ms E. Baltutytė.

3. The applicant alleged a violation of his right to receive information, because he was refused Internet access in prison. He relied on Article 10 of the Convention.

4. On 21 September 2010 the application was communicated to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1961. According to the latest information in the Court's possession, he was serving a sentence in the Pravieniškės Correctional Home.

A. Internet access

6. On 30 May 2006 the applicant wrote to the Ministry of Education and Science (Švietimo ir mokslo ministerija, hereinafter "the Ministry"), requesting information about the possibility of enrolling at university. He mentioned having graduated in 1996 from the Medical Faculty of Vilnius University. The applicant stated that he wished to pursue studies via distance learning to acquire a second university degree (studijuoti neakivaizdiniu būdu aukštojoje mokykloje), this time in "law with a specialisation in human rights" (teisės studijos su žmogaus teisių pakraipa). The applicant mentioned that he was a prisoner and thus could not physically attend the place of study.

7. In a letter of 12 June 2006 sent to the applicant at the Pravieniškės Correctional Home, the Ministry of Education and Science wrote that information about the study programmes could be found on the website <www.aikos.smm.lt>. This website states that it belongs to the Ministry of Education and Science, and is administered by a public entity, the Centre for Information Technologies in Education (Švietimo informacinių technologijų centras), which is a public institution founded by the Ministry of Education and Science. The website contains information about learning and study possibilities in Lithuania. The website states the following about the aims of the "AIKOS" system:

> "AIKOS is an open system for providing information, consultation and guidance, the main aim of which is to provide information about opportunities for learning in Lithuania.
>
> AIKOS provides the possibility of searching information about professions, qualifications, studies and study programmes, educational and science institutions and rules of admission...
>
> AIKOS allows users to submit a question to a consultant and to receive a reply ...
>
> The information provided in the central part of the AIKOS website under the sections 'I wish to learn', 'I wish to study', 'I wish to improve my qualifications' reflects only the current and most pertinent information relevant to the current academic year and is aimed at those who wish to enter university, vocational school, or a secondary school, or who wish to improve their qualifications. The site also contains historical data regarding education ...
>
> AIKOS provides information to three groups of users: adults, children (up to fourteen years of age) and English speakers. The users may use more functions after they have registered on this site.

> The AIKOS website is refreshed daily, to reflect information about education and science institutions, study and learning programmes and the qualifications a person receives upon graduating from those programmes, ... programmes for improving qualifications... It also provides information from the Lithuanian Labour Exchange about job vacancies and unemployment. The latter information on the AIKOS website is renewed monthly..."

8. On 28 June 2006 the applicant wrote to the Pravieniškės Correctional Home authorities, noting the reply by the Ministry and asking to be granted Internet access to a website "where there was information from the Ministry about studies, as well as to [the applicant's] email accounts hosted on the Internet sites <www.one.lt> and <www.yahoo.com>".

9. On 1 July 2006 the Pravieniškės Correctional Home governor replied that the prison authorities did not consider the Ministry's reply to be comprehensive. In particular, the Ministry had not taken into account the applicant's particular situation – namely that he was in prison. The prison considered that the Ministry should have provided a comprehensive reply in writing. According to the prison governor, "given that the Ministry's reply did not satisfy [the applicant], the latter should write to the Ministry again, so that he is provided with a comprehensive reply".

10. The prison governor also informed the applicant that the request to have Internet access could not be granted because at that time none of the legislation allowed the prisoners to use the Internet or to have a mailbox. For that reason, the Pravieniškės Correctional Home authorities were unable to grant the applicant's request.

11. The applicant then lodged a complaint with the Department of Prisons (Kalėjimų departamentas), arguing that none of the laws prohibited him from obtaining information from a State institution electronically. The applicant referred to the Ministry's reply and asked to be granted Internet access.

12. On 26 July 2006 the Department of Prisons responded that the legal instruments regulating the execution of sentences did not permit prisoners to use the Internet. It was suggested that the applicant again ask the Ministry to provide the information he sought.

13. On 1 August 2006 the applicant started court proceedings, referring to his correspondence with the Ministry and challenging the Pravieniškės Correctional Home authorities' decision not to grant him access to Internet.

14. In their written response to the court, the Pravieniškės Correctional Home authorities noted that, although prisoners had a right to address requests and complaints to the State authorities under Article 100 of the Code of the Execution of Sentences (see paragraph 29 below), this meant

correspondence by regular post and not via electronic communication. Furthermore, the use of mobile phones in prisons was prohibited so that prisoners could not continue their criminal activity whilst serving a sentence. According to the Pravieniškės Correctional Home authorities, a number of fraudsters had already cheated people of large sums of money with the help of mobile phones. If the prisoners had the right to use Internet, they could pursue criminal activities and could also coordinate the activities of criminal organisations. Lastly, given that postal correspondence between prisoners was not permitted, providing prisoners with access to the Internet would make that prohibition pointless. The same was true regarding the prohibition in the 1st Annex of the Code of the Execution of Sentences of the prisoners' possession of topographic maps (see paragraph 30 below).

15. The Prisons Department also asked the court to dismiss the applicant's complaint, arguing that although Article 96 of the Code of the Execution of Sentences permitted prisoners to use computers (see paragraph 29 below), this did not encompass the right to Internet use. There was no right under Lithuanian law for a prisoner to be provided with Internet access.

16. On 2 February 2007 the Kaunas Regional Administrative Court dismissed the applicant's complaint. Having reviewed the legal provisions regulating prisoners' conditions of detention, the court pointed out that the prisoners could communicate with State institutions by postal correspondence and that their letters had to be sent via the prison authorities (see paragraph 33 below). Giving Internet access to prisoners would not be compatible with those legal norms. However, as the Internet was not an object, it was not possible to list Internet among the "objects" which the prisoners were not allowed to have in prison. At the same time, from the existing ban on telephone and radio communication devices in prison it was obvious that this ban included the Internet. Such prohibition was aimed at preventing crimes being committed in prison. The court also observed that the requirements were set by order of the prison authorities and were therefore mandatory for the applicant, as he was under an obligation to obey prison orders.

17. The applicant appealed, disputing the lower court's interpretation of domestic law. He also argued that the lower court had ignored the fact that the core of his complaint was the restriction of his right to education and the right to obtain information. The applicant relied on Article 25 of the Constitution (see paragraph 28 below), and Articles 10 and 14 of the Convention.

18. The Pravieniškės Correctional Home authorities replied, indicating that there was "a secondary school (vidurinė mokykla) in the prison where students could access all the literature necessary for their studies. The secondary school graduation exams showed good results". Furthermore, the prisoners could pursue computer literacy studies organised by the Elektrėnai vocational school

(Elektrėnų profesinio rengimo centras), and that institution had not asked for Internet access. The prison thus considered that Internet access, or the lack thereof, had no impact on the quality of studies.

19. On 11 December 2007 the Supreme Administrative Court dismissed the applicant's complaint. The court noted that, for its users, the Internet provided very wide opportunities to use email, to obtain information, to download files, and to sell or buy things. The Internet could be used for more than merely educational purposes. However, the right to use the Internet was not absolute and this right could be restricted to certain social groups. This stemmed from Article 10 of the Code of the Execution of Sentences (see paragraph 29 below). There was no legal provision in Lithuania permitting prisoners to use the Internet. Even so, the prisoners' right to have computers could not be interpreted so widely as to encompass the right to have Internet access. The Supreme Administrative Court lastly noted that if prisoners had access to the Internet, the prison authorities would be hampered in their fight against crime by being unable to fully monitor the prisoners' activities.

20. On 30 June 2006 the Elektrėnai Vocational Educational Centre (Elektrėnų profesinio mokymo centras) awarded the applicant a diploma in computer skills.

21. According to the Government, in 2007-2008 the applicant had attended English language courses and computer literacy courses organised by a secondary school in Kaunas region.

B. Conditions of the applicant's detention and seizure of his computer

22. In 2006 the applicant started court proceedings, arguing that in July 2006 he had been held in the Lukiškės Prison for seven days in degrading conditions. Among other things, he also argued that the Lukiškės Prison authorities had seized the personal computer which the applicant had brought with him into prison.

23. On 15 January 2007 the Vilnius Regional Administrative Court dismissed the claim by the applicant as unfounded.

24. In a final ruling of 12 October 2007, the Supreme Administrative Court concluded that the computer had been unlawfully seized by the Lukiškės Prison authorities. However, the court found that the conditions of the applicant's detention had been satisfactory overall, except for a few minor details, and that the gravity of those violations was not such as would amount to inhuman or degrading treatment.

C. Denial of extended visits

25. In 2006 the Pravieniškės Correctional Home authorities granted the applicant's request for an extended visit by his parents. However, the applicant later committed a disciplinary offence, and for that reason the extended visit was denied.

26. On 4 May 2007 the Kaunas Regional Administrative Court upheld the refusal of the extended visit as legitimate.

27. By a final ruling of 6 February 2008 the Supreme Administrative Court upheld the lower court's decision.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

28. The Constitution reads as follows:

> Article 25
>
> "Everyone shall have the right to have his own convictions and freely express them.
>
> No one must be hindered from seeking, receiving, or imparting information and ideas.
>
> The freedom to express convictions, as well as to receive and impart information, may not be limited otherwise than by law when this is necessary to protect human health, honour or dignity, private life, or morals, or to defend the constitutional order.
>
> The freedom to express convictions and to impart information shall be incompatible with criminal actions – incitement to national, racial, religious, or social hatred, incitement to violence or to discrimination, as well as defamation and disinformation.
>
> Citizens shall have the right to receive, according to the procedure established by law, any information held about them by State institutions."

29. The Code of the Execution of Sentences (Bausmių vykdymo kodeksas), as in force in the period between 1 June 2006 and 28 February 2010, read as follows:

> **Article 10. Legal status of prisoners**
>
> "1. Lithuanian citizens serving a sentence shall have all the rights, freedoms and duties established by law for the Lithuanian citizens with the restrictions established by law or the court judgment..."
>
> **Article 11. General rights of prisoners**
>
> "1. In accordance with the procedure set out by law, prisoners have a right:
>
> 1) to receive, in writing, information concerning the manner and conditions for serving the punishment, as well as information concerning their rights and duties ...

2) to address the correctional institution administration or the State or municipal institutions ... with proposals, requests and complaints ...”

Article 96. The right of prisoners to use televisions, computers, video and audio players, radios and playstations

“1. Prisoners, other than those serving a sentence under the conditions of a disciplinary group, are allowed to use televisions, computers, video and audio players, radios, playstations and other items indicated in the Internal Rules of Correctional Facilities that were purchased using money held in their personal accounts or handed over by a spouse, partner or close relative.

2. Rules governing the use of televisions, computers, video players, radios, playstations and other items are set out in the Internal Rules of Correctional Facilities...”

Article 99. Prisoners’ right to correspondence

“1. Prisoners are allowed to send and receive letters without restriction on their number.

2. Correspondence between prisoners kept in places of detention on remand, police custody or correctional institutions, other than between spouses or close relatives, is prohibited.

3. The administrative authorities of the correctional institution shall deliver letters received in the name of a prisoner and shall also send off letters handed to them by a prisoner within three working days of the receipt or handing in thereof.

4. The postage cost of sending such letters shall be covered by the prisoners.

5. In order to prevent crimes being committed, or to protect the rights and freedoms of others, letters received or sent by prisoners can be censored following a reasoned decision by a prosecutor, or the director of a correctional facility or a court decision.”

Article 100. Prisoners’ right to submit proposals, applications, petitions and complaints to the State and municipal officials, to non-governmental organisations and to international institutions

“1. Prisoners have the right to submit proposals, applications, petitions and complaints to State and municipal officials, to non-governmental organisations and to international institutions. If necessary, explanatory letters from the administrative authorities of a correctional facility may be attached to a prisoner’s proposal, application, petition or complaint.

2. The proposals, applications and complaints to State and municipal officials and to international institutions ... shall not be subject to censorship and shall be sent off within one day of their receipt by the prison authorities.

3. Replies to prisoners' proposals, applications, petitions and complaints shall be delivered to the prisoners and must be signed for ...

5. Prisoners are prohibited from sending anonymous or collective complaints to State or municipal institutions or officers.

6. Prisoners are prohibited from submitting to State and municipal institutions proposals, applications, petitions and complaints on behalf of other prisoners, nor may they submit them by means other than through the administrative authorities of the correctional facility.

7. The postage cost of sending such proposals, applications, petitions and complaints shall be covered by the prisoner concerned."

Article 102. Prisoners' right to make a telephone call

"1. Prisoners are allowed to make telephone calls. [The number of phone calls a prisoner may make depends of the severity of correctional institution and the disciplinary group that a prisoners belongs to].

2. A prisoner may make a phone call [if he can cover the costs of that telephone conversation].

3. Phone calls between prisoners kept in places of detention on remand, police custody or correctional institutions are prohibited..."

Article 110. Special duties of prisoners who are serving prison sentences

"1. Prisoners serving prison sentences must:

1) comply with the established rules for the correctional facilities;

2) comply with the demands of the correctional facility administrative authorities ..."

30. Annex no. 1 to the Code of the Execution of Sentences, as in force in the period between 1 June 2006 and 28 February 2010, read:

"1. List of prohibited items and articles (daiktai ir reikmenys) which may not be kept by prisoners serving a prison sentence:

(...)

6. ... telephones (their parts and accessories), means of radio communication...

(...)

16. Topographic maps...”

31. As of 1 March 2010, the aforementioned Annex no. 1 reads:

List of items and articles which are not permitted to be kept by persons serving a prison sentence:

“6. ... telephones (their parts and accessories), and other means of electronic communication.”

32. Annex no. 2 to the Code of the Execution of Sentences, as in force in the period between 1 June 2006 and 28 February 2010, read:

List of tasks which persons serving a prison sentence may not carry out:

“1. Tasks involving copying machines, radio and electronic communications ...”

33. The Internal Rules of Correctional Facilities (Pataisos įstaigų vidaus tvarkos taisyklės), approved by the Minister of Justice order no. 194 of 2 July 2003, at the relevant time read:

“192. The prisoners must submit proposals, requests, petitions or complaints in writing. Proposals, requests, petitions or complaints, which need to be sent out by post, must be handed to the correctional facility’s administration in a postal envelope ... “

34. The Law on Education (Švietimo įstatymas) in force at the time when the applicant contacted the Ministry of Education and Science read:

Article 26. Provision of information about education

“1. The purpose of providing information about education is to furnish a person with information to help him or her choose the right education and education provider, as well as the aspired education and profession in line with his interests, dispositions and abilities.

2. A school shall make public the information about programmes of formal and non-formal education implemented at schools, choices offered, terms of admission, paid services, teachers’ qualifications, major school survey findings, and the traditions and achievements of the school community.

3. Vocational information and vocational guidance services shall include the provision of information about opportunities afforded by vocational training programmes, higher education study programmes (aukštojo mokslo studijų programas) ... employment prospects on the labour market in Lithuania, as well as consultations. This service shall be

provided by schools, information centres, consultancy companies and labour exchanges (darbo biržos) in compliance with requirements laid down by the Minister of Education and Science and the Minister of Social Security and Labour."

III. RELEVANT INTERNATIONAL MATERIALS

35. In the Second General Report on its activities (CPT/Inf (92) 3 [EN]), published on 13 April 1992, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (hereinafter, "the CPT") noted the following in relation to conditions of imprisonment:

> "47. A satisfactory programme of activities (work, education, sport, etc.) is of crucial importance for the well-being of prisoners. This holds true for all establishments, whether for sentenced prisoners or those awaiting trial. The CPT has observed that activities in many remand prisons are extremely limited. The organisation of regime activities in such establishments – which have a fairly rapid turnover of inmates – is not a straightforward matter. Clearly, there can be no question of individualised treatment programmes of the sort which might be aspired to in an establishment for sentenced prisoners. However, prisoners cannot simply be left to languish for weeks, possibly months, locked up in their cells, and this regardless of how good material conditions might be within the cells. The CPT considers that one should aim at ensuring that prisoners in remand establishments are able to spend a reasonable part of the day (8 hours or more) outside their cells, engaged in purposeful activity of a varied nature. Of course, regimes in establishments for sentenced prisoners should be even more favourable."

36. Other Council of Europe and international law documents concerning the role of Internet in connection to the right to receive and impart information are quoted in Kalda v. Estonia (no. 17429/10, §§ 23-25, 19 January 2016).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

37. The applicant complained that he had not had Internet access in prison. He argued that this had prevented him from receiving education-related information, in breach of Article 10 of the Convention. This provision reads:

> "1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by

public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

A. The submissions by the parties

1. The applicant

38. The applicant contended that the restriction of inmates' use of the Internet in prison was not prescribed by law. The legislation relied on by the Government, namely point 6 of Annex 1 to the Code of the Execution of Sentences (see paragraph 30 above), which explicitly prohibited prisoners from having telephones and other means of communication such as radios, could not be regarded as formulated with sufficient precision to be foreseeable and therefore as meeting the Court's standards. The fact that none of the legal rules clearly and unambiguously stated that prisoners may not be granted access to the Internet was further supported by the fact that Article 96 of the Code of the Execution of Sentences allowed prisoners to use computers and radios (see paragraph 29 above). The Government themselves stated that the restriction on Internet use by prisoners was only implicit, and was derived systemically from the regime applicable to prisoners per se.

39. The applicant further argued that in his case restricting the use of Internet in prison had had no connection with the aim of preventing crimes or other offences. In fact, he had requested Internet access only to the website indicated to him by the Ministry of Education and Science, and only to obtain specific information, that is to say, information about distance learning possibilities and programmes in Lithuania.

40. Lastly, the prohibition had not been proportionate. The Ministry of Education and Science, which was a competent State authority in the field of education in Lithuania, had explicitly told the applicant that all the information of interest about the possibilities for distance learning in higher education and study programmes was accessible via the Ministry's official website at <www.aikos.smm.lt>. The Ministry, as the official body responsible for providing information about study programmes, had indicated no alternative ways or means for the applicant to obtain

that information. The applicant further submitted that information about study programmes and the opportunities for distant studies was of a constantly evolving nature. The educational establishments usually updated such information in the course of the year. Accurate information was therefore only available on the Internet and without Internet access the applicant had no means of obtaining the information necessary to pursue his studies. The applicant lastly pointed out that a number of States permitted limited Internet access in prisons for educational purposes, thus showing that the absolute restriction that existed in Lithuania was disproportionate.

2. The Government

41. The Government argued that the applicant had not properly exhausted the available domestic remedies, because he had not complained about the Ministry's response in separate court proceedings − a fact which the prison authorities found incomprehensible. To the Government's knowledge, neither had the applicant made enquiries directly to higher education establishments in Lithuania which provided legal studies.

42. Alternatively, the Government submitted that the complaint was manifestly ill-founded, as the denial of one particular means of receiving information could have been circumvented by using other means available to the applicant.

43. As the third alternative, the Government submitted that the complaint was inadmissible for the applicant had not suffered a significant disadvantage, because he had followed certain courses in the Pravieniškės Correctional Home and could obtain information sought by other means (see paragraph 46 below). The applicant's complaints had been examined by the domestic courts, which had come to reasoned decisions. The Government also considered that there was clear case-law of the Court to the effect that States' positive obligations under Article 10 were not interpreted as requiring them to provide a particular form of access to information for prisoners.

44. Should the Court nevertheless find that there had been an interference with the applicant's right to receive information, the Government considered that that interference had had a basis in law. The implicit prohibition of prisoners' use of the Internet stemmed from the statutory prohibition of the use of telephones and radios as communication devices, and this had been properly examined by the domestic courts in 2007. Taking into account the technological developments, the Code of the Execution of Sentences had been amended in 2010 in order to explicitly include a prohibition of the use of means of electronic communication by prisoners (see paragraph 31 above).

45. The prohibition of Internet access in prison was aimed at preventing crime, given that the Internet could be used as a means of communication like other prohibited items, such as mobile

phones, which prisoners sometimes use illegally from inside prison to commit new crimes − particularly telephone fraud − or to influence participants in criminal proceedings.

46. The Government also considered that the interference had been necessary and proportionate. As noted by the Supreme Administrative Court, the wide scope of opportunities afforded by the Internet could pose a threat to the rights of other persons. This, in turn, would require "huge efforts" by the prison authorities to prevent any such potential illegal acts. The Internet was only one means of receive information, and the prisoners could effectively exercise that right by other means, such as by postal correspondence (letters) via the prison authorities. In the present case, the information which the applicant sought was available in various forms – the information concerning admission to educational institutions is announced in the press, special publications are printed, and such information could also have been imparted by the applicant's relatives. Prisoners may also receive information concerning the possibility of studies in social rehabilitation units or correctional institutions. General and vocational education was organised in Lithuania in prisons so as to guarantee the inmates' the right to education, and the applicant had made use of those possibilities whilst serving his sentence (see paragraphs 20 and 21 above).

47. The Government pointed out that, whereas in his initial request of 28 June 2006 to the prison authorities the applicant had specifically asked for access to the Ministry's website (see paragraph 8 above), in his lawsuit of 1 August 2006 before the Kaunas Regional Administrative Court (see paragraph 13 above) the applicant had asked for general access to the Internet, instead of complaining about his inability to obtain some particular information. As noted by the Lithuanian courts, the applicant also sought access to his email accounts, whereas the Convention institutions had already accepted that certain limitations as regards prisoners' correspondence did not infringe the guarantees of Articles 8 and 10 of the Convention (the Government relied on the Commission decision in X v. the United Kingdom, no. 5270/72, 8 July 1974).

48. Lastly, Government argued that most of the Council of Europe member States restricted Internet use in correctional institutions.

B. The Court's assessment

1. Admissibility

49. The Court notes first of all that before the domestic courts the applicant challenged the decision by the Pravieniškės Correctional Home authorities, under whose effective control he was, not to grant him Internet access. For the applicant, such access was indispensable for the purposes of obtaining education-related information (see paragraph 17 above). The Court has also recently observed that an increasing amount of services and information is available only via the Internet

(see Kalda v. Estonia, no. 17429/10, § 52, 19 January 2016). That being so, and given that the applicant's complaint is construed as concerning the right to receive information – thus falling under Article 10 of the Convention − as opposed to a complaint about the denial of education as such, the Court rejects the Government's objection concerning the failure to properly exhaust the domestic remedies by, firstly, not having written letters to Lithuanian educational institutions in Lithuania and by, secondly, not having pursued court proceedings against the Ministry (see paragraph 41 above). As to the first avenue, it was not even a remedy within the sense of Article 35 § 1 of the Convention. As to the second avenue, the Court notes that as a remedy for his grievance of lack of access to information the applicant chose to pursue court proceedings against the Pravieniškės Correctional Home which had effectively barred him from accessing the Ministry's website. In this context the Court recalls that in the event of there being a number of domestic remedies which an individual can pursue, that person is entitled to choose a remedy which addresses his or her essential grievance. In other words, when a remedy has been pursued, use of another remedy which has essentially the same objective is not required (see Leja v. Latvia, no. 71072/01, § 46, 14 June 2011).

50. The Court also considers that the Government's objection about the applicant not having suffered a significant disadvantage (see paragraph 43 above) is intrinsically linked to the merits of the applicant's complaint. Accordingly, it must be joined to the merits.

51. The Court furthermore finds that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention, nor is it inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

2. Merits

(a) On the existence of an interference

52. The Court has consistently recognised that the public has a right to receive information of general interest. Furthermore, the Court has held that the right to receive information basically prohibits a Government from preventing a person from receiving information that others wished or were willing to impart (see Kalda, cited above, §§ 41 and 42).

53. In the present case, however, the question at issue is not the authorities' refusal to release the requested information (compare and contrast Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary [GC], no. 18030/11, §§ 149-156, 8 November 2016); the applicant's request concerned information that was freely available in the public domain. Rather, the applicant's complaint concerns a particular means of accessing the information in question: namely, that he, as a prisoner, wished to be

granted access – specifically via the Internet – to information published on a website belonging to the Ministry of Education and Science (see paragraph 7 above).

54. In this connection, the Court reiterates that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general (see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 133, ECHR 2015; Ahmet Yıldırım v. Turkey, no. 3111/10, § 48, ECHR 2012; and Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009).

55. Nevertheless, the Court notes that imprisonment inevitably entails a number of restrictions on prisoners' communications with the outside world, including on their ability to receive information. It considers that Article 10 cannot be interpreted as imposing a general obligation to provide access to the Internet, or to specific Internet sites, for prisoners (see Kalda, cited above, § 45). However, in the circumstances of the present case, since access to information relating to education is granted under Lithuanian law (see paragraph 34 above), the Court is ready to accept that the restriction of access to the Internet site to which the Ministry referred the applicant in reply to his request to provide information constituted an interference with the right to receive information.

(b) Whether the interference was justified

56. The above-mentioned interference contravened Article 10 of the Convention unless it was "prescribed by law", pursued one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 of that Article and was "necessary in a democratic society" for achieving such aim or aims. The Court will examine each of these criteria in turn.

(i) Whether the interference was prescribed by law

57. The parties have disputed whether the restriction of prisoners' use of the Internet had a basis in domestic law. The Court acknowledges that in 2006, when the applicant requested Internet access in the Pravieniškės Correctional Home, no such explicit prohibition on the use of Internet in prisons existed. The ban on the use of "other means of electronic communication", which could be understood as also encompassing means providing Internet access, was only introduced in March 2010 in Annex no. 1 of the Code of the Execution of Sentences (see paragraph 31 above). Be that as it may, the Court notes that in 2006 numerous domestic legal norms did indeed provide for an explicit ban on telephone and radio communications by prisoners, prohibited the prisoners from working with radio and electronic communication devices, and required that all correspondence by prisoners' be conducted in writing and sent by post via the prison authorities

(see paragraphs 29, 30 and 32 above). It is not unreasonable to hold that all those prohibitions could have been circumvented, if prisoners were allowed access to Internet. The Court therefore does not consider that the applicant was left without an indication that there was a prohibition on the use of the Internet in prison. It therefore concludes that the prohibition on the inmates' use of the Internet in prison was "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

(ii) Whether the interference pursued a legitimate aim

58. The Court also accepts the Government's argument (see paragraph 45 above) that the interference in question served the aim of protecting the rights of others and preventing disorder and crime (see Kalda, cited above, § 47). This was moreover noted by the Pravieniškės Correctional Home authorities, as well as by the administrative courts of two instances (see paragraphs 14, 16 and 19 above). The Court accepts that the domestic courts must have knowledge of the situation prevailing in the country when a number of telephone fraudsters from prisons had already cheated people of large sums of money.

(iii) Whether the interference was "necessary in a democratic society"

59. The Court notes that the website to which the applicant wished to have access contained information about learning and study programmes in Lithuania. The information on that site was regularly updated to reflect, for example, admission requirements for the current academic year. It also provided up to date information from the Lithuanian Labour Exchange about job vacancies and unemployment (see paragraph 7 above). It is not unreasonable to hold that such information was directly relevant to the applicant's interest in obtaining education, which is in turn of relevance for his rehabilitation and subsequent reintegration into society. As underlined by the CPT, a satisfactory programme of activities, including education, is of crucial importance for the well-being of all detainees, including prisoners awaiting trial. This is all the more relevant in relation to sentenced prisoners (see paragraph 35 above), and the applicant, who was serving a sentence in the Pravieniškės Correctional Home, was one such prisoner (see paragraph 5 above). In fact, as regards the Pravieniškės Correctional Home, the CPT specifically noted after its 2008 visit that steps should be taken to ensure that all sentenced prisoners in that prison were able to engage in purposeful activities of a varied nature, such as educational programmes (see point 49 in fine of the CPT report, quoted in Mironovas and Others v. Lithuania, nos. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 and 70065/13, § 65, 8 December 2015).

60. The Court also considers that accessing the AIKOS website in the manner advised by the Ministry of Education and Science – namely browsing through it in order to find information that

was relevant – was more efficient than making requests for specific information, as was proposed by the Government (see paragraph 46 above). Indeed, in order to make a specific request to an educational institution one would need to be aware of the competencies of that institution and the services provided by it. Such preliminary information would be provided by the AIKOS website. The Court furthermore notes the applicant's argument that the information about the study programmes was of a constantly evolving nature (see paragraph 40 above). This fact is also highlighted on the AIKOS website itself (see paragraph 7 above).

61. Turning to the Lithuanian authorities' decisions, the Court cannot but observe that they essentially focussed on the legal ban on prisoners having Internet access as such, instead of examining the applicant's argument that access to a particular website was necessary for his education (see paragraphs 10, 12, 14, 15, 16 and 19 above). It is true that the Pravieniškės Correctional Home authorities pointed out the presence of a secondary school in that prison, as well as the possibility of following computer courses at Elektrėnai vocational school (see paragraph 18 above). However, this appears to be a very remote proposition in relation to the applicant's wish to acquire a second university degree (see paragraph 6 above). In the present case the Court also observes that the prison authorities or the Lithuanian courts did not even go so far as to argue that extended Internet access could incur additional costs for the State (see paragraphs 14, 15, 16 and 19 above). Whilst the security considerations arising from prisoners' access to Internet, as such, and cited by the prison authorities (see paragraph 14 above) may be considered as relevant, the Court notes that the domestic courts failed to give any kind of consideration to the fact that the applicant asked for access to a website created and administered by the Ministry of Education and Science, which was a State institution. In fact, both courts were completely silent on the matter of education (see paragraphs 16 and 19 above).

62. Lastly, the Court is mindful of the fact that in a number of the Council of Europe's and other international instruments the public-service value of the Internet and its importance for the enjoyment of a range of human rights has been recognised. Internet access has increasingly been understood as a right, and calls have been made to develop effective policies to achieve universal access to the Internet and to overcome the "digital divide" (see Kalda, cited above, § 52). The Court considers that these developments reflect the important role the Internet plays in people's everyday lives, in particular since certain information is exclusively available on Internet. Indeed, as has already been established in this case, the AIKOS website provides comprehensive information about learning possibilities in Lithuania. In this connection it is also noteworthy that the Lithuanian authorities did not even consider a possibility of granting the applicant limited or

controlled Internet access to this particular website administered by a State institution, which could have hardly posed a security risk.

63. In these circumstances, the Court is not persuaded that sufficient reasons have been put forward in the present case to justify the interference with the applicant's right to receive information. Moreover, having regard to the consequences of that interference for the applicant (see paragraphs 59-61 above), the Government's objection that the applicant had not suffered significant disadvantage (see paragraph 50 above) must be dismissed.

64. The Court concludes that the interference with the applicant's right to receive information, in the specific circumstances of the present case, cannot be regarded as having been necessary in a democratic society.

There has accordingly been a violation of Article 10 of the Convention.

II. OTHER ALLEGED VIOLATIONS OF THE CONVENTION

65. In another application form which the applicant signed on 28 August 2008, and which the Court received on 12 September 2008, the applicant further complained about the seizure of his computer and the conditions of his detention in Lukiškės Prison. Given that the Supreme Administrative Court adopted a final decision in the set of proceedings concerning these issues on 12 October 2007 (see paragraph 24 above), the Court finds that this complaint has been lodged out of time and is therefore inadmissible, in accordance with Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

66. In the application form which the applicant signed on 11 November 2008, and which the Court received on 5 December 2008, the applicant complained of being denied extended visits in the Pravieniškės Correctional Home. The Court notes, however, that the domestic proceedings in connection with this complaint ended with the Supreme Administrative Court's decision of 6 February 2008 (see paragraph 27 above). It follows that this complaint must likewise be dismissed as being lodged out of time, in accordance with Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention.

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

67. Article 41 of the Convention provides:

> "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

68. The applicant claimed 30,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage.

69. The Government disputed the claim as unfounded and excessive.

70. The Court considers that in the circumstances of this case the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant (see, mutatis mutandis, Kalda, cited above, § 58).

B. Costs and expenses

71. The applicant claimed reimbursement of costs, without specifying the sum claimed.

72. The Government made no comment on this issue.

73. The Court notes that the applicant was granted legal aid under the Court's legal aid scheme, under which the sum of EUR 850 has been paid to the applicant's lawyer to cover the submission of the applicant's observations and additional expenses. In the absence of any specific claims by the applicant as well as any supporting documents, the Court decides to make no award under this head.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. Joins to the merits the Government's objection that the applicant did not suffer a significant disadvantage for the purposes of Article 35 § 3 (b) of the Convention, and rejects it;

2. Declares the applicant's complaint about right to receive information admissible and the remainder of the application inadmissible;

3. Holds that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

4. Holds that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant;

5. Dismisses the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 17 January 2017, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Andrea TamiettiAndrás Sajó

Deputy RegistrarPresident

AİHM - MTE and INDEX.HU ZRT v. Hungary - 2 Şubat 2016 (İngilizce)

Press Release issued by the Registrar of the Court

ECHR 050 (2016)

02.02.2016

In today's Chamber judgment[1] in the case of Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary (application no. 22947/13) the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been: **a violation of Article 10 (freedom of expression) of the European Convention on Human Rights.**

The case concerned the liability of a self-regulatory body of Internet content providers and an Internet news portal for vulgar and offensive online comments posted on their websites.

The applicant self-regulatory body (Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete) and news portal (Index.hu Zrt) both complained that they had been held liable by the national courts for online comments posted by their readers following the publication of an opinion criticising the misleading business practices of two real estate websites.

The Court reiterated that, although not publishers of comments in the traditional sense, Internet news portals had to, in principle, assume duties and responsibilities. However, the Court considered that the Hungarian courts, when deciding on the notion of liability in the applicants' case, had not carried out a proper balancing exercise between the competing rights involved, namely between the applicants' right to freedom of expression and the real estate websites' right to respect for its commercial reputation. Notably, the Hungarian authorities accepted at face value that the comments had been unlawful as being injurious to the reputation of the real estate websites.

It is to be noted that the applicants' case was different in some aspects from a recent case decided by the Court (Delfi AS v. Estonia, application no. 64569/09) in which it had held that a

[1] Under Articles 43 and 44 of the Convention, this Chamber judgment is not final. During the three-month period following its delivery, any party may request that the case be referred to the Grand Chamber of the Court. If such a request is made, a panel of five judges considers whether the case deserves further examination. In that event, the Grand Chamber will hear the case and deliver a final judgment. If the referral request is refused, the Chamber judgment will become final on that day. Once a judgment becomes final, it is transmitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe for supervision of its execution. Further information about the execution process can be found here: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution.

commerciallyrun Internet news portal had been liable for the offensive online comments of its readers. The applicants' case was notably devoid of the pivotal elements in the Delfi AS case of hate speech and incitement to violence. Although offensive and vulgar, the comments in the present case had not constituted clearly unlawful speech. Furthermore, while Index is the owner of a large media outlet which must be regarded as having economic interests, MTE is a non-profit self-regulatory association of Internet service providers, with no known such interests.

Principal facts

The applicants are two legal entities registered under Hungarian law, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete ("MTE") and Index.hu Zrt ("Index"), both based in Budapest. MTE, an association, is the self-regulatory body of Hungarian Internet content providers, and Index, a company, is the owner of one of the major Internet news portals in Hungary. At the relevant time both MTE and Index allowed users to comment on the publications appearing on their portals. In that context, both applicants had a disclaimer in their General terms and conditions stipulating that the writers of comments - rather than the applicants - were accountable for their contents. In addition, both had a notice-and-take-down system in place, whereby anybody could indicate unlawful comments to the service provider so that they could be removed.

On 5 February 2010 MTE published an opinion on its webpage criticising the business practice of two real estate websites for misleading their clients into using a 30-day advertising service free of charge, which on expiry became subject to a fee without prior notification. Index subsequently wrote about the opinion, publishing the full text on its website. The opinion attracted offensive and vulgar comments both on the websites of MTE and Index.

On 17 February 2010 the company operating the real estate websites brought a civil action against the applicants, complaining that the opinion and subsequent comments had damaged its reputation. On learning of the court action, the applicants immediately removed the comments in question. In their counterclaims they argued that, as intermediary publishers, they were not liable for the user comments, and that, in any event, their criticism was justified given the numerous consumer complaints and proceedings which had been brought against the real estate websites' business practices.

The national courts subsequently found that the comments had been offensive, insulting and humiliating and went beyond the acceptable limits of freedom of expression, stressing that the applicants, by enabling readers to make comments on their websites, had assumed liability for readers' injurious or unlawful comments. The Kúria (the highest judicial body in Hungary) thus

imposed 75,000 Hungarian forints (approximately 250 euros) on each applicant in costs. The applicants' constitutional complaint was dismissed in May 2014.

Complaints, procedure and composition of the Court

Relying on Article 10 (freedom of expression), the applicants complained about the Hungarian courts' rulings against them, which had effectively obliged them to moderate the contents of comments made by readers on their websites, arguing that that had gone against the essence of free expression on the Internet.

The application was lodged with the European Court of Human Rights on 28 March 2013.

Judgment was given by a Chamber of seven judges, composed as follows:

Vincent A. de Gaetano (Malta), President,

András Sajó (Hungary),

Boštjan M. Zupančič (Slovenia),

Nona Tsotsoria (Georgia),

Krzysztof Wojtyczek (Poland),

Egidijus Kūris (Lithuania),

Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Austria),

and also Françoise Elens-Passos, Section Registrar.

Decision of the Court

It was not in dispute between the parties that the Hungarian courts' rulings had interfered with the applicants' freedom of expression and the Court saw no reason to hold otherwise. Furthermore, the Court was satisfied that a media publisher running a large Internet news portal for an economic purpose and a self-regulatory body of Internet content providers, such as the applicants, were in a position to assess the risks related to their activities and had to have been able to foresee that they could, in principle, be held liable under domestic law - namely the Civil Code - for unlawful comments of third-parties. The Court therefore found that the interference at issue had been "prescribed by law" and accepted that that interference had pursued the legitimate aim of protecting the rights of others.

However, the Court considered that the Hungarian courts, when deciding on the notion of liability in the applicants' case, had not carried out a proper balancing exercise between the competing rights involved, namely between the applicants' right to freedom of expression and the real estate websites' right to respect for its commercial reputation. Notably, the Hungarian authorities accepted at face value that the comments had been unlawful as being injurious to the reputation of the real estate websites.

It reiterated that, in cases where third-party user comments took the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, the rights and interests of others and of the society as a whole could entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals if they had failed to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties. For those reasons in particular, in a recent case by the Court (Delfi AS), the Court held that, in view of the "duties and responsibilities" of a large professionally managed Internet news portal, the finding of liability of such portals for the comments of some users - whether identified or anonymous - who engage in clearly unlawful speech which infringes the personality rights of others and amounts to hate speech and incitement to violence against them, is not contrary to the Convention.

The applicants' case was, however, devoid of the pivotal elements of hate speech and incitement to violence. Although offensive and vulgar, the comments had not constituted clearly unlawful speech.

Moreover, while Index is the owner of a large media outlet which must be regarded as having economic interests, MTE is a non-profit self-regulatory association of Internet service providers, with no known such interests.

The Court applied the relevant criteria developed in its established case-law for the assessment of the proportionality of the interference in situations not involving hate speech or call to violence.

Namely, it considered:

- The context and content of the comments

The Court noted that the comments concerned a matter of public interest (a misleading business practice), which had already generated numerous complaints to the consumer protection services and had prompted various procedures against the company concerned. The content, although offensive and even outright vulgar, was not a defamatory statement of fact but a value judgment or opinion (protected under Article 10 of the Convention) and the expressions used were common in communication on many Internet portals;

- The liability of the authors of the comments

The Court noted that the national courts had found against the applicants, because they had enabled readers to make comments on their websites, assuming liability for readers' injurious or unlawful comments. At no point did the authorities weigh up the liability of the actual authors of the comments against that of the applicants;

- The steps taken by the applicants and the conduct of the injured party

The Court noted that the Hungarian courts imposed liability on the applicants, without examining the conduct of either the applicants or the real estate websites and despite the fact that the applicants had taken certain general measures - such as a disclaimer and a notice-and-take-down system - to prevent defamatory comments on their portals or to remove them;

- Consequences of the comments:

Firstly, the Court reiterated that what was at stake in this case was the commercial reputation of a private company, which does not have the same moral dimension as the right to reputation of an individual. In that context, the consequences of the comments for the real estate websites had to be put into perspective. Notably, at the time of the publication of the article and the ensuing comments, there were ongoing inquiries into the real estate websites' business conduct. The Court was not therefore convinced that the comments had made any additional or significant negative impact on the attitude of the consumers concerned.

On the other hand, holding the applicants liable could have negative consequences on their comment environment, perhaps even impelling them to close the space altogether. Indeed, the Hungarian courts were hardly concerned with what had been at stake for the applicants as protagonists of the free electronic media and once again had not carried out any balancing at all between the interest of freedom of expression on the Internet and the real estate websites' right to its commercial reputation.

Lastly, the Court found that, if accompanied by effective procedures allowing for rapid response, the notice-and-take-down-system could function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and interests of all those involved. The Court saw no reason to hold that such a system, which was in place on both applicants' websites, could not have provided a viable avenue to protect the commercial reputation of the real estate websites.

The foregoing considerations were therefore sufficient for the Court to conclude that there had been a violation of Article 10.

Article 41 (just satisfaction)

The Court held that Hungary was to pay the applicants 5,100 euros (EUR) for costs and expenses.

Separate opinion

Judge Kūris expressed a concurring opinion which is annexed to the judgment.

The judgment is available only in English.

FOURTH SECTION

CASE OF MAGYAR TARTALOMSZOLGÁLTATÓK EGYESÜLETE AND INDEX.HU ZRT v. HUNGARY

(Application no. 22947/13)

JUDGMENT

STRASBOURG

2 February 2016

FINAL

02/05/2016

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary,

The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of:

Vincent A. De Gaetano, President,

András Sajó,

Boštjan M. Zupančič,

Nona Tsotsoria,

Krzysztof Wojtyczek,

Egidijus Kūris,

Gabriele Kucsko-Stadlmayer, judges,

and Françoise Elens-Passos, Section Registrar,

Having deliberated in private on 5 January 2016,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 22947/13) against Hungary lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by two legal entities registered under Hungarian law, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt ("the applicants"), on 28 March 2013 respectively.

2. The applicants were represented by Mr L. Bodolai, a lawyer practising in Budaörs. The Hungarian Government ("the Government") were represented by Mr Z. Tallódi, Agent, Ministry of Justice.

3. The applicants complained under Article 10 of the Convention that, by effectively requiring them to moderate the contents of comments made by readers on their websites, the domestic courts unduly restricted their freedom of expression and thus the liberty of internet commenting.

4. On 22 January 2014 the application was communicated to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The first applicant, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete ("MTE") is an association seated in Budapest. It is the self-regulatory body of Hungarian Internet content providers, monitoring the implementation of a professional code of Internet content providing and a code of ethics, as well as operating an arbitration commission whose decision are binding on its eleven members.

The second applicant, Index.hu Zrt ("Index") is a company limited by shares, seated in Budapest. It is the owner of one of the major Internet news portals in Hungary.

6. At the material time both applicants allowed users to comment on the publications appearing on their portals. Comments could be uploaded following registration and were not previously edited or moderated by the applicants.

7. The applicants advised their readers, in the form of disclaimers, that the comments did not reflect the portals' own opinion and that the authors of comments were responsible for their contents.

8. Both applicants put in place a system of notice-and-take-down, namely, any reader could notify the service provider of any comment of concern and request its deletion. In addition, in the case of Index, comments were partially moderated, and removed, if necessary.

9. Both portals stated that comments infringing the personality rights of others could not be uploaded on the websites.

10. Index's "Principles of moderation" contained the following:

> "I. Deletion of comments
>
> 1.1. Especially forbidden are:
>
> 1. comments that, at the time of their posting, infringe the laws of Hungary, indicate or incite to crime or any other unlawful act...
>
> 3. vulgar, aggressive, threatening comments. What is vulgar, aggressive or threatening has to be decided by the moderators, in the light of the given topic..."

11. On 5 February 2010 MTE published an opinion under the title "Another unethical commercial conduct on the net" about two real estate management websites, owned by the same company. According to the opinion, the two websites provided thirty-day long advertising service for their users free of charge. Following the expiry of the thirty-day free period, the service became subject to a fee; and this without prior notification of the users. This was possible because, by registering on the website, the users accepted the terms and conditions stipulating that they could be changed unilaterally by the service provider. The opinion also noted that the service provider removed any

obsolete advertisements and personal data from the websites only if any overdue charges were paid. The opinion concluded that the conduct of the service provider was unethical and misleading.

12. The opinion attracted some comments of users, acting under pseudonyms, amongst which there were the following:

> "They have talked about these two rubbish real estate websites ("két szemét ingatlanos oldalról") a thousand times already."
>
> "Is this not that Benkő-Sándor-sort-of sly, rubbish, mug company ("benkősándoros sunyi szemét lehúzó cég") again? I ran into it two years ago, since then they have kept sending me emails about my overdue debts and this and that. I am above 100,000 [Hungarian forints] now. I have not paid and I am not going to. That's it."

13. On 8 February 2010 the Internet portal www.vg.hu, operated by Zöld Újság Zrt, reproduced the opinion word by word under the title "Another mug scandal".

14. The consumer protection column of Index also wrote about the opinion under the title "Content providers condemn [one of the incriminated property websites]", publishing the full text of the opinion. One of the user comments posted on Index by a reader acting under a pseudonym read as follows:

> "People like this should go and shit a hedgehog and spend all their money on their mothers' tombs until they drop dead." ("Azért az ilyenek szarjanak sünt és költsék az összes bevételüket anyjuk sírjára, amíg meg nem dögölnek.")

15. On 17 February 2010 the company operating the websites concerned brought a civil action before the Budapest Regional Court against the applicants and Zöld Újság Zrt. The plaintiff claimed that the opinion, whose content was false and offensive, and the subsequent comments had infringed its right to good reputation.

Once learning of the impending court action, the applicants removed the impugned comments at once.

16. In their counterclaims before the Regional Court, the applicants argued that they, as intermediary publishers under Act no. CVIII of 2001, were not liable for the user comments. They noted that the business practice of the plaintiff, affecting wide ranges of consumers, attracted numerous complaints to the consumer protection organs and prompted several procedures against the company.

17. On 31 March 2011 the Regional Court partially sustained the claim, holding that the plaintiff's right to good reputation had been infringed. As a preliminary remark, the court observed that consumer protection bodies had instituted various proceedings against the plaintiff company, since it had not informed its clients adequately about its business policies.

The Court found that the comments (see paragraphs 12 and 14 above) were offensive, insulting and humiliating and went beyond the acceptable limits of freedom of expression. The court rejected the applicants' argument that they were only intermediaries and their sole obligation was to remove certain contents, in case of a complaint. It found that the comments constituted edited content, fell in the same category as readers' letters and the respondents were liable for enabling their publication, notwithstanding the fact that later on they had removed them.

As regards the content of the opinion as such, the court found that it had contributed to an on-going social and professional debate on the questionable conduct of the real estate websites and did not exceed the acceptable level of criticism.

18. Both parties appealed. In their appeal the applicants argued that the plaintiff had not requested them to remove the offensive comments. Nonetheless, they had done so as soon as soon as they had been informed of the plaintiff's action. They also argued that users' comments were to be distinguished from readers' letters, since these latter were only published on the basis of editorial decisions, whereas comments did not constitute edited content. They argued that, in respect of comments, they had only acted as service providers of information storage.

19. On 27 October 2011 the Budapest Court of Appeal upheld in essence the first-instance decision but amended its reasoning. It ordered each applicant to pay 5,000 Hungarian forints (HUF) as first-instance and HUF 36,000 as second-instance procedural fee.

20. The Court of Appeal held that - as opposed to readers' letters whose publication was dependent on editorial decisions - the comments, unedited, reflected the opinions of the sole commenters. Notwithstanding that, the owner of the website concerned was liable for them. According to the court's reasoning, Act no. CVIII of 2001, transposing Directive 2000/31/EC on Electronic Commerce into Hungarian law, did not apply to the applicants' case since it only related to electronic services of commercial nature, in particular to purchases through the Internet. Under section 2(3) of the Act, electronic commercial services were information society-related services whose purpose was the sale, purchase or exchange of a tangible and moveable property, which was not the situation in the applicants' case. In any event, pursuant to its section 1(4), the scope of the Act did not extend to expressions made by persons acting outside the sphere of economic or professional activities or public duties, even if uttered in connection with a purchase through

the Internet. For the Court of Appeal, the comments were private utterances which did not fall under Act no. CVIII of 2001 on Electronic Commercial Services. Thus, there was no reason to assess the meaning of the terms of 'hosting service providers' and 'intermediaries' under that Act. Nonetheless, the comments attracted the applicability of the Civil Code rules on personality rights, notably Article 78. Since the comments were injurious for the plaintiff, the applicants bore objective liability for their publication, irrespectively of the subsequent removal, which was only relevant for the assessment of any compensation.

21. The applicants lodged a petition for review with the Kúria. They argued that, in their interpretation of the relevant law, they were under no obligation to monitor or edit the comments uploaded by readers on their websites.

22. On 13 June 2012 the Kúria upheld the previous judgments. It stressed that the applicants, by enabling readers to make comments on their websites, had assumed objective liability for any injurious or unlawful comments made by those readers. It rejected the applicants' argument that they were only intermediary providers which allowed them to escape any liability for the contents of comments, other than removing them if injurious to a third party. The Kúria held that the applicants were not intermediaries in terms of section 2(lc) of Act no. CVIII and they could not invoke the limited liability of hosting service providers. It shared the Court of Appeal's view in finding that the comments were capable of harming the plaintiff's good reputation and that the applicants' liability consisted of their having allowed their publication.

The Kúria imposed HUF 75,000 on each applicant as review costs, including the costs of the plaintiff's legal representation.

This decision was served on 2 October 2012.

23. The applicants introduced a constitutional complaint on 3 January 2013, arguing in essence that the courts' rulings holding them responsible for the contents of the comments amounted to an unjustified restriction on their freedom of expression.

24. On 11 March 2013 the Constitutional Court declared the complaint admissible.

25. On 27 May 2014 the Constitutional Court dismissed the constitutional complaint, (decision no. 19/2014. (V.30.) AB). In the analysis of the proportionality of the interference, the Constitutional Court explained the absence of unconstitutionality in the case as follows.

> "[43] In the case concerned by the Kúria's judgment, the operator of the webpage did not moderate the comments. The identities of those primarily responsible, unless figuring

nominatively, are unknown; and for that reason, the liability lies with the operator of the webpage.

[44] In the present case, the aggrieved fundamental right is not the right to freedom of expression as such, but one of its particular elements, the right to freedom of the press.

[50] It is without doubt that blogs and comments constitute expressions and as such attract the protection of Chapter IX of the Fundamental Law.

[59] The liability incumbent on the operator of the webpage obviously restricts freedom of the press - which includes, without doubt, communication on the Internet.

[63] The legislation pursues a constitutionally justified aim. It is also suitable for that purpose in that, without the liability of the operator of the webpage, the person concerned could hardly receive compensation for the grievance. However, the proportionality of the restriction is open to doubt from two perspectives: is it proportionate to hold the operator of the webpage liable for the expression which proved to be unlawful; and moreover, is the extent of the liability (that is, the amount of compensation) proportionate?

[65] If the liability for the publication of comments is based on the very fact of the publication itself, it is not justified to distinguish between moderated and non-moderated comments in regard to the proportionality of the restriction on the fundamental right in question. ... The Constitutional Court has already held that the liability of press organs - not of the author - as applied in order to protect personality rights is constitutional."

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

26. Act no. IV of 1959 on the Civil Code, as in force at the material time, provides:

Article 75

"(1) Personality rights shall be respected by everyone. Personality rights are protected under this Act.

(2) The rules governing the protection of personality rights are also applicable to legal personalities, except the cases where such protection can, due to its character, they only apply to private individuals.

(3) Personality rights will not be violated by conducts to which the holder of rights has given consent, unless such consent violates or endangers an interest of society. In any other case a contract or unilateral declaration restricting personality rights shall be null and void."

Article 78

"(1) The protection of personality rights shall also include the protection of reputation.

(2) In particular, the statement or dissemination of an injurious and untrue fact concerning another person, or the presentation with untrue implications of a true fact relating to another person, shall constitute defamation."

27. Act no. CVIII of 2001 on Electronic Commercial Services etc. provides as follows:

Section 1

"(4) The scope of this Act shall not extend to communications, including contractual statements, made by persons acting outside the sphere of economic or professional activities or public duties by making use of an information society-related service."

Section 2

"For the purposes of this Act:

a) Electronic commercial service is an information-society service for selling, buying, exchanging or obtaining in any other manner of a tangible, negotiable movable property - including money, financial securities and natural forces which can be treated in the same way as a property - a service, a real estate or a right having pecuniary value (henceforth together: goods); ...

l) Provider of intermediary services: any natural or legal person providing an information society service, who

...

lc) stores information provided by a recipient of the service (hosting) (tárhelyszolgáltatás)"

III. RELEVANT INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW

28. The relevant material found in the instruments of the Council of Europe, the United Nations and the European Union as well as in the national law of various Member States is outlined in paragraphs 44 to 58 of the judgment Delfi AS v. Estonia [GC] (no. 64569/09, ECHR 2015).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

29. The applicants complained that the rulings of the Hungarian courts establishing objective liability on the side of Internet websites for the contents of users' comments amounts to an

infringement of freedom of expression as provided in Article 10 of the Convention, which reads as follows:

> "1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
>
> 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

30. The Government contested that argument.

A. Admissibility

31. The Court notes that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants

32. At the outset, the applicants drew attention to the EU framework governing intermediary liability and the relevant international standards developed by the United Nations Special Rapporteur on Freedom of Expression as well as the Council of Europe expressed notably by the Committee of Ministers.

33. Moreover, in their view, it was immaterial which precise domestic legal provisions had served as the basis of the restriction complained of. The State interference resulted in the applicants' objective liability for the comments made on their websites.

34. They disputed the rulings of the Hungarian courts according to which the comments had violated others' right to good reputation. Those comments had appeared in a public debate on a matter of common interest. The debate concerned the unethical conduct of a service-provider,

where there should be little restriction on expressions, even disturbing ones, especially when it comes to value judgments as in the present case. In any case, the comments could not be equated with edited readers' letters.

35. The applicants also contended that the lawfulness of the interference leaves a lot to be desired because the domestic legal practice was divergent in such cases.

36. As to the Government's suggestion that liability for comments could be avoided either by pre-moderation or by disabling commenting altogether, the applicants argued that both solutions would work against the very essence of free expression on the Internet by having an undue chilling effect.

37. The applicants furthermore contended that imposing strict liability on online publications for all third-party contents would amount to a duty imposed on websites to prevent the posting, for any period of time, of any user-generated content that might be defamatory. Such a duty would place an undue burden on many protagonists of the Internet scene and produce significant censoring, or even complete elimination, of user comments to steer clear of legal trouble - whereas those comments tend to enrich and democratise online debates.

38. It was noteworthy that the law of the European Union and some national jurisdictions contained less restrictive rules for the protection of rights of others and to manage liability of hosting service providers. Indeed, the application of the "notice and take down" rule was the adequate way of enforcing the protection of reputation of others.

39. The stance of the Hungarian authorities had resulted in disproportionate restriction on the applicants' freedom of expression in that they had had to face a successful civil action against them, even though they had removed the disputed contents at once after they had learnt, from the court action, that the company concerned had perceived them as injurious. The legal procedure, along with the fees payable, must be seen as having a chilling effect.

40. To conclude, the applicants maintained that the simple application of the traditional rules of editorial responsibility, namely strict liability, was not the answer to the new challenges of the digital era. Imposing strict liability on online publications for all third-party content would have serious adverse repercussions for the freedom of expression and the democratic openness in the age of Internet.

(b) The Government

41. The Government conceded that there had been an interference with the applicants' right to freedom of expression, albeit one prescribed by law and pursuing the legitimate aim of the

protection of the rights of others. In their view, the authorities had acted within their margin of appreciation essentially because by displaying the comments the applicants had exceeded the limits of freedom of expression as guaranteed under the Convention.

42. The Government noted that the courts had not availed themselves of the notion of objective liability to be borne by Internet service providers for users' comments. Pursuant to its Section 1(4), Act no. CVIII of 2001 on Electronic Commercial Services (see paragraph 22 above) had not been applicable in the case, since its scope did not extend to communications made by persons acting outside the sphere of economic or professional activities or public duties by making use of an information society-related service. The applicants' objective liability had occurred since they had disseminated opinions privately expressed by other persons in a manner violating the law. Consequently, the general provisions of the Civil Code governing the protection of personality rights had been relied on by the courts. As they stated, an expression damaging reputation might also be committed by imparting and disseminating information obtained from other persons. The expressions published had contained unduly injurious, insulting and humiliating statements of facts which were contrary to the rules governing the expression of opinions. The publication of a fact might also amount to an opinion since the circumstances of the publication might reflect an opinion. Honour and reputation, however, did constitute an outer limit even to opinions or value judgments. Under Articles 75(1) and 78(1)-(2) of the Civil Code, the statement or dissemination of an injurious and untrue fact concerning another person, or the presentation with untrue implications of a true fact relating to another person constituted defamation.

43. The applicants' own right to impart and disseminate information and ideas was in no way violated. Indeed, they had not disputed that the comments had infringed the plaintiff's personality rights. As regards the publication of the ideas of others, to avoid the legal consequences of allowing the comments the applicants could have pre-moderated them or not disallowed them altogether. Those who enabled the display of unmoderated comments on their websites should foresee that unlawful expressions might also be displayed - and sanctioned under the rules of civil law.

44. In assessing the necessity of the interference, the Government argued that the case involved a conflict between the right to freedom of expression and the protection of the honour and rights of others. The national courts had solved the conflict by weighing the relevant considerations in a manner complying with the principles laid down in Article 10 of the Convention. The comments were undoubtedly unlawful; and the sanctions applied were not disproportionate in that the courts

limited themselves to establishing the breach of the law and obliging the applicants to pay only the court fees.

2. The Court's assessment

45. The Court notes that it was not in dispute between the parties that the applicants' freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention had been interfered with by the domestic courts' decisions. The Court sees no reason to hold otherwise.

46. Such an interference with the applicant company's right to freedom of expression must be "prescribed by law", have one or more legitimate aims in the light of paragraph 2 of Article 10, and be "necessary in a democratic society".

47. In the present case the parties' opinion differed as to whether the interference with the applicants' freedom of expression was "prescribed by law". The applicants argued that under the European legislation hosting service providers had restricted liability for third-party comments. The Government referred to section 1(4) of Act no. CVIII of 2001 to the effect that private expressions, such as the impugned comments, fell outside the scope of that Act. They relied on section 75(1) and 78(1)-(2) of the Civil Code and argued that the applicants were liable for imparting and disseminating private opinions expressed by third-parties.

48. The Court observes that the Court of Appeal concluded that the applicants' case did not concern electronic commercial activities, and, in any case, pursuant to its section 1(4), Act no. CVIII of 2001 was not applicable to the impugned comments (see paragraph 20 above). The Kúria, while upholding the second-instance judgment found, without further explanation, that the applicants were not intermediaries in terms of section 2(lc) of that Act (see paragraph 22 above).

The domestic courts, thus, chose to apply Article 78 of the Civil Code, although, apparently, for different reasons.

49. The Court reiterates in this context that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among others, Rekvényi v. Hungary [GC], no. 25390/94, § 35, ECHR 1999 III). The Court also reiterates that it is not for it to express a view on the appropriateness of methods chosen by the legislature of a respondent State to regulate a given field. Its task is confined to determining whether the methods adopted and the effects they entail are in conformity with the Convention (see Gorzelik and Others v. Poland [GC], no. 44158/98, § 67, ECHR 2004 I). Thus, the Court confines itself to examining whether the Kúria's application of the relevant provisions of the Civil Code to the applicants' situation was foreseeable for the purposes of Article 10 § 2 of the

Convention. As the Court has previously held, the level of precision required of domestic legislation - which cannot provide for every eventuality - depends to a considerable degree on the content of the law in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (see Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy [GC], no. 38433/09, § 142, ECHR 2012). The Court has found that persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation, can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails (see Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 41, ECHR 2007 IV).

50. The Court notes that the Kúria did not embark on an explanation whether and how Directive 2000/31/EC was taken into account when interpreting section 2(lc) of Act no. CVIII of 2001 and arriving to the conclusion that the applicants were not intermediaries in terms of that provision, despite the applicants' suggestion that the correct application of the EU law should have exculpated them in the circumstances.

51. Nonetheless, the Court is satisfied on the facts of this case that the provisions of the Civil Code made it foreseeable for a media publisher running a large Internet news portal for an economic purpose and for a self-regulatory body of Internet content providers, that they could, in principle, be held liable under domestic law for unlawful comments of third-parties. Thus, the Court considers that the applicants was in a position to assess the risks related to their activities and that they must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which these could entail. It therefore concludes that the interference in issue was "prescribed by law" within the meaning of the second paragraph of Article 10 of the Convention (see mutatis mutandis, Delfi AS, cited above, §§ 125 to 129).

52. The Government submitted that the interference pursued the legitimate aim of protecting the rights of others. The Court accepts this.

53. It thus remains to be ascertained whether it was "necessary in a democratic society" in order to achieve the aim pursued.

(a) General principles

54. The fundamental principles concerning the question whether an interference with freedom of expression is "necessary in a democratic society" are well established in the Court's case-law and have been summarised as follows (see, among other authorities, Hertel v. Switzerland, 25 August 1998, § 46, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI; Steel and Morris v. the United Kingdom, no. 68416/01, § 87, ECHR 2005-II; Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no.

16354/06, § 48, ECHR 2012; Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, § 100, ECHR 2013; and most recently in Delfi AS, cited above, § 131):

> "(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which ... must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly ...
>
> (ii) The adjective 'necessary', within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a 'pressing social need'. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a 'restriction' is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.
>
> (iii) The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient'... In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ..."

55. Furthermore, the Court has emphasised the essential function the press fulfils in a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, particularly as regards the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart - in a manner consistent with its obligations and responsibilities - information and ideas on all matters of public interest (see Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway

[GC], no. 21980/93, § 58, ECHR 1999 III; Jersild v. Denmark, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298; and De Haes and Gijsels v. Belgium, 24 February 1997, § 37, Reports 1997 I). Journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC] (no. 40454/07, § 89, 10 November 2015; Bladet Tromsø and Stensaas, cited above, § 59; and Prager and Oberschlick v. Austria, 26 April 1995, § 38, Series A no. 313). The limits of permissible criticism are narrower in relation to a private citizen than in relation to politicians or governments (see, for example, Delfi AS, cited above, § 132; Castells v. Spain, 23 April 1992, § 46, Series A no. 236; Incal v. Turkey, 9 June 1998, § 54, Reports 1998 IV; and Tammer v. Estonia, no. 41205/98, § 62, ECHR 2001 I).

56. Moreover, the Court has previously held that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general (see Ahmet Yıldırım v. Turkey, no. 3111/10, § 48, ECHR 2012; Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009; and Delfi, cited above, § 133). At the same time, in considering the "duties and responsibilities" of a journalist, the potential impact of the medium concerned is an important factor (see Delfi, cited above, § 134; see also Jersild v. Denmark, cited above, § 31).

57. The Court further reiterates that the right to protection of reputation is a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life (see Chauvy and Others v. France, no. 64915/01, § 70, ECHR 2004 VI; and Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain, no. 34147/06, § 40, 21 September 2010). In order for Article 8 to come into play, however, an attack on a person's reputation must attain a certain level of seriousness and be made in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see Delfi AS, cited above, § 137; Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012; and A. v. Norway, no. 28070/06, § 64, 9 April 2009).

58. When examining whether there is a need for an interference with freedom of expression in a democratic society in the interests of the "protection of the reputation or rights of others", the Court may be required to ascertain whether the domestic authorities have struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely on the one hand freedom of expression protected by Article 10, and on the other the right to respect for private life enshrined in Article 8 (see Delfi AS, cited above, § 138; Axel Springer AG, cited above, § 84; Hachette Filipacchi Associés v. France, no.

71111/01, § 43, 14 June 2007; MGN Limited v. the United Kingdom, no. 39401/04, § 142, 18 January 2011).

59. The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect, and the outcome of an application should not vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 10 of the Convention by the publisher of an offending article or under Article 8 of the Convention by the person who has been the subject of that article. Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases (see Axel Springer AG, cited above, § 87, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012, with further references to the cases of Hachette Filipacchi Associés, cited above, § 41; Timciuc v. Romania (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and Mosley v. the United Kingdom, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see Axel Springer AG, cited above, § 88, and Von Hannover (no. 2), cited above, § 107, with further references to MGN Limited, cited above, §§ 150 and 155; and Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, 12 September 2011). In other words, there will usually be a wide margin afforded by the Court if the State is required to strike a balance between competing private interests or competing Convention rights (see Delfi AS, cited above, § 139; Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007 I; Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 113, ECHR 1999 III; and Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, § 40, 10 January 2013).

(b) Application of those principles to the present case

(i) Preliminary remarks and applicable criteria

60. In order to determine the standards applicable in the instant case, the Court will consider the nature of the applicants' rights of expression in view of their role in the process of communication and the specific interest protected by the interference, namely - as was implied by the domestic courts - the rights of others.

61. The Court notes that both the first applicant, as a self-regulatory body of internet service providers, and the second applicant, as a large news portal, provided forum for the exercise of expression rights, enabling the public to impart information and ideas. Thus, the Court shares the Constitutional Court's view according to which the applicants' conduct must be assessed in the light of the principles applicable to the press (see paragraph 25 above).

62. The Court reiterates in this regard that although not publishers of the comments in the traditional sense, Internet news portals must, in principle, assume duties and responsibilities. Because of the particular nature of the Internet, those duties and responsibilities may differ to some degree from those of a traditional publisher, notably as regards third-party contents (see Delfi AS, cited above, § 113).

63. In particular, the Court has examined in the case of Delfi AS the duties and responsibilities under Article 10 § 2 of large Internet news portals where they provide, for economic purposes, a platform for user-generated comments and where the users of such platforms engage in clearly unlawful expressions, amounting to hate speech and incitement to violence.

64. However, the present case is different. Although offensive and vulgar (see paragraphs 12 and 14 above), the incriminated comments did not constitute clearly unlawful speech; and they certainly did not amount to hate speech or incitement to violence. Furthermore, while the second applicant is the owner of a large media outlet which must be regarded as having economic interests, the first applicant is a non-profit self-regulatory association of Internet service providers, with no known such interests.

65. The domestic courts found that the impugned statements violated the personality rights and reputation of the plaintiff company, a moral person. At this juncture the Court notes that the domestic authorities accepted without any further analysis or justification that the impugned statements were unlawful as being injurious to the reputation of the plaintiff company.

66. As the Court has previously held, legal persons could not claim to be a victim of a violation of personality rights, whose holders could only be natural persons (see Sdružení Jihočeské Matky v. Czech Republic (dec.), no. 19101/03, 10 July 2006). There is a difference between the commercial reputational interests of a company and the reputation of an individual concerning his or her social status. Whereas the latter might have repercussions on one’s dignity, for the Court, interests of commercial reputation are devoid of that moral dimension (see Uj v. Hungary, no. 23954/10, § 22, 19 July 2011). Moreover, the Court reiterates that there is an interest in protecting the commercial success and viability of companies, for the benefit of shareholders and employees, but also for the wider economic good. The State therefore enjoys a margin of appreciation as to the means it provides under domestic law to enable a company to challenge the truth, and limit the damage, of allegations which risk harming its reputation (see Steel and Morris v. the United Kingdom, no. 68416/01, § 94, ECHR 2005-II; Kuliś and Różycki v. Poland, no. 27209/03, § 35, ECHR 2009).

67. However, in the present case it is not necessary to decide whether the plaintiff company could justifiably rely on its right to reputation, seen from the perspective of Article 8 of the Convention. It suffices to observe that the domestic courts found that the comments in question constituted an infringement of its personality rights. Indeed, it cannot be excluded that the impugned comments were injurious towards the natural person behind the company and that, in this sense, the decisions of the domestic courts intended to protect, in an indirect manner, that person from defamatory statements. The Court will therefore proceed under the assumption that - giving the benefit of the doubt to the domestic courts' stance identifying a valid reputational interest - there was to be a balancing between the applicants' Article 10 rights and the plaintiff's Article 8 rights.

68. The Court has already had occasion to lay down the relevant principles which must guide its assessment in the area of balancing the protection of freedom of expression as enshrined in Article 10 and the protection of the reputation of those against whom allegations were made, a right which, as an aspect of private life, is protected by Article 8 of the Convention. It identified a number of relevant criteria, out of which the particularly pertinent in the present case, to which the Court will revert below, are: contribution to a debate of public interest, the subject of the report, the prior conduct of the person concerned, the content, form and consequences of the publication, and the gravity of the penalty imposed on the journalists or publishers (see Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France [GC], cited above, § 93; Von Hannover v. (no. 2), cited above, §§ 108 to 113, ECHR 2012; and Axel Springer AG, cited above, §§ 90-95, 7 February 2012). At this juncture the Court would add that the outcome of such a balancing performed by the domestic courts will be acceptable in so far as those courts applied the appropriate criteria and, moreover, weighed the relative importance of each criterion with due respect paid to the particular circumstances of the case.

69. In the case of Delfi AS, the Grand Chamber identified the following specific aspects of freedom of expression in terms of protagonists playing an intermediary role on the Internet, as being relevant for the concrete assessment of the interference in question: the context of the comments, the measures applied by the applicant company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the intermediary's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the applicant company (see Delfi AS, cited above, §§ 142-43).

70. These latter criteria were established so as to assess the liability of large Internet news portals for not having removed from their websites, without delay after publication, comments that amounted to hate speech and incitement to violence. However, for the Court, they are also relevant

for the assessment of the proportionality of the interference in the present case, free of the pivotal element of hate speech. It is therefore convenient to examine the balancing, if any, performed by the domestic courts and the extent to which the relevant criteria (see Von Hannover (no. 2), cited above, §§ 108 to 113) were applied in that process, with regard to the specific aspects dictated by the applicants' respective positions (see Delfi AS, cited above, §§ 142-43).

71. Consequently, it has to be ascertained if the domestic authorities struck an appropriate balance between the applicants' right under Article 10, as protagonists in providing Internet platform for, or inviting expressions from, third-parties on the one hand, and the rights of the plaintiff company not to sustain allegations infringing its rights under Article 8, on the other. In particular, in the light of the Kúria's reasoning, the Court must examine whether the domestic courts' imposition of liability on the applicants for third-party comments was based on relevant and sufficient reasons in the particular circumstances of the case.

The Court itself will proceed to assess the relevant criteria as laid down in its case-law to the extent that the domestic authorities failed to do so.

(ii) Context and content of the impugned comments

72. As regards the context of the comments, the Court notes that the underlying article concerned the business practice of two large real estate websites, which was deemed misleading and injurious to their clients, thus there was a public interest in ensuring an informed public debate over a matter concerning many consumers and Internet users. The conduct in question had already generated numerous complaints to the consumer protection organs and prompted various procedures against the company concerned (see paragraph 16 above). The Court is therefore satisfied that the comments triggered by the article can be regarded as going to a matter of public interest.

Moreover, against this background, the article cannot be considered to be devoid of a factual basis or provoking gratuitously offensive comments.

73. The Court attaches importance to the fact that the second applicant is the owner of a large news portal, run on a commercial basis and obviously attracting a large number of comments. On the contrary, there is no appearance that the situation of the first applicant, the self-regulatory association of Internet content providers, was in any manner similar; indeed, the latter's publication of contents of predominantly professional nature was unlikely to provoke heated discussions on the Internet. At any rate, the domestic courts appear to have paid no attention to the role, if any, which the applicants respectively played in generating the comments.

74. As regards the contents of the comments, the domestic courts found that they had overstepped the acceptable limits of freedom of opinion and infringed the right to reputation of the plaintiff company, in that they were unreasonably offensive, injurious and degrading.

75. For the Court, the issue in the instant case is not defamatory statements of fact but value judgments or opinions, as was admitted by the domestic courts. They were denouncements of a commercial conduct and were partly influenced by the commentators' personal frustration of having been tricked by the company. Indeed, the remarks can be considered as an ill-considered reaction (compare and contrast Palomo Sánchez and Others cited above, § 73). They were posted in the context of a dispute over the business policy of the plaintiff company perceived as being harmful to a number of clients.

76. Furthermore, the expressions used in the comments were offensive, one of them being outright vulgar. As the Court has previously held, offence may fall outside the protection of freedom of expression if it amounts to wanton denigration, for example where the sole intent of the offensive statement is to insult (see Skałka v. Poland, no. 43425/98, § 34, 27 May 2003); but the use of vulgar phrases in itself is not decisive in the assessment of an offensive expression. For the Court, style constitutes part of the communication as the form of expression and is as such protected together with the content of the expression (see Uj, cited above, § 23).

77. Without losing sight of the effects of defamation on the Internet, especially given the ease, scope and speed of the dissemination of information (see Delfi AS, cited above,§ 147), the Court also considers that regard must be had to the specificities of the style of communication on certain Internet portals. For the Court, the expressions used in the comments, albeit belonging to a low register of style, are common in communication on many Internet portals - a consideration that reduces the impact that can be attributed to those expressions.

(iii) Liability of the authors of the comments

78. As regards the establishment, in the civil proceedings, of the commentators' identities, the Court notes that the domestic authorities did not at all address its feasibility or the lack of it. The Constitutional Court restricted its analysis to stating that the injured party was unlikely to receive any compensation without the liability of the operator of the Internet portal.

At this juncture, the Court notes that there is no appearance that the domestic courts enquired into the conditions of commenting as such or into the system of registration enabling readers to make comments on the applicants' websites.

79. The national courts were satisfied that it was the applicants that bore a certain level of liability for the comments, since they had "disseminated" defamatory statements (see paragraph 42 above), however without embarking on a proportionality analysis of the liability of the actual authors of the comments and that of the applicants. For the Court, the conduct of the applicants providing platform for third-parties to exercise their freedom of expression by posting comments is a journalistic activity of a particular nature (see Delfi AS, cited above, §§ 112-13). Even accepting the domestic courts' qualification of the applicants' conduct as "disseminating" defamatory statements, the applicant's liability is difficult to reconcile with the existing case-law according to which "punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so" (see Jersild, cited above, § 35; Thoma v. Luxembourg, no. 38432/97, § 62, ECHR 2001 III; and, mutatis mutandis, Verlagsgruppe News GmbH v. Austria, no. 76918/01, § 31, 14 December 2006, Print Zeitungsverlag GmbH v. Austria, no. 26547/07, § 39, 10 October 2013; and Delfi AS, cited above, § 135).

(iv) Measures taken by the applicants and the conduct of the injured party

80. The Court observes that although the applicants immediately removed the comments in question from their websites upon notification of the initiation of civil proceedings (see paragraphs 15 above), the Kúria found them liable on the basis of the Civil Code, since by enabling readers to make comments on those websites and in connection to the impugned article, they had assumed objective liability for any injurious or unlawful comments made by those readers. As the Budapest Court of Appeal held, the circumstances of removing the comments were not a matter relevant for the assessment of objective liability but one for the assessment of any compensation (see paragraph 20 above).

81. The Court observes that the applicants took certain general measures to prevent defamatory comments on their portals or to remove them. Both applicants had a disclaimer in their General terms and conditions stipulating that the writers of comments - rather than the applicants - were accountable for the comments. The posting of comments injurious to the rights of third parties were prohibited. Furthermore, according to the Rules of moderation of the second applicant, "unlawful comments" were also prohibited. The second applicant set up a team of moderators performing partial follow-up moderation of comments posted on its portal. In addition, both applicants had a notice-and-take-down system in place, whereby anybody could indicate unlawful comments to the service provider so that they be removed. The moderators and the service

providers could remove comments deemed unlawful at their discretion (see paragraphs 7-10 above).

82. The domestic courts held that, by allowing unfiltered comments, the applicants should have expected that some of those might be in breach of the law. For the Court, this amounts to requiring excessive and impracticable forethought capable of undermining freedom of the right to impart information on the Internet.

83. The Court also observes that the injured company never requested the applicants to remove the comments but opted to seek justice directly in court - an element that did not attract any attention in the domestic evaluation of the circumstances.

Indeed, the domestic courts imposed objective liability on the applicants for "having provided space for injurious and degrading comments" and did not perform any examination of the conduct of either the applicants or the plaintiff.

(v) Consequences of the comments for the injured party

84. As the Court has previously held in the context of compensation for the protraction of civil proceedings, juristic persons may be awarded compensation for non-pecuniary damage, where consideration should be given to the company's reputation (see Comingersoll S.A. v. Portugal [GC], no. 35382/97, § 35, ECHR 2000 IV). However, the Court reiterates that there is a difference between the commercial reputational interests of a company and the reputation of an individual concerning his or her social status. Whereas the latter might have repercussions on one's dignity, for the Court interests of commercial reputation are primarily of business nature and devoid of the same moral dimension which the reputation of individuals encompasses. In the instant application, the reputational interest at stake is that of a private company; it is thus a commercial one without relevance to moral character (see, mutatis mutandis, Uj, cited above, § 22).

85. The consequences of the comments must nevertheless be put into perspective. At the time of the publication of the article and the impugned comments, there were already ongoing inquiries into the plaintiff company's business conduct (see paragraph 17 above). Against this background, the Court is not convinced that the comments in question were capable of making any additional and significant impact on the attitude of the consumers concerned. However, the domestic courts do not appear to have evaluated whether the comments reached the requisite level of seriousness and whether they were made in a manner actually causing prejudice to a legal person's right to professional reputation (see paragraph 57 above).

(vi) Consequences for the applicants

86. The applicants were obliged to pay the court fees, including the fee paid by the injured party for its legal representation (see paragraph 22 above), but no awards were made for non-pecuniary damage. However, it cannot be excluded that the court decision finding against the applicants in the present case might produce legal basis for a further legal action resulting a damage award. In any event, the Court is of the view that the decisive question when assessing the consequence for the applicants is not the absence of damages payable, but the manner in which Internet portals such as theirs can be held liable for third-party comments. Such liability may have foreseeable negative consequences on the comment environment of an Internet portal, for example by impelling it to close the commenting space altogether. For the Court, these consequences may have, directly or indirectly, a chilling effect on the freedom of expression on the Internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website such as the first applicant (compare and contrast Delfi AS, cited above, § 161).

87. The Constitutional Court held that the operation of Internet portals allowing comments without prior moderation was a forum of the exercise of freedom of expression (see paragraph 25 above). Indeed, the Court stressed on many occasions the essential role which the press plays in a democratic society (see De Haes and Gijsels v. Belgium, cited above, § 37) - a concept which in modern society undoubtedly encompasses the electronic media including the Internet.

88. However, the Court cannot but observe that the Hungarian courts paid no heed to what was at stake for the applicants as protagonists of the free electronic media. They did not embark on any assessment of how the application of civil-law liability to a news portal operator will affect freedom of expression on the Internet. Indeed, when allocating liability in the case, those courts did not perform any balancing at all between this interest and that of the plaintiff. This fact alone calls into question the adequacy of the protection of the applicants' freedom-of-expression rights on the domestic level.

(vii) Conclusion

89. The Court considers that the rigid stance of the Hungarian courts reflects a notion of liability which effectively precludes the balancing between the competing rights according to the criteria laid down in the Court's case law (see Von Hannover (no. 2), cited above, § 107).

90. At this juncture, the Court reiterates that it is not for it to express a view on the appropriateness of methods chosen by the legislature of a respondent State to regulate a given field. Its task is confined to determining whether the methods adopted and the effects they entail are in conformity with the Convention (see Gorzelik and Others v. Poland, cited above, § 67).

91. However, in the case of Delfi AS, the Court found that if accompanied by effective procedures allowing for rapid response, the notice-and-take-down-system could function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and interests of all those involved. The Court sees no reason to hold that such a system could not have provided a viable avenue to protect the commercial reputation of the plaintiff. It is true that, in cases where third-party user comments take the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, the rights and interests of others and of the society as a whole might entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals if they failed to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties (see Delfi AS, cited above, § 159). However, the present case did not involve such utterances.

The foregoing considerations are sufficient for the Court to conclude that there has been a violation of Article 10 of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

92. Article 41 of the Convention provides:

> "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

93. The applicants made no damage claim.

B. Costs and expenses

94. The applicants, jointly, claimed 5,100 euros (EUR) for the costs and expenses incurred before the Court. This sum corresponds to 85 hours of legal work billable by their lawyer at an hourly rate of EUR 60.

95. The Government contested this claim.

96. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and the above criteria, the Court considers it reasonable to award the full sum claimed.

C. Default interest

97. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. Declares the application admissible;

2. Holds that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

3. Holds

(a) that the respondent State is to pay the applicants, jointly, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 5,100 (five thousand one hundred euros), plus any tax that may be chargeable to the applicants, in respect of costs and expenses, to be converted into the currency of the respondent State at the rate applicable at the date of settlement;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amount at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points.

Done in English, and notified in writing on 2 February 2016, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Françoise Elens-Passos

Registrar

Vincent De Gaetano

Vice-President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Kūris is annexed to this judgment.

V.D.G.

F.E.P.

CONCURRING OPINION OF JUDGE KŪRIS

1. Somewhat similarly to Delfi AS v. Estonia (GC] (no. 64569/09, ECHR 2015), which was, in the Court's own words, "the first case in which the Court has been called upon to examine a complaint of this type [regarding the liability of Internet providers for the contents of comments]", the present case is the first in which the principles set forth in Delfi AS, to the balanced reasoning in which I subscribe, have been called upon to be applied and, at the same time, tested.

2. Together with my colleagues, I voted for the finding of a violation of Article 10 of the Convention. The vulgar and offensive comments dealt with in the present case were value judgments of no value whatsoever; however, they did not incite violence, did not stoop to the level of hate speech and, at least in this most important respect, could not a priori be viewed by the applicants as "clearly unlawful". This is essentially what distinguishes these comments from the hate speech dealt with in Delfi AS. This decisive difference is rightly noted in, inter alia, paragraph 64 of the judgment. Thus, although it results in the opposite conclusion to that found in Delfi AS, the present judgment does not, in my opinion, depart from the Delfi AS principles.

3. Consequently, this judgment should in no way be employed by Internet providers, in particular those who benefit financially from the dissemination of comments, whatever their contents, to shield themselves from their own liability, alternative or complementary to that of those persons who post degrading comments, for failing to take appropriate measures against these envenoming statements. If it is nevertheless used for that purpose, this judgment could become an instrument for (again!) whitewashing the Internet business model, aimed at profit at any cost.

If, alas, such a regrettable turn of events should occur, those in the Internet business would not stand alone in their moral responsibility for further contamination of the public sphere. And we cannot pretend that we do not know who - if not personally, still certainly institutionally - would have to share that responsibility. If things develop in that direction, then Judge Boštjan Zupančič's pointed remark in his concurring opinion in Delfi AS would become even more pertinent (emphasis added):

> "I do not know why the national courts hesitate in adjudicating these kinds of cases and affording strict protection of personality rights and decent compensation to those who have been subject to these kinds of abusive verbal injuries, but I suspect that our own case-law has something to do with it."

4. This is the first post-Delfi judgment, but, of course, it will not be the last. It is confined to the individual circumstances of this particular case. There will inevitably be other cases dealing with liability for the contents of Internet messages and the administration thereof. Today, it is too early

to draw generalising conclusions. One should look forward to these future cases, with the hope that the present judgment, although it may now appear to some as a step back from Delfi AS, will prove to be merely further evidence that the balance to be achieved in cases of this type is a very subtle one.

AİHM - Kalda v. Estonia - 19 Ocak 2016

ECHR 024 (2016)

19.01.2016

Refusal to grant prisoner access to Internet websites containing legal information breached his right to receive information

In today's Chamber judgment1 in the case of Kalda v. Estonia (application no. 17429/10) the European Court of Human Rights held, by six votes to one, that there had been:

a violation of Article 10 (freedom of expression) of the European Convention on Human Rights.

The case concerned a prisoner's complaint about the authorities' refusal to grant him access to three Internet websites, containing legal information, run by the State and by the Council of Europe. Mr Kalda, the applicant, complained in particular that the ban under Estonian law on his accessing these specific websites had breached his right to receive information via the Internet and prevented him from carrying out legal research for court proceedings in which he was engaged.

The Court found in particular that Contracting States are not obliged to grant prisoners access to Internet. However, if a State is willing to allow prisoners access, as is the case in Estonia, it has to give reasons for refusing access to specific sites. In the specific circumstances of Mr Kalda's case, the reasons, namely the security and costs implications, for not allowing him access to the Internet sites in question had not been sufficient to justify the interference with his right to receive information. Notably, the authorities had already made security arrangements for prisoners' use of Internet via computers specially adapted for that purpose and under the supervision of the prison authorities and had borne the related costs. Indeed, the domestic courts had undertaken no detailed analysis as to the possible security risks of access to the three additional websites in question, bearing in mind that they were run by an international organisation and by the State itself.

Principal facts

The applicant, Romeo Kalda, is an Estonian national who was born in 1974. He is serving a life sentence in prison and complains that in October 2007 the prison authorities in Tartu Prison refused his request to be granted access to the website of the Council of Europe Information Office in Tallinn and two State-run databases, namely the websites of the Chancellor of Justice and the Estonian Parliament, containing legal information. More precisely, these websites contained

translations and summaries of ECtHR judgments (CoE information office), legal opinions (Chancellor of Justice) and draft laws, explanatory memoranda, records and minutes of sittings (Estonian Parliament).

Mr Kalda complained to the Ministry of Justice but his complaint was dismissed in November 2007. In the ensuing proceedings before the national courts, the Supreme Court ultimately – in December 2009 – dismissed Mr Kalda's appeal, concluding that the ban on detainees' access to the three websites in question was justified by security and economic considerations. Notably, it found that granting access to additional Internet sites could increase the risk of detainees engaging in prohibited communication, thus necessitating increased monitoring and therefore costs.

Complaints, procedure and composition of the Court

Relying on Article 10 (freedom of expression), Mr Kalda complained that the ban on his accessing the websites had breached his right to receive information via the Internet, submitting that his aim was to be able to undertake legal research in view of a number of court proceedings in which he had been engaged against the Estonian prison system.

The application was lodged with the European Court of Human Rights on 16 March 2010.

Judgment was given by a Chamber of seven judges, composed as follows:

Işıl Karakaş (Turkey), President,

Julia Laffranque (Estonia),

Nebojša Vučinić (Montenegro),

Paul Lemmens (Belgium),

Ksenija Turković (Croatia),

Jon Fridrik Kjølbro (Denmark),

Stéphanie Mourou-Vikström (Monaco),

and also Stanley Naismith, Section Registrar.

Decision of the Court

The Court considered that the central question was not the authorities' refusal to release information, as Mr Kalda's request concerned information that was already freely available in the public domain. Rather, Mr Kalda's complaint concerned a particular means, namely the Internet, of accessing information published on specific websites. The Court reiterated in this connection that the Internet played an important role in enhancing the dissemination of information in general.

Moreover, as concerned prisoners, an increasing amount of services and information is only available on the Internet, as evidenced by the fact that the official publication of legal acts in Estonia now only takes place via the online version of Riigi Teataja (which carries Estonian summaries and translations of the European Court's judgments) and no longer through its paper version.

Nevertheless, imprisonment inevitably involved a number of restrictions on prisoners' communication with the outside world and Article 10 could not be interpreted as obliging Contracting States to provide access to Internet to prisoners. The Court found though that, since access to certain sites containing legal information was granted to prisoners under Estonian law, the restriction on their access to other sites that also contain legal information had therefore constituted an interference with Mr Kalda's right to receive information. That interference, based on the Imprisonment Act, which limits prisoners' Internet access to the official databases of legislation and the database of judicial decisions, had been "prescribed by law" and served the aim of the protection of rights of others and the prevention of disorder and crime.

Thus, Estonian law did grant prisoners limited access to the Internet. If a Contracting State was willing to give such access, it had to give reasons for refusing access to specific sites. In that connection, it observed that the sites to which access had been denied essentially stored information related to fundamental rights, including the rights of prisoners. Such information was used by the Estonian courts themselves and Mr Kalda needed access to it when it came to asserting and defending his rights before the domestic courts. Indeed, when Mr Kalda had lodged his complaint with the domestic courts, the Estonian translations and summaries of the Court's judgments had only been available on the website of the Tallinn Council of Europe Information Office to which he was denied access.

On examining the Government's argument that there were security and costs implications in allowing prisoners access to Internet sites of the type denied to Mr Kalda, the Court noted that the Estonian authorities had already made security arrangements for prisoners' use of Internet via computers specially adapted for that purpose and had borne the related costs. Furthermore, the domestic courts had undertaken no detailed analysis as to the possible security risks of access to the three additional websites in question, bearing in mind that they were run by an international organisation and by the State itself. Moreover, the Supreme Court had limited its analysis on this point to a rather general statement that granting access to additional Internet sites could increase the risk of detainees engaging in prohibited communication.

The Court was not therefore persuaded that the reasons for not allowing Mr Kalda access to the three Internet sites in question had been sufficient to justify the interference with his right to receive information. It thus concluded that that interference, in the specific circumstances of Mr Kalda's case, had not been necessary in a democratic society and held that there had been a violation of Article 10 of the Convention.

Article 41 (just satisfaction)

The Court held, by six votes to one, that the finding of a violation constituted sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by Mr Kalda.

Separate opinion

Judge Kjølbro expressed a dissenting opinion which is annexed to the judgment.

The judgment is available only in English.

SECOND SECTION

CASE OF KALDA v. ESTONIA

(Application no. 17429/10)

JUDGMENT

STRASBOURG

19 January 2016

FINAL

06/06/2016

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Kalda v. Estonia,

The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a Chamber composed of:

Işıl Karakaş, President,

Julia Laffranque,

Nebojša Vučinić,

Paul Lemmens,

Ksenija Turković,

Jon Fridrik Kjølbro,

Stéphanie Mourou-Vikström, judges,

and Stanley Naismith, Section Registrar,

Having deliberated in private on 8 December 2015,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 17429/10) against the Republic of Estonia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by an Estonian national, Mr Romeo Kalda ("the applicant"), on 16 March 2010.

2. The applicant, who had been granted legal aid, was represented by Mr J. Valdma, a lawyer practising in Tallinn. The Estonian Government ("the Government") were represented by their Agent, Ms M. Kuurberg, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant alleged that his right under Article 10 of the Convention to receive information through the Internet without interference by public authority had been violated.

4. On 23 October 2013 the application was communicated to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. The applicant was born in 1974. He is serving a life sentence in prison.

A. The applicant's complaint against Pärnu Prison

6. On 21 July 2005 the applicant requested from the Governor of Pärnu Prison access to (i) the online version of Riigi Teataja (the State Gazette), (ii) the decisions of the Supreme Court and administrative courts, which are available on the Internet, and (iii) the HUDOC database of the judgments of the European Court of Human Rights. The Governor refused his request. The applicant's subsequent complaint was dismissed by the Pärnu Administrative Court; the Tallinn Court of Appeal dismissed his further appeal. The applicant then appealed to the Supreme Court.

7. The Administrative Law Chamber of the Supreme Court delivered its judgment on 31 May 2007 (case no. 3-3-1-20-07). In respect of Estonian legislation and the Supreme Court's rulings, the Supreme Court noted that these were available in the paper version of Riigi Teataja; it considered access to the paper version sufficient and found that the prison's refusal to grant the applicant access to the online version of Riigi Teataja had been lawful.

8. However, the Supreme Court noted that from 1 January 2007 the primary official version of Riigi Teataja had been its online version and that since then only five "control copies" of each edition had been printed. Despite that fact, the prisons had a duty to ensure that detainees had a reasonable possibility of searching for and familiarising themselves with legal acts.

9. Furthermore, the Supreme Court considered that the refusal of the prison administration to grant detainees access to the rulings of the administrative courts and of the European Court of Human Rights interfered with their right to freely obtain information disseminated for public use. Given that the legislature had not specified any restrictions in this regard in respect of prisoners, their right – enshrined in Article 44 § 1 of the Constitution of the Republic of Estonia (Eesti Vabariigi põhiseadus) – to obtain information had to be given an equal level of protection as that afforded to persons at liberty. Accordingly, the refusal of Pärnu Prison to grant the applicant access to the rulings of the Estonian administrative courts and the European Court of Human Rights had been unlawful.

B. The applicant's complaint against Tartu Prison

10. On 18 October 2007 Tartu Prison – to which the applicant had been transferred in the meantime – refused the applicant's request to be granted access to the Internet sites www.coe.ee (the Council of Europe Information Office in Tallinn), www.oiguskantsler.ee (the Chancellor of Justice, or Õiguskantsler)) and www.riigikogu.ee (the Estonian Parliament, or Riigikogu). According to the applicant, he was involved in a number of legal disputes with the prison administration and needed access to those Internet sites in order to be able to defend his rights in court.

11. On 23 November 2007 the applicant's complaint was dismissed by the Ministry of Justice.

12. By a judgment of 17 July 2008 the Tartu Administrative Court upheld the applicant's complaint in respect of the Internet site www.coe.ee and ordered Tartu Prison to grant him supervised access to that site via a computer adapted for that purpose. The Administrative Court noted that Tartu Prison had afforded its detainees access to the online version of Riigi Teataja, the database of judicial decisions, and the Internet sites of the European Court of Human Rights and the Supreme Court. The Administrative Court further referred to the Supreme Court's judgment of 31 May 2007 (see paragraphs 7 and 9 above) and to section 31-1 of the Imprisonment Act (Vangistusseadus) (see paragraph 21 below), which had entered into force on 1 June 2008. It noted that the Internet site of the European Court of Human Rights – to which detainees had been granted access – contained information only in English and French, whereas translations into Estonian of the rulings of the European Court of Human Rights were available on the Internet site of the Council of Europe Information Office in Tallinn. The Administrative Court considered that the burden of having the rulings of the European Court of Human Rights translated into Estonian could not be placed on the applicant and concluded that he also had to be granted access to the Internet site www.coe.ee. It considered that this Internet site was similar to the database of judicial decisions referred to in section 31-1 of the Imprisonment Act. In respect of the Internet sites www.oiguskantsler.ee and www.riigikogu.ee, the court found that access to these sites was not foreseen by section 31-1 of the Imprisonment Act; in any case, the applicant could request information directly from the institutions concerned or from Tartu Prison.

13. Both parties appealed. On 31 October 2008 the Tartu Court of Appeal dismissed both appeals and upheld the first-instance court's judgment.

14. Both parties challenged the Appeal Court's judgment before the Supreme Court. The Administrative Law Chamber of the Supreme Court referred the case to the Supreme Court's plenary session on a point of constitutionality. By a judgment of 7 December 2009 the plenary session of the Supreme Court dismissed the applicant's appeal and upheld Tartu Prison's appeal. It quashed the lower courts' judgments in so far as these granted the applicant access to the Internet site www.coe.ee.

15. The Supreme Court found that the Internet sites in question did not fall under the exceptions provided for in section 31-1 of the Imprisonment Act (see paragraph 21 below). Thus, the Supreme Court had to determine whether that provision was in conformity with the Constitution. The Supreme Court found that section 31-1 of the Imprisonment Act interfered with the right – enshrined in Article 44 § 1 of the Constitution – to freely obtain information disseminated for public use. It noted that the aims of imprisonment included the protection of the legal order and

steering detainees towards law-abiding behaviour. As the possibility could not be technically excluded that detainees might misuse the right to use the Internet, access to the Internet was prohibited to them by section 31-1 of the Imprisonment Act. The exception made in respect of the official databases of legislation and the database of judicial decisions was necessary in order to ensure that detainees were afforded an effective possibility to protect their own rights. It had to be taken into account that the official texts of legal acts were only accessible to detainees via the Internet.

16. The Supreme Court observed that the prohibition of the use of the Internet was necessary primarily in order to restrict detainees' ability to engage in communication for purposes that did not accord with those of their detention, such as obtaining information that could jeopardise the prison's security or run counter to the directing of detainees towards law-abiding behaviour. Granting detainees access to any additional Internet site increased the security risk of their obtaining information running contrary to the aims of imprisonment. Moreover, this could create an opportunity for detainees to use the Internet for purposes other than that of freely obtaining information disseminated for public use. Thus, the Supreme Court concluded that the prohibition of detainees' access to the Internet sites www.coe.ee, www.oiguskantsler.ee and www.riigikogu.ee was justified by the need to achieve the aims of imprisonment and in particular the need to secure public safety.

17. In respect of the proportionality of the restriction the Supreme Court considered that the denial of detainees' access to the Internet sites www.coe.ee, www.oiguskantsler.ee and www.riigikogu.ee prevented them from misusing the Internet via these sites and that public safety was thereby protected. Moreover, granting detainees access to these Internet sites could increase the risk of their engaging in prohibited communication; this in turn would necessitate increased levels of control (and therefore costs). Thus, there were no alternative, equally effective means – besides the prohibition imposed by section 31-1 of the Imprisonment Act – of achieving the legitimate aim in question. Lastly, the Supreme Court noted that detainees were able to contact the Riigikogu and the Chancellor of Justice by mail and make a request for information (teabenõue). Therefore, detainees' access to the public information contained on the Internet sites in question was not unduly restricted. Detainees' access to the Internet site of the European Court of Human Rights was guaranteed, pursuant to section 31-1 of the Imprisonment Act; those of the Council of Europe's conventions and treaties that had been ratified by Estonia were accessible on the Internet site www.riigiteataja.ee. The Supreme Court noted that it did not doubt that the printed works of the Council of Europe were accessible through prison libraries, and nor were detainees prevented from contacting the Council of Europe by post. The Supreme Court concluded that the

restriction preventing detainees from accessing the Internet sites www.oiguskantsler.ee, www.riigikogu.ee and www.coe.ee was one of "low intensity"; the Supreme Court gave more weight to the aim sought by that restriction. It considered that permitting detainees extensive use of the Internet would increase the likelihood of prison authorities losing control over detainees' activities, as it could not be completely excluded that via the Internet sites in question detainees could use the Internet for other, unauthorised purposes. Accordingly, the impugned restriction was in conformity with the Constitution.

18. Four judges out of eighteen delivered a dissenting opinion according to which the applicant should have been granted access to all three of the Internet sites in question. They considered that the use of the Internet sites in question did not generally pose a threat to public safety and was in conformity with the aims of imprisonment. It was unclear what additional costs the State would have to bear, since – in line with the applicable law – prisons were equipped with computers specially adapted to allow detainees access to the official databases of legislation and judicial decisions, and the prison service exercised supervision over the use of such resources. The information available on the Internet sites in question aided the exercising of the right of recourse to the courts. While it was true that detainees could also avail themselves of the right to make a request for information, this was a more time-consuming avenue and, particularly in the case of the Internet site of the Chancellor of Justice, required knowledge of which information was available on such Internet sites. No request for information under the Public Information Act (Avaliku teabe seadus) could be made to the Council of Europe Information Office in Tallinn. The rulings of the European Court of Human Rights available in the HUDOC database – which was accessible to detainees – were not in Estonian (unlike the unofficial translations published on the Internet site www.coe.ee), and it could not be presumed that detainees had sufficient command of English or French to be able to read them. The printed works of the Council of Europe that were available in prison libraries did not include all the information that was published on the Internet site of the Council of Europe Information Office in Tallinn. Thus, the four dissenting judges concluded that the restriction in question was unconstitutional.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

19. Article 44 § 1 of the Constitution of the Republic of Estonia (Eesti Vabariigi põhiseadus) provides that everyone has the right to freely obtain information disseminated for public use.

20. The Public Information Act (Avaliku teabe seadus) stipulates the conditions and procedure for accessing information that is obtained or created in the course of carrying out public duties. A request for information (teabenõue) may be made orally or in writing (section 13) and the holder

of such information, subject to certain exceptions, must release the information in the manner requested by the person making the request (section 17).

21. Section 31-1 of the Imprisonment Act (Vangistusseadus), which entered into force on 1 June 2008, provides that prisoners are prohibited from using the Internet, except on computers specially adapted for said purpose by a prison which has allowed such access (under the supervision of the prison authorities) to the official databases of legislation and the database of judicial decisions. This provision is still in force and has not been substantially amended.

III. RELEVANT INTERNATIONAL INSTRUMENTS

A. Council of Europe documents

22. The Rules of the Committee of Ministers for the supervision

of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006

at the 964th meeting of the Ministers' Deputies, read as follows:

Rule 6 – Information to the Committee of Ministers on the execution of the judgment

"2. When supervising the execution of a judgment by the High Contracting Party concerned, pursuant to Article 46, paragraph 2, of the Convention, the Committee of Ministers shall examine:

...

b. if required, and taking into account the discretion of the High Contracting Party concerned to choose the means necessary to comply with the judgment, whether:

...

ii. general measures have been adopted, preventing new violations similar to that or those found or putting an end to continuing violations."

A footnote relating to the above provision mentions – as an example of general measures to be taken – publication of a judgment of the Court in the language of the respondent State and its dissemination to the authorities concerned.

23. On 28 May 2003, at the 840th meeting of the Ministers' Deputies, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a Declaration on freedom of communication on the Internet. The relevant part of the Declaration reads as follows:

Principle 4: Removal of barriers to the participation of individuals in the information society

"Member states should foster and encourage access for all to Internet communication and information services on a non-discriminatory basis at an affordable price. Furthermore, the active participation of the public, for example by setting up and running individual websites, should not be subject to any licensing or other requirements having a similar effect."

24. On 16 April 2014 Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users was adopted. The relevant part of the Recommendation reads as follows:

"3. The Internet has a public service value. People, communities, public authorities and private entities rely on the Internet for their activities and have a legitimate expectation that its services are accessible, provided without discrimination, affordable, secure, reliable and ongoing. Furthermore, no one should be subjected to unlawful, unnecessary or disproportionate interference with the exercise of their human rights and fundamental freedoms when using the Internet."

Furthermore, the relevant parts of the Guide read as follows:

Access and non-discrimination

"1. Access to the Internet is an important means for you to exercise your rights and freedoms and to participate in democracy. You should therefore not be disconnected from the Internet against your will, except when it is decided by a court. In certain cases, contractual arrangements may also lead to discontinuation of service but this should be a measure of last resort."

Freedom of expression and information

"You have the right to seek, receive and impart information and ideas of your choice, without interference and regardless of frontiers. This means:

1. you have the freedom to express yourself online and to access information and the opinions and expressions of others. This includes political speech, views on religion, opinions and expressions that are favourably received or regarded as inoffensive, but also those that may offend, shock or disturb others. You should have due regard to the reputation or rights of others, including their right to privacy;

2. restrictions may apply to expressions which incite discrimination, hatred or violence. These restrictions must be lawful, narrowly tailored and executed with court oversight;

...

4. public authorities have a duty to respect and protect your freedom of expression and your freedom of information. Any restrictions to this freedom must not be arbitrary, must pursue a

legitimate aim in accordance with the European Convention on Human Rights such as, among others, the protection of national security or public order, public health or morals, and must comply with human rights law. Moreover, they must be made known to you, coupled with information on ways to seek guidance and redress, and not be broader or maintained for longer than is strictly necessary to achieve a legitimate aim ...”

B. Other international documents

25. The UN Human Rights Council’s Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression stated the following in his report of 16 May 2011 to the Human Rights Council (A/HRC/17/27):

“60. The Internet, as a medium by which the right to freedom of expression can be exercised, can only serve its purpose if States assume their commitment to develop effective policies to attain universal access to the Internet. Without concrete policies and plans of action, the Internet will become a technological tool that is accessible only to a certain elite while perpetrating the “digital divide”.

61. The term “digital divide” refers to the gap between people with effective access to digital and information technologies, in particular the Internet, and those with very limited or no access at all ... [D]igital divides also exist along wealth, gender, geographical and social lines within States. ...

62. The Special Rapporteur is thus concerned that without Internet access, which facilitates economic development and the enjoyment of a range of human rights, marginalized groups and developing States remain trapped in a disadvantaged situation, thereby perpetuating inequality both within and between States. ...

65. In some economically developed States, Internet access has been recognized as a right. For example, the parliament of Estonia passed legislation in 2000 declaring Internet access a basic human right. The constitutional council of France effectively declared Internet access a fundamental right in 2009, and the constitutional court of Costa Rica reached a similar decision in 2010. Going a step further, Finland passed a decree in 2009 stating that every Internet connection needs to have a speed of at least one Megabit per second (broadband level). The Special Rapporteur also takes note that according to a survey by the British Broadcasting Corporation in March 2010, 79% of those interviewed in 26 countries believe that Internet access is a fundamental human right.

...

85. Given that the Internet has become an indispensable tool for realizing a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States. Each State should thus develop a concrete and effective policy, in consultation with individuals from all sections of society, including the private sector and relevant Government ministries, to make the Internet widely available, accessible and affordable to all segments of population.

...

87. Where the infrastructure for Internet access is present, the Special Rapporteur encourages States to support initiatives to ensure that online information can be accessed in a meaningful way by all sectors of the population, including persons with disabilities and persons belonging to linguistic minorities."

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

26. The applicant complained that the authorities' refusal to grant him access to certain websites violated his right to receive information "without interference by public authority", in breach of Article 10 of the Convention, which reads as follows:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

27. The Government contested that argument.

A. Admissibility

28. The Government considered that the application was manifestly ill-founded. They pointed out that the applicant could have requested access to the information contained on the websites in question by means other than through the Internet.

29. The applicant considered the Government's argument not appropriate and contended that his wish to undertake legal research on the Internet sites in question in order to understand his rights was a very different matter from making specific requests to be sent the information in question.

30. The Court considers that the applicant's complaint relates to his right to receive information and as such falls under Article 10 of the Convention. It considers that the application is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicant

31. The applicant considered that the ban on his accessing the websites of the Council of Europe Information Office in Tallinn, the Chancellor of Justice and the Riigikogu violated his right to receive information and was in breach of Article 10 of the Convention. He submitted that he had been engaged in a number of court proceedings against the Estonian prison system. The information available on the websites in question was relied on by the Estonian courts; thus, the applicant also needed access to this information in order to be able to protect his rights.

32. The applicant pointed to the sheer scope of information accessible nowadays through the Internet (legal acts, case-law, parliamentary activities, newspapers, and so on). He argued that a ban on Internet access actually amounted to a total ban on access to information.

33. The applicant submitted that his aim was to be able to undertake legal research in order to understand his rights and obligations and in order to be able to defend his rights in court on an equal footing, if necessary. Undertaking legal research and making specific requests for information were two very different matters. His aim was to keep himself informed and to undertake legal research via the three above-mentioned websites.

34. The applicant rejected the Government's arguments concerning the information-technology threats posed by the three websites in question. He argued that the authorised websites also contained references, search engines, links (including links to social networks), and so on. However, he noted that those links were effectively blocked by the Ministry of Justice server. Thus, there was no reason to distinguish the websites to which the applicant sought access from those to which access was already granted.

35. According to the applicant, the means that the Government suggested that he employ (as an alternative to using the Internet) to obtain the information that he sought were clumsy, roundabout

and unreasonable. Furthermore, the total weight of belongings (including paper documents) that detainees were allowed to possess was limited to 30 kilograms. This restriction, along with a 21-page limit on free print-outs of documents, constituted a further restriction on prisoners' freedom of information.

(b) The Government

36. The Government maintained that there had been no violation of Article 10 of the Convention. They argued that neither the Estonian Constitution nor the Convention prescribed that everyone should be entitled to obtain through the Internet information such as that in issue in the present case. The State had a discretion to restrict the right of specific groups of people (such as prisoners) to access information through specific channels. According to the Government, prisoners were not in a position comparable to that of persons at liberty.

37. The Government submitted that the restriction of prisoners' access to the Internet had a legal basis in section 31-1 of the Imprisonment Act. The aim of that provision was to maintain prison security and the safety of persons outside the prison, as well as the prevention of crime and the protection of victims.

38. The Government considered that the restriction was proportionate to the aims pursued. Granting access only to specific websites that constituted the official databases of legislation and the database of judicial decisions was justified by the demands of security. Making additional websites available and technically as secure as possible would incur additional expense. In view of the fact that all websites contained references, search engines, links (including to social networks), and the like, and having regard to the fact that websites were updated on a daily basis, it was impossible to completely avoid or prevent security vulnerabilities. It could not be ruled out, for technical reasons, that prisoners could misuse the Internet. Thus, granting prisoners access to additional websites would increase the risk that they might obtain information prejudicial to the realisation of the objectives of imprisonment. The effort needed to reduce the risks arising from such additional access – such risks could not be completely eliminated – would be excessive in comparison with the benefits gained by granting prisoners wider access to the Internet. Thus, the distinction between permitted and prohibited websites was a carefully weighed compromise between the applicant's rights and public safety.

39. The Government pointed out that the restriction in question only concerned one channel of information and did not restrict the right of prisoners to engage in correspondence and make telephone calls as alternative ways of obtaining public information. Thus, the applicant was still able exercise his right to information under Article 10; the applicable legislation only restricted

the possibility to obtain such information through the Internet. The Government also provided a detailed overview of the information contained on the websites in question and explained how the applicant could access it by means other than the Internet.

40. The Government noted that the website of the Council of Europe Information Office in Tallinn had been operational until 29 December 2010. Since 2010 the Ministry of Foreign Affairs had published retroactively Estonian translations of the Court's judgments made in respect of Estonia and summaries in Estonian of key judgments made in respect of other countries. On 20 January 2012 the online version of Riigi Teataja had started publishing Estonian summaries of the judgments of the Court, and since 2013 it had also contained Estonian translations of all judgments in respect of Estonia.

2. The Court's assessment

41. The Court has consistently recognised that the public has a right to receive information of general interest. Within this field, it has developed case-law in relation to press freedom, the purpose of which is to impart information and ideas on such matters. The Court has also found that the function of creating forums for public debate is not limited to the press. That function may also be exercised by non-governmental organisations, the activities of which are an essential element of informed public debate (see, for example, Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung v. Austria, no. 39534/07, §§ 33-34, 28 November 2013, with further references).

42. Furthermore, the Court has held that the right to receive information basically prohibits a Government from preventing a person from receiving information that others wished or were willing to impart (see Leander v. Sweden, 26 March 1987, § 74, Series A no. 116). It has also held that the right to receive information cannot be construed as imposing on a State positive obligations to collect and disseminate information of its own motion (see Guerra and Others v. Italy, 19 February 1998, § 53, Reports of Judgments and Decisions 1998-I).

43. In the present case, however, the question in issue is not the authorities' refusal to release the requested information; the applicant's request concerned information that was freely available in the public domain. Rather, the applicant's complaint concerns a particular means of accessing the information in question: namely, that he, as a prisoner, wished to be granted access – specifically, via the Internet – to information published on certain websites.

44. In this connection, the Court reiterates that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general

(see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 133, ECHR 2015; Ahmet Yıldırım v. Turkey, no. 3111/10, § 48, ECHR 2012; and Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009).

45. Nevertheless, the Court notes that imprisonment inevitably involves a number of restrictions on prisoners' communications with the outside world, including on their ability to receive information. It considers that Article 10 cannot be interpreted as imposing a general obligation to provide access to the Internet, or to specific Internet sites, for prisoners. However, it finds that in the circumstances of the case, since access to certain sites containing legal information is granted under Estonian law, the restriction of access to other sites that also contain legal information constitutes an interference with the right to receive information.

46. The Court observes that it is not in dispute that the restriction on prisoners' use of the Internet was based on the Imprisonment Act, which limits prisoners' Internet access to the official databases of legislation and the database of judicial decisions. Internet access beyond the authorised websites was prohibited. The Court is thus satisfied that the interference at issue was "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

47. Furthermore, the Court accepts the Government's argument that the interference in question served the aims of the protection of the rights of others and the prevention of disorder and crime.

48. As regards the issue of whether the interference was "necessary" within the meaning of Article 10 § 2, the Court notes that according to the Government, granting prisoners access to a greater number of Internet sites would have increased security risks and required the allocation of additional material and human resources in order to mitigate such risks. By contrast, the applicant was of the opinion that allowing access to three more websites (in addition to those already authorised) would not have given rise to any additional security issues. Possible security issues were already effectively managed by the Ministry of Justice, which blocked any links or other such features on already authorised websites that could cause security concerns; there was no reason, according to the applicant, why this should be different in the case of the three requested additional websites.

49. The Court reiterates that under section 31-1 of the Imprisonment Act, prisoners are granted limited access to the Internet – including access to the official databases of legislation and the database of judicial decisions available on the Internet.

50. The Court notes that the websites of the Council of Europe Information Office in Tallinn, the Chancellor of Justice, and the Riigikogu, to which the applicant wished to have access, predominantly contained legal information and information related to fundamental rights,

including the rights of prisoners. For example, the website of the Riigikogu contained bills together with explanatory memoranda to them, verbatim records of the sittings of the Riigikogu, and minutes of committee sittings. The website of the Chancellor of Justice (who is also an ombudsman in Estonia) contained his selected legal opinions. The Court considers that the accessibility of such information promotes public awareness and respect for human rights and gives weight to the applicant's argument that the Estonian courts used such information and the applicant needed access to it for the protection of his rights in the court proceedings. The Court has also taken note of the applicant's argument that legal research in the form of browsing through available information (in order to find relevant information) and making specific requests for information were different matters and that the websites were meant for legal researches rather than making specific requests. Indeed, in order to make a specific request one would need to be aware of which particular information is available in the first place. The Court also notes that the domestic authorities have referred to alternative means of making available to the applicant the information stored on the websites in question (for example, by mail – see paragraph 17 above), but did not compare the costs of these alternative means with the additional costs that extended Internet access would allegedly incur.

51. The Court further notes that in the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, publication of the Court's judgments in the language of the respondent State is mentioned as an example of the general measures to be taken in order to execute judgments (see paragraph 22 above). The Court notes, in this connection, that when the applicant lodged his complaint with the domestic courts, the Estonian translations and summaries of the Court's judgments were only available on the website of the Council of Europe Information Office and it was only later that this information was published elsewhere – in the online version of Riigi Teataja (see paragraph 40 above).

52. The Court cannot overlook the fact that in a number of Council of Europe and other international instruments the public-service value of the Internet and its importance for the enjoyment of a range of human rights has been recognised. Internet access has increasingly been understood as a right, and calls have been made to develop effective policies to attain universal access to the Internet and to overcome the "digital divide" (see paragraphs 23 to 25 above). The Court considers that these developments reflect the important role the Internet plays in people's everyday lives. Indeed, an increasing amount of services and information is only available on the Internet, as evidenced by the fact that in Estonia the official publication of legal acts effectively takes place via the online version of Riigi Teataja and no longer through its paper version (see paragraph 7 above). The Court reiterates that the online version of Riigi Teataja also currently

carries Estonian summaries and Estonian translations of the Court's judgments (see paragraph 40 above).

53. Lastly, the Court reiterates that under the Imprisonment Act the prisoners have been granted limited access to the Internet via computers specially adapted for that purpose and under the supervision of the prison authorities. Thus, the Court observes that arrangements necessary for the use of the Internet by prisoners have in any event been made and the related costs have been borne by the authorities. While the security and economic considerations cited by the domestic authorities may be considered as relevant, the Court notes that the domestic courts undertook no detailed analysis as to the security risks allegedly emerging from the access to the three additional websites in question, also having regard to the fact that these were websites of State authorities and of an international organisation. The Supreme Court limited its analysis on this point to a rather general statement that granting access to additional Internet sites could increase the risk of detainees engaging in prohibited communication, thus giving rise to the need for increased levels of monitoring. The Court also considers that the Supreme Court and the Government have failed to convincingly demonstrate that giving the applicant access to three additional websites would have caused any noteworthy additional costs. In these circumstances, the Court is not persuaded that sufficient reasons have been put forward in the present case to justify the interference with the applicant's right to receive information.

54. The Court concludes that the interference with the applicant's right to receive information, in the specific circumstances of the present case, cannot be regarded as having been necessary in a democratic society.

There has accordingly been a violation of Article 10 of the Convention.

II. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

55. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

56. The applicant claimed compensation for the non-pecuniary damage he had sustained as a result of the alleged violation of his rights and asked the Court to determine a fair level of compensation.

57. The Government considered that given that the Convention had not been violated in respect of the applicant, there was no basis for awarding any compensation. Furthermore, they submitted

that, should the Court find a violation of the applicant's rights, such a finding would in itself constitute sufficient just satisfaction.

58. The Court considers that in the circumstances of this case the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by the applicant.

B. Costs and expenses

59. The applicant claimed reimbursement of courier costs, without specifying the sum claimed.

60. The Government asked the Court to reject this claim as the sum had not been specified and no evidence regarding the costs borne had been submitted.

61. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. However, in the present case the applicant failed to submit documentary evidence proving his costs and expenses. Therefore, the Court rejects the claim for costs and expenses.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. Declares, unanimously, the application admissible;

2. Holds, by six votes to one, that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

3. Holds, by six votes to one, that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by the applicant;

4. Dismisses, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 19 January 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith

Registrar

Işıl Karakaş

President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge J.F. Kjølbro is annexed to this judgment.

A.I.K.

S.H.N.

DISSENTING OPINION OF JUDGE KJØLBRO

1. In the present case, the Court has found that the Estonian authorities' refusal to grant the applicant, a prisoner serving a life sentence, access to three specific webpages on the Internet violates the applicant's right to receive information as protected by Article 10 of the Convention. I respectfully disagree.

2. I share the majority's view that the refusal to grant the applicant access to the three webpages amount to an interference with the applicant's right to receive information as protected by Article 10 of the Convention (see paragraph 45 of the judgment). However, I do not find it decisive for the assessment of the existence of an interference that access to certain sites containing legal information is already granted under Estonian law (section 31-1 of the Imprisonment Act). In my view, refusal to grant access to the Internet, thus rendering access to specific information either impossible or more difficult, will in general amount to an interference with the right to receive information (see Ahmet Yıldırım v. Turkey, no. 3111/10, §§ 47-56, ECHR 2012; Akdeniz v. Turkey (dec.), no. 20877/10, §§ 18-29, 11 March 2014; and Cengiz and Others v. Turkey, nos. 48226/10 and 14027/11, §§ 47-58, 1 December 2015). Therefore, it is sufficient for me that prisoners in Estonia are, with a few exceptions, generally prohibited from using the Internet.

3. I also share the view of the majority that the interference was prescribed by law and pursued legitimate aims (see paragraphs 46-47). However, I respectfully disagree with the majority that the interference was not "necessary in a democratic society" as required by Article 10 of the Convention.

4. The question of prisoners' right to access to the Internet, in general or in some restricted form, is a novel issue in the Court's case-law, and in the present case the Court has for the first time stated that denying a prisoner access to the Internet may amount to a violation of Article 10 of the Convention. In my view, the majority fails to take sufficient account of the fact that the applicant is a prisoner serving a life sentence in a closed prison.

5. In general, prisoners continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention, save for the right to liberty (see, for example, Yankov v. Bulgaria, no. 39084/97, §§ 126-45, ECHR 2003-XII (extracts), and Donaldson v. United Kingdom (dec.), no. 56975/09, § 18, 25 January 2011). That being said, the Court has in a number of cases found that justification for restrictions on prisoners' rights under the Convention may be found in the considerations of security, in particular the prevention of crime and disorder, which inevitably flow from the circumstances of imprisonment (see Donaldson v. United Kingdom (dec.), cited above, § 18).

6. In order to justify the interference, the domestic authorities relied on the risk of misuse of access to the Internet as well as the inherent security risks. In my view, it goes without saying that the purpose of serving a prison sentence and of preventing crime are very important in the context of prisoners' access to means of communication, including access to the Internet. To grant prisoners access to the Internet, be it in general or in some restricted form, inevitably imposes a risk of misuse and gives rise to security risks. Therefore, the question is whether the restriction on the applicant's access to three specific webpages was justified in the specific circumstances of the case.

7. The majority attach significance to the fact that prisoners in Estonia are already granted limited access to the Internet (see paragraphs 49 and 53 of the judgment). In deciding its policy on the matter, the Estonian legislature has sought to balance the competing interests of prisoners against the interests of society, namely prisoners' right to access to information about legislation and judicial decisions against the risk of misuse and risk to security. In doing so, the Estonian legislature has decided to grant prisoners limited access to the Internet. In my view, it should not be held against the Respondent Government that Estonia, in the interest of prisoners, has decided to provide prisoners with limited access to the Internet. Doing so may in practice discourage other States from taking a similar step, if providing access to certain webpages on the Internet may be used as an argument for granting access to other webpages too.

8. The majority also attaches importance to the content of the three webpages to which the applicant requested access, as well as to the importance and relevance of the information for the applicant (see paragraph 50 of the judgment). However, the domestic authorities' refusal was not based on an assessment of the nature and content of the webpages in question, but on a general assessment, made by the legislature when adopting section 31-1 of the Imprisonment Act, of the risk of misuse and risks for security if prisoners are granted access to the Internet. In my view, the Court has no basis for calling into question the assessment of the domestic authorities according to which granting – further – access to the Internet would increase the risk of misuse and risks to security.

9. The majority also attaches importance to a number of Council of Europe and other international instruments concerning the importance of the Internet (see paragraph 52 of the judgment). The Internet, including access to the Internet, is unquestionably very important for the individual in contemporary society, but I cannot but notice that none of the international instruments mentioned in the judgment (see paragraphs 22-25 of the judgment) concern prisoners' access to the Internet. Thus, the international instruments cited underline only the general importance of the Internet, but

do not support an interpretation of Article 10 of the Convention according to which prisoners should be granted access to the Internet, either in general or in some restricted form.

10. It is also a cause of concern to me that the judgment includes no information on comparative law and practice. To my knowledge, in many European as well as other countries prisoners serving sentences in closed institutions are, for security reasons and due to the risk of misuse, not granted access to the Internet, and if they are granted such access, it is done to a limited degree and under adequate control and restrictions. Thus, the information provided in the judgment does not establish a sufficient basis for stating that there is a European consensus according to which prisoners serving sentences in closed institutions are granted access to the Internet, be this in general or in some restricted form.

11. In my view, the risk of misuse and the inherent security risks are so significant that the Court should be careful not to impose an obligation on States to grant prisoners' access to the Internet, as granting access will inevitably necessitate adoption of control measures and have practical and financial implications for the Member States. In theory, it will always be possible to implement the necessary monitoring, but the burden and the costs for the State may be excessive.

12. In the assessment of proportionality it is, in my view, important that the information on the three webpages to which the applicant sought to have access was available to the applicant by other means (see paragraph 17 of the judgment), even though access to the information would most probably be more difficult without access to the webpages in question.

13. The judgment concerns the applicant's request to have access to three specific webpages, but the reasoning in the judgment will be equally applicable if – or when – the applicant, encouraged by the judgment, decides in the future to request access to other webpages or if other prisoners, inspired by the judgment, decide to request access to other webpages and can demonstrate the relevance and necessity of access to the information provided on the webpages. Thus, in practical terms, the judgment is close to recognising a right of prisoners to access to relevant webpages on the Internet. This significant step is taken without sufficient support in international instruments concerning prisoners and without an assessment of European law and practice.

14. Having regard to the inherent risks concerning misuse and security, the technical and financial burdens imposed on Member States if prisoners are to be granted access to the Internet, the lack of information about European law and practice as well as the lack of support in international instruments on prisoners' rights, the State should, in my view, be granted a wide margin of appreciation. Therefore, even though I fully subscribe to the general importance of the Internet

for the individual in contemporary society, there is, in my view, insufficient basis for finding a violation of Article 10 of the Convention.

15. Having regard to the novelty of the legal question raised by the application, the general importance of prisoners' access to the Internet as well as the practical and financial implications of granting prisoners access to the Internet, the question should, in my view, not have been decided by a Chamber, but by the Grand Chamber (Article 30 of the Convention).

AİHM - Delfi As v. Estonia - 16 Haziran 2015 (Türkçe)

T.C. Adalet Bakanlığı, 2015. Bu gayriresmi çeviri, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme için bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Delfi AS / Estonya – 64569/09 - 16.6.2015 tarihli Karar [BD]

Olaylar - Başvuran şirket, Estonya'nın en büyük internet portallarından birinin sahibidir. 2006 yılında, bir feribot şirketine ilişkin olarak portalda yayımlanan makalenin ardından, makalenin altına, feribot şirketinin sahibine karşı kişisel tehdit ve hakaret içeren yorumlar yapılmıştır. Başvuran şirkete karşı hakaret davası açılmıştır. Dava sonucunda, şirketin 320 avro tazminat ödemesine karar verilmiştir.

10 Ekim 2013 tarihli bir kararda (bkz., 167 sayılı Bilgi Notu), Mahkeme'nin bir Dairesi, oy birliğiyle, 10. maddenin ihlal edilmediğine karar vermişlerdir.

17 Şubat 2014 tarihinde, dava, başvuran şirketin talebi üzerine Büyük Daire'ye havale edilmiştir.

Hukuksal Değerlendirme – Madde 10: Bu dava, Mahkeme, internette kullanıcıların ifadelerine ilişkin faaliyetlere ilişkin bir şikâyeti incelediği ilk davadır. İfade özgürlüğünün kullanılmasında internetin önemli faydalarını kabul ederek, Mahkeme, hakaret nitelikli veya diğer yasadışı konuşmalara ilişkin yükümlülüğün korunması gerektiği ve bu yükümlülüğün kişilik hakları ihlalleri için etkili bir hukuk yolu teşkil ettiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca, Mahkeme, mevcut davada, ihtilaflı yorumların nefret söylemi ve şiddete doğrudan teşvik oluşturmakta olduğunu, başvuran şirketin haber portalının ülkedeki en büyük internet araçlarından biri olduğunu ve yazılan yorumların tartışmalı niteliğine ilişkin olarak halkta endişe doğduğunu gözlemlemektedir. Bu nedenle, davaya ilişkin incelemenin kapsamı, daha önce yayımlanan içerikler hakkında kullanıcı yorumları ve açıkça yasadışı söylem türlerini kullanan bazı kullanıcılar için platform sağlamak gibi bir ekonomik amaç güttüklerinde 10 § 2 maddesi ışığında, internet haber portallarının "görevleri ve sorumluluklarının" değerlendirilmesiyle sınırlıdır.

Mahkeme, iç hukukta bulunan belgelerinde, bir internet haber portalını ekonomik bir hedefle kullanan medya yayımcısının, iç hukuk uyarınca, portalına açıkça yasadışı yorumlar yüklenmesinden ilke olarak sorumlu tutulabileceğini öngörülmesi konusunda tatmin olmuştur. Profesyonel bir yayımcı olarak, başvuran şirket, gerçekte, faaliyetlerine ilişkin risklere erişecek konumdadır ve bunların yasal sonuçlarını öngörebilmelidir. Bu nedenle, bu kapsamdaki müdahale, Sözleşme'nin 10. maddesinin anlamı çerçevesinde, "kanun tarafından öngörülmüştür".

Başvuran şirketin bilgi yayma özgürlüğüne müdahalenin gerekliliği konusunda, Mahkeme, başvuran şirketin haber portalının profesyonel ve ticari mahiyetine ve yorumları yayınlayarak ekonomik bir çıkar gütmesine özel bir önem vermiştir. Ayrıca, haber portalında yayınlanan yorumları düzenlemek veya silmek için yalnızca başvuran şirketin teknik araçları bulunmaktadır. Bu koşullar altında, portalındaki makalelere ilişkin olarak yapılan yorumların yayınlanmasında başvuran şirketin katkısı, sadece pasif bir teknik bir servis sağlayıcısınınkinden fazladır.

Yorumların asıl sahiplerinin sorumluluklarının internet haber portalının sorumluluğuna karşı bir alternatif olup olamayacağı konusunda, Mahkeme, internette isimsiz olarak yorum yapma, önemli bir değer olmasına rağmen, başkalarının hak ve çıkarlarına karşı dengelenmesi gerektiğini hatırlatmıştır. Bu sonuca vararak, Mahkeme, internet kullanıcılarının kimliklerini açıklamamaya ilişkin çıkarlarının farkındadır ancak ayrıca internette bilginin sınırsız olarak yayılmasının bazen olumsuz etkiye sahip olabileceğine işaret etmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, Avrupa Birliği Adalet Divanının kişilerin temel haklarının ilke olarak arama motoru operatörünün ekonomik çıkarlarının ve diğer internet kullanıcılarının çıkarlarının üzerinde olduğuna hükmettiği bir kararına atıfta bulunmuştur.[1] Ayrıca, sağlayıcılar bazen isminin kamuya karşı gizli kalmasını isteyen kullanıcıların kimliğini tespit edebilecek tek unsur olmasının yanında internet farklı gizlilik derecelerine izin vermektedir. Mevcut davada, yorum sahiplerinin kimliklerinin tespitine izin veren tedbirlerin belirsiz etkililiği, nefret söylemi mağdurunun yorumların sahiplerine karşı etkili bir şekilde tazminat davası açabilmesi için internet tarafından çeşitli araçların sağlanmayışı ile birlikte, yerel mahkemelerin, mağdurun başvuran şirkete veya yorumların sahiplerin karşı tazminat davası açma seçimine sahip oldukları görüşünü desteklemektedir.

Başvuran şirket tarafından portalında yasadışı yorum yapılmasını önlemek için alınan tedbirlere ilişkin olarak, büyük haber portallarının nefret söyleminin ve şiddeti teşvik eden söylemlerin yayılmalarını sınırlamak için etkili tedbir alma yükümlülükleri, "özel sansür" ile eş tutulamaz. Gerçekte, söz konusu söylemlerin olası mağdurlarının devamlı olarak interneti takip etme yetileri, büyük ticari internet haber portallarının yasadışı yorumları önlemelerinden veya kaldırmalarından daha sınırlıdır. Nefret söylemi ve şiddete teşvik eden söylemler içeren yorumlarla başa çıkmak için başvuran şirketin sitesinde ilgililerin hak ve çıkarlarını dengelemek için uygun bir araç olan belirli mekanizmalar olmasına rağmen, yasadışı yorumlar sekiz hafta boyunca yayında kaldığı için davanın kendine has koşulları içinde bu mekanizmalar yetersiz kalmıştır.

Son olarak, başvuran şirkete verilen 320 avro para cezası yaptırımının, yerel mahkemelerce hükmedilen ihlale karşı orantısız olduğu düşünülemez. Ayrıca, yerel yargılamalar sonucunda başvuran şirketin iş modelini değiştirmek zorunda kaldığı görülmektedir. Yerel mahkemelerin başvuran şirkete sorumluluk yüklemeleri ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmıştır ve ifade özgürlüğü hakkına orantısız bir sınırlama teşkil etmemektedir.

Sonuç: ihlal yok (ikiye karşı on beş oyla).

(Bkz., ayrıca, Krone Verlag GmbH & Co. KG / Avusturya (no. 4), 72331/01, 9 Kasım 2006; K.U. / Finlandiya, 2872/02, 2 Aralık 2008, 114 sayılı Bilgi Notu; Ahmet Yıldırım / Türkiye, 3111/10, 18 Aralık 2012, 158 sayılı Bilgi Notu; ayrıca bkz., Nefret Söylemi başlıklı Tematik Bilgi Notu)

BÜYÜK DAİRE

DELFI AS / ESTONYA DAVASI

(Başvuru no. 64569/09)

KARAR

STRAZBURG

16 Haziran 2015

İşbu karar kesin olup, şekli düzeltmelere tabi olabilir.

İçindekiler Tablosu

USUL

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

A. Davanın Arka Planı

B. İnternet Haber Portalında Yayınlanan Söz Konusu Makale ve Yorumlar

C. Başvuran Şirket Aleyhindeki Hukuk Yargılamaları

D. Müteakip Gelişmeler

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

A. Avrupa Konseyi Belgeleri

B. Diğer Uluslararası Belgeler

IV. İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BELGELERİ

A. Avrupa Birliği Belgeleri ve İçtihatları

1. 2000/31/AT Sayılı Direktif

2. 98/48/AT Sayılı Direktif ile Değişikliğe Uğrayan 98/34/AT Sayılı Direktif

3. Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları

B. Karşılaştırmalı Hukuk Belgeleri

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

A. Dairenin Kararı

B. Tarafların Büyük Daire'ye Sundukları Savunmaları

1. Başvuran şirket

2. Hükümet

C. Üçüncü Taraf Müdahillerinin İddiaları

1. Helsinki İnsan Hakları Vakfı

2. Article 19

3. Access

4. Media Legal Defence Initiative (Medya Hukuk Savunma Girişimi)

5. EDiMA, CCIA Avrupa ve EuroISPA

D. Mahkemenin değerlendirmesi

1. İlk görüşler ve Mahkeme değerlendirmesinin kapsamı

2. Müdahalenin varlığı

3. Yasaya uygunluk

4. Meşru amaç

5. Demokratik bir toplumda gereklilik

BU GEREKÇELERLE MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE

YARGIÇLAR RAIMONDI, KARAKAS, DE GAETANO VE KJØLBRO'NUN MÜŞTEREK MUTABIK GÖRÜŞÜ

YARGIÇ ZUPANČIČ'İN MUTABIK GÖRÜŞÜ

YARGIÇLAR SAJÓ VE TSOTSORIA'NIN MÜŞTEREK MUHALİF GÖRÜŞÜ

I.

Tamamlayıcı Sansür

Genel bağlam

Sonuçlar

II.

Delfi'nin aktif aracı olarak rolü

Yorumların niteliği

Müdahale ve aktif aracıların hakkı

Müdahalenin yasaya uygunluğu: öngörülebilirlik sorunu

Demokratik bir toplumda gereklilik

"İlgili ve yeterli gerekçeler" incelemesine geçiş

Yayıncıların genişletilmiş sorumluluğu: temel ekonomik menfaat

Sorumluluk derecesi

Dengeleme (yoksunluk)

EK

Delfi AS / Estonya davasında,

Başkan

Dean Spielmann,

Yargıçlar

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Mark Villiger,

Işıl Karakaş,

Ineta Ziemele,

Boštjan M. Zupančič,

András Sajó,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Vincent A. De Gaetano,

Angelika Nußberger,

Julia Laffranque,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Helena Jäderblom,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro

ve Büyük Daire Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Johan Callewaert'in katılımıyla oluşturulan ve Büyük Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Mahkeme"), 9 Temmuz 2014 ve 18 Mart 2015 tarihlerinde gerçekleştirilen kapalı müzakereler sonrasında, anılan son tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Davanın temelinde, Estonya'da kayıtlı halka açık limitet bir şirket olan Delfi AS ("başvuran şirket") tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin

("Sözleşme") 34. maddesine uygun olarak, 4 Aralık 2009 tarihinde Estonya Cumhuriyeti aleyhine Mahkeme'ye yapılmış olan 64569/09 no.lu başvuru yer almaktadır.

2. Başvuran şirket, Tallinn'de görev yapmakta olan avukatlar V. OTSMANN ve K. TURK tarafından temsil edilmiştir. Estonya Hükümeti ("Hükümet") ise, Estonya Adalet Bakanlığı'nda görevli M. KUURBERG tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran şirket, kendisine ait internet haber portalında üçüncü taraflarca yayınlanan yorumlardan sorumlu tutulmuş olması nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürerek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.

4. Başvuru, Mahkeme'nin Beşinci Bölümü'ne tevzi edilmiştir (AİHM İçtüzüğü'nün 52 § 1 maddesi). Mahkeme, Bölümlerinin oluşumunu 1 Şubat 2011 tarihinde değiştirmiş (AİHM İçtüzüğü'nün 25 § 1 maddesi) ve başvuru yeni oluşturulan Birinci Bölüm'e tahsis edilmiştir. 10 Ekim 2013 tarihinde, Birinci Bölüm'ün Başkan Isabelle Berro-Lefèvre, yargıçlar Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Mirjana Lazarova Trajkovska, Julia Laffranque, Ksenija Turković, Dmitry Dedov ve Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı André Wampach'ın katılımıyla oluşturulan bir Dairesi söz konusu başvuruya ilişkin bir karara hükmetmiştir. Daire, başvurunun kabul edilebilir olduğuna oybirliğiyle karar vermiş ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmemiş olduğu yönünde hüküm kurmuştur.

5. Başvuran şirket 8 Ocak 2014 tarihinde, Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca, davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini talep etmiş ve bu talep Büyük Daire kurulu tarafından 17 Şubat 2014 tarihinde kabul edilmiştir.

6. Büyük Daire'nin oluşumu, Sözleşme'nin 26 §§ 4 ve 5 maddesi ile İçtüzüğün 24. maddesinin hükümleri doğrultusunda belirlenmiştir.

7. Başvuran şirket ve Hükümet, davanın esasına ilişkin ek görüşlerini yazılı olarak (İçtüzüğün 59 § 1 maddesi) ibraz etmişlerdir.

8. Bunun yanı sıra, Büyük Daire Başkanı tarafından davaya üçüncü taraf olarak müdahil olmasına izin verilmiş olan aşağıdaki kuruluşların yazılı görüşleri alınmıştır (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve İçtüzüğün 44 § 2 maddesi): Helsinki İnsan Hakları Vakfı; Article 19; Access; yirmi sekiz ortaklık kuruluşu ile birlikte hareket eden Medya Hukuk Savunma Girişimi (MLDI); ve müşterek hareket eden Avrupa Dijital Medya Derneği (EDiMA), Bilgisayar ve İletişim Endüstrisi Derneği (CCIA Avrupa) ve Avrupa İnternet Servis Sağlayıcıları Derneklerinden pan-Avrupa derneği (EuroISPA).

9. 9 Temmuz 2014 tarihinde, Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Binasında kamuya açık bir duruşma gerçekleştirilmiştir (İçtüzüğün 59 § 3 maddesi).

Mahkeme önünde hazır bulunanlar:

(a) Hükümet adına;

Temsilci

M. Kuurberg

Hukuk Danışmanları

M. Kaur

K. Mägi

(b) Başvuran şirket adına;

Avukatlar

V. Otsmann

K. Turk

Mahkeme; Otsmann, Turk ve Kuurberg'in beyanları ile birlikte, Yargıçlar Ziemele, Spano, Raimondi, Villiger ve Bianku'nun sorularına verdikleri yanıtları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

10. Başvuran şirket; Estonya'da kayıtlı, halka açık bir limitet şirkettir (aktsiaselts).

A. Davanın Arka Planı

11. Başvuran şirket, başvurunun yapıldığı tarihte günde 300'e yakın haber makalesi yayınlayan internet haber portalı Delfi'nin sahibidir. Delfi, Estonya'da internet üzerindeki en büyük haber portallarından biridir. Estonya'da Estonca ve Rusça dillerinde haberler yayınlamakta ve ayrıca Letonya ve Litvanya'da faaliyet göstermektedir.

12. Söz konusu zamanda, haber makalelerinin sonunda, "yorum ekle" ibaresi ile yorumlar, yorum sahibinin ismi ve e-posta adresi (isteğe bağlı) için ayrılmış alanlar bulunmaktaydı. Bu alanların altında "yorumu yayınla" ve "yorumları oku" ibareleri bulunan butonlar yer almaktaydı. Başka kişilerce eklenen yorumları okumaya ayrılan kısım, "yorumları oku" butonuna tıklamak suretiyle erişilebilen ayrı bir alandı. Yorumlar otomatik olarak yüklenmekte ve dolayısıyla, başvuran

şirketin düzeltme veya denetiminden geçmemekteydi. Haber makaleleri günde yaklaşık 10.000 okuyucu yorumu almakta ve bu yorumların çoğunluğu rumuzlar altında gönderilmekteydi.

13. Bununla birlikte, uygulamada bir uyar-kaldır sistemi mevcuttu: bu sistem sayesinde herhangi bir okuyucu bir yorumu leim (Estonca dilinde internet üzerindeki hakaret içerikli, alaycı veya nefret uyandırıcı iletiler için kullanılan bir sözcük) olarak işaretleyebilmekte ve ilgili yorum hızlı bir şekilde sayfadan kaldırılmaktaydı. Dahası, bir kısım edebe aykırı sözcük köklerini içeren yorumların otomatik olarak silinmesine yönelik bir sistem bulunmaktaydı. Bunun yanı sıra, hakaret içerikli bir yorum mağduru doğrudan başvuran şirkete ihbarda bulunabilmekte ve bu durumda, bahse konu yorum derhal siteden kaldırılmaktaydı.

14. Başvuran şirket, kullanıcılara yorumların kendi görüşleri olmadığını ve yorumların içeriklerinin yorumları yazan kişilerin kendi sorumluluklarında olduğunu bildirmek üzere çaba göstermiştir. Delfi'nin internet sitesinde "Yorum Kuralları" yer almakta ve bahse konu kurallar aşağıdaki unsurları içermekteydi:

> "Delfi ileti panosu, kullanıcılara yorum yayınlama imkânı sunan teknik bir araçtır. Delfi, yorumlar üzerinde düzeltme yapmamaktadır. Yorum yazan şahıs, yorumundan kendisi sorumludur. Estonya mahkemelerinde yorum sahiplerinin yazmış oldukları bir yorumun içeriği nedeniyle cezalandırıldığı davalar olduğunun belirtilmesi önem arz etmektedir...
>
> Delfi, kullanım kurallarıyla bağdaşmayan içeriğe sahip yorumları yasaklar.
>
> Yasaklanan yorumlar:
>
> – tehdit içeren,
>
> – hakaret içeren,
>
> – düşmanlığa ve şiddete teşvik eden,
>
> – yasadışı faaliyetlere teşvik eden, ...
>
> – konu dışı bağlantılar, istenmeyen e-postalar ya da reklamlar içeren,
>
> – asılsız ve/veya konu dışı olan,
>
> – edebe aykırı ifadeler ve kaba sözler içeren... yorumlardır.
>
> Delfi, bu tür yorumları kaldırma ve yazarlarının yorum yazmaya erişimlerini kısıtlama hakkına sahiptir..."
>
> "Yorum Kuralları" içerisinde ayrıca, uyar-kaldır sisteminin işleyiş biçimi de açıklanmaktaydı.

15. Hükümet, Delfi'nin hakaret içerikli ve aşağılayıcı yorumlar yayınlama konusunda Estonya'da kötü bir geçmişinin olduğunu savunmuştur. Nitekim, haftalık gazete Eesti Ekspress 22 Eylül 2005 tarihinde yayın kurulundan Adalet Bakanı'na, Cumhuriyet Başsavcısı'na ve Yüksek Yargı Denetçisi'ne içerisinde Estonya'da halka açık internet sitelerinde insanlarla mütemadiyen alay edildiği hususunun kaygıyla ifade edildiği açık bir mektup göndermiştir. Delfi acımasız ve küstah bir alay kaynağı olarak anılmıştır. Söz konusu açık mektubun gönderildiği makam ve kişiler, Eesti Ekspress'in 29 Eylül 2005 tarihli baskısında bahse konu mektuba cevap vermişlerdir. Adalet Bakanı, hakarete uğrayan kişilerin onur ve itibarlarını mahkemede Delfi aleyhine dava açıp tazminat talep etme suretiyle savunma haklarının bulunduğu konusuna vurgu yapmıştır. Cumhuriyet Başsavcısı ise tehditleri, toplumsal nefrete teşviki ve çocukların cinsel istismarını ceza hukuku uyarınca ceza gerektiren suç sayan hukuki dayanaklara atıfta bulunmuş ve hakaret ve aşağılamalara ilişkin sorumluluk hususunun hukuk muhakemeleri usulü kapsamında ele alındığını kaydetmiştir. Yüksek Yargı Denetçisi, Borçlar Kanunu'nun (Võlaõigusseadus) 1043 ile 1046. maddeleri de dâhil olmak üzere, herkesin onur ve şerefinin korunmasının yanı sıra ifade özgürlüğünün temin edilmesi için tasarlanan yasal hükümlere atıfta bulunmuştur.

B. İnternet Haber Portalında Yayınlanan Söz Konusu Makale ve Yorumlar

16. Başvuran şirket, 24 Ocak 2006 tarihinde Delfi haber portalında "SLK, Planlanan Buz Yolunu Yok Etti" başlığı altında bir makale yayınlamıştır. Buz yolları, kış mevsiminde donan deniz üzerinde Estonya ana karası ile bir kısım adalar arasında açık olan devlet yollarıdır. "SLK" kısaltmasının açılımı, AS Saaremaa Laevakompanii'dir (halka açık limitet bir şirket olan Saaremaa Taşımacılık Şirketi). SLK, ana kara ile belirli bazı adalar arasında halka açık feribot taşımacılığı hizmeti sağlamaktadır. L., söz konusu zamanda SLK teftiş kurulu üyesi ve şirketin tek ya da hakim hissedarıydı.

17. Portalda yayınlanan bahse konu bu makale, 24 ve 25 Ocak 2006 tarihlerinde 185 yorum almıştır. Bu yorumlardan yaklaşık yirmi tanesi L. aleyhine yöneltilen kişiye yönelik tehditler ve onur kırıcı bir dil içermekteydi.

18. L.'nin avukatları 9 Mart 2006 tarihinde, başvuran şirketten onur kırıcı yorumları kaldırmasını istemiş ve uğramış olduğu manevi zararı tazmin için 500.000 Estonya kronu (EEK) (yaklaşık olarak 32.000 avro (EUR)) talep etmiştir. Söz konusu bu talep, aşağıdaki yirmi yorumla ilgili olarak yapılmıştır:

> "1. [V]äinameri'de akıntılar var.
>
> (2) açık deniz bahsettiğin yerlere daha yakın ve buz da daha ince.

Öneri– 1905 yılındaki gibi yapalım, sopalarla [K]uressaare'ye gidelim ve [L.] ile [Le.]'yi çuvala koyalım

2. lanet olası aptallar...

o tekel ve Devlet sübvansiyonları sayesinde her şekilde para içinde yüzüyorlar ve şimdi arabalar birkaç gün için onların ceplerine hiçbir şey doldurmadan adalara gidebilecek diye korkmaya başladılar. Kendi geminde yanasın, hasta Yahudi!

3. iyi ki [La.'nın] girişimi hararetli internet yorumcularının hatlarını çökertmedi. Devam millet, [L.] fırına!

4. [küçük L.] git de kendini boğ sen

5. aha.(..)[ben] bunun kazara olduğuna neredeyse hiç inanamıyorum... lanet olası puştlar

6. alçak herif!!! [Rusça dilinde]

7. Ne mızmızlanıyorsunuz, bu piçi bir an evvel öldürün [.] Gelecekte diğerleri... neyi tehlikeye attıklarını bilirler, hatta ellerinde yalnızca önemsiz bir hayat olur.

8. ... sonuna kadar haklı. Linç edilmeli, diğerlerini [adalıları] ve adam müsveddelerini uyarmalı. O zaman bir daha hiç böyle bir şey yapılmaz! Her halükarda, [L.] bunu fazlasıyla hak ediyor, değil mi?

9. "iyi adam uzun yaşar, boktan adam ya bir ya iki gün"

10. Bir buz yolu olsaydı, dolu bir araba için [insan] kolaylıkla 500 tasarruf edebilirdi, lanet olası [L.] bu sisteme para ödüyor, madem feribotların o kadar iyi buz kırıcı, öyleyse seferlerin neden 3 [saat] sürüyor, git de Pärnu limanında buz kır... ya da, yemişim parasını, ben her hâlükârda [boğazı] geçeceğim ve eğer boğulursam, bu senin suçun.

11. ve kimse bu pisliklere karşı koyamıyor mu?

12. Saaremaa ve Hiiumaa adaları sakinleri, bu salağa 1:0 yapın.

13. [L.]'nin Saaremaa'da benzetilip benzetilmeyeceğini merak ediyorum. Kendi halkıyla bu kadar uğraşan bir adam.

14. İnsanlar birkaç gün internette çene çalacak, ama dolandırıcılar (ve de arkası sağlam olanlar ve bizi temsil etmeleri için bizzat seçtiklerimiz) parayı cebe indirecek ve bu hararetli konuşmalara dikkat etmeyecekler – kimsenin bunu salladığı yok.

Bir zamanlar [M.] ve diğer büyük dolandırıcılar da patronluk taslardı ama açgözlülükleri geri tepti (Huzur İçinde Yatsınlar). Bu dolandırıcılarınki de er ya da geç geri tepecek. Ne

ekerlerse onu biçerler, ama yine de (Devlet onların karşısında güçsüz olduğundan – zira gerçekte Devleti yönetenler onlar, linçle) baskı altında tutulmamalılar; çünkü onlar yalnızca bugün için yaşarlar. Yarın, sonrası tufan.

15. bu [V.]'ye bir gün kolayından patlatacağım ben.

Kahretsin, ateş olmayan yerden duman çıkmaz. Saaremaa kargaları– bir domuzun boğazlanacağı düşüncesiyle- oradalar. asla

16. piçler!!!! Ofelia'nın da buz dersi var, dolayısıyla bu, neden Ola'nın gerekli olduğuna hiçbir şekilde mazeret olamaz!!!

17. Pislikler tarafından yönetilen [ve] pislikler tarafından finanse edilen Estonya Devleti, elbette pisliklerin toplum karşıtı eylemlerini önlemez veya cezalandırmaz. Ama eee, her [L.]'nin kendi St. Michael günü[1] vardır ve bu hiçbir şekilde koçun St. Michael gününe[2] benzemez. Aslında [L.] için üzülüyorum – nihayetinde bir insan...:D :D :D

18. ... bu eylemlerden sonra, olur da [L.'nin] birden hastalık iznine ayrılması gerekirse ve bu da bir sonraki buz yolunun yok edilişine denk gelirse... [o zaman] üçüncü bir kez domuz gibi davranmaya cesaret eder mi? :)

19. kahrolası piç, o [L.] çok geçmeden eve benim bebeğimle gidebilirdi... ne olursa olsun şirketi normal bir feribot hizmeti garanti edemiyor ve fiyatlar öyle ki... gerçekten tiksindirici (...) bu kimlerin ceplerini ve ağzını parayla doldurdu da, her sene domuz gibi davranıyor sorusu geliyor akla

20. pislikten ekmek çıkmaz, gazete ve internet her şeye direnir, hakikaten yalnızca kendimiz eğlenmek için (Devlet ve [L.] insanların düşüncesini gerçekten umursamıyor) ... yalnızca eğlenmek amaçlı, para hırsı olmadan – [L.'nin] kulağına işer ve de kafasına sıçarım. :)"

19. Aynı gün içerisinde, bu da yorumların yayınlanmasından yaklaşık altı hafta sonrasının tarihine denk gelmektedir, onur kırıcı yorumlar başvuran şirket tarafından kaldırılmıştır.

20. Başvuran şirket 23 Mart 2006 tarihinde L.'nin avukatlarından gelen talebe cevap vermiştir. Başvuran şirket, L.'ye söz konusu yorumların uyar-kaldır yükümlülüğü gereğince kaldırıldığını bildirmiş ve L.'nin tazminat talebini reddetmiştir.

C. Başvuran Şirket Aleyhindeki Hukuk Yargılamaları

21. L., 13 Nisan 2006 tarihinde Harju İl Mahkemesinde başvuran şirket aleyhinde bir hukuk davası açmıştır.

22. Başvuran şirketin temsilcileri, 28 Mayıs 2007 tarihli duruşmada, "Bronz Gece" (2007 yılının Nisan ayında Bronz Asker anıtının taşınmasıyla bağlantılı halk ayaklanmaları) gibi olaylarda, Delfi'nin portaldan günde 5.000-10.000 yorum kaldırdığını ve bunu da kendi inisiyatifinde gerçekleştirdiğini savunmuşlardır.

23. 25 Haziran 2007 tarihli bir mahkeme kararıyla L.'nin talebi reddedilmiştir. İl Mahkemesi, Elektronik Ticaret Direktifi'ne (Elektronik Ticaret Başta Olmak Üzere İç Pazar'da Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Belirli Yönleri Hakkında 8 Haziran 2000 tarihli ve 2000/31/AT sayılı, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi) dayalı Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu (Infoühiskonna teenuse seadus) uyarınca başvuranın sorumluluğunun ortadan kalktığına hükmetmiştir. Yerel mahkeme, başvuran şirketin haber portalındaki yorum alanının, portalın habercilik kısmından ayrı tutulması gerektiğini değerlendirmiştir. Bunlardan ilki olan yorum alanının başvuran şirket tarafından idaresi, temelde mekanik ve pasif bir nitelikteydi. Başvuran şirketin yorumların yayınlayıcısı olarak düşünülmesinin mümkün olmadığı gibi, bu yorumların denetlemesini yapmak gibi herhangi bir yükümlülüğü de bulunmamaktaydı.

24. Tallinn İstinaf Mahkemesi 22 Ekim 2007 tarihinde, L. tarafından yapılan bir temyiz başvurusunu kabul etmiştir. Tallinn İstinaf Mahkemesi, Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu uyarınca, İl Mahkemesinin başvuran şirketin sorumluluğunun kalkmış olduğuna hükmetmede hatalı olduğunu değerlendirmiştir. İl Mahkemesinin hükmettiği karar bozulmuş ve dava, yeniden ele alınmak üzere ilk derece mahkemesine geri gönderilmiştir.

25. Yüksek Mahkeme 21 Ocak 2008 tarihinde, başvuran şirketin temyiz talebini incelemeyi reddetmiştir.

26. Harju İl Mahkemesi 27 Haziran 2008 tarihinde davayı yeniden inceleyerek, L. lehine karar vermiştir. Harju İl Mahkemesi, Tallinn İstinaf Mahkemesi'nin talimatlarına uygun olarak, Borçlar Kanunu'na istinaden Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun mevcut dava açısından uygulanamaz olduğuna hükmetmiştir. İl Mahkemesi başvuran şirketin, internet sitesi üzerinde, yorumların düzeltilmediğine, kullanım kurallarına aykırı yorumlar eklemenin yasak olduğuna ve başvuran şirketin bu tür yorumları kaldırma hakkının saklı olduğuna dair bir not koymuş olduğunu gözlemlemiştir. Kullanıcıların her tür uygunsuz yorum hakkında başvuran şirkete bildirimde bulunabildiği bir sistem kurulmuştur. Ancak, İl Mahkemesi bu uygulamanın yetersiz olduğuna ve başkalarının kişilik haklarına yönelik yeterli koruma sağlamadığına kanaat getirmiştir. İl Mahkemesi yorumları yayınlayanın başvuran şirketin kendisi olduğunun değerlendirilmesi gerektiğine ve şirketin yalnızca yorumların içeriğinden sorumlu olmadığına dair bir feragatname yayınlayarak bu sorumluluğu üzerinden atamayacağına karar vermiştir.

27. İl Mahkemesi, Delfi haber portalında yayınlanan haber makalesinin orantılı bir makale olduğuna kanaat getirmiştir. Buna karşın, çok sayıda yorumun şekil bakımından kaba olduğunu; aşağılayıcı ve hakaret içerikli olduğunu ve L.'nin onurunu, haysiyetini ve itibarını zedelediğini kaydetmiştir. Yorumlar, haklı eleştiri sınırlarını aşmış ve adi hakaret derecesine varmıştır. Mahkeme, ifade özgürlüğünün mevzu bahis yorumları kapsayacak kadar geniş olmadığı ve L.'nin kişilik haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. L.'ye manevi tazminat olarak 5.000 EEk (320 EUR) ödenmesine hükmedilmiştir.

28. Tallinn İstinaf Mahkemesi İl Mahkemesinin kararını 16 Aralık 2008 tarihinde onamıştır. Başvuran şirketin, haber portalına eklenen yorumlar üzerinde ön denetim gerçekleştirmeye mecbur olmadığını vurgulamıştır. Bununla birlikte, ön denetim gerçekleştirmemeyi tercih ettiği için, hukuka aykırı yorumların portaldan hızla kaldırılmasını sağlayacak etkili başka bir sistem oluşturması gerektiğini kaydetmiştir. İstinaf Mahkemesi, başvuran şirket tarafından alınan tedbirlerin yetersiz olduğuna ve yorumları denetleme külfetinin olası mağdurlar üzerine yüklenmesinin iyi niyet ilkesine aykırı olduğuna kanaat getirmiştir.

29. İstinaf Mahkemesi başvuran şirketin Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'na istinaden sorumluluğunun ortadan kalkmış olduğu yönündeki iddiasını reddetmiştir. İstinaf Mahkemesi, başvuran şirketin söz konusu yorumlar konusunda teknik bir aracı konumunda olmadığını ve faaliyetlerinin yalnızca teknik, otomatik ve pasif nitelikte olmadığını, bunun yerine kullanıcıları yorum eklemeye davet ettiğini kaydetmiştir. Dolayısıyla, başvuran şirket teknik hizmetlerden ziyade bir içerik hizmetleri sağlayıcısıydı.

30. Yüksek Mahkeme başvuran şirketin temyiz başvurusunu 10 Haziran 2009 tarihinde reddetmiştir. İstinaf Mahkemesinin kararını esas yönünden onamış; ancak, gerekçesini kısmen değiştirmiştir.

31. Yüksek Mahkeme'nin kurduğu hüküm aşağıdaki gibidir:

> "10. Daire, temyiz başvurusunda belirtilen iddiaların İstinaf Mahkemesinin kararının bozulması için bir dayanak teşkil etmediği kanaatindedir. İstinaf Mahkemesinin kararında varılan sonuç doğrudur; ancak, söz konusu kararın hukuki gerekçelendirmesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 692 § 2 maddesi temelinde değiştirilmesi ve tamamlanması gerekmektedir.
>
> 11. Taraflar arasında aşağıdaki hususlara ilişkin herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır:
>
> • davalının internet portalı 'Delfi' 'SLK, Planlanan Buz Yolunu Yok Etti' başlıklı bir haber makalesi yayınlamıştır;

• davalı, internet portalı ziyaretçilerine haber makalelerine ilişkin yorum yazma imkânı sağlamıştır;

• yukarıda bahsi geçen haber makalesine ilişkin yayınlanmış [avaldatud][3] yorumlardan 20 tanesinin içeriği davacı [L.]'ye yönelik itibar zedeleyici niteliktedir;

• davalı, davacının 9 Mart 2006 tarihli mektubu sonrasında, itibar zedeleyici nitelikteki yorumları kaldırmıştır.

12. Taraflar arasındaki hukuki ihtilaf, davalının bir müteşebbis olarak Borçlar Kanunu'nun anlamı dâhilinde yayıncı sayılıp sayılmadığı, yayınlanmış olan yorumların (yorumların içeriğinin) hukuka aykırı olup olmadığı ve davalının hukuka aykırı içerikli yorumların yayınlanmasından sorumlu olup olmadığı hususları ile ilgilidir.

13. Daire, İstinaf Mahkemesinin vardığı, davalının BTHK'nın [Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu] 10. maddesinde belirtildiği şekilde sorumluluğu ortadan kaldıran koşullar kapsamına girmediği yönündeki sonuca katılmaktadır.

Teknik Düzenlemeler ve Standartlar Kanunu'nun 2 § 6 maddesine göre, bir bilgi toplumu hizmeti BTHK'nın 2 § 1 maddesinde belirtilen bir hizmettir. BTHK'nın söz konusu hükmüne göre, 'bilgi toplumu hizmetleri' bir hizmet alıcısının doğrudan talebi üzerine, taraflar eş zamanlı olarak aynı yerde bulunmaksızın, ekonomik ya da mesleki faaliyetler biçiminde sağlanan hizmetlerdir ve bu tür hizmetler sayısal işleme ve veri saklama amacıyla verilerin elektronik yöntemlerle işlenmesi, saklanması ya da iletilmesi işlemlerini kapsamaktadır. Dolayısıyla, bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin önemli koşullar: bu hizmetlerin taraflar fiziksel olarak söz konusu yerde bulunmaksızın sağlanması, verilerin elektronik yöntemlerle iletilmesi ve hizmetin hizmet kullanıcısı tarafından yapılan bir talep temelinde bir ücret karşılığında sağlanmasıdır.

BTHK'nın 8 ila 11. maddeleri arasında, farklı bilgi toplumu hizmetleri sunucularının sorumlulukları hususu düzenlenmektedir. BTHK'nın 10. maddesi, bir hizmetin bir hizmet alıcısı tarafından sağlanan bilginin saklanması işlemi biçiminde yerine getirilmesi halinde, hizmet sağlayıcısının bir hizmet alıcısının talebi üzerine saklanmış olan bilgiden şu koşullarda sorumlu olmadığını belirtir: (1) hizmet sağlayıcısının bilgilerin içeriklerine ilişkin gerçek bir malumatının olmaması ve tazminat talepleriyle ilgili olarak ise, herhangi bir yasadışı faaliyet ya da bilginin söz konusu olduğuna işaret eden herhangi bir olgu ya da durumdan haberinin olmaması halinde ve (2) hizmet sağlayıcısının, yukarıda bahsi geçen olgulara ilişkin malumat sahibi olması ya da haberinin olması üzerine, ilgili bilgilerin kaldırılması ya da bu bilgilere erişimin engellenmesi için hızlı bir şekilde hareket

etmesi halinde. Dolayısıyla, söz konusu hüküm, sunulan hizmetin [hizmet sağlayıcısının] sunucusunda veri saklanması ve kullanıcılara bu verilere erişme imkânı sağlama işlemlerinden oluşması durumunda uygulanmaktadır. BTHK'nın 10. maddesinde belirtilen koşullara tabi olan bu tür bir hizmet sağlayıcısı, kendisi tarafından saklanan bilgilerin içeriğine ilişkin sorumluluktan muaf tutulmaktadır, zira hizmet sağlayıcısı bahse konu hükmün anlamı dâhilinde yalnızca bir aracı rolünü yerine getirmekte ve bilgi iletimini başlatmamakta veya bilgi üzerinde değişiklik yapmamaktadır.

Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun, Elektronik Ticaret Başta Olmak Üzere İç Pazar'da Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Belirli Yönleri Hakkında 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'ne (Elektronik Ticaret Direktifi) dayalı olması sebebiyle, bahse konu Kanun'un hükümleri yorumlanırken yukarıda adı geçen Direktif'in ilke ve hedeflerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Direktif'in BTHK'nın 8 ila 11. maddelerine temel teşkil eden 12 ila 15. maddeleri, Direktif'in önsöz kısmındaki 42. paragraf ile birbirini tamamlamaktadır. Bu paragrafa göre, 12 ila 15. maddelerde öngörülen sorumluluklardan muaf tutulma konusu, sadece bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının faaliyetlerinin işletimle ve üçüncü tarafların iletimlerinin daha etkili olması amacıyla bilgi sağladığı ve bunların iletildiği veya saklandığı iletişim şebekelerine erişim konularındaki teknik süreçlerle sınırlı olduğu örnekleri kapsamaktadır; bu faaliyet yalnızca teknik, otomatik ve pasif niteliktedir ve bu da, bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının hem iletilen ya da saklanan bilgiye ilişkin malumatının hem de bu bilgi üzerinde herhangi bir denetiminin olmadığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle, saklanan bilgilerin içeriği üzerinde denetime sahip, 'içerik hizmetleri' olarak adlandırılan hizmetlerin sağlayıcıları Direktif'in 12 ila 15. maddelerinde belirtilen muafiyetlere istinat edemezler.

Daire, İstinaf Mahkemesi'nin davalının yorumların yayınlanmasındaki faaliyetlerinin sadece teknik, otomatik ve pasif nitelikte olmadığı yönündeki görüşünü paylaşmaktadır. Davalının hedefi yalnızca aracılık hizmeti sağlamak değildir. Davalı, ziyaretçileri haberleri kendi kanı [hinnangud] ve görüşleri (yorumları) ile tamamlamaları için web sitesine davet ederek, yorum alanını kendi haber portalı içerisine dâhil etmiştir. Yorum alanında, davalı, portalda yayınlanan haberlere yorum yapılması için aktif bir şekilde davette bulunmaktadır. Davalının haber portalına yapılan ziyaret sayısı, yapılmış olan yorumların sayısına bağlı olup; portalda yayınlanan reklamlardan elde edilen gelir de dolayısıyla [ziyaret sayısına] bağlıdır. Dolayısıyla, davalının yorum yapılmasından sağladığı ekonomik bir menfaati vardır. Yorumları davalının kendisinin yazmamış olması, şirketin yorum alanı üzerinde hiçbir denetimi olmadığı anlamına gelmemektedir. Davalı, yorum

yapılmasına ilişkin kurallar getirmekte ve kuralların ihlal edilmesi halinde bu kurallarda değişiklikler (bir yorumun kaldırılması) yapmaktadır. Bunun aksine, davalının hizmetinden faydalanan bir kimse, eklemiş olduğu bir yorum üzerinde bir değişiklik yapamamakta ya da yorumunu silememektedir. Kullanıcılar yalnızca, uygunsuz olan yorumları bildirebilmektedir. Bu nedenle, davalı, eklenen yorumların hangilerinin yayınlanıp hangilerinin yayınlanmayacağını belirleyebilmektedir. Davalının bu imkânını hiç kullanmaması, yorumların yayınlanması üzerinde denetiminin olmadığı anlamına gelmemektedir. Daire, İstinaf Mahkemesi'nin, yorum alanında saklanan bilgileri yönetmekte olan davalının, bir içerik hizmeti sunduğu ve bu sebeple de, sorumluluğu ortadan kaldıran koşulların, BTHK'nın 10. maddesinde belirtildiği üzere, mevcut dava için geçerli olmadığı yönündeki görüşünü paylaşmaktadır.

14. Davalının, 24 Ocak 2006 tarihinde 'Delfi' internet portalında yayınlanan 'SLK, Planlanan Buz Yolunu Yok Etti' başlıklı bir haber makalesinin yayınlayıcısı olduğu konusuna ilişkin herhangi bir hukuki ihtilaf söz konusu değildir. İl Mahkemesi davalının kendisinin de söz konusu yorumların yayınlayıcısı olarak düşünülmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. İstinaf Mahkemesi, bu görüşe katılarak, davalının ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin bir iddiaya dayanmasının, yorumları yazan kişileri değil de kendisini yorumların yayınlayıcısı olarak gördüğünü ortaya koyduğunu kaydetmiştir. Daire, Borçlar Kanunu'na göre, somut davada hem davalının hem de yorumları yazan kişilerin yorumların yayınlayıcısı oldukları görüşündedir. Davacı, davanın kime karşı açılacağını seçme hakkına sahiptir. Söz konusu dava yalnızca davalıya karşı açılmıştır.

Daire, bir hukuk davasına ilişkin 21 Aralık 2005 tarihli kararının (dava no. 3-2-1-95-05) 24. paragrafında ifşa ve ifşa eden terimlerinin anlamlarını açıklamış, Borçlar Kanunu'nun 1047. maddesinin amaçları gereğince, ifşanın [avaldamine] bilgilerin üçüncü taraflara iletilmesi ve ifşa edenin ise bu bilgileri üçüncü taraflara ileten kişi anlamına geldiğine karar vermiştir. Daire, buna ek olarak, bir bilginin medyada yayınlanması [avaldamine] durumunda, bu bilginin ifşa edeninin/yayınlayıcısının [avaldaja] bir medya kuruluşu olabileceği gibi, söz konusu bilgiyi medya yayınına ileten kişinin de olabileceğini açıklamıştır. Bir internet portalında haber ve yorum yayınlanması da bir gazetecilik faaliyetidir [ajakirjanduslik tegevus]. Aynı zamanda, internet ortamının doğası [internetiajakirjandus] gereği, bir portal operatöründen yorumları yayınlaması öncesinde, bir basılı medya yayını [trükiajakirjanduse väljaanne] üzerinde yapıldığı gibi yorumlar üzerinde düzeltme yapması beklenemez. [Basılı bir medya yayınının] yayıncısı [väljaandja], düzeltme yapma yoluyla, bir yorumun yayınlanmasını başlatan kişi olurken,

internet portalında yayını başlatan kişi yorumu yazıp, portal yoluyla halkın erişimine sunan kişidir. Bu nedenle, kendisine bilgi ifşa edilen kişi portal operatörü değildir. Hem bir basılı medya yayının yayınlayıcısı [väljaandja] hem de bir internet portalı operatörü, girişimciler olarak, yorumların yayınlanmasında ekonomik menfaatlerinin bulunması sebebiyle yayınlayıcı/ifşa eden kişi [avaldajad] olurlar.

Bir kimsenin onuruna ve şerefine halel getiren ve leke süren bir değer yargısı [väärtushinnang] ile alakalı olan davalarda yayınlama/ifşa ve yayınlayıcı/ifşa eden kişi tanımları yapılırken, değer yargısının yayınlanan/ifşa edilen bilgilerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı ya da kendisinin esas anlamı itibariyle onur kırıcı nitelikte olup olmadığı hususları konu dışı kalmaktadır... Bundan dolayı, yayınlama/ifşa etme bir kişiyle ilgili bir değer yargısının (Borçlar Kanunu'nun 1046 § 1 maddesi) ve/veya bir değer yargısına varılmasına olanak sağlayan bilgilerin üçüncü taraflara aktarılması olup, bir yayınlayıcı/ifşa eden kişi ise bu türden yargıları [hinnangud] ve bilgileri üçüncü taraflara aktaran kişi anlamına gelmektedir. Somut davadaki söz konusu yorumlar sınırsız sayıda kişinin (halkın) erişimine sunulmuştur.

15. Daire, davalının temyiz başvurusunda ileri sürmüş olduğu, İstinaf Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelendirilmesinde kanunlar yerine iyi niyet ilkesine dayanmış olması sebebiyle Anayasa'nın 45. maddesini hatalı şekilde uyguladığı ve bir yorumun portaldan kaldırılmasının yorumu yazan kişinin ifade özgürlüğüne ilişkin bir müdahale olduğu yönündeki iddialarına yanıt olarak, aşağıdaki açıklamaları sunmaktadır.

Temel haklardan herhangi birinin kullanılmasına, Anayasa'nın herkesin başkalarının hak ve özgürlüklerine saygı göstermesi, bu hak ve özgürlükleri dikkate alması ve kendi hak ve özgürlüklerini kullanırken ve ödevlerini yerine getirirken kanun kurallarına uyması gerektiğini belirten 19 § 2 maddesi ile kısıtlama getirilmektedir. Anayasa'nın 45. maddesinin birinci paragrafının ilk cümlesi, herkesin ifade özgürlüğünü, başka bir ifadeyle, herhangi bir şekilde her türlü içeriğe ilişkin bilgi yayma hakkını güvence altına almaktadır. Söz konusu bu hak, Anayasa'da (17. madde) belirtildiği üzere, bir kimsenin onuruna ve şerefine leke sürmenin yasaklanması ile sınırlama altına alınmıştır. Daire, bir tarafta ifade özgürlüğü ile diğer tarafta bir kimsenin onuru ve şerefi arasında bir ihtilaf durumunun söz konusu olması halinde, Anayasa'nın bir yasak biçiminde düzenlenmiş olan 17. maddesinin bir kimsenin onuruna ve şerefine ilişkin herhangi bir müdahalenin bütünüyle önüne geçmediği, fakat yalnızca bir kimsenin onuruna ve şerefine hakaret

edilmesini yasakladığı hususunun göz önünde bulundurulması gerektiği görüşündedir (Borçlar Kanunu'nun 1046. maddesi). Başka bir deyişle, yukarıda bahsi geçen yasağa riayet edilmemesi halinde Anayasa'ya (Anayasa'nın 11. maddesine) uyulmamış olunacaktır. Anayasa'nın 45. maddesinin birinci paragrafının ikinci cümlesinde, bir kimsenin onurunun ve şerefinin korunması amacıyla ifade özgürlüğünün kanunlarla kısıtlanması imkânının söz konusu olduğundan bahsedilmektedir.

Bir kimsenin onurunun ve şerefinin korunmasının sağlanmasına yönelik olarak, Borçlar Kanunu'nun aşağıdaki hükümleri ifade özgürlüğünün kısıtlanması şeklinde değerlendirilebilir: Kanun'un 1045 §§ 1 ve 4, 1046 § 1, 1047 §§ 1, 2 ve 4, 1055 §§ 1 ve 2 ile 134 § 2 maddeleri. İl Mahkemesi, davacının onurunun haksız şekilde zedelenmiş olduğuna; yorumlarda bu hususa ilişkin bir tartışma konusu olmamasına karşın yalnızca davacının aşağılanması amacıyla kendisine hakaretler edilmiş olması sebebiyle bunun hukuka aykırı bir durum olduğuna karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi de bu görüşü paylaşmıştır. Daire, Borçlar Kanunu'nun 1046. maddesinin Anayasa ile uyumlu şekilde yorumlandığında, bir kimsenin onuruna leke sürmenin kanuna aykırı olduğu kanaatine varmaktadır. Yirmi adet yorumun onur kırıcı nitelikte olduğu, hukuki değerlendirme sonucu mahkemelerce doğrulanmıştır. Mahkemeler, bahse konu bu yirmi adet yorumun edebe aykırı nitelikli olması, insanlık onurunu aşağılaması ve tehditler içermesi sebebiyle hakaret içerikli olduğunu kaydetmiştir.

Daire, İstinaf Mahkemesi'nin davacının kişilik haklarına müdahalede bulunan hukuka aykırı nitelikteki yorumların kaldırılmasının yorumları yazan kişilerin ifade özgürlüğüne ilişkin bir müdahale teşkil etmediği yönündeki görüşüne katılmamaktadır. Daire, temel bir hakkı herhangi bir şekilde kısıtlayan her türlü tedbir uygulamasının, söz konusu temel hakkın kullanılmasına ilişkin bir müdahale olarak değerlendirilebileceği kanaatindedir. Ancak, Anayasa'nın (17. madde) ve kanunların (Borçlar Kanunu'nun 1046. maddesi) gerektirdiği üzere, portal operatörünün-girişimcinin üçüncü tarafların onuruna ve şerefine saygı gösterilmesi ve üçüncü taraflara yönelik herhangi bir zarara neden olmaktan kaçınılması (Borçlar Kanunu'nun 1045 §§ 1 ve 4 maddesi) yükümlülüğü, yorum yazan kişilerin ifade özgürlüklerine ilişkin olarak bir internet portalı operatörünce müdahalede bulunulmasını haklı kılmaktadır.

16. İstinaf Mahkemesi'nin hükmettiği karara göre, yorumların içerikleri kanuna aykırı nitelikteydi; yorumlar yakışıksız bir dil ile yazılmıştı. Değer yargılarının... duyarlı bir okuyucuya göre anlamlarının edebe aykırı olması ve bir kişinin insanlık onurunu

aşağılamayı ve kişiyi küçük düşürmeyi amaçlaması halinde, uygunsuz olduğu değerlendirilmektedir. Yorumlar, portal operatörünün inisiyatifinde aşırı bir inceleme yapılmasını gerektirecek nitelikte herhangi bir bilgi içermemekteydi. Bundan dolayı, davalının yorumların kanuna aykırı nitelikte olduklarının farkında olmadığı ve farkında olmasına gerek de bulunmadığı yönündeki iddiası mesnetsizdir.

Davalının, zarara yol açmaktan kaçınılmasına ilişkin olarak kanundan doğan yükümlülük nedeniyle, açıkça kanuna aykırı içerikli yorumların yayınlanmasına engel olmuş olması gerekirdi. Ancak, davalı böyle bir harekette bulunmamıştır. Borçlar Kanunu'nun 1047 § 3 maddesi uyarınca, bilgilerin veya başka hususların ifşasının, bilgileri veya diğer hususları ifşa eden veya bu hususların kendisine ifşa olunduğu kişinin ifşa etmede meşru bir menfaatinin bulunması ve bilgileri ifşa eden kişinin söz konusu bilgileri veya diğer hususları olası ihlalin vahametine karşılık gelecek bir bütünlükle kontrol etmiş olması durumunda, hukuka aykırı olduğu değerlendirilemez. Başka bir kimsenin onurunu lekeleyen, yakışıksız bir dil kullanılarak yazılmış değer yargılarının yayınlanması Borçlar Kanunu'nun 1047 § 3 maddesinde belirtilen koşullar dayanak gösterilerek haklı gösterilemez: bu tür değer yargıları ifşa edilmiş olan herhangi bir bilgiden kaynaklanmaz ancak, ilgili kişinin onurunu ve şerefini zedelemek amacıyla bilinçli olarak oluşturulur ve yayınlanır. Bu nedenle, açık bir şekilde hukuka aykırı nitelikte olan yorumların yayınlanması da dolayısıyla hukuka aykırıdır. Bilgilerin ifşası sonrasında, davalı, içeriklerinin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması gereken yorumları portaldan kendi inisiyatifiyle kaldırmamıştır. Mahkemeler, bu koşullar altında, davalının bu hususta herhangi bir eylemde bulunmamasının hukuka aykırı olduğu sonucuna varmışlardır. Davalı, mahkemelerin davalının suçsuzluğunu [süü] kanıtlamamış olduğuna karar vermeleri sebebiyle, davacının uğradığı zararlardan sorumludur (Borçlar Kanunu'nun 1050 § 1 maddesi)."

D. Müteakip Gelişmeler

32. 1 Ekim 2009 tarihinde kendi internet sitesinde yayınladığı bilgiye göre Delfi, yorum sahibi yorum kurallarını okuyup kabul edinceye dek onur kırıcı yorumlarda bulunan kişilerin yeni bir yorum eklemesine izin vermemekteydi. Ayrıca, Delfi'nin, portala eklenen yorumlar üzerinde ek denetim gerçekleştiren moderatörlerden oluşan bir ekip kurmuş olduğu bildirilmiştir. Moderatörler ilk önce, uygunsuz yorumlara ilişkin tüm kullanıcı bildirimlerini gözden geçirmekteydi. Bunun yanı sıra, yorumların yorum kurallarına uygunluğu da denetlenmekteydi. Yayınlanan bilgilere göre, 2009 yılının Ağustos ayında Delfi okuyucularınca eklenen yorumların

sayısı 190.000 idi. Delfi moderatörleri, ağırlıklı olarak istenmeyen veya yersiz yorumlardan oluşan 15.000 yorum (yaklaşık %8) silmiştir. Hakaret içerikli yorumların oranı, toplam yorum sayısının %0,5'inden daha azdı.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

33. Estonya Cumhuriyeti Anayasası'nın (Eesti Vabariigi põhiseadus) ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

17. Madde

"Hiç kimsenin onuruna veya şerefine hakaret edilemez."

19. Madde

"(1) Herkes, kendini özgür bir şekilde gerçekleştirme hakkına sahiptir.

(2) Herkes, başkalarının hak ve özgürlüklerini saymak ve dikkate almak ve kendi hak ve özgürlüklerini kullanırken ve ödevlerini yerine getirirken kanuna riayet etmek zorundadır."

45. Madde

"(1) Herkes; söz, yazı, resim veya diğer araçlarla özgür bir şekilde düşünce, görüş, inanç ve sair bilgi yayma hakkına sahiptir. Bu hak; kamu düzenini, ahlak kurallarını ve başkalarının hak ve özgürlüklerini, sağlığını, onurunu ve şerefini korumak amacıyla yasayla kısıtlanabilir. Bu hak ayrıca; Devlet yönetiminde ve yerel yönetimde yer alan devlet memurları açısından, görevleri gereği kendilerine ifşa olunan bir devlet veya ticaret sırrını veya gizli yollardan alınan bilgileri ve başkalarının aile ve özel hayatını korumak amacıyla, bunun yanı sıra adalet menfaatleri doğrultusunda yasayla kısıtlanabilir.

(2) Hiçbir sansür uygulaması yapılamaz."

34. Medeni Hukuk (Genel İlkeler) Kanunu'nun (Tsiviilseadustiku üldosa seadus) 138. maddesi, hak ve yükümlülüklerin iyi niyet çerçevesinde kullanılması ve yerine getirilmesi gerekliliğini öngörmektedir. Bir hak, hukuka aykırı bir şekilde veya bir başkasına zarar verme amacıyla kullanılmamalıdır.

35. Borçlar Kanunu'nun (Võlaõigusseadus) 134. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Başta hakaret olmak üzere bir kişilik hakkının ihlal edilmesinden... kaynaklanan bir zararı tazmin etme yükümlülüğünün bulunması durumunda, yükümlülük sahibi kişi, zarar gören

kişiye, ancak başta fiziksel veya duygusal sıkıntı olmak üzere söz konusu ihlalin vahameti ortaya konulduğunda manevi tazminat öder."

36. Borçlar Kanunu'nun 1043. maddesi bir başkasına (mağdur) hukuka aykırı bir şekilde zarar veren bir kimsenin (haksız fiil işleyen kişi), söz konusu zararı vermekten suçlu (süüdi) veya yasalar uyarınca söz konusu zararı vermekten sorumlu olması halinde, zararı tazmin etmek zorunda olduğunu öngörmektedir.

37. Borçlar Kanunu'nun 1045. maddesi, zarara sebebiyet vermenin, mağdurun sahip olduğu bir kişilik hakkının ihlal edilmesinden kaynaklanması durumunda, hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir.

38. Bunun yanı sıra, Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri aşağıdaki şekildedir:

1046. Madde – Kişilik Haklarına Zarar Vermenin Hukuka Aykırılığı

"(1) Hakkında yakışıksız hükümde bulunmak, kişinin ismini veya görüntüsünü haksız bir şekilde kullanmak veya kişinin özel hayatının dokunulmazlığını veya bir başka kişilik hakkını ihlal etmek suretiyle bir kimsenin onurunu zedelemek, yasa ile aksi öngörülmediği sürece, hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın tespit edilmesinin ardından, ihlal türünün, ihlalin gerekçe ve saikinin ve gözetilen amaca oranla ihlalin vahametinin göz önünde bulundurulması gereklidir.

(2) Kanunlarla korunan diğer yasal haklar ve üçüncü tarafların hakları veya kamu menfaatleri nedeniyle haklı gerekçelere dayanması halinde, bir kişilik hakkı ihlali hukuka aykırı değildir. Bu tür durumlarda, hukuka aykırılık, kanunlarla koruma altına alınan farklı yasal haklar ve menfaatler konusunda yapılacak karşılaştırmalı bir değerlendirme temelinde tespit edilir."

1047. Madde – Yanlış Bilginin İfşa Edilmesinin Hukuka Aykırılığı

"(1) Kişi veya faaliyetleri hakkında yanlış bilgiler ifşa etmek [avaldamine] veya eksik veya yanıltıcı bir biçimde bilgi ifşa etmek suretiyle bir kişinin kişilik haklarının ihlal edilmesi ya da ekonomik ve mesleki faaliyetlerine müdahale edilmesi, bu tür bilgileri ifşa eden kişiler, söz konusu bilgileri ifşa etmelerini müteakip, bu bilgilerin yanlış veya eksik olduğunun farkında olmadıklarını ve farkında olmalarının gerekli olmadığını ispat etmedikleri takdirde hukuka aykırıdır.

(2) Bir kişi hakkında hakaret içerikli veya kişinin ekonomik durumunu olumsuz yönde etkileyebilecek hususların ifşa edilmesi, bu hususları ifşa eden kişinin yaptığı açıklamanın doğru olduğunu ispat etmemesi halinde hukuka aykırı sayılır.

(3) Bilgi veya diğer hususların ifşa edilmesi, bilgileri veya diğer hususları ifşa eden veya bu hususların kendisine ifşa olunduğu kişinin ifşa etmede meşru bir menfaatinin bulunması ve bilgileri ifşa edenin kişi söz konusu bilgileri veya diğer hususları olası ihlalin vahametine karşılık gelecek bir bütünlükle kontrol etmiş olması durumunda, işbu maddenin 1. ve 2. fıkralarının hükümlerine bakılmaksızın, hukuka aykırı değildir.

(4) Yanlış bilgilerin ifşa edilmesi halinde, bilgilerin ifşası hukuka uygun olsun veya olmasın, mağdur bu bilgileri ifşa eden kişiden söz konusu bilgileri yalanlamasını veya masrafları kendisine ait olmak üzere bir düzeltme yayınlamasını talep edebilir."

1050. Madde – Sorumluluğun dayanağı olarak suçluluk [süü]

"(1) Yasa ile aksi öngörülmediği sürece, haksız bir fiil işleyen bir kimse, zarara yol açmaktan suçlu [süüdi] olmadığını ispatlaması halinde, zarara yol açmaktan sorumlu sayılmaz.

(2) Bu Bölümde belirtilen amaçlar gereğince bir kimsenin suçluluğu [süü] değerlendirilirken, söz konusu kimsenin içinde bulunduğu durum, yaşı, eğitimi, bilgi birikimi, yetenekleri ve kişisel diğer özellikleri de dikkate alınır.

(3) Birden fazla sayıda kişinin zararın tazmini ile sorumlu olması ve yasalar gereğince, suçlu olup olmamalarına bakılmaksızın bu kişilerin bir ya da daha fazlasının hukuka aykırı bir şekilde zarara yol açmak sebebiyle tazminat ödemekle sorumlu olması durumunda, zararın tazmin edilmesi yükümlülüğü bu kişiler arasında paylaştırılırken, zararın tazmininden sorumlu kişilerin davranışlarının kanuna aykırılığı ve suçluluklarının türü değerlendirmeye alınır."

1055. Madde – Zarar Verici Eylemlere İlişkin Yasak

"(1) Hukuka aykırı zarara devamlı olarak sebebiyet verilmesi veya hukuka aykırı zarara sebebiyet verileceğine dair tehditlerde bulunulması halinde; mağdur veya tehdit edilen kişi, zarara yol açan davranışa son verilmesini ya da bu tür davranışta bulunulacağına dair tehditlerin sona ermesini talep etme hakkına sahiptir. Fiziksel yaralama, sağlığa zarar, özel yaşamın dokunulmazlığının ya da kişilik haklarından başka herhangi birinin ihlali halinde, haksız fiil işleyen kişinin diğer kişilere yaklaşmaktan men edilmesi (tedbir kararı), barındırma ve iletişimin düzenlenmesi veya benzer tedbirlerin uygulanması talep edilebilir.

(2) İşbu maddenin 1. fıkrasında belirtilen, zarara sebebiyet verici davranışın sonlandırılmasını talep etme hakkı; bu tür bir davranışın insanların ortak yaşamı veya

önemli bir kamu menfaati nedeniyle hoş görülebileceğinin beklenmesinin makul olduğu hallerde uygulanamaz. Mağdur, bu tür bir durumda, hukuka aykırı olarak sebep olunan zarar için tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptir.

...”

39. Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu (Infoühiskonna teenuse seadus) aşağıdaki şekilde öngörmektedir:

8. Madde – Salt Bilgi İletiminde ve Kamusal Veri İletişim Ağına Erişim Sağlanmasında Sınırlı Sorumluluk

“(1) Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin salt bir kamusal veri iletişim alanında iletiminden veya bir kamusal veri iletişim ağına erişim sağlanmasından ibaret olan bir hizmetin verildiği durumlarda, hizmet sağlayıcısı, aşağıdaki koşulları karşılaması halinde iletilen bilgiden sorumlu değildir:

1. iletimi başlatan olmama,

2. iletimin alıcısını belirlememe,

3. iletim içersinde yer alan bilgileri belirlememe veya değiştirmeme.

(2) İşbu maddenin birinci fıkrası anlamında iletim ve erişim sağlanması; iletim işleminin salt kamusal veri iletişim ağında gerçekleştirme amacıyla gerçekleşmesi bakımından ve bilgilerin iletim için mantıken gerekli olandan daha uzun bir süre saklanmaması kaydıyla, iletilen bilgilerin otomatik, ilgili süre boyunca ve geçici olarak saklanmasını kapsamaktadır.”

9. Madde – Bilginin Ön Bellekte Geçici Olarak Saklanmasında Sınırlı Sorumluluk

“(1) Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin bir kamusal veri iletişim alanında iletilmesinden ibaret olan bir hizmetin sağlandığı durumlarda, ilgili iletim biçimi bilgilerin teknik nedenlerle ön belleğe alınmasını gerektiriyorsa ve ön belleğe alma işlemi sadece bilgilerin daha sonra talepleri üzerine diğer hizmet alıcılarına iletimini daha etkin kılma amacıyla gerçekleştiriliyorsa; hizmet sağlayıcısı, aşağıdaki şartlara bağlı olmak kaydıyla, söz konusu bilgilerin otomatik, ilgili süre boyunca ve geçici olarak saklanmasından sorumlu değildir:

1. sağlayıcının bilgileri değiştirmemesi,

2. sağlayıcının bilgiye erişim koşullarına uyması,

3. sağlayıcının, bilgilerin güncellenmesi konusunda endüstride yaygın olarak tanınan ve kullanılan bir biçimde belirlenmiş olan kurallara uyması,

4. sağlayıcının, bilgilerin kullanımı hakkında bilgi almak amacıyla endüstri tarafından yaygın olarak tanınan ve kullanılan, hukuka uygun teknoloji kullanımına müdahale etmemesi,

5. iletimin ilk kaynağındaki bilgilerin ağdan kaldırılmış veya bu bilgilere erişimin yasaklanmış olduğuna dair gerçek bilgi edinmesinin ardından veya mahkeme, polis ya da denetleyici bir devlet makamının bu bilgilerin kaldırılmasını emretmesi üzerine, sağlayıcının saklamış olduğu bilgileri süratle kaldırması veya bu bilgilere erişimi yasaklaması."

10. Madde – Bilgi Saklama Hizmetinin Sağlanmasında Sınırlı Sorumluluk

"(1) Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin saklanmasından ibaret olan bir hizmetin sağlandığı durumlarda, hizmet sağlayıcısı, şu koşulları karşılaması kaydıyla, hizmetin alıcısının talebi üzerine saklanan bilgilerden sorumlu değildir:

1. sağlayıcının bilgilerin gerçek içeriği hakkında bilgisinin olmaması ve tazminat istemleri ile ilgili olarak, yasadışı faaliyet veya bilginin bariz olduğu olay ve bilgilerden haberdar olmaması,

2. sağlayıcının, işbu fıkranın birinci bendinde belirtilen olaylar hakkında bilgi veya farkındalık edinmesini müteakip, bilgileri süratle kaldırması veya bilgilere erişimi engellemesi.

(2) Hizmet alıcısının, sağlayıcının yetkisi ve kontrolü dâhilinde hareket ettiği hallerde işbu maddenin birinci fıkrası uygulanmaz."

11. Madde – İzleme Yükümlülüğünün Olmaması

"(1) İşbu Kanun'un 8. ila 10. maddelerinde belirtilen hizmet sağlayıcısı; bilgilerin salt iletiminin veya bu bilgilere erişim sağlanmasının, bilgilerin ön bellekte geçici olarak veya hizmet alıcısının talebi üzerine saklanmasının ardından, söz konusu bilgileri izlemekten sorumlu değildir, hizmet sağlayıcısı yasadışı faaliyet olduğunu gösterir bilgi ve durumları aktif bir biçimde araştırmak zorunda da değildir.

(2) İşbu maddenin birinci fıkrasının hükümleri, denetim gerçekleştiren bir görevlinin hizmet sağlayıcısından bu bilgilerin ifşa edilmesini isteme hakkını kısıtlamaz.

(3) Hizmet sağlayıcıları; işbu Kanun'un 8. ila 10. maddelerinde belirtilen hizmetlerinin alıcıları tarafından yürütülen ve yasadışı olduğu iddia edilen eylemler veya bu kişilerce sağlanan bilgiler konusunda yetkili denetim makamlarını hızlı bir şekilde bilgilendirmek ve bu makamlara bilgi saklama anlaşmalarının bulunduğu hizmet alıcılarının tespit edilmesine olanak verecek bilgileri aktarmak zorundadır.

..."

40. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (Tsiviilkohtumenetluse seadustik) 244. maddesi ve devamındaki maddeleri delillerin yargılama öncesinde alınmasını (eeltõendamismenetlus) öngörmektedir. Bu usule göre, delillerin kaybedileceği ya da delillerin daha sonra kullanılmasının güçlüklere yol açacağı düşüncesinin söz konusu olabileceği durumlarda, deliller adli işlemlerin başlatılması öncesinde dahi alınabilir.

41. Yüksek Mahkeme, 21 Aralık 2005 tarihli bir kararda (dava no. 3-2-1-95-05), Borçlar Kanunu'nun 1047. maddesinin amaçları gereğince, ifşanın (avaldamine) bilgilerin üçüncü taraflara ifşası anlamına geldiğine karar vermiştir. Bir medya yayıncısına (meediaväljaanne) bilgi ileten kişi, söz konusu makalenin (ajaleheartikli avaldaja) yayıncısı olmasa dahi, ifşa eden kişi (avaldaja) olarak düşünülebilirdi. Yüksek Mahkeme, aynı görüşü sonraki kararlarda (örneğin, 21 Aralık 2010 tarihli bir kararda (dava no. 3-2-1-67-10)) yinelemiştir.

42. Pek çok yerel davada, örneğin bir gazete yayıncısı ve bir makale yazarı (Yüksek Mahkeme'nin 3-2-1-61-98 no.lu davaya ilişkin vermiş olduğu 7 Mayıs 1998 tarihli kararı), bir gazete yayıncısı ve kendisiyle röportaj yapılan bir kişi (Yüksek Mahkeme'nin 3-2-1-99-97 no.lu davaya ilişkin vermiş olduğu 1 Aralık 1997 tarihli kararı) ve yalnızca bir gazete yayıncısı (Yüksek Mahkeme'nin 3-2-1-123-97 no.lu davaya ilişkin vermiş olduğu 30 Ekim 1997 tarihli kararı ve 3-2-1-53-07 no.lu davaya ilişkin vermiş olduğu 10 Ekim 1997 tarihli kararı) olmak üzere çeşitli davalılar aleyhinde hakaret davaları açmıştır.

43. Yüksek Mahkeme'nin, AİHM önündeki söz konusu davaya (dava no. 3-2-1-43-09) sebebiyet veren davaya ilişkin vermiş olduğu 10 Haziran 2009 tarihli kararını müteakip, birçok alt mahkeme de internette yayınlanan haber makalelerine yapılan yorumlara ilişkin sorumluluk hususunda benzer biçimde kararlar vermiştir. Bu sebeple, Tallinn İstinaf Mahkemesi 21 Şubat 2012 tarihli bir kararında (dava no. 2-08-76058), alt bir mahkemenin hakarete maruz kalmış bir kişinin bir gazete yayıncısına karşı açmış olduğu davaya ilişkin kararını onamıştır. Yayıncı, gazetenin çevrimiçi yorum alanında okuyucular tarafından eklenen hakaret içerikli yorumlardan sorumlu bulunmuştur. Söz konusu mahkemeler, gazete yayıncısının bir içerik hizmeti sağlayıcısı olduğunu kaydetmiştir. Mahkemeler, davalının Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Yüksek Mahkeme

tarafından daha önce yorumlandığı şekilde pasif bir hizmet sağlayıcısına yönelik ölçütleri yerine getirmemiş olduğunun bariz olduğuna ve ilgili kararların yeteri ölçüde açık olduğuna karar vererek, yayıncının ABAD'ın bu hususta ön bir karar vermesine ilişkin talebini reddetmişlerdir. Bu nedenle, ABAD'ın bu konuda yeni direktifler vermesine ihtiyaç olmamıştır. Mahkemeler ayrıca, ABAD'ın 23 Mart 2010 tarihli kararı (Birleştirilen C-236/08 - C-238/08 Google Fransa ve Google davaları, [2010] ECR I-2417) uyarınca, bir hizmet sağlayıcısının oynadığı rolün tarafsız olup olmadığının değerlendirilmesi görevinin ulusal mahkemelere ait olduğunu; bu anlamda, sakladığı verilere ilişkin bilgisinin ve bu veriler üzerinde bir kontrolünün olmadığına işaret ederek, faaliyetlerinin yalnızca teknik, otomatik ve pasif nitelikte olduğunu kaydetmişlerdir. Mahkemeler, huzurlarına getirilmiş olan meselede böyle bir durumun söz konusu olmadığını değerlendirmişlerdir. Yayıncının hakaret içerikli yorumları kararın verildiği tarihe kadar hâlihazırda silmiş olması sebebiyle, söz konusu konuda herhangi bir hüküm verilmemiş; davacının manevi tazminata ilişkin talebi reddedilmiştir. Tallinn İstinaf Mahkemesi tarafından da 27 Haziran 2013 tarihinde benzer bir karar (dava no. 2-10-46710) verilmiştir. Bahse konu davada da, bir internet haber portalı okurlar tarafından eklenen hakaret içerikli yorumlardan sorumlu tutulmuş ve davacının manevi tazminata ilişkin talebi reddedilmiştir.

III. İLGİLİ ULUSLARARASI BELGELER

A. Avrupa Konseyi Belgeleri

44. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 28 Mayıs 2003 tarihinde, 840. Bakan Yardımcıları Toplantısında, İnternette İletişim Özgürlüğü Deklarasyonu'nu kabul etmiştir. Deklarasyonun ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

> "Avrupa Konseyi Üye Devletleri,
>
> ...
>
> Ayrıca yalnızca ileticiler olarak hareket ettiklerinde veya iyi niyet içerisinde, üçüncü taraflardan gelen içeriğe erişim sağladıklarında ya da bu içeriğe yer verdiklerinde, hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun sınırlandırılması gerektiğine ikna olmuş olarak;
>
> Bu bağlamda, Başta Elektronik Ticaret Olmak Üzere İç Pazar'da Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Hukuki Yönleri Hakkındaki 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifini (Elektronik Ticaret Direktifi) hatırlatarak;
>
> İnternette iletişim özgürlüğünün, insan haysiyetine, başkalarının, özellikle de küçüklerin insan hak ve temel özgürlüklerine halel getirmemesi gerektiğini vurgulayarak;

İnternet kullanıcılarının kimliklerini ifşa etmeme isteklerine saygılı olma ile yasa uygulayıcı makamların cezai fiillerden sorumlu kişileri izleme ihtiyaçları arasında bir denge kurulması gerektiğini değerlendirerek;

...

İnternet üzerinden haberleşme alanına ilişkin olarak aşağıda yer verilen ilkelere riayet etme isteğinde olduklarını beyan ederler:

İlke: İnternet İçin İçerik Kuralları

Üye devletler, internetteki içeriği, diğer içerik dağıtım araçlarına uygulanandan daha fazla bir kısıtlamaya tabi tutmamalıdır.

...

3. İlke: Ön Devlet Denetiminin Olmaması

Kamu makamları, engelleyici veya filtreleyici genel tedbirler yoluyla, kamunun internet üzerinden bilgiye ve sair iletişime erişimini, sınırları ne olursa olsun, engellememelidir. Bu durum, özellikle okullar veya kütüphaneler gibi küçüklerin erişiminde olan yerlerde, küçükleri korumaya yönelik filtrelerin kurulmasına engel değildir.

Yetkili ulusal makamların yasaya uygun olmadığına dair geçici veya nihai bir karar vermiş olması durumunda, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan güvencelere riayet edilmesi kaydıyla, açıkça tespit edilebilir internet içeriğinin kaldırılmasını veya bunun yerine söz konusu içeriğe erişimin engellenmesini zorlayıcı tedbirler alınabilir.

...

6. İlke: Hizmet Sağlayıcıların İnternet İçeriğine İlişkin Sınırlı Sorumluluğu

Üye devletler, hizmet sağlayıcılarına ne internet üzerinde erişim verdikleri, ilettikleri veya sakladıkları içeriği izleme konusunda ne de yasadışı faaliyet göstergesi olay veya koşulları etkin bir biçimde araştırma konusunda genel bir yükümlülük dayatmalıdırlar.

Üye devletler, hizmet sağlayıcılarının işlevinin, iç hukukta tanımlandığı üzere bilgi iletmek veya internete erişim sağlamakla sınırlı olduğu durumlarda, hizmet sağlayıcılarının internet üzerindeki içerikten sorumlu tutulmamasını temin etmelidirler.

Hizmet sağlayıcıların işlevlerinin daha geniş olduğu ve sağlayıcıların üçüncü taraflardan gelen içerikleri sakladıkları durumlarda; hizmet sağlayıcıların, iç hukukta tanımlandığı

üzere ilgili bilgi veya hizmetlerin yasadışı nitelikte olduklarının ya da, tazminat talebi olması halinde, söz konusu faaliyet veya bilginin yasadışı olduğunu ortaya koyan olay veya koşulların farkına varır varmaz bilgileri veya hizmetleri süratle kaldırmaması veya bu bilgi ve hizmetlere erişimi süratle yasaklamaması halinde, üye devletler hizmet sağlayıcılarını müşterek sorumlu tutabilirler.

Önceki fıkrada belirtildiği üzere, hizmet sağlayıcıların yükümlülüklerinin iç hukuk gereğince belirlenmesinde, öncelikli olarak bilgiyi verenlerin ifade özgürlüğünün ve bunun yanı sıra kullanıcıların buna mukabil sahip olduğu bilgiye erişim özgürlüğünün gözetilmesi için gerekli dikkat gösterilmelidir.

Her halükarda, yukarıda bahsi geçen sorumluluk sınırlamaları, hizmet sağlayıcılarının bir hukuk ihlalini mümkün mertebe önlemelerinin veya sonlandırmalarının gerekli olduğu durumlarda tedbir kararları çıkarılması olanağını etkilememelidir.

7. İlke: İsmin Saklı Tutulması

Üye devletler; çevrimiçi gözetime karşı koruma sağlamak ve bilgi ve fikirlerin özgürce ifade edilmesini artırmak amacıyla, internet kullanıcılarının kimliklerini ifşa etmeme isteklerine saygı göstermelidirler. Bu durum; üye devletlerin, ulusal hukuk, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ve adalet ve güvenlik alanlarındaki diğer uluslararası anlaşmalar uyarınca tedbirler almalarına ve cezai fiillerden sorumlu kişileri takip etmek amacıyla işbirliği yapmalarına engel değildir."

45. Bakanlar Komitesi, üye devletlere yönelik çıkardığı ve internetin kamu hizmeti değerini desteklemeye yönelik tedbirlerle ilgili 7 Kasım 2007 tarihli ve CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararında, internetin bir taraftan bazı insan haklarının ve temel özgürlüklerin kullanılmasını önemli ölçüde artırabildiği gibi, diğer taraftan bu hakları ve bunlara benzer başka hakları olumsuz şekilde de etkileyebildiğini kaydetmiştir. Bakanlar Komitesi, Üye Devletlerin yeni bilgi ve iletişim teknolojileri alanındaki tüm kilit paydaşların rollerinin ve sorumluluklarının sınırlarını çizen açık bir yasal çerçeve belirlemelerini tavsiye etmiştir.

46. Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere yönelik, yeni bir medya kavramı hakkındaki 21 Eylül 2011 tarihli ve CM/Rec(2011)7 sayılı Tavsiye Kararı aşağıdaki gibidir:

"...

Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Kuruluş Yasası'nın 15/b maddesi uyarınca, Üye Devletlere:

– içeriklerin (örneğin; metin, ses ve görüntü biçimde, görsel-işitsel biçimde ve diğer biçimlerde bilgi, analiz, yorum, görüş, eğitim, kültür, sanat ve eğlence), interaktif kitle iletişimini kolaylaştırma amacıyla tasarlanan uygulamaların (örneğin sosyal ağlar) ya da diğer içerik-odaklı geniş çaplı interaktif tecrübelerin (örneğin çevrimiçi oyunlar) üretilmesi ve imkân dâhilinde olabildiğince çok sayıda insana yayılması aşamalarına müdahil olan tüm aktörleri kapsayan ve içeriklerin tümünün yayınlama açısından kontrolünü veya denetimini sağlayan yeni ve geniş bir medya kavramını benimsemelerini tavsiye eder;

–medya ekosisteminde hizmet ve ürün sunan tüm aktörlere ilişkin olarak insanların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi uyarınca bilgi edinme ve bilgi alışverişi hakkının güvence altına alınmasını sağlamak ve ilgili güvencelerin 10. madde ile sağlanan haklar üzerinde olumsuz etki oluşturabilecek müdahalelere ve yasaya aykırı biçimde öz kısıtlama ya da oto sansüre neden olma riskine yol açan durumlara karşı bu aktörleri kapsayacak şekilde genişletilmesi amacıyla mevzuat alanındaki ihtiyaçları gözden geçirmelerini tavsiye eder;

– Avrupa Konseyi'nin medyaya ilişkin ilgili standartlarına dayalı yeni bir medya kavramı kapsamına giren kademeli ve farklılaştırılmış bir yaklaşım değerlendirilirken, bu standartların medya sürecinde kendilerine özgü işlevlerini ve demokratik bir toplumda iyi bir yönetişimin sağlanmasında ve geliştirilmesindeki olası etkilerini ve önemini de göz önünde bulundurarak, bu belgenin ekinde yer alan kriterleri uygulamalarını tavsiye eder;

..."

Söz konusu Tavsiye Kararı'nın Eki'nde yer alan ilgili kısımlar aşağıdaki gibidir:

"7. Kademeli ve farklılaştırılmış bir yaklaşım, sunduğu hizmetler medya ya da aracı veya yardımcı bir faaliyet olarak tanımlanan her bir aktörün korumanın hem uygun biçiminden (farklılaştırılmış) hem de uygun seviyesinden (kademeli) yararlanmasını ve sorumluluğun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ve Avrupa Konseyi tarafından geliştirilen ilgili diğer standartlar ile uygunluk içerisinde sınırlandırılmasını gerektirmektedir.

...

30. Yayınlanma açısından kontrol, aktörlerin mevcut hale getirilecek veya desteklenecek içeriğe ve söz konusu içeriğin sunulma ve düzenlenme biçimine ilişkin kendi politika kararlarını içerebilir. Eski medya yazılı olan yayınlama politikalarını bazen açık bir şekilde

duyurmaktadır. Ayrıca, bu politikalar içeriğin seçilmesinde ve işlenmesinde (örneğin içeriğin doğrulanmasında veya onaylanmasında) dikkate alınacak iç talimatlar ya da kriterler içerisinde de yer alabilir. Yeni iletişim çevrelerinde, yayınlama politikaları görev beyanlarında ya da kullanıma ilişkin (içeriğe ilişkin oldukça ayrıntılı hükümler içerebilen) şartlar ve koşullar içerisinde yer alabilmekte ya da belirli ilkelere bağlılık olarak gayriresmi şekilde (örneğin internet etiği, ilke sözler) ifade edilebilmektedir.

...

32. Yayınlamaya ilişkin süreç, kurum içinde tanımlanmış bir süreç doğrultusunda ve belirlenmiş kriterler (reaktif moderasyon) göz önünde bulundurularak alınan nihai kararlarla birlikte kullanıcıları (örneğin eş düzey incelemeleri ve kaldırılma talepleri) içerebilir. Yeni medya, ilk başta fark edilemeyebilecek nitelikte olan kullanıcı tarafından oluşturulmuş içeriklerle ilgili olarak sıklıkla nihai moderasyon (genellikle post moderasyon olarak anılan) yöntemine başvurmaktadır. Ayrıca, yayınlamaya ilişkin süreçler (örneğin, önce içeriği seçen ya da içeriği telif hakkı ile koruma altına alınmış materyallerle karşılaştıran algoritmalar) otomatikleştirilebilir.

...

35. Yine, yayınlamaya ilişkin farklı düzeylerdeki kontrol, yayınlamaya ilişkin farklı seviyelerde sorumluluğu beraberinde getirmektedir. Farklı düzeylerdeki yayın kontrolleri ya da yayın yöntemleri (örneğin nihai moderasyon yöntemi ile karşılaştırıldığında öncül moderasyon yöntemi) farklılaştırılmış yanıt yöntemlerini gerektirmektedir ve yanıtın kademelendirilmesinin hemen hemen kesin bir şekilde en iyi ölçüde yapılmasına olanak sağlayacaktır.

36. Sonuç olarak, bir medyanın işleyişine ya da bu medyaya erişime katkı sağlayan ancak, kendi başına yayınsal kontrol gerçekleştirmeyen ya da gerçekleştirmemesi gereken ve dolayısıyla da kontrole ilişkin sınırlı sorumluluğu olan ya da hiçbir sorumluluğu bulunmayan aracı veya yardımcı bir hizmet saylayıcısı, medya olarak değerlendirilmemelidir. Ancak, bu tür hizmet sağlayıcıların eylemlerinin bir medya bağlamında amacına uygun olduğu değerlendirilebilir. Bununla birlikte, aracı veya yardımcı hizmet sağlayıcıları tarafından hukuki yükümlülükler sonucu gerçekleştirilen işlemler (örneğin, adli bir karar gereğince içeriğin kaldırılması) yukarıda anlatılan anlamda bir yayınsal kontrol olarak değerlendirilmemelidir.

...

63. Aracıların rolünün önemini vurgulamak gereklidir. Aracılar medya içeriklerinin yayınlanmasına yönelik alternatif ve tamamlayıcı yöntemler veya kanallar sunar, böylelikle de medyanın amaç ve hedeflerinin başarılmasında daha geniş kitlelere ulaşılmasını ve etkililiğin artırılmasını sağlarlar. Aracıların ve yardımcıların rekabet piyasasında, aracılar yetkililerce müdahalede bulunulması riskini önemli ölçüde azaltabilirler. Ancak, yeni ekosistem içerisinde medyanın aracılara ve yardımcılara isnitat etmesi gereken derece dikkate alındığında, aracılar ve yardımcılar yoluyla işleyen bir sansüre maruz kalma riski de söz konusudur. Belirli durumlar da ayrıca özel bir sansür uygulanması (hizmet sundukları medya ya da taşıdıkları içerik bakımından aracılar ve yardımcılar tarafından) riski söz konusu olabilir."

47. İnternet kullanıcıları için insan hakları Rehberi hakkında Üye Devletlere yönelik CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı 16 Nisan 2014 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir. Söz konusu Rehberin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

İfade ve Bilgi Özgürlüğü

"Müdahalede bulunulmadan ve ulusal sınırlar göz önüne alınmaksızın, seçtiğiniz bilgi ve fikirleri araştırma, alma ve de verme hakkına sahipsiniz. Bu, şu anlama gelmektedir:

1. İnternet üzerinden çevrimiçi olarak kendinizi ifade etme ve diğerlerinin bilgi ve görüşlerine erişim özgürlüğüne sahipsiniz. Buna, siyasi konuşmalar, dinle ilgili görüşler, olumlu kabul edilen ve incitici bulunmayan görüş ve ifadelerin yanı sıra, diğerlerini rencide edebilecek, şoke edebilecek veya rahatsız edebilecek görüş ve ifadeler de dâhildir. Özel hayatın gizliliği hakkı da dâhil olmak üzere, başkalarının saygınlığına veya haklarına gerekli duyarlılığı göstermelisiniz;

2. Ayrımcılığa, nefret duygularına veya şiddete teşvik eden ifadeler için kısıtlamalar uygulanabilir. Söz konusu kısıtlamalar yasalara uygun olmalı, kapsamı dar tutulmalı ve mahkemelerin gözetiminde uygulanmalıdır;

...

6. Örneğin bir rumuz kullanarak internet üzerinden kimliğinizi açıklamamayı seçebilirsiniz. Bununla birlikte, ulusal makamların kimliğinizin açığa çıkmasına yol açabilecek tedbirler alabileceğini de bilmelisiniz."

B. Diğer Uluslararası Belgeler

48. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının korunması ve desteklenmesine ilişkin Özel Raportörü, İnsan Hakları Konseyi'ne gönderdiği 16 Mayıs 2011 tarihli raporunda (A/HRC/17/27) aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

> "25. Bu itibarla, kısıtlamaya tabi tutulabilecek meşru bilgi türleri arasında çocuk pornografisi (çocuk hakların korunması), nefret söylemi (etkilenen toplulukların haklarının korunması), hakaret içerikli söylem (istenmeyen saldırılara karşı başkalarının hak ve itibarının korunması), doğrudan ve aleni olarak soykırım yapılmasına teşvik (başkalarının haklarının korunması), ayrımcılığa, düşmanlığa veya nefrete teşvik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması (başkalarının yaşam hakkı gibi haklarının korunması) yer almaktadır.
>
> ...
>
> 27. Özel Raportör, bunun yanı sıra, İnternetin benzersiz özellikleri nedeniyle, geleneksel medya için meşru ve orantılı olarak değerlendirilebilecek düzenlemelerin ve kısıtlamaların internet için genellikle meşru ve orantılı olmadığını vurgulamaktadır. Sözgelimi, insanların saygınlıklarına ilişkin hakaret davalarında, söz konusu bireyin uğradığı zararı gidermek için derhal yanıt verme hakkını kullanabilme imkânı göz önüne alındığında, internet ortamında olmayan hakaretlere karşı uygulanan yaptırım türleri gereksiz ve orantısız kalabilmektedir. ...
>
> ...
>
> 43. Özel Raportör, sansür tedbirleri uygulama yetkisinin asla bir tüzel kişiye devredilmemesi gerektiği ve internet üzerinde kimsenin kendisinin yazmadığı bir içerikten sorumlu tutulmaması gerektiği inancındadır. Nitekim, hiçbir Devlet kendisi adına sansür uygulaması için aracıları kullanmamalı ya da zorlamamalıdır. ....
>
> ...
>
> 74. Aracılar, internet kullanıcılarının ifade özgürlüğü haklarını kullanmalarına ve bilgiye erişimlerine imkân sağlamada temel bir rol oynamaktadırlar. Devletler, aracıların internet üzerinde neyin ne şekilde yayıldığı üzerindeki benzeri görülmeyen etkilerini göz önünde bulundurarak, giderek artan bir şekilde bunlar üzerinde kontrol sağlamanın ve yasadışı olarak değerlendirilen içeriklere erişimi engellememeleri durumunda aracıları sorumlu tutmanın yollarını aramışladır."

49. Birleşmiş Milletler Düşünce ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü, AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi ve Amerikan Dernekleri Örgütü İfade Özgürlüğü Özel Raportörü tarafından 21 Aralık 2005 tarihinde kabul edilen Ortak Beyanname'de aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

> "Hiç kimse, kendisinin olarak kabul etmediği ya da söz konusu içeriğin kaldırılması yönündeki bir mahkeme kararına uymayı reddetmediği sürece, internet üzerinde kendisinin yazmamış olduğu bir içerikten sorumlu tutulmamalıdır."

IV. İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BELGELERİ

A. Avrupa Birliği Belgeleri ve İçtihatları

1. 2000/31/AT Sayılı Direktif

50. Başta Elektronik Ticaret Olmak Üzere, İç Pazar'da Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Belirli Hukuki Yönleri Hakkında 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin (Elektronik Ticaret Direktifi) ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

> "(9) Bilgi toplumu hizmetlerinin serbest dolaşımı pek çok durumda, daha genel bir ilkenin yani tüm Üye Devletler tarafından onaylanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında vurgulanan ifade özgürlüğünün Topluluk hukukunda özel bir yansıması olabilmektedir; bu sebeple, bilgi toplumu hizmetlerinin tedarikini kapsayan direktifler, bu faaliyetin söz konusu madde ışığında özgürce ve yalnızca bu maddenin 2. fıkrasında ve Antlaşma'nın 46. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kısıtlamalara tabi olarak gerçekleştirilmesini temin etmelidir; işbu Direktif, ifade özgürlüğüne ilişkin ulusal kural ve ilkelere etki etme amacını gütmemektedir;
>
> ...
>
> (42) İşbu Direktif'te belirlenen sorumluluk muafiyetleri yalnızca, bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının faaliyetinin, salt iletimi daha verimli kılmak amacıyla, üçüncü taraflara sunulan bilgilerin üzerinden iletildiği veya geçici olarak saklandığı bir iletişim ağını işletmekten ve bu ağa erişim sağlamaktan oluşan teknik bir süreçle sınırlı olduğu durumları kapsamaktadır; bu faaliyet yalnızca teknik, otomatik ve pasif bir niteliktedir ki, bu da bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının iletilen veya saklanan bilgiler hakkında ne bilgisi ne de bu bilgiler üzerinde denetimi olduğu anlamına gelmektedir.
>
> (43) İletilen bilgi ile hiçbir şekilde münasebeti olmadığında, bir hizmet sağlayıcısı "basit iletim" (mere conduit) ve "ön belleğe alma"ya (caching) yönelik muafiyetlerden yararlanabilir; bu, hizmet sağlayıcısının ilettiği bilgiyi değiştirmemesini gerektirmektedir;

bu gereklilik, iletim içerisinde yer alan bilgilerin bütünlüğünü değiştirmedikleri için, iletim esnasında gerçekleşen teknik mahiyetteki müdahaleleri kapsamaz.

(44) Yasadışı eylemlerde bulunmak üzere hizmetini alanlardan biriyle kasten işbirliğinde bulunan hizmet sağlayıcısı, "basit iletim" veya "ön belleğe alma" faaliyetlerinin ötesine geçer ve sonuç olarak bu faaliyetler için belirlenen sorumluluk muafiyetlerinden yararlanamaz.

(45) İşbu Direktif'te ara hizmet sağlayıcılarının sorumluluklarına yönelik olarak belirlenen sınırlamalar, farklı türlerde mahkeme kararları verilebilmesini etkilemez; bu kararlar bilhassa mahkemeler veya idari makamlar tarafından verilen ve yasadışı bilgilerin kaldırılması veya bu bilgilere erişimin yasaklanması dâhil olmak üzere her tür ihlalin önlenmesini veya sonlandırılmasını gerektiren emirlerden oluşabilir.

(46) Bir sorumluluk sınırlandırmasından yararlanmak için, bilgilerin saklanmasından oluşan bir hizmet sunan bilgi toplumu hizmeti sağlayıcısı, yasadışı faaliyetler hakkında gerçek bilgi veya farkındalık edinmesinin ardından, ilgili bilgileri kaldırmak veya bu bilgilere erişimi yasaklamak üzere süratle harekete geçmelidir; bilgilerin kaldırılması veya bunlara erişimin engellenmesi, ifade özgürlüğü ilkesi ve bu amaçla ulusal seviyede belirlenen usuller gözetilerek gerçekleştirilmelidir; işbu Direktif, Üye Devletlerin bilgilerin kaldırılması ya da engellemesinden önce ivedilikle yerine getirilmesi gereken özel şartlar belirleme olanağını etkilemez.

(47) Üye Devletlerin hizmet sağlayıcılarına izleme yükümlülüğü dayatmasının engellenmesi ancak genel nitelikteki yükümlülükler için söz konudur; bu durum özel bir durumda geçerli izleme yükümlülüklerini kapsamaz ve bilhassa ulusal makamlar tarafından ulusal mevzuat gereğince verilen emirleri etkilemez.

(48) İşbu Direktif, Üye Devletlerin, hizmetlerinin alıcıları tarafından sağlanan bilgilere yer veren hizmet sağlayıcılarından, belli yasadışı faaliyet türlerini tespit etmek ve önlemek amacıyla, mantıken kendilerinden beklenilen ve ulusal mevzuatta belirlenen yasal yükümlülükleri yerine getirmelerini isteme olanağını etkilemez.

...

1. Madde – Amaç ve Kapsam

1. İşbu Direktif, Üye Devletler arasında bilgi toplumu hizmetlerinin serbest dolaşımını sağlamak suretiyle iç pazarın düzgün işleyişine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.

...

Madde – Tanımlar

İşbu Direktif'in amacı doğrultusunda, aşağıdaki terimler şu anlamları taşımaktadır:

(a) "Bilgi Toplumu Hizmetleri": 98/48/AT sayılı Direktif ile değişikliğe uğrayan 98/34/AT sayılı Direktif'in 1. maddesinin 2. fıkrası kapsamında yer alan hizmetler;

(b) Hizmet Sağlayıcısı": bilgi toplumu hizmeti sağlayan her tür gerçek ya da tüzel kişi;

(c) "Yerleşik Hizmet Sağlayıcısı": belirsiz bir süreyle sabit bir şirket kullanarak etkin şekilde ekonomik faaliyet yürüten bir hizmet sağlayıcısı. Hizmetin sağlanması için gerekli teknik araç ve teknolojilerin varlığı ve kullanımı kendiliğinden sağlayıcının yerleşik olmasını temin etmez;

...

Bölüm: Ara Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğu

12. Madde – "Basit İletim"

1. Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağında iletiminden veya bir iletişim ağına erişimin sağlanmasından oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin sağlandığı durumlarda, Üye Devletler, hizmet sağlayıcısının, aşağıdaki koşullara uyulması kaydıyla, iletilen bilgilerden sorumlu olmamasını temin edeceklerdir:

(a) iletimi başlatmaması;

(b) iletimin alıcısını belirlememesi ve

(c) iletimin içerisinde yer alan bilgileri belirlememesi veya değiştirmemesi.

2. Birinci fıkrada değinilen iletim ve erişim sağlama filleri; yalnızca iletişim ağında iletim gerçekleştirmek amacıyla gerçekleşmesi bakımından ve bilgilerin iletimi için mantıken gerekli olandan daha uzun bir süre saklanmaması koşuluyla, iletilen bilgilerin otomatik, ilgili süre boyunca ve geçici olarak saklanmasını içerir.

3. İşbu madde, Üye Devletlerin hukuk sistemlerine uygun olarak, bir mahkeme veya idari makamın hizmet sağlayıcısından bir ihlali önlemesini veya sonlandırmasını isteme imkânlarını etkilemez.

13. Madde – "Ön Belleğe Alma"

1. Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağında iletiminden oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin sağlandığı durumlarda, Üye Devletler, hizmet sağlayıcının, aşağıdaki koşullara uyulması kaydıyla, daha sonra bilgilerin talepleri üzerine diğer hizmet

alıcılarına iletimini daha etkili kılma amacıyla gerçekleştirdiği otomatik, ilgili süre boyunca geçerli ve geçici saklama işleminden sorumlu olmamasını temin edeceklerdir:

(a) sağlayıcının bilgileri değiştirmemesi;

(b) sağlayıcının bilgiye erişim şartlarına uyması;

(c) sağlayıcının, bilgilerin güncellenmesine ilişkin ve endüstri tarafından yaygın olarak tanınan ve kullanılan kurallara uyması;

(d) sağlayıcının, bilgilerin kullanımı hakkında bilgi edinmek amacıyla, endüstri tarafından yaygın olarak tanınan ve kullanılan hukuka uygun teknoloji kullanımına müdahale etmemesi; ve

(e) sağlayıcının, iletimin ilk kaynağındaki bilgilerin ağdan kaldırılmış veya bu bilgilere erişimin engellenmiş olduğu ya da mahkeme veya idari bir makamın bu bilgilerin kaldırılmasını ya da bu bilgilere erişimin engellenmesini emrettiğine dair doğru bilgi edinilmesinin ardından, saklamış olduğu bilgileri süratle kaldırması veya bu bilgilere erişimi engellemesi.

2. İşbu madde, Üye Devletlerin hukuk sistemlerine uygun olarak, bir mahkeme veya idari makamın hizmet sağlayıcıdan bir ihlali önlemesini veya sonlandırmasını isteme olanağını etkilemez.

14. Madde – Yer Verme (Hosting)

1. Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin saklanmasından oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin sağlanması durumunda, Üye Devletler, hizmet sağlayıcısının, aşağıdaki şartların karşılanması koşuluyla, hizmetin alıcısının talebi üzerine saklanan bilgiden sorumlu olmamasını temin edeceklerdir:

(a) sağlayıcının yasadışı faaliyet veya bilgiler hakkında gerçek bilgiye sahip olmaması ve tazminat talepleri konusunda, yasadışı faaliyet veya bilgilerin açıkça anlaşılmasını sağlayan olay veya koşullardan haberdar olmaması; ya da

(b) sağlayıcının, bu tür bir farkındalık edinmesinin ardından, bilgileri kaldırmak veya bilgilere erişimi engellemek üzere ivedilikle harekete geçmesi.

2. Birinci fıkra, hizmet alıcısının sağlayıcının yetkisi ya da denetimi altında hareket ettiği durumlarda uygulanmaz.

3. İşbu madde, ne bir mahkeme veya idari makamın Üye Devletlerin hukuk sistemlerine uygun olarak hizmet saylayıcıdan bir ihlali önlemesini veya sonlandırmasını isteme

imkânını, ne de Üye Devletlerin bilginin kaldırılmasını veya bilgilere erişimin engellenmesini düzenleyen usuller belirleme imkânını ortadan kaldırır.

15. Madde – İzleme Konusunda Genel Bir Yükümlülüğün Bulunmaması

1. Üye Devletler; sağlayıcılara, 12, 13 ve 14. maddelerin kapsamına giren hizmetleri sağladıkları sırada, ilettikleri veya sakladıkları bilgileri izlemelerini veya yasadışı faaliyette bulunulduğunu gösteren olay ya da koşulları etkin bir biçimde araştırmalarını gerektiren genel bir yükümlülük dayatamaz.

2. Üye Devletler; gerçekleştirildiği iddia edilen yasadışı faaliyetler veya hizmet alıcılarının sağladığı bilgiler hakkında yetkili kamu makamlarının ivedilikle bilgilendirilmesi ya da bilgi saklama konusunda hizmet sözleşmelerinin bulunduğu hizmet alıcılarının kimliklerinin tespit edilmesine olanak veren bilgilerin, talepleri üzerine yetkili makamlara bildirilmesi konusunda bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarına yönelik yükümlülükler belirleyebilir."

2. 98/48/AT Sayılı Direktif ile Değişikliğe Uğrayan 98/34/AT Sayılı Direktif

51. Teknik standartlar ve düzenlemeler alanında bilgi ve bilgi toplumu hizmetleri hakkında kurallar sağlanması konusunda bir usul belirleyen ve 98/48/AT sayılı Direktif ile değişikliğe uğrayan 22 Haziran 1998 tarih ve 98/34/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi şu şekilde öngörmektedir:

1. Madde

"İşbu Direktif'in amaçlarına uygun olarak, ...

2. 'hizmet'; herhangi bir Bilgi Toplumu hizmeti, yani alıcısının bireysel talebi üzerine ve elektronik vasıtalarla, belli bir mesafeden, çoğunlukla ücret karşılığında sağlanan herhangi bir hizmet anlamına gelir.

Bu tanımın amaçlarına uygun olarak:

– 'belli bir mesafeden' ibaresi; hizmetin taraflar eş zamanlı hazır bulunmaksızın sağlanmasını ifade eder;

– 'elektronik vasıtalarla' ibaresi; hizmetin, verilerin işlenmesi (sayısal sıkıştırma dâhil) ve saklanmasına yönelik elektronik donanım aracılığıyla önce gönderilmesini ve varış yerinde alınmasını ve tamamen kablo, radyo, optik vasıtalar veya diğer elektromanyetik araçlarla aktarılmasını, iletilmesini ve alınmasını ifade eder.

– 'hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine' ibaresi; hizmetin bireysel talep üzerine verilerin iletimi yoluyla sağlanmasını ifade eder.

Ek 5'te bu tanım kapsamına girmeyen hizmetleri gösteren bir liste yer almaktadır.

İşbu Direktif, aşağıdaki hizmetleri kapsamamaktadır:

– radyo yayıncılığı hizmetleri,

– 89/552/AET sayılı Direktif'in 1. maddesinin (a) fıkrasının kapsamına giren televizyon yayıncılığı hizmetleri."

3. Avrupa Birliği Adalet Divanı İçtihatları

52. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 23 Mart 2010 tarihli bir kararda (Birleştirilen C-236/08 - C-238/08 Google Fransa ve Google davaları), kullanıcı yorumu içerikli bir hizmet sağlayıcısının yükümlülüğünün 2000/31/AT sayılı Direktif'in 14. maddesi gereğince sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığının tespit edilmesi için, söz konusu hizmet sağlayıcısının oynadığı rolün, sakladığı veriler hakkında bilgisi veya bu bilgiler üzerinde denetimi olmadığını gösterecek şekilde yalnızca teknik, otomatik ve pasif olması anlamında tarafsız olup olmadığının incelenmesinin gerekli olduğuna kanaat getirmiştir. Şayet bir kullanıcı yorumu içerikli hizmet sağlayıcısı, saklanan veriler hakkında bilgi veya bu bilgiler üzerinde denetim sahibi olacak şekilde etkin bir rol oynamamış ise; Elektronik Ticaret Direktifi'nin 14. maddesi, içerisinde belirlenen kuralın söz konusu sağlayıcıyı kapsadığı anlamına geldiği şeklinde yorumlanması gereklidir. Şayet böyle bir rol oynamamışsa, söz konusu hizmet sağlayıcısı, bahse konu verilerin veya ilan sahibinin faaliyetlerinin hukuka aykırı nitelikte olduğu hakkında bilgi aldıktan sonra, ilgili verileri kaldırmak ya da bu verilere erişimi engellemek üzere süratle harekete geçmiş ise, bir ilan sahibinin talebi üzerine sakladığı verilerden sorumlu tutulamaz.

53. ABAD, 12 Temmuz 2011 tarihli bir kararda (L'Oréal ve Diğerleri, C-324/09), 2000/31/AT sayılı Direktif'in 14 (1) hükmünün, bir sanal pazar operatörünün, saklanan veriler hakkında bilgi veya bu veriler üzerinde denetim sahibi olmasına izin verecek şeklide etkin bir rol oynamadığı durumlarda, söz konusu operatörü kapsadığı şeklinde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Operatör, özellikle söz konusu satılık ilanlarının daha iyi şekilde sunulması veya artırılmasıyla sonuçlanan bir yardım sağlamış olduğunda bu türden bir rol oynamıştır. Bununla birlikte, sanal pazar operatörünün bu tür etkin bir rol oynamayıp, bunun sonucunda da sağlanan hizmetin 2000/31/AT sayılı Direktif'in 14 (1) hükmü kapsamına girdiği durumlarda; şayet gayretli bir ekonomik operatörün söz konusu satılık ilanlarının yasaya aykırı olduğunu idrak etmesini gerektiren olay ve koşulların farkına varmış ve bunların farkına vardıktan sonra 2000/31/AT 14

(1) (b) hükmü uyarınca ivedilikle harekete geçmemiş ise; söz konusu operatörün, tazminat ödenmesi yönünde bir mahkeme hükmüyle sonuçlanması ihtimali karşısında, bahsi geçen madde kapsamında sağlanan sorumluluk muafiyetini kendisine dayanak olarak kullanması mümkün değildir.

54. ABAD, 24 Kasım 2011 tarihli bir kararda (Scarlet Extended C-70/10 davası), bir internet hizmet sağlayıcısı aleyhine, söz konusu sağlayıcının, paylaşımı telif haklarına aykırı olan dosyalama aktarımını engelleme amacıyla, başvuranın fikri mülkiyet hakları bulunduğunu iddia ettiği ve müzik eseri, sinema eseri veya görsel-işitsel eser içeren elektronik dosyaların söz konusu sağlayıcının ağı üzerindeki hareketini tespit edebilecek, masrafları yalnızca kendisine ait ve sınırlı bir süre için olmak üzere, önleyici bir tedbir olarak ayrım yapmaksızın tüm müşterilerine uygulanan ve başta eş düzeyler arası yazılım olmak üzere hizmetleri vasıtasıyla gerçekleşen tüm elektronik iletişimleri filtrelemeye yönelik bir sistem kurmasını gerektiren bir mahkeme kararı çıkarılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir.

55. ABAD, 16 Şubat 2012 tarihli bir kararda (SABAM, C-360/10 davası), 2000/31/AT, 2001/29/AT ve 2004/48/AT sayılı Direktiflerin ulusal bir mahkeme tarafından bir yer verme hizmeti sağlayıcısı aleyhine, söz konusu sağlayıcının, paylaşımı telif haklarına aykırı olan dosyaların aktarımını engellemek amacıyla, başvuranın fikri mülkiyet hakları bulunduğunu iddia ettiği ve müzik eseri, sinema eseri veya görsel-işitsel eser içeren elektronik dosyaların söz konusu sağlayıcının ağı üzerindeki hareketini tespit edebilecek, masrafları yalnızca kendisine ait ve sınırsız bir süre için olmak üzere, önleyici bir tedbir olarak ayrım yapmaksızın tüm kullanıcılara uygulanan ve hizmetlerinin kullanıcıları tarafından sunucularında saklanan bilgilerin filtrelenmesine yönelik bir sistem kurmasını gerektiren bir mahkeme kararı çıkarılmasını olanak dışı bıraktığına hükmetmiştir.

56. ABAD, 13 Mayıs 2014 tarihli bir kararda (Google İspanya ve Google, C-131/12 davası), kişisel verilerin işlenmesi ve bu tür verilerin serbest dolaşımına dair bireylerin korunması hakkındaki 95/46/AT sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'ni yorumlamaya davet edilmiştir. ABAD, bir internet arama motorunun faaliyetlerinin 95/46/AT sayılı Direktif'in anlamı kapsamında "kişisel verilerin işlenmesi" olarak sınıflandırılması gerektiğine hükmetmiş ve kişisel verilerin bir arama motorunun operatörü tarafından bu şekilde işlenmesinin, söz konusu arama motoru ile yapılan aramanın bir bireyin adının yazılması suretiyle yapılması durumunda özel hayatın gizliliğinin ve kişisel verilerin korunması gibi (Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 7 ve 8. maddelerinde güvence altına alınan) temel hakları önemli ölçüde etkileme eğiliminde olduğunu, zira söz konusu veri işleme işleminin internet kullanıcılarının

tümüne, arama sonuç listesi yoluyla, internet üzerinde söz konusu bireyle ilgili olarak bulunabilecek bilgilerin yapılandırılmış genel bir açıklamasını elde etme ve böylelikle de bahse konu şahsın hemen hemen detaylı bir profilini çıkarma olanağı sunmakta olduğunu kaydetmiştir. Dahası, veri konusu kişinin haklarına yapılan müdahalenin etkisi, bu türden bir arama sonucu listesinde yer alan bilgileri herkesin erişebileceği hale getiren internetin ve arama motorlarının modern toplumda oynadıkları rolün önemi nedeniyle daha da artmıştır. Bahse konu müdahalenin muhtemel ciddiyeti göz önüne alındığında, bu müdahale yalnızca operatörün ekonomik menfaatleri gerekçesi ile haklı kılınamaz. ABAD internet kullanıcılarının bilgilere erişime ilişkin meşru menfaatleri ile veri konusu kişinin temel hakları arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerektiğini değerlendirmiştir. Veri konusu kimsenin temel hakları, genel ilke olarak, internet kullanıcılarının menfaatlerinden üstün gelmektedir; ancak, bahse konu denge yine de söz konusu bilgilerin niteliğine ve veri sahibinin özel hayatı açısından hassasiyetine ve halkın bu bilgilere ulaşımına ilişkin menfaatine bağlı olabilmektedir. ABAD, belirli durumlarda bir arama motoru operatörünün, üçüncü taraflarca yayınlanan ve söz konusu kimse hakkında bilgiler içeren web sayfalarına yönlendiren bağlantıları, söz konusu web sayfalarında yayınlanması eylemi kendi içerisinde hukuka uygun olsa dahi, bir kimsenin adının yazılması suretiyle yapılan aramalar sonucu çıkan sonuç listesinde gösterilen sonuçlar arasından kaldırması gerektiğine hükmetmiştir. Bilhassa verilerin işlenme amaçlarına göre ve üzerinden geçen zaman dikkate alındığında yetersiz ve alakasız olduğunun ya da artık alakalı olmadığının veya aşırı nitelikte olduğunun görüldüğü hallerde bu durum söz konusu olmuştur.

57. ABAD, 11 Eylül 2014 tarihli bir kararda (Papasavvas, C-291/13 davası), bir gazetenin çevrimiçi bir versiyonunu kendi web sitesinde yayınlayan bir gazete yayıncılık şirketinin, ilke olarak, yayınladığı bilgilere ilişkin bir malumatının olması ve bahse konu bilgiler üzerinde bir kontrol gerçekleştirmiş olması sebebiyle, söz konusu web sitesine erişim ücretsiz olsun ya da olmasın, 2000/31/AT sayılı Direktif'in 12 ve 14. maddelerinin anlamı dâhilinde bir "ara hizmet sağlayıcısı" olarak değerlendirilemeyeceğini kaydetmiştir. Bu nedenle, ABAD, söz konusu web sitesine erişim ücretsiz olsun ya da olmasın, bahse konu şirketin yayınladığı bilgilere ilişkin bir malumatının bulunması ve bahse konu bilgiler üzerinde bir kontrol gerçekleştirmiş olması sebebiyle, 2000/31/AT sayılı Direktif'in 12, 13 ve 14. maddelerinde belirtilen hukuki sorumluluğun sınırlamalarının biz gazetenin çevrimiçi versiyonunun yayınlandığı bir web sitesini işleten ve ayrıca web sitesinde yayınlanan ticari reklamlardan elde edilen gelirlerden ücret alan bir gazete yayıncılık şirketinin söz konusu olduğu dava için geçerli olmadığına hükmetmiştir.

B. Karşılaştırmalı Hukuk Belgeleri

58. Mahkeme'nin elindeki bilgilerden, Avrupa Konseyi üyesi olup aynı zamanda Avrupa Birliği üyesi de olan Devletlerin bazılarında Elektronik Ticaret Direktifi'nin, ulusal hukuka aktarıldığı şekliyle, söz konusu alana ilişkin temel bir hukuki kaynak teşkil etmekte olduğu anlaşılacaktır. Aynı zamanda, operatörün ister ön sansür uygulaması, redaksiyon, alıcıların seçilmesi, daha önce tanımlanmış bir konu üzerinde yorum yapılması talebi yoluyla isterse de operatörün içeriği kendi içeriği olarak kabul etmesi yoluyla olsun, çevrimiçi yayınlama öncesinde üçüncü taraf içeriklerine müdahil olma seviyesi arttıkça, operatörün çevrimiçi yayınlanan herhangi bir içerik için sorumlu tutulma olasılığının da aynı ölçüde artacak olduğu anlaşılacaktır. Bazı ülkeler özellikle internet üzerinde hukuka aykırı olduğu iddia edilen içerikleri kaldırma usullerine ilişkin başka bazı düzenlemeleri ve bu bağlamda sorumluluğun paylaştırılmasına ilişkin hükümleri de yürürlüğe koymuştur.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

59. Başvuran şirket, internet haber portalında okuyucular tarafından eklenen yorumlardan sorumlu tutulmasının, Sözleşme'nin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Söz konusu madde şu şekildedir:

> "1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.
>
> 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

60. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Dairenin Kararı

61. Daire 10 Ekim 2013 tarihli kararında, öncelikle tarafların görüşlerinin başvuran şirketin somut davadaki rolü konusunda birbirinden farklılık gösterdiğini kaydetmiştir. Hükümet'e göre, başvuran şirketin hakaret içerikli yorumları ifşa eden taraf olarak değerlendirilmesi gerekirken; başvuran şirkete göre, kendisinin üçüncü taraflarca oluşturulan ve yayınlanan bilgileri yayma

özgürlüğü söz konusudur ve başvuran şirketin kendisi üçüncü taraf yorumlarının yayıncısı değildir. Daire, başvuran şirketin faaliyetlerine atfedilecek kesin rolün ne olduğunun belirlenmesine devam etmemiş ve tarafların esasında, yerel mahkemelerin başvuran şirket hakkında verdikleri kararların başvuran şirketin Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil ettiği hususunda mutabık olduklarını kaydetmiştir.

62. Daire söz konusu müdahalenin hukuka uygunluğuna konusunda, başvuran şirketin ifade özgürlüğüne ilişkin müdahalenin "kanunla öngörülmüş" olmadığı yönündeki iddiasını reddetmiştir. Daire, ulusal mahkemelerin başvuran şirketin faaliyetlerinin Elektronik Ticaret Direktifi'nin ve Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun kapsamına girmediğine karar vermiş olduğunu gözlemlemiştir. Daire bu bağlamda, ulusal mahkemelerin yerine geçmek gibi bir görevi olmadığını ve ulusal mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözme görevinin başta mahkemeler olmak üzere öncelikle ulusal makamlara ait olduğunu değerlendirmiştir. Daire ayrıca, medeni hukukun ilgili hükümlerinin oldukça genel ve örneğin Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'na kıyasla ayrıntıdan yoksun olmasına karşın, bu hükümlerin ilgili içtihat ile birlikte, bir medya yayıncısının, medya yayınında yapılan hakaret içerikli her tür açıklamadan sorumlu olduğunu açıklığa kavuşturmuş olduğu kanısındadır. Daire, başvuran şirketin Estonya'daki en büyük haber portallarından birini işleten profesyonel bir yayıncı olduğunu ve ayrıca yorum alanına eklenen yorumlara daha önce belli ölçüde kötü nam atfedilebilmiş olduğunu dikkate almıştır. Dolayısıyla, Daire, başvuran şirketin faaliyetleri ile ilgili riskleri değerlendirebilecek bir konumda olduğunu ve bu eylemlerin yol açabileceği sonuçları makul derecede öngörebilmiş olması gerektiğini kaydetmiştir.

63. Daire ayrıca, başvuran şirketin ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının, başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacını gözetmiş olduğu kanaatine varmıştır. Daire'nin nazarında, ilke olarak yorumların gerçek yazarlarının da sorumlu olması, başkalarının şöhret ve haklarına yönelik her tür zarardan başvuran şirketin sorumlu tutulmasındaki meşru amacı ortadan kaldırmamıştır.

64. Müdahalenin orantılığı konusunda, Daire, bahse konu yorumların hakaret içerikli olduğu hususunda taraflarca mutabık kalındığını kaydetmiştir. Başvuran şirketin ifade özgürlüğüne ilişkin müdahalenin orantılılığı hususu değerlendirilirken, Daire, şu unsurları göz önünde bulundurmuştur. İlk olarak, yorumların bağlamlarını incelemiş; ikinci olarak, hakaret içerikli yorumların önüne geçilmesi veya bu yorumların kaldırılması için başvuran şirket tarafından alınan tedbirleri incelemiş; üçüncü olarak, yorumların gerçek yazarlarının sorumluluğunu başvuran

şirketin sorumluluğuna bir alternatif olarak değerlendirmiş ve son olarak ise, yerel mahkemelerde görülen davaların başvuran şirket açısından sonuçlarını incelemiştir.

65. Daire bilhassa, başvuran şirket tarafından yayınlanan ve hakaret içerikli yorumların eklenmesine meydan veren haber makalesinin bir kamu menfaatini ilgilendirdiğini ve başvuran şirketin gelen olumsuz tepkileri öngörüp, başkalarının şöhretinin zarar görmesinden sorumlu tutulmaktan kaçınmak amacıyla belli bir derece dikkat gösterebileceğini değerlendirmiştir. Ancak, başvuran şirket tarafından kullanılan ön otomatik filtreleme ve uyar-kaldır sistemi üçüncü tarafların haklarına ilişkin yeterli bir koruma sağlamamıştır. Ayrıca, haber makalelerini yayınlamak ve okuyucuların bu haberlere ilişkin ekledikleri yorumları herkesin erişimine sunmak başvuran şirketin profesyonel faaliyetlerinin bir parçasını oluşturmaktadır ve başvuran şirketin reklam gelirleri okuyucuların ve yorumların sayısına bağlıdır. Başvuran şirketin okuyucuların yorumları üzerinde önemli ölçüde bir kontrol gerçekleştirme imkânı söz konusuydu ve şirket belli bir haber makalesinin yol açabileceği yorumların niteliğini tahmin edebilecek ve hakaret içerikli ifadelerin herkesin erişimine açık hale getirilmesinin önüne geçilmesi için teknik ya da manüel tedbirler alabilecek bir konumdaydı. Bunun yanı sıra, yorumların gerçek yazarlarının kimliklerinin tespit edilmesi kolay bir işlem olmadığı için, bu kişiler hakkında hukuk davası açılmasına ilişkin gerçekçi bir imkân söz konusu olmamıştır. Her halükarda, Daire, zarar gören tarafın yalnızca hakaret içerikli yorumların yazarlarına karşı bir dava açmasına olanak sağlayan tedbirlerin, zarar gören tarafların özel hayata saygı haklarının etkili bir şekilde korunmasını sağlayacağına ikna olmuş değildir. Kayıtlı olmayan kullanıcılar tarafından yorum eklenmesine müsaade edilmesi başvuran şirketin tercihiydi ve şirketin buna müsaade ederek, bu türden yorumlar için belli bir sorumluluğu üzerine almış olduğunun düşünülmesi gerekmektedir. Yukarıda bahsi geçen gerekçelerin tümü ve başvuran şirketin ödemesi gerektiğine karar verilen tazminat miktarının makul oranda olduğu dikkate alındığında, ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamanın haklı gerekçelere dayandığı ve orantılı olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin bir ihlal söz konusu olmamıştır.

B. Tarafların Büyük Daire'ye Sundukları Savunmaları

1. Başvuran şirket

(a) Genel açıklamalar

66. Başvuran şirket günümüz dünyasında kullanıcıların kendileri tarafından üretilen internet medyası içeriklerinin giderek artmakta olduğunu iddia etmiştir. Kullanıcılar tarafından oluşturulmuş içerikler büyük önem arz etmektedir, zira haber konularına ve makalelerine ilişkin yapılan yorumlar sıklıkla toplum içerisinde ciddi tartışmalar yaşanmasına yol açmakta ve hatta

gazetecileri kamuoyunca bilinmeyen konularda bilgilendirmekte, dolayısıyla da gazetecilik araştırmalarının başlatılmasına katkı sağlamaktadır. "Herkesin" kamuoyu tartışmalarına katkıda bulunması olanağı, demokrasinin gelişmesine yardımcı olmuş ve ifade özgürlüğünün amaçlarının olabilecek en iyi şekilde yerine getirilmesini sağlamıştır. Bu ortamda, sansürden kaçınırken başkalarının haklarını ihlal eden kimseleri sorumlu tutmak büyük bir zorluk teşkil etmektedir.

67. Başvuran şirket, kullanıcılar tarafından oluşturulmuş içeriklerle ilgili olarak, bir yer sağlayıcının üçüncü taraf içeriklerinin yasaya aykırı nitelikte olduğundan haberdar olur olmaz, ivedi bir şekilde bu içerikleri kaldırmasının yeterli olacağı görüşündedir. Şayet söz konusu içeriklerin ivedi bir şekilde kaldırılması Mahkeme tarafından yeterli bulunmuyorsa, kimliği bilinmeyen kişilerce yapılan konuşmaların yasaklanması ya da yorumcuların iletişim özgürlüklerine sonrasında olası bir sorumluluktan kaçınmak amacıyla tedbirli davranmaya sevk edilen aracı tarafından keyfi kısıtlamalar yapılması söz konusu olacaktır.

(b) Delfi'nin rolü

68. Başvuran şirket Büyük Daire'yi davayı, başvuran şirketin geleneksel bir yayıncı olarak mı yoksa bir aracı olarak mı nitelendirileceği sorusu da dâhil olmak üzere, bir bütün olarak değerlendirmeye davet etmiştir. Bir yayıncı, belli bir içeriğin yazarına bakılmaksızın, kendisi tarafından yayınlanan içeriklerin tümünden sorumludur. Ancak, başvuran şirket kendisinin bir aracı rolünde olduğunun değerlendirilmesi gerektiği ve bir aracı olarak, üçüncü taraf yorumlarını izleme yükümlülüğünü sınırlayan belirli ve öngörülebilir yasaya tabi olma hakkının bulunduğu konusunda ısrarcı olmuştur. Başvuran şirket, aracıların kullanıcılar tarafından oluşturulan içeriklerin yasalara uygunluğuna ilişkin karar verecek uygun bir konumda olmadıklarını ileri sürmüştür. Mağdur itibarına neyin zarar verdiğini kendi başına değerlendirebilecek konumda olduğu için, özellikle hakaret içerikli yorumlar bakımından da bu durum geçerlidir.

(c) Hukuka uygunluk

69. Başvuran şirket, bilgi saklama ve kullanıcıların kendi görüşlerini yaymalarına imkân sağlama hakkı da dâhil olmak üzere, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahalenin kanunla öngörülmüş olmadığını iddia etmiştir. Şirket, bir aracının kendisinin haberinin olmadığı bir içeriğin yayıncısı olarak değerlendirileceğini öngören herhangi bir mevzuatın ya da içtihadın bulunmadığını ifade etmiştir. Bunun aksine, geçerli kanun, hizmet sağlayıcılara üçüncü taraf içerikleri nedeniyle sorumluluk yüklenmesini açık bir şekilde yasaklamıştır. Bu bağlamda, başvuran şirket elektronik Ticaret Direktifi'ne, Estonya'nın Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'na ve Avrupa Konseyi'nin İnternette İletişim Özgürlüğü Bildirgesi'ne atıfta bulunmuştur. Direktif, yasalara aykırı içerikler için sınırlı ve uyarıya dayalı sorumlulukla birlikte kaldırma usulleri öngörmektedir. Hizmet

sağlayıcıları, yasadışı faaliyetlere ilişkin gerçek bilgi edinmeleri üzerine ilgili bilgilere erişimi engellemek veya bu bilgileri kaldırmak amacıyla ivedi bir şekilde harekete geçtikleri durumlarda sorumluluktan muaf tutulmuşlardır. Bu şekilde bilgilere erişimin engellenmesi veya bu bilgilerin kaldırılması işleminin ifade özgürlüğü ilkesi ve ulusal seviyede (Direktif'in 46. paragrafı) bu amaçla getirilen usulleri gözetilerek gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Başvuran şirket bu kanunun, bir vatandaşa kendi davranışını düzenleme imkânı vermek üzere inkâr edilemez bir şekilde yeterli açıklıkla düzenlenmiş olduğunu iddia etmiştir. Başvuran şirket, ilk davacının kendisini bilgilendirildiği gün ile aynı gün içerisinde söz konusu hakaret içerikli yorumları kaldırmış olması sebebiyle, bu davranışının geçerli kanunla tamamıyla uygunluk içerisinde olduğu görüşündedir.

70. Başvuran şirket ayrıca, mevcut haksız fiil hukukunun dahi içerik ileticilerini (postacılar, kütüphaneler, kitapçılar ve diğerleri) yayıncı olarak sınıflandırmadığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla, mevcut haksız fiil hukukunun, Daire'nin vermiş olduğu kararda belirttiği şekilde "yeni teknolojileri ilgilendiren, alışılmışın dışında bir alana", başka bir deyişle, kullanıcıların gazetecilerle ve birbirleriyle etkileşim halinde olmalarına ve kamu menfaatini ilgilendiren konulara ilişkin tartışmalara değerli görüşlerle katkıda bulunmalarına imkân tanıyan bir hizmet sunan çevrimiçi bir haber portalı operatörüne nasıl uygulandığı hususu tamamen belirsizliğini korumaktadır. Başvuran şirkete engelleyici önlemler alarak kullanıcı yorumlarını izleme yükümlülüğü getiren herhangi bir kanun mevcut değildir.

(d) Meşru amaç

71. Başvuran şirket bahse konu müdahalenin meşru bir amaç güttüğü hususuna ilişkin herhangi bir itirazda bulunmamıştır.

(e) Demokratik bir toplumda gereklilik

72. Başvuran şirkete göre, söz konusu müdahale demokratik bir topluda gerekli bir müdahale değildi. Şirket, Dairenin vermiş olduğu karar sonucu kendisinin iki seçeneği olduğunu iddia etmiştir. Birincisi, şirketin hakaret içerikli olarak nitelendirilebilecek (ya da diğerlerinin yanı sıra, fikri mülkiyet haklarını ihlal edebilecek) tüm mesajları taraması için her bir mesaj panosunu (her bir haber makalesi için) (gerçek zamanlı olarak) devriye gezecek yüksek düzeyde eğitimli moderatörlerden oluşan bir ordu istihdam etmesidir ki günün sonunda bu moderatörler, her ihtimale karşı, hassas yorumların tümünü kaldırsın ve tüm yorumlar en az tartışmalı hale getirilmek üzere ılımlılaştırılırsın. İkincisi ise, şirketin basitçe bu büyüklükteki bir riskten kaçınıp bu forumların tamamını birden kapatmasıdır. Her iki durumda da, sıradan okuyuculara günlük

haberlere ilişkin özgürce yorum yapma ve kendi yorumlarına ilişkin sorumluğu bağımsız bir şekilde üstlenme imkânı sağlamaya ilişkin teknolojik kabiliyet ortadan kalkacaktır.

73. Başvuran şirket, Yüksek Mahkeme'nin kararının ifade özgürlüğü üzerinde "caydırıcı bir etkiye" yol açmış ve başvuran şirketin bilgi yayma özgürlüğünü kısıtlamış olduğunu iddia etmiştir. Söz konusu karar, özel şahıslara sansür uygulanması yönünde bir yükümlülük getirilmesi anlamına gelmiştir.

74. Başvuran şirket, bahse konu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı yönündeki iddiasını desteklemek amacıyla aşağıdaki unsurları ileri sürmüştür.

75. İlk olarak, söz konusu yorumlar toplumun üyelerinin bahsi geçen haber makalesine karşı değil, Saaremaa Taşımacılık Şirketi tarafından yol açılan bir olaya karşı tepkilerini göstermekteydi. Dahası, haber makalesi dengeli bir şekilde kaleme alınmış ve tarafsız nitelikli bir makaleydi. Makale, Estonya'nın en büyük adasının sakinleri için büyük önem arz eden ve bu kişilerin günlük hayatlarını etkileyen bir meseleyi ele almıştır. Okuyucuların olumsuz tepkilerine yol açan husus bu haber makalesi değil, taşımacılık şirketiydi.

76. İkinci olarak, başvuran şirket hakaret içerikli yorumların kaldırılması ya da bu yorumların engellenmesi için yeterli tedbirleri uygulamıştır; somut davada söz konusu yorumlar başvuran şirketin bu yorumlara ilişkin olarak bilgilendirilmiş olduğu aynı gün içerisinde kaldırılmıştır.

77. Üçüncü olarak, başvuran şirket yorumların gerçek sahiplerinin kendi yorumlarına ilişkin sorumluluğu üstlenmeleri gerektiğini iddia etmiştir. Şirket, Daire'nin yorumların gerçek sahiplerinin kimliklerinin tespit edilmesinin zor olduğu şeklindeki tespitine itiraz etmiş ve yorum sahiplerinin kimliklerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 244. maddesi kapsamındaki "delillerin yargılama öncesinde alınması" usulüyle tespit edilebileceğini ileri sürmüştür. Yorum sahiplerinin isimleri ve adresleri tespit edildiğinde, hiçbir güçlük yaşanmaksızın bu kimseler hakkında dava açılabilecektir.

78. Dördüncü olarak, başvuran şirket, hizmet sağlayıcılarına yönelik katı bir sorumluluk standardına ilişkin acil bir toplumsal gereksinimin söz konusu olmadığı hususunda ısrar etmiştir. Şirket, hiçbir hizmet sağlayıcısının kendisi tarafından yazılmamış içeriklerden sorumlu tutulmaması gerektiğine ilişkin olarak Avrupa'da bir görüş birliliğinin bulunduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla, Sözleşmeci Devletlere bu konuda tanınan takdir payı da ister istemez sınırlı olmuştur. Bunun yanı sıra, başvuran şirket, manevi zararların tazmini için ödemesine karar verilen tazminat miktarının makul miktarda olmasının söz konusu müdahaleyi haklı kılmadığını değerlendirmiştir. Ayrıca, şayet başvuran şirketin sınırlı sorumluluğu olsaydı, ilk davacıya başvuracağı bir hukuk yolu sunulmamış olurdu; ilk davacı yorumların gerçek sahipleri hakkında dava açabilirdi.

Başvuran şirket özel sansürün getirilmesine itiraz etmiş ve üçüncü tarafların haklarının korunması için iki yönlü bir sistemin (bir uyar-kaldır sistemi ve hakaret içerikli yorumların sahiplerine karşı dava açma imkânı) olmasının yeterli olduğunu ileri sürmüştür. İnternet hizmeti sağlayıcılarının sorumluluklarına yönelik ikna edici şekilde tespit edilmiş bir "acil toplumsal gereksinim" söz konusu olmamıştır.

79. Başvuran şirket ayrıca, internet üzerinde konuşma özgürlüğü için gerçek isimlerin saklanmasının önemine vurguda bulunmuştur. Bu durum, ötekileştirilmiş gruplar, siyasi muhalifler ve muhbirler de dâhil olmak herkesin tam bir katılım göstermesini desteklemiş ve bireyleri misilleme eylemlerine karşı korumuştur.

80. Son olarak, başvuran şirket, yerel mahkemelerin Avrupa Birliği (AB) hukukunu açıkça yanlış yorumlamış olduklarını iddia etmiştir. Şirket, Daire'nin kararının, yer verme hizmeti sağlayıcılarının sorumlulukları konusunda AB hukukuna bağlı kalınmasının Sözleşme uyarınca Devleti sorumlu kılacağı, oysa kararda belirlenen teste bağlı kalınmasının AB hukuku ile uygunluk içerisinde olmayacağı sebebiyle, bir yükümlülükler çatışmasına ve hukuki belirsizliğe yol açtığını savunmuştur.

2. Hükümet

(a) Genel açıklamalar

81. Hükümet, davanın kapsamına ilişkin olarak aşağıdaki açıklamalarda bulunmuştur. İlk olarak, Mahkeme'nin içtihatlarına göre, iç hukuka uygulanabilir kanunlara dair karar verme ve bunları yorumlama görevi yerel mahkemelere aittir. Bununla birlikte, AB hukukunun yorumlanması ise Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın görevidir. Yerel mahkemeler, vermiş oldukları gerekçeli kararlarda, Elektronik Ticaret Direktifi ya da Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'ndan ziyade, Estonya Borçlar Kanunu'nun uygulanabilir olduğuna hükmetmişlerdir. Büyük Daire de bu kanaatten ve başvuran şirketin AB hukukunun uygulanmasının kabul edilemez olduğu yönündeki iddialarından yola çıkmalıdır. İkinci olarak, Hükümet, çok sayıda farklı internet portalı türünün mevcut olduğu ve bunların operatörlerinin sorumluluğu konusunun genellenemeyeceği hususlarının altını çizmiştir. Mevcut dava Delfi portalının söz konusu zamandaki faaliyetleriyle sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda, Hükümet, Delfi'nin aktif bir şekilde okuyucuları kendisinin seçmiş olduğu haber makalelerine dair yorumlar yapmaya davet ettiğine, bahse konu makalelere ve aynı çevre içerisine eklenmiş ve yazarının ismi saklı tutulan yorumları yayınlamış olduğuna ve yorumların yalnızca Delfi'nin değiştirilebileceği ya da silinebileceğine dikkat çekmiştir. Başvuran şirketin sorumluluğu bu özel bağlam içerisinde değerlendirilmelidir.

82. Hükümet, tarafların söz konusu yorumların hakaret içerikli olduğu konusunda mutabık olduklarına vurgu yapmıştır.

83. Hükümet, başvuran şirketin bu yöndeki iddialarına rağmen, yazarının ismi saklı tutulan yorumlara erişimi engellemeye ya da iş modelini değiştirmeye zorlanmadığını ifade etmiştir. Bunun aksine, Delfi Estonya'daki en büyük internet portalı olarak varlığını korumuştur; portal içerisinde yazarının ismi saklı tutulan yorumların eklenmesi halen mümkündür ve aylık yorumların sayısı 2009 yılında 190.000 iken 2013 yılında bu rakam 300.000'e yükselmiştir. 26 Eylül 2013 tarihinde yayınlanmış bir makaleye göre, Delfi her ay 20.000 ila 30.000 arasında (toplam yorum sayısının %7 ila %10'u arası) yorum silmiştir. İkinci en büyük portal olan Postimees ise toplamda 120.000 yorumun yaklaşık %7'si kadarını silmiştir. Her iki portalın da aşağılayıcı yorumları kaldırmakla görevli beş çalışanı vardı. Delfi, 2013 yılının Aralık ayından bu yana, kayıtlı yorumların ve yazarının ismi saklı tutulan yorumların ayrı ayrı gösterildiği iki kademeli bir yorum alanı kullanmaktadır.

(b) Hukuka uygunluk

84. Hükümet, başvuran şirketin haklarına yapılan müdahalenin "kanunla öngörülmüş" olduğu konusunda ısrar etmiştir. Hükümet, ulusal mevzuat ile Daire'nin kararındaki 32-36, 38 ve 39. paragraflarda özetlenen yerel içtihatların yanı sıra Mahkeme'nin Daire kararında özetlenmiş olan ilgili içtihatlarına da atıfta bulunmuştur. Hükümet ayrıca, kendisi tarafından seçilen ve yayınlanan makalelere ilişkin yorum eklenmesini teşvik eden Delfi'nin, yeni bir medya yayını olarak bir internet portalının sahibinin haber makalelerine ilişkin eklenen ve haberlerin ayrılmaz bir parçasını oluşturup yalnızca Delfi tarafından yönetilebilen yorumların neden olduğu zararlardan sorumlu olmadığı yönündeki varsayımına dayanak gösterebileceği herhangi bir ulusal içtihadın mevcut olmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca, Delfi davasında yerel mahkemelerce karar verildiği tarihte, internet medyasının halk üzerinde geniş bir etkisinin olduğu ve başkalarının özel hayatının korunması için sorumluluğa ilişkin kuralların yeni medya için de uygulanması gerektiği açıkça ortadaydı.

85. Hükümet, başvuran şirketin AB hukukuna ve Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'na yapmış olduğu atıfların göz ardı edilmesi gerektiğini yinelemiştir. Büyük Daire yalnızca, Borçlar Kanunu'nun yorumlanmasının etkilerinin Sözleşme'nin 10 § 2 maddesi ile uyumlu olup olmadığı hususunu değerlendirebilmekte ve yerel mahkemelerin uygulanabilir olmadığına karar verdikleri mevzuatı değerlendirememektedir. Hükümet ayrıca, yerel mahkemelerin başvuran şirketin bir ön belleğe alma ya da yer verme hizmeti sağlayıcısı olarak düşünülüp düşünülemeyeceği sorusunu yererli bir titizlikle ele almış olduklarına işaret etmiştir. Ancak, Hükümet, başvuran şirketin

bunlardan birisi olmadığını tespit etmiştir. Bilhassa, yer verme konusunda, bir hizmet saylayıcısı yalnızca veri saklama hizmeti sunmaktaydı; buna karşın söz konusu saklanan verilerin eklenmesi, değiştirilmesi, kaldırılması ve içeriği hizmet kullanıcılarının kontrolündeydi. Delfi'nin yorum alanında, yorum yapan kişiler, yorum girişi yaptıkları andan itibaren yorumlarının kontrolünü kaybetmekte ve yorumlarını değiştirememekte veya silememekteydiler. Yerel mahkemeler davanın diğer yönlerini (Delfi'nin makaleleri ve bunların başlıklarını seçmiş olduğu; Delfi'nin okuyucuları yorum yapmaya davet edip yorum kuralları (yorumların ilgili makale ile alakalı olması şartı da dâhil olmak üzere) belirlemiş olduğu; Delfi'nin daha fazla sayıda yorum eklendiğinde reklam gelirlerinden daha fazla kar etmiş olduğu; Delfi'nin ayrıca seçmeli olarak yorumları izlediği gibi) de dikkate alarak, Delfi'nin sadece teknik bir ara hizmet sağlayıcısı olarak hareket etmediğini ve ne bir önbellek ne de bir yer verme hizmeti saylayıcısı olarak sınıflandırılabileceğine karar vermişlerdir. Hükümet ayrıca, ABAD'ın daha önce hiç Delfi'ye benzer bir davayı karara bağlamamış olduğunu vurgulamıştır. Her halükarda, L'Oréal ve Diğerleri gibi ABAD içtihatları konuyla ilgili olsa dahi, Delfi'nin oynadığı rolün aktif bir rol olduğu ve Elektronik Ticaret Direktifi kapsamındaki sorumluluklarından muaf tutulamayacağı sonucuna varılabilmekteydi.

(c) Meşru amaç

86. Hükümet başvuran şirketin 10. madde kapsamındaki haklarına ilişkin müdahalenin başkalarının şöhretini koruma meşru amacını gütmüş olduğunu ileri sürmüştür.

(d) Demokratik bir toplumda gereklilik

87. Hükümet, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorusuna ilişkin olarak, öncelikle, Sözleşme'nin 10. maddesi ile 8. maddesi arasında bir denge tesis edilmesinin önemine vurgu yapmıştır.

88. Hükümet Daire'nin kararındaki ilgili gerekçelendirmeye kapsamlı bir şekilde atıfta bulunmuştur. Bunun yanı sıra, aşağıdaki hususları önemle belirtmiştir.

89. Hükümet ilk olarak, yorumların bağlamı konusunda, yerel mahkemelerin haber makalelerinin seçilmesi ve yayınlanmasının ve okuyucuların bu makalelere ekledikleri yorumların aynı alanda yayınlanmasının başvuran şirketin, bilgi ifşa eden bir taraf olarak, profesyonel faaliyetlerinin bir kısmını oluşturduğu hususuna önem atfettiklerini kaydetmiştir. Delfi, makalelerine genellikle kışkırtıcı başlıklar vererek ve bir makalenin başlığının koyu kırmızı olmasının hemen ardından ana sayfada yorum sayısını gösterip, dolayısıyla bir haber makalesine yorum eklenmesini daha heyecanlı hale getirerek okuyucuları kendisinin yayınladığı makalelere yorum yapmaya davet etmiş, bu yorumlar da karşılığında Delfi'nin reklam geliri elde etmesini sağlamıştır.

90. Hükümet ikinci olarak, başvuran şirket tarafından uygulanan tedbirlere ilişkin, üçüncü tarafların nüfusun büyük çoğunluğu için erişilebilir hale gelen ve her gün kullanılan internetle ilgili olarak korunmalarını sağlamanın önemine vurguda bulunmuştur. Hükümet, yorumların gerçek sahiplerinin yorumlarını Delfi'nin haber portalına ekledikten sonra bu yorumları değiştiremedikleri ya da silemedikleri (bunu yapabilecek teknik araçların yalnızca başvuran şirkette mevcut olması) gerekçesiyle, başvuran şirketin yorumlara ilişkin bariz bir sorumluluğunun olduğunu eklemiştir. Hükümet bunların yanı sıra, internet aracılığıyla iletilen her türlü bilginin çok hızlı yayılması nedeniyle, bir kimsenin onurunun korunması amacıyla haftalar hatta günler sonra alınan tedbirlerin bile artık yeterli olmadığını, zira onur kırıcı yorumlar hâlihazırda halka erişmiş ve zararı gerçekleştirmiş olduğunu kaydetmiştir. Hükümet ayrıca, en büyük uluslararası haber portallarının ismi saklı tutulan (yani, kayıtlı olmayan) kullanıcılarca yorum eklenmesine izin vermediğini iddia etmiş ve artık ismin saklı tutulmasından (anonimlikten) uzaklaşılan bir eğilimin ortaya çıktığı yönündeki bir görüşten bahsetmiştir. Aynı zamanda, yazarının ismi saklı tutulan yorumlar kayıtlı şahıslarca yapılan yorumlardan daha aşağılayıcı nitelikte olma eğilimdedir ve sert yorumlar daha fazla sayıda okuyucunun ilgisini çekmektedir. Hükümet, Delfi'nin tam da bu sebeple kötü bir şöhrete sahip olduğunu ileri sürmüştür.

91. Hükümet üçüncü olarak, yorumların gerçek sahiplerinin sorumluluğu konusunda, hakaret davalarında ceza hukuku yolları yerine tercih edilen bir hukuk yolu olan medeni hukuk davalarında, gözetim usulleri gibi soruşturma tedbirlerinin erişilebilir olmadığını ileri sürmüştür. Hükümet, "delillerin yargılama öncesinde alınması" usulüne ilişkin olarak, yazarının ismi saklı tutulan yorumlar bakımından bu yöntemin makul bir alternatif olmadığını iddia etmiştir. Öncelikle, ilgili İnternet Protokolü (IP) adresleri her zaman tespit edilememektedir; örneğin, kullanıcı verileri ya da yorumları silinmiş olduğunda ya da anonim bir vekil sunucu kullanıldığında. İkinci olarak, yorumların eklenmesi için kullanılan bilgisayarlar tespit edilebilse dahi, örneğin halka açık bir bilgisayarın, bir kablosuz internet erişim alanının, dinamik bir IP adresinin ya da yabancı ülkedeki bir sunucunun kullanıldığı durumlarda veya başka teknik sebepler yüzünden, yorumları ekleyen kimselerin kimlilerinin tespit edilmesi yine imkânsız olabilmektedir.

92. Hükümet dördüncü olarak, ulusal yargılamaların başvuran şirket açısından sonuçları konusunda, Delfi'nin iş modelini değiştirmesine ya da yazarının ismi saklı tutulan yorumlara izin vermemesine gerek bulunmadığını kaydetmiştir. Aslında, büyük çoğunluğu ismi saklı tutulan kişilerce yazılmış yorumların toplam sayısı artmış, Delfi artık beş moderatör istihdam etmiştir. Bunun yanında, Hükümet, sorumluluğun tespit edilmesi amacının yüklü miktarda ya da ceza niteliğinde tazminat elde edilmesi olmadığına dikkat çekmiştir. Nitekim Delfi davasında,

Delfi'nin manevi zararlar karşılığında ödemekle yükümlü tutulduğu tazminat önemsiz bir miktardır (320 avro) ve devamındaki içtihatta (bk. yukarıda § 43) mahkemeler bir ihlal olduğunun tespit edilmesinin ya da bir yorumun silinmesinin yeterli bir tazmin teşkil edeceğine karar vermişlerdir. Hükümet, başvuran şirketin hukuki sorumluluğunun ifade özgürlüğü üzerinde "caydırıcı bir etkiye" sebep olmadığı, haklı gerekçelere dayandığı ve orantılı olduğu sonucuna varmıştır.

93. Hükümet son olarak, birçok Avrupa ülkesinin mevzuatına ve uygulamalarına atıfta bulunarak, bir içerik hizmeti sağlayıcısı ya da kendi makalelerine ilişkin yazarının ismi saklı tutulan yorumları ifşa eden bir taraf olarak hareket eden bir internet portalı sahibinin sorumlu tutulmaması yönünde Avrupa'da bir görüş birliği bulunmadığını ya da bu yönde bir eğilimin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür.

C. Üçüncü Taraf Müdahillerinin İddiaları

1. Helsinki İnsan Hakları Vakfı

94. Varşova'da bulunan Helsinki İnsan Hakları Vakfı, internet ve geleneksel medya arasındaki farklılıklara vurguda bulunmuştur. Helsinki İnsan Hakları Vakfı, Delfi gibi çevrimiçi hizmetlerin eş zamanlı olarak iki rol (birincisi kendi haberlerine ilişkin içerik sağlayıcıları olarak, ikincisi ise üçüncü taraf yorumlarına ilişkin yer verme hizmeti sağlayıcıları olarak) oynadığını kaydetmiştir. Vakıf, kullanıcılar tarafından oluşturulan içeriklerin denetlenmesinin ya da bu içeriklere erişimin engellenmesi yetkisinin etkili bir yayın kontrolünün bulunduğu şeklinde değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Ara hizmet sağlayıcıları geleneksel medya muamelesi görmemeli ve aynı sorumluluk rejimine tabi tutulmamalıdır.

95. Helsinki Vakfı yorumların yazarlarının kendi hakaret içerikli yorumlarından sorumlu tutulmaları gerektiğini ve Devletin çevrimiçi suçluların tespit edilmesini ve kovuşturulmasını mümkün kılan bir düzenleyici çerçeve geliştirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Vakıf aynı zamanda, internet üzerinde isim saklı tutularak yayın yapma imkânının bir değer olarak düşünülmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

2. Article 19[4]

96. Article 19, internetin en yenilikçi özelliklerinden birinin, herhangi bir kimsenin kendi görüşlerini yayıncıların ön onaylarını almaksızın tüm dünyaya duyurabilmesine olanak sağlaması kolaylığı olduğunu ifade etmiştir. Yorum platformları en basit haliyle kamuoyu tartışmalarının yapılmasına imkân sağlamış ve bu tartışmaların yapılmasını desteklemiştir. Bununla birlikte, bu durumun haberlerin sunulması ile çok az ilgisi bulunmaktadır. Aslına bakıldığında ve biçim

gereği, haber sitelerindeki yorum bölümleri tam tersine daha çok, internete özgü özel tartışma modelini benimseyen gazeteler olarak anlaşılmaktadır. Article 19, web sitelerini kullanıcılar tarafından eklenen yorumlardan sorumlu yapmanın bu siteler üzerine kabul edilemez bir yük yükleyeceğini ileri sürmüştür.

97. Article 19, Elektronik Ticaret Direktifi'nin web sitelerini, içeriklerine bakılmaksızın, kullanıcıları tarafından eklenen yorumlara ilişkin sorumluluktan korumayı amaçladığını ileri sürmüştür. Article 19, normal sorumluluk kurallarının çevrimiçi haber siteleri için yayınladıkları haber makaleleri bakımından işlemeye devam ederken ve bu sitelerin yorum bölümleri gereği yayıncıdan ziyade yer verme hizmeti sağlayıcısı olarak düşünülmesi gerektiği hususlarında ısrar etmiştir. Yer verme hizmeti sağlayıcıları olarak çevrimiçi haber siteleri, söz konusu yorumların değiştirilmesine doğrudan müdahil olmadıkları durumlarda, üçüncü taraf yorumlarına ilişkin sorumluluktan, ilke olarak, muaf tutulmalıdırlar. Bu siteler, konuya ilişkin bilgilendirilmeleri üzerine içeriğin kaldırılması için makul tüm adımları attıkları hallerde içerikten sorumlu tutulmamalıdırlar. Ayrıca, sadece kendilerine ihbar edilen bir yorumu kaldırmama kararı almaları sebebiyle de otomatik olarak sorumlu tutulmamalıdırlar.

3. Access[5]

98. Access'e göre, ismin saklı tutulması ve rumuz kullanılması özel hayatın gizliliği ve ifade özgürlüğü gibi temel hakları desteklemektedir. İnternetin ismin saklı tutularak kullanılmasına ilişkin düzenleyici nitelikte bir yasak, Sözleşme'nin 8 ve 10. maddeleri kapsamında koruma altına alınmış olan özel hayatın gizliliği ve ifade özgürlüğü haklarına ilişkin bir müdahale teşkil edecek; isim saklı tutularak ve rumuz kullanılarak eklenilen ifadelere ilişkin genel kısıtlamalar ise bu hakların esasını ihlal edecektir. Access, pek çok ülkenin, hem çevrimiçi hem de çevrimdışı olmak üzere, ismin saklı tutulduğu (anonim) iletişim hakkını koruyan yerleşmiş içtihatlarına atıfta bulunmuştur.

99. Access bunun yanı sıra, internet kullanılırken gelişmiş gizlilik ve anonimlik sağlamak üzere tasarlanmış hizmetlerin, çevrimiçi kitlesel denetimlerin açığa çıkarılması sonrasında daha popüler hale gelmiş olduğuna dikkat çekmiştir. Access ayrıca, internet kullanıcılarına ifadelerini kimlikleri belli şekilde iletmeleri gibi bir kısıtlama getirilmesinin internet ekonomisine zarar vereceğini iddia etmiş ve internet ortamına çevrimiçi katkı sağlayan en önemli kişilerin rumuz kullanan kişiler olduğu sonucunu veren araştırmaya atıfta bulunmuştur.

100. Gerçek isim kullanma politikası ile ilgili olarak, Çin'deki kanıtlar, bu türden bir tedbirin eklenen yorumların sayısında büyük bir düşüşe yol açtığını göstermiştir. Kore'de yaşanan tecrübeler ise, gerçek isim kullanma politikasının yorumlarda önemli bir artış yaşanmasını

sağlayamadığını, kullanıcıların anonim şekilde ve rumuzla eklenen yorumlara izin veren alternatif uluslararası platformlara yönelmeleri nedeniyle, ulusal internet sağlayıcılarına karşı ayrımcılık yapıldığını göstermiştir.

4. Media Legal Defence Initiative (Medya Hukuk Savunma Girişimi)

101. Medya Hukuk Savunma Girişimi (MLDI), yirmi sekiz hükümet dışı kuruluş, medya kuruluşu ve şirketi adına savunmalarını ibraz etmiştir. Medya Hukuk Savunma Girişimi, çevrimiçi medya kuruluşlarının büyük çoğunluğunun okuyucuların yorum eklemelerine izin verdiklerini kaydetmiştir. Yorum ekleme imkânı aracılığıyla, okuyucular haberler üzerine kendi aralarında ve gazetecilerle birlikte tartışmalar gerçekleştirebilmektedir. Bu, medyayı tek yönlü bir iletişim akışından okuyucuların seslerine de kulak veren ve farklı bakış açılarının yayınlanmasına imkân tanıyan katılımcı bir anlatım biçimine dönüştürmüştür.

102. MLDI, erişim ile içerik arasındaki sınırların artık gittikçe artan bir şekilde belirsizleştiğini ve gelişmiş arama hizmetlerinin, çevrimiçi pazarların, web 2.0 uygulamalarının ve sosyal paylaşım sitelerinin "aracılar" arasında yer aldığını kaydetmiştir. Kullanıcıların bakış açısına göre, bütün bunlar içeriklere erişimi ve bunların kullanılmasını kolaylaştırmıştır ve ifade özgürlüğü hakkının gerçekleştirilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

103. MLDI, ifade özgürlüğünü koruma altına alan ve destekleyen ve aynı zamanda diğer hakları ve menfaatleri de güvence altına alan düzenleyici bir çerçeve geliştirmenin Devletlerin görevi olduğunu ileri sürmüştür. MLDI, Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Avrupa Birliği'ndeki aracı sorumluluğuna yönelik düzenleyici çerçeve hakkında detaylı bir bakış sunmuştur. MLDI, bu yetki alanlarında benimsenmiş olan yaklaşımların birbirinden farklı olmasına karşın, aracılar için belirli bir seviye koruma sağlanmasının öneminin kabul edilmesi ve aracıların kullanıcı içeriklerini izlemelerine ilişkin bir gereklilik bulunmaması bakımından birbirlerine benzer olduklarını kaydetmiştir. Ayrıca, üye Devletlerin bazılarında uyar-kaldır usullerinin aracılar açısından aşırı bir sorumluluğa yol açtığını ve meşru içeriklerin kaldırılmasıyla sonuçlandığını kaydetmiştir.

104. MLDI bunun yanı sıra, kullanıcılar tarafından oluşturan içeriklerin çevrimiçi medya tarafından düzenlenmesi konusunda gerçekleştirilen iyi uygulama örneklerine ilişkin ayrıntılı bilgiler vermiştir. Kuzey Amerika ve Avrupa'daki yayıncıların büyük çoğunluğunun yorumlar eklenmeden önce bunları taranmadığına ya da izlemediğine dikkat çekmiştir. Ancak, söz konusu yayıncılar bir çeşit yayınlama sonrası denetim yöntemi uygulamışlardır. Pek çok çevrimiçi medya kuruluşu ise, filtreleme yazılımları ve sürekli bir şekilde kuralları çiğneyen kullanıcıları engellemek için çalışan mekanizmalar kullanmıştır. Avrupa'da önde gelen haber kuruluşları da

dâhil olmak üzere çevrimiçi medyanın çoğunluğu, kullanıcıların kayıt yaptırması koşulu getirmiş, fakat kullanıcılar gerçek isimlerini ifşa etmekle zorunlu kılınmamıştır.

5. EDiMA, CCIA Avrupa ve EuroISPA

105. Avrupa Dijital Medya Derneği (EDiMA), Bilgisayar ve İletişim Endüstrisi Derneği (CCIA Avrupa) ve Avrupa İnternet Servis Sağlayıcıları Derneklerinden bir pan-Avrupa derneği olan EuroISPA üçüncü taraflar olarak ortak görüşler sunmuşlardır.

106. Müdahil taraflar, bu güne kadar mevzuatta, uluslararası sözleşmelerde ve tavsiye kararlarında tesis edilmiş yerleşik bir dengenin söz konusu olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu belgelere göre, öncelikle, yer verme hizmeti sağlayıcıları "gerçek bilgilerinin" bulunmadığı hallerde içeriklere ilişkin sorumluluktan muaf tutulmaktadır ve ikinci olarak, Devletlerin yer verme hizmeti sağlayıcılarına ilişkin içeriklerin genel izlemesini yapma koşulu getirmeleri yasaklanmıştır.

107. Müdahil taraflar, çevrimiçi ortamda mevcut olan bazı bilgilerin gazeteler gibi geleneksel yayın kaynaklarından gelmesine ve tabi bir şekilde yayıncılara uygulanan kanunlarla düzenlenmesine karşın, çevrimiçi içeriklerin büyük bir miktarının geleneksel yayın kuruluşları tarafından aracılık hizmeti sağlanmaksızın kendi görüşlerini ifade edebilecek bireysel konuşmacılardan geldiğini ifade etmişlerdir. Yorum ekleme imkânları, yanıt verme hakkına olanak sağlamakta ve dolayısıyla, böyle bir hakkın mevcut olmadığı geleneksel yayınlardan temel olarak ayrılmaktadır.

108. Müdahil taraflar, Delfi gibi bir çevrimiçi haber tartışma forumuna yönelik teknolojinin ve işletim süreçlerinin, sosyal medya-paylaşım platformları ve bloglar/mikrobloglar gibi yer verme hizmetlerinden teknolojik açıdan ayırt edilemez nitelikte olduğunu iddia etmişlerdir. Kullanıcılar tarafından oluşturulan ve yüklenen içerikler insan eli değmeden otomatik bir şekilde halkın erişimine açık hale getirilmektedir. Pek çok yer verme hizmeti sağlayıcısı için, boyuta ilişkin endişeler, tüm kullanıcı içeriklerinin engelleyici önlemler alınarak insan eliyle etkili bir şekilde incelenmesini imkânsız kılmaktadır. İçerik kontrolü küçük web siteleri ve yeni kurulmuş siteler için özellikle çaba gerektirebilmekte ve neredeyse engelleyici olacak ölçüde maliyetli olabilmektedir.

109. Müdahil taraflar, Avrupa Birliği ve diğer ülkelerdeki yerleşmiş kanunların uyar-kaldır sistemini internet içerikleri için yer verme hizmeti sağlanmasına yönelik hukuki ve uygulamalı bir çerçeve olarak değerlendirdiğini ileri sürmüşlerdir. Kullanıcılar ve yer verme hizmeti sağlayıcıları arasındaki sorumluluklara ilişkin bu denge, platformların hakaret içerikli ve diğer hukuka aykırı nitelikteki konuşmaları tespit edip kaldırmalarına imkân sağlamakta ve aynı zamanda, ihtilaflı kamuoyu tartışma başlıklarına ilişkin güçlü tartışmalar yapılmasına olanak tanımaktadır. Söz

konusu denge, konuşmalara yer veren platformların daha büyük ölçeklerde işletilmesini sağlamaktadır.

D. Mahkemenin değerlendirmesi

1. İlk görüşler ve Mahkeme değerlendirmesinin kapsamı

100. Mahkeme öncelikle, internette kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen anlatım faaliyetinin, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir platform olduğunu kaydetmiştir. Bu durum tartışmasız olup Mahkeme tarafından daha önceki davalarda kabul edilmiştir (bk. Ahmet Yıldırım / Türkiye, no. 3111/10, § 48, AİHM 2012, ve Times Newspapers Ltd (no. 1 ve 2) / Birleşik Krallık, no. 3002/03 ve 23676/03, § 27, AİHM 2009). Ancak, bu faydaların yanı sıra, bazı tehlikelerde ortaya çıkabilir. Nefret söylemi ve şiddete teşvik eden söylemler de dahil olmak üzere, karalayıcı ve açıkça hukuka aykırı olan diğer türdeki konuşmalar, daha önce hiç olmadığı gibi birkaç saniye içerisinde dünya çapında yayılabilmekte ve bazen sürekli olarak internette kalmaktadır. Mevcut davanın temelinde bu iki çelişkili hakikat yer almaktadır. Sözleşme'nin altında yatan değerlerin korunmasına yönelik gereklilik dikkate alındığında ve Sözleşme'nin 10. ve 8. maddeleri kapsamındaki hakların eşit saygıyı hak ettiği göz önünde bulundurulduğunda, her iki hakkın özüne zarar vermeyecek şekilde bir denge kurulmalıdır. Mahkeme bu nedenle, ifade özgürlüğünün kullanılması bağlamında internetin önemli yararlar sağlayabileceğini kabul etmekle birlikte, ilke olarak karalayıcı ya da diğer hukuka aykırı söylemlere yönelik yükümlülüğün sürdürülmesi ve kişilik haklarının ihlaline yönelik etkin bir hukuk yolu teşkil etmesi gerektiği kanısındadır.

111. Bu temelde ve özellikle mevcut davanın gelişen teknolojik yenilik alanında bu tür bir şikayetin incelenmesine yönelik olarak Mahkemeye yapılan ilk başvuru olduğu dikkate alındığında, Mahkeme, somut davanın olayları ışığında, soruşturmasının kapsamını açıklamayı uygun görmüştür.

112. Mahkeme, ilk olarak, Yüksek Mahkemenin şunları kabul ettiğini (bk. yukarıda 31. paragrafta yer aldığı üzere 10 Haziran 2009 tarihli kararının 14. paragrafı) gözlemlemiştir: "[h]aber ve yorumların bir internet portalında yayınlanması da bir gazetecilik faaliyetidir. Bununla beraber, internet medyasının niteliği sebebiyle, bir portal operatörünün yorumları yayınlamadan önce basılı medya yayınlarında olduğu gibi düzenlemesi makul olarak gerekmez. Basılı medya yayınlarının yayıncısı düzenleme vasıtasıyla bir yorumun yayınlanmasını başlatan kişiyken, internet portalında yayınlanmasını başlatan kişi, yorumunu portal vasıtasıyla halkın erişimine sunan yorumun yazarıdır. Bu nedenle, portal operatörü kendisine bilgi sağlanan kişi değildir. Yorumların

yayınlanmasındaki ekonomik çıkarları nedeniyle, hem basılı medya yayıncısı hem de internet portal operatörü, girişimciler olarak yayıncı/açıklayan kişilerdir".

113. Mahkeme, Yüksek mahkeme tarafından yapılan yukarıdaki ayrımın doğruluğunu sorgulamak için herhangi bir neden görmemektedir. Aksine, Yüksek Mahkemenin düşüncelerinin başlangıç noktası, yani bir portal operatörü ile geleneksel bir yayıncı arasındaki farkların tanınması, bu alandaki -geleneksel baskı ve görsel-işitsel basın ile internet tabanlı yayın operasyonlarının faaliyetlerini düzenleyen yasal ilkeler arasında ayrım yapılması yönünde belirli bir gelişme gösteren- uluslararası enstrümanlarla aynı doğrultudadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yeni medya kavramına dair yakın tarihli Tavsiye Kararında, bu durum "hizmetleri medya ya da aracı veya yardımcı faaliyet olarak tanımlanan her bir aktörün, hem uygun şekilde (farklılaştırılmış) hem de uygun düzeyde (kademeli) korumadan faydalanması ile sorumluluğun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ve Avrupa Konseyi tarafından geliştirilen ilgili diğer standartlar doğrultusunda sınırlanmasını gerektiren farklılaştırılmış ve kademeli bir yaklaşım" olarak isimlendirilmiştir (bk. CM/Rec(2011)7 Tavsiye Kararı Ekinin 7. paragrafı, yukarıda 46. paragraftan alıntılanmıştır). Dolayısıyla Mahkeme, internetin kendine özgü yapısı nedeniyle, üçüncü taraflarca oluşturulan içerikle ilgili olarak Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde bir internet haber portalına yüklenecek "görev ve sorumlulukların" geleneksel bir yayıncının görev ve sorumluluklarından biraz farklı olabileceği kanısındadır.

114. İkinci olarak, Mahkeme; Estonya Yüksek Mahkemesinin, "aşağılayıcı nitelikteki yirmi yoruma ilişkin olarak mahkemelerce yapılan hukuki değerlendirmenin desteklendiği" sonucuna vardığını gözlemlemektedir. Mahkemeler, söz konusu yorumların karalayıcı olduğunu zira edebe aykırı nitelikte olduğunu, insan onurunu zedelediğini ve tehdit içerdiğini tespit etmişlerdir (bk. yukarıda 31. paragrafta belirtildiği üzere kararın 15. paragrafı). Ayrıca, Yüksek Mahkeme, verdiği kararın 16. paragrafında, yorumların "insan onurunu" zedelediğini ve "açıkça hukuka aykırı" olduğunu yinelemiştir. Mahkeme, söz konusu yorumların hukuka aykırı niteliğine ilişkin bu nitelendirme ve incelemenin (bk. yukarıda 18. paragraf), yorumların büyük bölümünün açıkça L.'ye karşı nefrete ya da şiddete teşvik anlamına geldiği hususuna dayalı olduğunu kaydetmiştir.

115. Sonuç olarak Mahkeme; söz konusu davanın, internet haber portallarının ekonomik amaçlar çerçevesinde daha önce yayınlanan içerik üzerine kullanıcıların yorumda bulunmalarını sağlayan bir platform oluşturmaları ve –kimliği bilinen ya da bilinmeyen- bazı kullanıcıların, başkalarının kişilik haklarını ihlal eden ya da bu kişilere yönelik nefret söylemi ya da şiddete teşvik teşkil eden açıkça hukuka aykırı söylemlerde bulunmaları halinde, Sözleşme'nin 10 § 2 maddesi kapsamındaki "görev ve sorumlulukları" ile ilgili olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme mevcut

davanın, büyük, profesyonel olarak yönetilen, ticari temelde faaliyet gösteren, kendi haber makalelerini yayınlayan ve okuyucularını bu haberlere yorum yapmaya davet eden bir internet haber portalıyla ilgili olduğunu vurgulamıştır.

116. Dolayısıyla, dava üçüncü taraflarca oluşturulan yorumların yayınlandığı –örneğin kullanıcıların herhangi bir konuda fikirlerini özgürce ortaya koydukları ve forum yöneticisinin herhangi bir girdi ile tartışmayı yönlendirmediği bir internet tartışma forumu veya bülten tahtası; ya da platformu sağlayanın herhangi bir içerik sunmadığı ve içerik sağlayıcısının bir internet sitesi ya da bir blogu hobi olarak işleten sıradan bir kişi olduğu bir sosyal medya platformu- diğer internet forumları ile ilgili değildir.

117. Mahkeme ayrıca, başvuran şirkete ait haber portalının ülkedeki en büyük internet medya yayınlarından bir tanesi olduğunu belirtmiştir. Söz konusu portalın oldukça geniş bir okuyucu kitlesi bulunmaktaydı ve ilgili yorumların tartışmalı niteliği hakkında bilinen bir kamu sorunu bulunmaktaydı (bk. yukarıda 15. paragraf). Ayrıca, yukarıda ana hatlarıyla belirtildiği üzere, Yüksek Mahkeme tarafından incelenen dava konusu yorumlar büyük ölçüde nefret söylemi ve doğrudan şiddet eylemlerini destekleyen söylemler içermiştir. Bu nedenle, hukuka aykırı nitelikte olduklarının tespit edilmesi, herhangi bir dilbilimsel ya da hukuki inceleme gerektirmemektedir; zira, görüşlerin açıkça hukuka aykırı oldukları doğrudan anlaşılmaktadır. Mahkeme, başvuran şirketin şikâyetini bu bilgiler temelinde inceleyecektir.

2. Müdahalenin varlığı

118. Mahkeme, başvuran şirketin Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüne ulusal mahkemelerin kararlarıyla müdahalede bulunulduğu konusunda taraflar arasında ihtilaf olmadığını vurgulamıştır. Mahkeme aksi yönde karar vermek için herhangi bir gerekçe görmemiştir.

119. Başvuran şirketin ifade özgürlüğüne yönelik bu tür bir müdahale "yasayla öngörülmüş" olmalı, 10. maddenin 2. fıkrası ışığında bir veya daha çok meşru amaç taşımalı ve "demokratik bir toplumda gerekli" olmalıdır.

3. Yasaya uygunluk

120. Mahkeme, 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan "yasayla öngörülme" ifadesinin hem dava konusu tedbirin iç hukukta yasal bir dayanağı olmasını gerektirdiğini hem de -ilgili kişi açısından erişilebilir ve etkileri bakımından öngörülebilir olması gereken- söz konusu yasanın niteliğine atıfta bulunduğunu yinelemiştir (bk. diğerleri arasında, VgT Verein gegen Tierfabriken / İsviçre, no. 24699/94, § 52, AİHM 2001-VI; Rotaru / Romanya [BD], no. 28341/95, § 52, AİHM 2000-

V; Gawęda / Polonya, no. 26229/95, § 39, AİHM 2002-II; ve Maestri / İtalya [BD], no. 39748/98, § 30, AİHM 2004-I). Ancak, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması öncelikle ulusal yetkililerin özellikle de mahkemelerin görevidir (bk. Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano / İtalya [BD], no. 38433/09, § 140, AİHM 2012; Kruslin / Fransa, 24 Nisan 1990, § 29, Seri A no. 176-A; ve Kopp / İsviçre, 25 Mart 1998, § 59, Karar ve Hüküm Derlemeleri 1998-II).

121. "Yasayla öngörülme" ifadesiyle ortaya çıkan koşullardan bir tanesi de öngörülebilirliktir. Nitekim bir norm, vatandaşın tutumunu düzenlemesini sağlayacak açıklıkta olmadığı sürece Sözleşme'nin 10 § 2 maddesinin anlamı dâhilinde "yasa" olarak kabul edilemez; vatandaş, gerektiğinde uygun danışmadan faydalanarak, belli koşullar çerçevesinde eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmelidir. Kesinlik arzu edilmekle birlikte, aşırı katılığın gelmesine de yol açabilir; yasa değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Dolayısıyla, birçok yasa kaçınılmaz olarak, az ya da çok belirsiz ve yorumlanması ile uygulanması uygulama sorunu teşkil eden ifadelerle düzenlenmektedir (bk. örnek olarak, Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July / Fransa [BD], no. 21279/02 ve 36448/02, § 41, AİHM 2007-IV, ve Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano, yukarıda anılan, § 141).

122. Yerel mevzuatın gerektirdiği -bütün olasılıkları öngöremeyen- kesinlik derecesi, büyük oranda söz konusu yasanın içeriğine, kapsadığı alana ve kapsama alınan kişilerin sayısı ve statüsüne bağlıdır (bk. Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano, yukarıda anılan, § 142). Mahkeme, mesleklerini icra ederken son derece temkinli hareket etme alışkanlığına sahip olan mesleki faaliyet yürüten kişilerden, bu türden faaliyetin yaratacağı riskleri değerlendirirken özel önem göstermelerinin beklenebileceğini kaydetmiştir (bk. Cantoni / Fransa, 15 Kasım 1996, § 35, Derlemeler 1996-V davasına atıf yapılan Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July, yukarıda anılan, § 41, ve Chauvy ve Diğerleri / Fransa, no. 64915/01, §§ 43-45, AİHM 2004-VI).

123. Mevcut davada tarafların görüşleri, başvuran şirketin ifade özgürlüğüne yönelik gerçekleştirilen müdahalenin "yasayla öngörülmüş" olup olmadığı konusunda farklılık göstermiştir. Başvuran şirket, özel içeriğin farkında olup olmadığına bakılmaksızın, üçüncü taraflarca internet sitesinde yayınlanan yorumların profesyonel yayıncısı sıfatıyla aracılık hizmeti alınmasını gerektiren herhangi bir ulusal kanun bulunmadığını iddia etmiştir. Aksine, başvuran şirket internet servis sağlayıcılarına ilişkin ulusal ve Avrupa mevzuatına istinat etmiş ve mevzuatın üçüncü taraflarca oluşturulan içeriklerle ilgili olarak servis sağlayıcılarına sorumluluk getirilmesini açıkça yasakladığını iddia etmiştir.

124. Hükümet, yazarlarla birlikte medya yayıncılarının da yayınları açısından sorumlu oldukları konusunda ilgili medeni hukuk hükümlerine ve yerel içtihada atıfta bulunmuştur. Hükümet;

başvuran şirketin, yeni medya yayını olarak internet haber portalı sahibinin makalelerinde yayınlanan yorumlar açısından sorumlu olmadığı yönünde çıkarım yapmak bakımından dayanak olarak alabileceği hiçbir içtihat bulunmadığını eklemiştir. Hükümete göre, Mahkeme ulusal mahkemelerce uygulanan ve yorumlanan yasayla ve sabit bulunan olayları dikkate almalı ve başvuran şirketin Avrupa hukukuna ilişkin atıflarını dikkate almamalıdır. Bununla birlikte, başvuran şirket tarafından atıfta bulunulan Avrupa hukuku aslında ulusal mahkemelerin yorumlarını ve kararlarını desteklemiştir.

125. Mahkeme, tarafların uygulanması gereken kanun konusundaki görüş ayrılıklarının, başvuran şirketin nasıl sınıflandırılması gerektiği hususundaki farklı görüşlerinden kaynaklandığını gözlemlemiştir. Başvuran şirket, üçüncü taraflarca yapılan yorumlar açısından aracı olarak sınıflandırılması gerektiğini değerlendirirken, Hükümet, söz konusu yorumlar açısından da başvuran şirketin medya yayıncısı olarak görülmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

126. Mahkeme, Yüksek Mahkemenin basılı medya yayıncısının rolü ile ekonomik amaçlarla medya yayınlarıyla ilgilenen internet portal operatörünün rolü arasındaki farkları kabul ettiğini gözlemlemiştir (bk. yukarıda 112. ve 113. paragraflar). Ancak Yüksek Mahkeme, "yorumların yayınlanmasındaki ekonomik çıkarları nedeniyle, hem basılı medya yayıncısının hem de internet portal operatörünün Borçlar Kanunu'nun 1047. maddesi çerçevesinde yayıncı/açıklayanlar olduklarını kaydetmiştir (bk. yukarıda 31. paragrafta belirtilen karar § 14).

127. Mahkeme esasen başvuranın, ulusal mahkemelerin Borçlar Kanunu genel hükümlerini davaya uygulayarak hata ettiklerini, zira internet hizmet sağlayıcılarına ilişkin ulusal ve Avrupa mevzuatına istinat etmeleri gerektiğini ileri sürdüğü kanısındadır. Daire gibi Büyük Daire de bu bağlamda, ulusal mahkemelerin görevini üstlenme vazifesi olmadığını yinelemiştir. Ulusal hukukun yorumlanması ve uygulanması öncelikle ulusal makamların özellikle de mahkemelerin görevidir (bk. diğerlerine ilaveten, Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano, yukarıda anılan, § 140, ve Rekvényi / Macaristan [BD], no. 25390/94, § 35, AİHM 1999-III). Mahkeme ayrıca, davalı bir Devletin yasama organı tarafından belirli bir alanın düzenlenmesine yönelik olarak seçilen yöntemlerin uygunluğuna ilişkin bir görüş belirtme görevi bulunmadığını da tekrar etmiştir. Mahkemenin görevi, izlenen yöntemlerin ve yol açtığı etkilerin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığının belirlenmesiyle sınırlıdır (bk. Gorzelik ve Diğerleri / Polonya [BD], no. 44158/98, § 67, AİHM 2004-I). Dolayısıyla, Mahkeme kendisini, Borçlar Kanunu genel hükümlerinin Yüksek Mahkeme tarafından başvuranın durumuna uygulamasının Sözleşme'nin 10 § 2 maddesi çerçevesinde öngörülebilir olup olmadığını incelemekle sınırlandırmıştır.

128. Ulusal mahkemelerce yorumlandığı ve uygulandığı üzere, Anayasa, Medeni Kanun (Genel İlkeler) ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, başvuran şirket bir yayıncı olarak değerlendirilmiş ve açıkça hukuka aykırı olan yorumların yayınlanmasından sorumlu tutulmuştur. Ulusal mahkemeler bu ilkeleri uygulamayı seçmiş ve "Elektronik Ticarete ilişkin Yönerge'yi" Estonya hukukuna aktaran Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nda yer alan özel düzenlemenin mevcut davaya uygulanmadığını, zira –başvuran şirketin faaliyetlerinin aksine- Elektronik Ticarete ilişkin Yönerge'nin sadece teknik, otomatik ve pasif niteliğe sahip faaliyetlerle ilgili olduğunu ve başvuran şirket tarafından güdülen amacın sadece aracılık hizmeti sağlamak olmadığını kaydetmiştir (bk. yukarıda 31. paragrafta belirtildiği üzere Yüksek Mahkeme kararının 13. maddesi). Mahkeme bu kapsamda, bazı ülkelerin, farklı menfaatlerin ve temel hakların uygun bir şekilde dengelenmesinin sağlanması ihtiyacını kapsayan dava konusunun önemi ve karmaşıklığının, mevcut davadaki konu gibi durumlara yönelik belirli düzenlemelerin yasalaştırılmasını gerektirdiğini kabul etmelerini dikkate almıştır (bk. yukarıda 58. paragraf). Bu yönde bir eylem, Avrupa Konseyi tarafından tavsiye edilen yeni medyanın düzenlenmesine yönelik "farklılaştırılmış ve kademeli bir yaklaşım" ile bağdaşmakta olup (bk. yukarıda 46. paragraf) Mahkeme içtihadında destek bulmuştur (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde, Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel / Ukrayna, no. 33014/05, §§ 63-64, AİHM 2011). Ancak, yeni medyanın niteliğinin dikkate alınması bağlamında mevzuatta çeşitli yaklaşımlar mümkün olsa da, Mahkeme, mevcut davanın olay ve olguları kapsamında, Anayasa, Medeni Kanun (Genel İlkeler) ve Borçlar Kanunu hükümleri ile birlikte ilgili içtihatların; ekonomik menfaatlerle internet haber portalı işleten bir medya yayıncısının, kural olarak, mevcut davada söz konusu olduğu gibi, açıkça hukuka aykırı olan yorumların haber portalına yüklenmesinden ulusal hukuk uyarınca sorumlu tutulabileceğini öngörülebilir kıldığı hususunda tatmin olmuştur.

129. Dolayısıyla Mahkeme, profesyonel bir yayıncı olarak başvuran şirketin mevzuatı ve içtihadı daha iyi bilmesi gerektiğini ve yasal danışmanlık alması gerektiğini kaydetmiştir. Mahkeme bu bağlamda, Delfi haber portalının Estonya'daki en büyük portallardan bir tanesi olduğunu gözlemlemiştir. Kamu sorunu, mevcut davadaki yorumların yayınlanmasından önce zaten dile getirilmiştir; ayrıca Adalet Bakanı, söz konusu hakaretlerin mağdurlarının Delfi aleyhinde dava açabileceğini ve tazminat talebinde bulunabileceğini kaydetmiştir (bk. yukarıda 15. paragraf). Mahkeme bu nedenle, başvuran şirketin, faaliyetleriyle ilgili riskleri değerlendirebilecek bir konumda olduğunu ve bu faaliyetlerin yol açabileceği sonuçları makul bir dereceye kadar öngörebileceğini değerlendirmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası anlamı dahilinde "yasayla öngörülmüş olduğu" sonucuna varmıştır.

4. Meşru amaç

130. Büyük Daire önündeki taraflar, başvuran şirketin ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacını taşıdığı hususuna itiraz etmemişlerdir. Mahkeme aksi yönde karar vermek için herhangi bir neden görmemektedir.

5. Demokratik bir toplumda gereklilik

(a) Genel ilkeler

131. İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı sorusuna ilişkin temel ilkeler, Mahkeme içtihadında oturmuş olup, aşağıdaki gibi özetlenmiştir (bk., diğerleri arasında, Hertel / İsviçre, 25 Ağustos 1998, § 46, Karar ve Hüküm Derlemeleri 1998-VI; Steel ve Morris / Birleşik Krallık, No. 68416/01, § 87, AİHM 2005-II; İsviçre Rael Hareketi / İsviçre [BD], No. 16354/06, § 48, AİHM 2012 (alıntılar) ve Animal Defenders International / Birleşik Krallık [BD], No. 48876/08, § 100, 22 Nisan 2013):

> "(i) İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel dayanaklarından birini ve bu toplumun gelişimi ve her bireyin kendini gerçekleştirmesine yönelik temel koşullardan birini teşkil etmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına konu olan ifade özgürlüğü; olumlu karşılanan veya hakaret içerikli ya da önemli olmadığı düşünülen "bilgi" veya "fikirler" için geçerli olmakla kalmayıp; aynı zamanda gücendiren, sarsan veya rahatsız eden "bilgi" veya "fikirler" için de geçerlidir. "Demokratik bir toplumun" olmazsa olmazlarından olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik bunu gerektirmektedir. 10. maddede belirtilen bu özgürlük, istisnalara tabidir; bununla birlikte bu istisnaların katı bir biçimde yorumlanması ve herhangi bir kısıtlamaya ihtiyaç duyulduğunun ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerekir...
>
> (ii) 'Gerekli' sıfatı, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamı dahilinde, 'acil toplumsal ihtiyacın' varlığını ifade etmektedir. Sözleşme'ye taraf Devletler, bu tür bir ihtiyaç olup olmadığını değerlendirmede belli bir takdir payına sahiptir; ancak bu, gerek yasaları gerekse bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olanlar da dâhil bunları uygulamaya yönelik kararları kapsayan Avrupa denetimi ile bir arada yürümektedir. Bu nedenle Mahkeme, 'bir kısıtlamanın', 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğüyle bağdaştırılabilir olup olmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir.
>
> (iii) Denetleyici yargı yetkisini kullanırken Mahkemenin görevi yetkili ulusal makamların yerini almak değil; daha ziyade bu makamların takdir yetkileri uyarınca vermiş olduğu kararları 10. madde kapsamında yeniden gözden geçirmektir. Bu; söz konusu denetimin

davalı devletin takdir payını makul, dikkatli bir şekilde ve iyi niyet içerisinde kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlı olduğu anlamına gelmez; Mahkemenin yapması gereken, hakkında şikâyette bulunulan müdahaleye davanın bütünü ışığında bakmak ve 'güdülen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını ve ulusal makamların söz konusu müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürdüğü gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığını belirlemektir(...) Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların 10. madde içerisinde yer alan ilkelerle bağdaşan standartlar uygulamış olduğuna ve dahası ilgili olaylar hakkında kabul edilebilir bir değerlendirmeye dayanmış olduğuna kanaat getirmelidir (...)"

132. Mahkeme ayrıca, basının demokratik bir toplumda yerine getirdiği temel işlevi vurgulamaktadır. Her ne kadar basının başta başkalarının şöhret ve hakları ve gizli bilgilerin ifşasının önlenmesi ihtiyacı konusunda olmak üzere belli sınırları aşmaması gerekse de; görevi, kamu menfaatini ilgilendiren tüm konularda – yükümlülükleri ve sorumluluklarıyla tutarlı bir şekilde – bilgi ve düşünce yaymaktır (bk. Jersild / Danimarka, 23 Eylül 1994, § 31, Seri A No. 298; De Haes ve Gijsels / Belçika, 24 Şubat 1997, § 37, Karar ve Hüküm Derlemeleri, 1997-I ve Bladet Tromsø ve Stensaas / Norveç [BD], No 21980/93, § 58, AİHM, 1999-III). Gazetecilik özgürlüğü ayrıca belli derecede mübalağa ve hatta provokasyonun olası kullanımını da kapsamaktadır (bk. Prager ve Oberschlick / Avusturya, 26 Nisan 1995, § 38, Seri A No. 313 ve Bladet Tromsø ve Stensaas, yukarıda anılan, § 59). Sade bir vatandaş için müsaade edilebilir eleştirinin sınırları, hükümetler veya siyasetçiler için olandan daha dardır (bk. örneğin, Castells / İspanya, 23 Nisan 1992, § 46, Seri A No 236; İncal / Türkiye, 9 Haziran 1998, § 54, Karar ve Hüküm Derlemeleri, 1998-IV ve Tammer / Estonya, No. 41205/98, § 62, AİHM 2001-I).

133. Ayrıca Mahkeme daha önce, büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, internetin toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel anlamda bilginin dağıtılmasını kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağladığını kaydetmiştir (bk. Ahmet Yıldırım, yukarıda anılan, § 48, ve Times Newspapers Ltd, yukarıda anılan, § 27). Bununla birlikte, özellikle özel hayata saygı hakkı olmak üzere insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasına yönelik olarak internetteki içerik ve iletişimin doğurduğu zarar riski elbette basının doğurduğu zarar riskinden daha yüksektir (bk. Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel, yukarıda anılan, § 63).

134. Bir gazetecinin "görev ve sorumlulukları" değerlendirilirken, ilgili yayın aracının potansiyel etkisi önemli bir faktördür ve görsel-işitsel medyanın basılı medyaya nazaran daha hızlı ve güçlü bir etki yarattığı yaygın bir şekilde kabul edilmektedir (bk. Purcell ve Diğerleri / İrlanda, no.

15404/89, 16 Nisan 1991 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Derlemeler 70, s. 262). Tarafsız ve dengeli haberciliğin yöntemleri, diğer hususların yanı sıra ilgili medyaya bağlı olarak, önemli ölçüde değişebilmektedir (bk. Jersild, yukarıda anılan, § 31).

135. Mahkeme, başka bir kişi tarafından bir görüşmede yapılan beyanların yayılmasına yardım ettiği için bir gazetecinin cezalandırılmasının, basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına yönelik katkılarına ciddi şekilde engel oluşturacağını ve cezalandırmak için güçlü nedenler olmadan öngörülmemesi gerektiğini kaydetmiştir (bk. Jersild, yukarıda anılan, § 35; Thoma / Lüxemburg, no. 38432/97, § 62, AİHM 2001-III; ve, bu davaya uygulanabildiği ölçüde, Verlagsgruppe News GmbH / Avusturya, no. 76918/01, § 31, 14 Aralık 2006, ve Print Zeitungsverlag GmbH / Avusturya, no. 26547/07, § 39, 10 Ekim 2013).

136. Mahkeme ayrıca, Sözleşme ile bildirilen ve güvence altına alınan değerlerle bağdaşmayan söylemlerin Sözleşme'nin 17. maddesi gereğince 10. madde tarafından korunmadığını belirtmiştir. Mahkeme tarafından incelenen bu tür söylemlere dair örnekler Nazi soykırımını inkâr eden, Nazi yanlısı bir politikayı haklı gösteren, tüm Müslümanları ciddi bir terör saldırısıyla ilişkilendiren ya da Rusya'daki kötülüğün kaynağı olarak Yahudileri gösteren ifadeleri içermiştir (bk. Lehideux ve Isorni / Fransa, 23 Eylül 1998, §§ 47 ve 53, Derlemeler 1998-VII; Garaudy / Fransa (k.k.),no. 65831/01, AİHM 2003-IX; Norwood / Birleşik Krallık (k.k.), no. 23131/03, AİHM 2004-XI; Witzsch / Almanya (k.k.), no. 7485/03, 13 Aralık 2005; ve Pavel Ivanov / Rusya (k.k.), no. 35222/04, 20 Şubat 2007).

137. Mahkeme, özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının bir parçası olan şöhretin korunması hakkının, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan bir hak olduğunu yinelemektedir (bk. Chauvy ve Diğerleri, yukarıda anılan, § 70; Pfeifer / Avusturya, No. 12556/03, § 35, 15 Kasım 2007 ve Polanco Torres ve Movilla Polanco / İspanya, No. 34147/06, § 40, 21 Eylül 2010). Bununla birlikte, 8. maddenin devreye girmesi için, bir kişinin şöhretine yönelik saldırının belli seviyede ciddiyete ulaşması ve kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını kullanmasına halel getirecek şekilde gerçekleştirilmesi gereklidir (bk. A. / Norveç, No. 28070/06, § 64, 9 Nisan 2009 ve Axel Springer AG / Almanya [BD], No 39954/08, § 83, 7 Şubat 2012).

138. "Başkalarının şöhret veya haklarının korumasındaki" menfaatleri kapsamında, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne müdahale edilmesine yönelik bir ihtiyaç olup olmadığını incelerken Mahkemenin, yerel makamların Sözleşme tarafından güvence altına alınan ve başka davalarda birbiriyle çatışabilen iki değer, yani bir yanda 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğü ile diğer yanda 8. maddede belirtilen özel hayata saygı hakkı arasında adil bir denge

kurulmuş olup olmadığını belirlemesi gerekebilir (bk. Hachette Filipacchi Associés / Fransa, No. 71111/01, § 43, 14 Haziran 2007; MGN Limited / Birleşik Krallık, No. 39401/04, § 142, 18 Ocak 2011 ve Axel Springer AG, yukarıda anılan, § 84).

139. Mahkeme, ilke olarak 8. ve 10. maddeler kapsamında güvence altına alınan hakların eşit derecede gözetilmesi gerektiğine ve bir başvuru neticesinin, kural olarak, başvurunun Mahkemeye onur kırıcı bir makalenin yayıncısı tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yapılmış olması veya söz konusu makaleye konu kişi tarafından Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılmış olmasına göre değişiklik göstermemesi gerektiğine karar vermiştir. Dolayısıyla, takdir payının, ilke olarak, her iki durumda da aynı olması gerekmektedir (bk. Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS), yukarıda anılan, § 41; Timciuc / Romanya (k.k.), No. 28999/03, § 144, 12 Ekim 2010 ve Mosley / Birleşik Krallık, No 48009/08, § 111, 10 Mayıs 2011 davalarına ilave atıflarla Axel Springer AG, yukarıda anılan, § 87 ve 106, AİHM 2012). Belirtilen iki hak arasındaki dengeleme işleminin, yetkililer tarafından Mahkeme içtihadında belirtilen kriterlere uygun olarak gerçekleştirilmesi durumunda, Mahkeme, kendi görüşünü yerel mahkemenin görüşüyle değiştirmek için güçlü nedenlere ihtiyaç duyar (bk. MGN Limited, yukarıda anılan, §§ 150 ve 155, ve Palomo Sánchez ve Diğerleri / İspanya [BD], no. 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, § 57, 12 Eylül 2011 davalarına atıf yapılan Axel Springer AG, yukarıda anılan, § 88, ve Von Hannover (no. 2), yukarıda anılan, § 107). Diğer bir ifadeyle, Devletin çakışan özel menfaatler ya da çakışan Sözleşme hakları arasında denge kurması gerekirse, genellikle Mahkeme tarafından sağlanan geniş bir takdir payı olacaktır (bk. Evans / Birleşik Krallık [BD], no. 6339/05, § 77, AİHM 2007-I; Chassagnou ve Diğerleri / Fransa [BD], no. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, § 113, AİHM 1999-III; ve Ashby Donald ve Diğerleri / Fransa, no. 36769/08, § 40, 10 Ocak 2013).

(b) Yukarıda belirtilen ilkelerin somut davaya uygulanması

(i) Orantılılık hususunun değerlendirilmesindeki unsurlar

140. Mahkeme, okuyucuların başvuran şirketin internet haber portalında yayınlanan haber makalesine tepki olarak ekledikleri -portalın yorum alanında yer alan- yorumların, küçük düşürücü olduğu konusunda hiçbir tartışma olmadığını kaydetmektedir. Nitekim başvuran şirket, zarar gören taraf kendisine ihbarda bulunur bulunmaz yorumları kaldırmış ve Mahkeme önünde söz konusu yorumları "ihlale yol açan" ve "yasaya aykırı" olarak nitelemiştir (bk. Daire kararının 84. paragrafı). Mahkeme ayrıca, dava konusu yorumların büyük bölümünün nefret söylemi ve şiddete teşvik olduğunu ve bu itibarla 10. madde korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir (bk. yukarıda 136. paragraf). Bu nedenle, mevcut davada ilgili yorumların yazarlarının ifade özgürlükleri dava konusu değildir. Mahkeme önündeki mesele daha ziyade, başvuran şirketin

üçüncü taraflarca yayınlanan söz konusu yorumlardan sorumlu olduğu yönündeki yerel mahkeme kararlarının, Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan bilgi verme özgürlüğüne aykırı olup olmadığı hususuyla ilgilidir.

141. Mahkeme, L'nin avukatlarının bildirimi üzerine söz konusu yorumların başvuran şirket tarafından derhal siteden kaldırılmasına rağmen (bk. yukarıda 18. ve 19. paragraflar), Yüksek Mahkemenin, açıkça hukuka aykırı içerikler barındıran yorumların yayınlanmasını önlemesi gerektiği nedeniyle Borçlar Kanunu'na dayanarak başvuran şirketi sorumlu tuttuğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, Borçlar Kanunu'nun 1047 (3). maddesine atıfta bulunmuştur. Söz konusu hükme göre, bilgi veya diğer hususların ifşa edilmesi; bilgileri veya diğer hususları ifşa eden veya bu hususların kendisine ifşa olunduğu kişinin ifşa etmede meşru bir menfaatinin bulunması ve bilgileri ifşa eden kişinin söz konusu bilgileri veya diğer hususları "olası ihlalin vahametine" karşılık gelecek bir bütünlükle kontrol etmiş olması durumunda; hukuka aykırı değildir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, ifşaatın ardından başvuran şirketin –hukuka aykırı içeriğinden haberdar olması gerektiği- yorumları portalından kendi inisiyatifiyle kaldırmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, başvuran şirket Borçlar Kanunu'nun 1050 (1) maddesi uyarınca "kusur bulunmadığını kanıtlayamadığından", başvuran şirketin eylemsizliği hukuka aykırı görülmüştür (bk., yukarıda 31. paragrafta yer aldığı üzere, Yüksek Mahkeme kararının 16. maddesi).

142. Mahkeme, Yüksek Mahkemenin gerekçesi ışığında, tutarlı içtihadı uyarınca, ulusal mahkemelerin başvuran şirketin sorumlu olduğuna ilişkin tespitinin davanın kendine özgü koşulları altında ilgili ve yeterli gerekçelere dayalı olup olmadığını değerlendirmelidir (bk. yukarıda 131. paragraf). Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvuran şirketi üçüncü taraflarca yayınlanan yorumlar nedeniyle sorumlu kılan kararlarının söz konusu şirketin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği sorusunun karara bağlanması amacıyla, Dairenin inceleme açısından şu hususların gerekli olduğunu tespit ettiğini gözlemlemiştir: yorumların bağlamı, karalayıcı yorumların önlenmesi ya da kaldırılması amacıyla başvuran şirket tarafından uygulanan tedbirler, başvuran şirketin yükümlülüğüne alternatif olarak yorumların gerçek yazarlarının yükümlülüğü ve yerel yargılamaların başvuran şirket açısından sonuçları (bk. Daire kararının 85. ve sonraki paragrafları).

143. Mahkeme, söz konusu müdahalenin orantılı olup olmadığı noktasının somut değerlendirmesi için bu hususların Mahkemenin mevcut davaya ilişkin incelemesi kapsamında gerekli olduğu konusunda hemfikirdir (bk. yukarıda 112 ile 117 arasındaki paragraflar).

(ii) Yorumların bağlamı

144. Mahkeme, yorumların bağlamıyla ilgili olarak, Delfi haber portalında yayınlanan feribot şirketine ilişkin haber yazısının dengeli bir yazı olduğunu, saldırgan bir dil içermediğini ve ulusal yargılamalarda hukuka aykırı ifadelerle ilgili hiçbir argümana yol açmadığını kabul etmiştir. Mahkeme, tarafsız bir konuya ilişkin olduğu görülen bu tür dengeli bir yazının bile internette şiddetli tartışmalara yol açabileceğinin farkındadır. Ayrıca Mahkeme bu bağlamda Delfi haber portalının yapısına özel önem vermektedir. Mahkeme, Delfinin yayınladığı haber yazılarına çok sayıda yorum çekmeyi amaçlayan ticari bir temelde faaliyet gösteren ve profesyonelce yönetilen bir internet haber portalı olduğunu yinelemiştir. Mahkeme; başvuran şirketin, kendilerine ait düşünceler ve görüşleriyle (yorumlar) ziyaretçileri haberleri tamamlamak için websitesine davet ederek, yorum ortamını haber portalına entegre ettiği hususuna Yüksek Mahkeme tarafından açıkça atıfta bulunulduğunu gözlemlemiştir. Yüksek Mahkemenin bulgularına göre, başvuran şirket yorum ortamında, portalda görünen haber öğelerine yorum yapılması için aktif olarak çağrıda bulunmuştur. Başvuran şirketin portalının ziyaretçi sayısı yorumların sayısına bağlıdır; dolayısıyla portalda yayınlanan reklamlardan kazanılan gelir de ziyaretçi sayısına bağlıdır. Yüksek Mahkeme bu nedenle, başvuran şirketin yorumları yayınlamada ekonomik çıkarı bulunduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkemenin incelemesi dikkate alındığında, başvuran şirketin yorumların yazarı olmaması, yorum ortamı üzerinde kontrolü olmadığı anlamına gelmemektedir (bk. yukarıda 31. paragrafta yer aldığı üzere, kararın 13. maddesi).

145. Mahkeme bu kapsamda, Delfi internet sitesinde yer alan "Yorum kurallarında", başvuran şirketin asılsız ve/veya konu dışı, iyi uygulamaya aykırı, tehdit, hakaret, müstehcen ifadeler ya da kabalık içeren yorumların yayınlanmasını yasakladığının belirtildiğini vurgulamıştır. Bu tür yorumlar kaldırılabilir ve yazarlarının yorum yayınlamalarına sınırlama getirilebilirdi. Ayrıca, yorumlar başvuran şirketin haber portalında yayınlandıktan sonra, yorumların asıl yazarlarının yorumları değiştirme ya da silme yetkileri bulunmamaktadır - sadece başvuran şirket bunu yapabilecek teknik araçlara sahiptir. Mahkeme; yukarıda belirtilen hususlar ve Yüksek Mahkemenin gerekçesi ışığında, başvuran şirketin, portalında yayınlanan yorumlar üzerinde önemli ölçüde denetleme uyguladığının kabul edilmesi gerektiği yönündeki Daire kararıyla aynı fikirdedir.

146. Özetlemek gerekirse, Mahkeme, başvuran şirketin Delfi haber portalında yer alan haber yazılarındaki yorumların kamuya açıklanmasındaki ilişkisinin, pasif ve sadece teknik hizmet sağlayıcılığını aştığı hususunun Yüksek Mahkeme tarafından yeterli bir şekilde tespit edildiğini değerlendirmiştir. Mahkeme bu nedenle, Yüksek Mahkemenin bu konudaki gerekçesini Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde uygun temellere dayandırdığına karar vermiştir.

(iii) Yorumların yazarlarının sorumlulukları

147. Mahkeme, mevcut dava gibi bir davada yorumların gerçek yazarlarının sorumluluklarının, internet haber portalının sorumluluklarına makul bir alternatif teşkil edip etmeyeceği sorusuyla bağlantılı olarak, internet kullanıcılarının kimliklerinin ifşa edilmemesindeki çıkarlarını önemsemektedir. Anonimlik uzun bir süredir misillemelerden ya da istenmeyen ilgiden kaçınmanın bir aracı olarak kullanılmaktadır. Bu itibarla anonimlik, özellikle de internette, düşüncelerin ve bilgilerin serbest akışının önemli bir ölçüde artmasını sağlayacak niteliktedir. Mahkeme bununla birlikte, internette bilgiyi yaymanın kolaylığı, kapsamı ve sürati ile birlikte bilginin açıklandıktan sonra sürekliliğini dikkate almakta olup, bu hususların geleneksel medyaya nazaran internette hukuka aykırı söylemlerin etkisini önemli ölçüde ağırlaştırdığını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme bu bağlamda, Avrupa Birliği Adalet Divanının yakın tarihli Google İspanya ve Google davasındaki kararına atıfta bulunmuştur. Söz konusu davanın farklı bir bağlamda yer almasına karşın, belirtilen mahkeme söz konusu davada, bir kişinin özel hayatına ciddi bir müdahale içeren bilgilerin uzun bir süre internette yer almasına yönelik sorunu incelemiş ve ilke olarak bireyin temel haklarının, arama motoru operatörünün ekonomik çıkarlarından ve diğer internet kullanıcılarının çıkarlarından daha önemli olduğuna karar vermiştir (bk. yukarıda 56. paragraf).

148. Mahkeme, internette farklı anonimlik derecelerinin mümkün olduğunu kaydetmiştir. Bir internet kullanıcısı kamunun büyük çoğunluğuna anonim olabilirken, aynı zamanda ya doğrulanmamış ya da onaya tabi tutulabilen –sınırlı doğrulamadan (örneğin, bir hesabın e-mail adresi ya da sosyal ağ hesabı üzerinden aktif hale getirilmesi) kişinin çok daha güvenli kimliğe sahip olmasına olanak sağlayan ulusal elektronik kimlik kartları ya da online bankacılık kimlik denetimi kullanımı aracılığıyla güvenli yetkilendirmeye kadar uzanabilir- bir hesap ya da iletişim verisi aracılığıyla bir servis sağlayıcı tarafından kimliği belirlenebilir. Bir servis sağlayıcısı aynı zamanda kullanıcılarına oldukça geniş ölçüde anonimlik sağlayabilir; bu durumda, kullanıcıların kimliklerini belirtmelerine gerek duyulmamaktadır ve bu kullanıcılar, internet erişim sağlayıcılarının elinde bulunan bilgiler aracılığıyla –sınırlı ölçüde- izlenebilir konumda olurlar. Bu tür bir bilginin verilmesi, soruşturma ya da yargı makamlarının bir kararını gerektirmekte olup, kısıtlayıcı şartlara tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, bazı durumlarda faillerin kimliklerinin tespit edilmesi ve kovuşturulmaları için gerekli olabilir.

149. Bu nedenle Mahkeme, bir çocuğa yönelik cinsel nitelikli "kötü niyetli yanlış beyan" suçuna ilişkin K.U. / Finlandiya davasında, "ifade özgürlüğü ve iletişimin gizliliğinin esas dikkate alınacak hususlar olduğunu ve telekomünikasyon ve internet hizmeti kullanıcılarına,

mahremiyetlerine ve ifade özgürlüklerine saygı gösterileceğine dair bir güvence sağlanması gerektiğini, ancak bu güvencenin mutlak bir nitelik taşıyamayacağını ve kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi diğer meşru zorunlulukların ortaya çıkması halinde, söz konusu güvencenin ortadan kaldırılması gerektiğini" kaydetmiştir (bk. K.U / Finlandiya, no.2872/02, § 49, AİHM 2008). Söz konusu davada, başvuranın servis sağlayıcısından tazminat almasının mümkün olduğu yönündeki Hükümet argümanı, davanın koşulları kapsamında bunun yeterli olmadığını kaydeden Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, gerçek failin tespit edilmesini ve mahkeme önüne çıkarılmasını sağlayacak bir hukuk yolu olması gerektiğini, ancak söz konusu dönemde davalı devletin düzenleyici çerçevesinin, söz konusu amaç çerçevesinde gerekli bilgileri açıklaması amacıyla internet servis sağlayıcısına talimatta bulunma imkânı sağlamadığını kaydetmiştir (aynı karar, §§ 47 ve 49). K.U / Finlandiya davasının ulusal hukuk uyarınca cezai alandaki bir suç olarak sınıflandırılan ve mağdurun özel hayatına mevcut davaya nazaran daha kapsamlı müdahale içeren bir ihlal ile ilgili olmasına rağmen, Mahkemenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, önemli bir değer olmasına karşın internette anonimlik diğer hak ve çıkarlar karşısında dengelenmelidir.

150. Mahkeme, hukuk davalarında yorumların yazarlarının kimliklerinin tespit edilmesiyle ilgili olarak, tarafların geçerliliğe ilişkin görüşlerinin farklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, taraflarca sağlanan bilgilere dayanarak; Estonya mahkemelerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 244. maddesi kapsamındaki "duruşma öncesi delil toplama" usulünde (bk. yukarıda 40. paragraf), karalayıcı yorumları yayınladığı iddia edilen yazarların IP adreslerinin online gazeteler ya da haber portalları tarafından ifşa edilmesine ve söz konusu IP adreslerinin atandığı abonelerin isim ve adreslerinin internet servis sağlayıcıları tarafından ifşa edilmesine yönelik olarak hakarete maruz kalan kişilerce yapılan talepleri kabul ettiğini gözlemlemiştir. Hükümet tarafından sunulan örnekler, karışık sonuçlar içermiştir: bazı durumlarda, yorumların yapıldığı bilgisayarın tespitinin mümkün olduğu ortaya konarken, bazı durumlarda, çeşitli teknik nedenlerle, bunun mümkün olmadığı ortaya konmuştur.

151. Yüksek Mahkemenin mevcut davada verdiği karara göre, zarar gören kişi, başvuran şirket ya da yorumların yazarları aleyhinde dava açma olanağına sahip olmuştur. Mahkeme, yorumların yazarlarının kimliğinin tespitine olanak sağlayan tedbirlerin belirsiz etkinliği ile birlikte bir nefret söylemi mağdurunun yorumların yazarları hakkında etkili bir şekilde dava açmasını mümkün kılmaya yönelik olarak aynı gerekçeyle başvuran şirket tarafından devreye sokulan enstrümanların bulunmaması hususlarının, Yüksek Mahkemenin kararını ilgili ve yeterli nedenlere dayandırdığı sonucunu destekleyen unsurlar olduğu kanısındadır. Mahkeme bu bağlamda, Krone Verlag (no. 4) kararına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, belirtilen kararda, hakarete maruz kalan kişinin

hakaret davasında tazminat elde etmesine yönelik riskin genelde hakaret eden kişiden daha iyi ekonomik koşullara sahip olan medya şirketine kaydırılmasının, söz konusu medya kuruluşunun ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil etmediği sonucuna varmıştır (bk. Krone Verlags GmbH & Co. KG / Avusturya (no. 4), no. 72331/01, § 32, 9 Kasım 2006).

(iv) Başvuran şirket tarafından alınan tedbirler

152. Mahkeme, başvuran şirketin internet sitesinde yer alan her bir makaledeki yorum sayısını belirttiğini ve bu nedenle en hareketli diyalogların gerçekleştiği yerlerin haber portalı editörleri açısından kolayca belirlenebilir olduğunu kaydetmiştir. Anlaşıldığı kadarıyla, mevcut davaya konu makale ortalamanın oldukça üzerinde bir sayı olan 185 yorum almıştır. Yorumlar nedeniyle zarar gören kişilerin avukatları tarafından başvuran şirkete yapılan bildirim üzerine, söz konusu yorumlar internet sitesine yüklendikten sonra yaklaşık altı hafta sonra başvuran şirket tarafından kaldırılmıştır (bk. yukarıda 17-19. paragraflar).

153. Mahkeme; Yüksek Mahkemenin kararında, "zarara sebebiyet vermenin önlenmesine yönelik hukukun getirdiği yükümlülük nedeniyle, başvuran şirketin açıkça hukuka aykırı içeriğe sahip yorumların yayınlanmasını engellemesi gerektiğini" kaydettiğini gözlemlemiştir. Ancak, Yüksek Mahkeme ayrıca "ifşa sonrasında, başvuran şirketin hukuka aykırı içeriğinin farkında olması gerektiği yorumları kendi inisiyatifiyle portaldan kaldırmadığını" kaydetmiştir (bk., yukarıda 31. paragrafta belirtildiği üzere, kararın 16. maddesi). Bu nedenle Yüksek Mahkeme, başvuran şirketin yorumların internet sitesine yüklenmesini engelleme yükümlülüğü bulunup bulunmadığını ya da başvuran şirketin, Borçlar Kanunu kapsamında yükümlülükten kurtulmak için, saldırgan yorumları yayınlanmasının hemen ardından kaldırmasının ulusal hukuk uyarınca yeterli olup olmayacağını açıkça belirlememiştir. Mahkeme; Yüksek Mahkemenin -başvuranın Sözleşme haklarına müdahaleye yol açan- kararında dayandığı gerekçeler değerlendirildiğinde, ulusal mahkemenin başvuranın haklarını güdülen amaca ulaşılması bakımından gerekli olandan daha fazla kısıtlama niyetinde olduğunu gösteren hiçbir nokta bulunmadığını değerlendirmiştir. Bu kapsamda ve Sözleşme'nin 10. maddesinde yer verilen bilgi verme özgürlüğü dikkate alındığında, Mahkeme; Yüksek Mahkemenin kararının, yorumların yayınlandıktan hemen sonra başvuran şirket tarafından kaldırılmasının söz konusu şirketin ulusal hukuk uyarınca sorumluluktan kurtulması bakımından yeterli olacağı şeklinde anlaşılması gerektiği varsayımı üzerinden devam edecektir. Sonuç olarak, başvuran şirketin portalında yayınlanan yorumlar üzerinde önemli ölçüde denetleme uyguladığının kabul edilmesi gerektiğine yönelik yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, Mahkeme, başvuran şirkete, nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ve bu nedenle açıkça hukuka aykırı olan yorumların yayınlanır yayınlanmaz

hemen kaldırılmasına yönelik bir yükümlülük getirmenin, ilke olarak, şirketin ifade özgürlüğüne orantısız müdahale teşkil etmeyeceğini değerlendirmiştir.

154. Somut davada asıl mesele; başvuran şirketin yorumları yayınlanmasının hemen ardından kaldırmaması nedeniyle, sorumluluğun gerekçelendirildiği yönündeki ulusal mahkeme kararının ilgili ve yeterli temellere dayalı olup olmadığıyla ilgilidir. Bu husus akılda tutularak, öncelikle, başvuran şirketin, nefret söylemi teşkil eden ya da şiddete teşvik eden söylemleri barındıran yorumların filtrelenmesini sağlayan mekanizmaları kurup kurmadığı dikkate alınmalıdır.

155. Mahkeme, başvuran şirketin bu bağlamda belirli tedbirler aldığını kaydetmiştir. Delfi haber portalında, yorumlardan –başvuran şirketin değil- yorumların yazarlarının sorumlu olduğunu ve doğru uygulamaya aykırı ya da tehdit, hakaret, müstehcen ifadeler veya küfür içeren ya da kine, şiddete ya da yasadışı eylemlere teşvik eden yorumların yayınlanmasının yasak olduğunu belirten bir yasal uyarı yer almaktaydı. Ayrıca portalda, belirli küfürlü kelimelerin kökenlerine dayalı olarak çalışan yorumları otomatik olarak silme sistemi bulunmaktaydı; buna ek olarak, uygunsuz bir yorumun farkına varan herhangi bir kişinin, uyarı için tasarlanan bir butona tıklayarak, ilgili yorumu portal yöneticilerinin dikkatine sunabilecekleri bir uyar ve kaldır sistemi yer almaktaydı. Bununla birlikte, bazı durumlarda, yöneticiler kendi inisiyatifleri doğrultusunda uygunsuz yorumları kaldırmışlardır.

156. Bu nedenle Mahkeme, başvuran şirketin üçüncü taraflara zarar verilmesini engelleme görevinin tümüyle ihmal edildiğinin söylenemeyeceğini kaydetmiştir. Ancak, daha da önemlisi, başvuran şirket tarafından kullanılan otomatik kelime bazlı filtre, okuyucular tarafından yayınlanan çirkin nefret söylemlerini ve şiddete teşvik eden söylemleri filtrelememiş ve bu nedenle saldırgan yorumları hızlı bir şekilde kaldırma becerisi sınırlanmıştır. Mahkeme, söz konusu kelime ve ifadelerin büyük çoğunluğunun sofistike metaforlar içermediğini ya da gizli anlamlar veya üstü kapalı tehditler barındırmadığını yinelemiştir. Söz konusu kelime ve ifadeler açık nefret ifadeleri ve L.'nin fiziksel bütünlüğüne yönelik bariz tehditlerdir. Bu nedenle, otomatik kelime bazlı filtre bazı durumlarda kullanışlı olsa da, mevcut davanın olayları söz konusu filtrenin, içeriğinde Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunan ifadeler yer almayan yorumların tespit edilmesi bakımından yetersiz kaldığını göstermiştir (bk. yukarıda 136. paragraf). Mahkeme, filtreleme mekanizmasının bu eksikliğinin bir sonucu olarak, bu türde açıkça hukuka aykırı olan yorumlar altı hafta boyunca portalda kalmıştır (bk. yukarıda 18. paragraf).

157. Mahkeme bu bağlamda, portal yöneticilerinin bazı durumlarda uygunsuz yorumları kendi inisiyatifleri doğrultusunda kaldırdıklarını ve görünüşe göre mevcut davada yaşanan olaylardan bir süre sonra başvuran şirketin özel bir moderatör ekibi kurduğunu gözlemlemiştir. Sesini

internette duyurmak isteyen bir kişinin geniş olanaklara sahip olduğu dikkate alındığında, Mahkeme, büyük bir haber portalının, nefret söylemi ve –mevcut davadaki gibi- şiddete teşvik eden söylemlerin yayılmasını sınırlandırmaya yönelik etkili tedbirler alma yükümlülüğünün, hiçbir şekilde "özel medya kuruluşlarına uygulanan sansür" ile aynı kefeye konulamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme, internetin "halkın habere erişiminin arttırılması ve genel olarak bilginin yayılmasının kolaylaştırılması" konusundaki "önemli rolünü" kabul etmekle birlikte (bk. Ahmet Yıldırım, yukarıda anılan, § 48, ve Times Newspapers Ltd, yukarıda anılan, § 27), internetteki içerik ve iletişimin ortaya çıkardığı zarar riskini de önemsemektedir (bk. Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel, yukarıda anılan, § 63; ayrıca bk. Mosley, yukarıda anılan, § 130).

158. Ayrıca, koşullara bağlı olarak, –örneğin, bazı durumlarda bir takım kişilerden oluşan bir gruba yöneltilen nefret söylemi ya da somut davada yer alan bazı yorumlarda açıkça ortaya konduğu şekilde doğrudan şiddete teşvik eden söylem gibi- kimliği saptanabilir bireysel bir mağdur olmayabilir. Bireysel bir mağdurun olduğu durumlarda, söz konusu birey, haklarının ihlal edildiğine yönelik iddiayı internet servis sağlayıcısına bildirmekten alıkonabilir. Mahkeme, potansiyel bir nefret söylemi mağdurunun sürekli olarak interneti kontrol edebilmesinin, büyük bir ticari internet haber portalının bu tür yorumları engelleme ya da hızla kaldırabilmesinden daha sınırlı olduğu değerlendirmesini önemsemektedir.

159. Mahkeme son olarak, başvuran şirketin (bk. yukarıda 78. paragraf), uygulamaya koyduğu uyar ve kaldır sistemine Mahkemenin gereken önemi göstermesi gerektiğini ama göstermediğini ileri sürdüğünü gözlemlemiştir. Mahkemeye göre bu sistem, derhal müdahale edilmesine olanak sağlayan etkin usullerle birlikte kullanıldığında, ilgili tüm tarafların hak ve menfaatlerinin dengelenmesi bakımından birçok durumda uygun bir araç işlevi görebilir. Bununla birlikte, somut dava gibi davalarda, yani Mahkeme içtihadından anlaşıldığı üzere kullanıcılar tarafından oluşturulan yorumların nefret söylemi ve bireylerin fiziksel bütünlüğüne doğrudan tehdit şeklinde olduğu durumlarda (bk. yukarıda 136. paragraf), Mahkeme, yukarıda da belirtildiği üzere (bk. 153. paragraf), internet haber portallarının -mağdur olduğu iddia edilen kişi ya da üçüncü taraflardan bildirim olmaksızın- açıkça hukuka aykırı olan yorumları derhal kaldırmaya yönelik tedbirler almamaları durumunda, başkalarının ve bir bütün olarak toplumun hak ve menfaatlerinin Sözleşme'ye taraf Devletlere Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde, internet haber portallarına sorumluluk getirme hakkını verebileceğini değerlendirmiştir.

(v) Başvuran şirket açısından sonuçlar

160. Mahkeme son olarak, başvuran şirket açısından ulusal yargılamalardan hangi sonuçların ortaya çıktığı konusunda, şirketin zarar gören kişiye manevi tazminat olarak 320 avroya eşdeğer tazminat ödemesine karar verildiğini kaydetmiştir. Mahkeme; başvuran şirketin Estonya'daki en büyük internet haber portallarından birinin profesyonel operatörü olduğu dikkate alındığında, bu meblağın yerel mahkemelerce tespit edilen ihlalle orantısız olduğunun hiçbir şekilde değerlendirilemeyeceği yönünde karar veren Daire ile hemfikirdir (bk. Daire kararının 93. paragrafı). Mahkeme bu bağlamda, internet haber portallarının operatörlerinin sorumluluğuna ilişkin olarak Delfi sonrasında ulusal düzeyde ortaya çıkan içtihada da önem verdiğini kaydetmiştir (bk. yukarıda 43. paragraf). Mahkeme, alt mahkemelerin bu davalarda Yüksek Mahkemenin Delfi davasında verdiği kararı takip ettiklerini ancak manevi tazminat ödenmesine karar verilmediğini gözlemlemiştir. Diğer bir ifadeyle, Delfi sonrasında görülen davalardaki operatörler açısından somut netice, söz konusu operatörlerin kırıcı yorumları kaldırmış olmaları ama manevi tazminat ödemeleri yönünde bir karar verilmemiş olmasıdır.

161. Mahkeme ayrıca, başvuran şirketin ulusal yargılamalar neticesinde iş modelini değiştirmek zorunda kalmadığını gözlemlemiştir. Mevcut bilgilere göre, Delfi haber portalı Estonya'nın en büyük internet yayıncılarından biri olmaya ve yorum yazmak için en popüler portal olmaya devam etmiştir ve yorumların sayısı artmaya devam etmektedir. Kayıtlı kullanıcılar tarafından oluşturulan ve okuyuculara öncelikli olarak gösterilen yorumların yanı sıra, anonim yorumlar halen çoğunluktadır; başvuran şirket ayrıca, portalda yayınlanan yorumları izleme görevini yürüten bir moderatör ekibi kurmuştur (bk. yukarıda 32. ve 83. paragraflar). Mahkeme, bu koşullar altında, başvuran şirketin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin bu nedenle de orantısız olduğu sonucuna varamaz.

(vi) Sonuç

162. Yukarıda belirtilen yönlere ilişkin somut değerlendirme temel alınarak, Yüksek Mahkemenin mevcut davadaki gerekçesi, özellikle söz konusu yorumların aşırı niteliği, yorumların başvuran şirket tarafından ticari temelde işletilen ve profesyonel olarak yönetilen haber portalında yayınlanan bir makaleye tepki olarak yayınlandığı, nefret söylemi teşkil eden ve şiddete teşvik eden söylemler barındıran yorumların derhal kaldırılmasına ve söz konusu yorumların yazarlarının sorumlu tutulmaları bakımından gerçekçi bir olasılık sağlanmasına yönelik olarak başvuran şirket tarafından alınan tedbirlerin yetersizliği ile başvuran şirkete uygulanan ölçülü yaptırım dikkate alındığında, Mahkeme, davalı Devlete sağlanan takdir payını göz önünde bulundurarak, ulusal mahkemeler tarafından başvuran şirkete sorumluluk yüklenmesinin ilgili ve

yeterli gerekçelere dayandırıldığı sonucuna varmıştır Bu nedenle, ilgili tedbir, başvuran şirketin ifade özgürlüğüne orantısız bir sınırlama teşkil etmemiştir.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE

İki oya karşılık on beş oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

İşbu karar İngilizce ve Fransızca olarak hazırlanmış ve 16 Haziran 2015 tarihinde Strazburg'ta yer alan İnsan Hakları Binası'nda gerçekleştirilen kamuya açık duruşma sırasında verilmiştir.

Johan Callewaert

Yazı İşleri Müdür Vekili

Dean Spielmann

Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 ve Mahkeme İçtüzüğünün 74 § 2 maddeleri uyarınca, bu karara aşağıdaki ayrık görüşler eklenmiştir:

(a) Yargıçlar Raimondi, Karakas, De Gaetano ve Kjølbro'nun müşterek mutabık görüşü;

(b) Yargıç Zupančič'in mutabık görüşü;

(c) Yargıçlar Sajó ve Tsotsoria'nın müşterek muhalif görüşü.

D.S. J.C.

YARGIÇLAR RAIMONDI, KARAKAS, DE GAETANO VE KJØLBRO'NUN MÜŞTEREK MUTABIK GÖRÜŞÜ

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği konusunda aynı fikirdeyiz. Ancak, iki hususa ilişkin konumumuzu netleştirmek isteriz: (1) Mahkemenin, Yüksek Mahkemenin kararına ilişkin yorumu, ve (2) Mahkemenin şikayete ilişkin değerlendirmesinin temelini oluşturan ilkeler.

2. Öncelikle, Mahkemenin Yüksek Mahkemenin kararına ilişkin yorumu (bk. 153-154. paragraflar) davanın değerlendirilmesinde belirleyici niteliktedir.

3. Yüksek Mahkeme, kararını verirken, diğerlerine ilaveten, zarara sebebiyet vermenin önlenmesine yönelik yükümlülükten, Delfi'nin "bariz bir şekilde hukuka aykırı içeriğe sahip yorumların yayınlanmasını engellemesi gerektiği" sonucunu çıkardığını belirtmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, söz konusu yorumların ifşa edilmesinden sonra, Delfi'nin "–hukuka aykırı içeriğinden haberdar olması gerektiği- yorumları portalından kendi inisiyatifiyle kaldırmadığını" kaydetmiştir. Yüksek Mahkeme, Delfi'nin "eylemsizliğinin hukuka aykırı olduğunu" ve "kusur bulunmadığını kanıtlayamaması sebebiyle" Delfi'nin sorumlu olduğunu tespit etmiştir (bk. kararın 31. paragrafında belirtilen alıntı).

4. Yüksek Mahkemenin kararına ilişkin iki olası yorum bulunmaktadır: (1) hukuka aykırı yorumların yayınlanmasını "engellemediğinden", Delfi sorumludur ve bu sorumluluk, yorumları daha sonra "kaldırmaması" nedeniyle artmıştır; veya (2) Delfi hukuka aykırı yorumların yayınlanmasını "engellememiştir" ve yorumları daha sonra "kaldırmaması" nedeniyle, söz konusu yorumlardan sorumludur.

5. Mahkeme, Yüksek Mahkemenin kararını ikinci anlamda yorumlamayı seçmiş ve böylelikle kullanıcılar tarafından yapılan hukuka aykırı yorumların yayınlanmasını "önlememesi" nedeniyle bir haber portalının olası sorumluluğuna ilişkin zor sorudan kaçınmıştır. Ancak Mahkeme Yüksek Mahkemenin kararını birinci anlamda yorumlasaydı, davanın neticesi farklı olabilirdi.

6. Yüksek Mahkemenin kararı birinci anlamda yorumlansaydı, bu durum ulusal mevzuatın Delfi gibi bir haber portalına aşırı yük getirme riskine yol açacak şekilde yorumlanmasına sebep olurdu. Aslında bir haber portalı, makalelerine okuyucular tarafından yazılan yorumlar açısından sorumluluktan kaçınmak için bu tür yorumların yayınlanmasını engellemek zorunda olabilirdi (ve ayrıca yayınlanan bu tür yorumları kaldırmak zorunda olabilirdi). Belirtilen durum uygulamada otomatik ya da otomatik olmayan etkili bir denetleme sistemini gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir haber portalı, okuyucular tarafından yazılan bariz bir şekilde hukuka aykırı yorumların yayınlanmasını engellemek amacıyla yorumları ön denetlemeye tabi tutmak zorunda kalabilir. Ayrıca, bir haber portalının sorumluluğu yorumların açıkça hukuka aykırı niteliğiyle

yakından bağlantılı olsaydı, müştekinin, haber portalının yorumların portalda yayınlanacağını ya da yayınlandığını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini kanıtlamasına yönelik bir gereklilik olmadan, portal kural olarak, bu tür yorumların okuyucular tarafından yapılabileceği varsayımına göre hareket etmek ve bu nedenle bu tür yorumların yayınlanmasının engellenmesine yönelik – uygulamada ön denetleme tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek- gerekli tedbirleri almak zorunda kalırdı.

7. Bu nedenle bize göre, bir haber portalını kullanıcı tarafından oluşturulan yorumların yayınlanmasını "engellemediği" için sorumlu bulmak, portalın her türlü hukuka aykırı yoruma yönelik sorumluluktan kaçınması için kullanıcı tarafından oluşturulan bütün yorumları tek tek ön denetlemeye tabi tutması anlamına gelecektir. Bu durum, uygulamada, haber portalının Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahaleye yol açabilir.

8. İkinci olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği yönünde karar vermesine yol açan temel ilkeleri açık bir şekilde belirtmeliydi. Mahkeme bunun yerine, davaya özgü gerekçeler benimsemiş ve bununla birlikte ilgili ilkeleri sonraki içtihatta daha açık bir şekilde geliştirilmeye bırakmıştır.

9. Bize göre, Mahkeme mevcut dava gibi bir davanın değerlendirilmesine ilişkin ilkeleri daha açık bir şekilde belirtme imkânını kullanmalıydı.

10. Makalelerin okuyucularını yorum yazmaya davet eden ve bu yorumları halka açıklayan Delfi gibi bir haber portalı, ulusal mevzuatta yer aldığı üzere, "görev ve sorumlulukları" üstlenecektir. Ayrıca, Sözleşme'nin 8. maddesinden çıkan sonuca göre, üye Devletler bireylerin şöhret ve onurunu etkin bir şekilde korumakla yükümlülerdir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesi; Delfi gibi haber portalları okuyucularına halka açıklanacak yorum yazmalarına izin verdiklerinde, üye Devletlerin bu tür haber portallarına yükümlülük getirmelerini yasaklayacağı şeklinde yorumlanamaz. Aslında üye Devletler, başkalarının şöhret ve itibarını korumak adına belirli durumlarda bu yönde hareket etmekle yükümlülerdir. Bu nedenle üye Devletler, bir haber portalının söz konusu yorumların bir yayıncısı olarak görülmeleri gerektiğine karar verebilirler. Üye devletler ayrıca; haber portallarının kullanıcılar tarafından yazılan ve portalda halka açıklanan hakaret, tehdit ve nefret söylemi gibi açıkça hukuka aykırı yorumlardan sorumlu tutulmaları gerektiğini öngörebilirler. Bununla birlikte, üye Devletler yetkilerini bu şekilde kullanırken, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmelilerdir. Dolayısıyla, ulusal mevzuat haber portallarına aşırı yük getirerek ifade özgürlüğünü sınırlandırmamalıdır.

11. Bize göre, hakaret, tehdit ve nefret söylemi gibi bariz bir şekilde hukuka aykırı olan yorumların bir portalda yayınlanacağı ya da yayınlandığı söz konusu portal tarafından biliniyorsa ya da bilinmek zorundaysa, üye Devletler Delfi gibi haber portallarını bu tür yorumlar bakımından sorumlu tutabilirler. Ayrıca, bir portal web sitesinde yayınlanan bu tür yorumlara ilişkin bilgilendirildiğinde derhal harekete geçmiyorsa, üye Devletler söz konusu haber portalını bu tür durumlarda sorumlu tutabilirler.

12. Haber portalının açık bir şekilde hukuka aykırı olan yorumların portalda yayınlanabileceği veya yayınlandığını bilip bilmediği ya da bilmesi gerekip gerekmediği konusunda bir değerlendirmede; söz konusu yorumların niteliği, yayınlanma koşulları, üzerine yorum yazılan makalenin konusu, ilgili haber portalının niteliği, portalın geçmişi, makaleye yapılan yorum sayısı, portalın aktifliği ve yorumların ne kadar süre portalda kaldığı hususları da dahil olmak üzere, davanın kendine özgü bütün koşulları dikkate alınmalıdır.

13. Bu nedenle, bu tür koşullar altında bir haber portalını hakaret, tehdit ve nefret söylemi gibi açık bir şekilde hukuka aykırı olan yorumlar nedeniyle sorumlu tutmak genel olarak Sözleşme'nin 10. maddesi ile bağdaşacaktır. Ayrıca, bir portalın açıkça hukuka aykırı yorumların halka açıklanmasını engellemek adına makul önlemler almaması ya da halka açıklanır açıklanmaz söz konusu yorumları kaldırmaması durumunda, üye Devletler bir haber portalını sorumlu tutabilirler.

14. Bize göre, bu temel ilkeler Mahkeme kararında daha açık bir şekilde belirtilmeliydi.

15. Söz konusu yorumların açıkça hukuka aykırı niteliği ile bu yorumların silinmeden önce altı hafta boyunca haber portalında yer aldığı dikkate alındığında, Yüksek Mahkemenin, "hukuka aykırı içeriğinin farkında olması gereken yorumları kendi inisiyatifiyle portaldan kaldırmadığı" gerekçesiyle Delfiyi sorumlu tutmasını orantısız bulmamaktayız. Aslında, bu tür açıkça hukuka aykırı yorumların bu kadar uzun bir süre boyunca farkında olmamak, neredeyse -hukuki sorumluluğun engellenmesi bakımından esas teşkil edemeyecek olan- kasti bir bilgisizlik anlamına gelmektedir.

16. Bu nedenle, çoğunluk ile birlikte oy kullanmak açısından bir sorunumuz bulunmamaktadır. Ancak, bize göre Mahkeme, başvuruyla gündeme getirilen sorunların hassas niteliğine bakmaksızın, değerlendirmesinin temelini oluşturan ilkeleri netleştirme fırsatını değerlendirmeliydi.

YARGIÇ ZUPANČIČ'İN MUTABIK GÖRÜŞÜ

Genel olarak bu davada çıkan sonuca katılıyorum. Bununla birlikte, birtakım tarihsel ve sadece ahlaki gözlemleri eklemek isterim.

Davanın özü, kişisel bütünlüğün yani şahsiyet haklarının Estonya'da ve tabi ki bu davadan sonra Avrupa'daki herhangi bir yerde korunmasıyla ilgilidir. Şahsiyet hakları uzun yıllar boyunca, tabiri caizse, ifade özgürlüğü – özellikle basın özgürlüğü- karşısında ayrımcılığa maruz kalmıştır. Von Hannover / Almanya (no. 1) (no. 59320/00, AİHM 2004-VI) davasındaki mutabık görüşümde, "Persönlichkeitsrecht öğretisinin daha üst düzeyde bir medeni kişilerarası davranışı sağladığını" yazmıştım. Somut davanın mevcut olay ve olguları bu tespiti onaylamaktadır.

Sorun, teamül hukuku ile kıtasal (Avrupa) hukuk sistemi arasındaki büyük farklılıktan kaynaklanmaktadır. Örneğin Amerikan hukukunda mahremiyet kavramı; Almanya'da eğitim görmesi nedeniyle, kendisini Almanya'daki şahsiyet haklarıyla ilgili eğitebilen Brandeis ve Warren[6] tarafından kaleme alınan son derece önemli makaleden türemiştir. Mahremiyet kavramı, özellikle basın tarafından yalnız bırakılma hakkı olarak, söz konusu döneme kadar hukukun Anglo-Amerikan alanına hemen hemen yabancıydı. Söz konusu makale, tam olarak basının istismarına yönelik sorunu ele almıştır. Açıkça görülüyor ki, söz konusu dönemde sadece yazılı basın bulunmaktaydı. Ancak bu durum, aşırı kızgınlığını göstermek açısından Justice Brandeis için yeterliydi.

Diğer taraftan, şahsiyet haklarına ilişkin Avrupa geleneği, bedensel zararla birlikte fiziksel olmayan convicium (bir kişiyi topluluk huzurunda gayriahlaki bir fiille suçlayan hakaret), adtemptata pudicitia (ırza tecavüz) ve infamatio (hakaret) fiillerine karşı koruma sağlayan Roma hukukundaki actio iniurirarum (kanunu çiğneme davası) dönemine kadar uzanmaktadır[7]. Dolayısıyla şahsiyet hakları, insan haklarının atası ve özel hukuk eşdeğeri olarak görülebilir. Örneğin, hakaret ve diğer şahsiyet haklarının ihlaline karşı koruma, Avrupa'da uzun bir süredir var olan mecburi bir gelenektir; bununla birlikte, hakaret ve iftira, Anglo-Amerikan hukukunda zayıf denk haklardır.

Jean-Christophe Saint-Paul şunları belirtmiştir:

> "Şahsiyet hakları, ahlaki menfaatler (kimlik, özel hayat, onur) ve insan vücudu ya da bunların farkına varma yolu (yazışma, ev, görüntü) ile ilgili bir dizi yasal haklardır; bu haklar, hukuki kişiliği (gerçek kişi ya da tüzel kişilik) bulunan herkes tarafından kullanılabilir ve hukuk mahkemeleri (feragat emri, tazminat davaları) ve ceza mahkemelerinde görülen davalar aracılığıyla yürütülür.

> Medeni hukukun (kişiler, sözleşmeler, mülkiyet), ceza hukukunun ve insan hakları hukuku ile birlikte hukuk usulü ile ceza usulünün kesişim noktasında bulunan bu konu, çeşitli ulusal hukuk (Medeni Kanun, Ceza Kanunu, Bilgi İşlem ve Temel Haklar Kanunu, Basın Özgürlüğü Kanunu) ve uluslararası hukuk (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Temel Haklar Bildirgesi) kaynakları temel alınarak, kişinin korunması ile ifade özgürlüğü ya da delile ilişkin gereksinimler gibi diğer değerlerin korunması arasında hukuki dengeleme uygulamasını içeren, ulusal düzeyde ve Avrupa düzeyinde kapsamlı bir içtihadın oluşmasına yol açmıştır."[8]

Almanya'daki durum ise şu şekildedir:

> "Genel şahsiyet hakkı, Anayasa'nın 1. ve 2. maddeleri ile anayasal güvence altında bulunan bir temel hak ve aynı zamanda Alman Ceza Kanunu'nun 823 (1) maddesi uyarınca medeni hukukta korunan bir "diğer hak" olarak, 1954 yılından itibaren Almanya Federal Adalet Mahkemesi (Bundesgerichtshof) içtihadında tanınmıştır. Söz konusu hak, insanlık onurunun korunması ve özgür şahsiyet gelişimi hakkının tüm dünyaya karşı korunmasını güvence altına almaktadır. Genel şahsiyet hakkının diğer şekillerde tezahürü ise kişinin kendi görüntüsü üzerindeki hakkı (Sanatsal Telif Hakkı Kanunu'nun 22 ff. maddesi) ve kişinin ismi üzerindeki hakkıdır (Alman Ceza Kanunu'nun 12. maddesi). Belirtilen haklar, düzenledikleri alanlarda şahsiyetin korunmasını güvence altına almaktadır."[9]

Bu nedenle, daha açık anayasa hukuku ve insani kişilik haklarının korunmasına yönelik uluslararası hukuka paralel olan bu özel hukukun hem ihmal edildiği hem de genelde muhalif düşünceler tarafından çiğnendiğine inanmak oldukça zordur.

Ayrıca bana göre, bir internet portalının ya da başka bir kitle iletişim aracının herhangi bir şekildeki anonim yorumu yayınlamasına izin verilmesi tamamen kabul edilemezdir. Çok uzun bir süre olmasa da, "editöre gönderilen mektupların" yayınlanabilir olarak görülmeden önce yazara ilişkin kısımlarının iki kere kontrol edildiğini unutmuş görünüyoruz. Hükümet, en büyük uluslararası haber portallarının anonim (yani kayıtsız) yorumlara izin vermediklerini ileri sürmüş (bk. kararın 90. paragrafı) ve anonimlikten uzaklaşma eğilimi bulunduğu görüşüne atıfta bulunmuştur. Bununla birlikte, anonim yorumlar kayıtlı kişilerce yapılan yorumlardan daha aşağılayıcı nitelikte olmaktadır ve sert yorumlar daha çok okuyucu çekmektedir. Hükümet, Delfi'nin tam olarak bu sebeple kötü şöhreti bulunduğunu ileri sürmüştür.

Diğer taraftan, Mahkeme Print Zeitungverlag GmbH / Avusturya (no. 26547/07, Mahkemenin Delfi davasında karar verdiği 10 Ekim 2013 ile aynı tarihli karar) davasında, basılı bir anonim

mektubun yayınlanması nedeniyle 2.000 avro tutarında tazminata –haklı olarak- hükmederek önceki içtihadına uygun hareket etmiştir.[10]

Kitle iletişim araçları, medyanın yararlandığı büyük özgürlüğün yeterli sorumluluk düzeyini belirttiği yönündeki açık ilkeye göre işletilirdi. Tüm bu çirkin ticari çıkarlar için son derece saldırgan karalama şekillerinin yayınlanmasını teknik olarak sağlamak ve bir internet service sağlayıcısının başkalarının kişilik haklarına yönelik bu saldırılarda hiçbir sorumluluğu bulunmadığını ileri sürerek omuz silkmek tamamen kabul edilemezdir.

Yine Roma hukukuna dayanan kişilik haklarının korunmasına yönelik eski geleneğe göre, mevcut davada tazminat olarak ödenmesine karar verilen 300 avro tutarındaki meblağ, mağdur kişilere yönelik zararın tazmini bakımından açıkça yetersizdir. Sadece iki mağdur kişiyi ve sınırlı dağıtımı bulunan bir yazılı medya kuruluşunu ilgilendiren ve yukarıda belirtilen Print Zeitungverlag GmbH / Avusturya davasıyla yapılan karşılaştırma bile, mevcut davada daha fazla tazminat ödemesine karar verilmesi gerektiğini göstermektedir.

Ulusal mahkemelerin bu tür davalarda hükme varmakta, kişilik haklarının mutlak bir şekilde korunmasını sağlamakta ve bu tarz çirkin sözlü saldırılara maruz kalan insanlara makul tazminat verilmesini sağlamakta neden tereddüt ettiklerini bilmiyorum; bununla birlikte, içtihadımızın bu konuyla ilgisi bulunduğundan da şüpheliyim.

YARGIÇLAR SAJÓ VE TSOTSORIA'NIN MÜŞTEREK MUHALİF GÖRÜŞÜ

Görüş ayrılığımızı açıklamak amacıyla, Mahkemenin uygulamasında alışıldığı üzere, davanın detaylı ve geleneksel incelemesini yapacağız. Ancak, bizim bu kararın, içtihadın geçerli yorumundan sıkıntılı bir şekilde ayrılmasıyla ilgili memnuniyetsizliğimizden daha önemli bazı kapsamlı sorunlar bulunmaktadır. İlk olarak söz konusu temel kaygılar açıklanacaktır.

I.

Tamamlayıcı Sansür

1. Mahkeme bu kararında, aktif internet aracılarına[11] (yani kendi içeriklerini sağlayan ve üzerinde yorum yapılabilmesi için aracı hizmetlerini üçüncü taraflara açan sunucular) yapıcı bilgi koşulu getiren bir sorumluluk sistemini uygun bulmuştur. Bu standardın olası sonuçlarını sıkıntılı bulduğumuzu belirtmek isteriz. Sonuçlar kolayca öngörülebilir. Her türlü karalama fiilinin ve belki "yasadışı" faaliyetlerin önlenmesi adına, tüm yorumlar yazılır yazılmaz denetlemeye tabi tutulmak zorunda kalacaktır. Sonuç olarak, aktif aracılar ve blog operatörlerinin yorum özelliği sunmaya son vermek bakımından birçok nedenleri olacaktır. Ayrıca, sorumluluk korkusu operatörler tarafından ek oto sansür uygulanmasına yol açabilir. Bu en kötü ihtimalle oto sansüre bir davetiyedir.

2. Mahkemenin Profesör Jack Balkin[12] tarafından yapılan isabetli uyarılara itimat etmediğini üzülerek belirtmek durumundayız. Profesör Balkin'in gösterdiği üzere, dijital iletişimin altındaki teknolojik altyapı özel ya da kamusal düzenleyiciler tarafından gerçekleştirilen daha az görünür denetleme şekillerine tabi tutulmaktadır. Mahkeme de bu teçhizata başka bir denetleme şekli eklemiştir. Hükümetler ifadeyi her zaman doğrudan sansürlemeyebilir; ancak teknolojik altyapıyı (İSS vb.) denetleyenlere baskı uygulayarak ve sorumluluk yükleyerek, tamamlayıcı sansürün ya da özel tarafa uygulanan sansürün kaçınılmaz bir şekilde vuku bulacağı bir ortam oluştururlar. "Devletin A özel tarafını B özel tarafının yaptığı söylemle ilgili olarak sorumlu tutması ve A'nın, B'nin söylemlerini engelleme, sansürleme ya da B'nin söylemlerine erişimi denetleme gücüne sahip olması durumunda" tamamlayıcı sansür gerçekleşir.[13] A tarafı, başka bir kimsenin söylemleri nedeniyle sorumlu tutulduğundan, aşırı sansür uygulama, erişimi engelleme ve B'yi A tarafından kontrol edilen platformu kullanarak iletişime geçebilme vasfından yoksun bırakma bakımından güçlü nedenlere sahiptir. Aslında, sorumluluk korkusu, A'nın B tarafının söylemlerine ön sınırlama getirmesine ve korunan söylemleri bile bastırmasına neden olmaktadır. "İfade özgürlüğü açısından bakıldığında problem olarak görülebilecek bir şey, -anonim konuşmacıların yerini kolayca tespit edemeyen ve zararlı ya da hukuka aykırı söylemlerin yayılmamasını sağlamak isteyen- Hükümet açısından bir fırsat olarak görülebilir."[14] İçeriğin

yayınlanmadan önce denetlenmesini sağlayan bu teknolojik aletler şunlara yol açmaktadır: (diğerlerinin yanı sıra) kasten yasaklama; sınırlı usuli korumalar (dava, yargılama kapsamı dışında açılır); ve hata maliyeti yükünün kaydırılması (filtreleme işlemiyle görevli kuruluş, ifade özgürlüğünü koruma yerine kendi sorumluluğunu koruma doğrultusunda hareket edecektir).

3. Aracılara sorumluluk yüklenmesi, yüzyıllardır ifade özgürlüğüne yönelik büyük bir engeldir. Drapier'in Mektupları (Drapier's Letters) kitabının basılması nedeniyle yakalanan kişi; rahat bir şekilde vaaz vermeye devam eden anonim yazar (Jonathan Swift) değil, kitabın basımını gerçekleştiren Harding ve eşi olmuştur. Bu nedenle, aracıların sorumluluktan muaf tutulması, Avrupa anayasacılığının ilk bozulmayan belgesi olan 1831 tarihli Belçika Anayasası'nın oluşturulmasında oldukça önem arz etmiştir[15]. Bu, Avrupa'nın ayakta tutmamız istenen gurur verici insan hakları geleneğidir.

Genel bağlam

4. Kararda, Mahkemeden somut davayı karara bağlamasının talep edildiği belirtilmiştir; ancak bu sadece görevimizin bir parçasıdır. Bu tür bir argüman, tektaraflılık açısından tehlikelidir. Mahkeme, Rantsev / Kıbrıs ve Rusya davasında (no. 25965/04, § 197, AİHM 2010) konuyu şu şekilde özetlemiştir:[16]

> "Mahkemenin kararları, gerçekte Mahkeme önüne getirilen davaları hükme bağlama işlevi görmekle kalmayıp; aynı zamanda daha genel olarak, Sözleşme ile tesis edilen kuralları açıklığa kavuşturmaya, korumaya ve geliştirmeye de yardımcı olmakta; böylelikle Devletlerin, Sözleşmeci Taraflar sıfatıyla üstlenmiş oldukları taahhütleri yerine getirmelerine katkıda bulunmaktadır (bk. İrlanda / Birleşik Krallık, 18 Ocak 1978, § 154, Seri A no. 25; Guzzardi / İtalya, 6 Kasım 1980, § 86, Seri A no. 39; ve Karner / Avusturya, no. 40016/98, § 26, AİHM 2003-IX). Sözleşme sisteminin temel amacı bireysel rahatlama sağlamak olsa da, görevi aynı zamanda ortak çıkarlar adına kamu politikası temelinde yer alan hususları belirlemek ve böylece Sözleşme'ye taraf Devletler içerisinde insan haklarının korunmasına yönelik genel standartların yükselmesini ve insan hakları içtihadının genişlemesini sağlamaktır (bk. Karner, yukarıda anılan, § 26; ve Capital Bank AD / Bulgaristan, no. 49429/99, §§ 78 ve 79, AİHM 2005-XII)."

5. Ayrıca, Mahkeme Animal Defenders International / Birleşik Krallık ([BD] no. 48876/08, § 108, AİHM 2013) davasında şunları belirtmiştir:

> "İçtihattan çıkan sonuca göre, Mahkeme, genel bir tedbirin orantılı olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, öncelikle söz konusu tedbirin temelini oluşturan yasal tercihleri değerlendirmelidir (James ve Diğerleri, § 36)."

6. Mevcut karar, genel bağlamı açıkça ele alırken (bk. 110. paragrafta başlayan "İlk görüşler" bölümü), "kamu politikası temelinde yer alan hususları" tespit etmemektedir. İnternet "benzersiz bir platform" olarak tanımlanmaktadır; internetin yararlarına atıfta bulunulurken "bazı tehlikeleri" doğurduğundan bahsedilir ancak avantajlarına hemen hemen hiç değinilmez. Aynı fikirde olmadığımızı belirtmek isteriz. İnternet, benzersiz tehlikeli bir yenilikten daha fazlasıdır. İnternet, gelişmiş demokrasi açısından yeni fırsatlar sunan güçlü bir kamusal söylem alanıdır. Yorumlar da vatandaşlar arasındaki bu gelişmiş fikir alışverişinin önemli bir parçasıdır. Mahkemenin içtihadında bu zamana kadar yer alan anlayış bu şekildedir (bk. Ashby Donald ve Diğerleri / Fransa, no. 36769/08, § 34, 10 Ocak 2013, ve ayrıca Węgrzynowski ve Smolczewski / Polonya, no. 33846/07, § 58, 16 Temmuz 2013).[17]

7. Bu kapsamda, bu kararda yer alan on üç satırlık mukayeseli hukuk incelemesinde belirli ulusal uygulamalara atıfta bulunulmamaktadır. Bazı Avrupa ülkelerinin yakın dönemde çıkan mevzuatında internette yayınlama konusunda yeni sınırlamalar olsa da, Estonya'nın yaklaşımı oldukça özgündür. Avrupa Konseyine üye Devletlerin ezici çoğunluğu ve tüm dünyadaki gerçek demokrasilerde, düzenleyici sistem (hukukun üstünlüğüne ilişkin beklentilere uygun olarak) gerçek bilgi konseptine dayalıdır. Uyar ve harekete geç (esasen "uyar ve kaldır") ile güvenli bir liman sağlanmaktadır. Bu Mahkeme, -az bir farkla elde edilen çoğunluğun, içtenlikle benimsenen ahlaki geleneklerin bu tür istisnaları meşrulaştırdığı yönünde karar verdiği birkaç dava hariç olmak üzere- üye Devletlerin mevcut standartlarına ters düşen hak sınırlamaları oluşturmakla tanınmamaktadır.

Sonuçlar

8. Mahkeme, Estonya Yüksek Mahkemesi'nin standardını, yani aktif aracıların -uyarı ya da gerçek bilgiyle bağlantılı diğer nedenleri beklemeksizin- yorumlar yayınlandıktan sonra "vakit kaybetmeden" yorumları silmeleri gerektiğini (bk. kararın 153. paragrafı) teyit etmiştir. Bu nedenle, aktif aracılardan ön sınırlama uygulamaları beklenmektedir. Bununla birlikte, üye Devletler de benzer yaklaşım sergilemek zorunda bırakılacaklardır; zira aksi halde, mevcut kararın mantığına göre, yorumlar nedeniyle hakarete maruz kaldığını hisseden kişilerin haklarına yönelik uygun bir koruma bulunmamaktadır. Sorun çıkmaması adına aktif aracılar için güvenli liman sadece yorumların engellenmesi olacaktır.[18]

9. Mahkeme, sadece tüm yorumların (ve dolaylı olarak kullanıcılar tarafından oluşturulan içeriğin) sürekli olarak denetlenmesiyle sağlanabilecek bir standardı kabul etmenin üzücü sonuçlarının farkındadır. Mahkemeye göre, "dava, içerik sağlayıcının websitesini ya da bir blogu hobi olarak işleten bir özel kişi olduğu diğer internet forumları ... ya da ... sosyal medya platformları ile ilgili

değildir" (bk. kararın 116. paragrafı). Bu "hasar kontrolünün" nasıl yardım edeceğini anlamak oldukça zordur. İfade özgürlüğü bir hobi konusu olamaz.

II.

Delfi'nin aktif aracı olarak rolü

10. Mevcut davaya döndüğümüzde, Estonya Yüksek Mahkemesinin başvuran şirketin haklarına yönelik oldukça yoğun müdahaleye ilişkin olarak ilgili ve yeterli gerekçeler sunamadığı kanısında olduğumuzu belirtmek isteriz. Bu durum, Sözleşme'nin ihlal edildiği anlamına gelmektedir.

11. Somut dava, aktif bir aracı olan Delfi'nin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleye ilişkindir. Delfi, buz tutmuş yolların Devlete ait bir feribot şirketi tarafından tahrip edilmesiyle ilgili olarak haber sitesinde bir makale yayınlamış ve bu makaleye yorum yapılmasına imkân tanımıştır. Makalede hukuka aykırı hiçbir şey bulunmadığı aşikardır. Delfi'nin gazetecilik faaliyetleri içerisinde yer aldığı ve yorum alanı açılmasının haber portalının bir parçasını oluşturduğu hususunu kabul eden ulusal mahkemelerin bu konudaki görüşüne tamamen katıldığımızı belirtmek isteriz. Bununla birlikte, haber portalı düzenlenmemiş yorumların yazarı değildir. Ayrıca, en azından Dairenin görüşüne göre (bk. Daire kararının 86. paragrafı), tartışma "kısmen" kamu menfaati ile ilgilidir. Söz konusu makalenin kamu menfaati ile ilgili olduğuna ve -dava konusu yorumlarda dahil olmak üzere- yorumların, her ne kadar aşırı ya da yasak olsa bile, tartışmanın bir parçası olduğuna inanmaktayız. Delfi, Estonya Ceza Kanunu uyarınca, makalede bulunan yorum alanında yayınlanan yorumlar nedeniyle hakaret suçundan sorumlu tutulmuştur. Bu durum yirmi adet yorum ile ilgilidir.

Yorumların niteliği

12. Tüm karar boyunca, yorumların tanımı ve nitelendirilmesi farklılık göstermekte ve belirsiz kalmaktadır. Estonya Yüksek Mahkemesi kendi yorumunu yapmıştır: söz konusu mahkeme "aşağılamaya yönelik hakaret etme" ve "insanlık onurunu aşağılama ve bir kişiyle dalga geçme" ibarelerini kullanmış ve ilgili kişinin onur ve itibarına saygısızlık ettiği gerekçesiyle Delfiyi sorumlu bulmuştur. Mevcut davanın 117. paragrafına göre, "dava konusu yorumlar ... temel olarak nefret söylemi ve şiddet içeren davranışları doğrudan destekleyen söylem teşkil etmiştir[19](ayrıca bk. 140. paragraf). Ancak, 130. paragrafa göre ("başkalarının şöhret ve haklarının korunmasına yönelik meşru amaç"), söz konusu suç başkalarının şöhret ve belirsiz hakları ile ilgilidir. Mahkemenin hangi yoruma atıfta bulunduğu açık değildir. "İyi bir insan uzun bir süre, kötü bir insan ise bir veya iki gün yaşar" (yorum no. 9 – bk. kararın 18. paragrafı) yorumu şiddeti desteklemekte midir?[20]

13. Ne yazıkken, yorumların nitelendirilmesi belirsizliğini korumaktadır. Aslında burada sıkıntılı olan durum hiç belirtilmemiştir: söz konusu durum bazı yorumların ırkçılık içermesidir. Yorum no. 2, bir Yahudi'yi hedef alan ve ateşle imha etme ifadesiyle biten Yahudi aleyhtarı kalıpların bir beyanıdır.

14. İnternetin yapısını dikkate alarak, bazı ifadelerin şiddete teşvik konusundaki mutlak koşulları ne derece karşıladığını burada tartışmayacağız. İnternette yapılan bir şiddet çağrısı ya da birini ölü olarak görme arzusu benzer bir ifadenin mevcut dava gibi bir durumda yüz yüze bir buluşmada ifade edilmesiyle aynı etkiye sahip midir? Mevcut davadaki durum radikal bir grubun silahlanma çağrısı değildir. Sorunun cevabı uygun bir adli süreç vasıtasıyla belirlenmelidir. Linç etme ifadesine rağmen, ilgili yorumların yazarları hakkında herhangi bir cezai işlem uygulanmamıştır[21]. Bu tür yorumların ne ölçüde gerçek bir tehdit olabileceği sorusu uygun bir incelemeyi gerektirirdi. Ancak, kararda sadece, Yüksek Mahkemenin yorumların hukuka aykırı olduğu hususunun açık olduğunu belirten (ve mevcut karar gibi, yorumları farklı şekillerde nitelendiren) tespitleri kabul edilmiştir.

15. Ayrıca, muhtemel şiddete teşvik etme ve hatta L.'ye yönelik tacize ya da gerçek tehditlere yol açacak kalıcı nefreti oluşturmaya yönelik nefret mesajlarının etkileri hususunda da bir inceleme gerçekleştirmeyeceğiz. Irkçılık ve başkalarını tamamen nefret ve gerçek tehditlerle dolu bir ortamda yaşamaya mecbur etme, ifade özgürlüğünde sığınacak bir yer bulamaz. Ancak, bu meşru endişe, adım atması beklenen kişileri körleştirmemelidir. Ayrıca bu kişilere, "nefret söylemine yönelik düzenlemelerin, -genellikle şerefle ilgili- gerçek hislere soyut haklardan daha çok önem verdiğinin ve bunun ortak akıl gibi göründüğünün hatırlatılması gerekmektedir. Sizi inciten ahmakları susturma isteğine karşı koymak etkin çaba gerektirmektedir."[22]

Müdahale ve aktif aracıların hakkı

16. Delfi'nin ifade özgürlüğü hakkının biraz belirsiz olmasına rağmen, Estonya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararın, Delfi'nin ifade özgürlüğü hakkına müdahalede bulunduğu yönünde genel bir fikir birliği bulunmaktadır. Bize göre, ilgili haklar basın haklarıdır. Kullanıcı yorumları makaleyi zenginleştirebilir. Aktif bir aracının hakları, başkalarına haber alma ve verme olanağı sağlama hakkını kapsamaktadır.

Müdahalenin yasaya uygunluğu: öngörülebilirlik sorunu

17. Mahkemenin genel yöntemine göre, yöneltilmesi gereken sonraki soru tedbirin yasaya uygunluğu ile ilgilidir. Söz konusu soru, ilgili kanunun öngörülebilirliğinin incelenmesini gerektirmektedir. Uygulanabilir kanunun Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu değil Medeni Kanun olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu görünüşe göre

servis sağlayıcılarını sorumluluktan muaf tutmaktadır; servis sağlayıcı hukuka aykırı içeriğin farkına varınca söz konusu içeriği hemen kaldırırsa söz konusu kanun "güvenli bir liman" sağlamakta ve servis sağlayıcı sorumlu tutulamamaktadır. Hem ulusal yetkililer hem de Mahkeme, ulusal hukuk sisteminin bir parçasını oluşturan bağlayıcı Avrupa hukuku hükümlerinin neden konu dışı olduğu konusunda bir açıklama yapmamakta olup, sadece mevcut davanın veri depolama ile ilgili değil yayınlama konusuyla ilgili olduğunu belirtmektedir. Elbette, Avrupa Birliği hukukunu bu itibarla yorumlamak Mahkemenin görevi değildir. Bu, anayasal önemi dikkate alındığında, Avrupa Birliği hukukunu ulusal sistemin bir parçası olarak görmeyeceğimiz anlamına gelmemektedir. Öyle olsa bile, Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun 10. maddesi (depolama sorumluluğu) depolama durumunda servis sağlayıcılarına "güvenli liman" kuralı sağlamaktadır. Bu koşullar altında, Medeni Kanun uyarınca daha yüksek seviyede sorumluluk seçeneği için makul bir neden gerekebilir. (Oldukça problemli) bir yayıncı sorumluluğu seçeneği, Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğü hususunu ya da üst kanun (lex specialis) sorununu ele almamaktadır. Bilgi depolama sağlayıcısının içerik oluşturması durumunda, Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun uygulanamaz olması mümkündür. Ancak, bu durum kanıtlanmalı ve ayrıca öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, mevcut davadaki servis sağlayıcı dava konusu içeriği oluşturmamıştır: söz konusu içerik kullanıcı tarafından oluşturulmuştur. Veri depolamanın ticari niteliğinin, söz konusu faaliyeti yayıncılara uygulanabilen sorumluluk sistemi alanına soktuğunu ileri sürmek ikna edici değildir. Depolama ticari bir faaliyet olarak görülmektedir; ancak bu durum, "güvenli bir liman" sistemine olanak sağlayan Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu açısından eşitliği değiştirmemektedir.

18. "Yasayla öngörülmüş olma" ifadesinin getirdiği koşullardan bir tanesi de öngörülebilirliktir. Bu nedenle, vatandaşa davranışını düzenleme imkânı vermek üzere yeterli açıklıkla ifade edilmediği takdirde, bir norm, Sözleşme'nin 10 § 2 maddesi anlamında "yasa" olarak kabul edilemez; vatandaş, - gerekirse uygun tavsiye ile – belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları, söz konusu koşullar içerisinde makul olan derecede öngörebilmelidir. Bu sonuçların, mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekli değildir (bk. Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July / Fransa [BD], no. 21279/02 ve 36448/02, § 41, AİHM 2007-IV).[23] Bir hukuk danışmanı, bilgi toplumu hizmetlerinin hukuki yönlerine ilişkin Yönerge'nin uygulanmayacağı hususunda Delfi'yi yeterince açık bir şekilde bilgilendiremezdi. Yürürlükteki kanun açık değildir. 2013 yılında bile Kıbrıs'taki bir mahkeme Avrupa Adalet Divanından, benzer bir konuda yani haber portalı yayıncılarının sorumluluğu ile ilgili olarak ön karar vermesi talebinde bulunmayı gerekli görmüştür (bk. Dava C-291/13, Papasavvas, ABAD). Avrupa Birliğinde, benzer ama daha az

karışık ve 2014 yılında açıklığa kavuşturulmuş bir konuda, 2013 yılında bir belirsizlik varsa, eğitimli bir danışman 2006 yılında nasıl yeterince açık olabilirdi?

19. Daha da önemlisi, başvuran şirketin Medeni Kanun kapsamındaki sorumluluğunun yayıncının sorumluluğuyla aynı olacağı öngörülebilir değildi. Bizzat Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararda, 21 Aralık 2005 tarihinde yine Yüksek Mahkeme tarafından verilen başka bir karara atıfta bulunulmuştur. Belki de 24 Ocak 2006 tarihinde (makalenin yayınlanma tarihi) Delfi'nin erişebileceği söz konusu karar, Yüksek Mahkeme tarafından aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

> "Borçlar Kanunu'nun 1047. maddesi çerçevesinde, ifşa etme [avaldamine] bilgilerin üçüncü taraflara bildirilmesi anlamına gelmektedir ve ifşa eden kişi bilgiyi üçüncü taraflara bildiren kişidir. ... bilginin basında yayınlanması [avaldamine] durumunda, ifşa eden kişi/yayıncı [avaldaja] bir basın kuruluşu ya da bilgiyi basın yayınına aktaran kişi olabilir."

Yüksek Mahkeme bu değerlendirmeyi şu şekilde uygulamıştır:

> "Haber ve yorumların bir internet portalında yayınlanması da bir gazetecilik faaliyetidir. Aynı zamanda, internet medyasının niteliği nedeniyle, yorumlar yayınlanmadan önce, bir basılı medya yayınında uygulandığı şekilde, yorumların bir portal operatörü tarafından düzenlenmesi makul nedenlerle gerekli görülemez. Yayıncı, düzenleme yoluyla, bir yorumun yayınlanmasını başlatan kişiyken, internet portalında yayınlamayı başlatan kişi, yorumu portal aracılığıyla kamunun erişimine sunan yorumun yazarıdır. Dolayısıyla, portal operatörü, bilginin kendisine ifşa edildiği kişi değildir. Yorumların yayınlanmasındaki ekonomik menfaatleri nedeniyle, hem basılı medya yayıncısı [väljaandja] hem de internet portal operatörü, girişimciler olarak yayıncı/ifşa eden kişilerdir [avaldajad]."

20. Bu durum, mevcut davada uygulanan Medeni Kanun'un öngörülebilirliği konusunda endişeleri gündeme getirmektedir. Yüksek Mahkeme, "yorumlar yayınlanmadan önce, bir basılı medya yayınında uygulandığı şekilde, yorumların bir portal operatörü tarafından düzenlenmesinin makul nedenlerle gerekli görülemeyeceğini" açıkça ifade etmektedir. Internet portalı, İngilizce tercümede "yayıncı/ifşa eden kişi" olarak yer almaktadır. Estonya dilinde kullanılan terim ile yayıncı ("väljaandja") kelimesi için kullanılan terim aynı görünmemekte olup farklı bir kelime ("avaldajad") olarak görünmektedir. Başvuran şirket, diğer "ifşa edenlerin" ya da bilgiyi iletenlerin (kütüphaneler, kitap evleri) yürürlükteki haksız kanun uyarınca yayıncı olarak kabul edilmediklerini ileri sürmüştür. Neden internet operatörünün "avaldajad" yerine "väljaandja" açısından uygulanabilir yasal sorumluluk kapsamında yer aldığı farz edilsin? Burada

öngörülebilirliği engelleyen bir çelişki bulunmaktadır. Dairenin de gereğince kabul ettiği üzere (bk. Daire kararının 75. paragrafı), Anayasa, Ceza Kanunu (Genel İlkeler) ve Borçlar Hukuku Kanunu'nun ilgili hükümlerine ilişkin metin "oldukça genel olup ayrıntılı değildir". Borçlar Hukuku Kanunu hükümlerinin hepsi hakarette bulunan bir kişi ya da kuruma yönelik olup (haksız fiil işleyen mevcut davada başvuran şirketin internet sitesinde söz konusu yorumların yazarıdır), bu yönde ifade etme faaliyeti için bir platform sağlayan ve yazar ya da geleneksel yayıncı olmayan bir aracı kurumun alışılmamış durumunu doğrudan ele almamaktadır. Bir portal operatörünün, -bütün yayınlama sürecine ilişkin tam bilgi sahibi olarak faaliyet gösteren- yayıncılara (editörler) uygulanan bir tür mutlak sorumluluk uyarınca, farkında olmadığı bir yorum bakımından sorumlu tutulması gerektiğinden sadece kehanette bulunabilen bir hukukçu yeterince emin olabilirdi. Üç yetkili yargı seviyesinin üç farklı sorumluluk kuramı uygulaması önemlidir. Belirsiz bir şekilde yazılmış, birden çok anlam belirten ve bu nedenle öngörülebilir olmayan kanunların ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkisi bulunmaktadır. Burada tedirgin edici bir belirsizlik bulunmaktadır.[24]

21. Mahkeme daha önce şunları kaydetmiştir: "materyalin basılı medya ve internetten üretilmesini düzenleyen politikalar değişiklik gösterebilir. Şüphesiz, ilgili hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin sağlanması için materyalin internetten üretilmesi hususunda teknolojinin kendine özgü koşulları çerçevesinde uyarlama yapılmalıdır" (bk. Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel, yukarıda anılan, § 63). Söz konusu ilkenin bu noktası, başvuran şirketin internet sitesinde yer alan ve kullanıcı tarafından oluşturulan içerikle ilgili olarak mevcut davada ulusal hukukun uygulamasının başvuran şirket açısından makul ölçüde öngörülebilir olup olmadığının incelenmesinde önemli bir ölçüt sağlamaktadır. Bakanlar Komitesi, basının yeni kavramına ilişkin CM/Rec (2011)7 Tavsiye Kararında şunları belirtmiştir: "her bir aktörün rolü kolayca değişebilir ya da kolayca ve sorunsuz bir şekilde gelişebilir". Tavsiye kararında ayrıca "farklılaştırılmış ve kademeli bir yaklaşım" çağrısında bulunulmuştur.

Demokratik bir toplumda gereklilik

22. Cevaplanması gereken bir diğer soru ise nefret söyleminin engellenmesini amaçlayan tedbirin [25] (ulusal yetkililere göre olmasa da en azından Mahkemeye göre, müdahalenin büyük olasılıkla temel gerekçesidir) demokratik bir toplumda ne ölçüde gerekli olduğu sorusudur.[26] 139. paragrafta Sözleşme'nin 8. madde hakları ile 10. madde hakları arasındaki ihtilafa yapılan atıf, dengeleyici bir uygulamanın daha geniş bir takdir payıyla uygulanabilirliğine işaret etmektedir.

23. Bizimde mutabık olduğumuz üzere, Mahkeme ilk olarak, dava konusu bazı ifadelerin Sözleşme ile korunmadığını belirtmiştir. Bu tek başına sorunu çözmemektedir; zira, dava koşulları

altında, yorum yapanlar tarafından kullanılan ifadeler ile aktif bir aracının faaliyetleri bir tutulamaz.

"İlgili ve yeterli gerekçeler" incelemesine geçiş

24. Mahkeme, kararın 142. paragrafında, orantılılık incelemesi kapsamında, görevinin "Yüksek Mahkemenin gerekçesi ışığında ... ulusal mahkemelerin başvuran şirketin sorumluluğuna ilişkin tespitlerinin, davanın kendine özgü koşulları altında, yeterli ve ilgili gerekçelere dayandırılıp dayandırılmadığı" hususunun incelenmesi olduğunu değerlendirmiştir (bk. yukarıda 131. paragraf). Mahkemenin, denetleyici görevini uygularken, tatmin olması için, Davalı Devletin takdir hakkını sadece makul, dikkatli ve iyi niyetli bir şekilde uygulaması gerektiği yönündeki yerleşik ilkeye burada herhangi bir atıf yapılmamıştır.

25. Daha da önemlisi, "ilgili ve yeterli gerekçeler" ölçütü, orantılılık incelemesinin sadece bir parçasını oluşturmaktadır.[27] Mahkeme, gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu sonucuna varırsa, orantılılık incelemesi sona ermekten ziyade başlar. "İlgili ve yeterli gerekçeler" ölçütü, takdir payının uygulanması gerekip gerekmediği ve nasıl uygulanması gerektiğinin belirlenmesinde bir eşik sorusudur; acil bir sosyal ihtiyacın var olup olmadığı hususunun belirlenmesi açısından ilgilidir (bk. kararın 131. paragrafında yer alan bütün kararlar). Ulusal yetkililerce istinat edilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığının (sadece makul olmaktan daha fazlası – bk yukarıda) belirlenmesine neden ihtiyaç duyulmaktadır? Çünkü Mahkemenin her zaman belirttiği ve ayrıca mevcut davada da tekrar ettiği üzere (bk. 131. paragraf), "Mahkeme, ulusal yetkililerin Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ayrıca ilgili olayların makul değerlendirmesine istinat ettikleri hususlarında kendini ikna etmelidir..." (Mahkeme, gerekli olsa bile, ulusal yetkililerin ilgili olaylara ilişkin değerlendirmesi üzerine inceleme gerçekleştirmemiştir.)

26. Mahkeme, Estonya Yüksek Mahkemesinin uyguladığı sorumluluk derecesi bakımından ilgili ve yeterli gerekçeler sunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararına şu noktaları değerlendirdikten sonra varmıştır: yorumların bağlamı, başvuran şirketin karalayıcı yorumları engellemek ya da kaldırmak amacıyla uyguladığı tedbirler, başvuran şirketin sorumluluğuna alternatif olarak yorumların asıl yazarlarının sorumluluğu ile ulusal yargılamaların başvuran şirket açısından sonuçları. Bunlar ilgili olabilir; fakat başka ilgili değerlendirmeler de olabilir. Biz sadece bu unsurlardan bazılarının yeterliliğini ele alacağız.

Yayıncıların genişletilmiş sorumluluğu: temel ekonomik menfaat

27. Estonya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen karar, aktif bir aracının yayıncı olduğu varsayımına dayalıdır. Mahkeme içtihadı şu ana kadar aksini ortaya koymuştur.[28] Mahkeme

tarafından atıfta bulunulan uluslararası hukuk belgelerinde, internet teknolojisinin kendine özgü yapısı dikkate alınarak ayrım yapılmasının önemi vurgulanmaktadır. Bu tür bir ayrımın Estonya Yüksek Mahkemesi tarafından birkaç ay önce kabul edildiği zaten belirtilmiştir. Ancak, Estonya Yüksek Mahkemesi mevcut davada yayıncılar ile aktif aracıları aynı kefeye koymuştur: "Yorumların yayınlanmasındaki ekonomik çıkarları nedeniyle, hem basılı medya yayıncısı hem de internet portal operatörü, girişimciler olarak yayıncı/açıklayan kişilerdir" (kararın 112. paragrafından alıntıdır). Mahkeme, "yazılı ve görsel-işitsel basın faaliyetleri ile internet tabanlı basın faaliyetlerini düzenleyen yasal ilkeler arasında ayrım yapılması yönünde belirli bir gelişme bulunduğunu" vurgulamasına rağmen, yukarıda belirtilen yaklaşımın doğruluğunu sorgulamak bakımından herhangi bir neden görmemektedir. ... Bu nedenle Mahkeme, internetin kendine özgü yapısı nedeniyle, üçüncü parti içeriği ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde internet haber portalına verilecek "görev ve sorumlulukların", geleneksel bir yayıncıya verilenden biraz farklı olabileceği kanısındadır (bk. 113. paragraf). Tamamen katıldığımızı belirtmek isteriz; ancak bize göre, farklılığın kabul edilmesinin, sadece ticari yapılarına dayanılarak yayıncıların ve aracı kurumların dikkate alınmamasına nasıl neden olabileceğini anlamak mümkün değildir. Estonya Yüksek Mahkemesinin konumunun Mahkeme tarafından ilgili ve yeterli olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu yaklaşım kapsamında, her ne kadar daha yeni verilen bir kararda farklı olarak değerlendirilseler bile, ekonomik menfaat, aktif aracının bir yayıncıyla ilişkilendirilmesi için yeterlidir. Bu durumun, Mahkeme'nin atıfta bulunduğu hususla –yani Bakanlar Kurulunun, aracılara "kademeli yaklaşım" uygulanması konusunda çağrıda bulunduğu CM/Rec(2011)7 Tavsiye Kararı (kararın 46. maddesinden alıntıdır)- nasıl bağdaştığı konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. 115-117. paragraflarda atıfta bulunulan ek nedenler, -ilgili olmayan ya da geleneksel bir yayıncının sorumluluğuyla yeterince bağlantılı olmayan- ifadenin niteliği ve aracı kurumun tanınırlığı ile ilgilidir.

28. Basının (hatta herhangi bir konuşmacının) sorumluluğunun, ekonomik menfaatin varlığıyla arttığı sonucuna varmak, içtihada uygun değildir. Takdir payının ticari alanda daha geniş olduğu doğrudur (bk. Mouvement raëlien suisse / İsviçre [BD], no 16354/06, § 61, AİHM 2012). "Ancak, söz konusu durum bir bireyin sadece "ticari" ifadeleri değil kamu menfaatini etkileyen bir görüşmeye katılımı olduğunda, takdir payının kapsamının azaltılması gerekmektedir" (bk. Hertel / İsviçre, 25 Ağustos 1998, § 47, Karar ve Hüküm Derlemeleri 1998-VI). Asıl makale ve yorum alanının (halka ücretsiz olarak sunulmaktadır) bir haber portalı operatörünün ekonomik faaliyetinin parçası olması eşitliği değiştirmemektedir. Makale ve ilgili ayrılmış yorum alanı korunmaktadır, zira kolaylık sağlamakta ve kamu menfaatini ilgilendiren bir tartışmanın parçası konumunda bulunmaktadır.

29. Son üç yüz yıl boyunca, para konusunda fikirler üretilmiş ve bu hiçbir zaman ifadeye sağlanan koruma düzeyinin düşürülmesine bağlı olmamıştır. Fikirlerin mali getirisini önemsememeye gücü yetebilecek Roma otoritesinin (her ne kadar genellikle imparatorluğunun memnuniyetine bağlı olsa da) aristokratik dünyasında yaşamıyoruz. Bir gazete ya da yayıncının herhangi bir satış kanalını ticari bir girişim olarak işletmesi aleyhinde kullanılamaz. Fikir üretiminin ücretsiz olması beklenemez. Yeterli mali imkanlar olmadan hiçbir fikir üretilemez; maddi karşılık ve basın kuruluşunun ticari niteliği, basına sağlanan koruma düzeyinin azaltılmasına yönelik gerekçeler değildir (ve olamaz). Bilgi değerlidir; bilginin etkili bir şekilde nakledilmesi sadece bir hobi değildir. Ticari görülen ve bu nedenle yüksek sorumluluğa tabi tutulan aynı platform ayrıca kamu menfaati konusunda geliştirilmiş ve interaktif görüşme sağlayan bir platformdur. Bu yönü dengeleme uygulamasında dikkate alınmamıştır.

30. Buna karşın Mahkeme, aktif bir aracının sorumluluğunun genişletilmesine yönelik en azından bir değerlendirme sunmaktadır. Aktif bir aracının, internet sitesinde yer alan yorumlar üzerinde kontrolü sağlayabileceği kesinlikle doğrudur. Ayrıca, yorumlar için bir alan oluşturarak ve kullanıcıları katılmaya davet ederek, sorumluluk gerektiren bir ifade etme faaliyetinde bulunabilir. Ancak, kontrolün niteliği geleneksel bir yayıncıyla ilişkilendirilmesi anlamına gelmez.

31. Bir yayıncı (içeriği denetleyen kişi yani bir gazete editörü olarak anlaşılmaktadır) ile aktif bir aracı arasında başka farklılıklar da bulunmaktadır:

(a) bir gazetede, gazeteci genellikle çalışandır (her ne kadar bir gazeteciyi editörüne/işverenine karşı korumak için iyi nedenler olsa bile); ve

(b) editör, ilke olarak, yayınlanacak bir makalenin içeriğini önceden bilebilecek bir konumdadır ve yayının kontrol edilmesi kapsamında önceden karar verme yetkisine ve imkanına sahiptir.

Bir yayıncının durumundan farklı olarak, bu unsurlar, Delfi davasında olduğu gibi, kendi içeriğini barındıran ve tüm veriyi aktif bir şekilde denetleyen (yani veri erişilebilir kılındıktan sonra okuyabilecek ve veriyi kaldırabilecek bir konumda bulunan) aktif aracılarda sadece kısmen bulunmaktadır. Aktif aracı, sadece filtreleme mekanizması ile mümkün hale getirildiğinde önceden denetleme olanağı bulmaktadır. Ayrıca, aktif aracı bir iletiyi silme ya da iletiye erişimi engelleme yetkisine de sahiptir. Ancak, olağan durumlarda aktif aracı iletiyi yayınlayan kişi üzerinde kişisel kontrole sahip değildir. Yorumcu, yayıncının çalışanı değildir ve çoğunlukla yayıncı tarafından tanınmamaktadır. Yayın editörün kararı olmadan gerçekleşir. Bu nedenle, bilginin ve kontrolün düzeyi önemli ölçüde değişiklik göstermektedir.

32. Kontrol bilgiyi gerektirmektedir. Bu kapsamda, editör/yayıncı ile aktif aracı arasındaki fark barizdir.

Sorumluluk derecesi

33. Delfi bir yayıncı olarak tanımlanmamakla birlikte, gönüllü olarak yorumlar için olanak sağlamaktadır ve bu faaliyet basın nitelikli ifade özgürlüğü konusu olsa da, söz konusu faaliyeti sorumluluktan muaf tutmamaktadır. Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu, mevcut davada olduğu gibi, diğer hususların yanı sıra depolama açısından da bu yönde bir sorumluluğu öngörmektedir. Söz konusu Kanun sorumluluğu "fiili bilgiye" dayandırmakta ve hızla kaldırma görevini getirmektedir. Mahkeme bu hususu yetersiz bulmuştur.

34. Mahkeme; Yüksek Mahkemenin başvuran şirketin sorumluluğunu yayın sonrası yükümlülük ile sınırlamasını ilgili ve yeterli bir değerlendirme olarak görmüştür. Ancak, kararın 153. paragrafında alıntı yapıldığı üzere, Yüksek Mahkeme, başvuran şirketin "yorumların yayınlanmasını engellemesi gerektiğini" belirtmiştir. Yüksek Mahkemenin aynı zamanda, ifşa edilme sonrasında kaldırma görevi olduğu yönünde "karara varması" ilk ifadeyi değiştirmemektedir. Burada hem ifşa öncesi sorumluluk hem de ifşa sonrası sorumluluk savunulmaktadır ve "yeterli nedenlerin" değerlendirilmesi söz konusu olduğunda da bu duruma önem verilmelidir.[29] Delfi'nin, bilginin ifşa edilmesi nedeniyle kusurlu olduğu sonucuna varılması bu standart kapsamındadır ve yorumların talep üzerine kaldırılması bunu geri alamazdı.

35. Saldırgan yorumları, bu tür yorumların bulunduğuna dair fiili bilgi olmadan ve yayınlandıktan hemen sonra kaldırma görevi, aktif aracının 7/24 denetleme sağlaması gerektiği anlamına gelmektedir. Hangi açıdan bakılırsa bakılsın, bu kesin ve mutlak sorumluluk olup geniş kapsamlı ön sınırlamadan hiçbir şekilde farklı değildir. Neden sadece bu derecede sorumluluğun ilgili menfaatlerin korunmasını sağlayabileceği konusunda hiçbir neden gösterilmemiştir.

36. Ceza Kanunu'nun kusur hükümleriyle gizlenmiş bu mutlak sorumluluk bakımından yeterli nedenler bulunmakta mıdır?[30] Mahkeme, Delfi tarafından uygulanan ihtiyati tedbirleri incelemiş ve yetersiz bulmuştur. Bu tedbirler oldukça standart tedbirlerdir; hukuka aykırılık konusunda yasal uyarı, filtreleme mekanizması, yorum alanının makaleden ayrılması ve bildirim üzerine derhal yayından kaldırma. Filtreleme mekanizmasının başarısız olması Mahkeme açısından belirleyici olmuştur. Filtreleme mekanizmasının yeterliliğine ilişkin hiçbir değerlendirme bulunmamaktadır (en gelişmiş sistem midir; en gelişmiş sistemi kullanma yükümlülüğü olmalı mıdır; en gelişmiş filtreleme sistemini kullanmakla sorumlu kılınmak için bir neden bulunmakta mıdır?). Bizzat Mahkeme, filtrelemenin basit bir görev olduğunu ve başarısız olduğunu kaydetmiştir. Hiçbir uzman görüşü ya da inceleme bulunmamaktadır. Biz sadece, özel bir moderatör ekibi kurmanın "özel medya kuruluşlarına yönelik uygulanan sansür" olmadığından eminiz. Daha az müdahale içeren tedbirlerin uygulanabileceğine yönelik herhangi bir

değerlendirme bulunmamaktadır; sadece "derhal" –yani yayınlanır yayınlanmaz- yayından kaldırma işlemi (bk. 159. paragraf) nefret söylemi ve sonuçlarını ortadan kaldırma amacına hizmet eder[31]. Önleyici korumaya yönelik bu doyumsuzluk döngüsel muhakemeyle sonuçlanmaktadır: yayıncının da benzer bir sorumluluğu bulunmaktadır, bu nedenle aktif aracı yayıncı gibidir.

37. Ulusal mahkemeler ve karar, fiili mutlak sorumluluk ilkesi açısından yeterli ve ilgili gerekçeler sağlamamaktadır. Mahkeme; yorumların aşırı niteliği, ticari faaliyetin yapısı, başvuran şirket tarafından uygulanan tedbirlerin yetersizliği, ilgili yorumların sorumlu tutulan yazarlarına gerçekçi beklenti sağlanmasındaki menfaat ve yaptırımın hafifliği karşısında, Estonya Yüksek Mahkemesinin kararında ilgili ve yeterli nedenler bulması sebebiyle ikna olmuştur. Görünüşe göre, bunlar Mahkemeyi koşullara ilişkin bilgiyi kabul etmeye mecbur bırakan nedenlerdir. Mahkeme, yayından derhal kaldırma mutlak görevinin (başvuran şirkete uygulandığı üzere), bireylerin nefret söylemine karşı korunması amacına orantılı olduğunu kaydetmiştir.

38. Atıfta bulunulan tüm uluslararası belgelere uygun olarak, yorumlar için alan sağlayan aktif bir aracının mutlak sorumluluğunun –yani bilmeye yönelik mutlak görevi ya da, uygulamada, yorumlanmış (yoruma dayalı) bilgi- olamayacağını ileri sürmekteyiz. İfade özgürlüğünün korunması, görev yükleme faaliyetine dönüştürülemez. Sözleşme'nin 10 § 2 maddesinde yer alan "görev ve sorumluluklar" ifadesi tek başına bir hüküm değildir: söz konusu ifade, ifade özgürlüğünün uygulanmasının neden –demokratik bir toplumda gerekli olan- sınırlamalara tabi tutulabileceğini açıklamak amacıyla eklenmiştir. Söz konusu durum, Sözleşme'nin 10 § 2 maddesinin gerektirdiği dengenin sadece bir parçasını oluşturmaktadır.

Dengeleme (yoksunluk)

39. Dengeleyici bir yaklaşım uygulandığında, dengenin diğer tarafı da dikkate alınmalıdır. İçtihada göre, diğerlerine ilaveten, aşağıda belirtilen unsurlara ilişkin uygun bir değerlendirme yapılmalıdır:

– müdahale basın ve gazetecilik ile ilgilidir. Delfi, hem bir haber portalı işleterek hem de bir makaleye yorum alanı ekleyerek gazetecilik faaliyetleri gerçekleştirmiştir. Gazetecilik sorumluluktan muaf tutulmamakta ancak daha katı bir incelemeye zemin hazırlamaktadır. "Sözleşme'nin 10. maddesi ile kamu menfaatine ilişkin konularda haber yapmakla ilgili olarak gazetecilere sağlanan güvence, gazetecilerin iyi niyetle ve doğru somut temelde hareket etmeleri ve gazetecilik ahlakı gereğince 'güvenilir ve kesin' bilgi sağlamaları koşuluna tabi tutulmaktadır" (Stoll / İsviçre [BD], no. 69698/01, § 103, AİHM 2007-V).[32] Kararda iyi niyet değerlendirmesi bulunmamaktadır. Ayrıca, çevrimiçi gazetecilik ve aktif aracının sorumluluğu söz konusu olduğunda, mesleğin öz-düzenleme rolüne gereken önem gösterilmelidir;

– Mahkeme, "bir kişi tarafından yapılan açıklamaların yayınlanmasına yardım ettiği gerekçesiyle bir gazetecinin cezalandırılmasının, basının kamu menfaatine ilişkin konuların tartışılmasına yönelik katkısına engel olacağını ve önemli gerekçeler olmadan bu yönde bir işlemin öngörülmemesi gerektiğini" kaydetmiştir (bk. Jersild / Danimarka, 23 Eylül 1994, § 35, Seri A no. 298). Mahkeme belirtilen hususu ilgili bir ilke olarak görmüştür; bunun, haber portalları ve aktif aracılar da dahil olmak üzere basın açısından önemli olduğu konusunda hemfikiriz. Ancak, bu ilke kararda hiç ele alınmamıştır;

– Yorum alanı açılması, kamuya ilişkin konularda görüşlerin ifade edilebileceği bir forum sağlamaktadır. Bu itibarla, daha sağlam söylemlere vesile olarak başkalarının -merkezi basın kararlarına bağlı olmayan- bilgileri alma ve vermelerine olanak sağlar. Araçlara uygulanan her türlü sınırlama mutlaka haber alma ve verme özgürlüğüne müdahale teşkil eder (örneğin bk. Öztürk / Türkiye [BD], no. 22479/93, § 49, AİHM 1999-VI);

– Tartışma, kamu menfaatine ilişkin bir konuyla ilgilidir. Yorumlar, büyük bir şirketin oldukça tartışmalı tutumu ile alakalı olmuştur.

40. Mahkeme, daha az müdahale içeren yöntemlerin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi noktasında isteksizdir. Ancak bize göre en azından, aktif aracıların belirsiz görev ve sorumluluklarının neden sadece ön sınırlama muadili ve mutlak sorumluluk tarafından karşılandığının açıklanmasına yönelik birtakım nedenler gereklidir.

41. Dengeleme incelemesinin neticesi üzerine yorumda bulunmadan, bu değerlendirmelerin üzerinde durulmadığını vurgulamak isteriz. Gerekli değerlendirmelerin bir kısmının ulusal mahkeme tarafından yürütülen dengeleme işlemi kapsamında yer almaması durumunda, Mahkeme ihlal kararı vermelidir.

42. Irkçı söylem sorununa göz yummak niyetinde değiliz. Yorum alanının teknik olarak ırkçılığın yayılmasına imkân tanıdığı hususu orantılılık incelemesinin bir parçası olmalıdır. Aslında, yorum alanı tüm görüşlerin eşit olarak yayılmasına imkan tanımaktadır. Buna karşın, belirli bir kanıt olmasa da, daha çok yorum oldukça ırkçı yorumların yapılma olasılığının artacağını kabul etmekteyiz. Yargılamalar da bu yönde bir delil bulunmamasına karşın ya da Mahkeme tarafından bu yönde bir atıf yapılmamasına karşın, bir hipotez olarak bunu kabul etmekteyiz.

43. Yorum sitelerinde ırkçı yorumların bu şekilde artma olasılığı bulunduğu farz edilse bile (kanıtlanması gereken bir husus olduğu tekrar belirtilmelidir), bu tür bir risk karşısında uygun sorumluluk düzeyinin ne olduğunun değerlendirilmesi uygun olacaktır. Belki de filtreleme mekanizması, bu zorluğun üstesinden gelebilecek yeterlilikte değildir. 2006 yılında Estonya'da uygun yükümlülük derecesinin ne olduğunu belirtmeyen Mahkemenin tutumu bu yöndedir. Biz

bilmiyoruz ve bilemiyoruz. Mahkeme, yerel incelemenin eksikliğini kendi incelemesiyle değiştiremez. Ayrıca, yerel mevzuatın görevini üstlenmek Mahkemenin vazifesi değildir. Irkçı söylemle mücadele etme ihtiyacının (sadece bir kişisel hak değil aynı zamanda kamu düzenini ilgilendiren bir konudur), Delfi tarafından uygulanan tedbirlerden daha fazla görevler yükleyecek bir yükümlülük gerektirebileceğini göz ardı edemeyiz. Ancak, Mahkemenin görevi, ulusal yetkililerce gerçekleştirilen müdahalenin gerçekten uygun ve güvenilir temellere dayandırılıp dayandırılmadığını belirlemektedir. Belirtilen husus mevcut davada eksiktir; bu nedenle Sözleşme ihlal edilmiştir.

EK

Bunun başka bir susturma bölümünün başlangıcı (ya da pekiştirilmesi ve hızlandırılması) olmadığına ve yeni medyanın demokrasinin geliştirilme potansiyelini sınırlamayacağına güvenmekteyiz. Yeni teknolojiler genellikle en kurnaz ve inatçı siyasi ya da hukuken uygulanan engellerin üstesinden gelmektedir. Ancak tarih, aracılara yönelik kalıcı etkileri bulunan ve hayal kırıklığı yaratan sansür düzenlemesi örnekleri ortaya koymaktadır. Hatırlatmak amacıyla, burada aracıları hedef alan bir sansür girişiminin kısa bir özetini sunuyoruz.

Reform İngiltere'sinde, Katolik Kilisesinin lisans sistemi Devlet tarafından devralınmış ve tüm yazılı yayınların denetlenmesi bakımından bir Devlet aracı olarak kullanılmıştır. Lisans sistemi kraliyete "yayınlanmadan önce sansürleme ve faillerin kolayca mahkum edilmesi" imkanını sağlamıştır".[33] Bu kanunlar kışkırtıcı materyalin seri üretim yerinde (matbaa) imha edilmesini sağlamıştır. Başlangıçta, lisans sistemi, Star Chamber (eski bir İngiliz Ceza Mahkemesi) tarafından yürütülen kovuşturmayla, basmak istediği materyal için lisans almayan her matbaayı cezalandırmıştır (kraliyetin onayına bağlı bir lisans). Star Chamber'ın kaldırılmasıyla birlikte, İngiliz iç savaşı döneminde lisans kanunlarına kısa süreliğine son verilmiştir. Ancak, Parlamento radikal dinlerin ve siyasi fikirlerin yayılmasından hoşlanmamıştır. Bunun üzerine Parlamento, ek olarak matbaacılar birliğinin iş menfaatlerinin korunması amacıyla, kraliyet sansürünün kendi sansür uygulamasıyla değiştirilmesine karar vermiştir. Bunun bir sonucu olarak 14 Haziran 1643 tarihli Lisans Talimatı kabul edilmiştir. Söz konusu Talimat uyarınca, Parlamento lehine, Star Chamber Kararının daha önce küçümsenen talimatı tekrar getirilmiştir (yayınlama öncesi lisans; basılı bütün materyalin yazar, yayınevi ve yayıncının isimleriyle birlikte kaydedilmesi; hükümete yönelik saldırı içeren her türlü kitabın aranması, toplatılması ve imha edilmesi; ve yayınevleri ile yayıncıların cezalandırılması). Devrim sonrasında, insanlar, devrimcilerin karşı olduğu aynı baskı araçlarının yeniden oluşturulması eğilimi göstermişlerdir (ayrıca bk. Amerika'da çıkarılan Yabancı ve İsyan yasası (the Alien and Sedition Act)). Matbaacılar Birliğine; matbaacılık ticareti üzerinde tekel sağlanması karşılığında, sansür görevi görme sorumluluğu verilmiştir. Yayıncılar/matbaacılar Birliğinin mali menfaatleriyle birlikte, lisans sistemi kışkırtıcı yazılara yönelik kanunlardan daha etkili bir sansür sistemi konumuna gelmiştir.

Söz konusu yenilenmiş lisans sistemi, 1644 yılının Kasım ayında Areopagitica: A Speech fort he Liberty of Unlicensed Printing adlı eserinde John Milton'ın hedefinde olmuştur. Söz konusu eser, ifade özgürlüğüne ilişkin ilk ve en önemli bildiri olan Areopagitica isimli eseri yayınlayan aracılara (matbaalara) uygulanan otosansüre yönelik bir direniştir. Areopagitica isimli eserde Parlamento, lisans sisteminin hakikatin özgür bir şekilde aranmasında yeri olmadığına ikna

edilmeye çalışılmıştır. Söz konusu eserde, lisanssız basının, hakikatin üstün geleceği bir fikir pazarını ortaya çıkaracağı ileri sürülmüştür. Eser Parlamentonun bağnazlığını bozamamıştır. Umarız günümüzde daha başarılı olur.

[1] Ç.N.: Hıristiyanlıkta 29 Eylül tarihine karşılık gelen kutsal gün. Sonbaharın başlangıcını, dolayısıyla hasat zamanını ve hesapların görüldüğü dönemi temsil eder.

[2] Burada Estonyalıların bir sözü olan "her koçun Michael günü gelecektir" sözüne bir gönderme yapılmaktadır. Bu söz tarihsel olarak, kısırlaştırılmış koçların sonbaharda 29 Eylül tarihinde kutlanan Michael gününe yakın bir zamanda kesilmesine atıf yapmaktadır ancak, günümüzde kimsenin kendinin kaderinden kaçamayacağını ifade etmek için kullanılmaktadır.

[3]. Estonca'da avaldama/avaldaja kelimelerine karşılık gelen sözcük; hem yayınlamak/yayıncı hem de ifşa etmek/ifşa eden anlamına gelmektedir.

[4] İngiltere ve Galler'de kayıtlı, garanti ile sınırlı bir şirket.

[5] İnternet hizmetleri ile ilgili faaliyet gösteren bir şirket.

[6] Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", 4(5) Harward Law Review 193-201 (1890). Makalenin tümüne şuradan ulaşabilirsiniz: http://www.jstor.org/stable/1321160?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents (23 Mart 2015 tarihinde güncellenmiştir)

[7] Bk. PERSONALITY RIGHTS IN EUROPEAN TORTS LAW, Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Pattrick O/Callaghan (eds.), Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 18 ve not 51.

[8]. Bk. Droits de la personnalité, Jean-Christophe Saint-Paul (ed.), 2013 http://boutique.lexisnexis.fr/jcshop3/355401/fiche_produit.htm (23 Mart 2015 tarihinde güncellenmiştir)

[9]. Bk. Marlene Dietrich davası, BGH 1 ZR 49/97, Uluslararası Hukuk Enstitüsü – Yabancı Hukuk Çevirileri, Texas Üniversitesi Hukuk Fakültesi, http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=726 (23 Mart 2015 tarihinde güncellenmiştir).

[10] Bk. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126629 (24 Mart 2015 tarihinde güncellenmiştir)

[11] İlgili terim literatürde kullanılmıştır: bk. Justin Hurwitz, "Trust and Online Interaction", University of Pennysylvania Law Review, Cilt 161: 1579.

[12] Jack M. Balkin, "Old School/New-School Speech Regulation", 127 Harward Law Review 2296 (2014)

[13] Aynı makalede 2309

[14] Aynı makalede 2311

[15] Bk. E. Chevalier Huyttens (ed.), Discussion du Congrès national de Belgique 1830-1831 (Tome premier, 10 novembre-31 décembre 1830), Brüksel, Société typographique belge Adolphe Wahlen et Cie (1844). Bk. Nothomb'ub konuşması, s. 651-652.

1831 tarihli Anayasa'nın kendine özgü dili bir uzlaşma diliydi ve Meşrutiyeti destekleyen liberallerin prensipli yaklaşımını yansıtmamaktaydı, ancak, günümüzde Belçika Anayasası'nın 25. maddesinde yer aldığını gördüğümüz bu uzlaşmada bile şunlar yer almaktadır: "Yazarın bilinmesi ve Belçika'da ikamet etmesi durumunda, yayıncı, matbaacı ya da dağıtıcı kovuşturulamaz". 1830? yılı

[16] Yakın zamanda Konstantin Markin / Rusya [BD], no. 30078/06, § 89, AİHM 2012 davasında Büyük Daire tarafından teyit edilmiştir.

[17]. Kararda Pravoye Delo davasından alıntı yapılan bölüm (bk. 128. paragraf) internetin iyi ve kötü yanları arasındaki dengeye ilişkin tarafsız bir konumda görünse de, Pravoye Delo davasında olumsuz yönlerin baskın olmadığı ve "zarar riski" argümanının "yine de" internet özgürlükleri lehine tercihi ile takip edildiği hususlarının belirtilmesi önemlidir (Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel / Ukrayna, no. 33014/05, §§ 63-64, AİHM 2011).

[18] Sosyal medya operatörleri halihazırda, "bildirilen" site ve iletilerin yasaklanmasına yönelik bir politikaya imkan tanıyarak, konuya ilişkin ciddi bir inceleme gerçekleştirmeden sansür konusunda kurumsallaşmışlardır. Facebook tarafından benimsenen politika, trol (internet ortamında saçma, rahatsız edici ya da can sıkıcı bilgiler vererek ortamı bozan kişi) zihniyet açısından başka bir zaferdir. Facebook'un, kullanıcı tarafından uygulanan (tüm) sansürün yasal bir çerçevede gerçekleşmesini gerektirdiği ve bunun hizmet sağlayıcılara İletişim Uygunluk Yasası 230 (a) (Communications Decency Act) uyarınca muafiyet sağladığı belirtilmelidir. Muafiyet olmadığında ne olacağını bir düşünün.

[19] "Nefret söylemi" teriminin tanımı bulunmamaktadır. "'Nefret söylemi' teriminin evrensel olarak kabul edilen bir tanımı yoktur. Söz konusu terim; saldırgan, aşağılayıcı, küfürlü ve kalıplaşmış olumsuz açıklama ve yorumlardan belirli kişi ya da gruplara yönelik şiddete teşvik eden tehdit edici ve kışkırtıcı söylemlere kadar envai çeşitte nefret içeren mesajları kapsamaktadır. Nefret söyleminin sadece en kötü şekilleri –yani, ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete teşvik içeren

söylemler- genel olarak hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir" (Azınlık Sorunları Özel Raportörü tarafından düzenlenen rapor, Rita Izsák (A/HRC/28/64), İnsan Hakları Konseyi, Yirmi Sekizinci oturum). Daha fazla bilgi için bk. http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15716&LangID=E#sthash.XYM1WUqO.dpuf

Oldukça farklı yirmi yorumun belirlenebilir bir konsepti bulunmaması, kararın uygulanmasını öngörülemez kılmaktadır.

[20] Neyin yasak olan şiddet çağrısı anlamına geldiği konusunda Mahkemenin oldukça açık koşulları bulunmaktadır (bk. Sürek / Türkiye (no. 1) [BD], no. 26682/95, § 62, AİHM 1999-IV; Dağtekin v. Turkey, no. 36215/97, 13 January 2005; Erbakan v. Turkey, no. 59405/00, § 56, 6 Temmuz 2006; Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July / Fransa [BD], no. 21279/02 ve 36448/02, § 56-58, AİHM 2007-IV; Otegi Mondragon /İspanya, no. 2034/07, § 54, AİHM 2011; ve Vejdeland / İsveç, no. 1813/07, § 55, 9 Şubat 2012).

[21]Stoll / İsviçre [BD], no. 69698/01, § 54-56, AİHM 2007-V davasında, Hükümetin söz konusu menfaatinin belirlenmesinde, başvuran hakkında herhangi bir ceza davası açılmaması konula ilgilidir; bu nedenle, ulusal güvenliğin korunmasına ilişkin iddia konuyla ilgisiz bulunmuştur.

[22] George Packer, "Mute Button", The New Yorker, 13 Nisan 2015.

[23]. Bu alıntının geri kalan kısmının bu kararda dikkate alınmadığının belirtilmesi önemlidir. Asıl paragrafta önemli bir nitelendirme yer almaktadır: "Dolayısıyla, birçok kanun kaçınılmaz bir şekilde, bir miktar belirsizlik barındıran ve yorumlanması ve uygulanması pratiğe dökme sorunları içeren terimlerle ifade edilmektedir." Ancak mevcut davada, sorun belirsiz terimlerin kullanılması değildir; örnek olarak, Yönerge'de "hizmet sağlayıcı" ifadesine atıf yapıldığında belirsiz bir terim kullanılmaktadır. Buradaki sorun, iki kanun bulunması ve başvuran şirketin Birlik kanunu olarak Yönerge'nin uygulanabilir olduğuna inanmasıdır; ancak, hizmet sağlayıcının bir yayıncı olması sebebiyle, Yüksek Mahkeme diğer kanunun uygulanabilir olduğunu değerlendirmiştir.

[24]. Her ne kadar mevcut davadan farklı olsa da, internet ile ilgili 10. madde kapsamındaki bir sorunu içeren Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel / Ukrayna (yukarıda anılan) davasında, Mahkeme, diğerlerine ilaveten, internet çağında ortaya çıkan belirli sorunları dikkate alarak, sadece müdahalenin yeterli şekilde yasayla öngörülmemiş olması hususuna dayalı olarak Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

[25] Bazen şiddete teşvik fiili de belirtilmektedir.

[26]. Bu iki hak arasındaki dengeleme işleminin, ulusal yetkililerce Mahkeme içtihadında yer alan kriterler doğrultusunda ele alınması halinde, Mahkeme, görüşünü ulusal mahkemelerin görüşüyle değiştirmek bakımından kuvvetli nedenlere ihtiyaç duyacaktır (bk. Axel Springer AG / Almanya [BD], no. 39954/08, § 88, 7 Şubat 2012, ve Von Hannover / Almanya (no. 2) [GC], no. 40660/08 ve 60641/08, § 107, AİHM 2012). Muhtemelen bundan dolayı, Mahkeme'nin mevcut davadaki incelemesi ulusal mahkemelerce sunulan gerekçelerin yeterliliğine odaklanmaktadır. Ancak, ulusal mahkemeler Mahkeme içtihadında belirtilen kriterleri sadece titiz bir şekilde değerlendirmiştir.

[27]. Kararda alıntı yapılan ilkeler, takdir payının değerlendirilmesi çerçevesinde ilgili ve yeterli gerekçelere atıfta bulunmaktadır. Belirtilen durum, örneğin, ulusal yetkililerin araçların ya da amaçların uygunluğuna ilişkin gerekçeler sunduklarında anlam ifade etmektedir; eğer bunlar konu ile ilgiliyse, takdir payı değişebilir ve inceleme düzeyi azalabilir. Ancak mevcut davada, ilgili ve yeterli gerekçelerin sunulması koşulu takdir payından ayrılmıştır. Sınırlama nedenlerinin belirtilmemesi halinde, bie Sözleşme hakkının sınırlandırılması keyfidir ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilemez. Kısıtlayıcı tedbirin kendisinin gerekçeler içermesi ve bunların geriye dönük olmaması noktaları hukukun üstünlüğü ve hakların kullanılması açısından önemlidir. Bu Mahkemeye, muhtemel gerekçelere ilişkin kendiliğinden tahmin etme olanağının sağlanması bile daha az kabul edilebilir olurdu.

[28]. Bk. Ashby Donald ve Diğerleri, yukarıda anılan, § 34, ve Węgrzynowski ve Smolczewski, yukarıda anılan, § 58.

[29]. Mahkeme tarafından gerçekleştirilen değerlendirmeyi, Yüksek Mahkeme kararına ilişkin olarak açıklıktan yoksunluğa yönelik bir beyan olarak yorumlamaktayız:"Bu nedenle, Yüksek Mahkeme, başvuran şirketin yorumların internet sitesine yüklenmesini engelleme yükümlülüğü bulunup bulunmadığını ya da başvuran şirketin, Borçlar Kanunu kapsamında yükümlülükten kurtulmak için, saldırgan yorumları yayınlanmasının hemen ardından kaldırmasının ulusal hukuk uyarınca yeterli olup olmayacağını açıkça belirlememiştir" (bk. kararın 153. paragrafı).

[30] Hukuka aykırı içeriğin yayınlandığını bilmeleri ve derhal kaldırmaları gerektiğinden, aracı kurumu temize çıkarmanın hiçbir yolu bulunmamaktadır.

[31] Standart bir sorumluluk davasında, mağdurun katkısı değerlendirme konusudur. Delfi, hukuka aykırı içeriğin altı hafta boyunca yayında kalmasından sorumlu tutulmuştur. L. Ve şirketi neden ekonomik faaliyetlerine ilişkin olarak oldukça önemli bir haber portalında yayınlanan bir makaleyi takip edip söz konusu yorumları daha önce bildirmemiştir?

[32]. Mahkeme, yerleşik içtihadının bu kısmını 132. paragrafta yer alan gazetecilik sorumluluklarına ilişkin incelemesine dahil etmemiştir; Mahkeme, söz konusu paragrafta, basının görevinin "yine de -yükümlülükleri ve sorumluluklarına uygun bir şekilde- kamu menfaatini ilgilendiren bütün konularda haber ve görüş vermek" olduğunu belirtmektedir. Mahkeme burada kamu menfaatini ilgilendiren bir konuya ilişkin bir tartışmayı ele almaktadır. Burası, basın haklarının sorumluluklar olarak yorumlanmasına ilişkin şüphelerimizi açıklayacağımız yer değildir; bununla birlikte, bizim içtihadımızda da alternatif bir dil kullanılmakta olduğunu belirtmek isteriz: "Medyanın bu tür bilgi ve düşünceleri verme görevinin yanı sıra, aynı zamanda, halkın da bu tür bilgi ve düşünceleri alma hakkı bulunmaktadır" (bk. News Verlags GmbH & Co. KG / Avusturya, no. 31457/96, § 56, AİHM 2000-I; Dupuis ve Diğerleri / Fransa, no. 1914/02 § 35, 7 Haziran 2007; ve Campos Dâmaso / Portekiz, no. 17107/05, § 31, 24 Nisan 2008)." Ayrıca bk. Axel SpringerAG (yukarıda anılan), §§ 80 ve 79.

[33]. Philip Hamburger, "The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press", 37 Stanford Law Review 661, 673 (1985). Ayrıca bk. John Feather, A History of British Publishing, Routledge, ikinci baskı (2002).

AİHM - Delfi As v. Estonia - 16 Haziran 2015 (İngilizce)

Information Note on the Court's case-law 167

October 2013

Delfi AS v. Estonia - 64569/09

Judgment 10.10.2013 [Section I]

Article 10

Article 10-1

Freedom of expression

Award of damages against internet news portal for offensive comments posted on its site by anonymous third parties: no violation

[This case was referred to the Grand Chamber on 17 February 2014]

Facts – The applicant company owned one of the largest Internet news portals in Estonia. On its website, readers could anonymously and without prior registration post comments below the published articles. Although the applicant company could not edit or moderate such comments, it could remove them using a prior automatic-word filtering system or on being alerted by readers. In 2006 the applicant published an article stating that a ferry company had changed its routes thereby causing the break-up of ice at potential locations of ice roads. As a result, the opening of the roads – which were a cheaper and faster connection to the Estonian islands compared to the company's ferry services – had to be postponed for several weeks. A number of comments containing personal threats and offensive language directed against the ferry-company owner were posted below the article. The applicant company removed them some six weeks later at the insistence of the ferry company. The owner of the ferry company instituted defamation proceedings against the applicant company, which was ultimately ordered to pay EUR 320 in damages.

Law – Article 10

(a) Applicability – The Government had argued that, since the applicant company claimed that it was neither the author nor the discloser of the defamatory comments, Article 10 did not apply. The Court noted that the applicant company had been directly affected by the domestic courts' decisions, which held it liable for defamation in its capacity as the discloser of the comments

posted on its portal. Therefore, its complaint related to freedom of expression and fell within the scope of Article 10.

(b) Merits – The applicant company had argued that the domestic law did not impose on it an obligation to pre-monitor content posted by third parties, and that its liability was limited under the EU Directive on Electronic Commerce*. However, the domestic courts found that this was not the case and the Court recalled in this respect that it was primarily for the national courts to interpret domestic legislation. The interference with the applicant's freedom of expression was lawful within the meaning of Article 10, because the domestic legislation and case-law made it clear that a media publisher was liable for any defamatory statements made in its media publication. In this regard, considering the publication of articles and comments on an Internet portal to be a journalistic activity and its administrator to be a publisher could be seen as applying the existing tort law to a novel area related to new technologies.

As to whether the interference was necessary in a democratic society, the article that had given rise to the defamatory comments concerned a matter of public interest and the applicant company could have foreseen the negative reactions and exercised a degree of caution in order to avoid being held liable for an infringement of others' reputations. However, the prior automatic filtering and notice-and-take-down system used by the applicant company did not ensure sufficient protection for the rights of third parties. Moreover, publishing news articles and making public readers' comments on them was part of the applicant company's professional activity and its advertising revenue depended on the number of readers and comments. Since the applicant company was able to exercise a substantial degree of control over readers' comments, it was in a position to predict the nature of the comments a particular article was liable to prompt and to take technical or manual measures to prevent defamatory statements from being made public. Furthermore, there had been no realistic opportunity of bringing a civil claim against the actual authors of the comments as their identity could not be easily established. In any event, the Court was not convinced that measures allowing an injured party to bring a claim only against the authors of defamatory comments would have guaranteed effective protection of the injured parties' right to respect for private life. It was the applicant company's choice to allow comments by non-registered users, and by doing so it must be considered to have assumed a certain responsibility for such comments. For all the above reasons, and considering the moderate amount of damages the applicant company was ordered to pay, the restriction on its freedom of expression was justified and proportionate.

Conclusion: no violation (unanimously)

(See also Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 4), 72331/01, 9 November 2006)

* Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

GRAND CHAMBER

CASE OF DELFI AS v. ESTONIA

(Application no. 64569/09)

JUDGMENT

STRASBOURG

16 June 2015

This judgment is final.

In the case of Delfi AS v. Estonia,

The European Court of Human Rights, sitting as a Grand Chamber composed of:

Dean Spielmann, *President*,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Mark Villiger,

Işıl Karakaş,

Ineta Ziemele,

Boštjan M. Zupančič,

András Sajó,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Vincent A. De Gaetano,

Angelika Nußberger,

Julia Laffranque,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Helena Jäderblom,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro, judges,

and Johan Callewaert, *Deputy Grand Chamber Registrar*,

Having deliberated in private on 9 July 2014 and 18 March 2015,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 64569/09) against the Republic of Estonia lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by Delfi AS, a public limited liability company registered in Estonia (“the applicant company”), on 4 December 2009.

2. The applicant company was represented by Mr V. Otsmann and Ms K. Turk, lawyers practising in Tallinn. The Estonian Government ("the Government") were represented by their Agent, Ms M. Kuurberg, of the Ministry of Foreign Affairs.

3. The applicant company alleged that its freedom of expression had been violated, in breach of Article 10 of the Convention, by the fact that it had been held liable for the third-party comments posted on its Internet news portal.

4. The application was allocated to the Fifth Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). On 1 February 2011 the Court changed the composition of its Sections (Rule 25 § 1) and the application was assigned to the newly composed First Section. On 10 October 2013 a Chamber composed of Isabelle Berro-Lefèvre, President, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Mirjana Lazarova Trajkovska, Julia Laffranque, Ksenija Turković, Dmitry Dedov, judges, and André Wampach, Deputy Section Registrar, delivered its judgment. It decided unanimously to declare the application admissible and held that there had been no violation of Article 10 of the Convention.

5. On 8 January 2014 the applicant company requested that the case be referred to the Grand Chamber in accordance with Article 43 of the Convention, and a panel of the Grand Chamber accepted the request on 17 February 2014.

6. The composition of the Grand Chamber was determined according to the provisions of Article 26 §§ 4 and 5 of the Convention and Rule 24.

7. The applicant company and the Government each filed further observations on the merits (Rule 59 § 1).

8. In addition, third-party comments were received from the following organisations, which had been granted leave by the President of the Grand Chamber to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 3 (a)): the Helsinki Foundation for Human Rights; the non-governmental organisation, Article 19; Access; Media Legal Defence Initiative, acting together with its twenty-eight associated organisations; and the European Digital Media Association, the Computer & Communications Industry Association and the pan-European association of European Internet Services Providers Associations, acting jointly.

9. A hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 9 July 2014 (Rule 59 § 3).

There appeared before the Court:

(a) for the Government

MsM. Kuurberg, Agent,

MsM. Kaur,

MsK. Mägi, Advisers;

(b) for the applicant company

MrV. Otsmann,

MsK. Turk,Counsel.

The Court heard addresses by Mr Otsmann, Ms Turk and Ms Kuurberg, as well as their replies to questions put by Judges Ziemele, Spano, Raimondi, Villiger and Bianku.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

10. The applicant company is a public limited liability company (aktsiaselts), registered in Estonia.

A. Background to the case

11. The applicant company is the owner of Delfi, an Internet news portal that published up to 330 news articles a day at the time of the lodging of the application. Delfi is one of the largest news portals on the Internet in Estonia. It publishes news in Estonian and Russian in Estonia, and also operates in Latvia and Lithuania.

12. At the material time, at the end of the body of the news articles there were the words “add your comment” and fields for comments, the commenter’s name and his or her e-mail address (optional). Below these fields there were buttons labelled “publish the comment” and “read comments”. The part for reading comments left by others was a separate area which could be accessed by clicking on the “read comments” button. The comments were uploaded automatically and were, as such, not edited or moderated by the applicant company. The articles received about 10,000 readers’ comments daily, the majority posted under pseudonyms.

13. Nevertheless, there was a system of notice-and-take-down in place: any reader could mark a comment as leim (Estonian for an insulting or mocking message or a message inciting hatred on the Internet) and the comment was removed expeditiously. Furthermore, comments that included certain stems of obscene words were automatically deleted. In addition, a victim of a defamatory comment could directly notify the applicant company, in which case the comment was removed immediately.

14. The applicant company had made efforts to advise users that the comments did not reflect its own opinion and that the authors of comments were responsible for their content. On Delfi's website there were Rules on posting comments which included the following.

> "The Delfi message board is a technical medium allowing users to publish comments. Delfi does not edit the comments. An author of a comment is liable for his or her comment. It is worth noting that there have been cases in the Estonian courts where authors have been punished for the contents of a comment ...
>
> Delfi prohibits comments whose content does not comply with good practice.
>
> These are comments that
>
> – contain threats;
>
> – contain insults;
>
> – incite hostility and violence;
>
> – incite illegal activities ...
>
> – contain off-topic links, spam or advertisements;
>
> – are without substance and/or off topic;
>
> – contain obscene expressions and vulgarities ...
>
> Delfi reserves the right to remove such comments and restrict their authors' access to the writing of comments ..."

The functioning of the notice-and-take-down system was also explained in the Rules on posting comments.

15. The Government submitted that in Estonia Delfi had a notorious history of publishing defamatory and degrading comments. Thus, on 22 September 2005 the weekly newspaper Eesti Ekspress had published an open letter from its editorial board to the Minister of Justice, the Chief Public Prosecutor and the Chancellor of Justice in which concern was expressed about the incessant taunting of people on public websites in Estonia. Delfi was named as a source of brutal and arrogant mockery. The addressees of the public letter responded to it in the 29 September 2005 edition of Eesti Ekspress. The Minister of Justice emphasised that the insulted persons had the right to defend their honour and reputation in court by bringing a suit against Delfi and claiming damages. The Chief Public Prosecutor referred to the legal grounds which made threats, incitement to social hatred, and sexual abuse of minors punishable under criminal law, and noted

that liability for defamation and insults was dealt with under civil procedure. The Chancellor of Justice referred to the legal provisions designed to ensure freedom of expression as well as the protection of everyone's honour and good name, including sections 1043 and 1046 of the Obligations Act (Võlaõigusseadus).

B. Article and comments published on the Internet news portal

16. On 24 January 2006 the applicant company published an article on the Delfi portal under the heading "SLK Destroyed Planned Ice Road". Ice roads are public roads over the frozen sea which are open between the Estonian mainland and some islands in winter. The abbreviation "SLK" stands for AS Saaremaa Laevakompanii (Saaremaa Shipping Company, a public limited liability company). SLK provides a public ferry transport service between the mainland and certain islands. At the material time, L. was a member of the supervisory board of SLK and the company's sole or majority shareholder.

17. On 24 and 25 January 2006 the article attracted 185 comments. About twenty of them contained personal threats and offensive language directed at L.

18. On 9 March 2006 L.'s lawyers requested the applicant company to remove the offensive comments and claimed 500,000 Estonian kroons (EEK) (approximately 32,000 euros (EUR)) in compensation for non-pecuniary damage. The request concerned the following twenty comments.

> "1. (1) there are currents in [V]äinameri
>
> (2) open water is closer to the places you referred to, and the ice is thinner.
>
> Proposal – let's do the same as in 1905, let's go to [K]uressaare with sticks and put [L.] and [Le.] in a bag
>
> 2. bloody shitheads...
>
> they're loaded anyway thanks to that monopoly and State subsidies and have now started to worry that cars may drive to the islands for a couple of days without anything filling their purses. burn in your own ship, sick Jew!
>
> 3. good that [La.'s] initiative has not broken down the lines of the web flamers. go ahead, guys, [L.] into the oven!
>
> 4. [little L.] go and drown yourself
>
> 5. aha... [I] hardly believe that that happened by accident... assholes fck
>
> 6. rascal!!! [in Russian]

7. What are you whining for, knock this bastard down once and for all[.] In future the other ones ... will know what they risk, even they will only have one little life.

8. ... is goddamn right. Lynching, to warn the other [islanders] and would-be men. Then nothing like that will be done again! In any event, [L.] very much deserves that, doesn't he.

9. "a good man lives a long time, a shitty man a day or two"

10. If there was an ice road, [one] could easily save 500 for a full car, fckng [L.] pay for that economy, why does it take 3 [hours] for your ferries if they are such good icebreakers, go and break ice in Pärnu port ... instead, fcking monkey, I will cross [the strait] anyway and if I drown, it's your fault

11. and can't anyone stand up to these shits?

12. inhabitants of Saaremaa and Hiiumaa islands, do 1:0 to this dope.

13. wonder whether [L.] won't be knocked down in Saaremaa? screwing one's own folk like that.

14. The people will chatter for a couple of days on the Internet, but the crooks (and also those who are backed and whom we ourselves have elected to represent us) pocket the money and pay no attention to this flaming – no one gives a shit about this.

Once [M.] and other big crooks also used to boss around, but their greed struck back (RIP). Will also strike back for these crooks sooner or later. As they sow, so shall they reap, but they should nevertheless be contained (by lynching as the State is powerless towards them – it is really them who govern the State), because they only live for today. Tomorrow, the flood.

15. this [V.] will one day get hit with a cake by me.

damn, as soon as you put a cauldron on the fire and there is smoke rising from the chimney of the sauna, the crows from Saaremaa are there – thinking that ... a pig is going to be slaughtered. no way

16. bastards!!!! Ofelia also has an ice class, so this is no excuse why Ola was required!!!

17. Estonian State, led by scum [and] financed by scum, of course does not prevent or punish antisocial acts by scum. But well, every [L.] has his Michaelmas ... and this cannot at all be compared to a ram's Michaelmas.[1] Actually feel sorry for [L.] – he's a human, after all... :D :D :D

18. ... if after such acts [L.] should all of a sudden happen to be on sick leave and also next time the ice road is destroyed ... will he [then] dare to act like a pig for the third time? :)

19. fucking bastard, that [L.]... could have gone home with my baby soon ... anyway his company cannot guarantee a normal ferry service and the prices are such that ... real creep ... a question arises whose pockets and mouths he has filled up with money so that he's acting like a pig from year to year

20. you can't make bread from shit; and paper and internet can stand everything; and just for my own fun (really the State and [L.] do not care about the people's opinion) ... just for fun, with no greed for money – I pee into [L.'s] ear and then I also shit onto his head. :)"

19. On the same day, that is about six weeks after their publication, the offensive comments were removed by the applicant company.

20. On 23 March 2006 the applicant company responded to the request from L.'s lawyers. It informed L. that the comments had been removed under the notice-and-take-down obligation, and refused the claim for damages.

C. Civil proceedings against the applicant company

21. On 13 April 2006 L. brought a civil suit in the Harju County Court against the applicant company.

22. At the hearing of 28 May 2007, the representatives of the applicant company submitted, inter alia, that in cases like that concerning the "Bronze Night" (disturbances of public order related to the relocation of the Bronze Soldier monument in April 2007) Delfi had removed between 5,000 and 10,000 comments per day, on its own initiative.

23. By a judgment of 25 June 2007, L.'s claim was dismissed. The County Court found that the applicant company's liability was excluded under the Information Society Services Act (Infoühiskonna teenuse seadus), which was based on Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce). The court considered that the comments section on the applicant company's news portal was to be distinguished from its journalistic section. The administration of the former by the applicant company was essentially of a mechanical and passive nature. The applicant company could not be considered the publisher of the comments, nor did it have any obligation to monitor them.

24. On 22 October 2007 the Tallinn Court of Appeal allowed an appeal by L. It considered that the County Court had erred in finding that the applicant company's liability was excluded under the Information Society Services Act. The County Court's judgment was quashed and the case was referred back to the first-instance court for fresh consideration.

25. On 21 January 2008 the Supreme Court declined to hear an appeal by the applicant company.

26. On 27 June 2008 the Harju County Court, having re-examined the case, found for L. In accordance with the Court of Appeal's instructions, it relied on the Obligations Act and deemed the Information Society Services Act inapplicable. It observed that the applicant company had indicated on its website that comments were not edited, that the posting of comments that were contrary to good practice was prohibited, and that the applicant company reserved the right to remove such comments. A system was put in place whereby users could notify the applicant company of any inappropriate comments. However, the County Court considered that this was insufficient and did not allow adequate protection for the personality rights of others. The court found that the applicant company itself was to be considered the publisher of the comments, and it could not avoid responsibility by publishing a disclaimer stating that it was not liable for the content of the comments.

27. The County Court found that the news article itself published on the Delfi news portal was a balanced one. A number of comments, however, were vulgar in form; they were humiliating and defamatory, and impaired L.'s honour, dignity and reputation. The comments went beyond justified criticism and amounted to simple insults. The court concluded that freedom of expression did not extend to protection of the comments concerned and that L.'s personality rights had been violated. L. was awarded EEK 5,000 (EUR 320) in compensation for non-pecuniary damage.

28. On 16 December 2008 the Tallinn Court of Appeal upheld the County Court's judgment. It emphasised that the applicant company had not been required to exercise prior control over comments posted on its news portal. However, having chosen not to do so, it should have created some other effective system which would have ensured rapid removal of unlawful comments. The Court of Appeal considered that the measures taken by the applicant company were insufficient and that it was contrary to the principle of good faith to place the burden of monitoring the comments on their potential victims.

29. The Court of Appeal rejected the applicant company's argument that its liability was excluded under the Information Society Services Act. It noted that the applicant company was not a technical intermediary in respect of the comments, and that its activity was not of a merely

technical, automatic and passive nature; instead, it invited users to post comments. Thus, the applicant company was a provider of content services rather than of technical services.

30. On 10 June 2009 the Supreme Court dismissed an appeal by the applicant company. It upheld the Court of Appeal's judgment in substance, but partly modified its reasoning.

31. The Supreme Court held as follows.

> "10. The Chamber finds that the allegations set out in the appeal do not serve as a basis for reversing the judgment of the Court of Appeal. The conclusion reached in the Court of Appeal's judgment is correct, but the legal reasoning of the judgment must be amended and supplemented on the basis of Article 692 § 2 of the Code of Civil Procedure.
>
> 11. The parties do not dispute the following circumstances:
>
> (a) on 24 January 2006 the defendant's Internet portal 'Delfi' published an article entitled 'SLK Destroyed Planned Ice Road';
>
> (b) the defendant provided visitors to the Internet portal with the opportunity to comment on articles;
>
> (c) of the comments published [avaldatud[2]] on the aforementioned article, twenty contain content which is derogatory towards the plaintiff [L.];
>
> (d) the defendant removed the derogatory comments after the plaintiff's letter of 9 March 2006.
>
> 12. The legal dispute between the parties relates to whether the defendant as an entrepreneur is the publisher within the meaning of the Obligations Act, whether what was published (the content of comments) is unlawful, and whether the defendant is liable for the publication of comments with unlawful content.
>
> 13. The Chamber agrees with the conclusion of the Court of Appeal that the defendant does not fall within the circumstances precluding liability as specified in section 10 of the ISSA [Information Society Services Act].
>
> According to section 2(6) of the Technical Regulations and Standards Act, an information society service is a service specified in section 2(1) of the ISSA. According to this provision, 'information society services' are services provided in the form of economic or professional activities at the direct request of a recipient of the services, without the parties being simultaneously present at the same location, and such services involve the processing, storage or transmission of data by electronic means intended for the digital

processing and storage of data. Hence, important conditions for the provision of information society services are that the services are provided without the physical presence of the parties, the data are transmitted by electronic means, and the service is provided for a fee on the basis of a request by the user of the service.

Sections 8 to 11 of the ISSA establish the liability of providers of different information society services. Section 10 of the ISSA states that where a service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that: (a) the provider does not have actual knowledge of the contents of the information and, as regards claims for damages, is not aware of any facts or circumstances indicating any illegal activity or information; (b) the provider, upon having knowledge or becoming aware of the aforementioned facts, acts expeditiously to remove or to disable access to the information. Hence, the provision in question is applied in the event that the service provided consists in storing data on [the service provider's] server and enabling users to have access to these data. Subject to the conditions specified in section 10 of the ISSA, the provider of such a service is exempted from liability for the content of information stored by it, because the provider of the service merely fulfils the role of an intermediary within the meaning of the provision referred to, and does not initiate or modify the information.

Since the Information Society Services Act is based on Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce), the principles and objectives of that Directive must also be taken into account in the interpretation of the provisions of the Act in question. Articles 12 to 15 of the Directive, which form the basis for sections 8 to 11 of the ISSA, are complemented by Recital 42 of the preamble to the Directive, according to which the exemptions from liability established in Articles 12 to 15 cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored. Hence, the providers of so-called 'content services' who have control over the content of the information stored cannot rely on the exemptions specified in Articles 12 to 15 of the Directive.

The Chamber shares the opinion of the Court of Appeal that the activities of the defendant in publishing the comments are not merely of a technical, automatic and passive nature. The objective of the defendant is not merely the provision of an intermediary service. The defendant has integrated the comments section into its news portal, inviting visitors to the website to complement the news with their own judgments [hinnangud] and opinions (comments). In the comments section, the defendant actively calls for comments on the news items appearing on the portal. The number of visits to the defendant's portal depends on the number of comments; the revenue earned from advertisements published on the portal, in turn, depends on the [number of visits]. Thus, the defendant has an economic interest in the posting of comments. The fact that the defendant is not the author of the comments does not mean that the defendant has no control over the comments section. The defendant sets out the rules for the comments section and makes changes to it (removes a comment) if those rules are breached. By contrast, a user of the defendant's service cannot change or delete a comment he or she has posted. He or she can only report an inappropriate comment. Thus, the defendant can determine which of the comments added will be published and which will not be published. The fact that the defendant does not make use of this possibility does not lead to the conclusion that the publishing of comments is not under the defendant's control. The Chamber agrees with the opinion of the Court of Appeal that the defendant, which governs the information stored in the comments section, provides a content service, for which reason the circumstances precluding liability, as specified in section 10 of the ISSA, do not apply in the present case.

14. It is not disputed that the defendant is the publisher of an article entitled 'SLK Destroyed Planned Ice Road', published on the Delfi Internet portal on 24 January 2006. The County Court also found that the defendant must be regarded as the publisher of the comments. The Court of Appeal, agreeing with that opinion, noted that the fact that the defendant relied on a violation of its right to freedom of expression showed that it considered itself – and not the authors of the comments – to be the publisher of the comments. In the opinion of the Chamber, in the present case both the defendant and the authors of the comments are the publishers of the comments within the meaning of the Obligations Act. The plaintiff has the right to choose against whom to bring the suit. The suit has only been brought against the defendant [Delfi].

The Chamber has explained the definitions of "disclosure" and "discloser" in paragraph 24 of its judgment of 21 December 2005 in civil case no. 3-2-1-95-05, finding that for the purposes of section 1047 of the Obligations Act, disclosure [avaldamine] means

communication of information to third parties and the discloser is a person who communicates the information to third parties. In addition, the Chamber explained that in the case of publication [avaldamine] of information in the media, the discloser/publisher [avaldaja] can be a media company as well as the person who transmitted the information to the media publication. Publishing of news and comments on an Internet portal is also a journalistic activity [ajakirjanduslik tegevus]. At the same time, because of the nature of Internet media [internetiajakirjandus], it cannot reasonably be required of a portal operator to edit comments before publishing them in the same manner as applies for a printed media publication [trükiajakirjanduse väljaanne]. While the publisher [(väljaandja) of a printed media publication] is, through editing, the initiator of the publication of a comment, on the Internet portal the initiator of publication is the author of the comment, who makes it accessible to the general public through the portal. Therefore, the portal operator is not the person to whom information is disclosed. Because of [their] economic interest in the publication of comments, both a publisher [väljaandja] of printed media and an Internet portal operator are publishers/disclosers [avaldajad] as entrepreneurs.

In cases concerning a value judgment [väärtushinnang] that prejudices and denigrates a person's honour and good name, in determining the definition of publication/disclosure and publisher/discloser it is irrelevant whether the value judgment is derived from the published/disclosed information or is derogatory because of its substantive meaning ... Hence, publication/disclosure is communication to third parties of a value judgment on a person (section 1046(1) of the Obligations Act) and/or of information which allows a value judgment to be made, and a publisher/discloser is a person who communicates such judgments [hinnangud] and information to third parties. In the present case the comments have been made accessible to an unlimited number of persons (the general public).

15. In reply to the allegations in the defendant's appeal to the effect that the Court of Appeal wrongly applied Article 45 of the Constitution since, in justifying the interference with freedom of expression, it relied on the principle of good faith, and not the law, and that the removal of a comment from the portal is an interference with the freedom of expression of the person posting the comment, the Chamber explains the following.

The exercise of any fundamental right is restricted by Article 19 § 2 of the Constitution, which provides that everyone must honour and consider the rights and freedoms of others, and must observe the law in exercising his or her rights and freedoms and in fulfilling his or her duties. The first sentence of the first paragraph of Article 45 of the Constitution

provides for everyone's right to freedom of expression, that is, the right to disseminate information of any content in any manner. That right is restricted by the prohibition on injuring a person's honour and good name, as laid down in the Constitution (Article 17). The Chamber is of the opinion that in handling the conflict between freedom of expression on the one hand, and honour and good name on the other, regard must be had to the fact that Article 17 of the Constitution, which is formulated as a prohibition, does not completely preclude any interference with a person's honour and good name, but only prohibits defamation thereof (section 1046 of the Obligations Act). In other words, disregarding the aforementioned prohibition would not be in conformity with the Constitution (Article 11 of the Constitution). The second sentence of the first paragraph of Article 45 of the Constitution includes the possibility of restricting the freedom of expression by law in order to protect a person's honour and good name.

In the interests of the protection of a person's honour and good name, the following provisions of the Obligations Act may be regarded as restricting the freedom of expression: sections 1045(1)(4), 1046(1), 1047(1), (2) and (4), 1055(1) and (2), and 134(2). The County Court found that injuring the plaintiff's honour was not justified and was therefore unlawful; as there was no discussion of the [news] topic in the comments, the plaintiff was simply insulted in order to degrade him. The Court of Appeal also agreed with that opinion. The Chamber finds that if section 1046 of the Obligations Act is interpreted in conformity with the Constitution, injuring a person's honour is unlawful. The legal assessment by the courts of the twenty comments of a derogatory nature is substantiated. The courts have correctly found that those comments are defamatory since they are of a vulgar nature, degrade human dignity and contain threats.

The Chamber does not agree with the opinion of the Court of Appeal that the removal of comments of an unlawful nature interfering with the personality rights of the plaintiff is not an interference with the freedom of expression of the authors of the comments. The Chamber considers that the application of any measure restricting a fundamental right in any manner may be regarded as an interference with the exercise of that fundamental right. Interference by an Internet portal operator with the freedom of expression of persons posting comments is, however, justified by the obligation of the portal operator-entrepreneur to respect the honour and good name of third parties, as arising from the Constitution (Article 17) and the law (section 1046 of the Obligations Act), and to avoid causing them harm (section 1045(1)(4) of the Obligations Act).

16. According to the judgment of the Court of Appeal, the contents of the comments were unlawful; they were linguistically inappropriate. Value judgments ... are inappropriate if it is obvious to a sensible reader that their meaning is vulgar and intended to degrade human dignity and ridicule a person. The comments did not contain any information which would have required excessive verification on the initiative of the portal operator. Hence, the defendant's allegation that it was not and should not have been aware of the unlawfulness of the comments is groundless.

On account of the obligation arising from law to avoid causing harm, the defendant should have prevented the publication of comments with clearly unlawful content. The defendant did not do so. In accordance with section 1047(3) of the Obligations Act, the disclosure of information or other matters is not deemed to be unlawful if the person who discloses the information or other matters or the person to whom such matters are disclosed has a legitimate interest in the disclosure, and if the person who discloses the information has verified the information or other matters with a thoroughness which corresponds to the gravity of the potential violation. The publication of linguistically inappropriate value judgments injuring another person's honour cannot be justified by relying on the circumstances specified in section 1047(3) of the Obligations Act: such judgments are not derived from any information disclosed but are created and published for the purpose of damaging the honour and good name of the party concerned. Hence, the publication of comments of a clearly unlawful nature was also unlawful. After the disclosure, the defendant failed to remove the comments – the unlawful content of which it should have been aware of – from the portal on its own initiative. In such circumstances, the courts have reasonably found that the defendant's inactivity is unlawful. The defendant is liable for the damage caused to the plaintiff, since the courts have established that the defendant has not proved the absence of culpability [süü] (section 1050(1) of the Obligations Act)."

D. Subsequent developments

32. On 1 October 2009 Delfi announced on its Internet portal that persons who had posted offensive comments were not allowed to post a new comment until they had read and accepted the Rules on posting comments. Furthermore, it was announced that Delfi had set up a team of moderators who carried out follow-up moderation of comments posted on the portal. First of all, the moderators reviewed all user notices of inappropriate comments. The compliance of comments with the Rules on posting comments was monitored as well. According to the information published, the number of comments posted by Delfi's readers in August 2009 had been 190,000.

Delfi's moderators had removed 15,000 comments (about 8%), mainly consisting of spam or irrelevant comments. The percentage of defamatory comments had been less than 0.5% of the total number of comments.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

33. The Constitution of the Republic of Estonia (Eesti Vabariigi põhiseadus) provides as follows.

Article 17

"No one's honour or good name shall be defamed."

Article 19

"1. Everyone has the right to free self-realisation.

2. Everyone shall honour and consider the rights and freedoms of others, and shall observe the law in exercising his or her rights and freedoms and in fulfilling his or her duties."

Article 45

"1. Everyone has the right freely to disseminate ideas, opinions, beliefs and other information by word, print, picture or other means. This right may be restricted by law to protect public order, morals, and the rights and freedoms, health, honour and the good name of others. This right may also be restricted by law for State and local government public servants, to protect a State or business secret or information received in confidence which has become known to them by reason of their office, and the family and private life of others, as well as in the interests of justice.

2. There is to be no censorship."

34. Section 138 of the Civil Code (General Principles) Act (Tsiviilseadustiku üldosa seadus) provides that rights are to be exercised and obligations performed in good faith. A right must not be exercised in an unlawful manner or with the aim of causing damage to another person.

35. Subsection 2 of section 134 of the Obligations Act (Võlaõigusseadus) provides:

"In the case of an obligation to compensate for damage arising from ... a breach of a personality right, in particular from defamation, the obligated person shall compensate the aggrieved person for non-pecuniary damage only if this is justified by the gravity of the breach, in particular by physical or emotional distress."

36. Section 1043 of the Obligations Act provides that a person (tortfeasor) who unlawfully causes damage to another person (victim) must compensate for the damage if the tortfeasor is culpable (süüdi) of causing the damage or is liable for causing the damage pursuant to the law.

37. Section 1045 of the Obligations Act provides that the causing of damage is unlawful if, inter alia, it results from a breach of a personality right of the victim.

38. The Obligations Act further provides.

Section 1046 – Unlawfulness of damage to personality rights

"(1) Injuring a person's honour, inter alia, by passing an undue value judgment, unjustified use of a person's name or image, or breaching the inviolability of a person's private life or another personality right, is unlawful unless otherwise provided by law. In establishing such unlawfulness, the type of the breach, the reason and motive for the breach and the gravity of the breach relative to the aim pursued thereby shall be taken into consideration.

(2) The breach of a personality right is not unlawful if the breach is justified in view of other legal rights protected by law and the rights of third parties or public interests. In such cases, unlawfulness shall be established on the basis of a comparative assessment of the different legal rights and interests protected by law."

Section 1047 – Unlawfulness of disclosure of incorrect information

"(1) A breach of personality rights or interference with the economic or professional activities of a person by way of disclosure [avaldamine] of incorrect information, or by way of incomplete or misleading disclosure of information concerning the person or the person's activities, is unlawful unless the person who discloses such information proves that, at the time of such disclosure, he or she was not aware and was not required to be aware that such information was incorrect or incomplete.

(2) Disclosure of defamatory matters concerning a person, or matters which may adversely affect a person's economic situation, is deemed to be unlawful unless the person who discloses such matters proves that they are true.

(3) Regardless of the provisions of subsections (1) and (2) of this section, the disclosure of information or other matters is not deemed to be unlawful if the person who discloses the information or other matters or the person to whom such matters are disclosed has a legitimate interest in the disclosure, and if the person who discloses the information has verified the information or other matters with a thoroughness which corresponds to the gravity of the potential breach.

(4) In the event of disclosure of incorrect information, the victim may demand that the person who has disclosed such information refute the information or publish a correction at his or her own expense, regardless of whether the disclosure of the information was unlawful or not."

Section 1050 – Culpability [süü] as basis for liability

"(1) Unless otherwise provided by law, a tortfeasor is not liable for the causing of damage if the tortfeasor proves that he or she is not culpable [süüdi] of causing the damage.

(2) The situation, age, education, knowledge, abilities and other personal characteristics of a person shall be taken into consideration in the assessment of the culpability [süü] of the person for the purposes of this Chapter.

(3) If several persons are liable for compensation for damage and, pursuant to law, one or more of them are liable for compensation for unlawfully caused damage regardless of whether or not they are culpable, the wrongfulness of the behaviour and the form of the culpability of the persons liable for compensation for the damage shall be taken into consideration in apportioning among them the obligation to compensate for the damage."

Section 1055 – Prohibition on damaging actions

"(1) If unlawful damage is caused continually or a threat is made that unlawful damage will be caused, the victim or the person who is threatened has the right to demand the cessation of the behaviour causing the damage or of the threats of such behaviour. In the event of bodily injury, damage to health or a breach of the inviolability of personal life or of any other personality rights, it may be demanded, inter alia, that the tortfeasor be prohibited from approaching others (restraining order), that the use of housing or communications be regulated, or that other similar measures be applied.

(2) The right to demand the cessation of behaviour causing damage as specified in subsection (1) of this section shall not apply if it is reasonable to expect that such behaviour can be tolerated in conditions of human coexistence or in view of a significant public interest. In such cases, the victim shall have the right to make a claim for compensation for damage caused unlawfully.

..."

39. The Information Society Services Act (Infoühiskonna teenuse seadus) provides as follows.

Section 8 – Restricted liability in the case of mere transmission of information and provision of access to a public data communications network

"(1) Where a service is provided that consists of the mere transmission in a public data communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a public data communication network, the service provider shall not be liable for the information transmitted, on condition that the provider:

1. does not initiate the transmission;

2. does not select the receiver of the transmission; and

3. does not select or modify the information contained in the transmission.

(2) The acts of transmission and of provision of access within the meaning of subsection 1 of this section include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted, in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the public data communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission."

Section 9 – Restricted liability in the case of temporary storage of information in cache memory

"(1) Where a service is provided that consists of the transmission in a public data communication network of information provided by a recipient of the service, the service provider shall not be liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information if the method of transmission concerned requires caching for technical reasons and the caching is performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service at their request, on condition that:

1. the provider does not modify the information;

2. the provider complies with conditions on access to the information;

3. the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used in the industry;

4. the provider does not interfere with the lawful use of technology which is widely recognised and used by the industry to obtain data on the use of the information;

5. the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court, the police or a State supervisory authority has ordered such removal."

Section 10 – Restricted liability in the case of provision of an information storage service

"(1) Where a service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, the service provider shall not be liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

1. the provider does not have actual knowledge of the content of the information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent;

2. the provider, upon obtaining knowledge or awareness of the facts specified in paragraph 1 of this subsection, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

(2) Subsection 1 of this section shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider."

Section 11 – No obligation to monitor

"(1) A service provider specified in sections 8 to 10 of this Act is not obliged to monitor information upon the mere transmission thereof or provision of access thereto, temporary storage thereof in cache memory or storage thereof at the request of the recipient of the service, nor is the service provider obliged actively to seek information or circumstances indicating illegal activity.

(2) The provisions of subsection 1 of this section shall not restrict the right of an official exercising supervision to request the disclosure of such information by a service provider.

(3) Service providers are required promptly to inform the competent supervisory authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their services specified in sections 8 to 10 of this Act, and to communicate to the competent authorities information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.

..."

40. Articles 244 et seq. of the Code of Civil Procedure (Tsiviilkohtumenetluse seadustik) provide for pre-trial taking of evidence (eeltõendamismenetlus) – a procedure in which evidence may be

taken before the judicial proceedings have even been initiated if it can be presumed that evidence might be lost or that using the evidence afterwards might involve difficulties.

41. In a judgment of 21 December 2005 (case no. 3-2-1-95-05), the Supreme Court found that, for the purposes of section 1047 of the Obligations Act, disclosure (avaldamine) meant disclosure of information to third parties. A person who transmitted information to a media publisher (meediaväljaanne) could be considered a discloser (avaldaja) even if he or she was not the publisher of the article (ajaleheartikli avaldaja) in question. The Supreme Court has reiterated the same position in its subsequent judgments, for example in a judgment of 21 December 2010 (case no. 3-2-1-67-10).

42. In a number of domestic cases, actions for defamation have been brought against several defendants, including, for example, a publisher of a newspaper and the author of an article (Supreme Court judgment of 7 May 1998 in case no. 3-2-1-61-98), a publisher of a newspaper and an interviewee (Supreme Court judgment of 1 December 1997 in case no. 3-2-1-99-97), and solely against a publisher of a newspaper (Supreme Court judgments of 30 October 1997 in case no. 3-2-1-123-97, and 10 October 2007 in case no. 3-2-1-53-07).

43. Following the Supreme Court's judgment of 10 June 2009 in the case giving rise to the present case before the Court (case no. 3-2-1-43-09), several lower courts have resolved the issue of liability in respect of comments relating to online news articles in a similar manner. Thus, in a judgment of 21 February 2012, the Tallinn Court of Appeal (case no. 2-08-76058) upheld a lower court's judgment concerning a defamed person's claim against a publisher of a newspaper. The publisher was found liable for defamatory online comments posted by readers in the newspaper's online comments section. The courts found that the publisher was a content service provider. They rejected the publisher's request for a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union (CJEU), finding that it was evident that the defendant did not satisfy the criteria for a passive service provider as previously interpreted by the CJEU and the Supreme Court, and that the relevant rules were sufficiently clear. Therefore, no new directions from the CJEU were needed. The courts also noted that, pursuant to the judgment of 23 March 2010 of the CJEU (Joined Cases C-236/08 to C-238/08, Google France SARL and Google Inc. [2010] ECR I-2417), it was for the national courts to assess whether the role played by a service provider was neutral, in the sense that its conduct was merely technical, automatic and passive, pointing to a lack of knowledge of or control over the data which it stored. The courts considered that this was not the case in the matter before them. As the publisher had already deleted the defamatory comments by the time of the delivery of the judgment, no ruling was made on that issue; the plaintiff's claim in

respect of non-pecuniary damage was dismissed. A similar judgment was handed down by the Tallinn Court of Appeal on 27 June 2013 (case no. 2-10-46710). In that case as well, an Internet news portal was held liable for defamatory comments posted by readers and the plaintiff's claim in respect of non-pecuniary damage was dismissed.

III. RELEVANT INTERNATIONAL INSTRUMENTS

A. Council of Europe documents

44. On 28 May 2003, at the 840th meeting of the Ministers' Deputies, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a declaration on freedom of communication on the Internet. The relevant parts of the declaration read as follows.

> "The member states of the Council of Europe,
>
> ...
>
> Convinced also that it is necessary to limit the liability of service providers when they act as mere transmitters, or when they, in good faith, provide access to, or host, content from third parties;
>
> Recalling in this respect Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce);
>
> Stressing that freedom of communication on the Internet should not prejudice the human dignity, human rights and fundamental freedoms of others, especially minors;
>
> Considering that a balance has to be found between respecting the will of users of the Internet not to disclose their identity and the need for law enforcement authorities to trace those responsible for criminal acts;
>
> ...
>
> Declare that they seek to abide by the following principles in the field of communication on the Internet:
>
> Principle 1: Content rules for the Internet
>
> Member states should not subject content on the Internet to restrictions which go further than those applied to other means of content delivery.
>
> ...
>
> Principle 3: Absence of prior state control

Public authorities should not, through general blocking or filtering measures, deny access by the public to information and other communication on the Internet, regardless of frontiers. This does not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries.

Provided that the safeguards of Article 10, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are respected, measures may be taken to enforce the removal of clearly identifiable Internet content or, alternatively, the blockage of access to it, if the competent national authorities have taken a provisional or final decision on its illegality.

...

Principle 6: Limited liability of service providers for Internet content

Member states should not impose on service providers a general obligation to monitor content on the Internet to which they give access, that they transmit or store, nor that of actively seeking facts or circumstances indicating illegal activity.

Member states should ensure that service providers are not held liable for content on the Internet when their function is limited, as defined by national law, to transmitting information or providing access to the Internet.

In cases where the functions of service providers are wider and they store content emanating from other parties, member states may hold them co-responsible if they do not act expeditiously to remove or disable access to information or services as soon as they become aware, as defined by national law, of their illegal nature or, in the event of a claim for damages, of facts or circumstances revealing the illegality of the activity or information.

When defining under national law the obligations of service providers as set out in the previous paragraph, due care must be taken to respect the freedom of expression of those who made the information available in the first place, as well as the corresponding right of users to the information.

In all cases, the above-mentioned limitations of liability should not affect the possibility of issuing injunctions where service providers are required to terminate or prevent, to the extent possible, an infringement of the law.

Principle 7: Anonymity

In order to ensure protection against online surveillance and to enhance the free expression of information and ideas, member states should respect the will of users of the Internet not to disclose their identity. This does not prevent member states from taking measures and co-operating in order to trace those responsible for criminal acts, in accordance with national law, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and other international agreements in the fields of justice and the police."

45. In its Recommendation CM/Rec(2007)16 to member States on measures to promote the public service value of the Internet (adopted on 7 November 2007), the Committee of Ministers noted that the Internet could, on the one hand, significantly enhance the exercise of certain human rights and fundamental freedoms while, on the other, it could adversely affect these and other such rights. It recommended that the member States draw up a clear legal framework delineating the boundaries of the roles and responsibilities of all key stakeholders in the field of new information and communication technologies.

46. Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media (adopted on 21 September 2011) reads as follows.

"...

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15. b of the Statute of the Council of Europe recommends that member states:

– **adopt a new, broad notion of media** which encompasses all actors involved in the production and dissemination, to potentially large numbers of people, of content (for example information, analysis, comment, opinion, education, culture, art and entertainment in text, audio, visual, audiovisual or other form) and applications which are designed to facilitate interactive mass communication (for example social networks) or other content-based large-scale interactive experiences (for example online games), while retaining (in all these cases) editorial control or oversight of the contents;

– **review regulatory needs in respect of all actors** delivering services or products in the media ecosystem so as to guarantee people's right to seek, receive and impart information in accordance with Article 10 of the European Convention on Human Rights, and to extend to those actors relevant safeguards against interference that might otherwise have an adverse effect on Article 10 rights, including as regards situations which risk leading to undue self-restraint or self-censorship;

– **apply the criteria set out in the appendix hereto when considering a graduated and differentiated response** for actors falling within the new notion of media based on relevant Council of Europe media-related standards, having regard to their specific functions in the media process and their potential impact and significance in ensuring or enhancing good governance in a democratic society;

...”

The Appendix to the Recommendation states as follows, in so far as relevant.

“7. A differentiated and graduated approach requires that each actor whose services are identified as media or as an intermediary or auxiliary activity benefit from both the appropriate form (differentiated) and the appropriate level (graduated) of protection and that responsibility also be delimited in conformity with Article 10 of the European Convention on Human Rights and other relevant standards developed by the Council of Europe.

...

30. Editorial control can be evidenced by the actors’ own policy decisions on the content to make available or to promote, and on the manner in which to present or arrange it. Legacy media sometimes publicise explicitly written editorial policies, but they can also be found in internal instructions or criteria for selecting or processing (for example verifying or validating) content. In the new communications environments, editorial policies can be embedded in mission statements or in terms and conditions of use (which may contain very detailed provisions on content), or may be expressed informally as a commitment to certain principles (for example netiquette, motto).

...

32. Editorial process can involve users (for example peer review and take down requests) with ultimate decisions taken according to an internally defined process and having regard to specified criteria (reactive moderation). New media often resort to ex post moderation (often referred to as post-moderation) in respect of user generated content, which may at first sight be imperceptible. Editorial processes may also be automated (for example in the case of algorithms ex ante selecting content or comparing content with copyrighted material).

...

35. Again, it should be noted that different levels of editorial control go along with different levels of editorial responsibility. Different levels of editorial control or editorial modalities (for example ex ante as compared with ex post moderation) call for differentiated responses and will almost certainly permit best to graduate the response.

36. Consequently, a provider of an intermediary or auxiliary service which contributes to the functioning or accessing of a media but does not – or should not – itself exercise editorial control, and therefore has limited or no editorial responsibility, should not be considered to be media. However, their action may be relevant in a media context. Nonetheless, action taken by providers of intermediary or auxiliary services as a result of legal obligations (for example take down of content in response to a judicial order) should not be considered as editorial control in the sense of the above.

...

63. The importance of the role of intermediaries should be underlined. They offer alternative and complementary means or channels for the dissemination of media content, thus broadening outreach and enhancing effectiveness in media's achievements of its purposes and objectives. In a competitive intermediaries and auxiliaries market, they may significantly reduce the risk of interference by authorities. However, given the degree to which media have to rely on them in the new ecosystem, there is also a risk of censorship operated through intermediaries and auxiliaries. Certain situations may also pose a risk of private censorship (by intermediaries and auxiliaries in respect of media to which they provide services or content they carry)."

47. On 16 April 2014 Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users was adopted. The relevant part of the Guide reads as follows.

Freedom of expression and information

"You have the right to seek, receive and impart information and ideas of your choice, without interference and regardless of frontiers. This means:

1. you have the freedom to express yourself online and to access information and the opinions and expressions of others. This includes political speech, views on religion, opinions and expressions that are favourably received or regarded as inoffensive, but also those that may offend, shock or disturb others. You should have due regard to the reputation or rights of others, including their right to privacy;

2. restrictions may apply to expressions which incite discrimination, hatred or violence. These restrictions must be lawful, narrowly tailored and executed with court oversight;

...

6. you may choose not to disclose your identity online, for instance by using a pseudonym. However, you should be aware that measures can be taken, by national authorities, which might lead to your identity being revealed."

B. Other international documents

48. In his report of 16 May 2011 (A/HRC/17/27) to the Human Rights Council, the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression stated the following.

"25. As such, legitimate types of information which may be restricted include child pornography (to protect the rights of children), hate speech (to protect the rights of affected communities), defamation (to protect the rights and reputation of others against unwarranted attacks), direct and public incitement to commit genocide (to protect the rights of others), and advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence (to protect the rights of others, such as the right to life).

...

27. In addition, the Special Rapporteur emphasizes that due to the unique characteristics of the Internet, regulations or restrictions which may be deemed legitimate and proportionate for traditional media are often not so with regard to the Internet. For example, in cases of defamation of individuals' reputation, given the ability of the individual concerned to exercise his/her right of reply instantly to restore the harm caused, the types of sanctions that are applied to offline defamation may be unnecessary or disproportionate. ...

...

43. The Special Rapporteur believes that censorship measures should never be delegated to a private entity, and that no one should be held liable for content on the Internet of which they are not the author. Indeed, no State should use or force intermediaries to undertake censorship on its behalf ...

...

> **74. Intermediaries play a fundamental role in enabling Internet users to enjoy their right to freedom of expression and access to information. Given their unprecedented influence over how and what is circulated on the Internet, States have increasingly sought to exert control over them and to hold them legally liable for failing to prevent access to content deemed to be illegal.**"

49. A Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe) Representative on Freedom of the Media and the OAS (Organization of American States) Special Rapporteur on Freedom of Expression, adopted on 21 December 2005, stated the following:

> "No one should be liable for content on the Internet of which they are not the author, unless they have either adopted that content as their own or refused to obey a court order to remove that content."

IV. RELEVANT EUROPEAN UNION AND COMPARATIVE LAW MATERIAL

A. European Union instruments and case-law

1. Directive 2000/31/EC

50. The relevant parts of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) provide as follows.

> "(9) The free movement of information society services can in many cases be a specific reflection in Community law of a more general principle, namely freedom of expression as enshrined in Article 10(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which has been ratified by all the Member States; for this reason, directives covering the supply of information society services must ensure that this activity may be engaged in freely in the light of that Article, subject only to the restrictions laid down in paragraph 2 of that Article and in Article 46(1) of the Treaty; this Directive is not intended to affect national fundamental rules and principles relating to freedom of expression.
>
> ...
>
> (42) The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of

making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

(43) A service provider can benefit from the exemptions for 'mere conduit' and for 'caching' when he is in no way involved with the information transmitted; this requires among other things that he does not modify the information that he transmits; this requirement does not cover manipulations of a technical nature which take place in the course of the transmission as they do not alter the integrity of the information contained in the transmission.

(44) A service provider who deliberately collaborates with one of the recipients of his service in order to undertake illegal acts goes beyond the activities of 'mere conduit' or 'caching' and as a result cannot benefit from the liability exemptions established for these activities.

(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.

(46) In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level; this Directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

(47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.

(48) This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of

care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.

...

Article 1

Objective and scope

1. This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.

...

Article 2

Definitions

For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings:

(a) 'information society services': services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC;

(b) 'service provider': any natural or legal person providing an information society service;

(c) 'established service provider': a service provider who effectively pursues an economic activity using a fixed establishment for an indefinite period. The presence and use of the technical means and technologies required to provide the service do not, in themselves, constitute an establishment of the provider;

...

Section 4: Liability of intermediary service providers

Article 12

'Mere conduit'

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

(a) does not initiate the transmission;

(b) does not select the receiver of the transmission; and

(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 13

'Caching'

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

(a) the provider does not modify the information;

(b) the provider complies with conditions on access to the information;

(c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;

(d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and

(e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 14

Hosting

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15

No general obligation to monitor

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements."

2. Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC

51. Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services, as amended by Directive 98/48/EC, provides as follows:

Article 1

"For the purposes of this Directive, the following meanings shall apply:

...

2. 'service', any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

For the purposes of this definition:

– 'at a distance' means that the service is provided without the parties being simultaneously present,

– 'by electronic means' means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,

– 'at the individual request of a recipient of services' means that the service is provided through the transmission of data on individual request.

An indicative list of services not covered by this definition is set out in Annex V.

This Directive shall not apply to:

– radio broadcasting services,

– television broadcasting services covered by point (a) of Article 1 of Directive 89/552/EEC."

3. Case-law of the CJEU

52. In a judgment of 23 March 2010 (Joined Cases C-236/08 to C-238/08 Google France SARL and Google Inc.), the CJEU considered that, in order to establish whether the liability of a referencing service provider could be limited under Article 14 of the Directive on electronic commerce, it was necessary to examine whether the role played by that service provider was neutral, in the sense that its conduct was merely technical, automatic and passive, pointing to a lack of knowledge of or control over the data which it stored. Article 14 of the Directive on electronic commerce had to be interpreted as meaning that the rule laid down therein applied to an Internet referencing service provider in the event that that service provider had not played an active role of such a kind as to give it knowledge of or control over the data stored. If it had not

played such a role, that service provider could not be held liable for the data which it had stored at the request of an advertiser, unless, having obtained knowledge of the unlawful nature of those data or of that advertiser's activities, it had failed to act expeditiously to remove or to disable access to the data concerned.

53. In a judgment of 12 July 2011 (Case C-324/09, L'Oréal SA and Others), the CJEU ruled that Article 14 § 1 of the Directive on electronic commerce was to be interpreted as applying to the operator of an online marketplace where that operator had not played an active role allowing it to have knowledge of or control over the data stored. The operator played such a role when it provided assistance which entailed, in particular, optimising the presentation of the offers for sale in question or promoting them. Where the operator of the online marketplace had not played such an active role and the service provided fell, as a consequence, within the scope of Article 14 § 1 of the Directive on electronic commerce, the operator none the less could not, in a case which could result in an order to pay damages, rely on the exemption from liability provided for under that Article if it had been aware of facts or circumstances on the basis of which a diligent economic operator should have realised that the offers for sale in question had been unlawful and, in the event of it being so aware, had failed to act expeditiously in accordance with Article 14 § 1 (b) of the Directive on electronic commerce.

54. In a judgment of 24 November 2011 (Case C-70/10, Scarlet Extended SA), the CJEU ruled that an injunction could not be made against an Internet service provider requiring it to install a system for filtering all electronic communications passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software, which applied indiscriminately to all its customers, as a preventive measure, exclusively at its expense and for an unlimited period, and which was capable of identifying on that provider's network the movement of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claimed to hold intellectual property rights, with a view to blocking the transfer of files the sharing of which would infringe copyright.

55. In a judgment of 16 February 2012 (Case C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)) the CJEU held that the Directive on electronic commerce and Directives 2000/31/EC, 2001/29/EC and 2004/48/EC precluded a national court from issuing an injunction against a hosting service provider requiring it to install a system for filtering information stored on its servers by its service users, which applied indiscriminately to all those users, as a preventive measure, exclusively at its expense and for an unlimited period, and which was capable of identifying electronic files containing musical, cinematographic or

audio-visual work in respect of which the applicant for the injunction claimed to hold intellectual property rights, with a view to preventing those works from being made available to the public in breach of copyright.

56. In a judgment of 13 May 2014 (Case C-131/12, Google Spain SL and Google Inc.), the CJEU was called upon to interpret Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. It found that the activity of an Internet search engine was to be classified as "processing of personal data" within the meaning of Directive 95/46/EC and held that such processing of personal data, carried out by the operator of a search engine, was liable to affect significantly the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data (guaranteed under Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union) when the search by means of that engine was carried out on the basis of an individual's name, since that processing enabled any Internet user to obtain through the list of results a structured overview of the information relating to that individual that could be found on the Internet and thereby to establish a more or less detailed profile of him or her. Furthermore, the effect of the interference with the rights of the data subject was heightened on account of the important role played by the Internet and search engines in modern society, which rendered the information contained in such a list of results ubiquitous. In the light of the potential seriousness of that interference, it could not be justified merely by the economic interest of the operator. The CJEU considered that a fair balance should be sought between the legitimate interest of Internet users in having access to the information and the data subject's fundamental rights. The data subject's fundamental rights, as a general rule, overrode the interest of Internet users, but that balance might, however, depend on the nature of the information in question and its sensitivity for the data subject's private life and on the interest of the public in having that information. The CJEU held that in certain cases the operator of a search engine was obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, even when its publication in itself on the web pages in question was lawful. That was so in particular where the data appeared to be inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to the purposes for which they had been processed and in the light of the time that had elapsed.

57. In a judgment of 11 September 2014 (Case C-291/13, Sotiris Papasavvas), the CJEU found that, since a newspaper publishing company which posted an online version of a newspaper on its website had, in principle, knowledge of the information which it posted and exercised control over that information, it could not be considered to be an "intermediary service provider" within the

meaning of Articles 12 to 14 of Directive 2000/31/EC, whether or not access to that website was free of charge. Thus, it held that the limitations of civil liability specified in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31/EC did not apply to the case of a newspaper publishing company which operated a website on which the online version of a newspaper was posted, that company being, moreover, remunerated by income generated by commercial advertisements posted on the website, since it had knowledge of the information posted and exercised control over that information, whether or not access to the website was free of charge.

B. Comparative law material

58. From the information available to the Court, it would appear that in a number of the member States of the Council of Europe – which are also member States of the European Union – the Directive on electronic commerce, as transposed into national law, constitutes a primary source of law in the area in question. It would also appear that the greater the involvement of the operator in the third-party content before online publication – whether through prior censoring, editing, selection of recipients, requesting comments on a predefined subject or the adoption of content as the operator's own – the greater the likelihood that the operator will be held liable for that content. Some countries have enacted certain further regulations specifically concerning the take-down procedures relating to allegedly unlawful content on the Internet, and provisions concerning distribution of liability in this context.

THE LAW

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

59. The applicant company complained that holding it liable for the comments posted by the readers of its Internet news portal infringed its freedom of expression as provided for in Article 10 of the Convention, which reads as follows.

> "1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
>
> 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the

disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

60. The Government contested that argument.

A. The Chamber judgment

61. In its judgment of 10 October 2013, the Chamber noted at the outset that the parties' views diverged as to the applicant company's role in the present case. According to the Government, the applicant company was to be considered the discloser of the defamatory comments, whereas the applicant company was of the opinion that its freedom to impart information created and published by third parties was at stake, and that the applicant company itself was not a publisher of the third-party comments. The Chamber did not proceed to determine the exact role to be attributed to the applicant company's activities and noted that it was not, in substance, in dispute between the parties that the domestic courts' decisions in respect of the applicant company constituted an interference with its freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention.

62. As regards the lawfulness of the interference, the Chamber rejected the applicant company's argument that the interference with its freedom of expression was not "prescribed by law". The Chamber observed that the domestic courts had found that the applicant company's activities did not fall within the scope of the Directive on electronic commerce and the Information Society Services Act. It considered that it was not its task to take the place of the domestic courts and that it was primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. The Chamber was furthermore satisfied that the relevant provisions of the civil law – although they were quite general and lacked detail in comparison with, for example, the Information Society Services Act – along with the relevant case-law, made it clear that a media publisher was liable for any defamatory statements made in its publication. The Chamber had regard to the fact that the applicant company was a professional publisher which operated one of the largest news portals in Estonia, and also that a degree of notoriety had been attributable to comments posted in its commenting area. Against that background, the Chamber considered that the applicant company had been in a position to assess the risks related to its activities and that it must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which these could entail.

63. The Chamber further found that the restriction of the applicant company's freedom of expression had pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others. In the Chamber's view, the fact that the actual authors of the comments were also in principle liable did

not remove the legitimate aim of holding the applicant company liable for any damage to the reputation and rights of others.

64. As regards the proportionality of the interference, the Chamber noted that there was no dispute that the comments in question had been of a defamatory nature. In assessing the proportionality of the interference with the applicant company's freedom of expression, the Chamber had regard to the following elements. It examined firstly the context of the comments, secondly, the measures applied by the applicant company in order to prevent or remove defamatory comments, thirdly, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the applicant company's liability, and, fourthly, the consequences of the domestic proceedings for the applicant company.

65. In particular, the Chamber considered that the news article published by the applicant company that had given rise to the defamatory comments had concerned a matter of public interest and the applicant company could have foreseen the negative reactions and exercised a degree of caution in order to avoid being held liable for damaging the reputation of others. However, the prior automatic filtering and notice-and-take-down system used by the applicant company had not ensured sufficient protection for the rights of third parties. Moreover, publishing news articles and making readers' comments on them public had been part of the applicant company's professional activities and its advertising revenue depended on the number of readers and comments. The applicant company had been able to exercise a substantial degree of control over readers' comments and it had been in a position to predict the nature of the comments a particular article was liable to prompt and to take technical or manual measures to prevent defamatory statements from being made public. Furthermore, there had been no realistic opportunity of bringing a civil claim against the actual authors of the comments as their identity could not easily be established. In any event, the Chamber was not convinced that measures allowing an injured party to bring a claim only against the authors of defamatory comments would have guaranteed effective protection of the injured party's right to respect for his or her private life. It had been the applicant company's choice to allow comments by non-registered users, and by doing so it had to be considered to have assumed a certain responsibility for such comments. For all the above reasons, and considering the moderate amount of damages the applicant company had been ordered to pay, the restriction on its freedom of expression was considered to have been justified and proportionate. There had accordingly been no violation of Article 10 of the Convention.

B. The parties' submissions to the Grand Chamber

1. The applicant company

(a) General remarks

66. The applicant company argued that in today's world, Internet media content was increasingly created by the users themselves. User-generated content was of high importance – comments on news stories and articles often raised serious debates in society and even informed journalists of issues that were not publicly known, thereby contributing to the initiation of journalistic investigations. The possibility for "everyone" to contribute to public debate advanced democracy and fulfilled the purposes of freedom of expression in the best possible way. It was a great challenge in this setting to hold those who infringed the rights of others accountable while avoiding censorship.

67. As regards user-generated content, the applicant company was of the opinion that it was sufficient for a host to expeditiously remove third-party content as soon as it became aware of its illegal nature. If this was deemed insufficient by the Court, anonymous public speech would be prohibited or there would be arbitrary restrictions on commenters' freedom of communication by the intermediary, which would be impelled to err on the side of caution to avoid possible subsequent liability.

(b) Delfi's role

68. The applicant company called on the Grand Chamber to look at the case as a whole, including the question whether the applicant company was to be characterised as a traditional publisher or an intermediary. A publisher was liable for all content published by it regardless of the authorship of the particular content. However, the applicant company insisted that it should be regarded as an intermediary and it had as such been entitled to follow the specific and foreseeable law limiting the obligation to monitor third-party comments. It argued that intermediaries were not best suited to decide upon the legality of user-generated content. This was especially so in respect of defamatory content since the victim alone could assess what caused damage to his reputation.

(c) Lawfulness

69. The applicant company argued that the interference with its freedom of expression – including its right to store information and to enable users to impart their opinions – was not prescribed by law. It submitted that there was no legislation or case-law stating that an intermediary was to be considered a publisher of content which it was not aware of. On the contrary, the applicable law expressly prohibited the imposition of liability on service providers for third-party content. In this connection, the applicant company referred to the Directive on electronic commerce, the Estonian Information Society Services Act and the Council of Europe Declaration on freedom of communication on the Internet. The Directive provided for limited and notice-based liability with take-down procedures for illegal content. Service providers were exempted from liability where,

upon obtaining actual knowledge of illegal activities, they acted expeditiously to remove or disable access to the information concerned. Such removal or disabling of access had to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level (Recital 46 of the Preamble to the Directive). The applicant company argued that this law was indisputably formulated with sufficient precision to enable a citizen to regulate his conduct. According to the applicant company, its behaviour had been in full compliance with the applicable law as it had removed the defamatory comments the same day it had been notified by the original plaintiff.

70. The applicant company further argued that even the existing tort law did not classify disseminators (postal workers, libraries, bookstores and others) as publishers. Thus, it remained entirely unclear how the existing tort law had been applied to a "novel area related to new technologies" as held in the Chamber judgment, that is, to an online news portal operator providing a service enabling users to interact with journalists and each other and to contribute valuable ideas to the discussion of matters of public interest. There was no law imposing an obligation on the applicant company to proactively monitor user comments.

(d) Legitimate aim

71. The applicant company did not dispute that the interference in question had a legitimate aim.

(e) Necessary in a democratic society

72. According to the applicant company, the interference was not necessary in a democratic society. It argued that as a result of the Chamber judgment it had two choices. Firstly, it could employ an army of highly trained moderators to patrol (in real time) each message board (for each news article) to screen any message that could be labelled defamatory (or that could infringe intellectual property rights, inter alia); at the end of the day, these moderators would, just in case, remove any sensitive comments and all discussions would be moderated so that they were limited to the least controversial issues. Otherwise, it could simply avoid such a massive risk and shut down these fora altogether. Either way, the technological capability to provide ordinary readers with an opportunity to comment freely on daily news and assume responsibility independently for their own comments would be abandoned.

73. The applicant company argued that the Supreme Court's judgment had had a "chilling effect" on freedom of expression and that it had restricted the applicant company's freedom to impart information. It amounted to the establishment of an obligation to censor private individuals.

74. In support of its argument that the interference was not necessary in a democratic society, the applicant company relied on the following factors.

75. Firstly, it argued that the comments were reactions from members of the public to an event caused by the Saaremaa Shipping Company and not to the article as such. Furthermore, the article was a balanced and neutral one. It addressed an issue of great importance to the residents of the biggest island of Estonia affecting their everyday lives. The readers' negative reactions had not been caused by the article but by the shipping company.

76. Secondly, the applicant company had taken sufficient measures to prevent or remove defamatory comments; in the present case, the comments in question had been removed on the same day that the applicant company had been notified of them.

77. Thirdly, the applicant company argued that the actual authors of the comments should bear responsibility for their contents. It disagreed with the Chamber's finding that it was difficult to establish the identity of the authors of the comments and contended that the authors' identities could be established in the "pre-trial taking of evidence" procedure under Article 244 of the Code of Civil Procedure. Once the names and addresses of the authors were established, a claim against them could be brought without any difficulties.

78. Fourthly, the applicant company insisted that there was no pressing social need for a strict liability standard for service providers. It argued that there was a European consensus that no service provider should be liable for content of which it was not the author. Accordingly, the margin of appreciation afforded to the Contracting States in this respect was necessarily a narrow one. Furthermore, it considered that the modest sum it had been ordered to pay in compensation for non-pecuniary damage did not justify the interference. It also emphasised that if the applicant company enjoyed limited liability the original plaintiff would not have been left without a remedy – he could have sued the actual authors of the comments. The applicant company objected to the establishment of private censorship and contended that it was sufficient to have a two-pronged system for the protection of the rights of third parties: a notice-and-take-down system and the possibility of bringing a claim against the authors of defamatory comments. There was no convincingly established "pressing social need" for the liability of Internet service providers.

79. The applicant company also emphasised the importance of anonymity for free speech on the Internet; this encouraged the full involvement of all, including marginalised groups, political dissidents and whistle-blowers, and allowed individuals to be safe from reprisals.

80. Lastly, the applicant company contended that the domestic courts had clearly misinterpreted European Union (EU) law. It submitted that the Chamber judgment had created a collision of

obligations and legal uncertainty since adhering to EU law on the issue of liability for host service providers would render the State liable under the Convention, whereas adhering to the test set out in the judgment would not be in conformity with EU law.

2. The Government

(a) General remarks

81. The Government made the following remarks in respect of the scope of the case. Firstly, according to the Court's case-law it was for the domestic courts to decide on the domestically applicable law and interpret it. Furthermore, interpretation of EU law was the task of the CJEU. The domestic courts, in reasoned decisions, had found that the Obligations Act, rather than the Directive on electronic commerce or the Information Society Services Act, was applicable. The Grand Chamber should also proceed from this presumption and the applicant company's allegations regarding the applicability of EU law were inadmissible. Secondly, the Government stressed that there existed a number of different types of Internet portals and the issue of their operators' liability could not be generalised. The present case was limited to the activities of the Delfi portal at the material time. In that connection the Government pointed out that Delfi had actively invited readers to comment on the articles it had chosen itself; it had published anonymous comments posted on those articles and in the same section; and the comments could be amended or deleted only by Delfi. The applicant company's liability should be assessed in that specific context.

82. The Government emphasised that there was no dispute that the comments in question had been defamatory.

83. The Government noted that, despite the applicant company's allegations to that effect, it had not been forced to disable anonymous comments or to change its business model. On the contrary, Delfi remained the largest Internet portal in Estonia; it was still possible to post anonymous comments on the portal and the number of comments had risen from 190,000 comments a month in 2009 to 300,000 in 2013. According to an article published on 26 September 2013, Delfi deleted 20,000 to 30,000 comments monthly (7-10% of all comments). Postimees, the second-largest portal, deleted up to 7% of a total of 120,000 comments. Both portals had five employees who dealt with taking down insulting comments. Since December 2013 Delfi had used a two-tier comments section where registered comments and anonymous comments were shown separately.

(b) Lawfulness

84. The Government insisted that the interference with the applicant company's rights had been "prescribed by law". They referred to the domestic legislation and case-law summarised in paragraphs 32 to 36, 38 and 39 of the Chamber judgment, as well as the Court's relevant case-law as summarised in the Chamber judgment. The Government also pointed out that there was no Estonian case-law on the basis of which Delfi – which encouraged the posting of comments on the articles selected and published by it – could have presumed that the owner of an Internet portal as a new media publication was not liable for the damage caused by comments posted on its articles, which formed an integral part of the news and which only Delfi could administer. Further, by the time the domestic judgments had been handed down in Delfi, it was more than clear that Internet media had a wide influence over the public and that, in order to protect the private life of others, liability rules had to apply to new media as well.

85. The Government reiterated that the applicant company's references to EU law and the Information Society Services Act should be disregarded. The Grand Chamber could only assess whether the effects of the interpretation of the Obligations Act were compatible with Article 10 § 2 of the Convention and could not assess the legislation the domestic courts had found not to be applicable. They also pointed out that the domestic courts had paid sufficient attention to the question whether the applicant company might be regarded as a caching or hosting service provider. However, they had found this not to be the case. In particular, in the event of hosting, the service provider merely provided a data storage service, while the stored data and their insertion, amendment, removal and content remained under the control of the service users. In Delfi's comments section, however, commenters lost control of their comments as soon as they had entered them, and they could not change or delete them. Having regard also to the other aspects of the case – Delfi chose the articles and their titles; Delfi invited readers to comment and set the Rules on posting comments (including that the comments had to be related to the article); the amount of advertising revenue Delfi received increased the more comments were posted; Delfi also selectively monitored the comments – the domestic courts had found that Delfi had not acted only as a technical intermediary service provider and could not be classified either as a cache or as a host. The Government also emphasised that the CJEU had never adjudicated on a case similar to the Delfi case. In any event, even if the CJEU's case-law, such as L'Oréal SA and Others (cited above), was of relevance, it could be concluded that the role played by Delfi was an active one and it could not be granted the exemptions from liability provided in the Directive on electronic commerce.

(c) Legitimate aim

86. The Government submitted that the interference with the applicant company's rights under Article 10 had the legitimate aim of protecting the honour of others.

(d) Necessary in a democratic society

87. As regards the question whether the interference was necessary in a democratic society, the Government emphasised at the outset the importance of the balance between Articles 10 and 8 of the Convention.

88. The Government referred extensively to the relevant reasoning of the Chamber judgment. In addition, they emphasised the following.

89. Firstly, as regards the context of the comments, the Government noted that the domestic courts had attached importance to the fact that the selection and publication of the news articles and the publication of readers' comments on these articles in the same section had been part of the applicant company's professional activity as a discloser of information. Delfi invited readers to comment on its articles – often giving the articles provocative headlines and showing the number of comments on the main page immediately after the title of an article in bold red, so that commenting on an article would be more enticing – which in turn brought in advertising revenue.

90. Secondly, in respect of the measures applied by the applicant company, the Government stressed the importance of ensuring the protection of third parties in relation to the Internet, which had become an extensive medium available to the majority of the population and used on a daily basis. The Government added that the applicant company's responsibility for the comments had also been obvious as the actual writers of comments could not modify or delete their comments once they were posted on the Delfi news portal – only the applicant company had the technical means to do this. The Government also pointed out that any information communicated via the Internet spread so quickly that measures taken weeks or even days later to protect a person's honour were no longer sufficient because the offensive comments had already reached the general public and done the damage. The Government further argued that the biggest international news portals did not allow anonymous (that is, unregistered) comments and referred to an opinion that there was a trend away from anonymity. At the same time, anonymous comments tended to be more insulting than the comments by persons who had registered, and harsh comments attracted more readers. The Government argued that Delfi had been notorious for exactly this reason.

91. Thirdly, as regards the liability of the actual authors, the Government submitted that in civil proceedings – a remedy which was preferable to criminal remedies in defamation cases – investigative measures such as surveillance procedures were not accessible. In respect of the procedure for "pre-trial taking of evidence", the Government argued that this was not a reasonable

alternative in the case of anonymous comments for the following two reasons: (a) the relevant Internet Protocol (IP) addresses could be not always established, for example if the user data or the comment had been deleted or an anonymous proxy had been used; and (b) even if the computers used for posting the comments could be identified, it could still prove impossible to identify the persons who had posted them, for example in cases where a public computer, a Wi-Fi hotspot, a dynamic IP address or a server in a foreign country had been used, or for other technical reasons.

92. Fourthly, as regards the consequences of the domestic proceedings for the applicant company, the Government noted that Delfi had not needed to change its business model or disallow anonymous comments. In fact, the total number of comments – the majority of which were anonymous – had increased, while Delfi now employed five moderators. The Government also pointed out that the finding of liability was not aimed at obtaining huge or punitive awards of compensation. Indeed, in Delfi's case the compensation it had been obliged to pay for non-pecuniary damage was negligible (EUR 320), and in the subsequent case-law (see paragraph 43 above) the courts had held that finding a violation or deleting a comment could be a sufficient remedy. The Government concluded that the applicant company's civil liability had not had a "chilling effect" on the freedom of expression, but was justified and proportionate.

93. Lastly, referring to the legislation and practice of several European countries, the Government contended that there was no European consensus on or trend towards excluding the liability of an Internet portal owner which acted as a content service provider and the discloser of anonymous comments on its own articles.

C. The third-party interveners' submissions

1. The Helsinki Foundation for Human Rights

94. The Helsinki Foundation for Human Rights in Warsaw emphasised the differences between the Internet and traditional media. It noted that online services like Delfi acted simultaneously in two roles: as content providers with regard to their own news, and as host providers with regard to third-party comments. It submitted that moderation of user-generated content or the power to remove access to it should not be regarded as having effective editorial control. Intermediary service providers should not be treated as traditional media and should not be subject to the same liability regime.

95. The Helsinki Foundation argued that authors should be accountable for their defamatory comments and the State should provide a regulatory framework making it possible to identify and

prosecute online offenders. At the same time, it also contended that the possibility of publishing anonymously on the Internet should be regarded as a value.

2. Article 19

96. Article 19 argued that one of the most innovative features of the Internet was the ease with which it allowed any person to express his or her views to the entire world without seeking the prior approval of publishers. Comment platforms enabled and promoted public debate in its purest form and this had very little to do with the provision of news. As a matter of fact and form, comments sections on news websites were better understood as newspapers appropriating the private discussion model that was native to the Internet rather than the other way round. Article 19 argued that making websites responsible for comments made by users would impose an unacceptable burden on websites.

97. Article 19 contended that the Directive on electronic commerce was meant to shield websites from liability for their users' comments, regardless of their own content. Article 19 insisted that, while the normal liability rules should continue to apply to online news sites for the articles they published, they should be regarded as hosts – rather than publishers – for the purposes of the comments section on their website. As hosts, online news sites should in principle be immune from liability for third-party content in circumstances where they had not been involved in directly modifying the content in issue. They should not be held liable when they took all reasonable steps to remove content upon being notified, and they should not automatically be held liable simply because they decided not to remove a comment reported to them.

3. Access

98. According to Access, anonymity and pseudonymity supported the fundamental rights of privacy and freedom of expression. A regulatory prohibition on anonymous use of the Internet would constitute an interference with the rights to privacy and freedom of expression protected under Articles 8 and 10 of the Convention, and blanket restrictions on anonymous and pseudonymous expression would impair the very essence of these rights. Access referred to the long-standing case-law of several countries protecting the right to anonymous communication, both on and offline.

99. Furthermore, Access pointed out that services designed to provide enhanced confidentiality and anonymity while using the Internet had become more popular in the wake of revelations of mass surveillance online. It further argued that restricting Internet users to identified expression would harm the Internet economy, and referred to research which had concluded that the most important contributors online were those using pseudonyms.

100. As regards real-name policy, evidence from China showed that such a measure had caused a dramatic drop in the number of comments posted. Experience in South Korea had demonstrated that real-name policy failed to improve meaningfully comments, whereas it was discriminatory against domestic Internet companies, as the users had sought alternative, international platforms that still allowed anonymous and pseudonymous comments.

4. Media Legal Defence Initiative

101. Media Legal Defence Initiative (MLDI) made its submissions on behalf of twenty-eight non-governmental and media organisations and companies. It noted that the vast majority of online media outlets allowed reader comments. Through the comments facility, readers could debate the news amongst themselves as well as with journalists. This transformed the media from a one-way flow of communication into a participatory form of speech which recognised the voice of the reader and allowed different points of view to be aired.

102. MLDI noted that the boundaries between access and content were now increasingly blurred and "intermediaries" included enhanced search services, online marketplaces, web 2.0 applications and social networking sites. From the users' perspective, they all facilitated access to and use of content and were crucial to the realisation of the right to freedom of expression.

103. MLDI contended that it was the States' task to ensure a regulatory framework that protected and promoted freedom of expression whilst also guarding other rights and interests. It provided a detailed overview of the regulatory framework for intermediary liability in the United States of America and in the European Union. It noted that approaches in these jurisdictions were distinct, but nevertheless similar in that it was acknowledged that some level of protection for intermediaries was vital and that there was no requirement that intermediaries should monitor user content. It also noted that in some member States notice-and-take-down procedures had resulted in excessive liability on intermediaries and the taking down of legitimate content.

104. MLDI also elaborated on the emerging good practices in the regulation of user-generated content by online media. It pointed out that the majority of publications in North America and Europe did not screen or monitor comments before they were posted. They did, however, engage in some kind of post-publication moderation. Many online media outlets also ran filtering software and had mechanisms in place to block users who consistently broke the rules. The majority of online media, including leading European news outlets, required user registration but users were not required to disclose their real names.

5. EDiMA, CCIA Europe and EuroISPA

105. The European Digital Media Association (EDiMA), the Computer & Communications Industry Association (CCIA Europe) and EuroISPA, a pan-European association of European Internet Services Providers Associations, made joint submissions as third parties.

106. The third-party interveners argued that there was an established balance struck to date in legislation, international agreements and recommendations according to which, firstly, host service providers were exempt from liability for content in the absence of "actual knowledge" and, secondly, States were prohibited from requiring host providers to carry out general monitoring of content.

107. They noted that, while some information available online came from traditional publishing sources such as newspapers, and was rightly regulated by the law applicable to publishers, a large amount of online content came instead from individual speakers who could state their views unmediated by traditional editorial institutions. Comment facilities allowed for a right of reply and were thus fundamentally different from traditional publications, where no such right existed.

108. The third-party interveners argued that the technology and operating processes for an online news discussion forum like Delfi were technologically indistinguishable from hosting services such as social media/networking platforms, blogs/microblogs and others. Content composed and uploaded by users was automatically made publicly visible without human intervention. For many hosts considerations of scale made proactive human review of all user content effectively impossible. For small websites and start-ups, content control was likely to be particularly challenging and could be so costly as to be prohibitive.

109. The third-party interveners argued that established law in the European Union and other countries envisaged the notice-and-take-down system as a legal and practical framework for Internet content hosting. This balance of responsibilities between users and hosts allowed platforms to identify and remove defamatory or other unlawful speech, whilst at the same time enabling robust discussion on controversial topics of public debate; it made the operation of speech-hosting platforms practicable on a large scale.

D. The Court's assessment

1. Preliminary remarks and the scope of the Court's assessment

110. The Court notes at the outset that user-generated expressive activity on the Internet provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression. That is undisputed and has been recognised by the Court on previous occasions (see Ahmet Yıldırım v. Turkey, no. 3111/10, § 48, ECHR 2012, and Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2) v. the United Kingdom, nos. 3002/03

and 23676/03, § 27, ECHR 2009). However, alongside these benefits, certain dangers may also arise. Defamatory and other types of clearly unlawful speech, including hate speech and speech inciting violence, can be disseminated like never before, worldwide, in a matter of seconds, and sometimes remain persistently available online. These two conflicting realities lie at the heart of this case. Bearing in mind the need to protect the values underlying the Convention, and considering that the rights under Articles 10 and 8 of the Convention deserve equal respect, a balance must be struck that retains the essence of both rights. Thus, while the Court acknowledges that important benefits can be derived from the Internet in the exercise of freedom of expression, it is also mindful that the possibility of imposing liability for defamatory or other types of unlawful speech must, in principle, be retained, constituting an effective remedy for violations of personality rights.

111. On this basis, and in particular considering that this is the first case in which the Court has been called upon to examine a complaint of this type in an evolving field of technological innovation, the Court considers it necessary to delineate the scope of its inquiry in the light of the facts of the present case.

112. Firstly, the Court observes that the Supreme Court recognised (see paragraph 14 of its judgment of 10 June 2009, set out in paragraph 31 above) that "[p]ublishing of news and comments on an Internet portal is also a journalistic activity. At the same time, because of the nature of Internet media, it cannot reasonably be required of a portal operator to edit comments before publishing them in the same manner as applies for a printed media publication. While the publisher [of a printed media publication] is, through editing, the initiator of the publication of a comment, on the Internet portal the initiator of publication is the author of the comment, who makes it accessible to the general public through the portal. Therefore, the portal operator is not the person to whom information is disclosed. Because of [their] economic interest in the publication of comments, both a publisher of printed media and an Internet portal operator are publishers/disclosers as entrepreneurs."

113. The Court sees no reason to call into question the above distinction made by the Supreme Court. On the contrary, the starting-point of the Supreme Court's reflections, that is, the recognition of differences between a portal operator and a traditional publisher, is in line with the international instruments in this field, which manifest a certain development in favour of distinguishing between the legal principles regulating the activities of the traditional print and audio-visual media, on the one hand and Internet-based media operations, on the other. In the recent Recommendation of the Committee of Ministers to the member States of the Council of

Europe on a new notion of media, this is termed a "differentiated and graduated approach [that] requires that each actor whose services are identified as media or as an intermediary or auxiliary activity benefit from both the appropriate form (differentiated) and the appropriate level (graduated) of protection and that responsibility also be delimited in conformity with Article 10 of the European Convention on Human Rights and other relevant standards developed by the Council of Europe" (see paragraph 7 of the Appendix to Recommendation CM/Rec(2011)7, quoted in paragraph 46 above). Therefore, the Court considers that because of the particular nature of the Internet, the "duties and responsibilities" that are to be conferred on an Internet news portal for the purposes of Article 10 may differ to some degree from those of a traditional publisher as regards third-party content.

114. Secondly, the Court observes that the Supreme Court of Estonia found that the "legal assessment by the courts of the twenty comments of a derogatory nature [was] substantiated. The courts [had] correctly found that those comments [were] defamatory since they [were] of a vulgar nature, degrade[d] human dignity and contain[ed] threats" (see paragraph 15 of the judgment, set out in paragraph 31 above). Further, in paragraph 16 of its judgment, the Supreme Court reiterated that the comments degraded "human dignity" and were "clearly unlawful". The Court notes that this characterisation and analysis of the unlawful nature of the comments in question (see paragraph 18 above) is obviously based on the fact that the majority of the comments are, viewed on their face, tantamount to an incitement to hatred or to violence against L.

115. Consequently, the Court considers that the case concerns the "duties and responsibilities" of Internet news portals, under Article 10 § 2 of the Convention, when they provide for economic purposes a platform for user-generated comments on previously published content and some users – whether identified or anonymous – engage in clearly unlawful speech, which infringes the personality rights of others and amounts to hate speech and incitement to violence against them. The Court emphasises that the present case relates to a large professionally managed Internet news portal run on a commercial basis which published news articles of its own and invited its readers to comment on them.

116. Accordingly, the case does not concern other fora on the Internet where third-party comments can be disseminated, for example an Internet discussion forum or a bulletin board where users can freely set out their ideas on any topic without the discussion being channelled by any input from the forum's manager; or a social media platform where the platform provider does not offer any content and where the content provider may be a private person running the website or blog as a hobby.

117. Furthermore, the Court notes that the applicant company's news portal was one of the biggest Internet media publications in the country; it had a wide readership and there was a known public concern regarding the controversial nature of the comments it attracted (see paragraph 15 above). Moreover, as outlined above, the impugned comments in the present case, as assessed by the Supreme Court, mainly constituted hate speech and speech that directly advocated acts of violence. Thus, the establishment of their unlawful nature did not require any linguistic or legal analysis since the remarks were on their face manifestly unlawful. It is against this background that the Court will proceed to examine the applicant company's complaint.

2. Existence of an interference

118. The Court notes that it was not in dispute between the parties that the applicant company's freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention had been interfered with by the domestic courts' decisions. The Court sees no reason to hold otherwise.

119. Such an interference with the applicant company's right to freedom of expression must be "prescribed by law", have one or more legitimate aims in the light of paragraph 2 of Article 10, and be "necessary in a democratic society".

3. Lawfulness

120. The Court reiterates that the expression "prescribed by law" in the second paragraph of Article 10 not only requires that the impugned measure should have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see, among other authorities, VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, § 52, ECHR 2001-VI; Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; Gawęda v. Poland, no. 26229/95, § 39, ECHR 2002-II; and Maestri v. Italy [GC], no. 39748/98, § 30, ECHR 2004-I). However, it is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy [GC], no. 38433/09, § 140, ECHR 2012; Kruslin v. France, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A; and Kopp v. Switzerland, 25 March 1998, § 59, Reports of Judgments and Decisions 1998-II).

121. One of the requirements flowing from the expression "prescribed by law" is foreseeability. Thus, a norm cannot be regarded as a "law" within the meaning of Article 10 § 2 unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty. Whilst certainty is desirable, it may bring in its train

excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague, and whose interpretation and application are questions of practice (see, for example, Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 41, ECHR 2007-IV, and Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano, cited above, § 141).

122. The level of precision required of domestic legislation – which cannot provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the law in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (ibid., § 142). The Court has found that persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation, can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails (see Lindon, Otchakovsky-Laurens and July, cited above, § 41, with further references to Cantoni v. France, 15 November 1996, § 35, Reports 1996-V, and Chauvy and Others v. France, no. 64915/01, §§ 43-45, ECHR 2004-VI).

123. In the present case the parties' opinions differed as to whether the interference with the applicant company's freedom of expression was "prescribed by law". The applicant company argued that there was no domestic law according to which an intermediary was to be taken as a professional publisher of comments posted on its website by third parties regardless of whether it was aware of their specific content. On the contrary, the applicant company relied on the domestic and European legislation on Internet service providers and argued that it expressly prohibited the imposition of liability on service providers for third-party content.

124. The Government referred to the relevant provisions of the civil law and domestic case-law to the effect that media publishers were liable for their publications along with the authors. They added that there was no case-law on the basis of which the applicant company could have presumed that the owner of an Internet news portal as a new media publication was not liable for the comments posted on its articles. In their view the Court should proceed from the facts as established and the law as applied and interpreted by the domestic courts and not take account of the applicant company's references to EU law. In any event, the EU law referred to by the applicant company actually supported the domestic courts' interpretations and conclusions.

125. The Court observes that the difference in the parties' opinions as regards the law to be applied stems from their diverging views on the issue of how the applicant company is to be classified. According to the applicant company, it should be classified as an intermediary as regards the third-party comments, whereas the Government argued that the applicant company was to be seen as a media publisher, including with regard to such comments.

126. The Court observes (see paragraphs 112-13 above) that the Supreme Court recognised the differences between the roles of a publisher of printed media, on the one hand, and an Internet portal operator engaged in media publications for an economic purpose, on the other. However, the Supreme Court found that because of their "economic interest in the publication of comments, both a publisher of printed media and an Internet portal operator [were] publishers/disclosers" for the purposes of section 1047 of the Obligations Act (see paragraph 14 of the judgment, set out in paragraph 31 above).

127. The Court considers that, in substance, the applicant company argues that the domestic courts erred in applying the general provisions of the Obligations Act to the facts of the case as they should have relied upon the domestic and European legislation on Internet service providers. Like the Chamber, the Grand Chamber reiterates in this context that it is not its task to take the place of the domestic courts. It is primarily for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among others, Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano, cited above, § 140, and Rekvényi v. Hungary [GC], no. 25390/94, § 35, ECHR 1999-III). The Court also reiterates that it is not for it to express a view on the appropriateness of methods chosen by the legislature of a respondent State to regulate a given field. Its task is confined to determining whether the methods adopted and the effects they entail are in conformity with the Convention (see Gorzelik and Others v. Poland [GC], no. 44158/98, § 67, ECHR 2004-I). Thus, the Court confines itself to examining whether the Supreme Court's application of the general provisions of the Obligations Act to the applicant company's situation was foreseeable for the purposes of Article 10 § 2 of the Convention.

128. Pursuant to the relevant provisions of the Constitution, the Civil Code (General Principles) Act and the Obligations Act (see paragraphs 33-38 above), as interpreted and applied by the domestic courts, the applicant company was considered a publisher and deemed liable for the publication of the clearly unlawful comments. The domestic courts chose to apply these norms, having found that the special regulation contained in the Information Society Services Act transposing the Directive on electronic commerce into Estonian law did not apply to the present case since the latter related to activities of a merely technical, automatic and passive nature, unlike the applicant company's activities, and that the objective pursued by the applicant company was not merely the provision of an intermediary service (see paragraph 13 of the Supreme Court's judgment, set out in paragraph 31 above). In this particular context the Court takes into account the fact that some countries have recognised that the importance and the complexity of the subject matter, involving the need to ensure proper balancing of different interests and fundamental rights, call for the enactment of specific regulations for situations such as that pertaining in the present

case (see paragraph 58 above). Such action is in line with the "differentiated and graduated approach" to the regulation of new media recommended by the Council of Europe (see paragraph 46 above) and has found support in the Court's case-law (see, mutatis mutandis, Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, §§ 63-64, ECHR 2011). However, although various legislative approaches are possible in legislation to take account of the nature of new media, the Court is satisfied on the facts of this case that the provisions of the Constitution, the Civil Code (General Principles) Act and the Obligations Act, along with the relevant case-law, made it foreseeable that a media publisher running an Internet news portal for an economic purpose could, in principle, be held liable under domestic law for the uploading of clearly unlawful comments, of the type in issue in the present case, on its news portal.

129. The Court accordingly finds that, as a professional publisher, the applicant company should have been familiar with the legislation and case-law, and could also have sought legal advice. The Court observes in this context that the Delfi news portal is one of the largest in Estonia. Public concern had already been expressed before the publication of the comments in the present case and the Minister of Justice had noted that victims of insults could bring a suit against Delfi and claim damages (see paragraph 15 above). Thus, the Court considers that the applicant company was in a position to assess the risks related to its activities and that it must have been able to foresee, to a reasonable degree, the consequences which these could entail. It therefore concludes that the interference in issue was "prescribed by law" within the meaning of the second paragraph of Article 10 of the Convention.

4. Legitimate aim

130. The parties before the Grand Chamber did not dispute that the restriction of the applicant company's freedom of expression had pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others. The Court sees no reason to hold otherwise.

5. Necessary in a democratic society

(a) General principles

131. The fundamental principles concerning the question whether an interference with freedom of expression is "necessary in a democratic society" are well established in the Court's case-law (see, among other authorities, Hertel v. Switzerland, 25 August 1998, § 46, Reports 1998-VI; Steel and Morris v. the United Kingdom, no. 68416/01, § 87, ECHR 2005-II; Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, § 48, ECHR 2012; and Animal Defenders International v. the United Kingdom [GC], no. 48876/08, § 100, ECHR 2013) and have been summarised as follows.

"(i) Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, which ... must, however, be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly ...

(ii) The adjective 'necessary', within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a 'pressing social need'. The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a 'restriction' is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

(iii) The Court's task, in exercising its supervisory jurisdiction, is not to take the place of the competent national authorities but rather to review under Article 10 the decisions they delivered pursuant to their power of appreciation. This does not mean that the supervision is limited to ascertaining whether the respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith; what the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was 'proportionate to the legitimate aim pursued' and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are 'relevant and sufficient' ... In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts ..."

132. Furthermore, the Court has emphasised the essential function the press fulfils in a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds, particularly as regards the reputation and rights of others and the need to prevent the disclosure of confidential information, its duty is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest (see Jersild v. Denmark, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298; De Haes and Gijsels v. Belgium, 24 February 1997, § 37, Reports 1997-I; and Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway [GC], no. 21980/93, § 58, ECHR 1999-III).

Journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation (see Prager and Oberschlick v. Austria, 26 April 1995, § 38, Series A no. 313, and Bladet Tromsø and Stensaas, cited above, § 59). The limits of permissible criticism are narrower in relation to a private citizen than in relation to politicians or governments (see, for example, Castells v. Spain, 23 April 1992, § 46, Series A no. 236; Incal v. Turkey, 9 June 1998, § 54, Reports 1998-IV; and Tammer v. Estonia, no. 41205/98, § 62, ECHR 2001-I).

133. Moreover, the Court has previously held that in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general (see Ahmet Yıldırım, cited above, § 48, and Times Newspapers Ltd, cited above, § 27). At the same time, the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press (see Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel, cited above, § 63).

134. In considering the "duties and responsibilities" of a journalist, the potential impact of the medium concerned is an important factor and it is commonly acknowledged that the audio-visual media often have a much more immediate and powerful effect than the print media (see Purcell and Others v. Ireland, no. 15404/89, Commission decision of 16 April 1991, Decisions and Reports 70, p. 262). The methods of objective and balanced reporting may vary considerably, depending among other things on the media in question (see Jersild, cited above, § 31).

135. The Court has held that the "punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so" (see Jersild, cited above, § 35; Thoma v. Luxembourg, no. 38432/97, § 62, ECHR 2001-III; and, mutatis mutandis, Verlagsgruppe News GmbH v. Austria, no. 76918/01, § 31, 14 December 2006, and Print Zeitungsverlag GmbH v. Austria, no. 26547/07, § 39, 10 October 2013).

136. Moreover, the Court has held that speech that is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention is not protected by Article 10 by virtue of Article 17 of the Convention. The examples of such speech examined by the Court have included statements denying the Holocaust, justifying a pro-Nazi policy, linking all Muslims with a grave act of terrorism, or portraying the Jews as the source of evil in Russia (see Lehideux and Isorni v. France, 23 September 1998, §§ 47 and 53, Reports 1998-VII; Garaudy v. France (dec.), no. 65831/01,

ECHR 2003-IX; Norwood v. the United Kingdom (dec.), no. 23131/03, ECHR 2004-XI; Witzsch v. Germany (dec.), no. 7485/03, 13 December 2005; and Pavel Ivanov v. Russia (dec.), no. 35222/04, 20 February 2007).

137. The Court further reiterates that the right to protection of reputation is a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life (see Chauvy and Others, cited above, § 70; Pfeifer v. Austria, no. 12556/03, § 35, 15 November 2007; and Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain, no. 34147/06, § 40, 21 September 2010). In order for Article 8 to come into play, however, an attack on a person's reputation must attain a certain level of seriousness and be made in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (see A. v. Norway, no. 28070/06, § 64, 9 April 2009, and Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012).

138. When examining whether there is a need for an interference with freedom of expression in a democratic society in the interests of the "protection of the reputation or rights of others", the Court may be required to ascertain whether the domestic authorities have struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10, and, on the other, the right to respect for private life enshrined in Article 8 (see Hachette Filipacchi Associés v. France, no. 71111/01, § 43, 14 June 2007; MGN Limited v. the United Kingdom, no. 39401/04, § 142, 18 January 2011; and Axel Springer AG, cited above, § 84).

139. The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect, and the outcome of an application should not, in principle, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 10 of the Convention by the publisher of an offending article or under Article 8 of the Convention by the person who was the subject of that article. Accordingly, the margin of appreciation should in principle be the same in both cases (see Axel Springer AG, cited above, § 87, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 106, ECHR 2012, with further references to Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS), no. 12268/03, § 41, 23 July 2009; Timciuc v. Romania (dec.), no. 28999/03, § 144, 12 October 2010; and Mosley v. the United Kingdom, no. 48009/08, § 111, 10 May 2011). Where the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see Axel Springer AG, cited above, § 88, and Von Hannover, cited above, § 107, with further references to MGN Limited, cited above, §§ 150 and 155, and Palomo Sánchez and Others v. Spain [GC], nos.

28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, § 57, ECHR 2011). In other words, there will usually be a wide margin afforded by the Court if the State is required to strike a balance between competing private interests or competing Convention rights (see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; Chassagnou and Others v. France [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 113, ECHR 1999-III; and Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, § 40, 10 January 2013).

(b) Application of the above principles to the present case

(i) Elements in the assessment of proportionality

140. The Court notes that it is not disputed that the comments posted by readers in reaction to the news article published in the comments section on the applicant company's Internet news portal were of a clearly unlawful nature. Indeed, the applicant company removed the comments once it was notified by the injured party, and described them as "infringing" and "illicit" before the Chamber (see paragraph 84 of the Chamber judgment). Moreover, the Court is of the view that the majority of the impugned comments amounted to hate speech or incitements to violence and as such did not enjoy the protection of Article 10 (see paragraph 136 above). Thus, the freedom of expression of the authors of the comments is not in issue in the present case. Rather, the question before the Court is whether the domestic courts' decisions, holding the applicant company liable for these comments posted by third parties, were in breach of its freedom to impart information as guaranteed by Article 10 of the Convention.

141. The Court observes that, although the applicant company immediately removed the comments in question from its website upon notification by L.'s lawyers (see paragraphs 18-19 above), the Supreme Court held the applicant company liable on the basis of the Obligations Act as it should have prevented the publication of comments with clearly unlawful contents. It then referred to section 1047(3) of the Obligations Act, according to which disclosure of information or other matters is not deemed to be unlawful if the person who discloses the information or other matters or the person to whom such matters are disclosed has a legitimate interest in the disclosure, and if the person who discloses the information has verified the information or other matters with a thoroughness which corresponds to the "gravity of the potential violation". The Supreme Court thus held that, after the disclosure, the applicant company had failed to remove the comments – the unlawful content of which it should have been aware of – from the portal on its own initiative. The inactivity of the applicant company was thus deemed unlawful as it had not "proved the absence of culpability" under section 1050(1) of the Obligations Act (see paragraph 16 of the Supreme Court judgment, set out in paragraph 31 above).

142. In the light of the Supreme Court's reasoning, the Court must, according to its consistent case-law, examine whether the domestic courts' finding of liability on the part of the applicant company was based on relevant and sufficient grounds in the particular circumstances of the case (see paragraph 131 above). The Court observes that, in order to resolve the question whether the domestic courts' decisions holding the applicant company liable for the comments posted by third parties were in breach of its freedom of expression, the Chamber identified the following aspects as relevant for its analysis: the context of the comments, the measures applied by the applicant company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the applicant company's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the applicant company (see paragraphs 85 et seq. of the Chamber judgment).

143. The Court agrees that these aspects are relevant for the concrete assessment of the proportionality of the interference in issue within the scope of the Court's examination of the present case (see paragraphs 112-17 above).

(ii) Context of the comments

144. As regards the context of the comments, the Court accepts that the news article about the ferry company, published on the Delfi news portal, was a balanced one, contained no offensive language and gave rise to no arguments regarding unlawful statements in the domestic proceedings. The Court is aware that even such a balanced article on a seemingly neutral topic may provoke fierce discussions on the Internet. Furthermore, it attaches particular weight, in this context, to the nature of the Delfi news portal. It reiterates that Delfi was a professionally managed Internet news portal run on a commercial basis which sought to attract a large number of comments on news articles published by it. The Court observes that the Supreme Court explicitly referred to the fact that the applicant company had integrated the comments section into its news portal, inviting visitors to the website to complement the news with their own judgments and opinions (comments). According to the findings of the Supreme Court, in the comments section, the applicant company actively called for comments on the news items appearing on the portal. The number of visits to the applicant company's portal depended on the number of comments; the revenue earned from advertisements published on the portal, in turn, depended on the number of visits. Thus, the Supreme Court concluded that the applicant company had an economic interest in the posting of comments. In the view of the Supreme Court, the fact that the applicant company was not the author of the comments did not mean that it had no control over the comments section (see paragraph 13 of the judgment, set out in paragraph 31 above).

145. The Court also notes in this regard that the Rules on posting comments on the Delfi website stated that the applicant company prohibited the posting of comments that were without substance and/or off topic, were contrary to good practice, contained threats, insults, obscene expressions or vulgarities, or incited hostility, violence or illegal activities. Such comments could be removed and their authors' ability to post comments could be restricted. Furthermore, the actual authors of the comments could not modify or delete their comments once they were posted on the applicant company's news portal – only the applicant company had the technical means to do this. In the light of the above and the Supreme Court's reasoning, the Court agrees with the Chamber's finding that the applicant company must be considered to have exercised a substantial degree of control over the comments published on its portal.

146. In sum, the Court considers that it was sufficiently established by the Supreme Court that the applicant company's involvement in making public the comments on its news articles on the Delfi news portal went beyond that of a passive, purely technical service provider. The Court therefore finds that the Supreme Court based its reasoning on this issue on grounds that were relevant for the purposes of Article 10 of the Convention.

(iii) Liability of the authors of the comments

147. In connection with the question whether the liability of the actual authors of the comments could serve as a sensible alternative to the liability of the Internet news portal in a case like the present one, the Court is mindful of the interest of Internet users in not disclosing their identity. Anonymity has long been a means of avoiding reprisals or unwanted attention. As such, it is capable of promoting the free flow of ideas and information in an important manner, including, notably, on the Internet. At the same time, the Court does not lose sight of the ease, scope and speed of the dissemination of information on the Internet, and the persistence of the information once disclosed, which may considerably aggravate the effects of unlawful speech on the Internet compared to traditional media. It also refers in this connection to a recent judgment of the Court of Justice of the European Union in Google Spain SL and Google Inc. (cited above), in which that court, albeit in a different context, dealt with the problem of the availability on the Internet of information seriously interfering with a person's private life over an extended period of time, and found that the individual's fundamental rights, as a rule, overrode the economic interests of the operator of a search engine and the interests of other Internet users (see paragraph 56 above).

148. The Court observes that different degrees of anonymity are possible on the Internet. An Internet user may be anonymous to the wider public while being identifiable by a service provider through an account or contact data that may be either unverified or subject to some kind of

verification – ranging from limited verification (for example, through activation of an account via an e-mail address or a social network account) to secure authentication, be it by the use of national electronic identity cards or online banking authentication data allowing rather more secure identification of the user. A service provider may also allow an extensive degree of anonymity for its users, in which case the users are not required to identify themselves at all and they may only be traceable – to a limited extent – through the information retained by Internet access providers. The release of such information would usually require an injunction by the investigative or judicial authorities and would be subject to restrictive conditions. It may nevertheless be required in some cases in order to identify and prosecute perpetrators.

149. Thus, in the judgment in K.U. v. Finland, concerning an offence of "malicious misrepresentation" of a sexual nature against a minor, the Court found that "[a]lthough freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others" (see K.U. v. Finland, no. 2872/02, § 49, ECHR 2008). The Court in that case rejected the Government's argument that the applicant had had the possibility of obtaining damages from the service provider, finding that this was not sufficient in the circumstances of the case. It held that there had to be a remedy enabling the actual offender to be identified and brought to justice, whereas at the relevant time the regulatory framework of the respondent State had not provided for the possibility of ordering the Internet service provider to divulge the information required for that purpose (ibid., §§ 47 and 49). Although K.U. v. Finland concerned a breach classified as a criminal offence under the domestic law and involved a more sweeping intrusion into the victim's private life than the present case, it is evident from the Court's reasoning that anonymity on the Internet, while an important factor, must be balanced against other rights and interests.

150. As regards the establishment of the identity of the authors of the comments in civil proceedings, the Court notes that the parties' positions differed as to its feasibility. On the basis of the information provided by the parties, the Court observes that the Estonian courts, in the "pre-trial taking of evidence" procedure under Articles 244 et seq. of the Code of Civil Procedure (see paragraph 40 above), have granted requests by defamed persons for the disclosure by online newspapers or news portals of the IP addresses of authors who had posted allegedly defamatory comments and for the disclosure by Internet access providers of the names and addresses of the subscribers to whom the IP addresses in question had been assigned. The examples provided by

the Government show mixed results: in some cases it had proved possible to establish the computer from which the comments had been made, while in other cases, for various technical reasons, this had proved impossible.

151. According to the Supreme Court's judgment in the present case, the injured person had the choice of bringing a claim against the applicant company or the authors of the comments. The Court considers that the uncertain effectiveness of measures allowing the identity of the authors of the comments to be established, coupled with the lack of instruments put in place by the applicant company for the same purpose with a view to making it possible for a victim of hate speech to bring a claim effectively against the authors of the comments, are factors that support a finding that the Supreme Court based its judgment on relevant and sufficient grounds. The Court also refers, in this context, to the judgment in Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria (no. 4) (no. 72331/01, § 32, 9 November 2006) in which it found that shifting the risk of the defamed person obtaining redress in defamation proceedings to the media company, which was usually in a better financial position than the defamer, was not as such a disproportionate interference with the media company's right to freedom of expression.

(iv) Measures taken by the applicant company

152. The Court notes that the applicant company highlighted the number of comments on each article on its website, and therefore the articles with the most lively exchanges must have been easily identifiable for the editors of the news portal. The article in issue in the present case attracted 185 comments, apparently well above average. The comments in question were removed by the applicant company some six weeks after they were uploaded on the website, upon notification by the injured person's lawyers to the applicant company (see paragraphs 17-19 above).

153. The Court observes that the Supreme Court stated in its judgment that "[o]n account of the obligation arising from law to avoid causing harm, the [applicant company] should have prevented the publication of comments with clearly unlawful contents". However, it also held that "[a]fter the disclosure, the [applicant company had] failed to remove the comments – the unlawful content of which it should have been aware of – from the portal on its own initiative" (see paragraph 16 of the judgment, set out in paragraph 31 above). Therefore, the Supreme Court did not explicitly determine whether the applicant company was under an obligation to prevent the uploading of the comments to the website or whether it would have sufficed under domestic law for the applicant company to have removed the offending comments without delay after publication to escape liability under the Obligations Act. The Court considers that, when assessing the grounds upon which the Supreme Court relied in its judgment entailing an interference with the applicant

company's Convention rights, there is nothing to suggest that the national court intended to restrict its rights to a greater extent than that required to achieve the aim pursued. On this basis, and having regard to the freedom to impart information as enshrined in Article 10, the Court will thus proceed on the assumption that the Supreme Court's judgment must be understood to mean that had the applicant company removed the comments without delay after publication, this would have sufficed for it to escape liability under domestic law. Consequently, and taking account of the above findings (see paragraph 145) to the effect that the applicant company must be considered to have exercised a substantial degree of control over the comments published on its portal, the Court does not consider that the imposition on the applicant company of an obligation to remove from its website, without delay after publication, comments that amounted to hate speech and incitements to violence, and were thus clearly unlawful on their face, amounted, in principle, to a disproportionate interference with its freedom of expression.

154. The pertinent issue in the present case is whether the national court's findings that liability was justified, as the applicant company had not removed the comments without delay after publication, were based on relevant and sufficient grounds. With this in mind, account must first be taken of whether the applicant company had put in place mechanisms that were capable of filtering comments amounting to hate speech or speech entailing an incitement to violence.

155. The Court notes that the applicant company took certain measures in this regard. There was a disclaimer on the Delfi news portal stating that the writers of the comments – and not the applicant company – were accountable for them, and that the posting of comments that were contrary to good practice or contained threats, insults, obscene expressions or vulgarities, or incited hostility, violence or illegal activities, was prohibited. Furthermore, the portal had an automatic system of deletion of comments based on stems of certain vulgar words and it had a notice-and-take-down system in place, whereby anyone could notify it of an inappropriate comment by simply clicking on a button designated for that purpose to bring it to the attention of the portal administrators. In addition, on some occasions the administrators removed inappropriate comments on their own initiative.

156. Thus, the Court notes that the applicant company cannot be said to have wholly neglected its duty to avoid causing harm to third parties. Nevertheless, and more importantly, the automatic word-based filter used by the applicant company failed to filter out odious hate speech and speech inciting violence posted by readers and thus limited its ability to expeditiously remove the offending comments. The Court reiterates that the majority of the words and expressions in question did not include sophisticated metaphors or contain hidden meanings or subtle threats.

They were manifest expressions of hatred and blatant threats to the physical integrity of L. Thus, even if the automatic word-based filter may have been useful in some instances, the facts of the present case demonstrate that it was insufficient for detecting comments whose content did not constitute protected speech under Article 10 of the Convention (see paragraph 136 above). The Court notes that as a consequence of this failure of the filtering mechanism these clearly unlawful comments remained online for six weeks (see paragraphs 18-19 above).

157. The Court observes in this connection that on some occasions the portal administrators did remove inappropriate comments on their own initiative and that, apparently some time after the events of the present case, the applicant company set up a dedicated team of moderators. Having regard to the fact that there are ample opportunities for anyone to make his or her voice heard on the Internet, the Court considers that a large news portal's obligation to take effective measures to limit the dissemination of hate speech and speech inciting violence – the issue in the present case – can by no means be equated to "private censorship". While acknowledging the "important role" played by the Internet "in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general" (see Ahmet Yıldırım, cited above, § 48, and Times Newspapers Ltd, cited above, § 27), the Court reiterates that it is also mindful of the risk of harm posed by content and communications on the Internet (see Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel, cited above, § 63; see also Mosley, cited above, § 130).

158. Moreover, depending on the circumstances, there may be no identifiable individual victim, for example in some cases of hate speech directed against a group of persons or speech directly inciting violence of the type manifested in several of the comments in the present case. In cases where an individual victim exists, he or she may be prevented from notifying an Internet service provider of the alleged violation of his or her rights. The Court attaches weight to the consideration that the ability of a potential victim of hate speech to continuously monitor the Internet is more limited than the ability of a large commercial Internet news portal to prevent or rapidly remove such comments.

159. Lastly, the Court observes that the applicant company has argued (see paragraph 78 above) that the Court should have due regard to the notice-and-take-down system that it had introduced. If accompanied by effective procedures allowing for rapid response, this system can in the Court's view function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and interests of all those involved. However, in cases such as the present one, where third-party user comments are in the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, as understood in the Court's case-law (see paragraph 136 above), the Court considers, as stated above (see

paragraph 153), that the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals, without contravening Article 10 of the Convention, if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties.

(v) Consequences for the applicant company

160. Finally, turning to the question of consequences of the domestic proceedings for the applicant company, the Court notes that it was obliged to pay the injured person the equivalent of EUR 320 in compensation for non-pecuniary damage. It agrees with the finding of the Chamber that this sum, also taking into account the fact that the applicant company was a professional operator of one of the largest Internet news portals in Estonia, can by no means be considered disproportionate to the breach established by the domestic courts (see paragraph 93 of the Chamber judgment). The Court notes in this connection that it has also had regard to the post-Delfi domestic case-law on the liability of the operators of Internet news portals (see paragraph 43 above). It observes that in these cases the lower courts have followed the Supreme Court's judgment in Delfi but no awards have been made for non-pecuniary damage. In other words, the tangible result for the operators in post-Delfi cases has been that they have taken down the offending comments but have not been ordered to pay compensation for non-pecuniary damage.

161. The Court also observes that it does not appear that the applicant company had to change its business model as a result of the domestic proceedings. According to the information available, the Delfi news portal has continued to be one of Estonia's largest Internet publications and by far the most popular for posting comments, the number of which has continued to increase. Anonymous comments – now existing alongside the possibility of posting registered comments, which are displayed to readers first – are still predominant and the applicant company has set up a team of moderators carrying out follow-up moderation of comments posted on the portal (see paragraphs 32 and 83 above). In these circumstances, the Court cannot conclude that the interference with the applicant company's freedom of expression was disproportionate on that account either.

(vi) Conclusion

162. Based on the concrete assessment of the above aspects, taking into account the reasoning of the Supreme Court in the present case, in particular the extreme nature of the comments in question, the fact that the comments were posted in reaction to an article published by the applicant company on its professionally managed news portal run on a commercial basis, the insufficiency of the measures taken by the applicant company to remove without delay after publication

comments amounting to hate speech and speech inciting violence and to ensure a realistic prospect of the authors of such comments being held liable, and the moderate sanction imposed on the applicant company, the Court finds that the domestic courts' imposition of liability on the applicant company was based on relevant and sufficient grounds, having regard to the margin of appreciation afforded to the respondent State. Therefore, the measure did not constitute a disproportionate restriction on the applicant company's right to freedom of expression.

Accordingly, there has been no violation of Article 10 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

Holds, by fifteen votes to two, that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 16 June 2015.

Johan Callewaert

Deputy Registrar

Dean Spielmann

President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

(a) joint concurring opinion of Judges Raimondi, Karakaş, De Gaetano and Kjølbro;

(b) concurring opinion of Judge Zupančič;

(c) joint dissenting opinion of Judges Sajó and Tsotsoria.

D.S.

J.C.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES RAIMONDI, KARAKAŞ, DE GAETANO AND KJØLBRO

1. We agree that there has been no violation of Article 10 of the Convention. However, we would like to clarify our position as regards two issues: (a) the Court's reading of the Supreme Court's judgment, and (b) the principles underlying the Court's assessment of the complaint.

2. Firstly, the Court's reading of the Supreme Court's judgment (see paragraphs 153-54 of the present judgment) is decisive for the assessment of the case.

3. In reaching its decision the Supreme Court stated, inter alia, that it followed from the obligation to avoid causing harm that Delfi "should have prevented the publication of the comments with clearly unlawful content". Furthermore, the Supreme Court held that Delfi, after the disclosure of the comments in question, had "failed to remove the comments – the unlawful content of which it should have been aware of – from the portal on its own initiative". The Supreme Court found that Delfi's "inactivity [was] unlawful", and that Delfi was liable as it had "not proved the absence of culpability" (see the extract quoted in paragraph 31 of the present judgment).

4. There are two possible readings of the Supreme Court's judgment: (a) Delfi was liable as it did not "prevent" the unlawful comments from being published, and its liability was aggravated by the fact that it did not subsequently "remove" the comments; or (b) Delfi did not "prevent" the unlawful comments from being published and, as it did not subsequently "remove" the comments without delay, it was liable for them.

5. The Court has decided to read the Supreme Court's judgment in the second sense, thereby avoiding the difficult question of the possible liability of a news portal for not having "prevented" unlawful user-generated comments from being published. However, had the Court read the Supreme Court's judgment in the first sense, the outcome of the case might have been different.

6. If the Supreme Court's judgment were to be understood in the first sense, it would enshrine an interpretation of domestic legislation that would entail a risk of imposing excessive burdens on a news portal such as Delfi. In fact, in order to avoid liability for comments written by readers of its articles, a news portal would have to prevent such comments from being published (and would also have to remove any such comments that were published). This might, in practice, require an effective monitoring system, be it automatic or manual. In other words, a news portal might have to pre-monitor comments in order to avoid publishing clearly unlawful comments made by readers. Furthermore, if the liability of a news portal was closely linked to the clearly unlawful nature of the comments, without it being necessary for the plaintiff to prove that the news portal knew or ought to have known that the comments would be or had been published on the portal,

the portal would in practice be obliged to act on the assumption that such comments could be made by readers and therefore to take the necessary measures to avoid them being published, which in practice would require pre-monitoring measures to be adopted.

7. Therefore, in our view, finding a news portal liable for not having "prevented" the publication of user-generated comments would in practice imply that the portal would have to pre-monitor each and every user-generated comment in order to avoid liability for any unlawful comments. This could in practice lead to a disproportionate interference with the news portal's freedom of expression as guaranteed by Article 10.

8. Secondly, the Court should have stated more clearly the underlying principles leading it to find no violation of Article 10. Instead, the Court has adopted case-specific reasoning and at the same time has left the relevant principles to be developed more clearly in subsequent case-law.

9. In our view, the Court should have seized the opportunity to state more clearly the principles relevant to the assessment of a case such as the present one.

10. A news portal such as Delfi, which invites readers of articles to write comments that are made public on the portal, will assume "duties and responsibilities" as provided for in domestic legislation. Furthermore, it follows from Article 8 of the Convention that member States have an obligation to protect effectively the reputation and honour of individuals. Therefore, Article 10 of the Convention cannot be interpreted as prohibiting member States from imposing obligations on news portals such as Delfi when they allow readers to write comments that are made public. In fact, member States may in certain circumstances have an obligation to do so in order to protect the honour and reputation of others. Thus, member States may decide that a news portal is to be regarded as the publisher of the comments in question. Furthermore, they may prescribe that news portals may be held liable for clearly unlawful comments, such as insults, threats and hate speech, which are written by users and made public on the portal. However, in exercising their power to do so, member States must comply with their obligations under Article 10 of the Convention. Therefore, domestic legislation should not restrict freedom of expression by imposing excessive burdens on news portals.

11. In our view, member States may hold a news portal, such as Delfi, liable for clearly unlawful comments such as insults, threats and hate speech by readers of its articles if the portal knew, or ought to have known, that such comments would be or had been published on the portal. Furthermore, member States may hold a news portal liable in such situations if it fails to act promptly when made aware of such comments published on the portal.

12. The assessment of whether the news portal knew or ought to have known that clearly unlawful comments may be or have been published on the portal may take into account all the relevant specific circumstances of the case, including the nature of the comments in question, the context of their publication, the subject matter of the article generating the comments, the nature of the news portal in question, the history of the portal, the number of comments generated by the article, the activity on the portal, and how long the comments have appeared on the portal.

13. Therefore, holding a news portal liable for clearly unlawful comments such as insults, threats and hate speech under such circumstances will in general be compatible with Article 10 of the Convention. Furthermore, member States may also hold a news portal liable if it has failed to take reasonable measures to prevent clearly unlawful comments from being made public on the portal or to remove them once they have been made public.

14. In our view, these underlying principles should have been stated more clearly in the Court's judgment.

15. Having regard to the clearly unlawful nature of the comments in question, as well as the fact that they remained on the news portal for six weeks before they were removed, we do not find it disproportionate for the Supreme Court to find Delfi liable as it had "failed to remove the comments – the unlawful content of which it should have been aware of – from the portal on its own initiative". In fact, not being aware of such clearly unlawful comments for such an extended period of time almost amounts to wilful ignorance, which cannot serve as a basis for avoiding civil liability.

16. Therefore, we did not have any problems voting together with the majority. However, the Court should, in our view, have seized the opportunity to clarify the principles underlying its assessment, irrespective of the sensitive nature of the questions raised by the application.

CONCURRING OPINION OF JUDGE ZUPANČIČ

In general, I agree with the outcome in this case. However, I would like to add a few historical and simply ethical observations.

The substance of the case concerns the protection of personal integrity, that is, of personality rights in Estonia and also, after this case, elsewhere in Europe. For many years personality rights were, so to speak, discriminated against vis-à-vis freedom of expression, specifically the freedom of the press. In my concurring opinion in Von Hannover v. Germany (no. 59320/00, ECHR 2004-VI), I wrote that "[t]he Persönlichkeitsrecht doctrine imparts a higher level of civilised interpersonal deportment", and I believe the facts of the case at hand confirm this finding.

The problem derives from the great dissimilarity between the common law on the one hand and the Continental system of law on the other hand. The notion of privacy in American law, for example, only derived from the seminal article by Warren and Brandeis[3], who happened, because he had been schooled in Germany, to be able to instruct himself about personality rights in German. The notion of privacy as a right to be left alone, especially by the media, was, until that time, more or less unfamiliar to the Anglo-American sphere of law. The article itself addressed precisely the question of abuse by the media. Obviously, at that time there were only printed media but this was sufficient for Justice Brandeis to show his own extreme indignation.

On the other hand, the Continental tradition concerning personality rights goes back to Roman law's actio iniurirarum, which protected against bodily injury but also against non-bodily convicium, adtemptata pudicitia and infamatio[4]. Thus, personality rights can be seen as the predecessor and the private-law equivalent of human rights. Protection, for example, against defamation and violations of other personality rights has a long and imperative tradition on the Continent, whereas libel and slander are the weak corresponding rights in Anglo-American law.

According to Jean-Christophe Saint-Paul:

> "Les droits de la personnalité constituent l'ensemble des prérogatives juridiques portant sur des intérêts moraux (identité, vie privée, honneur) et le corps humain ou les moyens de leur réalisation (correspondances, domicile, image), exercés par des personnes juridiques (physiques ou morales) et qui sont sanctionnés par des actions en justice civiles (cessation du trouble, réparation des préjudices) et pénales.
>
> Au carrefour du droit civil (personnes, contrats, biens), du droit pénal et des droits de l'homme, et aussi des procédures civile et pénale, la matière fait l'objet d'une jurisprudence foisonnante, en droit interne et en droit européen, fondée sur des sources

> variées nationales (Code civil, Code pénal, Loi informatique et libertés, Loi relative à la liberté de la presse) et internationales (CESDH, PIDCP, DUDH, Charte des droits fondamentaux), qui opère une balance juridictionnelle entre la protection de la personne et d'autres valeurs telles que la liberté d'expression ou les nécessités de la preuve.[5]"

The situation in Germany is as follows:

> "The general right of personality has been recognised in the case-law of the Bundesgerichtshof since 1954 as a basic right constitutionally guaranteed by Articles 1 and 2 of the Basic Law and at the same time as an 'other right' protected in civil law under Article 823 § 1 of the BGB [Bundesgesetzbuch – German Civil Code] (constant case-law since BGHZ [Federal Court of Justice, civil cases] 13, 334, 338 ...). It guarantees as against all the world the protection of human dignity and the right to free development of the personality. Special forms of manifestation of the general right of personality are the right to one's own picture (sections 22 et seq. of the KUG [Kunsturhebergesetz – Artistic Copyright Act]) and the right to one's name (Article 12 of the BGB). They guarantee protection of the personality for the sphere regulated by them.[6]"

Thus, it is almost difficult to believe that this private-law parallel to the more explicit constitutional-law and international-law protection of human personality rights has been not only disregarded but often simply overridden by contrary considerations.

Also, in my opinion, it is completely unacceptable that an Internet portal or any other kind of mass media should be permitted to publish any kind of anonymous comments. We seem to have forgotten that "letters to the editor", not so long ago, were double-checked as to the identity of the author before they were ever deemed publishable. The Government argued (see paragraph 90 of the present judgment) that the biggest international news portals did not allow anonymous (that is, unregistered) comments and referred to an opinion that there was a trend away from anonymity. At the same time, anonymous comments tended to be more insulting than the comments by persons who had registered, and harsh comments attracted more readers. The Government argued that Delfi had been notorious for exactly this reason.

On the other hand, in Print Zeitungverlag GmbH v. Austria (no. 26547/07, 10 October 2013), a judgment delivered on the same day as the Chamber judgment in Delfi, the Court held that an award of damages amounting to 2,000 euros (EUR) for the publication of an anonymous letter in print was – and rightly so! – compatible with its previous case-law[7].

The mass media used to be run according to the obvious principle that the great freedom enjoyed by the press implied a commensurate level of responsibility. To enable technically the publication

of extremely aggressive forms of defamation, all this due to crass commercial interest, and then to shrug one's shoulders, maintaining that an Internet provider is not responsible for these attacks on the personality rights of others, is totally unacceptable.

According to the old tradition of the protection of personality rights, which again go back to Roman law, the amount of approximately EUR 300 awarded in compensation in the present case is clearly inadequate as far as damages for the injury to the aggrieved persons are concerned. The mere comparison with the above-mentioned judgment in Print Zeitungverlag GmbH, which involved only two aggrieved persons and a printed medium with very limited distribution, demonstrates that a much higher award of damages was called for in the present case.

I do not know why the national courts hesitate in adjudicating these kinds of cases and affording strict protection of personality rights and decent compensation to those who have been subject to these kinds of abusive verbal injuries, but I suspect that our own case-law has something to do with it.

However, the freedom of expression, like all other freedoms, needs to end precisely at the point where somebody else's freedom and personal integrity is negatively affected.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES SAJÓ AND TSOTSORIA

To explain our dissent, we will offer a detailed and traditional analysis of the case, as is common in the Court's practice. There are, however, some broader issues which are more important than our dissatisfaction with this judgment's troubling departure from the prevailing understanding of the case-law. These fundamental concerns will be spelled out first.

I.

Collateral censorship

1. In the present judgment the Court has approved a liability system that imposes a requirement of constructive knowledge on active Internet intermediaries[8] (that is, hosts who provide their own content and open their intermediary services for third parties to comment on that content). We find the potential consequences of this standard troubling. The consequences are easy to foresee. For the sake of preventing defamation of all kinds, and perhaps all "illegal" activities, all comments will have to be monitored from the moment they are posted. As a consequence, active intermediaries and blog operators will have considerable incentives to discontinue offering a comments feature, and the fear of liability may lead to additional self-censorship by operators. This is an invitation to self-censorship at its worst.

2. We regret that the Court did not rely on the prophetic warnings of Professor Jack Balkin[9]. As Professor Balkin has demonstrated, the technological infrastructure behind digital communication is subject to less visible forms of control by private and public regulators, and the Court has just added another such form to this panoply. Governments may not always be directly censoring expression, but by putting pressure and imposing liability on those who control the technological infrastructure (Internet service providers, etc.), they create an environment in which collateral or private-party censorship is the inevitable result. Collateral censorship "occurs when the state holds one private party A liable for the speech of another private party B, and A has the power to block, censor, or otherwise control access to B's speech"[10]. Because A is liable for someone else's speech, A has strong incentives to over-censor, to limit access, and to deny B's ability to communicate using the platform that A controls. In effect, the fear of liability causes A to impose prior restraints on B's speech and to stifle even protected speech. "What looks like a problem from the standpoint of free expression ... may look like an opportunity from the standpoint of governments that cannot easily locate anonymous speakers and want to ensure that harmful or illegal speech does not propagate.[11]" These technological tools for reviewing content before it is communicated online lead (among other things) to: deliberate overbreadth; limited procedural protections (the action is taken outside the context of a trial); and shifting of the burden of error

costs (the entity in charge of filtering will err on the side of protecting its own liability, rather than protecting freedom of expression).

3. The imposition of liability on intermediaries was a major obstacle to freedom of expression for centuries. It was the printer Harding and his wife who were arrested for the printing of the Drapier's Letters and not the anonymous author (Jonathan Swift), who continued to preach undisturbed. It was for this reason that exempting intermediaries from liability became a crucial issue in the making of the first lasting document of European constitutionalism, the Belgian Constitution of 1831[12]. This is the proud human rights tradition of Europe that we are called upon to sustain.

The general context

4. It is argued in the present judgment that the Court is called upon to decide the case at hand, but this is only part of our duty and such an argument is dangerous in its one-sidedness. As the Court summarised matters in Rantsev v. Cyprus and Russia (no. 25965/04, § 197, ECHR 2010)[13]:

"[The Court's] judgments serve not only to decide those cases brought before it but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (see Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, § 154, Series A no. 25; Guzzardi v. Italy, 6 November 1980, § 86, Series A no. 39; and Karner v. Austria, no. 40016/98, § 26, ECHR 2003-IX). Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention States (see Karner, cited above, § 26, and Capital Bank AD v. Bulgaria, no. 49429/99, §§ 78 to 79, ECHR 2005-XII)."

5. Further, as the Court stated in Animal Defenders International v. the United Kingdom ([GC] no. 48876/08, § 108, ECHR 2013):

> "It emerges from that case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it (see James and Others [v. the United Kingdom, 21 February 1986], § 36[, Series A no. 98])."

6. The present judgment expressly deals with the general context (see the "Preliminary remarks" section starting at paragraph 110) but without determining "issues on public-policy grounds". The Internet is described as an "unprecedented platform" and while there is reference to benefits, it is described as posing "certain dangers", the advantages being scarcely mentioned. We disagree.

The Internet is more than a uniquely dangerous novelty. It is a sphere of robust public discourse with novel opportunities for enhanced democracy. Comments are a crucial part of this new enhanced exchange of ideas among citizens. This has been the Court's understanding so far in its case-law (see Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, § 34, 10 January 2013, and also Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, no. 33846/07, § 58, 16 July 2013)[14].

7. It is noteworthy in this context that the thirteen lines of comparative-law analysis in the present judgment do not refer to specific national practices. While there are novel restrictions on posting on the Internet in the recent legislation of a couple of European countries, the Estonian approach is rather unique. In the overwhelming majority of the member States of the Council of Europe, and also in genuine democracies all over the world, the regulatory system (in conformity with the expectations of the rule of law) is based on the concept of actual knowledge. A safe harbour is provided by the rule of notice and action (primarily "notice-and-take-down"). This Court has not been known for developing rights restrictions which go against the prevailing standards of the member States, except in a few cases where a narrow majority found that deeply held moral traditions justified such an exception.

Consequences

8. The Court has endorsed the standard of the Estonian Supreme Court, namely that active intermediaries must remove comments "without delay" after publication (see paragraph 153 of the present judgment), and not upon notice or on other grounds linked to actual knowledge. Active intermediaries are therefore invited to exercise prior restraint. Moreover, member States will be forced to introduce a similar approach because otherwise, according to the logic of the present judgment, there is no proper protection for the rights of those who feel defamed by comments. To avoid trouble, for active intermediaries the safe harbour will simply be to disable comments[15].

9. The Court is aware of the unhappy consequences of adopting a standard that can be satisfied only by constant monitoring of all comments (and implicitly, all user-generated content). For the Court, "the case does not concern other fora on the Internet ... or a social media platform ... where the content provider may be a private person running the website or blog as a hobby" (see paragraph 116 of the present judgment). It is hard to imagine how this "damage control" will help. Freedom of expression cannot be a matter of a hobby.

II.

Delfi's role as active intermediary

10. Turning to the specific case, we find that the Estonian Supreme Court did not provide relevant and sufficient reasons for the very intense interference with the applicant company's rights and did not apply an appropriate balancing exercise. This amounts to a violation of the Convention.

11. This case is about interference with the freedom of expression of Delfi as an active intermediary. Delfi published an article on the destruction of ice roads by a public service ferry company on its news portal and it enabled comments on the article. It is undisputed that there was nothing illegal in the article. It was accepted by the national courts, and we could not agree more, that Delfi was engaged in journalistic activities and that the opening up of a comments section formed part of the news portal. However, the news portal was not the author of the unedited comments. Furthermore, at least in the Chamber's view (see paragraph 86 of its judgment), the debate concerned a matter of "a certain degree" of public interest. We believe that the article dealt with a matter of public interest and that the comments, even the impugned ones, were part of the debate even though they may have been excessive or impermissible. Delfi was held liable under the Civil Code of Estonia for defamation originating from comments posted in the comments section of the article. This concerned twenty comments.

The nature of the comments

12. Throughout the whole judgment the description or characterisation of the comments varies and remains non-specific. The Supreme Court of Estonia has its own interpretation: it refers to "insult in order to degrade" and "degrade human dignity and ridicule a person" and finds Delfi liable for disrespecting the honour and good name of the person concerned. According to paragraph 117 of the present judgment, "the impugned comments ... mainly constituted hate speech and speech that directly advocated acts of violence"[16] (see also paragraph 140). However, according to paragraph 130 ("the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others"), the offence in issue concerned the reputation and unspecified rights of others. It is not clear to which comments the Court is referring. Does the comment "a good man lives a long time, a shitty man a day or two" (comment no. 9 – see paragraph 18 of the judgment) amount to advocating violence[17]?

13. It is unfortunate that the characterisation of the comments remains murky. What is really troubling here is never spelled out: that some of the comments are racist. Comment no. 2 is a recital of anti-Semitic stereotypes ending with a reference to the annihilation by fire of the addressee as a Jew.

14. We are not going to discuss here to what extent some of the references satisfy the strict requirements of incitement to violence, given the nature of the Internet. Does a call for violence

or a wish to see someone killed have the same effect on the Internet as a similar statement made in a face-to-face encounter in a situation like the present one? This is not a call to arms by an extremist group. The answer has to be established by means of a proper judicial process. No criminal action against the commenters was taken, notwithstanding the reference to lynching[18]. The question of the extent to which such comments amount to a real threat would have deserved proper analysis. However, the judgment simply accepts the findings of the Supreme Court, which says only that the illegality of the comments is manifest (and then, like the judgment, characterises them in different ways).

15. We will also refrain from an analysis of the impact of the hateful messages regarding their capacity to incite imminent violence or even to build up lasting hatred resulting in harassment or real threats against L. Racism and constraining others to live in an environment full of hatred and real threats cannot find refuge in freedom of expression. This legitimate concern must not, however, blind those who are called upon to take action, and they must be reminded that "hate-speech regulations put actual feelings, often honourable ones, ahead of abstract rights – which seems like common sense. It takes an active effort to resist the impulse to silence the jerks who have wounded you"[19].

Interference and the right of active intermediaries

16. There is general agreement that the Estonian Supreme Court's judgment interfered with Delfi's freedom of expression, though the nature of the right remains somewhat non-specific. In our view the rights concerned are the rights of the press. User comments may enrich the article. The rights of an active intermediary include the right to enable others to impart and receive information.

Lawfulness of the interference: the problem of foreseeability

17. According to the prevailing methodology of the Court, the next question to be asked concerns the lawfulness of the measure. This entails a review of the foreseeability of the law. It is accepted by the Court that the applicable law was the Civil Code and not the Information Society Services Act. The Information Society Services Act apparently exempts service providers and provides a "safe harbour" in the sense that, once the service provider becomes aware of the illegal content and removes it expeditiously, it cannot be held liable. Neither the domestic authorities nor the Court explain why the provision of binding European law that is part of the national legal system is immaterial, except to say that the present case concerns a matter of publication rather than data storage. It is, of course, not for this Court to interpret European Union law as such. This does not mean that we should not regard it as part of the domestic system, attributing to it its proper constitutional weight. Be that as it may, section 10 (liability for storage) of the Information Society

Services Act provides a "safe harbour" rule for service providers in the case of storage. In these circumstances, a reasonable justification should be required for the choice of the higher level of liability under the Civil Code. The (highly problematic) choice of a publisher's liability does not address the issue of the supremacy of European Union law or the problem of lex specialis. It is possible that where the information storage provider generates content, the Information Society Services Act is inapplicable, but this must be demonstrated and must also be foreseeable. Moreover, the service provider in the present case did not generate the impugned content: that content was user-generated. To argue that the commercial nature of the data storage brings the activity within the liability regime applicable to publishers is not convincing. Storage is considered to be a commercial activity but that did not change the equation for the Information Society Services Act, which allowed a "safe harbour" regime.

18. One of the requirements flowing from the expression "prescribed by law" is foreseeability. Thus, a norm cannot be regarded as a "law" within the meaning of Article 10 § 2 unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct; he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty (see Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 41, ECHR 2007-IV)[20]. A legal adviser could not have informed Delfi with sufficient certainty that the Directive on certain legal aspects of information society services did not apply. The applicable law was not obvious, to the extent that even in 2013 a court in Cyprus found it necessary to ask the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling in a related matter, namely the liability of news portal publishers (see Case C-291/13, Papasavvas, CJEU). If there was uncertainty in 2013 in the European Union on a similar but less complicated matter, which was clarified in 2014, how could learned counsel have been sufficiently certain in 2006?

19. More importantly, it was not foreseeable that the applicant company's liability under the Civil Code would be that of a publisher. The Supreme Court judgment itself refers to another Supreme Court judgment of 21 December 2005. That judgment, perhaps already available to Delfi on 24 January 2006 (the date of the article), was summarised by the Supreme Court as follows:

> "[F]or the purposes of section 1047 of the Obligations Act disclosure [avaldamine] means communication of information to third parties and the discloser is a person who communicates the information to third parties. ... in the case of publication [avaldamine]

> of information in the media, the discloser/publisher [avaldaja] can be a media company as well as the person who transmitted the information to the media publication."

The Supreme Court applied this consideration in the following way:

> "Publishing of news and comments on an Internet portal is also a journalistic activity. At the same time, because of the nature of Internet media, it cannot reasonably be required of a portal operator to edit comments before publishing them in the same manner as applies for a printed media publication. While the publisher is, through editing, the initiator of the publication of a comment, on the Internet portal the initiator of publication is the author of the comment, who makes it accessible to the general public through the portal. Therefore, the portal operator is not the person to whom information is disclosed. Because of [their] economic interest in the publication of comments, both a publisher [väljaandja] of printed media and an Internet portal operator are publishers/disclosers [avaldajad] as entrepreneurs."

20. This (too) raises serious concerns as to the foreseeability of the Civil Code as applied in the present case. The Supreme Court clearly states that "it cannot reasonably be required of a portal operator to edit comments before publishing them in the same manner as applies for a printed media publication". The Internet portal operator is called a "publisher/discloser" in the English translation. The term used in the original Estonian does not look the same as that used for a publisher ("väljaandja") but appears to be a different one ("avaldajad"). The applicant company argued that other "disclosers" or disseminators (libraries, bookstores) were not held to be publishers under existing tort law. Why would one assume that an Internet operator falls under the duty of care applicable to "väljaandja" instead of "avaldajad"? There is a contradiction here that hampers foreseeability. As the Chamber rightly acknowledged (see paragraph 75 of its judgment), the text of the relevant provisions of the Constitution, the Civil Code (General Principles) Act and the Law of Obligations Act was "quite general and lack[ed] detail". The provisions of the Law of Obligations Act are all directed at a person or entity that defames – the tortfeasor, in this instance, being the author of the comments in question on the applicant company's website – and do not directly address the novel situation of an intermediary providing a platform for such expressive activity while not being the author or a traditional publisher. Only divine legal counsel could have been sufficiently certain that a portal operator would be liable for a comment it was not aware of, under a kind of strict liability that applied to publishers (editors) who operated in full knowledge of the whole publication. It is noteworthy that the three competent levels of jurisdiction applied three different theories of liability. Vaguely worded, ambiguous and

therefore unforeseeable laws have a chilling effect on freedom of expression. A troubling uncertainty persists here[21].

21. The Court has previously held that "the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to the techno-logy's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned" (see Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel, cited above, § 63). This point of principle provides an important benchmark when examining whether the appli-cation of domestic law in the present case was reasonably foreseeable for the applicant company, as regards user-generated content on its website. In Recommendation CM/Rec(2011)7 on a new notion of media, the Committee of Ministers noted that "[t]he roles of each actor can easily change or evolve fluidly and seamlessly" and called for a "differentiated and graduated approach".

Necessary in a democratic society

22. The next question to answer is to what extent the measure aimed at the avoidance of hate speech[22] (which was the most likely justification for the interference, at least in the Court's view, but not that of the domestic authorities – see paragraph 140 of the present judgment) was necessary in a democratic society[23]. The reference to the conflict between Article 8 and Article 10 rights in paragraph 139 points to the applicability of a balancing exercise with a wider margin of appreciation.

23. The Court first states, and we agree, that some of the impugned statements are not protected by the Convention. That does not in itself solve the problem, as one cannot, in the circumstances of the case, equate the expressions used by the commenters with the activities of an active intermediary.

Shift to a "relevant and sufficient reasons" analysis

24. The Court considers in paragraph 142 of the present judgment that within the proportionality analysis its task is to examine "[i]n the light of the Supreme Court's reasoning ... whether the domestic courts' finding of liability on the part of the applicant company was based on relevant and sufficient grounds in the particular circumstances of the case (see paragraph 131 above)". No reference is made here to the established principle that the Court, in the exercise of its supervisory role, is not satisfied if the respondent State exercised its discretion only reasonably, carefully and in good faith. Sufficient reasons are more than simply reasonable.

25. More importantly, the "relevant and sufficient grounds" test is only part of the proportionality analysis[24]. Once the Court has found that the reasons given are relevant and sufficient, the

proportionality analysis begins rather than ends. The "relevant and sufficient grounds" test is a threshold question to determine whether and how the margin of appreciation is to be applied; it is relevant in the determination of the existence of a pressing social need (see all the authorities cited in paragraph 131 of the present judgment). Why is there a need to determine that the grounds relied upon by the domestic authorities were relevant and sufficient (which is more than simply reasonable – see above)? Because, as the Court has always said, and as it also reiterates in this case (see paragraph 131), "the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they relied on an acceptable assessment of the relevant facts" (The Court did not go into an evaluation of the national authorities' assessment of the relevant facts, although this consideration might have been relevant.)

26. The Court has concluded that the Estonian Supreme Court did provide relevant and sufficient reasons for the level of liability it applied. It reached this conclusion after considering the following relevant points: the context of the comments, the measures applied by the applicant company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the applicant company's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the applicant company. These may be relevant, but there may be other relevant considerations as well. We will address only the sufficiency of some of these elements.

Publishers' liability extended: base economic interest

27. The Estonian Supreme Court's judgment is based on the assumption that an active intermediary is a publisher. The case-law of the Court has so far pointed in the opposite direction[25]. The international-law documents cited by the Court emphasise the importance of differentiation, given the specific nature of Internet technology. It has already been mentioned that such differentiation had been recognised a few months previously by the Estonian Supreme Court. However, in the present case, the Estonian Supreme Court equated publishers with active intermediaries: "[b]ecause of [their] economic interest in the publication of comments, both a publisher of printed media and an Internet portal operator are publishers/disclosers as entrepreneurs" (see paragraph 112 of the present judgment). The Court sees no reason to call into question the above approach, although it notes there has been "a certain development in favour of distinguishing between the legal principles regulating the activities of the traditional print and audio-visual media, on the one hand, and Internet-based media operations, on the other. ... Therefore, the Court considers that because of the particular nature of the Internet, the 'duties and

responsibilities' that are to be conferred on an Internet news portal for the purposes of Article 10 may differ to some degree from those of a traditional publisher as regards third-party content" (see paragraph 113). We could not agree more, but for us it is impossible to see how a recognition of difference may result in eliding publishers and active intermediaries on the sole basis of their commercial nature. The Court seems to accept as relevant and sufficient the position of the Estonian Supreme Court. In this approach, economic interest is sufficient for the identification of the active intermediary with a publisher, although the two were considered to be different just a sentence earlier. No explanation is offered as to how this is compatible with the point of reference of the Court, namely the Committee of Ministers' Recommendation CM/Rec(2011)7 (quoted in paragraph 46 of the present judgment), which calls for a "graduated approach" to apply to the intermediary. The additional reasons referred to in paragraphs 115 to 117 concern the nature of the expression and the size of the intermediary, which are neither relevant nor sufficiently connected to the liability of a traditional publisher.

28. To find that responsibility of the press (or of any speaker, for that matter) is enhanced by the presence of an economic interest does not sit comfortably with the case-law. It is true that the margin of appreciation is broader in the commercial sphere (see Mouvement raëlien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, § 61, ECHR 2012). "It is however necessary to reduce the extent of the margin of appreciation when what is at stake is not a given individual's purely 'commercial' statements, but his participation in a debate affecting the general interest" (see Hertel v. Switzerland, 25 August 1998, § 47, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI). The fact that the original article and the comments section (offered to the general public for free!) is part of the economic activity of a news portal operator does not change the equation. The article and the related, dedicated comments section are protected because they facilitate and take part in a debate on a matter of public interest.

29. Over the last three hundred years, ideas have been generated for money and this has never been held to reduce the level of protection otherwise granted to speech. We do not live in the aristocratic world of the Roman auctor who could afford not to care about the financial return on ideas (though very often being dependent on imperial pleasure). It cannot be held against a newspaper or publisher that they operate an outlet as a commercial enterprise. One cannot expect the production of ideas for free. There will be no generation of ideas without adequate financial means; the material reward and the commercial nature of the press enterprise are not (and cannot be) grounds for diminishing the level of protection afforded to the press. Information is costly; its efficient communication is not a mere hobby. The same platform that has been understood as commercial, and thus subject to increased liability, is also a platform for enhanced, interactive

discourse on a matter of public interest. This aspect has not been taken into consideration in the balancing exercise.

30. However, the Court does provide at least one relevant consideration for extending the liability of an active intermediary. It is certainly true that the active intermediary can exercise control over the comments that appear on its site and it is also true that by creating a comments section, and inviting users to participate, it engages in an expressive activity that entails responsibility. But the nature of the control does not imply identification with a traditional publisher.

31. There are additional differences between a publisher (understood here as a newspaper editor, someone who controls content) and an active intermediary:

(a) in a newspaper the journalist is typically an employee (although there are good reasons to protect a journalist against his or her editor/employer); and

(b) in principle, the editor is in a position to know in advance the content of an article to be published and has the decision-making power and the means to control the publication in advance.

Contrary to the case of a publisher, these elements are only partially present in the case of active intermediaries who host their own content and actively monitor all data (that is to say, are in a position to read it and remove it after the data are made accessible), as in the case of Delfi. The active intermediary has prior control only to the extent that this is made possible by a filtering mechanism. It also has the power to remove a message or block access to it. However, in normal circumstances the active intermediary has no personal control over the person who posts the message. The commenter is not the employee of the publisher and in most cases is not known to the publisher. The publication occurs without the decision of the editor. Hence the level of knowledge and control differs significantly.

32. Control presupposes knowledge. In this regard the difference between the editor/publisher and the active intermediary is obvious.

The level of responsibility

33. While Delfi cannot be defined as a publisher, the company does voluntarily provide an opportunity for people to post comments and, even if this activity is a matter of freedom of expression of a journalistic nature, this does not exempt the activity from liability. The Information Society Services Act does envisage such liability, among other things for storage, as is the case here. The Act bases liability on “actual knowledge” and entails a duty of expeditious removal. The Court found this to be insufficient.

34. The Court finds it to be a relevant and sufficient consideration that the Supreme Court limited the responsibility of the applicant company to post-publication liability. However, as quoted in paragraph 153 of the present judgment, the Supreme Court stated that the applicant company "should have prevented the publication of comments". The fact that it "also held" that there was a duty of removal after the disclosure does not change the first statement. Both pre- and post-disclosure liability are being advocated here and this cannot be disregarded when it comes to the evaluation of "sufficient reasons"[26]. It was under this standard that Delfi was found to be at fault for the disclosure of the information, which could not have been undone by removal upon request.

35. The duty to remove offensive comments without actual knowledge of their existence and immediately after they are published means that the active intermediary has to provide supervision 24/7. For all practical purposes, this is absolute and strict liability, which is in no sense different from blanket prior restraint. No reasons are given as to why only this level of liability satisfies the protection of the relevant interests.

36. Are there sufficient reasons for this strict liability[27], disguised by the fault rules of the Civil Code? The Court reviewed the precautionary measures applied by Delfi and found them inadequate. These were fairly standard measures: a disclaimer as to illegality, a filtering mechanism, the separation of the comments section from the article, and immediate removal upon notice. It was decisive for the Court that the filtering mechanism failed. There is no review of the adequacy of the filtering mechanism (was it state-of-the-art; can there be a duty to apply state-of-the-art systems; is there any reason for being held liable with a state-of-the-art filtering system?). The Court itself found that filtering must have been a simple task and that the system failed. No expert opinion, no cross-examination. We are simply assured that setting up a dedicated team of moderators is not "private censorship". There is no consideration of the possibility of less intrusive measures; only removal "without delay", that is, upon posting (see paragraph 159 of the present judgment), satisfies the goal of eliminating hate speech and its progeny[28]. This insatiable appetite for preventive protection results in circular reasoning: a publisher has a similar liability, therefore an active intermediary is like a publisher.

37. Neither the domestic courts nor the judgment provide sufficient and relevant reasons for a de facto strict liability rule. The Court was satisfied that it could find relevant and sufficient reasons in the Estonian Supreme Court's judgment in view of the extreme nature of the comments, the nature of the commercial operation, the insufficiency of the measures applied by the applicant company, the interest in ensuring a realistic prospect of the authors of such comments being held

liable, and the mildness of the sanction. Apparently these are the reasons that compelled the Court to endorse constructive knowledge. The Court found that the absolute duty of immediate take-down on publication (as applied to the applicant company) was proportionate to the aim of protecting individuals against hate speech.

38. We would claim, in conformity with all the international documents cited, that an active intermediary which provides a comments section cannot have absolute liability – meaning an absolute duty of knowledge or, in practice, construed (constructive) knowledge. The protection of freedom of expression cannot be turned into an exercise in imposing duties. The "duties and responsibilities" clause of Article 10 § 2 is not a stand-alone provision: it is inserted there to explain why the exercise of the freedom in question may be subject to restrictions, which must be necessary in a democratic society. It is only part of the balance that is required by Article 10 § 2.

Balancing (lack of)

39. If one applies a balancing approach, then the other side of the balance must also be considered. According to the case-law, there must be proper consideration of the following factors, among others:

(a) the interference concerns the press and journalism. Delfi pursued journalistic activities, both in providing a news portal and by attaching a comments section to an article. Journalism is not exempt from liability, but it triggers stricter scrutiny. "[T]he safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith and on an accurate factual basis and provide 'reliable and precise' information in accordance with the ethics of journalism" (see Stoll v. Switzerland [GC], no. 69698/01, § 103, ECHR 2007-V)[29]. There is no consideration of good faith in the judgment. Moreover, when it comes to online journalism and the responsibility of an active intermediary, due consideration must be given to the role of self-regulation of the profession;

(b) the Court has held that the "punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so" (see Jersild v. Denmark, 23 September 1994, § 35, Series A no. 298). The Court has found this to be a relevant principle and we agree that this is of importance for the press, including news portals and active intermediaries. However, this principle is simply not discussed in the judgment;

(c) the opening of a comments section provides a forum for the expression of views concerning public matters. As such it contributes to more robust speech, and enables others to receive and

impart information that does not depend on centralised media decisions. Any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information (see, for example, Öztürk v. Turkey [GC], no. 22479/93, § 49, ECHR 1999-VI);

(d) the debate was about a matter of public interest. The comments related to the highly controversial behaviour of a large corporation.

40. The Court is reluctant to consider the possibility of less intrusive means, but in our view at least some justification is needed to explain why only the equivalent of prior restraint and absolute liability satisfies the non-specific duties and responsibilities of active intermediaries.

41. Without speculating on the outcome of the balancing analysis, we note that these considerations have been left out. Where part of the required considerations were not included in the balancing exercise carried out by the domestic court, the Court must find a violation.

42. We do not intend to close our eyes to the problem of racist speech. The fact that the comments section technically facilitated the dissemination of racism should be part of the proportionality analysis. In fact, the comments section facilitates the dissemination of all views equally. However, we accept, even without specific evidence, that the more comments there are, the higher the likelihood that racist comments are made. We accept this, though only as a hypothesis, as no evidence to this effect was produced in the proceedings, or referred to by the Court.

43. Even assuming such increased likelihood of racist comments on comment sites (once again, a matter subject to proof), it remains appropriate to consider what the proper level of care is in the face of such risk. Perhaps the filtering mechanism was inadequate to meet this challenge. This was the position taken by the Court, without defining what the appropriate level of care would have been in 2006 in Estonia. We do not know and cannot know. The Court cannot replace the lack of a domestic analysis with its own analysis. Moreover, it is not for the Court to take on the role of national legislator. We cannot rule out that the need to fight racist speech (a matter of public order and not simply a personality right) might dictate a duty of care that would impose duties beyond the measures applied by Delfi. But the task of the Court is to determine whether the interference by the domestic authorities was actually based on proper and credible grounds. These are absent here; hence there was a violation of the Convention.

APPENDIX

We trust that this is not the beginning (or the reinforcement and speeding up) of another chapter of silencing and that it will not restrict the democracy-enhancing potential of the new media. New technologies often overcome the most astute and stubborn politically or judicially imposed barriers. But history offers discouraging examples of censorial regulation of intermediaries with lasting effects. As a reminder, here we provide a short summary of a censorial attempt that targeted intermediaries.

In Reformation England, the licensing system of the Catholic Church was taken over by the State and it became a State tool for control of all printed publications. Licensing provided the Crown with "censorship prior to publication and easy conviction of offenders"[30]. These laws cut seditious material off at the place of mass production – the printer. Initially involving prosecution by the Star Chamber, the licensing scheme punished any printer who failed to receive a licence for the material he intended to print (a licence conditional on royal approval). With the abolition of the Star Chamber there was a brief end to the licensing laws during the English Civil War. Parliament, however, did not like the spreading of radical religious and political ideas. It decided to replace Crown censorship with its own, also in order to protect the vested business interests of the printers' guild. The result was the Licensing Order of 14 June 1643, which reintroduced for Parliament's benefit the previously despised order of the Star Chamber Decree (prepublication licensing; registration of all printed material with the names of author, printer and publisher; search, seizure and destruction of any books offensive to the government; and punishment of printers and publishers). Post-revolution, people tend to reinvent the same tools of oppression that the revolutionaries stood up against. (See also the Alien and Sedition Act enacted in the United States.) The Stationers' Company was given the responsibility of acting as censor, in return for a monopoly on the printing trade. The licensing system, with the financial interest of the publishers'/printers' guild, was a more effective censor than seditious libel laws.

This restored licensing system became John Milton's target in Areopagitica: A Speech of Mr John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing in November 1644. It was resistance to the self-censorship imposed on intermediaries (the printers) that produced Areopagitica, the first and most important manifesto of freedom of expression. Areopagitica attempted to persuade Parliament that licensing had no place in the free pursuit of truth. It argued that an unlicensed press would lead to a marketplace of ideas in which truth might prevail. It could not undo the bigotry of Parliament. We hope that it will have more success today.

[1]. This is an allusion to an Estonian saying, “Every ram has its Michaelmas”, which historically refers to slaughtering wethers (castrated rams) in autumn around Michaelmas day (29 September) but is nowadays used to mean that one cannot escape one’s fate.

[2]. The Estonian words avaldama/avaldaja mean both publish/publisher and disclose/discloser.

[3]. Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4(5) Harvard Law Review 193-201 (1890). The article is available in its entirety at www.jstor.org/stable/1321160?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents (updated on 23 March 2015).

[4]. See Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Patrick O’Callaghan (eds.), Personality Rights in European Torts Law, Cambridge University Press, Cambridge 2010, p. 18 and note 51.

[5]. See Jean-Christophe Saint-Paul (ed.), “Droits de la personnalité”, 2013 at http://boutique.lexisnexis.fr/jcshop3/355401/fiche_produit.htm (Updated on 23 March 2015). Translation: “Personality rights are the set of legal prerogatives relating to moral interests (identity, private life, honour) and the human body or the means of realising them (correspondence, home, image); they are exercised by anyone with legal personality (natural persons or legal entities) and are enforced by means of actions in the civil courts (injunctions to desist, claims for damages) and the criminal courts.

This issue, at the crossroads of civil law (persons, contracts, property), criminal law and human rights law and also civil and criminal procedure, has given rise to an extensive body of case-law at domestic and European level, based on various sources of national law (Civil Code, Criminal Code, Data Processing and Civil Liberties Act, Freedom of the Press Act) and international law (European Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, Universal Declaration of Human Rights, Charter of Fundamental Rights), involving a judicial balancing exercise between protection of the person and of other values such as freedom of expression or evidentiary needs.”

[6]. See the Marlene Dietrich Case, BGH 1 ZR 49/97, at Institute for Transnational Law – Foreign Law Translations, Texas University School of Law, at www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=726 (updated on 23 March 2015).

[7]. See http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126629 (updated on 24 March 2015).

[8]. The term is used in the literature: see Justin Hurwitz, "Trust and Online Interaction", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 161: 1579.

[9]. Jack M. Balkin, "Old-School/New-School Speech Regulation", 127 Harvard Law Review 2296 (2014).

[10]. Ibid., p. 2309.

[11]. Ibid., p. 2311.

[12]. See E. Chevalier Huyttens (ed.), Discussion du Congrès national de Belgique 1830-1831 (Tome premier, 10 novembre-31 décembre 1830), Brussels, Société typographique belge Adolphe Wahlen et Cie (1844). See Nothomb's speech, pp. 651-52.

The specific language of the 1831 Constitution was a compromise and did not reflect the principled approach of the liberals who stood for Constitutionalism (writ large), but even this compromise, which we find today reproduced in Article 25 of the Belgian Constitution, states that "When the author is known and resident in Belgium, neither the publisher, the printer nor the distributor can be prosecuted". Back to 1830?

[13]. Confirmed most recently by the Grand Chamber in Konstantin Markin v. Russia [GC], no. 30078/06, § 89, ECHR 2012.

[14]. While the passage from Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel (v. Ukraine, no. 33014/05, §§ 63-64, ECHR 2011) quoted in the judgment (see paragraph 128) seems to take a neutral position on the balance between the good and bad sides of the Internet, it is important to note that in that judgment the negative aspects did not prevail and the "risk of harm" argument was followed by a "nevertheless", opting in favour of Internet freedoms.

[15]. Social media operators have already institutionalised over-censorship by allowing a policy of banning sites and posts which have been "reported", without conducting a serious investigation into the matter. The policy adopted by Facebook is another victory for the troll mentality. Note that Facebook requires (all) user-imposed censorship to take place in a legal environment that grants service providers immunity under section 230 (a) of the Communications Decency Act. Imagine what will happen where there is no immunity.

[16]. "Hate speech" remains undefined. "There is no universally accepted definition of 'hate speech'. The term encompasses a wide array of hateful messages, ranging from offensive, derogatory, abusive and negative stereotyping remarks and comments, to intimidating, inflammatory speech inciting violence against specific individuals and groups. Only the most egregious forms of hate speech, namely those constituting incitement to discrimination, hostility

and violence, are generally considered unlawful" (Report of the Special Rapporteur on minority issues, Rita Izsák (A/HRC/28/64), Human Rights Council, Twenty-eighth session).

See more at: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15716&LangID=E#sthash.XYM1WUqO.dpuf

The lack of an identifiable concept in twenty very different comments makes the application of the judgment unforeseeable.

[17]. The Court has rather clear requirements as to what amounts to an impermissible call for violence (see Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, § 62, ECHR 1999-IV; Dağtekin v. Turkey, no. 36215/97, 13 January 2005; Erbakan v. Turkey, no. 59405/00, § 56, 6 July 2006; Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 56-58, ECHR 2007-IV; Otegi Mondragon v. Spain, no. 2034/07, § 54, ECHR 2011; and Vejdeland and Others v. Sweden, no. 1813/07, § 55, 9 February 2012).

[18]. It was of relevance in Stoll v. Switzerland ([GC], no. 69698/01, § 54-56, ECHR 2007-V), in the determination of the Government interest at stake, that no criminal action was taken against the applicant; hence the argument relating to the protection of national security was found to be of no relevance.

[19]. George Packer, "Mute Button", The New Yorker, 13 April 2015.

[20]. It is remarkable to note that the rest of this quotation is not taken into consideration in this judgment. The original paragraph contains an important qualification: "Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice." In the present case, however, the issue is not the use of vague terms, for example the fact that the Directive employs a vague term when it refers to "service provider". The issue was that there were two laws and the applicant company believed that the Directive was applicable as European Union law and as special law, whereas the Supreme Court took the view that the other law was applicable, because the service provider was a publisher.

[21]. In Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel (cited above), involving an Internet-related dispute under Article 10, although different from the one presented here, the Court found a violation of Article 10 on the sole basis that the interference was not adequately prescribed by law, taking account, amongst other things, of the special problems arising in the Internet era.

[22]. Sometimes incitement to violence is also mentioned.

[23]. Where the balancing exercise between these two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (see Axel Springer AG v. Germany [GC], no. 39954/08, § 88, 7 February 2012, and Von Hannover v. Germany (no. 2) [GC], nos. 40660/08 and 60641/08, § 107, ECHR 2012). It is probably for this reason that the Court's analysis in the present case focuses on the sufficiency of the reasons provided by the domestic courts. However, the domestic courts have only selectively considered the criteria laid down in the Court's case-law.

[24]. The principles quoted in the judgment refer to relevant and sufficient reasons as part of the consideration of the margin of appreciation. This makes sense, for example, when the national authorities provide reasons on the appropriateness of the means or the aims; if these are relevant the margin of appreciation may change and the level of scrutiny may diminish. In the present case, however, the requirement that relevant and sufficient reasons be given becomes detached from the margin of appreciation. A restriction of a Convention right, where the reasons for the limitation are not provided, is arbitrary and therefore cannot be held to be necessary in a democratic society. It is important for the rule of law and the exercise of rights that the restrictive measure itself contain reasons and that these are not made up ex post facto. It would be even less acceptable to allow this Court to speculate about possible reasons of its own motion.

[25]. See Ashby Donald and Others, cited above, § 34, and Węgrzynowski and Smolczewski, cited above, § 58.

[26]. We read the evaluation given by the Court as a declaration of lack of clarity with regard to the Supreme Court judgment: "Therefore, the Supreme Court did not explicitly determine whether the applicant company was under an obligation to prevent the uploading of the comments to the website or whether it would have sufficed under domestic law for the applicant company to have removed the offending comments without delay after publication to escape liability under the Obligations Act" (see paragraph 153 of the present judgment).

[27]. There is no way to exculpate the active intermediary as it should have known that illegal content had been posted and should have removed it immediately.

[28]. In a standard liability case the contribution of the victim is a matter for consideration. Delfi was blamed for the fact that the illegal content remained online for six weeks. Why did L. and his company not follow an article on a very important news portal concerning their economic activities and report these comments earlier?

[29]. The Court did not include this part of the established case-law in its analysis of journalistic responsibilities in paragraph 132 of the present judgment, where it mentions that the duty of the press "is nevertheless to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest". Here, the Court is dealing with a case involving a debate on a matter of public interest. This is not the place to express our doubts regarding the construction of press rights as duties, but we note that alternative language is also in use in our case-law: "Not only do the media have the task of imparting such information and ideas; the public also has a right to receive them" (see News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria, no. 31457/96, § 56, ECHR 2000-I; Dupuis and Others v. France, no. 1914/02, § 35, 7 June 2007; and Campos Dâmaso v. Portugal, no. 17107/05, § 31, 24 April 2008). See also Axel Springer AG (cited above), §§ 80 and 79.

[30]. Philip Hamburger, "The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press", 37 Stanford Law Review 661, 673 (1985). See also John Feather, A History of British Publishing, Routledge, second edition (2002).

AİHM - Cengiz ve Diğerleri v. Türkiye - 1 Aralık 2015 (Türkçe)

T.C. Adalet Bakanlığı, 2015. Bu gayriresmi çeviri, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme için bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Cengiz ve Diğerleri / Türkiye – 48226/10 ve 14027/11

1.12.2015tarihli Karar [II. Bölüm]

Olaylar ve Olgular

Bir Ankara mahkemesi Mayıs 2008'de, YouTube web sitesindeki on sayfanın içeriğinin Atatürk'ün hatırasına hakaret yasağını ihlal ettiğini tespit ederek, web sitesinin tamamı hakkında erişimin engellenmesi kararı vermiştir. Web sitesinin faal kullanıcıları olan başvuranlar söz konusu karara itiraz etmişlerdir. Başvuranların itirazı, soruşturmaya taraf olmadıkları ve dolayısıyla erişim engeline itiraz etme ehliyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Mahkeme kararının dayandığı mevzuat, davaya konu olayların meydana gelmesinin ardından, sadece bahse konu içerik değil, internet sitesinin tamamı bakımından geniş kapsamlı bir erişimin engellenmesi kararı verilmesine imkân verecek şekilde değiştirilmiştir.

Hukuksal Değerlendirme

Madde 10: Başvuranlar, YouTube'un faal kullanıcıları olarak Mahkeme'ye başvuruda bulunmuşlardır. Başvuranlar özellikle, erişimin engellenmesi kararının akademik çalışmaları üzerindeki etkilerinden şikâyet etmiş ve söz konusu web sitesinin önemli özelliklerinin altını çizmişlerdir. Başvuranlar özellikle, YouTube hesapları aracılığıyla platformu sadece mesleki alanlarıyla ilgili videolara erişim sağlamak için değil, ayrıca faal bir şekilde söz konusu materyalleri indirmek ve paylaşmak için kullandıklarını belirtmişlerdir. Başvunlardan bazıları ayrıca, akademik faaliyetleriyle ilgili olarak kayıtlar yayınladıklarına dikkat çekmiştir. Ayrıca, YouTube sanat veya müzik eserleri yayınlamasının yanı sıra siyasi konuşmalar ve sosyal faaliyetler açısından da oldukça popüler bir platformdu. YouTube'da yayınlanan materyal, diğerlerinin yanı sıra, herkesin özellikle ilgi alanına girebilecek bilgiler içeriyordu. Erişimin engellenmesi kararı, başvuranların ilgi alanına giren ve başka yollarla kolaylıkla erişilemeyen belirli bilgileri içeren bir web sitesine erişimi engellemiştir. Web sitesi ayrıca başvuranlar için önemli bir iletişim kaynağı teşkil etmiştir. Ayrıca, YouTube kullanıcıların video gönderebildiği, izleyebildiği ve paylaşabildiği ve şüphesiz bilgi ve fikir alma ve yayma özgürlüğünün kullanılması için önemli bir araç olan bir video web sitesiydi. Özellikle, geleneksel medyada iletilmeyen siyasi bilgiler, vatandaş gazeteciliğinin ortaya çıkmasını teşvik eden YouTube aracılığıyla yayılmaktaydı. Bu açıdan platform özellikleri, erişilebilirlik düzeyi ve hepsinden önemlisi potansiyel etkisi bakımından benzersizdi ve ilgili tarihte platformun dengi mevcut değildi.

Sonuç olarak, her ne kadar YouTube'a erişimin engellenmesi kararıyla doğrudan hedef alınmamış olsalar da başvuranlar, erişimin engellenmesi kararının bilgi ve fikir alma ve yayma haklarını

etkilediğini meşru olarak iddia edebilirlerdi. Yasal dayanak ne olursa olsun, bu tür bir tedbirin, internete erişimi etkilemesi hedeflenmiştir. Dolayısıyla söz konusu tedbir, davalı Devletin 10. madde kapsamında sorumluluğunu devreye sokmuştur.

Müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin olarak, söz konusu mevzuatın bir internet sitesinin barındırdığı web sayfalarından biri nedeniyle web sitesinin tamamına yönelik kapsamlı bir erişimin engellenmesi kararı verilmesine izin vermediğinin belirtilmesi gerekmiştir. Erişimin engellenmesi kararı ancak belirli bir yayınla ilgili olarak ve yayının içeriği nedeniyle mevzuatta öngörülen bir suç anlamına geldiğinden şüphelenmek için gerekçelerin mevcut olması halinde verilebilmekteydi. Sonuç olarak, mahkeme YouTube hakkında erişimin engellenmesi kararı verdiğinde, mahkemelere böyle bir yetki veren herhangi bir kanun hükmü mevcut değildi. Türkiye'de yurt dışı kaynaklı web siteleri için URL filtreleme teknolojisi bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, uygulamada, bir idari merci belirli bir içeriğe ilişkin yargı kararlarının uygulanması sırasında söz konusu web sitesinin tamamına erişimin engellenmesine karar vermekteydi. Yetkililerin büyük miktarda bilgiye erişimi engelleyen bu tür bir tedbirin kaçınılmaz olarak internet kullanıcılarının haklarını kayda değer ölçüde etkileyeceğini ve önemli ilave etkilerinin olacağını dikkate almaları gerekirdi. Dolayısıyla, erişimin engellenmesi kararı hukuka uygunluk koşulunu sağlamamıştır.

Sonuç: ihlal (oy birliğiyle)

Madde 41: İhlal tespiti tüm manevi zararlar bakımından adil tazmin teşkil etmiştir.

Madde 46: Mevcut davanın açılmasından sonra, söz konusu mevzuat değiştirilmiştir. Artık, hukuki koşulların yerine gelmesi halinde bir internet sitesinin tamamına erişim engellenebilmekteydi. Söz konusu değişiklikler mevcut davaya konu olaylar meydana geldikten sonra yapılmıştır. Mahkeme'nin görevi Türkiye'de ilgili veya mevcut tarihte internet sitelerine erişimin engellenmesine ilişkin kanun hükümlerinin Sözleşme'ye uygunluğu hakkında soyut olarak karar vermek değil, söz konusu hükümlerin mevcut davada başvuranların ifade özgürlüğü hakkı üzerindeki etkisini somut olarak incelemek olmuştur. Dolayısıyla, mevcut davanın koşulları içerisinde, başvuranların Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamında verilmesini talep ettiği karar hakkında hüküm vermek gerekli olmamıştır.

(Ayrıca bk. Ahmet Yıldırım / Türkiye, 3111/10, 18 Aralık 2012, 158 sayılı Bilgi Notu, ve Yeni teknolojiler hakkında Tematik Bilgi Notu)

İKİNCİ BÖLÜM

CENGİZ VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE

(Başvuru No. 48226/10 ve 14027/11)

KARAR

STRAZBURG

1 Aralık 2015

İşbu karar Sözleşme'nin 44 §2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Cengiz ve diğerleri / Türkiye davasında,

Başkan,

Paul Lemmens,

Yargıçlar,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Ksenija Turković,

Robert Spano,

Fridrik Kjølbro,

Stéphanie Mourou-Vikström

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm) 20 Ekim 2015 tarihinde gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda anılan tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan iki davanın (No. 48226/10 et 14027/11) temelinde, üç Türk vatandaşının, Serkan Cengiz, Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak'ın ("başvuranlar") 20 Temmuz 2010 (Cengiz) ve 27 Aralık 2010 (Akdeniz ve Altınparmak) tarihlerinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvuru bulunmaktadır.

2. Başvuranlardan Akdeniz ve Altıparmak, Mahkeme önünde Ankara Barosuna bağlı Avukat A. Altıparmak tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuranlar, Sözleşme'nin 10. maddesine dayanarak, bilhassa verilen tedbir kararı neticesinde Youtube isimli internet sitesine erişimin mümkün olmamasından yakınmaktadırlar. Başvuran Cengiz ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında, ihtilaf konusu tedbirinin bir mahkeme tarafından denetlenmesi amacıyla etkili bir hukuk yolundan yararlanmadığından şikâyet etmektedir.

4. Başvurular 16 Nisan 2014 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

USUL

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Serkan Cengiz 1974 doğumlu olup, İzmir'de ikamet etmektedir. İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim görevlisi olup, ifade özgürlüğü alanında uzman ve hukukçudur.

Yaman Akdeniz 1968, Kerem Altıparmak 1973 doğumludur. Akdeniz, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde profesördür. Altıparmak ise Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde öğretim üyesi olup, aynı üniversitenin İnsan Hakları Merkezi başkanıdır.

A. YouTube'a erişimin engellenmesi kararı

6. YouTube (http://www.youtube.com), kullanıcıların video gönderebildikleri, izleyebildikleri ve paylaşabildikleri, video barındıran başlıca web sitesidir. Video dosyaları sadece YouTube hesabı olan kişiler tarafından yayımlayabilmesine rağmen, YouTube sitesinde ya da kanallarındaki videoların büyük kısmı, tüm internet kullanıcıları tarafından görülebilmektedir. Bu platform 76'dan fazla ülkede bulunmaktadır. Her ay bir milyardan fazla kullanıcı bu platformu ziyaret etmekte ve altı milyar saatten uzun süre video seyretmektedirler.

7. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi 5 Mayıs 2008 tarihli kararıyla, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un (Bundan böyle metinde "5651 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.) 8. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi ile 2, 3 ve 9. fıkralarına dayanarak, http://www.youtube.com isimli sitesine ve bu siteye erişimi sağlayan IP 208.65.153.238-208.65.153.251 adreslerine erişimin engellenmesine karar vermiştir. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi bilhassa, söz konusu sitede yer alan on sayfanın (on adet video dosyası) içeriği nedeniyle 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'u ihlal ettiği kanaatine varmıştır.

8. Cengiz, 21 Mayıs 2010 tarihinde, haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü hakkına dayanarak 5 Mayıs 2008 tarihli erişimin engellenmesi kararına karşı itirazda bulunmuş ve söz konusu tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir.

9. Akdeniz ve Altıparmak da, YouTube kullanıcısı sıfatıyla, 31 Mayıs 2010 tarihinde, Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'nin 5 Mayıs 2008 tarihli erişimin engellenmesi kararına itiraz etmişlerdir. YouTube'a erişimde kamu yararı bulunduğunu ve söz konusu engellemenin haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarının özüne ciddi zarar verdiğini ileri sürerek söz konusu tedbirin kaldırılmasını talep etmişlerdir. Ayrıca, 5 Mayıs 2008 tarihli kararla ilgili on sayfadan altısının daha önce kaldırıldığını; diğer dört sayfaya ise artık Türkiye'den erişilemediğini ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle, başvuranlara göre, erişim engelleme tedbirinin amacı ortadan kalkmıştı

ve bu tedbir internet kullanıcılarının haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü hakkına orantısız bir kısıtlama teşkil etmekteydi.

10. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi 9 Haziran 2010 tarihinde, bilhassa ihtilaf konusu engellemenin mevzuatın gereklerine uygun olduğu kanaatiyle başvuranlar tarafından yapılan itirazı reddetmiştir. Türkiye'den videolara erişilememesi sorunuyla ilgili olarak ise, söz konusu videoların web sitesinin veritabanından çıkarılmayıp yayınına devam edilerek Türkiye'de erişiminin engellendiğini ancak dünyadaki internet kullanıcıları tarafından erişilebilir olduğunu belirtmiştir. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi yapılan inceleme neticesinde, soruşturma aşamasında taraf olmayan başvuranların bu tür kararlara itiraz etme haklarının bulunmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme son olarak, söz konusu erişimin engellemesi kararına karşı yapılan bir itirazı daha önce 4 Haziran 2008 tarihinde reddettiğini belirtmiştir.

11. Ankara Asliye Ceza Mahkemesi 2 Temmuz 2010 tarihinde, Ankara Sulh Ceza Mahkemesinin 9 Haziran 2010 tarihli kararını, usul kurallarına uygun olmasını ve mahkemeye tanınan takdir yetkisinden kaynaklanmasını göz önünde bulundurarak onaylamıştır.

B. Müteakip kararlar

12. Sulh Ceza Mahkemesi 17 Haziran 2010 tarihinde YouTube ile ilgili ek bir karar vermiştir. Kararında, http://www.youtube.com internet sitesine ve ihtilaf konusu siteye ait diğer kırk dört IP adresine erişimin engellenmesine karar vermiştir.

13. Akdeniz ve Altıparmak 23 Haziran 2010 tarihinde, 17 Haziran 2010 tarihli ek karara itiraz etmişlerdir.

14. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi 1 Temmuz 2010 tarihinde, iki başvuran, YouTube'un temsilcileri ve İnternet Teknolojileri Derneği'nin temsilcileri tarafından yapılan itirazı reddetmiştir. Türkiye'den videolara erişilememesi sorunuyla ilgili olarak ise, söz konusu videoların web sitesinin veritabanından çıkarılmayıp yayınına devam edilerek sadece Türkiye'de erişiminin engellendiğini ancak dünyadaki internet kullanıcıları tarafından erişilebilir olduğunu yinelemiştir. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi ayrıca, başvuranların davaya taraf olmamaları nedeniyle bu tür kararlara itiraz etme haklarının bulunmadığı kanaatine varmıştır. Söz konusu sitenin kanuna aykırı olarak yayına devam ettiği kanısına vararak, ihtilaf konusu engellemenin mevzuatın gereklerine uygun olduğunu eklemiştir. Son olarak, somut olayda uygulanan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulmamıştır.

15. Ankara Asliye Ceza Mahkemesi 2 Temmuz 2010 tarihinde, yukarıda anılan kararla (11. paragraf), Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'nin 1 Temmuz 2010 tarihli kararını da onaylamıştır.

C. Taraflarca sunulan bilgiler

16. Hükümet, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına (Bundan böyle metinde "TİB" olarak anılacaktır.) YouTube isimli siteye erişimin engellenmesi kararından önce ve sonra, bilhassa çocukların cinsel istismarı ve Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret başta olmak üzere 5651 sayılı Kanun'a aykırı olan içerikler barındırması nedeniyle 23 Kasım 2007 ve 1 Temmuz 2009 tarihleri arasında, 1.785 adet şikâyet başvurusu yapıldığını belirtmektedir.

17. Hükümet aynı zamanda, 5 Mayıs 2008 tarihli ilgili sitenin erişime engellenmesi kararından önce, hukuka aykırı içerikler yer aldığı gerekçesiyle, YouTube'a erişimin engellenmesine yönelik daha önce 34 adet ulusal mahkeme kararı bulunduğunu belirtmektedir. Bu kararlar akabinde, TİB, "uyar ve kaldır" yöntemi gereğince YouTube'un Türkiye'deki yasal temsilcisi ile irtibata geçmiştir. Yine Hükümet'e göre, 5 Mayıs 2008 tarihli karardan, Atatürk'e yönelik karalayıcı içerikler yayımlayan on adet web adresi bulunduğu anlaşılmaktadır. Hükümet, bunlardan altı tanesine erişimin engellendiğini; ancak diğer dört tanesinin hem Türkiye'den hem de yurt dışından erişilebilir durumda olduğunu eklemektedir. Bununla birlikte Hükümet'e göre, TİB, YouTube'a bahse konu içeriklerin kaldırılmasına dair kararını bildirmiş; ancak YouTube, söz konusu içerikleri kaldırmamıştır. Türkiye'deki erişim sağlayıcılar üzerinden URL filtreleme sistemi olmaması nedeniyle, TİB tarafından, YouTube sitesinin tamamına erişimin engellenmesinden başka çözüm kalmamıştır.

18. Başvuranlar, 5 Mayıs 2008 tarihli kararın ardından, YouTube'a erişimin Türkiye'de TİB tarafından 30 Ekim 2010 tarihine kadar engellendiğini belirtmektedir. Başvuranlar, söz konusu videoların telif hakkı sahibi olduğunu iddia eden bir şirketin başvurusu üzerine YouTube'a erişim engelinin 30 Ekim 2010 tarihinde yetkili savcılık tarafından kaldırıldığını eklemektedirler. Yine başvuranlara göre, 1 Kasım 2010 tarihinden itibaren, YouTube söz konusu videoların telif haklarını ihlal etmediği kanaatine vararak yayımlamaya karar vermiştir. Öte yandan, Akdeniz ve Altıparmak, yaptıkları araştırmalar neticesinde, Ocak 2015'te, 5 Mayıs 2008 tarihli karara konu olan on video dosyasından dördünün (1, 2, 7 ve 8 numaralı videolar) halen YouTube üzerinden erişilebilir olduğunu tespit etmişlerdir. Bu bağlamda, Akdeniz ve Altıparmak, 2 ve 7 numaralı video dosyalarında Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret olarak yorumlanabilecek herhangi bir içerik bulunmadığını ve dolayısıyla bunların 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamına girmediklerini belirtmektedirler. Bilhassa, on dört saniye süren 2 numaralı video dosyasında yanmakta olan bir Türk bayrağı gösterilmekteydi. 7 numaralı video dosyası ise kırk dokuz saniye sürmekte ve eski bir Türk Genelkurmay Başkanı gösterilmekteydi. Yalnız 1 ve 8 numaralı video

dosyaları hakaret edici olarak değerlendirilebilirdi; ancak bunların içeriğinin yasaya aykırı olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla herhangi bir hukuk işlemi yapılmamıştır.

II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

A. Ulusal Hukuk

19. Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan ulusal ve uluslararası hukuk kuralları ve uygulaması için, Mahkeme, Ahmet Yıldırım/Türkiye (No. 3111/10, §§ 15-37, AİHM 2012) kararına atıfta bulunmaktadır.

20. 4 Mayıs 2007 tarihli 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un olayların meydana geldiği dönemde somut olayla ilgili bölümleri aşağıdaki şekildedir:

> 8. Madde – Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi
>
> "1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:
>
> a) (...) Türk Ceza Kanununda yer alan;
>
> 1) İntihara yönlendirme (madde 84),
>
> 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),
>
> 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),
>
> 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),
>
> 5) Müstehcenlik (madde 226),
>
> 6) Fuhuş (madde 227),
>
> 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),
>
> suçları.
>
> b) 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar. (...)
>
> 2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde

tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa [Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı] gönderilir.

4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde (...) erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilir.

(...)

7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. (...)

8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. (...)

9) (...) hukuka aykırı içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı (...) kaldırılır."

21. Hükümet, 5651 sayılı Kanun'da yakın zaman önce iki önemli değişiklik yapıldığını belirtmektedir. Bu değişikliklerle, öngörülen hapis cezaları kaldırılmış; bu cezalar para cezalarına dönüştürülmüş ve kişilik hakkı ihlallerinin etkin olarak önlenmesi öngörülmüştür. Hükümet, yapılan değişiklikle, erişimin engellemesi tedbirinin belirli bir süre ile sınırlı olarak verilmesine imkân tanındığını açıklamaktadır.

22. Hükümet bilhassa, 27 Mart 2015 tarihinde kabul edilen 6639 sayılı Kanunla, 5651 sayılı Kanun'a 8/A maddesinin eklendiğini belirtmektedir. Bu yeni maddeyle, Başbakanın ya da bir Bakanlığın bu yöndeki talebi üzerine, bu tür bir içeriğe sahip yayının web sayfasından kaldırılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı vermesi için TİB'e yetki verilmiştir. Ayrıca ilk kez kesin olarak, bir internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilmesine izin verilmiştir. Esasen, işbu maddenin 3. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir."

23. Hükümet, yurt dışı kaynaklı internet siteleri için URL filtreleme teknolojisinin Türkiye'de mevcut olmadığını ve konuyla ilgili mevzuatın, öncelikli olarak bir internet sitesinin tamamen kapatılmasını giderecek olan "uyar ve kaldır" (notice and take down) yöntemine dayandığını belirtmektedir. Hükümet, bu yöntemin uygulanmasının daha önce sakıncalı içerikleri çıkarmaya imkân verdiğini ileri sürmektedir. Böylelikle günümüzde yurt dışı kaynaklı internet sitelerinde 60.000 adet meşru olmayan içerik kaldırılmıştır. Bu hedefe ulaşmak amacıyla, bilhassa İnternet üzerinde yayımlanan dosyaların içeriğiyle ilgili olarak vatandaşların şikâyetlerinin toplandığı bir Bilgi İhbar Merkezi kurulmuştur. Bu yolla, vatandaşlar söz konusu merkeze, YouTube üzerinde yayımlanan dosyalarla ilgili çok sayıda şikâyette bulunmuşlardır.

B. 5816 sayılı Kanun

24. 25 Temmuz 1951 tarihli 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir:

1. Madde

"Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veyahut Atatürk'ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları işlemeye başkalarını teşvik eden kimse asıl fail gibi cezalandırılır."

2. Madde

"Birinci maddede yazılı suçlar; iki veya daha fazla kimseler tarafından toplu olarak veya umumi veya umuma açık mahallerde yahut basın vasıtasıyla işlenirse hükmolunacak ceza yarı nispetinde artırılır.

Birinci maddenin ikinci fıkrasında yazılı suçlar zor kullanılarak işlenir veya bu suretle işlenmesine teşebbüs olunursa verilecek ceza bir misli artırılır."

C. Anayasal İçtihat

1. "Twitter.com" Kararı

25. Türk mahkemeleri tarafından davacıların kişilik haklarını ve özel hayatlarını ihlal eden içerikler yer alan twitter.com sitesiyle (kullanıcının İnternet üzerinden IM ya da SMS yoluyla ücretsiz olarak kısa mesaj göndermesine imkân tanıyan mikroblog sitesi) ilgili verilen çok sayıda kararın ardından, TİB, Mart 2014'te söz konusu siteye erişimin engellenmesine karar vermiştir. Ankara İdare Mahkemesi 25 Mart 2014 tarihli kararıyla, TİB'in erişim engelleme kararıyla ilgili olarak yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

Bu arada, 24 ve 25 Mart 2014 tarihlerinde aralarında Akdeniz ve Altıparmak'ın da bulunduğu üç kişi erişimin engellenmesi kararına itiraz etmek amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi 2 Nisan 2014 tarihli kararla (2014/3986), TİB tarafından verilen twitter.com isimli siteye erişimin engellenmesi kararının, haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Kararında, bilhassa sosyal medyada haber ve düşüncelerin vaktinden sonra paylaşılması nedeniyle bunların kısa süre içinde güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybetme riski bulunduğunu ve bundan dolayı bahse konu sitenin aktif kullanıcıları olan başvuranların söz konusu erişim engelinin ivedilikle kaldırılması bakımından menfaatleri bulunduğunu belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ahmet Yıldırım (yukarıda anılan) kararına atıfta bulunarak, ihtilaf konusu tedbirin yasal dayanağı bulunmadığı sonucuna varmıştır.

2. "YouTube" Kararı

26. TİB 27 Mart 2014 tarihinde, bilhassa Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararın ardından YouTube'a erişimin engellenmesine karar vermiştir. Ankara İdare Mahkemesi 2 Mayıs 2014 tarihli kararıyla, yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Bunun akabinde, YouTube LLC, başvuranlar Altıparmak ve Akdeniz ile diğer altı kişi Anayasaya Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi 29 Mayıs 2014 tarihli kararla, erişimin engellenmesi kararını iptal etmiştir. Kararında, davanın esasıyla ilgili kararını açıklamadan önce, davacıların mağdur sıfatlarıyla ilgili kararını açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında aşağı ifadelere yer vermiştir:

> "27. (...)Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak ve M.F. çeşitli üniversitelerde öğretim üyesi olarak çalışmaktadırlar. Bu başvurucular, insan hakları ve ceza hukuku alanında bilimsel çalışmalar yaptıklarını, bu çalışmalarını youtube.com isimli internet sitesinde yer alan hesapları üzerinden paylaştıklarını, aynı zamanda çalışma alanları ile ilgili Bileşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi metin ve görsellerine site üzerinden ulaştıklarını ifade

> etmişlerdir. (...) Başvurucu E.E. ise anılan sitede [YouTube] üyeliğinin bulunduğunu, sitede kendisine göre düzenlediği profili ile istediği kanalları ve paylaşım yapan kişileri düzenli olarak takip ettiği sivil toplum kuruluşları ve mesleki kuruluşların bulunduğunu belirtmiştir. (...)
>
> **28.** Bu açıklamalar ışığında, başvuruculardan youtube.com isimli internet sitesinin tümüyle erişime engellenmesine ilişkin idari işlemden doğrudan etkilendikleri anlaşılmaktadır. (...)"

Anayasa Mahkemesi, davanın esasıyla ilgili olarak, Ahmet Yıldırım kararına (yukarıda anılan) atıfta bulunarak, ihtilaf konusu tedbirin bilhassa bir internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi yetkisi vermediğini ifade ettiği 5651 sayılı Kanun bakımından yasal dayanağı bulunmadığı kararına varmıştır. Kararında şu ifadeler yer almaktadır:

> "52. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf (...) bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır."

D. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

27. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesiyle ilgili 102. oturumunda (11-29 Temmuz 2011) kabul edilen 34 sayılı genel görüşlerinde şu ifadelere yer vermiştir:

> "43. Web sitelerinin, blogların veya internet temelli, elektronik veya diğer bilgi yaygınlaştırma sistemlerinin, ayrıca örneğin internet hizmet sunucuları veya arama motorları gibi bu tür iletişimi destekleyen sistemlerin işleyişine getirilecek herhangi bir kısıtlama, ancak [Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına getirilebilecek kısıtlamaları düzenleyen 19. maddesinin] 3'üncü paragrafa uygun gerekçelerle kabul edilebilir. İzin verilebilir kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır; belirli sitelerin ve sistemlerin işleyişine getirilecek genel yasaklar paragraf 3'le bağdaşmaz. Ayrıca, bir siteye veya enformasyon

yaygınlaştırma sistemine yalnızca hükümete veya hükümetin temsil ettiği siyasal sisteme yönelik eleştirel tutum alabileceği ve bu yönde yayınlar yapabileceği gerekçesiyle yasak getirilmesi de 3'üncü paragrafla bağdaşmaz."

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. BAŞVURULARIN BİRLEŞTİRİLMESİ HAKKINDA

28. Mahkeme, başvurulardaki olay ve olgular ile hukuki sorunların benzerliğini dikkate alarak, İçtüzüğün 42. maddesinin 1. fıkrası uyarınca başvuruları birleştirmeye ve tek kararda birlikte incelemeye karar vermektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

29. Başvuranlar, ulusal mahkemeler tarafından verilen tedbir kararı sonucunda YouTube'a erişimin mümkün olmamasından şikâyet etmektedirler. Başvuranlar, bu tedbir kararının Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan haber ve fikir alma ve verme özgürlüğü haklarına müdahale oluşturduğu görüşündedirler. İşbu maddenin somut olayla ilgili bölümleri aşağıdaki şekildedir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makam-larının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. (...)

2.Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanıl-ması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düze-ninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılması-nın önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

30. Hükümet, başvuranların iddiasına karşı çıkmaktadır.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

31. Hükümet, başvuranların şikâyetinin Sözleşme hükümleriyle konu bakımından (ratione materiae) uyumlu olmadığı kanısındadır. Bilhassa Tanrıkulu ve diğerleri/Türkiye ((kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 40150/98, 40153/98 ve 40160/98, 6 Kasım 2001) ve Akdeniz/Türkiye ((kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 20877/10, 11 Mart 2014) kararlarına atıfta bulunarak, başvuranların, müdahale oluşturduğu iddia edilen olaylardan doğrudan etkilenmiş olarak değerlendirilemeyeceklerini ileri sürmektedir.

32. Hükümet aynı zamanda, başvuranların YouTube'a erişimin engellenmesi kararından iki yıl sonra Mahkeme'ye başvuruda bulunduklarını belirtmektedir. Hükümet'e göre, başvuranlar bu tedbirler nedeniyle mağdur olduklarını düşünselerdi, söz konusu tedbire itiraz etmek için bu kadar uzun süre beklemeleri gerekmezdi.

33. Başvuranlar, bu iddiaya karşı çıkmaktadırlar.

34. Mahkeme, Hükümet'in başvuranların mağdur sıfatı taşımadıklarına dair ilk itirazının, başvuranların haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü kullanma hakkına bir müdahale teşkil edip etmediğinin incelenmesi ile ilgili ve dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamındaki şikâyetin esasına sıkı sıkıya bağlı sorunlar ortaya çıkardığını değerlendirmektedir. Mahkeme bu nedenle, işbu itirazın esas ile birlikte incelenmesine karar vermektedir (bk. aynı anlamda, Dink/Türkiye, No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, § 100, 14 Eylül 2010 ve Altuğ Taner Akçam/Türkiye, No. 27520/07, § 51, 25 Ekim 2011).

35. Öte yandan Mahkeme söz konusu şikâyetin Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını tespit etmekte ve başka hiçbir kabul edilemezlik engeli bulunmayan işbu şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

B. Esas hakkında

1. Tarafların İddiaları

a) Başvuranlar

36. Üç başvuran, YouTube'a erişimin engellenmesinin haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarına müdahale oluşturduğunu ileri sürmektedirler. Ahmet Yıldırım/Türkiye (No. 3111/10, AİHM 2012) kararının yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin iki kararına (yukarıda 25-26. paragraflar) atıfta bulunarak, 5651 sayılı Kanun'un bir internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi yetkisi vermediğini de belirtmektedir. Bundan dolayı, başvuranlara göre, yapılan müdahale "kanunla öngörülmüş" olarak değerlendirilemez. Öte yandan, ilgililer, YouTube'a erişimin engellenmesi tedbirinin temelinde yer alan yasaya aykırı içerikle herhangi bir ilgileri olmamasına rağmen, söz konusu tedbirin yani YouTube sitesinde yayımlanan çok sayıda videoya erişiminin mümkün olmayışının kendi açılarından doğurduğu sonucun izlenen amaçlara nazaran orantısız olduğu kanısındadırlar. Başvuranlar ayrıca, yargılamanın YouTube'a erişimin engellenmesiyle sonuçlanması nedeniyle adil ve tarafsız olarak değerlendirilemeyeceği kanısındadırlar.

37. Hukuk Fakültesinde öğretim görevlisi, ifade özgürlüğü alanında çalışan hukukçu ve uzman olduğunu ileri süren Cengiz, uluslararası kuruluşların YouTube yoluyla çok sayıda görsel

materyal yayımlandıklarını ve bu materyalleri çalışmalarında düzenli olarak kullandığını belirtmektedir. Öte yandan, YouTube hesabı olan aktif bir kullanıcı olarak, YouTube aracılığıyla, dokümanlar, analizler ya da eğlenceli vakit geçirmeye yarayan yayınlar gibi çok sayıda bilgi kaynağına erişebildiğini belirtmektedir. Başvuran, bu sitenin tümüne erişimin engellenmesi nedeniyle, üç yıldan uzun bir süre boyunca YouTube hesabına erişememiştir.

38. Altıparmak ve Akdeniz, kişilerin haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarını kullanmaları için başlıca araçlardan biri haline gelen internetin önemine vurgu yapmakta ve ihtilaf konusu tedbirden doğrudan etkilendiklerini ileri sürmektedirler. Bu bağlamda, YouTube'da yalnızca sanat ve müzik eserleri yayımlanmadığını; ancak aynı zamanda siyasi konuşmaların yanı sıra siyasi ve sosyal faaliyetler açısından da oldukça popüler ve çok geniş çaplı bir platform olduğunu belirtmektedirler. Bilhassa, medyanın göz ardı ettiği ya da baskıcı hükümetler tarafından yasaklanan siyasi içerikler genellikle YouTube yoluyla gün yüzüne çıkarılmaktadır; bu durum beklenmedik boyutlarda "vatandaş gazeteciliği" nin doğmasına olanak sağlamıştır. Bu çerçevede, özelikleri, erişilebilirlik düzeyi ve bilhassa potansiyel etkisinin yanı sıra herhangi bir muadili bulunmaması dikkate alındığında, bu platform tektir.

39. Başvuranlar ayrıca, davalarının Akdeniz davasından (yukarıda anılan karar) farklılık gösterdiğini belirtmektedirler. Akdeniz kararında, başvuranlara göre, müzik eserleri yayımlanan sitelere, söz konusu sitelerin telif haklarıyla ilgili mevzuata riayet etmedikleri gerekçesiyle erişimin engellenmesiyle ilgilidir. Başvuranlar daha sonra Mahkeme'nin, bir bireyin sadece "ticari" ifadelerinde değil, ancak bu bireyin kamu yararını ilgilendiren ihtilaf konusu bir olayda yer aldığında Sözleşmeci Devletlere verilen takdir yetkisinin genişliğinin azaltılması gerektiğini belirttiğini iddia etmektedirler (bk. mutatis mutandis, Ashby Donald ve diğerleri/Fransa, No. 36769/08, § 39, 10 Ocak 2013). Başvuranlar ayrıca, Khurshid Mustafa ve Tarzibachi/İsveç (No. 23883/06, § 44, 16 Aralık 2008), kararında söz konusu olduğu üzere, ilgili hakkın, kendileri için özel bir önem arz ettiğini ileri sürmektedirler.

40. Bilhassa, Akdeniz, Hukuk Fakültesi profesörü ve ifade özgürlüğü alanında uzman olarak, internet hukuku ile ilgili çok sayıda siyasi müdahaleyi YouTube üzerinden indirdiğini belirtmektedir. Altıparmak da hukuk profesörü ve Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Başkanı olduğunu ve YouTube yoluyla çok sayıda video dosyasına erişebildiğini belirtmektedir. Ayrıca, söz konusu İnsan Hakları Merkezi tarafından düzenlenen birçok konferans da bu site aracılığıyla yayımlanmıştır. Bunun yanı sıra, merkez ya da bizzat kendisi tarafından yayımlanan kayıtların ya da söyleşilerin yer aldığı dosyalar üçüncü şahıslarca indirilmiştir. İki başvuran, YouTube sitesini yalnızca akademik konularda ya da genel menfaatle ilgili konularda bilgi almak

amacıyla kullanmadıklarını, fakat aynı zamanda YouTube sitesindeki hesapları sayesinde, bu siteyi bilgi iletmek amacıyla da kullandıklarını belirtmektedirler. Dolayısıyla burada, hem bilgi alma hem de verme özgürlüğü söz konusudur.

41. Öte yandan, Akdeniz ve Altıparmak, ulusal mahkemelerin YouTube'a erişimi engelleme kararını verme şekillerine itiraz etmekte ve bunun, belli bir site ile ilgili uygulanmasına karar verilen erişimin engellenmesi tedbirinin genel engelleme yöntemi olarak kullanılması engellemeye yönelik her türlü güvenceden yoksun bir prosedürden kaynaklandığını ileri sürmektedirler. Bu bağlamda, uygulamada, bir internet sitesine erişimin engellenmesi tedbirinin yalnızca son çare olarak öngörülmediğini, bu nedenle, 21.000'i 2014 yılında olmak üzere, 60.000'i aşkın internet sitesinin erişime engellendiğini ileri sürmektedirler. Başvuranlar, 2014 yılında, twitter.com ve youtube.com'a daha hafif herhangi bir tedbir öngörülmeden, yasaya aykırı şekilde erişimin engellenmesine karar verildiğini eklemektedirler. Başvuranlar, her iki durumda da, Anayasa Mahkemesi'nin erişimin engellenmesi kararlarını bilgi ve görüş alma ve verme özgürlüğü hakkının kullanımında ciddi bir müdahale olarak değerlendirdikten sonra, bu kararların, Anayasa'nın söz konusu hakkı güvence altına alan 26. maddesine aykırı olduğuna karar verdiğini belirtmektedirler.

b) Hükümet

42. Hükümet, başvuranların iddialarına karşı çıkmaktadır. Başvuranların şikâyetlerinin Sözleşme ile konu bakımından (ratione materiae) uyumlu olmadığına dair iddiasını yinelemektedir. Hükümet'e göre, ilgililer, müdahale teşkil ettiği iddia edilen olaylardan doğrudan etkilenmiş olarak değerlendirilemezler. Her halükarda, Hükümet, başvuranların Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine dair iddialarını desteklemedikleri kanısındadır.

43. Mahkeme bununla birlikte, Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında müdahalede bulunulduğu kanaatine varmış olsa da, Hükümet, söz konusu müdahalenin kanunla öngörüldüğünü ve 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçları sağlamaya yönelik olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet, uygulanan tedbirinin, 10. madde anlamında "gerekli" olup olmadığının tespit edilmesi sorunuyla ilgili olarak, bunun çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurduğu kanaatinedir. Ayrıca, kararları veren ilgili iki mahkemenin kararlarını eksiksiz ve ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirmesi nedeniyle yargılamanın her aşaması adildi. Bu nedenle, takdir yetkisini de dikkate alındığında, iddia edilen müdahale izlenen meşru amaçla orantılıydı ve "demokratik bir toplumda gerekliydi".

44. Bilhassa, Hükümet, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki internet aktörlerinin, Avrupa Birliği normlarıyla uyumlu şekilde tanımlandığını ve bu aktörlere ilişkin yükümlülüklerin ve

yaptırımların kanunda açık şekilde düzenlediğini belirtmektedir. Türkiye, bu hukuki metinleri kabul etmenin gerekliliğini karşılayarak, ulusal ve uluslararası hukuk normlarına uygun olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların yasalarla düzenlenmesinde uygun gelişmeler kaydetmiştir. Bu bağlamda, bir web sitesinin erişime kapatılması, sakıncalı içeriklerin yayımlanmasıyla mücadele kapsamında başvurulan ilk değil ancak en son çare olarak öngörülmüştür.

45. Hükümet ayrıca, 5651 sayılı Kanun'da "uyar ve kaldır" yöntemine göre erişimin engellenmesi kararına neden olabilecek suç türlerinin yer aldığını belirtmektedir. Bu yöntem, bilhassa bir sitenin tümünün erişime engellenmesinin doğurabileceği sakıncaları önlemeyi amaçlamaktadır. Öte yandan, sakıncalı içeriklere sahip yurt içi ya da yurt dışı kaynaklı siteler, bu yöntem uygulanarak elimine edilmiştir.

46. Hükümet son olarak, yakın zaman önce 5651 sayılı Kanun'da önemli değişiklikler yapıldığını belirtmektedir. Bununla birlikte, yurt dışı kaynaklı siteler için URL filtreleme teknolojisinin Türkiye'de mevcut olmadığını belirtmektedir.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

a) Bir müdahalenin varlığı hakkında

47. Mahkeme, Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'nin 5 Mayıs 2008 tarihli kararıyla, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi ile 2, 3 ve 9. fıkraları uyarınca, bu sitedeki on adet video dosyasının içeriğinin 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'u ihlal ettiği gerekçesiyle YouTube'a erişimin engellendiğini kaydetmektedir. Öncelikle, Cengiz 21 Mayıs 2010, daha sonra ise Altıparmak ve Akdeniz 31 Mayıs 2010 tarihinde erişimin engellenmesi kararına karşı itirazda bulunmuşlar ve söz konusu tedbirin kaldırılmasını talep etmişlerdir. İtiraz başvurularında, haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarının korunmasını talep etmişlerdir.

48. Ankara Sulh Ceza Mahkemesi 9 Haziran 2010 tarihinde, başvuranların davada taraf olmadıklarını ve bu nedenle bu tür kararlara itiraz etme haklarının bulunmadığını belirterek itirazlarını reddetmiştir. Bu karara varırken, bilhassa, ihtilaf konusu tedbirin konuyla ilgili mevzuatın gereklerine uygun olduğunu değerlendirmiştir. Öte yandan, Ankara Sulh Ceza Mahkemesi, 17 Haziran 2010 tarihinde ek bir karar vermiştir. Başvuranlar bu karara itiraz etmek için yaptıkları girişimlerden sonuç alamamışlardır.

49. Mahkeme, Sözleşme'nin halk davası (actio popularis) açma imkânı vermediğini, ancak kişinin, bireysel başvuruda bulunabilmesi için, Sözleşmeci Devlete yüklenebilir bir eylem ya da

ihmal sonucu Sözleşme'nin ihlal edilmesi nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak mağdur olduğunu makul bir şekilde ifade etmesini gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, Tanrıkulu ve diğerleri davasında (yukarıda anılan karar), yayın yasağı tedbiri uygulanan bir günlük gazetenin okuyucularının mağdur sıfatını kabul etmemiştir. Aynı şekilde, Akdeniz davasında (yukarıda anılan karar), Mahkeme, -Türkiye'de müzik yayını yapmak üzere ayrılan iki sitenin diğer kullanıcılarında olduğu gibi- Akdeniz'in, erişimin engellenmesi tedbirinin dolaylı etkilerine maruz kalması, ilgilinin Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında "mağdur" sıfatı taşıdığının kabul edilmesi için yeterli olmadığı kanaatine varmaktadır (yukarıda anılan karar, § 24). Bu değerlendirmeler dikkate alındığında, bir başvuranın, bir internet sitesine erişimin engellenmesi tedbiri nedeniyle mağdur olduğunu iddia edip edememesi dolayısıyla her davanın koşullarının değerlendirilmesine bağlıdır; bilhassa başvuranın internet sitesini kullanma şekline ve benzer tedbirin kendisi üzerinde doğurabileceği sonuçlarının ağırlığına bağlıdır. Aynı zamanda, internetin günümüzde bireyler tarafından haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarını kullanmalarında başlıca araçlardan biri haline geldiğini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir: İnternette, siyasi sorunlar ya da kamu menfaati ile ilgili çalışmalara ve tartışmalara katılmaya yönelik temel araçlar bulunmaktadır (yukarıda anılan Ahmet Yıldırım kararı, § 54).

50. Mahkeme somut olayda, bilhassa söz konusu sitenin önemli özelliklerinin yanı sıra ihtilaf konusu engellenmenin ilgililerin akademik çalışmaları üzerindeki etkilerinin altını çizerek, başvuranların aktif YouTube kullanıcıları olarak başvuruda bulunduklarını tespit etmektedir. Başvuranlar bilhassa, YouTube hesaplarını kullanarak, bu platformu yalnızca mesleki alanlarına ilişkin videolara ulaşmak amacıyla değil fakat aynı zamanda, bu tür dosyaları indirerek ve paylaşarak aktif bir şekilde kullandıklarını belirtmektedirler. Öte yandan, Altıparmak ve Akdeniz, akademik faaliyetleriyle ilgili görüntüler yayımladıklarını belirtmişlerdir. Bu hususla ilgili olarak, işbu davanın daha ziyade, kendi web sitesi yoluyla akademik çalışmalarını ve değişik alanlardaki görüşlerini yayımlandığını ifade eden Yıldırım'ın davasıyla (yukarıda anılan Ahmet Yıldırım kararı, § 51) benzerlik göstermekte olup, web sitelerinin basit kullanıcısı olarak dava açan Akdeniz'in (yukarıda anılan karar) davasıyla benzerlik göstermemektedir.

51. Bunun yanı sıra, mevcut dava yukarıda anılan Akdeniz kararından bir başka yönden de farklılık göstermektedir. Akdeniz kararında, Mahkeme bilhassa, ilgilinin, telif haklarını korumaya ilişkin kuralları ihlal etmeksizin ve herhangi bir güçlük yaşamadan birçok yöntemle çok sayıda müzik eserine erişebilmesini dikkate almıştır (yukarıda anılan karar, § 25). Oysa YouTube'da yalnızca sanat ve müzik eserleri yayımlanmamaktadır; YouTube aynı zamanda siyasi tartışmaların yanı sıra siyasi ve sosyal çalışmalar açısından da oldukça popüler ve çok geniş çaplı bir platformdur. YouTube yoluyla yayımlanan dosyalarda diğerlerinin yanı sıra herkes için özel bir

ilgi arz edebilecek bilgiler de yer almaktadır (bk. mutatis mutandis, yukarıda anılan Mustafa ve Tarzibachi kararı, § 44). Esasen, ihtilaf konusu tedbir, başvuranlar için spesifik bilgiler içeren bir siteyi erişilmez kılmıştır ve söz konusu spesifik bilgilere başka yöntemlerle kolayca erişilememektedir. Bu site aynı zamanda, ilgililer açısından önemli bir iletişim kaynağını teşkil etmektedir.

52. Öte yandan Mahkeme, internet sitelerinin ifade özgürlüğünün kullanılmasında konusunda arz ettiği önemle ilgili olarak, "internet sitelerinin, erişilebilirlikleri ve çok sayıda veriyi saklamak ve yaymak konusundaki yeterlilikleri sayesinde, halkın güncel haberlere erişimine ve daha genel olarak haberlerin iletilmesinin kolaylaşmasına büyük oranda hizmet ettiklerini" hatırlatmaktadır (Times Newspapers Ltd/Birleşik Krallık (no. 1 ve 2), No. 3002/03 ve 23676/03, § 27, AİHM 2009). Kullanıcıların internet üzerinden kendilerini anlatma/ifade etme imkânı, ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından emsalsiz bir araçtır (Delfi AS/Estonya [BD], No. 64569/09, § 110, AİHM 2015). Bu bağlamda, Mahkeme, YouTube'un video barındıran bir web sitesi olduğunu, kullanıcıların YouTube üzerinden video gönderebildiklerini, seyredebildiklerini ve paylaşabildikleri ve bunun haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünün kullanılmasında önemli bir araç olduğu hususundan şüphe duyulmadığını gözlemlemektedir. Bilhassa, başvuranların haklı olarak belirttikleri üzere, geleneksel medya tarafından göz ardı edilen siyasi içerikler, YouTube yoluyla genellikle gün yüzüne çıkarılmaktadır; bu durum vatandaş gazeteciliğinin doğmasına olanak sağlamıştır. Mahkeme bu çerçevede, özelikleri, erişilebilirlik düzeyi ve bilhassa potansiyel etkisinin yanı sıra başvuranlar için, herhangi bir muadili bulunmaması dikkate alındığında, bu platformun tek olduğunu kabul etmektedir.

53. Üstelik Mahkeme, mevcut başvurular yapıldıktan sonra, Anayasa Mahkemesi'nin twitter.com ve youtube.com gibi internet sitelerinin aktif kullanıcılarının mağdur sıfatını incelediğini gözlemlemektedir. Bilhassa, YouTube'a erişimin engellenmesi yönündeki idari kararla ilgili dava kapsamında, YouTube'un aralarında Akdeniz ve Altıparmak'ın da bulunduğu aktif kullanıcılarının mağdur sıfatı taşıdığını kabul etmiştir. Bu sonuca varırken, öncelikle YouTube hesabına sahip davacıların bu siteyi aktif olarak kullanmalarını göz önünde bulundurmuştur. Bu iki başvuranla ilgili olarak, aynı zamanda, ilgililerin farklı üniversitelerde eğitim verdiklerini, insan hakları alanında çalışmalar yürüttüklerini, söz konusu site aracılığıyla yayımlanan çeşitli görsel materyallere ulaştıklarını ve YouTube hesapları yoluyla çalışmalarını paylaştıklarını da dikkate almıştır (yukarıda 25-26. paragraflar).

Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu başvuranların mağdur sıfatlarıyla ilgili vardığı sonuçlara katılmaktadır. Öte yandan, Mahkeme, aynı zamanda aktif bir YouTube kullanıcısı olan

Cengiz'in durumunun söz konusu iki başvuranın durumundan pek de farklılık göstermediğini gözlemlemektedir.

54. Sonuç olarak, Mahkeme, başvuranların internet ile ilgili kanun kapsamında YouTube'a yönelik alınan tedbirin dolaylı olarak kendilerini etkilemesinden şikâyet ettiklerini gözlemlemektedir. İlgililer, YouTube'un sahip olduğu özellikler nedeniyle, erişimin engellenmesi tedbirinin kendilerini haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü haklarını kullanmalarında önemli bir araçtan yoksun kaldıklarını belirtmektedirler.

55. Yukarıda sıralanan gerekçeler ışığında ve mağdur sıfatını kabul etme kriterlerinin esnek şekilde uygulanması gerekliliği dikkate alındığında, Mahkeme, davanın özel koşullarında, tedbir olarak verilen YouTube'a erişimin engellenmesi kararıyla doğrudan başvuranların hedef alınmamış olmalarına rağmen, söz konusu tedbirin, haber ve görüş alma ve verme haklarını etkilediğini yasal olarak ileri sürebileceklerini kabul etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Hükümet'in mağdur sıfatıyla ilgili ilk itirazını reddetmektedir.

56. Öte yandan, Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesiyle "herkesin" haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü güvence altına alındığını ve bu özgürlüğün kullanılmasında ne aranılan amacın niteliğine ne de kişilerin rollerine –gerçek ya da tüzel– göre ayrım gözetilmediğini hatırlatmaktadır. 10. madde yalnızca bilgilerin içeriğiyle ilgili olmayıp aynı zamanda bu bilgileri yayınlama araçlarıyla da ilgilidir; zira bunlara getirilen her türlü sınırlama haber alma ve verme hakkını etkilemektedir. Nitekim Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin yalnızca haber verme hakkını değil, fakat aynı zamanda halkın haber alma hakkını da güvence altına aldığını tekrar ifade etmektedir (yukarıda anılan Ahmet Yıldırım kararı, § 50).

57. Somut olayda, dosyada yer alan unsurlardan, Sulh Ceza Mahkemesi'nin 5 Mayıs 2008 tarihli kararı gereğince uygulanan tedbir nedeniyle, başvuranların uzun bir süre boyunca YouTube'a erişmelerinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Başvuranlar aktif YouTube kullanıcıları olarak, dolayısıyla yasal olarak söz konusu tedbirin haber ve görüş alma ve verme hakkını etkilediğini ileri sürebilirlerdi. Mahkeme, yasal dayanağı her ne olursa olsun, benzer tedbirin internetin erişebilirliğini etkileyecek etkiye sahip olduğu ve bu nedenle 10. madde bağlamında davalı Devlet'e sorumluluk yüklediği kanaatine varmaktadır (idem, § 53). Bundan dolayı, söz konusu tedbir, 10. maddeyle güvence altına alınan hakların kullanılmasında "kamu makamlarının müdahalesi" olarak incelenmektedir.

58. Benzer müdahale, "kanunla öngörülmüş" olmaması, 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlardan biri veya birkaçı ile gerekçelendirilmemesi ve bu amaçlara ulaşmak için müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olmaması halinde 10. maddeyi ihlal etmektedir.

b) Müdahalenin haklı olduğu hakkında

59. Mahkeme öncelikle, 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan "kanunla öngörülme" ifadesinin sadece söz konusu tedbirin iç hukukta yasal bir temelinin olmasını emretmediğini, aynı zamanda söz konusu kanunun niteliğini de hedeflediğini hatırlatmaktadır: Nitekim söz konusu kanun, yargının süjelerinin erişimine açık olmalı ve etkileri bakımından öngörülebilir olmalıdır (bk. diğer birçok karar arasında, yukarıda anılan Dink kararı, § 114). Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, bir kanun uygulanacağı her kişinin bu yasa uyarınca davranışlarını düzenlemesine imkân verecek açıklıkta yazılması halinde "öngörülebilir" kabul edilmektedir (bk. diğer birçok karar arasında, RTBF/Belçika, No. 50084/06, § 103, AİHM 2011 ve yukarıda anılan Altuğ Taner Akçam kararı, § 87).

60. Somut olayda, Mahkeme, ilgili siteye yasal prosedürle erişimin engellenmesinin 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasına dayandığını yani yasal bir dayanağı olduğunu gözlemlemektedir. Söz konusu maddenin aynı zamanda erişilebilirlik ve öngörülebilirlik gereklerini karşılayıp karşılamadığı sorusuna, başvuranlar karşılamadığı şeklinde yanıt verilmesi gerektiği kanaatindedirler; bu madde başvuranlara göre aşırı derecede belirsizdir.

61. Mahkeme, Ahmet Yıldırım (yukarıda anılan; bk. özellikle, §§ 61-62) davasında, müdahalenin "kanunla öngörülüp öngörülmediği" sorununu incelediğini ve bunun kanunla öngörülmediği sonucuna vardığını hatırlatmaktadır. Mahkeme bilhassa, 5651 sayılı Kanun'un, barındırdığı web sayfalarından birinin içeriği nedeniyle bir internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi yetkisi vermediği kanaatine varmaktadır. Esasen, söz konusu Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrası gereğince, içeriğinde Kanun'da belirtilen suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunması halinde, yalnızca belli bir yayına erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir. Öte yandan, Mahkeme'nin vardığı bu sonuç, Anayasa Mahkemesi tarafından, Ahmet Yıldırım (yukarıda anılan) kararının açıklanmasından sonra verdiği iki kararında dikkate alınmıştır (yukarıda 25-26 paragraflar).

62. Bu bağlamda, Mahkeme bilhassa bu tür ön kısıtlamaların, ilk bakışta (a priori) Sözleşme hükümleriyle uyumsuz olmadığının altını çizmektedir. Bununla birlikte, ön kısıtlamalar, muhtemel kötüye kullanma durumlarına karşı sunulan hukuki kontrol güvencesi konusunda etkili olmalı ve yasağın sınırlandırılması hususunda bilhassa katı olan yasal bir çerçevede getirilmelidir Bu bağlamda, hâkim tarafından hukuki güvence ile çatışan çıkarlar arasında denge esas alınarak ve uzlaşma sağlanması amaçlanarak alınan bu tür tedbirlerin denetimi, haber ve görüş alma veya verme özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların uygulanması konusunda özel ve kesin kuralları belirleyen bir çerçeve bulunmadan öngörülemez.

63. Oysa somut olayda, Ankara Sulh Ceza Mahkemesi, YouTube'a erişimin tamamen engellenmesine karar verdiğinde, bu mahkemeye böyle bir yetki veren herhangi bir yasal hüküm bulunmadığını göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

64. Esasen, Hükümet'in görüşlerinden ve Türk yetkililerin uygulamasından, yurt dışı kaynaklı siteler için Türkiye'de URL filtreleme teknolojisinin mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, uygulamada, idari bir organ yani TİB, belli bir içerikle ilgili olarak verilen adli kararların icrası amacıyla söz konusu sitenin tamamına erişimin engellenmesine karar vermiştir. Ancak – Mahkeme daha önce Ahmet Yıldırım kararında (yukarıda anılan, § 66)- özellikle internet üzerinde bulunan bilgilerin büyük bir kısmının erişime engellenmesine neden olan benzer tedbir kararları nedeniyle internet kullanıcılarının haklarının ciddi ölçüde etkilenebileceği ve önemli dolaylı etkilere sahip olabileceği hususlarını yetkililerin dikkate almaları gerektiği belirtmiştir.

65. Mahkeme, bu değerlendirmeler ve somut olaya uygulanan söz konusu mevzuatın incelenmesi ışığında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde öngörülen müdahalenin, Sözleşme'nin gerektirdiği yasallık koşulunu karşılamadığı ve bu maddenin, başvuranların demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde yeterli bir koruma imkânına sahip olmalarına imkân vermediği sonucuna varmaktadır. Öte yandan, söz konusu maddenin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasına aykırı olduğu görülmektedir; zira bu madde bağlamında tanınan haklar, "ülke sınırları gözetilmeksizin" korunmaktadır (idem, § 67).

66. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

67. Mahkeme, varılan bu sonucu dikkate alarak, somut olayda Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının diğer gereklerine riayet edilip edilmediğini denetlemenin gerekli olmadığı kanaatine varmaktadır.

III. SÖZLEŞME'NİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

68. Cengiz, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak, ihtilaf konusu tedbirin bir mahkeme tarafından denetlenmesi ve yetkililerin olası suiistimallerinin cezalandırılması amacıyla başvuru yolundan yararlanamadığından şikâyet etmektedir.

69. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki tespitini dikkate alarak (yukarıda belirtilen 65. paragraf), mevcut davada söz konusu olan temel hukuki sorunları incelediği kanısındadır. Davanın olay ve olgularının tamamı göz önünde alındığında, Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamındaki şikâyetin ne kabul edilebilirliği ne de esası hakkında ayrı olarak karar vermeye gerek olmadığı kanısındadır (bk. aynı anlamda, yukarıda anılan Ahmet Yıldırım kararı, § 72).

IV. SÖZLEŞME'NİN 41 VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

70. Başvuru dilekçelerinde, Akdeniz ve Altıparmak'ın her biri manevi zarar için 1.000 avro; masraf ve giderler için de 1.000 avro talep etmektedirler. Cengiz, ihlal tespitinin tek başına adil tazmin teşkil edeceği kanaatiyle bu bağlamda herhangi bir talepte bulunmamıştır.

Öte yandan, Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında, başvuranlar Mahkeme'den, davalı Hükümete, söz konusu duruma son verilmesi amacıyla hangi genel tedbirlerin alınabilineceğini bildirmesini talep etmektedirler.

71. Hükümet, başvuranlara herhangi bir ödeme yapılmasına karşı çıkmaktadır. Buna ek olarak, ihlal tespitinin tek başına adil tazmin teşkil ettiği görüşündedir.

72. Mahkeme, Akdeniz ve Altıparmak'ın adil tazmin bağlamındaki taleplerini yalnızca başvuru dilekçesinde ifade ettiklerini kaydetmektedir. Dolayısıyla ilgililer, ne Mahkeme İçtüzüğü'nün 60. maddesinin 2 ve 3. fıkralarına ne de Mahkeme'nin "başvuru dilekçesinde belirtilmiş olmasına rağmen yargılamanın uygun aşamasında tekrar sunulmamış olan veya verilen sürenin dışında sunulmuş olan talepleri reddetmesinin" öngörüldüğü Adil Tazmin Taleplerinin Sunulmasına İlişkin Pratik Yönerge'nin 5. paragrafına riayet etmişlerdir. Dolayısıyla, adil tazmin talebi reddedilmelidir (bk. diğerleri arasında, Anđelković/Sırbistan, No. 1401/08, § 33, 9 Nisan 2013).

73. Yukarıda sıralanan gerekçeler ışığında ve başvuran Cengiz'in, Sözleşme'nin 41. maddesi bakımından durumu dikkate alındığında Mahkeme, Cengiz'in maruz kalmış olabileceği tüm manevi zarar için ihlal tespitinin tek başına yeterli adil tazmin teşkil ettiği kanaatine varmaktadır.

74. Başvuranların Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamındaki talebiyle ilgili olarak, Mahkeme, bilhassa ulusal mahkemeler tarafından uygulanmasına karar verilen YouTube'a erişimin engellenmesi tedbirinin yasal dayanağı olmaması ve mevzuatın olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan halinin, başvuranlara demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde yeterli bir koruma imkânına sahip olmalarına imkân vermemesi nedeniyle Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna vardığını hatırlatmaktadır (yukarıda 62. paragraf). Bu sonuçtan, başvuranların hakkının ihlalinin yapısal bir sorundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

75. Mahkeme, mevcut dava açıldıktan sonra 5651 sayılı Kanun'da değişiklik yapıldığını gözlemlemektedir. 8/A maddesinin 3. fıkrası gereğince, bir internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesine bundan böyle bu maddede sıralanan koşulları karşılaması halinde karar verilebilecektir (yukarıda 22. paragraf). Mahkeme bu bağlamda, taraflar görüşlerinde yapılan söz konusu değişikliklerle ilgili açıklamalarda bulunmuş olsalar bile, bu değişikliklerin Sulh Ceza Mahkemesinin herhangi bir yasal dayanak olmaksızın YouTube'a erişimin engellenmesine karar

vermesinden sonra uygulamaya konulduğu kanısındadır. Bu konuda, Mahkeme, olayların meydana geldiği sırada veya günümüzde Türkiye'de mevcut olduğu üzere internet sitelerine erişimin engellenmesinin hukuki dayanaklarının Sözleşme ile uyumluluğu hususunda soyut olarak (in abstracto) karar vermekle görevli olmadığını hatırlatmaktadır. Mahkeme, buna karşılık, başvuranların Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkına söz konusu hükümlerin uygulanmasının etkisini somut olarak (in concreto) değerlendirmelidir. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu hükümlerin uygulanmasının başvuranlar bakımından 10. maddenin ihlaline yol açıp açmadığını araştırmalıdır (bk. Nikolova/Bulgaristan [BD], No. 31195/96, § 60, AİHM 1999-II). Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, Mahkeme, somut olayın koşullarında, Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında başvuranların birleştirme kararı verilmesine yönelik talepleri hakkında karar vermenin gerekli olmadığı sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvuruların birleştirilmesine;

2. Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamındaki şikâyetin kabul edilebilir olduğuna;

3. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

4. Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamındaki şikâyetin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrı olarak karar vermeye gerek olmadığına;

5. İhlal tespitinin tek başına, başvuran Serkan Cengiz tarafından maruz kalınan manevi zarar için yeterli adil tazmin teşkil ettiğine;

6. Adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine karar vermiştir.

Fransızca olarak yazılan işbu karar Mahkeme İçtüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları gereğince 1 Aralık 2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith

Yazı İşleri Müdürü

Paul Lemmens

Başkan

İşbu karar ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğünün 74. maddesinin 2. fıkrasına uyarınca yazılan, Yargıç Lemmens'in ayrık oy görüşü yer almaktadır.

P.L.

S.H.N.

YARGIÇ LEMMENS'İN MUTABAKAT ŞERHİ

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde çoğunlukla birlikte oy kullandım. Ancak bu sonucun farklı bir muhakemeye dayanmasını yeğlerdim.

Erişimin engellenmesi tedbirinin yasal dayanağı

2. YouTube'a erişimin engellenmesinin, başvuranların haber ve görüş alma ve verme hakkını kullanmalarına bir müdahale teşkil ettiğinin tespit edilmesinin akabinde –ki bu tespite yürekten katılıyorum- çoğunluk söz konusu müdahalenin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında "kanunla öngörülmediği" sonucuna varmıştır.

Bununla birlikte, çoğunluğu bu sonuca götürecek kesin gerekçeyi anlamakta bir takım zorluklar yaşıyorum. Söz konusu müdahalenin hiçbir yasal dayanağı bulunmamakta mıydı? Ya da uygulanmasına karar verilen tedbir, yasal dayanağın sınırlarını aşmış mıydı (kararın 61 ve 63. paragrafları)? Ya da tedbirin dayanağını oluşturan yasal hüküm yeterince açık/belli değil miydi (bk. başvuranların iddiası, kararın 60. paragrafı)? Ya da bu yasal dayanak, yetkili makama çok geniş bir yetki vermekte miydi (kararın 62 ve 65. paragrafları)?

3. Bana kalırsa, internet sitelerine erişimin engellenmesine imkân veren yasal bir dayanak bulunmaktaydı; bu yasal dayanak 4 Mayıs 2007 tarihli 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi ile aynı maddenin 2. fıkrasıydı. Bu maddede, internet ortamından yapılan yayınlara erişimin engellenmesine hâkim tarafından karar verilebileceği bildirilmektedir. Bu madde, somut olayda Ankara Sulh Ceza Mahkemesi tarafından uygulanmasına karar verilen tedbirin dayanağını oluşturmakta ve dolayısıyla iç hukukta ihtilaf konusu tedbirinin dayanağını teşkil etmekteydi[1].

Söz konusu tedbirin yukarıda anılan hükümle uyumlu olup olmadığının tespit edilmesi sorunuyla ilgili olarak, iç hukuku yorumlama ve uygulama görevinin öncelikle ulusal makamlara ve özellikle mahkemelere düştüğünü hatırlatmak uygun olacaktır (bk. diğer birçok karar arasından, Delfi AS/Estonya [BD], No. 64569/09, § 127, AİHM 2015 ve Pentikäinen/Finlandiya [BD], No. 11882/10, § 85, 20 Ekim 2015). Oysa şimdi, Anayasa Mahkemesi'nin 29 Mayıs 2014 tarihli kararından yukarıda anılan maddenin, bir sitenin tamamına erişimin engellenmesine açıkça, izin vermediği; ancak yalnızca bir sitedeki belirli içeriklere erişimin engellenmesine izin verdiği sonucuna varılmaktadır (Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrası, ilk cümlesi). Söz konusu müdahalenin, yasal dayanak oluşturması gereken hükme geçerli şekilde dayanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenden ötürü, tedbirin kanunla öngörülmediği sonucuna varılması gerektiği kanısındayım.

Bu sonuç, bana göre, Mahkeme'yi kanunun öngörülebilirliğini ya da ifade özgürlüğüne yönelik keyfi müdahalelere karşı sunduğu korumayı incelemekten muaf tutmaktaydı.

Erişimin engellenmesi tedbirinin neticesi ve gerekliliği

4. İhtilaf konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yasal koşulu karşılamadığı sonucuna vardıktan sonra, çoğunluk, bu paragrafın diğer gereklerine riayet edilip edilmediğini denetlemenin gerekli olmadığını kanaatine varmıştır (kararın 67. paragrafı).

İlke olarak, bu tür bir yaklaşım haklı görülmektedir. Bununla birlikte, mevcut davanın koşullarında, kaçırılmış bir fırsat söz konusu olduğunu düşünmekteyim.

Esasen, Mahkeme'nin karar verirken dayandığı yasal hükme, yani 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine, zaman içinde, ne yazık ki bir internet sitesinin tamamına erişimi engelleyebilmeyi açıkça öngören yeni bir madde (8/A maddesi) eklenmiştir (kararın 22. paragrafı). Dolayısıyla, mevcut karar, suçlanan tedbirin yasal dayanağıyla ilgili olması nedeniyle büyük oranda geçmişe ait bir durumla ilgilidir. Bu koşullarda, bana göre, ihtilaf konusu müdahalenin kanunla öngörülmemiş olmasından bağımsız olarak, bu tedbirin meşru bir amaç izleyip izlemediğinin ve bilhassa etkileri bakımından, bu amaçla orantılı olup olmadığının incelenmesi beklenilirdi (bk. benzer bir yaklaşım için, Kurić ve diğerleri/Slovenya [BD], No. 26828/06, § 350, AİHM 2012 (özetler)).

Kuşkusuz, Mahkeme, yeni 8/A maddesine dai soyut olarak (in abstracto) karar vermek zorunda değildir (kararın 75. paragrafı). Bununla birlikte, Mahkeme, ihtilaf konusu müdahalenin amacı ve gerekliliğini, en azından obiter dictum olarak incelemiş olsaydı, verdiği karar, Türk makamlarını ve vatandaşlarını 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesindeki uygulamalarda olduğu üzere yeni 8/A maddesindeki uygulamaları da karşılaması gereken ilkeler hakkında aydınlatabilirdi.

[1]Somut olayda, Anayasa Mahkemesi'nin 2 Nisan 2014 ve 29 Mayıs 2014 tarihli kararlarını (kararın 25 ve 26. paragrafları) verdiği davalardakilere benzer bir durumda bulunmamaktayız. Söz konusu olayda, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), hâkim tarafından bu boyutlarda bir tedbir uygulanmasına karar verilmeksizin bir sitenin tamamına erişim engellenmiştir. Öte yandan Ahmet Yıldırım/Türkiye (No. 3111/10, AİHM 2012) kararında, TİB'in talebi üzerine mahkeme, Google Sites isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine karar vermiştir. Somut olayda, mahkeme bizzat kendi inisiyatifini kullanarak YouTube isimli sitenin tamamına erişimin engellenmesine karar vermiş; TBİ ise erişimin engellenmesi işlemini zorunlu olarak uygulanmıştır.

AİHM - Cengiz and Others v. Turkey - 1 Aralık 2015 (İngilizce)

Press Release issued by the Registrar of the Court

ECHR 376 (2015)

01.12.2015

Blocking without a legal basis users' access to YouTube infringed the right to receive and impart information

In today's Chamber judgment[1] in the case of Cengiz and Others v. Turkey (applications nos. 48226/10 and 14027/11) the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been

a violation of Article 10 (freedom of expression) of the European Convention on Human Rights.

The case concerned the blocking of access to YouTube, a website enabling users to send, view and share videos.

The Court found in particular that the applicants, all academics in different universities, had been prevented from accessing YouTube for a lengthy period of time and that, as active users, and having regard to the circumstances of the case, they could legitimately claim that the blocking order in question had affected their right to receive and impart information and ideas. The Court also observed that YouTube was a single platform which enabled information of specific interest, particularly on political and social matters, to be broadcast and citizen journalism to emerge.

The Court also found that there was no provision in the law allowing the domestic courts to impose a blanket blocking order on access to the Internet, and in the present case to YouTube, on account of one of its contents.

[1] Under Articles 43 and 44 of the Convention, this Chamber judgment is not final. During the three-month period following its delivery, any party may request that the case be referred to the Grand Chamber of the Court. If such a request is made, a panel of five judges considers whether the case deserves further examination. In that event, the Grand Chamber will hear the case and deliver a final judgment. If the referral request is refused, the Chamber judgment will become final on that day.
Once a judgment becomes final, it is transmitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe for supervision of its execution. Further information about the execution process can be found here: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution.

Principal facts

The applicants, Serkan Cengiz, Yaman Akdeniz and Kerem Altıparmak, are Turkish nationals who were born in 1974, 1968 and 1973 respectively and live in İzmir, Istanbul and Ankara (Turkey). They all occupy academic positions in different universities, where they teach law.

Pursuant to a Law regulating Internet publications and combating Internet offences, the Ankara Criminal Court of First Instance ordered the blocking of access to YouTube on the ground that the website contained some ten videos which, under the legislation, were insulting to the memory of Atatürk. Arguing that this restriction interfered with their right to freedom to receive or impart information and ideas, Mr Cengiz, Mr Akdeniz and Mr Altıparmak, in their capacity as users, applied to have the decision set aside and the blocking order lifted. They also alleged that the measure had had an impact on their professional academic activities and that there was a public interest in having access to YouTube. They further specified that six of the ten pages concerned had been deleted and that the other four could no longer be accessed from Turkey.

The Ankara Criminal Court of First Instance rejected their application on the ground that the blocking order had been imposed in accordance with the law and that the applicants did not have standing to challenge such decisions. It observed that the videos in question could no longer be accessed from Turkey but had not been deleted from the website's database and could therefore still be accessed by users worldwide. The Ankara Criminal Court upheld that decision.

Subsequently a further blocking order was imposed by the Ankara Criminal Court of First Instance on 17 June 2010. Mr Akdeniz and Mr Altıparmak applied to have the decision set aside, but it was upheld by the Ankara Criminal Court.

In total the YouTube website was blocked from 5 May 2008 to 30 October 2010, when the blocking order was lifted by the public prosecutor's office following a request from the company owning copyright of the videos in question.

Complaints, procedure and composition of the Court

The applications were lodged with the European Court of Human Rights on 20 July 2010 and 27 December 2010.

Relying on Article 10 (freedom of expression) of the European Convention on Human Rights, the applicants complained of an infringement of their right to freedom to receive and impart information and ideas.

Relying on Article 6 (right to a fair hearing), they also complained that they had not had an effective judicial remedy enabling them to have the blocking order reviewed by the courts and have possible abuse by the authorities censured.

Relying on Article 46 (binding force and execution of judgments), the applicants requested the Court to indicate to the Turkish Government which general measures could be taken to put an end to the situation complained of.

Judgment was given by a Chamber of seven judges, composed as follows: Paul Lemmens (Belgium), President,

Işıl Karakaş (Turkey),

Nebojša Vučinić (Montenegro), Ksenija Turković (Croatia), Robert Spano (Iceland),

Jon Fridrik Kjølbro (Denmark), Stéphanie Mourou-Vikström (Monaco),

and also Stanley Naismith, Section Registrar.

Decision of the Court

Article 10 (Freedom of expression)

The Court observed that the blanket blocking order in respect of YouTube of 5 May 2008 imposed by the Ankara Criminal Court of First Instance had not directly targeted Mr Cengiz, Mr Akdeniz and Mr Altıparmak. Their appeals against the order had therefore been dismissed by the domestic courts. As active users, they complained of the impact of the blocking order on their right to freedom to receive and impart information and ideas.

The Court first considered it necessary to determine whether the applicants had victim status as required by the Convention. In that connection it noted that Mr Cengiz, Mr Akdeniz and Mr Altıparmak had actively used YouTube for professional purposes, particularly downloading or accessing videos used in their academic work. It also observed that YouTube was a single platform which enabled information of specific interest, particularly on political and social matters, to be broadcast. It was therefore an important source of communication and the blocking order

precluded access to specific information which it was not possible to access by other means. Moreover, the platform permitted the emergence of citizen journalism which could impart political information not conveyed by traditional media.

The Court accordingly accepted that in the present case YouTube had been an important means by which Mr Cengiz, Mr Akdeniz and Mr Altıparmak could exercise their right to receive and impart information or ideas and that they could legitimately claim to have been affected by the blocking order even though they had not been directly targeted by it. It observed that the Constitutional Court had also recognised that Mr Akdeniz and Mr Altıparmak had victim status, in their capacity as active users, in the context of the blocking order in respect of YouTube, after the introduction of the present applications.

In the Court's view, that blocking order could be regarded as an interference by a public authority with the exercise of the rights guaranteed by Article 10.

The Court went on to observe that the blocking order had been imposed under section 8(1) of Law no. 5651. The Court reiterated on that point that in its judgment in the case of Ahmet Yıldırım

v. Turkey (no. 3111/10), it had already found that Law no. 5651 did not authorise the blocking of access to an entire Internet site on account of one of its contents. Under section 8(1), a blocking order could only be imposed on a specific publication where there were grounds for suspecting an offence. It therefore emerged that in the present case there had been no legislative provision allowing the Ankara Criminal Court of First Instance to impose a blanket blocking order on access to YouTube. The Court accordingly concluded that the interference had not satisfied the condition of lawfulness required by the Convention and that Mr Cengiz, Mr Akdeniz and Mr Altıparmak had not enjoyed a sufficient degree of protection.

Article 6 (Right to a fair trial)

Considering that it had examined the main legal issues under Article 10, the Court found that there was therefore no need to rule separately on the admissibility or the merits of the complaint under Article 6.

Article 46 (Binding force and execution of judgments)

The Court observed that after the introduction of the present applications Law no. 5651 had been amended and now allowed blocking orders to be imposed on an entire Internet site where the conditions set out in section 8 A 3) were met. As the new Act was not of concrete application in the present case, the Court did not consider it necessary to rule on Article 46 of the Convention.

Article 41 (Just satisfaction)

The Court held that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage suffered by Mr Cengiz. It rejected the claim for just satisfaction lodged by Mr Akdeniz and Mr Altıparmak.

The judgment is available only in French.

SECOND SECTION

CASE OF CENGİZ AND OTHERS v. TURKEY

(Applications nos. 48226/10 and 14027/11)

This version was rectified in accordance with Rule 81 of the Rules of Court on 10 May 2011

JUDGMENT

STRASBOURG

1 December 2015

FINAL

01/03/2016

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention final but it may be subject to editorial revision.

In the case of Cengiz and Others v. Turkey,

The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a Chamber composed of:

Paul Lemmens, *President*,

Işıl Karakaş,

Nebojša Vučinić,

Ksenija Turković,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro,

Stéphanie Mourou-Vikström, judges,

and Stanley Naismith, Section Registrar,

Having deliberated in private on 20 October 2015,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 48226/10 and 14027/11) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by three Turkish nationals, Mr Serkan Cengiz, Mr Yaman Akdeniz and Mr Kerem Altıparmak (respectively "the first applicant", "the second applicant" and "the third applicant"), on 20 July 2010 (the first applicant) and 27 December 2010 (the other two applicants).

2. The second and third applicants were represented before the Court by Ms A. Altıparmak, a lawyer practising in Ankara. The Turkish Government ("the Government") were represented by their Agent.

3. Relying on Article 10 of the Convention, the applicants complained in particular of a measure that had deprived them of all access to YouTube. In addition, relying on Article 6 of the Convention, the first applicant submitted that he had not had an effective judicial remedy enabling him to have the measure in question reviewed by a court.

4. On 16 April 2014 notice of the applications was given to the Government.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

5. Mr Cengiz was born in 1974 and lives in İzmir. He is a lecturer at the Law Faculty of İzmir University and is an expert and legal practitioner in the field of freedom of expression.

Mr Akdeniz and Mr Altıparmak were born in 1968 and 1973 respectively. Mr Akdeniz is a professor of law at the Law Faculty of Bilgi University. Mr Altıparmak is an assistant professor of law at the Political Science Faculty of Ankara University and director of the university's Human Rights Centre.

A. Blocking order in respect of YouTube

6. YouTube (http://www.youtube.com) is the leading video-hosting website on which users can upload, view and share videos. Most videos on the site or on YouTube channels can be viewed by any Internet users, but only users with a YouTube account may upload video files. The platform is available in more than seventy-six countries. Over one billion users visit the site each month, viewing more than six billion hours of videos.

7. On 5 May 2008, under section 8(1)(b), (2), (3) and (9) of Law no. 5651 on regulating Internet publications and combating Internet offences ("Law no. 5651"), the Ankara Criminal Court of First Instance made an order for the blocking of access to the website http://www.youtube.com and the IP addresses 208.65.153.238-208.65.153.251 providing access to the website. The court held, among other things, that the content of ten pages on the website (ten video files) infringed Law no. 5816 prohibiting insults to the memory of Atatürk.

8. On 21 May 2010 the first applicant lodged an objection against the blocking order of 5 May 2008. Relying on his right to freedom to receive and impart information and ideas, he sought to have the order set aside.

9. On 31 May 2010 the second and third applicants, as YouTube users, also lodged an objection against the blocking order of 5 May 2008. They sought to have the order set aside, arguing that there was a public interest in having access to YouTube and that the blocking of such access seriously impaired the very essence of their right to freedom to receive information and ideas. They also submitted that six of the ten pages to which the order of 5 May 2008 related had already been deleted and that the other four were no longer accessible from inside Turkey. This meant, in their submission, that the blocking order had become devoid of all purpose and constituted a disproportionate restriction on the rights of Internet users to receive and impart information and ideas.

10. On 9 June 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance dismissed the applicants' objection, holding in particular that the blocking order complied with the requirements of the

legislation. Addressing the inaccessibility of the video files from inside Turkey, it stated that while access to the files had indeed been blocked by YouTube within Turkey, the videos in question had nevertheless not been removed from the website's database and thus remained accessible to Internet users worldwide. It also held that as they had not been parties to the investigation procedure, the applicants did not have locus standi to challenge such orders. Lastly, the court noted that an objection against the same blocking order had already been dismissed on 4 June 2008.

11. On 2 July 2010 the Ankara Criminal Court upheld the decision of 9 June 2010 of the Ankara Criminal Court of First Instance, holding that it had complied with the procedural rules and fell within the court's discretion.

B. Subsequent decisions

12. On 17 June 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance adopted a further decision concerning YouTube, ordering the blocking of access to the website http://www.youtube.com and forty-four other IP addresses belonging to the site.

13. On 23 June 2010 the second and third applicants lodged an objection against the additional blocking order of 17 June 2010.

14. On 1 July 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance dismissed the objection lodged by those two applicants and by representatives of YouTube and the Internet Technology Association. Addressing the inaccessibility of the video files from inside Turkey, it reiterated that while access to the files had indeed been blocked by YouTube within Turkey, the videos in question had nevertheless not been removed from the website's database and thus remained accessible to Internet users worldwide. It also held that as they were not parties to the case, the applicants did not have locus standi to challenge such orders. It added that, given that the website in question had continued to infringe the law by remaining active, the blocking order was compatible with the requirements of the legislation. Lastly, it rejected the argument that the provision applied in the present case was unconstitutional.

15. In the judgment of 2 July 2010 referred to above (see paragraph 11), the Ankara Criminal Court also upheld the decision of 1 July 2010 of the Ankara Criminal Court of First Instance.

C. Information submitted by the parties

16. The Government indicated that in the period before and after the order blocking access to YouTube, between 23 November 2007 and 1 July 2009, 1,785 complaints had been made to the Telecommunications and Information Technology Directorate ("the TİB") to the effect that

YouTube was hosting content that was illegal under Law no. 5651, in particular concerning sexual abuse of minors and insults to the memory of Atatürk.

17. The Government also stated that prior to the order of 5 May 2008, the domestic courts had already made thirty-four orders blocking access to YouTube on account of illegal content hosted by the site. Following the orders, the TİB had contacted YouTube's legal representative in Turkey under the "notice and take down" procedure. The order of 5 May 2008, according to the Government, indicated that there were ten web addresses (URLs) hosting defamatory content about Atatürk. Access to six of the pages had been blocked, but the other four had remained accessible both from within Turkey and abroad. Accordingly, the TİB had notified YouTube of its decision to remove the content in question. However, YouTube had not stopped hosting the offending pages and the TİB had had no other solution than to block access to the entire YouTube website, as Turkey had not set up a URL filtering system.

18. The applicants stated that following the order of 5 May 2008, access to YouTube had been blocked in Turkey by the TİB until 30 October 2010. On that date, the blocking order in respect of YouTube had been lifted by the competent public prosecutor's office following a request from a company claiming to own the copyright to the videos. However, from 1 November 2010 YouTube had decided to restore the videos, finding that they did not infringe copyright. The second and third applicants also pointed out that they had discovered that in January 2015, four video files (nos. 1, 2, 7 and 8) out of the ten concerned by the order of 5 May 2008 were still accessible on YouTube. They noted that among those files, videos nos. 2 and 7 did not include any content that could be construed as insulting the memory of Atatürk and thus fell outside the scope of section 8 of Law no. 5651. In particular, video no. 2 was fourteen seconds long and showed a burning Turkish flag. Video no. 7 was forty-nine seconds long and showed a former chief of staff of the Turkish armed forces. Only videos nos. 1 and 8 might have been regarded as insulting, but there had been no proceedings to establish that their content was illegal.

II. RELEVANT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Internet law

19. For a summary of the relevant domestic and international law and practice at the material time, the Court would refer to Ahmet Yıldırım v. Turkey (no. 3111/10, §§ 15-37, ECHR 2012).

20. Law no. 5651 of 4 May 2007 on regulating Internet publications and combating Internet offences provided as follows, in so far as relevant, at the material time:

> Section 8 – Blocking orders and implementation thereof

"(1) A blocking order (erişimin engellenmesi) shall be issued in respect of Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to one of the following offences:

(a) Offences under the Criminal Code ...

(1) incitement to suicide (Article 84);

(2) sexual abuse of minors (Article 103 § 1);

(3) facilitating the use of narcotic drugs (Article 190);

(4) supplying products dangerous to health (Article 194);

(5) obscenity (Article 226);

(6) prostitution (Article 227);

(7) hosting gambling activities (Article 228);

(b) offences against the memory of Atatürk under Law no. 5816 of 25 July 1951 ...

(2) The blocking order shall be issued by a judge if the case is at the investigation stage or by the court if a prosecution has been brought. During the investigation, the blocking of access may be ordered by the public prosecutor in cases where a delay in acting could have harmful effects. The order must then be submitted to the judge for approval within twenty-four hours. The judge must give a decision within a further twenty-four hours. If he or she does not approve the blocking of access, the measure shall be lifted by the prosecutor forthwith. Blocking orders issued as a preventive measure may be appealed against in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure (Law no. 5271).

(3) A copy of the blocking order issued by the judge, court or public prosecutor shall be sent to the [Telecommunications and Information Technology] Directorate for execution.

(4) Where the content provider or the hosting service provider is abroad ... the blocking order shall be issued by the Directorate of its own motion. It shall then be notified to the access provider with a request for execution.

(5) Blocking orders shall be implemented immediately or at the latest twenty-four hours after notification.

...

(7) If the criminal investigation ends in a decision to discontinue the proceedings, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(8) Where the trial ends in an acquittal, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(9) If the illegal content is removed, the blocking order shall be lifted ..."

21. The Government stated that two significant amendments had recently been made to Law no. 5651. The prison sentences provided for by the Law had been replaced by fines and the effective protection of personal rights had been increased; also, blocking orders were now limited in time.

22. In addition, the Court observes that[1] Law no. 6639, enacted on 27 March 2015, inserted a new section 8A into Law no. 5651. The new provision authorises the TİB, further to a request to that effect from the Prime Minister or a ministry, to order the deletion of the content of a web page and/or the blocking of access to such content. It also explicitly states for the first time that the blocking of access to an entire website is permitted. Subsection (3) of section 8A reads:

"Blocking orders issued in accordance with this provision shall be aimed at blocking access to the content of the chapter or part of the publication (URL or other) constituting the offence. Where it is not technically possible to block access to the offending content or where the blocking of access to the offending content does not prevent the offence, access to the entire website may be blocked."

23. The Government pointed out that URL filtering technology for foreign-based websites was not available in Turkey and that the relevant legislation in this area was based on the "notice and take down" procedure, which tended to avoid the inconvenience of blocking access to the entire website. Thus, 60,000 examples of illegal content on foreign-based websites had been removed to date. To that end, an information reporting centre had been set up; its duties included receiving complaints from individuals about Internet content. Many individual complaints had been made to the centre by this means about videos shared on YouTube.

B. Law no. 5816

24. The relevant provisions of Law no. 5816 of 25 July 1951 prohibiting insults against the memory of Atatürk read as follows:

Section 1

"Anyone who specifically insults or curses the memory of Atatürk shall be liable to imprisonment for a term of between one and three years.

Anyone who breaks, destroys, damages or dirties a statue or image of Atatürk or his tomb shall be liable to imprisonment for a term of between one and five years.

Anyone who incites another to commit any of the above-mentioned offences shall be punished in the same way as the principal offender."

Section 2

"The punishment shall be increased by half where the offence provided for in section [1] above has been committed by a group of two or more persons, or overtly or via the media or in a public place. Where violence is used in the commission or attempted commission of the offences provided for in the second subsection of section 1 above, the punishment shall be doubled."

C. Constitutional case-law

1. The "twitter.com" judgment

25. In March 2014, following several decisions in which the Turkish courts had found that the website twitter.com (a microblogging site where users can post short messages online free of charge via instant messaging or SMS) was hosting content that was damaging to the claimants' private life and reputation, the TİB ordered the blocking of access to the site. In a judgment of 25 March 2014 the Ankara Administrative Court stayed the implementation of the TİB's order.

In the meantime, on 24 and 25 March 2014, three individuals, including the second and third applicants, had applied to the Constitutional Court to challenge the blocking order.

In a judgment of 2 April 2014 (no. 2014/3986) the Constitutional Court held that the TİB's decision to block access to twitter.com interfered with the right to freedom to receive and impart information and ideas. It noted, in particular, that delaying the posting of information or opinions shared via this medium, even for a short time, risked making the site devoid of all topical value and interest and that as a result the applicants, who were active users of the site, had an interest in having the blocking order lifted promptly. Referring to the Court's judgment in Ahmet Yıldırım (cited above), it also held that the measure in issue had had no legal basis.

2. The "YouTube" judgment

26. On 27 March 2014 the TİB issued an order blocking access to YouTube, particularly in the light of a judgment of the Gölbaşı Criminal Court of First Instance. In a judgment of 2 May 2014 the Ankara Administrative Court stayed the implementation of the TİB's order. Following the non-enforcement of that judgment, the YouTube company, the second and third applicants and

six other individuals applied to the Constitutional Court. In a judgment of 29 May 2014 the court set aside the blocking order. Before addressing the merits of the case, it determined whether the applicants had the status of victims and held as follows:

> "27. ... It appears from the file that ... Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak and M.F. taught at different universities. These applicants explained that they carried out research in the field of human rights and shared the research via their YouTube accounts. They also stated that through the website, they were able to access written and visual material from the United Nations and the Council of Europe ... The applicant E.E., for his part, explained that he had a [YouTube] account, that he regularly followed users who shared files, as well as the activities of non-governmental organisations and professional bodies, and that he also wrote critical comments about the shared content ...
>
> 28. In the light of those explanations, it can be concluded that the applicants were direct victims of the administrative decision ordering the blocking of access to the entire youtube.com website ..."

As to the merits of the case, with reference to the Ahmet Yıldırım judgment (cited above), the Constitutional Court found that the measure in issue had had no legal basis, particularly in the light of Law no. 5651, which did not authorise the wholesale blocking of an Internet site. It held:

> "52. In modern democracies, the Internet has acquired significant importance in terms of the exercise of fundamental rights and freedoms, especially the freedom of expression. Social media constitute a transparent platform ... affording individuals the opportunity to participate in creating, publishing and interpreting media content. Social media platforms are thus indispensable tools for the exercise of the right to freedom to express, share and impart information and ideas. Accordingly, the State and its administrative authorities must display considerable sensitivity not only when regulating this area but also in their practice, since these platforms have become one of the most effective and widespread means of both imparting ideas and receiving information."

D. The United Nations Human Rights Committee

27. In its General Comment No. 34 on Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted at its 102nd session (11-29 July 2011), the United Nations Human Rights Committee stated as follows:

> "43. Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other internet-based, electronic or other such information dissemination system, including systems to support

such communication, such as internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3 [of Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, governing the restrictions that may be imposed on the exercise of the right to freedom of expression]. Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3. It is also inconsistent with paragraph 3 to prohibit a site or an information dissemination system from publishing material solely on the basis that it may be critical of the government or the political social system espoused by the government."

THE LAW

I. JOINDER OF THE APPLICATIONS

28. The Court decides, in accordance with Rule 42 § 1 of the Rules of Court, to join the applications in view of their similarity as regards the facts and the legal issues they raise, and to examine them jointly in a single judgment.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

29. The applicants complained that the measure taken by the domestic courts had prevented them from having access to YouTube. They submitted that the measure amounted to an infringement of their right to freedom to receive and impart information and ideas, guaranteed by Article 10 of the Convention. The relevant parts of that Article provide:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. ...

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

30. The Government contested the applicants' argument.

A. Admissibility

31. The Government contended that the applicants' complaint was incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention. Referring in particular to Tanrıkulu and Others v. Turkey ((dec.), nos. 40150/98, 40153/98 and 40160/98, 6 November 2001) and Akdeniz v. Turkey ((dec.), no. 20877/10, 11 March 2014), they argued that the applicants could not be said to have been directly affected by the facts allegedly constituting the interference.

32. The Government further noted that the applicants had lodged their applications with the Court two years after the order blocking access to YouTube. They submitted that if the applicants considered themselves to be the victims of the measures in question, they should not have waited such a long time to complain about them.

33. The applicants disputed that argument.

34. The Court considers that the Government's preliminary objection that the applicants lack victim status raises issues that are closely linked to the examination of whether there has been an interference with the applicants' exercise of their right to freedom to receive and impart information and ideas, and hence to the merits of the complaint under Article 10 of the Convention. It therefore decides to join this objection to the merits (see, to similar effect, Dink v. Turkey, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, § 100, 14 September 2010, and Altuğ Taner Akçam v. Turkey, no. 27520/07, § 51, 25 October 2011).

35. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and is not inadmissible on any other grounds. It therefore declares it admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

(a) The applicants

36. The three applicants submitted that the order blocking access to YouTube amounted to an infringement of their freedom to receive and impart information and ideas. Relying on Ahmet Yıldırım v. Turkey (no. 3111/10, ECHR 2012) and two judgments of the Constitutional Court (see paragraphs 25-26 above), they also asserted that Law no. 5651 did not permit the wholesale blocking of access to a website. Accordingly, the impugned interference could not be said to have been "prescribed by law". They further contended that the consequences that the blocking order had entailed for them, by making it impossible to access numerous YouTube videos that were unrelated to the illegal content forming the basis of the blocking order in respect of the site, had

been disproportionate to the aims pursued. They argued in addition that the proceedings leading to the blocking of YouTube could not be regarded as fair and impartial.

37. The first applicant submitted, among other things, that he was a lecturer in law and an expert and legal practitioner in the field of freedom of expression. He explained that international organisations uploaded a large amount of visual material on YouTube and that he regularly used such material in his activities. As an active user with a YouTube account, he enjoyed access to many different information sources that published a wide range of content on the site, such as documentation, analyses and entertainment. As a result of the wholesale blocking of the site, he had been unable to access his YouTube account for more than three years.

38. The second and third applicants, emphasising the importance of the Internet, which had become one of the main means by which individuals could exercise their right to freedom to receive and impart information and ideas, contended that they had been directly affected by the measure in issue. They explained in that connection that YouTube not only disseminated artistic and musical content, but was also a large-scale and very popular platform for political speech and political and social activities. In particular, political content that was ignored by the traditional media or banned by repressive governments was often shared via YouTube, fostering "citizen journalism" on an unforeseen scale. From that perspective, YouTube was a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and there were no equivalents that could replace it.

39. Furthermore, the second and third applicants submitted that the present case differed from Akdeniz (cited above), which had concerned the blocking of sites hosting musical content on the grounds that the sites did not comply with copyright legislation. The Court had, moreover, affirmed that the Contracting States' margin of appreciation should be reduced where what was at stake was not a given individual's purely "commercial" expression, but his or her participation in a debate affecting the general interest (the applicants cited, mutatis mutandis, Ashby Donald and Others v. France, no. 36769/08, § 39, 10 January 2013). The applicants added that, as had been the case in Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden (no. 23883/06, § 44, 16 December 2008), the right at stake had been of particular importance to them.

40. More specifically, the second applicant explained that as a law professor specialising in the field of freedom of expression, he uploaded a significant amount of political material about Internet law onto YouTube. The third applicant added that he was likewise a law professor and director of the Human Rights Centre at Ankara University and also accessed a large number of videos via YouTube. Several conferences organised by the centre had been made available

through the site. In addition, files containing speeches or recordings produced by the centre or by himself had been uploaded by others. The two applicants explained that, to sum up, they used YouTube not only to receive information about academic topics or other matters of general interest, but also to impart information via their own YouTube accounts. Accordingly, both the freedom to receive information and the freedom to impart it were at stake.

41. The second and third applicants also objected to the manner in which the domestic courts had ordered the blocking of access to YouTube and argued that the procedure had not afforded any safeguards to ensure that a blocking order in respect of a specific site was not used as a means of blocking access in general. They emphasised that in practice, the blocking of access to a website was not envisaged solely as a last resort, given that access to more than 60,000 websites had already been blocked, including 21,000 in 2014. During that same year, access to twitter.com and youtube.com had been blocked illegally, without any consideration being given to less severe measures. In both cases, the Constitutional Court had held that the blocking orders breached Article 26 of the Constitution (guaranteeing the right to freedom to receive and impart information and ideas), finding that they entailed serious interference with the exercise of that right.

(b) The Government

42. The Government contested the applicants' arguments. They reiterated their argument that the applicants' complaint was incompatible ratione materiae with the provisions of the Convention. In their submission, the applicants could not be said to have been directly affected by the facts allegedly constituting the interference. In any event, they had not substantiated their allegation of a violation of Article 10 of the Convention.

43. If, however, the Court were to find that there had been an interference for the purposes of Article 10 of the Convention, the Government maintained that the interference had been prescribed by law and had pursued the legitimate aims set out in paragraph 2 of that Article. As to whether the measure in question had been "necessary" within the meaning of Article 10, the Government submitted that a fair balance had been struck between the competing interests at stake. Furthermore, the proceedings had been fair at all levels, and both of the courts concerned had delivered decisions containing comprehensive and detailed reasons. Accordingly, and having regard to the margin of appreciation afforded to the authorities, the alleged interference had been proportionate to the legitimate aim pursued and "necessary in a democratic society".

44. The Government stated more specifically that the Internet operators mentioned in section 2 of Law no. 5651 had been defined in conformity with European Union standards and that the duties of those operators and the sanctions applicable to them were explicitly regulated by law. In

addressing the need to introduce the relevant legal instruments, Turkey had achieved significant progress in terms of the setting of limits on fundamental rights and freedoms by law in accordance with national and international standards. To that end, the blocking of access to a website had been envisaged not as a first resort but as a last resort in curbing the dissemination of harmful content.

45. The Government added that Law no. 5651 listed the types of offences that could give rise to a blocking order under the "notice and take down" procedure. This procedure was aimed in particular at avoiding the inconvenience of blocking access to an entire website. Furthermore, domestic and foreign-based websites hosting harmful content had been eliminated by means of this procedure.

46. The Government lastly noted that significant amendments had recently been made to Law no. 5651. However, URL filtering technology for foreign-based websites was not available in Turkey.

2. The Court's assessment

(a) Whether there was an interference

47. The Court notes that in a decision adopted on 5 May 2008, the Ankara Criminal Court of First Instance ordered the blocking of access to YouTube under section 8(1)(b), (2), (3) and (9) of Law no. 5651 on the grounds that the content of ten video files available on the website in question had infringed Law no. 5816 prohibiting insults to the memory of Atatürk. The first applicant lodged an objection against the blocking order on 21 May 2010, seeking to have it set aside, and the second and third applicants did likewise on 31 May 2010. In their objections they relied on the protection of their right to freedom to receive and impart information and ideas.

48. On 9 June 2010 the Ankara Criminal Court of First Instance, finding that the applicants had not been parties to the case and thus did not have locus standi to challenge such orders, dismissed their objection. In so doing, it noted, among other things, that the blocking order complied with the requirements of the relevant legislation. It also adopted a further decision on 17 June 2010. Attempts by two of the applicants to challenge that decision were to no avail.

49. The Court reiterates at the outset that the Convention does not allow an actio popularis but requires as a condition for the exercise of the right of individual petition that the applicant must be able to claim on arguable grounds that he himself has been a direct or indirect victim of a violation of the Convention resulting from an act or omission which can be attributed to a Contracting State. In Tanrıkulu and Others (cited above) it found that readers of a newspaper whose distribution had been prohibited did not have victim status. Similarly, in Akdeniz (cited above, § 24) it held that the mere fact that Mr Akdeniz – like the other users of two music-

streaming websites in Turkey – was indirectly affected by a blocking order could not suffice for him to be acknowledged as a "victim" within the meaning of Article 34 of the Convention. In view of those considerations, the answer to the question whether an applicant can claim to be the victim of a measure blocking access to a website will therefore depend on an assessment of the circumstances of each case, in particular the way in which the person concerned uses the website and the potential impact of the measure on him. It is also relevant that the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom to receive and impart information and ideas, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest (see Ahmet Yıldırım, cited above, § 54).

50. In the present case, the Court observes that the applicants lodged their applications with it as active users of YouTube; among other things, they drew attention to the repercussions of the blocking order on their academic work and to the significant features of the website in question. They stated, in particular, that through their YouTube accounts they used the platform not only to access videos relating to their professional sphere, but also in an active manner, for the purpose of uploading and sharing files of that nature. The second and third applicants also pointed out that they had published videos about their academic activities. In that respect, the case more closely resembles that of Mr Yıldırım, who stated that he published his academic work and his views on various topics on his own website (ibid., § 51), than that of Mr Akdeniz (see decision cited above), who was acting as a simple website user.

51. The present case also differs in another respect from that of Akdeniz, where the Court had regard, inter alia, to the fact that the applicant could easily have had access to a whole range of musical works by a variety of means without infringing copyright rules (ibid., § 25). YouTube, however, not only hosts artistic and musical works, but is also a very popular platform for political speeches and political and social activities. The files shared by YouTube contain information that could be of particular interest to anyone (see, mutatis mutandis, Khurshid Mustafa and Tarzibachi, cited above, § 44). Accordingly, the measure in issue blocked access to a website containing specific information of interest to the applicants that is not easily accessible by other means. The website also constitutes an important source of communication for the applicants.

52. Moreover, as to the importance of Internet sites in the exercise of freedom of expression, the Court reiterates that "in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general" (see Times Newspapers Ltd v.

the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009). User-generated expressive activity on the Internet provides an unprecedented platform for the exercise of freedom of expression (see Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 110, ECHR 2015). In this connection, the Court observes that YouTube is a video-hosting website on which users can upload, view and share videos and is undoubtedly an important means of exercising the freedom to receive and impart information and ideas. In particular, as the applicants rightly noted, political content ignored by the traditional media is often shared via YouTube, thus fostering the emergence of citizen journalism. From that perspective the Court accepts that YouTube is a unique platform on account of its characteristics, its accessibility and above all its potential impact, and that no alternatives were available to the applicants.

53. Furthermore, the Court observes that after the applicants lodged their applications, the Constitutional Court examined whether active users of websites such as twitter.com and youtube.com could be regarded as victims. In particular, in the case concerning the administrative decision to block access to YouTube, it granted victim status to certain active users of the site, among them the second and third applicants. In reaching that conclusion, it mainly had regard to the fact that the individuals concerned, who all had a YouTube account, made active use of the site. In the case of the two applicants in question, it also took into consideration the fact that they taught at universities, carried out research in the field of human rights, used the website to access a range of visual material and shared their research via their YouTube accounts (see paragraphs 25-26 above).

The Court endorses the Constitutional Court's conclusions about these applicants' victim status. In addition, it observes that the situation of the first applicant, also an active YouTube user, is no different from that of the other two applicants.

54. To sum up, the Court observes that the applicants are essentially complaining of the collateral effects of the measure taken against YouTube in the context of Internet legislation. Their contention is that on account of the features of YouTube, the blocking order deprived them of a significant means of exercising their right to freedom to receive and impart information and ideas.

55. Having regard to the foregoing and to the need for flexible application of the criteria for acknowledging victim status, the Court accepts that in the particular circumstances of the case, the applicants may legitimately claim that the decision to block access to YouTube affected their right to receive and impart information and ideas even though they were not directly targeted by it. It therefore dismisses the Government's preliminary objection as to victim status.

56. Moreover, the Court reiterates that Article 10 of the Convention guarantees "everyone" the freedom to receive and impart information and ideas and that no distinction is made according to the nature of the aim pursued or the role played by natural or legal persons in the exercise of that freedom. Article 10 applies not only to the content of information but also to the means of dissemination, since any restriction imposed on such means necessarily interferes with the right to receive and impart information. Likewise, the Court reaffirms that Article 10 guarantees not only the right to impart information but also the right of the public to receive it (see Ahmet Yıldırım, cited above, § 50).

57. In the present case the evidence before the Court indicates that as a result of a measure ordered by the Criminal Court of First Instance on 5 May 2008, the applicants had no access to YouTube for a lengthy period. As active YouTube users, they can therefore legitimately claim that the measure in question affected their right to receive and impart information and ideas. The Court considers that, whatever its legal basis, such a measure was bound to have an influence on the accessibility of the Internet and, accordingly, engaged the responsibility of the respondent State under Article 10 (ibid., § 53). The measure in question therefore amounted to "interference by public authority" with the exercise of the rights guaranteed by Article 10.

58. The Court reiterates that such interference will constitute a breach of Article 10 unless it is "prescribed by law", pursues one or more of the legitimate aims referred to in Article 10 § 2 and is "necessary in a democratic society" to achieve those aims. That is what it will seek to ascertain below.

(b) Whether the interference was justified

59. The Court reiterates firstly that the expression "prescribed by law" in the second paragraph of Article 10 not only requires that the impugned measure should have a legal basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, which should be accessible to the person concerned, foreseeable as to its effects and compatible with the rule of law (see, among many other authorities, Dink, cited above, § 114). According to the Court's settled case-law, a rule is "foreseeable" if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct (see, among many other authorities, RTBF v. Belgium, no. 50084/06, § 103, ECHR 2011, and Akçam v. Turkey, no. 32964/96, § 87, 30 October 2001).

60. In the instant case the Court observes that the blocking of access to a website forming the subject of judicial proceedings had a basis in law, namely section 8(1) of Law no. 5651. As to whether section 8(1) also satisfied the requirements of accessibility and foreseeability, the

applicants submitted that this question should be answered in the negative, since the provision in question was too uncertain.

61. The Court observes that in Ahmet Yıldırım (cited above, §§ 61-62) it examined whether the interference had been "prescribed by law" and answered this question in the negative. In particular, it noted that Law no. 5651 did not allow the blocking of access to an entire website on the basis of the content of a single page hosted by it. Under section 8(1) of Law no. 5651, only the blocking of access to a specific publication could be ordered, provided that there were sufficient grounds to suspect that its content was such as to amount to any of the offences specified in the Law. Moreover, the Court's conclusion in that case was followed by the Constitutional Court in its two decisions adopted after the delivery of the Ahmet Yıldırım judgment (see paragraphs 25-26 above).

62. In that connection the Court found, in particular, that such prior restraints were not incompatible with the Convention as a matter of principle but had to form part of a legal framework ensuring both tight control over the scope of the ban and effective judicial review to prevent any abuses (ibid., § 64). Judicial scrutiny of such a measure, based on the weighing-up of the competing interests at stake and designed to strike a balance between them, is inconceivable without a framework establishing precise and specific rules regarding the application of preventive restrictions on the freedom to receive and impart information and ideas.

63. It should be noted in the present case, however, that when the Ankara Criminal Court of First Instance decided to block all access to YouTube, there was no statutory provision empowering it to do so.

64. Indeed, as is apparent from the Government's observations and the practice of the Turkish authorities, URL filtering technology for foreign-based websites is not available in Turkey. In practice, therefore, to implement court decisions concerning specific content, an administrative authority – the TİB – decided to block all access to the entire website in question. As the Court has already held in Ahmet Yıldırım (cited above, § 66), the authorities should have taken into consideration, among other aspects, the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, was bound to substantially restrict the rights of Internet users and to have a significant collateral effect.

65. In the light of these considerations and of its examination of the legislation in question as applied in the instant case, the Court concludes that the interference resulting from the application of section 8 of Law no. 5651 did not satisfy the requirement of lawfulness under the Convention and did not afford the applicants the degree of protection to which they were entitled by the rule

of law in a democratic society. Furthermore, the provision in question appears to conflict with the actual wording of paragraph 1 of Article 10 of the Convention, according to which the rights set forth in that Article are secured "regardless of frontiers" (ibid., § 67).

66. There has therefore been a violation of Article 10 of the Convention.

67. In view of that conclusion, the Court does not consider it necessary in the instant case to examine whether the other requirements of paragraph 2 of Article 10 of the Convention have been met.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

68. Relying on Article 6 of the Convention, Mr Cengiz complained that he had not had an effective remedy enabling him to have the impugned measure reviewed by the courts and to have possible abuse by the authorities censured.

69. In view of its finding of a violation under Article 10 of the Convention (see paragraph 66 above), the Court considers that it has examined the main legal questions raised in the present case. In the light of all the facts of the case, it deems it unnecessary to rule separately on either the admissibility or the merits of the complaint under Article 6 of the Convention (see, to similar effect, Ahmet Yıldırım, cited above, § 72).

IV. APPLICATION OF ARTICLES 41 AND 46 OF THE CONVENTION

70. In their application form Mr Akdeniz and Mr Altıparmak each claimed 1,000 euros (EUR) in respect of non-pecuniary damage and the same amount in respect of costs and expenses. Mr Cengiz, meanwhile, did not submit any claims under this head, taking the view that the finding of a violation would in itself constitute just satisfaction.

In addition, under Article 46 of the Convention, the applicants asked the Court to indicate to the respondent Government the general measures that could be taken to put an end to the situation complained of.

71. The Government stated that they were opposed to any award being made to the applicants. In the alternative, they contended that the finding of a violation would in itself constitute sufficient just satisfaction.

72. The Court notes that Mr Akdeniz and Mr Altıparmak submitted their claims for just satisfaction in their application form only. Accordingly, they failed to comply with either Rule 60 §§ 2 and 3 of the Rules of Court or paragraph 5 of the Practice Direction on just satisfaction claims, which specifies that the Court will "reject claims set out on the application form but not

resubmitted at the appropriate stage of the proceedings". Their claims for just satisfaction must therefore be rejected (see, among other authorities, Anđelković v. Serbia, no. 1401/08, § 33, 9 April 2013).

73. Having regard to the foregoing and to Mr Cengiz's position in respect of Article 41 of the Convention, the Court considers that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for any non-pecuniary damage sustained by that applicant.

74. As to the applicants' claim under Article 46 of the Convention, the Court notes that it has found a violation of the Convention because, inter alia, the domestic court order blocking access to YouTube did not have a legal basis and the legislation, as in force at the material time, did not afford the applicants the degree of protection to which they were entitled by the rule of law in a democratic society (see paragraph 65 above). That conclusion implies that the violation of the applicants' right stemmed from a structural problem.

75. The Court observes that after the application in the present case was lodged, Law no. 5651 was amended. Under section 8A(3), the blocking of access to an entire website can now be ordered if the various conditions laid down in that provision are satisfied (see paragraph 22 above). The Court considers it useful to specify that[2] these amendments were introduced after the domestic court had ordered the blocking of access to YouTube without any legal basis. In this connection, the Court points out that it is not its task to rule in abstracto on the compatibility with the Convention of the legal provisions in force in Turkey at the material or the present time for blocking access to websites. On the contrary, it must assess in concreto what effect the application of the relevant provisions in the present case had on the applicants' right to freedom of expression under Article 10 of the Convention. It must therefore determine whether the application of the provisions in question gave rise to a violation of Article 10 in respect of the applicants (see Nikolova v. Bulgaria [GC], no. 31195/96, § 60, ECHR 1999-II). In the light of the foregoing, the Court does not consider it necessary, in the circumstances of the present case, to consider the applicants' request for an order under Article 46 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT, UNANIMOUSLY,

1. Decides to join the applications;

2. Declares the complaint under Article 10 of the Convention admissible;

3. Holds that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

4. Holds that there is no need to examine separately the admissibility and merits of the complaint under Article 6 of the Convention;

5. Holds that the finding of a violation constitutes in itself sufficient just satisfaction for the non-pecuniary damage sustained by Mr Cengiz;

6. Dismisses the remainder of the applicants' claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 1 December 2015, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith

Registrar

Paul Lemmens

President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Lemmens is annexed to this judgment.

P.L.

S.H.N.

CONCURRING OPINION OF JUDGE LEMMENS

(Translation)

1. I voted with the majority in favour of finding a violation of Article 10 of the Convention. However, I would have preferred this conclusion to have been based on different reasoning.

Legal basis for the blocking order

2. After noting that the blocking of access to YouTube constituted an interference with the exercise of the applicants' right to receive and impart information and ideas, a finding to which I unreservedly subscribe, the majority concluded that the interference had not been "prescribed by law" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

I nevertheless have some difficulty in understanding the precise reason that led the majority to reach that conclusion. Was there no legal basis at all? Or did the measure that was ordered exceed the limits of the legal basis (see paragraphs 61 and 63 of the judgment)? Or was the statutory provision on which the measure was based insufficiently precise (see the applicants' argument as recapitulated in paragraph 60 of the judgment)? Or did this legal basis confer too broad a power on the competent authority (see paragraphs 62 and 65 of the judgment)?

3. My own view is that there was indeed a legal basis for blocking access to websites, namely section 8(1)(b) and (2) of Law no. 5651 of 4 May 2007. Under that provision, a blocking order in respect of Internet publications could be issued by a court. The provision in question served as the foundation for the order made in the present case by the Ankara Criminal Court of First Instance, and thus constituted the basis of the impugned measure in domestic law.[3]

As to whether the measure in issue was compatible with the aforementioned statutory provision, it should be emphasised that it is first and foremost for the national authorities, and notably the courts, to interpret and apply domestic law (see, among many other authorities, Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 127, ECHR 2015, and Pentikäinen v. Finland [GC], no. 11882/10, § 85, ECHR 2015). It is now clear from the Constitutional Court's judgment of 29 May 2014 that the aforementioned provision did not allow the blocking of access to an entire website, but only to specified content on a website (section 8(1), introductory phrase, of the Law). It follows that the interference in issue could not validly have been grounded on the provision that was supposed to have formed its legal basis. That, to my mind, should have been the reason for concluding that the measure was not prescribed by law.

This conclusion should in my view have made it unnecessary for the Court to go on to examine the foreseeability of the law or the protection it afforded against arbitrary interferences with freedom of expression.

Purpose and necessity of the blocking order

4. After concluding that the interference in issue did not satisfy the lawfulness requirement set forth in paragraph 2 of Article 10 of the Convention, the majority considered it unnecessary to determine whether the other requirements of that paragraph had been met (see paragraph 67 of the judgment).

In principle, such an approach is justified. However, in the circumstances of the present case, I feel that this is a missed opportunity.

The statutory provision on which the Court gave its ruling, namely section 8 of Law no. 5651, has in the meantime been supplemented by a provision – section 8A – which now expressly states that access to an entire website can be blocked (see paragraph 22 of the judgment). The judgment therefore addresses a situation which, to the extent that it concerns the legal basis for the impugned measure, largely belongs to the past. That being so, it would in my opinion have been desirable to examine whether, irrespective of the fact that the interference in issue was not prescribed by law, the measure pursued a legitimate aim and whether, particularly on account of its effects, it was proportionate to that aim (for a similar approach, see Kurić and Others v. Slovenia [GC], no. 26828/06, § 350, ECHR 2012 (extracts)).

Admittedly, it is not the Court's task to rule in abstracto on the new section 8A (see paragraph 75 of the judgment). I nevertheless believe that had it examined, even by way of an obiter dictum, the purpose and necessity of the interference complained of, its judgment could have offered guidance to Turkish citizens and authorities as to the principles that must be observed in the application of both section 8 and the new section 8A of Law no. 5651.

[1] Rectified on 29 March 2016 (French text). The text previously read: "The Government stated in particular that ...".

[2] Rectified on 29 March 2016 (French text). The following text was deleted: "although the parties provided detailed comments on them in their observations,".

[3]1. The situation in the present case is not similar to those in the cases that gave rise to the Constitutional Court's judgments of 2 April 2014 and 29 May 2014 (see paragraphs 25 and 26 of the judgment), in which the Telecommunications and Information Technology Directorate ("the

TİB") had blocked access to an entire website without a court order for such an extensive measure. In addition, in the case of Ahmet Yıldırım v. Turkey (no. 3111/10, ECHR 2012) the court had ordered the wholesale blocking of access to Google Sites further to a request from the TİB. In the present case it was the court itself, on its own initiative, that ordered the blocking of all access to YouTube, and the TİB simply executed that decision.

AİHM - Akdeniz v. Turkey - 11 Mart 2014

Akdeniz /Türkiye – 20877/10 - 11.03.2014 tarihli Karar [II. Bölüm]

Olaylar – Cumhuriyet savcılığının basın birimi, 2009 yılının Haziran ayında, telif haklarını ihlal ederek müzik eserlerini yaydıkları gerekçesi ile "myspace.com" ve "last.fm" web sitelerine erişimin engellenmesi kararı vermiştir. Dosyada, Türkiye merkezli söz konusu web sitelerinin ya da İnternet hizmeti sağlayıcılarının bu karara itiraz ettiklerine dair herhangi bir delil mevcut değildir. Başvuran tarafından bahse konu tedbire ilişkin yapılan itirazlar sırasıyla, 2009 yılının Eylül ve Ekim aylarında alt ve üst derece mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Mahkemeler, başvuranın mağdur statüsünde olmadığına karar vererek, engelleme tedbirinin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4. maddesine dayandırılmış olduğunu, bu maddenin söz konusu web sitelerinin telif haklarına ilişkin kurallara uymamaları nedeniyle kabul edildiğini ve özellikle, ilgili web sitelerine ihbarname çekmekte başarısız olan Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği tarafından atılan adımları takip ettiğini kaydetmiştir.

Hukuki Değerlendirme – 10. Madde: Başvuran, Mahkeme'ye başvurusunu engellenen web sitelerinin bir kullanıcısı sıfatıyla yapmıştır. Düzenli bir kullanıcı olarak esasen, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca uygulanan tedbirlerin tali etkileri hakkında şikâyette bulunmuştur.

Günümüzde İnternet kullanıcılarının hakları, ifade özgürlüğünün kullanılması için İnternetin gerekli bir araç haline gelmiş olması bakımından, bireyler için büyük önem teşkil eden bir konu haline gelmiştir. Ancak, başvuranın, tıpkı söz konusu web sitelerinin diğer Türk kullanıcıları gibi, iki müzik paylaşımı sitesi hakkındaki engelleme tedbirinden dolaylı olarak etkilenmiş olduğu gerçeği, kendisinin Sözleşme'nin 34. maddesi bakımından bir "mağdur" olarak değerlendirilmesi için tek başına yeterli değildir.

Dava konusu engelleme tedbirinden etkilenen siteler müzik paylaşım siteleridir ve bu sitelerin engellenme sebebi, telif hakkına ilişkin yasalara uymamış olmalarıdır. Başvuran, bu sitelerin bir kullanıcısı olarak, sunmuş oldukları hizmetlerden faydalanmış ve müzik dinlemenin diğer pek çok yolu arasında yalnızca birinden yoksun bırakılmıştır. Bu nedenle, herhangi bir güçlük yaşamaksızın, çok sayıda müzik eserine telif hakkı kuralları ihlal edilmeden, çeşitli yollardan erişim sağlayabilirdi. Bunun yanı sıra, başvuran, söz konusu web sitelerinin kendisi için belirli bir menfaat sunabilecek bilgiler dağıttığını ya da erişimin engellenmesinin kendisini büyük bir iletişim kaynağından yoksun bırakan bir etkisinin olduğunu[1] iddia etmemiştir. Dolayısıyla,

başvuranın bu web sitelerine erişimden yoksun bırakılması durumu onu, genel menfaati ilgilendiren bir konudaki tartışmaya girmekten alıkoymamıştır.

Mevcut dava, bir web sitesinin sahibi ve kullanıcısı olan başvuranın Google modülünü etkileyen bir engelleme tedbiri yüzünden kendi sitesine erişim sağlayamadığından şikayetçi olduğu Ahmet Yıldırım / Türkiye (3111/10, 18 Aralık 2012, 158 sayılı Bilgi Notu) davasından farklılık göstermektedir. Mahkeme, bir web sitesine erişimi engelleyen her türlü tedbirin, olası bir suistimal durumunun önüne geçilmesi için hem yasağın kapsamı üzerinde sıkı bir denetim hem de etkili bir yargı kontrolü sağlayan özellikle, katı bir yasal çerçevenin bir parçası olması gerektiğini; zira bunun "dolaylı sansürün" önemli etkilerini taşıyabileceğini tespit etmiştir. Dahası, Sözleşme'nin 10 § 2 maddesi, siyasi konulardaki ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalara dair fazla bir esnekliğe izin vermezken, Devletler ticari konulardaki[2] söylemlerin düzenlenmesi alanında geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin genişliğinin, gerçekte söz konusu olan şeyin bir bireyin "ticari" ifadesi değil de genel menfaati ilgilendiren bir konuya ilişkin bir tartışmaya katılımın olduğu yerlerde uygun yeterlikte olması gerektiği akılda tutulmalıdır. Bu bağlamda, "bilgi alma özgürlüğü" ve "telif hakkının korunması" gibi çakışan menfaatlerin dengelenmesine ilişkin olarak, yerel mahkemelere özellikle geniş bir takdir yetkisi verilmiştir[3]. Mahkeme, söz konusu içtihatlar ışığında, mevcut davanın genel menfaati ilgilendiren önemli bir konuyu gündeme getirdiği konusunda ikna olmamıştır.

Yukarıda belirtilenler göz önünde bulundurulduğunda, başvuran, dava konusu tedbir sebebiyle Sözleşme'nin 10. maddesine dair bir ihlalin "mağduru" olduğunu iddia edemez.

Sonuç: kabul edilemez (kişi bakımından (ratione personae) bağdaşmamaktadır).

Mahkeme ayrıca, başvuranın Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında yapılan şikâyet bakımından uygulandığına benzer şekilde 10. maddesi kapsamında da mağdur statüsünün bulunmadığını dikkate alarak, başvurunun, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca yapılmış olan şikâyet bağlamında kişi bakımından bağdaşmaz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

[1] Khurshid Mustafa ve Tarzibachi / İsveç, 23883/06, 16 Aralık 2008, 114 sayılı Bilgi Notu.

[2] Mouvement raelien / İsviçre [BD], 16354/06, 13 Temmuz 2012, 154 sayılı Bilgi Notu.

[3] Ashny Donal ve Diğerleri / Fransa, 36769/08, 10 Ocak 2013, 159 sayılı Bilgi Notu.

DEUXIÈME SECTION

DÉCISION

Requête no 20877/10

Yaman AKDENİZ

contre la Turquie

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant le 11 mars 2014 en une chambre composée de :

Guido Raimondi, président,

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller,

Paul Lemmens,

Egidijus Kūris, juges,

et de Stanley Naismith, greffier de section,

Vu la requête susmentionnée introduite le 6 avril 2010,

Vu les observations soumises par le gouvernement défendeur et celles présentées en réponse par le requérant,

Après en avoir délibéré, rend la décision suivante :

EN FAIT

1. Le requérant, M. Yaman Akdeniz, est un ressortissant turc né en 1968 et résidant à Istanbul. Il est maître de conférences à l'Université de Bilgi.

Le gouvernement turc (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent.

A. Les circonstances de l'espèce

2. Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les parties, peuvent se résumer comme suit.

3. Le 26 juin 2009, à la suite d'une demande introduite par le MÜYAP (Union professionnelle des producteurs de phonogrammes), la section des médias du parquet de Beyoğlu rendit, en vertu de l'article additionnel no 4 de la loi no 5846 relative aux œuvres artistiques et intellectuelles, une décision de blocage de l'accès aux sites web « myspace.com » (site de réseau social, connu pour héberger de nombreuses pages internet de groupes de musique) et « last.fm » (site consacré à la musique), au motif que ces sites diffusaient des œuvres musicales sans respecter la législation sur les droits d'auteur. À cet égard, elle demandait au fournisseur d'accès à Internet de suspendre, dans un délai de trois jours suivant la notification de la décision, la fourniture de ce service à la personne à l'origine de la diffusion litigieuse. Cette décision était susceptible d'opposition pendant sept jours.

4. Selon le dossier, ni les sites litigieux ni leur fournisseur d'accès ne firent opposition à la décision du 26 juin 2009 dans le délai légal de sept jours.

5. Le 29 septembre 2009, le requérant, en tant qu'utilisateur des sites mentionnés, présenta au parquet de Beyoğlu une demande d'annulation de la décision du 26 juin 2009. Il indiquait que, ayant un compte utilisateur, il se rendait fréquemment sur ces sites depuis son téléphone portable et que, depuis le 18 septembre 2009, il ne pouvait plus y accéder. Il estimait que la mesure de blocage ne pouvait être considérée comme une atteinte proportionnée à son droit à la liberté de recevoir des informations, dès lors que cette mesure avait pour effet de rendre inaccessible tout le contenu de ces sites alors que, selon lui, ceux-ci donnaient accès à de nombreuses pages web diffusant bien d'autres informations et œuvres artistiques, et ce, à ses dires, dans le respect des dispositions légales pertinentes et des droits d'auteur. Il soutenait que les sites de ce type constituaient de nouveaux supports d'échange d'informations et d'idées, et que toute mesure qui en restreignait l'accès de manière disproportionnée risquait de porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'expression. À cet égard, il arguait notamment que la mesure litigieuse ne permettait pas d'atteindre le but recherché, à savoir la protection des droits d'auteur, car, d'après lui, il restait possible, par le biais de nombreuses méthodes simples ou sophistiquées, d'accéder à ces sites depuis la Turquie comme depuis l'étranger en dépit du blocage mis en œuvre. Enfin, indiquant que la décision de blocage prise par le parquet n'avait pas ensuite été approuvée par un juge, il contestait la constitutionnalité de l'article additionnel no 4 § 3 de la loi no 5846 relative aux œuvres artistiques et intellectuelles.

6. Le 30 septembre 2009, le tribunal d'instance pénal de Beyoğlu débouta le requérant. Les juges notèrent que, selon l'article additionnel no 4 de la loi relative aux œuvres artistiques et intellectuelles tel que modifié par la loi no 5101, le requérant, en tant qu'utilisateur, n'avait pas

qualité pour former opposition contre la décision du procureur de la République. Ils ajoutèrent qu'en tout état de cause, même si l'intéressé avait eu qualité pour faire opposition et qu'il l'eût fait dans le délai légal de sept jours à compter de la notification de la décision, celle-ci était conforme aux exigences de la législation pertinente et que l'action aurait dès lors été rejetée. Par ailleurs, ils écartèrent l'argument tiré de l'inconstitutionnalité alléguée de l'article additionnel no 4 de la loi relative aux œuvres artistiques et intellectuelles.

7. Le 5 octobre 2009, le requérant fit opposition à la décision du 30 septembre 2009.

8. Par une décision du 12 octobre 2009, la chambre du tribunal correctionnel de Beyoğlu chargée des affaires relatives aux droits d'auteur confirma la décision du 30 septembre 2009, eu égard à la qualité du requérant et aux motifs fournis par le tribunal d'instance pénal de Beyoğlu. Pour ce faire, elle observa que, avant de demander le blocage, le MÜYAP avait mis les sites web concernés en demeure de cesser de diffuser un certain nombre d'œuvres au mépris des droits d'auteur de ses membres, et que, les sites n'ayant pas donné suite, le procureur de la République avait, sur la base des rapports d'expertise présentés par le MÜYAP, ordonné le blocage des accès. Se référant à la Convention européenne des droits de l'homme, aux textes adoptés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle en la matière et à l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« l'Accord sur les ADPIC »[1]), elle estima que, à l'heure où le piratage sur Internet était devenu l'un des plus graves problèmes auxquels les unions de défense des droits d'auteur étaient confrontées, le blocage de l'accès aux sites pratiquant la diffusion sauvage d'œuvres artistiques et intellectuelles constituait le seul moyen efficace de défendre les droits d'auteur. Elle souligna que ce constat valait a fortiori en l'espèce, où les sites internet concernés, qui ne se conformaient pas aux règles établies en la matière, avaient leurs sièges à l'étranger. Elle conclut que, l'infrastructure de diffusion par Internet ne permettant pas de bloquer l'accès à une partie seulement d'un site, il était nécessaire d'appliquer un blocage général afin de protéger efficacement les droits d'auteur. Par ailleurs, elle rejeta l'argument tiré de l'inconstitutionnalité alléguée de l'article additionnel no 4 de la loi relative aux œuvres artistiques et intellectuelles.

9. Le dossier ne permet pas de savoir si, à ce jour, la mesure de blocage des deux sites internet en question a été levée ou non.

B. Le droit interne pertinent

10. L'article additionnel no 4 de la loi no 5846 du 5 décembre 1951 relative aux œuvres artistiques et intellectuelles, tel que modifié par la loi no 5101 du 3 mars 2004, est ainsi libellé :

« (...)

Lorsque des médias de diffusion sonore, visuelle et/ou audiovisuelle d'informations ou de services, y compris les médias électroniques, portent atteinte aux droits garantis par la présente loi aux propriétaires d'une œuvre ou à leurs ayants droit, il est mis un terme à la diffusion de l'œuvre concernée sur recours des propriétaires ou de leurs ayants droit. À cette fin, la personne physique ou morale qui allègue une violation de ses droits demande en premier lieu à la personne ayant publié l'œuvre sur le média concerné de faire cesser la violation dans un délai de trois jours. En cas de poursuite de la violation, il est demandé au fournisseur d'accès à Internet, à l'issue d'un recours présenté au procureur de la République, de suspendre la fourniture de ce service à la personne à l'origine de la diffusion litigieuse. Lorsqu'il a été mis un terme à la diffusion qui portait atteinte aux règles régissant les droits d'auteur, la fourniture du service est rétablie (...) »

GRIEFS

11. Invoquant l'article 10 de la Convention, le requérant se plaint d'une atteinte à son droit à la liberté d'expression.

12. Sous l'angle de l'article 6 de la Convention, il soutient que la mesure de blocage des sites internet porte atteinte à son droit à un procès équitable et au principe de la présomption d'innocence. À cet égard, il argüe que la mesure provisoire prise, à ses dires, en l'absence de procédure contradictoire a eu pour conséquence une atteinte grave à la liberté d'expression. Il ajoute que plusieurs vices de procédure, qui concerneraient notamment le délai d'opposition et l'obligation de motivation, ont entaché cette mesure.

EN DROIT

13. Le requérant dénonce une violation de sa liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention. Il soutient également que la mesure de blocage a porté atteinte à son droit à un procès équitable et au principe de la présomption d'innocence, au sens de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention.

L'article 10 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des

mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Les passages pertinents en l'espèce de l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention se lisent comme suit :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

14. Le Gouvernement estime que le grief du requérant est incompatible ratione materiae avec les dispositions de la Convention. À cet égard, il reproche en effet au requérant de tenter de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en invoquant un droit d'accéder à des œuvres artistiques diffusées au mépris des règles régissant les droits d'auteur. Il soutient également que l'intéressé n'est pas concerné de manière directe par l'acte litigieux et qu'il ne peut dès lors se prétendre victime des violations de la Convention qu'il a dénoncées. Il souligne en outre que ni le propriétaire des sites internet ni leurs « rédacteurs » n'ont porté plainte devant les autorités internes compétentes ou introduit une requête devant la Cour.

15. Renvoyant à l'affaire Tanrıkulu et autres c. Turquie ((déc.), nos 40150/98, 40153/98 et 40160/98, 6 novembre 2001), le Gouvernement soutient que le requérant dispose d'autres moyens pour télécharger ou écouter de la musique sur Internet. En outre, selon le Gouvernement, l'intéressé ne peut passer pour avoir épuisé les voies de recours internes, dans la mesure où il n'aurait pas respecté le délai de sept jours requis pour former opposition contre la décision du parquet.

16. Le requérant soutient quant à lui qu'il est directement victime des effets de la mesure de blocage litigieuse, dans la mesure où, depuis l'adoption de celle-ci, il ne pourrait plus accéder aux sites concernés. De plus, il se dit convaincu que la Cour ne peut faire abstraction de la question d'intérêt général que pose, selon lui, la présente requête pour l'interprétation de la notion de « victime » dans le cadre d'une affaire portant sur des mesures de blocage de sites web. Il ajoute qu'une approche qui sous-estimerait l'importance de cette question pour la notion de victime pécherait par excès de formalisme et rendrait ineffective et illusoire la protection des droits garantis par la Convention.

17. Le requérant combat également la thèse selon laquelle il disposerait d'autres moyens pour écouter de la musique sur Internet. Il précise qu'il a un compte utilisateur sur le site « last.fm », qui fournirait un contenu unique en la matière. Il estime que, si l'argument du Gouvernement était accepté, cela signifierait que les autorités seraient libres de bloquer n'importe quel site web dès lors que le même type de contenu serait disponible par le biais d'autres sources. À ses yeux, une telle conclusion irait à l'encontre de la nature même de l'internet où les mêmes informations sont diffusées rapidement à travers des milliers de sources différentes et vaudrait carte blanche au gouvernement pour bloquer à sa guise n'importe quel site web.

18. La Cour examinera tout d'abord la question de savoir si le requérant peut se prétendre victime d'une violation de la Convention en raison de la mesure de blocage des sites internet.

19. La Cour rappelle que la notion de « victime » au sens de l'article 34 de la Convention doit être interprétée de façon autonome et indépendamment des notions internes telles que celles d'intérêt ou de qualité pour agir (Sanles Sanles c. Espagne (déc.), no 48335/99, CEDH 2000-XI, Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne, no 62543/00, § 35, CEDH 2004-III, et Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce, no 26698/05, § 38, 27 mars 2008). Cette notion concerne au premier chef les victimes directes de la violation alléguée, soit les personnes directement touchées par les faits prétendument constitutifs de l'ingérence (Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, § 31, série A no 142, Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande, 29 octobre 1992, § 43, série A no 246-A, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 septembre 1994, §§ 39-41, série A no 295-A, et SARL du Parc d'Activités de Blotzheim c. France, no 72377/01, § 20, 11 juillet 2006).

20. La Cour rappelle ensuite avoir déjà accepté, à titre exceptionnel, d'examiner une requête émanant d'une personne qui n'avait été qu'indirectement atteinte par la violation alléguée de la Convention (Vatan c. Russie, no 47978/99, § 48, 7 octobre 2004). C'est ainsi qu'elle a reconnu la qualité de victime indirecte à des proches de la victime directe, tels que l'époux d'une femme contrainte de subir un examen gynécologique (Fidan c. Turquie (déc.), no 24209/94, 29 février 2000) ou le neveu d'une personne victime de meurtre (Yaşa c. Turquie, 2 septembre 1998, §§ 61-66, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI).

21. Elle rappelle qu'en tout état de cause, que la victime soit directe, indirecte ou potentielle, il doit exister un lien entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée (Taurira et autres c. France, no 28204/95, décision de la Commission du 4 décembre 1995, Décisions et rapports (DR) 83-A, p. 130, Association des amis de Saint-Raphaël et de Fréjus et autres c. France, no 38192/97, décision de la Commission du 1er juillet 1998, DR 94-A, p. 124, Comité des médecins à diplômes étrangers et autres c. France (déc.), nos 39527/98 et 39531/98,

30 mars 1999, et Gorraiz Lizarraga, précité, § 35). En effet, la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une actio popularis aux fins de l'interprétation des droits qui y sont reconnus ; elle n'autorise pas non plus des requérants à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention (Norris, précité, § 31, et Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine [GC], nos 27996/06 et 34836/06, § 28, CEDH 2009).

22. En l'espèce, la Cour note que, par une décision adoptée le 26 juin 2009, la section des médias du parquet de Beyoğlu a ordonné le blocage de l'accès aux sites web « myspace.com » et « last.fm » au motif que ces sites diffusaient des œuvres musicales au mépris des règles régissant les droits des auteurs de ces œuvres. Il ressort du dossier que ni les sites web en question ni les fournisseurs d'accès à Internet localisés en Turquie n'ont formé opposition contre cette décision. Les recours formés par le requérant contre la mesure en question ont été rejetés le 30 septembre et le 12 octobre 2009 respectivement par le tribunal d'instance pénal de Beyoğlu et le tribunal correctionnel de Beyoğlu. Déniant au requérant la qualité de victime, les tribunaux ont en effet considéré que la mesure de blocage était fondée sur l'article additionnel no 4 de la loi no 5846 relative aux œuvres artistiques et intellectuelles, qu'elle avait été adoptée en raison du non-respect par les sites en question des règles en matière de droits d'auteur et qu'elle avait notamment fait suite à des démarches entreprises par l'Union professionnelle des producteurs de phonogrammes, qui avait adressé, en vain, une mise en demeure aux sites web concernés.

23. La Cour relève que le requérant a déposé sa requête devant elle en tant qu'utilisateur des sites qui ont fait l'objet de la mesure de blocage. À cet égard, elle prend note de son argument selon lequel il se rendait fréquemment sur ces sites depuis son téléphone portable et avait un compte utilisateur sur « last.fm ». Elle relève également que l'intéressé est un auditeur régulier de la musique diffusée par les sites web touchés par la mesure litigieuse et que son compte sur « last.fm » lui permettait d'accéder à ceux-ci. Le requérant se plaint donc pour l'essentiel de l'effet collatéral de la mesure prise dans le cadre de la loi relative aux œuvres artistiques et intellectuelles.

24. La Cour observe ensuite que les droits des usagers d'Internet revêtent aujourd'hui une importance primordiale pour les individus, dans la mesure où l'accès à Internet est devenu un outil essentiel pour l'exercice de la liberté d'expression. À cet égard, elle rappelle avoir déjà souligné le rôle des sites internet qui, grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information (Times Newspapers Ltd c. Royaume-Uni (nos 1 et 2), nos 3002/03 et 23676/03, § 27, CEDH 2009).

Toutefois, pour la Cour, le seul fait que le requérant – tout comme les autres utilisateurs en Turquie des sites en question – subit les effets indirects d'une mesure de blocage concernant deux sites consacrés à la diffusion de la musique ne saurait suffire pour qu'il se voie reconnaître la qualité de « victime » au sens de l'article 34 de la Convention (Tanrıkulu et autres, précité).

25. Cela dit, la Cour relève que les sites qui ont été frappés par la mesure de blocage litigieuse sont des sites internet spécialisés dans la diffusion musicale et qu'ils ont été bloqués parce qu'ils ne respectaient pas la législation relative aux droits d'auteur. En tant qu'utilisateur de ces sites, le requérant bénéficiait de leurs services et il ne se trouve privé que d'un moyen parmi d'autres d'écouter de la musique. La Cour considère que l'intéressé peut sans difficulté accéder à tout un éventail d'œuvres musicales par de multiples moyens sans que cela n'entraîne une infraction aux règles régissant les droits d'auteur. D'ailleurs, le requérant ne conteste pas qu'il pouvait, au moment de la décision litigieuse, recevoir ces programmes ou des programmes similaires par des biais autres que les sites web en question. Sur ce point, l'affaire ne se distingue guère de l'affaire Tanrıkulu et autres précitée où la Cour n'a pas reconnu la qualité de victime à des lecteurs d'un quotidien qui était l'objet d'une mesure d'interdiction de distribution.

26. En outre, à la différence des requérants dans l'affaire Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suède (no 23883/06, §§ 44-45, 16 décembre 2008), en l'espèce le requérant n'allègue pas que les sites en question diffusaient des informations qui pouvaient présenter un intérêt particulier pour lui et que le blocage de leur accès avait eu pour effet de le priver d'une source importante de communication. Dès lors, la Cour estime que le fait pour le requérant d'être privé de l'accès à ces sites ne l'empêche pas de prendre part à un débat d'intérêt général (Ashby Donald et autres c. France, no 36769/08, § 39, 10 janvier 2013).

27. La Cour observe également que la présente affaire diffère de l'affaire Monnat c. Suisse (no 73604/01, CEDH 2006-X), dans laquelle M. Monnat, en tant qu'auteur d'une émission, était directement touché par une suspension de vente découlant de la décision d'une autorité nationale. Il en va de même quant à l'affaire Ahmet Yıldırım c. Turquie (no 3111/10, § 46, CEDH 2012), dans laquelle M. Yıldırım, en sa qualité de propriétaire et d'utilisateur d'un site web, se plaignait de l'impossibilité d'accéder à son propre site en raison d'une mesure de blocage ayant frappé un module de Google. En effet, M. Akdeniz a agi en tant que simple usager de deux sites web consacrés à la diffusion musicale.

28. La Cour rappelle enfin qu'elle a examiné les effets collatéraux des décisions de blocage de sites web dans le cadre de l'affaire Ahmet Yıldırım (précitée). Dans l'arrêt qu'elle a adopté à cet égard, elle a souligné qu'une mesure de blocage de l'accès à un site web devait s'inscrire dans un

cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus, car elle pouvait avoir des effets de « censure collatérale » importants (Ahmet Yıldırım, précité, §§ 64-66). Par ailleurs, elle rappelle sa jurisprudence établie selon laquelle, si l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression en matière politique par exemple, les États contractants disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans le domaine commercial (Mouvement raëlien suisse c. Suisse [GC], no 16354/06, § 61, CEDH 2012), étant entendu que l'ampleur de celle-ci doit être relativisée lorsqu'est en jeu non pas l'expression strictement « commerciale » de tel individu mais sa participation à un débat touchant à l'intérêt général (Hertel c. Suisse, 25 août 1998, § 47, Recueil 1998-VI). À cet égard, s'agissant de la mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres, tels que « le droit à la liberté de recevoir des informations » et « la protection des droits de l'auteur », la Cour a considéré que les autorités internes disposaient d'une marge d'appréciation particulièrement importante (Ashby Donald et autres, précité, § 41). À la lumière de cette jurisprudence, la Cour n'est pas convaincue que la présente affaire soulève une question d'intérêt général importante.

29. Eu égard à ce qui précède, la Cour conclut que le requérant ne peut se prétendre victime d'une violation de l'article 10 de la Convention du fait de la mesure litigieuse. Par ailleurs, elle note l'étroite corrélation entre les deux griefs du requérant tirés des articles 6 et 10 de la Convention. Elle en conclut que le défaut de qualité de victime du requérant au titre de l'article 10 de la Convention se répercute sur le grief tiré de l'article 6 de la Convention (voir, dans le même sens, François et Marie-Josée Barre c. France, no 17062/90, décision de la Commission du 31 mars 1993).

Il s'ensuit que la présente requête est incompatible ratione personae avec les dispositions de la Convention et qu'elle doit être rejetée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à la majorité,

Déclare la requête irrecevable.

Stanley Naismith

Greffier

Guido Raimondi

Président

AİHM - Ahmet Yıldırım v. Türkiye - 18 Aralık 2012 (Türkçe)

YILDIRIM v. TÜRKİYE

KARARIN KISA ÖZETİ

İnternete erişime ilişkin yasaklamalara sınırlama getiren ve muhtemel bir kötüye kullanma durumuna karşı hukuki kontrol güvencesi sunan katı bir yasal çerçevede alınmayan internete erişimin kısıtlanmasına ilişkin tedbir kararları, ifade özgürlüğünün ihlaline neden olmuştur.

Daire'nin Ahmet Yıldırım v. Türkiye (başvuru no.3111/10) davasıyla ilgili bugün verdiği henüz kesinleşmemiş[1] kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oybirliğiyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin **10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edildiği** sonuca varmıştır.

Söz konusu dava, "Google Sites" yer sağlayıcısı kapsamında açılan ve Atatürk'ün anısına hakaret nedeniyle sahibinin ceza davasına konu olduğu bir internet sitesine erişimin engellenmesine dair verilen bir mahkeme kararıyla ilgilidir. Siteye erişimin engellenmesine ilişkin alınan bu tedbir, aynı zamanda "Google Sites" kapsamında açılan diğer tüm sitelere erişimin engellenmesine neden olmuştur.

Başlıca Olaylar

Başvuran Ahmet Yıldırım, 1983 doğumlu bir Türk vatandaşı olup, İstanbul'da ikamet etmektedir.

Başvuran, akademik çalışmaları ile çeşitli alanlardaki yorumlarını yayınladığı "Google Sites" adlı yer sağlayıcısı durumunda bulunan internet sitesini kullanarak kurmuş olduğu bireysel bir internet sitesi sahibi ve yöneticisidir.

Denizli Sulh Ceza Mahkemesi 23 Haziran 2009 tarihinde, Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret içerikli ifadelerin bulunduğu gerekçesiyle bir internet sitesi hakkında erişime engelleme kararı vermiştir. Bu karar, söz konusu sitenin sahibine karşı yürütülen ceza soruşturması çerçevesinde verilmiş olan bir tedbir kararı niteliği taşımaktadır.

[1] Sözleşme'nin 43 ve 44. maddeleri hükümleri uyarınca, bu Daire kararı kesinleşmemiştir. Dava taraflarından her biri, kararın verildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini talep edebilir. Böyle bir durumda, beş yargıçtan oluşan bir kurul, davanın daha geniş bir incelemeyi gerektirip gerektirmediğini belirler. Gerektirdiği takdirde, dava Büyük Daire tarafından ele alınacak ve kesin karar verilecektir. Şayet gönderme talebi kabul edilmezse, Daire'nin kararı sunulan istemin reddedilmesi tarihinde kesinlik kazanacaktır. Bir karar kesinleştiğinde, infazını denetleyecek olan Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'na gönderilir. İnfaz süreciyle ilgili ek bilgilere su adresten erişilebilir: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution.

Mahkemenin vermiş olduğu internete erişimin engellenmesi kararı, icrası için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB) tebliğ edilmiştir. TİB kısa bir süre sonra, üçüncü şahısların sitelerinin yanı sıra başvuranın sitesinin de yer sağlayıcısı durumunda bulunan "Google Sites" adlı sitenin erişime engellenmesine neden olan mahkeme kararının alınması için ilgili mahkemeden daha önce vermiş olduğu kararı yeniden gözden geçirmesini talep etmiştir. TİB bu talebinin, ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesini sağlayacak tek teknik yol olduğunu zira sitenin sahibinin yurt dışında yaşadığını belirtmiştir.

TİB "Google Sites" isimli yer sağlayıcısı siteye erişimi tamamen engellemiş ve bu nedenle başvuran Yıldırım'ın kendi sitesine erişimi imkânsız hale gelmiştir. Başvuranın tüm itiraz girişimleri, mahkemenin verdiği internete erişimin engellenmesi kararı nedeniyle sonuçsuz kalmıştır.

Başvuran Yıldırım, ihtilaf konusu sitenin sahibi aleyhine yürütülen ceza soruşturması sonucunda, yurt dışında ikamet eden sanığın adres ve kimliğinin tespit edilememesi gerekçesiyle, bildiği kadarıyla, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesine rağmen, halen internet sitesine erişemediğini Nisan 2012 tarihli mektubuyla AİHM'e bildirmiştir.

Şikâyetler ve usul

Yıldırım, Sözleşme'nin 10. maddesine dayanarak (ifade özgürlüğü), ne kendisiyle ne de sahibi olduğu internet sitesiyle ilgisi olmayan bir ceza soruşturması çerçevesinde alınan tedbir kararı nedeniyle internet sitesine erişiminin mümkün olmadığından şikâyet etmiştir. Bu karar neticesinde, haber, bilgi alma ve bilgi verme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Başvuru 12 Ocak 2010 tarihinde AİHM'e sunulmuştur.

AİHM'in Kararı

Sözleşme'nin 10. maddesi:

Sözleşme'nin 10. maddesi, "herkesin" ifade özgürlüğü hakkını güvence altına alır ve sadece haber içeriklerini değil aynı zamanda bu haberlerin yayın araçlarını da ilgilendirmektedir.

AİHM, başvuranın sahibi olduğu siteye erişiminin engellenmesinin aslında, Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret teşkil eden ifadelerin yer aldığı gerekçesiyle hakkında soruşturma yürütülen başka bir internet sitesinin sahibine karşı Denizli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen karardan kaynaklandığını gözlemlemektedir. Denizli Sulh Ceza Mahkemesi öncelikle, hakkında soruşturma yürütülen internet sitesi hakkında erişimin engellenmesi kararı vermiştir. Ancak bu tedbiri uygulamakla görevli idari makam (TİB), yerel mahkemeden, ihtilaf konusu site ile

başvuranın sahibi olduğu sitenin yer sağlayıcısı olan "Google Sites"a erişimin tamamen engellenmesi yönünde bir karar vermesini talep etmiştir.

Mahkeme, ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesinin tek yolunun, "Google Sites"a erişimin tamamen engellenmesi olduğu kanaatine vararak, bu talebi haklı bulmuştur.

"Google Sites" ile başvuran Yıldırım'ın internet sitesinin bu soruşturmayla herhangi bir bağlantıları olmamasına rağmen, TİB, Denizli Sulh Ceza Mahkemesi'nin tedbir kararını uygulamak amacıyla bu sitelere de erişimi teknik olarak engellemiştir.

AİHM, internet sitesine erişimin tamamen yasaklanmasından bahsedilemeyeceğini, ancak bir kısıtlamanın söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, internetin, haber alma-verme ve ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik olarak günümüzdeki başlıca araçlardan biri olması nedeniyle, sınırlamanın olabilecek sınırlı etkisi, internetin önemini azaltmamaktadır. Söz konusu tedbir, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına kamu makamlarınca yapılan bir müdahale niteliğindedir. Benzer bir müdahale şayet kanunla öngörülmüyorsa, bir veya birçok meşru amaç taşımıyorsa, aynı zamanda bu amaçlara ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli görülmüyorsa Sözleşme'nin 10. maddesini ihlaline sebep olmaktadır.

Oysa bir kanun uygulanacağı her kişinin bu yasa uyarınca davranışlarını uyarlamasına imkân verecek açıklıkta yazılması halinde öngörülebilir kabul edilecektir.

5651 sayılı Kanun gereğince hâkim, kullanılan ifadelerin içeriğinin suç teşkil edebileceğine dair şüphelerin varlığı halinde, ilgili internet sitelerinin erişime engellenmesine karar verebilmektedir. Ancak ne "Google Sites" ne de başvuran Yıldırım'ın sitesi adli soruşturmaya konu olmamıştır. 24 Haziran 2009 tarihli kararla her ne kadar "Google Sites" isimli yer sağlayıcısı site kendi kapsamında açılan başka bir siteden sorumlu tutulmuşsa da, 5651 sayılı yasa uyarınca bu siteye genel bir erişim yasağı konulması söz konusu değildir.

İlgili kanun, "Google Sites" internet sitesi örneğinde olduğu gibi genel nitelikli erişime engelleme kararlarına izin vermediği gibi, dosya kapsamındaki hiçbir dokümanda, "Google Sites" isimli yer sağlayıcısına, bünyesinde illegal içeriğin bulunduğu başka bir siteyi barındırdığının bildirildiğini ve bu sitenin de hakkında ceza soruşturması yürütülen illegal içerikli internet sitesine ilişkin verilen tedbir kararına uymayı reddettiğini göstermemektedir.

AİHM, kanunun, özel bir siteye erişimin engellenmesi yönünde alınan bir kararın icrası çerçevesinde, idari organ olan TİB'in geniş bir takdir payı kullanmasına imkân verdiğini gözlemlemektedir. Olay ve olgular, TİB'in sadece bir siteye ilişkin olarak alınan erişimin engellenmesi kararını kolaylıkla talep edebildiğini göstermektedir. AİHM, bir bilgi kaynağına

erişimin kısıtlanması kararının, sadece internete erişime ilişkin yasağa sınırlama getiren ve muhtemel bir kötüye kullanma durumuna karşı hukuki kontrol güvencesi sunan katı bir yasal çerçevede verildiği takdirde Sözleşme'yle uyumlu olduğunu hatırlatmaktadır. Ancak, Denizli Sulh Ceza Mahkemesi sadece soruşturma konusu siteyi bloke etmek için uygulanabilecek daha hafif nitelikli bir tedbir kararının varlığını araştırmaksızın TİB'in kendisine sunduğu talebe atıf yaparak, doğrudan "Google Sites" isimli yer sağlayıcısını tümden erişime kapatmıştır. Mahkeme, aynı zamanda hâkimlerin, özellikle "Google Sites"a erişimin tamamen engellenmesi gerekliliğini değerlendirerek, ihtilaf konusu olaydaki çeşitli yararlar arasındaki dengeyi araştırmaya çalışmadıklarını kaydetmektedir. AİHM, bu eksikliğin, "Google Sites" isimli yer sağlayıcısını tümden erişime kapatılmasının yerindeliği hakkında hâkimlere değerlendirme zorunluluğu yüklemeyen ilgili kanundan kaynaklandığını belirtmektedir.

Ayrıca hâkimlerin, böyle bir tedbirin, internette bulunan bilgilerin büyük çoğunluğuna erişimi engellediğini, dolayısıyla bu durumun internet kullanıcılarının haklarını olumsuz yönde ve doğrudan etkilediğini, buna bağlı olarak, bazı önemli etkilerinin de söz konusu olabileceğini dikkate almaları gerekirdi.

Oysa 5651 sayılı kanunun 8. maddesinin öngördüğü müdahale, Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermemektedir. Aynı zamanda, bu müdahale başvuranın demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde yeterli bir korumaya sahip olmasına imkân vermemiştir. Diğer yandan, AİHM Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. paragrafında düzenlenen, ifade özgürlüğü hakkının "ülke sınırları gözetilmeksizin" korunan bir hak olduğunu hatırlatmaktadır.

Söz konusu tedbir kararı, keyfi sonuçlar doğurmuştur. Ayrıca, siteye erişimin engellenmesine ilişkin hukuki kontrol, kötüye kullanma durumlarından kaçınmak amacıyla yeterli şartları taşımamaktadır. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

Adil tazmin (41. madde)

AİHM, Türkiye'nin başvurana manevi tazminat olarak 7 500 Avro ve mahkeme masrafları için ise 1 000 Avro ödemesi gerektiğine karar vermiştir.

*Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçeye tercüme edilmiş olup, gayri resmi tercümedir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

2. DAİRE

AHMET YILDIRIM / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 3111/10)

KARAR

STRASBOURG

18 Aralık 2012

İşbu karar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("Sözleşme") Madde 44.2'de belirtilen koşullar uyarınca kesinleşecektir. Şekle ilişkin değişikliklere uğrayabilir.

Ahmet Yıldırım / Türkiye davası

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikinci daire) aşağıdaki isimlerden oluşmaktadır:

Guido Raimondi, başkan;

Danutė Jočienė;

Dragoljub Popović;

András Sajó;

Işıl Karakaş;

Paulo Pinto de Albuquerque;

Helen Keller; hakimler ve

Stanley Naismith, daire katibi

20 Kasım 2012 tarihinde yapılan görüşmeler sonucunda daire kurul olarak aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. İşbu davanın temelinde, Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı bu devletin vatandaşı olan Sn. Ahmet Yıldırım'ın ("**Başvuran**") 12 Ocak 2010 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne

("**Mahkeme**") İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("**Sözleşme**") 34. Maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru (no. 3111/10) yatmaktadır.

2. Başvuran İzmir Barosu avukatlarından Sn. A. Kaymak tarafından temsil edilmektedir. Türk Hükümeti ("**Hükümet**") ise kendi temsilcisi tarafından temsil edilmektedir.

3. Başvuran özellikle ulusal makamlar tarafından kendi internet sitesine erişimin engellenmesi yönünde alınan idari tedbirin Sözleşme'nin 6'ıncı, 7'inci,10'uncu ve 13'üncü maddeleri ile 1 nolu Protokol'ün 2'inci maddesi tarafından korunan haklarına haksız bir şekilde halel getirdiğini iddia etmektedir.

4. 30 Ocak 2011 tarihinde başvuru dilekçesi Hükümet'e tebliğ edilmiştir. Sözleşme'nin 29.1 maddesinin yetkilendirdiği üzere, dairenin davanın kabul edilebilirliğine ve esasına ilişkin meseleleri aynı anda karara bağlanmasına karar verilmiştir.

5. Başvuran ek yazılı görüşlerini de iç tüzüğün 59.1 maddesi uyarınca sunmuştur. Yazılı yargılama sırasında müdahil olunmasına Mahkeme başkanı tarafından izin verilen Open Justice Society Initiative derneğinin de görüşleri alınmıştır (Sözleşme'nin 36.2 maddesi ve iç tüzüğün 44.2 maddesi).

OLAY

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuran 1983 yılında doğmuş olup, İstanbul'da ikamet etmektedir.

7. Başvuran "http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/" internet sitesinin sahibi ve kullanıcısı olup burada kendi akademik çalışmalarını ve farklı konulara ilişkin görüşlerini yayınlamaktadır. Bu internet sitesi Google'un internet sitesi oluşturma ve hosting modülü olan "Google Sites" hizmeti kullanılması suretiyle hazırlanmıştır.

8. 23 Haziran 2009 tarihinde, Denizli Asliye Ceza Mahkemesi 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8.1 b) maddesi uyarınca http://sites.google.com/site/kemalizminkarinagrisi/benimhikayem/atauerk-koessi/at (bundan böyle "**uyuşmazlık konusu site**" olarak anılacaktır) sitesine erişimin engellenmesini talep eden bir karar vermiştir. Burada Atatürk'ün hatırasına hakaret etmek ile suçlanan sitenin sahibine yönelik olarak başlatılan adli soruşturma kapsamında verilen önleyici tedbir niteliğinde alınmış bir kararın varlığı söz konusudur.

9. Aynı gün, 5651 sayılı yasanın 8.3 maddesi uyarınca, erişime engellenme kararının bir sureti söz konusu kararın icrası için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na ("**TİB**") tebliğ edilmiştir.

10. 24 Haziran 2009 tarihinde, TİB'in talebi üzerine, Denizli Asliye Ceza Mahkemesi 23 Haziran tarihli kararını düzeltmek suretiyle 5651 sayılı yasanın 8.maddesine dayanarak Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesine karar vermiştir. Esasen, TİB tarafından uyuşmazlık konusu sitenin engellenmesinin, bu sitenin sahibinin hosting belgesine sahip olmadığından ve yurtdışında bulunduğundan, ancak bu şekilde mümkün olacağını belirtilmiştir.

11. TİB, 24 Haziran 2009 tarihli kararın gereğini yerine getirmek suretiyle Google Sites'a erişimi tamamen engellemiştir. Bunun sonucunda Başvuran'ın kendi internet sitesine ulaşması imkansız hale gelmiş ve bu amaçla yaptığı denemeler mahkeme tarafından verilen erişimin engellenmesine kararına kaçınılmaz bir şekilde takılarak sonuçsuz kalmıştır.

12. 1 Temmuz 2009 tarihinde, Başvuran 24 Haziran 2009 tarihli erişimin engellenmesi kararına itiraz etmiş ve kendi internet sitesine ilişkin olarak bu tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir. Başvuran, söz konusu siteyi düzenli olarak akademik çalışmalarını ve farklı konulara ilişkin görüşlerini yayınlamak için kullandığını, alınan tedbir sonucunda yasadışı içerik yüzünden engellenen site ile hiçbir bağlantısı olmayan kendi sitesine erişimin tamamen engellendiğini ortaya koymuştur. Yine, söz konusu tedbirden diğer internet sitelerinin etkilenmemesi için, münhasıran uyuşmazlık konusu siteye erişimi imkansız kılan bir yöntemin seçilmesi gerektiğini belirtmiştir. URL engellenmesi şeklindeki bir tedbiri de örnek olarak göstermiştir.

Talebine dayanak olarak, kendi sitesine erişmek istediği zaman karşısına çıkan internet sitesinin bir suretini mahkemeye sunmuştur. Söz konusu uyarı sayfasında şu ifadelere yer verilmiştir:

> "*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Denizli Asliye Ceza Mahkemesinin tarafından 24 Haziran 2009 tarihinde işbu internet sitesine (sites.google.com) ilişkin verilen idari tedbir niteliğindeki kararını uygulamaktadır.*"

13. Denizli ceza mahkemesi ise Başvuran'ın bu talebini 13 Temmuz 2009 tarihinde reddetmiştir. Mahkeme kararında TİB'in verdiği görüşe atıf yapmış ve engelleme kararına uygun olarak uyuşmazlık konusu siteye erişimin engellenmesinin tek yolunun suça konu içeriği yayınlayan "http://sites.google.com" sayfasına erişimin engellenmesi olduğu görüşünü ortaya koymuştur.

14. Başvuran, Mahkeme'ye sunduğu 25 Nisan 2012 tarihli mektubunda, kendisinin bildiği kadarıyla, sitenin sahibine karşı yürütülen adli soruşturmanın 25 Mart 2011 tarihinde, yurtdışında

bulunan şüphelinin kimliğinin ve adresinin tespitinin imkansız olması sebebiyle takipsizlikle sonuçlanmasına rağmen hala kendi internet sitesine erişemediğini belirtmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI

A. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

15. 5651 sayılı yasanın ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

"***Madde 2***

Tanımlar

1) Bu Kanunun uygulamasında;

(...)

e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

(...)

ğ) İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri,

(...)

l) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,

Madde 4

İçerik Sağlayanın Sorumluluğu

(1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir (...)

(...)

Madde 5

Yer sağlayıcının yükümlülükleri

(1) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür.

Madde 6

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

(1) a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle,

(...)

Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

(...)

Madde 8

Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103.1),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(...)"

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde (...) erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (...)

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (...)

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı (...) kaldırılır."

16. TİB, 5397 sayılı ve 3 Temmuz 2005 tarihli yasa ile tadil edilen 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun geçici 7.maddesi uyarınca kurulmuştur. İdari bir kurum olarak, aynı zamanda telekomünikasyon araçları tarafından yayılan bilgilerin kaydı ve kontrolü hususunda da yetkilendirilmiştir.

17. Uygulamada, bir mahkemenin belli bir siteye erişimin engellenmesi kararı vermesi halinde, bu tedbir kararının yerine getirilmesinden TİB sorumludur. 5651 sayılı yasanın 8.3 ve 8.4 maddeleri uyarınca, içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcının yurtdışında bulunması halinde TİB aracılık hizmeti sunanın sayfalarına erişimi tamamen engelleyebilir. Erişimin engellenmesi kararının alınması, yalnızca ceza yargılamasına konu olan karar değil, bir internet alan adının

(domain) içeriğinin tamamına erişimin engellenmesi riskini doğurmaktadır. Bu sebepledir ki "blogspot.com", "blogger.com", "google groups", "myspace.com" ve yine "youtube.com" gibi alan adları yer sağladıkları siteler yüzünden uzun süreler boyunca erişimin engellenmesi kararlarına konu olmuşlardır.

18. 5651 sayılı yasada yer alan "yayın" terimi de doktrinde bir tartışma konusu olmuştur. Bazı yorumculara göre ğ) bendinde " internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler" şeklinde tanımlanan "internet ortamında yapılan yayın" terimi ile "internet ortamında yapılan yayın" şeklinde tanımlanan aynı maddenin l) bendinde yer alan "yayın" terimi birbiriyle çelişmektedir. Esasen, burada zorluk "internet üzerinde erişilebilen veri" ifadesinin kullanılmasından kaynaklanmaktadır zira bu ifade internette yer alan her türlü veriyi kapsayabilecektir.

III. ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. Avrupa Konseyi

1. Sanal suçlara ilişkin sözleşme

19. 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren Sanal Suçlarla Mücadele Sözleşmesi (STE no 185), Avrupa'dan, Kanada'dan, Japonya'dan, Güney Afrika'dan ve Amerika Birleşik Devletleri'nden gelen Avrupa Konseyi üyeleri tarafından hazırlanmıştır. Gizliliğe, bilişim veri ve sistemlerinin bütünlüğü ve elverişliliğine karşı işlenen suçlar, dijital hile ve tahrif suçları, bilişim içeriği ile alakalı özellikle çocuk pornosu ile alakalı suçlar ve fikri mülkiyet haklarına ve ilgili haklara yapılan saldırılara bağlı suçlar gibi sanal suçlar olarak nitelendirilebilecek farklı suç tiplerini hedeflemektedir:

2. Bakanlar Komitesi

a. CM (2005) 56 sayılı Bakanlar Komitesi Bildirisi

20. Bilgi Toplumunda İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Hakkında Bakanlar Komitesi Bildirisi'nin (CM (2005) 56 sayılı, 13 Mayıs 2005 tarihli) önsözünde, "[telekomünikasyon ve bilgi teknolojilerine (TBT)] limitli erişimin veya erişim yokluğunun bireyleri temel haklarını tam olarak kullanma imkanından mahrum bırakabileceği" belirtilmiştir. Bu bildiride "bilgi toplumunda insan hakları" başlıklı ilk bölümünde aşağıdakiler ifade edilmiştir:

"*1. İfade, Bilgi ve İletişim Özgürlüğü Hakkı*

TBT'ler herkese ifade özgürlüğünden yararlanmak konusundan emsali olmayan imkanlar sunmaktadır. Bununla birlikte, bunlar aynı zamanda bu özgürlüğe ağır bir şekilde gölge de düşürmektedir, örneğin devlet veya özel sektör tarafından sansür uygulanması halinde.

İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğüne dijital olmayan ortamda gösterilen saygının aynısı dijital ortamda da gösterilmelidir. Bu özgürlüğün dijital bir form içinde vücut bulması sebebiyle, AİHS'in 10.maddesinde yer alan kısıtlamalardan farklı kısıtlamalara tabi olması doğru olmayacaktır.

Üye Devletler, bir yandan ifade özgürlüğünü güvence altına alırken, öte yandan da ırkçı nitelik taşıyan veya ırk ayrımcılığı ve çocuk pornosu içeren içerikler gibi yasadışı içerikler ile mücadeleye ilişkin olan yerel mevzuatlarının TBT yoluyla işlenen suçlara da uygulanmasını gözetmelidir.

Üye Devletler, Devlet ve özel sektör sansürünün önlenmesi için hukuki ve uygulamaya dönük önlemleri muhafaza etmeli ve güçlendirmelidir. (...)"

b. 28 Mayıs 2003 tarihli bildiri

21. 28 Mayıs 2003 tarihinde, Bakan Delegeleri'nin 840'ıncı bileşimi sırasında, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen "İnternette iletişim özgürlüğü" başlıklı bildirinin önsözünde, internette iletişimin üzerinde uygulanacak sınır gözetmeyen bir a priori kontrolün istisnai olması ve bireylerin internete erişiminin önündeki engellerin ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmektedir. Bildiri aynı zamanda aşağıdaki ilkeleri ortaya koymaktadır:

"(...)

İlke 1: İnternet üzerindeki içeriğe ilişkin kurallar

Üye Devletler internette yayınlanan içeriği diğer içerik dağıtım araçlarına uygulanan kısıtlamalardan daha ileriye giden kısıtlamalara tabi tutmamalıdır.

(...)

İlke 3: Devletin ön kontrolünün bulunmaması

Kamu kurumları, engelleme veya filtreleme gibi genel önlemler vasıtasıyla, sınır tanımayan bir şekilde toplumun bilgiye veya internet ortamındaki diğer iletişime erişmesinin önüne geçmemelidir. Bu durum küçüklerin erişebileceği okullar veya kütüphane gibi yerlerde küçüklerin korunması amacıyla filtreleme yapılmasını engellemeyecektir.

Yetkili ulusal makamlar bunun yasal olmadığı hususunda geçici veya nihai bir karar verdikleri takdirde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 10.2 maddesinde yer alan güvencelere saygı gösterilmesi kaydıyla, açıkça tespit edilebilen bir internet içeriğinin silinmesi için veya, alternatif olarak, buna erişimin engellenmesi için gerekli önlemler alınabilir.

(...)"

22. Bildirinin açıklayıcı notunda, 3 nolu ilkeye ilişkin aşağıdaki yoruma yer verilmiştir:

"Devletin ön kontrolünün bulunmaması

Bu ilke toplumun internet ortamındaki aramalarına ilişkin devletin ön kontrolünün olmamasının öneminin altını çizmektedir. Birtakım devletler gerçekten de vatandaşlarının bazı yabancı veya yerel internet sitelerin içeriklerine erişimlerini siyasi gerekçelerle engelleme eğilimi içindedir. Bu uygulama ve devletin ön kontrolüne ilişkin her türlü benzer uygulama sert bir şekilde kınanmalıdır.

Her ne kadar Devletler istenmeyen içeriğe erişimi engelleyici geniş çaplı önlemleri hiçbir koşulda almamalılar ise de, küçüklerin korunması için gerekli istisnalara izin verilmelidir. Küçüklerin internete örneğin okulda veya kütüphanelerde erişimleri sırasında, kamu kurumları zarar verici içeriklere erişimin engellenmesi için bilgisayarlara filtre kurulmasını talep edebilir.

Devletin önceden kontrolünün eksikliği şüphesiz ki yalnızca ceza hukuku açısından değil hukukun idari ve medeni hukuk gibi diğer dalları açısından da bir içeriğin yasal olmadığına ilişkin yetkili ulusal makamlar tarafından alınan geçici veya nihai bir karar sonucunda söz konusu internet içeriğinin silinmesi veya buna erişimin engellenmesi için gerekli önlemlerin alınması imkanını ortadan kaldırmaz. Yasadışı bir içeriğe toplumun erişiminin engellemesini önleyici tedbirler bu şekilde alınabilecek önlemlerden sayılabilir. Önceden kontrole sebep verebilecek bu tarz önlemler, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 10.2 maddesinin hükümlerine uygun olmalı ve açıkça tespit edilebilen bir internet içeriğine karşı yönelmelidir."

c. CM/REC (2007)16 nolu Tavsiye Kararı

23. 2007 yılında, Bakanlar Komitesi internetin kamu hizmeti niteliğini tanıtmaya yönelik önemlere dair CM/REC (2007) 16 nolu tavsiye kararını kabul etti. Sırasıyla "Erişim" ve "Açılış" başlıklı ikinci ve üçüncü bölümlerinde internete erişilebilirlik ve izin verilen kısıtlamalar konuları üstü kapalı olarak ele alınmıştır.

d. CM/REC (2007)11 nolu Tavsiye Kararı

24. Yine 2007 yılında, Bakanlar Komitesi yeni bilgi ve iletişim ortamında ifade ve bilgi özgürlüğünün desteklenmesine yönelik olarak CM/REC (2007) 11 nolu tavsiye kararını kabul etti.

e. CM/REC (2008)6 nolu Tavsiye Kararı

25. 2008 yılında, Bakanlar Komitesi CM/REC (2008) 6 nolu tavsiye kararını kabul etmiştir. Söz konusu tavsiye kararının ekinde, ifade ve bilgi özgürlüğünün tam olarak kullanılabilmesi için internet filtrelerinin kontrolü ve kullanılmasına ilişkin kılavuz ilkelere yer verilmiştir.

f. CM/REC (2012)3 nolu Tavsiye Kararı

26. 4 Nisan 2012 tarihinde, Bakanlar Komitesi arama motorlarına ilişkin olarak insan haklarının korunmasına dair CM/REC (2012)3 nolu tavsiye kararını kabul etmiştir. Bu bildirinin ilk paragrafında, "arama motorlarının kamunun bilgileri, fikirleri ve diğer içerikleri arama, alma ve iletmesine, özellikle de bilgiye erişmesini, tartışmalarda yer almasını ve demokratik süreçlere katılmasını mümkün kıldığının altı çizilmiştir.

B. Avrupa Birliği

a. 2008/2160(INI) sayılı Tavsiye Kararı

27. Avrupa Parlamentosu tarafından 26 Mart 2009 tarihinde alınan 2008/2160(INI) sayılı Tavsiye kararında, kayıtsız ve emin şekilde internete erişimin sağlanması yoluyla bilişim demokrasinin kurulması konusunda harcanan çabalara Devletlerin katılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, Parlamento, internet sitelerinde aranabilen içeriğe karşı hükümetler tarafından uygulanan sansürün kınanmasını tavsiye etmiş ve üye Devletlerin "ifade özgürlüğünün kamu ve/veya özel ortamdan gelebilecek keyfi kısıtlamalara tabi tutulmamasını güvence altına almaya ve ifade özgürlüğünün her türlü boyutu üzerinde caydırıcı bir etki yaratabilecek yasal veya idari önlemleri almaktan kaçınmaya" davet etmiştir.

b. Scarlet Extended S.A/ Société Belge des auteurs compositeurs et editeurs (Belçikalı Yazar, Bestekar ve Editörler Derneği) kararı (Avrupa Birliği Adalet Divanı)

28. Avrupa Birliği Adalet Divanı ("**AAD**") C-70/10 sayılı davada, Belçikalı bir servis sağlayıcısından fikri mülkiyet haklarını haleldar edebilecek her türlü online aktiviteyi engellemesini ve bunun için daimi bir kontrol tesis edecek bir yazılım kurmasını talep eden Belçika mahkemesi kararına ilişkin bir ön hukuki karar sorusunu ele almıştır.

29. 24 Kasım 2011 tarihli kararında, AAD fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin, aracıların sağladığı hizmetlerin kendilerinin fikri mülkiyet haklarına halel getirmek için üçüncü kişiler tarafından kullanılması halinde, aracılara karşı bir karar alınmasını talep edebileceklerini ve verilecek mahkeme emirlerinin yöntemlerinin ulusal hukukla ilişkili olduğunu hatırlatmıştır. Ancak, bu ulusal kurallar Birlik hukukundan kaynaklanan sınırlamalar ile özellikle de elektronik ticarete dair 2001/31/CE direktifinde öngörülen yasak (ki bu yasağa göre ulusal makamlar internet erişim sağlayıcısını kendi ağı üzerinde iletilen bilgilerin genel denetimini yapmaya mecbur edecek önlemler almamalıdır) ile uyumlu olmalıdır. Ayrıca, internet erişim sağlayıcısını bu şekilde bir filtreleme sistemi kurmaya mecbur edecek bir mahkeme emri, bir yandan fikri mülkiyet hakkı ile öte yandan teşebbüs özgürlüğü, kişisel verilerin korunması hakkı ve bilgi alma veya iletme özgürlükleri arasında adil denge bulunması gerekliliğini zedeleyecektir. AAD, buradan hareket ile de, internet erişim sağlayıcısına, ayırt etmeksizin müşteri portföyünün tamamına yönelik olmak, kendi servisi üzerinden aktarılan tüm elektronik haberleşmenin filtrelenmesi için bir sistem kurması yönündeki önleyici tedbir niteliğinde, masrafları sağlayıcıya ait olmak üzere ve herhangi zaman sınırı öngörmeyen mahkeme emrinin Birlik hukukuna ve özellikle de 2000/31/CE sayılı direktife ve temel haklara aykırı olduğu görüşüne varmıştır.

C. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

30. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 11-19 Temmuz 2011 tarihleri arasında gerçekleşen 102'inci oturumunda kabul ettiği Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 19.maddesine ilişkin olarak 34 sayılı genel değerlendirmesinde şunları ifade etmiştir:

> "*43. İnternet sitelerinin, blogların ve internet yoluyla, elektronik veya diğer yollarla (internet erişim sağlayıcıları veya arama motorları gibi bu iletişim araçları ile ilişkili destek sistemler dahil olmak üzere) bilgi dağıtımını sağlayan her türlü sistemin işleyişine getirilen kısıtlamalar ancak 3'üncü paragraf ile uyumlu olduğu sürece yasal olacaktır. Yasal kısıtlamalar genel olarak spesifik bir içeriğe yönelmelidir; bazı site ve sistemleri etkileyen işleyişe ilişkin genel yasaklamalar 3'üncü paragrafa aykırı olacaktır. Salt hükümeti veya hükümet tarafından benimsenen politik ve sosyal sistemi eleştirmiş olabileceği sebebiyle bir internet sitesinin veya bilgi dağıtım sisteminin söz konusu içeriği yayınlamasını yasaklamak da yine 3'üncü paragrafa aykırı olacaktır.*"

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

31. Yeni teknolojilerin hızla geliştiği bir ortamda şekillenen internete ilişkin mevzuatın dinamik ve parçalı olduğu göz önüne alınırsa, Avrupa Konseyi ülkelerinin karşılaştırmalı hukuku

unsurlarına dair ortak standartların tespiti güçtür. Mahkeme tarafından Avrupa Konseyi'nin yirmi üye ülkesinin (Almanya, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Litvanya, Hollanda, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Rusya, Slovenya ve İsviçre) yerel mevzuatlarına ilişkin yaptığı araştırma göstermektedir ki internete erişim hakkı teoride ifade özgürlüğüne ve bilgi ve fikre ulaşma özgürlüğüne ilişkin anayasal güvenceler ile korunmaktadır. Söz konusu hak ulusal anayasalar tarafından korunan bilgi ve haberleşmeye erişim hakkının özünde yer alan bir hak olarak mütalaa edilmektedir. Öyle ki herkesin bilgi toplumuna katılma hakkını ve Devletlerin vatandaşlarının internete erişimini güvence altına alması yükümlülüğünü içermektedir. Bu şekilde, ifade özgürlüğüne adanan güvencelerin toplamı internete hiçbir kısıt olmaksızın erişim hakkı için de uygun temeli oluşturmaktadır.

32. Özellikle, 10 Haziran 2009 tarihli kararında (2009-580 DC sayılı karar), Fransız Anayasa Mahkemesi açıkça ifade özgürlüğünün günümüzde internete erişim hakkını içerecek şekilde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu kararda mahkeme aynı zamanda internete erişimin kısıtlanmasına ilişkin şu ana ilkeleri ortaya koymuştur: sanal haberleşme hizmetlerine özgürce erişim hakkı ancak bir hakim tarafından, adil bir yargılama sonucunda ve orantılı bir müeyyide verilmesi suretiyle kısıtlanmalıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre "1789 Bildirgesi'nin 11.maddesi tarafından güvence altına alınan özgürlüğün ruhu dikkate alınmak suretiyle, yasa koyucu […] eser sahibi haklarının veya onunla alakalı hakların sahiplerinin haklarını korumak amacıyla (internete erişimi engellemek veya kısıtlamak yönündeki) yetkilerini idari bir makama devretmemelidir". Bu nedenle de, Anayasa Mahkemesi eser sahibi haklarının ihlali halinde, mahkeme kararı olmaksızın, internete erişimin kesilmesine yetki veren yasanın ilgili maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Çekişmeli bir yargı süreci sonucunda tamamlayıcı bir ceza teşkil edecek şekilde erişimin geçici suretle askıya alınması ise mümkündür. Anayasa Mahkemesi'ne göre bölge idare hakimi tarafından geçici tedbir veya önlemlere ancak "bunların söz konusu hakların korunması için kesin olarak gerekli olması halinde" karar verilebilmelidir.

33. İnternette yasadışı içeriğe ilişkin uygulanabilecek olası kısıtlama önlemlerine ilişkin olarak ise, Avrupa ülkelerinin mevzuatları, birey tarafından internete erişimin askıya alınmasından yasadışı içeriğin silinmesinden belirli bir sitenin yasaklanmasına kadar, çok farklı yaklaşım ve yasal tedbirleri öngörmektedir. Prensipte, küçüklerin haklarının korunması ve onların cinsel istismarı ile mücadele Avrupa ülkelerinin çoğunluğu (Almanya, Birleşik Krallık, İsviçre ve Fransa) tarafından belirli internet sitelerine erişimin kısıtlanmasına yönelik alınan uygun tedbirlerin temelini teşkil etmektedir. Toplu suçlara bakılacak olursa da, erişimin kısıtlanmasına

yönelik tedbirlerin farklı olup altı ülkede (Avusturya, Estonya, Finlandiya, İtalya, Litvanya, Hollanda) daha az katıdır.

34. Erişimin kısıtlanmasına yönelik tedbirlerin kapsamına bakıldığında ise, genel olarak işlenen suçun türüne göre (fikri mülkiyet haklarına karşı suçlar veya toplum suçları) bir ayrıma gidildiği görülmektedir. "Freedom of Expression on the Internet: Study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States" başlıklı AGİT raporuna göre, Avusturya, Almanya, Polonya ve Çek Cumhuriyeti'nde genel olarak internete erişimin engellenmesine ilişkin kanun hükümleri yoktur. Genel erişimin engellenmesine ilişkin kanun hükümlerinin yokluğunda, beş devletin mevzuatında (Estonya, Rusya Federasyonu, Finlandiya, Hollanda, Birleşik Krallık) birtakım suçlar için engelleme öngören belirli kanun hükümleri bulunmaktadır. Bu suçlar hakaret veya terörizmi özendirme dahil olmak üzere çocuk pornosunu, ırkçılığı ve nefret söylemini kapsamaktadır.

35. Rusya'da, her ne kadar internete erişim genel ölçekte engellenemese de, federal kanunlar belirli sebeplere, anayasal sistemin esaslarının, ahlakın, sağlığın ve üçüncü kişilerin meşru hak ve menfaatlerinin korunması veya ulusal savunma ve güvenliğin sağlanması gibi, dayanarak internete erişimin kısıtlanmasına izin vermektedir (149-FZ sayılı federal kanun).

36. Sitelerin kapatılması ve/veya erişimin engellenmesini öngören genel veya belirli bir yasal bir mevzuatı olmayan ülkeler için ise, bu mevzuatın yokluğu hakim tarafından bu şekilde engelleme tedbirlerinin alınmasını veya bunların keyfi bir şekilde uygulanmasını engellememektedir.

37. İnternete erişimin yasaklanmasına dair karara itiraz etme olanakları ise bilgiye ulaşma ve ifade etme haklarının korunmasını sağlayan genel güvencelere sıkı sıkıya bağlıdır. Azerbaycan, Belçika, İspanya, Litvanya, Birleşik Krallık ve Çek Cumhuriyeti'nde, bir internet sayfasına erişimin kısıtlanmasına ilişkin bir tedbire itiraz yöntemlerine dair özel hükümler bulunmamaktadır. Bu konuda ifade ve bilgi özgürlüğüne ilişkin anayasanın genel hükümlerine veya Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi, kullanıcının itiraz ettiği tedbirin konusu ile yeterince alakalı bir menfaati olduğunu kanıtlaması halinde doğan "judicial review" imkanına yollama yapılmaktadır. Estonya'da, ulusal makamların erişilebilir kılmakla yükümlü oldukları kamusal bir bilginin söz konusu olması halinde, yerel mevzuat özel olarak internet üzerindeki bilgiye yönelik erişim kısıtlamasına bir üst idari mahkeme, özel bir makam veya doğrudan idari mahkeme önünde itiraz etme hakkını öngörmüştür ("Public Information Act").

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

38. Başvuran kendi sitesi ile hiçbir alakası olmayan bir ceza davası kapsamında alınan tedbir sonucu kendi sitesine erişimin imkansız hale gelişinden şikayet etmektedir. Bu tedbirin aşağıda yer alan Sözleşme'nin 10.maddesi hükümleri tarafından güvence altına alınmış bilgi ve fikir alma ve iletme özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

"*1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

39. Hükümet savunma yapmamıştır.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

40. Mahkeme şikayetlerin, Sözleşme'nin 35.3 a) maddesi anlamında dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, kabul edilemez oldukları sonucuna varmak için hiçbir gerekçe bulunmadığı kanısındadır. Bu nedenle, kabul edilebilir olduklarına karar verilmelidir.

B. Davanın esası hakkında

1. Tarafların İddiaları

41. Başvuran Google Sites'ın yasaklanmasının dolaylı bir sansür teşkil ettiğini savunmaktadır. Onun açısından bu engellemenin sonucu, ki bunun sonucunda Google Sites'ın yasaklanmasına sebep olan yasadışı içerik ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan kendi sitesine erişimin imkansız hale gelmiştir, hedeflenen amaçlar ile orantılı değildir. Başvuran ayrıca Google Sites'ın yasaklanması ile sonuçlanan süreç adil ve tarafsız olarak nitelendirilemeyeceğini düşünmektedir.

42. Hükümet savunma yapmamıştır.

2. Üçüncü Kişi Müdahiller

43. Mahkeme'nin içtihadı dikkate alındığında, The Open Society Justice Initiative derneğinin görüşü Google Sites büyük miktarda veri ve bilgi içerdiğinden, bu bakımdan, onu büyük gazetelerin arşivlerine veya geleneksel kütüphanelere benzetmek mümkün olup, uyuşmazlık konusu tedbirin yayına karşı bir önceden kısıtlama şeklinde ele alınmasının gerekli olduğu yönündedir. Dernek, bu davada alınan önlemin amacı Atatürk'ün hatırasına zarar veren bir içeriği yayınlayan bir internet sitesine erişimin engellenmesi iken, uyuşmazlık konusu siteye yer sağlayan Google Sites'ın tamamına erişim engellenmiştir. Bu miktardaki bilgiye erişimi belirsiz süreli engelleyen böyle bir tedbir önceden kısıtlamaya son derece benzemektedir zira internet kullanıcılarının engellenen içeriğe belirsiz süreli erişmekten alıkoymaktadır. Ancak, bu şekilde kısıtlamalar öyle büyük tehlikeler arz etmektedir ki Mahkeme'nin en dikkatli incelemesini gerekli kılmaktadır.

44. The Open Society Justice Initiative bir grup internet sitesine erişimi engelleyen engelleyici tedbirlerin "tali sansür" riski doğurduğunu ve bu yüzden de onlara göre orantısız olan bu şekilde yöntemlere başvurulmasının kaçınılmasının uyuşmazlık konusu sitenin yalnızca hedeflenmesinin teknik olarak mümkün olması halinde daha uygun olacağını eklemektedir. Dernek, Avrupa Konseyi üye ülkelerinden örnekler vermek suretiyle, davaya konu olayda alınan tedbir ile benzer özellikler taşıyan büyük ölçekte bir internet içeriğinin erişimine yönelik olarak herhangi bir engelleme tedbirinin Fransa, Almanya veya Birleşik Krallık'ta hiçbir zaman alınmadığını ortaya koymuştur.

45. Bunun yanında, Türk sistemi keyfi uygulamaları karşı yeterli güvenceleri sağlamayacaktır. Bu bakımdan, engelleme kararından etkilenen diğer sitelerin sahiplerini veya içerik sağlayıcılarını bilgilendirme konusunda hiçbir yükümlülük de olmayacaktır. Buna ilaveten, bu ülkede, hiçbir garanti verilmeksizin, binlerce kullanıcısı olan internet sitelerinin sayısız engellemesi konusunda karar alınabilecektir. Örneğin, "youtube.com", "GeoCities", "Dailymotion" ve "Google" un birçok hizmeti aylar veya yıllar boyunca yasaklanabilecek ve kayda değer bir "tali sansüre" sebebiyet verecektir.

3. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

a. Müdahalenin varlığı hakkında

46. Mahkeme Başvuran'ın akademik çalışmalarını ve farklı alanlarda görüşlerini yayınladığı bir internet sitesinin sahibi ve kullanıcısı olduğunu gözlemlemektedir. Başvuran kendi internet sitesi ile hiçbir alakası olmayan bir ceza davası kapsamında verilen bir tedbir kararı sonucu kendi internet sitesine erişememekten şikayet etmektedir. Onun görüşüne göre, esasa ilişkin bir karardan önce olan önceden kısıtlamanın varlığı söz konusudur.

47. Mahkeme Sözleşme'nin 10.maddesinin yayınların önceden kısıtlanmasını tümüne yasak getirmediğini hatırlatır. Bu hükümde yer alan "koşullar", "kısıtlamalar", "engellemek" ve "önüne geçme" terimleri ve Sunday Times/Birleşik Krallık (1 sayılı) (26 Nisan 1979 A serisi 30 sayılı) ve markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann/Almanya (20 Kasım 1989 A serisi 165 sayılı) kararları bunun göstergesidir. Bu şekilde kısıtlamalar öylesine büyük tehlikeler arz etmektedir ki Mahkeme'nin en dikkatli incelemesini gerekli kılmaktadır. Bu durum özellikle basınla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır; bilgi yok olabilir bir emtia olup bunun yayımlanmasını geciktirmek, çok kısa bir süre için dahi olsa, onun tüm değeri ve tüm ilginçliğinden mahrum kalması riskini doğurmaktadır. Bu risk yine periyodik yayınlar dışında güncel konulara ilişkin olan diğer yayınlar için de geçerlidir.

48. İnternet sitelerinin ifade özgürlüğünün kullanılması açısından önemine ilişki olarak, Mahkeme önceden Times Newspapers / Birleşik Krallık (1 ve 2 sayılı) (3002/03 ve 23676/03 sayılı § 27 AIHM 2009) kararında aşağıdakileri ifade ettiğini hatırlatır:

"[e]erişilebilirliklerinin yanısıra büyük miktarda veriyi muhafaza etme ve dağıtma imkanları sayesinde, internet siteleri kamunun güncele erişiminin iyileştirilmesine ve bilginin iletilmesinin kolaylaştırılmasında önemli derecede katkıda bulunmaktadır."

49. Bu değerlendirmeler dava konusu olay için de geçerlidir. Esasen, Mahkeme Google Sites'ın bir grup merkezinde bir internet sitesi yaratma ve paylaşmayı kolaylaştıran Google'un bir modülü olduğunu ve dolayısıyla da ifade özgürlüğünün kullanılması açısından bir aracı teşkil ettiğini belirtmektedir.

50. Bu bakımdan, Sözleşme'nin 10.maddesinin ifade özgürlüğünü "herkes" açısından güvence altına aldığının; madde amaçlanan hedefin doğasına göre veya gerçek veya tüzel kişilerin bu özgürlüğün kullanılmasında oynadıkları rollere göre ayrım yapılmadığının altını çizer (Çetin ve diğerleri / Türkiye 40153/98 ve 40160/98 sayılı §57, AIHM 2003-III (parçalar)). Yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarına da ilgilendirmektedir çünkü bunlara getirilen her türlü kısıtlama bilgi alma ve verme özgürlüğüne dokunmaktadır. (bkz. kıyasen, Autronic AG / İsviçre, 22 Mayıs 1990, §47 A serisi 178 sayılı). Aynı şekilde, Mahkeme birçok defa 10.maddenin yalnızca bilgilerin iletilmesi hakkını değil aynı zamanda toplum açısından bilgi alma hakkını da güvence altına aldığını belirtmiştir (Observer ve Guardian / Birleşik Krallık, 26 Kasım 1991, §59 b) ve Guerra ve diğerleri / İtalya, 19 Şubat 1998, §53, 1998-1).

51. Dava konusu olayda, internet sitesine erişimin engellenmesi tedbirinin temelinde Denizli Asliye Ceza Mahkemesi tarafından alınan bir karar yatmaktadır. Başlangıçta, Atatürk'ün hatırasına hakareti yasaklayan 5816 sayılı kanun uyarınca üçüncü bir internet sitesine karşı

başlatılan ceza soruşturması kapsamında mahkeme tarafından alınan önleyici nitelikte bir tedbir söz konusu. Ancak, söz konusu engelleme tedbirini uygulamakla görevli olan idari kurum, yani TİB, Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesi yönünde bir karar verilmesini talep etmiştir. 24 Haziran 2009 tarihli karar ile de Denizli Asliye Ceza Mahkemesi bu talebi kabul etmiştir. Başvuran tarafından yapılan itiraz üzerine, Denizli mahkemesi ceza soruşturmasına konu siteyi engellemenin tek yolunun Google Sites'a erişimin engellenmesi olduğu düşüncesiyle bu kararında ısrar etmiştir. Bu şekilde ise TİB "Google Sites" alan adının tamamına erişimi engellemiş olup rastlantısal bir şekilde Başvuran'ın kendi sitesine erişiminin önüne geçmiştir. Dosyanın içeriğine göre, Başvuran kendisini belirsiz bir süre boyunca kendi internet sitesine erişiminin imkansız olduğu bir durumda bulmuş ve bu amaçla yaptığı denemeler mahkeme tarafından verilen erişimin engellenmesine kararına kaçınılmaz bir şekilde takılmıştır. Bu bakımdan Başvuran meşru olarak söz konusu tedbirin bilgi ve fikir alma ve verme hakkını etkilediği iddiasında bulunabilir.

52. Dolayısıyla, bu davanın kalbinde hukuki bir süreç kapsamında alınan önleyici tedbir niteliğindeki kararın yan etkileri yer almaktadır. TİB, Denizli Asliye Ceza Mahkemesi tarafından alınan kararın icrası için bu sürece konu olmayan Google Site ve Başvuran'ın sitelerine erişimi engellemiştir. Bu tedbirin de esasa ilişkin bir karar verilene veya Google Sites'ın yer sağladığı siteden yasadışı içerik silinene (5651 sayılı yasa 9.madde) kadar sürmesi söz konusu olmuştur. Dolayısıyla, esasa ilişkin bir karardan önce gelen bir önceden kısıtlamayı teşkil etmiştir.

53. Mahkeme, yasal temeli ne olursa olsun, bu şekilde bir tedbirin internete erişimi etkileyebilme eğilimi olup bu sebeple de davalı Devlet'in 10.madde kapsamında sorumluluğunu doğurmaktadır (bkz. kıyasen, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi / Avusturya, 19 Aralık 1994, §27, A serisi 302 sayılı) .

54. Mahkeme uyuşmazlık konusu engellemenin başkaca bir internet sitesine uygulanan bir müeyyideden kaynaklandığını da gözlemlemektedir. Google Sites'ın tamamen engellenmesi yüzünden, söz konusu alan adında yer alan başkaca bir internet sitesinin sahibi olan Başvuran bu engellemeden etkilemiştir. Şüphesiz ki, kelimenin tam anlamıyla tümden bir yasaklamadan ziyade internete erişimin kısıtlanması söz konusudur ki bu kısıtlama esasen Başvuran'ın kendi internet sitesine erişimini de engellemiştir. Bununla birlikte, uyuşmazlık konusu kısıtlamanın sınırlı etkileri onun önemini azaltmamaktadır zira içinde politik veya kamu menfaatine ilişkin sorulara ilişkin tartışma ve eylemlere katılım konusunda asli vasıtaları barındıran internet günümüzde bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğünü kullanmaları bakımından en önemli araçlardan biri haline gelmiştir.

55. Özetle, Mahkeme uyuşmazlık konusu tedbirin bir internet sitesine erişimin tedbiren engellenmesinden doğan bir kısıtlama şeklinde ortaya çıktığı görüşünde olup bu tedbirin icrası için mahkeme, TİB'in talebi üzerine, Başvuran'ın da internet sitesinin yer aldığı Google Sites'a erişimin engellemesine karar vermiştir. Bu sebeple de Başvuran kendi internet sitesine erişiminin imkansız hale geldiği bir durumda kalmıştır. Bu husus Mahkeme'nin söz konusu tedbirin bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olan Başvuran'ın ifade özgürlüğü hakkına "kamu makamlarının müdahalesi" teşkil ettiği sonucuna varması açısından yeterlidir (bkz. kıyasen, Ayşe Öztürk / Türkiye, 24914/94, §42, 15 Ekim 2002).

56. Böylesine bir müdahale, "yasa tarafından öngörülmüş" olmadığı, 10.2 maddesinde yer alan meşru hedefi veya hedefleri gütmediği veya bu hedef veya hedeflere ulaşmak için "demokratik bir toplumda zorunlu" olmadığı takdirde 10.maddeye aykırı olacaktır.

b. Yasayla Öngörülen

57. Mahkeme "yasayla öngörülen" ifadesinin 10.2 maddesi anlamında, öncelikle suçlanan tedbirin iç hukukta bir dayanağı olmasını gerektirdiğini, ayrıca söz konusu yasanın niteliğine de ilişkin olduğunu, ilgilinin kendisi açısından ortaya çıkabilecek sonuçları ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumunu önceden değerlendirebilmesi için yasanın ilgili kişi açısından erişilebilir olması gerektiğini hatırlatmaktadır (bkz, birçokları arasından Dink / Türkiye 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09 sayılı, § 114, 14 Eylül 2010). Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre bir hukuk kuralı ancak aydınlatıcı tavsiyelere ilişkin ihtiyacı kuşatmak suretiyle herkesin kendi davranışını ayarlamasına izin verecek açıklıkta yazılması halinde "öngörülebilir" olacaktır (bkz. birçokları arasından RTBF / Türkiye no.50084/06, §103, 29 Mart 2011, Akçam / Türkiye no. 23964/96, §87, 30 Ekim 2001).

58. Dava konusu olayda, Mahkeme hukuki bir süreç sonucunda ilgili internet sitesine erişimin engellemesinin yasal bir temeli olduğunu, ki bu 5651 sayılı yasanın 8.1 maddesidir, gözlemlemektedir. Başvuran, 5651 sayılı yasanın 8.1 maddesinin erişilebilirlik ve öngörülebilirlik ölçütlerine uyup uymadığına ilişkin soruya olumsuz cevap verilmesi gerektiği zira söz konusu hükmün onun için son derece belirsiz olduğu görüşündedir.

59. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, bu ölçütlerin tatmin edilmesi için, yerel hukukun Sözleşme altında güvence altına alınan haklara kamu gücünün keyfi müdahalelerine karşı birtakım korumalar sunması gerekmektedir. Yasanın yürütme organına temel haklara ilişkin konularda sınırsız bir takdir yetkisi vermesi halinde, Sözleşme'nin kutsal saydığı demokratik bir toplumu oluşturan ana ilkelerden biri olan, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Bu sebeple, yasa bu gücün kullanılmasının yöntemini ve kapsamını yeterli netlikten

düzenlemelidir (bkz. birçokları arasından Sunday Times, yukarıda atıf yapılan, §49 ve Maestri / İtalya [Büyük Daire] no.39748/98 §30, AIHM 2004-I)

60. Bu noktada sorulan soru, engelleme kararının alındığı anda, bu konuya ilişkin Başvuran'ın davranışlarını ayarlamasına imkan verecek açık ve net bir hükmün olup olmadığıdır.

61. Mahkeme, 5651 sayılı yasanın 8.1 maddesi uyarınca hakimin "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak" erişimin engellenmesi karar vermesinin mümkün olduğunu gözlemlemektedir. İlgili yasanın 2.maddesi "yayın" teriminin iki farklı tanımını vermektedir: ğ) bendinde "İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler" şeklinde tanımlanmış olup l) bendinde ise "internet ortamında yapılan yayın" olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar "yayın" terimi son derece geniş kapsamlı ve internet üzerinde yayınlanan her türlü veriyi kapsayacak nitelikte olsa da, Başvuran'ın internet sitesinin ve Google Sites'ın olaydaki haliyle içeriklerinin bu hüküm kapsamı içinde olmasından ötürü 5651 sayılı yasanın 8.1 maddesinin uygulama alanına girmediği izahtan varestedir.

62. Esasen, Google Sites ve Başvuran'ın internet sitesi yukarıda bahsi geçen hüküm kapsamında bir yasal sürecin konusunu oluşturmamaktadır. 24 Haziran 2009 tarihli kararın atıf yaptığı (yukarıdaki 10.paragrafta) 5651 sayılı yasanın 8.1 maddesinin lafzından Google Sites'ın yer sağladığı internet sitesinin içeriğinden sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır. Ancak, söz konusu maddede 5651 sayılı yasanın içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının sorumluluğunu düzenleyen maddelerinde davaya konu olayda verilene benzer genel bir erişimin engellenmesi kararına dair herhangi hususunun yer almadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, yasanın Google Sites gibi bilgi ve fikir alışverişini mümkün kılan bir alan adı topluluğuna erişimin engellenmesine izin verdiği de ortaya konulmamıştır. Buna ilaveten, dava dosyasında Google Sites'ın 5651 sayılı yasanın 5.2 maddesi uyarınca yasadışı içeriğe yer sağladığı konusunda bilgilendirildiği veya aleyhine ceza soruşturması açılmış bir siteye ilişkin olarak tedbir niteliğindeki kararın gereklerini yerine getirmediği sonucuna varmamızı mümkün kılacak herhangi bir şey bulunmamaktadır.

63. Mahkeme 5651 sayılı yasanın 8.3 ve 8.4 maddelerinin bir idari kuruma (TİB), erişimin engellenmesi kararının icrası konusunda, ki başta belirli bir siteye ilişkin verilmiş olan, geniş yetkiler tanımaktadır. Davaya konu olay, TİB'in ilgili site veya alan adı aleyhine herhangi bir yasal süreç başlamadan veya toptan bir engellemenin gerçekten gerekliliği sabit olmadan erişimin engellenmesine ilişkin tedbirin genişletilmesini talep edebildiğini ortaya koymaktadır.

64. Ayrıca, Mahkeme yukarıda (47.paragrafta) belirtildiği üzere, önceden kısıtlamaların a priori olarak Sözleşme'ye aykırı olduğu görüşünde değildir. Bununla birlikte, bunlar, yasağın

sınırlandırılmasına ilişkin olarak katı olup muhtemel istismarların hukuki kontrolüne ilişkin de etkili olan bir yasal çerçevede ortaya çıkmalıdır (Association Ekin / Fransa, no. 39288/98, §58, AIHM 2001-VIII, bkz. yine kıyasen, Pravoye Delo'nun yazım komitesi ve Shtekel / Ukrayna no. 33014/05, §55, AIHM 2011 (parçalar)). Bu bakımdan, ihtilafa konu çıkarların tartılması ve bunlar arasındaki dengenin sağlanması üzerine kurulu olan hakimin böyle tedbirlere ilişkin hukuki kontrolün, ifade özgürlüğüne getirilen önleyici sınırlamalara özgü belirli ve açık kuralları içermeyen bir yasal çerçeve de gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır (RTBF, yukarıda atıf yapılan, §114). Ancak Denizli Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5651 sayılı yasa uyarınca Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesi kararını alırken, uyuşmazlık konusu siteye erişim engellenmesi için daha hafif bir tedbirin alınıp alınmayacağının mümkün olup olmadığını dahi araştırmadan (yukarıdaki 10.paragraf), TİB'in verdiği bir görüşe atıf yapmakla yetindiği şeklindeki bir gözlem isabetli olacaktır.

65. Bununla birlikte, Mahkeme, özellikle Başvuran'ın 1 Temmuz 2009 tarihli itirazında söz konusu tedbirden diğer internet sitelerinin etkilenmesini önlemek için yalnızca uyuşmazlık konusu siteye erişimi engelleyecek bir yöntemin seçilmesi gerektiğini vurguladığını hatırlatır.

66. Ayrıca, Mahkeme itirazı inceleyen hakimlerin olaydaki farklı menfaatleri özellikle de Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesinin gerekliliğini tarttıklarını işaret eden hiçbir olgunun bulunmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme'ye göre, bu eksiklik başlı başına hakimlere Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesinin gerekliliğinin incelemesi, bu suretle de Sözleşme'nin 10.maddesine ilişkin olarak Mahkeme tarafından ifade edilen ve hayata geçirilen ilkelerin dikkate alınması, konusunda hiçbir sorumluluk yüklenmeyen 5651 sayılı yasanın 8.maddesinden kaynaklanmaktadır. Esasen, burada bahsedilen yükümlülük doğrudan Sözleşme'den ve Mahkeme'nin içtihatlarından kaynaklanmaktadır. Hakimler verdikleri kararda yalnızca uyuşmazlık konusu siteye erişimin engellenmesinin bu şekilde verilen mahkeme kararına uygun olarak icrasının tek yolunun Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesi olduğunu (yukarıdaki 8,10 ve 13. paragraflar) tekrar etmişlerdir. Ancak, Mahkeme'nin görüşüne göre, büyük miktardaki bilgiye erişimi engelleyen böylesine tedbirlerin internet kullanıcılarının haklarını önemli derecede etkilemesi ve bunun üzerinde önemli bir yan etkisi olması sebebiyle hakimlerin yukarıda bahsedilen yükümlülüğü yerine getirmesi gerekliydi.

67. Bu değerlendirmeler ve ilgili mevzuatın, dava konusu olaya uygulandığı şekliyle, incelenmesi ışığında, Mahkeme kamunun müdahalesine sebebiyet veren 5651 sayılı yasanın 8.maddesinin Sözleşme tarafından ifade edilen öngörülebilirlik şartını taşımadığı ve Başvuran'ın demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün emrettiği ölçüde korumadan yaralanmasına izin

vermediği sonucuna varmıştır. Buna ilaveten, böylesine bir kanun metni, güvence altına hakların "ülke sınırları göz etmeksizin" geçerli olduğunu belirten Sözleşme'nin 10.maddesinin 1.paragrafının lafzına dahi aykırı gözükmektedir (bkz. aynı şekilde, Association Ekin, yukarıda atıf yapılan, §62).

68. Bu noktada, Mahkeme söz konusu tedbirin keyfi sonuçlar doğurduğunu ve yalnızca uyuşmazlık konusu siteye erişimi engelleme hedefi gütmediğini zira Google Sites tarafından yer sağlanan tüm internet sitelerinin engellenmesini teşkil ettiğine dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, internet sitelerine erişimin engellenmesinin hukuki kontrolü bunun istismarının önüne geçmek için gerekli şartları taşımamaktadır: yerel hukuk bir siteyi hedefleyen bir erişim engeli tedbirinin genel bir erişim engeli olarak kullanılmasından kaçınılması için hiçbir güvence öngörmemektedir.

69. Dolayısıyla Sözleşme'nin 10.maddesi ihlal edilmiştir.

70. Varılan bu sonuç göz önüne alındığında, Mahkeme 10.2 maddesinin diğer gerekliliklerine bu olayda uyulup uyulmadığının kontrolünün gerekli olmadığı düşüncesindedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6,7 VE 13.MADDELERİ İLE 1 NOLU PROTOKOLÜN 2.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

71. Sözleşme'nin 6 ve 13. maddelerine atıf yapmak suretiyle, Başvuran uyuşmazlık konusu tedbirin kontrolüne ve idari makamların muhtemel istismarının cezalandırılmasına yönelik etkili bir hukuki başvuru yolundan yararlanamadığından şikayet etmektedir.

7.madde açısından, o aynı zamanda Sözleşme'nin 7.maddesinin adandığı suç ve cezanın eşitliği ilkesinin de ihlal edildiğini iddia etmektedir.

Son olarak, 1 nolu Protokol'ün 2.maddesi bakımından ise, söz konusu yasaklamanın aynı zamanda doktora eğitiminin engellenmesi sonucuna yol açtığını iddia etmek suretiyle eğitim hakkının ihlal edildiğinden şikayet etmektedir.

72. Sözleşme'nin 10.maddesi kapsamında tespit ettiği ihlali göz önüne alarak (yukarıdaki 70.paragraf), Mahkeme davaya konu olayın ana hukuki sorunlarını ele aldığı görüşündedir. Davaya konu tüm olaylara bakıldığında, Mahkeme Sözleşme'nin 6,7,13.maddeleri ve 1 nolu Protokolün 2.maddesine ilişkin şikayetlerin ne kabul edilebilirlikleri ne de hukuki temelleri olup olmadığı hususlarının ayrıca karara bağlanması gerekmediğini kanısına varmıştır (Recep Kurt / Türkiye, no. 23164/09, §70, 22 Kasım 2011 ve Kamil Uzun / Türkiye, no. 37410/97, §64, 10 Mayıs 2007).

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

73. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca,

"Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder."

A. Tazminat

74. Başvuran uğradığını iddia ettiği manevi zararın tazmini için 10,000 Euro talep etmektedir.

75. Hükümet Başvuran'ın bu taleplerini reddetmektedir.

76. Mahkeme, Başvuran'a manevi tazminat olarak 7,500 Euro ödenmesi gerektiği düşüncesindedir.

B. Masraf ve Harcamalar

77. Başvuran aynı zamanda ulusal mahkemeler ve Mahkeme önünde yaptığı harcama ve masraflar için 3,300 Euro talep etmektedir. Ulusal mahkemeler ve Strasburg'taki makamlar önünde başvurusunu sunmasının İstanbul ve İzmir Barosu baro asgari ücret tarifesi uyarınca saatlik ücreti 250 TL'den 28 saati aşan bir çalışmayı gerektirdiğini iddia etmektedir.

78. Hükümet Başvuran'ın bu taleplerini reddetmektedir.

79. Mahkeme'nin içtihadına göre, Başvuran, yaptığı masraf ve harcamaların ödenmesi hakkına ancak bu masraf ve harcamaların gerçekten ve zorunlu olarak yapıldığı ve miktarının makul olduğu kanıtlandığı durumda sahiptir. Somut olayda, Başvuran'ın elinde bulunan dokümanları ve içtihadını göz önünde bulunduran Mahkeme, 1,000 Euro tutarındaki bir miktarın tüm masraflar için ödenmesinin makul olacağı kanısına varmıştır.

80. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredilendirmelerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermiştir.

BU GEREKÇELERE DAYANARAK MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE,

1. Başvuran'ın bilgi alma ve verme özgürlüğünün haksız bir ihlale uğradığı iddiasının kabul edilebilir olduğunu beyan etmiştir;

2. Sözleşme'nin 10.maddesinin ihlal edildiğine;

3. Sözleşme'nin 6,7 ve 13. maddeleri ile 1 nolu Protokol'ün 2.maddesine ilişkin şikayetlerin kabul edilebilirliğine ve hukuki temelleri olup olmadığına dair ayrıca inceleme yapılmasına gerek olmadığına;

4. a) Davalı devletin, Başvuran'a, Sözleşme'nin 44.2 maddesi gereğince, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, her türlü vergi masrafları ile birlikte ve ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere, aşağıdaki miktarların ödenmesine:

i) 7,500 Euro ve buna ek olarak vergi adında alınacak her türlü miktarın manevi tazminat için;

ii) 1,000 Euro ve buna ek olarak vergi adında alınacak her türlü miktarın masraf ve harcamalar için ödenmesine;

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar, bu miktarlara, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına karar vermiştir.

5. Başvuran'ın adil tazmine ilişkin talebinin kalanını reddetmiştir.

Fransızca dilinde tanzim edilmiş ve iç tüzüğün 77. 2 ve 77. 3 maddeleri uyarınca, 18 Aralık 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith **Guido Raimondi**

Katip **Başkan**

Sözleşme'nin 45.2 maddesine ve iç tüzüğün 74.2 maddesine uygun olarak, hakim Paulo Pinto de Albuquerque'nün ayrık görüşü bu kararın ekinde yer almaktadır.

G.RA

S.H.N.

HAKİM PİNTO DE ALBUQUERQUE'ÜN

AYRIK GÖRÜŞÜ

Yıldırım davası İnternetin tali olarak engellenmesine ilişkindir. Dava Türkiye'deki tüm kullanıcıların "Google Sites"[2] alan adına ve dolayısıyla da Başvuran'ın o alan adı altında barınan

[2] Google Sites, Google Apps'in bir bileşeni olup bireysel internet sitesi oluşturma ve hosting modülüdür.

kişisel internet sitesine erişimini engelleyen idari tedbir kararını ele almaktadır. Esasen, web 2.0 platformundaki ifade özgürlüğü meselesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("**Mahkeme**") tarafından ilk defa bu davada ele alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("**Sözleşme**") 10. Maddesinin ihlal edildiği tespitine katılmakla beraber kararın gerekçesinin, yapmış olması gerektiği gibi, bu alanda ifade özgürlüğüne getirilebilecek kısıtlamalara ilişkin ana ilkeleri ortaya koymadığı kanaatindeyim.[3] Bu görüş kararı tamamlamaya yönelik olup iki sebepten dolayı önemlerinin altının çizilmesi gerektiği ilkeleri açıkça ortaya koyacaktır. Bu sebeplerden ilki, Mahkeme'nin bu konudaki az sayıdaki kararı dikkate alınırsa, dağınık hatta çelişkili bir içtihat oluşmasının önüne geçilmesi için bu kararın yeni ve çetrefilli sorunlar karşısında ilkesel bir yaklaşım ortaya koyması gerekliliğidir. İkinci olarak ise davalı Devlet'in yasal mevzuatındaki boşluklar göz önüne alındığında, Mahkeme'nin bu konuda uyguladığı ilkelere uygun açık kılavuz ilkelere olan kesin bir ihtiyacın varlığı söz konusudur.

Başvuran'ın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale

Denizli mahkemesinin 24-24 Haziran 2009 tarihli kararı Başvuran'ın kendi internet sitesini oluşturmak için kullandığı Google Sites'a erişimi engellemek suretiyle Başvuran'ın ifade özgürlüğüne bir müdahaleyi teşkil etmektedir. 5651 sayılı yasanın 8.1 maddesine dayanan bu tedbir, yine Google Sites'ın yer sağladığı, Mustafa Kemal Atatürk'ün hatırasına hakaretin olduğun bir içeriğe sahip olduğu düşünülen başka bir internet sitesine karşı açılan ceza soruşturması kapsamında alınmıştır. Mahkeme'nin elinde, Google Inc'e, merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nde olan Google Sites'ın sahibi ve işleticisi, engelleme kararının alınmasından önce herhangi bir bildirim yapıldığına dair bir bilgi bulunmamaktadır.

Atatürk'e yönelik olarak yasadışı olduğu[4] iddia edilen içerikten bağımsız olarak, Başvuran'ın kendi internet sitesinde yalnızca kendisinin akademik çalışmalarını, diğer metinleri ve bunun yanında, sosyal ağ, semantik ağ, kompleks ağlar ve bilim felsefesi gibi farklı temalarda kişisel görüşlerini yayınlamak için kullandığı aşikardır. Ancak, erişimin engellenmesi kararı Google Sites'ın yer sağladığı birçok diğer internet sitesi gibi, Başvuran'ın kendi internet sitesinin ceza soruşturmasına konu olan internet sitesi ile herhangi bir ilgisi olmadığını gerçeğini hiçbir şekilde dikkate almamıştır.

[3] Her ne kadar internetin engellenmesi emri birçok insan hakkını etkileyebilecek olsa da örneğin erişim sağlayıcısının mülkiyet hakkı, içerik sağlayıcısının ifade özgürlüğü ve kullanıcının bilgi özgürlüğü, bu dava özellikle ikinci noktaya ilişkindir.

[4] Bütün bunların yanında, Atatürk'e ilişkin yayınların siyasi ve tarihi özellikleri de dikkate alınmalıydı (bkz. "yerleşmiş tarihi olgulara" dair bir söylem ile tarihi olaylara ilişkin süregelen bir tartışma arasındaki farklar için, Faber / Macaristan kararı, no.40721, 24 Temmuz 2012, ayrık görüşüm)

İnternet üzerindeki yayınların engellenmesini düzenleyen Avrupa normları

Avrupa Konseyi Sanal Suçlara ilişkin Sözleşme'nin ve ek Protokolü'ne ilaveten birçok kararında, tavsiye kararında ve bildirilerinde internette ifade özgürlüğüne ilişkin kurallar koymuştur[5]. Bu araçların üçü bu davaya konu olaydaki meseleler açısından büyük önemi haizdir:

- Bakanlar Komitesi'nin Arama Motorları Çerçevesinde İnsan Haklarının Korunması Konusunda Üye Devletlere Yönelik CM/REC(2012)3 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca:

> "*12. İnternette yayınlanan bilgilerin özgür araştırılması ve indekslenmesi verimli arama motorlarının varlığının ön koşulunu teşkil etmektedir. Arama motoru sağlayıcıları tarafından internette yer alan bir içeriğin filtrelenmesi ve engellenmesi sağlayıcılara ve kullanıcılara tanınan bilgiye ulaşma ve yayma hakları bakımından Sözleşme'nin 10.maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilir.*
>
> *13. Arama motoru sağlayıcıları kendi ağ ve hizmetleri üzerinde muhtemel bir yasadışı içeriği saptamak adına aktif bir kontrol uygulamamalıdır. Ayrıca, bunlar yetkili bir makam veya mahkeme kararı tarafından kendilerinin böyle yapılması talep edilmeden önceden filtreleme veya engelleme eylemlerinde bulunmamalıdır. Bazı hallerde ise onların*

[5] Uygulanabilir ve bağlayıcı olan ve olmayan kurallar, Avrupa Konseyi'nin Sanal Suçlara İlişkin Sözleşme (STE no.185) ve onun bilişim sistemleri ile işlenmiş ırkçı ve yabancı karşıtı suçlara ilişkin Ek Protokolü (STE no.189), Bakanlar Komitesi'nin Ad Zincirleri (Name Strings) ve İnternet Alan Adlarına İlişkin olarak Bilgi ve İfade Özgürlüğü ve Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü'nün Korunması Hakkında Bildirisi, Bakanlar Komitesi'nin İnternetin Açıklığı, Bütünlüğü ve Evrenselliğinin Desteklenmesi ve Korunması Konusunda Üye Devletlere Yönelik CM/REC (2011)8 sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi'nin İnternetin Yönetimine İlişkin İlkeler Hakkında Bildiri, Bakanlar Komitesi'nin Sanal Hizmet Sağlayıcıları ve Özel Kullanıcılar tarafından Yönetilen İnternet Platformlarına İlişkin İfade Özgürlüğü ve Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğünün Korunması Hakkında Bildiri, Bakanlar Komitesi'nin Arama Motorları Çerçevesinde İnsan Haklarının Korunması Konusunda Üye Devletlere Yönelik CM/REC(2012)3 sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi'nin Sosyal Ağlar Çerçevesinde İnsan Haklarının Korunması Hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/REC(2012)4 sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi'nin Avrupa için Sayısal Strateji Hakkında Bildirisi, Bakanlar Komitesi'nin Ağın Nötrlüğü Hakkında Bildirisi, Bakanlar Komitesi'nin İnternet Protokol Adresleri Tarafından Sunulan Kaynakların Kamu Yararı İçin Yönetilmesi Hakkında Bildirisi, Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlerin İnternet Yönetimi Meselelerine Daha Fazla Katılması Hakkında Bildirisi, Avrupa Konseyi'nin Sanal Oyun ve İnternet Hizmet Sağlayıcıları'na Kılavuzu, İnternet Filtreleri Bağlamında Bilgi ve İfade Özgürlüğüne Saygı Gösterilmesine Yönelik Önlemler Konusunda CM/REC(2008)6 sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi'nin İnternetin Kamu Hizmeti Niteliğinin Yüceltilmesine Yönelik Önlemler Konusunda CM/REC(2007) 16 sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi tarafından 28 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilen İnternette İletişim Özgürlüğüne Dair Bildiri, Parlamenterler Meclisi'nin Sanal Eğitime dair 1586 (2002) sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi'nin Sanal İçeriklerin Otoregülasyonu Hakkında REC (2001)8 sayılı Tavsiye Kararı, Sanal Ortamda Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığına Dair 1543 (2001) sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi tarafından 7 Mayıs 1999 kabul edilen Yeni Bilgi Teknolojileri İçin Avrupa Politikasına İlişkin Bildiri, Bakanlar Komitesi'nin Yeni İletişim ve Bilgi Hizmetlere İlişkin Evrensel Hizmete Dair R(99) 14 sayılı Tavsiye Kararı, İnternette Özel Hayatın Korunmasına İlişkin R(99) 5 sayılı Tavsiye Kararı, Parlamenterler Meclisi'nin Yeni Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin Teknik ve Bilimsel Boyutlarına İlişkin 1332 (1997) sayılı Tavsiye Kararı, Parlamenterler Meclisi'nin Elektronik Medya'da Şiddetin Temsiline İlişkin R(97)19 sayılı Tavsiye Kararı, Parlamenterler Meclisi'nin Yeni Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin Demokrasi Üzerindeki Etkilerine İlişkin 1120(1997) sayılı Kararı, Bakanlar Komitesi'nin Bilgi Teknolojilerine Bağlı Ceza Usulüne Dair Sorunlar Hakkında R(95) 13 sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi'nin Bilgi Teknolojileri ve Hukuku Alanında Araştırma, Eğitim ve Öğretim Hakkında R(92)15 sayılı Tavsiye Kararı ve Parlamenterler Meclisi'nin Telematik Tarafından Kırsalın Yeniden Ele Alınması Hakkında 1122 (1990) sayılı Tavsiye Kararı'nı içermektedir.

indekslerinden birtakım kaynakların silinmesinin talep edilmesi meşru olabilir, örneğin başka hakların ifade ve bilgi özgürlüğü hakkına üstün gelmesi halinde zira bilgi alma hakkı ifade özgürlüğünü kullanmak isteyen bir bireyin niyetinin ötesine geçen bir içeriğe erişime izin verecek şekilde geniş yorumlanamaz.

(...)

16. Ayrıca, üye Devletler arama motoru sağlayıcıları ile birlikte şunların gerçekleştirilmesi için hareket eder:

- tüm gerekli filtreleme ve engellemelerin kullanıcı açısından şeffaf olmasının sağlanmasını gözetilmesi. Bazı anahtar kelimelere ilişkin arama sonuçlarının engellenmesi arama motorlarının kendi kendilerini veya ortaklaşa (coregulation) düzeltme mekanizmaları tarafından öngörülmemeli ve teşvik edilmemelidir. Bu düzeltim mekanizmaları bireylerin ifade özgürlüğünü ve medya aracılığıyla bilgi, fikir ve içerik arama, alma ve iletme hakkına halel getirmemelidir. Belirlenebilen içerikler açısından, demokratik bir süreç içerisinde, üye Devletler bunların bazı kategorideki kullanıcılar için zararlı olabileceğinden hareketle diğer kategorideki kullanıcıların bunlara erişimini engelleyecek genel bir indeks dışına çıkartmadan kaçınmalıdır. Birçok durumda, arama motorlarının ihtiyari filtreleme mekanizmaları sunmasını teşvik etmek bu kategorilerdeki kişileri korumak için yeterli olacaktır;

- kamu alanında bulunmasına rağmen doğrudan kitle iletişimine (veya grup iletişimine) yönelmeyen içeriklerin indeks dışına çıkarılmasına izin verilmesi imkanının araştırılmasını incelenmesi."

- Bakanlar Komitesi'nin Bilgi ve İfade Özgürlüğüne İnternet Filtreleri Kapsamında Saygı Gösterilmesini Özendirecek Önlemler Konusunda Üye Devletlere Yönelik CM/REC(2008)6 sayılı Tavsiye Kararı:

"*III. Kamu ve özel sektör tarafından internet filtresi kullanımı ve uygulamaya konulması*

Yukarıda açıklandığı üzere, filtrelerin kullanımı ve kontrolü konusunda kullanıcılara sorumluluk ve otonomi kazandırılmasının önemi saklı kalmak kaydıyla, hizmetlerinin sunumunda filtre kullanan her derecedeki kamu kurumları (idareler, kütüphaneler veya devlet okulları), toplumun geniş bir kesimi için internetin üstlendiği kamu hizmetinin yüksek değerini dikkate almak suretiyle, bilgi ve ifade özgürlüğüne, herkesin özel hayatına sahip olması hakkına ve her kullanıcının yazışmalarına saygı gösterilmesini gözetmekle yükümlüdür.

Bu bağlamda, üye Devletler:

i. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumladığı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.2 maddesinde yer alan nedenler dışındaki nedenlere dayanarak kamu kurumları tarafından yönetilen elektronik haberleşme ağlarında yer alan internet içeriklerinin filtrelenmesinden kaçınmalıdır;

ii. Her türlü araç üzerinde genel engelleme ve filtreleme tedbirlerinin ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.2 maddesinde yer alan tüm şartların gerçekleşmesi halinde alınacağını taahhüt etmelidir;

iii. Vatandaşların yasal içeriğe erişimlerinin engellenmesi için filtrelerin kasten kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla, gerekli ve uygun olması halinde, ulusal kurallar koymalıdır;

iv. içeriklerin aşırı şekilde engellenmesinden kaçınılması ve filtrelemenin etkilerinin kısıtlamanın amacı ile uyumlu olması yani bu uygulamanın demokratik bir toplumda meşru olması için tüm filtrelerin uygulanmaya konulmadan önce ve konulmaları sırasında incelendiğini gözetmelidir;

v. içeriklerin kullanıcıların ve/veya sahibinin bir içeriğin istismar sonucu engellendiğini bildirmesi halinde, filtrenin kaldırılmasını sağlayacak, etkili ve kolay ulaşılabilir çözümler ile hukuk yollarını öngörmelidir.

vi. bir filtrenin korumaya çalıştığı grubun bir parçasını teşkil etmeyen kullanıcılar açısından şok edici ve zararlı olarak nitelendiren içeriklerin genel engellenmesinden kaçınmalı zira kimi istisnai durumlarda, özellikle arama yapılması amacıyla, kullanıcılar için yasadışı içeriklere erişilmesi meşru bir gereklilik veya menfaat olarak belirebilir.

vii. filtrelerin uygulanması ve kullanılması sırasında özel hayat hakkına ve haberleşmeye saygı gösterildiği ve filtreler aracılığıyla kaydedilmiş, arşivlenmiş ve işlenmiş kişisel verilerin yalnızca meşru ve ticari olmayan bir amaçla kullanıldığı gözetilmelidir.

- Bakanlar Komitesinin İnternetin Kamu Hizmeti Değerini Özendirecek Önlemler Konusunda Üye Devletlere Yönelik CM/REC(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca:

"*III. Giriş*

Üye Devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumladığı şekliyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.2 maddesine uygun olarak, meşru diğer hak ve menfaatlere

halel getirmeksizin, aşağı sayılan önlemleri alarak, internette ifade özgürlüğünü ve bilginin serbest dolaşımını teyit etmelidir.

- Toplumun aktif olarak interneti ve diğer TBT'leri kullanmasını ve bunun içeriğine katkıda bulunmasını teşvik ederek;

- Sınır gözetmeksizin, aşağıdaki önlemler aracılığıyla, internette yaratma ve iletişim özgürlüğünü desteklemek:

a. kullanıcıları, lisans veya lisansa benzer bir yükümlülüğe, kamu gücü tarafından uygulanacak genel engelleme ve filtreleme önlemlerine, içerik dağıtımının diğer araçlarına uygulanan kısıtlamalardan daha ileri giden kısıtlamalara tabi tutmamak;

b. bu bağlamda "yeniden kullanıcıları", yani sanal içerikleri başkaca içerik veya hizmetler yaratmak için kullanmak isteyen kişileri, fikri mülkiyet hakkına saygı ilkesi çerçevesinde destelemek;

c. farklı kullanıcıların veya sosyal grupların ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde internet üzerinden açık bir şekilde hizmetlerin ve erişilebilir ve yararlanılabilir içeriklerin sunumunu desteklemek suretiyle özellikle de:

- hizmet sağlayıcılarının, hiçbir ayrım gözetmeksizin, ulusal ve uluslararası telekomünikasyon ağlarına erişimini güvence altına alacak normatif bir çerçevede faaliyetlerini sürdürmesine izin vererek;

- bireylerin ve şirketlerin dikkatine sunulan sanal hizmetlerin çeşitliliğini ve bunların şeffaflığını genişleterek;

- resmi internet sitelerinden ziyade, durumun izin vermesi halinde, kullanıcıları toplulukları vasıtasıyla toplum ile iletişimde olarak:

- herkesin bu bilgilere erişimini sağlamak ve kamusal hayata ve demokratik süreçlere daha rahat katılmaları için, elverişli olduğu takdirde, ticari olmayan kullanıcıların kamusal bilgileri yeniden kullanmasını teşvik ederek;

- herkesin yürütme sürecine katılmasını sağlayacak şekilde kamusal alana ait belgelerin, hükümetle ilgili belgeler dahil olmak üzere,; kamuoyunun bilgi toplumunun insan haklarına yönelen diğer tehditler ile bilgi sistemleri savaşını nasıl engellediğini anlamasını sağlayacak şekilde kamu kurumları tarafından muhafaza edilen kişisel verilere ilişkin bilgilerin (istihbaratın), tarihi ve bilimsel verilerin, teknolojinin durumuna ilişkin bilgilerin; ve ilgilenenlerin kendi toplumlarının kültürüne, tarihine ve hayatına katılmasını

sağlayacak şekilde ortak kültürel mirasın bir parçası olan yaratıcı eserlerin internette erişime açılmasını destekleyerek;

- İnterneti ve yeni haberleşme hizmetlerini de kapsamak için, Bakanlar Komitesi'nin bilgi toplumunda meydanın kamu hizmeti görevi konusunda devletlere yönelik CM/REC(2007)3 tavsiye kararına uygun olarak, medyanın kamu hizmeti işlevinin uyarlayarak ve yayarak ve medyanın bu suretle aynı anda hem genel hem de özel olan içerik ile kişiye özel, diğerlerinden ayrılan, interaktif ve talebe uygun olan hizmetler sunması."

Mahkeme'nin içtihadına bakıldığında, üç davanın spesifik olarak internetteki yayınları ele aldığını görmekteyiz[6]:

K.U./ Finlandiya kararında, Mahkeme aşağıda yer alan değerlendirmelerde bulunmuştur:

"*Her ne kadar ifade özgürlüğü ve haberleşme gizliliği asli meseleler olsalar ve telekomünikasyon ve internet hizmeti kullanıcılarının kendi gizlilik ve ifade özgürlüklerine saygı gösterileceği konusunda bir garantiye sahip olmaları gerekse de, bu garanti mutlak olamayacaktır ve kimi zaman düzenin korunması, suçların önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerin korunması gibi başkaca meşru gerekliliklerin karşısında önemsiz hale gelebilir. Söz konusu davranışın suçlanmayı hak eden doğası göz önüne alındığında internette yasadışı duyuruyu yayınlayan kişinin bu davranışının 8. ve 10. Maddelerin koruması altında olup olmadığı meselesi bir kenara konulursa, yasa koyucu böyle bir olayda farklı menfaatlerin uzlaştırılmasına imkan veren bir yasal çerçeveyi her halükarda öngörmüş olması gereklidir.*"[7]

Times Newspapers Ltd / Birleşik Krallık davasında, Mahkeme şunları ifade etmiştir:

"*Erişilebilirliklerinin yanında büyük miktarda veriyi muhafaza etme ve dağıtma imkanları sayesinde, internet siteleri kamunun güncele erişiminin iyileştirilmesine ve genel olarak bilginin iletilmesinin kolaylaştırılmasına önemli derecede katkıda bulunmaktadır. İnternette arşiv oluşturulabilmesi internet sitelerinin oynadığı rolün esaslı boyutlarından biridir. Mahkeme bunun 10.maddenin uygulama alanına girdiği kanaatindedir.*"[8]

[6] Mouvement ralien / İsviçre kararında ([BD] no. 16354/06 AIHM 2012), ulusal makamların Başvuran'ın derneğinin belli bir ifade formunu yasaklamak için bir afiş üzerinde yer alan internet sitesi ve Başvuran'ın sitesinde yer alan linklerden ulaşılabilecek diğer siteleri üzerinde yaptığı inceleme, ayrık görüşlerin birçoğunda ele alınmasına rağmen, çoğunluk tarafından ele alınmamıştır.
[7] K.U. / Finlandiya, no.2872/02, §
[8] Times Newspapers / Birleşik Krallık (1 ve 2 nolu), no. 3002/3 ve 23676/03, § 27, AIHM 2009.

Son olarak, Pravoye Delo'nun yazım komitesi ve Shtekel / Ukrayna kararında, Mahkeme aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

> "*Gazetecilerin internetten aldıkları bilgileri bir ceza ile karşı karşıya kalma korkusu yaşamadan kullanmalarına izin verecek nitelikte iç hukukta bir yasal düzenlemenin eksikliği basının "demokrasinin bekçi köpeği" görevini yerine getirmesini ağır derecede zorlaştıracaktır.*"[9]

Bu belgelerin ve kararın gerekçesinde atıf yapılan taraf Devletlerin uygulamaları ışığında, internete erişimin engellenmesine dair tedbirlere ilişkin bir mevzuatın Sözleşme ile uyumlu olması için aşağıdaki en azından aşağıdaki kriterleri yerine getirmesi gereklidir: 1) yayınlarının engellenmesi muhtemel olan kurum ve kişi kategorilerinin tanımı: yasadışı içeriklerin, internet sitelerinin ve platformlarının milli ve yabancı sahibi, bu internet sitelerinin veya platformlarının kullanıcıları veya bu yasadışı site ve platformları link olarak verenler ve bu içeriklere abone olanlar[10]; 2) engelleme emirlerinin kategorilerinin tanımlanması, örnek olarak internet sitelerinin, IP adreslerinin, portların, ağ protokollerinin veya sosyal ağ[11] gibi kullanım tiplerinin engellenmesine yönelik tedbirler; 3) bölgesel ulusal veya küresel[12] düzeyde etkisi olabilecek engelleme emrinin yer bakımından uygulanmasına ilişkin hüküm; 4) böyle bir engelleme tedbirinin süresinin sınırının olması[13] 5) engelleme tedbirini Sözleşme'nin 10.2 maddesinde belirtildiği haliyle meşru hale getirebilecek "menfaatlerin" sayılması 6) ifade özgürlüğünün esasını (çekirdek özünü) saygı gösterilmesini sağlarken ifade özgürlüğü ile diğer yarışan menfaatlerinin dengelenmesini öngörecek orantılılık kriterine uyum[14] 7) ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin güdülen menfaati uygun bir şekilde geliştirip geliştirmediğinin ve söz konusu "sosyal ihtiyacı"[15] gerçekleştirmek için gerekli olandan daha ileri gidilip gidilmediğinin

---

[9] Pravoye Delo'nun Yazım komitesi ve Shtekel / Ukrayna, no. 33014/05, §§ 64-65, AIHM 2011

[10] İçerik ve hizmet sağlayıcısı arasında ayrım yapmak her zaman kolay değildir. Örneğin, hizmet sağlayıcısı üçüncü bir kişinin sağladığı içeriğe müdahale ederse, kendisi de içerik sağlayıcısı olacaktır. Yasa koyucu hukuk düzeninde bu iki terimi açıkça tanımlamalıdır zira bunların sorumlulukları birbirinden farklıdır.

[11] Bu imkanlar, daha sofistike engelleme tedbirlerinden, IP adresleri, port numaraları ve URL'ler veya içerikteki verilere yönelen, daha az sofistike engelleme tedbirlerine, örneğin arama motorlarında belli entrylerin veya ilgili server'daki bazı alan adlarının engellenmesi gibi, uzanmaktadır.

[12] Bilgiye sınırları aşan şekilde aşma hakkına ilişkin, bkz. Khurshid Mustafa ve Tarzibachi / İsviçre, no.23883/06, §§ 44-50, 16 Aralık 2008 ve Bakanlar Komitesi tarafından 28 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilen İnternet Ortamında İletişim Özgürlüğü'ne Dair Bildiri'nin Üçüncü İlkesi.

[13] Kalıcı veya belirsiz sureli internete erişimin engellenmesi kararları başlı başına ifade özgürlüğü hakkına gerekli olmayan bir müdahaleyi teşkil etmektedir.

[14] Örneğin, Soykırım'ın inkarına teşvik eden bir internet sitesinin engellenmesi orantılıdır (bkz. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 707 nolu 19 Haziran 2008 tarihli kararı, 07-12244).

[15] Ürper ve diğerleri / Türkiye (no. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07 ve 50371/07, paragraf 43, 20 Ekim 2009) kararında daha önce hükme bağlandığı üzere, gazetelerin belli nüshalarına el konulması ya da belli makalelerin yayımlanmasının kısıtlanması gibi daha hafif önlemler alınması gerekmektedir. Aynı ilke bir "notice and take down" ("ihtar et ve engelle") politikası güdülerek, yayından önce bir uyarı emri gönderilmesi suretiyle, erişimin engellenmesinde de uygulanabilir. Internet alanında ise, bazı engelleme tedbirlerinin kolaylıkla

tespitini mümkün kılan gereklilik ilkesine saygı gösterilmesi 8) gerekçeli bir engelleme kararı vermeye yetkili makamların belirtilmesi[16] 9) engelleme talebine dayanak teşkil eden dosyanın yetkili makam tarafından incelenmesini ve zarar gören kişi veya kurumun dinlenmesi meğer ki bu dinlemenin mümkün olmasın veya güdülen "menfaate" zarar versin[17] 10) zarar gören kişi ve kuruma engelleme emrinin ve gerekçesinin tebliği; ve 11) engelleme tedbirine karşı yasal bir itiraz yolu[18].

Böyle bir hukuki çerçeve, özel kanunlar tarafından ortaya konmalıdır zira internete erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için cezai veya medeni sorumluluğa ilişkin ne genel kanun hükümleri ne de elektronik ticarete[19] ilişkin direktif geçerli hukuki temeli oluşturmamaktadır. Her halükarda, nüfusun tamamının veya nüfusun belli bölümünün tamamının internete erişiminin kısmen veya tamamen engellenmesi ne hukuk, kamu düzeni veya ulusal güvenlik[20] gerekçeleri ile meşru kılınabilir.

Bunun yanında, yasadışı belirli bir içeriği, internet sitesini veya platform hedefleyen bir tedbirin sonuçları itibariyle tali bir şekilde yasal içerikleri, internet sitesi, platformları "gözü kapalı" engellemeler başlı başına gereklilik ilkesine aykırıdır zira "makul bağ", yani sosyal ihtiyaç[21] ile müdahale arasında kabul edilebilir bir ilişki yoktur. Yine, internet sitelerine veya

tersine dönebilmesi göz önüne alınması gereken ek bir unsurdur, nitekim bu husus, daha kuşkucu tedbirlerin gerekliliğini doğurmaktadır.

[16] Birden fazla kurumun, organın ve kişinin engelleme verebiliyor olması hukuk güvenliğini tehlikeye düşürmektedir. Erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin tek bir otoritenin ellerinde toplanması yasanın birlik içinde uygulanmasını ve kontrol edilmesini kolaylaştırır.

[17] Zarar gören kişilerin dinlenilmesinin sağlanması meselesinin önemi hususunda bkz. Fransız Anayasa Mahkemesi Kararı n° 2009-580 DC, 10 Haziran 2009, paragraf 38.

[18] Bildirim ve başvuru benzeri güvencelerin önemi hususunda bkz. Fransız Anayasa Mahkemesi Kararı n° 2011-625 DC 10 Mart 2011, paragraf 8.

[19] 8 Haziran 2000 tarihli ve 2000/31/CE no.lu "Bilişim, özellikle iç pazarda e-ticaret şirketlerinin verdikleri hizmetlerin hukuki boyutları" başlıklı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ("E-ticaret Direktifi"), erişimin engellenmesi kararlarını ve bunların çeşitlerini ele almamakta ve konuyla ilgili yalnızca "talep edilmeksizin gönderilen ticari bildirimlerin e-posta yoluyla gönderilmesine izin veren üye ülkelerde, bu şirketlere özgü filtreleme faaliyetlerine ilişkin hükümler desteklenmeli ve kolaylaştırılmalıdır" denmekte ve bu Direktif "üye ülkelerin hukuk sistemlerinin öngördüğü üzere adli ya da idari bir otorite için, alıcının ihlali sona erdirmesi ya da ihlali öngörmesi imkanına etki etmemekle birlikte, "üye ülkeler için, erişimi imkansız hale getiren bilgi ya da işlemlerin kaldırılması usullerinin düzenlenmesini" de etkilemeyecektir" (Madde 12, fıkra 2, Madde 13, fıkra 2, ve Madde 14, fıkra 3).

[20] Bkz. İnsan Hakları Komitesinin 34 No.lu genel görüşü (CCPR/C/GC/34) paragraf 43; Birleşmiş Milletler (BM) düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının desteklenmesi ve korunması hakkında özel raportörü, Teşkilatın Avrupa'da güvenlik ve işbirliği (AGİT) raportörünün medyaların özgürlüğü hakkında, Teşkilatın Amerikan Eyaletlerinin ifade özgürlüğü (OEA) özel raportörünün ve İnsan ve özel raportörün toplum hakları Afrika Komisyonunun ifade ve bilgiye erişme hürriyeti (CADHP) tarafından benimsenen ifade özgürlüğüne karşı işlenen suçlara ilişkin ortak bildirisi ve özel raportörün Birleşmiş Milletler düşünce ve ifade özgürlüğünün desteklenmesi ve korunması hakkında 10 Ağustos 2011 tarihli A/66/290 raporunun 37-44 paragrafları.

[21] Bakanlar Komitesi, Internet üzerinden iletişim özgürlüğü hakkındaki beyanı, 28 Mayıs 2003, prensip 3 ve İnsan Hakları Komitesinin yukarıda anılan 34 No.lu genel görüşü, paragraf 22.

platformlara karşı uygulanan ve süresiz veya çok uzun süre geçerli olan engellemeler kabul edilemez önceden kısıtlama şekillerine, diğer bir deyişle saf sansüre[22], eş değerdir.

İstisnai durumların yasadışı bir içeriğin engellenmesini meşru kılması halinde, ne de jure ne de de facto olarak yasadışı yayından sorumlu olmayan veya onun içeriğine abone olmayan kişi ve kurumların hedef alınmasından kaçınılması ve yasadışı içeriğe yönelen tedbirlere ayar yapılması gereklidir. Bir suçun işlendiğinden şüphelenmesinin makul gerekçeleri üzerine kurulu geçici veya önleyici tedbirler için ise, ifade özgürlüğü sadece "özellikle katı bir hukuki çerçeveyi" değil mahkemeler tarafından en ayrıntılı incelemeyi dolayısıyla da özel bir hukuki saygıyı[23] gerektirmektedir. Burada ortaya konacağı gibi bu garantilerden hiçbiri ulusal makamların uyuşmazlık konusu kararlarında bulunmamaktaydı.

Avrupa normlarının olaya uygulanması

5651 sayılı yasa internete erişimin engellenmesi kararı için yalnızca şu kriterleri öngörmektedir: erişimin engellenmesi kararı alınmasına yol açabilecek suçların tipi, engelleme kararı alınmasına yetecek derecede kanıt ("yeterli şüphe sebepleri"), hakimin veya mahkemenin veya acil durumlarında savcının engelleme kararı alma yetkisi, engelleme kararına karşı hukuk yolu[24] ve takipsizlik veya sanık hakkında beraat kararı verilmesinin tedbiri kadük hale getireceği. Dolayısıyla, ulusal mevzuat keyfi olmamakla beraber, zira yargı gücüne engelleme kararı verme yetkisini tanımaktadır, en azından boşluklar içermektedir: yargı gücünün kullanılmasını gerekli tüm şart ve garantileri ile donatmamakta ve dolayısıyla da internet içerik sağlayıcılarının ifade özgürlüklerine ilişkin temel güvenceleri sunmamaktadır.

Şurası bir gerçektir ki, ulusal yargı makamları her zaman Mahkeme'nin içtihatlarında yorumlandığı üzere ifade özgürlüğüne saygı göstermekle yükümlü olmuş ve olacaklardır

[22] Bütün gazetelerin gelecekte yayınlanmasına getirilen yasağın aşırı niteliği, içeriği ulusal yargı organlarına karar verilme sırasında bilinmediğinden, 20 Ekim 2009, 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07 ve 50371/07 no.lu, Ürper ve diğerleri / Türkiye davasının § 43,de tespit edilmiştir. Kararın verildiği zamanda gelecekte yayınlanacak makaleler ve içeriği bilinmeden bir sitenin ya da bir web platformunun bloke edilmesi bir gazetenin yukarıda anılan yasaklanması ile eşdeğerdedir. Dolayısıyla, Ürper davasında altta yatan sebep web sitelerinin ve platformlarının engellenmesine ve dahası yasal site ve platformların müştereken iptal edilmesine de uygulanır.

[23] Hukuki çerçeve ile ilgili olarak, bakınız RTBF / Belçika, no. 50084/06, § 115, AIHM 2011 : « eğer basın alanında önceden kısıtlamalar getirilecekse, bunlar yasaklamanın sınırları bakımından olduğu kadar olası suiistimallere karşı yargısal kontrol bakımından da son derece sıkı yasal bir çerçeve içinde olmalıdır ». Hukuki saygının gösterilmesi ile ilgili olarak, bkz. Observer ve Guardian / Birleşik Krallık no. 13585/88, §60, 26 Kasım 1991: "Bu şekilde kısıtlamalar öylesine büyük tehlikeler arz etmektedir ki Mahkeme'nin en dikkatli incelemesini gerekli kılmaktadır. Bu durum özellikle basınla ilgili olarak karşımıza çıkmaktadır; bilgi yok olabilir bir emtia olup bunun yayımlanmasını geciktirmek, çok kısa bir süre için dahi olsa, onun tüm değeri ve tüm ilginçliğinden mahrum kalması riskini doğurmaktadır". Bu durum Editions Plon / Fransa no. 58148/00, § 42, AIHM 2004-IV, Association Ekin / Fransa, yukarıda atıf yapılan ve Oboukhova / Rusya no. 34736/03, § 22, 8 Ocak 2009 kararlarında teyit edilmiştir. Yine Amerikan içtihadında New York Times / ABD 403. US (1971) kararında ve hakim Brennan ayrık görüşünde: Amerikan Anayasası'nın "muhtemel sonuçların konjonktürü veya bir hipotezden kaynağını alacak şekilde ifade basın özgürlüğüne önceden herhangi hukuki bir kısıtlamayı kabul etmeyeceğini" şeklinde teyit edilmiştir.

[24] Ancak zarar gören taraflara engelleme kararının tebliği öngörülmemiştir.

dolayısıyla da 5651 yasanın 8.maddesi uyarınca kendilerine verilen yetkileri dar şekilde yorumlamalıydılar. Fakat bunu yapmamışlardır. Bu makamların engellemedeki kamu yararının Başvuran'ın ifade özgürlüğüne üstün geldiği fikrini meşru kılan veya Başvuran'ın yayından kaynaklanabilecek açık ve kaçınılmaz bir riskin varlığının dikkate alındığını ortaya koyan hiçbir sav ortaya koymamaları özellikle talihsizliktir. Ayrıca, 13 Temmuz 2009 tarihli Denizli mahkemesi kararının Başvuran'ın yaptığı itirazını daha az müdahaleci herhangi bir tedbirin bulunmaması dolayısıyla reddetmesi de bir başka talihsizliktir.

Eğer ki Başvuran'ın internetin kamuya açık forumundaki ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 10. Maddesinden temelini alan olumsuz yükümlülükler ışığında değerlendirilmeli ise, ki bu değerlendirme baştan davalı Devlet'in takdir yetkisinin kapsamını daraltacaktır[25], itiraz konusu engelleme tedbirinin geçici ve önleyici niteliği bu kapsamı daha da daraltmaktadır.

Hal budur ki, yasaya göre söz konusu tedbir "yeterli şüphe sebepleri" üzerine kurulu söz konusu olup internetteki yayınların bazı suçları teşkil etmesi mahkemeler tarafından verilmesi beklenen kararın tutarsızlığının (basit bir "şüphe") yanında tedbirin alınmasını meşru kılmak için gerekli kanıtın derecesinin ("yeterli" sebepler) sınırlılığına da işaret etmektedir. Aynı zamanda, tedbirin geçiciliğinin ve eksik hukuki çerçevenin gerektirdiği özel hukuki saygı ise hiçbir şekilde bulunmamaktadır[26].

Sonuç

Banatan Books[27] kararındaki ifadelerinden alıntı yapmak gerekirse, internet ortamında ifadeye ilişkin her türlü önceden kısıtlama, benim görüşüme göre, Sözleşme'ye ağır aykırılık karinesini teşkil etmektedir. Olayda, davalı hükümet bu kısıtlamayı neyin meşru kıldığını ortaya koyma sorumluluğunun ispatına dair yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.

Başvuran'ın internet ortamında ifade özgürlüğüne ilişkin her türlü müdahaleden kaçınma konusundaki olumsuz yükümlülüğü göz önüne alınırsa, Sözleşme'nin ortaya koyduğu ilkeleri dikkate almadan 5651 sayılı yasanın uygulanması, Başvuran'ın ifadesinin yasallığı ve doğası, yasadışı olduğu iddia edilen site ile kendi sitesi arasında hiçbir bağın bulunmaması ve ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin dar takdir yetkisi ışığında değerlendirilmesi

[25] Bkz. Mouvement ralien / İsviçre kararındaki ayrık görüşüm.
[26] AGİT'in "Türkiye'de medya özgürlüğü ve internet sansürü" başlıklı raporuna göre, bu şekilde bir özel hukuk saygısından yoksun eğilim Türkiye'de genel geçerdir.
[27] Banatan Books Inc. / Sullivan, 372 US.70 (1963): "*ifadenin önceden kısıtlanmasına ilişkin her türlü sistem Mahkeme önüne anayasal geçerliliği aleyhine ağır bir karine taşıyarak gelecektir*".

üzerine, olayda Sözleşme'nin 10. Maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği kanaatindeyim.

5651 sayılı yasanın internetteki yayınların engellenmesine ilişkin öngörülen güvencelerin yetersizliği göz önüne alınırsa, 46. madde uyarınca, ben, davalı Devlet'in söz konusu yasayı yukarıda gösterilen normlara uygun hale getirilmesi için tadil etmesi ödevi olduğunu da ortaya koyardım.

AİHM - Ahmet Yıldırım v. Türkiye - 18 Aralık 2012 (İngilizce)

European Court of Human Rights

Press Release issued by the Registrar of the Court

ECHR 458 (2012)

18.12.2012

Restriction of Internet access without a strict legal framework regulating the scope of the ban and affording the guarantee of judicial review to prevent possible abuses amounts to a violation of freedom of expression

In today's Chamber judgment in the case of **Ahmet Yıldırım v. Turke**y (application no. 3111/10), which is not final[1], the European Court of Human Rights held, unanimously, that there had been:

a violation of Article 10 of the European Convention on Human Rights.

The case concerned a court decision to block access to Google Sites, which hosted an Internet site whose owner was facing criminal proceedings for insulting the memory of Atatürk. As a result of the decision, access to all other sites hosted by the service was blocked.

Principal facts

The applicant, Ahmet Yıldırım, is a Turkish national who was born in 1983 and lives in Istanbul (Turkey).

He owns and runs a website hosted by the Google Sites service, on which he publishes his academic work and his opinions on various matters.

[1] Under Articles 43 and 44 of the Convention, this Chamber judgment is not final. During the three-month period following its delivery, any party may request that the case be referred to the Grand Chamber of the Court. If such a request is made, a panel of five judges considers whether the case deserves further examination. In that event, the Grand Chamber will hear the case and deliver a final judgment. If the referral request is refused, the Chamber judgment will become final on that day.
Once a judgment becomes final, it is transmitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe for supervision of its execution. Further information about the execution process can be found here: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution

On 23 June 2009 the Denizli Criminal Court of First Instance ordered the blocking of an Internet site whose owner had been accused of insulting the memory of Atatürk. The order was issued as a preventive measure in the context of criminal proceedings against the site's owner.

The blocking order was submitted for execution to the Telecommunications Directorate (TİB). Shortly afterwards, the TİB asked the court to extend the scope of the order by blocking access to Google Sites, which hosted not only the site in question but also the applicant's site. The TİB stated that this was the only technical means of blocking the offending site, as its owner lived abroad.

The TİB blocked all access to Google Sites and Mr Yıldırım was thus unable to access his own site. All his subsequent attempts to remedy the situation were unsuccessful because of the blocking order issued by the court.

In a letter sent to the Court in April 2012 Mr Yıldırım stated that he was still unable to access his own website even though, as far as he was aware, the criminal proceedings against the owner of the other site had been discontinued because it was impossible to determine the identity and address of the accused, who lived abroad.

In a letter sent to the Court in April 2012 Mr Yıldırım stated that he was still unable to access his own website even though, as far as he was aware, the criminal proceedings against the owner of the other site had been discontinued because it was impossible to determine the identity and address of the accused, who lived abroad.

Complaints, procedure and composition of the Court

Relying on Article 10 (freedom of expression), Mr Yıldırım complained that he was unable to access his own Internet site because of a measure ordered in the context of criminal proceedings without any connection to him or his site. He submitted that the measure infringed his right to freedom to receive and impart information and ideas.

The application was lodged with the European Court of Human Rights on 12 January 2010.

Judgment was given by a Chamber of seven judges, composed as follows:

Guido Raimondi (Italy), President,

Danutė Jočienė (Lithuania),

Dragoljub Popović (Serbia),

András Sajó (Hungary),

Işıl Karakaş (Turkey),

Paulo Pinto de Albuquerque (Portugal),

Helen Keller (Switzerland),

and also Stanley Naismith, Section Registrar.

Decision of the Court

Article 10

Article 10 guaranteed freedom of expression to "everyone" and applied not only to the content of information but also to the means of disseminating it. The Court observed that the blocking of access to the applicant's website had resulted from an order by the Denizli Criminal Court in the context of criminal proceedings against the owner of another site who was accused of insulting the memory of Atatürk. The court had initially ordered the blocking of that site alone. However, the administrative authority responsible for implementing the order (the TİB) had sought an order from the court for the blocking of all access to Google Sites, which hosted not only the offending site but also the applicant's site. The court had granted the request, finding that the only way of blocking the site in question was to bar access to Google Sites as a whole.

Although neither Google Sites nor Mr Yıldırım's own site were concerned by the abovementioned proceedings, the TİB made it technically impossible to access any of those sites, in order to implement the measure ordered by the Denizli Criminal Court.

The Court accepted that this was not a blanket ban but rather a restriction on Internet access. However, the limited effect of the restriction did not lessen its significance, particularly as the Internet had now become one of the principal means of exercising the right to freedom of expression and information. The measure in question therefore amounted to interference by the public authorities with the applicant's right to freedom of expression. Such interference would breach Article 10 unless it was prescribed by law, pursued one or more legitimate aims and was necessary in a democratic society to achieve such aims.

A rule was "foreseeable" in its application if it was formulated with sufficient precision to enable individuals - if need be, with appropriate advice - to regulate their conduct.

By virtue of Law no. 5651, a court could order the blocking of access to content published on the Internet if there were sufficient reasons to suspect that the content gave rise to a criminal offence. However, neither Google Sites nor Mr Yıldırım's site were the subject of court proceedings in this

case. Although the decision of 24 June 2009 had found Google Sites to be responsible for the site it hosted, no provision was made in Law no. 5651 for the wholesale blocking of access as had been ordered by the court.

Nor did the law authorise the blocking of an entire Internet domain such as Google Sites. Moreover, there was no evidence that Google Sites had been informed that it was hosting content held to be illegal, or that it had refused to comply with an interim measure concerning a site that was the subject of pending criminal proceedings. The Court observed that the law had conferred extensive powers on an administrative body, the TİB, in the implementation of a blocking order originally issued in relation to a specified site. The facts of the case showed that the TİB had had little trouble requesting the extension of the initially limited scope of the blocking order.

The Court reiterated that a restriction on access to a source of information was only compatible with the Convention if a strict legal framework was in place regulating the scope of a ban and affording the guarantee of judicial review to prevent possible abuses. However, when the Denizli Criminal Court had decided to block all access to Google Sites, it had simply referred to an opinion from the TİB without ascertaining whether a less far-reaching measure could have been taken to block access specifically to the site in question. The Court further observed that there was no indication that the Criminal Court had made any attempt to weigh up the various interests at stake, in particular by assessing whether it had been necessary to block all access to Google Sites. In the Court's view, this shortcoming was a consequence of the domestic law, which did not lay down any obligation for the courts to examine whether the wholesale blocking of Google Sites was justified. The courts should have had regard to the fact that such a measure would render large amounts of information inaccessible, thus directly affecting the rights of Internet users and having a significant collateral effect.

The interference resulting from the application of section 8 of Law no. 5651 had thus failed to meet the foreseeability requirement under the Convention and had not afforded the applicant the degree of protection to which he was entitled by the rule of law in a democratic society. The Court also pointed out that Article 10 § 1 of the Convention stated that the right to freedom of expression applied "regardless of frontiers".

The effects of the measure in question had therefore been arbitrary and the judicial review of the blocking of access had been insufficient to prevent abuses. There had therefore been a violation of Article 10 of the Convention.

Just satisfaction (Article 41)

The court held that Turkey was to pay the applicant 7,500 euros (EUR) in respect of nonpecuniary damage and EUR 1,000 in respect of costs and expenses.

The European Court of Human Rights was set up in Strasbourg by the Council of Europe Member States in 1959 to deal with alleged violations of the 1950 European Convention on Human Rights.

SECOND SECTION

CASE OF AHMET YILDIRIM v. TURKEY

(Application no. 3111/10)

JUDGMENT

STRASBOURG

18 December 2012

FINAL

18/03/2013

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention.

In the case of Ahmet Yıldırım v. Turkey,

The European Court of Human Rights (Second Section), sitting as a Chamber composed of:

Guido Raimondi, President,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, judges,

and Stanley Naismith, Section Registrar,

Having deliberated in private on 20 November 2012,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 3111/10) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a Turkish national, Mr Ahmet Yıldırım ("the applicant"), on 12 January 2010.

2. The applicant was represented by Ms A. Kaymak, a lawyer practising in İzmir. The Turkish Government ("the Government") were represented by their Agent.

3. The applicant alleged, in particular, that the blocking of access to his Internet site, ordered by the national authorities, amounted to an unjustified infringement of his rights under Articles 6, 7, 10 and 13 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1.

4. On 31 January 2011 notice of the application was given to the Government. It was also decided to rule on the admissibility and merits of the application at the same time (Article 29 § 1 of the Convention).

5. The applicant filed further observations (Rule 59 § 1 of the Rules of Court). Third-party comments were also received from the association Open Society Justice Initiative, which had been given leave by the President to intervene in the written procedure (Article 36 § 2 of the Convention and Rule 44 § 2).

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

6. The applicant was born in 1983 and lives in Istanbul.

7. The applicant owns and runs a website (http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/) on which he publishes his academic work and his views on various topics. The website was created using the Google Sites website creation and hosting service (http://sites.google.com/).

8. On 23 June 2009, under section 8(1)(b) of Law no. 5651 on regulating Internet publications and combating Internet offences, the Denizli Criminal Court of First Instance ordered the blocking of the website http://sites.google.com/site/kemalizminkarinagrisi/benimhikayem/atatuerk-koessi/at (hereinafter "the offending website"). The order was issued as a preventive measure in the context of criminal proceedings against the site's owner, who was accused of insulting the memory of Atatürk.

9. On the same day, under section 8(3) of Law no. 5651, a copy of the blocking order was sent to the Telecommunications and Information Technology Directorate ("the TİB") for execution.

10. On 24 June 2009, at the request of the TİB, the Denizli Criminal Court of First Instance varied its decision of 23 June and ordered the blocking of all access to Google Sites under section 8 of Law no. 5651. The TİB had indicated that this was the only means of blocking the offending website, as its owner did not have a server certificate and lived abroad.

11. The TİB, implementing the order of 24 June 2009, blocked all access to Google Sites and the applicant was thus unable to access his own website. All his subsequent attempts to remedy the situation were unsuccessful because of the blocking order issued by the court.

12. On 1 July 2009 the applicant applied to have the blocking order of 24 June 2009 set aside in respect of his website. He pointed out that he used the website regularly in order to publish his academic work and his opinions on various topics, and that the measure had barred all access to his site, which had no connection with the offending website. He argued, in particular, that in order to prevent other websites being affected by the measure, a method should have been chosen which would make only the offending website inaccessible. He cited as an example blocking the site's URL.

In support of his request, the applicant furnished the court with a copy of the webpage which appeared when he tried to access his own website. The following warning was displayed:

"The Telecommunications and Information Technology Directorate has applied the order issued by the Denizli Criminal Court of First Instance on 24 June 2009 in respect of this website (sites.google.com) as a preventive measure."

13. On 13 July 2009 the Denizli Criminal Court dismissed the applicant's application. Referring to a recommendation issued by the TİB, it considered that the only means of blocking access to the offending website, in accordance with the blocking order, had been to block access to the Google Sites service, which had hosted the content complained of.

14. The applicant wrote to the Court on 25 April 2012 informing it that he was still unable to access his website even though, as far as he understood it, the criminal proceedings against the owner of the offending website had been discontinued on 25 March 2011 because of the impossibility of determining the identity and address of the accused, who lived abroad.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW

Law no. 5651 of 4 May 2007 on regulating Internet publications and combating Internet offences

15. The relevant parts of Law no. 5651 read as follows:

> **Section 2**
>
> **Definitions**
>
> "(1) For the purposes of this Law,
>
> ...
>
> (e) Access provider [(erişim sağlayıcı) shall mean] any natural or legal person which provides users with Internet access;
>
> (f) Content provider [(içerik sağlayıcı) shall mean] any natural or legal person which produces, modifies or supplies any kind of information or data for Internet users;
>
> ...
>
> (ğ) Internet publication [(yayın) shall mean] data which can be accessed via the Internet by an indeterminate number of persons;
>
> ...
>
> (l) Publication [(yayın) shall mean] publication on the Internet;
>
> ..."

Section 4

Liability of content providers

"(1) Content providers shall be held liable for any content they provide via the Internet.

(2) Content providers shall not be held liable for content belonging to others which can be accessed by means of a link provided by them ...

..."

Section 5

Liability of hosting service providers

"(1) Hosting service providers shall not be required to monitor the content hosted by them or to ascertain whether it constitutes illegal activity.

(2) Subject to their criminal responsibility, hosting service providers who are informed, in accordance with sections 8 and 9 of this Law, of the illegal nature of content hosted by them shall be required to cease publishing it, in so far as they have the technical capacity to do so."

Section 6

Liability of access providers

"(1)(a) Where they are informed, in accordance with the provisions of this Law, of the illegal nature of content published by a user, access providers shall be required to block access to the illegal content, in so far as they have the technical capacity to do so.

...

(2) Access providers shall not be required to monitor the legality of the content and information to which they provide access.

..."

Section 8

Blocking orders and implementation thereof

"(1) A blocking order [erişimin engellenmesi] shall be issued in respect of Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to one of the following offences:

(a) offences under the Criminal Code ...

(1) incitement to suicide (Article 84);

(2) sexual abuse of minors (Article 103 § 1);

(3) facilitating the use of narcotic drugs (Article 190);

(4) supplying products dangerous to health (Article 194);

(5) obscenity (Article 226);

(6) prostitution (Article 227);

(7) hosting gambling activities;

(b) offences against Atatürk under Law no. 5816 of 25 July 1951;

...

(2) The blocking order shall be issued by a judge if the case is at the investigation stage or by the court if a prosecution has been brought. During the investigation, the blocking of access may be ordered by the public prosecutor in cases where a delay in acting could have harmful effects. The order must then be submitted to the judge for approval within twenty-four hours. The judge must give a decision within a further twenty-four hours. If he or she does not approve the blocking of access, the measure shall be lifted by the prosecutor forthwith. Blocking orders issued as a preventive measure may be appealed against in accordance with the provisions of the Code of Criminal Procedure (Law no. 5271).

(3) A copy of the blocking order issued by the judge, court or public prosecutor shall be sent to the [Telecommunications and Information Technology] Directorate for execution.

(4) Where the content provider or the hosting service provider is abroad ... the blocking order shall be issued by the Directorate of its own motion. It shall then be notified to the access provider with a request for execution.

(5) Blocking orders shall be implemented immediately or at the latest twenty-four hours after notification.

...

(7) If the criminal investigation ends in a decision to discontinue the proceedings, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(8) Where the trial ends in an acquittal, the blocking order shall automatically cease to apply ...

(9) If the illegal content is removed, the blocking order shall be lifted ..."

16. The Telecommunications and Information Technology Directorate was established under provisional section 7 of Law no. 2559 on police powers and responsibilities, as amended on 3 July 2005 by Law no. 5397. As an administrative body it is responsible, among other tasks, for recording and monitoring information disseminated using telecommunications tools.

17. In practice, where a court orders the blocking of access to a specific website, it falls to the TİB to implement the measure. If the content provider or hosting service provider is abroad, the TİB may block all access to the pages of the intermediary service provider under section 8(3) and (4) of Law no. 5651. Therefore, the issuing of a blocking order does not result only in access to the website which is the subject of criminal proceedings being blocked; access to all the content on the Internet domain concerned is also liable to be blocked. Thus, domains such as blogspot.com, blogger.com, Google Groups, myspace.com and youtube.com have been the subject of blocking orders over long periods of time because of the websites which they host.

18. The notion of what constitutes a "publication" within the meaning of section 2(1) of Law no. 5651 has also been the subject of debate among legal commentators. In the view of some commentators, sub-paragraph (ğ), according to which the concept of "Internet publication" denotes "data which can be accessed via the Internet by an indeterminate number of persons" is in contradiction with the notion contained in subsection (l) of the same section, which states that "[p]ublication [(yayın) shall mean] publication on the Internet". The difficulty stems from the reference to "data which can be accessed via the Internet", which could apply to all kinds of data transmitted over the Internet.

III. INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. Council of Europe

1. Convention on Cybercrime

19. The Convention on Cybercrime (ETS No. 185), which came into force on 1 July 2004, was drawn up by the member States of the Council of Europe, Canada, Japan, South Africa and the United States of America. It deals with various types of offences in the sphere of cybercrime: action directed against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems; computer-related forgery and fraud; content-related offences, especially those related to child pornography; and offences concerning infringements of copyright and related rights (Chapter II, Section 1, Titles 1 4).

2. Committee of Ministers

(a) Declaration CM(2005)56 final

20. The preamble to the Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society (CM(2005)56 final of 13 May 2005) recognises that "limited or no access to [information and communication technologies (ICTs)] can deprive individuals of the ability to exercise fully their human rights". The first chapter of the Declaration, entitled "Human rights in the Information Society" contains the following passages:

> "**1. The right to freedom of expression, information and communication**
>
> ICTs provide unprecedented opportunities for all to enjoy freedom of expression. However, ICTs also pose many serious challenges to that freedom, such as State and private censorship.
>
> Freedom of expression, information and communication should be respected in a digital as well as in a non-digital environment, and should not be subject to restrictions other than those provided for in Article 10 of the [Convention], simply because communication is carried in digital form.
>
> In guaranteeing freedom of expression, member States should ensure that national legislation to combat illegal content, for example racism, racial discrimination and child pornography, applies equally to offences committed via ICTs.
>
> Member States should maintain and enhance legal and practical measures to prevent State and private censorship. ..."

(b) Declaration of 28 May 2003

21. The preamble to the Declaration on freedom of communication on the Internet adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies states that prior control of communications on the Internet, regardless of frontiers, should remain an exception, and that there is a need to remove barriers to individual access to the Internet. The Declaration sets forth, inter alia, the following principles:

> "...
>
> Principle 1: Content rules for the Internet
>
> Member States should not subject content on the Internet to restrictions which go further than those applied to other means of content delivery.
>
> ...
>
> Principle 3: Absence of prior State control

Public authorities should not, through general blocking or filtering measures, deny access by the public to information and other communication on the Internet, regardless of frontiers. This does not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries.

Provided that the safeguards of Article 10, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are respected, measures may be taken to enforce the removal of clearly identifiable Internet content or, alternatively, the blockage of access to it, if the competent national authorities have taken a provisional or final decision on its illegality.

..."

22. The explanatory note to the Declaration includes the following commentary on Principle 3:

"Absence of prior State control

This principle underlines the importance of no prior State control over what the public can search for on the Internet. In some countries, there is a tendency to block access by the population to content on certain foreign or domestic websites for political reasons. This and similar practices of prior State control should be strongly condemned.

Although the State should by no means take broad measures to block undesirable content, exceptions must be allowed for the protection of minors. Where minors have access to the Internet, for example in schools or libraries, public authorities may require filters to be installed on computers to block access to harmful content.

The absence of prior control by the State does not of course rule out measures being undertaken to remove content from the Internet or block access to it following a preliminary or final decision of the competent national authorities on its illegality, not only under penal law, but also under other branches of law such as civil or administrative law. This would typically be the case when injunctions are sought to prevent the publication on the Internet of content which is illegal. Such measures, which could entail some sort of prior control, would have to fulfil the requirements of Article 10, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and they would have to be directed at a clearly identifiable Internet content."

(c) Recommendation CM/Rec(2007)16

23. In 2007 the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2007)16 on measures to promote the public service value of the Internet. The second and third chapters, entitled

"Access" and "Openness" respectively, deal implicitly with the issues of accessibility of the Internet and the restrictions that may be permitted.

(d) Recommendation CM/Rec(2007)11

24. Also in 2007, the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2007)11 on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment.

(e) Recommendation CM/Rec(2008)6

25. In 2008 the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2008)6. The appendix to this Recommendation sets out guidelines on using and controlling Internet filters in order to fully exercise and enjoy the right to freedom of expression and information.

(f) Recommendation CM/Rec(2012)3

26. On 4 April 2012 the Committee of Ministers adopted Recommendation CM/Rec(2012)3 on the protection of human rights with regard to search engines. Paragraph 1 of the Recommendation stresses, inter alia, that "[s]earch engines enable a worldwide public to seek, receive and impart information and ideas and other content in particular to acquire knowledge, engage in debate and participate in democratic processes".

B. European Union

(a) Recommendation 2008/2160(INI)

27. Recommendation 2008/2160(INI), adopted by the European Parliament on 26 March 2009, stated expressly that States should participate in efforts to establish an e-democracy on the basis of full and safe access to the Internet. Parliament therefore recommended to member States that they should condemn government imposed censorship of the content that could be searched on Internet sites, and called on them "to ensure that freedom of expression is not subject to arbitrary restrictions from the public and/or private sphere and to avoid all legislative or administrative measures that could have a 'chilling effect' on all aspects of freedom of speech".

(b) Case of Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) (Court of Justice of the European Union)

28. Case C-70/10, examined by the Court of Justice of the European Union (CJEU), concerned a reference for a preliminary ruling following an order issued by a Belgian court requiring an Internet service provider to install a permanent monitoring system blocking all online activity liable to infringe intellectual property rights.

29. In its judgment of 24 November 2011 the CJEU held that the holders of intellectual property rights should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carried a third party's infringement of a protected work or other subject matter in a network, and that the arrangements governing such injunctions should be left to national law. However, the national rules had to observe the limitations arising from European Union law and in particular from the Directive on electronic commerce (2000/31/EC), which prohibited national authorities from adopting measures which would require an Internet service provider to carry out general monitoring of the information that it transmitted on its network. The CJEU took the view that injunctions of the kind issued in the case under consideration did not respect the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property on the one hand and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information on the other. Accordingly, it concluded that European Union law, and in particular Directive 2000/31/EC and the applicable fundamental rights, precluded an injunction imposed on an Internet service provider to introduce a system for filtering all electronic communications passing via its services, applied indiscriminately to all its customers, as a preventive measure, exclusively at its expense and for an unlimited period.

C. United Nations Human Rights Committee

30. In its General Comment No. 34 on Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted at its 102nd session (11 29 July 2011), the United Nations Human Rights Committee stated as follows:

> "43. Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other Internet-based, electronic or other such information-dissemination system, including systems to support such communication, such as Internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3. Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3. It is also inconsistent with paragraph 3 to prohibit a site or an information-dissemination system from publishing material solely on the basis that it may be critical of the government or the political social system espoused by the government."

IV. COMPARATIVE LAW

31. In view of the fact that legislation concerning the Internet, which has to be seen against a background of rapidly changing new technologies, is particularly dynamic and fragmented, it is difficult to identify common standards based on a comparison of the legal situation in Council of

Europe member States. A survey carried out by the Court of the legislation of twenty member States (Austria, Azerbaijan, Belgium, the Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Russia, Slovenia, Spain, Switzerland and the United Kingdom) reveals that the right to Internet access is protected in theory by the constitutional guarantees applicable to freedom of expression and freedom to receive ideas and information. The right to Internet access is considered to be inherent in the right to access information and communication protected by national Constitutions, and encompasses the right for each individual to participate in the information society and the obligation for States to guarantee access to the Internet for their citizens. It can therefore be inferred from all the general guarantees protecting freedom of expression that a right to unhindered Internet access should also be recognised.

32. In a decision of 10 June 2009 (no. 2009-58 DC), the French Constitutional Council, for instance, stated clearly that freedom of expression implied freedom of access to the Internet. The Constitutional Council also set forth a number of basic principles concerning the restriction of Internet access. Restrictions on the public's right to access online communication services could be ordered only by a judge, following a fair trial, and had to be proportionate. Finding that "in view of the nature of the freedom guaranteed by Article 11 of the 1789 Declaration, the legislature may not ... confer powers [to restrict or prevent Internet access] on an administrative authority with the aim of protecting the holders of copyright and related rights", the Constitutional Council declared to be unconstitutional the legislative provisions which provided for the blocking of Internet access in cases of infringement of copyright, in the absence of a prior judicial decision. It held that the suspension of access could be ordered only after adversarial judicial proceedings, as an ancillary penalty. Interim measures or injunctions could be ordered by the urgent-applications judge, provided that they were "strictly necessary in order to preserve the rights in question".

33. As regards possible restrictions in cases of illegal Internet content, European countries have adopted a wide variety of approaches and legislative measures, ranging from the suspension of individual rights of Internet access or the removal of the illegal content, to the blocking of access to the specific website in question. In most European countries, the protection of the rights of minors and efforts to combat the sexual exploitation of minors constitute a basis for appropriate measures restricting access to the websites concerned (this is the case in France, Germany, Switzerland and the United Kingdom). When it comes to ordinary crime, the measures restricting access are different and less severe in six countries (Austria, Estonia, Finland, Italy, Lithuania and the Netherlands).

34. As to the scope of the restrictions, a distinction is generally made according to the nature of the offence committed, namely between offences against intellectual property rights and other offences. According to a report by the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) entitled "Freedom of expression on the Internet: study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States", there are no general legislative provisions on the blocking of Internet access in Austria, the Czech Republic, Germany or Poland. Five countries (Estonia, Finland, the Netherlands, Russia and the United Kingdom) have no legislation providing for wholesale blocking irrespective of the offence but have enacted specific legislative provisions allowing access to be blocked in the case of certain types of offence. These include child pornography, racism, hate speech, incitement to terrorism and defamation.

35. In Russia, although a blanket prohibition on Internet access is not possible, access restrictions may be imposed under federal legislation on specific grounds, for instance to protect the foundations of the constitutional order, morals, health or the legitimate rights and interests of others, or in the interests of national defence and security (Federal Law no. 149-FZ).

36. In those countries which do not have a general or specific legislative framework providing for the closure of sites and/or the blocking of access, blocking measures may nonetheless be ordered by a judge or applied on a voluntary basis.

37. The possibility of appealing against a measure prohibiting Internet access is closely linked to the general guarantees protecting the right to receive information and to express one's views. In Azerbaijan, Belgium, the Czech Republic, Lithuania, Spain and the United Kingdom, no specific provisions exist governing appeals against measures restricting access to an Internet page. Reference is made instead to the general constitutional provisions on freedom of expression and information or, in the case of the United Kingdom, to the possibility of judicial review if the user can prove that he or she has a sufficient interest linked to the subject of the impugned measure. In Estonia, the legislation makes express provision for contesting a measure restricting access to information on the Internet before a higher administrative authority or a specialised agency or directly before the courts in cases concerning public information which the authorities are required to make accessible (the Public Information Act).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

38. The applicant complained of the impossibility of accessing his Internet site as a result of a measure ordered in the context of criminal proceedings which were wholly unrelated to his site.

In his view, the measure amounted to an infringement of his freedom to receive and impart information and ideas, guaranteed by Article 10 of the Convention, which reads as follows:

"1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary."

39. The Government did not submit any observations.

A. Admissibility

40. The Court notes that this complaint is not manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention. It further notes that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

B. Merits

1. The parties' submissions

41. The applicant submitted that the blocking of Google Sites amounted to indirect censorship. He contended that the consequences that had resulted for him from the blocking order, namely his inability to access his own website, although the latter had no connection with the illegal content that had given rise to the blocking order in respect of Google Sites, had been disproportionate to the objectives pursued. He further maintained that the proceedings leading to the blocking of Google Sites could not be regarded as fair and impartial.

42. The Government did not submit any observations.

2. Third-party intervener

43. Referring to the Court's case-law, the association Open Society Justice Initiative observed that, since Google Sites hosted a large quantity of data and information and was thus comparable to the online archives of major newspapers or traditional libraries, the impugned measure amounted to a prior restraint on publication. Whereas the aim of the measure taken in this case

had been to block access to a single website which was disseminating content insulting the reputation of Atatürk, access to the whole of Google Sites, which hosted the offending website, had been blocked. A measure of that nature, blocking access to such a quantity of information for an indeterminate period, was analogous to prior restraint as it prevented Internet users from accessing the blocked content for an indeterminate period. Such restrictions posed significant dangers and therefore required the most careful scrutiny by the Court.

44. Open Society Justice Initiative added that blocking orders which prevented access to a group of websites posed a risk of "collateral censorship". Such measures should therefore be avoided as being disproportionate where it was technically possible to target only the offending website. Citing examples from member States of the Council of Europe, the association observed that no large-scale blocking of Internet content comparable to that ordered in the present case had ever been ordered in France, Germany or the United Kingdom.

45. Furthermore, the Turkish system did not afford adequate safeguards against arbitrariness; for instance, there was no requirement to notify content providers or owners of other sites affected by the blocking order. In addition, numerous blocking orders had been issued in respect of websites which had thousands of users without any safeguards being applied. Access to sites including youtube.com, GeoCities and Dailymotion and to numerous Google services had been blocked over periods of months or even years, causing considerable "collateral censorship".

3. The Court's assessment

(a) Whether there was interference

46. The Court observes that the applicant owns and runs a website which he apparently uses in order to publish his academic work and his views on various topics. He complained of his inability to access his website as a result of a measure ordered in the context of criminal proceedings which were unconnected to his site. This amounted in his view to a prior restraint, imposed before a ruling had been given on the merits.

47. The Court reiterates that Article 10 does not prohibit prior restraints on publication as such. This is borne out not only by the words "conditions", "restrictions", "preventing" and "prevention" which appear in that provision, but also by the Court's judgment in The Sunday Times v. the United Kingdom (no. 1) (26 April 1979, Series A no. 30) and in markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany (20 November 1989, Series A no. 165). On the other hand, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of

all its value and interest. This danger also applies to publications other than periodicals that deal with a topical issue.

48. As regards the importance of Internet sites in the exercise of freedom of expression, the Court reiterates that, in Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2) (nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009), it found as follows:

> "In the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general."

49. These considerations are also valid in the present case. The Court notes that Google Sites is a Google service designed to facilitate the creation and sharing of websites within a group and thus constitutes a means of exercising freedom of expression.

50. In that regard it points out that Article 10 guarantees freedom of expression to "everyone". It makes no distinction according to the nature of the aim pursued or the role played by natural or legal persons in the exercise of that freedom (see Çetin and Others v. Turkey, nos. 40153/98 and 40160/98, § 57, ECHR 2003-III). It applies not only to the content of information but also to the means of dissemination, since any restriction imposed on the latter necessarily interferes with the right to receive and impart information (see, mutatis mutandis, Autronic AG v. Switzerland, 22 May 1990, § 47, Series A no. 178). Likewise, the Court has consistently emphasised that Article 10 guarantees not only the right to impart information but also the right of the public to receive it (see Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, § 59 (b), Series A no. 216, and Guerra and Others v. Italy, 19 February 1998, § 53, Reports of Judgments and Decisions 1998-I).

51. In the present case the measure blocking access to the website stemmed from a decision of the Denizli Criminal Court of First Instance. It was initially designed as a preventive measure ordered by the court in the context of the criminal proceedings brought against a third-party website under Law no. 5816 prohibiting insults against the memory of Atatürk. However, the administrative body responsible for executing the blocking order, the TİB, requested that an order be given blocking all access to Google Sites. In a decision of 24 June 2009, the Denizli Criminal Court of First Instance granted the request. Ruling on an application by the applicant to have it set aside, the Denizli Criminal Court subsequently upheld the order, taking the view that the only means of blocking access to the website that was the subject of criminal proceedings was to block access to Google Sites. The TİB therefore blocked access to the entire Google Sites domain, thereby incidentally preventing the applicant from accessing his own website. It appears from the

case file that, as a result of the measure, the applicant was completely unable for an indeterminate period of time to access his own website. All his attempts to do so were unsuccessful because of the blocking order issued by the court. He can therefore legitimately claim that the measure in question affected his right to receive and impart information and ideas.

52. The crux of the case therefore concerns the collateral effect of a preventive measure adopted in the context of judicial proceedings. Although neither Google Sites as such nor the applicant's website was the subject of the proceedings in question, the TİB blocked access to them in order to execute the measure ordered by the Denizli Criminal Court of First Instance. The measure was to remain in place until such time as a decision was given on the merits or the illegal content of the site hosted by Google Sites was removed (section 9 of Law no. 5651). It therefore constituted a prior restraint as it was imposed before a ruling had been given on the merits.

53. The Court considers that, whatever its legal basis, such a measure was bound to have an influence on the accessibility of the Internet and, accordingly, engaged the responsibility of the respondent State under Article 10 (see, mutatis mutandis, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria, 19 December 1994, § 27, Series A no. 302).

54. It further observes that the blocking of access complained of resulted from a prohibition initially imposed on a third-party website. It was the blocking of all access to Google Sites which actually affected the applicant, who owned another website hosted on the same domain. It is true that the measure did not, strictly speaking, constitute a wholesale ban but rather a restriction on Internet access which had the effect of also blocking access to the applicant's website. Nevertheless, the fact that the effects of the restriction in issue were limited does not diminish its significance, especially since the Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest.

55. In sum, the Court considers that the impugned measure amounted to a restriction stemming from a preventive order blocking access to an Internet site. For the purpose of executing the latter, the Denizli Criminal Court of First Instance further ordered, at the request of the TİB, the blocking of access to Google Sites, which also hosted the applicant's website. The applicant was thereby prevented from accessing his own website. This circumstance is sufficient for the Court to conclude that the measure in question amounted to "interference by public authority" with the applicant's right to freedom of expression, of which the freedom to receive and impart information

and ideas is an integral part (see, mutatis mutandis, Ayşe Öztürk v. Turkey, no. 24914/94, § 58, 15 October 2002).

56. Such interference will constitute a breach of Article 10 unless it is "prescribed by law", pursues one or more of the legitimate aims referred to in Article 10 § 2 and is "necessary in a democratic society" to achieve those aims.

(b) Prescribed by law

57. The Court reiterates at the outset that the expression "prescribed by law", within the meaning of Article 10 § 2, requires firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law; however, it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences, and that it should be compatible with the rule of law (see, among many other authorities, Dink v. Turkey, nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, § 114, 14 September 2010). According to the Court's established case-law, a rule is "foreseeable" if it is formulated with sufficient precision to enable any individual - if need be with appropriate advice - to regulate his conduct (see, among many other authorities, RTBF v. Belgium, no. 50084/06, § 103, ECHR 2011, and Altuğ Taner Akçam v. Turkey, no. 27520/07, § 87, 25 October 2011).

58. In the instant case the Court observes that the blocking of access to the website which was the subject of judicial proceedings had a statutory basis, namely section 8(1) of Law no. 5651. As to whether this section also satisfied the requirements of accessibility and foreseeability, the applicant submitted that this question should be answered in the negative, as the provision in question was too uncertain in his view.

59. The Court has consistently held that, for domestic law to meet these requirements, it must afford a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights guaranteed by the Convention. In matters affecting fundamental rights it would be contrary to the rule of law, one of the basic principles of a democratic society enshrined in the Convention, for a legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate with sufficient clarity the scope of any such discretion and the manner of its exercise (see, among many other authorities, The Sunday Times, cited above, § 49, and Maestri v. Italy [GC], no. 39748/98, § 30, ECHR 2004-I).

60. The question here is whether, at the time the blocking order was issued, a clear and precise rule existed enabling the applicant to regulate his conduct in the matter.

61. The Court observes that, under section 8(1) of Law no. 5651, a judge may order the blocking of access to "Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to ... offences". Section 2 of the same Law provides two definitions of the notion of "publication": according to sub-paragraph (ğ) "Internet publication [(yayın) shall mean] data which can be accessed via the Internet by an indeterminate number of persons". Subsection (l), meanwhile, states that "[p]ublication [(yayın) shall mean] publication on the Internet". Even though the notion of "publication" appears to be very broad and may cover all kinds of data published on the Internet, it is clear that neither the applicant's website nor Google Sites per se fell within the scope of section 8(1) of Law no. 5651, since the legality of their content, within the meaning of that provision, was not in issue in the present case.

62. Neither Google Sites nor the applicant's website was the subject of judicial proceedings for the purposes of section 8(1) of Law no. 5651. It is clear from the fact that this provision was referred to in the decision of 24 June 2009 (see paragraph 10 above) that Google Sites was held to be liable for the content of a website which it hosted. However, sections 4, 5 and 6 of Law no. 5651, which deal with the liability of content providers, hosting service providers and access providers, make no provision for a wholesale blocking of access such as that ordered in the present case. Nor has it been maintained that the Law authorised the blocking of an entire Internet domain like Google Sites which allows the exchange of ideas and information. Moreover, there is nothing in the case file to indicate that Google Sites was notified under section 5(2) of Law no. 5651 that it was hosting illegal content, or that it refused to comply with an interim measure concerning a site that was the subject of pending criminal proceedings.

63. The Court also observes that section 8, subsections (3) and (4), of Law no. 5651 conferred extensive powers on an administrative body (the TİB) in the implementation of a blocking order originally issued in relation to a specified site. The facts of the case demonstrate that the TİB could request the extension of the scope of a blocking order even though no proceedings had been brought against the website or domain in question and no real need for wholesale blocking had been established.

64. As indicated above (see paragraph 47), the Court considers that such prior restraints are not necessarily incompatible with the Convention as a matter of principle. However, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power (see Association Ekin v. France, no. 39288/98, § 58, ECHR 2001-VIII, and, mutatis mutandis, Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, § 55, ECHR 2011). In that regard, the judicial review of such a measure, based on a

weighing-up of the competing interests at stake and designed to strike a balance between them, is inconceivable without a framework establishing precise and specific rules regarding the application of preventive restrictions on freedom of expression (see RTBF v. Belgium, cited above, § 114). The Court observes that when the Denizli Criminal Court of First Instance decided to block all access to Google Sites under Law no. 5651 it merely referred to a recommendation from the TİB, without ascertaining whether a less far-reaching measure could have been taken to block access specifically to the offending website (see paragraph 10 above).

65. The Court also notes that in his application of 1 July 2009 to have the blocking order set aside one of the applicant's main arguments was that, to prevent other websites from being affected by the measure in question, a method should have been chosen whereby only the offending website was made inaccessible.

66. However, there is no indication that the judges considering the application sought to weigh up the various interests at stake, in particular by assessing the need to block all access to Google Sites. In the Court's view, this shortcoming was simply a consequence of the wording of section 8 of Law no. 5651 itself, which did not lay down any obligation for the domestic courts to examine whether the wholesale blocking of Google Sites was necessary, having regard to the criteria established and applied by the Court under Article 10 of the Convention. Such an obligation, however, flows directly from the Convention and from the case-law of the Convention institutions. In reaching their decision, the courts simply found it established that the only means of blocking access to the offending website in accordance with the order made to that effect was to block all access to Google Sites (see paragraphs 8, 10 and 13 above). However, in the Court's view, they should have taken into consideration, among other elements, the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, substantially restricted the rights of Internet users and had a significant collateral effect.

67. In the light of these considerations and of its examination of the legislation in question as applied in the instant case, the Court concludes that the interference resulting from the application of section 8 of Law no. 5651 did not satisfy the foreseeability requirement under the Convention and did not afford the applicant the degree of protection to which he was entitled by the rule of law in a democratic society. Furthermore, the provision in question appears to be in direct conflict with the actual wording of paragraph 1 of Article 10 of the Convention, according to which the rights set forth in that Article are secured "regardless of frontiers" (see, to the same effect, Association Ekin, cited above, § 62).

68. The Court further observes that the measure in question produced arbitrary effects and could not be said to have been aimed solely at blocking access to the offending website, since it consisted in the wholesale blocking of all the sites hosted by Google Sites. Furthermore, the judicial review procedures concerning the blocking of Internet sites are insufficient to meet the criteria for avoiding abuse, as domestic law does not provide for any safeguards to ensure that a blocking order in respect of a specific site is not used as a means of blocking access in general.

69. Accordingly, there has been a violation of Article 10 of the Convention.

70. In view of that conclusion, the Court does not consider it necessary in the instant case to examine whether the other requirements of paragraph 2 of Article 10 have been met.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 6, 7 AND 13 OF THE CONVENTION AND ARTICLE 2 OF PROTOCOL No. 1

71. Relying on Articles 6 and 13 of the Convention, the applicant complained that he had not had an effective judicial remedy enabling him to have the impugned measure reviewed by the courts and have possible abuse by the authorities censured.

The applicant also alleged an infringement of the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, enshrined in Article 7 of the Convention.

Lastly, from the standpoint of Article 2 of Protocol No. 1, he complained of an infringement of his right to education, arguing that the prohibition in question had prevented him from pursuing his studies for his doctorate.

72. In view of its finding of a violation under Article 10 of the Convention (see paragraph 69 above), the Court considers that it has examined the main legal questions raised in the present case. In the light of all the facts of the case, it deems it unnecessary to rule separately on either the admissibility or the merits of the complaints under Articles 6, 7 and 13 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1 (see Recep Kurt v. Turkey, no. 23164/09, § 70, 22 November 2011, and Kamil Uzun v. Turkey, no. 37410/97, § 64, 10 May 2007).

III. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

73. Article 41 of the Convention provides:

“If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

74. The applicant claimed 10,000 euros (EUR) in respect of non pecuniary damage.

75. The Government contested the applicant's claim.

76. The Court considers it appropriate to award the applicant EUR 7,500 in respect of non pecuniary damage.

B. Costs and expenses

77. The applicant also claimed EUR 3,300 for the costs and expenses incurred before the domestic courts and before the Court. He asserted in particular that the presentation of his case before the domestic courts and the Strasbourg institutions had entailed over 28 hours' work at an hourly rate of 250 Turkish liras, in accordance with the scale of minimum fees of the Istanbul and İzmir Bars.

78. The Government contested those claims.

79. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these were actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. In the present case, regard being had to the documents in its possession and its case-law, the Court considers it reasonable to award the applicant the sum of EUR 1,000 covering costs under all heads.

C. Default interest

80. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. Declares admissible the complaint concerning the interference with the applicant's freedom to receive and impart information;

2. Holds that there has been a violation of Article 10 of the Convention;

3. Holds that there is no need to examine separately the admissibility or merits of the complaints under Articles 6, 7 and 13 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1;

4. Holds

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, the following amounts, to be converted into Turkish liras at the rate applicable at the date of settlement:

(i) EUR 7,500 (seven thousand five hundred euros), plus any tax that may be chargeable, in respect of non-pecuniary damage;

(iii) EUR 1,000 (one thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

5. Dismisses the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 18 December 2012, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Stanley Naismith Guido Raimondi

Registrar President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the separate opinion of Judge Pinto de Albuquerque is annexed to this judgment.

G.RA.

S.H.N.

CONCURRING OPINION OF

JUDGE PINTO DE ALBUQUERQUE

The Ahmet Yıldırım case is about collateral Internet blocking. It involves an interim court injunction blocking access for all Turkish-based users to the Google Sites domain[2], including the applicant's personal website which was hosted by that domain. In fact, this is the first time the question of freedom of expression on Web 2.0-based platforms has been put to the European Court of Human Rights ("the Court"). I agree with the finding of a violation of Article 10 of the European Convention on Human Rights ("the Convention"), but I am convinced that the reasoning of the judgment does not set forth, as it should, the fundamental principles applicable to restrictions on freedom of expression in this field[3]. The purpose of this opinion is to supplement the judgment by setting out those principles, the importance of which is emphasised by two obvious reasons: firstly, the scant case-law of the Court on this topic demands a principled approach to these novel and complex issues in order to avoid erratic, or even contradictory, case-law; secondly, in view of the deficient legislative framework of the respondent State, which will require legislative reform, there is a pressing need for clear guidelines in accordance with the Court's standards applicable in this field.

The interference with the applicant's freedom of expression

The decision of the Denizli Criminal Court of First Instance of 23 and 24 June 2009 constituted interference with the applicant's freedom of expression inasmuch as it blocked access to Google Sites, the domain he had used to create his own site. The measure was based on section 8(1)(b) of Law no. 5651. It was taken within the framework of a set of criminal proceedings opened to investigate another site created in Google Sites, which included content considered offensive to the memory of Mustafa Kemal Atatürk. The Court has no information concerning any notification or attempted notification of Google Inc., the US-based owner and operator of Google Sites, prior to the issuing of the blocking order.

Regardless of the allegedly illegal content of the site on Atatürk[4], the fact is that the applicant's site included only his academic works and other texts and personal opinions on various topics

[2] Google Sites is a component of a software package known as Google Apps, which furnishes the tools for creating and maintaining personal websites.

[3] Although Internet blocking orders may jeopardise various human rights, such as the access provider's right to property, the content provider's freedom of expression and the user's freedom of information, in this particular case the focus will be on the second aspect.

[4] The political and historical nature of the publications on Atatürk should also have been taken into account (for the differences between a speech on "established historical facts" and an ongoing debate on historical facts, see my separate opinion in Fáber v. Hungary, no. 40721/08, 24 July 2012).

such as the social Web, the semantic Web, complex networks, complex systems and the philosophy of science. The blocking order failed to take into consideration that fact and consequently the fact that the applicant's site, as many others based on Google Sites, had no connection whatsoever with the site which had been at the origin of the criminal proceedings.

The European standards for the blocking of Internet publications

The Council of Europe standards on freedom of expression on the Internet have been established in various Resolutions, Recommendations and Declarations, in addition to the Convention on Cybercrime and its Additional Protocol[5]. Of these documents, the following three are of the utmost importance for the issues at stake in the present case.

- Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, which provides that:

> "12. A prerequisite for the existence of effective search engines is the freedom to crawl and index the information available on the Web. The filtering and blocking of Internet

[5] The relevant hard and soft law includes the Convention on Cybercrime (ETS No. 185) and its Additional Protocol concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189), the Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings, Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member States on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet, the Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles, the Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers, Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services, the Declaration of the Committee of Ministers on the Digital Agenda for Europe, the Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality, the Declaration of the Committee of Ministers on the management of Internet Protocol address resources in the public interest, the Declaration of the Committee of Ministers on enhanced participation of member States in Internet governance matters, the Human Rights Guidelines for online games providers, the Human Rights Guidelines for Internet service providers, Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers on measures to promote the public service value of the Internet, the Declaration on freedom of communication on the Internet adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003, Recommendation 1586 (2002) of the Parliamentary Assembly on the digital divide and education, Recommendation No. R (2001) 8 of the Committee of Ministers on self-regulation concerning cyber content, Recommendation 1543 (2001) of the Parliamentary Assembly on racism and xenophobia in cyberspace, the Declaration on a European policy for new information technologies adopted by the Committee of Ministers on 7 May 1999, Recommendation No. R (99) 14 of the Committee of Ministers on universal community service concerning new communication and information services, Recommendation No. R (99) 5 for the protection of privacy on the Internet, Recommendation 1332 (1997) of the Parliamentary Assembly on the scientific and technical aspects of the new information and communications technologies, Recommendation No. R (97) 19 of the Committee of Ministers on the portrayal of violence in the electronic media, Recommendation 1314 (1997) of the Parliamentary Assembly on the new technologies and employment, Resolution 1120 (1997) of the Parliamentary Assembly on the impact of the new communication and information technologies on democracy, Recommendation No. R (95) 13 of the Committee of Ministers concerning problems of criminal procedural law connected with information technology, Recommendation No. R (92) 15 of the Committee of Ministers concerning teaching, research and training in the field of law and information technology, and Recommendation 1122 (1990) of the Parliamentary Assembly on the revival of the countryside by means of information technology.

content by search-engine providers entails the risk of violation of freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention in respect to the rights of providers and users to distribute and access information.

13. Search-engine providers should not be obliged to monitor their networks and services proactively in order to detect possibly illegal content, nor should they conduct any ex ante filtering or blocking activity, unless mandated by court order or by a competent authority. However, there may be legitimate requests to remove specific sources from their index, for example in cases where other rights outweigh the right to freedom of expression and information; the right to information cannot be understood as extending the access to content beyond the intention of the person who exercises her or his freedom of expression.

...

16. In addition, member States should work with search-engine providers so that they:

- ensure that any necessary filtering or blocking is transparent to the user. The blocking of all search results for certain keywords should not be included or promoted in self- and co-regulatory frameworks for search engines. Self- and co-regulatory regimes should not hinder individuals' freedom of expression and right to seek, receive and impart information, ideas and content through any media. As regards the content that has been defined in a democratic process as harmful for certain categories of users, member States should avoid general de-indexation which renders such content inaccessible to other categories of users. In many cases, encouraging search engines to offer adequate voluntary individual filter mechanisms may suffice to protect those groups;

- explore the possibility of allowing de-indexation of content which, while in the public domain, was not intended for mass communication (or mass communication in aggregate)."

- Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, according to which:

"III. Use and application of Internet filters by the public and private sector

Notwithstanding the importance of empowering users to use and control filters as mentioned above, and noting the wider public-service value of the Internet, public actors on all levels (such as administrations, libraries and educational institutions) which introduce filters or use them when delivering services to the public, should ensure full

respect for all users' right to freedom of expression and information and their right to private life and secrecy of correspondence.

In this context, member States should:

i. refrain from filtering Internet content in electronic communications networks operated by public actors for reasons other than those laid down in Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights;

ii. guarantee that nationwide general blocking or filtering measures are only introduced by the State if the conditions of Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights are fulfilled. Such action by the State should only be taken if the filtering concerns specific and clearly identifiable content, a competent national authority has taken a decision on its illegality and the decision can be reviewed by an independent and impartial tribunal or regulatory body, in accordance with the requirements of Article 6 of the European Convention on Human Rights;

iii. introduce, where appropriate and necessary, provisions under national law for the prevention of intentional abuse of filters to restrict citizens' access to lawful content;

iv. ensure that all filters are assessed both before and during their implementation to ensure that the effects of the filtering are proportionate to the purpose of the restriction and thus necessary in a democratic society, in order to avoid unreasonable blocking of content;

v. provide for effective and readily accessible means of recourse and remedy, including suspension of filters, in cases where users and/or authors of content claim that content has been blocked unreasonably;

vi. avoid the universal and general blocking of offensive or harmful content for users who are not part of the group which a filter has been activated to protect, and of illegal content for users who justifiably demonstrate a legitimate interest or need to access such content under exceptional circumstances, particularly for research purposes;

vii. ensure that the right to private life and secrecy of correspondence is respected when using and applying filters and that personal data logged, recorded and processed via filters are only used for legitimate and non-commercial purposes."

- Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the public service value of the Internet, which provides as follows:

"III. Openness

Member States should affirm freedom of expression and the free circulation of information on the Internet, balancing them, where necessary, with other legitimate rights and interests, in accordance with Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights as interpreted by the European Court of Human Rights, by:

- promoting the active participation of the public in using, and contributing content to, the Internet and other ICTs;

- promoting freedom of communication and creation on the Internet, regardless of frontiers, in particular by:

a. not subjecting individuals to any licensing or other requirements having a similar effect, nor any general blocking or filtering measures by public authorities, or restrictions that go further than those applied to other means of content delivery;

b. facilitating, where appropriate, 're-users', meaning those wishing to exploit existing digital content resources in order to create future content or services in a way that is compatible with respect for intellectual property rights;

c. promoting an open offer of services and accessible, usable and exploitable content via the Internet which caters to the different needs of users and social groups, in particular by:

- allowing service providers to operate in a regulatory framework which guarantees them non-discriminatory access to national and international telecommunication networks;

- increasing the provision and transparency of their online services to citizens and businesses;

- engaging with the public, where appropriate, through user-generated communities rather than official websites;

- encouraging, where appropriate, the re-use of public data by non-commercial users, so as to allow every individual access to public information, facilitating their participation in public life and democratic processes;

- promoting public-domain information accessibility via the Internet which includes government documents, allowing all persons to participate in the process of government; information about personal data retained by public entities; scientific and historical data; information on the state of technology, allowing the public to consider how the information society might guard against information warfare and other threats to human rights; creative

works that are part of a shared cultural base, allowing persons to participate actively in their community and cultural history;

- adapting and extending the remit of public-service media, in line with Recommendation Rec(2007)3 of the Committee of Ministers to member States on the remit of public-service media in the information society, so as to cover the Internet and other new communication services and so that both generalist and specialised contents and services can be offered, as well as distinct personalised interactive and on-demand services."

In the Court's case-law, three cases to date have dealt specifically with Internet publications[6].

In K.U. v. Finland, the Court held as follows:

"Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context."[7]

In Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), the Court stated:

"In the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information in general. The maintenance of Internet archives is a critical aspect of this role and the Court therefore considers that such archives fall within the ambit of the protection afforded by Article 10."[8]

Lastly, in Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, the Court found:

[6] In Mouvement raëlien suisse v. Switzerland ([GC], no. 16354/06, ECHR 2012), faced with a case in which the national authorities, after examining the applicant association's website, mentioned on a poster, and other sites that were accessible via hyperlinks on the applicant's site, proceeded to prohibit a particular form of expression of the applicant association, the majority did not address this issue, which was analysed in various separate opinions.
[7] K.U. v. Finland, no. 2872/02, § 49, ECHR 2008.
[8] Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009.

> "... the absence of a sufficient legal framework at the domestic level allowing journalists to use information obtained from the Internet without fear of incurring sanctions seriously hinders the exercise of the vital function of the press as a 'public watchdog' ... "[9]

In the light of these documents and the practice of the States Parties referred to in the judgment's reasoning, the minimum criteria for Convention-compatible legislation on Internet blocking measures are: (1) a definition of the categories of persons and institutions liable to have their publications blocked, such as national or foreign owners of illegal content, websites or platforms, users of these sites or platforms and persons providing hyperlinks to illegal sites or platforms which have endorsed them[10]; (2) a definition of the categories of blocking orders, such as blocking of entire websites, Internet Protocol (IP) addresses, ports, network protocols or types of use, like social networking[11]; (3) a provision on the territorial ambit of the blocking order, which may have region-wide, nationwide, or even worldwide effect[12]; (4) a limit on the duration of the blocking order[13]; (5) an indication of the "interests", in the sense of one or more of those included in Article 10 § 2 of the Convention, that may justify the blocking order; (6) observance of the criterion of proportionality, which provides for a fair balancing of freedom of expression and the competing "interests" pursued, while ensuring that the essence (or minimum core) of freedom of expression is respected[14]; (7) compliance with the principle of necessity, which enables an assessment to be made as to whether the interference with freedom of expression adequately advances the "interests" pursued and goes no further than is necessary to meet the said "social need"[15]; (8) definition of the authorities competent to issue a reasoned blocking order[16]; (9) a procedure to be

[9] Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, no. 33014/05, § 64, ECHR 2011.

[10] The distinction between a content and a service provider is not always straightforward. For instance, when the service provider interferes with the content provided by a third person, the service provider in turn becomes a content provider. The legislature should provide a clear legal definition of both, since their responsibilities are also different.

[11] The possibilities range from more sophisticated blocking orders aimed at IP addresses, port numbers, URLs or content data to less sophisticated ones like blocking certain domain names on the corresponding servers or specific entries on the hit list of search engines.

[12] On the right to cross-border access to information, see Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden, no. 23883/06, §§ 44-50, 16 December 2008, and the Committee of Ministers Declaration on freedom of communication on the Internet, 28 May 2003, Principle 3.

[13] Indefinite or indeterminate Internet blocking orders constitute per se unnecessary interference with freedom of expression.

[14] For instance, the blocking of a Holocaust-denying site is proportionate (see the French Court of Cassation decision no. 707 of 19 June 2008, 07-12244).

[15] That less draconian measures should be envisaged, such as the confiscation of particular issues of the newspapers or restrictions on the publication of specific articles, has already been determined in Ürper and Others v. Turkey (nos. 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 and 54637/07, § 43, 20 October 2009). The same principle is applicable to the blocking of publications, for example by implementing a "notice and take down" policy prior to the issuance of a blocking order. In the field of the Internet, an additional factor to be considered is the fact that some blocking measures may easily be circumvented, which makes the necessity of the measure questionable.

[16] The fact that multiple institutions, bodies and persons may issue blocking orders proves detrimental to legal certainty. The concentration of blocking powers in one single authority facilitates uniform application of the law and closer monitoring of the practice.

followed for the issuance of that order, which includes the examination by the competent authority of the case file supporting the request for a blocking order and the hearing of evidence from the affected person or institution, unless this is impossible or incompatible with the "interests" pursued[17]; (10) notification of the blocking order and the grounds for it to the person or institution affected; and (11) a judicial appeal procedure against the blocking order[18].

This framework must be established via specific legal provisions; neither the general provisions and clauses governing civil and criminal responsibility nor the e commerce Directive[19] constitute a valid basis for ordering Internet blocking. In any case, blocking access to the Internet, or parts of the Internet, for whole populations or segments of the public can never be justified, including in the interests of justice, public order or national security[20]. Thus, any indiscriminate blocking measure which interferes with lawful content, sites or platforms as a collateral effect of a measure aimed at illegal content or an illegal site or platform fails per se the "adequacy" test, in so far as it lacks a "rational connection", that is, a plausible instrumental relationship between the interference and the social need pursued[21]. By the same token, blocking orders imposed on sites and platforms which remain valid indefinitely or for long periods are tantamount to inadmissible forms of prior restraint, in other words, to pure censorship[22].

[17] For the relevance of the guarantee that evidence be heard from the affected persons, see decision no. 2009-580 DC of the French Constitutional Council of 10 June 2009, paragraph 38.
[18] For the importance of similar guarantees of notification and appeal, see decision no. 2011 625 DC of the French Constitutional Council of 10 March 2011, paragraph 8.
[19] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (the Directive on electronic commerce) does not deal with the issuance of blocking orders and its conditions, and the only reference it makes in this regard is to state that "in Member States which authorise unsolicited commercial communications by electronic mail, the setting up of appropriate industry filtering initiatives should be encouraged and facilitated" and that "[t]his Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information" (Recital 30 of the Preamble and Articles 12 § 3, 13 § 2 and 14 § 3).
[20] See United Nations Human Rights Committee General Comment No. 34, UN Doc. CCPR/C/GC/34, paragraph 43; the Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet by the United Nations Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information; and the Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 10 August 2011, UN Doc. A/66/290, paragraphs 37-44.
[21] Committee of Ministers Declaration on freedom of communication on the Internet, 28 May 2003, Principle 3, and United Nations Human Rights Committee General Comment No. 34, cited above, paragraph 22.
[22] The inadmissibility of prohibitions on the future publication of entire newspapers whose content was unknown at the time of the national courts' decisions has been established in Ürper and Others, cited above, § 42. The blocking of a website or a platform and the future publication of articles thereon whose content was unknown at the time of the decision is equivalent to the above-mentioned prohibition regarding a newspaper. Thus, the rationale of Ürper and Others applies to the blocking of websites or platforms and a fortiori to the collateral suppression of legal websites and platforms.

When exceptional circumstances justify the blocking of illegal content, it is necessary to tailor the measure to the content which is illegal and avoid targeting persons or institutions that are not de jure or de facto responsible for the illegal publication and have not endorsed its content. In the case of interim or preventive measures which are based on reasonable grounds to suspect the commission of a crime, freedom of expression warrants not only a particularly tight legal framework ("cadre légal particulièrement strict") but also the most careful scrutiny by the courts, and consequently the exercise of special restraint[23]. None of these guarantees was provided by the impugned decisions of the national courts, as will be shown.

The application of the European standards to the instant case

Law no. 5651 lays down only the following criteria for the issuance of an Internet blocking order: the nature of the criminal offences or activities which may give rise to a blocking order, the degree of evidence necessary for a blocking order to be issued ("sufficient grounds to suspect"), the competence of the judge, the court or, in urgent matters, the public prosecutor to issue the blocking order, an appeal against that order[24] and its termination when the accused is acquitted, the case is dismissed or the illegal content is deleted. Thus, the national legislation, although not arbitrary, since it entrusts to the judiciary the power to block or not to block, is at least very deficient, because it does not surround the exercise of judicial power with all the required conditions and safeguards and therefore does not afford basic guarantees of freedom of expression to Internet content providers.

It is a fact that the domestic courts were, and still are, obliged to respect freedom of expression, as interpreted by the Court's case-law, and thus should have interpreted restrictively their own powers under section 8 of Law no. 5651. But they failed to do so. It is particularly regrettable that they omitted to advance any argument justifying the notion that the public interest in blocking access outweighed the applicant's freedom of expression or any consideration of the existence of a clear and imminent danger resulting from the applicant's publication. It is also to be regretted that the Denizli Criminal Court of First Instance decision of 13 July 2009 rejected the applicant's

[23] On the legal framework, see RTBF v. Belgium, no. 50084/06, § 115, ECHR 2011: "if prior restraints are required in the media sphere, they must form part of a legal framework ensuring both tight control over the scope of any bans and effective judicial review to prevent potential abuses." And on the judicial exercise of restraint, see Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, § 60, Series A no. 216: "... the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny on the part of the Court. This is especially so as far as the press is concerned, for news is a perishable commodity and to delay its publication, even for a short period, may well deprive it of all its value and interest." This was confirmed by Editions Plon v. France, no. 58148/00, § 42, ECHR 2004-IV; Association Ekin v. France, no. 39288/98, § 56, ECHR 2001-VIII; and Obukhova v. Russia, no. 34736/03, § 22, 8 January 2009. And in the American case-law, see New York Times Co. v. United States, 403 US 713 (1971), and particularly the concurring opinion of Justice Brennan (the US Constitution "tolerates absolutely no prior judicial restraints of the press predicated upon surmise or conjecture that untoward consequences may result").

[24] But no provision is made for giving notice of the blocking order to the affected parties.

application to set aside the order with the argument that no other less intrusive measure was available.

If the interference with the applicant's freedom of expression on the public forum of the Internet must be assessed in terms of the negative obligations arising from Article 10 of the Convention, which already narrows the breadth of the margin of appreciation of the respondent State[25], the interim and preventive nature of the contested blocking measure narrows it even further. The fact that this measure is, according to the law, based on the existence of "sufficient grounds to suspect" that the publications on the Internet constitute certain crimes points not only to the precarious nature of the assessment (a mere "suspicion") which the courts are called upon to perform, but also to the limited amount of evidence ("sufficient" grounds) required to support the issuance of the measure. The particular judicial restraint warranted by the provisional nature of the measure and by the very deficient legal framework was entirely absent[26].

Conclusion

To borrow the words of Banatan Books, Inc., any prior restraint on expression on the Internet comes to me with a heavy presumption against its Convention validity[27]. In the instant case, the respondent Government did not satisfy the burden of showing that the imposition of such a restraint was justified.

Having regard to the State's negative obligation to refrain from interfering with the applicant's freedom of expression on the Internet, to the application of Law no. 5651 by the domestic courts without any consideration of the Convention principles, to the lawful form and nature of the material published by the applicant and to the lack of any connection between his site and the allegedly illegal site, and after assessing the reasons given by the national authorities in the light of their narrow margin of appreciation, I find that there has been a violation of the applicant's freedom of expression enshrined in Article 10 of the Convention.

In view of the insufficient guarantees provided by Law no. 5651 with regard to the blocking of Internet publications, I would also have found it established, based on Article 46, that the respondent State has a duty to amend the legislation in line with the standards set out above.

[25] See my separate opinion in Mouvement raëlien suisse, cited above.
[26] According to the Report of the OSCE Representative on Freedom of the Media on Turkey and Internet censorship, this unrestrained attitude has been common practice.
[27] Banatan Books, Inc. v. Sullivan, 372 US 58 (1963).

Avrupa Birliği Düzenlemeleri

- Avrupa Birliği - E-Ticaret Direktifi
- Madde 29 Çalışma Grubu - Unutulma Hakkı Tavsiye Kararı

Avrupa Birliği - E-Ticaret Direktifi

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')

Official Journal L 178 , 17/07/2000 P. 0001 - 0016

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Articles 47(2), 55 and 95 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission(1),

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee(2),

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty(3),

Whereas:

(1) The European Union is seeking to forge ever closer links between the States and peoples of Europe, to ensure economic and social progress; in accordance with Article 14(2) of the Treaty, the internal market comprises an area without internal frontiers in which the free movements of goods, services and the freedom of establishment are ensured; the development of information society services within the area without internal frontiers is vital to eliminating the barriers which divide the European peoples.

(2) The development of electronic commerce within the information society offers significant employment opportunities in the Community, particularly in small and medium-sized enterprises, and will stimulate economic growth and investment in innovation by European companies, and can also enhance the competitiveness of European industry, provided that everyone has access to the Internet.

(3) Community law and the characteristics of the Community legal order are a vital asset to enable European citizens and operators to take full advantage, without consideration of borders, of the opportunities afforded by electronic commerce; this Directive therefore has the purpose of ensuring a high level of Community legal integration in order to establish a real area without internal borders for information society services.

(4) It is important to ensure that electronic commerce could fully benefit from the internal market and therefore that, as with Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities(4), a high level of Community integration is achieved.

(5) The development of information society services within the Community is hampered by a number of legal obstacles to the proper functioning of the internal market which make less attractive the exercise of the freedom of establishment and the freedom to provide services; these obstacles arise from divergences in legislation and from the legal uncertainty as to which national rules apply to such services; in the absence of coordination and adjustment of legislation in the relevant areas, obstacles might be justified in the light of the case-law of the Court of Justice of the European Communities; legal uncertainty exists with regard to the extent to which Member States may control services originating from another Member State.

(6) In the light of Community objectives, of Articles 43 and 49 of the Treaty and of secondary Community law, these obstacles should be eliminated by coordinating certain national laws and by clarifying certain legal concepts at Community level to the extent necessary for the proper functioning of the internal market; by dealing only with certain specific matters which give rise to problems for the internal market, this Directive is fully consistent with the need to respect the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty.

(7) In order to ensure legal certainty and consumer confidence, this Directive must lay down a clear and general framework to cover certain legal aspects of electronic commerce in the internal market.

(8) The objective of this Directive is to create a legal framework to ensure the free movement of information society services between Member States and not to harmonise the field of criminal law as such.

(9) The free movement of information society services can in many cases be a specific reflection in Community law of a more general principle, namely freedom of expression as enshrined in Article 10(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

which has been ratified by all the Member States; for this reason, directives covering the supply of information society services must ensure that this activity may be engaged in freely in the light of that Article, subject only to the restrictions laid down in paragraph 2 of that Article and in Article 46(1) of the Treaty; this Directive is not intended to affect national fundamental rules and principles relating to freedom of expression.

(10) In accordance with the principle of proportionality, the measures provided for in this Directive are strictly limited to the minimum needed to achieve the objective of the proper functioning of the internal market; where action at Community level is necessary, and in order to guarantee an area which is truly without internal frontiers as far as electronic commerce is concerned, the Directive must ensure a high level of protection of objectives of general interest, in particular the protection of minors and human dignity, consumer protection and the protection of public health; according to Article 152 of the Treaty, the protection of public health is an essential component of other Community policies.

(11) This Directive is without prejudice to the level of protection for, in particular, public health and consumer interests, as established by Community acts; amongst others, Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts(5) and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts(6) form a vital element for protecting consumers in contractual matters; those Directives also apply in their entirety to information society services; that same Community acquis, which is fully applicable to information society services, also embraces in particular Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 concerning misleading and comparative advertising(7), Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit(8), Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field(9), Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours(10), Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer production in the indication of prices of products offered to consumers(11), Council Directive 92/59/EEC of 29 June 1992 on general product safety(12), Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects on contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis(13), Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests(14), Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions concerning liability for defective products(15),

Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees(16), the future Directive of the European Parliament and of the Council concerning the distance marketing of consumer financial services and Council Directive 92/28/EEC of 31 March 1992 on the advertising of medicinal products(17); this Directive should be without prejudice to Directive 98/43/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products(18) adopted within the framework of the internal market, or to directives on the protection of public health; this Directive complements information requirements established by the abovementioned Directives and in particular Directive 97/7/EC.

(12) It is necessary to exclude certain activities from the scope of this Directive, on the grounds that the freedom to provide services in these fields cannot, at this stage, be guaranteed under the Treaty or existing secondary legislation; excluding these activities does not preclude any instruments which might prove necessary for the proper functioning of the internal market; taxation, particularly value added tax imposed on a large number of the services covered by this Directive, must be excluded form the scope of this Directive.

(13) This Directive does not aim to establish rules on fiscal obligations nor does it pre-empt the drawing up of Community instruments concerning fiscal aspects of electronic commerce.

(14) The protection of individuals with regard to the processing of personal data is solely governed by Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data(19) and Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector(20) which are fully applicable to information society services; these Directives already establish a Community legal framework in the field of personal data and therefore it is not necessary to cover this issue in this Directive in order to ensure the smooth functioning of the internal market, in particular the free movement of personal data between Member States; the implementation and application of this Directive should be made in full compliance with the principles relating to the protection of personal data, in particular as regards unsolicited commercial communication and the liability of intermediaries; this Directive cannot prevent the anonymous use of open networks such as the Internet.

(15) The confidentiality of communications is guaranteed by Article 5 Directive 97/66/EC; in accordance with that Directive, Member States must prohibit any kind of interception or

surveillance of such communications by others than the senders and receivers, except when legally authorised.

(16) The exclusion of gambling activities from the scope of application of this Directive covers only games of chance, lotteries and betting transactions, which involve wagering a stake with monetary value; this does not cover promotional competitions or games where the purpose is to encourage the sale of goods or services and where payments, if they arise, serve only to acquire the promoted goods or services.

(17) The definition of information society services already exists in Community law in Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on information society services(21) and in Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access(22); this definition covers any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and at the individual request of a recipient of a service; those services referred to in the indicative list in Annex V to Directive 98/34/EC which do not imply data processing and storage are not covered by this definition.

(18) Information society services span a wide range of economic activities which take place on-line; these activities can, in particular, consist of selling goods on-line; activities such as the delivery of goods as such or the provision of services off-line are not covered; information society services are not solely restricted to services giving rise to on-line contracting but also, in so far as they represent an economic activity, extend to services which are not remunerated by those who receive them, such as those offering on-line information or commercial communications, or those providing tools allowing for search, access and retrieval of data; information society services also include services consisting of the transmission of information via a communication network, in providing access to a communication network or in hosting information provided by a recipient of the service; television broadcasting within the meaning of Directive EEC/89/552 and radio broadcasting are not information society services because they are not provided at individual request; by contrast, services which are transmitted point to point, such as video-on-demand or the provision of commercial communications by electronic mail are information society services; the use of electronic mail or equivalent individual communications for instance by natural persons acting outside their trade, business or profession including their use for the conclusion of contracts between such persons is not an information society service; the contractual relationship between

an employee and his employer is not an information society service; activities which by their very nature cannot be carried out at a distance and by electronic means, such as the statutory auditing of company accounts or medical advice requiring the physical examination of a patient are not information society services.

(19) The place at which a service provider is established should be determined in conformity with the case-law of the Court of Justice according to which the concept of establishment involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment for an indefinite period; this requirement is also fulfilled where a company is constituted for a given period; the place of establishment of a company providing services via an Internet website is not the place at which the technology supporting its website is located or the place at which its website is accessible but the place where it pursues its economic activity; in cases where a provider has several places of establishment it is important to determine from which place of establishment the service concerned is provided; in cases where it is difficult to determine from which of several places of establishment a given service is provided, this is the place where the provider has the centre of his activities relating to this particular service.

(20) The definition of "recipient of a service" covers all types of usage of information society services, both by persons who provide information on open networks such as the Internet and by persons who seek information on the Internet for private or professional reasons.

(21) The scope of the coordinated field is without prejudice to future Community harmonisation relating to information society services and to future legislation adopted at national level in accordance with Community law; the coordinated field covers only requirements relating to on-line activities such as on-line information, on-line advertising, on-line shopping, on-line contracting and does not concern Member States' legal requirements relating to goods such as safety standards, labelling obligations, or liability for goods, or Member States' requirements relating to the delivery or the transport of goods, including the distribution of medicinal products; the coordinated field does not cover the exercise of rights of pre-emption by public authorities concerning certain goods such as works of art.

(22) Information society services should be supervised at the source of the activity, in order to ensure an effective protection of public interest objectives; to that end, it is necessary to ensure that the competent authority provides such protection not only for the citizens of its own country but for all Community citizens; in order to improve mutual trust between Member States, it is essential to state clearly this responsibility on the part of the Member State where the services originate; moreover, in order to effectively guarantee freedom to provide services and legal

certainty for suppliers and recipients of services, such information society services should in principle be subject to the law of the Member State in which the service provider is established.

(23) This Directive neither aims to establish additional rules on private international law relating to conflicts of law nor does it deal with the jurisdiction of Courts; provisions of the applicable law designated by rules of private international law must not restrict the freedom to provide information society services as established in this Directive.

(24) In the context of this Directive, notwithstanding the rule on the control at source of information society services, it is legitimate under the conditions established in this Directive for Member States to take measures to restrict the free movement of information society services.

(25) National courts, including civil courts, dealing with private law disputes can take measures to derogate from the freedom to provide information society services in conformity with conditions established in this Directive.

(26) Member States, in conformity with conditions established in this Directive, may apply their national rules on criminal law and criminal proceedings with a view to taking all investigative and other measures necessary for the detection and prosecution of criminal offences, without there being a need to notify such measures to the Commission.

(27) This Directive, together with the future Directive of the European Parliament and of the Council concerning the distance marketing of consumer financial services, contributes to the creating of a legal framework for the on-line provision of financial services; this Directive does not pre-empt future initiatives in the area of financial services in particular with regard to the harmonisation of rules of conduct in this field; the possibility for Member States, established in this Directive, under certain circumstances of restricting the freedom to provide information society services in order to protect consumers also covers measures in the area of financial services in particular measures aiming at protecting investors.

(28) The Member States' obligation not to subject access to the activity of an information society service provider to prior authorisation does not concern postal services covered by Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service(23) consisting of the physical delivery of a printed electronic mail message and does not affect voluntary accreditation systems, in particular for providers of electronic signature certification service.

(29) Commercial communications are essential for the financing of information society services and for developing a wide variety of new, charge-free services; in the interests of consumer protection and fair trading, commercial communications, including discounts, promotional offers and promotional competitions or games, must meet a number of transparency requirements; these requirements are without prejudice to Directive 97/7/EC; this Directive should not affect existing Directives on commercial communications, in particular Directive 98/43/EC.

(30) The sending of unsolicited commercial communications by electronic mail may be undesirable for consumers and information society service providers and may disrupt the smooth functioning of interactive networks; the question of consent by recipient of certain forms of unsolicited commercial communications is not addressed by this Directive, but has already been addressed, in particular, by Directive 97/7/EC and by Directive 97/66/EC; in Member States which authorise unsolicited commercial communications by electronic mail, the setting up of appropriate industry filtering initiatives should be encouraged and facilitated; in addition it is necessary that in any event unsolicited commercial communities are clearly identifiable as such in order to improve transparency and to facilitate the functioning of such industry initiatives; unsolicited commercial communications by electronic mail should not result in additional communication costs for the recipient.

(31) Member States which allow the sending of unsolicited commercial communications by electronic mail without prior consent of the recipient by service providers established in their territory have to ensure that the service providers consult regularly and respect the opt-out registers in which natural persons not wishing to receive such commercial communications can register themselves.

(32) In order to remove barriers to the development of cross-border services within the Community which members of the regulated professions might offer on the Internet, it is necessary that compliance be guaranteed at Community level with professional rules aiming, in particular, to protect consumers or public health; codes of conduct at Community level would be the best means of determining the rules on professional ethics applicable to commercial communication; the drawing-up or, where appropriate, the adaptation of such rules should be encouraged without prejudice to the autonomy of professional bodies and associations.

(33) This Directive complements Community law and national law relating to regulated professions maintaining a coherent set of applicable rules in this field.

(34) Each Member State is to amend its legislation containing requirements, and in particular requirements as to form, which are likely to curb the use of contracts by electronic means; the

examination of the legislation requiring such adjustment should be systematic and should cover all the necessary stages and acts of the contractual process, including the filing of the contract; the result of this amendment should be to make contracts concluded electronically workable; the legal effect of electronic signatures is dealt with by Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures(24); the acknowledgement of receipt by a service provider may take the form of the on-line provision of the service paid for.

(35) This Directive does not affect Member States' possibility of maintaining or establishing general or specific legal requirements for contracts which can be fulfilled by electronic means, in particular requirements concerning secure electronic signatures.

(36) Member States may maintain restrictions for the use of electronic contracts with regard to contracts requiring by law the involvement of courts, public authorities, or professions exercising public authority; this possibility also covers contracts which require the involvement of courts, public authorities, or professions exercising public authority in order to have an effect with regard to third parties as well as contracts requiring by law certification or attestation by a notary.

(37) Member States' obligation to remove obstacles to the use of electronic contracts concerns only obstacles resulting from legal requirements and not practical obstacles resulting from the impossibility of using electronic means in certain cases.

(38) Member States' obligation to remove obstacles to the use of electronic contracts is to be implemented in conformity with legal requirements for contracts enshrined in Community law.

(39) The exceptions to the provisions concerning the contracts concluded exclusively by electronic mail or by equivalent individual communications provided for by this Directive, in relation to information to be provided and the placing of orders, should not enable, as a result, the by-passing of those provisions by providers of information society services.

(40) Both existing and emerging disparities in Member States' legislation and case-law concerning liability of service providers acting as intermediaries prevent the smooth functioning of the internal market, in particular by impairing the development of cross-border services and producing distortions of competition; service providers have a duty to act, under certain circumstances, with a view to preventing or stopping illegal activities; this Directive should constitute the appropriate basis for the development of rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information; such mechanisms could be developed on the basis of voluntary agreements between all parties concerned and should be encouraged by Member States; it is in the interest of all parties involved in the provision of information society services to adopt and implement such

procedures; the provisions of this Directive relating to liability should not preclude the development and effective operation, by the different interested parties, of technical systems of protection and identification and of technical surveillance instruments made possible by digital technology within the limits laid down by Directives 95/46/EC and 97/66/EC.

(41) This Directive strikes a balance between the different interests at stake and establishes principles upon which industry agreements and standards can be based.

(42) The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

(43) A service provider can benefit from the exemptions for "mere conduit" and for "caching" when he is in no way involved with the information transmitted; this requires among other things that he does not modify the information that he transmits; this requirement does not cover manipulations of a technical nature which take place in the course of the transmission as they do not alter the integrity of the information contained in the transmission.

(44) A service provider who deliberately collaborates with one of the recipients of his service in order to undertake illegal acts goes beyond the activities of "mere conduit" or "caching" and as a result cannot benefit from the liability exemptions established for these activities.

(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.

(46) In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level; this Directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

(47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.

(48) This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.

(49) Member States and the Commission are to encourage the drawing-up of codes of conduct; this is not to impair the voluntary nature of such codes and the possibility for interested parties of deciding freely whether to adhere to such codes.

(50) It is important that the proposed directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society and this Directive come into force within a similar time scale with a view to establishing a clear framework of rules relevant to the issue of liability of intermediaries for copyright and relating rights infringements at Community level.

(51) Each Member State should be required, where necessary, to amend any legislation which is liable to hamper the use of schemes for the out-of-court settlement of disputes through electronic channels; the result of this amendment must be to make the functioning of such schemes genuinely and effectively possible in law and in practice, even across borders.

(52) The effective exercise of the freedoms of the internal market makes it necessary to guarantee victims effective access to means of settling disputes; damage which may arise in connection with information society services is characterised both by its rapidity and by its geographical extent; in view of this specific character and the need to ensure that national authorities do not endanger the mutual confidence which they should have in one another, this Directive requests Member States to ensure that appropriate court actions are available; Member States should examine the need to provide access to judicial procedures by appropriate electronic means.

(53) Directive 98/27/EC, which is applicable to information society services, provides a mechanism relating to actions for an injunction aimed at the protection of the collective interests of consumers; this mechanism will contribute to the free movement of information society services by ensuring a high level of consumer protection.

(54) The sanctions provided for under this Directive are without prejudice to any other sanction or remedy provided under national law; Member States are not obliged to provide criminal sanctions for infringement of national provisions adopted pursuant to this Directive.

(55) This Directive does not affect the law applicable to contractual obligations relating to consumer contracts; accordingly, this Directive cannot have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules relating to contractual obligations of the law of the Member State in which he has his habitual residence.

(56) As regards the derogation contained in this Directive regarding contractual obligations concerning contracts concluded by consumers, those obligations should be interpreted as including information on the essential elements of the content of the contract, including consumer rights, which have a determining influence on the decision to contract.

(57) The Court of Justice has consistently held that a Member State retains the right to take measures against a service provider that is established in another Member State but directs all or most of his activity to the territory of the first Member State if the choice of establishment was made with a view to evading the legislation that would have applied to the provider had he been established on the territory of the first Member State.

(58) This Directive should not apply to services supplied by service providers established in a third country; in view of the global dimension of electronic commerce, it is, however, appropriate to ensure that the Community rules are consistent with international rules; this Directive is without prejudice to the results of discussions within international organisations (amongst others WTO, OECD, Uncitral) on legal issues.

(59) Despite the global nature of electronic communications, coordination of national regulatory measures at European Union level is necessary in order to avoid fragmentation of the internal market, and for the establishment of an appropriate European regulatory framework; such coordination should also contribute to the establishment of a common and strong negotiating position in international forums.

(60) In order to allow the unhampered development of electronic commerce, the legal framework must be clear and simple, predictable and consistent with the rules applicable at international level so that it does not adversely affect the competitiveness of European industry or impede innovation in that sector.

(61) If the market is actually to operate by electronic means in the context of globalisation, the European Union and the major non-European areas need to consult each other with a view to making laws and procedures compatible.

(62) Cooperation with third countries should be strengthened in the area of electronic commerce, in particular with applicant countries, the developing countries and the European Union's other trading partners.

(63) The adoption of this Directive will not prevent the Member States from taking into account the various social, societal and cultural implications which are inherent in the advent of the information society; in particular it should not hinder measures which Member States might adopt in conformity with Community law to achieve social, cultural and democratic goals taking into account their linguistic diversity, national and regional specificities as well as their cultural heritage, and to ensure and maintain public access to the widest possible range of information society services; in any case, the development of the information society is to ensure that Community citizens can have access to the cultural European heritage provided in the digital environment.

(64) Electronic communication offers the Member States an excellent means of providing public services in the cultural, educational and linguistic fields.

(65) The Council, in its resolution of 19 January 1999 on the consumer dimension of the information society(25), stressed that the protection of consumers deserved special attention in this field; the Commission will examine the degree to which existing consumer protection rules provide insufficient protection in the context of the information society and will identify, where necessary, the deficiencies of this legislation and those issues which could require additional measures; if need be, the Commission should make specific additional proposals to resolve such deficiencies that will thereby have been identified,

HAVE ADOPTED THIS DIRECTIVE:

CHAPTER I

GENERAL PROVISIONS

Article 1

Objective and scope

1. This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.

2. This Directive approximates, to the extent necessary for the achievement of the objective set out in paragraph 1, certain national provisions on information society services relating to the internal market, the establishment of service providers, commercial communications, electronic contracts, the liability of intermediaries, codes of conduct, out-of-court dispute settlements, court actions and cooperation between Member States.

3. This Directive complements Community law applicable to information society services without prejudice to the level of protection for, in particular, public health and consumer interests, as established by Community acts and national legislation implementing them in so far as this does not restrict the freedom to provide information society services.

4. This Directive does not establish additional rules on private international law nor does it deal with the jurisdiction of Courts.

5. This Directive shall not apply to:

(a) the field of taxation;

(b) questions relating to information society services covered by Directives 95/46/EC and 97/66/EC;

(c) questions relating to agreements or practices governed by cartel law;

(d) the following activities of information society services:

- the activities of notaries or equivalent professions to the extent that they involve a direct and specific connection with the exercise of public authority,

- the representation of a client and defence of his interests before the courts,

- gambling activities which involve wagering a stake with monetary value in games of chance, including lotteries and betting transactions.

6. This Directive does not affect measures taken at Community or national level, in the respect of Community law, in order to promote cultural and linguistic diversity and to ensure the defence of pluralism.

Article 2

Definitions

For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings:

(a) "information society services": services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC;

(b) "service provider": any natural or legal person providing an information society service;

(c) "established service provider": a service provider who effectively pursues an economic activity using a fixed establishment for an indefinite period. The presence and use of the technical means and technologies required to provide the service do not, in themselves, constitute an establishment of the provider;

(d) "recipient of the service": any natural or legal person who, for professional ends or otherwise, uses an information society service, in particular for the purposes of seeking information or making it accessible;

(e) "consumer": any natural person who is acting for purposes which are outside his or her trade, business or profession;

(f) "commercial communication": any form of communication designed to promote, directly or indirectly, the goods, services or image of a company, organisation or person pursuing a commercial, industrial or craft activity or exercising a regulated profession. The following do not in themselves constitute commercial communications:

- information allowing direct access to the activity of the company, organisation or person, in particular a domain name or an electronic-mail address,

- communications relating to the goods, services or image of the company, organisation or person compiled in an independent manner, particularly when this is without financial consideration;

(g) "regulated profession": any profession within the meaning of either Article 1(d) of Council Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a general system for the recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least three-years' duration(26) or of Article 1(f) of Council Directive 92/51/EEC of 18 June 1992 on a second

general system for the recognition of professional education and training to supplement Directive 89/48/EEC(27);

(h) "coordinated field": requirements laid down in Member States' legal systems applicable to information society service providers or information society services, regardless of whether they are of a general nature or specifically designed for them.

(i) The coordinated field concerns requirements with which the service provider has to comply in respect of:

- the taking up of the activity of an information society service, such as requirements concerning qualifications, authorisation or notification,

- the pursuit of the activity of an information society service, such as requirements concerning the behaviour of the service provider, requirements regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and contracts, or requirements concerning the liability of the service provider;

(ii) The coordinated field does not cover requirements such as:

- requirements applicable to goods as such,

- requirements applicable to the delivery of goods,

- requirements applicable to services not provided by electronic means.

Article 3

Internal market

1. Each Member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field.

2. Member States may not, for reasons falling within the coordinated field, restrict the freedom to provide information society services from another Member State.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the fields referred to in the Annex.

4. Member States may take measures to derogate from paragraph 2 in respect of a given information society service if the following conditions are fulfilled:

(a) the measures shall be:

(i) necessary for one of the following reasons:

- public policy, in particular the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, including the protection of minors and the fight against any incitement to hatred on grounds of race, sex, religion or nationality, and violations of human dignity concerning individual persons,

- the protection of public health,

- public security, including the safeguarding of national security and defence,

- the protection of consumers, including investors;

(ii) taken against a given information society service which prejudices the objectives referred to in point (i) or which presents a serious and grave risk of prejudice to those objectives;

(iii) proportionate to those objectives;

(b) before taking the measures in question and without prejudice to court proceedings, including preliminary proceedings and acts carried out in the framework of a criminal investigation, the Member State has:

- asked the Member State referred to in paragraph 1 to take measures and the latter did not take such measures, or they were inadequate,

- notified the Commission and the Member State referred to in paragraph 1 of its intention to take such measures.

5. Member States may, in the case of urgency, derogate from the conditions stipulated in paragraph 4(b). Where this is the case, the measures shall be notified in the shortest possible time to the Commission and to the Member State referred to in paragraph 1, indicating the reasons for which the Member State considers that there is urgency.

6. Without prejudice to the Member State's possibility of proceeding with the measures in question, the Commission shall examine the compatibility of the notified measures with Community law in the shortest possible time; where it comes to the conclusion that the measure is incompatible with Community law, the Commission shall ask the Member State in question to refrain from taking any proposed measures or urgently to put an end to the measures in question.

CHAPTER II

PRINCIPLES

Section 1: Establishment and information requirements

Article 4

Principle excluding prior authorisation

1. Member States shall ensure that the taking up and pursuit of the activity of an information society service provider may not be made subject to prior authorisation or any other requirement having equivalent effect.

2. Paragraph 1 shall be without prejudice to authorisation schemes which are not specifically and exclusively targeted at information society services, or which are covered by Directive 97/13/EC of the European Parliament and of the Council of 10 April 1997 on a common framework for general authorisations and individual licences in the field of telecommunications services(28).

Article 5

General information to be provided

1. In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure that the service provider shall render easily, directly and permanently accessible to the recipients of the service and competent authorities, at least the following information:

(a) the name of the service provider;

(b) the geographic address at which the service provider is established;

(c) the details of the service provider, including his electronic mail address, which allow him to be contacted rapidly and communicated with in a direct and effective manner;

(d) where the service provider is registered in a trade or similar public register, the trade register in which the service provider is entered and his registration number, or equivalent means of identification in that register;

(e) where the activity is subject to an authorisation scheme, the particulars of the relevant supervisory authority;

(f) as concerns the regulated professions:

- any professional body or similar institution with which the service provider is registered,

- the professional title and the Member State where it has been granted,

- a reference to the applicable professional rules in the Member State of establishment and the means to access them;

(g) where the service provider undertakes an activity that is subject to VAT, the identification number referred to in Article 22(1) of the sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on

the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment(29).

2. In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall at least ensure that, where information society services refer to prices, these are to be indicated clearly and unambiguously and, in particular, must indicate whether they are inclusive of tax and delivery costs.

Section 2: Commercial communications

Article 6

Information to be provided

In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure that commercial communications which are part of, or constitute, an information society service comply at least with the following conditions:

(a) the commercial communication shall be clearly identifiable as such;

(b) the natural or legal person on whose behalf the commercial communication is made shall be clearly identifiable;

(c) promotional offers, such as discounts, premiums and gifts, where permitted in the Member State where the service provider is established, shall be clearly identifiable as such, and the conditions which are to be met to qualify for them shall be easily accessible and be presented clearly and unambiguously;

(d) promotional competitions or games, where permitted in the Member State where the service provider is established, shall be clearly identifiable as such, and the conditions for participation shall be easily accessible and be presented clearly and unambiguously.

Article 7

Unsolicited commercial communication

1. In addition to other requirements established by Community law, Member States which permit unsolicited commercial communication by electronic mail shall ensure that such commercial communication by a service provider established in their territory shall be identifiable clearly and unambiguously as such as soon as it is received by the recipient.

2. Without prejudice to Directive 97/7/EC and Directive 97/66/EC, Member States shall take measures to ensure that service providers undertaking unsolicited commercial communications by

electronic mail consult regularly and respect the opt-out registers in which natural persons not wishing to receive such commercial communications can register themselves.

Article 8

Regulated professions

1. Member States shall ensure that the use of commercial communications which are part of, or constitute, an information society service provided by a member of a regulated profession is permitted subject to compliance with the professional rules regarding, in particular, the independence, dignity and honour of the profession, professional secrecy and fairness towards clients and other members of the profession.

2. Without prejudice to the autonomy of professional bodies and associations, Member States and the Commission shall encourage professional associations and bodies to establish codes of conduct at Community level in order to determine the types of information that can be given for the purposes of commercial communication in conformity with the rules referred to in paragraph 1

3. When drawing up proposals for Community initiatives which may become necessary to ensure the proper functioning of the Internal Market with regard to the information referred to in paragraph 2, the Commission shall take due account of codes of conduct applicable at Community level and shall act in close cooperation with the relevant professional associations and bodies.

4. This Directive shall apply in addition to Community Directives concerning access to, and the exercise of, activities of the regulated professions.

Section 3: Contracts concluded by electronic means

Article 9

Treatment of contracts

1. Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.

2. Member States may lay down that paragraph 1 shall not apply to all or certain contracts falling into one of the following categories:

(a) contracts that create or transfer rights in real estate, except for rental rights;

(b) contracts requiring by law the involvement of courts, public authorities or professions exercising public authority;

(c) contracts of suretyship granted and on collateral securities furnished by persons acting for purposes outside their trade, business or profession;

(d) contracts governed by family law or by the law of succession.

3. Member States shall indicate to the Commission the categories referred to in paragraph 2 to which they do not apply paragraph 1. Member States shall submit to the Commission every five years a report on the application of paragraph 2 explaining the reasons why they consider it necessary to maintain the category referred to in paragraph 2(b) to which they do not apply paragraph 1.

Article 10

Information to be provided

1. In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, that at least the following information is given by the service provider clearly, comprehensibly and unambiguously and prior to the order being placed by the recipient of the service:

(a) the different technical steps to follow to conclude the contract;

(b) whether or not the concluded contract will be filed by the service provider and whether it will be accessible;

(c) the technical means for identifying and correcting input errors prior to the placing of the order;

(d) the languages offered for the conclusion of the contract.

2. Member States shall ensure that, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, the service provider indicates any relevant codes of conduct to which he subscribes and information on how those codes can be consulted electronically.

3. Contract terms and general conditions provided to the recipient must be made available in a way that allows him to store and reproduce them.

4. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to contracts concluded exclusively by exchange of electronic mail or by equivalent individual communications.

Article 11

Placing of the order

1. Member States shall ensure, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, that in cases where the recipient of the service places his order through technological means, the following principles apply:

- the service provider has to acknowledge the receipt of the recipient's order without undue delay and by electronic means,

- the order and the acknowledgement of receipt are deemed to be received when the parties to whom they are addressed are able to access them.

2. Member States shall ensure that, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, the service provider makes available to the recipient of the service appropriate, effective and accessible technical means allowing him to identify and correct input errors, prior to the placing of the order.

3. Paragraph 1, first indent, and paragraph 2 shall not apply to contracts concluded exclusively by exchange of electronic mail or by equivalent individual communications.

Section 4: Liability of intermediary service providers

Article 12

"Mere conduit"

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

(a) does not initiate the transmission;

(b) does not select the receiver of the transmission; and

(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 13

"Caching"

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

(a) the provider does not modify the information;

(b) the provider complies with conditions on access to the information;

(c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;

(d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and

(e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 14

Hosting

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15

No general obligation to monitor

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.

CHAPTER III

IMPLEMENTATION

Article 16

Codes of conduct

1. Member States and the Commission shall encourage:

(a) the drawing up of codes of conduct at Community level, by trade, professional and consumer associations or organisations, designed to contribute to the proper implementation of Articles 5 to 15;

(b) the voluntary transmission of draft codes of conduct at national or Community level to the Commission;

(c) the accessibility of these codes of conduct in the Community languages by electronic means;

(d) the communication to the Member States and the Commission, by trade, professional and consumer associations or organisations, of their assessment of the application of their codes of conduct and their impact upon practices, habits or customs relating to electronic commerce;

(e) the drawing up of codes of conduct regarding the protection of minors and human dignity.

2. Member States and the Commission shall encourage the involvement of associations or organisations representing consumers in the drafting and implementation of codes of conduct affecting their interests and drawn up in accordance with paragraph 1(a). Where appropriate, to take account of their specific needs, associations representing the visually impaired and disabled should be consulted.

Article 17

Out-of-court dispute settlement

1. Member States shall ensure that, in the event of disagreement between an information society service provider and the recipient of the service, their legislation does not hamper the use of out-of-court schemes, available under national law, for dispute settlement, including appropriate electronic means.

2. Member States shall encourage bodies responsible for the out-of-court settlement of, in particular, consumer disputes to operate in a way which provides adequate procedural guarantees for the parties concerned.

3. Member States shall encourage bodies responsible for out-of-court dispute settlement to inform the Commission of the significant decisions they take regarding information society services and to transmit any other information on the practices, usages or customs relating to electronic commerce.

Article 18

Court actions

1. Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services' activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.

2. The Annex to Directive 98/27/EC shall be supplemented as follows:

"11. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects on information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (Directive on electronic commerce) (OJ L 178, 17.7.2000, p. 1)."

Article 19

Cooperation

1. Member States shall have adequate means of supervision and investigation necessary to implement this Directive effectively and shall ensure that service providers supply them with the requisite information.

2. Member States shall cooperate with other Member States; they shall, to that end, appoint one or several contact points, whose details they shall communicate to the other Member States and to the Commission.

3. Member States shall, as quickly as possible, and in conformity with national law, provide the assistance and information requested by other Member States or by the Commission, including by appropriate electronic means.

4. Member States shall establish contact points which shall be accessible at least by electronic means and from which recipients and service providers may:

(a) obtain general information on contractual rights and obligations as well as on the complaint and redress mechanisms available in the event of disputes, including practical aspects involved in the use of such mechanisms;

(b) obtain the details of authorities, associations or organisations from which they may obtain further information or practical assistance.

5. Member States shall encourage the communication to the Commission of any significant administrative or judicial decisions taken in their territory regarding disputes relating to information society services and practices, usages and customs relating to electronic commerce. The Commission shall communicate these decisions to the other Member States.

Article 20

Sanctions

Member States shall determine the sanctions applicable to infringements of national provisions adopted pursuant to this Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are enforced. The sanctions they provide for shall be effective, proportionate and dissuasive.

CHAPTER IV

FINAL PROVISIONS

Article 21

Re-examination

1. Before 17 July 2003, and thereafter every two years, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a report on the application of this Directive, accompanied, where necessary, by proposals for adapting it to legal, technical and economic developments in the field of information society services, in particular with respect to crime prevention, the protection of minors, consumer protection and to the proper functioning of the internal market.

2. In examining the need for an adaptation of this Directive, the report shall in particular analyse the need for proposals concerning the liability of providers of hyperlinks and location tool services, "notice and take down" procedures and the attribution of liability following the taking down of content. The report shall also analyse the need for additional conditions for the exemption from liability, provided for in Articles 12 and 13, in the light of technical developments, and the possibility of applying the internal market principles to unsolicited commercial communications by electronic mail.

Article 22

Transposition

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive before 17 January 2002. They shall forthwith inform the Commission thereof.

2. When Member States adopt the measures referred to in paragraph 1, these shall contain a reference to this Directive or shall be accompanied by such reference at the time of their official publication. The methods of making such reference shall be laid down by Member States.

Article 23

Entry into force

This Directive shall enter into force on the day of its publication in the Official Journal of the European Communities.

Article 24

Addressees

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Luxemburg, 8 June 2000.

For the European Parliament

The President

N. Fontaine

For the Council

The President

G. d'Oliveira Martins

(1) OJ C 30, 5.2.1999, p. 4.

(2) OJ C 169, 16.6.1999, p. 36.

(3) Opinion of the European Parliament of 6 May 1999 (OJ C 279, 1.10.1999, p. 389), Council common position of 28 February 2000 (OJ C 128, 8.5.2000, p. 32) and Decision of the European Parliament of 4 May 2000 (not yet published in the Official Journal).

(4) OJ L 298, 17.10.1989, p. 23. Directive as amended by Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 202, 30.7.1997, p. 60).

(5) OJ L 95, 21.4.1993, p. 29.

(6) OJ L 144, 4.6.1999, p. 19.

(7) OJ L 250, 19.9.1984, p. 17. Directive as amended by Directive 97/55/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 290, 23.10.1997, p. 18).

(8) OJ L 42, 12.2.1987, p. 48. Directive as last amended by Directive 98/7/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 101, 1.4.1998, p. 17).

(9) OJ L 141, 11.6.1993, p. 27. Directive as last amended by Directive 97/9/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 84, 26.3.1997, p. 22).

(10) OJ L 158, 23.6.1990, p. 59.

(11) OJ L 80, 18.3.1998, p. 27.

(12) OJ L 228, 11.8.1992, p. 24.

(13) OJ L 280, 29.10.1994, p. 83.

(14) OJ L 166, 11.6.1998, p. 51. Directive as amended by Directive 1999/44/EC (OJ L 171, 7.7.1999, p. 12).

(15) OJ L 210, 7.8.1985, p. 29. Directive as amended by Directive 1999/34/EC (OJ L 141, 4.6.1999, p. 20).

(16) OJ L 171, 7.7.1999, p. 12.

(17) OJ L 113, 30.4.1992, p. 13.

(18) OJ L 213, 30.7.1998, p. 9.

(19) OJ L 281, 23.11.1995, p. 31.

(20) OJ L 24, 30.1.1998, p. 1.

(21) OJ L 204, 21.7.1998, p. 37. Directive as amended by Directive 98/48/EC (OJ L 217, 5.8.1998, p. 18).

(22) OJ L 320, 28.11.1998, p. 54.

(23) OJ L 15, 21.1.1998, p. 14.

(24) OJ L 13, 19.1.2000, p. 12.

(25) OJ C 23, 28.1.1999, p. 1.

(26) OJ L 19, 24.1.1989, p. 16.

(27) OJ L 209, 24.7.1992, p. 25. Directive as last amended by Commission Directive 97/38/EC (OJ L 184, 12.7.1997, p. 31).

(28) OJ L 117, 7.5.1997, p. 15.

(29) OJ L 145, 13.6.1977, p. 1. Directive as last amended by Directive 1999/85/EC (OJ L 277, 28.10.1999, p. 34).

ANNEX

DEROGATIONS FROM ARTICLE 3

As provided for in Article 3(3), Article 3(1) and (2) do not apply to:

- copyright, neighbouring rights, rights referred to in Directive 87/54/EEC(1) and Directive 96/9/EC(2) as well as industrial property rights,

- the emission of electronic money by institutions in respect of which Member States have applied one of the derogations provided for in Article 8(1) of Directive 2000/46/EC(3),

- Article 44(2) of Directive 85/611/EEC(4),

- Article 30 and Title IV of Directive 92/49/EEC(5), Title IV of Directive 92/96/EEC(6), Articles 7 and 8 of Directive 88/357/EEC(7) and Article 4 of Directive 90/619/EEC(8),

- the freedom of the parties to choose the law applicable to their contract,

- contractual obligations concerning consumer contacts,

- formal validity of contracts creating or transferring rights in real estate where such contracts are subject to mandatory formal requirements of the law of the Member State where the real estate is situated,

- the permissibility of unsolicited commercial communications by electronic mail.

(1) OJ L 24, 27.1.1987, p. 36.

(2) OJ L 77, 27.3.1996, p. 20.

(3) Not yet published in the Official Journal.

(4) OJ L 375, 31.12.1985, p. 3. Directive as last amended by Directive 95/26/EC (OJ L 168, 18.7.1995, p. 7).

(5) OJ L 228, 11.8.1992, p. 1. Directive as last amended by Directive 95/26/EC.

(6) OJ L 360, 9.12.1992, p. 2. Directive as last amended by Directive 95/26/EC.

(7) OJ L 172, 4.7.1988, p. 1. Directive as last amended by Directive 92/49/EC.

(8) OJ L 330, 29.11.1990, p. 50. Directive as last amended by Directive 92/96/EC.

Madde 29 Çalışma Grubu - Unutulma Hakkı Tavsiye Kararı

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY

14/EN WP 225

GUIDELINES ON THE IMPLEMENTATION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION JUDGMENT ON "GOOGLE SPAIN AND INC V. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD) AND MARIO COSTEJA GONZÁLEZ" C-131/12

Adopted on 26 November 2014

This Working Party was set up under Article 29 of Directive 95/46/EC. It is an independent European advisory body on data protection and privacy. Its tasks are described in Article 30 of Directive 95/46/EC and Article 15 of Directive 2002/58/EC.

The secretariat is provided by Directorate C (Fundamental Rights and Union Citizenship) of the European Commission, Directorate General Justice, B-1049 Brussels, Belgium, Office No MO-59 02/013.

Website: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm

EXECUTIVE SUMMARY

1. Search engines as data controllers

The ruling recognises that search engine operators process personal data and qualify as data controllers within the meaning of Article 2 of Directive 95/46/EC. The processing of personal data carried out in the context of the activity of the search engine must be distinguished from, and is additional to that carried out by publishers of third-party websites.

2. A fair balance between fundamental rights and interests

In the terms of the Court of Justice of the European Union (hereinafter: Court, CJEU), "in the light of the potential seriousness of the impact of this processing on the fundamental rights to privacy and data protection, the rights of the data subject prevail, as a general rule, over the economic interest of the search engine and that of internet users to have access to the personal information through the search engine". However, a balance of the relevant rights and interests has to be made and the outcome may depend on the nature and sensitivity of the processed data and on the interest of the public in having access to that particular information. The interest of the public will be significantly greater if the data subject plays a role in public life.

3. Limited impact of de-listing on the access to information

In practice, the impact of the de-listing on individuals' rights to freedom of expression and access to information will prove to be very limited. When assessing the relevant circumstances, European Data Protection Authorities (hereinafter: DPAs) will systematically take into account the interest of the public in having access to the information. If the interest of the public overrides the rights of the data subject, de-listing will not be appropriate.

4. No information is deleted from the original source

The judgment states that the right only affects the results obtained from searches made on the basis of a person's name and does not require deletion of the link from the indexes of the search engine altogether. That is, the original information will still be accessible using other search terms, or by direct access to the publisher's original source.

5. No obligation on data subjects to contact the original website

Individuals are not obliged to contact the original website in order to exercise their rights towards the search engines. Data protection law applies to the activity of a search engine acting as a controller. Therefore, data subjects shall be able to exercise their rights in accordance with the provisions of Directive 95/46/EC and, more specifically, of the national laws that implement it.

6. Data subjects' entitlement to request de-listing

Under EU law, everyone has a right to data protection. In practice, DPAs will focus on claims where there is a clear link between the data subject and the EU, for instance where the data subject is a citizen or resident of an EU Member State.

7. Territorial effect of a de-listing decision

In order to give full effect to the data subject's rights as defined in the Court's ruling, de-listing decisions must be implemented in such a way that they guarantee the effective and complete protection of data subjects' rights and that EU law cannot be circumvented. In that sense, limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient mean to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including .com.

8. Information to the public on the de-listing of specific links

The practice of informing the users of search engines that the list of results to their queries is not complete as a consequence of the application of European data protection is based on no legal requirement under data protection rules. Such a practice would only be acceptable if the information is presented in such a way that users cannot, in any case, conclude that one particular individual has asked for de-listing of results concerning him or her.

9. Communication to website editors on the de-listing of specific links

Search engines should not as a general practice inform the webmasters of the pages affected by de-listing of the fact that some web pages cannot be acceded from the search engine in response to a specific name-based query. There is no legal basis for such routine communication under EU data protection law.

In some cases, search engines may want to contact the original editor in relation to particular request prior to any de-listing decision, in order to obtain additional information for the assessment of the circumstances surrounding that request.

Taking into account the important role that search engines play in the dissemination and accessibility of information posted on the Internet and the legitimate expectations that webmasters may have with regard to the indexing and presentation of information in response to users' queries, the Article 29 Working Party (hereinafter: the Working Party) strongly encourages the search engines to provide the de-listing criteria they use, and to make more detailed statistics available.

TABLE OF CONTENTS

PART I: Interpretation of the CJEU judgment 5

A. Search engines as controllers and legal ground 5

B. Exercise of rights 6

C. Scope 8

D. Communication to third parties 9

E. Role of the DPAs 11

PART II: List of common criteria for the handling of complaints by European data protection authorities 12

PART I: Interpretation of the CJEU judgment

This document is designed to provide information as to how the DPAs assembled in the Working Party intend to implement the judgment of the CJEU in the case of "Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" (C-131/12). It also contains the list of common criteria which the DPAs will apply to handle the complaints, on a case-by-case basis, filed with their national offices following refusals of de-listing by search engines. The list of criteria should be seen as a flexible working tool which aims at helping DPAs during the decision-making processes. The criteria will be applied in accordance with the relevant national legislations. No single criterion is, in itself, determinative. The list of criteria is non-exhaustive and will evolve over time, building on the experience of DPAs.

A. Search engines as controllers and legal ground

1. The ruling recognizes that search engine operators process personal data and do it as controllers within the meaning of Article 2 of Directive 95/46/EC (§§ 27, 28 and 33).

2. The processing of personal data carried out in the context of the activity of the search engine can be distinguished from and is additional to that carried out by publishers of websites, which consists in loading the data on an internet page (§ 35).

3. The legal ground for that processing under the EU Directive is to be found in Article 7(f), the necessity for the legitimate interest of the controller or of the third parties to which data are disclosed (§ 73).

4. The processing carried out by the operator of a search engine is liable to affect significantly the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data when the search by means of that engine is carried out on the basis of an individual's name, since that processing enables any internet user to obtain through the list of results a structured overview of the information relating to that individual that can be found on the internet — information which potentially concerns a vast number of aspects of his private life and which, without the search engine, could not have been interconnected or could have been only with great difficulty — and thereby to establish a more or less detailed profile of him. Furthermore, the effect of the interference with those rights of the data subject is heightened on account of the important role played by the internet and search engines in modern society, which render the information contained in such a list of results ubiquitous (§ 80).

5. In relation to the balance of interests that may legitimate the processing carried out by the search engine, according to the ruling, the rights of the data subject prevail, as a general rule, over the economic interest of the search engine, in light of the of the potential seriousness of the impact of this processing on the fundamental rights to privacy and data protection. These rights also generally prevail over the rights of internet users to have access to the personal information through the search engine in a search on the basis of the data subject's name. However, a balance has to be struck between the different rights and interests and the outcome may depend on the nature and sensitivity of the processed data and on the interest of the public to have access to that particular information on the other, an interest which may vary, in particular, by the role played by the data subject in public life (§ 81).

6. Data subjects have the right to request and, if the conditions laid down by Articles 12 and 14 of Directive 95/46/EC are met, to obtain the de-listing of links to web pages published by third parties containing information relating to them from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name.

7. The respective legal grounds of original publishers and search engines are different. The search engine should carry out the assessment of the different elements (public interest, public relevance, nature of the data, actual relevance…) on the basis of its own legal ground, which derives from its own economic interest and that of the users to have access to the information via the search engines and using a name as terms of search. Even when (continued) publication by the original

publishers is lawful, the universal diffusion and accessibility of that information by a search engine, together with other data related to the same individual, can be unlawful due to the disproportionate impact on privacy.

The ruling does not oblige search engines to permanently carry out that assessment in relation to all the information they process, but only when they have to respond to data subjects' requests for the exercise of their rights.

8. The interest of search engines in processing personal data is economic. But there is also an interest of internet users in receiving the information using the search engines. In that sense, the fundamental right of freedom of expression, understood as "the freedom to receive and impart information and ideas" in Article 11 of the European Charter of Fundamental Rights, has to be taken into consideration when assessing data subjects' requests.

9. The impact of the exercise of individuals' rights on the freedom of expression of original publishers and users will generally be very limited. Search engines must take the interest of the public into account in having access to the information in their assessment of the circumstances surrounding each request. Results should not be de-listed if the interest of the public in having access to that information prevails. But even when a particular search result is de-listed, the content on the source website is still available and the information may still be accessible through a search engine using other search terms.

B. Exercise of rights

10. Data protection law applies to the activity of a search engine acting as a controller. Therefore, data subjects should be able to exercise their rights in accordance with the provisions of Directive 95/46/EC and, more specifically, of the national laws that implement it.

11. Individuals are not obliged to contact the original site, either previously or simultaneously, in order to exercise their rights towards the search engines. There are two different processing operations, with differentiated legitimacy grounds and also with different impacts on the individual's rights and interests. The individual may consider that it is better, given the circumstances of the case, to first contact the original webmaster to request the deletion of information or the application of "no index" protocols to it, but the judgment does not require this.

12. By the same reason, an individual may choose how to exercise his or her rights in relation to search engines by selecting one or several of them. By making a request to one or several search engines the individual is making an assessment of the impact of the appearance of the controverted

information in one or several of the search engines and, consequently, makes a decision on the remedies that may be sufficient to diminish or eliminate that impact.

13. While Directive 95/46/EC does not contain specific provisions on the means for the exercise of rights, most national data protection laws provide for great flexibility in that regard and offer data subjects the possibility of lodging their requests in a variety of ways, irrespective of the fact that the controller may have established "ad hoc" procedures.

Consequently, and as a best practice that would be in line with all possible legal requirements in all EU Member States, data subjects should be able to exercise their rights with search engine operators using any adequate means. Although the use of specific mechanisms that may be developed by search engines, namely online procedures and electronic forms, may have advantages and would be advisable because of its convenience, it should not be the exclusive way for data subjects to exercise their rights.

14. For the same reasons, search engines must follow national data protection laws with regard to the requirements for making a request and for the timeframes and contents of the answers. In particular, when a data subject requests de-listing of some links, some form of identification may be demanded by the data controller, but, again, in line with what national laws consider necessary and proportionate in order to verify the identity of the applicant in the context of the request. When the controller collects identification information, adequate safeguards should be in place.

In order for the search engine to be able to make the required assessment of all the circumstances of the case, data subjects must sufficiently explain the reasons why they request de-listing, identify the specific URLs and indicate whether they fulfil a role in public life, or not.

15 When a search engine refuses a de-listing request, it should provide sufficient explanation to the data subject about the reasons for the refusal. It should also inform data subjects that they can turn to the DPA or to court if they are not satisfied with the answer. Such explanations should also be provided by data subjects to the DPA, in case they decide to refer to it.

16. The ruling considers that Google's national subsidiaries in the EU are establishments of the company and that Google's personal data processing in the search engine is carried out in the context of activities of these establishments which makes EU data protection rules applicable.

Directive 95/46/EC does not contain any specific provision with regard to the responsibility of establishments of the controller located in the territory of Member States. The only reference is in Article 4.1.a, that states that "when the same controller is established on the territory of several Member States, he must take the necessary measures to ensure that each of these establishments

complies with the obligations laid down by the national law applicable". This provision is to some extent clarified by Recital 19: "when a single controller is established on the territory of several Member States, particularly by means of subsidiaries, he must ensure, in order to avoid any circumvention of national rules, that each of the establishments fulfils the obligations imposed by the national law applicable to its activities;".

The effective application of the ruling and of data protection law requires that data subjects may exercise their rights with the national subsidiaries of search engines in their respective Member States of residence, and also that DPAs may contact their respective national subsidiaries in relation to requests or complaints lodged by data subjects.

These subsidiaries are of course free to follow internal procedures to deal with the requests, either directly or by forwarding the requests to other establishments of the company. It might also be reasonable to expect that as a first reaction they advise data subjects to use the "ad hoc" procedures developed by the company and the corresponding electronic forms. But if the data subject insists in contacting the national subsidiary they should not reject the request.

C. Scope

17. The ruling is specifically addressed to generalist search engines, but that does not mean that it cannot be applied to other intermediaries. The rights may be exercised whenever the conditions established in the ruling are met.

18. Search engines included in web pages do not produce the same effects as "external" search engines. On the one hand, they only recover the information contained on specific web pages. On the other, and even if a user looks for the same person in a number of web pages, internal search engines will not establish a complete profile of the affected individual and the results will not have a serious impact on him, Therefore, as a rule the right to de-listing should not apply to search engines with a restricted field of action, particularly in the case of search tools of websites of newspapers.

19. Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights, to which the ruling explicitly refers in a number of paragraphs, recognizes the right to data protection to "everyone". In practice, DPAs will focus on claims where there is a clear link between the data subject and the EU, for instance where the data subject is a citizen or resident of an EU Member State.

20. As stated by the Court, EU law applies, and the ruling must be implemented with regard to the processing operation that consists in "finding information published or placed on the internet by

third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and, finally, making it available to internet users according to a particular order of preference"

The CJEU maintains that "Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46/EC are to be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions and in so far as the conditions laid down by those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person".

Finally, the Court also states that "the operator of the search engine as the person determining the purposes and means of that activity must ensure, within the framework of its responsibilities, powers and capabilities, that the activity meets the requirements of Directive 95/46/EC in order that the guarantees laid down by the directive may have full effect and that effective and complete protection of data subjects, in particular of their right to privacy, may actually be achieved."

The ruling sets thus an obligation of results which affects the whole processing operation carried out by the search engine. The adequate implementation of the ruling must be made in such a way that data subjects are effectively protected against the impact of the universal dissemination and accessibility of personal information offered by search engines when searches are made on the basis of the name of individuals.

Although concrete solutions may vary depending on the internal organization and structure of search engines, de-listing decisions must be implemented in a way that guarantees the effective and complete protection of these rights and that EU law cannot be easily circumvented. In that sense, limiting de-listing to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient means to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the judgment. In practice, this means that in any case de-listing should also be effective on all relevant domains, including .com.

21. From the material point of view, and as it's been already mentioned, the ruling expressly states that the right only affects the results obtained on searches made by the name of the individual and never suggests that the complete deletion of the page from the indexes of the search engine is needed. The page should still be accessible using any other terms of search. It is worth mentioning that the ruling uses the term "name", without further specification. It may be thus concluded that the right applies to possible different versions of the name, including also family names or different spellings.

D. Communication to third parties

22. It appears that some search engines have developed the practice of systematically informing the users of search engines of the fact that some results to their queries have been de-listed in response to requests of an individual. If such information would only be visible in search results where hyperlinks were actually de-listed, this would strongly undermine the purpose of the ruling. Such a practice can only be acceptable if the information is offered in such a way that users cannot in any case come to the conclusion that a specific individual has asked for the de-listing of results concerning him or her.

The use of notices or statements should be made in a consistent way in order to prevent users from coming to wrong or incorrect assumptions. Given the difficulties that managing these statements on the basis of a specific type of search terms (i.e. whenever names are used) entails, it is advisable that this information is provided via a general statement permanently inserted on search engines' web pages.

23. Search engine managers should not as a general practice inform the webmasters of the pages affected by de-listing of the fact that some webpages cannot be acceded from the search engine in response to specific queries. Such a communication has no legal basis under EU data protection law.

As stated before, there is a crucial difference between the legal ground for the processing by search engines, and the legal ground for the processing by the original publisher. Article 7.f serves as the legal ground for processing operations which are necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject. The interest of the original webmasters in receiving the communication is questionable for a number of reasons. On the one hand, the de-listing of a hyperlink in a search result in a search for a person's name only has limited impact, as described before. On the other hand, original webmasters cannot make an effective use of the communication received, as it affects a processing operation carried out by the controller over which they have no control or influence. As a matter of fact, search engines do not recognize a legal right of publishers to have their contents indexed and displayed, or displayed in a particular order.

In any case, that interest should be balanced with the rights, freedoms and interests of the affected data subject.

No provision in EU data protection law obliges search engines to communicate to original webmasters that results relating to their content have been de-listed. Such a communication is in many cases a processing of personal data and, as such, requires a proper legal ground in order to

be legitimate. No legal ground can be found in Article 7 of Directive 95/46/EC to routinely communicate de-listing decisions to primary controllers.

On the other hand, it may be legitimate for search engines to contact original publishers prior to any decision about a de-listing request, in particularly difficult cases, when it is necessary to get a fuller understanding about the circumstances of the case. In those cases, search engines should take all necessary measures to properly safeguard the rights of the affected data subject.

Taking into account the important role that search engines play in the dissemination and accessibility of information posted on the Internet and the legitimate expectations that webmasters may have with regard to the indexation of information and display in response to users' queries, the Working Party strongly encourages the search engines to publish their own de-listing criteria, and make more detailed statistics available.

E. Role of the DPAs

24. Despite the novel elements of the CJEU judgment, deciding whether a particular search result should be de-listed involves – in essence - a routine assessment of whether the processing of personal data done by the search engine complies with the data protection principles. Therefore the Working Party considers that complaints submitted by data subjects to DPAs in respect of refusals or partial refusals by search engines are to be treated – as far as possible - as formal claims as envisaged by Article 28(4) of the Directive. Accordingly, such appeals should normally be treated by DPAs under their national legislation in the same manner as all other claims/complaints/requests for mediation.

25. The Chair of the Working Party will contact search engines in order to clarify which EU establishment should be contacted by the competent DPA and will make the results of the consultation public if necessary.

PART II: List of common criteria for the handling of complaints by European data protection authorities

In its decision on 13 May 2014, the CJEU clarified the application of data protection law of to search engines. It concluded that users can request search engines, under certain conditions, to de-list certain links to information affecting their privacy from the results for searches made against their name. Where a search engine refuses such a request, the data subject may bring the matter before the DPAs, or the relevant judicial authority, so that they carry out the necessary checks and take a decision in accordance with their power in national law.

It follows from the CJEU judgment that a data subject may "request [from a search engine] that the information [relating to him personally] no longer be made available to the general public on account of its inclusion in […] a list of results". The Court also ruled that "those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject's name". This right is recognised by the CJEU in the light of the fundamental rights granted under Articles 7 and 8 of the EU Charter of Fundamental Rights and in application of Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46/EC.

The Court also recognised the existence of an exception to this general rule when "for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life […], the interference with [the] fundamental rights [of the data subject] is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of [the] inclusion [of the information] in the list of results, access to the information in question".

A first analysis of the complaints so far received from data subjects whose de-listing requests were refused by the search engines, has enabled DPAs to establish a list of common criteria to be used by them to evaluate whether data protection law has been complied with. DPAs will assess complaints on a case-by-case basis, using the criteria below.

The list of criteria should be seen as a flexible working tool which will help DPAs during their decision-making process. The criteria will be applied in accordance with the relevant national legislation.

In most cases, it appears that more than one criterion will need to be taken into account in order to reach a decision. In other words, no single criterion is, in itself, determinative.

Each criterion has to be applied in the light of the principles established by the CJEU and in particular in the light of the "the interest of the general public in having access to [the] information".

CRITERIA	COMMENT
1. Does the search result relate to a natural person – i.e. an individual? And does the search result come up against a search on the data subject's name?	The Google judgment recognised the particular impact that an internet search, based on an individual's name, can have on his or her right to respect for private life. DPAs will also consider pseudonyms and nicknames as relevant search terms when the individual can establish that they are linked to his/her real identity.
2. Does the data subject play a role in public life? Is the data subject a public figure?	The CJEU has made an exception for de-listing requests from data subjects that play a role in public life, where there is an interest of the public in having access to information about them. This criterion is broader than the 'public figures' criterion. What constitutes "a role in public life"? It is not possible to establish with certainty the type of role in public life an individual must have to justify public access to information about them via a search result. However, by way of illustration, politicians, senior public officials, business-people and members of the (regulated) professions can usually be considered to fulfil a role in public life. There is an argument in favour of the public being able to search for information relevant to their public roles and activities. A good rule of thumb is to try to decide where the public having access to the particular information – made available through a search on the data subject's name – would protect

	them against improper public or professional conduct. It is equally difficult to define the subgroup of 'public figures'. In general, it can be said that public figures are individuals who, due to their functions/commitments, have a degree of media exposure. The Resolution 1165 (1998) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the right to privacy provides a possible definition of "public figures". It states that "Public figures are persons holding public office and/or using public resources and, more broadly speaking, all those who play a role in public life, whether in politics, the economy, the arts, the social sphere, sport or in any other domain." There may be information about public figures that is genuinely private and that should not normally appear in search results, for example information about their health or family members. But as a rule of thumb, if applicants are public figures, and the information in question does not constitute genuinely private information, there will be a stronger argument against de-listing search results relating to them. In determining the balance, the case-law of the European Court on Human Rights (hereinafter: ECtHR) is especially relevant. ECtHR, von Hannover v. Germany (no.2), 2012: "The role or function of the person concerned and the nature of the activities that are the subject of the report and/or photo

	constitute another important criterion, related to the preceding one. In that connection a distinction has to be made between private individuals and persons acting in a public context, as political figures or public figures. Accordingly, whilst a private individual unknown to the public may claim particular protection of his or her right to private life, the same is not true of public figures (see Minelli v. Switzerland (dec.), no. 14991/02, 14 June 2005, and Petrenco, cited above, § 55). A fundamental distinction needs to be made between reporting facts capable of contributing to a debate in a democratic society, relating to politicians in the exercise of their official functions for example, and reporting details of the private life of an individual who does not exercise such functions (see Von Hannover, cited above, § 63, and Standard Verlags GmbH, cited above, § 47).”[1]
3. Is the data subject a minor?	As a general rule, if a data subject is legally under age – e.g. is he or she is not yet 18 years old at the time of the publication of the information – DPAs are more likely to require de-listing of the relevant results. The concept of “best interests of the child” has to be taken into account by DPAs. This concept can be found, inter alia, in Article 24 of the EU Charter of Fundamental Rights: “In all actions relating to children, whether taken by public authorities or private institutions, the

[1] See also ECtHR, Axel Springer v. Germany, 2012

	child's best interests must be a primary consideration".
4. Is the data accurate?	In general, 'accurate' means accurate as to a matter of fact. There is a difference between a search result that clearly relates to one person's opinion of another person and one that appears to contain factual information. In data protection law the concepts of accuracy, adequacy and incompleteness are closely related. DPAs will be more likely to consider that de-listing of a search result is appropriate where there is inaccuracy as to a matter of fact and where this presents an inaccurate, inadequate or misleading impression of an individual. When a data subject objects to a search result on the grounds that it is inaccurate, the DPAs can deal with such a request if the complainant provides all the information needed to establish the data are evidently inaccurate. In cases where a dispute about the accuracy of information is still ongoing, for example in court or when there is on on-going police investigation, DPAs may choose not to intervene until the process is complete.
5. Is the data relevant and not excessive? **a. Does the data relate to the working life of the data subject?** **b. Does the search result link to information which allegedly constitutes hate speech/slander/libel or similar offences in**	The overall purpose of these criteria is to assess whether the information contained in a search result is relevant or not according to the interest of the general public in having access to the information. Relevance is also closely related to the data's age. Depending on the facts of the case,

the area of expression against the complainant? **c. Is it clear that the data reflect an individual's personal opinion or does it appear to be verified fact?**	information that was published a long time ago, e.g. 15 years ago, might be less relevant that information that was published 1 year ago. The DPA's will assess relevance in accordance with the factors set out below. a. Does the data relate to the working life of the data subject? An initial distinction between private and professional life has to be made by DPAs when they examine de-listing request. Data protection - and privacy law more widely - are primarily concerned with ensuring respect for the individual's fundamental right to privacy (and to data protection). Although all data relating to a person is personal data, not all data about a person is private. There is a basic distinction between a person's private life and their public or professional persona. The availability of information in a search result becomes more acceptable the less it reveals about a person's private life. As a general rule, information relating to the private life of a data subject who does not play a role in public life should be considered irrelevant. However, public figures also have a right to privacy, albeit in a limited or modified form. Information is more likely to be relevant if it relates to the current working life of the data subject but much will depend on the nature of the data subject's work and the legitimate interest of the public in having access to this

	information through a search on his or her name. Two additional questions are relevant here: - Is data about a person's work related activity excessive? - Is the data subject still engaged in the same professional activity? b. Does the search result link to information which is excessive or allegedly constitutes hate speech/slander/libel or similar offences in the area of expression against the complainant? DPAs are generally not empowered and not qualified to deal with information that is likely to constitute a civil or criminal 'speech' offence against the complainant, such as hate speech, slander or libel. In such cases, DPAs will likely refer the data subject to the police and/or to court if a de-listing request is refused. The situation would be different if a court had ordered that the publication of the information is indeed a criminal offence, or in violation of other laws. Nevertheless, DPAs remain competent to assess whether data protection law has been complied with. c. Is it clear that the data reflect an individual's personal opinion or does it appear to be verified fact? The status of the information contained in a search result mays also be relevant, in particular the difference between personal opinion and verified fact. DPAs recognise that

	some search results will contain links to content that may be part of a personal campaign against someone, consisting of 'rants' and perhaps unpleasant personal comments. Although the availability of such information may be hurtful and unpleasant, this does not necessarily mean that DPAs will consider it necessary to have the relevant search result de-listed. However, DPAs will be more likely to consider the de-listing of search results containing data that appears to be verified fact but that is factually inaccurate.
6. Is the information sensitive within the meaning of Article 8 of the Directive 95/46/EC?	As a general rule, sensitive data (defined in Article 8 of the Directive 95/46/EC as 'special categories of data') has a greater impact on the data subject's private life than 'ordinary' personal data. A good example would be information about a person's health, sexuality or religious beliefs. DPAs are more likely to intervene when de-listing requests are refused in respect of search results that reveal such information to the public.
7. Is the data up to date? Is the data being made available for longer than is necessary for the purpose of the processing?	As a general rule, DPAs will approach this factor with the objective of ensuring that information that is not reasonably current and that has become inaccurate because it is out-of-date is de-listed. Such an assessment will be dependent on the purpose of the original processing.
8. Is the data processing causing prejudice to the data subject? Does the data have a	There is no obligation for the data subject to demonstrate prejudice in order to request de-listing, in other words prejudice is not a

disproportionately negative privacy impact on the data subject?	condition for exercising the right recognised by the CJEU. However, where there is evidence that the availability of a search result is causing prejudice to the data subject, this would be a strong factor in favour of de-listing.[2] Directive 95/46/EC allows the data subject to object to processing where there are compelling legitimate grounds for doing so. Where there is a justified objection, the data controller must cease processing the personal data. The data might have a disproportionately negative impact on the data subject where a search result relates to a trivial or foolish misdemeanour which is no longer – or may never have been – the subject of public debate and where there is no wider public interest in the availability of the information.
9. Does the search result link to information that puts the data subject at risk?	DPAs will recognise that the availability of certain information through internet searches can leave data subjects open to risks such as identity theft or stalking, for example. In such cases, where the risk is substantive, DPAs are likely to consider that the de-listing of a search result is appropriate.
10. In what context was the information published?	If the only legal basis for personal data being available on the internet is consent, but the individual then revokes his or her consent, then

[2] CJUE, Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, 13 May 2014, § 96, "it must be pointed out that it is not necessary in order to find such a right that the inclusion of the information in question in the list of results causes prejudice to the data subject."

a. Was the content voluntarily made public by the data subject? **b. Was the content intended to be made public? Could the data subject have reasonably known that the content would be made public?**	the processing activity – i.e. the publishing – will lack a legal basis and must therefore cease. When assessing requests, the DPA will consider whether the link should be de-listed even when the name or information is not erased beforehand or simultaneously from the original source. In particular, if the data subject consented to the original publication, but later on, is unable to revoke his or her consent, and a de-listing request is refused, the DPAs will generally consider that de-listing of the search result is appropriate.
11. Was the original content published in the context of journalistic purposes?	DPAs recognise that depending on the context, it may be relevant to consider whether the information was published for a journalistic purpose. The fact that information is published by a journalist whose job is to inform the public is a factor to weigh in the balance. However, this criterion alone does not provide a sufficient basis for refusing a request, since the ruling clearly distinguishes between the legal basis for publication by the media, and the legal basis for search engines to organise search results based on a person's name.
12. Does the publisher of the data have a legal power – or a legal obligation – to make the personal data publicly available?	Some public authorities are under a legal duty to make certain information about individuals publicly available – for example for electoral registration purposes. This varies according to Member State law and custom. Where this is the case, DPAs may not consider that de-listing is appropriate whilst the requirement on

	the public authority to make the information publicly available persists. However, this will have to be assessed on a case-by-case basis, together with the criteria of 'outdatedness' and irrelevance. DPAs may consider that de-listing is appropriate even if there is a legal obligation to make the content available on the original website.
13. Does the data relate to a criminal offence?	EU Member States may have different approaches as to the public availability of information about offenders and their offences. Specific legal provisions may exist which have an impact on the availability of such information over time. DPAs will handle such cases in accordance with the relevant national principles and approaches. As a rule, DPAs are more likely to consider the de-listing of search results relating to relatively minor offences that happened a long time ago, whilst being less likely to consider the de-listing of results relating to more serious ones that happened more recently. However, these issues call for careful consideration and will be handled on a case-by-case basis.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

- AB Adalet Divanı - C-18/8 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019
- AB Adalet Divanı - C-18/18 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar
- AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019
- AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar
- AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019
- AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar
- AB Adalet Divanı - C-610/15 - Pirate Bay - 14 June 2017
- AB Adalet Divanı - C-610/15 - Pirate Bay - 14 June 2017 - Opinion of Advocate General Szpunar
- AB Adalet Divanı - C-582/14 - Breyer - 19 October 2016
- AB Adalet Divanı - C-582/14 - Breyer - 19 October 2016 - Opinion of Advocate General Campos Sanchez-Bordona
- AB Adalet Divanı - C-484/14 - Mc Fadden - 15 September 2016
- AB Adalet Divanı - C-484/14 - Mc Fadden - 15 September 2016 - Opinion of Advocate General Szpunar
- AB Adalet Divanı - C-160/15 - GS Media BV - 8 September 2016
- AB Adalet Divanı - C-160/15 - GS Media BV - 8 September 2016 - Opinion of Advocate General Wathelet
- AB Adalet Divanı - C-291/13 - Papasavvas - 11 September 2014
- AB Adalet Divanı - C-360/13 - Public Relations Consultants Association Ltd - 5 June 2014
- AB Adalet Divanı - C-314/12 - Telekabel - 27 March 2014
- AB Adalet Divanı - C-314/12 - Telekabel - 27 March 2014 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon
- AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Unutulma Hakkı Kararı - 13 Mayıs 2014
- AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Case (Right to be Forgotten) - 13 May 2014
- AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Case (Right to be Forgotten) - 13 May 2014 - Opinion of Advocate General Jaaskinen
- AB Adalet Divanı - C-360/10 - SABAM v Netlog NV - 16 February 2012

- AB Adalet Divanı - C-70/10 - Scarlet Extended S.A v SABAM - 24 November 2011
- AB Adalet Divanı - C-70/10 - Scarlet Extended S.A v SABAM - 24 November 2011 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon
- AB Adalet Divanı - C-324/09 - L'Oréal and Others - 12 July 2011
- AB Adalet Divanı - C-324/09 - L'Oréal and Others - 12 July 2011 - Opinion of Advocate General Jääskinen
- AB Adalet Divanı - Joined Cases C-236/08 to C-238/08 - Google France - 23 March 2010
- AB Adalet Divanı - Joined Cases C-236/08 to C-238/08 - Google France - 23 March 2010 - Opinion of Advocate General Poiares Maduro
- AB Adalet Divanı - C-557/07 - LSG - 19 February 2009
- AB Adalet Divanı - C-275/06 - Promusicae - 29 January 2008
- AB Adalet Divanı - C-275/06 - Promusicae - 29 January 2008 - Opinion of Advocate General Kokoti

AB Adalet Divanı - C-18/8 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)

3 October 2019 (*)

(Reference for a preliminary ruling — Information society — Free movement of services — Directive 2000/31/EC — Liability of intermediary service providers — Article 14(1) and (3) — Hosting services provider — Possibility of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement — Article 18(1) — Personal, material and territorial limits on the scope of an injunction — Article 15(1) — No general obligation to monitor)

In Case C-18/18,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Oberster Gerichtshof (Supreme Court, Austria), made by decision of 25 October 2017, received at the Court on 10 January 2018, in the proceedings

Eva Glawischnig-Piesczek

v

Facebook Ireland Limited,

THE COURT (Third Chamber),

composed of A. Prechal, President of the Chamber, F. Biltgen, J. Malenovský (Rapporteur), C.G. Fernlund and L.S. Rossi, Judges,

Advocate General: M. Szpunar,

Registrar: D. Dittert, Head of Unit,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 13 February 2019,

after considering the observations submitted on behalf of:

– Ms Glawischnig-Piesczek, by M. Windhager and W. Niklfeld, Rechtsanwälte,

– Facebook Ireland Limited, by G. Kresbach, K. Struckmann and A. Tauchen, Rechtsanwälte,

– the Austrian Government, by G. Hesse, G. Kunnert and A. Jurgutyte-Ruez, acting as Agents,

– the Latvian Government, by I. Kucina, E. Petrocka-Petrovska and V. Soņeca, acting as Agents,

– the Portuguese Government, by L. Inez Fernandes and M. Figueiredo, acting as Agents, and T. Rendas, Legal Adviser.

– the Finnish Government, by J. Heliskoski, acting as Agent,

– the European Commission, by G. Braun, F. Wilman, S.L. Kalėda, and P. Costa de Oliveira, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 4 June 2019,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 15(1) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (‘Directive on electronic commerce’) (OJ 2000 L 178, p. 1).

2. The request has been made in proceedings between Ms Eva Glawischnig-Piesczek and Facebook Ireland Limited whose registered address is in Ireland, concerning the publication on the page of a hosted user on the social network Facebook of a message containing statements harmful to the reputation of Ms Glawischnig-Piesczek.

Legal context

EU law

3. Recitals 6, 7, 9, 10, 40, 41, 45 to 48, 52, 58 and 60 of Directive 2000/31 state:

‘(6) … by dealing only with certain specific matters which give rise to problems for the internal market, this Directive is fully consistent with the need to respect the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty.

(7) In order to ensure legal certainty and consumer confidence, this Directive must lay down a clear and general framework to cover certain legal aspects of electronic commerce in the internal market.

…

(9) The free movement of information society services can in many cases be a specific reflection in Community law of a more general principle, namely freedom of expression as enshrined in Article 10(1) of the [European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, [signed in Rome on 4 November 1950,] which has been ratified by all the Member States; for this reason, directives covering the supply of information society services must ensure that this activity may be engaged in freely in the light of that Article, subject only to the restrictions laid down in paragraph 2 of that Article and in Article 46(1) of the Treaty; this Directive is not intended to affect national fundamental rules and principles relating to freedom of expression.

(10) In accordance with the principle of proportionality, the measures provided for in this Directive are strictly limited to the minimum needed to achieve the objective of the proper functioning of the internal market; where action at Community level is necessary, and in order to guarantee an area which is truly without internal frontiers as far as electronic commerce is concerned, the Directive must ensure a high level of protection of objectives of general interest, in particular the protection of minors and human dignity, consumer protection and the protection of public health; …

…

(40) Both existing and emerging disparities in Member States' legislation and case-law concerning liability of service providers acting as intermediaries prevent the smooth functioning of the internal market, in particular by impairing the development of cross-border services and producing distortions of competition; service providers have a duty to act, under certain circumstances, with a view to preventing or stopping illegal activities; this Directive should constitute the appropriate basis for the development of rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information; …

(41) This Directive strikes a balance between the different interests at stake and establishes principles upon which industry agreements and standards can be based.

…

(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.

(46) In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal

activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level; this Directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

(47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.

(48) This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.

…

(52) The effective exercise of the freedoms of the internal market makes it necessary to guarantee victims effective access to means of settling disputes; damage which may arise in connection with information society services is characterised both by its rapidity and by its geographical extent; in view of this specific character and the need to ensure that national authorities do not endanger the mutual confidence which they should have in one another, this Directive requests Member States to ensure that appropriate court actions are available; Member States should examine the need to provide access to judicial procedures by appropriate electronic means.

…

(58) This Directive should not apply to services supplied by service providers established in a third country; in view of the global dimension of electronic commerce, it is, however, appropriate to ensure that the Community rules are consistent with international rules; this Directive is without prejudice to the results of discussions within international organisations (amongst others WTO, OECD, Uncitral) on legal issues.

…

(60) In order to allow the unhampered development of electronic commerce, the legal framework must be clear and simple, predictable and consistent with the rules applicable at international level so that it does not adversely affect the competitiveness of European industry or impede innovation in that sector.'

4. Article 14 of Directive 2000/31, entitled ‘Hosting’, states:

‘1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent;

or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

…

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.’

5. Article 15(1) of that directive provides:

‘Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.’

6. Article 18(1) of that directive provides:

‘Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services’ activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.’

Austrian law

7. In accordance with Paragraph 1330(1) of the Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (General Civil Code), anyone who has sustained actual harm or loss of profit owing to damage to his reputation is entitled to claim compensation. Under subparagraph 2 of that paragraph, the same is to apply when a person reports facts prejudicial to the reputation, material situation and future prospects of a third party which he knew or ought to have known to be inaccurate. In that case, a denial and publication of that denial may be required.

8. According to Paragraph 78(1) of the Urheberrechtsgesetz (Law on copyright), images representing a person must not be displayed publicly or disseminated in another way that makes them accessible to the public if such publication or dissemination harms the legitimate interests of the person concerned or, where that person has deceased without having authorised or ordered such publication, the legitimate interests of a close relative.

9. Under Paragraph 18(1) of the E-Commerce-Gesetz (Law on electronic commerce), hosting services providers are under no general obligation to monitor the information which they store, transmit or make available, or actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

10. Ms Eva Glawischnig-Piesczek was a member of the Nationalrat (National Council, Austria), chair of the parliamentary party 'die Grünen' (The Greens) and federal spokesperson for that party.

11. Facebook Ireland operates a global social media platform ('Facebook Service') for users located outside the United States of America and Canada.

12. On 3 April 2016, a Facebook Service user shared on that user's personal page an article from the Austrian online news magazine oe24.at entitled 'Greens: Minimum income for refugees should stay', which had the effect of generating on that page a 'thumbnail' of the original site, containing the title and a brief summary of the article, and a photograph of Ms Glawischnig-Piesczek. That user also published, in connection with that article, a comment which the referring court found to be harmful to the reputation of the applicant in the main proceedings, and which insulted and defamed her. This post could be accessed by any Facebook user.

13. By letter of 7 July 2016, Ms Glawischnig-Piesczek, inter alia, asked Facebook Ireland to delete that comment.

14. Because Facebook Ireland did not withdraw the comment in question, Ms Glawischnig-Piesczek brought an action before the Handelsgericht Wien (Commercial Court, Vienna, Austria) which, by interim order of 7 December 2016, directed Facebook Ireland, with immediate effect and until the proceedings relating to the action for a prohibitory injunction have been finally concluded, to cease and desist from publishing and/or disseminating photographs showing the applicant [in the main proceedings] if the accompanying text contained the assertions, verbatim and/or using words having an equivalent meaning as that of the comment referred to in paragraph 12 above.

15. Facebook Ireland disabled access in Austria to the content initially published.

16. On appeal, the Oberlandesgericht Wien (Higher Regional Court, Vienna, Austria) upheld the order made at first instance as regards the identical allegations. However, it also held that the dissemination of allegations of equivalent content had to cease only as regards those brought to the knowledge of Facebook Ireland by the applicant in the main proceedings, by third parties or otherwise.

17. The Handelsgericht Wien (Commercial Court, Vienna) and the Oberlandesgericht Wien (Higher Regional Court, Vienna) based their decisions on Paragraph 78 of the Law on copyright and Paragraph 1330 of the General Civil Code, on the ground, inter alia, that the published comment contained statements which were excessively harmful to the reputation of Ms Glawischnig-Piesczek and, in addition, gave the impression that she was involved in unlawful conduct, without providing the slightest evidence in that regard.

18. Each of the parties in the main proceedings lodged appeals on a point of law at the Oberster Gerichtshof (Supreme Court, Austria).

19. Having been called on to adjudicate whether the cease and desist order made against a host provider which operates a social network with a large number of users may also be extended to statements with identical wording and/or having equivalent content of which it is not aware, the Oberster Gerichtshof (Supreme Court) states that, in accordance with its own case-law, such an obligation must be considered to be proportionate where the host provider was already aware that the interests of the person concerned had been harmed on at least one occasion as a result of a user's post and the risk that other infringements may be committed is thus demonstrated.

20. However, considering that the dispute before it raises questions of the interpretation of EU law, the Oberster Gerichtshof (Supreme Court) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

'(1) Does Article 15(1) of Directive [2000/31] generally preclude any of the obligations listed below of a host provider which has not expeditiously removed illegal information, specifically not just this illegal information within the meaning of Article 14(1)(a) of [that] directive, but also other identically worded items of information:

– worldwide;

– in the relevant Member State;

– of the relevant user worldwide;

– of the relevant user in the relevant Member State?

(2) In so far as Question 1 is answered in the negative: does this also apply in each case for information with an equivalent meaning?

(3) Does this also apply for information with an equivalent meaning as soon as the operator has become aware of this circumstance?'

Consideration of the questions referred

The first and second questions

21. By its first and second questions, which it is appropriate to examine together, the referring court asks, in essence, whether Directive 2000/31, in particular Article 15(1), must be interpreted as meaning that it precludes a court of a Member State from:

– ordering a host provider to remove information which it stores, the content of which is identical to the content of information which was previously declared to be illegal, or to block access to that information, irrespective of who requested the storage of that information;

– ordering a host provider to remove information which it stores, the content of which is equivalent to the content of information which was previously declared to be illegal, or to block access to that information, and

– extending the effects of that injunction worldwide.

22. As a preliminary point, it is common ground that Facebook Ireland provides the services of a host provider for the purposes of Article 14 of Directive 2000/31.

23. In that respect, it should be recalled that Article 14(1) of that directive is intended to exempt the host provider from liability where it satisfies one of the two conditions listed in that provision, that is to say, not having knowledge of the illegal activity or information, or acting expeditiously to remove or to disable access to that information as soon as it becomes aware of it.

24. In addition, it is apparent from Article 14(3) of Directive 2000/31, read in conjunction with recital 45, that that exemption is without prejudice to the power of the national courts or administrative authorities to require the host provider concerned to terminate or prevent an infringement, including by removing the illegal information or by disabling access to it.

25. It follows that, as the Advocate General stated in point 32 of his Opinion, a host provider may be the addressee of injunctions adopted on the basis of the national law of a Member State, even if it satisfies one of the alternate conditions set out in Article 14(1) of Directive 2000/31, that is to say, even in the event that it is not considered to be liable.

26. Furthermore, Article 18 of Directive 2000/31, which is part of Chapter III of that directive entitled ‘Implementation’, provides in paragraph 1 that Member States must ensure that court actions available under national law concerning information society services’ activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.

27. In the present case, as follows from paragraph 13 above and from the actual wording of the questions raised, Facebook Ireland, first of all, did have knowledge of the illegal information at issue. Next, that company did not act expeditiously to remove or to disable access to that information, as laid down in Article 14(1) of Directive 2000/31. In the end, the applicant in the main proceedings brought an action before a national court for an injunction like the one referred to in Article 18.

28. Recital 52 of that directive states that the specific character arising from the fact that the damage which may arise in connection with information society services is characterised both by its rapidity and by its geographical extent, and also by the need to ensure that national authorities do not endanger the mutual confidence which they should have in one another, led the legislature of the European Union to request Member States to ensure that appropriate court actions are available.

29. Thus, when implementing Article 18(1) of Directive 2000/31, Member States have a particularly broad discretion in relation to the actions and procedures for taking the necessary measures.

30. Moreover, given that those measures, according to a number of linguistic versions of that provision, including the English, Spanish and French-language versions, are expressly intended to terminate ‘any’ alleged infringement and to prevent ‘any’ further impairment of the interests involved, no limitation on their scope can, in principle, be presumed for the purposes of their implementation. That interpretation is not called into question by the fact that other linguistic versions of that provision, including the German version, provide that those measures are intended to terminate ‘an alleged infringement’ and to prevent ‘further impairment of the interests involved’.

31. Article 15(1) of Directive 2000/31 states that Member States must not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, or a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

32. It is by taking all of those provisions into consideration that the Court will reply to the questions raised by the referring court.

33. In the first place, the referring court asks, in essence, whether Article 15(1) of Directive 2000/31 precludes a court of a Member State from ordering a host provider to remove or block access to information which it stores, the content of which is identical to the content of information which was previously declared to be illegal.

34. In that regard, although Article 15(1) prohibits Member States from imposing on host providers a general obligation to monitor information which they transmit or store, or a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity, as is clear from recital 47 of that directive, such a prohibition does not concern the monitoring obligations 'in a specific case'.

35. Such a specific case may, in particular, be found, as in the main proceedings, in a particular piece of information stored by the host provider concerned at the request of a certain user of its social network, the content of which was examined and assessed by a court having jurisdiction in the Member State, which, following its assessment, declared it to be illegal.

36. Given that a social network facilitates the swift flow of information stored by the host provider between its different users, there is a genuine risk that information which was held to be illegal is subsequently reproduced and shared by another user of that network.

37. In those circumstances, in order to ensure that the host provider at issue prevents any further impairment of the interests involved, it is legitimate for the court having jurisdiction to be able to require that host provider to block access to the information stored, the content of which is identical to the content previously declared to be illegal, or to remove that information, irrespective of who requested the storage of that information. In particular, in view of the identical content of the information concerned, the injunction granted for that purpose cannot be regarded as imposing on the host provider an obligation to monitor generally the information which it stores, or a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity, as provided for in Article 15(1) of Directive 2000/31.

38. In the second place, the referring court asks, in essence, whether Article 15(1) of Directive 2000/31 precludes a court of a Member State from ordering a host provider to remove information which it stores, the content of which is equivalent to the content of information which was previously declared to be illegal, or to block access to that information.

39. It is apparent from the information set out in the order for reference that, in using the words 'information with an equivalent meaning', the referring court intends to refer to information conveying a message the content of which remains essentially unchanged and therefore diverges very little from the content which gave rise to the finding of illegality.

40. In that regard, it should be made clear that the illegality of the content of information does not in itself stem from the use of certain terms combined in a certain way, but from the fact that the message conveyed by that content is held to be illegal, when, as in the present case, it concerns defamatory statements made against a specific person.

41. It follows therefore that, in order for an injunction which is intended to bring an end to an illegal act and to prevent it being repeated, in addition to any further impairment of the interests involved, to be capable of achieving those objectives effectively, that injunction must be able to extend to information, the content of which, whilst essentially conveying the same message, is worded slightly differently, because of the words used or their combination, compared with the information whose content was declared to be illegal. Otherwise, as the referring court made clear, the effects of such an injunction could easily be circumvented by the storing of messages which are scarcely different from those which were previously declared to be illegal, which could result in the person concerned having to initiate multiple proceedings in order to bring an end to the conduct of which he is a victim.

42. However, it must also be observed that, in this context, as is apparent from Article 15(1) of Directive 2000/31 and as was observed in paragraph 34 above, a court of a Member State may not, first, grant an injunction against a host provider requiring it to monitor generally the information which it stores or, second, require that host provider actively to seek facts or circumstances underlying the illegal content.

43. In that regard, it should be pointed out in particular that, as is apparent from recital 41 of Directive 2000/31, in adopting that directive, the EU legislature wished to strike a balance between the different interests at stake.

44. Thus, Article 15(1) of Directive 2000/31 implies that the objective of an injunction such as the one referred to in Article 18(1) of that directive, read in conjunction with recital 41, consisting, inter alia, of effectively protecting a person's reputation and honour, may not be pursued by imposing an excessive obligation on the host provider.

45. In light of the foregoing, it is important that the equivalent information referred to in paragraph 41 above contains specific elements which are properly identified in the injunction, such as the name of the person concerned by the infringement determined previously, the circumstances in

which that infringement was determined and equivalent content to that which was declared to be illegal. Differences in the wording of that equivalent content, compared with the content which was declared to be illegal, must not, in any event, be such as to require the host provider concerned to carry out an independent assessment of that content.

46. In those circumstances, an obligation such as the one described in paragraphs 41 and 45 above, on the one hand — in so far as it also extends to information with equivalent content — appears to be sufficiently effective for ensuring that the person targeted by the defamatory statements is protected. On the other hand, that protection is not provided by means of an excessive obligation being imposed on the host provider, in so far as the monitoring of and search for information which it requires are limited to information containing the elements specified in the injunction, and its defamatory content of an equivalent nature does not require the host provider to carry out an independent assessment, since the latter has recourse to automated search tools and technologies.

47. Thus, such an injunction specifically does not impose on the host provider an obligation to monitor generally the information which it stores, or a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity, as provided for in Article 15(1) of Directive 2000/31.

48. In the third place, although the referring court does not provide any explanations in that regard in the grounds for its order for reference, the wording of the questions which it addressed to the Court suggests that its doubts also concern the issue whether Article 15(1) of Directive 2000/31 precludes injunctions such as those referred to in paragraphs 37 and 46 above from being able to produce effects which extend worldwide.

49. In order to answer that question, it must be observed that, as is apparent, notably from Article 18(1), Directive 2000/31 does not make provision in that regard for any limitation, including a territorial limitation, on the scope of the measures which Member States are entitled to adopt in accordance with that directive.

50. Consequently, and also with reference to paragraphs 29 and 30 above, Directive 2000/31 does not preclude those injunction measures from producing effects worldwide.

51. However, it is apparent from recitals 58 and 60 of that directive that, in view of the global dimension of electronic commerce, the EU legislature considered it necessary to ensure that EU rules in that area are consistent with the rules applicable at international level.

52. It is up to Member States to ensure that the measures which they adopt and which produce effects worldwide take due account of those rules.

53. In the light of all the foregoing, the answer to the first and second questions is that Directive 2000/31, in particular Article 15(1), must be interpreted as meaning that it does not preclude a court of a Member State from:

– ordering a host provider to remove information which it stores, the content of which is identical to the content of information which was previously declared to be unlawful, or to block access to that information, irrespective of who requested the storage of that information;

– ordering a host provider to remove information which it stores, the content of which is equivalent to the content of information which was previously declared to be unlawful, or to block access to that information, provided that the monitoring of and search for the information concerned by such an injunction are limited to information conveying a message the content of which remains essentially unchanged compared with the content which gave rise to the finding of illegality and containing the elements specified in the injunction, and provided that the differences in the wording of that equivalent content, compared with the wording characterising the information which was previously declared to be illegal, are not such as to require the host provider to carry out an independent assessment of that content, or

– ordering a host provider to remove information covered by the injunction or to block access to that information worldwide within the framework of the relevant international law.

The third question

54. In the light of the reply given to the first and second questions, it is not necessary to consider the third question referred.

Costs

55. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), in particular Article 15(1), must be interpreted as meaning that it does not preclude a court of a Member State from:

– ordering a host provider to remove information which it stores, the content of which is identical to the content of information which was previously declared to be unlawful, or to block access to that information, irrespective of who requested the storage of that information;

– ordering a host provider to remove information which it stores, the content of which is equivalent to the content of information which was previously declared to be unlawful, or to block access to that information, provided that the monitoring of and search for the information concerned by such an injunction are limited to information conveying a message the content of which remains essentially unchanged compared with the content which gave rise to the finding of illegality and containing the elements specified in the injunction, and provided that the differences in the wording of that equivalent content, compared with the wording characterising the information which was previously declared to be illegal, are not such as to require the host provider to carry out an independent assessment of that content, and

– ordering a host provider to remove information covered by the injunction or to block access to that information worldwide within the framework of the relevant international law.

[Signatures]

* Language of the case: German.

AB Adalet Divanı - C-18/18 - Facebook Kararı - 3 Ekim 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar

OPINION OF ADVOCATE GENERAL

SZPUNAR

delivered on 4 June 2019 (1)

Case C-18/18

Eva Glawischnig-Piesczek

v

Facebook Ireland Limited

(Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Supreme Court, Austria))

(Reference for a preliminary ruling — Freedom to provide services — Directive 2000/31/EC — Information society services — Liability of intermediary service providers — Obligation of an internet site hosting services provider (Facebook) to delete illegal information — Scope)

I. Introduction

1. The internet's not written in pencil, it's written in ink, says a character in an American film released in 2010. I am referring here, and it is no coincidence, to the film The Social Network.

2. In fact, the key issue in the present case is whether a host which operates an online social network platform may be required to delete, with the help of a metaphorical ink eraser, certain content placed online by users of that platform.

3. More specifically, by its questions for a preliminary ruling, the referring court asks the Court to specify the personal scope and the material scope of the obligations that may be imposed on a host provider without a general monitoring obligation, which is prohibited under Article 15(1) of Directive 2000/31/EC, (2) being thus imposed on that host provider. The referring court also asks the Court to rule on whether, in the context of an injunction issued by a court of a Member State,

a host provider may be ordered to remove certain content not only for internet users in that Member State but also worldwide.

II. Legal framework

A. EU law

4. Articles 14 and 15 of Directive 2000/31 are in Section 4, entitled 'Liability of intermediary service providers', of Chapter II of that directive.

5. Article 14(1) and (3) of Directive 2000/31, entitled 'Hosting', provides:

'1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

…

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.'

6. Article 15(1) of Directive 2000/31, entitled 'No general obligation to monitor', provides:

'Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.'

B. Austrian law

7. According to Paragraph 18(1) of the E-Commerce-Gesetz (Law on electronic commerce), whereby the Austrian legislature transposed Directive 2000/31, providers of hosting services are under no general obligation to monitor the information which they store, transmit or make accessible, or to seek themselves facts or circumstances indicating illegal activity.

8. In accordance with Paragraph 1330(1) of the Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (General Civil Code, 'the ABGB'), anyone who has sustained actual harm or loss of profit owing to an injury to his honour is to be entitled to claim compensation. Under subparagraph 2 of that paragraph, the same is to apply when a person reports facts prejudicial to the reputation, material situation and future prospects of a third party which he knew or ought to have known to be inaccurate. In that case, a denial and publication thereof may be required.

9. Pursuant to Paragraph 78(1) of the Urheberrechtsgesetz (Law on copyright, 'the UrhG'), images representing a person must not be displayed publicly or disseminated in another way that makes them accessible to the public if such publication or dissemination harms the legitimate interests of the person concerned or, if that person has died without having authorised or ordered such publication, the legitimate interests of a close relative.

III. The facts of the main proceedings

10. Ms Eva Glawischnig-Piesczek was a member of the Nationalrat (National Council, Austria), chair of the parliamentary party die Grünen ('the Greens') and the federal spokesperson of that party.

11. Facebook Ireland Limited, a company registered in Ireland having its headquarters in Dublin, is a subsidiary of the United States corporation Facebook Inc. Facebook Ireland operates, for users outside the United States and Canada, an online social network platform accessible at the address www.facebook.com. That platform enables users to create profile pages and to publish comments.

12. On 3 April 2016 a user of that platform shared on their personal page an article from the Austrian online news magazine oe24.at entitled 'Greens: Minimum income for refugees should stay'. That publication had the effect of generating on the platform a 'thumbnail' of the original site, containing the title and a brief summary of the article, and a photograph of the applicant. That user also published, in connection with that article, an accompanying disparaging comment about the applicant accusing her of being a 'lousy traitor of the people', a 'corrupt oaf' and a member of a 'fascist party'. The content placed online by that user could be consulted by any user of the platform in question.

13. By letter of 7 July 2016, the applicant, inter alia, asked Facebook Ireland to delete that comment.

14. As Facebook Ireland did not remove the comment in question, the applicant brought an action before the Handelsgericht Wien (Commercial Court, Vienna, Austria) and requested that court to issue an injunction ordering Facebook Ireland to cease publication and/or dissemination of the

photographs of the applicant if the accompanying message disseminated the same allegations and/or 'equivalent content', namely that the applicant was a 'lousy traitor of the people' and/or a 'corrupt oaf' and/or a member of a 'fascist party'.

15. On 7 December 2016 the Handelsgericht Wien (Commercial Court, Vienna) made the interlocutory order applied for.

16. Facebook Ireland subsequently disabled access in Austria to the content initially published.

17. On appeal, the Oberlandesgericht Wien (Higher Regional Court, Vienna, Austria) upheld the order made at first instance as regards the identical allegations. In doing so, it did not grant Facebook Ireland's request that the interlocutory order be limited to the Republic of Austria. On the other hand, it held that the obligation to cease the dissemination of allegations of equivalent content related only to those brought to the knowledge of Facebook Ireland by the applicant in the main proceedings, by third parties or otherwise.

18. The courts of first and second instance based their decisions on Paragraph 78 of the UrhG and Paragraph 1330 of the ABGB, and took the view, in particular, that the public comment contained statements which were excessively harmful to the applicant's reputation and gave the impression that she was involved in unlawful conduct, without providing the slightest evidence in that regard. Nor, according to those courts, was it permissible to rely on the right to freedom of expression for statements relating to a politician if there was no connection with a political debate or a debate that was in the public interest.

19. The two parties to the main proceedings brought actions before the Oberster Gerichtshof (Supreme Court, Austria), which considered that the statements at issue were intended to damage the applicant's reputation, to insult her and to defame her.

20. The referring court is required to adjudicate on the question whether the cease and desist order made against a host provider which operates a social network with a large number of users may also be extended, worldwide, to statements with identical wording and/or having equivalent content of which it is not aware.

21. In that regard, the Oberster Gerichtshof (Supreme Court) states that, according to its own case-law, such an obligation must be considered to be proportionate where the service provider was already aware that the interests of the person concerned had been harmed on at least one occasion as a result of the contribution of a recipient of the service and where the risk that other infringements would be committed is thus demonstrated.

IV. The questions for a preliminary ruling and the procedure before the Court

22. It was in those circumstances that the Oberster Gerichtshof (Supreme Court), by decision of 25 October 2017, received at the Court on 10 January 2018, decided to stay proceedings and to refer the following questions to the Court:

‘(1) Does Article 15(1) of Directive [2000/31] generally preclude any of the obligations listed below of a host provider which has not expeditiously removed illegal information, specifically not just this illegal information within the meaning of Article 14(1)(a) of [that] directive, but also other identically worded items of information:

(a) worldwide?

(b) in the relevant Member State?

(c) of the relevant user worldwide?

(d) of the relevant user in the relevant Member State?

(2) In so far as Question 1 is answered in the negative: Does this also apply in each case for information with an equivalent meaning?

(3) Does this also apply for information with an equivalent meaning as soon as the operator has become aware of this circumstance?’

23. Written observations were lodged by the applicant, Facebook Ireland, the Austrian, Latvian, Portuguese and Finnish Governments and also by the European Commission. Those parties, with the exception of the Portuguese Government, were represented at the hearing on 13 February 2019.

V. Analysis

A. The first and second questions

24. By its first and second questions, which should be examined together, the referring court asks the Court to determine the material scope and the personal scope of a monitoring obligation which may be imposed, in the context of an injunction, on the provider of an information society service consisting in storing information provided by a recipient of that service (a host provider), without a general monitoring obligation, which is prohibited by Article 15(1) of Directive 2000/31, thus being imposed.

25. Admittedly, these first two questions are concerned with the removal of information disseminated via an online social network platform rather than with the monitoring or filtering of that information. It should be observed, however, that social network platforms are media the content of which is generated principally not by their founding and managing companies but by

their users. In addition, that content, which in the meantime is reproduced and altered, is constantly being exchanged between users.

26. In order to be able to delete information disseminated via such a platform or to disable access to it, irrespective of the author of the information and whatever its content, a host provider must first be able to identify that particular information among all the information stored on its servers. In order to do so, it must, in one way or another, monitor or filter that information. However, according to Article 15(1) of Directive 2000/31, to which the questions for a preliminary ruling refer, a Member State may not impose a general monitoring obligation on a host provider. All of that means that, by its first two questions, the referring court is seeking, in essence, to ascertain the personal scope and the material scope of such an obligation, which are consistent with the requirements laid down in Directive 2000/31.

27. By its first question, the referring court also asks the Court to clarify whether a host provider may be ordered to remove, worldwide, information disseminated via a social network platform.

28. In order to answer those two questions, I shall examine, in the first place, the scheme of Directive 2000/31 applicable to Facebook Ireland in its capacity as a host provider and then the implications of its being characterised as a host provider as regards the injunctions addressed to that service provider. In the second place, I shall then analyse the requirements laid down by EU law as regards the material scope and the personal scope of a monitoring obligation that may be imposed on a host provider in the context of an injunction, without a general monitoring obligation in that respect being thus imposed. Last, in the third place, I shall address the question of the territorial scope of a removal obligation.

1. The injunctions addressed to host providers in the light of Directive 2000/31

29. It should be borne in mind that, in order for the storage effected by the provider of an information society service to come within Article 14 of Directive 2000/31, that service provider's conduct must be limited to that of an 'intermediary service provider' within the meaning intended by the legislature in the context of Section 4 of that directive. In addition, according to recital 42 of that directive, such a service provider's conduct is purely technical, automatic and passive, which implies that it has neither knowledge of nor control over the data which it stores and that the role which it plays must therefore be neutral. (3)

30. The Court has already had occasion to make clear that the owner of a social network platform which stores on its services information provided by the users of that platform, relating to their profile, is a hosting service provider within the meaning of Article 14 of Directive 2000/31. (4) Irrespective of the doubts that one might have in that regard, it is apparent from the request for a

preliminary ruling that in the referring court's view it is common ground that Facebook Ireland is a host provider whose conduct is limited to that of an intermediary service provider.

31. Under Directive 2000/31, a host provider whose conduct is limited to that of an intermediary service provider enjoys relative immunity from liability for the information which it stores. In fact, that immunity is granted only if such a host provider was not aware of the illegal nature of the information stored or of the activity carried out by means of that information and on condition that, once made aware of that illegality, it acts expeditiously to remove the information or to disable access to it. Conversely, if that host provider does not fulfil those conditions, that is to say, if it was aware of the illegality of the information stored but did not take action in order to remove it or to disable access to it, Directive 2000/31 does not preclude its being held indirectly liable for that information. (5)

32. Furthermore, it is apparent from Article 14(3) of Directive 2000/31 that the immunity granted to an intermediary service provider does not prevent a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, from requiring that service provider to terminate or prevent an infringement. It follows from that provision that an intermediary service provider may be the addressee of injunctions, even though, according to the conditions set out in Article 14(1) of that directive, that service provider is not itself liable for the information stored on its servers. (6)

33. The conditions and detailed procedures applicable to such injunctions are matters for national law. (7) However, the rules laid down by the Member States must comply with the requirements laid down in EU law, in particular in Directive 2000/31.

34. All of that reflects the EU legislature's intention to strike a balance, by means of that directive, between the different interests of host providers whose conduct is limited to that of an intermediary service provider, of users of their services and of persons harmed by any infringement committed in the use of those services. Consequently, it is for the Member States, when they implement the measures to transpose Directive 2000/31, not only to comply with the requirements laid down in that directive, but also to ensure that they do not rely on an interpretation that would be inconsistent with the fundamental rights involved or with the other general principles of EU law, such as the principle of proportionality. (8)

2. The requirements laid down with regard to the personal scope and the material scope of a monitoring obligation

(a) The prohibition of a general monitoring obligation

35. It should be observed that Article 15(1) of Directive 2000/31 prohibits Member States from imposing a general obligation on, among others, providers of services whose activity consists in storing information to monitor the information which they store or a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity. Furthermore, it is apparent from the case-law that that provision precludes, in particular, a host provider whose conduct is limited to that of an intermediary service provider from being ordered to monitor all (9) or virtually all (10) of the data of all users of its service in order to prevent any future infringement.

36. If, contrary to that provision, a Member State were able, in the context of an injunction, to impose a general monitoring obligation on a host provider, it cannot be precluded that the latter might well lose the status of intermediary service provider and the immunity that goes with it. In fact, the role of a host provider carrying out general monitoring would no longer be neutral. The activity of that host provider would not retain its technical, automatic and passive nature, which would imply that that host provider would be aware of the information stored and would monitor it.

37. Furthermore, even if such a risk did not exist, a host provider carrying out general monitoring could, as a matter of principle, be held liable for any illegal activity or information even if the conditions laid down in Article 14(1)(a) and (b) of that directive were not actually fulfilled.

38. Admittedly, Article 14(1)(a) of Directive 2000/31 makes the liability of an intermediary service provider subject to actual knowledge of the illegal activity or information. However, having regard to a general monitoring obligation, the illegal nature of any activity or information might be considered to be automatically brought to the knowledge of that intermediary service provider and the latter would have to remove the information or disable access to it without having been aware of its illegal content. (11) Consequently, the logic or relative immunity from liability for the information stored by an intermediary service provider would be systematically overturned, which would undermine the practical effect of Article 14(1) of Directive 2000/31.

39. In short, the role of a host provider carrying out such general monitoring would no longer be neutral, since the activity of that host provider would no longer retain its technical, automatic and passive nature, which would imply that the host provider would be aware of the information stored and would monitor that information. Consequently, the implementation of a general monitoring obligation, imposed on a host provider in the context of an injunction authorised, prima facie, under Article 14(3) of Directive 2000/31, could render Article 14 of that directive inapplicable to that host provider.

40. I thus infer from a reading of Article 14(3) in conjunction with Article 15(1) of Directive 2000/31 that an obligation imposed on an intermediary service provider in the context of an injunction cannot have the consequence that, by reference to all or virtually all of the information stored, the role of that intermediary service provider is no longer neutral in the sense described in the preceding point.

(b) The monitoring obligation applicable in a specific case

41. As stated in recital 47 of Directive 2000/31, the prohibition on imposing general obligations, laid down in Article 15(1) of that directive, does not concern monitoring obligations in a specific case. In fact, it follows from the wording of Article 14(3) of Directive 2000/31 that a host provider may be ordered to prevent an infringement, which, as the Commission claims, logically implies a certain form of monitoring in the future, without that monitoring being transformed into a general monitoring obligation. (12) Under Article 18 of that directive, moreover, Member States are required to ensure that court actions available under their national law concerning information society services' activities allow for the rapid adoption of measures designed, inter alia, to prevent any further impairment of the interests involved.

42. Furthermore, it follows from the judgment in L'Oréal and Others (13) that a host provider may be ordered to take measures to prevent the occurrence of any further infringements of the same nature by the same recipient.

43. In that judgment, the Court did not interpret solely the provisions of Directive 2000/31, but also the provisions of Directive 2004/48/EC. (14) In doing so, the Court defined a monitoring obligation consistent with the requirements imposed by those directives as opposed to the obligation prohibited under Article 15(1) of Directive 2000/31 to actively monitor all or virtually all of the data in order to prevent any further infringement. (15) Independently of the specific context of the judgment in L'Oréal and Others (16) and of the references to Directive 2004/48, the reasoning in that judgment in relation to the obligations of host providers consistent with EU law, depending on their general or specific nature, is of a cross-cutting nature and is therefore in my view capable of being transposed to the present case.

44. Consequently, in order to prevent any further infringement, a host provider may be ordered, in the context of an injunction, to remove illegal information which has not yet been disseminated at the time when that injunction is adopted, without the dissemination of that information being brought, again and separately from the original removal request, to its knowledge.

45. However, in order not to result in the imposition of a general obligation, a monitoring obligation must, as seems to follow from the judgment in L'Oréal and Others, (17) satisfy

additional requirements, namely it must concern infringements of the same nature by the same recipient of the same rights, in that particular case trade mark rights.

46. Thus, I infer from that judgment that active monitoring is not irreconcilable with Directive 2000/31, unlike active monitoring the subject of which is not targeted at the specific case of an infringement.

47. Along the same lines, I pointed out in my Opinion in Mc Fadden, (18) which concerned a provider of access to a communication network within the meaning of Article 12 of Directive 2000/31, taking inspiration from the preparatory work for Directive 2000/31, that in order for an obligation to be able to be considered to be applicable to a specific case it must, in particular, be limited in terms of the subject and the duration of the monitoring.

48. Those general requirements, formulated in the abstract, seem to me to be capable of being transposed to circumstances such as those of the main proceedings, in spite of the fact that, when the reasoning concerning the monitoring obligation relating to providers of access to a communications network such as the internet is applied, by analogy to host providers such as Facebook Ireland, the roles carried out by those intermediary service providers are different. To take, for example, a host provider such as Facebook Ireland, the contents of its platform seem to constitute all of the data stored, while for an internet access provider those contents represent only a tiny proportion of the data transmitted. Conversely, the nature and the intensity of the involvement of such a host provider in the processing of the digital content differ significantly from those of an internet access provider. As the Commission observes, a host provider is better placed than an access provider to take measures to seek and remove illegal information.

49. Furthermore, the requirement that a monitoring obligation be limited in time reflects a number of judgments of the Court. (19) Although it is apparent from the case-law that the limitation in time of an obligation imposed in the context of an injunction relates more to the problem of the general principles of EU law, (20) I consider that a permanent monitoring obligation would be difficult to reconcile with the concept of an obligation applicable in a specific case, within the meaning of recital 47 of Directive 2000/31.

50. Accordingly, the targeted nature of a monitoring obligation should be envisaged by taking into consideration the duration of that monitoring and the information relating to the nature of the infringements in question, their author and their subject. Those elements are all interdependent and linked with each other. A global assessment is therefore required in order to answer the question whether an injunction does or does not comply with the prohibition laid down in Article 15(1) of Directive 2000/31.

(c) Intermediate conclusions

51. To recapitulate this part of my analysis, in the first place, it is apparent from a reading of Article 14(3) in conjunction with Article 15(1) of Directive 2000/31 that an obligation imposed on an intermediary service provider in the context of an injunction cannot lead to a situation in which, by reference to all or virtually all of the information stored, the role of that intermediary service provider would no longer be technical, automatic and passive, which would imply that the host provider concerned would be aware of that information and would monitor it. (21)

52. In the second place, active monitoring is not irreconcilable with Directive 2000/31, unlike active monitoring the subject of which is not targeted at the specific case of an infringement. (22)

53. In the third place, the targeted nature of a monitoring obligation should be envisaged by taking into consideration the duration of that monitoring and the information relating to the nature of the infringements in question, their author and their subject. (23)

54. It is in the light of those considerations that it is appropriate to address the personal scope and the material scope of a monitoring obligation of a service provider operating a social network platform, which amounts, in the present case, to seeking and identifying, among the information stored, information identical to that characterised as illegal by the court seised and also to seeking information equivalent to that information.

(d) Application in the present case

(1) Information identical to the information characterised as illegal

55. With the exception of Facebook Ireland, all the interested parties maintain that it must be possible to order a host provider to remove or block access to statements identical to the statement characterised as illegal that are published by the same user. The applicant, the Austrian and Latvian Governments and the Commission are, in essence, of the view that the same applies to statements published by other users.

56. It is apparent from the order for reference that the court at second instance considered that the reference to ‘identically worded items of information’ was to publications of photographs of the applicant with the same accompanying text. Likewise, the referring court explains that its doubts relate in particular to whether the injunction issued against Facebook Ireland may be extended to statements (accompanying texts) that are word for word the same and to those with equivalent content. I thus take that reference to ‘identically worded items of information’ to mean that the referring court has in mind precise manual reproductions of the information which it has

characterised as illegal and, as the Austrian Government submits, automated reproductions, made through the ‘share’ function.

57. In that regard, I am of the view that a host provider that operates a social network platform may, for the purpose of enforcing an injunction issued by a court of a Member State, be ordered to seek and identify all the information identical to the information that has been characterised as illegal by that court.

58. In fact, as is clear from my analysis, a host provider may be ordered to prevent any further infringement of the same type and by the same recipient of an information society service. (24) Such a situation does indeed represent a specific case of an infringement that has actually been identified, so that the obligation to identify, among the information originating from a single user, the information identical to that characterised as illegal does not constitute a general monitoring obligation.

59. To my mind, the same applies with regard to information identical to the information characterised as illegal which is disseminated by other users. I am aware of the fact that this reasoning has the effect that the personal scope of a monitoring obligation encompasses every user and, accordingly, all the information disseminated via a platform.

60. Nonetheless, an obligation to seek and identify information identical to the information that has been characterised as illegal by the court seised is always targeted at the specific case of an infringement. In addition, the present case relates to an obligation imposed in the context of an interlocutory order, which is effective until the proceedings are definitively closed. Thus, such an obligation imposed on a host provider is, by the nature of things, limited in time.

61. Furthermore, the reproduction of the same content by any user of a social network platform seems to me, as a general rule, to be capable of being detected with the help of software tools, without the host provider being obliged to employ active non-automatic filtering of all the information disseminated via its platform.

62. In addition, imposing the obligation to seek and identify all the information identical to the information that was characterised as illegal makes it possible to ensure a fair balance between the fundamental rights involved.

63. First of all, seeking and identifying information identical to that which has been characterised as illegal by a court seised does not require sophisticated techniques that might represent an extraordinary burden. Such an obligation therefore does not appear to entail an excessive breach of the right to freedom to conduct a business which a host provider operating a social network

platform such as Facebook Ireland enjoys under Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter').

64. Next, in view of the ease with which information can be reproduced in the internet environment, the seeking and identification of information identical to that which has been characterised as illegal is necessary in order to ensure the effective protection of private life and personality rights.

65. Last, such an obligation respects internet users' fundamental right to freedom of expression and information, guaranteed in Article 11 of the Charter, in so far as the protection of that freedom need not necessarily be ensured absolutely, but must be weighed against the protection of other fundamental rights. As regards the information identical to the information that was characterised as illegal, it consists, prima facie and as a general rule, in repetitions of an infringement actually characterised as illegal. Those repetitions should be characterised in the same way, although such characterisation may be nuanced by reference, in particular, to the context of what is alleged to be an illegal statement. Incidentally, it should be noted that third parties who may be indirectly affected by injunctions are not parties to the proceedings in which those injunctions are issued. It is for that reason, in particular, that it is necessary to ensure that those third parties are able to challenge, before a court, the implementing measures adopted by a host provider on the basis of an injunction, (25) and that possibility must not be conditional on being characterised as a party to main proceedings. (26)

(2) Equivalent information

66. As regards the material scope of a monitoring obligation, the applicant maintains that a host provider may be subject to the obligation to remove statements that have equivalent content to that characterised as illegal and are published by the same user. The Austrian Government and the Commission, on the other hand, submit that the possibility of imposing such an obligation depends on the outcome of the weighing of the interests involved. Only the applicant contends that it is possible to order a host provider to remove statements that have content equivalent to the statement that was characterised as illegal and are published by other users.

67. The reference to 'equivalent information' or to information 'having equivalent content' gives rise to difficulties of interpretation, since the referring court does not state the meaning of those expressions. It may however be inferred from the reference for a preliminary ruling that the reference to information 'having equivalent content' is to information that scarcely diverges from the original information or to situations in which the message remains essentially unaltered. I take those indications to mean that a reproduction of the information that was characterised as illegal

containing a typographical error and a reproduction having slightly altered syntax or punctuation constitutes ‘equivalent information’. It is not clear, however, that the equivalence referred to in the second question does not go further than such cases.

68. Admittedly, it is apparent from the judgment in L’Oréal and Others (27) that an information society service provider may be ordered to take measures that help to prevent new infringements of the same kind of the same rights.

69. However, it is important not to lose sight of the factual context in which the relevant case-law was developed, namely the context of infringements of intellectual property law. Generally, such infringements consist in the dissemination of the same content as that protected or, at least, a content resembling the protected content, any changes in that content, which are sometimes difficult to make, requiring specific intervention.

70. On the other hand, it is unusual for a defamatory act to use the precise terms of an act of the same type. That is, in part, the result of the personalised nature of the way in which ideas are expressed. In addition, unlike infringements of intellectual property law, defamatory acts subsequent to the original defamatory act reproduce rather the fact of uttering words that harm a person’s reputation than the form of the original act. For that reason, in connection with defamation, a mere reference to acts of the same nature could not play the same role as in connection with infringements of intellectual property law.

71. In any event, the interpretation given to the reference to ‘equivalent information’ is liable to affect the scope of a monitoring obligation and the exercise of the fundamental rights involved. A court adjudicating, in the context of an injunction, on the removal of ‘equivalent information’ must thus respect the principle of legal certainty and ensure that the effects of that injunction are clear, precise and foreseeable. In doing so, that court must weigh up the fundamental rights involved and take account of the principle of proportionality.

72. Without prejudice to those considerations, and again taking inspiration from the judgment in L’Oréal and Others, (28) I am of the view that, for even more compelling reasons, a host provider may be ordered to identify information equivalent to that characterised as illegal and originating from the same user. Incidentally, in that case also, that user should be guaranteed the possibility of challenging before a court the implementing measures adopted by a host provider in order to comply with an injunction.

73. Conversely, the identification of information equivalent to that characterised as illegal originating from other users would require the monitoring of all the information disseminated via a social network platform. Unlike information identical to that characterised as illegal, information

equivalent to that information cannot be identified unless a host provider employs sophisticated solutions. Consequently, not only would the role of a service provider carrying out general monitoring no longer be neutral, in the sense that it would not be merely technical, automatic and passive, but that service provider, by exercising a form of censorship, would become an active contributor to that platform.

74. Furthermore, an obligation to identify information equivalent to that characterised as illegal originating from any user would not ensure a fair balance between the protection of private life and personality rights, the protection of freedom to conduct a business and the protection of freedom of expression and information. On the one hand, seeking and identifying such information would require costly solutions, which would have to be developed and introduced by a host provider. On the other hand, the implementation of those solutions would lead to censorship, so that freedom of expression and information might well be systematically restricted.

75. In the light of the foregoing considerations, I propose that the answer to the first and second questions, in so far as they relate to the personal scope and the material scope of a monitoring obligation, should be that Article 15(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that it does not preclude a host provider operating a social network platform from being ordered, in the context of an injunction, to seek and identify, among all the information disseminated by users of that platform, the information identical to the information that was characterised as illegal by a court that has issued that injunction. In the context of such an injunction, a host provider may be ordered to seek and identify the information equivalent to that characterised as illegal only among the information disseminated by the user who disseminated that illegal information. A court adjudicating on the removal of such equivalent information must ensure that the effects of its injunction are clear, precise and foreseeable. In doing so, it must weigh up the fundamental rights involved and take account of the principle of proportionality.

3. Removal worldwide

(a) Preliminary observations

76. I shall now address the referring court’s doubts in respect of the territorial scope of a removal obligation. Those doubts relate, in essence, to whether a host provider may be ordered to remove content which has been characterised as illegal under the national law of a Member State not only in that Member State but also worldwide.

77. As a preliminary point, it is true that Facebook Ireland, as a subsidiary of Facebook, operates an electronic platform solely for users outside the United States and Canada. However, that circumstance does not seem to be such as to preclude the removal worldwide of the information

disseminated via that platform. In fact, Facebook Ireland does not deny that it is in a position to ensure such removal worldwide.

78. It should be observed, however, that the EU legislature has not harmonised the material rules on harm to private life and personality rights, including defamation. (29) Nor, in the absence of consensus at EU level, (30) has the EU legislature harmonised the conflict-of-law rules in that field. (31) Thus, when hearing actions in defamation, each court in the European Union applies the law designated as applicable under the national conflict rules.

79. The situation at issue in the main proceedings is, prima facie, different from that which constituted the starting point of my analysis concerning the territorial scope of a de-referencing of the results of a search engine in Google (Territorial scope of de-referencing), (32) cited by Facebook Ireland and the Latvian Government. That case concerns Directive 95/46/EC, (33) which harmonises, at Union level, certain material rules on data protection. It was, notably, the fact that the applicable material rules are harmonised that led me to conclude that a service provider had to be required to delete the results displayed following a search carried out not only from a single Member State but from a place within the European Union. (34) However, in my Opinion in that case I did not exclude the possibility that there might be situations in which the interest of the Union requires the application of the provisions of that directive beyond the territory of the European Union. (35)

80. Consequently, as regards defamatory infringements, the imposition in one Member State of an obligation consisting in removing certain information worldwide, for all users of an electronic platform, because of the illegality of that information established under an applicable law, would have the consequence that the finding of its illegality would have effects in other States. In other words, the finding of the illegal nature of the information in question would extend to the territories of those other States. However, it is not precluded that, according to the laws designated as applicable under those States' national conflict rules, that information might be considered legal.

81. As the discussion between the interested parties illustrates, the reluctance to afford such extraterritorial effects to injunctions reflects the position of Facebook Ireland and that of the Latvian, Portuguese and Finnish Governments. With the exception of the Portuguese Government, moreover, those parties also seem to entertain doubts as to the territorial extent of the jurisdiction of the courts of a Member State. In essence, those parties seem to consider that the court of a Member State may not adjudicate, in the context of an injunction addressed to a host provider, on the removal of content outside the territory of that Member State. It is therefore appropriate to

analyse those two questions, namely the territorial scope of a removal obligation and the extent of the jurisdiction of the courts of a Member State, addressing first of all the question of jurisdiction, which, as a general rule, precedes the question of substance.

(b) The territorial scope of the jurisdiction

82. Directive 2000/31 does not regulate jurisdiction to adjudicate on injunctions. On the other hand, as is clear from the judgment in eDate Advertising and Others, (36) in the event of an alleged infringement of personality rights through content placed online on an internet site, a person who considers that he has been harmed has the option to bring the matter before the competent courts of the Member States under Regulation (EU) No 1215/2012. (37) In fact, while the conflict rules relating to defamation are not harmonised at EU level, the position is different for the rules on jurisdiction.

83. In that regard, it is appropriate to add that the jurisdiction rules in Regulation No 1215/2012 also apply to disputes concerning the removal of defamatory content placed online. (38) It is immaterial in the present case, moreover, that such a request is directed not against a publisher but against the host provider of the content placed online. That being the case, I shall not propose that the Court reformulate the questions referred to it, since only the interested parties entertain doubts as to the territorial extent of jurisdiction. Nonetheless, I should like to make a few observations on the subject.

84. According to the judgment in eDate Advertising and Others, (39) a person who considers that he has been harmed may bring proceedings before, in particular, the courts of the Member State in which his centre of interests is located. Those courts have jurisdiction to adjudicate on all the damage caused. It seems that, in the present case, the court before which the applicant brought proceedings is the court of the place of her centre of interests. (40)

85. It is true that, in the judgment in eDate Advertising and Others, (41) the Court indicated that a person who considers that he has been harmed may bring an action in one forum in respect of all the damage caused, depending on the place in which the damage caused in the European Union occurred. Admittedly, that may give the impression that the territorial extent of the jurisdiction of that forum does not encompass the facts relating to the territories of third States. However, that consideration reflects rather the fact that, in order to have jurisdiction under Regulation No 1215/2012, on the basis of the place in which the damage occurred, that forum must be a court of a Member State. Furthermore, with the exception of that consideration, the Court stated on numerous occasions in that judgment that that forum had jurisdiction to adjudicate on all the damage resulting from the defamation. (42)

86. I infer that, contrary to Facebook Ireland's contention, and that of the Latvian and Finnish Governments, the court of a Member State may, as a general rule, adjudicate on the removal of content outside the territory of that Member State, as the territorial extent of its jurisdiction is universal. (43) A court of a Member State may be prevented from adjudicating on a removal worldwide not because of a question of jurisdiction but, possibly, because of a question of substance.

87. It is now appropriate to analyse the question of the extraterritorial effects of injunctions addressed to host providers, which, as I observed in point 81 of this Opinion, amounts to the question of the territorial scope of a removal obligation.

(c) The territorial scope of a removal obligation

88. First of all, it should be observed that, as the Finnish Government acknowledges, Article 15(1) of Directive 2000/31 does not regulate the territorial effects of injunctions addressed to information society service providers. In addition, provided that they satisfy the requirements laid down in Directive 2000/31, removal obligations imposed on those service providers in the context of injunctions are a matter for national law.

89. Next, it is difficult, in the absence of regulation by the Union with respect to harm to private life and personality rights, to justify the territorial effects of an injunction by relying on the protection of fundamental rights guaranteed in Articles 1, 7 and 8 of the Charter. In fact, the scope of the Charter follows the scope of EU law and not vice versa, (44) and, in the present case, as regards its substance, the applicant's action is not based on EU law.

90. In that regard, it should be observed that the applicant does not appear to be relying on rights relating to the protection of personal data and that she does not take issue with Facebook Ireland for having 'carried out' an illegal processing of her data, as her claim is based on the general provisions of civil law. Nor does the referring court rely on the legal instruments of EU law relevant to data protection. It relies only on Directive 2000/31. However, it follows from Article 1(5)(b) thereof that that directive is not to apply to questions relating to information society services covered by the directives concerning the protection of personal data.

91. Last, although Regulation No 1215/2012 may prove helpful as regards the effects of injunctions in the Member States, that is not the case as regards the effects produced outside the Union. In fact, that regulation does not require that an injunction issued by the court of a Member State also produce effects in third States. In addition, the fact that a court has jurisdiction to adjudicate on the substance under a jurisdiction rule of EU law does not mean that in doing so it

is applying only material rules which come within the scope of EU law and therefore of the Charter.

92. For those reasons, both the question of the extraterritorial effects of an injunction imposing a removal obligation and the question of the territorial scope of such an obligation should be analysed not by reference to EU law but, in particular, by reference to public and private international law, which is not harmonised at EU level. (45) In fact, there is nothing to indicate that the situation forming the subject matter of the main proceedings may come within the scope of EU law and therefore of the rules of international law that influence the interpretation of EU law. (46)

93. Consequently, as regards the territorial scope of a removal obligation imposed on a host provider in the context of an injunction, it should be considered that that obligation is not regulated either by Article 15(1) of Directive 2000/31 or by any other provision of that directive and that that provision therefore does not preclude that host provider from being ordered to remove worldwide information disseminated via a social network platform. Nor is that territorial scope regulated by EU law, since in the present case the applicant's action is not based on EU law.

94. That being so, both in the interest of completeness and in case the Court should not follow my proposal, I shall make a few additional observations as regards the removal of information disseminated worldwide via a social network platform.

95. In international law, it is not precluded that an injunction may have what are known as 'extraterritorial' effects. (47) As I stated in point 80 of this Opinion, such an approach would have the consequence that the finding that the information concerned was illegal would be extended to the territories of other Member States, irrespective of whether or not that information was legal under the law designated as applicable according to the conflict-of-law rules of those Member States.

96. It might therefore be argued that the Court has already implicitly accepted such an approach in the judgment in Bolagsupplysningen and Ilsjan. (48) It is true that in that judgment the Court did not adjudicate on the law applicable to a request to remove content placed online. However, it held that, in the light of the ubiquitous nature of the information and content placed online on a website and the fact that the scope of their distribution is, in principle, universal, an application for, inter alia, the removal of such content must be made before a court with jurisdiction to rule on the entirety of an application for compensation for damage. In doing so, in my view, that court would apply the law or laws designated under its conflict rules. (49) It cannot be precluded that a court of a Member State would apply, in that context, a single law designated as applicable.

97. However, if such a court could not adjudicate on the removal of content placed online at worldwide level, the question would then arise as to which court would be better placed to rule on such removal. In fact, each court would be faced with the inconveniences described in the preceding point. Furthermore, should a claimant be required, in spite of the practical difficulties, to prove that the information characterised as illegal according to the law designated as applicable under the conflict rules of the Member State in which he brought the action is illegal according to all the potentially applicable laws?

98. Even if it were accepted that the considerations relating to the territorial nature of the protection available under the material rules on harm to the private life and to personality rights do not preclude such a requirement, it would still be necessary to take into account the fundamental rights recognised throughout the world.

99. As I have pointed out in a different context, the legitimate public interest in having access to information will necessarily vary, depending on its geographic location, from one third State to another. (50) Thus, as regards removal worldwide, there is a danger that its implementation will prevent persons established in States other than that of the court seised from having access to the information.

100. To conclude, it follows from the foregoing considerations that the court of a Member State may, in theory, adjudicate on the removal worldwide of information disseminated via the internet. However, owing to the differences between, on the one hand, national laws and, on the other, the protection of the private life and personality rights provided for in those laws, and in order to respect the widely recognised fundamental rights, such a court must, rather, adopt an approach of self-limitation. Therefore, in the interest of international comity, (51) to which the Portuguese Government refers, that court should, as far as possible, limit the extraterritorial effects of its junctions concerning harm to private life and personality rights. (52) The implementation of a removal obligation should not go beyond what is necessary to achieve the protection of the injured person. Thus, instead of removing the content, that court might, in an appropriate case, order that access to that information be disabled with the help of geo-blocking.

101. Those considerations cannot be called into question by the applicant’s argument that the geo-blocking of the illegal information could be easily circumvented by a proxy server or by other means.

102. To take an observation formulated in the context of situations coming under EU law: the protection of private life and of personality rights need not necessarily be ensured in absolute terms but must be weighed against the protection of other fundamental rights. (53) It is thus

necessary to avoid excessive measures that would disregard the need to strike a fair balance between the different fundamental rights. (54)

103. Without prejudice to the foregoing additional observations, as regards the territorial scope of a removal obligation, I maintain the position which I put forward in point 93 of this Opinion.

B. The third question

104. By its third question, the referring court seeks to ascertain whether Article 15 of Directive 2000/31 precludes an injunction being addressed to a host provider that imposes on the latter an obligation to remove from its platform information equivalent to the information that was held to be illegal in the context of judicial proceedings after it has become aware of that information.

105. The applicant and the Austrian, Latvian, Portuguese and Finnish Governments maintain, in essence, that Article 15(1) of Directive 2000/31 does not preclude a host provider from being ordered to remove information having content equivalent to that held to be illegal, where it has become aware of that information. Having regard to its analysis of the first question, Facebook Ireland maintains that there is no need to answer the third question.

106. I support the viewpoint shared, in essence, by the applicant and all of the governments.

107. In fact, since a removal obligation does not imply the general monitoring of the information stored by a host provider, but is the consequence of awareness resulting from the notification made by the person concerned or by third parties, there is no breach of the prohibition laid down in Article 15(1) of Directive 2000/31.

108. I therefore propose that the answer to the third question be that Article 15(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that it does not preclude a host provider from being ordered to remove information equivalent to the information characterised as illegal, provided that a removal obligation does not entail general monitoring of the information stored, and is the consequence of awareness resulting from the notification made by the person concerned, third parties or another source.

VI. Conclusion

109. In the light of all of the foregoing considerations, I propose that the Court answer the questions referred by the Oberster Gerichtshof (Supreme Court, Austria) as follows:

(1) Article 15(1) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘the Directive on electronic commerce’) must be interpreted as

meaning that it does not preclude a host provider which operates a social network platform from being ordered, in the context of an injunction, to seek and identify, among all the information disseminated by users of that platform, the information identical to the information that has been characterised as illegal by a court that issued that injunction. In the context of such an injunction, a host provider may be ordered to seek and identify the information equivalent to that characterised as illegal only among the information disseminated by the user that disseminated that illegal information. A court adjudicating on the removal of such equivalent information must ensure that the effects of its injunction are clear, precise and foreseeable. In doing so, it must weigh up the fundamental rights involved and take account of the principle of proportionality.

(2) As regards the territorial scope of a removal obligation imposed on a host provider in the context of an injunction, it should be considered that that obligation is not regulated either by Article 15(1) of Directive 2000/31 or by any other provision of that directive and that that provision therefore does not preclude that host provider from being ordered to remove worldwide information disseminated via a social network platform. Nor is that territorial scope regulated by EU law, since in the present case the applicant's action is not based on EU law.

(3) Article 15(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that it does not preclude a host provider from being ordered to remove information equivalent to the information characterised as illegal, provided that a removal obligation does not entail general monitoring of the information stored, and is the consequence of awareness resulting from the notification made by the person concerned, third parties or another source.

[1] Original language: French.

[2] Directive of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1).

[3] See, in particular, judgment of 23 March 2010, Google France and Google (C-236/08 to C-238/08, EU:C:2010:159, paragraphs 112 and 113).

[4] See judgment of 16 February 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, paragraph 27).

[5] See Article 14 of Directive 2000/31. See also my Opinion in Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, points 67 and 68).

[6] See judgment of 7 August 2018, SNB-REACT (C-521/17, EU:C:2018:639, paragraph 51). See, also, to that effect, Lodder, A.R., Polter, P., 'ISP blocking and filtering: on the shallow

justifications in case law regarding effectiveness of measures', European Journal of Law and Technology, 2017, Vol. 8, No 2, p. 5.

[7] See my Opinion in Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:170). See also Husovec, M., Injunctions Against Intermediaries in the European Union. Accountable But Not Liable?, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 57 and 58.

[8] See to that effect, concerning respect for fundamental rights and for the principle of proportionality, judgment of 29 January 2008, Promusicae (C-275/06, EU:C:2008:54, paragraph 68).

[9] See judgments of 12 July 2011, L'Oréal and Others (C-324/09, EU:C:2011:474, paragraphs 139 and 144), and of 24 November 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, paragraphs 36 and 40).

[10] See judgment of 16 February 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, paragraphs 37 and 38).

[11] See to that effect Opinion of Advocate General Jääskinen in L'Oréal and Others (C-324/09, EU:C:2010:757, point 143).

[12] See, also, to that effect, Rosati, E., Copyright and the Court of Justice of the European Union, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 158.

[13] Judgment of 12 July 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474, paragraph 144).

[14] Directive of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45).

[15] Judgment of 12 July 2011, L'Oréal and Others (C-324/09, EU:C:2011:474, paragraphs 139 and 144).

[16] Judgment of 12 July 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474).

[17] Judgment of 12 July 2011, L'Oréal and Others (C-324/09, EU:C:2011:474, paragraphs 141 and 144).

[18] C-484/14, EU:C:2016:170, point 132.

[19] More specifically, the Court stated, in the judgment of 12 July 2011, L'Oréal and Others (C-324/09, EU:C:2011:474, paragraph 140), that an injunction designed to prevent possible infringements of trade marks in the context of an information society service, namely an online market place, cannot have as its object or effect a general and permanent prohibition on the selling

of goods bearing those trade marks. Likewise, the Court stated, in the judgment of 16 February 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, paragraph 45), that EU law precludes a monitoring obligation, imposed in the context of an injunction addressed to a service provider, having no limitation in time.

[20] This was the approach taken by Advocate General Jääskinen in his Opinion in L'Oréal and Others (C-324/09, EU:C:2010:757, point 181), which in my view strongly influenced the wording of the passages in question of the judgment delivered by the Court in that case.

[21] See point 39 of this Opinion.

[22] See point 46 of this Opinion.

[23] See point 50 of this Opinion.

[24] See points 42 and 45 of this Opinion.

[25] See, by analogy, judgment of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, paragraph 57).

[26] See, by analogy, judgments of 25 May 2016, Meroni (C-559/14, EU:C:2016:349,-paragraphs 49 and 50), and of 21 December 2016, Biuro podróży 'Partner' (C-119/15, EU:C:2016:987, paragraph 40). On the problem area of the principle of effective judicial protection vis-à-vis third parties, see, also, Kalėda, S.L., 'The Role of the Principle of Effective Judicial Protection in Relation to Website Blocking Injunctions', Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 2017, pp. 222 and 223.

[27] Judgment of 12 July 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474).

[28] Judgment of 12 July 2011 (C-324/09, EU:C:2011:474).

[29] See Savin, A., EU Internet law, Elgar European Law, Cheltenham — Northampton, 2017, p. 130.

[30] See Van Calster, G., European Private International Law, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2016, pp. 248 to 251.

[31] See Article 1(2) of Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (OJ 2007 L 199, p. 40).

[32] I am referring here to my Opinion in Google (Territorial scope of de-referencing) (C-507/17, EU:C:2019:15).

[33] Directive of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

[34] See my Opinion in Google (Territorial scope of de-referencing) (C-507/17, EU:C:2019:15, points 47, 55, 76 and 77).

[35] See my Opinion in Google (Territorial scope of de-referencing) (C-507/17, EU:C:2019:15, point 62).

[36] Judgment of 25 October 2011 (C-509/09 and C-161/10, EU:C:2011:685, paragraphs 43 and 44).

[37] Regulation of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2012 L 351, p. 1).

[38] Judgment of 17 October 2017, Bolagsupplysningen and Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:766, paragraph 44).

[39] Judgment of 25 October 2011 (C-509/09 and C-161/10, EU:C:2011:685, paragraph 48).

[40] Consequently, in spite of the fact that the referring court is called upon to adjudicate on an interlocutory order, there is no need to consider the implications of Article 35 of Regulation No 1215/2012 on the territorial extent of jurisdiction and on the territorial scope of a removal obligation imposed in the context of an injunction.

[41] Judgment of 25 October 2011 (C-509/09 and C-161/10, EU:C:2011:685, paragraph 48).

[42] Judgment of 25 October 2011, eDate Advertising and Others (C-509/09 and C 161/10, EU:C:2011:685, paragraphs 48, 51 and 52). See also judgment of 17 October 2017, Bolagsupplysningen and Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:766, paragraphs 38 and 47). Furthermore, according to the interpretations put on that judgment in the literature, the forum of the centre of interests may adjudicate throughout the world on the damage caused. See Mankowski, P., in Magnus, U., and Mankowski, P. (Eds), Brussels I bis Regulation – Commentary, Otto Schmidt, Cologne, 2016, Art. 7, paragraph 364. The same applies to the territorial extent of the general jurisdiction of the forum of the defendant. In the judgment of 1 March 2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, paragraph 26), the Court considered that the Brussels [Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 1978 L 304, p. 36)] may apply when the claimant and the defendant are domiciled in one Member State while the facts at issue occurred in a third country. I infer that in such a case the

forum of the debtor has jurisdiction to adjudicate on such disputed facts. See also Van Calster, G., Luks, C., Extraterritoriality and private international law, Recht in beweging – 19de VRG Alumnidag 2012, MAKLU, Antwerp, Apeldoorn, 2012, p. 132.

[43] It is therefore a matter here of jurisdiction known as 'global' or 'general'. See Larsen, T.B., 'The extent of jurisdiction under the forum delicti rule in European trademark litigation', Journal of Private International Law, 2018, Vol. 14, No 3, pp. 550 and 551.

[44] See judgment of 26 February 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, paragraph 19). See also my Opinion in Google (Territorial scope of de-referencing) (C-507/17, EU:C:2019:15, point 55).

[45] As regards the extraterritorial effects of judicial decisions, it is sometimes difficult to draw a line between public and private international law. See Maier, H.G, 'Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection between Public and Private International Law', The American Journal of International Law, Vol. 76, No 2, p. 280, and Svantesson, D.J.B., Solving the Internet Jurisdiction Puzzle, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 40.

[46] See to that effect order of 12 July 2012, Currà and Others (C-466/11, EU:C:2012:465, paragraph 19).

[47] See Douglas, M., 'Extraterritorial injunctions affecting the internet', Journal of Equity, 2018, Vol. 12, p. 48; Riordan, J., The Liability of Internet Intermediaries, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 418.

[48] Judgment of 17 October 2017 (C-194/16, EU:C:2017:766, paragraph 44).

[49] See, also, as regards the implications of that judgment, Lundstedt, L., 'Putting Right Holders in the Centre: Bolagsupplysningen and Ilsjan (C-194/16): What Does It Mean for International Jurisdiction over Transborder Intellectual Property Infringement Disputes?', International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2018, Vol. 49, No 9, p. 1030, and Svantesson, D.J.B., 'European Union Claims of Jurisdiction over the Internet — an Analysis of Three Recent Key Developments', Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 2018, Vol. 9, No 2, p. 122, paragraph 59.

[50] See my Opinion in Google (Territorial scope of de-referencing) (C-507/17, EU:C:2019:15, point 60).

[51] See, in particular, on the practical implications of that international comity, Maier, H.G, op. cit., p. 283.

[52] See the literature cited in footnote 47. See, also, in contexts very different from that of the present case, Scott, J., 'The New EU "Extraterritoriality"', Common Market Law Review, 2014, Vol. 51, No 5, p. 1378.

[53] See, by analogy, as regards the balance to be struck between intellectual property law and the right to respect for private and family life, guaranteed in Article 7 of the Charter, judgment of 18 October 2018, Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:841, paragraphs 44 to 47). See also my Opinion in Bastei Lübbe (C-149/17, EU:C:2018:400, points 37 to 39).

[54] See to that effect, as regards the protection of intellectual property, judgment of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 58 to 63). See also Opinion of Advocate General Cruz Villalón in UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2013:781, points 99 to 101), and also my Opinion in Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99, points 69 to 72).

AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

24 September 2019 (*)

(Reference for a preliminary ruling — Personal data — Protection of individuals with regard to the processing of personal data contained on websites — Directive 95/46/EC — Regulation (EU) 2016/679 — Search engines on the internet — Processing of data appearing on websites — Special categories of data referred to in Article 8 of Directive 95/46 and Articles 9 and 10 of Regulation 2016/679 — Applicability of those articles to operators of a search engine — Extent of that operator's obligations with respect to those articles — Publication of data on websites solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression — Effect on the handling of a request for de-referencing — Articles 7, 8 and 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union)

In Case C-136/17,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Conseil d'État (Council of State, France), made by decision of 24 February 2017, received at the Court on 15 March 2017, in the proceedings

GC,

AF,

BH,

ED

v

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL),

interveners:

Premier ministre,

Google LLC, successor to Google Inc.,

THE COURT (Grand Chamber),

composed of K. Lenaerts, President, A. Arabadjiev, A. Prechal, T. von Danwitz, C. Toader and F. Biltgen, Presidents of Chambers, M. Ilešič (Rapporteur), L. Bay Larsen, M. Safjan, D. Šváby, C.G. Fernlund, C. Vajda and S. Rodin, Judges,

Advocate General: M. Szpunar,

Registrar: V. Giacobbo-Peyronnel, administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 11 September 2018,

after considering the observations submitted on behalf of:

– AF, by himself,

– BH, by L. Boré, avocat,

– Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), by I. Falque-Pierrotin, J. Lessi and G. Le Grand, acting as Agents,

– Google LLC, by P. Spinosi, Y. Pelosi and W. Maxwell, avocats,

– the French Government, by D. Colas, R. Coesme, E. de Moustier and S. Ghiandoni, acting as Agents,

– Ireland, by M. Browne, G. Hodge, J. Quaney and A. Joyce, acting as Agents, and M. Gray, Barrister-at-Law,

– the Greek Government, by E.-M. Mamouna, G. Papadaki, E. Zisi and S. Papaioannou, acting as Agents,

– the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, and F. De Luca and P. Gentili, avvocati dello Stato,

– the Austrian Government, by G. Eberhard and G. Kunnert, acting as Agents,

– the Polish Government, by B. Majczyna, M. Pawlicka and J. Sawicka, acting as Agents,

– the United Kingdom Government, by S. Brandon, acting as Agent, and C. Knight, Barrister,

– the European Commission, by A. Buchet, H. Kranenborg and D. Nardi, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 10 January 2019,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

2. The request has been made in proceedings between GC, AF, BH and ED and the Commission nationale de l'informatique et des libertés (French Data Protection Authority, France) ('the CNIL') concerning four decisions of the CNIL refusing to serve formal notice on Google Inc., now Google LLC, to de-reference various links appearing in the lists of results displayed following searches of their names and leading to web pages published by third parties.

Legal context

EU law

Directive 95/46

3. The object of Directive 95/46, in accordance with Article 1(1), is to protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, and to eliminate obstacles to the free flow of personal data.

4. Recitals 33 and 34 of Directive 95/46 state:

'(33) Whereas data which are capable by their nature of infringing fundamental freedoms or privacy should not be processed unless the data subject gives his explicit consent; whereas, however, derogations from this prohibition must be explicitly provided for in respect of specific needs …

(34) Whereas Member States must also be authorised, when justified by grounds of important public interest, to derogate from the prohibition on processing sensitive categories of data …; whereas it is incumbent on them, however, to provide specific and suitable safeguards so as to protect the fundamental rights and the privacy of individuals;'

5. Article 2 of Directive 95/46 provides:

'For the purposes of this Directive:

(a) "personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); …

(b) “processing of personal data” (“processing”) shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

…

(d) “controller” shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; …

…

(h) “the data subject’s consent” shall mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed.’

6. In Chapter II, Section I of Directive 95/46, headed ‘Principles relating to data quality’, Article 6 reads as follows:

‘1. Member States shall provide that personal data must be:

(a) processed fairly and lawfully;

(b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. …

(c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;

(d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that data which are inaccurate or incomplete, having regard to the purposes for which they were collected or for which they are further processed, are erased or rectified;

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed. Member States shall lay down appropriate safeguards for personal data stored for longer periods for historical, statistical or scientific use.

2. It shall be for the controller to ensure that paragraph 1 is complied with.’

7. In Chapter II, Section II of Directive 95/46, headed 'Criteria for making data processing legitimate', Article 7 provides:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

…

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1).'

8. Articles 8 and 9 of Directive 95/46 appear in Chapter II, Section III, headed 'Special categories of processing'. Article 8, headed 'The processing of special categories of data', provides:

'1. Member States shall prohibit the processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade-union membership, and the processing of data concerning health or sex life.

2. Paragraph 1 shall not apply where:

(a) the data subject has given his explicit consent to the processing of those data, except where the laws of the Member State provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject's giving his consent; or

…

(e) the processing relates to data which are manifestly made public by the data subject or is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims.

…

4. Subject to the provision of suitable safeguards, Member States may, for reasons of substantial public interest, lay down exemptions in addition to those laid down in paragraph 2 either by national law or by decision of the supervisory authority.

5. Processing of data relating to offences, criminal convictions or security measures may be carried out only under the control of official authority, or if suitable specific safeguards are provided under national law, subject to derogations which may be granted by the Member State under national provisions providing suitable specific safeguards. However, a complete register of criminal convictions may be kept only under the control of official authority.

Member States may provide that data relating to administrative sanctions or judgments in civil cases shall also be processed under the control of official authority.

…'

9. Article 9 of Directive 95/46, headed 'Processing of personal data and freedom of expression', states:

'Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.'

10. Article 12 of Directive 95/46, headed 'Right of access', provides:

'Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller:

…

(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data;

…'

11. Article 14 of Directive 95/46, headed 'The data subject's right to object', provides:

'Member States shall grant the data subject the right:

(a) at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f), to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data;

…'

12. Article 28 of Directive 95/46, headed 'Supervisory authority', reads as follows:

'1. Each Member State shall provide that one or more public authorities are responsible for monitoring the application within its territory of the provisions adopted by the Member States pursuant to this Directive.

…

3. Each authority shall in particular be endowed with:

– investigative powers, such as powers of access to data forming the subject matter of processing operations and powers to collect all the information necessary for the performance of its supervisory duties,

– effective powers of intervention, such as, for example, that … of ordering the blocking, erasure or destruction of data, of imposing a temporary or definitive ban on processing …

– …

Decisions by the supervisory authority which give rise to complaints may be appealed against through the courts.

4. Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person, or by an association representing that person, concerning the protection of his rights and freedoms in regard to the processing of personal data. The person concerned shall be informed of the outcome of the claim.

…

6. Each supervisory authority is competent, whatever the national law applicable to the processing in question, to exercise, on the territory of its own Member State, the powers conferred on it in accordance with paragraph 3. Each authority may be requested to exercise its powers by an authority of another Member State.

The supervisory authorities shall cooperate with one another to the extent necessary for the performance of their duties, in particular by exchanging all useful information.

…'

Regulation (EU) 2016/679

13. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46 (General Data Protection Regulation) (OJ 2016 L 119, p. 1, and corrigendum OJ 2018 L 127, p. 2) applies, in accordance with Article 99(2), from 25 May 2018. Article 94(1) of that regulation provides that Directive 95/46 is repealed with effect from that date.

14. Recitals 1, 4, 51, 52 and 65 of Regulation 2016/679 state:

'(1) The protection of natural persons in relation to the processing of personal data is a fundamental right. Article 8(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the "Charter") and Article 16(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provide that everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.

…

(4) The processing of personal data should be designed to serve mankind. The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality. This Regulation respects all fundamental rights and observes the freedoms and principles recognised in the Charter as enshrined in the Treaties, in particular the respect for private and family life, … the protection of personal data, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression and information, freedom to conduct a business, …

…

(51) Personal data which are, by their nature, particularly sensitive in relation to fundamental rights and freedoms merit specific protection as the context of their processing could create significant risks to the fundamental rights and freedoms. …

(52) Derogating from the prohibition on processing special categories of personal data should also be allowed when provided for in Union or Member State law and subject to suitable safeguards, so as to protect personal data and other fundamental rights …

…

(65) A data subject should have … a "right to be forgotten" where the retention of such data infringes this Regulation or Union or Member State law to which the controller is subject. … However, the further retention of the personal data should be lawful where it is necessary, for exercising the right of freedom of expression and information …'

15. Article 4(11) of Regulation 2016/679 defines 'consent' as 'any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her'.

16. Article 5 of Regulation 2016/679, headed 'Principles relating to processing of personal data', provides in paragraph 1(c) to (e):

'Personal data shall be:

…

(c) adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed ("data minimisation");

(d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay ("accuracy");

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the personal data are processed; … ("storage limitation").'

17. Article 9 of Regulation 2016/679, headed 'Processing of special categories of personal data', provides:

'1. Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person's sex life or sexual orientation shall be prohibited.

2. Paragraph 1 shall not apply if one of the following applies:

(a) the data subject has given explicit consent to the processing of those personal data for one or more specified purposes, except where Union or Member State law provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject;

…

(e) processing relates to personal data which are manifestly made public by the data subject;

…

(g) processing is necessary for reasons of substantial public interest, on the basis of Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject;

…'

18. Article 10 of Regulation 2016/679, headed 'Processing of personal data relating to criminal convictions and offences', provides:

'Processing of personal data relating to criminal convictions and offences or related security measures based on Article 6(1) shall be carried out only under the control of official authority or when the processing is authorised by Union or Member State law providing for appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects. Any comprehensive register of criminal convictions shall be kept only under the control of official authority.'

19. Article 17 of Regulation 2016/679, headed ‘Right to erasure (“right to be forgotten”)’, reads as follows:

‘1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

(a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

(b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;

(c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);

(d) the personal data have been unlawfully processed;

(e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;

(f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).

2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary:

(a) for exercising the right of freedom of expression and information;

…’

20. Article 21 of Regulation 2016/679, headed ‘Right to object’, provides in paragraph 1:

‘The data subject shall have the right to object, on grounds relating to his or her particular situation, at any time to processing of personal data concerning him or her which is based on point (e) or (f) of Article 6(1), including profiling based on those provisions. The controller shall no longer

process the personal data unless the controller demonstrates compelling legitimate grounds for the processing which override the interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims.'

21. Article 85 of Regulation 2016/679, headed 'Processing and freedom of expression and information', provides:

'1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including processing for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For processing carried out for journalistic purposes or the purpose of academic artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from Chapter II (principles), Chapter III (rights of the data subject), Chapter IV (controller and processor), Chapter V (transfer of personal data to third countries or international organisations), Chapter VI (independent supervisory authorities), Chapter VII (cooperation and consistency) and Chapter IX (specific data processing situations) if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

…'

French law

22. Directive 95/46 was implemented in French law by Loi No 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (Law No 78-17 of 6 January 1978 on information technology, data files and civil liberties), in the version applicable to the facts of the main proceedings.

23. Article 11 of that law states that, among its functions, the CNIL is to ensure that the processing of personal data is carried out in accordance with the provisions of that law, and that, on that basis, it is to receive claims, petitions and complaints relating to the processing of personal data and is to inform their authors of their outcome.

The disputes in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

24. GC, AF, BH and ED each requested Google to de-reference, in the list of results displayed by the search engine operated by Google in response to searches against their names, various links leading to web pages published by third parties; Google, however, refused to do this.

25. More particularly, GC requested the de-referencing of a link leading to a satirical photomontage placed online pseudonymously on 18 February 2011 on YouTube, depicting her

alongside the mayor of a municipality whom she served as head of cabinet and explicitly referring to an intimate relationship between them and to the impact of that relationship on her own political career. The photomontage was placed online during the campaign for the cantonal elections in which GC was then a candidate. On the date on which her request for de-referencing was refused she was neither a local councillor nor a candidate for local elective office and no longer served as the head of cabinet of the mayor of the municipality.

26. AF requested de-referencing of links leading to an article in the daily newspaper Libération of 9 September 2008, reproduced on the site of the Centre contre les manipulations mentales (Centre against mental manipulation) (CCMM) (France), concerning the suicide of a member of the Church of Scientology in December 2006. AF is mentioned in that article in his capacity as public relations officer of the Church of Scientology, an occupation which he has since ceased to exercise. Furthermore, the author of the article states that he contacted AF in order to obtain his version of the facts and describes the comments received on that occasion.

27. BH requested the de-referencing of links leading to articles, mainly in the press, concerning the judicial investigation opened in June 1995 into the funding of the Parti républicain (PR), in which he was questioned with a number of businessmen and political personalities. The proceedings against him were closed by an order discharging him on 26 February 2010. Most of the links are to articles contemporaneous with the opening of the investigation and therefore do not mention the outcome of the proceedings.

28. ED requested the de-referencing of links leading to two articles published in Nice Matin and Le Figaro reporting the criminal hearing during which he was sentenced to 7 years' imprisonment and an additional penalty of 10 years' social and judicial supervision for sexual assaults on children under the age of 15. One of the accounts of the court proceedings also mentions several intimate details relating to ED that were revealed at the hearing.

29. Following the rejections by Google of their requests for de-referencing, the applicants in the main proceedings brought complaints before the CNIL, seeking for Google to be ordered to de-reference the links in question. By letters dated 24 April 2015, 28 August 2015, 21 March 2016 and 9 May 2016 respectively, the president of the CNIL informed them that the procedures on their complaints had been closed.

30. The applicants in the main proceedings thereupon made applications to the referring court, the Conseil d'État (Council of State, France), against those refusals of the CNIL to serve formal notice on Google to carry out the de-referencing requested. The applications were joined by the referring court.

31. Finding that the applications raised several serious difficulties of interpretation of Directive 95/46, the Conseil d'État (Council of State) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

'(1) Having regard to the specific responsibilities, powers and capabilities of the operator of a search engine, does the prohibition imposed on other controllers of processing data caught by Article 8(1) and (5) of Directive 95/46, subject to the exceptions laid down there, also apply to this operator as the controller of processing by means of that search engine?

(2) If Question 1 should be answered in the affirmative:

[(a)] Must Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 be interpreted as meaning that the prohibition so imposed on the operator of a search engine of processing data covered by those provisions, subject to the exceptions laid down by that directive, would require the operator to grant as a matter of course the requests for de-referencing in relation to links to web pages concerning such data?

[(b)] From that perspective, how must the exceptions laid down in Article 8(2)(a) and (e) of Directive 95/46 be interpreted, when they apply to the operator of a search engine, in the light of its specific responsibilities, powers and capabilities? In particular, may such an operator refuse a request for de-referencing, if it establishes that the links at issue lead to content which, although comprising data falling within the categories listed in Article 8(1), is also covered by the exceptions laid down by Article 8(2) of the directive, in particular points (a) and (e)?

[(c)] Similarly, when the links subject to the request for de-referencing lead to processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or for those of artistic or literary expression, on which basis, in accordance with Article 9 of Directive 95/46, data within the categories mentioned in Article 8(1) and (5) of the directive may be collected and processed, must the provisions of Directive 95/46 be interpreted as allowing the operator of a search engine, on that ground, to refuse a request for de-referencing?

(3) If Question 1 should be answered in the negative:

[(a)] Which specific requirements of Directive 95/46 must be met by the operator of a search engine, in view of its responsibilities, powers and capabilities?

[(b)] When the operator establishes that the web pages at the end of the links subject to the request for de-referencing comprise data whose publication on those pages is unlawful, must the provisions of Directive 95/46 be interpreted as:

– requiring the operator of a search engine to remove those links from the list of results displayed following a search made on the basis of the name of the person making the request; or

– meaning only that it is to take that factor into consideration in assessing the merits of the request for de-referencing, or

– meaning that this factor has no bearing on the assessment it is to make?

Furthermore, if that factor is not irrelevant, how is the lawfulness of the publication on web pages of the data at issue which stem from processing falling outside the territorial scope of Directive 95/46 and, accordingly, of the national laws implementing it to be assessed?

(4) Irrespective of the answer to be given to Question 1:

[(a)] whether or not publication of the personal data on the web page at the end of the link at issue is lawful, must the provisions of Directive 95/46 be interpreted as:

– requiring the operator of a search engine, when the person making the request establishes that the data in question have become incomplete or inaccurate, or are no longer up to date, to grant the corresponding request for de-referencing;

– more specifically, requiring the operator of a search engine, when the person making the request shows that, having regard to the conduct of the legal proceedings, the information relating to an earlier stage of those proceedings is no longer consistent with the current reality of his situation, to de-reference the links to web pages comprising such information?

[(b)] Must Article 8(5) of Directive 95/46 be interpreted as meaning that information relating to the investigation of an individual or reporting a trial and the resulting conviction and sentencing constitutes data relating to offences and to criminal convictions? More generally, does a web page comprising data referring to the convictions of or legal proceedings involving a natural person fall within the ambit of those provisions?’

Consideration of the questions referred

32. The questions referred concern the interpretation of Directive 95/46, which was applicable at the time when the request for a preliminary ruling was submitted. That directive was repealed with effect from 25 May 2018, from which date Regulation 2016/679 applies.

33. The Court will consider the questions referred from the point of view of Directive 95/46, while also taking Regulation 2016/679 into account in its analysis of them, in order to ensure that its answers will in any event be of use to the referring court.

Question 1

34. By its first question, the referring court essentially asks whether the provisions of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the prohibition or restrictions relating to the processing of special categories of personal data, mentioned in those provisions, apply also, subject to the exceptions provided for by the directive, to the operator of a search engine in the context of his responsibilities, powers and capabilities as the controller of the processing carried out for the needs of the functioning of the search engine.

35. It must be recalled, first, that the activity of a search engine consisting in finding information published or placed on the internet by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and, finally, making it available to internet users according to a particular order of preference must be classified as 'processing of personal data' within the meaning of Article 2(b) of Directive 95/46 when that information contains personal data and, second, that the operator of the search engine must be regarded as the 'controller' in respect of that processing within the meaning of Article 2(d) of that directive (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 41).

36. The processing of personal data in the context of the activity of a search engine can be distinguished from and is additional to that carried out by publishers of websites, consisting in loading those data on an internet page, and that activity plays a decisive role in the overall dissemination of those data in that it renders the latter accessible to any internet user making a search on the basis of the data subject's name, including to internet users who otherwise would not have found the web page on which those data are published. Moreover, the organisation and aggregation of information published on the internet that are effected by search engines with the aim of facilitating their users' access to that information may, when users carry out their search on the basis of an individual's name, result in them obtaining through the list of results a structured overview of the information relating to that individual that can be found on the internet, enabling them to establish a more or less detailed profile of the data subject (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraphs 35 to 37).

37. Consequently, in so far as the activity of a search engine is liable to affect significantly, and additionally compared with that of the publishers of websites, the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, the operator of the search engine as the person determining the purposes and means of that activity must ensure, within the framework of his responsibilities, powers and capabilities, that the activity meets the requirements of Directive 95/46 in order that the guarantees laid down by the directive may have full effect and that effective and complete

protection of data subjects, in particular of their right to privacy, may actually be achieved (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 38).

38. The first question referred aims to determine whether, in the context of his responsibilities, powers and capabilities, the operator of a search engine must also comply with the requirements laid down by Directive 95/46 with respect to the special categories of personal data mentioned in Article 8(1) and (5) of the directive, where such data are among the information published or placed on the internet by third parties and are the subject of processing by that operator for the purposes of the functioning of his search engine.

39. As regards the special categories of data, Article 8(1) of Directive 95/46 provides that the Member States are to prohibit the processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade-union membership, and the processing of data concerning health or sex life. Certain exceptions to and derogations from that prohibition are provided for inter alia in Article 8(2) of the directive.

40. Article 8(5) of Directive 95/46 states that the processing of data relating to offences, criminal convictions or security measures may be carried out only under the control of official authority, or if suitable specific safeguards are provided under national law, subject to derogations which may be granted by the Member State under national provisions providing suitable specific safeguards. However, a complete register of criminal convictions may be kept only under the control of official authority. Member States may provide that data relating to administrative sanctions or judgments in civil cases are also to be processed under the control of official authority.

41. The content of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 was taken over, with some changes, in Article 9(1) and Article 10 of Regulation 2016/679.

42. It must be stated, first, that it is apparent from the wording of those provisions of Directive 95/46 and Regulation 2016/679 that the prohibition and restrictions laid down by them apply, subject to the exceptions provided for by the directive and the regulation, to every kind of processing of the special categories of data referred to in those provisions and to all controllers carrying out such processing.

43. Next, no other provision of that directive or that regulation provides for a general derogation from that prohibition or those restrictions for processing such as that carried out in the context of the activity of a search engine. On the contrary, as already pointed out in paragraph 37 above, it follows from the general scheme of those instruments that the operator of a search engine must, in the same way as any other controller, ensure, in the context of his responsibilities, powers and

capabilities, that the processing of personal data carried out by him complies with the respective requirements of Directive 95/46 or Regulation 2016/679.

44. Finally, an interpretation of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 or Article 9(1) and Article 10 of Regulation 2016/679 that excluded a priori and generally the activity of a search engine from the specific requirements laid down by those provisions for processing relating to the special categories of data referred to there would run counter to the purpose of those provisions, namely to ensure enhanced protection as regards such processing, which, because of the particular sensitivity of the data, is liable to constitute, as also follows from recital 33 of that directive and recital 51 of that regulation, a particularly serious interference with the fundamental rights to privacy and the protection of personal data, guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter.

45. While, contrary to the submissions of Google in particular, the specific features of the processing carried out by the operator of a search engine in connection with the activity of the search engine cannot thus justify the operator being exempted from compliance with Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 and Article 9(1) and Article 10 of Regulation 2016/679, those specific features may, however, have an effect on the extent of the operator's responsibility and obligations under those provisions.

46. It must be observed in this respect that, as the European Commission emphasises, the operator of a search engine is responsible not because personal data referred to in those provisions appear on a web page published by a third party but because of the referencing of that page and in particular the display of the link to that web page in the list of results presented to internet users following a search on the basis of an individual's name, since such a display of the link in such a list is liable significantly to affect the data subject's fundamental rights to privacy and to the protection of the personal data relating to him (see, to that effect, judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 80).

47. In those circumstances, having regard to the responsibilities, powers and capabilities of the operator of a search engine as the controller of the processing carried out in connection with the activity of the search engine, the prohibitions and restrictions in Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 and Articles 9(1) and 10 of Regulation 2016/679 — as indicated by the Advocate General in point 56 of his Opinion and as stated in essence by all the parties who have expressed an opinion on the point — can apply to that operator only by reason of that referencing and thus via a verification, under the supervision of the competent national authorities, on the basis of a request by the data subject.

48. It follows from the above that the answer to Question 1 is that the provisions of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the prohibition or restrictions relating to the processing of special categories of personal data, mentioned in those provisions, apply also, subject to the exceptions provided for by the directive, to the operator of a search engine in the context of his responsibilities, powers and capabilities as the controller of the processing carried out in connection with the activity of the search engine, on the occasion of a verification performed by that operator, under the supervision of the competent national authorities, following a request by the data subject.

Question 2

49. By its second question, which consists of three parts, the referring court essentially asks

– whether the provisions of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the operator of a search engine is required by those provisions, subject to the exceptions provided for by the directive, to accede to requests for de-referencing in relation to links to web pages containing personal data falling within the special categories referred to by those provisions;

– whether Article 8(2)(a) and (e) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that, pursuant to that article, such an operator may refuse to accede to a request for de-referencing if he establishes that the links at issue lead to content comprising personal data falling within the special categories referred to in Article 8(1) but whose processing is covered by one of the exceptions laid down in Article 8(2)(a) and (e) of the directive; and

– whether the provisions of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the operator of a search engine may also refuse to accede to a request for de-referencing on the ground that the links whose de-referencing is requested lead to web pages on which the personal data falling within the special categories referred to in Article 8(1) or (5) of the directive are published solely for journalistic purposes or those of artistic or literary expression and the publication is therefore covered by the exception in Article 9 of the directive.

50. It should be noted, as a preliminary point, that in the context of Directive 95/46 requests for de-referencing such as those at issue in the main proceedings have their basis in particular in Article 12(b) of the directive, under which the Member States are to guarantee data subjects the right to obtain from the controller the erasure of data whose processing does not comply with the directive.

51. Moreover, in accordance with Article 14(a) of Directive 95/46, the Member States are to grant the data subject the right, at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f) of the directive, to

object at any time on compelling legitimate grounds relating to his or her particular situation to the processing of data relating to him or her, save where otherwise provided by national legislation.

52. In this respect, it must be recalled that the Court has held that Article 12(b) and Article 14(a) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions and in so far as the conditions laid down by those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 88).

53. The Court has also held that, when appraising the conditions for the application of those provisions, it should inter alia be examined whether the data subject has a right that the information in question relating to him or her personally should, at the present point in time, no longer be linked to his or her name by a list of results displayed following a search made on the basis of his or her name, without it being necessary in order to find such a right that the inclusion of the information in question in that list causes prejudice to the data subject. As the data subject may, in the light of his or her fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, request that the information in question no longer be made available to the general public on account of its inclusion in such a list of results, those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject's name. However, that would not be the case if it appeared, for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, that the interference with his or her fundamental rights is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of its inclusion in the list of results, access to the information in question (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 99).

54. With respect to Regulation 2016/679, the EU legislature laid down, in Article 17 of the regulation, a provision specifically governing the 'right to erasure', also called the 'right to be forgotten' in the heading of that article.

55. In accordance with Article 17(1) of the regulation, the data subject has the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the

controller has the obligation to erase those data without undue delay where one of the grounds set out in that provision applies. As grounds, the provision mentions the cases in which the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were processed; the data subject withdraws consent on which the processing is based and there is no other legal ground for the processing; the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) or (2) of the regulation, which replaces Article 14 of Directive 95/46; the data have been unlawfully processed; the data have to be erased for compliance with a legal obligation; or the data have been collected in relation to the offer of information society services to children.

56. However, Article 17(3) of Regulation 2016/679 states that Article 17(1) of the regulation is not to apply to the extent that the processing is necessary on one of the grounds set out in Article 17(3). Among those grounds is, in Article 17(3)(a) of the regulation, the exercise of the right of freedom of expression and information.

57. The circumstance that Article 17(3)(a) of Regulation 2016/679 now expressly provides that the data subject's right to erasure is excluded where the processing is necessary for the exercise of the right of information, guaranteed by Article 11 of the Charter, is an expression of the fact that the right to protection of personal data is not an absolute right but, as recital 4 of the regulation states, must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality (see also judgment of 9 November 2010, Volker und Markus Schecke and Eifert, C-92/09 and C-93/09, EU:C:2010:662, paragraph 48, and Opinion 1/15 (EU-Canada PNR Agreement) of 26 July 2017, EU:C:2017:592, paragraph 136).

58. In that context, it should be recalled that Article 52(1) of the Charter accepts that limitations may be imposed on the exercise of rights such as those set forth in Articles 7 and 8 of the Charter, as long as the limitations are provided for by law, respect the essence of those rights and freedoms and, subject to the principle of proportionality, are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the European Union or the need to protect the rights and freedoms of others (judgment of 9 November 2010, Volker und Markus Schecke and Eifert, C-92/09 and C-93/09, EU:C:2010:662, paragraph 50).

59. Regulation 2016/679, in particular Article 17(3)(a), thus expressly lays down the requirement to strike a balance between the fundamental rights to privacy and protection of personal data guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter, on the one hand, and the fundamental right of freedom of information guaranteed by Article 11 of the Charter, on the other.

60. It is in the light of those considerations that an examination must be made of the conditions in which the operator of a search engine is required to accede to a request for de-referencing and thus to delete from the list of results displayed following a search on the basis of the data subject's name the link to a web page on which there are personal data falling within the special categories in Article 8(1) and (5) of Directive 95/46.

61. It must be stated, to begin with, that the processing by the operator of a search engine of the special categories of data referred to in Article 8(1) of Directive 95/46 is capable in principle of being covered by the exceptions in Article 8(2)(a) and (e), mentioned by the referring court, which provides that the prohibition is not to apply where the data subject has given his or her explicit consent to such processing, except where the laws of the Member State concerned prohibit such consent, or where the processing relates to data which are manifestly made public by the data subject. Those exceptions have now been repeated in Article 9(2)(a) and (e) of Regulation 2016/679. In addition, Article 9(2)(g) of the regulation, which essentially reproduces Article 8(4) of Directive 95/46, allows the processing of those categories of data where it is necessary for reasons of substantial public interest, on the basis of European Union or Member State law which must be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject.

62. With respect to the exception in Article 8(2)(a) of Directive 95/46 and Article 9(2)(a) of Regulation 2016/679, it follows from the definition of 'consent' in Article 2(h) of that directive and Article 4(11) of that regulation that the consent must be 'specific' and must therefore relate specifically to the processing carried out in connection with the activity of the search engine, and thus to the fact that the processing enables third parties, by means of a search based on the data subject's name, to obtain a list of results including links leading to web pages containing sensitive data relating to him or her. In practice, it is scarcely conceivable — nor, moreover, does it appear from the documents before the Court — that the operator of a search engine will seek the express consent of data subjects before processing personal data concerning them for the purposes of his referencing activity. In any event, as inter alia the French and Polish Governments and the Commission have observed, the mere fact that a person makes a request for de-referencing means, in principle, at least at the time of making the request, that he or she no longer consents to the processing carried out by the operator of the search engine. In this connection, it should also be recalled that Article 17(1)(b) of the regulation mentions among the grounds justifying the 'right to be forgotten' the data subject's withdrawal of the consent on which the processing is based in

accordance with Article 9(2)(a) of the regulation, where there is no other legal ground for the processing.

63. By contrast, the circumstance, referred to in Article 8(2)(e) of Directive 95/46 and Article 9(2)(e) of Regulation 2016/679, that the data in question are manifestly made public by the data subject is intended to apply, as has been observed by all those who have made submissions on the point, both to the operator of the search engine and to the publisher of the web page concerned.

64. Consequently, in such a case, despite the presence on the web page referenced of personal data falling within the special categories in Article 8(1) of Directive 95/46 and Article 9(1) of Regulation 2016/679, the processing of those data by the operator of the search engine in connection with its activity, provided that the other conditions of lawfulness are satisfied, in particular those laid down by Article 6 of the directive or Article 5 of the regulation (see, to that effect, judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 72), is compliant with those provisions.

65. However, even in that case, the data subject may, pursuant to Article 14(a) of Directive 95/46 or Article 17(1)(c) and Article 21(1) of Regulation 2016/679, have the right to de-referencing of the link in question on grounds relating to his or her particular situation.

66. In any event, when the operator of a search engine receives a request for de-referencing, he must ascertain, having regard to the reasons of substantial public interest referred to in Article 8(4) of Directive 95/46 or Article 9(2)(g) of Regulation 2016/679 and in compliance with the conditions laid down in those provisions, whether the inclusion of the link to the web page in question in the list displayed following a search on the basis of the data subject's name is necessary for exercising the right of freedom of information of internet users potentially interested in accessing that web page by means of such a search, a right protected by Article 11 of the Charter. While the data subject's rights protected by Articles 7 and 8 of the Charter override, as a general rule, the freedom of information of internet users, that balance may, however, depend, in specific cases, on the nature of the information in question and its sensitivity for the data subject's private life and on the interest of the public in having that information, an interest which may vary, in particular, according to the role played by the data subject in public life (see, to that effect, judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 81).

67. Furthermore, where the processing relates to the special categories of data mentioned in Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 or Article 9(1) and Article 10 of Regulation 2016/679, the interference with the data subject's fundamental rights to privacy and protection of personal data

is, as observed in paragraph 44 above, liable to be particularly serious because of the sensitivity of those data.

68. Consequently, where the operator of a search engine receives a request for de-referencing relating to a link to a web page on which such sensitive data are published, the operator must, on the basis of all the relevant factors of the particular case and taking into account the seriousness of the interference with the data subject's fundamental rights to privacy and protection of personal data laid down in Articles 7 and 8 of the Charter, ascertain, having regard to the reasons of substantial public interest referred to in Article 8(4) of Directive 95/46 or Article 9(2)(g) of Regulation 2016/679 and in compliance with the conditions laid down in those provisions, whether the inclusion of that link in the list of results displayed following a search on the basis of the data subject's name is strictly necessary for protecting the freedom of information of internet users potentially interested in accessing that web page by means of such a search, protected by Article 11 of the Charter.

69. It follows from all the above considerations that the answer to Question 2 is as follows:

– The provisions of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the operator of a search engine is in principle required by those provisions, subject to the exceptions provided for by the directive, to accede to requests for de-referencing in relation to links to web pages containing personal data falling within the special categories referred to by those provisions.

– Article 8(2)(e) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that, pursuant to that article, such an operator may refuse to accede to a request for de-referencing if he establishes that the links at issue lead to content comprising personal data falling within the special categories referred to in Article 8(1) but whose processing is covered by the exception in Article 8(2)(e) of the directive, provided that the processing satisfies all the other conditions of lawfulness laid down by the directive, and unless the data subject has the right under Article 14(a) of the directive to object to that processing on compelling legitimate grounds relating to his particular situation.

– The provisions of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that, where the operator of a search engine has received a request for de-referencing relating to a link to a web page on which personal data falling within the special categories referred to in Article 8(1) or (5) of Directive 95/46 are published, the operator must, on the basis of all the relevant factors of the particular case and taking into account the seriousness of the interference with the data subject's fundamental rights to privacy and protection of personal data laid down in Articles 7 and 8 of the Charter, ascertain, having regard to the reasons of substantial public interest referred to in Article 8(4) of

the directive and in compliance with the conditions laid down in that provision, whether the inclusion of that link in the list of results displayed following a search on the basis of the data subject's name is strictly necessary for protecting the freedom of information of internet users potentially interested in accessing that web page by means of such a search, protected by Article 11 of the Charter.

Question 3

70. As this question is asked only in the event that Question 1 is answered in the negative, there is no need to answer it, given the affirmative answer to Question 1.

Question 4

71. By its fourth question, the referring court essentially asks whether the provisions of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that

– first, information relating to legal proceedings brought against an individual and, as the case may be, information relating to an ensuing conviction are data relating to 'offences' and 'criminal convictions' within the meaning of Article 8(5) of Directive 95/46, and

– second, the operator of a search engine is required to accede to a request for de-referencing relating to links to web pages displaying such information, where the information relates to an earlier stage of the legal proceedings in question and, having regard to the progress of the proceedings, no longer corresponds to the current situation?

72. In this respect, it must be stated, as the Advocate General observed in point 100 of his Opinion and as submitted inter alia by the French Government, Ireland, the Italian and Polish Governments and the Commission, that information concerning legal proceedings brought against an individual, such as information relating to the judicial investigation and the trial and, as the case may be, the ensuing conviction, is data relating to 'offences' and 'criminal convictions' within the meaning of the first subparagraph of Article 8(5) of Directive 95/46 and Article 10 of Regulation 2016/679, regardless of whether or not, in the course of those legal proceedings, the offence for which the individual was prosecuted was shown to have been committed.

73. Consequently, by including in the list of results displayed following a search carried out on the basis of the data subject's name links to web pages on which such data are published, the operator of a search engine carries out a processing of those data which, in accordance with the first subparagraph of Article 8(5) of Directive 95/46 and Article 10 of Regulation 2016/679, is subject to special restrictions. As the Commission observed, such processing may, by virtue of those provisions and subject to compliance with the other conditions of lawfulness laid down by

that directive, be lawful in particular if appropriate and specific guarantees are provided for by national law, which may be the case where the information in question has been disclosed to the public by the public authorities in compliance with the applicable national law.

74. As regards those other conditions of lawfulness, it must be recalled that it follows from the requirements laid down in Article 6(1)(c) to (e) of Directive 95/46, now repeated in Article 5(1)(c) to (e) of Regulation 2016/679, that even initially lawful processing of accurate data may over time become incompatible with the directive or the regulation where those data are no longer necessary in the light of the purposes for which they were collected or processed. That is so in particular where they appear to be inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to those purposes and in the light of the time that has elapsed (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 93).

75. However, as stated in paragraph 66 above, even if the processing of data referred to in Article 8(5) of Directive 95/46 and Article 10 of Regulation 2016/679 does not correspond to the restrictions laid down by those provisions or the other conditions of lawfulness, such as those laid down in Article 6(1)(c) to (e) of the directive and Article 5(1)(c) to (e) of the regulation, the operator of a search engine must still ascertain, having regard to the reasons of substantial public interest referred to in Article 8(4) of the directive or Article 9(2)(g) of the regulation and in compliance with the conditions laid down in those provisions, whether the inclusion of the link to the web page in question in the list displayed following a search on the basis of the data subject's name is necessary for exercising the freedom of information of internet users potentially interested in accessing that web page by means of such a search, protected by Article 11 of the Charter.

76. In this respect, it must be recalled that it follows from the case-law of the European Court of Human Rights that applications brought by individuals for the prohibition under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950, of the making available on the internet by the various media of old reports of criminal proceedings that had been brought against them call for an examination of the fair balance to be struck between their right to respect for their private life and inter alia the public's freedom of information. In seeking that fair balance, account must be taken of the essential role played by the press in a democratic society, which includes reporting and commenting on legal proceedings. Moreover, to the media's function of communicating such information and ideas there must be added the public's right to receive them. The European Court of Human Rights acknowledged in this context that the public had an interest not only in being informed about a topical event, but also in being able to conduct research into past events, with

the public's interest as regards criminal proceedings varying in degree, however, and possibly evolving over time according in particular to the circumstances of the case (ECtHR, 28 June 2018, M.L. and W.W. v. Germany, CE:ECHR:2018:0628JUD006079810, §§ 89 and 100 to 102).

77. It is thus for the operator of a search engine to assess, in the context of a request for de-referencing relating to links to web pages on which information is published relating to criminal proceedings brought against the data subject, concerning an earlier stage of the proceedings and no longer corresponding to the current situation, whether, in the light of all the circumstances of the case, such as, in particular, the nature and seriousness of the offence in question, the progress and the outcome of the proceedings, the time elapsed, the part played by the data subject in public life and his past conduct, the public's interest at the time of the request, the content and form of the publication and the consequences of publication for the data subject, he or she has a right to the information in question no longer, in the present state of things, being linked with his or her name by a list of results displayed following a search carried out on the basis of that name.

78. It must, however, be added that, even if the operator of a search engine were to find that that is not the case because the inclusion of the link in question is strictly necessary for reconciling the data subject's rights to privacy and protection of personal data with the freedom of information of potentially interested internet users, the operator is in any event required, at the latest on the occasion of the request for de-referencing, to adjust the list of results in such a way that the overall picture it gives the internet user reflects the current legal position, which means in particular that links to web pages containing information on that point must appear in first place on the list.

79. Having regard to the above considerations, the answer to Question 4 is that the provisions of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that

– first, information relating to legal proceedings brought against an individual and, as the case may be, information relating to an ensuing conviction are data relating to 'offences' and 'criminal convictions' within the meaning of Article 8(5) of Directive 95/46, and

– second, the operator of a search engine is required to accede to a request for de-referencing relating to links to web pages displaying such information, where the information relates to an earlier stage of the legal proceedings in question and, having regard to the progress of the proceedings, no longer corresponds to the current situation, in so far as it is established in the verification of the reasons of substantial public interest referred to in Article 8(4) of Directive 95/46 that, in the light of all the circumstances of the case, the data subject's fundamental rights guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter override the rights of potentially interested internet users protected by Article 11 of the Charter.

Costs

80. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

1. The provisions of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data must be interpreted as meaning that the prohibition or restrictions relating to the processing of special categories of personal data, mentioned in those provisions, apply also, subject to the exceptions provided for by the directive, to the operator of a search engine in the context of his responsibilities, powers and capabilities as the controller of the processing carried out in connection with the activity of the search engine, on the occasion of a verification performed by that operator, under the supervision of the competent national authorities, following a request by the data subject.

2. The provisions of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the operator of a search engine is in principle required by those provisions, subject to the exceptions provided for by the directive, to accede to requests for de-referencing in relation to links to web pages containing personal data falling within the special categories referred to by those provisions.

Article 8(2)(e) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that, pursuant to that article, such an operator may refuse to accede to a request for de-referencing if he establishes that the links at issue lead to content comprising personal data falling within the special categories referred to in Article 8(1) but whose processing is covered by the exception in Article 8(2)(e) of the directive, provided that the processing satisfies all the other conditions of lawfulness laid down by the directive, and unless the data subject has the right under Article 14(a) of the directive to object to that processing on compelling legitimate grounds relating to his particular situation.

The provisions of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that, where the operator of a search engine has received a request for de-referencing relating to a link to a web page on which personal data falling within the special categories referred to in Article 8(1) or (5) of Directive 95/46 are published, the operator must, on the basis of all the relevant factors of the particular case and taking into account the seriousness of the interference with the data subject’s fundamental rights to privacy and protection of personal data laid down in Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, ascertain, having regard to the reasons of substantial

public interest referred to in Article 8(4) of the directive and in compliance with the conditions laid down in that provision, whether the inclusion of that link in the list of results displayed following a search on the basis of the data subject's name is strictly necessary for protecting the freedom of information of internet users potentially interested in accessing that web page by means of such a search, protected by Article 11 of the Charter.

3. The provisions of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that

– first, information relating to legal proceedings brought against an individual and, as the case may be, information relating to an ensuing conviction are data relating to 'offences' and 'criminal convictions' within the meaning of Article 8(5) of Directive 95/46, and

– second, the operator of a search engine is required to accede to a request for de-referencing relating to links to web pages displaying such information, where the information relates to an earlier stage of the legal proceedings in question and, having regard to the progress of the proceedings, no longer corresponds to the current situation, in so far as it is established in the verification of the reasons of substantial public interest referred to in Article 8(4) of Directive 95/46 that, in the light of all the circumstances of the case, the data subject's fundamental rights guaranteed by Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union override the rights of potentially interested internet users protected by Article 11 of the Charter.

[Signatures]

* Language of the case: French.

AB Adalet Divanı - C-136/17 - Google Hassas Veri Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar

OPINION OF ADVOCATE GENERAL

SZPUNAR

delivered on 10 January 2019 (1)

Case C-136/17

G.C.,

A.F.,

B.H.,

E.D.

v

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL),

intervening parties

Premier ministre,

Google Inc.

(Request for a preliminary ruling from the Conseil d'État (Council of State, France))

(Reference for a preliminary ruling — Personal data — Data processing — Operator of an internet search engine — Request for de-referencing — Scope of the obligation — Processing of personal data solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression)

I. Introduction

1. Reconciling the right to privacy and to the protection of personal data with the right to information and to freedom of expression in the internet era is one of the main challenges of our time. It is not surprising, therefore, that over recent years a number of cases raising legal questions connected with that problem have been brought before the Court.

2. Once a question has been addressed and settled, new questions arise. That phenomenon is all the more problematic because very often the legal framework was not adopted with the internet era in mind. The case in the main proceedings, like Case C-507/17, Google (Territorial scope of de-referencing), in which my Opinion is also delivered on the same day as in the present case, is a good example of that: how and to what extent do the obligations imposed by a 1995 directive on data protection, namely Directive 95/46/EC, (2) apply to a search engine such as Google, an undertaking created in 1998?

3. In its landmark judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, (3) the Court held that, under Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, individuals have a 'right to be forgotten' (4) that may entail an obligation for the operator of a search engine to remove the links to information relating to the individual in question. (5) The present case is a continuation of that judgment. In fact, following that judgment, a large number of new questions have arisen, concerning in particular the processing of what is known as 'sensitive' data, relating to racial or ethnic origin, political opinions and religious or philosophical beliefs.

4. That is why, when I interpret the law as it exists, I shall also refer both to the legislation in force and to the interpretation of that legislation in the judgment in Google Spain and Google. (6)

5. In short, my proposal to the Court is twofold: first, as a general rule, the internet links to sensitive data should, on request, be systematically removed by the operator of a search engine; and, second, freedom of expression must be respected. In that regard, I invite the Court to interpret its judgment in Google Spain and Google (7) in such a way as to take due account of freedom of expression.

II. Legal framework

A. EU law

1. Directive 95/46

6. According to Article 1, the purpose of Directive 95/46 is to protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, and to eliminate obstacles to the free flow of those data.

7. Article 2 of Directive 95/46 provides that, 'for the purposes of [that] Directive:

(a) "personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly,

in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

(b) "processing of personal data" ("processing") shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

…

(d) "controller" shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;

…

(h) "the data subject's consent" shall mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed.'

8. Article 3 of that directive, entitled 'Scope', provides in paragraph 1:

'This Directive shall apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.'

9. Article 4 of that directive, entitled 'National law applicable', provides:

'1. Each Member State shall apply the national provisions it adopts pursuant to this Directive to the processing of personal data where:

(a) the processing is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of the Member State; when the same controller is established on the territory of several Member States, he must take the necessary measures to ensure that each of these establishments complies with the obligations laid down by the national law applicable;

…'

10. In Chapter II, Section I of Directive 95/46, entitled 'Principles relating to data quality', Article 6 provides:

'1. Member States shall provide that personal data must be:

(a) processed fairly and lawfully;

(b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Further processing of data for historical, statistical or scientific purposes shall not be considered as incompatible provided that Member States provide appropriate safeguards;

(c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;

(d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that data which are inaccurate or incomplete, having regard to the purposes for which they were collected or for which they are further processed, are erased or rectified;

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed. Member States shall lay down appropriate safeguards for personal data stored for longer periods for historical, statistical or scientific use.

2. It shall be for the controller to ensure that paragraph 1 is complied with.'

11. In Chapter II, Section II of Directive 95/46, entitled 'Criteria for making data processing legitimate', Article 7 provides:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

…

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1).'

12. Chapter II, Section III of Directive 95/46, entitled 'Special categories of processing', consists of Articles 8 and 9. Article 8 of that directive entitled 'The processing of special categories of data', provides:

‘1. Member States shall prohibit the processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade-union membership, and the processing of data concerning health or sex life.

2. Paragraph 1 shall not apply where:

(a) the data subject has given his explicit consent to the processing of those data, except where the laws of the Member State provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject’s giving his consent;

or

(b) processing is necessary for the purposes of carrying out the obligations and specific rights of the controller in the field of employment law in so far as it is authorised by national law providing for adequate safeguards;

or

(c) processing is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another person where the data subject is physically or legally incapable of giving his consent;

or

(d) processing is carried out in the course of its legitimate activities with appropriate guarantees by a foundation, association or any other non-profit-seeking body with a political, philosophical, religious or trade-union aim and on condition that the processing relates solely to the members of the body or to persons who have regular contact with it in connection with its purposes and that the data are not disclosed to a third party without the consent of the data subjects;

or

(e) the processing relates to data which are manifestly made public by the data subject or is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims.

…

4. Subject to the provision of suitable safeguards, Member States may, for reasons of substantial public interest, lay down exemptions in addition to those laid down in paragraph 2 either by national law or by decision of the supervisory authority.

5. Processing of data relating to offences, criminal convictions or security measures may be carried out only under the control of official authority, or if suitable specific safeguards are provided under national law, subject to derogations which may be granted by the Member State under

national provisions providing suitable specific safeguards. However, a complete register of criminal convictions may be kept only under the control of official authority.

Member States may provide that data relating to administrative sanctions or judgments in civil cases shall also be processed under the control of official authority.

6. Derogations from paragraph 1 provided for in paragraphs 4 and 5 shall be notified to the Commission.

…'

13. Article 9 of Directive 95/46, entitled 'Processing of personal data and freedom of expression', states:

'Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.'

14. Article 12 of that directive, entitled 'Right of access', provides:

'Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller:

…

(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data;

…'

15. Article 14 of that directive, entitled 'The data subject's right to object', provides:

'Member States shall grant the data subject the right:

(a) at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f), to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data;

…'

16. Article 28 of that directive, entitled 'Supervisory authority', is worded as follows:

‘1. Each Member State shall provide that one or more public authorities are responsible for monitoring the application within its territory of the provisions adopted by the Member States pursuant to this Directive.

…

3. Each authority shall in particular be endowed with:

– investigative powers, such as powers of access to data forming the subject matter of processing operations and powers to collect all the information necessary for the performance of its supervisory duties,

– effective powers of intervention, such as, for example, that of … ordering the blocking, erasure or destruction of data, of imposing a temporary or definitive ban on processing …,

…

Decisions by the supervisory authority which give rise to complaints may be appealed against through the courts.

4. Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person, or by an association representing that person, concerning the protection of his rights and freedoms in regard to the processing of personal data. The person concerned shall be informed of the outcome of the claim.

…

6. Each supervisory authority is competent, whatever the national law applicable to the processing in question, to exercise, on the territory of its own Member State, the powers conferred on it in accordance with paragraph 3. Each authority may be requested to exercise its powers by an authority of another Member State.

The supervisory authorities shall cooperate with one another to the extent necessary for the performance of their duties, in particular by exchanging all useful information.

…’

2. Regulation 2016/679

17. Pursuant to Article 99(2), Regulation 2016/679 is to apply from 25 May 2018. Article 94(1) of that regulation provides that Directive 95/46 is repealed with effect from that date.

18. Article 9 of that regulation, entitled ‘Processing of special categories of personal data’, provides:

‘1. Processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, or trade union membership, and the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person, data concerning health or data concerning a natural person’s sex life or sexual orientation shall be prohibited.

2. Paragraph 1 shall not apply if one of the following applies:

(a) the data subject has given explicit consent to the processing of those personal data for one or more specified purposes, except where Union or Member State law provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject;

…

(e) processing relates to personal data which are manifestly made public by the data subject;

…

(g) processing is necessary for reasons of substantial public interest, on the basis of Union or Member State law which shall be proportionate to the aim pursued, respect the essence of the right to data protection and provide for suitable and specific measures to safeguard the fundamental rights and the interests of the data subject;

…’

19. Article 10 of that regulation, entitled ‘Processing of personal data relating to criminal convictions and offences’, states:

‘Processing of personal data relating to criminal convictions and offences or related security measures based on Article 6(1) shall be carried out only under the control of official authority or when the processing is authorised by Union or Member State law providing for appropriate safeguards for the rights and freedoms of data subjects. Any comprehensive register of criminal convictions shall be kept only under the control of official authority.’

20. Article 17 of that regulation, entitled ‘Right to erasure (“right to be forgotten”)’, is worded as follows:

‘1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

(a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

(b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;

(c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);

(d) the personal data have been unlawfully processed;

(e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;

(f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).

2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary:

(a) for exercising the right of freedom of expression and information;

(b) for compliance with a legal obligation which requires processing by Union or Member State law to which the controller is subject or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;

(c) for reasons of public interest in the area of public health in accordance with points (h) and (i) of Article 9(2) as well as Article 9(3);

(d) for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) in so far as the right referred to in paragraph 1 is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing; or

(e) for the establishment, exercise or defence of legal claims.'

21. Article 18 of Regulation 2016/679, entitled 'Right to restriction of processing', provides:

‘1. The data subject shall have the right to obtain from the controller restriction of processing where one of the following applies:

(a) the accuracy of the personal data is contested by the data subject, for a period enabling the controller to verify the accuracy of the personal data;

(b) the processing is unlawful and the data subject opposes the erasure of the personal data and requests the restriction of their use instead;

…

(d) the data subject has objected to processing pursuant to Article 21(1) pending the verification whether the legitimate grounds of the controller override those of the data subject.

2. Where processing has been restricted under paragraph 1, such personal data shall, with the exception of storage, only be processed with the data subject’s consent or for the establishment, exercise or defence of legal claims or for the protection of the rights of another natural or legal person or for reasons of important public interest of the Union or of a Member State.

3. A data subject who has obtained restriction of processing pursuant to paragraph 1 shall be informed by the controller before the restriction of processing is lifted.’

22. Article 21 of that regulation, entitled ‘Right to object’, provides in paragraph 1:

‘The data subject shall have the right to object, on grounds relating to his or her particular situation, at any time to processing of personal data concerning him or her which is based on point (e) or (f) of Article 6(1), including profiling based on those provisions. The controller shall no longer process the personal data unless the controller demonstrates compelling legitimate grounds for the processing which override the interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims.’

23. Article 85 of that regulation, entitled ‘Processing and freedom of expression and information’, states:

‘1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including processing for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For processing carried out for journalistic purposes or the purpose of academic artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from Chapter II (principles), Chapter III (rights of the data subject), Chapter IV (controller and processor), Chapter V (transfer of personal data to third countries or international organisations), Chapter VI

(independent supervisory authorities), Chapter VII (cooperation and consistency) and Chapter IX (specific data processing situations) if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

3. Each Member State shall notify to the Commission the provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 2 and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.'

B. French law

24. Directive 95/46 was implemented in French law by loi nº 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (Law No 78-17 on information technology, data files and civil liberties) of 6 January 1978.

III. Facts and main proceedings

25. G.C., A.F., B.H. and E.D. all requested Google LLC to de-reference various links to pages published by third parties in the list of results displayed by the search engine operated by that company in response to a search against their respective names, which it refused to do.

26. More specifically, G.C. requested the de-referencing of a link referring to a satirical photomontage placed online, under a pseudonym, on 18 February 2011 on the channel YouTube, depicting her alongside the local mayor, whom she served as head of cabinet, and explicitly drawing attention to the intimate relationship between them and also to the impact of that relationship on her own political career. That photomontage was placed online during the campaign for the cantonal elections in which G.C. was then a candidate. When her request for de-referencing was refused she was neither an elected local representative nor a candidate for local elective office and no longer served as the local mayor's head of cabinet.

27. A.F. requested the de-referencing of links referring to an article in the daily newspaper Libération of 9 September 2008, reproduced on the site of the Centre contre les manipulations mentales (Centre against mental manipulation) (CCMM), concerning the suicide of a member of the Church of Scientology in December 2006. A.F. is mentioned in that article in his capacity as public relations officer of the Church of Scientology, an occupation which he has since ceased to exercise. Furthermore, the author of the article at issue states that he contacted A.F. in order to obtain his version of the facts and describes the comments received on that occasion.

28. B.H. requested the de-referencing of links to articles, mainly in the press, concerning the judicial investigation opened in June 1995 into the funding of the Parti républicain (PR), in which

he was questioned with a number of businessmen and political personalities. The proceedings against him were closed by an order discharging him on 26 February 2010. Most of the links are to articles contemporaneous with the opening of the investigation and therefore do not mention the outcome of the proceedings.

29. E.D. requested the de-referencing of links to two articles published in Nice Matin and le Figaro reporting the criminal hearing during which he was sentenced to 7 years' imprisonment and an additional penalty of 10 years' social and judicial supervision for sexual assaults on children under the age of 15. One of the accounts of the court proceedings also mentions several intimate details relating to E.D. that were revealed during the hearing.

30. After Google refused their requests, the applicants lodged complaints with the Commission nationale de l'informatique et des libertés (French Data Protection Authority) ('the CNIL') claiming that it should order Google to de-reference the links at issue. By letters dated 24 April 2015, 28 August 2015, 21 March 2016 and 9 May 2016, the President of the CNIL informed the applicants that their complaints had been closed.

31. The applicants then lodged applications against the CNIL's refusal to serve formal notice on Google to proceed with the requested de-referencing. Those applications were joined by the referring court.

IV. The questions for a preliminary ruling and the procedure before the Court

32. The Conseil d'État (Council of State, France) found that those requests present a number of serious issues with respect to the interpretation of Directive 95/46 and, by decision of 24 February 2017, received at the Court on 15 March 2017, decided to stay proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

'(1) Having regard to the specific responsibilities, powers and capabilities of the operator of a search engine, does the prohibition imposed on other controllers of processing data caught by Article 8(1) and (5) of Directive 95/46, subject to the exceptions laid down there, also apply to this operator as the controller of processing by means of that search engine?

(2) If Question 1 should be answered in the affirmative:

– Must Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 be interpreted as meaning that the prohibition so imposed on the operator of a search engine of processing data covered by those provisions, subject to the exceptions laid down by that directive, would require the operator to grant as a matter of course the requests for "de-referencing" in relation to links to web pages concerning such data?

– From that perspective, how must the exceptions laid down in Article 8(2)(a) and (e) of Directive 95/46 be interpreted, when they apply to the operator of a search engine, in the light of its specific responsibilities, powers and capabilities? In particular, may such an operator refuse a request for "de-referencing", if it establishes that the links at issue lead to content which, although comprising data falling within the categories listed in Article 8(1), is also covered by the exceptions laid down by Article 8(2)(a) and (e) of the directive?

– Similarly, when the links subject to the request for "de-referencing" lead to processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or for those of artistic or literary expression, on which basis, in accordance with Article 9 of Directive 95/46, data within the categories mentioned in Article 8(1) and (5) of the directive may be collected and processed, must the provisions of Directive 95/46 be interpreted as allowing the operator of a search engine, on that ground, to refuse a request for "de-referencing"?

(3) If Question 1 should be answered in the negative:

– Which specific requirements of Directive 95/46 must be met by the operator of a search engine, in view of its responsibilities, powers and capabilities?

– When the operator establishes that the web pages at the end of the links subject to the request for "de-referencing" comprise data whose publication on those pages is unlawful, must the provisions of Directive 95/46 be interpreted as:

– requiring the operator of a search engine to remove those links from the list of results displayed following a search made on the basis of the name of the person making the request; or

– meaning only that it is to take that factor into consideration in assessing the merits of the request for "de-referencing", or

– meaning that this factor has no bearing on the assessment it is to make?

Furthermore, if that factor is not irrelevant, how is the lawfulness of the publication on web pages of the data at issue which stem from processing falling outside the territorial scope of Directive 95/46 and, accordingly, of the national laws implementing it to be assessed?

(4) Irrespective of the answer to be given to Question 1:

– whether or not publication of the personal data on the web page at the end of the link at issue is lawful, must the provisions of Directive 95/46 be interpreted as:

– requiring the operator of a search engine, when the person making the request establishes that the data in question have become incomplete or inaccurate, or are no longer up to date, to grant the corresponding request for "de-referencing";

– more specifically, requiring the operator of a search engine, when the person making the request shows that, having regard to the conduct of the legal proceedings, the information relating to an earlier stage of those proceedings is no longer consistent with the current reality of his situation, to "de-reference" the links to web pages comprising such information?

– Must Article 8(5) of Directive 95/46 be interpreted as meaning that information relating to the investigation of an individual or reporting a trial and the resulting conviction and sentencing constitutes data relating to offences and to criminal convictions? More generally, does a web page comprising data referring to the convictions of or legal proceedings involving a natural person fall within the ambit of those provisions?'

33. A.F., B.H., Google, the French Government, Ireland, the Greek, Italian, Austrian, Polish and United Kingdom Governments and the European Commission lodged written observations.

34. B.H., Google, the French Government, Ireland, the Greek, Austrian and Polish Governments and the Commission presented oral argument at the hearing on 11 September 2018.

V. Analysis

A. Preliminary remarks

1. The relevant legislative measure: Directive 95/46

35. The questions submitted by the referring court concern not the interpretation of the provisions of Regulation 2016/679 but the interpretation of the provisions of Directive 95/46. In fact, that regulation, which has been applicable since 25 May 2018, (8) repealed the directive with effect from that date. (9)

36. Since it is apparent that, in French administrative procedural law, the law applicable to a dispute is the law in force on the day on which a contested decision was adopted, there can be no doubt that it is Directive 95/46 that is applicable to the dispute in the main proceedings. Consequently, it is the provisions of that directive that the Court is required to interpret.

2. Backdrop: the Google Spain and Google judgment

37. The backdrop to the questions submitted by the referring court in the present case is the landmark judgment in Google Spain and Google, (10) in which the Court held, in particular — and what is of interest for the present case —, that:

– the activity of a search engine must be classified as 'processing of personal data' within the meaning of Article 2(b) of Directive 95/46 when that information contains personal data and that the operator of the search engine must be regarded as the 'controller' in respect of that processing, within the meaning of Article 2(d) of that directive; (11)

– in order to comply with rights laid down in Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, and in so far as the conditions laid down in those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful; (12)

– when appraising the conditions for the application of Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, it should inter alia be examined whether the data subject has a right that the information in question relating to him personally should, at this point in time, no longer be linked to his name by a list of results displayed following a search made on the basis of his name, without it being necessary in order to find such a right that the inclusion of the information in question in that list causes prejudice to the data subject; (13) and

– as the data subject may, in the light of his fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'), request that the information in question no longer be made available to the general public on account of its inclusion in such a list of results, those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject's name. However, that would not be the case if it appeared, for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, that the interference with his fundamental rights is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of its inclusion in the list of results, access to the information in question. (14)

38. The facts of the case that gave rise to the judgment in Google Spain and Google (15) concerned what were indeed personal data, but not 'sensitive' data within the meaning of Article 8 of Directive 95/46. That leads us to the first question.

B. First question

39. By its first question, the referring court asks whether, having regard to the specific responsibilities, powers and capabilities of the operator of a search engine, the prohibition

imposed on other controllers of processing data caught by Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 is also applicable to such an operator.

40. Under Article 8(1) of Directive 95/46, Member States are to prohibit the processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade-union membership, and the processing of data concerning health or sex life.

41. Article 8(5) of that directive states that processing of data relating to offences, criminal convictions or security measures may be carried out only under the control of official authority, or if suitable specific safeguards are provided under national law, subject to derogations which may be granted by the Member State under national provisions providing suitable specific safeguards. However, a complete register of criminal convictions may be kept only under the control of official authority. Member States may provide that data relating to administrative sanctions or judgments in civil cases are also to be processed under the control of official authority.

42. It should be noted that Article 8 of Directive 95/46 was not at issue in the case that gave rise to the judgment in Google Spain and Google. (16) That simple assertion leads me to suppose that, contrary to what Google suggests in its observations, the answer to the first question cannot be inferred from that judgment. The fact that that case did not relate to sensitive data referred to in Article 8(1) of Directive 95/46 does not mean that a search engine is not subject to that provision.

43. In his Opinion in Google Spain and Google, Advocate General Jääskinen gave the following reasons for his argument (which was not followed by the Court) that an internet search engine service provider is not a 'controller' of personal data on source web pages hosted on third-party servers: 'An opposite opinion would entail internet search engines being incompatible with EU law, a conclusion I would find absurd. Specifically, if internet search engine service providers were considered [to be] controllers of the personal data on third-party source web pages and if on any of these pages there would be "special categories of data" referred to in Article 8 of … Directive [95/46] (e.g. personal data revealing [racial or ethnic origin,] political opinions or religious [or philosophical] beliefs[, trade-union membership] or data concerning the health or sex life of individuals), the activity of the internet search engine service provider would automatically become illegal, when the stringent conditions laid down in that article for the processing of such data were not met.' (17)

44. That passage highlights the problems and the issues involved in the present case. Since Directive 95/46, which dates from 1995, and the obligations imposed in which are in principle addressed to the Member States, had not been drafted with search engines in their present form in

mind, its provisions do not lend themselves to an intuitive and purely literal application to such search engines. It was precisely for that reason that, just as in the present case, the referring courts had doubts in the case that gave rise to the judgment in Google Spain and Google (18) and referred the matter to the Court.

45. It is therefore impossible to take an 'all or nothing' approach to the applicability of the provisions of Directive 95/46 to search engines. In my view, it is necessary to examine each provision from the aspect of whether it is capable of being applied to a search engine.

46. If Article 8(1) of Directive 95/46 were to be applied literally to a search engine, the effect would be that any processing of the data listed in that provision would be prohibited, subject to the exceptions provided for in Article 8(2) of that directive.

47. In that regard, I note that none of the parties that have submitted observations argues in favour of such a strict interpretation, and they are quite correct not to do so.

48. A literal application of Article 8(1) of Directive 95/46 would require a search engine to ascertain that a list of results displayed following a search carried out on the basis of the name of a natural person does not contain any link to internet pages comprising data covered by that provision, and to do so ex ante and systematically, that is to say, even in the absence of a request for de-referencing from a data subject.

49. To my mind, an ex ante systematic control is neither possible nor desirable.

50. In the judgment in Google Spain and Google, (19) the Court observed that 'inasmuch as the activity of a search engine is therefore liable to affect significantly, and additionally compared with that of the publishers of websites, the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, the operator of the search engine as the person determining the purposes and means of that activity must ensure, within the framework of its responsibilities, powers and capabilities, that the activity meets the requirements of Directive 95/46 in order that the guarantees laid down by the directive may have full effect and that effective and complete protection of data subjects, in particular of their right to privacy, may actually be achieved'. (20)

51. It is possible to draw two conclusions from that passage. First of all, as the Commission maintains in its observations, Directive 95/46 proceeds from the principle that every controller must satisfy all the requirements which that directive lays down, including those provided for in Article 8.

52. Next, and although that passage is formulated as an obligation placed on the operator of a search engine, (21) such an operator can act only within the framework of its responsibilities, powers and capabilities. In other words, such an operator may be incapable of ensuring the full effect of the provisions of Directive 95/46, precisely because of its limited responsibilities, powers and capabilities.

53. Article 8 of Directive 95/46 must therefore be interpreted in such a way as to take account of the responsibilities, powers and capabilities of an operator of a search engine.

54. In that regard, an ex ante application of Article 8(1) of Directive 95/46 to an operator of a search engine must be precluded. An ex ante control of internet pages which are referenced as the result of a search does not fall within the responsibilities or the capabilities (22) of a search engine. The task of the operator of a search engine is, as its title indicates, to search, find, point to and make available, by means of an algorithm that allows information to be found in the most effective manner. Conversely, it is not for the operator of a search engine to monitor, indeed to censure. The operator of a search engine acts for the purposes of the search and reacts for the purposes of the de-referencing of a search result. That, in any event, is how I understand the judgment in Google Spain and Google. (23)

55. By the same token, and as the Commission also emphasises, the prohibitions and restrictions laid down in Article 8(1) of Directive 95/46 cannot apply to an operator of a search engine as though it had itself caused the sensitive data to appear in the internet pages referenced. Logically, the activities of a search engine intervene only after (sensitive) data have been placed online and are secondary in nature.

56. Accordingly, the prohibitions and restrictions laid down in Article 8(1) of Directive 95/46 can apply to a search engine only because of that referencing and therefore by means of an ex post facto verification, on the basis of a de-referencing request by the data subject.

57. I therefore propose that the answer to the first question should be that, within the framework of the responsibilities, powers and capabilities of an operator of a search engine, Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 applies, in principle, to the activities of such an operator of a search engine.

58. The detailed rules of such an application are addressed by the second question.

C. Second question

59. The second question, which is submitted in case the Court should find that Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 is applicable to the processing carried out by an operator of a search engine, consists of three parts.

60. The referring court seeks in essence

– to ascertain whether, subject to the exceptions provided for in Directive 95/46, the prohibition imposed on an operator of a search engine of processing data coming within Article 8(1) and (5) of that directive requires that it systematically grant requests for de-referencing that relate to links to web pages on which such data appear;

– to ascertain how the specific exceptions provided for in Article 8(2)(a) and (e) of Directive 95/46 are to apply to the processing carried out by an operator of a search engine and, in particular, whether the operator may refuse to grant a request for de-referencing on the basis of those exceptions; and

– to obtain clarification as regards the exceptions provided for in Article 9 of Directive 95/46 for processing carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression, only if those exceptions are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression. In that regard, the referring court asks whether the operator of a search engine may refuse a request for de-referencing if it establishes that the data on the page to which the link at issue leads are there lawfully on the ground that the processing carried out in that respect by the publisher of the web page is covered by that exception.

61. I shall address those sub-questions in the order in which they are raised.

1. Systematic de-referencing

62. The starting point is that, in the absence of justification within the meaning of Articles 8 and 9 of Directive 95/46, the refusal by the operator of a search engine to de-reference an internet page is contrary to Article 8(1) or (5) of that directive.

63. Google, and also Ireland, the Austrian and the United Kingdom Governments maintain that this is an important but non-decisive factor in the context of the weighing-up of the rights and interests that the operator of the search engine should carry out for each request for de-referencing, including that relating to links to internet sites that process particular categories of data, within the meaning of Article 8(1) or (5) of Directive 95/46.

64. The French, Italian and Polish Governments, and also the Commission, on the other hand, maintain that the prohibition of processing set out in Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 means

that the operator of the search engine which receives a request for de-referencing must systematically grant that request, that is to say, without being required or being able to check elements other than the absence of justification.

65. I support the latter position.

66. In fact, the wording of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 leaves no room for doubt that it imposes an obligation prohibiting the processing of the sensitive data set out in that provision. I find it difficult to see how, in such a situation, that obligation might be considered to be one of a number of elements to be taken into account when examining a request for de-referencing.

67. Such an approach constitutes a logical extension of the case that gave rise to the judgment in Google Spain and Google. (24) It will be recalled that that case concerned only data the publication of which was in itself lawful. Consequently, the Court initially stated that the operator of a search engine was obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages published by third parties and containing information relating to that person — even where that publication in itself was lawful (25) — and then proceeded to weigh up the rights of the data subject with the economic interest of the operator of the search engine and with the interest of the general public in having access to the information in question. (26)

68. In that regard, I shall allow myself to make a parenthetical observation concerning the case of Google Spain and Google. In so far as it is generally accepted that if information is lawful the person who issues it benefits in any event from the freedom of expression enshrined in Article 11 of the Charter, it would have been helpful if the Court had expressly mentioned that fundamental right. That would have revealed more clearly that it is not solely a question of weighing up Articles 7 and 8 of the Charter, on the one hand, and freedom of information, on the other, but that freedom of expression must also be taken into account. I shall return to this point in my analysis of Article 9 of Directive 95/46.

69. On the other hand, I see no room for such a balancing exercise in the context of Article 8 of Directive 95/46. Provided that it is established that sensitive data have been processed, a request for de-referencing should be granted.

70. I am well aware of the position expressed by the '"Article 29" Working Party on Data Protection' (27) in its 'Guidelines on the Implementation of the [Google Spain and Google] judgment' (28) of 26 November 2014 (29) ('the Guidelines'), according to which, first, in most cases of requests for de-referencing, it appears that more than one criterion will need to be taken

into account in order to reach a decision; second, that no single criterion is, in itself, determinative; (30) and, third, as specifically regards Article 8 of Directive 95/46, '[data protection authorities] are more likely to intervene when [de-referencing] requests are refused'. (31)

71. In that regard, it seems obvious to me that a number of criteria must be taken into account before a decision is taken on a request for de-referencing. On the other hand, the assertion that a data protection authority would be more likely to intervene does not seem to me to be sufficiently affirmative and clear. If it is shown that data are sensitive data referred to in Article 8(1) and (5) of Directive 95/46, the processing of those data is then prohibited.

72. Accordingly, it seems to me that preventing the possible amplification of such data by a search engine is also covered by the ratio legis of Article 8(1) and (5) of Directive 95/46. Since by virtue of that provision the legislature considers that the processing of certain data is unlawful, it follows, to my mind, that the separate processing of those data by an operator of a search engine is also unlawful, at least from the time when that operator has not granted a request for de-referencing.

73. In other words, with Article 8 of Directive 95/46, the EU legislature has already resolved the question of sensitive data in that there can be no weighing up. That interpretation is supported by the fact that Regulation 2016/679 not only maintained the prohibition (32) of the processing of sensitive data but even extended those categories. (33)

74. Consequently, subject to the exceptions provided for in Directive 95/46, the prohibition imposed on an operator of a search engine of processing data covered by Article 8(1) and (5) of that directive requires that it systematically grant requests for de-referencing that relate to links leading to web pages on which such data appear.

2. The specific exceptions provided for in Article 8(2)(a) and (e) of Directive 95/46

75. The referring court seeks clarification of only two of the five exceptions provided for in Article 8(2) of Directive 95/46.

76. According to Article 8(2)(a) of Directive 95/46, paragraph 1 is not to apply where the data subject has given his explicit consent (34) to the processing of the data in question, except where the laws of the Member State provide that the prohibition referred to in paragraph 1 may not be lifted by the data subject's giving his consent. Article 8(2)(e) of Directive 95/46 states that paragraph 1 of that article is not to apply where the processing relates to data which are manifestly made public by the data subject or is necessary for the establishment, exercise or defence of legal claims.

77. In so far as, according to the solution which I propose to the Court, I consider that the prohibitions of processing laid down in Article 8(1) and (5) of Directive 95/46 apply, I consider that, in principle, the exceptions provided for in Article 8 of Directive 95/46 also apply, even though some of the exceptions provided for in Article 8(2) of Directive 95/46 seem to me to be more theoretical than practical so far as their applicability to a search engine is concerned. (35) The operator of a search engine may therefore refuse to grant a request for de-referencing where the conditions of Article 8(2) of that directive are fulfilled.

3. The processing of personal data and freedom of expression (Article 9 of Directive 95/46)

78. In accordance with Article 9 of Directive 95/46, Member States are to provide for exemptions or derogations from, in particular, Article 8 of Directive 95/46 for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.

79. The question that arises is whether the operator of a search engine may refuse to grant a request for de-referencing where it finds that the displaying of sensitive data on the page to which the link at issue leads is lawful because the processing carried out in that respect by the publisher of the internet page is covered by Article 9 of Directive 95/46.

80. It should be observed that, in accordance with the judgment in Google Spain and Google, (36) it may well be that a request for de-referencing will succeed against the operator of a search engine but will fail against the publisher of the referenced web page because of Article 9 of Directive 95/46. The Court considered that ‘the processing by the publisher of a web page consisting in the publication of information relating to an individual may, in some circumstances, be carried out “solely for journalistic purposes” and thus benefit, by virtue of Article 9 of Directive 95/46, from derogations from the requirements laid down by the directive, whereas that does not appear to be so in the case of the processing carried out by the operator of a search engine. It cannot therefore be ruled out that in certain circumstances the data subject is capable of exercising the rights referred to in Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 against that operator but not against the publisher of the web page’. (37)

81. That key passage from the judgment in Google Spain and Google (38) constitutes the hard core of the reasoning designed to justify the establishment of a ‘right to be forgotten’: in order to protect the privacy and the right to the data of the data subject, it is possible to ‘shoot the messenger’ (even) if a ‘rectification at source’ is impossible, owing to the right to freedom of expression of a publisher of an internet page.

82. There is a great temptation to interpret that passage as meaning that Article 9 does not apply to the operator of a search engine.

83. I propose that the Court should resist such temptation.

84. First, according to the settled case-law of the European Court of Human Rights (‘the Strasbourg Court), ‘in the light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the internet plays an important role in enhancing the public’s access to news and facilitating the dissemination of information in general’. (39) More specifically, in a case concerning an internet site which is one of the world’s largest file-sharing services on the internet, (40) the Strasbourg Court observed that ‘Article 10 of the Convention [for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950], (41) applies not only to the content of the information but also to the means of transmission or reception’. (42)

85. The right of the public to receive and impart information made available on the internet is protected by Article 11 of the Charter. (43) That concerns both the information on the source web pages and the information provided by internet search engines. (44)

86. Second, the only conclusion that can be drawn from that passage from the judgment in Google Spain and Google (45) is that Article 9 of Directive 95/46 does not apply as such directly to the activity of the operator of the search engine. As the activity of such an operator is secondary to the primary activity of the person issuing the information, it is logical that Article 9 of Directive 95/46 should be addressed in the first place to that person. However, the fact that the data on the internet page in question are covered by journalism or artistic or literary expression, within the meaning of Article 9 of Directive 95/46, cannot have the consequence of preventing the operator of a search engine, who, as I have stated above, is subject to the obligations laid down in Article 8 of that directive, from relying on Article 9 of Directive 95/46.

87. The fact that the data on an internet page come within Article 9 of that directive must constitute a circumstance that may allow a request for de-referencing to be refused.

88. Article 9 of Directive 95/46 gives concrete expression at the level of secondary law to freedom of expression and of information and also to freedom of the media, enshrined in Article 11 of the Charter. In other words, when the right to respect for privacy and the right to protection of data under Articles 7 and 8 of the Charter, on the one hand, are weighed against the right of the public to access the information at issue, on the other hand, the fact that that information comes from the pen of a journalist or constitutes an artistic or literary expression is a factor that must be taken into account.

89. To summarise, although certain of the Court's reasoning could have been formulated more clearly in the judgment in Google Spain and Google, (46) it cannot be precluded that freedom of expression is not to be taken into account in the examination of compliance with the conditions laid down in Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 carried out in that judgment. To my mind, when weighing up the interest of potentially interested internet users in having access to an internet page via a search conducted on the basis of the data subject's name against that data subject's fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, it is also necessary to take into account the freedom of expression and freedom to receive and impart information of publishers and internet users guaranteed by Article 11 of the Charter.

90. I find support for that analysis in the Guidelines, which state that '[Data Protection Authorities] recognise that depending on the context, it may be relevant to consider whether the information was published for a journalistic purpose. The fact that information is published by a journalist whose job is to inform the public is a factor to weigh in the balance. However, this criterion alone does not provide a sufficient basis for refusing a request, since the [judgment of the Court] clearly distinguishes between the legal basis for publication by the media, and the legal basis for search engines to organise search results based on a person's name'. (47)

91. Finally, it should be observed that Article 17 of Regulation 2016/679, which now codifies the 'right to be forgotten', provides, in paragraph 3(a), for an exception to that right where processing is necessary for exercising the right of freedom of expression and information. That exception applies to all the grounds that may substantiate a right to be forgotten that are set out in Article 17(1) of Regulation 2016/679 and therefore even, for example, in a situation where the personal data have been unlawfully processed (paragraph 1(d)). Regulation 2016/679 therefore recognises a limitation of the right to de-referencing for reasons relating to freedom of expression and information, even if the processing concerns sensitive data.

92. I therefore propose that the Court's answer to the second question should be that, under Article 8(1) and (5) of Directive 95/46, an operator of a search engine is required to systematically grant requests for de-referencing that relate to links leading to web pages containing sensitive data referred to in that provision, subject to the exceptions provided for in Directive 95/46, such as those provided for in Article 8(2)(a) and (e) of that directive. Conversely, the fact that the data on the internet page at issue come within Article 9 of Directive 95/46 constitutes a circumstance that may allow a request for de-referencing to be refused. In such a situation, the operator of a search engine must weigh up, on the one hand, the right to respect for privacy and the right to protection of the data under Articles 7 and 8 of the Charter and, on the other, the right of the public to have

access to the information at issue and also the right to freedom of expression of the person from whom the information emanates, on the basis of Article 11 of the Charter.

D. Third question

93. As the third question is raised 'if [the first question] should be answered in the negative', and I propose that it should be answered in the affirmative, there is no need to answer the third question.

E. Fourth question

94. The fourth question consists of two parts.

95. By the first part of this question, the referring court asks the Court whether, when the person making the request establishes that the personal data published on the internet page to which the link at issue leads have become incomplete or inaccurate, or are no longer up to date, the operator of a search engine is required to grant the request for de-referencing.

96. The referring court thus seeks to ascertain whether such an obligation exists when the person making the request shows that, having regard to the conduct of the legal proceedings, the information relating to an earlier stage of those proceedings is no longer consistent with the current reality of his situation.

97. By the second part of the fourth question, which refers in particular to the main proceedings involving B.H. and E.D., the referring court seeks to ascertain whether the information relating to the investigation of an individual or reporting a trial and the resulting conviction and sentencing constitutes data relating to offences and to criminal convictions, within the meaning of Article 8(5) of Directive 95/46, and, in particular, whether a web page comprising data referring to the convictions of or legal proceedings involving a natural person fall within the ambit of that provision.

98. It is appropriate to answer the second part before the first part.

99. In accordance with Article 8(5) of Directive 95/46, processing of data relating to offences, criminal convictions or security measures may be carried out only under the control of official authority, or if suitable specific safeguards are provided under national law, subject to derogations which may be granted by the Member State under national provisions providing suitable specific safeguards. However, a complete register of criminal convictions may be kept only under the control of official authority. Member States may provide that data relating to administrative sanctions or judgments in civil cases are also to be processed under the control of official authority.

100. I am of the view that information relating to legal proceedings published on internet pages, such as those at issue in the cases involving B.H. and E.D., constitutes data within the meaning of Article 8(5) of Directive 95/46. Even if criminal proceedings have not resulted in a conviction, the data in question are data relating to an offence.

101. There remains the first part of the fourth question, relating to the conclusions that must be drawn from that finding as regards articles, in particular press articles, which report an earlier stage of legal proceedings and which by definition are no longer up to date.

102. Having regard to the answer proposed in the context of the third part of the second question, I consider that, in the case of a press article, it is appropriate to take a nuanced approach, in so far as the data in question are personal data reported solely for journalistic purposes.

103. In that regard, in the words of the Guidelines, 'EU Member States may have different approaches as to the public availability of information about offenders and their offences. Specific legal provisions may exist which have an impact on the availability of such information over time. [Data Protection Authorities] will handle such cases in accordance with the relevant national principles and approaches. As a rule, [Data Protection Authorities] are more likely to consider the [de-referencing] of search results relating to relatively minor offences that happened a long time ago, whilst being less likely to consider the [de-referencing] of results relating to more serious ones that happened more recently. However, these issues call for careful consideration and will be handled on a case-by-case basis'. (48)

104. By the same token, I consider that it would be appropriate to carry out an examination on a case-by-case basis, in which the operator of a search engine would be required to weigh up, on the one hand, the right to respect for privacy and the right to protection of data under Articles 7 and 8 of the Charter and, on the other, the right of the public to have access to the information in question, while taking account of the fact that that information is journalistic information or constitutes an artistic or literary expression.

VI. Conclusion

105. Having regard to all of the foregoing considerations, I propose that the Court should answer the questions for a preliminary ruling submitted by the Conseil d'État (Council of State, France) as follows:

(1) Within the framework of the responsibilities, powers and capabilities of an operator of a search engine, Article 8(1) and (5) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data

and on the free movement of such data applies, in principle, to the activities of such an operator of a search engine.

(2) The referencing of an internet page comprising data reporting the committing of an offence and criminal proceedings comes within the scope of Article 8(5) of Directive 95/46.

(3) Under Article 8(1) and (5) of Directive 95/46, an operator of a search engine is required to systematically grant requests for de-referencing that relate to links leading to web pages containing sensitive data referred to in that provision, subject to the exceptions provided for in Directive 95/46, such as those provided for in Article 8(2)(a) and (e) of that directive.

(4) Conversely, the fact that the data on the internet page at issue come within Article 9 of Directive 95/46 constitutes a circumstance that may allow a request for de-referencing to be refused. In such a situation, the operator of a search engine must weigh up, on the one hand, the right to respect for privacy and the right to protection of the data under Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and, on the other, the right of the public to have access to the information at issue and also the right to freedom of expression of the person from whom the information emanates, on the basis of Article 11 of the Charter.

[1] Original language: French.

[2] Directive of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

[3] C-131/12, EU:C:2014:317.

[4] Although that judgment does not mention that expression, it has become current in practice and has even been used in secondary law: see Article 17 of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46 (General Data Protection Regulation) (OJ 2016 L 119, p. 1), and corrigendum (OJ 2018 L 127, p. 2).

[5] I shall return to that judgment in detail in the legal analysis.

[6] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[7] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[8] Pursuant to Article 99(2) of Regulation 2016/679.

[9] See Article 94(1) of Regulation 2016/679.

[10] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[11] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 1 of the operative part).

[12] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 3 of the operative part).

[13] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 4 of the operative part).

[14] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 4 of the operative part).

[15] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[16] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[17] See Opinion of Advocate General Jääskinen in Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2013:424, point 90).

[18] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[19] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[20] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 38). Emphasis added. This passage is essentially repeated in paragraph 83 of that judgment.

[21] As the words ‘must ensure’ show.

[22] In fact, Google submits, correctly in my view, that it is not in a position to examine, page by page, every site searched and indexed in order to ensure that its content is consistent with the applicable laws or to determine whether it contains personal data that might be classified in the European Union as sensitive, inaccurate or incomplete, as having been published unlawfully or as relating to offences or criminal convictions.

[23] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[24] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[25] See paragraph 88 of that judgment and paragraph 3 of the operative part.

[26] See paragraph 99 of the judgment and paragraph 4 of the operative part.

[27] With the entry into force of Regulation 2016/679, this working group was replaced by the European Data Protection Board (see Article 68 and Article 94(2) of Regulation 2016/679).

[28] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[29] Available at the following address: http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf.

[30] See p. 14 of the Guidelines.

[31] See p. 20 of the Guidelines.

[32] Even though the exceptions are more numerous than those provided for in Article 8 of Directive 95/46. See Article 9(2) of Regulation 2016/679.

[33] See Article 9(1) of Regulation 2016/679, which also covers the processing of genetic data, biometric data for the purpose of uniquely identifying a natural person and data concerning a natural person's sexual orientation.

[34] In accordance with Article 2(h) of Directive 95/46, 'the data subject's consent' is to mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed.

[35] For example, the exception in subparagraph (a) should constitute a somewhat theoretical situation, since a request for de-referencing logically assumes that at least on the date of that request the person making the request no longer consents to the processing by the operator of the search engine. In addition, the exceptions listed in Article 8(2)(b) (employment law) and (d) (activities of a foundation etc.) do not seem to me to be capable of applying to a search engine. In any event, they are not referred to in the questions for a preliminary ruling.

[36] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[37] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 85).

[38] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[39] See ECtHR, 10 March 2009, Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (Nos 1 and 2), CE:ECHR:2009:0310JUD000300203, § 27, and ECtHR, 10 January 2013, Ashby Donald and Others v. France, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 34.

[40] The internet site 'The Pirate Bay'. On the functioning of that site, see also my Opinion in Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:99).

[41] Which is the counterpart of Article 11 of the Charter.

[42] See decision of the ECtHR of 19 February 2013, Neij and Sunde v. Sweden, application No 40397/12, § 10.

[43] See judgment of 16 February 2012, SABAM (C-360/10, EU:C:2012:85, paragraph 48).

[44] See Opinion of Advocate General Jääskinen in Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2013:424, point 121).

[45] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[46] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[47] See p. 22 of the Guidelines.

[48] See p. 23 of the Guidelines.

AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

24 September 2019 (*)

(Reference for a preliminary ruling — Personal data — Protection of individuals with regard to the processing of such data — Directive 95/46/EC — Regulation (EU) 2016/679 — Internet search engines — Processing of data on web pages — Territorial scope of the right to de-referencing)

In Case C-507/17,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Conseil d'État (Council of State, France), made by decision of 19 July 2017, received at the Court on 21 August 2017, in the proceedings

Google LLC, successor in law to Google Inc.,

v

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL),

in the presence of:

Wikimedia Foundation Inc.,

Fondation pour la liberté de la presse,

Microsoft Corp.,

Reporters Committee for Freedom of the Press and Others,

Article 19 and Others,

Internet Freedom Foundation and Others,

Défenseur des droits,

THE COURT (Grand Chamber),

composed of K. Lenaerts, President, A. Arabadjiev, E. Regan, T. von Danwitz, C. Toader and F. Biltgen, Presidents of Chambers, M. Ilešič (Rapporteur), L. Bay Larsen, M. Safjan, D. Šváby, C.G. Fernlund, C. Vajda and S. Rodin, judges,

Advocate General: M. Szpunar,

Registrar: V. Giacobbo-Peyronnel, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 11 September 2018,

after considering the observations submitted on behalf of:

– Google LLC, by P. Spinosi, Y. Pelosi and W. Maxwell, avocats,

– the Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), by I. Falque-Pierrotin, J. Lessi and G. Le Grand, acting as Agents,

– Wikimedia Foundation Inc., by C. Rameix-Seguin, avocate,

– the Fondation pour la liberté de la presse, by T. Haas, avocat,

– Microsoft Corp., by E. Piwnica, avocat,

– the Reporters Committee for Freedom of the Press and Others, by F. Louis, avocat, and by H.-G. Kamann, C. Schwedler and M. Braun, Rechtsanwälte,

– Article 19 and Others, by G. Tapie, avocat, G. Facenna QC, and E. Metcalfe, Barrister,

– Internet Freedom Foundation and Others, by T. Haas, avocat,

– the Défenseur des droits, by J. Toubon, acting as Agent,

– the French Government, by D. Colas, R. Coesme, E. de Moustier and S. Ghiandoni, acting as Agents,

– Ireland, by M. Browne, G. Hodge, J. Quaney and A. Joyce, acting as Agents, and by M. Gray, Barrister-at-Law,

– the Greek Government, by E.-M. Mamouna, G. Papadaki, E. Zisi and S. Papaioannou, acting as Agents,

– the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, and by R. Guizzi, avvocato dello Stato,

– the Austrian Government, by G. Eberhard and G. Kunnert, acting as Agents,

– the Polish Government, by B. Majczyna, M. Pawlicka and J. Sawicka, acting as Agents,

– the European Commission, by A. Buchet, H. Kranenborg and D. Nardi, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 10 January 2019,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

2. The request has been made in proceedings between Google LLC, successor in law to Google Inc., and the Commission nationale de l'informatique et des libertés (French Data Protection Authority, France) ('the CNIL') concerning a penalty of EUR 100 000 imposed by the CNIL on Google because of that company's refusal, when granting a de-referencing request, to apply it to all its search engine's domain name extensions.

Legal context

European Union law

Directive 95/46

3. According to Article 1(1) thereof, the purpose of Directive 95/46 is to protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, and to remove obstacles to the free movement of such data.

4. Recitals 2, 7, 10, 18, 20 and 37 of Directive 95/46 state:

'(2) Whereas data-processing systems are designed to serve man; whereas they must, whatever the nationality or residence of natural persons, respect their fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, and contribute to … the well-being of individuals;

…

(7) Whereas the difference in levels of protection of the rights and freedoms of individuals, notably the right to privacy, with regard to the processing of personal data afforded in the Member States may prevent the transmission of such data from the territory of one Member State to that of another

Member State; whereas this difference may therefore constitute an obstacle to the pursuit of a number of economic activities at Community level …

…

(10) Whereas the object of the national laws on the processing of personal data is to protect fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, which is recognised both in Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[, signed in Rome on 4 November 1950,] and in the general principles of Community law; whereas, for that reason, the approximation of those laws must not result in any lessening of the protection they afford but must, on the contrary, seek to ensure a high level of protection in the Community;

…

(18) Whereas, in order to ensure that individuals are not deprived of the protection to which they are entitled under this Directive, any processing of personal data in the Community must be carried out in accordance with the law of one of the Member States; …

…

(20) Whereas the fact that the processing of data is carried out by a person established in a third country must not stand in the way of the protection of individuals provided for in this Directive; whereas in these cases, the processing should be governed by the law of the Member State in which the means used are located, and there should be guarantees to ensure that the rights and obligations provided for in this Directive are respected in practice;

…

(37) Whereas the processing of personal data for purposes of journalism or for purposes of literary [or] artistic expression, in particular in the audiovisual field, should qualify for exemption from the requirements of certain provisions of this Directive in so far as this is necessary to reconcile the fundamental rights of individuals with freedom of information and notably the right to receive and impart information, as guaranteed in particular in Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; whereas Member States should therefore lay down exemptions and derogations necessary for the purpose of balance between fundamental rights as regards general measures on the legitimacy of data processing …'

5. Article 2 of that directive provides:

'For the purposes of this Directive:

(a) “personal data” shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (“data subject”); …

(b) “processing of personal data” (“processing”) shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

…

(d) “controller” shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; …

…’

6. Article 4 of that directive, entitled ‘National law applicable’, provides:

‘1. Each Member State shall apply the national provisions it adopts pursuant to this Directive to the processing of personal data where:

(a) the processing is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of the Member State; when the same controller is established on the territory of several Member States, he must take the necessary measures to ensure that each of these establishments complies with the obligations laid down by the national law applicable;

(b) the controller is not established on the Member State’s territory, but in a place where its national law applies by virtue of international public law;

(c) the controller is not established on Community territory and, for purposes of processing personal data makes use of equipment, automated or otherwise, situated on the territory of the said Member State, unless such equipment is used only for purposes of transit through the territory of the Community.

2. In the circumstances referred to in paragraph 1(c), the controller must designate a representative established in the territory of that Member State, without prejudice to legal actions which could be initiated against the controller himself.’

7. Article 9 of Directive 95/46, entitled ‘Processing of personal data and freedom of expression’, states:

‘Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.’

8. Article 12 of that directive, entitled ‘Right of access’, provides:

‘Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller:

…

(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data;

…’

9. Article 14 of that directive, entitled ‘The data subject’s right to object’, provides:

‘Member States shall grant the data subject the right:

(a) at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f), to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data;

…’

10. Article 24 of Directive 95/46, entitled ‘Sanctions’, provides:

‘The Member States shall adopt suitable measures to ensure the full implementation of the provisions of this Directive and shall in particular lay down the sanctions to be imposed in case of infringement of the provisions adopted pursuant to this Directive.’

11. Article 28 of that directive, entitled ‘Supervisory authority’, is worded as follows:

‘1. Each Member State shall provide that one or more public authorities are responsible for monitoring the application within its territory of the provisions adopted by the Member States pursuant to this Directive.

…

3. Each authority shall in particular be endowed with:

– investigative powers, such as powers of access to data forming the subject matter of processing operations and powers to collect all the information necessary for the performance of its supervisory duties,

– effective powers of intervention, such as, for example, that of … ordering the blocking, erasure or destruction of data, [or] of imposing a temporary or definitive ban on processing …

…

Decisions by the supervisory authority which give rise to complaints may be appealed against through the courts.

4. Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person, or by an association representing that person, concerning the protection of his rights and freedoms in regard to the processing of personal data. The person concerned shall be informed of the outcome of the claim.

…

6. Each supervisory authority is competent, whatever the national law applicable to the processing in question, to exercise, on the territory of its own Member State, the powers conferred on it in accordance with paragraph 3. Each authority may be requested to exercise its powers by an authority of another Member State.

The supervisory authorities shall cooperate with one another to the extent necessary for the performance of their duties, in particular by exchanging all useful information.

…'

Regulation (EU) 2016/679

12. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46 (General Data Protection Regulation) (OJ 2016 L 119, p. 1, and Corrigendum OJ 2018 L 127, p. 2), which is based on Article 16 TFEU, is applicable, pursuant to Article 99(2) thereof, from 25 May 2018. Article 94(1) of that regulation provides that Directive 95/46 is repealed with effect from that date.

13. Recitals 1, 4, 9 to 11, 13, 22 to 25 and 65 of that regulation state:

'(1) The protection of natural persons in relation to the processing of personal data is a fundamental right. Article 8(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ("the Charter") and Article 16(1) [TFEU] provide that everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.

…

(4) The processing of personal data should be designed to serve mankind. The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality. This Regulation respects all fundamental rights and observes the freedoms and principles recognised in the Charter as enshrined in the Treaties, in particular the respect for private and family life, … the protection of personal data, freedom of thought, conscience and religion, freedom of expression and information [and] freedom to conduct a business …

…

(9) … Directive 95/46 … has not prevented fragmentation in the implementation of data protection across the Union … Differences in the level of protection … in the Member States may prevent the free flow of personal data throughout the Union. Those differences may therefore constitute an obstacle to the pursuit of economic activities at the level of the Union …

(10) In order to ensure a consistent and high level of protection of natural persons and to remove the obstacles to flows of personal data within the Union, the level of protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of such data should be equivalent in all Member States. …

(11) Effective protection of personal data throughout the Union requires the strengthening and setting out in detail of the rights of data subjects and the obligations of those who process and determine the processing of personal data, as well as equivalent powers for monitoring and ensuring compliance with the rules for the protection of personal data and equivalent sanctions for infringements in the Member States.

…

(13) In order to ensure a consistent level of protection for natural persons throughout the Union and to prevent divergences hampering the free movement of personal data within the internal market, a Regulation is necessary to provide legal certainty and transparency for economic operators, … and to provide natural persons in all Member States with the same level of legally enforceable rights and obligations and responsibilities for controllers and processors, to ensure consistent monitoring of the processing of personal data, and equivalent sanctions in all Member States as well as effective cooperation between the supervisory authorities of different Member States. The proper functioning of the internal market requires that the free movement of personal

data within the Union is not restricted or prohibited for reasons connected with the protection of natural persons with regard to the processing of personal data. …

…

(22) Any processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union should be carried out in accordance with this Regulation, regardless of whether the processing itself takes place within the Union. …

(23) In order to ensure that natural persons are not deprived of the protection to which they are entitled under this Regulation, the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or a processor not established in the Union should be subject to this Regulation where the processing activities are related to offering goods or services to such data subjects irrespective of whether connected to a payment. In order to determine whether such a controller or processor is offering goods or services to data subjects who are in the Union, it should be ascertained whether it is apparent that the controller or processor envisages offering services to data subjects in one or more Member States in the Union. …

(24) The processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union should also be subject to this Regulation when it is related to the monitoring of the behaviour of such data subjects in so far as their behaviour takes place within the Union. In order to determine whether a processing activity can be considered to monitor the behaviour of data subjects, it should be ascertained whether natural persons are tracked on the internet including potential subsequent use of personal data processing techniques which consist of profiling a natural person, particularly in order to take decisions concerning her or him or for analysing or predicting her or his personal preferences, behaviours and attitudes.

(25) Where Member State law applies by virtue of public international law, this Regulation should also apply to a controller not established in the Union, such as in a Member State's diplomatic mission or consular post.

…

(65) A data subject should have … a "right to be forgotten" where the retention of such data infringes this Regulation or Union or Member State law to which the controller is subject … However, the further retention of the personal data should be lawful where it is necessary, for exercising the right of freedom of expression and information …'

14. Article 3 of Regulation 2016/679, entitled 'Territorial scope', is worded as follows:

‘1. This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.

2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to:

(a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or

(b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.

3. This Regulation applies to the processing of personal data by a controller not established in the Union, but in a place where Member State law applies by virtue of public international law.’

15. Article 4(23) of that regulation defines the concept of ‘cross-border processing’ as follows:

‘(a) processing of personal data which takes place in the context of the activities of establishments in more than one Member State of a controller or processor in the Union where the controller or processor is established in more than one Member State; or

(b) processing of personal data which takes place in the context of the activities of a single establishment of a controller or processor in the Union but which substantially affects or is likely to substantially affect data subjects in more than one Member State’.

16. Article 17 of that regulation, entitled ‘Right to erasure (“right to be forgotten”)’, is worded as follows:

‘1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

(a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

(b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;

(c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);

(d) the personal data have been unlawfully processed;

(e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;

(f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).

…

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary:

(a) for exercising the right of freedom of expression and information;

…'

17. Article 21 of that regulation, entitled 'Right to object', provides, in paragraph 1 thereof:

'The data subject shall have the right to object, on grounds relating to his or her particular situation, at any time to processing of personal data concerning him or her which is based on point (e) or (f) of Article 6(1), including profiling based on those provisions. The controller shall no longer process the personal data unless the controller demonstrates compelling legitimate grounds for the processing which override the interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims.'

18. Article 55 of Regulation 2016/679, entitled 'Competence', which forms part of Chapter VI of that regulation, itself entitled 'Independent supervisory authorities', provides, in paragraph 1 thereof:

'Each supervisory authority shall be competent for the performance of the tasks assigned to and the exercise of the powers conferred on it in accordance with this Regulation on the territory of its own Member State.'

19. Article 56 of that regulation, entitled 'Competence of the lead supervisory authority', states:

'1. Without prejudice to Article 55, the supervisory authority of the main establishment or of the single establishment of the controller or processor shall be competent to act as lead supervisory authority for the cross-border processing carried out by that controller or processor in accordance with the procedure provided in Article 60.

2. By derogation from paragraph 1, each supervisory authority shall be competent to handle a complaint lodged with it or a possible infringement of this Regulation, if the subject matter relates

only to an establishment in its Member State or substantially affects data subjects only in its Member State.

3. In the cases referred to in paragraph 2 of this Article, the supervisory authority shall inform the lead supervisory authority without delay on that matter. Within a period of three weeks after being informed the lead supervisory authority shall decide whether or not it will handle the case in accordance with the procedure provided in Article 60, taking into account whether or not there is an establishment of the controller or processor in the Member State of which the supervisory authority informed it.

4. Where the lead supervisory authority decides to handle the case, the procedure provided in Article 60 shall apply. The supervisory authority which informed the lead supervisory authority may submit to the lead supervisory authority a draft for a decision. The lead supervisory authority shall take utmost account of that draft when preparing the draft decision referred to in Article 60(3).

5. Where the lead supervisory authority decides not to handle the case, the supervisory authority which informed the lead supervisory authority shall handle it according to Articles 61 and 62.

6. The lead supervisory authority shall be the sole interlocutor of the controller or processor for the cross-border processing carried out by that controller or processor.'

20. Article 58 of that regulation, entitled 'Powers', provides, in paragraph 2 thereof:

'Each supervisory authority shall have all of the following corrective powers:

…

(g) to order the … erasure of personal data … pursuant to … [Article] … 17 …;

…

(i) to impose an administrative fine … in addition to, or instead of measures referred to in this paragraph, depending on the circumstances of each individual case.'

21. Under Chapter VII of Regulation 2016/679, entitled 'Cooperation and consistency', Section I, entitled 'Cooperation', includes Articles 60 to 62 of that regulation. Article 60, entitled 'Cooperation between the lead supervisory authority and the other supervisory authorities concerned', provides:

'1. The lead supervisory authority shall cooperate with the other supervisory authorities concerned in accordance with this Article in an endeavour to reach consensus. The lead supervisory authority and the supervisory authorities concerned shall exchange all relevant information with each other.

2. The lead supervisory authority may request at any time other supervisory authorities concerned to provide mutual assistance pursuant to Article 61 and may conduct joint operations pursuant to Article 62, in particular for carrying out investigations or for monitoring the implementation of a measure concerning a controller or processor established in another Member State.

3. The lead supervisory authority shall, without delay, communicate the relevant information on the matter to the other supervisory authorities concerned. It shall without delay submit a draft decision to the other supervisory authorities concerned for their opinion and take due account of their views.

4. Where any of the other supervisory authorities concerned within a period of four weeks after having been consulted in accordance with paragraph 3 of this Article, expresses a relevant and reasoned objection to the draft decision, the lead supervisory authority shall, if it does not follow the relevant and reasoned objection or is of the opinion that the objection is not relevant or reasoned, submit the matter to the consistency mechanism referred to in Article 63.

5. Where the lead supervisory authority intends to follow the relevant and reasoned objection made, it shall submit to the other supervisory authorities concerned a revised draft decision for their opinion. That revised draft decision shall be subject to the procedure referred to in paragraph 4 within a period of two weeks.

6. Where none of the other supervisory authorities concerned has objected to the draft decision submitted by the lead supervisory authority within the period referred to in paragraphs 4 and 5, the lead supervisory authority and the supervisory authorities concerned shall be deemed to be in agreement with that draft decision and shall be bound by it.

7. The lead supervisory authority shall adopt and notify the decision to the main establishment or single establishment of the controller or processor, as the case may be and inform the other supervisory authorities concerned and the Board of the decision in question, including a summary of the relevant facts and grounds. The supervisory authority with which a complaint has been lodged shall inform the complainant on the decision.

8. By derogation from paragraph 7, where a complaint is dismissed or rejected, the supervisory authority with which the complaint was lodged shall adopt the decision and notify it to the complainant and shall inform the controller thereof.

9. Where the lead supervisory authority and the supervisory authorities concerned agree to dismiss or reject parts of a complaint and to act on other parts of that complaint, a separate decision shall be adopted for each of those parts of the matter. …

10. After being notified of the decision of the lead supervisory authority pursuant to paragraphs 7 and 9, the controller or processor shall take the necessary measures to ensure compliance with the decision as regards processing activities in the context of all its establishments in the Union. The controller or processor shall notify the measures taken for complying with the decision to the lead supervisory authority, which shall inform the other supervisory authorities concerned.

11. Where, in exceptional circumstances, a supervisory authority concerned has reasons to consider that there is an urgent need to act in order to protect the interests of data subjects, the urgency procedure referred to in Article 66 shall apply.

…'

22. Article 61 of that regulation, entitled 'Mutual assistance', states, in paragraph 1 thereof:

'Supervisory authorities shall provide each other with relevant information and mutual assistance in order to implement and apply this Regulation in a consistent manner, and shall put in place measures for effective cooperation with one another. Mutual assistance shall cover, in particular, information requests and supervisory measures, such as requests to carry out prior authorisations and consultations, inspections and investigations.'

23. Article 62 of that regulation, entitled 'Joint operations of supervisory authorities', provides:

'1. The supervisory authorities shall, where appropriate, conduct joint operations including joint investigations and joint enforcement measures in which members or staff of the supervisory authorities of other Member States are involved.

2. Where the controller or processor has establishments in several Member States or where a significant number of data subjects in more than one Member State are likely to be substantially affected by processing operations, a supervisory authority of each of those Member States shall have the right to participate in joint operations. …'

24. Section 2, entitled 'Consistency', of Chapter VII of Regulation 2016/679 includes Articles 63 to 67 of that regulation. Article 63, entitled 'Consistency mechanism', is worded as follows:

'In order to contribute to the consistent application of this Regulation throughout the Union, the supervisory authorities shall cooperate with each other and, where relevant, with the Commission, through the consistency mechanism as set out in this Section.'

25. Article 65 of that regulation, entitled 'Dispute resolution by the Board', provides, in paragraph 1 thereof:

‘In order to ensure the correct and consistent application of this Regulation in individual cases, the Board shall adopt a binding decision in the following cases:

(a) where, in a case referred to in Article 60(4), a supervisory authority concerned has raised a relevant and reasoned objection to a draft decision of the lead supervisory authority and the lead supervisory authority has not followed the objection or has rejected such an objection as being not relevant or reasoned. The binding decision shall concern all the matters which are the subject of the relevant and reasoned objection, in particular whether there is an infringement of this Regulation;

(b) where there are conflicting views on which of the supervisory authorities concerned is competent for the main establishment;

…’

26. Article 66 of that regulation, entitled ‘Urgency procedure’, provides, in paragraph 1 thereof:

‘In exceptional circumstances, where a supervisory authority concerned considers that there is an urgent need to act in order to protect the rights and freedoms of data subjects, it may, by way of derogation from the consistency mechanism referred to in Articles 63, 64 and 65 or the procedure referred to in Article 60, immediately adopt provisional measures intended to produce legal effects on its own territory with a specified period of validity which shall not exceed three months. The supervisory authority shall, without delay, communicate those measures and the reasons for adopting them to the other supervisory authorities concerned, to the Board and to the Commission.’

27. Article 85 of Regulation 2016/679, entitled ‘Processing and freedom of expression and information’, states:

‘1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including processing for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For processing carried out for journalistic purposes or the purpose of academic, artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from Chapter II (principles), Chapter III (rights of the data subject), Chapter IV (controller and processor), Chapter V (transfer of personal data to third countries or international organisations), Chapter VI (independent supervisory authorities), Chapter VII (cooperation and consistency) and Chapter IX (specific data processing situations) if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

…’

French law

28. Directive 95/46 is implemented in French law by loi n° 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés (Law No 78-17 of 6 January 1978 on information technology, data files and civil liberties), in the version applicable to the events in the main proceedings (‘the Law of 6 January 1978’).

29. Article 45 of that law specifies that where the controller fails to fulfil the obligations laid down in that law, the President of the CNIL may serve notice on him to bring the established infringement to an end within a period which the President is to determine. If the controller does not comply with the formal notice served on him, the Select Panel of the CNIL may, after hearing both parties, impose, inter alia, a financial penalty.

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

30. By decision of 21 May 2015, the President of the CNIL served formal notice on Google that, when granting a request from a natural person for links to web pages to be removed from the list of results displayed following a search conducted on the basis of that person’s name, it must apply that removal to all its search engine’s domain name extensions.

31. Google refused to comply with that formal notice, confining itself to removing the links in question from only the results displayed following searches conducted from the domain names corresponding to the versions of its search engine in the Member States.

32. The CNIL also regarded as insufficient Google’s further ‘geo-blocking’ proposal, made after expiry of the time limit laid down in the formal notice, whereby internet users would be prevented from accessing the results at issue from an IP (Internet Protocol) address deemed to be located in the State of residence of a data subject after conducting a search on the basis of that data subject’s name, no matter which version of the search engine they used.

33. By an adjudication of 10 March 2016, the CNIL, after finding that Google had failed to comply with that formal notice within the prescribed period, imposed a penalty on that company of EUR 100 000, which was made public.

34. By application lodged with the Conseil d’État (Council of State, France), Google seeks annulment of that adjudication.

35. The Conseil d'État notes that the processing of personal data carried out by the search engine operated by Google falls within the scope of the Law of 6 January 1978, in view of the activities of promoting and selling advertising space carried on in France by its subsidiary Google France.

36. The Conseil d'État also notes that the search engine operated by Google is broken down into different domain names by geographical extensions, in order to tailor the results displayed to the specificities, particularly the linguistic specificities, of the various States in which that company carries on its activities. Where the search is conducted from 'google.com', Google, in principle, automatically redirects that search to the domain name corresponding to the State from which that search is deemed to have been made, as identified by the internet user's IP address. However, regardless of his or her location, the internet user remains free to conduct his or her searches using the search engine's other domain names. Moreover, although the results may differ depending on the domain name from which the search is conducted on the search engine, it is common ground that the links displayed in response to a search derive from common databases and common indexing.

37. The Conseil d'État considers that, having regard, first, to the fact that Google's search engine domain names can all be accessed from French territory and, secondly, to the existence of gateways between those various domain names, as illustrated in particular by the automatic redirection mentioned above, as well as by the presence of cookies on extensions of that search engine other than the one on which they were initially deposited, that search engine, which, moreover, has been the subject of only one declaration to the CNIL, must be regarded as carrying out a single act of personal data processing for the purposes of applying the Law of 6 January 1978. As a result, the processing of personal data by the search engine operated by Google is carried out within the framework of one of its installations, Google France, established on French territory, and is therefore subject to the Law of 6 January 1978.

38. Before the Conseil d'État, Google maintains that the penalty at issue is based on a misinterpretation of the provisions of the Law of 6 January 1978, which transpose Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, on the basis of which the Court, in its judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317), recognised a 'right to de-referencing'. Google argues that this right does not necessarily require that the links at issue are to be removed, without geographical limitation, from all its search engine's domain names. In addition, by adopting such an interpretation, the CNIL disregarded the principles of courtesy and non-interference recognised by public international law and

disproportionately infringed the freedoms of expression, information, communication and the press guaranteed, in particular, by Article 11 of the Charter.

39. Having noted that this line of argument raises several serious difficulties regarding the interpretation of Directive 95/46, the Conseil d'État has decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

'(1) Must the "right to de-referencing", as established by the [Court] in its judgment of 13 May 2014, [Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317),] on the basis of the provisions of [Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14] of Directive [95/46], be interpreted as meaning that a search engine operator is required, when granting a request for de-referencing, to deploy the de-referencing to all of the domain names used by its search engine so that the links at issue no longer appear, irrespective of the place from where the search initiated on the basis of the requester's name is conducted, and even if it is conducted from a place outside the territorial scope of Directive [95/46]?

(2) In the event that Question 1 is answered in the negative, must the "right to de-referencing", as established by the [Court] in the judgment cited above, be interpreted as meaning that a search engine operator is required, when granting a request for de-referencing, only to remove the links at issue from the results displayed following a search conducted on the basis of the requester's name on the domain name corresponding to the State in which the request is deemed to have been made or, more generally, on the domain names distinguished by the national extensions used by that search engine for all of the Member States …?

3. Moreover, in addition to the obligation mentioned in Question 2, must the "right to de-referencing" as established by the [Court] in its judgment cited above, be interpreted as meaning that a search engine operator is required, when granting a request for de-referencing, to remove the results at issue, by using the "geo-blocking" technique, from searches conducted on the basis of the requester's name from an IP address deemed to be located in the State of residence of the person benefiting from the "right to de-referencing", or even, more generally, from an IP address deemed to be located in one of the Member States subject to Directive [95/46], regardless of the domain name used by the internet user conducting the search?'

Consideration of the questions referred

40. The case in the main proceedings is the result of a dispute between Google and the CNIL as to how a search engine operator, where it establishes that a data subject is entitled to have one or more links to web pages containing personal data concerning him or her removed from the list of results which is displayed following a search conducted on the basis of his or her name, is to give

effect to that right to de-referencing. Although Directive 95/46 was applicable on the date the request for a preliminary ruling was made, it was repealed with effect from 25 May 2018, from which date Regulation 2016/679 is applicable.

41. The Court will examine the questions referred in the light of both that directive and that regulation in order to ensure that its answers will be of use to the referring court in any event.

42. During the proceedings before the Court, Google explained that, following the bringing of the request for a preliminary ruling, it has implemented a new layout for the national versions of its search engine, in which the domain name entered by the internet user no longer determines the national version of the search engine accessed by that user. Thus, the internet user is now automatically directed to the national version of Google's search engine that corresponds to the place from where he or she is presumed to be conducting the search, and the results of that search are displayed according to that place, which is determined by Google using a geo-location process.

43. In those circumstances, the questions referred, which must be dealt with together, should be understood as seeking to ascertain, in essence, whether Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 and Article 17(1) of Regulation 2016/679 are to be interpreted as meaning that, where a search engine operator grants a request for de-referencing pursuant to those provisions, that operator is required to carry out that de-referencing on all versions of its search engine, or whether, on the contrary, it is required to do so only on the versions of that search engine corresponding to all the Member States, or even only on the version corresponding to the Member State in which the request for de-referencing was made, using, where appropriate, the technique known as 'geo-blocking' in order to ensure that an internet user cannot, regardless of the national version of the search engine used, gain access to the links concerned by the de-referencing in the context of a search conducted from an IP address deemed to be located in the Member State of residence of the person benefiting from the right to de-referencing or, more broadly, in any Member State.

44. As a preliminary point, it should be borne in mind that the Court has held that Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions and in so far as the conditions laid down by those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself

on those pages is lawful (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 88).

45. The Court has also stated that, when appraising the conditions for the application of those same provisions, it should inter alia be examined whether the data subject has a right that the information in question relating to him or her personally should, at that point in time, no longer be linked to his or her name by a list of results displayed following a search made on the basis of his or her name, without it being necessary in order to find such a right that the inclusion of the information in question in that list causes prejudice to the data subject. As the data subject may, in the light of his or her fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, request that the information in question no longer be made available to the general public on account of its inclusion in such a list of results, those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject's name. However, that would not be the case if it appeared, for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, that the interference with his or her fundamental rights is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of its inclusion in the list of results, access to the information in question (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 99).

46. In the context of Regulation 2016/679, that right of a data subject to de-referencing is now based on Article 17 of that regulation, which specifically governs the 'right to erasure', also referred to, in the heading of that article, as the 'right to be forgotten'.

47. Pursuant to Article 17(1) of Regulation 2016/679, a data subject has the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller has the obligation to erase personal data without undue delay where one of the grounds listed in that provision applies. Article 17(3) of that regulation specifies that Article 17(1) does not apply to the extent that processing is necessary for one of the reasons listed in the former provision. Those reasons include, in particular, under Article 17(3)(a) of that regulation, the exercise of the right of, inter alia, freedom of information of internet users.

48. It follows from Article 4(1)(a) of Directive 95/46 and Article 3(1) of Regulation 2016/679 that both that directive and that regulation permit data subjects to assert their right to de-referencing against a search engine operator who has one or more establishments in the territory of the Union in the context of activities involving the processing of personal data concerning those data subjects, regardless of whether that processing takes place in the Union or not.

49. In that regard, the Court has held that the processing of personal data is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of a Member State when the operator of a search engine sets up in a Member State a branch or subsidiary which is intended to promote and sell advertising space offered by that search engine and which orientates its activity towards the inhabitants of that Member State (judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 60).

50. In such circumstances, the activities of the operator of the search engine and those of its establishment situated in the Union are inextricably linked since the activities relating to the advertising space constitute the means of rendering the search engine at issue economically profitable and that search engine is, at the same time, the means enabling those activities to be performed, the display of the list of results being accompanied, on the same page, by the display of advertising linked to the search terms (see, to that effect, judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraphs 56 and 57).

51. That being so, the fact that the search engine is operated by an undertaking that has its seat in a third State cannot result in the processing of personal data carried out for the purposes of the operation of that search engine in the context of the advertising and commercial activity of an establishment of the controller on the territory of a Member State escaping the obligations and guarantees laid down by Directive 95/46 and Regulation 2016/679 (see, to that effect, judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 58).

52. In the present case, it is apparent from the information provided in the order for reference, first, that Google's establishment in French territory carries on, inter alia, commercial and advertising activities, which are inextricably linked to the processing of personal data carried out for the purposes of operating the search engine concerned, and, second, that that search engine must, in view of, inter alia, the existence of gateways between its various national versions, be regarded as carrying out a single act of personal data processing. The referring court considers that, in those circumstances, that act of processing is carried out within the framework of Google's establishment in French territory. It thus appears that such a situation falls within the territorial scope of Directive 95/46 and Regulation 2016/679.

53. By its questions, the referring court seeks to determine the territorial scope which must be conferred on a de-referencing in such a situation.

54. In that regard, it is apparent from recital 10 of Directive 95/46 and recitals 10, 11 and 13 of Regulation 2016/679, which was adopted on the basis of Article 16 TFEU, that the objective of

that directive and that regulation is to guarantee a high level of protection of personal data throughout the European Union.

55. It is true that a de-referencing carried out on all the versions of a search engine would meet that objective in full.

56. The internet is a global network without borders and search engines render the information and links contained in a list of results displayed following a search conducted on the basis of an individual's name ubiquitous (see, to that effect, judgments of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 80, and of 17 October 2017, Bolagsupplysningen and Ilsjan, C-194/16, EU:C:2017:766, paragraph 48).

57. In a globalised world, internet users' access — including those outside the Union — to the referencing of a link referring to information regarding a person whose centre of interests is situated in the Union is thus likely to have immediate and substantial effects on that person within the Union itself.

58. Such considerations are such as to justify the existence of a competence on the part of the EU legislature to lay down the obligation, for a search engine operator, to carry out, when granting a request for de-referencing made by such a person, a de-referencing on all the versions of its search engine.

59. That being said, it should be emphasised that numerous third States do not recognise the right to de-referencing or have a different approach to that right.

60. Moreover, the right to the protection of personal data is not an absolute right, but must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality (see, to that effect, judgment of 9 November 2010, Volker und Markus Schecke and Eifert, C-92/09 and C-93/09, EU:C:2010:662, paragraph 48, and Opinion 1/15 (EU-Canada PNR Agreement) of 26 July 2017, EU:C:2017:592, point 136). Furthermore, the balance between the right to privacy and the protection of personal data, on the one hand, and the freedom of information of internet users, on the other, is likely to vary significantly around the world.

61. While the EU legislature has, in Article 17(3)(a) of Regulation 2016/679, struck a balance between that right and that freedom so far as the Union is concerned (see, to that effect, today's judgment, GC and Others (De-referencing of sensitive data), C-136/17, paragraph 59), it must be found that, by contrast, it has not, to date, struck such a balance as regards the scope of a de-referencing outside the Union.

62. In particular, it is in no way apparent from the wording of Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 or Article 17 of Regulation 2016/679 that the EU legislature would, for the purposes of ensuring that the objective referred to in paragraph 54 above is met, have chosen to confer a scope on the rights enshrined in those provisions which would go beyond the territory of the Member States and that it would have intended to impose on an operator which, like Google, falls within the scope of that directive or that regulation a de-referencing obligation which also concerns the national versions of its search engine that do not correspond to the Member States.

63. Moreover, although Regulation 2016/679 provides the supervisory authorities of the Member States, in Articles 56 and 60 to 66 thereof, with the instruments and mechanisms enabling them, where appropriate, to cooperate in order to come to a joint decision based on weighing a data subject's right to privacy and the protection of personal data concerning him or her against the interest of the public in various Member States in having access to information, it must be found that EU law does not currently provide for such cooperation instruments and mechanisms as regards the scope of a de-referencing outside the Union.

64. It follows that, currently, there is no obligation under EU law, for a search engine operator who grants a request for de-referencing made by a data subject, as the case may be, following an injunction from a supervisory or judicial authority of a Member State, to carry out such a de-referencing on all the versions of its search engine.

65. Having regard to all of the foregoing, a search engine operator cannot be required, under Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 and Article 17(1) of Regulation 2016/679, to carry out a de-referencing on all the versions of its search engine.

66. Regarding the question whether such a de-referencing is to be carried out on the versions of the search engine corresponding to the Member States or only on the version of that search engine corresponding to the Member State of residence of the person benefiting from the de-referencing, it follows from, inter alia, the fact that the EU legislature has now chosen to lay down the rules concerning data protection by way of a regulation, which is directly applicable in all the Member States, which has been done, as is emphasised by recital 10 of Regulation 2016/679, in order to ensure a consistent and high level of protection throughout the European Union and to remove the obstacles to flows of personal data within the Union, that the de-referencing in question is, in principle, supposed to be carried out in respect of all the Member States.

67. However, it should be pointed out that the interest of the public in accessing information may, even within the Union, vary from one Member State to another, meaning that the result of weighing up that interest, on the one hand, and a data subject's rights to privacy and the protection of personal data, on the other, is not necessarily the same for all the Member States, especially since, under Article 9 of Directive 95/46 and Article 85 of Regulation 2016/679, it is for the Member States, in particular as regards processing undertaken solely for journalistic purposes or for the purpose of artistic or literary expression, to provide for the exemptions and derogations necessary to reconcile those rights with, inter alia, the freedom of information.

68. It follows from, inter alia, Articles 56 and 60 of Regulation 2016/679 that, for cross-border processing as defined in Article 4(23) of that regulation, and subject to Article 56(2) thereof, the various national supervisory authorities concerned must cooperate, in accordance with the procedure laid down in those provisions, in order to reach a consensus and a single decision which is binding on all those authorities and with which the controller must ensure compliance as regards processing activities in the context of all its establishments in the Union. Moreover, Article 61(1) of Regulation 2016/679 obliges the supervisory authorities, in particular, to provide each other with relevant information and mutual assistance in order to implement and to apply that regulation in a consistent manner throughout the Union, and Article 63 of that regulation specifies that it is for this purpose that provision has been made for the consistency mechanism set out in Articles 64 and 65 thereof. Lastly, the urgency procedure provided for in Article 66 of Regulation 2016/679 permits the immediate adoption, in exceptional circumstances, where a supervisory authority concerned considers that there is an urgent need to act in order to protect the rights and freedoms of data subjects, of provisional measures intended to produce legal effects on its own territory with a specified period of validity which is not to exceed three months.

69. That regulatory framework thus provides the national supervisory authorities with the instruments and mechanisms necessary to reconcile a data subject's rights to privacy and the protection of personal data with the interest of the whole public throughout the Member States in accessing the information in question and, accordingly, to be able to adopt, where appropriate, a de-referencing decision which covers all searches conducted from the territory of the Union on the basis of that data subject's name.

70. In addition, it is for the search engine operator to take, if necessary, sufficiently effective measures to ensure the effective protection of the data subject's fundamental rights. Those measures must themselves meet all the legal requirements and have the effect of preventing or, at the very least, seriously discouraging internet users in the Member States from gaining access to

the links in question using a search conducted on the basis of that data subject's name (see, by analogy, judgments of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, paragraph 62, and of 15 September 2016, McFadden, C-484/14, EU:C:2016:689, paragraph 96).

71. It is for the referring court to ascertain whether, also having regard to the recent changes made to its search engine as set out in paragraph 42 above, the measures adopted or proposed by Google meet those requirements.

72. Lastly, it should be emphasised that, while, as noted in paragraph 64 above, EU law does not currently require that the de-referencing granted concern all versions of the search engine in question, it also does not prohibit such a practice. Accordingly, a supervisory or judicial authority of a Member State remains competent to weigh up, in the light of national standards of protection of fundamental rights (see, to that effect, judgments of 26 February 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, paragraph 29, and of 26 February 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, paragraph 60), a data subject's right to privacy and the protection of personal data concerning him or her, on the one hand, and the right to freedom of information, on the other, and, after weighing those rights against each other, to order, where appropriate, the operator of that search engine to carry out a de-referencing concerning all versions of that search engine.

73. In the light of all of the foregoing, the answer to the questions referred is that, on a proper construction of Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 and Article 17(1) of Regulation 2016/679, where a search engine operator grants a request for de-referencing pursuant to those provisions, that operator is not required to carry out that de-referencing on all versions of its search engine, but on the versions of that search engine corresponding to all the Member States, using, where necessary, measures which, while meeting the legal requirements, effectively prevent or, at the very least, seriously discourage an internet user conducting a search from one of the Member States on the basis of a data subject's name from gaining access, via the list of results displayed following that search, to the links which are the subject of that request.

Costs

74. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

On a proper construction of Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and of Article 17(1) of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46 (General Data Protection Regulation), where a search engine operator grants a request for de-referencing pursuant to those provisions, that operator is not required to carry out that de-referencing on all versions of its search engine, but on the versions of that search engine corresponding to all the Member States, using, where necessary, measures which, while meeting the legal requirements, effectively prevent or, at the very least, seriously discourage an internet user conducting a search from one of the Member States on the basis of a data subject's name from gaining access, via the list of results displayed following that search, to the links which are the subject of that request.

[Signatures]

* Language of the case: French.

AB Adalet Divanı - C-507/17 - Google Fransa Unutulma Hakkı Kararı - 24 Eylül 2019 - Opinion of Advocate General Szpunar

OPINION OF ADVOCATE GENERAL

SZPUNAR

delivered on 10 January 2019 (1)

Case C-507/17

Google LLC, successor to Google Inc.

v

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL),

intervening parties

Wikimedia Foundation Inc.,

Fondation pour la liberté de la presse,

Microsoft Corp.,

Reporters Committee for Freedom of the Press and Others,

Article 19 and Others,

Internet Freedom Foundation and Others,

Défenseur des droits

(Request for a preliminary ruling from the Conseil d'État (Council of State, France))

(Reference for a preliminary ruling — Personal data — Scope of the right to de-referencing — Judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google, C-131/12 — De-referencing on the domain name extension corresponding to the Member State of the request or on the search engine's domain name extensions corresponding to that search engine's national extensions for all Member States)

I. Introduction

1. The present request for a preliminary ruling from the Conseil d'État (Council of State, France) follows on from the judgment in Google Spain and Google (2) and will provide the Court, in particular, with the opportunity to clarify the territorial scope of Directive 95/46/EC. (3) It is common knowledge that in that case the Court established a 'right to be forgotten' in that, on certain conditions, a person may have internet links de-referenced by the operator of a search engine. In the present case, the Court is requested to clarify the territorial scope of a de-referencing and to determine whether the provisions of Directive 95/46 require de-referencing at national, European or worldwide level.

2. In the present case, I shall propose that the Court adopt a European de-referencing: the operator of a search engine should be required to remove the links of results displayed following a search carried out from a place situated in the European Union.

II. Legal framework

A. EU law

1. Directive 95/46

3. According to Article 1, the purpose of Directive 95/46 is to protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, and to eliminate obstacles to the free flow of those data.

4. Article 2 of Directive 95/46 provides that, 'for the purposes of [that] Directive:

(a) "personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

(b) "processing of personal data" ("processing") shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

…

(d) "controller" shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws

or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;

…

(h) "the data subject's consent" shall mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed.'

5. Article 3 of that directive, entitled 'Scope', states in paragraph 1:

'This Directive shall apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.'

6. Article 4 of that directive, entitled 'National law applicable', provides:

'1. Each Member State shall apply the national provisions it adopts pursuant to this Directive to the processing of personal data where:

(a) the processing is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of the Member State; when the same controller is established on the territory of several Member States, he must take the necessary measures to ensure that each of these establishments complies with the obligations laid down by the national law applicable;

…'

7. In Chapter II, Section I of Directive 95/46, entitled 'Principles relating to data quality', Article 6 provides:

'1. Member States shall provide that personal data must be:

(a) processed fairly and lawfully;

(b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Further processing of data for historical, statistical or scientific purposes shall not be considered as incompatible provided that Member States provide appropriate safeguards;

(c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;

(d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that data which are inaccurate or incomplete, having regard to the purposes for which they were collected or for which they are further processed, are erased or rectified;

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed. Member States shall lay down appropriate safeguards for personal data stored for longer periods for historical, statistical or scientific use.

2. It shall be for the controller to ensure that paragraph 1 is complied with.'

8. In Chapter II, Section II of Directive 95/46, entitled 'Criteria for making data processing legitimate', Article 7 provides:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

…

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1.'

9. Article 12 of that directive, entitled 'Right of access', provides:

'Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller:

…

(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data;

…'

10. Article 14 of that directive, entitled 'The data subject's right to object', provides:

'Member States shall grant the data subject the right:

(a) at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f), to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data;

…'

11. Article 28 of that directive, entitled ‘Supervisory authority’, is worded as follows:

‘1. Each Member State shall provide that one or more public authorities are responsible for monitoring the application within its territory of the provisions adopted by the Member States pursuant to this Directive.

…

3. Each authority shall in particular be endowed with:

– investigative powers, such as powers of access to data forming the subject matter of processing operations and powers to collect all the information necessary for the performance of its supervisory duties,

– effective powers of intervention, such as, for example, that of … ordering the blocking, erasure or destruction of data, of imposing a temporary or definitive ban on processing …,

…

Decisions by the supervisory authority which give rise to complaints may be appealed against through the courts.

4. Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person, or by an association representing that person, concerning the protection of his rights and freedoms in regard to the processing of personal data. The person concerned shall be informed of the outcome of the claim.

…

6. Each supervisory authority is competent, whatever the national law applicable to the processing in question, to exercise, on the territory of its own Member State, the powers conferred on it in accordance with paragraph 3. Each authority may be requested to exercise its powers by an authority of another Member State.

The supervisory authorities shall cooperate with one another to the extent necessary for the performance of their duties, in particular by exchanging all useful information.

…’

2. Regulation (EU) 2016/679

12. Regulation (EU) 2016/679 (4) is, pursuant to Article 99(2), to apply from 25 May 2018. Article 94(1) of that regulation provides that Directive 95/46 is repealed with effect from that date.

13. Article 17 of that regulation, entitled ‘Right to erasure (“right to be forgotten”)’, is worded as follows:

‘1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies:

(a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed;

(b) the data subject withdraws consent on which the processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing;

(c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2);

(d) the personal data have been unlawfully processed;

(e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject;

(f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1).

2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary:

(a) for exercising the right of freedom of expression and information;

(b) for compliance with a legal obligation which requires processing by Union or Member State law to which the controller is subject or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller;

(c) for reasons of public interest in the area of public health in accordance with points (h) and (i) of Article 9(2) as well as Article 9(3);

(d) for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) in so far as the right referred to in paragraph

1 is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing; or

(e) for the establishment, exercise or defence of legal claims.'

14. Article 18 of Regulation 2016/679, entitled 'Right to restriction of processing', provides:

'1. The data subject shall have the right to obtain from the controller restriction of processing where one of the following applies:

(a) the accuracy of the personal data is contested by the data subject, for a period enabling the controller to verify the accuracy of the personal data;

(b) the processing is unlawful and the data subject opposes the erasure of the personal data and requests the restriction of their use instead;

…

(d) the data subject has objected to processing pursuant to Article 21(1) pending the verification whether the legitimate grounds of the controller override those of the data subject.

2. Where processing has been restricted under paragraph 1, such personal data shall, with the exception of storage, only be processed with the data subject's consent or for the establishment, exercise or defence of legal claims or for the protection of the rights of another natural or legal person or for reasons of important public interest of the Union or of a Member State.

3. A data subject who has obtained restriction of processing pursuant to paragraph 1 shall be informed by the controller before the restriction of processing is lifted.'

15. Article 21 of that regulation, entitled 'Right to object', provides in paragraph 1:

'The data subject shall have the right to object, on grounds relating to his or her particular situation, at any time to processing of personal data concerning him or her which is based on point (e) or (f) of Article 6(1), including profiling based on those provisions. The controller shall no longer process the personal data unless the controller demonstrates compelling legitimate grounds for the processing which override the interests, rights and freedoms of the data subject or for the establishment, exercise or defence of legal claims.'

16. Article 85 of that regulation, entitled 'Processing and freedom of expression and information', states:

‘1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including processing for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For processing carried out for journalistic purposes or the purpose of academic artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from Chapter II (principles), Chapter III (rights of the data subject), Chapter IV (controller and processor), Chapter V (transfer of personal data to third countries or international organisations), Chapter VI (independent supervisory authorities), Chapter VII (cooperation and consistency) and Chapter IX (specific data processing situations) if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

3. Each Member State shall notify to the Commission the provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 2 and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.’

B. French law

17. Directive 95/46 was implemented in French law by loi nº 78-17 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés (Law No 78-17 on information technology, data files and civil liberties) of 6 January 1978 (‘the Law of 6 January 1978’).

III. Facts and main proceedings

18. By decision of 21 May 2015, the President of the Commission nationale de l’informatique et des libertés (French Data Protection Authority) (‘the CNIL’) served formal notice on Google LLC that, when it granted the request of a natural person seeking the removal of links to web pages from the list of results displayed following a search carried out on the basis of his name, it must apply that removal to all the domain name extensions of its search engine.

19. Google refused to comply with that notice, but merely removed the links in question only from the results displayed in response to searches carried out on versions of its search engine whose domain name corresponds to a Member State of the European Union.

20. The CNIL also considered insufficient the further proposal, known as ‘geo-blocking’, made by Google after the time limit laid down in the formal notice had expired, which consists in eliminating the possibility of accessing, from an IP address deemed to be located in the Member State of residence of the data subject, the results in question obtained following a search carried out on the basis of his name, irrespective of the version of the search engine on which the internet user carried out the search.

21. After finding that Google had not complied with the formal notice within the prescribed time limit, the CNIL, by an adjudication of 10 March 2016, imposed a fine on Google of EUR 100 000, which was made public.

22. By application to the Conseil d'État (Council of State), Google sought annulment of that adjudication.

23. In the context of that procedure, the Conseil d'État (Council of State) held that the interventions of Wikimedia Foundation Inc., the Fondation pour la liberté de la presse (Foundation for Press Freedom), Microsoft Corp., Reporters Committee for Freedom of the Press and Others, Article 19 and Others and the Internet Freedom Foundation and Others were admissible as they showed sufficient interest in the annulment of the contested adjudication.

24. The Conseil d'État (Council of State) observes that the processing of personal data by the search engine operated by Google, having regard to the activities of promoting and selling of advertising space carried out, in France, by its subsidiary Google France, comes within the scope of the Law of 6 January 1978, which transposes Directive 95/46 into French law.

25. The Conseil d'État (Council of State) finds, moreover, that the search engine operated by Google is divided into different domain names by geographic extensions, in order to adapt the results displayed to the specificities, in particular the language specificities, of the different countries in which Google operates. When the search is carried out from 'google.com', Google, in principle, automatically redirects that search to the domain name corresponding to the country from which that search, owing to the identification of the internet user's IP address, is deemed to be made. Irrespective of his location, however, it is still possible for the internet user to search on the search engine's other domain names. Furthermore, although the result may differ according to the domain name on the basis of which the search is carried out on the search engine, it is common ground that the links displayed in response to a search come from common databases and a common indexing.

26. The Conseil d'État (Council of State) considers that, having regard to the fact that the domain names of Google's search engine are all accessible from French territory and also to the existence of gateways between those different domain names, as illustrated in particular by the automatic redirection of the search and, in addition, the presence of cookies on extensions of the search engine other than the one on which they were initially placed, that search engine, which, moreover, was the subject of only one declaration to the CNIL, must be regarded as carrying out a single processing of personal data for the application of the Law of 6 January 1978. It follows that the processing of personal data by the search engine operated by Google is carried out in the context

one of its installations, Google France, established on French territory, and that for that reason it is subject to the Law of 6 January 1978.

27. Before the Conseil d'État (Council of State), Google maintains that the penalty at issue is based on a flawed interpretation of the provisions of the Law of 6 January 1978 that transpose Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, on the basis of which the Court, in the judgment in Google Spain and Google, (5) recognised a 'right to de-referencing'. Google claims that that right does not necessarily mean that the links at issue must be deleted, without geographic limitation, from all the domain names of its search engine. In addition, it maintains that, in applying such an interpretation, the CNIL disregarded the principles of comity and non-interference recognised by public international law and committed a disproportionate breach of the freedoms of expression, information, communications and the press guaranteed, in particular, by Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter').

IV. Questions for a preliminary ruling and procedure before the Court

28. The Conseil d'État (Council of State) found that those arguments raised a number of serious issues with respect to the interpretation of Directive 95/46 and decided to stay proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

'(1) Must the "right to de-referencing", as established by the [Court] in its judgment [in Google Spain and Google (6)] on the basis of the provisions of Articles 12(b) and 14(a) of Directive [95/46], be interpreted as meaning that a search engine operator is required, when granting a request for de-referencing, to deploy the de-referencing to all of the domain names used by its search engine so that the links at issue no longer appear, irrespective of the place from where the search initiated on the basis of the requester's name is conducted, and even if it is conducted from a place outside the territorial scope of Directive [95/46]?

(2) In the event that Question 1 is answered in the negative, must the "right to de-referencing", as established by the [Court] in the judgment cited above, be interpreted as meaning that a search engine operator is required, when granting a request for de-referencing, only to remove the links at issue from the results displayed following a search conducted on the basis of the requester's name on the domain name corresponding to the State in which the request is deemed to have been made or, more generally, on the domain names distinguished by the national extensions used by that search engine for all of the Member States of the European Union?

(3) Moreover, in addition to the obligation mentioned in Question 2, must the "right to de-referencing", as established by the [Court] in its judgment cited above, be interpreted as meaning

that a search engine operator is required, when granting a request for de-referencing, to remove the results at issue, by using the "geo-blocking" technique, from searches conducted on the basis of the requester's name from an IP address deemed to be located in the State of residence of the person benefiting from the "right to de-referencing", or even, more generally, from an IP address deemed to be located in one of the Member States subject to Directive 95/46, regardless of the domain name used by the internet user conducting the search?'

29. Written observations were lodged by Google, the CNIL, Wikimedia Foundation, the Fondation pour la liberté de la presse, Reporters Committee for Freedom of the Press and Others, Article 19 and Others, Internet Freedom Foundation and Others, the Défenseur des droits, the French Government, Ireland, the Greek, Italian, Austrian and Polish Governments and also by the European Commission.

30. All of those parties — with the exception of the Défenseur des droits and the Italian Government — and Microsoft presented oral submissions at the hearing on 11 September 2018.

V. Analysis

31. The questions submitted by the referring court concern the interpretation not of the provisions of Regulation 2016/679 but of the provisions of Directive 95/46. That regulation, which has been applicable since 25 May 2018, (7) repealed that directive with effect from the same date. (8)

32. Since it is apparent that, in French administrative procedural law, the law applicable to a dispute is the law in force on the day on which a contested decision was adopted, there can be no doubt that it is Directive 95/46 that is applicable to the dispute in the main proceedings. Consequently, it is the provisions of that directive that the Court is required to interpret.

A. First question

33. By its first question, the Conseil d'État (Council of State) asks the Court, in essence, whether the operator of a search engine is required, when it grants a request for de-referencing, to apply that de-referencing on all the domain names of its search engine, so that the links at issue no longer appear irrespective of the place from which the search on the basis of the requester's name is carried out.

34. The CNIL, the Défenseur des droits and the French, Italian and Austrian Governments refer to the need for effective and complete protection of the right to protection of personal data, guaranteed in Article 8 of the Charter, and to the practical effect of the right to de-referencing, arising under Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, claiming that a requirement of worldwide de-referencing is necessary in order to ensure the

effectiveness of those rights. That also seems to be the position expressed by the '"Article 29" Working Party on Data Protection' (9) in its 'Guidelines on the Implementation of the [Google Spain and Google] judgment' (10) of 26 November 2014 (11) ('the Guidelines'). In fact, that working party observes that 'in order to give full effect to the data subject's rights as defined in the Court's ruling, [de-referencing] decisions must be implemented in such a way that they guarantee the effective and complete protection of data subjects' rights and that EU law cannot be circumvented. In that sense, limiting [de-referencing] to EU domains on the grounds that users tend to access search engines via their national domains cannot be considered a sufficient mean to satisfactorily guarantee the rights of data subjects according to the ruling. In practice, this means that in any case [de-referencing] should also be effective on all relevant domains, including .com'. (12)

35. By contrast, Google, Wikimedia Foundation, the Fondation pour la liberté de la presse, Reporters Committee for Freedom of the Press and Others, Article 19 and Others, Internet Freedom Foundation and Others, Ireland, the Greek and Polish Governments and the Commission maintain, in essence, that the establishment of a worldwide right to de-referencing on the basis of EU law would not be compatible with either EU law or public international law and would amount to a dangerous precedent that would invite authoritarian regimes also to require the implementation on a worldwide scale of their censorship decisions.

36. The idea of worldwide de-referencing may seem appealing on the ground that it is radical, clear, simple and effective. Nonetheless, I do not find that solution convincing, because it takes into account only one side of the coin, namely the protection of a private person's data.

1. The Google Spain and Google judgment

37. The starting point of my analysis is the judgment in Google Spain and Google. (13)

38. That judgment does not determine the geographic scope of the implementation of a de-referencing. Nonetheless, it contains a number of factors, in particular concerning the question of the territorial scope of Directive 95/46, that deserve mention here.

39. One of the questions was in what circumstances Directive 95/46 applies territorially to the processing of personal data carried out in the context of the activity of a search engine such as Google Search, which is operated by Google Inc., the parent company of the Google group, whose headquarters are in the United States.

40. In that regard, the Court ruled — on the basis of Article 4(1)(a) of Directive 95/46, which established as a criterion that the 'processing [of personal data] is carried out in the context of the

activities of an establishment of the controller [of that processing] on the territory of [a] Member State' — that the territorial scope of Directive 95/46 covers cases in which the operator of a search engine sets up in a Member State a branch or subsidiary which is intended to promote and sell advertising space offered by that search engine and which orientates its activity towards the inhabitants of that Member State (such as Google Spain or, in this instance, Google France). (14)

41. In doing so, the Court rejected Google Spain's and Google Inc.'s argument that the processing of the personal data at issue was carried out not 'in the context of the activities' of Google Spain, but exclusively by Google Inc., which apparently operated Google Search without any intervention on the part of Google Spain, whose activity was confined to providing support for the advertising activities of the Google group, which were separate from its search engine service.

42. In that regard, the Court made clear that the objective of Directive 95/46 is to ensure effective protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular the right to privacy, with respect to the processing of personal data and that the expression 'in the context of the activities' cannot be interpreted restrictively. (15) Furthermore, it follows from Article 4 of Directive 95/46 that the European Union legislature sought to prevent individuals from being deprived of the protection guaranteed by that directive and that protection from being circumvented, by prescribing a particularly broad territorial scope. (16)

2. The place from which the search is made

43. Just as in the present case, in Google Spain and Google (17) the dispute in the main proceedings was between Google (18) as applicant and a national data protection agency (19) concerning a decision of that agency.

44. Nonetheless, the person at the centre of the judgment in Google Spain and Google (20) is clearly the person whose personal data must be protected. It is to that person's rights that the Court gives pre-eminence. The viewpoint of the person who searches for information appears in that judgment only incidentally. (21) Accordingly, by referring only to 'the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name', the Court did not specify the context in which, by whom and from where that search was carried out.

45. If the provisions of Directive 95/46 are thus intended to protect the fundamental rights, on the basis of Articles 7 and 8 of the Charter, of the person 'searched' and subsequently 'referenced', they are silent, however, on the question of the territoriality of the de-referencing. By way of example, neither those provisions nor the judgment in Google Spain and Google (22) make clear whether a search request made from Singapore must be treated differently from a search request made from Paris or from Katowice.

46. To my mind, a distinction must be drawn according to the place from which the search is carried out. Search requests made outside the territory of the European Union should not be subject to de-referencing of the search results.

(a) The territorial application of Directive 95/46

47. Under Article 52(1) TEU, the Treaties are to apply to the 28 Member States. (23) The territory of a Member State is defined by national law and by public international law. (24) Article 52(2) TEU further states that the territorial scope of the Treaties is specified in Article 355 TFEU. (25) Outside that territory, EU law cannot, in principle, apply or, consequently, create rights and obligations.

48. The question therefore arises whether, for an exceptional reason, the scope of Directive 95/46 extends beyond the abovementioned territorial borders, that is to say whether the provisions of that directive must be interpreted sufficiently broadly as to have effects beyond those borders.

49. I do not think they should.

50. It is a fact that there are certain situations in which extraterritorial effects are accepted in EU law.

51. As the French Government also emphasises, according to settled case-law in competition matters, the fact that an undertaking participating in an anticompetitive agreement or implementing a practice of such a kind is situated in a third country does not prevent the application of the EU rules on competition pursuant to Articles 101 and 102 TFEU if that agreement or practice is operative on the territory of the European Union. (26)

52. In connection with trade mark law, the Court has held that the effectiveness of the rules on the protection of trade mark rights (27) would be impaired if they were not to apply to the use, in an internet offer for sale or advertisement targeted at consumers within the European Union, of a sign identical with or similar to a trade mark registered in the European Union merely because the third party behind that offer or advertisement is situated in a third State, because the server of the internet site used by the third party is located in such a State or because the product that is the subject of the offer or the advertisement is located in a third State. (28)

53. Those two types of situation are in my view extreme situations of an exceptional nature. What is crucial in both situations is the effect on the internal market (even if other markets may also be affected). The internal market is a territory clearly defined by the Treaties. On the other hand, the internet is by nature worldwide and, in a certain fashion, is present everywhere. It is therefore difficult to draw analogies and make comparisons.

(b) The extraterritorial effects of fundamental rights

54. Nor in my view is it possible to rely, as the Défenseur des droits does, on the case-law of the European Court of Human Rights on the extraterritorial effects of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950, in the context of the extradition of a person to a third country, (29) for two reasons.

55. First, the scope of the Charter follows the scope of EU law and not vice versa, as expressly stated in Article 51(2) of the Charter. (30)

56. Second, that case-law concerns the specific cases of the death penalty or the prohibition of torture, human rights which form the basis of any State governed by the rule of law and from which no derogation is possible. (31)

57. Conversely, and this in a way is the core of the present case, the 'right to be forgotten' must be weighed against other fundamental rights.

(c) The balancing of the fundamental rights

58. The key argument against de-referencing being required on a worldwide scale is the argument taken from the judgment in Google Spain and Google (32) that the fundamental rights must be weighed against the information relating to those rights. In that case, the Court placed great importance on the weighing of, on the one hand, the right to data protection and privacy and, on the other, the legitimate interest of the public in having access to the information sought.

59. It has been established that the right to the protection of data and the right to private life are rights that flow from Articles 7 and 8 of the Charter and must have a connection with EU law and its territoriality. The same applies to the legitimate interest of the public in having access to the information sought. So far as the European Union is concerned, that right flows from Article 11 of the Charter. The public referred to is not the worldwide public but the public that comes within the scope of the Charter, and therefore the European public.

60. If worldwide de-referencing were admitted, the EU authorities would not be in a position to define and determine a right to receive information, still less to strike a balance between that right and the other fundamental rights to data protection and to private life, a fortiori because such a public interest in having access to information will necessarily vary, depending on its geographic location, from one third State to another.

61. Furthermore, there would then be a danger that the European Union would prevent individuals in third countries from having access to information. If an authority within the European Union could order de-referencing on a worldwide scale, an inevitable signal would be sent to third

countries, which could also order de-referencing under their own laws. Let us suppose that, for whatever reason, third countries interpret certain of their rights in such a way as to prevent persons located in a Member State of the European Union from having access to information which they sought. There would be a genuine risk of a race to the bottom, to the detriment of freedom of expression, on a European and worldwide scale. (33)

62. The issues at stake therefore do not require that the provisions of Directive 95/46 be applied outside the territory of the European Union. That does not mean, however, that EU law can never require a search engine such as Google to take action at worldwide level. I do not exclude the possibility that there may be situations in which the interest of the European Union requires the application of the provisions of Directive 95/46 beyond the territory of the European Union; but in a situation such as that of the present case, there is no reason to apply the provisions of Directive 95/46 in such a way.

63. I therefore propose that the Court's answer to the first question should be that the provisions of Article 12(b) and point (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the operator of a search engine is not required, when granting a request for de-referencing, to operate that de-referencing on all the domain names of its search engine in such a way that the links at issue no longer appear, regardless of the place from which the search on the basis of the requester's name is carried out.

B. Second and third questions

64. Since I propose that the first question be answered in the negative, it is appropriate to continue the analysis by dealing with the second and third questions together.

65. By its second question, the referring court seeks to ascertain whether, when it grants a request for de-referencing, the operator of a search engine is required only to remove the links in question from the results displayed follow a search on the basis of the requester's name on the domain name corresponding to the State in which the request is deemed to have been made or, more generally, on the search engine's domain names that correspond to its national extensions for all the Member States of the European Union.

66. The third question, which is submitted 'in addition' to the second question, seeks to establish whether the operator of a search engine granting a request for de-referencing is required to delete, by the technique known as 'geo-blocking', from an IP address deemed to be located in the State of residence of the beneficiary of the 'right to de-referencing', the results at issue of the searches carried out on the basis of his name, or even, more generally, from an IP address deemed to be

located in one of the Member States subject to Directive 95/46, regardless of the domain name used by the internet user conducting the search.

67. In its questions, the referring court establishes an inseparable link between, on the one hand, the domain name of a search engine (34) and, on the other hand, the place from which an internet search on the basis of a person's name is carried out. (35)

68. So far as the first question for a preliminary ruling is concerned, such a link is natural: if the operator of a search engine makes the results of a search on all of its domain names inaccessible, the links at issue clearly no longer appear, irrespective of the place from which the search is made.

69. On the other hand, if the first question is answered in the negative, as I propose it should be, such a link is no longer inevitable. As the referring court itself observes, it remains open to a person to search on any domain name of the search engine. For example, the extension google.fr is not limited to searches carried out from France.

70. That possibility may nonetheless be limited by what is known as 'geo-blocking' technology.

71. Geo-blocking is a technique that limits access to internet content depending on the geographic location of the user. In a system of geo-blocking, the user's location is determined with the help of geo-location techniques, such as verification of the user's IP address. Geo-blocking, which is a form of censorship, is deemed to be unjustified in the law of the EU internal market, where it is the subject, in particular, of a regulation designed to prevent professionals carrying out their activities in one Member State from blocking or limiting access by customers from other Member States wishing to carry out cross-border transactions on their online interfaces. (36)

72. Once geo-blocking is accepted, the domain name of the operator of the search engine used is immaterial. I therefore propose to address the third question before the second question.

73. In the judgment in Google Spain and Google, (37) the Court held that the operator of a search engine must ensure, within the framework of its responsibilities, powers and capabilities, that the activity of that search engine meets the requirements of Directive 95/46 in order that the guarantees laid down by that directive may have full effect and that effective and complete protection of data subjects, in particular of their right to privacy, may actually be achieved. (38)

74. Once a right to de-referencing is established, it is thus for the operator of a search engine to take all steps available to him to ensure effective and complete de-referencing. (39) That operator must take all the steps which are technically possible. So far as the case before the referring court is concerned, that includes, inter alia, the technique known as 'geo-blocking', irrespective of the domain name used by the internet user making the search.

75. De-referencing must be carried out not at national level, as I shall explain below, but at EU level.

76. As Directive 95/46 is intended to 'ensure a high level of protection in [the Union]', (40) it seeks to establish a complete system of data protection that transcends national borders. Based on the former Article 100a TEC, (41) it forms part of the logic of the internal market which, if any reminder is needed, is to comprise an area without internal frontiers. (42) It follows that de-referencing at national level would run counter to that harmonisation objective and to the practical effect of the provisions of Directive 95/46. (43)

77. It should be pointed out, moreover, that under Regulation 2016/679 that question would not even arise, since that regulation is, as such, to be 'directly applicable in all Member States'. (44) Based on Article 16 FEU, Regulation 2016/679 transcends the internal-market approach of Directive 95/46 and is designed to ensure a complete system of personal data protection in the European Union. (45) That regulation refers systematically to the Union, the territory of the Union or the Member States. (46)

78. I therefore propose that the answer to the second and third questions for a preliminary ruling should be that the operator of a search engine is required to delete the links at issue from the results displayed following a search carried out on the basis of the requester's name in a place located in the European Union. In that context, that operator is required to take all steps available to him to ensure effective and complete de-referencing. That includes, in particular, the technique known as 'geo-blocking', from an IP address deemed to be located in one of the Member States subject to Directive 95/46, irrespective of the domain name used by the internet user carrying out the search.

VI. Conclusion

79. Having regard to all of the foregoing considerations, I propose that the Court should answer the questions for a preliminary ruling referred by the Conseil d'État (Council of State, France) as follows:

(1) Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data must be interpreted as meaning that the operator of a search engine is not required, when granting a request for de-referencing, to operate that de-referencing on all the domain names of its search engine in such a way that the links at issue no longer appear, regardless of the place from which the search on the basis of the requester's name is carried out.

(2) The operator of a search engine is required to delete the links at issue from the results displayed following a search carried out on the basis of the requester's name in a place located in the European Union. In that context, that operator is required to take all steps available to him to ensure effective and complete de-referencing. That includes, in particular, the technique known as 'geo-blocking', from an IP address deemed to be located in one of the Member States subject to Directive 95/46, regardless of the domain name used by the internet user conducting the search.

[1] Original language: French.

[2] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[3] Directive of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

[4] Regulation of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46 (General Data Protection Regulation) (OJ 2016 L 119, p. 1), and corrigendum (OJ 2018 L 127, p. 2).

[5] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[6] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[7] Pursuant to Article 99(2) of Regulation 2016/679.

[8] See Article 94(1) of Regulation 2016/679.

[9] With the entry into force of Regulation 2016/679, this working group was replaced by the European Data Protection Board (see Article 68 and Article 94(2) of Regulation 2016/679).

[10] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[11] Available at http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf.

[12] See point 20 of the Guidelines.

[13] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[14] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 60 and paragraph 2 of the operative part).

[15] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 53).

[16] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 54).

[17] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[18] More specifically, Google Spain SL and Google Inc.

[19] The Spanish Data Protection Agency in Google Spain and Google and the CNIL in the present case.

[20] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[21] And the person who initially places the information online. See also my Opinion in Case C-136/17, G.C. and Others (De-referencing of personal data), delivered on the same date as this Opinion, point 67.

[22] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[23] That provision confirms a general principle of public international law, according to which international organisations do not have their own territory but are made up of the territories of their Member States. See Kokott, J., 'Artikel 52 EUV', in Streinz, R. (ed.), EUV/AEUV, Beck, 2nd edition, Munich, 2012, paragraph 1.

[24] See also, in that regard, judgment of 29 March 2007, Aktiebolaget NN (C-111/05, EU:C:2007:195, paragraph 54), where the Court held, with regard to Article 299 EC, now Article 355 TFEU, that 'in the absence, in the Treaty, of a more precise definition of the territory falling within the sovereignty of each Member State, it is for each of the Member States to determine the extent and limits of that territory, in accordance with the rules of [public international] law'.

[25] On Article 355 TFEU, see also my Opinion in The Gibraltar Betting and Gaming Association (C-591/15, EU:C:2017:32, point 54 et seq.).

[26] See judgment of 6 September 2017, Intel v Commission (C-413/14 P, EU:C:2017:632, paragraph 43).

[27] In this instance and at the time, Article 5(3)(b) and (d) of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks and Article 9(2)(b) and (d) of Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ 1994 L 11, p. 1).

[28] See judgment of 12 July 2011, L'Oréal and Others (C-324/09, EU:C:2011:474, paragraph 63).

[29] See ECtHR, 7 July 1989, Soering v. United Kingdom, CE:ECHR:1989:0707JUD001403888; ECtHR, 11 July 2000, Jabari v. Turkey, CE:ECHR:2000:0711JUD004003598; ECtHR, 15 March 2001, Ismaili v. Germany, No 58128/00; and ECtHR, 4 September 2014, Trabelsi v. Belgium, CE:ECHR:2014:0904JUD000014010.

[30] See also judgment of 26 February 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, paragraph 19).

[31] See, concerning Article 4 of the Charter, judgment of 5 April 2016, Aranyosi and Căldăraru (C-404/15 and C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, paragraphs 85 and 86 and express references to Article 3 and Article 15(2) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

[32] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[33] See also the Opinion in Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2013:424, point 121), in which Advocate General Jääskinen considered that the fundamental right to information merits particular protection in EU law, especially in view of the ever-growing tendency of authoritarian regimes elsewhere to limit access to the internet or to censure content made accessible by it.

[34] For example, google.fr, google.lu, google.za or google.com.

[35] For example, France, Luxembourg, South Africa or the United States.

[36] See Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC (OJ 2018 L 601, p. 1).

[37] Judgment of 13 May 2014 (C-131/12, EU:C:2014:317).

[38] See judgment of 13 May 2014, Google Spain and Google (C-131/12, EU:C:2014:317, paragraph 38).

[39] In the judgment of 15 September 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, paragraph 95), the Court emphasised, with regard to infringements of intellectual property law, that measures which are taken by the addressee of an injunction when complying with that injunction must be sufficiently effective to ensure genuine protection of the fundamental right at issue, that is to say

they must have the effect of preventing unauthorised access to the protected subject matter or, at least, of making such access difficult to achieve and of seriously discouraging internet users who are using the services of the addressee of that injunction from accessing the subject matter made available to them in breach of that fundamental right. See also judgment of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, paragraph 62). Such reasoning can be transposed to the present case.

[40] See recital 10 of Directive 95/46.

[41] Now Article 114 TFEU.

[42] See Article 26(2) TFEU.

[43] On the other hand, invoking the Charter here, as certain parties do, seems to me to be difficult in so far as the Charter applies only within the scope of EU law. Its scope is therefore determined by the scope of Directive 95/46, and not vice versa.

[44] See Article 288(2) TFEU, and also, in a declaratory manner, Regulation 2016/679 in fine.

[45] It should be added, in all fairness, that Article 16 TFEU did not exist at the time when Directive 95/46 was adopted, which is why that directive is based on Article 114 TFEU (at the material time Article 110a TEC).

[46] In the plural.

AB Adalet Divanı - C-610/15 - Pirate Bay - 14 June 2017

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 64/17

Luxembourg, 14 June 2017

Judgment in Case C-610/15

Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV

Making available and managing an online platform for sharing copyright-protected works, such as 'The Pirate Bay', may constitute an infringement of copyright

Even if the works in question are placed online by the users of the online sharing platform, the operators of that platform play an essential role in making those works available

Ziggo and XS4ALL are internet access providers. A significant number of their subscribers use the online sharing platform 'The Pirate Bay'. This platform allows users to share and upload, in segments ('torrents'), works present on their computers[1]. The files in question are, for the most part, copyright-protected works in respect of which the rightholders have not given the operators or users of that platform consent to share those works.

Stichting Brein, a Netherlands foundation which safeguards the interests of copyright holders, has brought proceedings before the courts in the Netherlands seeking an order that would require Ziggo and XS4ALL to block the domain names and IP addresses of 'The Pirate Bay'.

The Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands), before which the dispute has been brought, has decided to refer questions to the Court of Justice on the interpretation of the EU Copyright Directive[2]. The Hoge Raad wishes, in essence, to ascertain whether a sharing

[1] BitTorrent is a protocol through which users can share files. The files to be shared are divided into segments, which reduces the burden on individual servers during the sharing process. In order to be able to share files, users must first download specific software which allows the creation of torrent files. Torrent files refer to a central server which identifies the users available to share a particular torrent file as well as the underlying media file. Those torrent files are uploaded to the online sharing platform, which then proceeds to index them so that they can be located by users of the online sharing platform and the works to which those torrent files refer can be downloaded onto the users' computers.

[2] Article 3(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

platform such as ‘The Pirate Bay’ is making a ‘communication to the public’ within the meaning of the directive and may therefore be infringing copyright.

In today’s judgment, the Court holds that the making available and management of an online sharing platform must be considered to be an act of communication for the purposes of the directive.

The Court first draws attention to its previous case-law from which it can be inferred that, as a rule, any act by which a user, with full knowledge of the relevant facts, provides its clients with access to protected works is liable to constitute an ‘act of communication’ for the purposes of the directive.

In the present case it is common ground that copyright-protected works are, through ‘The Pirate Bay’, made available to the users of that platform in such a way that they may access those works from wherever and whenever they individually choose.

Whilst it accepts that the works in question are placed online by the users, the Court highlights the fact that the operators of the platform play an essential role in making those works available. In that context, the Court notes that the operators of the platform index the torrent files so that the works to which those files refer can be easily located and downloaded by users. ‘The Pirate Bay’ also offers - in addition to a search engine - categories based on the type of the works, their genre or of Ziggo’s and XS4ALL’s subscribers have downloaded media files using ‘The Pirate Bay’. It is also clear from the observations submitted to the Court that the platform is used by a significant number of persons (reference is made on the online sharing platform to several tens of millions of users).

Moreover, the operators of ‘The Pirate Bay’ have been informed that their platform provides access to copyright-protected works published without the authorisation of the rightholders. In addition, the same operators expressly display, on blogs and forums accessible on that platform, their intention of making protected works available to users, and encourage the latter to make copies of those works. In any event, it is clear from the Hoge Raad’s decision that the operators of ‘The Pirate Bay’ cannot be unaware that this platform provides access to works published without the consent of the rightholders.

Lastly, the making available and management of an online sharing platform, such as ‘The Pirate Bay’, is carried out with the purpose of obtaining a profit, it being clear from the observations submitted to the Court that that platform generates considerable advertising revenues.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court's decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber)

14 June 2017

Language of the case: Dutch.

(Reference for a preliminary ruling - Intellectual and industrial property - Directive 2001/29/EC - Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights - Article 3(1) - Communication to the public - Definition - Online sharing platform - Sharing of protected files, without the consent of the rightholder)

In Case C-610/15,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands), made by decision of 13 November 2015, received at the Court on 18 November 2015, in the proceedings

Stichting Brein

v

Ziggo BV,

XS4ALL Internet BV,

THE COURT (Second Chamber),

composed of M. Ilešič (Rapporteur), President of the Chamber, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader and E. Jarašiūnas, Judges,

Advocate General: M. Szpunar,

Registrar: M. Ferreira, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 27 October 2016,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Stichting Brein, by J.C.H. van Manen, advocaat,

- Ziggo BV, by F.E. Vermeulen and E.A. de Groot, advocaten,

- XS4ALL Internet BV, by C. Alberdingk Thijm and C.F.M. de Vries, advocaten,

- the Spanish Government, by V. Ester Casas and A. Gavela Llopis, acting as Agents,

- the French Government, by D. Segoin, acting as Agent,

- the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, assisted by F. Di Matteo, avvocato dello Stato,

- the Portuguese Government, by L. Inez Fernandes and M. Figueiredo, acting as Agents, assisted by T. Rendas, Legal Adviser,

- the United Kingdom Government, by G. Brown and J. Kraehling, acting as Agents, and by N. Saunders, Barrister,

- the European Commission, by J. Samnadda, T. Scharf and F. Wilman, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 8 February 2017,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Articles 3(1) and 8(3) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10), and of Article 11 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45, and corrigendum in OJ 2004 L 195, p. 16).

2. The request has been made in proceedings between, on the one hand, Stichting Brein, a foundation which safeguards the interests of copyright holders, and, on the other hand, Ziggo BV and XS4ALL Internet BV (‘XS4ALL’), internet access providers, concerning requests made by Stichting Brein for an order requiring Ziggo BV and XS4ALL to block the domain names and IP addresses of the online sharing platform ‘The Pirate Bay’ (‘online sharing platform TPB’).

Legal context

3. Recitals 9, 10, 23 and 27 of Directive 2001/29 state:

> ‘(9) Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. Their protection helps to ensure the maintenance and development of creativity in the interests of authors, performers, producers, consumers, culture, industry and the public at large. Intellectual property has therefore been recognised as an integral part of property.

(10) If authors or performers are to continue their creative and artistic work, they have to receive an appropriate reward for the use of their work, as must producers in order to be able to finance this work. The investment required to produce products such as phonograms, films or multimedia products, and services such as "on-demand" services, is considerable. Adequate legal protection of intellectual property rights is necessary in order to guarantee the availability of such a reward and provide the opportunity for satisfactory returns on this investment.

…

(23) This Directive should harmonise further the author's right of communication to the public. This right should be understood in a broad sense covering all communication to the public not present at the place where the communication originates. This right should cover any such transmission or retransmission of a work to the public by wire or wireless means, including broadcasting. This right should not cover any other acts.

…

(27) The mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Directive.'

4. Article 3 of that directive, entitled 'Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject matter', provides in paragraph 1:

'Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.'

5. Article 8 of that directive, entitled 'Sanctions and remedies', provides in paragraph 3:

'Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

6. Recital 23 of Directive 2004/48 is worded as follows:

'Without prejudice to any other measures, procedures and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe the rightholder's industrial property right. The conditions and procedures relating to such injunctions should be left to the

national law of the Member States. As far as infringements of copyright and related rights are concerned, a comprehensive level of harmonisation is already provided for in Directive 2001/29/EC. Article 8(3) of Directive 2001/29/EC should therefore not be affected by this Directive.'

7. Article 11 of Directive 2004/48, entitled 'Injunctions', provides:

'Member States shall ensure that, where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right, the judicial authorities may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement. Where provided for by national law, non-compliance with an injunction shall, where appropriate, be subject to a recurring penalty payment, with a view to ensuring compliance. Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC.'

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

8. Stichting Brein is a Netherlands foundation which safeguards the interests of copyright holders.

9. Ziggo and XS4ALL are internet access providers. A significant number of their subscribers use the online sharing platform TPB, an indexer of BitTorrent files. BitTorrent is a protocol through which users (known as 'peers') can share files. The essential characteristic of BitTorrent is that it divides files for sharing into segments, thus removing the need to rely on a central server to store those files, which lessens the burden on individual servers during the sharing process. In order to be able to share files, users must first download specific software called 'BitTorrent Client', which is not provided by the online sharing platform TPB. 'BitTorrent Client' is software which allows the creation of torrent files.

10. Users (called 'seeders') who wish to make a file on their computer available to other users (called 'leechers') have to create a torrent file through their BitTorrent Client. Torrent files refer to a central server (called a 'tracker') which identifies the users available to share a particular torrent file as well as the underlying media file. These torrent files are uploaded by the seeders to an online sharing platform, such as TPB, which then proceeds to index them so that they can be found by the users of the online sharing platform and the works to which those torrent files refer can be downloaded onto the users' computers in several segments through their BitTorrent Client.

11. 'Magnet links' are often used in place of torrent files. These links identify the content of a torrent file and refer to it through a digital fingerprint.

12. The torrent files offered on the online sharing platform TPB relate mainly to copyright-protected works, without the rightholders having given their consent to the operators or users of that platform to carry out the sharing acts in question.

13. In the context of the main proceedings, Stichting Brein's principal request is that Ziggo and XS4ALL be ordered to block the domain names and IP addresses of the online sharing platform TPB in order to prevent the services of those internet access providers from being used to infringe the copyright and related rights of the rightholders, whose interests Stichting Brein protects.

14. The court of first instance upheld Stichting Brein's requests. However, these were rejected on appeal.

15. The Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) notes that, in the present case, it has been established that the actions of the online sharing platform TPB make protected works available to the public without the rightholders' consent. It has also been established that subscribers to Ziggo and XS4ALL, through this platform, make protected works available without the rightholders' consent and thus infringe the copyright and related rights of those rightholders.

16. The Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) notes, however, that the Court's case-law does not allow it to reply with any certainty to the question as to whether the online sharing platform TPB also communicates works to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, in particular:

- by creating and maintaining a system in which internet users connect with each other in order to be able to share, in segments, works present on their own computers;

- by operating a website from which users can download torrent files which refer to segments of those works; and

- by indexing the torrent files placed online on this website and by categorising them in such a way that the segments of those underlying works can be located and the users can download those works (as a whole) onto their computers.

17. Under those circumstances, the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) decided to stay the proceedings before it and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '(1) Is there a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29 by the operator of a website, if no protected works are available on that website, but a system exists … by means of which metadata on protected works which are present

on the users' computers are indexed and categorised for users, so that the users can trace and upload and download the protected works on the basis thereof?

(2) If Question 1 is answered in the negative:

Do Article 8(3) of Directive 2001/29 and Article 11 of Directive 2004/48 offer any scope for obtaining an injunction against an intermediary as referred to in those provisions, if that intermediary facilitates the infringing acts of third parties in the way referred to in Question 1?'

Consideration of the questions referred

The first question

18. By its first question, the referring court asks, in essence, whether the concept of 'communication to the public', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, should be interpreted as covering, in circumstances such as those at issue in the main proceedings, the making available and management, on the internet, of a sharing platform which, by means of indexation of metadata relating to protected works and the provision of a search engine, allows users of that platform to locate those works and to share them in the context of a peer-to-peer network.

19. It follows from Article 3(1) of Directive 2001/29 that Member States are required to ensure that authors have the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

20. Under that provision, authors thus have a right which is preventive in nature and allows them to intervene between possible users of their work and the communication to the public which such users might contemplate making, in order to prohibit such communication (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 25 and the case-law cited).

21. As Article 3(1) of Directive 2001/29 does not define the concept of 'communication to the public', the meaning and scope of that concept must be determined in light of the objectives pursued by that directive and the context in which the provision being interpreted is set (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 26 and the case-law cited).

22. In that regard, it should be borne in mind that it follows from recitals 9 and 10 of Directive 2001/29 that the latter's principal objective is to establish a high level of protection for authors,

allowing them to obtain an appropriate reward for the use of their works, including on the occasion of communication to the public. It follows that the concept of 'communication to the public' must be interpreted broadly, as recital 23 of the directive indeed expressly states (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 27 and the case-law cited).

23. The Court has also specified that the concept of 'communication to the public', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, requires an individual assessment (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 28 and the case-law cited).

24. It is clear from Article 3(1) of Directive 2001/29 that the concept of 'communication to the public' involves two cumulative criteria, namely an 'act of communication' of a work and the communication of that work to a 'public' (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 29 and the case-law cited).

25. In order to determine whether a user is making a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, it is necessary to take into account several complementary criteria, which are not autonomous and are interdependent. Consequently, those criteria must be applied both individually and in their interaction with one another, since they may, in different situations, be present to widely varying degrees (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 30 and the case-law cited).

26. Amongst those criteria, the Court has emphasised, firstly, the indispensable role played by the user and the deliberate nature of his intervention. That user makes an act of communication when he intervenes, in full knowledge of the consequences of his action, to give his customers access to a protected work, particularly where, in the absence of that intervention, those customers would not be able to enjoy the broadcast work, or would be able to do so only with difficulty (see, to that effect, judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 31 and the case-law cited).

27. Secondly, it has specified that the concept of the 'public' refers to an indeterminate number of potential viewers and implies, moreover, a fairly large number of people (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 32 and the case-law cited).

28. The Court has also noted that, according to a settled line of case-law, in order to be categorised as a 'communication to the public', a protected work must be communicated using specific technical means, different from those previously used or, failing that, to a 'new public', that is to say, to a public that was not already taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication of their work to the public (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 33 and the case-law cited).

29. Finally, the Court has underlined, on numerous occasions, that the profit-making nature of a communication, within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, is not irrelevant (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 34 and the case-law cited).

30. As regards, in the first place, the question of whether making available and managing an online sharing platform, such as that at issue in the main proceedings, is an 'act of communication' for the purposes of Article 3(1) of Directive 2001/29, it must be noted, as recital 23 of Directive 2001/29 states, that the author's right of communication to the public, provided for in Article 3(1), covers any transmission or retransmission of a work to the public by wire or wireless means, including broadcasting.

31. Furthermore, as is apparent from Article 3(1) of Directive 2001/29, in order for there to be an 'act of communication', it is sufficient, in particular, that a work is made available to a public in such a way that the persons comprising that public may access it, from wherever and whenever they individually choose, irrespective of whether they avail themselves of that opportunity (see, to that effect, judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 36 and the case-law cited).

32. The Court has already held, in this regard, that the provision, on a website, of clickable links to protected works published without any access restrictions on another site, affords users of the first site direct access to those works (judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, C-466/12, EU:C:2014:76, paragraph 18; see also, to that effect, order of 21 October 2014, *BestWater International*, C-348/13, not published, EU:C:2014:2315, paragraph 15, and judgment of 8 September 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, paragraph 43).

33. The Court has also held the same to be the case for the sale of a multimedia player on which there are pre-installed add-ons, available on the internet, containing hyperlinks to websites - that are freely accessible to the public - on which copyright-protected works have been made available without the consent of the rightholders (see, to that effect, judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraphs 38 and 53).

34. It can therefore be inferred from this case-law that, as a rule, any act by which a user, with full knowledge of the relevant facts, provides its clients with access to protected works is liable to constitute an 'act of communication' for the purposes of Article 3(1) of Directive 2001/29.

35. In the present case it must be found, first, as the Advocate General has noted, in essence, in point 45 of his Opinion, that it is not disputed that copyright-protected works are, by means of the

online sharing platform TPB, made available to the users of that platform in such a way that they may access those works from wherever and whenever they individually choose.

36. Second, it is true, as noted by the referring court, that the works thus made available to the users of the online sharing platform TPB have been placed online on that platform not by the platform operators but by its users. However, the fact remains that those operators, by making available and managing an online sharing platform such as that at issue in the main proceedings, intervene, with full knowledge of the consequences of their conduct, to provide access to protected works, by indexing on that platform torrent files which allow users of the platform to locate those works and to share them within the context of a peer-to-peer network. In this respect, as the Advocate General stated, in essence, in point 50 of his Opinion, without the aforementioned operators making such a platform available and managing it, the works could not be shared by the users or, at the very least, sharing them on the internet would prove to be more complex.

37. The view must therefore be taken that the operators of the online sharing platform TPB, by making that platform available and managing it, provide their users with access to the works concerned. They can therefore be regarded as playing an essential role in making the works in question available.

38. Finally, the operators of the online sharing platform TPB cannot be considered to be making a 'mere provision' of physical facilities for enabling or making a communication, within the meaning of recital 27 of Directive 2001/29. It is clear from the order for reference that that platform indexes torrent files in such a way that the works to which the torrent files refer may be easily located and downloaded by the users of that sharing platform. Moreover, it is clear from the observations submitted to the Court that, in addition to a search engine, the online sharing platform TPB offers an index classifying the works under different categories, based on the type of the works, their genre or their popularity, within which the works made available are divided, with the platform's operators checking to ensure that a work has been placed in the appropriate category. In addition, those operators delete obsolete or faulty torrent files and actively filter some content.

39. In the light of the foregoing, the making available and management of an online sharing platform, such as that at issue in the main proceedings, must be considered to be an act of communication for the purposes of Article 3(1) of Directive 2001/29.

40. In the second place, in order to be categorised as a 'communication to the public', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, the protected works must also in fact be

communicated to a 'public' (judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 43 and the case-law cited).

41. In that regard, the Court has stated, first, that the concept of 'public' involves a certain *de minimis* threshold, which excludes from that concept groups of persons concerned which are too small, or insignificant. Second, in order to determine that number, the cumulative effect of making the works available to potential recipients should be taken into account. Thus, it is necessary to know not only how many persons have access to the same work at the same time, but also how many of them have access to it in succession (see, to that effect, judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 44 and the case-law cited).

42. In the present case, it is apparent from the order for reference that a large number of subscribers to Ziggo and XS4ALL have downloaded media files using the online sharing platform TPB. It is also clear from the observations submitted to the Court that this platform is used by a considerable number of persons, the operators of TPB claiming, on their online sharing platform, to have several dozens of millions of 'peers'. In this respect, the communication at issue in the main proceedings covers, at the very least, all of the platform's users. These users can access, at any time and simultaneously, the protected works which are shared by means of the platform. Thus, that communication is aimed at an indeterminate number of potential recipients and involves a large number of persons (see, to this effect, judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 45 and the case-law cited).

43. It follows that, by a communication such as that at issue in the main proceedings, protected works are indeed communicated to a 'public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

44. Furthermore, with regard to the question whether those works have been communicated to a 'new' public within the meaning of the case-law cited in paragraph 28 of the present judgment, the Court, in its judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 24 and 31) as well as in its order of 21 October 2014, *BestWater International* (C-348/13, not published, EU:C:2014:2315, paragraph 14), has held that such a public is a public that was not taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication.

45. In the present case, it is apparent from the observations submitted to the Court, first, that the operators of the online sharing platform TPB were informed that this platform, which they make available to users and manage, provides access to works published without authorisation of the rightholders and, second, that the same operators expressly display, on blogs and forums available

on that platform, their purpose to make protected works available to the users, and encourage the latter to make copies of those works. In any event, it is clear from the order for reference that the operators of the online sharing platform TPB could not be unaware that this platform provides access to works published without the consent of the rightholders, given that, as expressly highlighted by the referring court, a very large number of torrent files on the online sharing platform TPB relate to works published without the consent of the rightholders. In those circumstances, it must be held that there is communication to a 'new public' (see, to that effect, judgment of 26 April 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, paragraph 50).

46. Furthermore, there can be no dispute that the making available and management of an online sharing platform, such as that at issue in the main proceedings, is carried out with the purpose of obtaining profit therefrom, it being clear from the observations submitted to the Court that that platform generates considerable advertising revenues.

47. Therefore, it must be held that the making available and management of an online sharing platform, such as that at issue in the main proceedings, constitutes a 'communication to the public', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

48. In the light of all the foregoing considerations, the answer to the first question is that the concept of 'communication to the public', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, must be interpreted as covering, in circumstances such as those at issue in the main proceedings, the making available and management, on the internet, of a sharing platform which, by means of indexation of metadata referring to protected works and the provision of a search engine, allows users of that platform to locate those works and to share them in the context of a peer-to-peer network.

The second question

49. In the light of the answer to the first question, there is no need to answer the second question.

Costs

50. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Second Chamber) hereby rules:

The concept of 'communication to the public', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society,

must be interpreted as covering, in circumstances such as those at issue in the main proceedings, the making available and management, on the internet, of a sharing platform which, by means of indexation of metadata relating to protected works and the provision of a search engine, allows users of that platform to locate those works and to share them in the context of a peer-to-peer network.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-610/15 - Pirate Bay - 14 June 2017 - Opinion of Advocate General Szpunar

OPINION OF ADVOCATE GENERAL SZPUNAR

delivered on 8 February 2017 **[1]**

Case C-610/15

Stichting Brein

v

Ziggo BV,

XS4ALL Internet BV

(Request for a preliminary ruling from the Hoge Raad der Nederlanden (Netherlands Supreme Court))

(Copyright and related rights - Directive 2001/29/EC - Article 3(1) - Communication to the public - Concept - Indexing site allowing the sharing of protected works without the authorisation of the rightholders - Article 8(3) - Use by a third party of the services of an intermediary in order to infringe a copyright - Injunction)

Introduction

1. '… the file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the .torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map'. **[2]**

2. It is by this analogy, worthy of copyright protection, that the Australian judge, Justice Cowdroy explained how file-sharing in breach of copyright by means of the BitTorrent protocol works. **[3]** The Court is called upon in the present case to identify the legal bases and the scope of any liability in respect of such breaches committed by 'card providers', that is to say, sites such as The Pirate Bay ('TPB'). TPB is in fact one of the biggest and best-known sites for sharing files containing

musical and cinematographic works. Files are shared free of charge and, in the case of the majority of those works, in breach of copyright.

3. The European Commission, whose opinion appears to me to be shared by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, contends that liability for sites of this type is a matter of copyright application, which can be resolved not at the level of EU law but under the domestic legal systems of the Member States. Such an approach would, however, mean that liability, and ultimately the scope of the copyright holders' rights, would depend on the very divergent solutions adopted under the different national legal systems. That would undermine the objective of EU legislation in the relatively abundant field of copyright, which is precisely to harmonise the scope of the rights enjoyed by authors and other rightholders within the single market. That is why the answer to the problems raised in the present case must, in my view, be sought rather in EU law.

4. I should also like to make clear from the outset that the problems raised in the present case are in my view substantially different from those in two recent cases concerning the right to communicate works to the public via the internet, namely *Svensson and Others* **[4]** and *GS Media*. **[5]** Those cases concerned the secondary communication of works already accessible on the internet by a person providing the online content himself, whereas the present case concerns original communication, made on a peer-to-peer network. I do not therefore think that the Court's reasoning in those cases can be directly applied to the case in the main proceedings.

Legal context

5. Article 12 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), entitled 'Mere conduit', **[6]** provides:

> '1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted …
>
> …
>
> 3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'

6. Article 14 of that directive, entitled 'Hosting', provides:

> ‘1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:
>
> (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent;
>
> or
>
> (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.
>
> …
>
> 3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.’

7. Paragraph 1 of Article 3 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, **[7]** entitled ‘Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter’ provides:

> ‘Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.’

8. Paragraph 3 of Article 8 of that directive, entitled ‘Sanctions and remedies’, reads:

> ‘Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.’

9. Paragraph 2 of Article 2 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, entitled ‘Scope’, **[8]** provides:

> ‘This Directive shall be without prejudice to the specific provisions on the enforcement of rights and on exceptions contained in Community legislation concerning copyright and

rights related to copyright, notably … in Directive 2001/29/EC and, in particular, … Article 8 thereof.'

10. Article 11 of that directive, entitled 'Injunctions', provides:

'…Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC.'

Facts, procedure and questions referred

11. The applicant in the main proceedings, Stichting Brein, is a foundation governed by Netherlands Law, whose main purpose is to combat the illegal exploitation of subject matter protected by copyright and related rights, and to protect in that area the interests of the holders of those rights.

12. The defendants in the main proceedings, Ziggo BV and XS4ALL Internet BV ('XS4ALL'), are companies governed by Netherlands law whose activity consists, inter alia, in providing consumers with an internet service. According to the information contained in Stichting Brein's written observations, they are the two main internet service providers on the Netherlands market.

13. Stichting Brein has applied, under the provisions of Netherlands law transposing Article 8(3) of Directive 2001/29, **[9]** for an order that Ziggo and XS4ALL block access by recipients of their services to the internet addresses of the website of TPB, an engine for peer-to-peer file-sharing. That application is based on the fact that it is by means of that file-sharing engine that recipients of the services of the defendants in the main proceedings, using those services, commit large-scale copyright infringements, by sharing files containing protected subject matter (mainly music and films) without the authorisation of the copyright holders.

14. That application, upheld at first instance, was dismissed on appeal, essentially on the grounds, first, that it is the recipients of the services of the defendants in the main proceedings, and not TPB, which are the originators of the copyright infringements and, secondly, that the blocking sought is not proportionate to the aim pursued, namely the effective protection of copyrights. Stichting Brein appealed on a point of law against the latter decision before the referring court.

15. It was in those circumstances that the Hoge Raad der Nederlanden (Netherlands Supreme Court) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

'(1) Is there a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29 by the operator of a website, if no protected works are available on that website,

but a system exists … by means of which metadata on protected works which is present on the users' computers is indexed and categorised for users, so that the users can trace and upload and download the protected works on the basis thereof?

(2) If the answer to Question 1 is negative:

Do Article 8(3) of Directive 2001/29 and Article 11 of Directive 2004/48 offer any scope for obtaining an injunction against an intermediary as referred to in those provisions, if that intermediary facilitates the infringing acts of third parties in the way referred to in Question 1?'

16. The order for reference was received at the Court on 18 November 2015. Written observations were submitted by the parties in the main proceedings, the Spanish, Italian, Portuguese and United Kingdom Governments and by the Commission. The parties in the main proceedings, the Spanish and French Governments and the Commission were represented at the hearing held on 27 October 2016.

Analysis

17. By its two questions referred for a preliminary ruling in the present case, the referring court raises in reality the matter of the liability of operators of indexing sites of peer-to-peer networks for copyright infringements committed in the context of the use of those networks. Can those operators themselves be regarded as being the originators of those infringements, which would mean they are directly liable (first question)? Or, even if they are not directly liable, can an order be made blocking access to their websites, which, as I shall explain below, requires a form of indirect liability (second question)?

18. I shall begin my analysis with a brief look at the way in which peer-to-peer networks operate and their role in the infringement of copyrights.

Preliminary remarks - peer-to-peer networks

19. Although the internet was designed as a network of computers operating independently, the most spectacular manifestation of the internet, the World Wide Web, operates according to a different model, namely a centralised architecture known as 'client-server'. In that model, the content (usually a web page) is stored on a server and can be viewed by users by means of their computers, referred to as 'clients', and their client software (a web browser). It is easy to understand that such architecture of the World Wide Web makes it relatively easy to monitor the legality of content and to combat illegal content: it is sufficient to attach the server or get its administrator to remove the infringing content. It should also be noted that the legislation

concerning information society services, mainly the internet, is particularly well-suited to that operating model, as it provides inter alia that intermediary providers are not liable for content but imposes on them certain obligations to cooperate in combating illegal content.

20. Peer-to-peer networks are organised according to a different principle. In that model, the computer of each user, that is to say each peer, is not only a client which receives information, but also a server which stores the information and makes it available to other peers. The network is therefore decentralised (no central servers) and has a 'variable geometry', since only connected peer-servers form the network at any given time (unlike a 'traditional network', in which servers are usually permanently connected and where only the clients connect and disconnect temporarily). A network configuration of this type offers many advantages, particularly as regards optimising the use of storage capacity and data transmission. Such a network is also, due to its decentralised architecture, more resistant to attacks and to intervention by the security forces or persons holding rights under a copyright. It is difficult inter alia to remove content from a peer-to-peer network, since it is on different servers belonging to different individuals in different countries.

21. Peer-to-peer networks lend themselves to different uses, such as online messaging, telephone calls, software distribution or even military applications. However, the most widespread use is for file-sharing.

22. Are these only files containing illegal data, such as works shared in breach of copyright? That is not the case. Peer-to-peer networks may be used for sharing files of different types, inter alia files containing data which are not copyright-protected, works made available with the consent of rightholders, even by the authors themselves, works for which protection (in any event as regards substantive rights) has already expired or works available under a free licence.

23. However, according to the data submitted by Stichting Brein and not challenged in the main proceedings, if I understand correctly, 90% to 95% of the files shared on the TPB network contain protected works distributed without the consent of the rightholders. This figure would seem to hold true for most of the popular peer-to-peer networks. The reason for this is that legal content has its own distribution channels, whether professional or amateur (traditional websites, online shops, social networks, etc.). Peer-to-peer networks on the other hand are frequently used in order to share content which would otherwise not be available free of charge to the public. Administrators of those networks often make no effort to conceal that purpose, some of those networks having been set up with the stated objective of circumventing copyrights, regarded as being unfair. **[10]** For that reason, peer-to-peer networks have, since they first appeared, been the

subject of the anti-pirating campaign, waged especially in the United States, where these networks have very quickly grown in popularity. Napster was the first major peer-to-peer network to be shut down for copyright infringements.**[11]**

24. After Napster, new generations of peer-to-peer networks appeared. Currently, the most popular, at any rate on the European market, are networks based on the BitTorrent protocol. That technology makes it possible, by means of software freely accessible online (so-called 'BitTorrent client'), to download the same file, divided into small pieces, from several peer computers. As a result of that fragmentation of the downloaded file, the computers of the peers originating the download (called 'seeders'), operating as servers, and their internet connections, are not saturated, which allows for fast downloading of relatively large files. Given that the number of peers having and sharing the same file is crucial for the speed of downloading, in BitTorrent technology each piece of the downloaded file is simultaneously offered for downloading to other peers looking for the same file ('leechers'). In other words, every client computer which downloads the file automatically becomes a server, and then makes it available to other peers.

25. I shall not elaborate further on the technical operation of peer-to-peer networks, detailed descriptions of which are readily available.**[12]** As in all the cases relating to information technology, technical development far outstrips legislative or judicial procedures, at the risk of rendering obsolete, even before they have been adopted, legal solutions based on a given technological status quo.**[13]** What, in my view, one should look for in order to resolve a case like that in the main proceedings, is the legal substance of certain acts, irrespective of the technical background to those acts. What is important from that point of view is the role played by websites such as TPB in file-sharing on peer-to-peer networks.

26. That role is crucial. The use of any peer-to-peer network depends on the possibility of finding peers available to share the desired file. The information, whether it is technically in the form of torrent files, 'magnet links' or some other form, is found on websites such as TPB. Those sites provide not only a search engine but also, as in the case of TPB, indexes of the works contained in those files, classified in various categories, for example, '100 best' or 'the latest'. So it is not even necessary to look for a particular work, it is sufficient to choose from those on offer, as in the catalogue of a library (or rather an audio or video collection, since it is mainly music and films). Those sites also often provide additional information, inter alia on the estimated download time and the number of active 'seeders' and 'leechers' for a particular file.

27. Although, as the defendants in the main proceedings contend, it is therefore theoretically possible to find files offered for sharing on a peer-to-peer network without using a site like TPB,

in practice, the search for such files generally leads to such a site or a site aggregating data from several peer-to-peer networks. The role of websites such as TPB is therefore practically unavoidable in the operation of those networks, in any event for the average internet user.

First question

28. By the first question it refers for a preliminary ruling, the national court asks, in essence, whether the fact that the operator of a website makes it possible to find files containing copyright-protected works, which are offered for sharing on a peer-to-peer network, by indexing the metadata relating to those files and by providing a search engine, constitutes a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

29. I shall start my analysis of this question with a brief overview of the legislation and case-law on the right of communication to the public.

The right of communication to the public

30. Traditionally, with regard to the dissemination of their works, authors have the exclusive right to authorise or prohibit both the distribution of copies of those works and the performance of them to a public present at the place of performance. Typical examples of this are concerts and theatrical productions.

31. The appearance of technical means of communication, the first being sound through the medium of radio broadcasting, made it necessary to protect the rights of the authors with regard to that possibility of exploiting their works. That right was introduced for the first time into international law in Article 11*bis* of the revised Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works ('the Berne Convention').**[14]** Currently, Article 11*bis* of the Berne Convention, in the version resulting from the Paris Act of 24 July 1971, as amended on 28 September 1979, grants authors the exclusive right of authorising the broadcasting, or any other wireless communication to the public, of their works, and the 'secondary' communication of the broadcast work, when this communication is made by an organisation other than the original one.**[15]**

32. That regulation of the right of communication to the public was designed for, and is particularly suited to, 'linear' communication, to use the terminology of Directive 2010/13/EU.**[16]** In that communication model, the signal is 'pushed' to the recipient, who can only receive it (or not) at the time it is broadcast. It is therefore relatively easy to determine when the communication took place, from whom it originates and who are its recipients, that is to say,

the public. That is the traditional model according to which radio and television broadcasting operate.

33. With the arrival of television on demand ('video on demand') and then, especially, the internet, a new method of communication appeared, whereby the content of the communication is merely made available to potential users, who can receive it when and where they wish. In that model, it is only when the user decides to receive the content that the signal is actually communicated to him ('pulled'). There was some doubt as to whether that process corresponded to the concept of 'communication to the public' within the meaning of the Berne Convention.**[17]**

34. The Berne Convention was supplemented, inter alia in order to adapt its provisions to technical progress, by the World Intellectual Property Organisation Copyright Treaty, adopted at Geneva on 20 December 1996 ('the WCT').**[18]** The concept of 'making available to the public' was expressly introduced by that treaty. Article 8 of the WCT provides for the exclusive right of authors to authorise any communication to the public of their works, by wire or wireless means, 'including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them'. That provision is not limited therefore to communication by radio or television, but includes any technical means of communication. Nor is it limited to linear communication, but extends to making content available for reception over a period of time. It is the latter method of communication to the public which is especially relevant in the case of the internet, in particular in the case of peer-to-peer networks.

35. Article 8 of the WCT was transposed into EU law in Article 3(1) of Directive 2001/29, a provision whose interpretation is sought in the present case. That provision contains almost the same wording as that used in the WCT.

36. Directive 2001/29 does not, however, include any definition of the concept of 'communication to the public', or of 'making available to the public'. It was the Court therefore which had to undertake to provide an outline of that definition. According to case-law, two criteria are essential in order for communication to the public to exist: the act of communication and the presence of a public.**[19]**

37. As regards the first criterion, the Court emphasises the essential role of the player originating the communication and the deliberate nature of its intervention. That player makes an act of communication when it intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give its customers access to a protected work, and does so in particular where without that intervention its customers would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work.**[20]**

38. It should be added, as I pointed out above, that, in the case of making a work available to the public so that it is received by recipients at the time of their choosing, the act of communication must be assessed taking into account the specific nature of that method of communication. Accordingly, unlike communication carried out on the initiative of the player originating that communication, in the case of making available, the actual transmission of the work takes place only potentially and on the initiative of the recipient. However, the ability of the copyright holder to prevent the communication arises at the actual time of making available, irrespective of whether and when transmission actually takes place.**[21]**

39. As regards the second criterion, the presence of the public, according to the case-law of the Court, it involves two requirements. The first is that the communication must be intended for an indeterminate but fairly large number of potential recipients. That condition is normally met in the case of a website that is accessible, in principle, to all users of the internet.**[22]**

40. Under the second requirement, the public for which the communication in question is intended must be a 'new public'. In the view of the Court, so far as making available on the internet is concerned, the communication is not made to a new public when it relates to a work that has already been made freely available to the public on another website. In such a situation, the communication is targeted, at least potentially, at the same public as that targeted by the initial making available, namely all users of the internet.**[23]**

41. That freedom of internet users is limited, however. According to the Court, when applying the 'new public' condition, it is necessary to take into account not the public actually having access to the work, but only the public who were taken into account by the copyright holder at the time of the initial communication. On the other hand, if the work has been made available, but without the consent of the rightholder, no public was taken into account by the latter, and any new making available therefore targets a new public and must consequently be considered to be a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.**[24]**

42. However, there is no need to assess whether the communication is intended for a new public where it is made using a specific technical means, that is to say, a technical means different from that used for the initial communication. **[25]** In such a case, there is therefore still a communication to the public within the meaning of Directive 2001/29.

43. It is now appropriate to assess those criteria in the context of peer-to-peer networks.

Communication to the public on peer-to-peer networks

44. There is no question in my view that the making available to the public of copyright-protected works takes place where those works are shared on a peer-to-peer network.

45. First, the works are made available on the computers of the network users, so any other user can download them. The fact that, under the BitTorrent system, the files containing those works are cut up and downloaded in pieces from different computers is a particular technical feature of no importance. The subject matter of the copyright protection is not a file but the work. Works are made available in their entirety and sent to the users downloading them also in their entirety, barring a technical incident.

46. Secondly, there is no doubt that potential users of an open peer-to-peer network such as TPB's constitute an undefined and significant number of persons.

47. Thirdly and lastly, irrespective of the fact that it involves a specific technical means, the new public condition is also met, in any event so far as works shared without the consent of the authors is concerned. As I noted in point 41 of the present Opinion, the new public condition must be assessed in relation to the public taken into account by the author when he gave his consent. **[26]** If the author of the work has not consented to it being shared on a peer-to-peer network, the users of that network constitute by definition a new public. **[27]**

48. It remains to be decided who the persons are, on a peer-to-peer network, who originated the making available of the works which are shared on it: its users or the operator of an indexing site such as TPB.

49. Users, by installing on their computers and starting the sharing software (the BitTorrent client), and providing TPB with the torrents that allow the files present on their computers to be traced, and by leaving those computers on so that they can remain active on the network, are intentionally making the works in their possession available to other users of the network.

50. However, those works would not be accessible and the operation of the network would not be possible, or would at any rate be much more complex and its use less efficient, without sites such as TPB, which enable works to be found and accessed. The operators of those sites therefore arrange the system which enables users to access works that are made available by other users. Their role may therefore be regarded as necessary. **[28]**

51. It is true that such a site merely indexes the content that is present on the peer-to-peer network, that is to say the metadata relating to works that are offered for sharing by users of the network. The operator of the site therefore has, in principle, no influence over the appearance of a given work on that network. It is only an intermediary which enables users to share the content on a

peer-to-peer basis. Therefore, the decisive role in the communication to the public of a given work cannot be attributed to it if it is unaware that the work has been made available illegally or if, once it has been made aware of the illegality, it acts in good faith to rectify the matter. However, from the moment that operator has knowledge of the fact that making available took place in breach of copyright and does not take action to render access to the work in question impossible, its conduct may be regarded as being intended to allow, expressly, the continuation of the illegal making available of that work and, hence, as an intentional action.

52. I should like to make clear that the site's operator must have actual knowledge of the facts. That is so, inter alia, in a situation where that operator has been expressly alerted by the rightholder of the illegal nature of the information appearing on the site. **[29]** It would not therefore be appropriate to apply to such a site a presumption of knowledge of the facts similar to that established by the Court in its judgment in *GS Media* in the case of persons who had posted a hyperlink for profit. **[30]** Such a presumption would amount to imposing on operators of indexing sites of peer-to-peer networks, which normally operate for profit, a general obligation to monitor the indexed content.

53. The intervention of those operators therefore meets the conditions of being necessary and deliberate, laid down in the case-law of the Court. **[31]** Those operators should therefore in my view also be considered, simultaneously and jointly with the users of the network, as originating the making available to the public of works that are shared on the network without the consent of the copyright holders, if they are aware of that illegality and do not take action to make access to such works impossible.

54. The answer to the first question referred for a preliminary ruling should therefore be that the fact that the operator of a website makes it possible, by indexing them and providing a search engine, to find files containing works protected by copyright which are offered for sharing on a peer-to-peer network, constitutes a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, if that operator is aware of the fact that a work is made available on the network without the consent of the copyright holders and does not take action in order to make access to that work impossible.

Second question

Preliminary remarks

55. The second question was raised by the national court in case the Court's answer to the first question, which I suggest should be answered in the affirmative, is negative. If the Court does not

however share my assessment as set out above, analysis of the second question becomes necessary. I am therefore also going to suggest an answer to the second question.

56. The second question mentions both Article 8(3) of Directive 2001/29 and Article 11 of Directive 2004/48. However, according to Article 2(2) of Directive 2004/48, and, more directly, according to the last sentence of Article 11 of that directive, its provisions apply without prejudice to the provisions of Directive 2001/29, in particular Article 8 thereof. It follows, in my view, that, so far as the matters covered by Article 8 of Directive 2001/29 are concerned, that provision takes precedence over Article 11 of Directive 2004/48. As a result, only Article 8(3) of Directive 2001/29 is relevant as regards the answer to the second question. In any event, those two provisions are similar in content.

57. By that second question, the referring court asks in essence whether Article 8(3) of Directive 2001/29 must be interpreted as offering scope for obtaining an injunction against an internet service provider ordering it to block access for its users to an indexing site of a peer-to-peer network by means of which copyright infringements have been committed, even if the operator of that site does not itself communicate to the public the works made available on that network.

Applicability of measures under Article 8(3) of Directive 2001/29 to sites such as TPB

58. It will be recalled that, under Article 8(3) of Directive 2001/29, holders of copyrights must be in a position to apply for an injunction against an intermediary whose services are used by a third party to infringe their rights.

59. It is undisputed in the main proceedings that the defendants, being internet service providers, are intermediaries within the meaning of the abovementioned provision.

60. It is also clear in my view that the services of those intermediaries are used by third parties to infringe copyrights. It has been found that certain users of those services use the peer-to-peer network to share works on it without the authorisation of copyright holders. Such sharing constitutes making a work available to the public without the authorisation of the copyright holder and, consequently, an infringement of that right.

61. The particular feature of the case in the main proceedings is that the measure applied for, namely the blocking of access to the TPB site, will affect not only users who commit copyright infringements but also the TPB site, which will not be able to offer its services to users connected to the internet through the intermediary of the defendants in the main proceedings.

62. The possibility of such a measure was accepted by the Court in its judgment in *UPC Telekabel Wien*. **[32]** However, that case concerned the blocking of access to a website whose operator had

been regarded as being itself the originator of the copyright infringement. The works illegally made available to the public were on the website in question and were downloaded by users from that site. It was in those circumstances that the Court could hold that the operator of that site was using the services of the internet service provider of the persons viewing the site in order to commit copyright infringements.

63. The situation is very different in the present case, since although it has been established that TPB is not itself making communication of works to the public without the consent of copyright holders, it cannot be concluded that it is using the services of the internet service providers of users of the peer-to-peer network in order to commit copyright infringements.

64. The circumstances envisaged in Article 8(3) of Directive 2001/29 presuppose the existence of a link between the subject of the injunction and the copyright infringement. A measure blocking a website implies that it has been established that the operator of that site has been held liable for copyright infringement using the services of the intermediary to which the injunction is addressed. In that case that operator constitutes a third party infringing copyrights within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

65. If the operator in question does not itself carry out the act covered by the author's exclusive rights (for example, communication to the public), the infringement is only indirect. Given the fact that liability for that type of infringement is not harmonised at the level of EU law, express provision must be made for it under national law. It is for national courts to ascertain whether such liability exists in their domestic law.

66. If such liability can be established on the part of an operator of an indexing site within a peer-to-peer network on which protected works are shared without the authorisation of the copyright holders, it must be considered that that operator is using the services of internet service providers whose customers share files on that network, by analogy with a person who himself directly commits a copyright infringement.

67. That finding is not altered by the fact that a site such as TPB might come into the category of providers of hosting services, whose liability for the information stored is, in principle, excluded under Article 14(1) of Directive 2000/31. That immunity is in effect conditional. It is granted only if the provider had no knowledge of the illegal nature of the information stored or of the activity being carried on using that information, and on condition that, once it has been alerted to that illegality, it acts expeditiously to remove the information in question or disable access to that information.

68. If the intermediary provider does not comply with those conditions, that is to say, if it had knowledge that the information stored was illegal but did not act to remove it or disable access to it, that provider may be held indirectly liable for that information.

69. This applies, inter alia, in the case of the operator of an indexing site of a peer-to-peer network which had knowledge or had been made aware that the torrent files supplied by users of the network made it possible to share works made available on that network without the authorisation of the copyright holders and did not act to remove those files. It is undisputed in the main proceedings that this applies in the case of TBP. Article 14 of Directive 2000/31 does not therefore preclude TBP's liability for copyright infringements resulting from making those files available.

70. It is also necessary to consider whether such a measure complies with fundamental rights.

Whether blocking access to a website complies with fundamental rights

71. Measures taken on the basis of Article 8(3) of Directive 2001/29 must comply with the applicable fundamental rights. **[33]** The question of such conformity with regard to a measure ordering that users of the services of an internet service provider must be prevented from viewing a site that has been found to have committed copyright infringements was analysed in depth by the Court in its judgment in *UPC Telekabel Wien*. **[34]** The Court accepted such a measure with regard to fundamental rights, laying down three conditions.**[35]**

72. First, the service provider to which the injunction is addressed must be able to choose which technical means to use in order to comply with the injunction, and to be discharged of its obligations, by demonstrating that it has taken all reasonable measures to do so. Those are conditions imposed under national law, compliance with which is to be reviewed by national courts.

73. Secondly, the measures taken must not unnecessarily deprive internet users of the possibility of lawfully accessing the information available. It is clear that a measure blocking a particular site deprives internet users of access to the information available on that site, whether it is legal or not.

74. Assessment of the legality of such a measure must therefore, in my view, be done on a case-by-case basis, analysing the proportionality between, on the one hand, the measure and the resultant depriving of access to information and, on the other hand, the significance and seriousness of the copyright infringements committed by means of that site.

75. In the case of TPB, according to the information supplied by the applicant in the main proceedings, which of course needs to be verified by the national court, over 90% of files which can be accessed from that site contain works made available to the public without the authorisation

of the copyright holders. Furthermore, the operators of TPB were alerted on several occasions of the unlawful nature of the content of their site and instructed to remove it, which they expressly refused to do.

76. In such circumstances, in my view, depriving internet users of access to information, by blocking the TPB site, would be proportionate to the significance and seriousness of the copyright infringements committed on that site. My assessment is based on both the proportion of illegal content and the behaviour of the operators of that site. That is so all the more since, if works are being lawfully shared on a peer-to-peer network it is very probable that they are also easily accessible free of charge by other means or that they can easily be made available. The situation is very different in the case of a website on which the illegal content is only marginal and whose operators cooperate in good faith to remove it.

77. Naturally, the final analysis of the proportionality of the proposed measure lies with the national courts.

78. Thirdly and lastly, the effect of the measure must be to prevent unauthorised viewing of protected subject matter or, at least to make it difficult to do so, and seriously deter internet users who are using the services of the addressee of the injunction from viewing the subject matter made available to them in breach of copyright. In other words, the objective of the measure must be to put a stop to and prevent copyright infringement and the measure must be reasonably effective in achieving that objective.

79. In the present case, the defendants in the main proceedings express serious doubts about the effectiveness of blocking access to the TPB site. In their view, first, that measure is ineffective since the same works can be found and exchanged on the internet by means other than TPB. Secondly, the blocking of a website address can easily be circumvented by any informed internet user.

80. It should be noted, however, in the first place that according to the case-law of the Court, it is not necessary that intellectual property should be absolutely protected, that is to say, that the proposed measure should result in a complete cessation of copyright infringements. It is sufficient that it should seriously deter internet users from committing such infringements by making infringement difficult. (36) Given the role of websites such as TPB in the operation of peer-to-peer networks, there seems to me to be no question that blocking access to such a site would make it difficult or impossible for most users to find the works made available on such a network and therefore to download them in breach of copyright.

81. Secondly, the fact that websites other than TPB can fulfil the same role does not detract from the effectiveness of the measure applied for in the main proceedings, since similar measures may be applied for to block access to those sites also. Acceptance of the reasoning of the defendants in the main proceedings would amount to accepting that no measure to prevent infringement of the law can be effective because new infringements will always be committed by other persons.

82. Thirdly and lastly, it should be noted that a definitely more effective measure - the blocking of all internet traffic involving works illegally shared on peer-to-peer networks - has already been the subject of an assessment by the Court. The Court rejected such a measure, holding that it was too restrictive for internet service providers and intruded too far upon the rights of users.**[37]**

83. If a measure that is less restrictive for service providers and constitutes less of an intrusion upon the rights of users were now rejected on the ground that it is not sufficiently effective, internet service providers would ultimately be released de facto from their duty to cooperate in the fight against copyright infringement. The derogations in respect of the liability of intermediary providers contained in Directive 2000/31 constitute one of the factors in the balance between the different interests at stake, introduced by that directive according to recital 41 thereof. The counterpart of those derogations, in the context of that balance, is not only the absence of any complicity of intermediary providers in infringements of the law, but also their cooperation in order to avoid or prevent such infringements. They cannot escape that obligation by claiming, according to the circumstances, that the measures are either over-restrictive or ineffective.

84. Accordingly, I suggest to the Court, if the answer to the first question referred is negative, that the answer to the second question referred should be that Article 8(3) of Directive 2001/29 must be interpreted as permitting an injunction to be obtained against an intermediary ordering it to block access for its users to an indexing site of a peer-to-peer network, if the operator of that site can, under national law, be held liable for copyright infringements committed by users of that network, provided that measure is proportionate to the significance and seriousness of the copyright infringements committed, which is a matter for the national court to determine.

Conclusion

85. In the light of all the foregoing, I suggest that the Court should answer as follows the questions referred for a preliminary ruling by the Hoge Raad der Nederlanden (Netherlands Supreme Court):

The fact that the operator of a website makes it possible, by indexing and providing a search engine, to find files containing works protected by copyright which are offered for sharing on a peer-to-peer network constitutes a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the

harmonisation certain aspects of copyright and related rights in the information society, if that operator was aware of the fact that a work was made available on the network without the consent of the copyright holders and did not take action in order to make access to that work impossible.

[1] Original language: French.

[2] The Advocate General provides a French translation of the English text.

[3] Judgment of the Federal Court of Australia of 4 February 2010 in Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited (No. 3) [2010] FCA 24, paragraph 70. That passage was also cited by Mr van Peursem, Advocate General at the Hoge Raad der Nederlanden (Netherlands Supreme Court) in the main proceedings.

[4] Judgment of 13 February 2014, C 466/12, EU:C:2014:76.

[5] Judgment of 8 September 2016, C 160/15, EU:C:2016:644.

[6] OJ 2000 L 178, p. 1.

[7] OJ 2001 L 167, p. 10.

[8] OJ 2004 L 157, p. 45.

[9] Namely Article 26d of the Auteurswet (Netherlands Law on copyright) and Article 15 of the Wet op de naburige rechten (Law on related rights).

[10] For example, TPB was set up by members of Piratbyrån, a Swedish anti-copyright organisation.

[11] Judgment of the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit of 12 February 2001, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

[12] Wikipedia may be cited as a primary reference source, which is very relevant as regards the internet (entries on ‘peer-to-peer’, ‘BitTorrent’, ‘The Pirate Bay’). See also the Australian court’s judgment cited in footnote 3, paragraphs 43 to 78, and L. Edwards, The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights, a document prepared for the World International Property Organisation, available on its website under reference WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

[13] Accordingly, since the order for reference was lodged in the present case, TPB’s website has added, besides the possibility of downloading files, an option for streaming works shared on the

peer-to-peer network by means of new software. That feature was announced at the hearing by the representative of Stichting Brein.

[14] Berlin Act (1908).

[15] The current wording of Article 11bis of the Berne Convention results from the Brussels Act of 26 June 1948.

[16] Directive of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (OJ 2010 L 95, p. 1). It is communication that is linear in time, that is to say, which can only be received at the time of the actual broadcast (see Article 1(1)(e) of Directive 2010/13).

[17] See, inter alia, von Lewinski, S., Walter, M., European Copyright Law. A Commentary, Oxford University Press 2010, pp 973 to 980.

[18] Treaty approved on behalf of the European Community by Council Decision 2000/278/EC of 16 March 2000 (OJ 2000 L 89, p. 6).

[19] See, most recently, judgment of 8 September 2016, GS Media (C 160/15, EU:C:2016:644, paragraph 32 and the case-law cited).

[20] Judgment of 8 September 2016, GS Media (C 160/15, EU:C:2016:644, paragraph 35).

[21] See, to that effect, judgment of 13 February 2014, Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 19).

[22] See, to that effect, judgment of 13 February 2014, Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 22).

[23] See judgment of 13 February 2014, Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 24 to 27).

[24] Judgment of 8 September 2016, GS Media (C 160/15, EU:C:2016:644, paragraph 43).

[25] Judgment of 7 March 2013, ITV Broadcasting and Others (C 607/11, EU:C:2013:147, paragraph 39).

[26] See inter alia judgments of 13 February 2014, Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, EU:C:2014:76, paragraph 24), and of 8 September 2016, GS Media (C 160/15, EU:C:2016:644, paragraphs 37 and 42).

[27] That is also clear, implicitly, from paragraph 43 of the judgment of 8 September 2016, GS Media (C 160/15, EU:C:2016:644).

[28] See also, on this subject, points 26 and 27 of the present Opinion.

[29] That is the case, according to the information contained in the file, of the TPB site in the main proceedings.

[30] Judgment of 8 September 2016 (C 160/15, EU:C:2016:644, paragraph 51).

[31] Judgment of 8 September 2016, GS Media (C 160/15, EU:C:2016:644, paragraph 35 and the case-law cited).

[32] Judgment of 2 March 2014 (C 314/12, EU:C:2014:192).

[33] Judgment of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 45 and 46 and the case-law cited).

[34] Judgment of 27 March 2014 (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 46 to 63).

[35] Judgment of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraph 64).

[36] Judgment of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 61 to 63). According to the Court, even a measure which does not directly prevent copyright infringements, but merely requires users to identify themselves in order to obtain internet access, meets those criteria (judgment of 15 September 2016, Mc Fadden (C 484/14, EU:C:2016:689, paragraphs 95 and 96)).

[37] Judgment of 24 November 2011, Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:771, paragraphs 38 to 52).

AB Adalet Divanı - C-582/14 - Breyer - 19 October 2016

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 112/16

Luxembourg, 19 October 2016

Judgment in Case C-582/14

Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland

The operator of a website may have a legitimate interest in storing certain personal data relating to visitors to that website in order to protect itself against cyberattacks

The dynamic internet protocol address of a visitor constitutes personal data, with respect to the operator of the website, if that operator has the legal means allowing it to identify the visitor concerned with additional information about him which is held by the internet access provider

Mr Patrick Breyer has brought an action before the German courts seeking an injunction to prevent websites, run by the Federal German institutions that he consults, from registering and storing his internet protocol addresses ('IP addresses'[1]). Those institutions register and store the IP addresses of visitors to those sites, together with the date and time when a site was accessed, with the aim of preventing cybernetic attacks and to make it possible to bring criminal proceedings.

The Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany) has made a reference to the Court of Justice asking whether in that context 'dynamic' IP addresses also constitute personal data, in relation to the operator of the website, and thus benefit from the protection provided for such data.

A dynamic IP address is an IP address which is different each time there is a new connection to the internet. Unlike static IP addresses, dynamic IP addresses do not enable a link to be established, by means of files accessible to the public, between a specific computer and the physical connection to the network used by the internet service provider. Therefore, only Mr Breyer's internet service provider has the additional information necessary to identify him.

[1] IP addresses are series of digits assigned to networked computers to facilitate their communication over the internet. When a website is consulted, the IP address of the computer seeking access is communicated to the server on which the
website consulted is stored. That connection is necessary so that the data accessed maybe transferred to the correct recipient.

Furthermore, the Bundesgerichtshof asks whether the operator of a website must, at least in principle, have the possibility to collect and subsequently use visitors' personal data in order to ensure the general operability of its website. It observes, in that regard, that most academic commentators in Germany interpret the relevant German legislation as meaning that those data must be deleted at the end of the consultation period unless they are required for billing purposes.

By today's judgment, the Court replies, first of all, that a dynamic IP address registered by an 'online media services provider' (that is by the operator of a website, in the present case the German Federal institutions) when its website, which is accessible to the public, is consulted constitutes personal data[2] with respect to the operator if it has the legal means enabling it to identify the visitor with the help of additional information which that visitor's internet service provider has.

The Court observes, in that regard, that in Germany there appear to be legal channels enabling the online media services provider[3] to contact the competent authority, in particular, in the event of cyberattacks, so that the latter may take the steps necessary to obtain that information from the internet service provider and subsequently bring criminal proceedings.

Second, the Court states that EU law[4] precludes the legislation of a Member State under which an online media services provider may collect and use a visitor's personal data, without his consent, only to the extent that it is necessary to facilitate and invoice the specific use of services by that visitor, so that the objective aiming to ensure the general operability of those services cannot justify the use of such data after those services have been accessed.

The Court recalls that, according to EU law, the processing of personal data is lawful, inter alia, if it is necessary to achieve a legitimate objective pursued by the controller, or by the third party to which the data are transmitted, provided that the interest or the fundamental rights and freedoms of the data subject does not override that objective.

The German legislation, as interpreted by the majority of legal commentators, reduces the scope of that principle, by excluding the possibility of balancing the objective of ensuring the general operability of online media against the interest or the rights and freedoms of visitors.

[2] Within the meaning of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).
[3] As regards the present case, in which the websites concerned are run by the Federal German institutions, the Court observes that it appears that the Federal German institutions act, in spite of their status as public authorities, as individuals.
[4] Specifically Directive 95/46.

In that context, the Court emphasises that the Federal German institutions, which provide online media services, may have a legitimate interest in ensuring the continued functioning of their websites which goes beyond each specific use of their publicly accessible websites.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court's decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber)

19 October 2016

Language of the case: German.

(Reference for a preliminary ruling - Processing of personal data - Directive 95/46/EC - Article 2(a) - Article 7(f) - Definition of 'personal data' - Internet protocol addresses - Storage of data by an online media services provider - National legislation not permitting the legitimate interest pursued by the controller to be taken into account)

In Case C-582/14,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany), made by decision of 28 October 2014, received at the Court on 17 December 2014, in the proceedings

Patrick Breyer

v

Bundesrepublik Deutschland,

THE COURT (Second Chamber),

composed of M. Ilešič, President of the Chamber, A. Prechal, A. Rosas (Rapporteur), C. Toader and E. Jarašiūnas, Judges,

Advocate General: M. Campos Sánchez-Bordona,

Registrar: V. Giacobbo-Peyronnel, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 25 February 2016,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Mr Breyer, by M. Starostik, Rechtsanwalt,

- the German Government, by A. Lippstreu and T. Henze, acting as Agents,

- the Austrian Government, by G. Eberhard, acting as Agent,

- the Portuguese Government, by L. Inez Fernandes and C. Vieira Guerra, acting as Agents,

- the European Commission, by P.J.O. Van Nuffel and H. Krämer, and P. Costa de Oliveira and J. Vondung, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 12 May 2016,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 2(a) and 7(f) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

2. The request has been made in proceedings between Mr Patrick Breyer and the Bundesrepublik Deutschland (Federal Republic of Germany) concerning the registration and storage by the latter of the internet protocol address (‘IP address’) allocated to Mr Breyer when he accessed several internet sites run by German Federal institutions.

Legal context

EU law

3. Recital 26 of Directive 95/46 reads as follows:

> ‘Whereas the principles of protection must apply to any information concerning an identified or identifiable person; whereas, to determine whether a person is identifiable, account should be taken of all the means likely reasonably to be used either by the controller or by any other person to identify the said person; whereas the principles of protection shall not apply to data rendered anonymous in such a way that the data subject is no longer identifiable; whereas codes of conduct within the meaning of Article 27 may be a useful instrument for providing guidance as to the ways in which data may be rendered anonymous and retained in a form in which identification of the data subject is no longer possible.’

4. Article 1 of that directive provides:

> ‘1. In accordance with this Directive, Member States shall protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data.

2. Member States shall neither restrict nor prohibit the free flow of personal data between Member States for reasons connected with the protection afforded under paragraph 1.'

5. Article 2 of the same directive provides:

'For the purpose of this Directive:

(a) "Personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

(b) "processing of personal data" ("processing") shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

…

(d) "controller" shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;

…

(f) "third party" shall mean any natural or legal person, public authority, agency or any other body other than the data subject, the controller, the processor and the persons who, under the direct authority of the controller or the processor, are authorised to process the data;

…'

6. Article 3 of Directive 95/46, entitled 'Scope', provides:

'1. This Directive applies to the processing of personal data wholly or partly by automated means, and to the processing other than by automated means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.

2. This Directive shall not apply to the processing of personal data:

- in the course of an activity which falls outside the scope of Community law, such as those provided for by Titles V and VI of the Treaty on European Union and in any case to processing operations concerning public security, defence, State security (including the economic well-being of the State when the processing operation relates to State security matters) and the activities of the State in areas of criminal law,

…'

7. Article 5 of that directive reads as follows:

'Member States shall, within the limits of the provisions of this Chapter, determine more precisely the conditions under which the processing of personal data is lawful.'

8. Article 7 of the directive is worded as follows:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

(a) the data subject has unambiguously given his consent; or

(b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract; or

(c) processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject; or

(d) processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject; or

(e) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller or in a third party to whom the data are disclosed; or

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests for fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1).'

9. Article 13(1) of Directive 95/46 provides:

'Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the obligations and rights provided for in Articles 6(1), 10, 11(1), 12 and 21 when such a restriction constitutes a necessary measures to safeguard:

…

(d) the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, or of breaches of ethics for regulated professions;

…'

German law

10. Paragraph 12 of the Telemediengesetz (Law on telemedia) of 26 February 2007 (BGBl. 2007 I, p. 179, 'TMG'), provides:

'(1) A service provider may collect and use personal data to make telemedia available only in so far as this law or another legislative provision expressly relating to telemedia so permits or the user has consented to it.

(2) Where personal data have been supplied in order for telemedia to be made available, a service provider may use them for other purposes only in so far as this law or another legislative provision expressly relating to telemedia so permits or the user has consented to it.

(3) Except as otherwise provided, the provisions concerning the protection of personal data which are applicable in the case in question shall apply even if the data are not processed automatically.'

11. Paragraph 15 of the TMG provides:

'(1) A service provider may collect and use the personal data of a user only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, the use of telemedia (data concerning use). Data concerning use include, in particular:

1. particulars for the identification of the user,

2. information about the beginning, end and extent of the particular use, and

3. information about the telemedia used by the user.

(2) A service provider may combine the data concerning use of a user relating to the use of different telemedia to the extent that this is necessary for purposes of charging the user.

…

(4) A service provider may use data concerning use after the end of the use to the extent that they are required for purposes of charging the user (invoicing data). The service provider may block the data in order to comply with existing limits on storage periods laid down by law, statutes or contract.'

12. Under Paragraph 3(1) of the Bundesdatenschutzgesetz (Federal Data Protection Law) of 20 December 1990 (BGBl. 1990 I, p. 2954, 'personal data are individual indications concerning the personal or factual circumstances of an identified or identifiable natural person (data subject). …'.

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

13. Mr Breyer has accessed several websites operated by German Federal institutions. On the websites, which are accessible to the public, those institutions provide topical information.

14. With the aim of preventing attacks and making it possible to prosecute 'pirates', most of those websites store information on all access operations in logfiles. The information retained in the logfiles after those sites have been accessed include the name of the web page or file to which access was sought, the terms entered in the search fields, the time of access, the quantity of data transferred, an indication of whether access was successful, and the IP address of the computer from which access was sought.

15. IP addresses are series of digits assigned to networked computers to facilitate their communication over the internet. When a website is accessed, the IP address of the computer seeking access is communicated to the server on which the website consulted is stored. That connection is necessary so that the data accessed maybe transferred to the correct recipient.

16. Furthermore, it is clear from the order for the reference and the documents before the Court that internet service providers allocate to the computers of internet users either a 'static' IP address or a 'dynamic' IP address, that is to say an IP address which changes each time there is a new connection to the internet. Unlike static IP addresses, dynamic IP addresses do not enable a link to be established, through files accessible to the public, between a given computer and the physical connection to the network used by the internet service provider.

17. Mr Breyer brought an action before the German administrative courts seeking an order restraining the Federal Republic of Germany from storing, or arranging for third parties to store, after consultation of the websites accessible to the public run by the German Federal institutions' online media services, the IP address of the applicant's host system except in so far as its storage is unnecessary in order to restore the availability of those media in the event of a fault occurring.

18. Since Mr Breyer's action at first instance was dismissed, he brought an appeal against that decision.

19. The court of appeal varied that decision in part. It ordered the Federal Republic of Germany to refrain from storing or arranging for third parties to store, at the end of each consultation period, the IP address of the host system from which Mr Breyer sought access, which was transmitted

when he consulted publicly accessible websites of the German Federal institutions' online media, where that address is stored together with the date of the consultation period to which it relates and where Mr Breyer has revealed his identity during that use, including in the form of an electronic address mentioning his identity, except in so far as that storage is not necessary in order to restore the dissemination of those media in the event of a fault occurring.

20. According to the court of appeal, a dynamic IP address, together with the date on which the website was accessed to which that address relates constitutes, if the user of the website concerned has revealed his identity during that consultation period, personal data, because the operator of that website is able to identify the user by linking his name to his computer's IP address.

21. However, the court of appeal held that Mr Breyer's action could not be upheld in other situations. If Mr Breyer does not reveal his identity during a consultation period, only the internet service provider could connect the IP address to an identified subscriber. However, in the hands of the Federal Republic of Germany, in its capacity as provider of online media services, the IP address is not personal data, even in combination with the date of the consultation period to which it relates, because the user of the websites concerned is not identifiable by that Member State.

22. Mr Breyer and the Federal Republic of Germany each brought an appeal on a point of law before the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany) against the decision of the appeal court. Mr Breyer sought to have his application for an injunction upheld in its entirety. The Federal Republic of Germany sought to have it dismissed.

23. The referring court states that the dynamic IP addresses of Mr Breyer's computer stored by the Federal Republic of Germany, acting in its capacity as an online media services provider, are, at least in the context of other data stored in daily files, specific data on Mr Breyer's factual circumstances, given that they provide information relating to his use of certain websites or certain internet files on certain dates.

24. Nevertheless, the data stored does not enable Mr Breyer to be directly identified. The operators of the websites at issue in the main proceedings can identify Mr Breyer only if the information relating to his identity is communicated to them by his internet service provider. The classification of those data as 'personal data' thus depends on whether Mr Breyer is identifiable.

25. The Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) refers to the academic disagreement relating to whether, in order to determine whether someone is identifiable, an 'objective' or 'relative' criterion must be used. The application of an 'objective' criterion would have the consequence that data such as the IP addresses at issue in the main proceedings may be regarded, at the end of the period of use of the websites at issue, as being personal data even if only a third party is able

to determine the identity of the data subject, that third party being, in the present case, Mr Breyer's internet service provider, which stored the additional data enabling his identification by means of those IP addresses. According to a 'relative' criterion, such data may be regarded as personal data in relation to an entity such as Mr Breyer's internet service provider because they allow the user to be precisely identified (see, in that connection, judgment of 24 November 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, paragraph 51), but not being regarded as such with respect to another entity, since that operator does not have, if Mr Breyer has not disclosed his identity during the consultation of those websites, the information necessary to identify him without disproportionate effort.

26. If the dynamic IP addresses of Mr Breyer's computer, together with the date of the relevant consultation period, were to be considered as constituting personal data, the referring court asks whether the storage of those IP addresses at the end of that consultation period is authorised by Article 7(f) of that directive.

27. In that connection, the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) states, first, that under Paragraph 15(1) of the TMG, online media services providers may collect and use the personal data of a user only to the extent that that is necessary to facilitate and charge for the use of those media. Second, the referring court states that, according to the Federal Republic of Germany, storage of those data is necessary to guarantee the security and continued proper functioning of the online media services that it makes accessible to the public, in particular, enabling cyber attacks known as 'denial-of-service' attacks, which aim to paralyse the functioning of the sites by the targeted and coordinated saturation of certain web servers with huge numbers of requests, to be identified and combated.

28. According to the referring court, if and to the extent it is necessary for the online media services provider to take measures to combat such attacks, those measures may be regarded as necessary to 'facilitate … the use of telemedia' pursuant to Paragraph 15 of the TMG. However, academic opinion mostly supports the view, first, that the collection and use of personal data relating to the user of a website is authorised only in order to facilitate the specific use of that website and, second, that those data must be deleted at the end of period of consultation concerned if they are not data required for billing purposes. Such a restrictive reading of Paragraph 15(1) of the TMG would prevent the storage of IP addresses from being authorised in order to guarantee in a general manner the security and continued proper functioning of online media.

29. The referring court asks whether that interpretation, which is the interpretation advocated by the court of appeal, is in accordance with Article 7(f) of Directive 95/46, having regard, in

particular with the criteria laid down by the Court in paragraph 29 et seq. of the judgment of 24 November 2011, *ASNEF and FECEMD* (C-468/10 and C-469/10, EU:C:2011:777).

30. In those circumstances the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) decided to stay the proceedings before it and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '(1) Must Article 2(a) of Directive 95/46 … be interpreted as meaning that an internet protocol address (IP address) which an [online media] service provider stores when his website is accessed already constitutes personal data for the service provider if a third party (an access provider) has the additional knowledge required in order to identify the data subject?
>
> (2) Does Article 7(f) of [that directive] preclude a provision in national law under which a service provider may collect and use a user's personal data without his consent only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, the specific use of the telemedium by the user concerned, and under which the purpose of ensuring the general operability of the telemedium cannot justify use of the data beyond the end of the particular use of the telemedium?'

Consideration of the questions referred for a preliminary ruling

The first question

31. By its first question, the referring court asks essentially whether Article 2(a) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that a dynamic IP address registered by an online media services provider when a person accesses a website that that provider makes accessible to the public constitutes, with regard to that service provider, personal data within the meaning of that provision, where, only a third party, in the present case the internet service provider, has the additional data necessary to identify him.

32. According to that provision, 'personal data' 'mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject")'. Pursuant to that provision, an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his or her physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity.

33. As a preliminary point, it must be noted that, in paragraph 51 of the judgment of 24 November 2011, *Scarlet Extended* (C-70/10, EU:C:2011:771), which concerned inter alia the interpretation of the same directive, the Court held essentially that the IP addresses of internet users were protected personal data because they allow users to be precisely identified.

34. However, that finding by the Court related to the situation in which the collection and identification of the IP addresses of internet users is carried out by internet service providers.

35. In the present case, the first question concerns the situation in which it is the online media services provider, namely the Federal Republic of Germany, which registers IP addresses of the users of a website that it makes accessible to the public, without having the additional data necessary in order to identify those users.

36. Furthermore, it is common ground that the IP addresses to which the national court refers are 'dynamic' IP addresses, that is to say provisional addresses which are assigned for each internet connection and replaced when subsequent connections are made, and not 'static' IP addresses, which are invariable and allow continuous identification of the device connected to the network.

37. The referring court's first question is based therefore on the premiss, first, that data consisting in a dynamic IP address and the date and time that a website was accessed from that IP address registered by an online media services provider do not, without more, give the service provider the possibility to identify the user who consulted that website during that period of use and, second, the internet services provider has additional data which, if combined with the IP address would enable the user to be identified.

38. In that connection, it must be noted, first of all, that it is common ground that a dynamic IP address does not constitute information relating to an 'identified natural person', since such an address does not directly reveal the identity of the natural person who owns the computer from which a website was accessed, or that of another person who might use that computer.

39. Next, in order to determine whether, in the situation described in paragraph 37 of the present judgment, a dynamic IP address constitutes personal data within the meaning of Article 2(a) of Directive 96/45 in relation to an online media services provider, it must be ascertained whether such an IP address, registered by such a provider, may be treated as data relating to an 'identifiable natural person' where the additional data necessary in order to identify the user of a website that the services provider makes accessible to the public are held by that user's internet service provider.

40. In that connection, it is clear from the wording of Article 2(a) of Directive 95/46 that an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly.

41. The use by the EU legislature of the word 'indirectly' suggests that, in order to treat information as personal data, it is not necessary that that information alone allows the data subject to be identified.

42. Furthermore, recital 26 of Directive 95/46 states that, to determine whether a person is identifiable, account should be taken of all the means likely reasonably to be used either by the controller or by any other person to identify the said person.

43. In so far as that recital refers to the means likely reasonably to be used by both the controller and by 'any other person', its wording suggests that, for information to be treated as 'personal data' within the meaning of Article 2(a) of that directive, it is not required that all the information enabling the identification of the data subject must be in the hands of one person.

44. The fact that the additional data necessary to identify the user of a website are held not by the online media services provider, but by that user's internet service provider does not appear to be such as to exclude that dynamic IP addresses registered by the online media services provider constitute personal data within the meaning of Article 2(a) of Directive 95/46.

45. However, it must be determined whether the possibility to combine a dynamic IP address with the additional data held by the internet service provider constitutes a means likely reasonably to be used to identify the data subject.

46. Thus, as the Advocate General stated essentially in point 68 of his Opinion, that would not be the case if the identification of the data subject was prohibited by law or practically impossible on account of the fact that it requires a disproportionate effort in terms of time, cost and man-power, so that the risk of identification appears in reality to be insignificant.

47. Although the referring court states in its order for reference that German law does not allow the internet service provider to transmit directly to the online media services provider the additional data necessary for the identification of the data subject, it seems however, subject to verifications to be made in that regard by the referring court that, in particular, in the event of cyber attacks legal channels exist so that the online media services provider is able to contact the competent authority, so that the latter can take the steps necessary to obtain that information from the internet service provider and to bring criminal proceedings.

48. Thus, it appears that the online media services provider has the means which may likely reasonably be used in order to identify the data subject, with the assistance of other persons, namely the competent authority and the internet service provider, on the basis of the IP addresses stored.

49. Having regard to all the foregoing considerations, the answer to the first question is that Article 2(a) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that a dynamic IP address registered by an online media services provider when a person accesses a website that the provider makes

accessible to the public constitutes personal data within the meaning of that provision, in relation to that provider, where the latter has the legal means which enable it to identify the data subject with additional data which the internet service provider has about that person.

The second question

50. By its second question, the referring court asks essentially whether Article 7(f) of Directive 95/46 must be interpreted as precluding the legislation of a Member State under which an online media services provider may collect and use a user's personal data without his consent only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, the specific use of those services by the user concerned, and under which the purpose of ensuring the general operability of those services cannot justify use of the data beyond the end of the particular use of them.

51. Before answering that question, it must be determined whether the processing of personal data at issue in the main proceedings, that is dynamic IP addresses of users of certain websites of the German Federal institutions, is excluded from the scope of Directive 95/46 under Article 3(2), first indent thereof, pursuant to which that directive does not apply to personal data processing operations concerning, in particular, the activities of the State in areas of criminal law.

52. In that connection, it must be recalled that the activities mentioned by way of examples by that provision are, in any event, activities of the State or of State authorities and unrelated to the fields of activity of individuals (see judgments of 6 November 2003, *Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596, paragraph 43, and of 16 December 2008, *Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, paragraph 41).

53. In the present case, subject to verifications to be made in that regard by the referring court, it appears that the German Federal institutions, which provide the online media services and which are responsible for the processing of dynamic IP addresses act, in spite of their status as public authorities, as individuals and outside the activities of the State in the area of criminal law.

54. Therefore, it must be determined whether the legislation of a Member State, such as that at issue in the main proceedings, is compatible with Article 7(f) of Directive 95/46.

55. To that end, it is important to recall that the national legislation at issue in the main proceedings, as interpreted in the restrictive sense described by the referring court, authorises the collection and use of personal data relating to a user of those services, without his consent, only to the extent that is necessary to facilitate and charge for the specific use of online media by the user concerned, even though the objective aiming to ensure the general capacity relating to the

functioning of the online media may justify the use of those data at the end of that period of use of such media.

56. Pursuant to Article 7(f) of Directive 95/46, personal data may be processed if 'processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1)' of the Directive.

57. The Court has held that Article 7 of Directive 95/46 sets out an exhaustive and restrictive list of cases in which the processing of personal data can be regarded as being lawful and that the Member States cannot add new principles relating to the lawfulness of the processing of personal data or impose additional requirements that have the effect of amending the scope of one of the six principles provided for in that article (see, to that effect, judgment of 24 November 2011, *ASNEF and FECEMD*, C-468/10 and C-469/10, EU:C:2011:777, paragraphs 30 and 32).

58. Article 5 of Directive 95/46 authorises Member States to specify, within the limits of Chapter II of that directive and, accordingly, Article 7 thereof, the conditions under which the processing of personal data is lawful, the margin of discretion which Member States have pursuant to Article 5 can therefore be used only in accordance with the objective pursued by that directive of maintaining a balance between the free movement of personal data and the protection of private life. Under Article 5 of Directive 95/46, Member States also cannot introduce principles relating to the lawfulness of the processing of personal data other than those listed in Article 7 thereof, nor can they amend, by additional requirements, the scope of the six principles provided for in Article 7 (see, to that effect, judgment of 24 November 2011, *ASNEF and FECEMD*, C-468/10 and C-469/10, EU:C:2011:777, paragraphs 33, 34 and 36).

59. In the present case, it appears that Paragraph 15 of the TMG, if it were interpreted in the strict manner mentioned in paragraph 55 of the present judgment, has a more restrictive scope than that of the principle laid down in Article 7(f) of Directive 95/46.

60. Whereas Article 7(f) of that directive refers, in a general manner, to 'the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed', Paragraph 15 of the TMG authorises the service provider to collect and use personal data of a user only in so far as that is necessary in order to facilitate, and charge for, the particular use of electronic media. Therefore, Paragraph 15 of the TMG precludes the storage of personal data, after the consultation of online media, in a general manner in order to guarantee the use of those media. The German Federal institutions, which provide online media services, may also have a legitimate interest in

ensuring, in addition to the specific use of their publicly accessible websites, the continued functioning of those websites.

61. Thus, as the Advocate General pointed out, in points 100 and 101 of his Opinion, such national legislation goes further than defining the notion of 'legitimate interests' in Article 7(f) of Directive 95/46, in accordance with Article 5 of Directive 95/46.

62. Article 7(f) of that directive precludes Member States from excluding, categorically and in general, the possibility of processing certain categories of personal data without allowing the opposing rights and interests at issue to be balanced against each other in a particular case. Thus, Member States cannot definitively prescribe, for certain categories of personal data, the result of the balancing of the opposing rights and interests, without allowing a different result by virtue of the particular circumstances of an individual case (see, to that effect, judgment of 24 November 2011, *ASNEF and FECEMD*, C-468/10 and C-469/10, EU:C:2011:777, paragraphs 47 and 48).

63. As regards the processing of personal data of the users of online media websites, legislation, such as that at issue in the main proceedings, reduces the scope of the principle laid down in Article 7(f) of Directive 95/46 by excluding the possibility to balance the objective of ensuring the general operability of the online media against the interests or fundamental rights and freedoms of those users which, in accordance with that provision, calls for protection under Article 1(1) of that directive.

64. It follows from all of the foregoing considerations that the answer to the second question is that Article 7(f) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that it precludes the legislation of a Member State under which an online media services provider may collect and use personal data relating to a user of those service, without his consent, only in so far as the collection and use of that information are necessary to facilitate and charge for the specific use of those services by that user, even though the objective aiming to ensure the general operability of those services may justify the use of those data after consultation of those websites.

Costs

65. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Second Chamber) hereby rules:

1. Article 2(a) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data

and on the free movement of such data must be interpreted as meaning that a dynamic IP address registered by an online media services provider when a person accesses a website that the provider makes accessible to the public constitutes personal data within the meaning of that provision, in relation to that provider, where the latter has the legal means which enable it to identify the data subject with additional data which the internet service provider has about that person.

2. Article 7(f) of Directive 95/46 must be interpreted as precluding the legislation of a Member State, pursuant to which an online media services provider may collect and use personal data relating to a user of those services, without his consent, only in so far as that the collection and use of that data are necessary to facilitate and charge for the specific use of those services by that user, even though the objective aiming to ensure the general operability of those services may justify the use of those data after a consultation period of those websites.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-582/14 - Breyer - 19 October 2016 - Opinion of Advocate General Campos Sanchez-Bordona

OPINION OF ADVOCATE GENERAL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

delivered on 12 May 2016 **[1]**

Case C-582/14

Patrick Breyer

v

Bundesrepublik Deutschland

(Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany))

(Processing of personal data - Directive 95/46/EC - Article 2(a) and Article 7(f) - Concept of 'personal data' - IP addresses - Retention by a provider of electronic media services - National legislation which does not allow account to be taken of the legitimate interests pursued by the controller)

1. An Internet Protocol address ('IP address') is a sequence of binary numbers which, when allocated to a device (a computer, a tablet or a smartphone), identifies it and allows it to access that electronic communications network. The device, in order to connect to the Internet, must use the number sequence provided by Internet service providers. The IP address is transmitted to the server on which the accessed web page is stored.

2. In particular, Internet service providers (generally, telephone companies) assign to their clients 'dynamic IP addresses' on a temporary basis, for each Internet connection, and change them when subsequent connections are made. Those same companies keep a record of which IP address has been assigned, at any one time, to a particular device.**[2]**

3. The owners of web sites that are accessed using dynamic IP addresses also tend to keep records of which pages are accessed, when and from which dynamic IP address. It is technically possible to retain those records indefinitely after each user terminates his Internet connection.

4. A dynamic IP address is not in itself sufficient to allow a service provider to identify a user of its web page. However, it can do so if it combines the dynamic IP address with other additional data held by the Internet service provider.

5. The dispute is concerned with whether dynamic IP addresses are personal data, within the meaning of Article 2(a) of Directive 95/46/EC. **[3]** In order to answer that question, it is first necessary to determine the relevance, to that end, of the fact that the additional data necessary to identify the user are in the possession not of the owner of the web site, but of a third party (specifically, the Internet service provider).

6. It is a novel question for the Court, since, in paragraph 51 of the judgment in *Scarlet Extended*, **[4]** the Court stated that IP addresses 'are protected personal data because they allow those users to be precisely identified', but did so in a context in which the collection and identification of IP addresses was carried out by the Internet service provider, **[5]** not by a content provider, as is the case here.

7. If dynamic IP addresses are, for a provider of services on the Internet, personal data, it is then necessary to examine whether their processing falls within the scope of Directive 95/46.

8. It is possible that, even though they are personal data, they do not benefit from the protection resulting from Directive 95/46 if, for example, they are processed for the purpose of criminal proceedings against any persons attacking the website. In that situation, Directive 95/46 is not applicable, pursuant to the first indent of Article 3(2) thereof.

9. It is also necessary to ascertain whether a service provider that records dynamic IP addresses when users access its web pages (in this case, the Federal Republic of Germany) is acting as a public authority or as a private individual.

10. If Directive 95/46 is applicable, it will be necessary to clarify, lastly, the extent to which Article 7(f) is compatible with national legislation which restricts the scope of one of the conditions set out in that article to justify the processing of personal data.

I - Legislative framework

A - *EU law*

11. Recital 26 of Directive 95/46 reads as follows:

> '(26) Whereas the principles of protection must apply to any information concerning an identified or identifiable person; whereas, to determine whether a person is identifiable, account should be taken of all the means likely reasonably to be used either by the

controller or by any other person to identify the said person; whereas the principles of protection shall not apply to data rendered anonymous in such a way that the data subject is no longer identifiable; whereas codes of conduct within the meaning of Article 27 may be a useful instrument for providing guidance as to the ways in which data may be rendered anonymous and retained in a form in which identification of the data subject is no longer possible.'

12. Under Article 1 of Directive 95/46:

'1. In accordance with this Directive, Member States shall protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data.

2. Member States shall neither restrict nor prohibit the free flow of personal data between Member States for reasons connected with the protection afforded under paragraph 1.'

13. According to Article 2 of Directive 95/46:

'For the purposes of this Directive:

(a) "personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

(b) "processing of personal data" ("processing") shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

…

(d) "controller" shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;

…

(f) “third party” shall mean any natural or legal person, public authority, agency or any other body other than the data subject, the controller, the processor and the persons who, under the direct authority of the controller or the processor, are authorised to process the data;

…’

14. Under the heading ‘Scope’, Article 3 of Directive 95/46 provides:

‘1. This Directive shall apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.

2. This Directive shall not apply to the processing of personal data:

- in the course of an activity which falls outside the scope of Community law, such as those provided for by Titles V and VI of the Treaty on European Union and in any case to processing operations concerning public security, defence, State security (including the economic well-being of the State when the processing operation relates to State security matters) and the activities of the State in areas of criminal law;

…’

15. Chapter II of Directive 95/46, concerning ‘General rules on the lawfulness of the processing of personal data’, opens with Article 5, in accordance with which ‘Member States shall, within the limits of the provisions of this Chapter, determine more precisely the conditions under which the processing of personal data is lawful’.

16. Under Article 6 of Directive 95/46:

‘1. Member States shall provide that personal data must be:

(a) processed fairly and lawfully;

(b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Further processing of data for historical, statistical or scientific purposes shall not be considered as incompatible provided that Member States provide appropriate safeguards;

(c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;

(d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that data which are inaccurate or incomplete, having regard to the purposes for which they were collected or for which they are further processed, are erased or rectified;

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed. Member States shall lay down appropriate safeguards for personal data stored for longer periods for historical, statistical or scientific use.

2. It shall be for the controller to ensure that paragraph 1 is complied with.'

17. According to Article 7 of Directive 95/46:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

(a) the data subject has unambiguously given his consent; or

(b) processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract, or

(c) processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject; or

(d) processing is necessary in order to protect the vital interests of the data subject; or

(e) processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller or in a third party to whom the data are disclosed; or

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1).'

18. In accordance with Article 13 of Directive 95/46:

'1. Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the obligations and rights provided for in Articles 6(1), 10, 11(1), 12 and 21 when such a restriction constitutes a necessary measure to safeguard:

(a) national security;

(b) defence;

(c) public security;

(d) the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, or of breaches of ethics for regulated professions;

(e) an important economic or financial interest of a Member State or of the European Union, including monetary, budgetary and taxation matters;

(f) a monitoring, inspection or regulatory function connected, even occasionally, with the exercise of official authority in cases referred to in (c), (d) and (e);

(g) the protection of the data subject or of the rights and freedoms of others.

…'

B - ***National law***

19. Paragraph 12 of the Telemediengesetz (Telemedia Law; 'the TMG') (6) provides:

'(1) A service provider may collect and use personal data to make telemedia available only in so far as this law or another legislative provision expressly relating to telemedia so permits or the user has consented to it.

(2) Where personal data have been supplied in order for telemedia to be made available, a service provider may use them for other purposes only in so far as this law or another legislative provision expressly relating to telemedia so permits or the user has consented to it.

(3) Except as otherwise provided for, the relevant provisions concerning the protection of personal data shall apply even if the data are not processed automatically.'

20. In accordance with paragraph 15 of the TMG:

'(1) A service provider may collect and use the personal data of a user only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, the use of telemedia (data concerning use). Data concerning use include, in particular:

1. particulars for the identification of the user,

2. information concerning the beginning, end and extent of the particular use, and

3. information concerning the telemedia used by the user.

> (2) A service provider may combine the data concerning use of a user relating to the use of different telemedia to the extent that this is necessary for the purposes of charging the user.
>
> …
>
> (4) A service provider may use data concerning use after the end of the use to the extent that they are required for the purposes of charging the user (invoicing data). The service provider may block the data in order to comply with existing limits on storage periods laid down by law, statutes or contract. …'

21. In accordance with paragraph 3(1) of the Bundesdatenschutzgesetz (Federal Data Protection Law; 'the BDSG'), **[7]** 'Personal data are individual indications concerning the personal or factual circumstances of an identified or identifiable natural person (data subject) …'.

II - Facts

22. Mr Breyer brought an action seeking a prohibitory injunction against the Federal Republic of Germany for storing IP addresses.

23. Many German public institutions operate publicly accessible websites on which they supply topical information. With the aim of preventing attacks and making it possible to prosecute attackers, most of those websites store information on all access operations in logfiles. Even after access has been terminated, information is retained in the logfiles concerning the name of the file or web page to which access was sought, the terms entered in the search fields, the time of access, the quantity of data transferred, an indication of whether access was successful and the IP address of the computer from which access was sought.

24. Mr Breyer, who consulted several such web pages, sought an injunction requiring the Federal Republic to refrain from storing, or arranging for third parties to store, the IP address of the host system from which he sought access, except in so far as the storage is required in order to restore the availability of the telemedium in the event of a fault occurring.

25. Mr Breyer's application was dismissed at first instance. His appeal was upheld in part, however, and the Federal Republic ordered to refrain from storing IP addresses after the end of each period of access. The prohibition order was made conditional on the applicant revealing, during the access operation, his personal data, including in the form of an email address, and except in so far as the storage is required in order to restore the availability of the telemedium.

III - Question referred

26. Both parties having appealed on points of law, on 17 December 2014 the Sixth Chamber of the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany) referred the following questions for a preliminary ruling:

> '(1) Must Article 2(a) of Directive 95/46/EC … be interpreted as meaning that an Internet Protocol address (IP address) which a service provider stores when his website is accessed already constitutes personal data for the service provider if a third party (an access provider) has the additional knowledge required in order to identify the data subject?
>
> (2) Does Article 7(f) of the Data Protection Directive preclude a provision in national law under which a service provider may collect and use a user's personal data without his consent only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, the specific use of the telemedium by the user concerned, and under which the purpose of ensuring the general operability of the telemedium cannot justify use of the data beyond the end of the particular use of the telemedium?'

27. As the referring court explains, according to German law the applicant was entitled to demand that the storage of IP addresses cease, if their storage constitutes under data protection law an unlawful interference with his general personality right, more particularly his right of 'informational self-determination' [paragraph 1004(1) and paragraph 823(1) of the Bürgerliches Gesetzbuch (German Civil Code), in conjunction with Articles 1 and 2 of the Grundgesetz (Basic law)].

28. That would be the case if: (a) the IP address (in any event together with the time when a website was accessed) constituted 'personal data' within the meaning of Article 2(a) read in conjunction with the second sentence of recital 26 of Directive 95/46, or within the meaning of paragraph 12(1) and (3) of the TMG in conjunction with paragraph 3(1) of the BDSG; and (b) there were no grounds for authorisation for the purposes of Article 7(f) of Directive 95/46 and paragraph 12(1) and (3) and 15(1) and (4) of the TMG.

29. According to the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), it is essential, in order to interpret the national law (paragraph 12(1) of the TMG), to determine how the personal nature of the data referred to in Article 2(a) of Directive 95/46 must be understood.

30. The referring court also points out that since, according to paragraph 15(1) of the TMG, a service provider may collect and use the personal data of a user only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, the use of telemedia (data concerning use), (8) the interpretation of that national provision is linked to any interpretation of Article 7(f) of Directive 95/46.

IV - The procedure before the Court and arguments of the parties

31. Written submissions were presented by the German, Austrian, and Portuguese Governments and by the Commission. Only the Commission and Mr Breyer attended the public hearing held on 25 February 2016, at which the German Government declined to participate.

A - *Arguments of the parties in relation to the first question*

32. According to Mr Breyer, personal data include those which it is possible to combine only from a theoretical point of view, that is to say, where there exists an abstract potential risk of combination, it being of little importance whether that combination occurs in practice. In his view, the fact that a body may be subjectively incapable of identifying a person using the IP address does not mean that there is no risk for that person. Moreover, in his view, it is relevant that Germany retains his IP data for the purposes of, where appropriate, identifying possible attacks or bringing criminal proceedings, as permitted by paragraph 113 of the Telekommunikationsgesetz (Law on telecommunications) and as has occurred on numerous occasions.

33. The German Government takes the view that the first question should be answered in the negative. In its view, dynamic IP addresses do not reveal an 'identified' person, within the meaning of Article 2(a) of Directive 95/46. In order to determine whether dynamic IP addresses relate to an 'identifiable' person, within the meaning of that provision, examination of *identifiability* should be carried out using a 'subjective' criterion. This follows, in its view, from recital 26 of Directive 95/46, according to which it is necessary to take into account only the means likely 'reasonably' to be used by the controller, or by a third party, to identify a person. It claims that that point indicates that the EU legislature did not want to include within the scope of Directive 95/46 those situations where identification is objectively possible by any third party.

34. The German Government also understands that the concept of 'personal data', within the meaning of Article 2(a) of Directive 95/46, must be interpreted in the light of the purpose of that directive, namely, to ensure respect for fundamental rights. The need to protect natural persons might be seen differently depending on who possesses the data and whether or not the latter has the means to use those data for the purpose of identifying those natural persons.

35. The German Government maintains that Mr Breyer is not identifiable from the IP addresses combined with the other data which content providers retain. To identify him it would be necessary to handle information held by Internet access service providers, which, without a legal basis, cannot provide it to content providers.

36. The Austrian Government, however, considers that the answer should be in the affirmative. According to recital 26 of Directive 95/46, in order for a person to be considered identifiable it is not necessary for all his identification data to be held by a single entity. Accordingly, an IP address could be personal data if a third party (such as, for example, the Internet access service provider) has the means to identify the holder of the IP address without making a disproportionate effort.

37. The Portuguese Government also supports an affirmative response, considering that an IP address, together with the date of the access operation, constitutes personal data, insofar as it may lead to a user being identified by an entity other than that which retained the IP address.

38. The Commission also proposes an affirmative answer, relying on the solution adopted by the Court in the judgment in *Scarlet Extended*. **[9]** According to the Commission, since storing IP addresses serves specifically to identify users in the event of cyber attacks, the use of supplementary data which Internet access service providers record is a means which might 'reasonably' be used, within the meaning of recital 26 of Directive 95/46. In short, in the Commission's view, both the objective pursued by that directive and Articles 7 and 8 of the Charter of fundamental rights of the European Union ('the Charter') support a broad interpretation of Article 2(a) of Directive 95/46.

B - ***Arguments of the parties in relation to the second question***

39. Mr Breyer understands that Article 7(f) of Directive 95/46 is a general clause whose implementation requires specific expression. According to the case-law of the Court, it would be necessary, therefore, to assess the circumstances of the particular case and to determine whether there are groups having a legitimate interest, within the meaning of that provision, where the provision of specific rules for such groups is not only permitted, but essential for the purposes of applying that article. In that situation, and according to Mr Breyer, the national legislation is compatible with Article 7(f) of Directive 95/46 insofar as the public website has no interest in retaining the personal data or because the interest in protecting anonymity carries greater weight. In his view, however, the systematic retention of personal data is neither consistent with a democratic society nor necessary or proportionate to ensure the functioning of electronic media, which is perfectly possible without the storage of those personal data, as the websites of some federal ministries demonstrate.

40. The German Government argues that it is not necessary to address the second question, raised only in the event that the first question should be answered in the affirmative, which is not the case in its view, for the above reasons.

41. The Austrian Government proposes that the response should be that Directive 95/46 does not preclude in general the retention of data such as those at issue in the main proceedings, when it is essential to ensure the proper functioning of electronic media. According to that Government, a limited retention of IP addresses, after the period of accessing a web page, may be lawful, insofar as it concerns the obligation of the controller of the personal data to apply the measures protecting those data imposed by Article 17(1) of Directive 95/46. In order to combat cyber attacks it may be legitimate to analyse data relating to previous attacks and to deny certain IP addresses access to a website. The proportionality of retaining data such as those at issue in the main proceedings, from the point of view of the objective of ensuring the proper functioning of electronic media, should be assessed on a case-by-case basis, taking into account the principles set out in Article 6(1) of Directive 95/46.

42. The Portuguese Government argues that Article 7(f) of Directive 95/46 does not preclude the national rules at issue in the main proceedings, because the German legislature has already carried out the balancing exercise, laid down in that provision, between the legitimate interests of the controller of the personal data, on the one hand, and the rights and freedoms of data subjects, on the other.

43. In the Commission's view, national legislation which incorporates Article 7(f) of Directive 95/46 must define the objectives of processing personal data in such a way that they are predictable for the individual concerned. In its view, the German legislation does not comply with that requirement, since it establishes, in paragraph 15(1) of the TMG, that the retention of IP addresses is authorised 'to the extent necessary in order to facilitate … the use of telemedia'.

44. The Commission proposes, therefore, that the answer to the second question referred should be that that provision precludes a provision in national law under which a public authority acting as a service provider may collect and use a user's personal data without his consent, even if the objective pursued is to ensure the proper functioning of the electronic medium, where the provision in national law concerned does not establish that objective in a sufficiently clear and precise manner.

V - Assessment

A - *First question*

1. Determining the scope of the question referred

45. According to the terms used by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), the first of its questions seeks to ascertain whether an IP address which is used to access a web page

constitutes personal data (within the meaning of Article 2(a) of Directive 95/46/EC) for the public authority owner of that page, where the Internet service provider has the additional knowledge required in order to identify the data subject.

46. Thus worded, the question is sufficiently precise to rule out, at the outset, other questions which might be raised *in abstracto* concerning the legal nature of IP addresses in the context of the protection of personal data.

47. In the first place, the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) refers exclusively to 'dynamic IP addresses', that is those which are allocated on a temporary basis for each connection to the network and are changed when subsequent connections are made. This therefore leaves aside 'fixed or static IP addresses', which are invariable and allow continuous identification of the device connected to the network.

48. In the second place, the referring court presumes that the provider of the web page in the main proceedings is unable to identify, by means of the dynamic IP address, the individuals who visit its pages and does not itself have additional data which, combined with that IP address, facilitate their identification. The Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) seems to consider that, in that context, the dynamic IP address is not personal data, within the meaning of Article 2(a) of Directive 95/46, *for the provider of the web page*.

49. The uncertainty of the referring court concerns whether, as regards the provider of the web page, the dynamic IP address should be classified as personal data *if a third party has additional data* which, combined with the IP address, identify persons who access its pages. However, and this is a further relevant detail, the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) refers not to any third party which is in possession of additional data, but only to the Internet service provider (excluding, therefore, other possible holders of such data).

50. The following matters, inter alia, are therefore not in dispute: (a) whether static IP addresses are personal data under Directive 95/46; **[10]** (b) whether dynamic IP addresses are, always and in all circumstances, personal data within the meaning of that directive and, lastly; (c) whether the classification of dynamic IP addresses as personal data is necessary as soon as there is a third party, irrespective of who it may be, capable of using those dynamic IP addresses to identify network users.

51. The issue, then, is solely of determining whether a dynamic IP address is personal data for the provider of a service on the Internet where the communications company which offers network access (the Internet access provider) handles additional data which, when combined with that address, identify who accessed the web page operated by the former.

2. Substance

52. The question raised in this reference for a preliminary ruling is a subject matter of intense debate in German academic writings and case-law, which has polarised into two currents of opinion. (11) According to the first (which opts for an 'objective' or 'absolute' criterion) a user is identifiable - and, therefore, the IP address is personal data capable of protection - when, regardless of the abilities and means of the provider of a service on the Internet, it is feasible to identify him, solely by combining that dynamic IP address with data provided by a third party (for example, the Internet service provider).

53. For the supporters of the other current of opinion (who favour a 'subjective' criterion), the possibility that a user may ultimately be identified with the assistance of a third party is insufficient for a dynamic IP address to be classified as personal data. What is relevant is the capacity of a person who has access to data to use his own resources to identify an individual from those data.

54. Whatever the terms of that dispute in national law, the answer of the Court must be limited to interpreting the two provisions of Directive 95/46, to which both the referring court and the parties to the dispute in the main proceedings have referred, that is Article 2(a) **[12]** and recital 26 thereof. **[13]**

55. Dynamic IP addresses, merely by providing information on the date and time of accessing a web page from a computer (or other device), show some patterns of Internet users' behaviour and therefore involve a potential interference with the right to respect for private life, **[14]** guaranteed by Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and by the Article 7 of the Charter, in whose light, as well as that of Article 8 thereof, Directive 95/46 must be interpreted. **[15]** In fact, the parties to the dispute do not call into question that premiss, which is not the subject matter, as such, of the question referred.

56. The person to which those particulars relate is not an 'identified natural person'. The date and time of a connection and the numerical address from which it originated do not reveal, directly or immediately, the identity of the natural person who owns the device used to access the website or the identity of the user operating the device (who could be any natural person).

57. However, in so far as a dynamic IP address helps to determine - either alone or in conjunction with other data - who is the owner of the device used to access the website, it may be classified as information relating to an 'identifiable person'. **[16]**

58. According to the approach adopted by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), a dynamic IP address is not sufficient, in itself, to identify the user who has accessed a web page

through it. If the provider of a service on the Internet could, on the contrary, identify the user through the dynamic IP address, it would, no doubt, be personal data within the meaning of Directive 95/46. However, this does not appear to be the issue underlying the question referred, in which the providers of Internet services involved in the dispute in the main proceedings cannot identify the user exclusively from the dynamic IP address.

59. The fact that a dynamic IP address, when combined with other data, facilitates the 'indirect' identification of a user is a matter which is not in dispute. Does the possibility that there may be such additional data, capable of being linked to the dynamic IP address, in itself make it possible to classify a dynamic IP address as personal data under the directive? It will be necessary to determine whether it is sufficient, for that purpose, that there is a mere possibility, in the abstract, of ascertaining those data or whether, on the contrary, they must be available to the person who already knows the dynamic IP address or to a third party.

60. The parties have focused their observations on the interpretation of recital 26 of Directive 95/46, whose content includes the expression 'means likely reasonably to be used either by the controller or by any other person to identify the said person'. The question of the referring court does not refer to additional data held by the service providers involved in the main proceedings. Nor does it refer to any third party holding that additional data (which in combination with the dynamic IP address facilitates the identification of the user), but refers instead to the Internet service provider.

61. In this case, therefore, it is not necessary for the Court to analyse all the means which the defendant in the main proceedings might 'reasonably' use in order for it to be possible to classify as personal data the dynamic IP addresses held by the defendant. Since the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) refers only to additional data held by a third party, it can be inferred: (a) either that the defendant does not have its own additional data allowing identification of the user; (b) or that, if it has available those data, it is not in a position reasonably to use them for that purpose, as the controller, in accordance with recital 26 of Directive 95/46.

62. Both situations depend on a finding of fact which it is for the referring court alone to make. The Court could provide general criteria for interpreting the expressions 'means likely reasonably to be used … by the controller', if the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) has any doubts concerning the ability of the defendant reasonably to use its own additional data. Since that is not the case, I take the view that it would be misplaced for the Court to lay down criteria for interpretation which the referring court does not need and has not requested.

63. The heart of the question referred is therefore concerned with whether it is relevant, in order to classify dynamic IP addresses as personal data, that a very specific third party - the Internet access service provider - has additional data which, combined with those addresses, may identify a user who has visited a particular web page.

64. Again, it is necessary to refer to recital 26 of Directive 95/46. The expression 'means likely reasonably to be used … *by any other person*' **[17]** could give rise to an interpretation according to which, in order to regard that address as constituting personal data in itself, it would be sufficient that any third party might obtain additional data (capable of being combined with a dynamic IP address in order to identify a person).

65. That overly strict interpretation would lead, in practice, to the classification as personal data of all kinds of information, no matter how insufficient it is in itself to facilitate the identification of a user. It would never be possible to rule out, with absolute certainty, the possibility that there is no third party in possession of additional data which may be combined with that information and are, therefore, capable of revealing a person's identity.

66. In my opinion, the possibility that advances in technical means will, in the more or less immediate future, significantly facilitate access to increasingly sophisticated instruments for collecting and processing data justifies the safeguards put in place in defence of privacy. Efforts have been made, when defining the relevant legal categories in the field of data protection, to include factual scenarios which are sufficiently broad and flexible to cover any conceivable situation.**[18]**

67. However, I think that that concern - which, moreover, is quite legitimate - must not result in a failure to take account of the terms in which the legislature has formulated its intentions and that a systematic interpretation of recital 26 of Directive 95/46 would be 'the means likely reasonably to be used' *by certain third parties*.

68. Just as recital 26 refers not to any means which may be used by the controller (in this case, the provider of services on the Internet), but only to those that it is likely 'reasonably' to use, the legislature must also be understood as referring to 'third parties' who, *also in a reasonable manner*, may be approached by a controller seeking to obtain additional data for the purpose of identification. This will not occur when contact with those third parties is, in fact, very costly in human and economic terms, or practically impossible or prohibited by law. Otherwise, as noted earlier, it would be virtually impossible to discriminate between the various means, since it would always be possible to imagine the hypothetical contingency of a third party who, no matter how

inaccessible to the provider of services on the Internet, could - now or in the future - have additional relevant data to assist in the identification of a user.

69. As previously stated, the third-party to whom the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) refers is an Internet service provider. This is surely the third party whom it is more reasonable to think that the service provider will approach to collect any additional data required, if it aims to identify in the most effective, practical and direct way a user who has accessed its website using the dynamic IP address. This is by no means a hypothetical, unknown and inaccessible third party, but a main player in the structure of the Internet, who is known with certainty to be in possession of the data required by the service provider to identify a user. In fact, as stated by the referring court, it is that particular third party which the defendant in the main proceedings intends to approach in order to collect the necessary additional data.

70. The Internet access service provider is, typically, the third party referred to in recital 26 of Directive 95/46 who might most 'reasonably' be approached by the service provider in the main proceedings. It remains to be established, however, whether obtaining the additional data held by that third party can be described as 'reasonably' feasible or practicable.

71. The German Government argues that, since the information held by the Internet access service provider is personal data, the latter simply cannot disclose it, save in accordance with the legislation on the processing of such data.**[19]**

72. No doubt this is the case, since in order to access that information regard must be had to the legislation applicable to personal data. Information may be obtained 'reasonably' only if the conditions governing access to that kind of data are satisfied, the first of which being the legal possibility of retaining and transferring it to others. It is true that the Internet access service provider may refuse to reveal the data concerned but the opposite is also possible. The possibility that the data may be transferred, which is perfectly 'reasonable', itself transforms the dynamic IP address, in accordance with recital 26 of Directive 95/46, into personal data for the provider of services on the Internet.

73. That is a practical possibility *within the framework of the law* and, therefore, 'reasonable'. The reasonable means of access referred to in Directive 95/46 must, by definition, be lawful means. **[20]** That is, naturally, the premiss on which the referring court proceeds, as the German Government points out. **[21]** Thus, the legally relevant means of access are reduced significantly, since they must be exclusively lawful. However, so long as they exist, no matter how restrictive they may be in their practical application, they constitute a 'reasonable means', for the purpose of Directive 95/46.

74. As a result, I am of the view that, as formulated by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), the first of its questions should be answered in the affirmative. A dynamic IP address must be classified, for the provider of Internet services, as personal data in view of the existence of a third party (the Internet service provider) which may reasonably be approached in order to obtain other additional data that, combined with a dynamic IP address, can facilitate the identification of a user.

75. I think that my proposal is strengthened by the result to which the contrary solution would lead. If dynamic IP addresses do not constitute personal data for a provider of services on the Internet, it could keep them indefinitely and could request at any time from the Internet access service provider additional data to combine with the IP address in order identify the user. In those circumstances, as the German Government accepts, **[22]** the dynamic IP address would become personal data, since it would already have available additional data to identify the user, applying in that respect the data protection legislation.

76. However, they would be data which it had been possible to retain only because they had not, until then, been regarded as personal data for the service provider. The legal classification of a dynamic IP address as personal data would thus be left to the latter, conditional upon the possibility that, in the future, it may decide to use them to identify the user by combining that data with additional data that it would have to collect from a third party. In my opinion, however, the decisive factor according to Directive 95/46 is the - reasonable - possibility of the existence of an 'accessible' third party, having the means necessary to facilitate the identification of a person, not the possibility that an approach will be made to that third party.

77. It might even be accepted, as the German Government argues, that the dynamic IP address only becomes personal data when the Internet service provider receives it. However, it would then have to be accepted that that classification was applied retroactively, as regards the period of retention of the IP address, and therefore the IP address regarded as non-existent if it has been retained beyond the period which would have been permitted had it been classified from the outset as personal data. If that approach is adopted it will bring about a result contrary to the spirit of the legislation on the protection of personal data. The reason that the retention of such data is justified only temporarily would be circumvented by any delay in determining the relevance of a quality which is inherent that data from the outset: their potential as a means of identifying - by themselves or together with other data - a natural person. For that purely logical reason, it is more reasonable to attribute that nature to the data from the outset.

78. Therefore, as a first conclusion, I consider that Article 2(a) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that an IP address stored by a service provider in connection with access to its web page constitutes personal data for that service provider, insofar as an Internet service provider has available additional data which make it possible to identify the data subject.

B - *Second question*

79. By its second question the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) seeks to ascertain whether Article 7(f) of Directive 95/46 precludes national legislation which allows the collection and use of a user's personal data, without his consent, only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, the specific use of the telemedium by the user concerned, and under which the purpose of ensuring the general operability of the telemedium cannot justify use of the data after the use of the telemedium.

80. Before answering that question it is necessary to make an observation concerning the information provided by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), according to which the data at issue are retained to ensure the proper functioning of the websites involved in the main proceedings, making it possible, where appropriate, to bring criminal proceedings in connection with possible cyber attacks against those websites.

81. It is therefore necessary, above all, to raise the question of whether the processing of IP addresses referred to in the order for reference is covered by the derogation provided for in the first indent of Article 3(2) of Directive 95/46.**[23]**

1. The applicability of Directive 95/46 to the processing of the data at issue

82. It appears that the Federal Republic of Germany is acting in the main proceedings as a mere provider of services on the Internet, that is to say as an individual (and, therefore, *sine imperio*). This fact suggests that, in principle, the processing of the data at issue in this dispute is not excluded from the scope of Directive 95/46.

83. As the Court stated in the judgment in *Lindqvist*, **[24]** the activities in Article 3(2) of Directive 95/46 'are, in any event, activities of the State or of State authorities and unrelated to the fields of activity of individuals'. **[25]** Insofar as the controller for the processing of the disputed data is, despite its status as a public authority, actually acting as a private individual, Directive 95/46 is applicable.

84. The referring court, by highlighting the main purpose pursued by the German administration through the storage of dynamic IP addresses, points out that it seeks 'to guarantee and maintain the security and operationality of its telemedia' and, in particular, to contribute in 'recognising

and protecting against denial-of-service attacks, which frequently occur and which involve paralysing the telecommunications infrastructure by means of targeted and coordinated saturation of individual web servers with huge numbers of requests'. **[26]** Website owners of a certain size commonly retain dynamic IP addresses for that purpose and this does not imply, directly or indirectly, the exercise of public powers, so their inclusion within the scope of Directive 95/46 does not involve excessive difficulty.

85. The Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) asserts, however, that the retention of dynamic IP addresses by the service providers involved in the main proceedings is also intended to allow criminal proceedings, where appropriate, to be brought against the perpetrators of possible cyber attacks. Is that intention sufficient to exclude the processing of such data from the scope of Directive 95/46?

86. In my opinion, if 'criminal proceedings' are understood to mean exercise of the State's *ius puniendi* by the service providers who are defendants in the main proceedings, this case would be concerned with 'activities of the State in areas of criminal law' and, therefore, with one of the exceptions provided for in the first indent of Article 3(2) of Directive 95/46.

87. In those circumstances, pursuant to the rule established by the Court in the judgment in *Huber*, **[27]** the processing of personal data by service providers in the interests of the security and technical operation of their telemedia, falls within the scope of Directive 95/46, while the processing of data concerning the activities of the State in areas of criminal law falls outside its scope.

88. In the same way, even where the Federal Republic of Germany, acting merely as a service provider *sine imperio*, is not responsible for bringing criminal proceedings as such, but, like any other individual, simply transfers the IP addresses at issue to a State body for the purposes of prosecution, the objective of processing the dynamic IP addresses would also be an activity excluded from the scope of Directive 95/46.

89. This is clear from the judgment in *Parliament* v *Council and Commission*, **[28]** in which the Court stated that the fact that certain personal data 'have been collected by private operators for commercial purposes and it is they who arrange for their transfer to a third country' does not mean that that transfer 'is not covered by' the first indent of Article 3(2) of Directive 95/46 when the purpose of the transfer is activities of the State in areas of criminal law, since in that case it 'falls within a framework established by the public authorities that relates to public security'.**[29]**

90. However, if, as I think, 'criminal proceedings' is to be understood, as is clear from the order for reference, as being concerned with a person's entitlement to initiate the State's exercise of *ius*

puniendi, through appropriate proceedings, then it is not possible to argue that the purpose of processing dynamic IP addresses is an activity of the State in areas of criminal law which is excluded from the scope of Directive 95/46.

91. The retention and storage of those data would serve as a further means of proof which could be used by the owner of a website to request that the State prosecute unlawful conduct. It would, in short, be an instrument for upholding in criminal proceedings the legally recognised rights of an individual (in this case, a public entity acting under private law). It is no different, from that perspective, than the initiative of any other provider of a service on the Internet seeking State protection in accordance with the procedures for initiating criminal proceedings established by law.

92. As a result, to the extent that the German administration is acting as a provider of services on the Internet having no public authority powers, an assessment which it is for the referring court to make, its processing of dynamic IP addresses, as personal data, falls within the scope of Directive 95/46.

2. Substance

93. Paragraph 15(1) of the TMG authorises the collection and use of a user's personal data only to the extent necessary in order to facilitate, and charge for, a specific use of the telemedium. More specifically, a service provider can collect and use only so-called 'data concerning use', that is the personal data of a user which are necessary in order to 'facilitate, and charge for, the use of telemedia'. Those data should be deleted after the operation has ended (that is as soon as the particular use of the telemedium ends), unless they must be kept 'for the purposes of charging', as provided for in paragraph 15(4) of the TMG.

94. When a connection has been terminated, paragraph 15 of the TMG seems to rule out the storage of data concerning use for other reasons, including that of safeguarding 'the use of telemedia' in general. By referring exclusively to the purposes of invoicing as justification for the retention of data, that provision of the TMG could be read (though its definitive interpretation is a matter for the referring court) as requiring that data concerning use should be used only to allow a particular connection and should be deleted when it ends.

95. Article 7(f) of Directive 95/46 **[30]** authorises the processing of personal data in terms which I would describe as more generous (for the controller) than those laid down in the actual wording of paragraph 15 of the TMG. The German provision may be classed, in that regard, as more restrictive than that of the European Union, since, in principle, it fails to provide for the purposes of a legitimate interest other than that linked to the invoicing of the service, even though, as the

provider of services on the Internet, the Federal Republic of Germany could also have a legitimate interest in ensuring the proper functioning of its web pages, beyond each period of use.**[31]**

96. The case-law of the Court in the judgment in *ASNEF and FECEMD* **[32]** provides guidance in answering the second question referred. The Court stated in that judgment that from the objective pursued by Directive 95/46 'it follows … that Article 7 of Directive 95/46 sets out an exhaustive and restrictive list of cases in which the processing of personal data can be regarded as being lawful'.**[33]** Therefore, 'Member States cannot add new principles relating to the lawfulness of the processing of personal data to Article 7 of Directive 95/46 or impose additional requirements that have the effect of amending the scope of one of the six principles provided for in Article 7'.**[34]**

97. Paragraph 15 of the TMG does not add an additional requirement to those provided for in Article 7 of Directive 95/46 for the lawfulness of processing data - as occurred in *ASNEF and FECEMD* **[35]** - but, if it is interpreted in the restrictive way referred to by the referring court, it limits the material scope of the condition referred to in Article 7(f) thereof: whereas the legislature of the Union refers, in general, to the purposes of the 'legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed', paragraph 15 of the TMG covers only the need to 'facilitate, and charge for, the [specific] use of telemedia'.

98. As in *ASNEF and FECEMD*, **[36]** in this case to a national measure - again, if interpreted in the restrictive way explained above - would amend the scope of a principle of Article 7 of Directive 95/46, rather than merely defining it, which is all that the authorities of each Member State have the discretion to do pursuant to Article 5 of Directive 95/46.

99. According to that latter provision, 'Member States shall, within the limits of the provisions of this Chapter, **[37]** determine more precisely the conditions under which the processing of personal data is lawful'. However, as was stated in the judgment in *ASNEF and FECEMD*, **[38]** 'under [that provision], Member States also cannot introduce principles relating to the lawfulness of the processing of personal data other than those listed in Article 7 thereof, nor can they amend, by additional requirements, the scope of the six principles provided for in Article 7'.

100. Paragraph 15 of the TMG would substantially reduce, with regard to Article 7(f) of Directive 95/46, the scope of the relevant legitimate interest justifying the processing of data and not merely define or qualify it within the limits authorised by Article 5 of that directive. Moreover, it would do so in such a categorical and absolute manner that it would not be possible for the protection and safeguarding of the general use of a telemedium to be balanced against the 'interests or

fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1)' of Directive 95/46, as laid down in Article 7(f) thereof.

101. Ultimately, as in the judgment in *ASNEF and FECEMD*, **[39]** 'it is no longer a precision within the meaning of Article 5 of Directive 95/46' if the German legislature 'definitively' prescribes for particular categories of personal data 'the result of the balancing of the opposing rights and interests, without allowing a different result by virtue of the particular circumstances of an individual case'.

102. In those circumstances, I am of the view that the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) is required to interpret the national legislation in a manner consistent with Directive 95/46, which means that: (a) the justifications for processing 'data concerning use' may include the legitimate interest of the provider of telemedia to protect the general use of telemedia, and (b) that interests of the service provider can be balanced, on a case-by-case basis, against the user's interests or fundamental rights and freedoms, in order to clarify which merits protection under Article 1(1) of Directive 95/46.**[40]**

103. In my view nothing further can be said concerning the basis on which that balancing exercise must be carried out in the case which gave rise to the reference for a preliminary ruling. The Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) raises no question on this point, since it is concerned with the solution to a question prior to that balancing exercise; that is to say whether that exercise can be carried out.

104. Finally, it seems superfluous to point out that the referring court may take into account any legal provisions adopted by the Member State within the framework of the authorisation contained in Article 13(1)(d) of Directive 95/46 to restrict the scope of the obligations and rights provided for in Article 6 of that directive, when necessary to safeguard, inter alia, '… the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences …'. Nor does the referring court refer to that matter, aware no doubt of the existence of both articles.

105. I therefore suggest as a response to the second question referred that Article 7(f) of Directive 95/46 precludes national legislation the interpretation of which prevents a service provider from collecting and processing a user's personal data after each period of use, without his consent, in order to ensure the functioning of the telemedium.

VI - Conclusion

106. In view of the foregoing I propose that the Court answer the questions referred to it as follows:

(1) Pursuant to Article 2(a) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, a dynamic IP address, through which a user has accessed the web page of a provider of telemedia, constitutes for the latter 'personal data', to the extent that an Internet service provider has other additional data which, when linked to the dynamic IP address, facilitates identification of the user.

(2) Article 7(f) of Directive 95/46 must be interpreted as meaning that the objective of ensuring the functioning of a telemedium can, in principle, be regarded as a legitimate interest, the purposes of which justify the processing of personal data, subject to an assessment that that interest prevails over the interests or fundamental rights of the person concerned. A national provision which did not allow that legitimate interest to be taken into account would be incompatible with that article.

[1]Original language: Spanish.

[2] Article 5 of Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC (OJ 2006 L 105, p. 54) imposed the obligation, inter alia, to retain, for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, 'the date and time of the log-in and log-off of the Internet access service, … together with the IP address, whether dynamic or static, allocated by the Internet access service provider to a communication, and the user ID of the subscriber or registered user'.

[3] Directive of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

[4] C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 51.

[5] That was also the situation in Bonnier Audio and Others (C 461/10, EU:C:2012:219, paragraphs 51 and 52).

[6] Law of 26 February 2007 (BGBl 2007 I, p. 179).

[7] Law of 20 December 1990 (BGBl 1990 I, p. 2954).

[8] According to the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), data concerning use are those identifying the user, those concerning the beginning, end and extent of the particular use and those relating to the telemedia which the user has used.

[9] C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 51.

[10] An issue addressed by the Court in the judgments in Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 51), and Bonnier Audio and Others (C 461/10, EU:C:2012:219). In paragraphs 51 and 52 of the latter judgment, the Court held that communication 'of the name and address of an Internet … user using the IP address from which it is presumed that an unlawful exchange of files containing protected works took place, in order to identify that person ... constitutes the processing of personal data within the meaning of the first paragraph of Article 2 of Directive 2002/58, read in conjunction with Article 2(b) of Directive 95/46'.

[11] Concerning the two positions adopted in academic writings, see, for example, Schreibauer, M., in Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz. Nebengesetze, Esser, M., Kramer, P., and von Lewinski, K. (eds.), Carl Heymanns Verlag/Wolters Kluwer, Colonia, 2014, 4th edition, § 11 Telemediengesetz (4 to 10). Nink, J., and Pohle, J.: 'Die Bestimmbarkeit des Personenbezugs. Von der IP-Adresse zum Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze', in Multimedia und Recht, 9/2015, pp. 563 to 567. Heidrich, J., and Wegener, C.: 'Rechtliche und technische Anforderungen an die Protokollierung von IT-Daten. Problemfall Logging', in Multimedia und Recht, 8/2015, pp. 487 to 492. Leisterer, H.: 'Die neuen Pflichten zur Netz- und Informationssicherheit und die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Gefahrenabwehr', in Computer und Recht, 10/2015, pp. 665 to 670.

[12] Reproduced in point 13.

[13] Reproduced in point 11.

[14] As recalled by Advocate General Cruz Villalón in his Opinion in Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:255, point 76), and as concluded by the European Data Protection Supervisor in his Opinions of 22 February 2010 on the current negotiations by the European Union of an Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) (OJ 2010 C 147, p. 1, paragraph 24) and of 10 May 2010 on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating the sexual abuse, sexual exploitation of children and child pornography, repealing Framework Decision 2004/68/JHA (OJ 2010 C 323, p. 6, paragraph 11).

[15] See, in that regard, the judgment in Österreichischer Rundfunk (C 465/00, C 138/01 and C 139/01, EU:C:2003:294, paragraph 68), and the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae (C 275/06, EU:C:2007:454, point 51 et seq.).

[16] It may be presumed, in the absence of proof to the contrary, that that person is the one who surfed the Internet and accessed the corresponding web page. However, even disregarding that last presumption, information concerning the date and time of access to a web page and the numerical address from which it originated would allow that access operation to be linked to the owner of the device and to be linked indirectly with his patterns of behaviour on the Internet. A possible exception would be IP addresses allocated to computers on premises such as cyber cafés, whose anonymous users are unidentifiable and concerning whose owners the traffic generated at the premises provides no relevant personal information. This is, moreover, the only exception to the principle that IP addresses are personal data accepted by the Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, established by Directive 95/46 ('the Article 29 Working Party'). Its Opinion No 4/2007 of 20 June 2007 on the concept of personal data, WP 136, can be read at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm.

[17] Emphasis added.

[18] That precautionary and preventive objective forms the basis of the position adopted by the Article 29 Working Party, which, as I have stated, considers that it is necessary to start from the assumption that IP addresses are personal data, the only exception being where a service provider is in a position to determine with absolute certainty that those addresses relate to unidentifiable persons, such as the users of a cyber café. See footnote 16, in fine.

[19] Paragraphs 40 and 45 of its written observations.

[20] It is irrelevant, in that context, that access to the personal data is possible de facto by infringing data protection laws.

[21] Paragraphs 47 and 48 of its written observations.

[22] Paragraph 36 of its written observations.

[23] 'Processing operations concerning public security, defence, State security … and the activities of the State in areas of criminal law' do not fall within the scope of Directive 95/46 (emphasis added).

[24] C 101/01, EU:C:2003:596, paragraph 43.

[25] To the same effect, see judgment in Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia (C 73/07, EU:C:2008:727, paragraph 41).

[26] Paragraph 36 of the order for reference.

[27] C 524/06, EU:C:2008:724, paragraph 45.

[28] C 317/04 and C 318/04, EU:C:2006:346, paragraphs 54 to 59.

[29] Ibid., paragraph 59. It related to personal data whose processing was not necessary for the provision of the services constituting the business of the private operators concerned (airlines), but which they were obliged to transfer to the US authorities to prevent and combat terrorism.

[30] Reproduced in point 17.

[31] See point 84. Certainly, owners of web pages have a legitimate interest in preventing and combating denials of service, as mentioned by the referring court, that is, the massive and concerted attacks sometimes launched against web sites to overwhelm them and render them inoperative.

[32] C 468/10 and C 469/10, EU:C:2011:777.

[33] Ibid., paragraph 30.

[34] Ibid., paragraph 32.

[35] A situation in which the national legislation added to the requirements in Article 7(f) of Directive 95/46 the requirement that the data which are the subject of processing be in sources accessible to the public.

[36] C 468/10 and C 469/10, EU:C:2011:777.

[37] Chapter II, entitled ‘General rules on the lawfulness of the processing of personal data’, which comprises Articles 5 to 21 of Directive 95/46.

[38] C 468/10 and C 469/10, EU:C:2011:777, paragraph 36.

[39] Ibid., paragraph 47.

[40] At the hearing, Mr Breyer’s submission rejected the argument that the storage of dynamic IP addresses is necessary to protect the proper functioning of Internet services against possible attacks. I do not think that a categorical answer can be given in relation to that problem, whose solution, on the contrary, must be preceded, in each particular case, by a balancing of the interests of the website owner and the rights and interests of users.

AB Adalet Divanı - C-484/14 - Mc Fadden - 15 September 2016

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 99/16

Luxembourg, 15 September 2016

Judgment in Case C-484/14

Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH

The operator of a shop who offers a Wi-Fi network free of charge to the public is not liable for copyright infringements committed by users of that network

However, such an operator may be required to password-protect its network in order to bring an end to, or prevent, such infringements

Mr Tobias Mc Fadden runs a lighting and sound system shop in which he offers access to a Wi-Fi network to the general public free of charge in order to draw the attention of potential customers to his goods and services. In 2010, a musical work was unlawfully offered for downloading via that internet connection. The Landgericht München I (Regional Court, Munich I, Germany), before which the proceedings between Sony and Mr Mc Fadden were brought, takes the view that he was not the actual party who infringed the copyright, but is minded to reach a finding of indirect liability on the ground that his Wi-Fi network had not been made secure. As it has some doubts as to whether the Directive on electronic commerce 1 precludes such indirect liability, the Landgericht has referred a series of questions to the Court of Justice.

The directive exempts intermediate providers of mere conduit services from liability for unlawful acts committed by a third party with respect to the information transmitted. That exemption of liability takes effect provided that three cumulative conditions are satisfied: (i) the provider of the mere conduit service must not have initiated the transmission; (ii) it must not have selected the recipient of the transmission; and (iii) it must neither have selected nor modified the information contained in the transmission.

In today's judgment, the Court holds, first of all, that making a Wi-Fi network available to the general public free of charge in order to draw the attention of potential customers to the goods and services of a shop constitutes an 'information society service' under the directive.

Next, the Court confirms that, where the above three conditions are satisfied, a service provider such as Mr Mc Fadden, who providers access to a communication network, may not be held liable. Consequently, **the copyright holder is not entitled to claim compensation on the ground that the network was used by third parties to infringe its rights.** Since such a claim cannot be successful, the copyright holder is also precluded from claiming the reimbursement of the costs of giving formal notice or court costs incurred in relation to that claim.

However, **the directive does not preclude the copyright holder from seeking before a national authority or court to have such a service provider ordered to end, or prevent, any infringement of copyright committed by its customers.**

Lastly, the Court holds that an injunction ordering **the internet connection to be secured by means of a password** is capable of ensuring a balance between, on the one hand, the intellectual property rights of rightholders and, on the other hand, the freedom to conduct a business of access providers and the freedom of information of the network users. The Court notes, in particular, that such a measure is capable of deterring network users from infringing intellectual property rights. In that regard, the Court nevertheless underlines that, in order to ensure that deterrent effect, it is necessary to require users to reveal their identity to be prevented from acting anonymously before obtaining the required password.

However, the directive expressly rules out the adoption of a measure to monitor information transmitted via a given network. Similarly, a measure consisting in terminating the internet connection completely without considering the adoption of measures less restrictive of the connection provider's freedom to conduct a business would not be capable of reconciling the abovementioned conflicting rights.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the

case in accordance with the Court’s decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)

15 September 2016

(Reference for a preliminary ruling - Information society - Free movement of services - Commercial wireless local area network (WLAN) - Made available to the general public free of charge - Liability of intermediary service providers - Mere conduit - Directive 2000/31/EC - Article 12 - Limitation of liability - Unknown user of the network - Infringement of rights of rightholders over a protected work - Duty to secure the network - Tortious liability of the trader)

In Case C-484/14,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Landgericht München I (Regional Court, Munich I, Germany), made by decision of 18 September 2014, received at the Court on 3 November 2014, in the proceedings

Language of the case: German.

Tobias Mc Fadden

v

Sony Music Entertainment Germany GmbH,

THE COURT (Third Chamber),

composed of L. Bay Larsen, President of the Chamber, D. Šváby, J. Malenovský (Rapporteur), M. Safjan and M. Vilaras, Judges,

Advocate General: M. Szpunar,

Registrar: V. Tourrès, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 9 December 2015,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Mr Mc Fadden, by A. Hufschmid and C. Fritz, Rechtsanwälte,

- Sony Music Entertainment Germany GmbH, by B. Frommer, R. Bisle, M. Hügel, Rechtsanwälte,

- the Polish Government, by B. Majczyna, acting as Agent,

- the European Commission, by K.-P. Wojcik and F. Wilman, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 16 March 2016,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 12(1) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1).

2. The request has been made in proceedings between Mr Tobias Mc Fadden and Sony Music Entertainment Germany GmbH ('Sony Music') concerning the potential liability of Mr Mc Fadden for the use by a third party of the wireless local area network (WLAN) operated by Mr Mc Fadden in order to make a phonogram produced by Sony Music available to the general public without authorisation.

Legal context

EU law

Directive 98/34

3. On 22 June 1998, the European Parliament and the Council adopted Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on information society services (OJ 1998 L 204, p. 37), as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 (OJ 1998 L 217, p. 18, 'Directive 98/34').

4. Recitals 2 and 19 of Directive 98/48 state:

> '(2) Whereas a wide variety of services within the meaning of Articles 59 and 60 [TEC, now Articles 46 and 57 TFEU,] will benefit by the opportunities afforded by the Information Society of being provided at a distance, electronically and at the individual request of a recipient of services;
>
> …
>
> (19) Whereas, under Article 60 [EC, now Article 57 TFEU,] as interpreted by the case-law of the Court of Justice, "services" means those normally provided for remuneration; whereas that characteristic is absent in the case of activities which a State carries out

without economic consideration in the context of its duties in particular in the social, cultural, educational and judicial fields …'

5. Article 1 of Directive 98/34 provides:

'For the purposes of this Directive, the following meanings shall apply:

…

(2) "service", any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

…'

Directive 2000/31

6 Recitals 18, 41, 42 and 50 of Directive 2000/31 are worded as follows:

'(18) Information Society services span a wide range of economic activities which take place online …; Information Society services are not solely restricted to services giving rise to online contracting but also, in so far as they represent an economic activity, extend to services which are not remunerated by those who receive them, such as those offering online information or commercial communications, or those providing tools allowing for search, access and retrieval of data; Information Society services also include services consisting … in providing access to a communication network ...

…

(41) This Directive strikes a balance between the different interests at stake and establishes principles upon which industry agreements and standards can be based.

(42) The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the Information Society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the Information Society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

…

(50) It is important that the proposed directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society and this Directive come into force within a similar time scale with a view to establishing a clear framework of rules relevant to the issue of liability of intermediaries for copyright and relating rights infringements at Community level.'

7. Article 2 of that directive, headed 'Definitions', provides:

'For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings:

(a) "Information Society services": services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34;

(b) "service provider": any natural or legal person providing an Information Society service;

…'

8. Section 4, headed 'Liability of intermediary service providers', of Chapter II of the directive is comprised of Articles 12 to 15.

9. Article 12 of Directive 2000/31, headed 'Mere conduit', provides:

'1. Where an Information Society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

(a) does not initiate the transmission;

(b) does not select the receiver of the transmission; and

(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

…

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'

10. Article 13 of Directive 2000/31, headed 'Caching', provides:

'1. Where an Information Society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate

and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

(a) the provider does not modify the information;

(b) the provider complies with conditions on access to the information;

(c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;

(d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and

(e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.'

11. Article 1 of that directive, headed 'Beneficiaries', provides:

'1. Where an Information Society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.'

12. Article 15(1) of Directive 2000/31, headed 'No general obligation to monitor', provides:

> ‘Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.’

Directive 2001/29/EC

13. Recital 16 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10) states:

> ‘Liability for activities in the network environment concerns not only copyright and related rights but also other areas, such as defamation, misleading advertising, or infringement of trademarks, and is addressed horizontally in Directive [2000/31], which clarifies and harmonises various legal issues relating to Information Society services including electronic commerce. This Directive should be implemented within a timescale similar to that for the implementation of the Directive on electronic commerce, since that Directive provides a harmonised framework of principles and provisions relevant inter alia to important parts of this Directive. This Directive is without prejudice to provisions relating to liability in that Directive.’

Directive 2004/48/EC

14. Article 2 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45, and corrigendum in OJ 2004 L 195, p. 16), headed ‘Damages’, provides:

> ‘…
>
> 3. This Directive shall not affect:
>
> (a) … Directive [2000/31], in general, and Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC in particular;
>
> …’

German law

15. Paragraphs 7 to 10 of the Telemediengesetz (Law on electronic media) of 26 February 2007 (BGBl. I, p. 179), as last amended by the Law of 31 March 2010 (BGBl. I, p. 692) (‘Law on electronic media’), transpose Articles 12 to 15 of Directive 2000/31 into national law.

16. Paragraph 7 of the Law on electronic media is worded as follows:

‘(1) Service providers shall be liable for their own information which they make available for use in accordance with the general law.

(2) Service providers within the meaning of Paragraphs 8 to 10 shall be under no duty to monitor the information which they transmit or store, or actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity. The absence of liability on the part of the service provider under Paragraphs 8 to 10 shall be without prejudice to general statutory obligations to remove, or disable the use of, information. …’

17. Paragraph 8(1) of the Law on electronic media provides:

‘Service providers shall not be liable for information which they transmit over a communication network or to which they provide access for use provided that service providers:

1. do not initiate the transmission;

2. do not select the receiver of the transmission; and

3. do not select or modify the information contained in the transmission.

The first sentence shall not apply where a service provider intentionally collaborates with a user of its service in order to undertake illegal activity.’

18. Paragraph 97 of the Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (Law on copyright and related rights) of 9 September 1965 (BGBl. I, p. 1273), as last amended by the Law of 1 October 2013 (BGBl. I, p. 3728) (‘the Law on copyright and related rights’), provides:

‘(1) Any person who unlawfully infringes copyright or any other right protected under this law may be the subject of an action by the injured party for an injunction ordering the termination of the infringement or, where there is a risk of recurrence, for an injunction prohibiting any further commission of the infringement. The right to seek a prohibitory injunction shall exist even where the risk of infringement arises for the first time.

(2) Any person who intentionally or negligently commits such an infringement shall be obliged to indemnify the injured party for the harm arising therefrom. …’

19. Paragraph 97a of the Law on copyright and related rights provides:

‘(1) Before instituting judicial proceedings for a prohibitory injunction, the injured party shall give formal notice to the infringer, allowing him an opportunity to settle the dispute

by giving an undertaking to refrain from further commission of the infringement, coupled with an appropriate contractual penalty.

…

(3) Provided that the formal notice is justified, … reimbursement of the costs necessarily so incurred may be sought. …'

National case-law on the indirect liability of information society service providers (Störerhaftung)

20. It appears from the order for reference that in German law a person may be held liable in the case of infringement of copyright or related rights for acts committed either directly (*Täterhaftung*) or indirectly (*Störerhaftung*). Paragraph 97 of the Law on copyright and related rights is interpreted by the German courts as meaning that liability for an infringement may be incurred by a person who, without being the author of the infringement or complicit in it, contributes to the infringement intentionally (the *Störer*).

21. In this connection, the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice, Germany) held, in a judgment of 12 May 2010, *Sommer unseres Lebens* (I ZR 121/08), that a private person operating a Wi-Fi network with internet access may be regarded as a *Störer* where he has failed to make his network secure by means of a password and thus enabled a third party to infringe a copyright or related right. According to that judgment, it is reasonable for such a network operator to take measures to secure the network, such as a system for identification by means of a password.

Facts of the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

22. Mr Mc Fadden runs a business selling and leasing lighting and sound systems.

23. He operates an anonymous access to a wireless local area network free of charge in the vicinity of his business. In order to provide such internet access, Mr Mc Fadden uses the services of a telecommunications business. Access to that network was intentionally not protected in order to draw the attention of customers of near-by shops, of passers-by and of neighbours to his company.

24. Around 4 September 2010, Mr Mc Fadden changed the name of his network from 'mcfadden.de' to 'freiheitstattangst.de' in reference to a demonstration in favour of the protection of personal data and against excessive State surveillance.

25. At the same time, by means of the wireless local area network operated by Mr Mc Fadden, a musical work was made available on the internet free of charge to the general public without the

consent of the rightholders. Mr Mc Fadden asserts that he did not commit the infringement alleged, but does not rule out the possibility that it was committed by one of the users of his network.

26. Sony Music is the producer of the phonogram of that work.

27. By letter of 29 October 2010, Sony Music gave formal notice to Mr Mc Fadden to respect its rights over the phonogram.

28. Following the giving of formal notice, Mr Mc Fadden brought an action for a negative declaration ('*negative Feststellungsklage*') before the referring court. In reply, Sony Music made several counterclaims seeking to obtain from Mr Mc Fadden, first, payment of damages on the ground of his direct liability for the infringement of its rights over the phonogram, second, an injunction against the infringement of its rights on pain of a penalty and, third, reimbursement of the costs of giving formal notice and court costs.

29. In a judgement of 16 January 2014, entered in default of Mr Mc Fadden's appearance, the referring court dismissed Mr Mc Fadden's action and upheld the counterclaims of Sony Music.

30. Mr Mc Fadden appealed against that judgment on the ground that he is exempt from liability under the provisions of German law transposing Article 12(1) of Directive 2000/31.

31. In the appeal, Sony Music claims that the referring court should uphold the judgment at first instance and, in the alternative, in the event that that court should not hold Mr Mc Fadden directly liable, order Mr Mc Fadden, in accordance with the case-law on the indirect liability (*Störerhaftung*) of wireless local area network operators, to pay damages for not having taken measures to protect his wireless local area network and for having thereby allowed third parties to infringe Sony Music's rights.

32. In the order for reference, the referring court states that it is inclined to regard the infringement of Sony Music's rights as not having been committed by Mr Mc Fadden personally, but by an unknown user of his wireless local area network. However, the referring court is considering holding Mr Mc Fadden indirectly liable (*Störerhaftung*) for failing to have secured the network from which its rights were infringed anonymously. Nevertheless, the referring court wishes to know whether the exemption from liability laid down in Article 12(1) of Directive 2000/31, which has been transposed into German law by the first sentence of Paragraph 8(1) of the Law on electronic media, might preclude it from finding Mr Mc Fadden liable in any form.

33. In those circumstances, the Landgericht München I (Regional Court, Munich I, Germany) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

‘1. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(a) of that directive and Article 1(2) of Directive 98/34, to be interpreted as meaning that the expression “normally provided for remuneration” means that the national court must establish:

a. whether the person specifically concerned, who claims the status of service provider, normally provides that specific service for remuneration,

b. whether there are on the market any providers at all who provide that service or similar services for remuneration, or

c. whether the majority of these or similar services are provided for remuneration?

2. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31 to be interpreted as meaning that the expression “provision of access to a communication network” means that the only criterion for provision in conformity with the directive is that access to a communication network (for example, the internet) should be successfully provided?

3. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(b) of that directive, to be interpreted as meaning that, for the purposes of “*anbieten*” (“provision”) within the meaning of Article 2(b) [of that directive], it is sufficient for the Information Society service to be made available, that being, in this case, the making available of an open [wireless local area network] WLAN, or is “advertising”, for example, also necessary?

4. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31 to be interpreted as meaning that the expression “not liable for the information transmitted” precludes as a matter of principle, or in any event in relation to a first established copyright infringement, any claims for injunctive relief, damages or the payment of the costs of giving formal notice or court costs which a person affected by a copyright infringement might make against the access provider?

5. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 12(3) of that directive, to be interpreted as meaning that the Member States may not permit a national court, in substantive proceedings, to make an order requiring an access provider to refrain in future from enabling third parties to make a particular copyright-protected work available for electronic retrieval from an online exchange platform via a specific internet connection?

6. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31 to be interpreted as meaning that, in circumstances such as those in the main proceedings, the rule contained in Article 14(1)(b) of Directive 2000/31 is to be applied *mutatis mutandis* to an application for a prohibitory injunction?

7. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(b) of that directive to be interpreted as meaning that the requirements applicable to a service provider are limited to the condition that the service provider be any natural or legal person providing an Information Society service?

8. If the seventh question is answered in the negative, what additional requirements must be imposed on a service provider for the purposes of interpreting Article 2(b) of Directive 2000/31?

9. Is the first half-sentence of Article 12(1) of Directive 2000/31, taking into account the existing protection of intellectual property as a fundamental right forming part of the right to property (Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union) and the provisions of Directives 2001/29 and 2004/48, and taking into account the freedom of information and the fundamental right under EU law of the freedom to conduct a business (Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), to be interpreted as not precluding a national court from deciding, in … proceedings in which an access provider is ordered, on pain of payment of a fine, to refrain in the future from enabling third parties to make a particular copyright-protected work or parts thereof available for electronic retrieval from an online (peer-to-peer) exchange platform via a specific internet connection, that it may be left to the access provider to determine what specific technical measures to take in order to comply with that order?

[10.] Does this also apply where the access provider is in fact able to comply with the court prohibition only by terminating or password-protecting the internet connection or examining all communications passing through it in order to ascertain whether the particular copyright-protected work is unlawfully transmitted again, and this fact is apparent from the outset rather than coming to light only in the course of enforcement or penalty proceedings?'

Consideration of the questions referred

The first question

34. It appears from the order for reference that, by its first question, the referring court seeks to determine whether a service, such as that provided by the applicant in the main proceedings, consisting in making available to the general public an open wireless communication network free of charge may fall within the scope of Article 12(1) of Directive 2000/31.

35. In those circumstances, it must be understood that, by its first question, the referring court is asking, in essence, whether Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(a) of that directive and with Article 1(2) of Directive 98/34, must be interpreted as meaning that a service, such as that at issue in the main proceedings, provided by a communication network operator and consisting in making that network available to the general public free of charge constitutes an 'information society service' within the meaning of Article 12(1) of Directive 2000/31.

36. From the outset, it is important to note that neither Article 12(1) of Directive 2000/31 nor Article 2 of that directive defines the concept of an 'information society service'. However, the latter article refers for such purposes to Directive 98/34.

37. In that regard, it follows, first, from recitals 2 and 19 to Directive 98/48 that the concept of a 'service' used in Directive 98/34 must be understood as having the same meaning as that used in Article 57 TFEU. Under Article 57 TFEU, 'services' are to be considered to be services normally provided for remuneration.

38. Second, Article 1(2) of Directive 98/34 provides that the concept of an 'information society service' covers any service normally provided for remuneration, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

39. Under those conditions, the Court finds that the information society services referred to in Article 12(1) of Directive 2000/31 cover only those services normally provided for remuneration.

40. That conclusion is borne out by recital 18 of Directive 2000/31 which states that, although information society services are not solely restricted to services giving rise to online contracting but extend to other services, those services must represent an economic activity.

41. Nonetheless, it does not follow that a service of an economic nature performed free of charge may under no circumstances constitute an 'information society service' within the meaning of Article 12(1) of Directive 2000/31. The remuneration of a service supplied by a service provider within the course of its economic activity does not require the service to be paid for by those for whom it is performed (see, to that effect, judgment of 11 September 2014, *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, paragraphs 28 and 29).

42. That is the case, inter alia, where the performance of a service free of charge is provided by a service provider for the purposes of advertising the goods sold and services provided by that service provider, since the cost of that activity is incorporated into the price of those goods or services (judgment of 26 April 1988, *Bond van Adverteerders and Others*, 352/85, EU:C:1988:196, paragraph 16, and of 11 April 2000, *Deliège*, C-51/96 and C-191/97, EU:C:2000:199, paragraph 56).

43. In the light of the foregoing, the answer to the first question referred is that Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(a) of that directive and with Article 1(2) of Directive 98/34, must be interpreted as meaning that a service such as that at issue in the main proceedings, provided by a communication network operator and consisting in making that network available to the general public free of charge constitutes an 'information society service' within the meaning of Article 12(1) of Directive 2000/31 where the activity is performed by the service provider in question for the purposes of advertising the goods sold or services supplied by that service provider.

The second and third questions

44. By its second and third questions, which it is appropriate to consider together, the referring court asks, in essence, whether Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that, in order for the service referred to in that article, consisting in providing access to a communication network, to be considered to have been provided, that access must only be made available or whether further conditions must be satisfied.

45. In particular, the referring court wishes to know whether, in addition to providing access to a communication network, it is necessary, first, for there to be a contractual relationship between the recipient and provider of the service and, second, for the service provider to advertise the service.

46 In that regard, in the first place, it is clear from the wording of Article 12 of Directive 2000/31, headed 'Mere conduit', that the provision of the service referred to in that article must involve the transmission in a communication network of information.

47. Furthermore, the provision states that the exemption from liability laid down in that provision applies only with regard to information transmitted.

48. Finally, according to recital 42 of Directive 2000/31, the activity of 'mere conduit' is of a mere technical, automatic and passive nature.

49. It follows that providing access to a communication network must not go beyond the boundaries of such a technical, automatic and passive process for the transmission of the required information.

50. In the second place, it does not appear either from the other provisions of Directive 2000/31 or the objectives pursued thereunder that providing access to a communication network must satisfy further conditions, such as a condition that there be a contractual relationship between the recipient and provider of that service or that the service provider use advertising to promote that service.

51. The Court recognises that it may appear from the use in Article 2(b) of Directive 2000/31 of the verb *anbieten* in its German language version that that article refers to the idea of an "offer", and thus to a certain form of advertising.

52. However, the need for uniform application and accordingly a uniform interpretation of the provisions of EU law makes it impossible for one version of the text of a provision to be considered, in case of doubt, in isolation, but requires, on the contrary, that it be interpreted and applied in the light of the versions existing in the other official languages (judgment of 9 June 2011, *Eleftheri tileorasi and Giannikos*, C-52/10, EU:C:2011:374, paragraph 23).

53. The other language versions of the Article 2(b), inter alia those in Spanish, Czech, English, French, Italian, Polish or Slovak, use verbs which do not imply the idea of an 'offer' or of advertising.

54. In the light of the foregoing, the answer to the second and third questions is that Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that, in order for the service referred to in that article, consisting in providing access to a communication network, to be considered to have been provided, that access must not go beyond the boundaries of a technical, automatic and passive process for the transmission of the required information, there being no further conditions to be satisfied.

The sixth question

55. By its sixth question, which it is appropriate to consider in the third place, the referring court asks, in essence, whether Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that the condition laid down in Article 14(1)(b) of that directive applies *mutatis mutandis* to Article 12(1) of the directive.

56. In that regard, it follows from the very structure of Directive 2000/31 that the EU legislature wished to distinguish between the regimes applicable to the activities of mere conduit, of the

storage of information taking the form of ‘caching’ and of hosting in so far as those activities are governed by different provisions of that directive.

57. Against that background, it appears from a comparison of Article 12(1), Article 13(1) and Article 14(1) of the directive that the exemptions from liability provided for in those provisions are governed by different conditions of application depending on the type of activity concerned.

58. In particular, Article 14(1) of Directive 2000/31, headed ‘Hosting’, provides, inter alia, that, in order to benefit from the exemption from liability laid down in that provision in favour of internet website hosts, such hosts must act expeditiously upon obtaining knowledge of illegal information to remove or to disable access to it.

59. However, Article 12(1) of Directive 2000/31 does not subject the exemption from liability that it lays down in favour of providers of access to a communication network to compliance with such a condition.

60. Moreover, as the Advocate General has stated in paragraph 100 of his Opinion, the position of an internet website host on the one hand and of a communication network access provider on the other are not similar as regards the condition laid down in Article 14(1) of Directive 2000/31.

61. It appears from recital 42 of Directive 2000/31 that the exemptions from liability established therein were provided for in the light of the fact that the activities engaged in by the various categories of service providers referred to, inter alia providers of access to a communication network and internet website hosts, are all of a mere technical, automatic and passive nature and that, accordingly, such service providers have neither knowledge of, nor control over, the information which is thereby transmitted or stored.

62. Nevertheless, the service provided by an internet website host, which consists in the storage of information, is of a more permanent nature. Accordingly, such a host may obtain knowledge of the illegal character of certain information that it stores at a time subsequent to that when the storage was processed and when it is still capable of taking action to remove or disable access to it.

63. However, as regards a communication network access provider, the service of transmitting information that it supplies is not normally continued over any length of time, so that, after having transmitted the information, it no longer has any control over that information. In those circumstances, a communication network access provider, in contrast to an internet website host, is often not in a position to take action to remove certain information or disable access to it at a later time.

64. In any event, it follows from paragraph 54 above that Article 12(1) of Directive 2000/31 does not provide for any further condition other than for the service at issue to provide access to a communication network which does not go beyond the boundaries of a technical, automatic and passive process for the transmission of the required information.

65. In the light of the foregoing, the answer to the sixth question is that Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that the condition laid down in Article 14(1)(b) of that directive does not apply *mutatis mutandis* to Article 12(1).

The seventh and eighth questions

66. By its seventh and eighth questions, which it is appropriate to consider together and in the fourth place, the referring court asks, in essence, whether Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(b) of that directive, must be interpreted as meaning that there are conditions other than the one mentioned in that provision to which a service provider providing access to a communication network is subject.

67. In that regard, Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(b) of that directive, expressly provides for only one condition as regards such a service provider, namely that of being a natural or legal person providing an information society service.

68. In that regard, it appears from recital 41 to Directive 2000/31 that, by adopting that directive, the EU legislature struck a balance between the various interests at stake. It follows that that directive as a whole, and in particular Article 12(1) read in conjunction with Article 2(b) thereof must be regarded as giving effect to the balance struck by the legislature.

69. In those circumstances, it is not for the Court to take the place of the EU legislature by subjecting the application of that provision to conditions which the legislature has not laid down.

70. To subject the exemption laid down in Article 12(1) of Directive 2000/31 to compliance with conditions that the EU legislature has not expressly envisaged could call that balance into question.

71. In the light of the foregoing, the answer to the seventh and eighth questions is that Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(b) of that directive, must be interpreted as meaning that there are no conditions, other than the one mentioned in that provision, to which a service provider supplying access to a communication network is subject.

The fourth question

72. By its fourth question, which it is appropriate to consider in the fifth place, the referring court asks, in essence, whether Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that it does not preclude a person harmed by the infringement of its rights over a work from claiming injunctive relief against the recurrence of that infringement, compensation and the payment of costs of giving formal notice and court costs from a communication network access provider whose services were used in that infringement.

73. In that regard, it should be noted that Article 12(1) of Directive 2000/31 states that the Member States must ensure that service providers supplying access to a communication network are not held liable for information transmitted to them by the recipients of that service on the threefold condition laid down in that provision that such providers do not initiate such a transmission, that they do not select the receiver of that transmission and that they do not select or modify the information contained in the transmission.

74. It follows that, where those conditions are satisfied, a service provider supplying access to a communication network may not be held liable and therefore a copyright holder is, in any event, precluded from claiming compensation from that service provider on the ground that the connection to that network was used by third parties to infringe its rights.

75. As a result, a copyright holder is also, in any event, precluded from claiming the reimbursement of the costs of giving formal notice or court costs incurred in relation to its claim for compensation. In order to be well founded, such an ancilliary claim requires that the principal claim is also well founded, which is precluded by Article 12(1) of Directive 2000/31.

76. Nevertheless, Article 12(3) of Directive 2000/31 states that that article is not to affect the possibility, for a national court or administrative authority, of requiring a service provider to terminate or prevent an infringement of copyright.

77. Thus, where an infringement is perpetrated by a third party by means of an internet connection which was made available to him by a communication network access provider, Article 12(1) of the directive does not preclude the person harmed by that infringement from seeking before a national authority or court to have the service provider prevented from allowing that infringement to continue.

78. Consequently, the Court considers that, taken in isolation, Article 12(1) of Directive 2000/31 does not prevent that same person from claiming the reimbursement of the costs of giving formal notice and court costs incurred in a claim such as that outlined in the preceding paragraphs.

79. In the light of the foregoing, the answer to the fourth question is that Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as precluding a person harmed by the infringement of its rights over a work from claiming compensation from a provider of access to a communication network on the ground that such access was used by a third party to infringe its rights and the reimbursement of the costs of giving formal notice or court costs incurred in relation to its claim for compensation. However, that article must be interpreted as meaning that it does not preclude such a person from claiming injunctive relief against the continuation of that infringement and the payment of the costs of giving formal notice and court costs from a communication network access provider whose services were used in that infringement where such claims are made for the purposes of obtaining, or follow the grant of injunctive relief by a national authority or court to prevent that service provider from allowing the infringement to continue.

The fifth, sixth and seventh questions

80. By its fifth, ninth and tenth questions, which it is appropriate to consider together and in the sixth place, the referring court asks, in essence, whether, having regard to the requirements deriving from the protection of fundamental rights and to the rules laid down in Directives 2001/29 and 2004/48, Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 12(3) of that directive, must be interpreted as precluding the grant of an injunction such as that at issue in the main proceedings, which requires, on pain of payment of a fine, a provider of access to a communication network allowing the public to connect to the internet to prevent third parties from making a particular copyright-protected work or parts thereof available to the general public from an online (peer-to-peer) exchange platform via an internet connection available in that network, where, although that provider may determine which technical measures to take in order to comply with the injunction, it has already been established that the only measures which the provider may in practice adopt consist in terminating or password-protecting the internet connection or in examining all communications passing through it.

81. As a preliminary matter, it is common ground that an injunction, such as that envisaged by the referring court in the case at issue in the main proceedings, in so far as it would require the communication network access provider in question to prevent the recurrence of an infringement of a right related to copyright, falls within the scope of the protection of the fundamental right to the protection of intellectual property laid down in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’).

82. In addition, in so far as such an injunction, first, places a burden on the access provider capable of affecting his economic activity and, second, is capable of restricting the freedom available to

recipients of such a service from benefiting from access to the internet, the Court finds that the injunction infringes the former's right of freedom to conduct a business, protected under Article 16 of the Charter, and the right of others to freedom of information, the protection of which is provided for by Article 11 of the Charter.

83. Where several fundamental rights protected under EU law are at stake, it is for the national authorities or courts concerned to ensure that a fair balance is struck between those rights (see, to that effect, judgment of 29 January 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, paragraphs 68 and 70).

84. In that regard, the Court has previously held that an injunction which leaves a communication network access provider to determine the specific measures to be taken in order to achieve the result sought is capable, under certain conditions, of leading to such a fair balance (see, to that effect, judgment of 27 March 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 62 and 63).

85. In the present case, it appears from the order for reference that the referring court envisages a situation in which there are, in practice, only three measures that the addressee of the injunction may take, namely examining all communications passing through an internet connection, terminating that connection or password-protecting it.

86. It is therefore on the sole basis of those three measures envisaged by the referring court that the Court will examine the compatibility of the envisaged injunction with EU law.

87. As regards, first, monitoring all of the information transmitted, such a measure must be excluded from the outset as contrary to Article 15(1) of Directive 2000/31, which excludes the imposition of a general obligation on, inter alia, communication network access providers to monitor the information that they transmit.

88. As regards, second, the measure consisting in terminating the internet connection completely, it must be found that so doing would cause a serious infringement of the freedom to conduct a business of a person who pursues an economic activity, albeit of a secondary nature, consisting in providing internet access by categorically preventing that provider from pursuing the activity in practice in order to remedy a limited infringement of copyright without considering the adoption of measures less restrictive of that freedom.

89. In those circumstances, such a measure cannot be regarded as complying with the requirements of ensuring a fair balance is struck between the fundamental rights which must be reconciled (see, to that effect, as regards an injunction, judgment of 24 November 2011, *Scarlet Extended*,

C-70/10, EU:C:2011:771, paragraph 49, and, by analogy, judgment of 16 July 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, paragraphs 35 and 41).

90. As regards, third, the measure consisting in password-protecting an internet connection, it should be noted that such a measure is capable of restricting both the freedom to conduct a business of the provider supplying the service of access to a communication network and the right to freedom of information of the recipients of that service.

91. Nonetheless, it must be found, in the first place, that such a measure does not damage the essence of the right to freedom to conduct its business of a communication network access provider in so far as the measure is limited to marginally adjusting one of the technical options open to the provider in exercising its activity.

92. In the second place, a measure consisting in securing an internet connection does not appear to be such as to undermine the essence of the right to freedom of information of the recipients of an internet network access service, in so far as it is limited to requiring such recipients to request a password, it being clear furthermore that that connection constitutes only one of several means of accessing the internet.

93. In the third place, it is true that, according to case-law, the measure adopted must be strictly targeted, in the sense that it must serve to bring an end to a third party's infringement of copyright or of a related right but without thereby affecting the possibility of internet users lawfully accessing information using the provider's services. Failing that, the provider's interference in the freedom of information of those users would be unjustified in the light of the objective pursued (judgment of 27 March 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, paragraph 56).

94. However, a measure adopted by a communication network access provider consisting in securing the connection to that network does not appear to be capable of affecting the possibility made available to internet users using the services of that provider to access information lawfully, in so far as the measure does not block any internet site.

95. In the fourth place, the Court has previously held that measures which are taken by the addressee of an injunction such as that at issue in the main proceedings when complying with that injunction must be sufficiently effective to ensure genuine protection of the fundamental right at issue, that is to say that they must have the effect of preventing unauthorised access to the protected subject matter or, at least, of making it difficult to achieve and of seriously discouraging internet users who are using the services of the addressee of that injunction from accessing the subject matter made available to them in breach of that fundamental right (judgment of 27 March 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, paragraph 62).

96. In that regard, the Court finds that a measure consisting in password-protecting an internet connection may dissuade the users of that connection from infringing copyright or related rights, provided that those users are required to reveal their identity in order to obtain the required password and may not therefore act anonymously, a matter which it is for the referring court to ascertain.

97. In the fifth place, it should be recalled that, according to the referring court, there is no measure, other than the three measures that it referred to, that a communication network access provider, such as the applicant in the main proceedings, could, in practice, take in order to comply with an injunction such as that at issue in the main proceedings.

98. Since the two other measures have been rejected by the Court, to consider that a communication network access provider need not secure its internet connection would thus be to deprive the fundamental right to intellectual property of any protection, which would be contrary to the idea of a fair balance (see, by analogy, judgment of 16 July 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, paragraphs 37 and 38).

99. In those circumstances, a measure intended to secure an internet connection by means of a password must be considered to be necessary in order to ensure the effective protection of the fundamental right to protection of intellectual property.

100. It follows from the foregoing that, under the conditions set out in this judgment, a measure consisting in securing a connection must be considered to be capable of striking a fair balance between, first, the fundamental right to protection of intellectual property and, second, the right to freedom to conduct the business of a provider supplying the service of access to a communication network and the right to freedom of information of the recipients of that service.

101. Consequently, the answer to the fifth, ninth and tenth questions referred is that, having regard to the requirements deriving from the protection of fundamental rights and to the rules laid down in Directives 2001/29 and 2004/48, Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 12(3) of that directive, must be interpreted as, in principle, not precluding the grant of an injunction such as that at issue in the main proceedings, which requires, on pain of payment of a fine, a communication network access provider to prevent third parties from making a particular copyright-protected work or parts thereof available to the general public from an online (peer-to-peer) exchange platform via the internet connection available in that network, where that provider may choose which technical measures to take in order to comply with the injunction even if such a choice is limited to a single measure consisting in password-protecting the internet connection, provided that those users are required to reveal their identity in order to obtain the required

password and may not therefore act anonymously, a matter which it is for the referring court to ascertain.

Costs

102. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

1. Article 12(1) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market ('Directive on electronic commerce'), read in conjunction with Article 2(a) of that directive and with Article 1(2) of Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on information society services, as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998, must be interpreted as meaning that a service such as that at issue in the main proceedings, provided by a communication network operator and consisting in making that network available to the general public free of charge constitutes an 'information society service' within the meaning of Article 12(1) of Directive 2000/31 where the activity is performed by the service provider in question for the purposes of advertising the goods sold or services supplied by that service provider.

2. Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that, in order for the service referred to in that article, consisting in providing access to a communication network, to be considered to have been provided, that access must not go beyond the boundaries of a technical, automatic and passive process for the transmission of the required information, there being no further conditions to be satisfied.

3. Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that the condition laid down in Article 14(1)(b) of that directive does not apply *mutatis mutandis* to Article 12(1) of Directive 2000/31.

4. Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 2(b) of that directive, must be interpreted as meaning that there are no conditions, other than the one mentioned in that provision, to which a service provider supplying access to a communication network is subject.

5. Article 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that a person harmed by the infringement of its rights over a work is precluded from claiming compensation from an access provider on the ground that the connection to that network was used by a third party to infringe its rights and the reimbursement of the costs of giving formal notice or court costs incurred in relation to its claim for compensation. However, that article must be interpreted as meaning that it does not preclude such a person from claiming injunctive relief against the continuation of that infringement and the payment of the costs of giving formal notice and court costs from a communication network access provider whose services were used in that infringement where such claims are made for the purposes of obtaining, or follow the grant of injunctive relief by a national authority or court to prevent that service provider from allowing the infringement to continue.

6. Having regard to the requirements deriving from the protection of fundamental rights and to the rules laid down in Directives 2001/29 and 2004/48, Article 12(1) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 12(3) of that directive, must be interpreted as, in principle, not precluding the grant of an injunction such as that at issue in the main proceedings, which requires, on pain of payment of a fine, a provider of access to a communication network allowing the public to connect to the internet to prevent third parties from making a particular copyright-protected work or parts thereof available to the general public from an online (peer-to-peer) exchange platform via an internet connection, where that provider may choose which technical measures to take in order to comply with the injunction even if such a choice is limited to a single measure consisting in password-protecting the internet connection, provided that those users are required to reveal their identity in order to obtain the required password and may not therefore act anonymously, a matter which it is for the referring court to ascertain.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-484/14 - Mc Fadden - 15 September 2016 - Opinion of Advocate General Szpunar

OPINION OF ADVOCATE GENERAL SZPUNAR

delivered on 16 March 2016 [1]

Case C-484/14

Tobias Mc Fadden

v

Sony Music Entertainment Germany GmbH

(Request for a preliminary ruling from the Landgericht München I (Regional Court, Munich I, Germany))

(Request for a preliminary ruling - Free movement of information society services - Directive 2000/31/EC - Article 2(a) and (b) - Concept of 'information society services' - Concept of 'service provider' - Services of an economic nature - Article 12 - Limitation of liability of a provider of 'mere conduit' services - Article 15 - Exclusion of general obligation to monitor - Professional making a wireless local network with Internet access available to the public free of charge - Infringement of copyright and related rights by third-party users - Injunction entailing an obligation to password-protect an Internet connection)

I - Introduction

1. Is a professional who, in the course of business, operates a wireless local area network with Internet access (a 'Wi-Fi network' **[2]**) that is accessible to the public free of charge providing an information society service within the meaning of Directive 2000/31/EC? **[3]** To what extent may his liability be limited in respect of copyright infringements committed by third parties? May the operator of such a public Wi-Fi network be constrained by injunction to make access to the network secure by means of a password?

2. Those questions outline the issues raised in a dispute between Mr Mc Fadden and Sony Music Entertainment Germany GmbH ('Sony Music') concerning actions for damages and injunctive

relief in connection with the making available for downloading of copyright-protected musical works via the public Wi-Fi network operated by Mr Mc Fadden.

II - Legal framework

A - *EU law*

1. Legislation relating to information society services

3. Directive 2000/31, as is apparent from recital 40 thereof, is intended, amongst other things, to harmonise national provisions concerning the liability of intermediary service providers, so that the single market for information society services can function smoothly.

4. Article 2 of Directive 2000/31, entitled 'Definitions', provides:

> 'For the purpose of this directive, the following terms shall bear the following meanings:
>
> (a) "information society services": services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC [**[4]**] as amended by Directive 98/48/EC; [(5)]
>
> (b) "service provider": any natural or legal person providing an information society service;
>
> …'

5. Three categories of intermediary services are covered by Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31. They are, respectively, 'mere conduit', 'caching' and 'hosting'.

6. Article 12 of Directive 2000/31, entitled 'Mere conduit', provides:

> '1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:
>
> (a) does not initiate the transmission;
>
> (b) does not select the receiver of the transmission;
>
> and
>
> (c) does not select or modify the information contained in the transmission.
>
> …

> 3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'
>
> 7. Paragraph 1 of Article 15 of Directive 2000/31, which is entitled 'No general obligation to monitor', provides:
>
> 'Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.'

2. Legislation relating to the protection of intellectual property

8. Article 8 of Directive 2001/29/EC, **[6]** headed 'Sanctions and remedies', provides, in paragraph 3 thereof:

> 'Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

9. A substantially identical provision concerning infringements of intellectual property rights in general is laid down in the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48/EC, (7) entitled 'Injunctions'. According to recital 23 thereof, that directive is without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29, which already provided for a comprehensive level of harmonisation in so far as concerns the infringement of copyright and related rights.

10. Article 3 of Directive 2004/48, entitled 'General obligation', provides:

> '1. Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.
>
> 2. Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.'

B - *German law*

1. Legislation transposing Directive 2000/31

11. Articles 12 to 15 of Directive 2000/31 were transposed into German law by Paragraphs 7 to 10 of the Law on electronic media (Telemediengesetz). **[8]**

2. Legislative provisions relating to the protection of copyright and related rights

12. Paragraph 97 of the Law on copyright and related rights (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte - Urheberrechtsgesetz) **[9]** provides:

> '1. Any person who unlawfully infringes copyright or any other right protected under this law may be the subject of an action by the injured party for an injunction ordering the termination of the infringement or, where there is a risk of recurrence, for an injunction prohibiting any further commission of the infringement. The right to seek a prohibitory injunction shall exist even where the risk of infringement arises for the first time.
>
> 2. Any person who intentionally or negligently commits such an infringement shall be obliged to make good the damage arising from it. …'

13. Paragraph 97a of the Law on copyright and related rights in force at the time when the formal notice was issued in 2010 provided:

> '1. Before instituting judicial proceedings for a prohibitory injunction, the injured party shall give formal notice to the infringer, allowing him an opportunity to settle the dispute by giving an undertaking to refrain from further commission of the infringement, coupled with an appropriate penalty. Provided that the formal notice is justified, reimbursement of the costs necessarily so incurred may be sought.
>
> 2. In straightforward cases involving only a minor infringement not committed in the course of trade, reimbursement of the costs incurred in connection with the instruction of a lawyer for the purposes of a first formal notice shall be limited to EUR 100.'

14. Paragraph 97a of the Law on copyright and related rights in the version currently in force provides:

> '1. Before instituting judicial proceedings for a prohibitory injunction, the injured party shall give formal notice to the infringer, allowing him an opportunity to settle the dispute by giving an undertaking to refrain from further commission of the infringement, coupled with an appropriate penalty.
>
> …
>
> 3. Provided that the formal notice is justified … reimbursement of the costs necessarily so incurred may be sought. …

…’

3. Case-law

15. It is apparent from the order for reference that, in German law, liability for infringements of copyright and related rights may arise either directly (‘Täterhaftung’) or indirectly (‘Störerhaftung’).

16. Paragraph 97 of the Law on copyright and related rights has been interpreted by German courts as meaning that liability for an infringement may be incurred by a person who, without being the author of the infringement or complicit in it, contributes to the infringement in some way or other, either deliberately or with a sufficient degree of causation (‘Störer’).

17. In this connection, the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) held, in its judgment of 12 May 2010 in *Sommer unseres Lebens* (I ZR 121/08), that a private person operating a Wi-Fi network with Internet access may be regarded as an indirect infringer (‘Störer’) where he has failed to make his network secure by means of a password and thus enabled a third party to infringe a copyright or related right. According to that judgment, it is reasonable for such a network operator to take measures to secure the network, such as a system for identification by means of a password.

III - The dispute in the main proceedings

18. The applicant in the main proceedings operates a business selling and renting lighting and sound systems for various events.

19. He is the owner of an Internet connection which he uses via a Wi-Fi network. On 4 September 2010, a musical work was unlawfully offered for downloading via that Internet connection.

20. Sony Music is a phonogram producer and the holder of the rights in that musical work. By letter of 29 October 2010, Sony Music gave Mr Mc Fadden formal notice concerning the infringement of its rights.

21. As is apparent from the order for reference, Mr Mc Fadden argues in this connection that, in the course of his business, he operated a Wi-Fi network, accessible to any user, over which he exercised no control. He deliberately did not password-protect that network so as to give the public access to the Internet. Mr Mc Fadden asserts that he did not commit the infringement alleged, but does not rule out the possibility that it was committed by one of the users of his network.

22. Following the formal notice, Mr Mc Fadden brought before the referring court an action for a negative declaration ('negative Feststellungsklage'). Sony Music brought a counterclaim, seeking an injunction and damages.

23. By judgment of 16 January 2014, given in default of appearance, the referring court dismissed Mr Mc Fadden's application and upheld the counterclaim, granting an injunction against Mr Mc Fadden on the ground of his directly liability for the infringement at issue and ordering him to pay damages, the costs of the formal notice, and costs.

24. Mr Mc Fadden brought an appeal against that judgment in default. In particular, he has argued that he cannot be held liable by reason of the provisions of German law transposing Article 12(1) of Directive 2000/31.

25. In the appeal, Sony Music asks the court to uphold the default judgment and, in the alternative, to issue an injunction and order Mr Mc Fadden to pay damages and the costs of the formal notice on the ground of his indirect liability ('Störerhaftung').

26. The referring court states that, at this stage, it does not believe that Mr Mc Fadden is directly liable, but is minded to reach a finding of indirect liability ('Störerhaftung') on the ground that his Wi-Fi network had not been made secure.

27. In this connection, the referring court states that it is inclined to apply, by analogy, the Bundesgerichtshof's ruling of 12 May 2010 in *Sommer unseres Lebens* (I ZR 121/08), taking the view that that judgment, which concerned private persons, should apply *a fortiori* in the case of a professional person operating a Wi-Fi network that is accessible to the public. According to the referring court, such a finding of liability on that ground would not, however, be possible if the facts of the dispute in the main proceedings fell within the scope of application of Article 12(1) of Directive 2000/31, transposed into German law by Paragraph 8(1) of the Law on electronic media of 26 February 2007, as amended by the Law of 31 March 2010.

IV - The questions referred for a preliminary ruling and the procedure before the Court

28. It was in those circumstances that the Landgericht München I (Regional Court, Munich I) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

> '(1) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31], read together with Article 2(a) of [that directive] and Article 1(2) of Directive [98/34], as amended by Directive [98/48] to be interpreted as meaning that the expression 'normally provided for remuneration' means that the national court must establish whether

(a) the person specifically concerned, who claims the status of service provider, normally provides this specific service for remuneration, or

(b) there are on the market any persons at all who provide this service or similar services for remuneration, or

(c) the majority of these or similar services are provided for remuneration?

(2) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31] to be interpreted as meaning that the expression 'provision of access to a communication network' means that the only criterion for provision in conformity with the directive is that access to a communication network (for example, the Internet) should be successfully provided?

(3) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31], read together with Article 2(b) of [that directive] to be interpreted as meaning that, for the purposes of 'provision' within the meaning of Article 2(b) … it is sufficient for the information society service to be made available, that being, in this case, the making available of an open-access WLAN, or is 'active promotion', for example, also necessary?

(4) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31] to be interpreted as meaning that the expression 'not liable for the information transmitted' precludes as a matter of principle, or in any event in relation to a first established copyright infringement, any claims for injunctive relief, damages or the payment of the costs of giving formal notice or court costs which a person affected by a copyright infringement might make against the access provider?

(5) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31], read together with Article 12(3) of [that directive] to be interpreted as meaning that the Member States may not permit a national court, in substantive proceedings, to make an order requiring an access provider to refrain in future from enabling third parties to make a particular copyright-protected work available for electronic retrieval from an online exchange platform via a specific Internet connection?

(6) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31] to be interpreted as meaning that, in circumstances such as those in the main proceedings, the provision contained in Article 14(1)(b) of [that directive] is to be applied *mutatis mutandis* to an application for a prohibitory injunction?

(7) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31], read together with Article 2(b) of [that directive] to be interpreted as meaning that the requirements applicable to a service

provider are limited to the condition that a service provider is any natural or legal person providing an information society service?

(8) If Question 7 is answered in the negative, what additional requirements must be imposed on a service provider for the purposes of interpreting Article 2(b) of Directive [2000/31]?

(9) (a) Is … Article 12(1) of Directive [2000/31], taking into account the existing protection of intellectual property as a fundamental right forming part of the right to property (Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter')) and the provisions of [Directives 2001/29 and 2004/48], and taking into account the freedom of information and the fundamental right under EU law of the freedom to conduct business (Article 16 of the [Charter]), to be interpreted as not precluding a national court from deciding, in substantive proceedings in which an access provider is ordered, on pain of payment of a fine, to refrain in the future from enabling third parties to make a particular copyright-protected work or parts thereof available for electronic retrieval from an online exchange platform via a specific Internet connection, that it may be left to the access provider to determine what specific technical measures to take in order to comply with that order?

(b) Does this also apply where the access provider is in fact able to comply with the court's injunction only by terminating or password-protecting the Internet connection or examining all communications passing through it in order to ascertain whether the copyright-protected work in question is unlawfully transmitted again, and that fact is apparent from the outset rather than coming to light only in the course of enforcement or penalty proceedings?'

29. The order for reference, dated 18 September 2014, was received at the Registry of the Court of Justice on 3 November 2014. Written observations were submitted by the parties to the main proceedings, the Polish Government and the European Commission.

30. The parties to the main proceedings and the Commission also attended the hearing on 9 December 2015.

V - Assessment

31. The questions referred for a preliminary ruling may be grouped together by reference to the two specific issues they raise.

32. First, the referring court seeks, by questions 1 to 3, to establish whether a professional person, such as the appellant in the main proceedings, who, in the course of business, operates a free, public Wi-Fi network, falls within the scope of application of Article 12 of Directive 2000/31.

33. Secondly, in the event that Article 12 of Directive 2000/31 does apply, the referring court asks this Court, in questions 4 to 9, to interpret the limitation of the liability of intermediary service providers laid down in that provision.

A - *The scope of Article 12 of Directive 2000/31*

34. By its first three questions, the national court asks, in essence, whether a professional person who, in the course of business, operates a free, public Wi-Fi network, is to be regarded as the provider of a service consisting in the provision of access to a communication network, within the meaning of Article 12(1) of Directive 2000/31.

35. The national court raises two concerns in this regard: first, the economic nature of the service in question and, secondly, the fact that the operator of the Wi-Fi network may simply make the network available to the public, without specifically holding himself out to potential users as a service provider.

1. A service 'of an economic nature' (first issue)

36. In so far as concerns the concept of 'services', Article 2(a) of Directive 2000/31 refers to Article 1(2) of Directive 98/34, **[10]** which refers to 'any information society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services'.

37. The condition that the service in question must 'normally' be 'provided for remuneration' is taken from Article 57 TFEU and reflects the principle, which is well established in the case-law, that only services of an economic nature are covered by the provisions of the FEU Treaty relating to the internal market. **[11]**

38. According to settled case-law, the concepts of economic activity and of the provision of services in the context of the internal market must be given a broad interpretation. **[12]**

39. In this connection, the national court queries the economic nature of the service at issue, whilst expressing the view that the making available of access to the Internet, even if not against payment, is an economic activity, since the provision of Internet access is normally a service that is provided for remuneration.

40. I would observe that, as the national court and the majority of the parties and interested parties, with the exception of Sony Music, have contended, the provision of Internet access is normally an economic activity. That conclusion applies equally to the provision of Internet access via a Wi-Fi network.

41. In my view, where, in the course of his business, an economic operator offers Internet access to the public, even if not against payment, he is providing a service of an economic nature, even if it is merely ancillary to his principal activity.

42. The very operation of a Wi-Fi network that is accessible to the public, in connection with another economic activity, necessarily takes place in an economic context.

43. Access to the Internet may constitute a form of marketing designed to attract customers and gain their loyalty. In so far as it contributes to the carrying on of the principal activity, the fact that the service provider may not be directly remunerated by recipients of the service is not decisive. In accordance with consistent case-law, the requirement for pecuniary consideration laid down in Article 57 TFEU does not mean that the service must be paid for directly by those who benefit from it. **[13]**

44. Sony Music's argument, by which it disputes the fact that the service in question is 'normally' provided for consideration, fails to convince me.

45. Admittedly, Internet access is often provided, in a hotel or bar, free of charge. However, that fact in no way contradicts the conclusion that the service in question is matched with a pecuniary consideration that is incorporated into the price of other services.

46. I see no reason why the provision of Internet access should be viewed differently when it is offered in connection with other economic activities.

47. In the present case, Mr Mc Fadden has stated that he operated the Wi-Fi network, initially under the name 'mcfadden.de', in order to draw the attention of customers of near-by shops and of passers-by to his business specialising in lighting and sound systems and to encourage them to visit his shop or his website.

48. In my opinion, the provision of Internet access in such circumstances takes place in an economic context, even if it is offered free of charge.

49. Moreover, even though it appears from the order for reference that, at around the time of the relevant facts in the main proceedings, Mr Mc Fadden probably changed the name of his Wi-Fi network to 'Freiheitstattangst.de' (freedom, not fear) so as to show his support for the fight against State surveillance of the Internet, that fact in itself has no bearing on the definition of the activity

in question as ‘economic’. The change in the name of the Wi-Fi network does not seem to me to be decisive, since, in any event, the network was operated from Mr Mc Fadden’s business premises.

50. Furthermore, given that Mr Mc Fadden operated the publicly accessible Wi-Fi network in the context of his business, there is no need to consider whether the scope of Directive 2000/31 might also extend to the operation of such a network in circumstances where there is no other economic context. (14)

2. The service of ‘providing’ access to a network (second issue)

51. In accordance with Article 12(1) of Directive 2000/31, the concept of ‘information society service’ includes any economic activity that consists of making a communication network available, which in turn includes the operation of a public Wi-Fi network with Internet access. (15)

52. In my opinion, the term ‘to provide’ simply means that the activity in question enables the public to have access to a network and takes place in an economic context.

53. Indeed, the classification of a given activity as a ‘service’ is an objective matter. It is therefore not necessary, to my mind, for the person in question to hold himself out to the public as a service provider or that he should expressly promote his activity to potential customers.

54. Moreover, in accordance with the case-law relating to Article 8(3) of Directive 2001/29, the provision of an intermediary service must be understood in the broad sense and is not conditional upon the existence of a contractual bond between the service provider and users. **[16]** I would observe that the question of whether or not a contractual relationship does exist is a matter purely of national law.

55. Nevertheless, it is clear from the seventh question referred for a preliminary ruling that the national court entertains doubts regarding that last point, for the reason that the German version of Article 2(b) of Directive 2000/31, which defines ‘service provider’ (‘Diensteanbieter’), refers to a person who ‘provides’ a service using a German word (‘anbietet’) that might be understood as implying the active promotion of a service to customers.

56. However, such a reading of the expression ‘to provide [a service]’, in addition to not being supported by the other language versions, **[17]** does not seem to me to be justified by the case-law relating to Article 56 TFEU, which assumes a broad interpretation of the concept of services and does not include any requirement of active promotion. **[18]**

3. Interim conclusion

57. In light of the foregoing, I consider that Articles 2(a) and (b) and 12(1) of Directive 2000/31 must be interpreted as applying to a person who, as an adjunct to his principal economic activity, operates a Wi-Fi network with an Internet connection that is accessible to the public free of charge.

B - *Interpretation of Article 12 of Directive 2000/31*

1. Preliminary remarks

58. I should like to organise the rather complex issue raised by questions 4 to 9.

59. Questions 4 and 5, which I propose to examine together, concern the delimitation of the liability of a provider of mere conduit services which results from Article 12(1) and (3) of Directive 2000/31.

60. The national court questions, in particular, whether it is permissible to penalise an intermediary service provider by way of an injunction and an award of damages, pre-litigation costs and court costs in the event of a copyright infringement committed by a third party. It also seeks to ascertain whether a national court is entitled to order an intermediary service provider to refrain from doing something which would enable a third party to commit the infringement in question.

61. In the event that it is not possible to envisage any effective action against an intermediary service provider, the national court asks whether it might be possible to limit the scope of Article 12 of Directive 2000/31 by applying, by analogy, the requirement laid down in Article 14(1)(b) of that directive (question 6) or by means of other unwritten requirements (questions 7 and 8).

62. Question 9 concerns the limits on any injunction that may be granted against an intermediary service provider. In order to provide a useful answer to that question, it will be necessary to refer not only to Articles 12 and 15 of Directive 2000/31, but also to the provisions on injunctive relief which are set out in Directives 2001/29 and 2004/48 with reference to the protection of intellectual property and to the fundamental rights which inform the balance that is established by all of those provisions as a whole.

2. The extent of the liability of an intermediary service provider (questions 4 and 5)

63. Article 12(1) of Directive 2000/31 limits the liability of providers of mere conduit services for unlawful acts committed by a third party with respect to the information transmitted.

64. As is apparent from the preparatory work for that legislative act, the limitation of liability in question extends, horizontally, to all forms of liability for unlawful acts of any kind, and thus to

liability under criminal law, administrative law and civil law, and also to direct liability and secondary liability for acts committed by third parties. **[19]**

65. In accordance with Article 12(1)(a) to (c), this limitation of liability takes effect provided that three cumulative conditions are fulfilled: the provider of the mere conduit service must not have initiated the transmission, must not have selected the recipient of the transmission and must not have selected or modified the information contained in the transmission.

66. According to recital 42 of Directive 2000/31, the exemptions from liability solely cover activities of a merely technical, automatic and passive nature, which implies that the service provider has neither knowledge of nor control over the information that is transmitted or stored.

67. The questions referred by the national court are based on the assumption that those conditions are fulfilled in the present case.

68. I would observe that it is clear from a combined reading of paragraphs 1 and 3 of Article 12 of Directive 2000/31 that the provisions in question limit the liability of an intermediary service provider with respect to the information transmitted, but do not shield him from injunctions.

69. Equally, according to recital 45 of Directive 2000/31, the limitations of the liability of intermediary service providers do not affect the possibility of injunctive relief, which may, in particular, consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement.

70. Article 12 of Directive 2000/31, read as a whole, therefore makes a distinction between actions for damages and injunctions which must be taken into account when it comes to identifying the delimitation of liability prescribed in that provision.

71. In the present case, the national court asks whether it is permissible to penalise an intermediary service provider, on grounds of indirect liability (‘Störerhaftung’), by way of:

- an injunction, non-compliance with which is punishable by a fine, designed to prevent third parties from infringing the rights in a specific protected work;

- an award of damages;

- an award of the costs of giving formal notice, that is to say, the pre-litigation costs relating to the formal notice which is a necessary pre-condition of bringing a legal action for an injunction, and

- an award of the court costs incurred in an action for an injunction and damages.

72. The national court itself considers that, pursuant to Article 12(1) of Directive 2000/31, Mr Mc Fadden cannot be held liable toward Sony Music in so far as any of the abovementioned penalties

are concerned because he is not responsible for the information transmitted by third parties. In this connection I shall analyse, first of all, whether it is permissible to make pecuniary awards, those being, in this case, an award of damages, pre-litigation costs and court costs and, secondly, whether it is permissible to grant an injunction non-compliance with which is punishable by a fine.

a) Claims for damages and other pecuniary claims

73. I would recall that Article 12(1) of Directive 2000/31 limits the civil liability of intermediary service providers and precludes actions for damages based on any form of civil liability. **[20]**

74. In my opinion, that limitation of liability extends not only to claims for compensation, but also to any other pecuniary claim that entails a finding of liability for copyright infringement with respect to the information transmitted, such as a claim for the reimbursement of pre-litigation costs or court costs.

75. In this connection, I am not convinced of the relevance of Sony Music's argument that it would be fair if the 'person who has committed the infringement' were required to bear the costs resulting from it.

76. Pursuant to Article 12 of Directive 2000/31, a provider of mere conduit services cannot be held liable for a copyright infringement committed as a result of the information transmitted. Therefore, he may not be ordered to pay pre-litigation costs or court costs incurred in connection with that infringement, which cannot be imputed to him.

77. I would also observe that the making of an order to pay the pre-litigation costs or court costs relating to such an infringement could compromise the objective pursued by Article 12 of Directive 2000/31 of ensuring that no undue restrictions are imposed on the activities to which it relates. An order to pay pre-litigation costs or court costs could potentially have the same punitive effect as an order to pay damages and could in the same way hinder the development of the intermediary services in question.

78. Admittedly, Article 12(3) of Directive 2000/31 provides for the possibility of a court or administrative authority imposing certain obligations upon an intermediary service provider following the commission of an infringement, in particular by means of an injunction.

79. However, given the provisions of Article 12(1) of that directive, a judicial or administrative decision imposing certain obligations on a service provider may not be based on a finding of the latter's liability. An intermediary service provider cannot be held liable for failing to take the initiative to prevent a possible infringement or for failing to act as a *bonus pater familias*. He may

incur liability only after a specific obligation contemplated by Article 12(3) of Directive 2000/31 has been imposed on him.

80. In the present case, in my view, Article 12(1) of Directive 2000/31 therefore precludes the making of orders against intermediary service providers not only for the payment of damages, but also for the payment of the costs of giving formal notice or other costs relating to copyright infringements committed by third parties as a result of the information transmitted.

b) Injunctions

81. The obligation for Member States to make provision for injunctions against intermediary service providers arises under Article 8(3) of Directive 2001/29 and under the substantially identical provisions of the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48.

82. The possibility of granting an injunction against an intermediary who provides Internet access and whose services are used by a third party to infringe a copyright or a related right is also clear from the case-law relating to those two directives. **[21]**

83. Directive 2001/29 is, as stated in recital 16 thereof, without prejudice to the provisions of Directive 2000/31. Notwithstanding, pursuant to Article 12(3) of Directive 2000/31, the limitation of the liability of an intermediary service provider does not in turn affect the possibility of bringing an action for a prohibitory injunction aimed at requiring the intermediary to bring an infringement to an end or to prevent an infringement. **[22]**

84. It follows that Article 12(1) and (3) of Directive 2000/31 does not preclude the granting of an injunction against a provider of mere conduit services.

85. Moreover, the conditions and detailed procedures relating to such injunctions are matters for national law. **[23]**

86. I would nevertheless reiterate that, in accordance with Article 12(1) of Directive 2000/31, the grant of an injunction cannot entail a finding of civil liability against an intermediary service provider of any kind whatsoever for infringement of copyright resulting from the information transmitted.

87. Moreover, Article 12 of that directive, read together with other relevant provisions of EU law, prescribes certain boundaries for such injunctions, which I shall examine in the context of my analysis of the ninth question referred for a preliminary ruling.

c) Penalties attaching to an injunction

88. In order to provide a useful answer to the questions referred, it is still necessary to establish whether Article 12 of Directive 2000/31 limits the liability of intermediary service providers with regard to penalties for non-compliance with an injunction.

89. It is apparent from the order for reference that the prohibitory injunction which the court envisages in the main proceedings would be backed by a fine of up to EUR 250 000 which could be converted into a custodial sentence. That penalty could only be imposed in the event of failure to comply with the injunction.

90. I am of the view that, whilst Article 12(1) of Directive 2000/31 precludes any finding of liability against an intermediary service provider in connection with an infringement of copyright resulting from the information transmitted, it does not limit a service provider's liability for non-compliance with an injunction granted in connection with such an infringement.

91. Given that that is a ground of accessory liability ancillary to the action for an injunction and that its purpose is purely to ensure the effectiveness of the injunction, it is covered by Article 12(3) of Directive 2000/31, which provides that courts are entitled to require intermediary service providers to bring an infringement to an end or to prevent an infringement.

d) Interim conclusion

92. In light of the foregoing, I consider that Article 12(1) and (3) of Directive 2000/31 precludes the making of any order against a provider of mere conduit services that entails a finding of civil liability against that service provider. Article 12 therefore precludes the making of orders against intermediary service providers not only for the payment of damages, but also for the payment of the costs of giving formal notice or other costs relating to copyright infringements committed by third parties as a result of the information transmitted. It does not preclude the granting of an injunction, non-compliance with which is punishable by a fine.

3. Possible additional requirements relating to the limitation of liability (questions 6 to 8)

93. I would observe that, with questions 6, 7 and 8, the national court appears to proceed on the premiss that Article 12 of Directive 2000/31 excludes any action being taken against an intermediary service provider. Consequently, it asks about the compatibility of such a situation with the fair balance between the various interests at stake to which recital 41 of the directive refers.

94. That therefore appears to be the reason for which the national court asks this Court whether it is permissible to limit the scope of Article 12 of Directive 2000/31 by means of the application,

by analogy, of the condition referred to in Article 14(1)(b) of Directive 2000/31 (question 6) or by the addition of other conditions not stipulated in that directive (questions 7 and 8).

95. I am not sure that those questions will remain relevant if the Court decides, as I suggest, that Article 12 of Directive 2000/31 does, in principle, permit the grant of an injunction against an intermediary service provider.

96. In any event, I consider that these questions, in so far as they envisage the possibility of limiting the application of Article 12 of Directive 2000/31 by means of certain additional requirements, should immediately be answered in the negative.

97. Article 12(1)(a) to (c) of Directive 2000/31 makes the limitation of the liability of a provider of mere conduit services subject to certain conditions that are cumulative and also exhaustive. (24) The addition of further conditions for the application of that provision seems to me to be ruled out by its express terms.

98. As regards question 6, which refers to the possibility of applying, by analogy, the condition mentioned in Article 14(1)(b) of Directive 2000/31, I would observe that that provision stipulates that the provider of a hosting service is not liable for the information stored, provided that he acts expeditiously to remove or to disable access to that information as soon as he becomes aware of illegal activity.

99. I would reiterate in this connection that Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 relate to three distinct categories of activity and make the limitation of the liability of providers of the relevant services subject to different conditions, account being taken of the nature of each of the activities in turn. Since the application of those conditions by analogy would have the effect of making the conditions for liability in relation to each of those activities - which the legislature clearly differentiated - the same, it would be incompatible with the general scheme of those provisions.

100. That is especially true in the case in the main proceedings. As the Commission observes, the ‘mere conduit’ activity referred to in Article 2000/31, which consists purely in the transmission of information, is different in nature from the activity referred to in Article 14 of the directive, which consists in the storage of information provided by a recipient of the service. The latter activity implies a certain degree of involvement in the storage of the information and thus a certain degree of control over it, which explains the hypothesis referred to in Article 14(1)(b) of Directive 2000/31, which contemplates the possibility that the provider of the storage service may learn of circumstances that indicate an unlawful activity, whereupon he must, of his own initiative, take action.

101. As regards questions 7 and 8, the national court wonders whether the conditions laid down in Article 12(1) of Directive 2000/31 and those flowing from the definitions set out in Article 2(a), (b) and (d) of the directive may be supplemented by other, unwritten requirements.

102. It appears from the order for reference that one such additional requirement might be, for example, the existence of a close relationship between the principal economic activity and the provision of free Internet access in the context of that principal activity.

103. I would repeat that it is clear from the wording of Article 12(1) of Directive 2000/31 that the three conditions for the application of that provision are exhaustive. In so far as the present questions concern the interpretation of the concepts of services and economic activity, I would refer to my analysis relating to the first three questions. **[25]**

104. In the light of those observations, I consider that the conditions referred to in Article 12(1)(a) to (c) of Directive 2000/31 are exhaustive and leave no scope for the application, by analogy, of the condition laid down in Article 14(1)(b) of that directive or for the imposition of any other additional requirements.

4. The scope of injunctions (question 9)

105. By its ninth question, the national court asks this Court whether Article 12(1) of Directive 2000/31, taking into account other provisions of EU law relevant to its application, precludes a national court from ordering an intermediary service provider to refrain in the future from enabling third parties to infringe the rights in a particular protected work via the service provider's Internet connection where the court leaves it to the service provider to determine what specific technical measures should be taken (question 9(a)). It also asks whether such an injunction is consistent with the provision in question where it is established from the outset that the addressee is in fact able to comply with the court's injunction only by terminating or password-protecting the Internet connection or examining all communications passing through it (question 9(b)).

a) Limits on injunctions

106. As I made clear in my analysis of questions 4 and 5, Article 12 of Directive 2000/31 does not, in principle, preclude the granting of injunctions, such as those referred to in Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, against providers of mere conduit services.

107. When adopting such a measure, however, a national court must nevertheless have regard to the limitations which flow from those provisions.

108. The measures provided for in Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48 must, having regard to Article 3 of the latter directive, be fair and equitable and must not be unnecessarily complicated or costly or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays. They must also be effective, proportionate and dissuasive and be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse. **[26]** When granting a court injunction, it is also necessary to weigh the interests of the parties concerned. **[27]**

109. Moreover, since the application of Directive 2001/29 must not affect the application of Directive 2000/31, when granting an injunction against a provider of mere conduit services, a national court must have regard to the limitations flowing from the latter directive. **[28]**

110. In this connection, it is clear from Articles 12(3) and 15(1) of Directive 2000/31 that the obligations imposed on such a service provider in the context of injunctive relief must be aimed at bringing an infringement to an end or preventing a specific infringement and may not include a general observation to monitor.

111. When those provisions are applied, account must also be taken of the principles and fundamental rights that are protected under EU law, in particular, freedom of expression and information and the freedom to conduct business, enshrined in Articles 11 and 16 of the Charter respectively. **[29]**

112. Since those fundamental rights are restricted in order to give effect to the right to the protection of intellectual property enshrined in Article 17(2) of the Charter, it is necessary when restricting them to strike a fair balance between the fundamental interests involved. **[30]**

113. The mechanisms which make it possible to strike that balance are contained in Directives 2001/29 and 2000/31 themselves, in that they provide for certain limits on measures taken against intermediaries. They must also flow from the application of national law, **[31]** since it is national law that determines the specific detailed procedures which relate to actions for injunctive relief.

114. In this connection, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with the directives in question, but also make sure that they do not rely on an interpretation of those directives which would be in conflict with relevant fundamental rights. **[32]**

115. In the light of those considerations, national courts must, when issuing an injunction against an intermediary service provider, ensure:

- that the measures in question comply with Article 3 of Directive 2004/48 and, in particular, are effective, proportionate and dissuasive,

- that, in accordance with Articles 12(3) and 15(1) of Directive 2000/31, they are aimed at bringing a specific infringement to an end or preventing a specific infringement and do not entail a general obligation to monitor,

- that the application of the provisions mentioned, and of other detailed procedures laid down in national law, achieves a fair balance between the relevant fundamental rights, in particular, those protected by Articles 11 and 16 and by Article 17(2) of the Charter.

b) The compatibility of injunctions formulated in general terms

116. The national court asks whether Article 12 of Directive 2000/31 precludes injunctions which contain prohibitions formulated in general terms and leave it to the addressee of the injunction to determine what specific measures should be adopted.

117. The measure envisaged in the main proceedings consists in an order requiring the intermediary service provider to refrain in the future from enabling third parties to make a particular protected work available for electronic retrieval from an online exchange platform via a specific Internet connection. The question of what technical measures are to be taken remains open.

118. I would observe that a prohibitory injunction that is formulated in general terms and does not prescribe specific measures is potentially a source of significant legal uncertainty for the addressee thereof. The fact that the addressee will be entitled, in any proceedings concerning alleged failure to comply with such an injunction, to show that he has taken all reasonable measures does not entirely remove that uncertainty.

119. Moreover, given that determining what measures it is appropriate to adopt entails striking a fair balance between the various fundamental rights involved, that task ought to be undertaken by a court, rather than left entirely to the addressee of an injunction. **[33]**

120. Admittedly, the Court has already held that an injunction addressed to a provider of Internet access which leaves it to the addressee to determine what specific measures should be taken is, in principle, consistent with EU law. **[34]**

121. That solution was based, in particular, on the consideration that an injunction formulated in general terms had the advantage of enabling the addressee to decide which measures were best adapted to his resources and abilities and compatible with his other legal obligations. **[35]**

122. However, it does not seem to me that that reasoning can be applied in a case, such as the case in the main proceedings, in which the very existence of appropriate measures is the subject of debate.

123. The possibility of choosing which measures are most appropriate can, in certain situations, be compatible with the interests of the addressee of an injunction, but it is not so where that choice is the source of legal uncertainty. In such circumstances, leaving it entirely to the addressee to choose the most appropriate measures would upset the balance between the rights and interests involved.

124. I therefore consider that, whilst Article 12(3) of Directive 2000/31 and Article 8(3) of Directive 2001/29 do not, in principle, preclude the issuing of an injunction which leaves it to the addressee thereof to decide what specific measures should be taken, it nevertheless falls to the national court hearing an application for an injunction to ensure that appropriate measures do indeed exist that are consistent with the restrictions imposed by EU law.

c) The consistency with EU law of the measures contemplated in the present case

125. Next, the national court questions whether the three measures referred to in question 9(b), namely the termination of the Internet connection, the password-protection of the Internet connection and the examination of all communications passing through that connection, may be regarded as consistent with Directive 2000/31.

126. While the application of the restrictions flowing from Directives 2001/29 and 2000/31 and the requirement for a fair balance to be struck between the various fundamental rights involved are, for the specific case, matters for the national court, the Court of Justice may nevertheless provide useful guidance in that regard.

127. In its judgment in *Scarlet Extended*, **[36]** the Court held that the relevant provisions of Directives 2001/29 and 2000/31, having regard to the applicable fundamental rights, precluded the issuing of an injunction against a provider of Internet access which required it to install a system for filtering all electronic communications that applied to all its customers, as a preventive measure, exclusively at its own expense and for an unlimited period.

128. In its judgment in *SABAM*, **[37]** the Court held that those provisions of EU law precluded the issuing of a similar injunction against a hosting service provider.

129. In its judgment in *UPC Telekabel Wien*, **[38]** the Court held that those provisions did not, in certain circumstances, preclude the adoption of a measure requiring a provider of Internet access to block users' access to a specific website.

130. I consider that, in the present case, the inconsistency with EU law of the first and third hypothetical measures mentioned by the national court is immediately evident.

131. Indeed, a measure which requires an Internet connection to be terminated is manifestly incompatible with the need for a fair balance to be struck between the fundamental rights involved, since it compromises the essence of the freedom to conduct business of persons who, if only in ancillary fashion, pursue the economic activity of providing Internet access. **[39]** Moreover, such a measure would be contrary to Article 3 of Directive 2004/48, pursuant to which a court issuing an injunction must ensure that the measures imposed do not create a barrier to legitimate trade. **[40]**

132. In so far as concerns a measure requiring the owner of an Internet connection to examine all communications transmitted through that connection, that would clearly conflict with the prohibition on imposing a general monitoring obligation laid down in Article 15(1) of Directive 2000/31. Indeed, in order to constitute a monitoring obligation 'in a specific case', **[41]** such as is permitted under Article 15(1), the measure in question must be limited in terms of the subject and duration of the monitoring, and that would not be the case with a measure that entailed the examination of all communications passing through a network. **[42]**

133. The debate thus focusses on the second hypothesis, that is to say, whether the operator of a Wi-Fi network can be obliged, by way of injunction, to make access to his network secure.

d) The compatibility of an obligation to make Wi-Fi networks secure

134. The matter here at issue forms part of the ongoing debate in several Member States concerning the appropriateness of an obligation to make Wi-Fi networks secure in the interests of protecting intellectual property. **[43]** That debate is of particular concern to subscribers to Internet access services who make that access available to third parties by offering the public access to the Internet via their Wi-Fi network.

135. It is also one of the issues under discussion in a current legislative procedure in Germany that was initiated in the context of the government's 'Digital Agenda', **[44]** which is aimed at clarifying the system of liability applicable to operators of public Wi-Fi networks, with a view to making that activity more attractive. **[45]**

136. While that debate is centred upon the concept of indirect liability under German law ('Störerhaftung'), the issues raised are potentially of wider significance, given that the national legal systems of certain other Member States also contain instruments under which owners of

Internet connections may incur liability as a result of their failure to take appropriate security measures in order to prevent possible infringements by third parties. **[46]**

137. I would observe that an obligation to make access to such a network secure would potentially meet with a number of objections of a legal nature.

138. First of all, the introduction of a security obligation could potentially undermine the business model of undertakings that offer Internet access as an adjunct to their other services.

139. Indeed, some such undertakings would no longer be inclined to offer that additional service if it necessitated investment and attracted regulatory constraints relating to the securing of the network and the management of users. Furthermore, some users of the service, such as customers of fast-food restaurants or other businesses, would give up using the service if it involved a systematic obligation to identify themselves and enter a password.

140. Secondly, I would observe that imposing an obligation to make a Wi-Fi network secure entails, for persons who operate that network in order to provide Internet access to their customers and to the public, a need to identify users and to retain their data.

141. In this connection, Sony Music states in its written observations, that, in order to be able to impute an infringement to a 'registered user', the operator of a Wi-Fi network would need to store the IP addresses and the external ports through which registered users have established an Internet connection. Identifying users of a Wi-Fi network essentially corresponds to the allocation of IP addresses by an access provider. The operator of the Wi-Fi network could therefore use a computer system, which would not be very costly, according to Sony Music, to enable it to register and identify users.

142. I would observe that obligations to register users and to retain their private data fall within the scope of the regulations governing the activities of telecoms operators and other Internet service providers. The imposition of such administrative constraints seems to me to be clearly disproportionate, however, in the case of persons who offer their customers and potential customers access to the Internet via a Wi-Fi network as an adjunct to their principal activity.

143. Thirdly, although an obligation to make a Wi-Fi network secure that is imposed in a particular injunction is not the same as a general obligation to monitor information or actively to seek facts or circumstances indicating illegal activities, such as is prohibited by Article 15 of Directive 2000/31, any general obligation to identify and register users could nevertheless lead to a system of liability applicable to intermediary service providers that would no longer be consistent with that provision.

144. Indeed, in the context of prosecuting copyright infringements, network security is not an end in itself, but merely a preliminary measure that enables an operator to have a certain degree of control over network activity. However, conferring an active, preventative role on intermediary service providers would be inconsistent with their particular status, which is protected under Directive 2000/31. **[47]**

145. Fourthly, and lastly, I would observe that the measure at issue would not in itself be effective, and thus its appropriateness and proportionality remain open to question.

146. It must also be observed that, given the ease with which they may be circumvented, security measures are not effective in preventing specific infringements of protected works. As the Commission states, the use of passwords can potentially limit the circle of users, but does not necessarily prevent infringements of protected works. Moreover, as the Polish Government observes, providers of mere conduit services have limited means with which to follow exchanges of peer-to-peer traffic, the monitoring of which calls for the implementation of technically advanced and costly solutions about which there could be serious reservations concerning the protection of the right to privacy and the confidentiality of communications.

147. Having regard to all of the foregoing considerations, I am of the opinion that the imposition of an obligation to make access to a Wi-Fi network secure, as a means of protecting copyright on the Internet, would not be consistent with the requirement for a fair balance to be struck between, on the one hand, the protection of the intellectual property rights enjoyed by copyright holders and, on the other, that of the freedom to conduct business enjoyed by providers of the services in question. (48) By restricting access to lawful communications, the measure would also entail a restriction on freedom of expression and information. **[49]**

148. More generally, I would observe that any general obligation to make access to a Wi-Fi network secure, as a means of protecting copyright on the Internet, could be a disadvantage for society as a whole and one that could outweigh the potential benefits for rightholders.

149. First, public Wi-Fi networks used by a large number of people have relatively limited bandwidth and are therefore not particularly susceptible to the risk of infringement of copyright protected works and objects. **[50]** Secondly, Wi-Fi access points indisputably offer great potential for innovation. Any measures that could hinder the development of that activity should therefore be very carefully examined with reference to their potential benefits.

150. In view of all the foregoing considerations, I am of the opinion that Articles 12(3) and 15(1) of Directive 2000/31, interpreted in the light of the requirements stemming from the protection of

the applicable fundamental rights, preclude the issuing of an injunction in which an obligation is imposed upon a person who operates a public Wi-Fi network as an adjunct to his principal economic activity to make access to that network secure.

VI - Conclusion

151. In the light of the foregoing considerations, I propose that the Court should answer the questions referred for a preliminary ruling by the Landgericht München I (Regional Court, Munich I) as follows:

(1) Articles 2(a) and (b) and 12(1) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market ('Directive on electronic commerce') must be interpreted as applying to a person who, as an adjunct to his principal economic activity, operates a local wireless network with Internet access that is accessible to the public free of charge.

(2) Article 12(1) of Directive 2000/31 precludes the making of any order against a provider of mere conduit services that entails a finding of civil liability against that service provider. That provision therefore precludes the making of an order against a provider of such services not only for the payment of damages, but also for the payment of the costs of giving formal notice or other costs relating to an infringement of copyright or a related right committed by a third party as a result of the information transmitted.

(3) Article 12(1) and (3) of Directive 2000/31 does not preclude the granting of a court injunction non-compliance with which is punishable by a fine.

National courts must, when issuing such an injunction, ensure:

- that the measures in question comply with Article 3 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights and, in particular, are effective, proportionate and dissuasive;

- that, in accordance with Articles 12(3) and 15(1) of Directive 2000/31, they are aimed at bringing a specific infringement to an end or preventing a specific infringement and do not entail a general obligation to monitor, and

- that the application of those provisions, and of other detailed procedures laid down in national law, achieves a fair balance between the applicable fundamental rights, in particular, those protected by Articles 11 and 16 of the Charter of Fundament Rights of the European Union and by Article 17(2) of that Charter.

(4) Articles 12(3) and 15(1) of Directive 2000/31, interpreted in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, do not, in principle, preclude the issuing of an injunction which leaves it to the addressee thereof to decide what specific measures should be taken. It nevertheless falls to the national court hearing an application for an injunction to ensure that appropriate measures do indeed exist that are consistent with the restrictions imposed by EU law.

Those provisions preclude the issuing of an injunction against a person who operates a local wireless network with Internet access that is accessible to the public, as an adjunct to his principal economic activity, where the addressee of the injunction is able to comply with it only by:

- terminating the Internet connection, or

- password-protecting the Internet connection, or

- examining all communications transmitted through it in order to ascertain whether the copyright-protected work in question is unlawfully transmitted again.

[1] Original language: French.

[2] The term ‘Wi-Fi’, which is now commonly used to designate wireless networks, is a brand name which refers to the most widely used wireless network standard. The general term for all types of wireless network is ‘WLAN’ (wireless local area network).

[3] Directive of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (‘Directive on electronic commerce’) (OJ 2000 L 178, p. 1).

[4] Directive of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (OJ 1998 L 204, p. 37).

[5] Directive of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34 (OJ 1998 L 217, p. 18).

[6] Directive of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

[7] Directive of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45).

[8] Law of 26 February 2007 (BGBl. I, p. 179), as amended by the Law of 31 March 2010 (BGBl. I, p. 692).

[9] Law of 9 September 1965 (BGBl. I, p. 1273), as amended by the Law of 1 October 2013 (BGBl. I, p. 3728).

[10] As amended by Directive 98/48. That definition is taken up in Article 1(1)(b) of Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (OJ 2015 L 241, p. 1), which repealed Directive 98/34.

[11] Judgments in Smits and Peerbooms (C 157/99, EU:C:2001:404, paragraph 58) and Humbel and Edel (263/86, EU:C:1988:451, paragraph 17).

[12] See the judgment in Deliège (C 51/96 and C 191/97, EU:C:2000:199, paragraph 52 and the case-law cited).

[13] See, to that effect, regarding a service consisting in the provision of online information which is not paid for but is financed from revenue generated from advertisements posted on the Internet, the judgment in Papasavvas(C 291/13, EU:C:2014:2209, paragraphs 29 and 30 and the case-law cited). It is apparent from the preparatory work for Directive 2000/31 that services which are not paid for by those who receive them are also covered if they are provided in the context of an economic activity (see the Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market (COM(1998) 586 final) (OJ 1999 C 30, p. 4, in particular p. 15)).

[14] The concept of ‘economic activity’, for the purposes of the FEU Treaty provisions relating to the internal market, calls for a case-by-case analysis in which the context in which the activity in question is carried on must be taken into account. See, to that effect, the judgments in Factortame and Others (C 221/89, EU:C:1991:320, paragraphs 20 to 22) and International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union (C 438/05, EU:C:2007:772, paragraph 70).

[15] As the Commission observes, a Wi-Fi network with an Internet connection is an ‘electronic communications network’ within the meaning of Article 2(a) of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) (OJ 2002 L 108, p. 33), as amended by Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 (OJ 2009 L 337, p. 37).

[16] See, to that effect, the judgment in UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 34 and 35).

[17] See, inter alia, the Spanish version ('suministre [un servicio]'), the English version ('providing [a service]', the Lithuanian version ('teikiantis [paslaugą]') and the Polish version ('świadczy [usługę]')).

[18] See point 38 of this Opinion.

[19] See the proposal for a directive COM(1998) 586 final, p. 27.

[20] See the proposal for a directive COM(1998) 586 final, p. 28.

[21] Judgments in Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 31), SABAM (C 360/10, EU:C:2012:85, paragraph 29) and UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraph 26).

[22] See also the proposal for a directive COM(1998) 586 final, p. 28.

[23] See recital 46 of Directive 2000/31 and recital 59 of Directive 2001/29, and the judgment in UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 43 and 44).

[24] See the proposal for a directive COM(1998) 586 final. p. 28.

[25] See point 55 of this Opinion.

[26] See, to that effect, the judgments in L'Oréal and Others (C 324/09, EU:C:2011:474, paragraph 139) and Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 36).

[27] See, with regard to this principle, Jakubecki, A., 'Dochodzenie roszczeń z zakresu prawa własności przemysłowej', in System prawa prywatnego (The System of Private Law), Volume 14b, Prawo własności przemysłowej (Intellectual Property Law), Warsaw, CH Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, 2012, p. 1651.

[28] Judgment in Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 34).

[29] See, on this point, recitals 1 and 9 of Directive 2000/31.

[30] Judgment in UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraph 47).

[31] See, to that effect, the judgment in Promusicae (C 275/06, EU:C:2008:54, paragraph 66).

[32] Judgments in Promusicae (C 275/06, EU:C:2008:54, paragraph 68) and UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraph 46).

[33] See, on this point, the Opinion of Advocate General Cruz Villalón in UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2013:781, points 87 to 90).

[34] Judgment in UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraph 64).

[35] Judgment in UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraph 52).

[36] C 70/10, EU:C:2011:771.

[37] C 360/10, EU:C:2012:85.

[38] C 314/12, EU:C:2014:192.

[39] See, a contrario, the judgment in UPC Telekabel Wien (C 314/12, EU:C:2014:192, paragraphs 50 and 51).

[40] See, to that effect, the judgment in L'Oréal and Others (C 324/09, EU:C:2011:474, paragraph 140).

[41] See recital 47 of Directive 2000/31.

[42] In the context of the preparatory work, the Commission cited, as an example of a specific obligation, a measure entailing the monitoring of a specific website for a specified period of time, in order to bring to an end or prevent a particular illegal activity (proposal for a directive COM(1998) 586 final, p. 30). See also, on this point, the Opinion of Advocate General Jääskinen in L'Oréal and Others (C 324/09, EU:C:2010:757, point 182).

[43] In addition to the legislative procedure which is underway in Germany, which I refer to below, I would mention the debate surrounding the enactment of the Digital Economy Act in the United Kingdom and the public consultation opened by Ofcom (the telecommunications authority) in 2012 concerning obligations imposed on Internet service providers and, potentially, operators of public Wi-Fi networks (see 'Consultation related to the draft Online Infringement of Copyright Order', section 5.52, at http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/infringement-notice/). In France, since the adoption of the - extensively debated - Loi No 2009-669, du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (Law promoting the distribution and protection of creative works on the Internet) (JORF, 13 June 2009, p. 9666) and Loi No 2009-1311, du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (Law on the protection under criminal law of literary and artistic property on the Internet) (JORF, 29 October 2009, p. 18290), Internet subscribers, including operators of Wi-Fi networks, have been required to make their Wi-Fi connections secure in order to avoid incurring liability for infringements by third parties of protected works and objects.

[44] One of the objectives of the German Government's 'Digital Agenda' is to improve the availability of Internet access via Wi-Fi networks (see http://www.bmwi.de/EN/Topics/Technology/digital-agenda.html).

[45] Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (Draft second law amending the law on telemedia) (BT-Drs 18/6745). In its opinion on this draft law (BR-Drs 440/15), the Bundesrat proposed the removal of the provision requiring Wi-Fi network operators to take measures to secure their networks.

[46] See, in French law, Article L. 336-3 of the Intellectual Property Code, which lays down an obligation for Internet subscribers to ensure that their accounts are not accessed in order to infringe protected works and objects.

[47] See Van Eecke, P., 'Online service providers and liability: A plea for a balanced approach' in Common Market Law Review, 2011, Vol. 48, pp. 1455 to 1502, especially p. 1501.

[48] See, to that effect, the judgments in Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 49) and SABAM (C 360/10, EU:C:2012:85, paragraph 47).

[49] See, to that effect, the judgments Scarlet Extended (C 70/10, EU:C:2011:771, paragraph 52) and SABAM (C 360/10, EU:C:2012:85, paragraph 50).

[50] See, on this point, the opinion of the Bundesrat (BR-Drs 440/15, p. 18) and the Ofcom consultation, sections 3.94-3.97 (see footnotes 43 and 45 to this Opinion).

AB Adalet Divanı - C-160/15 - GS Media BV - 8 September 2016

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 92/16

Luxembourg, 8 September 2016

Judgment in Case C-160/15

GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV,

Playboy Enterprises International Inc.,

Britt Geertruida Dekker

The posting of a hyperlink on a website to works protected by copyright and published without the author's consent on another website does not constitute a 'communication to the public' when the person who posts that link does not seek financial gain and acts without knowledge that those works have been published illegally

In contrast, if those hyperlinks are provided for profit, knowledge of the illegality of the publication on the other website must be presumed.

Media infringed copyright. Hearing the appeal, the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) seeks a preliminary ruling from the Court of Justice on this subject. Pursuant to an EU Directive, every act of communication of a work to the public has to be authorised by the copyright holder.1 However, the Hoge Raad notes that the internet is overflowing with works published without the rightholder's consent. It will not always be easy for the operator of a website to check that the rightholder has given his consent.

In today's judgment, the Court declares that, in accordance with the directive concerned, Member States are to provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works. At the same time, that directive seeks to maintain a fair balance between, on the one hand, the interests of copyright holders and related rights and, on the other, the protection of the interests and fundamental rights of users of protected objects, in particular their freedom of expression and of information, as well as the general interest.

The Court recalls its earlier case-law in accordance with which the concept of ‘communication to the public’ requires an individual assessment, which must take account of several complementary criteria. Those criteria include, first, the deliberate nature of the intervention. Thus, the user makes an act of communication when it intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, in order to give access to a protected work to its customers. Secondly, the concept of the ‘public’ covers an indeterminate number of potential viewers and implies a fairly large number of people. Thirdly, the profit-making nature of a communication to the public is relevant.

The Court specifies that its earlier case-law2 concerned only the posting of hyperlinks to works that have been made freely available on another website with the consent of the rightholder, and that it cannot, therefore, be inferred from that case-law that the posting of such hyperlinks would be excluded, as a matter of principle, from the concept of ‘communication to the public’ when the works at issue have been published on the other website without the rightholder’s consent.

As regards that latter situation, the Court emphasises, however, that the internet is of particular importance to freedom of expression and of information and that hyperlinks contribute to its sound operation and to the exchange of opinions and information as well. In addition, it accepts that it may prove difficult, in particular for individuals who wish to post such links, to ascertain whether the works involved are protected and, if necessary, whether the copyright holders of those works have consented to their publication on the internet.

Having regard to those circumstances, the Court holds that, for the purposes of the individualised assessment of the existence of a ‘communication to the public’, it is necessary, when the posting of a hyperlink to a work freely available on another website is carried out by a person who, in so doing, does not pursue a profit, to take account of the fact that that person does not know and cannot reasonably know that that work had been published on the internet without the consent of the copyright holder. Indeed, such a person, does not, as a general rule, intervene in full knowledge of the consequences of his conduct in order to give customers access to a work illegally posted on the internet.

In contrast, where it is established that such a person knew or ought to have known that the hyperlink he posted provides access to a work illegally published, for example owing to the fact that he was notified thereof by the copyright holders, the provision of that link constitutes a ‘communication to the public’. The same applies if that link allows users to circumvent the restrictive measures taken by the site where the protected work is posted in order to restrict the public’s access to its own subscribers.

Furthermore, when hyperlinks are posted for profit, it may be expected that the person who posted such a link should carry out the checks necessary to ensure that the work concerned is not illegally published. Therefore, it must be presumed that that posting has been done with the full knowledge of the protected nature of the work and of the possible lack of the copyright holder's consent to publication on the internet. In such circumstances, and in so far as that presumption is not rebutted, the act of posting a clickable link to a work illegally published on the internet constitutes a 'communication to the public'.

In the present case it is undisputed that GS Media provided the hyperlinks to the files containing the photos for profit and that Sanoma had not authorised the publication of those photos on the internet. It appears from the facts, as stated in the Hoge Raad's request for a preliminary ruling, that GS Media was aware of the illegal nature of that publication and that it cannot, therefore, rebut the presumption that it posted those links in full knowledge of the illegal nature of that publication. Subject to the checks to be made by the Hoge Raad, by posting those links, GS Media therefore effected a 'communication to the public'.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court's decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

Unofficial document for media use, not binding on the Court of Justice.

JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber)

8 September 2016

(Reference for a preliminary ruling - Copyright and related rights - Directive 2001/29/EC - Information society - Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights - Article 3(1) - Communication to the public - Definition - Internet - Hyperlinks giving access to protected works, made accessible on another website without the rightholder's consent - Works not yet published by the rightholder - Posting of such links for a profit)

In Case C-160/15,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands), made by decision of 3 April 2015, received at the Court on 7 April 2015, in the proceedings

Language of the case: Dutch.

GS Media BV

v

Sanoma Media Netherlands BV,

Playboy Enterprises International Inc.,

Britt Geertruida Dekker,

THE COURT (Second Chamber),

composed of M. Ilešič (Rapporteur), President of the Chamber, C. Toader, A. Rosas, A. Prechal, and E. Jarašiūnas, Judges,

Advocate General: M. Wathelet,

Registrar: M. Ferreira, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 3 February 2016,

after considering the observations submitted on behalf of:

- GS Media BV, by R. Chavannes and D. Verhulst, advocaten,

- Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. and Ms Dekker, by C. Alberdingk Thijm and C. de Vries, advocaten,

- the German Government, by T. Henze and D. Kuon, acting as Agents,

- the French Government, by D. Segoin, D. Colas and G. de Bergues, acting as Agents,

- the Portuguese Government, by L. Inez Fernandes and T. Rendas, acting as Agents,

- the Slovak Government, by B. Ricziová, acting as Agent,

- the European Commission, by F. Wilman and T. Scharf and by J. Samnadda, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 7 April 2016,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 3(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

2. The request has been made in proceedings between GS Media BV and Sanoma Media Netherlands BV (‘Sanoma’), Playboy Enterprises International Inc. and Ms Britt Geertruida Dekker (together, ‘Sanoma and Others’), concerning, inter alia, the posting on the GeenStijl.nl website (‘the GeenStijl website’), operated by GS Media, of hyperlinks to other websites enabling photographs of Ms Dekker, taken for Playboy magazine (‘the photos at issue’), to be viewed.

Legal context

3. Recitals 3, 4, 9, 10, 23 and 31 of Directive 2001/29 state:

> ‘(3) The proposed harmonisation will help to implement the four freedoms of the internal market and relates to compliance with the fundamental principles of law and especially of property, including intellectual property, and freedom of expression and the public interest.

(4) A harmonised legal framework on copyright and related rights, through increased legal certainty and while providing for a high level of protection of intellectual property, will foster substantial investment in creativity and innovation, including network infrastructure, and lead in turn to growth and increased competitiveness of European industry, both in the area of content provision and information technology and more generally across a wide range of industrial and cultural sectors. …

…

(9) Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. Their protection helps to ensure the maintenance and development of creativity in the interests of authors, performers, producers, consumers, culture, industry and the public at large. …

(10) If authors or performers are to continue their creative and artistic work, they have to receive an appropriate reward for the use of their work, as must producers in order to be able to finance this work. … Adequate legal protection of intellectual property rights is necessary in order to guarantee the availability of such a reward and provide the opportunity for satisfactory returns on this investment.

…

(23) This Directive should harmonise further the author's right of communication to the public. This right should be understood in a broad sense covering all communication to the public not present at the place where the communication originates. …

…

(31) A fair balance of rights and interests between the different categories of rightholders, as well as between the different categories of rightholders and users of protected subject-matter must be safeguarded. The existing exceptions and limitations to the rights as set out by the Member States have to be reassessed in the light of the new electronic environment. …'

4. Article 3 of that directive provides:

'1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

…

3. The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.'

5. According to Article 5(3) and (5) of that directive:

'3. Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases:

…

c) reproduction by the press, communication to the public or making available of published articles on current economic, political or religious topics or of broadcast works or other subject-matter of the same character, in cases where such use is not expressly reserved, and as long as the source, including the author's name, is indicated, or use of works or other subject-matter in connection with the reporting of current events, to the extent justified by the informatory purpose and as long as the source, including the author's name, is indicated, unless this turns out to be impossible;

…

5. The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.'

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

6. At the request of Sanoma, which is the publisher of *Playboy* magazine, on 13 and 14 October 2011 the photographer, Mr C. Hermès, took the photos at issue, which were to be published in the December 2011 edition of that magazine. In that context, Mr Hermès granted Sanoma authorisation, on an exclusive basis, to publish those photos. He also granted Sanoma authorisation to exercise the rights and powers arising from his copyright.

7. GS Media operates the website GeenStijl, which includes, according to information provided by that website, 'news, scandalous revelations and investigative journalism with lighthearted items and wacky nonsense' and which is viewed daily by more than 230 000 visitors, making it one of the 10 most visited websites in the area of news in the Netherlands.

8. On 26 October 2011, the editors of the GeenStijl website received a message from a person using a pseudonym, which included a hyperlink to an electronic file hosted on the website

Filefactory.com ('the Filefactory website'), located in Australia and dedicated to data storage. That electronic file contained the photos at issue.

9. On the same day, Sanoma asked GS Media's parent company to prevent the photos at issue being published on the GeenStijl website.

10. On 27 October 2011, an article relating to those photos of Ms Dekker, entitled '…! Nude photos of … [Ms] Dekker', was published on the GeenStijl website, which included part of one of the photos at issue, and which ended with the following words: 'And now the link with the pics you've been waiting for.' By clicking on a hyperlink accompanying that text, users were directed to the Filefactory website, on which another hyperlink allowed them to download 11 electronic files each containing one of those photos.

11. On the same day, Sanoma sent GS Media's parent company an email demanding that it confirm that the hyperlink to the photos at issue had been removed from the GeenStijl website. GS Media failed to respond to that demand.

12. However, at Sanoma's request, the photos at issue appearing on the Filefactory website were removed.

13. By letter of 7 November 2011, counsel for Sanoma and Others demanded that GS Media remove from the GeenStijl website the article of 27 October 2011, including the hyperlink, the photographs it contained and the reactions of users published on the same page of that website.

14. On the same day, an article about the dispute between GS Media and Sanoma and Others about the photos at issue was published on the GeenStijl website. That article ended with the following sentence: 'Update: Not yet seen the nude pics of [Ms. Dekker]? They are HERE.' That announcement was, once again, accompanied by a hyperlink to access the website Imageshack.us where one or more of the relevant photographs could be viewed. The operator of that website, however, also subsequently complied with Sanoma's request to remove them.

15. A third article, entitled 'Bye Bye Wave Wave Playboy', again contained a hyperlink to the photos at issue, appeared on 17 November 2011 on the GeenStijl website. Forum users of that website then posted new links to other websites where the photos at issue could be viewed.

16. In December 2011, the photos at issue were published in *Playboy* magazine.

17. Sanoma and Others brought an action before the rechtbank Amsterdam (Amsterdam District Court, Netherlands), claiming, in particular, that by posting hyperlinks and a cutout of one of the photos at issue on the GeenStijl website, GS Media had infringed Mr Hermès' copyright and acted

unlawfully towards Sanoma and Others. The rechtbank Amsterdam (Amsterdam District Court) largely upheld that action.

18. The Gerechtshof Amsterdam (Amsterdam Court of Appeal, the Netherlands) set aside that decision, finding that, by posting the hyperlinks on the GeenStijl website, GS Media had not infringed Mr Hermès' copyright, since the photos at issue had already been made public before they were posted on the Filefactory website. In contrast, it found that, by posting those links, GS Media acted unlawfully toward Sanoma and Others, as visitors to that website accordingly were encouraged to view the photos at issue which were illegally posted on the Filefactory website. Without those hyperlinks, those photos would not have been easy to find. In addition, the Gerechtshof Amsterdam (Amsterdam Court of Appeal) held that, by posting a cutout of one of the photos at issue on the GeenStijl website, GS Media had infringed Mr Hermès' copyright.

19. GS Media brought an appeal against that judgment before the referring court, the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands).

20. Sanoma and Others brought a cross-appeal, in which they refer in particular to the judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, (C-466/12, EU:C:2014:76), claiming that the fact of making a hyperlink available to internet users to a website on which a work has been posted without the consent of the latter's copyright holder constitutes a communication to the public. Sanoma and Others submit, moreover, that access to the photos at issue on the Filefactory website was protected by restrictions within the meaning of that judgment which internet users could circumvent through the intervention of GS Media and its GeenStijl website, so that those photos have been made available to a wider public than the public which would normally have accessed those photos on the Filefactory website.

21. In the context of examining that cross-appeal, the referring court considers that it cannot be inferred with sufficient certainty either from the judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, (C-466/12, EU:C:2014:76) or from the order of 21 October 2014, *BestWater*, (C-348/13, not published, EU:C:2014:2315) whether there is a 'communication to the public' if the work has in fact previously been published, but without the consent of the copyright holder.

22. On the one hand, it follows from that case-law of the Court that it must be established whether the intervention at issue enables a public to be reached which cannot be considered to have been included in the public for which the rightholder had previously given his consent, which is consistent with his exclusive right to exploit the work. On the other hand, if a work is already available on the internet for the general public, posting a hyperlink to the website on which the work is already posted will result in virtually no new public being reached. Furthermore, the fact

that there are many works on the internet that have been communicated to the public without the rightholder's consent must also be taken into account. For the operator of a website it will not always be easy to check, if he intends to post a hyperlink to a website on which a work appears, that the rightholder has consented to the earlier posting of that work.

23. The referring court further observes, moreover, that the cross-appeal also raises the question of the conditions that must be met if they are to constitute 'restrictions' within the meaning of the judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, (C-466/12, EU:C:2014:76). That court points out, in that regard, that the photos at issue were not impossible to find on the internet before GS Media posted the hyperlink on the GeenStijl website, without however being easy to find, so the fact of posting that link on its site greatly facilitated access to those photos.

24. In those circumstances, the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

> '1. (a) If anyone other than the copyright holder refers by means of a hyperlink on a website controlled by him to a website which is managed by a third party and is accessible to the general internet public, on which the work has been made available without the consent of the rightholder, does that constitute a "communication to the public" within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29?
>
> (b) Does it make any difference if the work was also not previously communicated, with the rightholder's consent, to the public in some other way?
>
> (c) Is it important whether the 'hyperlinker' is or ought to be aware of the lack of consent by the rightholder for the placement of the work on the third party's website mentioned in 1(a) above and, as the case may be, of the fact that the work has also not previously been communicated, with the rightholder's consent, to the public in some other way?
>
> 2. (a) If Question 1 is answered in the negative: If the answer to question 1(a) is in the negative: in that case, is there, or could there be deemed to be, a communication to the public if the website to which the hyperlink refers, and thus the work, is indeed findable for the general internet public, but not easily so, with the result that the publication of the hyperlink greatly facilitates the finding of the work?
>
> (b) In answering question 2(a), is it important whether the "hyperlinker" is or ought to be aware of the fact that the website to which the hyperlink refers is not easily findable by the general internet public?

3. Are there other circumstances which should be taken into account when answering the question whether there is deemed to be a communication to the public if, by means of a hyperlink, access is provided to a work which has not previously been communicated to the public with the consent of the rightholder?'

Consideration of the questions referred

25. By its three questions, which should be examined together, the referring court asks, in essence, whether, and in what possible circumstances, the fact of posting, on a website, a hyperlink to protected works, freely available on another website without the consent of the copyright holder, constitutes a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

26. In that context, it raises the question of the relevance of the fact that the works in question have not yet been published in another way with the consent of that rightholder, that providing those hyperlinks makes it much easier to find those works, given that the website on which they are available is not easily findable by the general internet public, and that whoever posts those links knew or ought to have been aware of those facts and the fact that that rightholder did not consent to the publication of the works in question on that latter website.

27. It follows from Article 3(1) of Directive 2001/29 that Member States are to provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

28. Under that provision, authors thus have a right which is preventive in nature and allows them to intervene, between possible users of their work and the communication to the public which such users might contemplate making, in order to prohibit such use (see, to that effect, judgments of 15 March 2012, *SCF*, C-135/10, EU:C:2012:140, paragraph 75, and 31 May 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, paragraph 30).

29. As Article 3(1) of Directive 2001/29 does not define the concept of 'communication to the public', its meaning and its scope must be determined in light of the objectives pursued by that directive and of the context in which the provision being interpreted is set (see, to that effect, judgments of 7 December 2006, *SGAE*, C-306/05, EU:C:2006:764, paragraphs 33 and 34, and 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraphs 184 and 185).

30. In that regard, it should be borne in mind that it follows from recitals 9 and 10 of Directive 2001/29 that the latter's objective is to establish a high level of protection of authors, allowing them to obtain an appropriate reward for the use of their works, including on the occasion of communication to the public. It follows that 'communication to the public' must be interpreted broadly, as recital 23 of the directive indeed expressly states (see, to that effect, judgments of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraph 186, and 7 March 2013, *ITV Broadcasting and Others*, C-607/11, EU:C:2013:147, paragraph 20).

31. At the same time, it follows from recitals 3 and 31 of Directive 2001/29 that the harmonisation effected by it is to maintain, in particular in the electronic environment, a fair balance between, on one hand, the interests of copyright holders and related rights in protecting their intellectual property rights, safeguarded by Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter') and, on the other, the protection of the interests and fundamental rights of users of protected objects, in particular their freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and of the general interest.

32. As the Court has previously held, the concept of 'communication to the public' includes two cumulative criteria, namely, an 'act of communication' of a work and the communication of that work to a 'public' (judgments of 13 February 2014, *Svensson and Others*, C-466/12, EU:C:2014:76, paragraph 16; 19 November 2015, *SBS* Belgium, C-325/14, EU:C:2015:764, paragraph 15; and 31 May 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, paragraph 37).

33. The Court has, moreover, specified that the concept of 'communication to the public' requires an individual assessment (see judgment of 15 March 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141, paragraph 29 and the case-law cited, relating to the concept of 'communication to the public', for the purposes of Article 8(2) of Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (OJ 2006 L 376, p. 28), it having the same scope in that directive as in Directive 2001/29 (see, to that effect, judgment of 31 May 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, paragraph 33)).

34. For the purposes of such an assessment, account has to be taken of several complementary criteria, which are not autonomous and are interdependent. Since those criteria may, in different situations, be present to widely varying degrees, they must be applied both individually and in their interaction with one another (judgments of 15 March 2012, *SCF*, C-135/10, EU:C:2012:140,

paragraph 79; 15 March 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141, paragraph 30; and 31 May 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, paragraph 35).

35. Of those criteria, the Court emphasised, in the first place, the indispensable role played by the user and the deliberate nature of its intervention. The user makes an act of communication when it intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to a protected work to its customers, and does so, in particular, where, in the absence of that intervention, its customers would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work (see, to that effect, judgments of 15 March 2012, *SCF*, C-135/10, EU:C:2012:140, paragraph 82 and the case-law cited, and 15 March 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141, paragraph 31).

36. In the second place, it specified that the concept of the 'public' refers to an indeterminate number of potential viewers and implies, moreover, a fairly large number of people (see, to that effect, judgments of 15 March 2012, *SCF*, C-135/10, EU:C:2012:140, paragraph 84 and the case-law cited, and 15 March 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141, paragraph 33).

37. Moreover, it is settled case-law of the Court that, to be categorised as a 'communication to the public', a protected work must be communicated using specific technical means, different from those previously used or, failing that, to a 'new public', that is to say, to a public that was not already taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication to the public of their work (judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76, paragraph 24, and order of 21 October 2014, *BestWater International*, C-348/13, not published, EU:C:2014:2315, paragraph 14 and the case-law cited).

38. In the third place, the Court has held that it is relevant that a 'communication', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, is of a profit-making nature (see, to that effect, judgments of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraph 204; 15 March 2012, *SCF*, C-135/10, EU:C:2012:140, paragraph 88; and 15 March 2012, *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141, paragraph 36).

39. It is in the light, in particular, of those criteria that it is to be assessed whether, in a situation such as that at issue in the main proceedings, the fact of posting, on a website, a hyperlink to protected works, which are freely available on another website without the consent of the copyright holder, constitutes a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

40. In that regard, it should be recalled that, in the judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, (C-466/12, EU:C:2014:76), the Court interpreted Article 3(1) of Directive 2001/29 as meaning that posting hyperlinks on a website to works freely available on another website does not constitute a 'communication to the public' as covered by that provision. That interpretation was also adopted in the order of 21 October 2014, *BestWater International*, (C-348/13, not published, EU:C:2014:2315) about such links using the technique known as 'transclusion' ('framing').

41. However, it follows from the reasoning of those decisions that, by them, the Court intended to refer only to the posting of hyperlinks to works which have been made freely available on another website with the consent of the rightholder, the Court having concluded that there was no communication to the public on the ground that the act of communication in question was not made to a new public.

42. In that context, it noted that, given that the hyperlink and the website to which it refers give access to the protected work using the same technical means, namely the internet, such a link must be directed to a new public. Where that is not the case, in particular, due to the fact that the work is already freely available to all internet users on another website with the authorisation of the copyright holders, that act cannot be categorised as a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29. Indeed, as soon as and as long as that work is freely available on the website to which the hyperlink allows access, it must be considered that, where the copyright holders of that work have consented to such a communication, they have included all internet users as the public (see, to that effect, judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, EU:C:2014:76, paragraphs 24 to 28, and order of 21 October 2014, *BestWater International*, C-348/13, not published, EU:C:2014:2315, paragraphs 15, 16 and 18).

43. Accordingly, it cannot be inferred either from the judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, (C-466/12, EU:C:2014:76) or from the order of 21 October 2014, *BestWater International*, (C-348/13, not published, EU:C:2014:2315) that posting, on a website, hyperlinks to protected works which have been made freely available on another website, but without the consent of the copyright holders of those works, would be excluded, as a matter of principle, from the concept of 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29. Rather, those decisions confirm the importance of such consent under that provision, as the latter specifically provides that every act of communication of a work to the public is to be authorised by the copyright holder.

44. GS Media, the German, Portuguese and Slovak Governments and the European Commission claim, however, that the fact of automatically categorising all posting of such links to works published on other websites as 'communication to the public', since the copyright holders of those works have not consented to that publication on the internet, would have highly restrictive consequences for freedom of expression and of information and would not be consistent with the right balance which Directive 2001/29 seeks to establish between that freedom and the public interest on the one hand, and the interests of copyright holders in an effective protection of their intellectual property, on the other.

45. In that regard, it should be noted that the internet is in fact of particular importance to freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and that hyperlinks contribute to its sound operation as well as to the exchange of opinions and information in that network characterised by the availability of immense amounts of information.

46. Furthermore, it may be difficult, in particular for individuals who wish to post such links, to ascertain whether website to which those links are expected to lead, provides access to works which are protected and, if necessary, whether the copyright holders of those works have consented to their posting on the internet. Such ascertaining is all the more difficult where those rights have been the subject of sub-licenses. Moreover, the content of a website to which a hyperlink enables access may be changed after the creation of that link, including the protected works, without the person who created that link necessarily being aware of it.

47. For the purposes of the individualised assessment of the existence of a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, it is accordingly necessary, when the posting of a hyperlink to a work freely available on another website is carried out by a person who, in so doing, does not pursue a profit, to take account of the fact that that person does not know and cannot reasonably know, that that work had been published on the internet without the consent of the copyright holder.

48. Indeed, such a person, by making that work available to the public by providing other internet users with direct access to it (see, to that effect, judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, C-466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 18 to 23) does not, as a general rule, intervene in full knowledge of the consequences of his conduct in order to give customers access to a work illegally posted on the internet. In addition, where the work in question was already available with unrestricted access on the website to which the hyperlink provides access, all internet users could, in principle, already have access to it even the absence of that intervention.

49. In contrast, where it is established that such a person knew or ought to have known that the hyperlink he posted provides access to a work illegally placed on the internet, for example owing to the fact that he was notified thereof by the copyright holders, it is necessary to consider that the provision of that link constitutes a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

50. The same applies in the event that that link allows users of the website on which it is posted to circumvent the restrictions taken by the site where the protected work is posted in order to restrict the public's access to its own subscribers, the posting of such a link then constituting a deliberate intervention without which those users could not benefit from the works broadcast (see, by analogy, judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others*, C-466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 27 and 31).

51. Furthermore, when the posting of hyperlinks is carried out for profit, it can be expected that the person who posted such a link carries out the necessary checks to ensure that the work concerned is not illegally published on the website to which those hyperlinks lead, so that it must be presumed that that posting has occurred with the full knowledge of the protected nature of that work and the possible lack of consent to publication on the internet by the copyright holder. In such circumstances, and in so far as that rebuttable presumption is not rebutted, the act of posting a hyperlink to a work which was illegally placed on the internet constitutes a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

52. However, if there is no new public, there will be no communication to the 'public' within the meaning of that provision in the event that, referred to in paragraphs 40 to 42 of the present judgment, the works to which those hyperlinks allow access have been made freely available on another website with the consent of the rightholder.

53. Such an interpretation of Article 3(1) of Directive 2001/29 provides the high level of protection for authors sought by that directive. Indeed, under that directive and within the limits set by Article 5(3) thereof, copyright holders may act not only against the initial publication of their work on a website, but also against any person posting for profit a hyperlink to the work illegally published on that website and, under the conditions set out in paragraphs 49 and 50 of the present judgment, against persons having posted such links without pursuing financial gain. In that regard, it should in particular be noted that those rightholders, in all cases, have the possibility of informing such persons of the illegal nature of the publication of their work on the internet and of taking action against them if they refuse to remove that link, and those persons may not rely upon one of the exceptions listed in Article 5(3).

54. As regards the case in the main proceedings, it is undisputed that GS Media operates the GeenStijl website and that it provided the hyperlinks to the files containing the photos at issue, hosted on the Filefactory website, for profit. It is also undisputed that Sanoma had not authorised the publication of those photos on the internet. Moreover, it appears to follow from the presentation of the facts, as they result from the order for reference, that GS Media was aware of that latter fact and that it cannot therefore rebut the presumption that the posting of those links occurred in full knowledge of the illegal nature of that publication. In those circumstances, it appears that, subject to the checks to be made by the referring court, by posting those links, GS Media effected a 'communication to the public', within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, and it is unnecessary to assess in that context the other circumstances referred to by that court, referred to in paragraph 26 of the present judgment.

55. Having regard to the foregoing considerations, the answer to the questions raised is that Article 3(1) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that, in order to establish whether the fact of posting, on a website, hyperlinks to protected works, which are freely available on another website without the consent of the copyright holder, constitutes a 'communication to the public' within the meaning of that provision, it is to be determined whether those links are provided without the pursuit of financial gain by a person who did not know or could not reasonably have known the illegal nature of the publication of those works on that other website or whether, on the contrary, those links are provided for such a purpose, a situation in which that knowledge must be presumed.

Costs

56. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Second Chamber) hereby rules:

Article 3(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society must be interpreted as meaning that, in order to establish whether the fact of posting, on a website, hyperlinks to protected works, which are freely available on another website without the consent of the copyright holder, constitutes a 'communication to the public' within the meaning of that provision, it is to be determined whether those links are provided without the pursuit of financial gain by a person who did not know or could not reasonably have known the illegal nature of the publication of those works on that other

website or whether, on the contrary, those links are provided for such a purpose, a situation in which that knowledge must be presumed.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-160/15 - GS Media BV - 8 September 2016 - Opinion of Advocate General Wathelet

OPINION OF ADVOCATE GENERAL WATHELET

delivered on 7 April 2016 **[1]**

Case C-160/15

GS Media BV

v

Sanoma Media Netherlands BV,

Playboy Enterprises International Inc.,

Britt Geertruida Dekker

(Request for a preliminary ruling from the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands))

(Reference for a preliminary ruling - Copyright and related rights - Directive 2001/29/EC - Information society - Article 3(1) - Communication to the public - Website - Making available to the public of hyperlinks to works freely accessible on another website - No authorisation from the holder)

I - Introduction

1. The present request for a preliminary ruling made by the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) on 3 April 2015 and lodged at the Court Registry on 7 April 2015 concerns the interpretation of Article 3(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. **[2]**

2. The request has been made in a dispute between GS Media BV ('GS Media'), on the one hand, and Sanoma Media Netherlands BV ('Sanoma'), Playboy Enterprises International Inc. ('Playboy') and Ms Dekker (together, 'Sanoma and Others'), on the other, particularly concerning

the publication on the GeenStijl.nl ('GeenStijl') website, which is operated by GS Media, of hyperlinks (or 'clickable links') to other websites permitting leaked photographs of Ms Dekker taken for *Playboy* magazine to be viewed.

II - Legislative framework

3. Recitals 2 to 5, 9, 23 and 31 of Directive 2001/29 state:

> '(2) The European Council ... stressed the need to create a general and flexible legal framework at Community level in order to foster the development of the information society in Europe. ...
>
> (3) The proposed harmonisation will help to implement the four freedoms of the internal market and relates to compliance with the fundamental principles of law and especially of property, including intellectual property, and freedom of expression and the public interest.
>
> (4) A harmonised legal framework on copyright and related rights, through increased legal certainty and while providing for a high level of protection of intellectual property, will foster substantial investment in creativity and innovation, including network infrastructure, and lead in turn to growth and increased competitiveness of European industry, both in the area of content provision and information technology and more generally across a wide range of industrial and cultural sectors. ...
>
> (5) Technological development has multiplied and diversified the vectors for creation, production and exploitation. While no new concepts for the protection of intellectual property are needed, the current law on copyright and related rights should be adapted and supplemented to respond adequately to economic realities such as new forms of exploitation.
>
> ...
>
> (9) Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. Their protection helps to ensure the maintenance and development of creativity in the interests of authors, performers, producers, consumers, culture, industry and the public at large. ...
>
> ...
>
> (23) This Directive should harmonise further the author's right of communication to the public. This right should be understood in a broad sense covering all communication to the public not present at the place where the communication originates. This right should

cover any such transmission or retransmission of a work to the public by wire or wireless means, including broadcasting.

...

(31) A fair balance of rights and interests between the different categories of rightholders, as well as between the different categories of rightholders and users of protected subject-matter must be safeguarded. The existing exceptions and limitations to the rights as set out by the Member States have to be reassessed in the light of the new electronic environment. ...'

4. Article 3 of that directive provides:

'1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

...

3. The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.'

5. Under Article 6 of the directive:

'1. Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.

...

3. For the purposes of this Directive, the expression "technological measures" means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject-matter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law or the *sui generis* right provided for in Chapter III of Directive 96/9/EC [of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (OJ 1996 L 77, p. 20)]. Technological measures shall be deemed "effective" where the use of a protected work or other subject-matter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption,

scrambling or other transformation of the work or other subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.

...'

6. Article 8 of the directive states:

'1. Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.

...

3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

7. Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, **[3]** entitled 'Hosting', provides:

'1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.'

8. The third sentence of Article 11 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights **[4]** provides:

> 'Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive [2001/29].'

III - The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

9. Sanoma, the publisher of the monthly magazine *Playboy*, commissioned a photographer, Mr Hermès, to conduct a photoshoot of Ms Dekker. Ms Dekker appears regularly in television programmes in the Netherlands. The photographer gave Sanoma full power of attorney to represent him for purposes of protection and enforcement of his intellectual property rights arising from the aforementioned commission.

10. On 27 October 2011, GS Media, which operates the GeenStijl website, published a report with the title '[obscenity] leaked! Nude photos ... Dekker'. The report also included part of one of the photographs in the top left-hand corner ('the cutout'). The report ended with the following words: 'And now the link with the pics you've been waiting for. Whoever [obscenity] first, [obscenity] first. HERE. ...'. By clicking on a hyperlink, indicated by 'HERE', readers were directed to an Australian data-storage website called Filefactory.com. By clicking on the following hyperlink, they could open a new window which contained the button 'DOWNLOAD NOW'. By clicking on the button, the readers opened a file in zip format containing 11 files in pdf format, each of which contained one of the photographs.

11. Despite receiving demands from Sanoma, GS Media refused to remove the hyperlink in question. However, the photographs were removed from the Filefactory.com website.

12. On 7 November 2011 a report appeared on the GeenStijl website with the title 'Blote [Dekker] gaat GeenStijl aanklaguh' ('Naked [Dekker] to sue GeenStijl'), referring to the dispute between GS Media and Sanoma and Others regarding the photographs leaked by GeenStijl. The report ended with: 'Update: Not yet seen the nude pics [of Dekker]? They are HERE'. That report, too, contained a hyperlink to the Imageshack.us website, where one or more of the photographs in question could be found. The Imageshack.us website also complied with Sanoma's request to remove those photographs. A third report with a hyperlink leading to the photos appeared on GeenStijl on 17 November 2011 with the title 'Bye Bye Wave Wave Playboy'. On the GeenStijl forum users then posted new links to other websites where the photographs could be viewed.

13. The photographs of Ms Dekker were published in *Playboy* magazine in December 2011.

14. Sanoma and Others brought an action at the Rechtbank Amsterdam (District Court, Amsterdam), claiming in particular that by posting hyperlinks and a cutout of one of the photographs in question on GeenStijl, GS Media had infringed the copyright of Mr Hermès and acted unlawfully towards Sanoma and Others. The Rechtbank Amsterdam (District Court, Amsterdam) largely upheld those claims.

15. The Gerechtshof Amsterdam (Court of Appeal, Amsterdam) set aside the judgment of the Rechtbank Amsterdam (District Court, Amsterdam), holding that GS Media had not infringed the copyright of Mr Hermès because the photographs had already been communicated to the public by being posted on the Filefactory.com website. The Gerechtshof Amsterdam (Court of Appeal, Amsterdam) did not rule on whether or not the posting of the photos on the Filefactory.com website was an infringement of the copyright of Mr Hermès. On the other hand, it ruled that by posting those hyperlinks GS Media's conduct in respect of Sanoma and Others had been unlawful because it encouraged visitors to GeenStijl to view the photographs illegally posted on Filefactory.com which, without those hyperlinks, would not have been easy to find. In contrast, the Gerechtshof Amsterdam (Court of Appeal, Amsterdam) held that GS Media had infringed the copyright of Mr Hermès by posting a cutout of one of the photographs on the GeenStijl website.

16. GS Media and Sanoma and Others brought an appeal and a cross appeal respectively at the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands).

17. GS Media challenges the finding of the Gerechtshof Amsterdam (Court of Appeal, Amsterdam) that it had infringed the copyright of Mr Hermès by posting on its website a cutout of one of photographs with its report on the photographs.

18. Sanoma and Others challenge the ruling of the Gerechtshof Amsterdam (Court of Appeal, Amsterdam) that GS Media had not made the photographs available to the public by posting the hyperlinks on its website. Sanoma and Others, relying in particular on the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), argue before the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) that communication to the public can be deemed to take place if there is a link to a website on which a work has been placed without the consent of the copyright holder, whether that work was published previously with his consent or not. In addition, Sanoma and Others claim that the Filefactory.com website had put in place restrictions within the meaning of paragraph 31 of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), 'which the users of GeenStijl were able to circumvent through the intervention of GS Media. The pirated photographs were thereby made available to a wider public than the public for whom the photos had been placed in the "digital safe"; at least those photographs were thus made accessible to a

public who would not (easily) have been able to find them without that intervention and they would thus have remained inaccessible for that category.'

19. In its examination of the cross appeal, the Hoge Raad der Nederlanden considers that it cannot be inferred with sufficient certainty from the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) and the order in *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) whether there is a 'communication to the public' if the work has indeed previously been published, but without the consent of the rightholder. It also notes that the cross appeal raises questions regarding the circumvention of restrictions within the meaning of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76). It points out in this regard that prior to the posting of the hyperlinks on the GeenStijl website by GS Media the photographs were not unfindable but, at the same time, they were not easily findable, with the result that the publication of the hyperlink had a highly facilitating character.

20. In these circumstances, the Hoge Raad der Nederlanden decided to stay its proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '(1) (a) If anyone other than the copyright holder refers by means of a hyperlink on a website controlled by him to a website which is managed by a third party and is accessible to the general internet public, on which the work has been made available without the consent of the rightholder, does that constitute a "communication to the public" within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29?
>
> (b) Does it make any difference if the work has also not previously been communicated, with the rightholder's consent, to the public in some other way?
>
> (c) Is it important whether the "hyperlinker" is or ought to be aware of the lack of consent by the rightholder for the placement of the work on the third party's website mentioned in 1(a) above and, as the case may be, of the fact that the work has also not previously been communicated, with the rightholder's consent, to the public in some other way?
>
> (2) (a) If the answer to question 1(a) is in the negative: in that case, is there, or could there be deemed to be, a communication to the public if the website to which the hyperlink refers, and thus the work, is indeed findable for the general internet public, but not easily so, with the result that the publication of the hyperlink greatly facilitates the finding of the work?

(b) In answering question 2(a), is it important whether the “hyperlinker” is or ought to be aware of the fact that the website to which the hyperlink refers is not easily findable by the general internet public?

(3) Are there other circumstances which should be taken into account when answering the question whether there is deemed to be a communication to the public if, by means of a hyperlink, access is provided to a work which has not previously been communicated to the public with the consent of the rightholder?’

IV - Procedure before the Court

21. Written observations were submitted by GS Media, Sanoma and Others, the Federal Republic of Germany, the French Republic, the Portuguese Republic, the Slovak Republic and the European Commission. GS Media, Sanoma and Others, the Federal Republic of Germany, the French Republic and the Commission presented oral argument at the hearing which was held on 3 February 2016.

V - Observations of the parties

22. The Portuguese Republic asserts that, without prejudice to the validity of the final outcome decided by the Court, the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) is likely to influence the dissemination of information and knowledge on the internet. It maintains that the classification of the provision of hyperlinks as an ‘act of communication’ appears to raise problems for two reasons.

23. First, according to the Portuguese Republic, in the digital society a hyperlink is comparable to a footnote in the analogue cultural environment **[5]** and does not have to be classified as an ‘act of communication’. Second, in the view of the Portuguese Republic, the person who makes the work directly available to the public and who therefore effects an ‘act of communication’ within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29 is the person who places the work on the server from which the internet user is able to access it. It submits that it is not the ‘hyperlinker’ - who merely makes a secondary or indirect ‘communication’ - that ensures that ‘members of the public may access [the works] from a place and at a time individually chosen by them’. The act which actually produces that effect is undertaken by the person who effected the initial communication.

24. The Portuguese Republic claims that if anyone other than the copyright holder refers by means of a hyperlink on a website operated by him to another website which is operated by a third party, is accessible to the general internet public and on which the work has been made available with

or without the authorisation of the rightholder, that does not constitute a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

25. The Commission states that in its observations in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) it had submitted that in a situation where a clickable link (or 'hyperlink') on a certain website directs to a work protected by copyright contained on another website and where the users of the first website thus have access to that work, there can be no question of an 'act of communication' since there has been neither transmission nor retransmission in accordance with Directive 2001/29.

26. GS Media, the Federal Republic of Germany, the Portuguese Republic, **[6]** the Slovak Republic and the Commission propose that Question 1(a) and (b) asked by the referring court be answered in the negative. They maintain that there is no 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29 where a hyperlink directs to a third-party website which is freely accessible to the general internet public and on which the work concerned has been made available without the authorisation of the rightholder, including where that work has never been published in some other way with the rightholder's authorisation.

27. With regard to Question 1(c), GS Media, the Federal Republic of Germany, the Portuguese Republic and the Commission assert that subjective criteria are irrelevant in the assessment of a 'communication to the public', which must be conducted on an objective basis. The Portuguese Republic does, however, maintain in the alternative, in the event that the Court answers Questions 1 and 2 in the affirmative, that such communication presupposes that the 'hyperlinker' was unequivocally aware that the initial communication was not authorised. On the other hand, the Slovak Republic maintains that it is relevant whether the person who posts a hyperlink to a protected work had to be aware that the work had previously been made available to the public without the authorisation of the rightholder. Thus, with a view to safeguarding the objective of Directive 2001/29, as soon as that person is alerted to that fact by the rightholder or as soon as he becomes aware of it for some other reason, he should avert a further copyright infringement by avoiding any new communication to the public of the protected work.

28. With regard to Question 2(a) and (b), GS Media, the Federal Republic of Germany, the Portuguese Republic, the Slovak Republic and the Commission maintain that it should be answered in the negative. According to the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), the sole determining factor is whether or not the hyperlink makes it possible to circumvent restrictions put in place by the site on which the protected work appears in order to restrict public access to that work. If that is not the case and that website, and thus the work placed

on it, is potentially accessible to the general internet public, it is immaterial whether or not the hyperlink facilitates the finding of the work. Furthermore, the opposite solution is not practicable and creates considerable legal uncertainty at the expense of freedom of expression and information.

29. Sanoma and Others propose that Questions 1 and 3 be answered to the effect that anyone who, in circumstances like those at issue in the main proceedings, deliberately and in full knowledge posts a hyperlink giving access to a work protected by copyright which has never previously been made public with the rightholder's consent, carries out an operation which constitutes a communication to the public. Sanoma and Others assert that, according to the Court's case-law, regard must be had to several criteria, which include, first, the fact that, in full knowledge, a user deliberately gives third parties direct access to protected works; second, the fact that, by its intervention, the user plays an indispensable role in those works being made available; third, the fact that the public which thus has access to protected works consists of an indeterminate number of potential users or a fairly large number of persons; fourth, the fact that, by its intervention, the user widens the circle of persons having access to the protected works to a group which the copyright holder for the protected works had not envisaged when he gave his consent for the initial use; and, fifth, the fact that, by its communication, the user pursues a profit-making purpose. According to Sanoma and Others, all these criteria are met in the main proceedings.

30. In the view of the French Republic, in the circumstances of the main proceedings, the making available of the works concerned by means of a clickable link results in those works being communicated to a new public, because although the photographs in question were not unfindable before GS Media posted the clickable link on the GeenStijl website, only persons holding an electronic key could have easily accessed those photographs before the clickable link was published. It asserts that there has been nothing to show that the GeenStijl public could have easily found the photographs in question without the assistance of GS Media. The French Republic states in this regard that the referring court found that the publication of the clickable link had a highly facilitating character. In those circumstances, the French Republic maintains that the existence of a clickable link which considerably facilitates access to storage space containing unpublished photographs protected by copyright constitutes a communication to a new public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

31. The French Republic submits that it is not relevant for the purposes of classification as 'communication to the public' whether or not the copyright holder gave his consent to the making available of the work on the website to which the clickable link directs or whether the person

providing the clickable link knew that the rightholder did not give his consent for the work to be made available.

VI - Analysis

A - *Preliminary remarks*

32. It is apparent from the documents before the Court, subject to verification by the referring court, that protected works, namely photographs, were made available to users of websites such as Filefactory.com and Imageshack.us without the consent of the copyright holders, but that infringement of copyright is not at issue in the main proceedings.

33. In addition, the publication on the GeenStijl website of a cutout of one of the photographs in question is not the subject of the request for a preliminary ruling, **[7]** which concerns only the hyperlinks on that website.

34. By its questions, the referring court asks in essence whether Article 3(1) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that the provision on a website of a hyperlink to another website operated by a third party, which is accessible to the general internet public and on which works protected by copyright are made available to the public, without the authorisation of the copyright holder constitutes an act of communication to the public.

35. Furthermore, the referring court wishes to ascertain whether the fact that the person who posts the hyperlink to a website is or ought to be aware of the lack of consent by the copyright holder for the initial communication of the works on that website is important for the purpose of Article 3(1) of Directive 2001/29. Lastly, the referring court asks whether, and if so in what circumstances, the fact that a hyperlink has facilitated access to the works in question is relevant in accordance with that provision.

36. The dispute in the main proceedings comes in the wake of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) and the order in *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315), where the Court ruled that, although the publication on a website of hyperlinks to a work freely available on another website is an ‘act of communication’ within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, [8] it is not a ‘communication to the public’ within the meaning of that provision. In paragraph 24 of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), the Court ruled that, ‘in order to be covered by the concept of “communication to the public”, within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, a communication ... concerning the same works as those covered by the initial communication and made ... by the same technical means [as the initial communication] must also be directed *at a new public*, that is

to say, at a public that was not taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication to the public'. **[8]**

37. The referring court states that in those cases the Court did not clarify whether the authorisation of the copyright holder to the protected work being made available on the website to which the hyperlink directs has a bearing on the absence of a finding of a communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

38. It should be noted that in the first paragraph of the operative part of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), the Court ruled that Article 3(1) of Directive 2001/29 had to be interpreted as meaning that the provision on a website of clickable links to works freely available **[10]** on another website does not constitute an 'act of communication to the public, as referred to in that provision. **[11]**

39. Whilst it is true that the Court mentioned several times in the grounds of the judgment that 'the copyright holders ... authorised the initial communication', **[12]** no reference is made in the operative part to the issue of whether or not the copyright holder authorised the initial making available of the protected work.

40. In addition, according to paragraph 4 of the order in *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315), the posting online of the protected work and thus its initial communication to the public was not with the authorisation of the copyright holder. However, in accordance with its decision in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) the Court ruled that Article 3(1) of Directive 2001/29 had not been infringed.

41. Consequently, the order in *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) seems to indicate that the fact that the copyright holder did not authorise the initial communication to the public was not relevant for the purposes of Article 3(1) of Directive 2001/29.

42. It should be noted in this regard, however, that the question referred to the Court for a preliminary ruling in *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) **[13]** did not specifically concern the absence of authorisation and the Court's reasoning in the order in question makes no reference to it. **[14]**

43. The present case thus gives the Court an opportunity to determine whether the authorisation by the copyright holder of the making available of the protected work on the other website ('initial' communication) is essential to a finding that there is no communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

44. Before answering the questions asked by the referring court, it is necessary to consider the observations made by the Portuguese Republic **[15]** and the Commission **[16]** on whether it is appropriate to depart from the case-law stemming from the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) on the concept of 'act of communication', which is a criterion that must be met in order to establish a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, and its application to hyperlinks.

45. If the Court were to rule that the posting on a website of hyperlinks to protected works which are freely available on another website cannot be classified as an 'act of communication', the question of the copyright holder not having authorised the placement of his work on other websites operated by third parties would no longer arise.

B - *The two criteria under Article 3(1) of Directive 2001/29*

46. Article 3(1) of Directive 2001/29 provides that authors have the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works. It follows that every act **[17]** of communication of a work to the public has to be authorised by the copyright holder.

47. Although Directive 2001/29 does not contain any definition of 'communication to the public', **[18]** the Court's settled case-law states that that concept includes two cumulative criteria, namely an 'act of communication' of a work and the communication of that work to a 'public'. **[19]**

1. The first criterion

48. With regard to the concept of 'act of communication', recital 23 of Directive 2001/29 states inter alia that communication to the public 'should cover any ... *transmission or retransmission* of a work to the public [not present at the place where the communication originates] by wire or wireless means, including broadcasting'. **[20]**

49. In addition, in paragraph 40 of the judgment in *Circul Globus Bucureşti* (C-283/10, EU:C:2011:772), **[21]** the Court ruled that the right of communication to the public '*does not cover* any activity which does not involve a "transmission" or a "retransmission" of a work'. **[22]**

50. Article 3(1) of Directive 2001/29 does not make any reference to acts of transmission or retransmission, but provides in a broad sense that communication to the public includes '*making available to the public*'. **[23]** In my view, this broad **[24]** understanding of the concept of 'act of communication' is in keeping with the wish of the European legislature to provide 'a high level of protection of intellectual property' **[25]** and also ensures that the concept of 'act of communication' is flexible and does not become quickly outmoded on account of constant technological changes. **[26]**

51. The wording of recital 23 of Directive 2001/29 had led the Commission, in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), to take the position that the concept of 'act of communication' had to be limited to 'transmission' or 'retransmission', which would not be the case with a hyperlink on a certain website which directs to a work protected by copyright contained on another website, where visitors to the first website thus have access to that work. **[27]**

52. That position was not accepted as, in paragraph 19 of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), the Court ruled that 'for there to be an "act of communication", it is sufficient, in particular, that a work is made available to a public in such a way that the persons forming that public may access it, irrespective of whether they avail themselves of that opportunity'.

53. Having said that, is there an 'act of communication' where a hyperlink on a website directs to another website, thereby permitting its visitors to access a protected work freely accessible on that other website?

54. Although it is true that hyperlinks posted on a website make it much easier to find other websites and protected works available on those websites **[28]** and therefore afford users of the first site quicker, direct access to those works, **[29]** I consider that hyperlinks which lead, even directly, to protected works do not *'make available'* those works to a public where the works are already freely accessible on another website, but merely facilitate the finding of those works. As the Portuguese Republic states in its observations, the act which constitutes the actual 'making available' was the action by the person who effected the initial communication. **[30]**

55. I would also point out that in the judgment in *Football Association Premier League and Others* (C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631), in which a 'communication [of a work] to the public' was found, the Court stressed the fact that *without the intervention*, for example, of a hotel to offer a television signal in its rooms via television sets, the work would not have been accessible to the hotel's customers. **[31]**

56. In this regard, in paragraphs 195 and 196 of the judgment in *Football Association Premier League and Others* (C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631), the Court ruled that the proprietor of a public house effects a 'communication to the public' where he intentionally gives the customers present in that establishment access to a broadcast containing protected works via a television screen and speakers and '*[w]ithout his intervention the customers cannot enjoy the works broadcast, even though they are physically within the broadcast's catchment area*'. **[32]**

57. It follows that, in order to establish an act of communication, the intervention of the 'hyperlinker' must be vital or indispensable **[33]** in order to benefit from or enjoy works.

58. Nevertheless, in other judgments, in particular *SGAE* (C-306/05, EU:C:2006:764, paragraph 42) and *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 27 and 31), the Court analysed the criterion of whether an intervention was indispensable in order to find that there had not been a communication to *a new public*. **[34]**

59. In my view, the criterion that an intervention must be indispensable can be approached only in examining the existence of an act of communication. **[35]** It is at that point that there is possibly a 'making available' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29.

60. Consequently, I consider that hyperlinks posted on a website which direct to works protected by copyright that are freely accessible on another website cannot be classified as an 'act of communication' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29 since the intervention of the operator of the website which posts the hyperlink, in this case GS Media, is not indispensable to the making available of the photographs in question to users, including those who visit the GeenStijl website.

61. Since one of the cumulative criteria necessary for establishing a 'communication to the public' under Article 3(1) of Directive 2001/29 is not met, the question of the copyright holder not authorising the placement of his work on other websites operated by third parties **[36]** is, in my view, immaterial.

62. Consequently, I consider that Question 1(a) and (b) asked by the referring court should be answered in the negative.

63. Furthermore, whilst it is clear from the documents before the Court that GS Media was aware that the photographs in question available on websites such as Filefactory.com and Imageshack.us had been leaked and that it provided hyperlinks on the GeenStijl website to the other websites in flagrant violation of the rights of the author of those works, I take the view that in the absence of an act of communication within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, GS Media's motives and the fact that it was or ought to have been aware that the initial communication of those photographs on the other websites had not been authorised by Sanoma or that the photographs had also not been previously made available to the public with Sanoma's consent are not relevant under that provision.

64. Accordingly, Question 1(c) asked by the referring court should be answered in the negative.

2. The second criterion

65. Because I consider that one of the cumulative criteria necessary for establishing a 'communication to the public' under Article 3(1) of Directive 2001/29 is not met, I will examine

the second criterion required by Directive 2001/29, namely the communication of a work to a 'public', **[37]** in the alternative.

66. It is not disputed that, since the hyperlinks on the GeenStijl website are aimed at all potential users of that website, an indeterminate and fairly large number of recipients, those hyperlinks are certainly aimed at a public. **[38]** However, I consider that the criterion of 'a new public', as required by paragraphs 24 and 31 of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), is not applicable and in any event is not satisfied in this instance.

67. It is clear from the judgments in *Football Association Premier League and Others* (C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraph 197) and *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 24 and 31) in particular that the criterion of a new public is applicable only where the copyright holder has authorised the initial communication to the public. Since there is no such authorisation in the main proceedings, the criterion of a 'new public' is not applicable.

68. Furthermore, the Court ruled in paragraphs 28 and 30 of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) that where 'there is no new public, the authorisation of the copyright holders is in any event not required for' the communication to the public in question, in the present case the posting of hyperlinks to other websites on which works protected by copyright are freely accessible to the public.

69. In addition, even if the Court were to rule that this criterion is applicable where the copyright holder has not authorised the initial communication to the public, it is clear from the judgment in *Svensson and Others*(C-466/12, EU:C:2014:76, paragraph 27) that it is satisfied only if the intervention in the form of the publication of hyperlinks by the operator of a website was indispensable to the works being made available to a new public, **[39]** that is to say, a public that was not taken into account by the copyright holder when he authorised the initial communication to the public of the works in question.

70. If the photographs were freely available to the general internet public on other websites, **[40]** such intervention by GS Media was not indispensable to the works being made available. There would not therefore be a 'new public' and the question of the authorisation of the initial communication by the copyright holder would not arise.

71. At the same time I would add that these conclusions are based on the premiss that the works in question were 'freely accessible' to the general internet public on third-party websites, **[41]** which is not clear from the order for reference. Was the intervention by GS Media indispensable in making the works available to visitors to the GeenStijl website? The documents before the Court are contradictory in that they indicate, on the one hand, that third-party websites put in place

access restrictions in relation to the photos in question and, on the other, that the hyperlinks merely facilitated access to a certain degree. **[42]**

72. It would seem, subject to verification by the referring court, that it still has to resolve this factual question.

73. In any event, it is clear from the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76, paragraph 31) that if a hyperlink makes it possible for users of the site on which it appears to 'circumvent restrictions' **[43]** put in place on third-party websites to limit access to protected works, **[44]** the hyperlink in question constitutes an indispensable intervention without which those users could not enjoy the works. Accordingly, that intervention makes the works in question available to visitors to the website in question, in this case visitors to the GeenStijl website, and therefore constitutes an act of communication to a public which must be authorised by the copyright holder pursuant to Article 3(1) of Directive 2001/29.

74. On the other hand, it is clear from paragraph 31 of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) that it is not sufficient that the hyperlink facilitates or simplifies users' access to the work in question. **[45]** Consequently, I concur with the observations made by GS Media, the Federal Republic of Germany, the Portuguese Republic, the Slovak Republic and the Commission, as mentioned in point 28 of this Opinion, to the effect that Question 2(a) and (b) asked by the referring court should be answered in the negative.

C - *Question 3 asked by the referring court and the existence of other circumstances*

75. By Question 3, the referring court asks whether there are other circumstances which should be taken into account when answering the question whether there is deemed to be a 'communication to the public' if, by means of a hyperlink, access is provided to a work for which authorisation has never been given by the copyright holder for it to be made available to the public on a website.

76. I note that the Court ruled in paragraph 41 of the judgment in *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76) that Article 3(1) of Directive 2001/29 must be interpreted as precluding a Member State from giving wider protection to copyright holders by laying down that the concept of 'communication to the public' includes a wider range of activities than those referred to in that provision.

77. Furthermore, aside from the fact that, in principle, the posting of the hyperlinks in the main proceedings does not, in my view, constitute a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, I consider that any other interpretation of that provision

would significantly impair the functioning of the Internet and undermine one of the main objectives of Directive 2001/29, namely the development of the information society in Europe. **[46]** Such an interpretation could also distort the 'fair balance of rights and interests between the different categories of rightholders, as well as between the different categories of rightholders and users of protected subject-matter'. **[47]**

78. It is a matter of common knowledge that the posting of hyperlinks by users is both systematic and necessary for the current internet architecture. (48) While the circumstances at issue in the main proceedings are particularly obvious, (49) I consider that, as a general rule, internet users are not aware and do not have the means to check whether the initial communication to the public of a protected work freely accessible on the internet was effected with or without the copyright holder's consent. If users were at risk of proceedings for infringement of copyright under Article 3(1) of Directive 2001/29 whenever they post a hyperlink to works freely accessible on another website, they would be much more reticent to post them, which would be to the detriment of the proper functioning and the very architecture of the internet, and to the development of the information society.

79. n my view, such interference in the functioning of the internet must be avoided. In any event, I consider that extending the concept of 'communication to the public' to cover the posting of hyperlinks to protected works freely accessible on another website would require action to be taken by the European legislature.

D - ***Remedies available to the copyright holder***

80. Although I do not believe that the operator of a website such as GS Media has, in principle, **[50]** infringed Article 3(1) of Directive 2001/29 by posting the hyperlinks at issue in the main proceedings, this does not mean, however, that the copyright holder has no recourse in order to ensure that his intellectual property rights are protected and enforced.

81. It is obvious that the copyright holder may bring legal proceedings for infringement of his intellectual property rights against the person who effected the initial communication to the public without his authorisation. **[51]** It is true that, as that person is unknown in this case, such proceedings hold no real interest for the copyright holder.

82. Nevertheless, under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, holders of intellectual property rights are in a position to apply for an injunction against operators of websites such as Filefactory.com and Imageshack.us which act as

intermediaries **[52]** within the meaning of those provisions, since their services are likely to be used by users of such websites to infringe intellectual property rights. **[53]**

83. In this respect the wording of recital 59 of Directive 2001/29, which concerns 'intermediaries', is particularly enlightening. According to that recital, 'the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such *intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end*. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network'. **[54]**

84. The injunction under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48 therefore relates to the initial communication to the public which infringes copyright and, in my view, is a direct and appropriate remedy for that infringement.

85. In addition, operators of websites such as Filefactory.com and Imageshack.us may, in certain circumstances, be liable under national law for storage on their servers of information provided by users of those websites.

86. Although Article 14 of Directive 2000/31 seeks to restrict or exempt cases where intermediary information society service providers may be liable under national law, the exemptions in question are subject to strict conditions. In this regard, the Court ruled in paragraph 119 of the judgment in *L'Oréal and Others* (C-324/09, EU:C:2011:474) that a provider of hosting services **[55]** may, in situations in which that provider has confined itself to a merely technical and automatic processing of data, only be exempt, under Article 14(1) of Directive 2000/31, from any liability for unlawful data that it has stored 'on condition that it has not had "actual knowledge of illegal activity or information" and, as regards claims for damages, has not been "aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent" or that, having obtained such knowledge or awareness, it has acted expeditiously to remove, or disable access to, the information'.

87. It should be noted that the operators of the Filefactory.com and Imageshack.us websites complied with Sanoma's request to remove the photographs in question from their websites. **[56]** Consequently, the hyperlinks to those other websites on the GeenStijl website were rendered ineffective.

VII - Conclusion

88. In the light of the above considerations, I propose that the Court answer the questions referred for a preliminary ruling by the Hoge Raad der Nederlanden as follows:

(1) Article 3(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society must be interpreted as meaning that the posting on a website of a hyperlink to another website on which works protected by copyright are freely accessible to the public without the authorisation of the copyright holder does not constitute an act of communication to the public, as referred to in that provision.

(2) Article 3(1) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that it is not important whether the person who posts on a website a hyperlink to another website on which works protected by copyright are freely accessible to the public is or ought to be aware that the copyright holder has not authorised the placement of the works in question on that other website or that, in addition, those works had not previously been made available to the public with the copyright holder's consent.

(3) Article 3(1) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that a hyperlink to another website on which works protected by copyright are freely accessible to the public, which facilitates or simplifies users' access to the works in question, does not constitute a 'communication to the public' within the meaning of that provision.

[1] Original language: French.

[2] OJ 2001 L 167, p. 10.

[3] OJ 2000 L 178, p. 1.

[4] OJ 2004 L 157, p. 45, and corrigenda in OJ 2004 L 195, p. 16, and OJ 2007 L 204, p. 27.

[5] Or a road sign, as was suggested by GS Media at the hearing.

[6] The following observations are made by the Portuguese Republic purely in the alternative to those set out in points 22 to 24 of this Opinion in case the Court were to consider that there is no reason to depart from the rule in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76).

[7] See in particular points 10 and 14 to 17 and of this Opinion.

[8] Judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 20).

[9] See, in this regard, order in BestWater International (C 348/13, EU:C:2014:2315, paragraph 14). My emphasis.

[10] The Court used the expressions ‘freely accessible’ and ‘freely available’ interchangeably. In addition, the judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76) seems to indicate that the hyperlink at issue in that case took the users of one website directly to works freely available on another website. In the main proceedings it would appear, subject to verification by the referring court, that the hyperlinks at issue did not take users of the GeenStijl website directly to the works in question, but to other websites on which works protected by copyright were stored. I consider that these circumstances must be treated in the same way under Article 3(1) of Directive 2001/29 since the work protected by copyright is freely available on the website to which the hyperlink directs.

[11] See also judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 32).

[12] See, inter alia, judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 27).

[13] In that case the Court decided to rule by way of reasoned order under Article 99 of the Rules of Procedure of the Court of Justice, entitled ‘Reply by reasoned order’, which provides that ‘[w]here a question referred to the Court for a preliminary ruling is identical to a question on which the Court has already ruled, where the reply to such a question may be clearly deduced from existing case-law or where the answer to the question referred for a preliminary ruling admits of no reasonable doubt, the Court may at any time, on a proposal from the Judge-Rapporteur and after hearing the Advocate General, decide to rule by reasoned order.’

[14] In that case the referring court asked only whether ‘the embedding, within one’s own website, of another person’s work made available to the public on a third-party website, in circumstances such as those in the main proceedings, constitute[s] communication to the public within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29, even where that other person’s work is not thereby communicated to a new public and the communication of the work does not use a specific technical means which differs from that of the original communication’. See order in BestWater International (C 348/13, EU:C:2014:2315, paragraph 11).

[15] See points 22 to 24 of this Opinion.

[16] See point 25 of this Opinion.

[17] Judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 15). As is laid down in Article 3(3) of Directive 2001/29, that exclusive right is not exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in Article 3 of Directive 2001/29.

[18] Judgment in Football Association Premier League and Others (C 403/08 and C 429/08, EU:C:2011:631, paragraphs 184 and 185).

[19] See judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 16 and the case-law cited). See, by analogy, judgment in C More Entertainment (C 279/13, EU:C:2015:199, paragraph 25), which concerns Article 3(2) of Directive 2001/29.

[20] My emphasis.

[21] It should be stated that that judgment predates the judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76).

[22] My emphasis.

[23] My emphasis.

[24] And technologically neutral.

[25] See recitals 4 and 9 of Directive 2001/29 and judgment in Football Association Premier League and Others (C 403/08 and C 429/08, EU:C:2011:631, paragraph 186). In paragraph 54 of the judgment in Bezpečnostní softwarová asociace (C 393/09, EU:C:2010:816), the Court ruled that 'it follows from [recital 23] in the preamble to Directive 2001/29 that "communication to the public" must be interpreted broadly. Such an interpretation is moreover essential to achieve the principal objective of that directive, which, as can be seen from [recitals 9 and 10], is to establish a high level of protection of, inter alia, authors, allowing them to obtain an appropriate reward for the use of their works, in particular on the occasion of communication to the public'. My emphasis.

[26] In paragraph 38 of the judgment in Circul Globus Bucureşti (C 283/10, EU:C:2011:772) the Court ruled that 'regarding the aim of Directive 2001/29, it should be noted that it is clear from recitals 2 and 5 thereto that that directive seeks to create a general and flexible framework at EU level in order to foster the development of the information society and to adapt and supplement the current law on copyright and related rights in order to respond to technological development, which has created new ways of performing protected works'.

[27] See point 25 of this Opinion.

[28] I believe that, because of the enormous quantity of information available on the internet, such information would actually be largely unfindable without hyperlinks. In my view, hyperlinks are at present an essential element of the internet architecture.

[29] See judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 18).

[30] See points 22 to 24 of this Opinion.

[31] See also, by analogy, judgments in SCF (C 135/10, EU:C:2012:140, paragraphs 82 and 92) and Phonographic Performance (Ireland) (C 162/10, EU:C:2012:141, paragraph 31), which do not concern Article 3(1) of Directive 2001/29, but 'communication to the public' of a broadcast phonogram for the purposes of Article 8(2) of Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (OJ 2006 L 376, p. 28).

[32] My emphasis.

[33] See in particular paragraph 82 of the judgment in SCF (C 135/10, EU:C:2012:140), where the Court, in its analysis of the existence of an act of communication based on its decision in Football Association Premier League and Others (C 403/08 and C 429/08, EU:C:2011:631), made reference to 'the indispensable role of the user', in that case the indispensable role of an operator of a hotel or public house when it intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to a broadcast containing the protected work to its customers. My emphasis.

[34] See point 36 of this Opinion.

[35] The first criterion required by Article 3(1) of Directive 2001/29 for there to be communication to the public. For the second criterion, see points 65 to 70 of this Opinion.

[36] In particular the Filefactory.com and Imageshack.us websites. See, to that effect, judgment in SBS Belgium (C 325/14, EU:C:2015:764, paragraphs 15 and 24).

[37] See judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 16 and the case-law cited).

[38] In paragraph 21 of the judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76), the Court ruled that 'so far as concerns the second of the abovementioned criteria, that is, that the protected work must in fact be communicated to a "public", it follows from Article 3(1) of Directive 2001/29 that, by the term "public", that provision refers to an indeterminate number of potential recipients and implies, moreover, a fairly large number of persons'. It adds in paragraph 22 that 'an act of communication such as that made by the manager of a website by means of clickable links is aimed at all potential users of the site managed by that person, that is to say, an indeterminate and fairly large number of recipients' and therefore constitutes a communication to a public. See judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 23).

[39] See also, by analogy, judgment in SGAE (C 306/05, EU:C:2006:764, paragraph 42), where the Court ruled that '[t]he clientele of a hotel forms such a new public. The transmission of the broadcast work to that clientele using television sets is not just a technical means to ensure or

improve reception of the original broadcast in the catchment area. On the contrary, the hotel is the organisation which intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to the protected work to its customers. In the absence of that intervention, its customers, although physically within that area, would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work'. My emphasis.

[40] In particular the Filefactory.com and Imageshack.us websites.

[41] It should be noted that in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraphs 25 and 26) the works in question were freely accessible, as access to them on the Göteborgs-Posten website was not subject to any restrictive measures. All Internet users could therefore have free access to them.

[42] The Gerechtshof Amsterdam (Court of Appeal, Amsterdam) held that Sanoma and Others had not proved that the files placed by a user on the Filefactory.com website remain private and concluded that 'that may be different if the user makes his digital key widely known or if someone else does so'. In this regard, Sanoma and Others lodged an additional appeal with the referring court claiming that 'the photos had been placed in the "digital safe" [or] at least those photos were thus made accessible to a public who would not … have been able to find them without that intervention and they would thus have remained inaccessible for that category'. See paragraphs 6.1.2 and 6.1.3 of the order for reference.

[43] See, to that effect, the effective technological measures referred to in Article 6 of Directive 2001/29.

[44] According to the Court, 'where a clickable link makes it possible for users of the site on which that link appears to circumvent restrictions put in place by the site on which the protected work appears in order to restrict public access to that work to the latter site's subscribers only, and the link accordingly constitutes an intervention without which those users would not be able to access the works transmitted, all those users must be deemed to be a new public, which was not taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication, and accordingly the holders' authorisation is required for such a communication to the public'. See judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 31). See, by analogy, Article 6 of Directive 2001/29 regarding obligations as to technological measures and judgment in Nintendo and Others (C 355/12, EU:C:2014:25, paragraph 24).

[45] There must be 'an intervention without which [the] users would not be able to access the works' (judgment in Svensson and Others (C 466/12, EU:C:2014:76, paragraph 31). My emphasis.

[46] See recital 2 of Directive 2001/29.

[47] See recital 31 of Directive 2001/29.

[48] See point 54 and footnote 28 of this Opinion.

[49] It seems that GS Media acted in full knowledge of the situation and with no regard for Sanoma's interests. See point 11 of this Opinion.

[50] This conclusion is based on the premiss that the works in question are freely accessible on another website.

[51] See, in particular, the remedies provided for in Articles 9 to 16 of Directive 2004/48.

[52] It would seem, subject to verification by the referring court, that operators of websites such as Filefactory.com and Imageshack.us which store on their servers information provided by the users of those websites constitute hosting service providers for the purposes of Article 14 of Directive 2000/31 and 'intermediaries' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48. See, to that effect, judgment in SABAM (C 360/10, EU:C:2012:85, paragraphs 27 and 28).

[53] See, to that effect, judgment in SABAM (C 360/10, EU:C:2012:85, paragraph 28 and the case-law cited).

[54] My emphasis.

[55] Within the meaning of Article 14 of Directive 2000/31.

[56] See points 11 and 12 of this Opinion.

AB Adalet Divanı - C-291/13 - Papasavvas - 11 September 2014

JUDGMENT OF THE COURT (Seventh Chamber)

11 September 2014

(Reference for a preliminary ruling - Directive 2000/31/EC - Scope - Defamation proceedings)

In Case C-291/13,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Eparkhiako Dikastirio Lefkosias (Cyprus), made by decision of 27 March 2013, received at the Court on 27 May 2013, in the proceedings

Language of the case: Greek.

Sotiris Papasavvas

v

O Fileleftheros Dimosia Etairia Ltd,

Takis Kounnafi,

Giorgos Sertis,

THE COURT (Seventh Chamber),

composed of J.L. da Cruz Vilaça, President of the Chamber, J.-C. Bonichot (Rapporteur), and A. Arabadjiev, Judges

Advocate General: N. Jääskinen,

Registrar: A. Calot Escobar,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Mr Papasavvas, by Ch. Christaki, dikigoros,

- O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, by L. Paschalidis, dikigoros,

- the Cypriot Government, by K. Likourgos, acting as Agent,

- the Polish Government, by B. Majczyna, acting as Agent,

- the European Commission, by H. Tserepa-Lacombe and F. Wilman, acting as Agents,

having regard to the written procedure,

having decided, after hearing the Advocate General, to proceed to judgment without an Opinion,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (OJ 2000 L 178, p. 1).

2. The request has been made in proceedings between Mr Papasavvas, on the one hand, and O Fileleftheros Dimosia Etairia Ltd, Mr Kounnafi and Mr Sertis, on the other, concerning an action for damages brought by Mr Papasavvas as a result of harm suffered by him caused by acts considered to constitute defamation.

Legal context

EU law

3. Recital 17 in the preamble to Directive 2000/31 is worded as follows:

> ‘The definition of information society services already exists in Community law … ; this definition covers any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data …’

4. Recital 18 in the preamble to that directive states:

> ‘… [I]nformation society services …, in so far as they represent an economic activity, extend to services which are not remunerated by those who receive them, such as those offering on-line information or commercial communications, or those providing tools allowing for search, access and retrieval of data; information society services also include services consisting of the transmission of information via a communication network, in providing access to a communication network or in hosting information provided by a recipient of the service; …’

5. Recital 22 in the preamble to that directive states:

‘Information society services should be supervised at the source of the activity, in order to ensure an effective protection of public interest objectives; … moreover, in order to effectively guarantee freedom to provide services and legal certainty for suppliers and recipients of services, such information society services should in principle be subject to the law of the Member State in which the service provider is established.’

6. Recital 42 in the preamble to that directive states:

‘The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.’

7. Recital 43 in the preamble to Directive 2000/31 is worded as follows:

‘A service provider can benefit from the exemptions for “mere conduit” and for “caching” when he is in no way involved with the information transmitted; this requires among other things that he does not modify the information that he transmits; this requirement does not cover manipulations of a technical nature which take place in the course of the transmission as they do not alter the integrity of the information contained in the transmission.’

8. Article 2 of that directive provides:

‘For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings:

(a) “information society services”: services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC [Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services (OJ 1998 L 204, p. 37)], as amended by Directive 98/48/EC [of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 (OJ 1998 L 217, p. 18) (‘Directive 98/34’)];

(b) “service provider”: any natural or legal person providing an information society service;

(c) “established service provider”: a service provider who effectively pursues an economic activity using a fixed establishment for an indefinite period. The presence and use of the

technical means and technologies required to provide the service do not, in themselves, constitute an establishment of the provider;

…

(h) "coordinated field": requirements laid down in Member States' legal systems applicable to information society service providers or information society services, regardless of whether they are of a general nature or specifically designed for them.

(i) The coordinated field concerns requirements with which the service provider has to comply in respect of:

…

- the pursuit of the activity of an information society service, such as requirements concerning the behaviour of the service provider, requirements regarding the quality or content of the service including those applicable to advertising and contracts, or requirements concerning the liability of the service provider;

…'

9. Under Article 3 of Directive 2000/31, entitled 'Internal market':

'(1) Each Member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field.

(2) Member States may not, for reasons falling within the coordinated field, restrict the freedom to provide information society services from another Member State.

(3) Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the fields referred to in the Annex.

(4) Member States may take measures to derogate from paragraph 2 in respect of a given information society service if the following conditions are fulfilled:

(a) the measures shall be:

(i) necessary for one of the following reasons:

- public policy, …

…

- the protection of consumers, …

(ii) taken against a given information society service which prejudices the objectives referred to in point (i) or which presents a serious and grave risk of prejudice to those objectives;

(iii) proportionate to those objectives;

…'

10. Articles 12 to 14 of that directive come under Section 4, entitled 'Liability of intermediary service providers'.

11. Article 12 of Directive 2000/31, entitled 'Mere conduit', provides:

'(1) Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

(a) does not initiate the transmission;

(b) does not select the receiver of the transmission;

and

(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

(2) The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

(3) This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'

12 Article 13 of Directive 2000/31, entitled 'Caching', states:

'(1) Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more

efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

(a) the provider does not modify the information;

(b) the provider complies with conditions on access to the information;

(c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;

(d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information;

and

(e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

(2) This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'

13 Under Article 14 of that directive, entitled 'Hosting':

'(1) Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent;

or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

(2) Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

(3) This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.'

14. Article 18 of that directive, entitled 'Court actions', provides in paragraph 1:

'Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services' activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.'

15. Article 1 of Directive 98/34 provides:

'For the purposes of this Directive, the following meanings shall apply:

…

(2) "service", any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

For the purposes of this definition:

- "at a distance" means that the service is provided without the parties being simultaneously present,

- "by electronic means" means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,

- "at the individual request of a recipient of services" means that the service is provided through the transmission of data on individual request.

An indicative list of services not covered by this definition is set out in Annex V.

…'

Cypriot law

16. The civil wrong of defamation is regulated in Cyprus by sections 17 to 25 in Chapter 148 of the Law on Civil Wrongs.

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

17. On 11 November 2010, Mr Papasavvas brought an action for damages before the Eparchiako Dikastirio Lefkosias against O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, a newspaper company, and against Mr Kounnafi, Editor-in-Chief and journalist at O Fileleftheros, and Mr Sertis, journalist at that newspaper, for acts which, in his opinion, constitute defamation.

18. Mr Papasavvas seeks damages for harm allegedly caused to him by articles published in the daily national newspaper O Fileleftheros, on 7 November 2010, which were published online on two websites (http://www.philenews.com and http://www.philefteros.com). He requests also the national court to order a prohibitory injunction to prohibit the publication of the contested articles.

19. The Eparkhiako Dikastirio Lefkosias considers that the resolution of the case pending before it depends in part on the interpretation of Directive 2000/31.

20. In those circumstances, the Eparkhiako Dikastirio Lefkosias decided to stay the proceedings and refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> ‘(1) Bearing in mind that the laws of the Member States on defamation affect the capacity to provide information services by electronic means both at national level and within the European Union, might those laws be regarded as restrictions on the provision of information services for the purposes of applying Directive 2000/31 …?
>
> (2) If the answer to Question 1 is in the affirmative, do the provisions of Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31 …, on the question of liability, apply to private civil matters, such as civil liability for defamation, or are they limited to civil liability in matters concerning business to consumer transactions?
>
> (3) Bearing in mind the purpose of Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31 … relating to the liability of information society service providers and the fact that, in many Member States, an action must exist in order for a prohibitory injunction to be granted which will remain in force pending full completion of the proceedings, do those articles create individual rights which may be pleaded as defences in law in a civil action for defamation, or must they operate as an obstacle in law to the bringing of such actions?
>
> (4) Do the definitions of “information society service” and “service provider” in Article 2 of Directive 2000/31 … and Article 1(2) of Directive 98/34 … cover online information services the remuneration for which is provided not directly by the recipient, but indirectly by means of commercial advertisements posted on the website?
>
> (5) Bearing in mind the definition of “information service provider”, laid down in Article 2 of Directive 2000/31/EC and Article 1(2) of Directive 98/34 … could the following, or

any of them, be regarded as a “mere conduit” or “caching” or “hosting” for the purposes of Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31:

(a) a newspaper that operates a free website on which the online version of the printed newspaper, with all its articles and advertisements, is posted in pdf format or another similar electronic format;

(b) an online newspaper which is freely accessible but the provider obtains money from commercial advertisements posted on the website, where the information contained in the online newspaper comes from the newspaper’s staff and/or freelance journalists;

(c) a website which provides (a) or (b) above for a subscription?’

Admissibility

21. Mr Papasavvas objects that the request for a preliminary ruling is inadmissible.

22. He claims, in particular, that that request was made ‘prematurely’ by the referring court, since the defendants to the main proceedings have not yet lodged a defence and the facts are not yet established. Therefore, the referring court did not have full knowledge of the legal issues at stake in the proceedings pending before it and the questions referred are hypothetical.

23. He considers also that Directive 2000/31 has no connection with the case in the main proceedings, since it concerns only service providers and not the recipients of those services and the answers to the questions referred by the referring court are not necessary in order to resolve the dispute.

24. However, the description of the legal and factual framework of the proceedings in the order for reference seems to suffice so as to permit the Court to make a ruling and the fourth question seeks precisely to establish whether or not the main proceedings are within the scope of Directive 2000/31.

25. It follows that the request for a preliminary ruling is admissible.

Consideration of the questions referred

The fourth question

26. By its fourth question, which should be examined first, the referring court asks, in essence, whether Article 2(a) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that the concept of ‘information society services’, within the meaning of that provision, covers the provision of online information services for which the service provider is remunerated not by the recipient, but by income generated by advertisements posted on a website.

27. In that regard, it should be noted that Article 2(a) of Directive 2000/31 defines the terms 'information society services' by making a reference to Article 1 of Directive 98/34, which refers to any service 'normally provided for remuneration', at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

28. As regards the question whether that remuneration must necessarily be provided by the recipient of the service himself, it should be noted that such a condition is expressly excluded by recital 18 in the preamble to Directive 2000/31, in the light of which Article 2(a) of Directive 2000/31 must be interpreted, which states that information society services extend, in so far as they represent an economic activity, to services 'which are not remunerated by those who receive them, such as those offering on-line information or commercial communications'.

29. That interpretation corresponds to that of the concept of 'services' within the meaning of Article 57 TFEU, which also does not require the service to be paid for by those for whom it is performed (see, inter alia, the judgment in *Bond van Adverteerders and Others*, 352/85, EU:C:1988:196, paragraph 16).

30. In the light of the foregoing, the answer to the fourth question is that Article 2(a) of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that the concept of 'information society services', within the meaning of that provision, covers the provision of online information services for which the service provider is remunerated, not by the recipient, but by income generated by advertisements posted on a website.

The first question

31. By its first question, the referring court asks, in essence, whether Directive 2000/31 precludes the application of rules of civil liability for defamation to information society service providers.

32. According to Article 3(1) of that directive, each Member State is to ensure that the information society services provided by a service provider established in its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field, that field covering, inter alia, as is provided for by Article 2(h) of that directive, the service provider's rules of civil liability.

33. It follows that Directive 2000/31 does not preclude a Member State from adopting rules of civil liability for defamation, applicable to information society service providers established in its territory.

34. By contrast, Article 3(2) of Directive 2000/31 provides that Member States may not, for reasons falling within the coordinated field, restrict the freedom to provide information society services from another Member State.

35. In this case, it appears to result from the order for reference that the services at issue in the main proceedings do not originate in a Member State other than Cyprus, but are supplied by a provider established in that State. In such circumstances, since Article 3(2) of that directive cannot apply, it is not necessary to examine its possible effect.

36. It follows that, there being no additional information from the referring court, the answer to the first question is that, in a case such as that at issue in the main proceedings, Directive 2000/31 does not preclude the application of rules of civil liability for defamation.

The fifth question

37. By its fifth question, the referring court asks, in essence, whether the limitations of civil liability specified in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 are applicable to the case of a newspaper publishing company which operates a website on which the online version of a newspaper drafted by staff or freelance journalists is posted, that company being, moreover, remunerated by income generated by commercial advertisements posted on that website. The referring court asks also whether the answer to that question depends on whether or not access to that website is free of charge.

38. Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 concern situations in which an information society service provider exercises, respectively, a ‘mere conduit’ activity, a type of storage called ‘caching’ or a hosting activity.

39. As is apparent from the title of Section 4 of that directive, the behaviour of the service provider referred to by those articles must be restricted to that of an ‘intermediary service provider’.

40. It follows, moreover, from recital 42 in the preamble to Directive 2000/31 that the exemptions from liability established in that directive cover only cases in which the activity of the information society service provider is of a merely technical, automatic and passive nature, which implies that that service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored (see the judgment in *Google France and Google*, C-236/08 to C-238/08, EU:C:2010:159, paragraph 113).

41. The Court deduced therefrom, in order to establish whether the liability of a service provider could be limited under Article 14 of Directive 2000/31, that it was necessary to examine whether the role it plays is neutral, in the sense that its conduct is merely technical, automatic and passive,

pointing to a lack of knowledge or control of the data which it stores (see, to that effect, the judgments in *Google France and Google*, EU:C:2010:159, paragraph 114, and *L'Oréal and Others*, C-324/09, EU:C:2011:474, paragraph 113).

42. The Court therefore held that the mere fact that a referencing service is subject to payment, that the provider sets the payment terms or that it provides general information to its clients cannot have the effect of depriving that provider of the exemptions from liability provided for in Directive 2000/31 (see the judgments in *Google France and Google*, EU:C:2010:159, paragraph 116, and *L'Oréal and Others*, EU:C:2011:474, paragraph 115).

43. By contrast, the role played by the provider in the drafting of the commercial message which accompanies the advertising link or in the establishment or selection of keywords is relevant (see the judgment in *Google France and Google*, EU:C:2010:159, paragraph 118).

44. Likewise, where the provider provides assistance entailing, in particular, optimising the presentation of the offers for sale in question or promoting those offers, it does not take a neutral position between the customer-seller concerned and potential buyers but plays an active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, the data relating to those offers for sale (the judgment in *L'Oréal and Others*, EU:C:2011:474, paragraph 116).

45. Consequently, since a newspaper publishing company which posts an online version of a newspaper on its website has, in principle, knowledge about the information which it posts and exercises control over that information, it cannot be considered to be an 'intermediary service provider' within the meaning of Articles 12 to 14 of Directive 2000/31, whether or not access to that website is free of charge.

46. In the light of the foregoing, the answer to the fifth question is that the limitations of civil liability specified in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 do not apply to the case of a newspaper publishing company which operates a website on which the online version of a newspaper is posted, that company being, moreover, remunerated by income generated by commercial advertisements posted on that website, since it has knowledge of the information posted and exercises control over that information, whether or not access to that website is free of charge.

The second question

47. By its second question, the referring court asks, in essence, whether the limitations of liability specified in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 are capable of applying to actions between individuals relating to civil liability for defamation, so as to be able to interpret its national legislation in conformity with that directive.

48. In the light of the answer to the fifth question, that it does not seem that the service providers at issue in the main proceedings can be considered to be intermediary service providers within the meaning of Articles 12 to 14 of Directive 2000/31, it may not be necessary to answer that question. Nevertheless, in so far as it is not clearly apparent from the order for reference that the conditions referred to in the fifth question correspond to those of the case in the main proceedings, the Court considers that it is necessary to answer the second question.

49. In that regard, it should be noted that Article 2(b) of Directive 2000/31 defines the concept of 'service provider' as any natural or legal person providing an information society service.

50. Consequently, the answer to the second question is that the limitations of civil liability specified in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 are capable of applying in the context of proceedings between individuals relating to civil liability for defamation, where the conditions referred to in those articles are satisfied.

The third question

51. By its third question, the referring court asks, in essence, whether Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 must be interpreted as allowing information society service providers to oppose the bringing of legal proceedings against them and, consequently, the actual adoption of interim measures by a national court. Failing that, it asks whether those articles create individual rights which the service provider concerned may plead as defences in law in the context of legal proceedings such as those in the main proceedings.

52. As previously, it could be considered that it is not necessary to answer that question, since the service providers at issue in the main proceedings do not appear capable of being considered to be intermediary service providers referred to by Articles 12 to 14 of Directive 2000/31.

53. Nevertheless, the Court wishes to inform the referring court that, in terms of their purpose, those articles do not concern the conditions in which judicial remedies for civil liability may be exercised against those service providers, which, in the absence of any specific provision of EU law, come under the sole competence of the Member States, subject to the principles of equivalence and of effectiveness.

54. As regards the question whether those articles create individual rights capable of being invoked by the service provider as grounds of defence in the context of a civil action for defamation, it should be noted that, with regard to proceedings between individuals, such as those at issue in the main proceedings, the Court has consistently held that a directive cannot of itself impose obligations on an individual and cannot therefore be relied on as such against an individual (see,

inter alia, the judgments in *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, paragraph 48, and *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, paragraph 20), without prejudice, however, to possible actions for damages capable of being brought against the State for harm caused as a result of infringements of EU law by that State (see, inter alia, the judgment in *Francovich and Others*, C-6/90 and C-9/90, EU:C:1991:428, paragraph 35).

55. Nevertheless, since the expiry of the period for transposing Directive 2000/31, the Member States have been obliged to make provision, in national law, for the exemptions from liability set out in those articles.

56. On the assumption that such limitations are not however transposed into national law, the national court called upon to interpret that law is required to do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of that directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the third paragraph of Article 288 TFEU (see, inter alia, the judgments in *von Colson and Kamann*, 14/83, EU:C:1984:153, paragraph 26, and *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, paragraph 8).

57. As a result, the answer to the third question is that Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 do not allow information society service providers to oppose the bringing of legal proceedings for civil liability against them and, consequently, the adoption of a prohibitory injunction by a national court. The limitations of liability provided for in those articles may be invoked by the provider in accordance with the provisions of national law transposing them or, failing that, for the purpose of an interpretation of that law in conformity with the directive. By contrast, in a case such as that in the main proceedings, Directive 2000/31 cannot, in itself, create obligations on the part of individuals and therefore cannot be relied on against those individuals.

Costs

58. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Seventh Chamber) hereby rules:

1. Article 2(a) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') must be interpreted as meaning that the concept of 'information society services', within the meaning of that provision, covers the provision of online information services for which the service provider

is remunerated, not by the recipient, but by income generated by advertisements posted on a website.

2. In a case such as that at issue in the main proceedings, Directive 2000/31 does not preclude the application of rules of civil liability for defamation.

3. The limitations of civil liability specified in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 do not apply to the case of a newspaper publishing company which operates a website on which the online version of a newspaper is posted, that company being, moreover, remunerated by income generated by commercial advertisements posted on that website, since it has knowledge of the information posted and exercises control over that information, whether or not access to that website is free of charge.

4. The limitations of civil liability specified in Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 are capable of applying in the context of proceedings between individuals relating to civil liability for defamation, where the conditions referred to in those articles are satisfied.

5. Articles 12 to 14 of Directive 2000/31 do not allow information society service providers to oppose the bringing of legal proceedings for civil liability against them and, consequently, the adoption of a prohibitory injunction by a national court. The limitations of liability provided for in those articles may be invoked by the provider in accordance with the provisions of national law transposing them or, failing that, for the purpose of an interpretation of that law in conformity with the directive. By contrast, in a case such as that in the main proceedings, Directive 2000/31 cannot, in itself, create obligations on the part of individuals and therefore cannot be relied on against those individuals.[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-360/13 - Public Relations Consultants Association Ltd - 5 June 2014

JUDGMENT OF THE COURT (Fourth Chamber)

5 June 2014 (*)

(Copyright - Information Society - Directive 2001/29/EC - Article 5(1) and (5) - Reproduction - Exceptions and limitations - Creation of copies of an internet site on-screen and in the cache of the hard disk in the course of browsing the internet - Temporary act of reproduction - Transient or incidental act - Integral and essential part of a technological process - Lawful use - Independent economic significance)

In Case C-360/13,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Supreme Court of the United Kingdom (United Kingdom), made by decision of 24 June 2013, received at the Court on 27 June 2013, in the proceedings

Public Relations Consultants Association Ltd

v

Newspaper Licensing Agency Ltd and Others,

THE COURT (Fourth Chamber),

composed of L. Bay Larsen, President of the Chamber, M. Safjan, J. Malenovský (Rapporteur), A. Prechal and K. Jürimäe, Judges,

Advocate General: M. Szpunar,

Registrar: A. Calot Escobar,

having regard to the written procedure,

after considering the observations submitted on behalf of:

– Public Relations Consultants Association Ltd, by M. Hart, Solicitor,

– Newspaper Licensing Agency Ltd and Others, by S. Clark, Solicitor,

– the United Kingdom Government, by L. Christie, acting as Agent,

– the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, and by M. Santoro, avvocato dello Stato,

– the Polish Government, by B. Majczyna, acting as Agent,

– the European Commission, by J. Samnadda, acting as Agent,

having decided, after hearing the Advocate General, to proceed to judgment without an Opinion,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 5(1) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

2. The request has been made in proceedings between Public Relations Consultants Association Ltd ('the PRCA') and Newspaper Licensing Agency Ltd and Others ('the NLA') concerning the obligation to obtain authorisation from the copyright holders for the viewing of websites where this involves copies of those sites being made on the user's computer screen and in the internet cache of that computer's hard disk.

Legal context

EU law

3. Recitals 5, 9, 31 and 33 in the preamble to Directive 2001/29 are worded as follows:

'(5) Technological development has multiplied and diversified the vectors for creation, production and exploitation. While no new concepts for the protection of intellectual property are needed, the current law on copyright and related rights should be adapted and supplemented to respond adequately to economic realities such as new forms of exploitation.

…

(9) Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. …

…

(31) A fair balance of rights and interests between the different categories of rightholders, as well as between the different categories of rightholders and users of protected subject-matter, must be safeguarded. …

…

(33) The exclusive right of reproduction should be subject to an exception to allow certain acts of temporary reproduction, which are transient or incidental reproductions, forming an integral and essential part of a technological process and carried out for the sole purpose of enabling either efficient transmission in a network between third parties by an intermediary, or a lawful use of a work or other subject-matter to be made. The acts of reproduction concerned should have no separate economic value on their own. To the extent that they meet these conditions, this exception should include acts which enable browsing as well as acts of caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently, provided that the intermediary does not modify the information and does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information. A use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law.'

4. Article 2(a) of that directive states:

'Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part:

(a) for authors, of their works …'.

5. Under Article 5(1) and (5) of Directive 2001/29:

'1. Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental, which are an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable:

(a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or

(b) lawful use

of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.

…

5. The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.'

United Kingdom law

6. Article 5(1) of Directive 2001/29 was transposed into national law by section 28A of the Copyright, Designs and Patents Act 1988.

The dispute in the main proceedings and the question referred for a preliminary ruling

7. The PRCA is an association of public relations professionals. Those professionals use the media monitoring service offered by the Meltwater group of companies ('Meltwater'), which makes available to them, online, monitoring reports on press articles published on the internet, those reports being compiled on the basis of key words provided by the customers.

8. The NLA is a body set up by the publishers of newspapers in the United Kingdom for the purpose of providing collective licensing of newspaper content.

9. The NLA took the view that Meltwater and its customers were required to obtain authorisation from the copyright holders for, respectively, providing and receiving the media monitoring service.

10. Meltwater agreed to enter into a web database licence. The PRCA, however, maintained that the online receipt of the monitoring reports by Meltwater's customers not require a licence.

11. Seised of the dispute, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, and the Court of Appeal (England & Wales) held that the members of the PRCA were required to obtain a licence or consent from the NLA in order to receive Meltwater's service.

12. The PRCA brought an appeal against that decision before the Supreme Court of the United Kingdom, claiming, in particular, that its members do not need authorisation from rights holders when they confine themselves to viewing the monitoring reports on Meltwater's website.

13. The NLA contended that that activity requires the authorisation of the copyright holders, in so far as viewing the website leads to copies being made on the user's computer screen ('the on-screen copies') and in the internet 'cache' of that computer's hard disk ('the cached copies'). It contends that those copies constitute 'reproductions', within the meaning of Article 2 of Directive 2001/29, that do not come within the exemption provided for in Article 5(1) of that directive.

14. The referring court observes that the proceedings before it concern the question whether internet users who view websites on their computers without downloading or printing them out are committing infringements of copyright by reason of the creation of on-screen copies and cached copies, unless they have the authorisation of the rights holders to make such copies.

15. In this connection, the referring court states, first of all, that when an internet user views a website on his computer, without downloading it, the technical processes involved require the copies in question to be made. The creation of those copies is the automatic result of browsing the internet and requires no human intervention other than the decision to access the website in question. The on-screen copies and the cached copies are retained only for the ordinary duration

of the processes associated with internet usage. In addition, the deletion of those copies does not require any human intervention. It is true that the cached copies may be deleted deliberately by the internet user concerned. However, if the internet user does not do this, those copies are normally replaced by other content after a certain time, which depends on the capacity of the cache and the extent and frequency of internet usage by the internet user concerned.

16. Next, the referring court states that the on-screen copy is an essential part of the technology involved, without which the website cannot be viewed, and remains on the screen until the internet user moves away from the site in question. The internet cache is a universal feature inherent in current internet-browsing technology, without which the internet would be unable to cope with current volumes of online data transmission and would not function properly. The creation of on-screen copies and cached copies is therefore indispensable to the correct and efficient operation of the technical processes involved in internet browsing.

17. Lastly, the referring court points out that, ordinarily, when an internet user browses the internet, he does not set out to make a copy of the image unless he chooses to download it or to print it out. His aim is to view the content of the website selected. The on-screen copies and the cached copies are therefore merely the incidental consequence of the use of his computer to view a website.

18. In the light of those considerations, the referring court concluded that on-screen copies and cached copies satisfy the conditions laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29. None the less, a request for a preliminary ruling to the Court would, it found, be desirable for the purpose of ensuring the uniform application of EU law throughout the territory of the European Union.

19. In this connection, it explains that it is uncertain as to whether those copies are temporary, whether they are transient or incidental in nature and whether they are an integral part of the technological process. By contrast, it takes the view that such copies are bound to satisfy the other conditions laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29.

20. In those circumstances, the Supreme Court of the United Kingdom decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling:

‘In circumstances where:

– an end-user views a web-page without downloading, printing or otherwise setting out to make a copy of it;

– copies of that web-page are automatically made on screen and in the internet “cache” on the end-user’s [computer] hard disk;

– the creation of those copies is indispensable to the technical processes involved in correct and efficient internet browsing;

– the screen copy remains on screen until the end-user moves away from the relevant web-page, when it is automatically deleted by the normal operation of the computer;

– the cached copy remains in the cache until it is overwritten by other material as the end-user views further web-pages, when it is automatically deleted by the normal operation of the computer; and

– the copies are retained for no longer than the ordinary processes associated with internet use referred to [in the fourth and fifth indents] continue;

are such copies (i) temporary, (ii) transient or incidental and (iii) an integral and essential part of the technological process within the meaning of Article 5(1) of Directive 2001/29/EC?'

Consideration of the question referred

21. By its question, the referring court asks, in essence, whether Article 5 of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that the on-screen copies and the cached copies made by an end-user in the course of viewing a website satisfy the conditions that those copies must be temporary, that they must be transient or incidental in nature and that they must constitute an integral and essential part of a technological process, and, if so, whether those copies may be made without the authorisation of the copyright holders.

Preliminary observations

22. Under Article 5(1) of Directive 2001/29, an act of reproduction is exempted from the reproduction right provided for in Article 2 of that directive on condition that:

– it is temporary;

– it is transient or incidental;

– it is an integral and essential part of a technological process;

– its sole purpose is to enable a transmission in a network between third parties by an intermediary or a lawful use of a work or other subject-matter to be made, and

– it has no independent economic significance.

23. According to the case-law of the Court, the conditions set out above must be interpreted strictly, because Article 5(1) of Directive 2001/29 is a derogation from the general rule established by that directive that the copyright holder must authorise any reproduction of his protected work

(Case C-5/08 Infopaq International, EU:C:2009:465, paragraphs 56 and 57, and Joined Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League and Others, EU:C:2011:631, paragraph 162).

24. None the less, it is apparent from that same case-law that the exemption provided for in that provision must allow and ensure the development and operation of new technologies, and safeguard a fair balance between the rights and interests of rights holders and of users of protected works who wish to avail themselves of those technologies (see Football Association Premier League and Others, EU:C:2011:631, paragraph 164).

Whether the conditions laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29 are satisfied

25. The referring court has stated that the on-screen copies and cached copies satisfy the fourth and fifth conditions set out in Article 5(1) of Directive 2001/29; accordingly, the present reference relates solely to whether the first three conditions are satisfied.

26. As regards the first condition, under which the act of reproduction must be temporary, it is apparent from the documents before the Court, first, that the on-screen copies are deleted when the internet user moves away from the website viewed. Secondly, the cached copies are normally automatically replaced by other content after a certain time, which depends on the capacity of the cache and on the extent and frequency of internet usage by the internet user concerned. It follows that those copies are temporary in nature.

27. In those circumstances, it must be held that those copies satisfy the first condition set out in Article 5(1) of Directive 2001/29.

28. Under the third condition, which it is appropriate to examine in second place, the acts of reproduction in question must be an integral and essential part of a technological process. That condition requires that two criteria both be fulfilled, namely that, first, the acts of reproduction are carried out entirely in the context of the implementation of a technological process and, secondly, the completion of those acts of reproduction is necessary, in that the technological process could not function correctly and efficiently without those acts (see Infopaq International, EU:C:2009:465, paragraph 61, and order in Case C-302/10 Infopaq International, EU:C:2012:16, paragraph 30).

29. Concerning, first of all, the first of those two criteria, it should be pointed out that, in the case in the main proceedings, the on-screen copies and the cached copies are created and deleted by the technological process used for viewing websites, with the result that they are made entirely in the context of that process.

30. It is irrelevant, in this regard, that the process in question is activated by the internet user and that it is terminated by a temporary act of reproduction such as the on-screen copy.

31. It follows from the case-law of the Court that, since Article 5(1) of Directive 2001/29 does not specify at which stage of the technological process the acts of temporary reproduction are deemed to be carried out, it cannot be excluded that such acts can initiate or terminate that process (order Infopaq International, EU:C:2012:16, paragraph 31).

32. Furthermore, it is apparent from the case-law that Article 5(1) of Directive 2001/29 does not preclude the technological process from involving human intervention and, in particular, from being activated or completed manually (see, to that effect, order Infopaq International, EU:C:2012:16, paragraph 32).

33. It follows that the on-screen copies and the cached copies must be regarded as being an integral part of the technological process at issue in the main proceedings.

34. Next, as regards the second of the criteria mentioned in paragraph 28 above, it is apparent from the order for reference that, even if the process at issue in the main proceedings can be implemented without the acts of reproduction concerned taking place, the fact remains that, in those circumstances, the process cannot function correctly and efficiently.

35. According to the order for reference, the cached copies greatly facilitate browsing on the internet, since without those copies, the internet would be unable to cope with current volumes of data transmitted online. Without the creation of such copies, the process used for viewing websites would be considerably less efficient and would not be able to function properly.

36. Concerning the on-screen copies, it has not been disputed that, at present, the technology for the viewing of websites on computers requires such copies to be made if it is to function correctly and efficiently.

37. Consequently, the on-screen copies and the cached copies must be regarded as being an essential part of the technological process at issue in the main proceedings.

38 It follows that the two categories of copies satisfy the third condition laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29.

39. The second condition, which it is appropriate to examine in third place, comprises alternative criteria. The act of reproduction must be either transient or incidental.

40. As regards the first of the two criteria, it should be recalled that an act will be held to be ‘transient’, in the light of the technological process used, if its duration is limited to what is

necessary for that process to work properly, it being understood that that process must be automated inasmuch as it deletes such an act automatically, without human intervention, once its function of enabling the completion of such a process has come to an end (see, to that effect, Infopaq International, EU:C:2009:465, paragraph 64).

41. Nevertheless, the requirement of automatic deletion does not preclude such a deletion from being preceded by human intervention directed at terminating the use of the technological process. As stated in paragraph 32 above, it is permissible for the technological process at issue in the main proceedings to be activated and completed manually.

42. Therefore, contrary to what the NLA contends, an act of reproduction does not lose its transient nature merely because the deletion by the system of the copy generated is preceded by the intervention of the end-user designed to terminate the technological process concerned.

43. As regards the other criterion mentioned in paragraph 39 above, an act of reproduction can be regarded as 'incidental' if it neither exists independently of, nor has a purpose independent of, the technological process of which it forms part.

44. In the case in the main proceedings, as regards, first, the on-screen copies, it should be recalled that these are automatically deleted by the computer at the moment when the internet user moves away from the website concerned and, therefore, at the moment when he terminates the technological process used for viewing that site.

45. In this connection, it is irrelevant, contrary to what the NLA contends, that the on-screen copy remains in existence for as long as the internet user keeps his browser open and stays on the website concerned because, during that period, the technological process used for viewing that site remains active.

46. Accordingly, it must be held that the period during which the on-screen copies remain in existence is limited to what is necessary for the proper functioning of the technological process used for viewing the website concerned. Consequently, those copies must be regarded as 'transient'.

47. Next, so far as concerns the cached copies, it is true that, unlike the on-screen copies, they are not deleted at the time when the internet user terminates the technological process used for viewing the website concerned, since they are retained in the cache for the purposes of a possible subsequent viewing of that site.

48. However, it is not necessary that such copies be categorised as 'transient' once it has been established that they are incidental in nature in the light of the technological process used.

49. In this connection, it should be pointed out, first, that the technological process in question wholly determines the purpose for which those copies are created and used, although, as is apparent from paragraph 34 above, that process can function, albeit less efficiently, without such copies being made. Secondly, it is apparent from the documents before the Court that internet users employing the technological process at issue in the main proceedings cannot create the cached copies outside of that process.

50. It follows that the cached copies neither exist independently of, nor have a purpose independent of, the technological process at issue in the main proceedings and must, for that reason, be regarded as 'incidental'.

51. In those circumstances, it must be held that the on-screen copies and the cached copies satisfy the second condition laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29.

52. In the light of the foregoing, it must be held that the copies at issue in the main proceedings satisfy the first three conditions set out in Article 5(1) of Directive 2001/29.

53. Nevertheless, in order for it to be possible to rely on the exception laid down in that provision, as interpreted in paragraph 52 above, those copies must also satisfy the conditions laid down in Article 5(5) of Directive 2001/29 (see, to that effect, Football Association Premier League and Others, EU:C:2011:631, paragraph 181).

Whether the conditions laid down in Article 5(5) of Directive 2001/29 are satisfied

54. Under Article 5(5) of Directive 2001/29, the carrying-out of a temporary act of reproduction is exempt from the reproduction right only in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rights holders.

55. In this connection, it should be stated, first of all, that, since the on-screen copies and the cached copies are created only for the purpose of viewing websites, they constitute, on that basis, a special case.

56. Next, although the copies make it possible, in principle, for internet users to access works displayed on websites without the authorisation of the copyright holders, the copies do not unreasonably prejudice the legitimate interests of those rights holders.

57. In this connection, it must be pointed out that the works are made available to internet users by the publishers of the websites, those publishers being required, under Article 3(1) of Directive 2001/29, to obtain authorisation from the copyright holders concerned, since that making available constitutes a communication to the public within the meaning of that article.

58. The legitimate interests of the copyright holders concerned are thus properly safeguarded.

59. In those circumstances, there is no justification for requiring internet users to obtain another authorisation allowing them to avail themselves of the same communication as that already authorised by the copyright holder in question.

60. Lastly, it must be held that the creation of the on-screen copies and the cached copies does not conflict with a normal exploitation of the works.

61. In this connection, it should be pointed out that the viewing of websites by means of the technological process at issue represents a normal exploitation of the works which makes it possible for internet users to avail themselves of the communication to the public made by the publisher of the website concerned. Given that the creation of the copies in question forms part of such viewing, it cannot operate to the detriment of such an exploitation of the works.

62. It follows from the foregoing that the on-screen copies and the cached copies satisfy the conditions laid down in Article 5(5) of Directive 2001/29.

63. In those circumstances, the answer to the question referred is that Article 5 of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that the on-screen copies and the cached copies made by an end-user in the course of viewing a website satisfy the conditions that those copies must be temporary, that they must be transient or incidental in nature and that they must constitute an integral and essential part of a technological process, as well as the conditions laid down in Article 5(5) of that directive, and that they may therefore be made without the authorisation of the copyright holders.

Costs

64. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Fourth Chamber) hereby rules:

Article 5 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society must be interpreted as meaning that the copies on the user’s computer screen and the copies in the internet ‘cache’ of that computer’s hard disk, made by an end-user in the course of viewing a website, satisfy the conditions that those copies must be temporary, that they must be transient or incidental in nature and that they must constitute an integral and essential part of a technological

process, as well as the conditions laid down in Article 5(5) of that directive, and that they may therefore be made without the authorisation of the copyright holders.

[Signatures]

* Language of the case: English.

AB Adalet Divanı - C-314/12 - Telekabel - 27 March 2014

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 38/14

Luxembourg, 27 March 2014

Judgment in Case C-314/12

UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH

An internet service provider may be ordered to block its customers' access to a copyright-infringing website

Such an injunction and its enforcement must, however, ensure a fair balance between the fundamental rights concerned

Constantin Film Verleih, a German company which holds, inter alia, the rights to the films 'Vicky the Viking'[1] and 'Pandorum', and Wega Filmproduktionsgesellschaft, an Austrian company which holds the rights to the film 'The White Ribbon'[2], became aware that their films could be viewed or even downloaded from the website 'kino.to'[3] without their consent. At the request of those two companies, the Austrian courts prohibited UPC Telekabel Wien, an internet service provider ('ISP') established in Austria, from providing its customers with access to that site. UPC Telekabel considers that such an injunction cannot be addressed to it, because, at the material time, it did not have any business relationship with the operators of kino.to and it was never established that its own customers acted unlawfully. UPC Telekabel also claims that the various blocking measures which may be introduced could, in any event, be technically circumvented. Finally, some of those measures are excessively costly.

[1] 'Wickie und die starken Männer' in the original version.
[2] 'Das weiße Band' in the original version.
[3] In June 2011, that site ceased its activity in consequence of an action of the German police taken against the operators.

Hearing the case at last instance, the Oberster Gerichtshof (Supreme Court, Austria) asked the Court of Justice to interpret the EU Copyright Directive[4] and the fundamental rights recognised by EU law. The directive provides for the possibility for rightholders to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe their rights[5]. UPC Telekabel submits that it cannot be considered to be an intermediary in that sense.

In today's judgment, the Court replies to the Oberster Gerichtshof that a person who makes protected subject-matter available to the public on a website without the agreement of the rightholder is using the services of the business which provides internet access to persons accessing that subject-matter. Thus, an ISP, such as UPC Telekabel, which allows its customers to access protected subject-matter made available to the public on the internet by a third party is an intermediary whose services are used to infringe a copyright.

The Court notes, in that regard, that the directive, which seeks to guarantee a high level of protection of rightholders, does not require a specific relationship between the person infringing copyright and the intermediary against whom an injunction may be issued. Nor is it necessary to prove that the customers of the ISP actually access the protected subject-matter made accessible on the third party's website, because the directive requires that the measures which the Member States must take in order to conform to that directive are aimed not only at bringing infringements of copyright and of related rights to an end, but also at preventing them.

The Oberster Gerichtshof also seeks to know whether the fundamental rights recognised at EU level preclude a national court from prohibiting an ISP, by means of an injunction, from allowing its customers access to a website which places protected subject-matter online without the agreement of the rightholders, when that injunction does not specify the measures which the ISP must take and when that ISP can avoid incurring coercive penalties for breach of the injunction by showing that it has taken all reasonable measures.

In this connection, the Court notes that, within the framework of such an injunction, copyrights and related rights (which are intellectual property) primarily enter into conflict with the freedom to conduct a business, which economic agents (such as internet service providers) enjoy, and with

[4] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

[5] As regards that possibility, the Court has already held that EU law precludes the imposition of an injunction by a national court which requires an internet service provider to install a filtering system with a view to preventing the illegal downloading of files which applies indiscriminately to all its customers, as a preventive measure, exclusively at its expense, and for an unlimited period (see Case C-70/10 Scarlett Extended, and Press Release No 126/11). The Court has also held that the owner of an online social network cannot be obliged to install a general filtering system, covering all its users, in order to prevent the unlawful use of musical and audio-visual work (see Case C-360/10 SABAM, and Press Release No 11/12).

the freedom of information of internet users. Where several fundamental rights are at issue, Member States must ensure that they rely on an interpretation of EU law and their national law which allows a fair balance to be struck between those fundamental rights.

With regard, more specifically, to the ISP's freedom to conduct a business, the Court considers that that injunction does not seem to infringe the very substance of that right, given that, first, it leaves its addressee to determine the specific measures to be taken in order to achieve the result sought, with the result that he can choose to put in place measures which are best adapted to the resources and abilities available to him and which are compatible with the other obligations and challenges which he will encounter in the exercise of his activity, and that, secondly, it allows him to avoid liability by proving that he has taken all reasonable measures.

The Court therefore holds that the fundamental rights concerned do not preclude such an injunction, on two conditions: (i) that the measures taken by the ISP do not unnecessarily deprive users of the possibility of lawfully accessing the information available6 and (ii) that those measures have the effect of preventing unauthorised access to the protected subject-matter or, at least, of making it difficult to achieve and of seriously discouraging users from accessing the subject-matter that has been made available to them in breach of the intellectual property right7. The Court states that internet users and also, indeed, the ISP must be able to assert their rights before the court. It is a matter for the national authorities and courts to check whether those conditions are satisfied.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court's decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

Unofficial document for media use, not binding on the Court of Justice.

JUDGMENT OF THE COURT (Fourth Chamber)

27 March 2014

Language of the case: German.

(Request for a preliminary ruling - Approximation of laws - Copyright and related rights - Information society - Directive 2001/29/EC - Website making cinematographic works available to the public without the consent of the holders of a right related to copyright - Article 8(3) - Concept of 'intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right' - Internet service provider - Order addressed to an internet service provider prohibiting it from giving its customers access to a website - Balancing of fundamental rights)

In Case C-314/12,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Oberster Gerichtshof (Austria), made by decision of 11 May 2012, received at the Court on 29 June 2012, in the proceedings

UPC Telekabel Wien GmbH

v

Constantin Film Verleih GmbH,

Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH,

THE COURT (Fourth Chamber),

composed of L. Bay Larsen, President of the Chamber, K. Lenaerts, Vice-President of the Court, acting as a judge of the Fourth Chamber, M. Safjan, J. Malenovský (Rapporteur) and A. Prechal, Judges,

Advocate General: P. Cruz Villalón,

Registrar: A. Impellizzeri, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 20 June 2013,

after considering the observations submitted on behalf of:

- UPC Telekabel Wien GmbH, by M. Bulgarini and T. Höhne, Rechtsanwälte,

- Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, by A. Manak and N. Kraft, Rechtsanwälte,

- the Austrian Government, by A. Posch, acting as Agent,

- the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, assisted by W. Ferrante, avvocato dello Stato,

- the Netherlands Government, by C. Schillemans and C. Wissels, acting as Agents,

- the United Kingdom Government, by L. Christie, acting as Agent, assisted by S. Malynicz, barrister,

- the European Commission, by J. Samnadda and F.W. Bulst, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 26 November 2013,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 5(1) and (2)(b) and Article 8(3) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10), and of certain fundamental rights enshrined in EU law.

2. The request has been made in proceedings between (i) UPC Telekabel Wien GmbH ('UPC Telekabel') and (ii) Constantin Film Verleih GmbH ('Constantin Film') and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH ('Wega') concerning an application for UPC Telekabel to be ordered to block the access of its customers to a website making available to the public some of the films of Constantin Film and of Wega without their consent.

Legal context

EU law

3. Recitals 9 and 59 in the preamble to Directive 2001/29 state:

> '(9) Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. … Intellectual property has therefore been recognised as an integral part of property.

…

(59) In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network. … The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.'

4. Article 1 of that directive, headed 'Scope', provides in paragraph 1:

'This Directive concerns the legal protection of copyright and related rights in the framework of the internal market, with particular emphasis on the information society.'

5. Article 3 of the same directive, headed 'Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter', provides in paragraph 2:

'Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit the making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them:

…

(c) for the producers of the first fixations of films, of the original and copies of their films;

…'

6. Article 8 of Directive 2001/29, headed 'Sanctions and remedies', states in paragraph 3:

'Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

Austrian law

7. Paragraph 18a(1) of the Law on copyright (Urheberrechtsgesetz) of 9 April 1936 (BGBl. 111/1936), as amended by the new law of 2003 on copyright (Urheberrechtsgesetz-Novelle 2003, BGBl. I, 32/2003, 'the UrhG'), reads:

> ‘The author has the exclusive right to make the work available to the public, by wire or wireless means, in such a way which allows members of the public to access it from a place and at a time chosen by them.’

8. Paragraph 81(1) and (1a) of the UrhG state:

> ‘(1) A person who has suffered an infringement of any exclusive rights conferred by this Law, or who fears such an infringement, shall be entitled to bring proceedings for a restraining injunction. Legal proceedings may also be brought against the proprietor of a business if the infringement is committed in the course of the activities of his business by one of his employees or by a person acting under his control, or if there is a danger that such an infringement will be committed; Paragraph 81(1a) shall apply *mutatis mutandis*.
>
> (1a) If the person who has committed such an infringement, or by whom there is a danger of such an infringement being committed, uses the services of an intermediary for that purpose, the intermediary shall also be liable to an injunction under subparagraph (1). …’

9. Paragraph 355(1) of the Code of Enforcement (Executionsordnung) states:

> ‘Enforcement against the person obligated to desist from an activity or to tolerate the carrying out of an activity shall take place, at the time of consent to enforcement, by the imposition by the enforcement court, upon application, of a fine for any non-compliance after the obligation became executory. In the event of further non-compliance, the enforcement court shall, upon application, impose a further fine or a period of imprisonment of up to one year in total. …’

10. It is apparent from the explanations given by the referring court in its request for a preliminary ruling that, at the stage of the enforcement procedure, the addressee of the prohibition can argue, in order to avoid liability, that he has taken all of the measures that could be expected of him in order to prevent the result prohibited.

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

11. Having established that a website was offering, without their agreement, either a download or ‘streaming’ of some of the films which they had produced, Constantin Film and Wega, two film production companies, referred the matter to the court responsible for hearing applications for interim measures with a view to obtaining, on the basis of Article 81(1a) of the UrhG, an order enjoining UPC Telekabel, an internet service provider, to block the access of its customers to the website at issue, inasmuch as that site makes available to the public, without their consent, cinematographic works over which they hold a right related to copyright.

12. By order of 13 May 2011, the Handelsgericht Wien (Commercial Court, Vienna) (Austria) prohibited UPC Telekabel from providing its customers with access to the website at issue; that prohibition was to be carried out in particular by blocking that site's domain name and current IP ('Internet Protocol') address and any other IP address of that site of which UPC Telekabel might be aware.

13. In June 2011, the website at issue ceased its activity following an action of the German police forces against its operators.

14. By order of 27 October 2011, the Oberlandesgericht Wien (Higher Regional Court, Vienna) (Austria), as an appeal court, partially reversed the order of the court of first instance in so far as it had wrongly specified the means that UPC Telekabel had to introduce in order to block the website at issue and thus execute the injunction. In order to reach that conclusion, the Oberlandesgericht Wien first of all held that Article 81(1a) of the UrhG must be interpreted in the light of Article 8(3) of Directive 2001/29. It then held that, by giving its customers access to content illegally placed online, UPC Telekabel had to be regarded as an intermediary whose services were used to infringe a right related to copyright, with the result that Constantin Film and Wega were entitled to request that an injunction be issued against UPC Telekabel. However, as regards the protection of copyright, the Oberlandesgericht Wien held that UPC Telekabel could only be required, in the form of an obligation to achieve a particular result, to forbid its customers access to the website at issue, but that it had to remain free to decide the means to be used.

15. UPC Telekabel appealed on a point of law to the Oberster Gerichtshof (Supreme Court) (Austria).

16. In support of its appeal, UPC Telekabel submits inter alia that its services could not be considered to be used to infringe a copyright or related right within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29 because it did not have any business relationship with the operators of the website at issue and it was not established that its own customers acted unlawfully. In any event, UPC Telekabel claims that the various blocking measures which may be introduced can all be technically circumvented and that some of them are excessively costly.

17. In those circumstances, the Oberster Gerichtshof decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

> '(1) Is Article 8(3) of Directive 2001/29 … to be interpreted as meaning that a person who makes protected subject-matter available on the internet without the rightholder's consent [for the purpose of Article 3(2) of Directive 2001/29] is using the services of the [internet] access providers of persons seeking access to that protected subject-matter?

If the answer to the first question is in the negative:

(2) Are reproduction for private use [within the meaning of Article 5(2)(b) of Directive 2001/29] and transient and incidental reproduction [within the meaning of Article 5(1) of Directive 2001/29] permissible only if the original of the reproduction was lawfully reproduced, distributed or made available to the public?

If the answer to the first question or the second question is in the affirmative and an injunction is therefore to be issued against the user's [internet] access provider in accordance with Article 8(3) of [Directive 2001/29]:

(3) Is it compatible with Union law, in particular with the necessary balance between the parties' fundamental rights, to prohibit in general terms an [internet] access provider from allowing its customers access to a certain website (thus without ordering specific measures) as long as the material available on that website is provided exclusively or predominantly without the rightholder's consent, if the access provider can avoid incurring coercive penalties for breach of the prohibition by showing that it had nevertheless taken all reasonable measures?

If the answer to the third question is in the negative:

(4) Is it compatible with Union law, in particular with the necessary balance between the parties' fundamental rights, to require an [internet] access provider to take specific measures to make it more difficult for its customers to access a website containing material that is made available unlawfully if those measures require not inconsiderable costs and can easily be circumvented without any special technical knowledge?'

Consideration of the questions referred

Admissibility of the questions referred

18. As a preliminary point, it should be noted that the fact that the website at issue in the main proceedings has ceased its activity does not make the questions referred inadmissible.

19. In accordance with settled case-law, in proceedings under Article 267 TFEU, which are based on a clear separation of functions between the national courts and the Court of Justice, it is solely for the national court, before which the dispute has been brought and which must assume responsibility for the judicial decision to be made, to determine, in the light of the particular circumstances of the case, both the need for and the relevance of the questions that it submits to the Court (see, to that effect, Case C-415/11 *Aziz* [2013] ECR, paragraph 34).

20. Thus, the Court may refuse to rule on a question referred for a preliminary ruling by a national court only where it is quite obvious that the interpretation of EU law that is sought bears no relation to the actual facts of the main action or its purpose, where the problem is hypothetical, or where the Court does not have before it the factual or legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted to it (*Aziz*, paragraph 35).

21. However, that is not the case in the dispute in the main proceedings because it is apparent from the request for a preliminary ruling that, under Austrian law, the referring court must make its decision on the basis of the facts as set out in the decision at first instance, that is to say at a time when the website at issue in the main proceedings was still accessible.

22. It follows from the above that the request for a preliminary ruling is admissible.

The first question

23. By its first question, the referring court asks, essentially, whether Article 8(3) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that a person who makes protected subject-matter available to the public on a website without the agreement of the rightholder, for the purpose of Article 3(2) of that directive, is using the services of the internet service provider of the persons accessing that subject-matter, which is to be regarded as an intermediary within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

24. As a preliminary point, it should be noted that, in the case in the main proceedings, it is common ground that the protected subject-matter was made available to users of a website without the consent of the rightholders mentioned in Article 3(2) of Directive 2001/29.

25. Given that, according to that provision, rightholders have the exclusive right to authorise or prohibit any act of making available to the public, it must be stated that an act of making protected subject-matter available to the public on a website without the rightholders' consent infringes copyright and related rights.

26. In order to remedy such a situation of infringement of the rights at issue, Article 8(3) of Directive 2001/29 provides for the possibility for rightholders to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe one of their rights.

27. As Recital 59 in the preamble to Directive 2001/29 states, since the services of intermediaries are increasingly used for infringing copyright or related rights, such intermediaries are, in many cases, best placed to bring such infringing activities to an end.

28. In the present case, the Handelsgericht Wien and then the Oberlandesgericht Wien ordered UPC Telekabel, the internet service provider addressed by the injunction at issue in the main proceedings, to bring the infringement of the rights of Constantin Film and of Wega to an end.

29. However, UPC Telekabel disputes that it may be considered, for the purposes of Article 8(3) of Directive 2001/29, to be an intermediary whose services are used to infringe a copyright or related right.

30. In this respect, it follows from Recital 59 in the preamble to Directive 2001/29 that the term 'intermediary' used in Article 8(3) of that directive covers any person who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network.

31. Having regard to the objective pursued by Directive 2001/29, as shown in particular by Recital 9 thereof, which is to guarantee rightholders a high level of protection, the concept of infringement thus used must be understood as including the case of protected subject-matter placed on the internet and made available to the public without the agreement of the rightholders at issue.

32. Accordingly, given that the internet service provider is an inevitable actor in any transmission of an infringement over the internet between one of its customers and a third party, since, in granting access to the network, it makes that transmission possible (see, to that effect, the order in Case C-557/07 *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten* [2009] ECR I-1227, paragraph 44), it must be held that an internet service provider, such as that at issue in the main proceedings, which allows its customers to access protected subject-matter made available to the public on the internet by a third party is an intermediary whose services are used to infringe a copyright or related right within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

33. Such a conclusion is borne out by the objective pursued by Directive 2001/29. To exclude internet service providers from the scope of Article 8(3) of Directive 2001/29 would substantially diminish the protection of rightholders sought by that directive (see, to that effect, order in *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, paragraph 45).

34. That conclusion cannot be called into question by the argument that, for Article 8(3) of Directive 2001/29 to be applicable, there has to be a contractual link between the internet service provider and the person who infringed a copyright or related right.

35. Neither the wording of Article 8(3) nor any other provision of Directive 2001/29 indicates that a specific relationship between the person infringing copyright or a related right and the intermediary is required. Furthermore, that requirement cannot be inferred from the objectives pursued by that directive, given that to admit such a requirement would reduce the legal protection

afforded to the rightholders at issue, whereas the objective of that directive, as is apparent inter alia from Recital 9 in its preamble, is precisely to guarantee them a high level of protection.

36. Nor is the conclusion reached by the Court in paragraph 30 of this judgment invalidated by the assertion that, in order to obtain the issue of an injunction against an internet service provider, the holders of a copyright or of a related right must show that some of the customers of that provider actually access, on the website at issue, the protected subject-matter made available to the public without the agreement of the rightholders.

37. Directive 2001/29 requires that the measures which the Member States must take in order to conform to that directive are aimed not only at bringing to an end infringements of copyright and of related rights, but also at preventing them (see, to that effect, Case C-70/10 *Scarlet Extended* [2011] ECR I-11959, paragraph 31, and Case C-360/10 *SABAM* [2012] ECR, paragraph 29).

38. Such a preventive effect presupposes that the holders of a copyright or of a related right may act without having to prove that the customers of an internet service provider actually access the protected subject-matter made available to the public without their agreement.

39. That is all the more so since the existence of an act of making a work available to the public presupposes only that the work was made available to the public; it is not decisive that persons who make up that public have actually had access to that work or not (see, to that effect, Case C-306/05 *SGAE* [2006] ECR I-11519, paragraph 43).

40. In view of the above, the answer to the first question is that Article 8(3) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that a person who makes protected subject-matter available to the public on a website without the agreement of the rightholder, for the purpose of Article 3(2) of that directive, is using the services of the internet service provider of the persons accessing that subject-matter, which must be regarded as an intermediary within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

The second question

41. In the light of the reply to the first question, it is not necessary to reply to the second question.

The third question

42. By its third question, the referring court asks, essentially, whether the fundamental rights recognised by EU law must be interpreted as precluding a court injunction prohibiting an internet service provider from allowing its customers access to a website placing protected subject-matter online without the agreement of the rightholders when that injunction does not specify the measures which that access provider must take and when that access provider can avoid incurring

coercive penalties for breach of that injunction by showing that it has taken all reasonable measures.

43. In this respect, as is apparent from Recital 59 in the preamble to Directive 2001/29, the rules for the injunctions which the Member States must lay down pursuant to Article 8(3) of the directive, such as those relating to the conditions to be met and the procedure to be followed, are a matter for national law.

44. That said, those national rules, and likewise their application by the national courts, must observe the limitations arising from Directive 2001/29 and from the sources of law to which Recital 3 in its preamble refers (see, to that effect, *Scarlet Extended*, paragraph 33 and the case-law cited there).

45. In order to assess whether an injunction such as that at issue in the main proceedings, taken on the basis of Article 8(3) of Directive 2001/29, is consistent with EU law, it is therefore necessary to take account in particular of the requirements that stem from the protection of the applicable fundamental rights, and to do so in accordance with Article 51 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter') (see, to that effect, *Scarlet Extended*, paragraph 41).

46. The Court has already ruled that, where several fundamental rights are at issue, the Member States must, when transposing a directive, ensure that they rely on an interpretation of the directive which allows a fair balance to be struck between the applicable fundamental rights protected by the European Union legal order. Then, when implementing the measures transposing that directive, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with that directive but also ensure that they do not rely on an interpretation of it which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of EU law, such as the principle of proportionality (see, to that effect, Case C-275/06 *Promusicae* [2008] ECR I-271, paragraph 68).

47. In the present case, it must be observed that an injunction such as that at issue in the main proceedings, taken on the basis of Article 8(3) of Directive 2001/29, makes it necessary to strike a balance, primarily, between (i) copyrights and related rights, which are intellectual property and are therefore protected under Article 17(2) of the Charter, (ii) the freedom to conduct a business, which economic agents such as internet service providers enjoy under Article 16 of the Charter, and (iii) the freedom of information of internet users, whose protection is ensured by Article 11 of the Charter.

48. As regards the freedom to conduct a business, the adoption of an injunction such as that at issue in the main proceedings restricts that freedom.

49. The freedom to conduct a business includes, inter alia, the right for any business to be able to freely use, within the limits of its liability for its own acts, the economic, technical and financial resources available to it.

50. An injunction such as that at issue in the main proceedings constrains its addressee in a manner which restricts the free use of the resources at his disposal because it obliges him to take measures which may represent a significant cost for him, have a considerable impact on the organisation of his activities or require difficult and complex technical solutions.

51. However, such an injunction does not seem to infringe the very substance of the freedom of an internet service provider such as that at issue in the main proceedings to conduct a business.

52. First, an injunction such as that at issue in the main proceedings leaves its addressee to determine the specific measures to be taken in order to achieve the result sought, with the result that he can choose to put in place measures which are best adapted to the resources and abilities available to him and which are compatible with the other obligations and challenges which he will encounter in the exercise of his activity.

53. Secondly, such an injunction allows its addressee to avoid liability by proving that he has taken all reasonable measures. That possibility of exoneration clearly has the effect that the addressee of the injunction will not be required to make unbearable sacrifices, which seems justified in particular in the light of the fact that he is not the author of the infringement of the fundamental right of intellectual property which has led to the adoption of the injunction.

54. In that regard, in accordance with the principle of legal certainty, it must be possible for the addressee of an injunction such as that at issue in the main proceedings to maintain before the court, once the implementing measures which he has taken are known and before any decision imposing a penalty on him is adopted, that the measures taken were indeed those which could be expected of him in order to prevent the proscribed result.

55. None the less, when the addressee of an injunction such as that at issue in the main proceedings chooses the measures to be adopted in order to comply with that injunction, he must ensure compliance with the fundamental right of internet users to freedom of information.

56. In this respect, the measures adopted by the internet service provider must be strictly targeted, in the sense that they must serve to bring an end to a third party’s infringement of copyright or of a related right but without thereby affecting internet users who are using the provider’s services

in order to lawfully access information. Failing that, the provider's interference in the freedom of information of those users would be unjustified in the light of the objective pursued.

57. It must be possible for national courts to check that that is the case. In the case of an injunction such as that at issue in the main proceedings, the Court notes that, if the internet service provider adopts measures which enable it to achieve the required prohibition, the national courts will not be able to carry out such a review at the stage of the enforcement proceedings if there is no challenge in that regard. Accordingly, in order to prevent the fundamental rights recognised by EU law from precluding the adoption of an injunction such as that at issue in the main proceedings, the national procedural rules must provide a possibility for internet users to assert their rights before the court once the implementing measures taken by the internet service provider are known.

58. As regards intellectual property, it should be pointed out at the outset that it is possible that the enforcement of an injunction such as that in the main proceedings will not lead to a complete cessation of the infringements of the intellectual property right of the persons concerned.

59. First, as has been stated, the addressee of such an injunction has the possibility of avoiding liability, and thus of not adopting some measures that may be achievable, if those measures are not capable of being considered reasonable.

60. Secondly, it is possible that a means of putting a complete end to the infringements of the intellectual property right does not exist or is not in practice achievable, as a result of which some measures taken might be capable of being circumvented in one way or another.

61. The Court notes that there is nothing whatsoever in the wording of Article 17(2) of the Charter to suggest that the right to intellectual property is inviolable and must for that reason be absolutely protected (see, to that effect, *Scarlet Extended*, paragraph 43).

62. None the less, the measures which are taken by the addressee of an injunction, such as that at issue in the main proceedings, when implementing that injunction must be sufficiently effective to ensure genuine protection of the fundamental right at issue, that is to say that they must have the effect of preventing unauthorised access to the protected subject-matter or, at least, of making it difficult to achieve and of seriously discouraging internet users who are using the services of the addressee of that injunction from accessing the subject-matter made available to them in breach of that fundamental right.

63. Consequently, even though the measures taken when implementing an injunction such as that at issue in the main proceedings are not capable of leading, in some circumstances, to a complete cessation of the infringements of the intellectual property right, they cannot however be

considered to be incompatible with the requirement that a fair balance be found, in accordance with Article 52(1), in fine, of the Charter, between all applicable fundamental rights, provided that (i) they do not unnecessarily deprive internet users of the possibility of lawfully accessing the information available and (ii) that they have the effect of preventing unauthorised access to protected subject-matter or, at least, of making it difficult to achieve and of seriously discouraging internet users who are using the services of the addressee of that injunction from accessing the subject-matter that has been made available to them in breach of the intellectual property right.

64. In the light of the foregoing considerations, the answer to the third question is that the fundamental rights recognised by EU law must be interpreted as not precluding a court injunction prohibiting an internet service provider from allowing its customers access to a website placing protected subject-matter online without the agreement of the rightholders when that injunction does not specify the measures which that access provider must take and when that access provider can avoid incurring coercive penalties for breach of that injunction by showing that it has taken all reasonable measures, provided that (i) the measures taken do not unnecessarily deprive internet users of the possibility of lawfully accessing the information available and (ii) that those measures have the effect of preventing unauthorised access to the protected subject-matter or, at least, of making it difficult to achieve and of seriously discouraging internet users who are using the services of the addressee of that injunction from accessing the subject-matter that has been made available to them in breach of the intellectual property right, that being a matter for the national authorities and courts to establish.

The fourth question

65. In the light of the reply to the third question, it is not necessary to reply to the fourth question.

Costs

66. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Fourth Chamber) hereby rules:

1. Article 8(3) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society must be interpreted as meaning that a person who makes protected subject-matter available to the public on a website without the agreement of the rightholder, for the purpose of Article 3(2) of that directive, is using the services of the internet service provider of the persons accessing that

subject-matter, which must be regarded as an intermediary within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

2. The fundamental rights recognised by EU law must be interpreted as not precluding a court injunction prohibiting an internet service provider from allowing its customers access to a website placing protected subject-matter online without the agreement of the rightholders when that injunction does not specify the measures which that access provider must take and when that access provider can avoid incurring coercive penalties for breach of that injunction by showing that it has taken all reasonable measures, provided that (i) the measures taken do not unnecessarily deprive internet users of the possibility of lawfully accessing the information available and (ii) that those measures have the effect of preventing unauthorised access to the protected subject-matter or, at least, of making it difficult to achieve and of seriously discouraging internet users who are using the services of the addressee of that injunction from accessing the subject-matter that has been made available to them in breach of the intellectual property right, that being a matter for the national authorities and courts to establish.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-314/12 - Telekabel - 27 March 2014 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon

OPINION OF ADVOCATE GENERAL CRUZ VILLALÓN

delivered on 26 November 2013 **[1]**

Case C-314/12

UPC Telekabel Wien GmbH

v

Constantin Film Verleih GmbH

and

Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH

(Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria))

(Information society - Intellectual property rights - Directive 2001/29/EC - Article 8(3) of Directive 2001/29/EC - Article 16 of the Charter of Fundamental Rights - Measures against a website massively infringing copyright - Injunction against an Internet access provider as an intermediary whose services are used by a third party to infringe a copyright - Injunction ordering the blocking of a copyright-infringing website)

1. The present case affords the Court the opportunity to develop further its case-law on the protection of copyright on the Internet. **[2]** In addition to the content and procedure for the issuing of an injunction pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC, **[3]** it concerns the question whether an injunction can be issued at all against an Internet service provider ('ISP') which provides Internet access not to the operator of a website massively infringing copyright, but only to users accessing that website.

I - Legal framework

A - *EU law*

2. Recital 59 in the preamble to Directive 2001/29 states:

> ‘In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party’s infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.’

3. Article 8(3) of Directive 2001/29 provides:

> ‘Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.’

4. Article 15 of Directive 2000/31/EC **[4]** provides, under the heading ‘No general obligation to monitor’:

> ‘1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.
>
> 2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.’

5. Article 3 of Directive 2004/48 **[5]** provides as follows:

> ‘1. Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this Directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable, and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

2. Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.'

B - ***National law***

6. Paragraph 81 of the Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Austrian Federal Law on copyright in literary and artistic works and related rights (Urheberrechtsgesetz; 'the UrhG')) **[6]** provides:

'(1) A person who has suffered an infringement of any exclusive rights conferred by this Law, or who fears such an infringement, shall be entitled to bring proceedings for a restraining injunction. Legal proceedings may also be brought against the proprietor of a business if the infringement is committed in the course of the activities of his business by one of his employees or by a person acting under his control, or if there is a danger that such an infringement will be committed; Paragraph 81(1a) shall apply *mutatis mutandis*.

(1a) If the person who has committed such an infringement, or by whom there is a danger of such an infringement being committed, uses the services of an intermediary for that purpose, the intermediary shall also be liable to an injunction under subparagraph (1). However, where the conditions for an exclusion of liability in accordance with Paragraphs 13 to 17 of the ECG exist in the case of that intermediary, proceedings may be brought against him only after he has been given a warning.'

7. Paragraph 13 of the E-Commerce-Gesetz (Law on e-commerce, 'the ECG') **[7]** deals with the exclusion of the liability of service providers acting as conduits. Paragraph 13(1) reads as follows:

'A service provider who transmits in a communication network information provided by a recipient of the service or who provides access to a communication network shall not be liable for the information transmitted, provided that he

1. does not initiate the transmission;

2. does not select the receiver of the transmission; and

3. does not select or modify the information contained in the transmission.'

8. Paragraph 355(1) of the Exekutionsordnung (Code of Enforcement) **[8]** reads:

'Enforcement against the person obligated to desist from an activity or to tolerate the carrying out of an activity shall take place at the time of consent to enforcement, by the imposition by the enforcement court, upon application, of a fine for any non-compliance

after the obligation became executory. In the event of further non-compliance, the enforcement court shall, upon application, impose a further fine or a period of imprisonment of up to one year in total. …'

II - Facts and main proceedings

9. The website operating under the domain name *kino.to* enabled users to access a wide range of films protected by copyright. The films could either be watched by streaming or downloaded. The former implies the creation of a transient reproduction on the terminal equipment, the latter a permanent reproduction, generally for private use.

10. Among the films made available to the public on the website were works in which the rights are held by the plaintiffs in the main proceedings, namely Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH ('the plaintiffs'). The plaintiffs had not given consent for that purpose.

11. UPC Telekabel Wien GmbH ('the defendant') is a major Austrian ISP. It has no legal relationship with the operators of the website *kino.to* and made neither Internet access nor storage space available to them. According to the findings of the referring court, however, it can almost certainly be assumed that individual customers of the defendant availed themselves of the *kino.to* offer.

12. The plaintiffs requested the defendant out of court to block the website *kino.to*. When it did not comply with that request, the plaintiffs applied to the Handelsgericht Wien (Commercial Court, Vienna) for an injunction prohibiting the defendant from providing its customers with access to the website *kino.to* if certain films belonging to the plaintiffs were made available to customers on that website, either in full or in the form of clips. The main claim was given concrete expression in a number of further claims, described as 'requests in the alternative' and not restrictive of the main claim, by examples of specific blocking measures (DNS blocking of the domain name, blockade of the website's current IP address at any given time, the latter, should the need arise, only after notification by the plaintiffs).

13. The plaintiffs based their application on Paragraph 81(1a) of the UrhG and stated as their ground for it that the defendant was providing access to content made available illegally. The provision of the access should be prohibited. Specific measures should only be considered in the enforcement process. The defendant, on the other hand, argues that it has no relationship with the operators of the website *kino.to* and only provides its customers, who are not acting illegally, with access to the Internet. Moreover, a general blocking of access to a website is neither possible nor reasonable. The specific measures proposed, on the other hand, are disproportionate.

14. By order of 13 May 2011, the Handelsgericht Wien prohibited the defendant from providing its customers with access to *kino.to* if the films named by the plaintiffs were made available there, in particular by DNS blocking of the domain name and blocking of the defendant's current IP addresses and any shown in future to belong to it. The court regarded it as established that both those measures could be taken without major expense but could very easily be circumvented. Nevertheless, they represented the most effective methods of preventing access. It was not established that *kino.to* shared its IP address with servers offering harmless content. Both parties lodged appeals against the order.

15. In June 2011, the website *kino.to* closed after the German prosecuting authorities took action against its operators.

16. The Oberlandesgericht Wien (Higher Regional Court, Vienna), sitting as the appellate court, amended the injunction of the court of first instance by order of 27 October 2011 to the effect that it prohibited the provision of access to *kino.to* without mentioning specific measures to be taken. Paragraph 81(1a) of the UrhG transposed Article 8(3) of Directive 2001/29 and was to be interpreted in conformity with EU law as referred to in recital 59 in the preamble to Directive 2001/29. The defendant was enabling its customers to access content made available illegally and was thus an intermediary within the meaning of the law, irrespective of whether its customers themselves acted illegally. The defendant was to be prohibited from interfering with the plaintiffs' intellectual property in general, without mentioning specific measures. It would be required by the injunction to achieve an outcome (namely the prevention of interference with the intellectual property right). The choice of the means of achieving that outcome was a matter for the defendant, which must do everything that could possibly and reasonably be expected of it. Whether a particular measure called for to prevent the interference was disproportionate, as the defendant maintained, was to be reviewed only in the 'enforcement process', in which the question whether all reasonable measures had been taken or whether a breach of the injunction remained an issue would be examined.

17. The defendant appealed on a point of law against that decision to the Oberster Gerichtshof (Supreme Court) and seeks the dismissal of all the plaintiffs' claims.

III - Reference for a preliminary ruling and procedure before the Court of Justice

18. The Oberster Gerichtshof stayed the proceedings and referred the following questions to the Court of Justice of the European Union for a preliminary ruling:

> '(1) Is Article 8(3) of Directive 2001/29 to be interpreted as meaning that a person who makes protected subject-matter available on the Internet without the rightholder's consent

(Article 3(2) of Directive 2001/29) is using the services of the access providers of persons seeking access to that protected subject-matter?

(2) If the answer to the first question is in the negative: Are reproduction for private use (Article 5(2)(b) of Directive 2001/29) and transient and incidental reproduction (Article 5(1) of Directive 2001/29) permissible only if the original of the reproduction was lawfully reproduced, distributed or made available to the public?

(3) If the answer to the first question or the second question is in the affirmative and an injunction is therefore to be issued against the user's access provider in accordance with Article 8(3) of Directive 2001/29: Is it compatible with Union law, in particular with the necessary balance between the parties' fundamental rights, to prohibit in general terms an access provider from allowing its customers access to a certain website (thus without ordering specific measures) as long as the material available on that website is provided exclusively or predominantly without the rightholder's consent, if the access provider can avoid incurring coercive penalties for breach of the prohibition by showing that it has nevertheless taken all reasonable measures?

(4) If the answer to the third question is in the negative: Is it compatible with Union law, in particular with the necessary balance between the parties' fundamental rights, to require an access provider to take specific measures to make it more difficult for its customers to access a website containing material that is made available unlawfully if those measures require not inconsiderable costs and can easily be circumvented without any special technical knowledge?'

19. The plaintiffs, the defendant, the Italian Republic, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Commission submitted written observations.

20. At the hearing on 20 June 2013, the plaintiffs, the defendant, the Republic of Austria and the Commission presented oral argument.

IV - Legal assessment

A - *Preliminary considerations and technical background*

21. Few inventions have changed our habits and our media consumption as completely as that of the Internet. In the form familiar to us, the network, which is not yet 30 years old, **[9]** allows communication and data exchange worldwide. The new forms of communication have, within an extremely short space of time, become something which we take so much for granted that the

United Nations Special Rapporteur on freedom of opinion and expression considers that the access to information that the Internet provides is essential in a democratic society. **[10]**

22. However, the new technologies also offer scope for abuse. That is particularly true in regard to the infringement of copyright on the Internet. Seldom does that involve such flagrant cases as the present. According to the plaintiffs, on the website *kino.to*, accessed daily by over four million users at times, over 130 000 film works were being offered for streaming or download without the rightholders' consent. The website operators profited from their offer with advertising revenues of several million euros annually before the website could be shut down in June 2011 following investigations by the Dresden prosecuting authority which were triggered by a whistleblower. None of the parties considers the content of the website to be lawful, its operators having, on the contrary, already been prosecuted under criminal law in the Federal Republic of Germany for unauthorised exploitation on a commercial basis of works protected by copyright. **[11]**

23. Rightholders fight against such websites which engage in massive copyright infringement. However, the people behind the websites and the ISPs which give them access to the Internet often operate abroad outside Europe or conceal their identity. Rightholders therefore try to achieve their objective by applying for injunctions against ISPs in order to compel them to block the infringing content offered. There is lively debate in many Member States regarding the admissibility in law of such blocking injunctions against ISPs. **[12]**

24. The fact that blocking of websites by ISPs is not technically unproblematic contributes to the complexity of the debate. **[13]** In that regard, the referring court mentions in particular the possibility of an IP block and a DNS block.

25. IP addresses are numerical addresses which are assigned to devices interlinked on the Internet in order thus to enable them to communicate with one another. **[14]** In the case of a blockade by an ISP, requests are no longer forwarded to the blocked IP address by that ISP's services. DNS (Domain Name System) blocks, on the other hand, concern domain names which are used instead of unwieldy IP addresses by users. DNS servers, which are operated by every ISP, 'translate' domain names into IP addresses. In the case of a DNS block, that translation is prevented. In addition to those two methods of blocking a website, an ISP's entire Internet traffic can be routed through a proxy server and filtered. However, all those methods can be circumvented. **[15]** According to the findings of the referring court, users can easily access the infringing website even without any special technical knowledge. The operators of the infringing website can also make it available under a different address.

26. In Directive 2001/29, the EU legislature established special rules for the protection of copyright in the information society. In addition to harmonising the author's rights and the reproduction right (Article 2), the right of communication to the public of works and the right of making available to the public other subject-matter (Article 3), the distribution right (Article 4) and the exceptions and limitations (Article 5), the directive also provides that Member States are to provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in the directive, including, in particular, the possibility for the rightholder to be in a position to apply for an injunction against intermediaries 'whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right' (Article 8, in particular Article 8(3)). Directive 2004/48 also requires Member States to provide for fair, equitable, effective, proportionate and dissuasive measures to ensure the enforcement of intellectual property rights (Article 3), including injunctions (Article 11).

27. At the same time, however, the legislature also reacted to the special significance of the infrastructure of the Internet and, in Articles 12 to 15 of Directive 2000/31, established rules on the liability of intermediary service providers in electronic commerce, which, according to recital 16 in the preamble to Directive 2001/29, are not affected either by Directive 2001/29 or, according to Article 2(3)(a) of Directive 2004/48, by Directive 2004/48 either. Despite those provisions, providers must in practice observe requirements which vary from one Member State to another when handling infringing content of which they are aware. **[16]**

28. Finally, the blocking of websites constitutes interference with a fundamental right and must also be examined from that point of view.

B - ***Admissibility***

29. At first glance there could be doubt as to the admissibility of the present request for a preliminary ruling. The plaintiffs in the main proceedings are seeking an interim injunction intended to prohibit the defendant from providing access to a website which has no longer been accessible since as long ago as June 2011. To that extent, it may be doubted whether there is any need for legal redress.

30. The request for a preliminary ruling is admissible, however. In that respect, it should be borne in mind that the referring court is entitled, under Article 267 TFEU, to refer a question concerning the interpretation of EU law if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment. According to the Court's settled case-law, it is in principle for the national court before which the proceedings are pending to determine, having regard to the particular features of

the case, the need for a preliminary ruling and the relevance of the questions which it refers to the Court. **[17]**

31. The Court derogates from that principle only if it is 'quite obvious' **[18]** that the interpretation of EU law is irrelevant to the pending case, the question referred is of a purely hypothetical nature **[19]** or indeed the dispute in the case at issue has been artificially created.**[20]**

32. According to the referring court, however, it is required to give its judgment on the basis of the factual position at the time of the decision at first instance, that is to say, at a time when the website at issue was still available. To that extent, a genuine dispute still exists, to which the questions referred are undoubtedly of relevance.

C - *First question referred*

33. The referring court wishes to know whether Article 8(3) of Directive 2001/29 is to be interpreted to the effect that the ISP of the person accessing a work infringing Article 3(2) of Directive 2001/29 can be regarded as an intermediary whose services are being 'used' by the copyright infringer.

34. If that is the case, an injunction pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29 can in fact also be issued against the ISP of the accessing Internet user and not only against that of the infringing website. In support of the lawfulness of such an injunction against that ISP, two lines of argument are, in theory, relevant, which form the background to the first two questions referred by the national court. Firstly - this is the reasoning behind the first question referred -, it could be argued that an injunction against the accessing user's ISP is permissible since that ISP is an intermediary whose services are being used by the operator of the infringing website to infringe copyright. Secondly - this is the background against which the national court raises the second question referred -, such an injunction could however also be justified on the basis that the ISP's customers accessing the infringing website are themselves acting illegally and thus the ISP's services are being used by its own customers to infringe copyright, which again falls within the scope of the provision.

35. The plaintiffs, Italy, the Netherlands, the United Kingdom and the Commission take the view that a person who makes a protected work available on the Internet without the rightholder's consent is using the services of the ISP of the person accessing the work. The referring court also inclines to that view. Only the defendant holds a different opinion.

36. I am also of the view that the user's ISP must be regarded as an intermediary whose services are used by a third party to infringe copyright. That follows from the wording, context, spirit and

purpose of the provision. Before I analyse the provision, the previous case-law should be summarised.

1. The Court's previous case-law

37. The present case is not the first occasion on which the Court has been required to examine the role of an ISP as an intermediary whose 'services are used by a third party to infringe a copyright' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

38. In *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, the Court held that '[a]ccess providers which merely provide users with Internet access, without offering other services such as email, FTP or file-sharing services or exercising any control, whether *de jure* or *de facto*, over the services which users make use of, must be regarded as "intermediaries" within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29'. **[21]**

39. The Court's reasoning to support this was that the ISP provides the customer with a service which is capable of being used by a third party for copyright infringement. That also follows from recital 59 in the preamble to Directive 2001/29, since the ISP, in granting access to the Internet, makes infringing activity possible. Finally, that conclusion also follows from the aim of the directive, which consists in particular in ensuring effective protection of copyright.**[22]** Unlike the present case, that case concerned 'file-sharing systems' in which the ISP's users themselves also offer copyright-infringing works on the Internet.

40. The interpretation of Article 8(3) of Directive 2001/29 made in *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten* was confirmed in the judgment in *Scarlet Extended*. There the Court further held that, under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, holders of intellectual property rights may apply for an injunction against intermediaries, such as, for example, ISPs, aimed not only at bringing to an end infringements already committed, but also at preventing further infringements. **[23]**

41. According to the Court's case-law, operators of online social networking platforms also fall under the concept of intermediary within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29. **[24]**

42. In summary, it can therefore be stated that the case-law has already made it clear that ISPs may in principle be considered as 'intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29 and thus as addressees of the injunction mentioned in the provision. However, it still remains unclear, as the referring court correctly states, whether Article 8(3) of Directive 2001/29 also provides for an injunction against an ISP where the latter has granted Internet access, not to the copyright infringer

itself, but only to the user accessing the infringing supply, that is to say, whether (in the words of the provision) the copyright-infringing supplier is using the services of the accessing user's ISP to infringe copyright.

2. Interpretation of the provision

a) Wording

43. The defendant is of the view that such an ISP cannot be considered as an addressee of an injunction pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29 since, in the absence of any contractual relationship with the person infringing the copyright, that ISP has no possibility of exerting influence on him and the infringement is being committed by making the work available to the public without that ISP's involvement. The ISP's services are thus not being 'used by a third party to infringe a copyright' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29. Such a broad interpretation of the expression 'are used' would ultimately also include electricity suppliers, parcel services and others.

44. I am not persuaded by this argument. As already reiterated several times, in accordance with Article 8(3), an injunction must be available against intermediaries 'whose services are used by a third party to infringe a copyright'. The provision does not, therefore, explicitly require there to be a contractual relationship between the intermediary and the person infringing the copyright.**[25]**

45. However, it is questionable whether the services of the ISP of the user accessing infringing information are also being 'used' to infringe copyright by the person who made that information available to the public and has thus infringed Article 3(2) of Directive 2001/29.

46. Here the referring court and the defendant express doubts, since the factual preconditions for the application of Article 3 of Directive 2001/29 are already met as soon as the operator of the copyright-infringing website has made the page available on the Internet via its ISP.

47. It is certainly true that, from the time of its activation via the website operator's ISP, a website has already been 'ma[de] available to the public … in such a way that members of the public may access [it] from a place and at a time individually chosen by them' within the meaning of Article 3(2) of Directive 2001/29. However, that access is provided to the members of the public primarily by their own ISPs. Although it is true that a particular ISP could cease to exist without the website thereby ceasing to be available, as a collective the ISPs of Internet users are necessary in order for 'making available to the public' to be possible on the Internet.**[26]** The referring court correctly notes in this respect that making available only becomes factually relevant when access by Internet users becomes possible.

48. However, this means that, according to the wording of the provision, the services of the Internet user's ISP are also used by the infringer to infringe copyright, **[27]** regardless of whether the infringer itself is in a contractual relationship with the ISP.

b) Context

49. The context of the provision also supports that conclusion.

50. In this connection, reference must first be made to recital 59 in the preamble to Directive 2001/29, according to which 'the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network'.

51. The recital makes it clear that intermediaries are regarded by Directive 2001/29 as the best possible addressees of measures to terminate copyright infringements, primarily because they carry data 'in a network'. The wording makes it clear that this does not necessarily mean the first transmission of the data in a network, but also the further carrying in the network. This is even more clearly expressed in the English and Spanish versions of the directive: 'who carries a third party's infringement of a protected work … in a network' and 'que transmita por la red la infracción contra la obra … cometida por un tercero'. The ISPs of the accessing users are therefore also included as possible addressees of the injunction.

52. The liability rules for intermediaries, which are laid down in Directive 2000/31, do not, in principle, preclude the issuing of an injunction under Article 8(3) of Directive 2001/29 against ISPs. It is true that Article 12 of that directive contains special rules on the liability of intermediary service providers as mere conduits of information. However, under paragraph 3 of that provision, those rules do not affect the possibility for a court or administrative authority of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

53. The possibility of issuing an injunction against an ISP is also contained in Directive 2004/48 which, in the third sentence of Article 11, also provides for injunctions against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right.

54. A schematic interpretation therefore also supports the view that Article 8(3) of Directive 2001/29 includes ISPs as possible addressees of an injunction even if they are not the infringer's ISP but ISPs of users accessing the copyright-infringing website.

c) Spirit and purpose

55. Finally, the spirit and purpose of the provision also supports an interpretation of Article 8(3) of Directive 2001/29 to the effect that the infringer uses the services of the accessing user's ISP.

56. Such an interpretation accords with the legislature's intention to ensure a high level of protection of copyright. **[28]** According to the legislature's intention, a 'rigorous, effective' system for the protection of copyright is necessary to ensure European cultural creativity.**[29]**

57. Directive 2001/29 is intended to ensure that high level of protection precisely in the face of the challenges posed by the information society. **[30]** As is apparent from recital 59 in the preamble to Directive 2001/29, in the light of technical developments, the legislature saw the intermediary conveying the information as often the most appropriate person to act against infringing information. The example of a website placed online by an ISP located abroad outside Europe illustrates why the intermediary is seen by the legislature as being in such a key position. In such a case, the website and its operators often cannot be prosecuted. The intermediary remains as the appropriate starting point.

58. It is obvious that an intermediary who is not contractually linked to the copyright infringer can in no circumstances be held unconditionally responsible for the termination of the infringement. In the context of my proposals concerning the answers to the third and fourth questions referred, I shall make some remarks on conditions to be observed in that regard.

59. The answer to the first question referred is therefore that Article 8(3) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that a person who makes protected subject-matter available on the Internet without the consent of the rightholder and thereby infringes rights under Article 3(2) of Directive 2001/29 uses the services of the ISPs of those persons who access that protected subject-matter. Since I am thus answering the first question referred in the affirmative, I shall proceed directly to my observations on the third question.

D - *Third question referred*

60. The third question stands out solely by its complexity in terms of its formulation. It links two elements. Thus, the referring court first asks whether it is compatible with EU law, and in particular with fundamental rights, to prohibit an ISP judicially in quite general terms under Article 8(3) of Directive 2001/29 from allowing its customers access to a particular website on which content is made available exclusively or predominantly without the consent of the rightholders. The referring court describes the injunction so formulated as an 'outcome prohibition' ('Erfolgsverbot'), by which is meant that the addressee of the injunction must prevent

a particular outcome (namely access to the website) without the measures to be taken for that purpose by the addressee of the injunction being specified.**[31]**

61. However, this question is couched - and this is the second element of the question - in particular procedural language. The ISP can avoid incurring coercive penalties for breach of the 'outcome prohibition' by showing that it has taken all reasonable steps to comply with it. The background to this element is found in the particular national rules for the issuing and enforcement of an injunction such as that described here by the referring court.

62. I shall first set out below the positions of the parties; then it would seem appropriate, for a better understanding, to summarise the national rules briefly and in simplified terms. Finally, the legal assessment of the question will follow.

1. The views of the parties

63. The parties have taken different positions on the question referred.

64. Italy, the Netherlands and the United Kingdom essentially consider it to be the task of the national courts to examine the nature of the injunction in the specific case in the light of certain requirements, in particular of the principle of proportionality and of a fair balance between the rights of the parties concerned. Italy and the Netherlands deal with the third and fourth questions referred together.

65. The plaintiffs and the Republic of Austria submit that an outcome prohibition, even in the specific procedural form in question, is compatible with EU law. The plaintiffs put forward as their basis for this view the interest in an effective legal remedy against copyright infringement and the technologically neutral approach of the case-law. There is no objection to the procedure, since the national courts had examined the proportionality, namely the question whether the website at issue made content available exclusively or predominantly without the rightholders' consent, in the course of issuing the blocking injunction. The ISP must tolerate the uncertainty regarding the measures to be taken on account of the flagrant infringements involved and of the aim of openness to technology. The ISP's justified interests are taken into account in the enforcement process. Austria also regards the procedure as admissible in the interests of effective legal protection in the case of massive copyright infringements, particularly as the ISP is in a better position than the rightholder to choose the correct blocking measure.

66. The defendant and the Commission submit that an outcome prohibition in the procedural form described is not permissible. In the view of the defendant, a general outcome prohibition does not meet the requirements laid down by the case-law in relation to Article 8(3) of Directive 2001/29.

The ISP is not in a contractual relationship to the infringer. The outcome prohibition would burden the ISP unreasonably with the task of assessing which blocking measures are reasonable, given that wrong assessments involve risks of liability as regards the outcome prohibition or towards its customers. The Commission sees a breach of the principle of proportionality in the inability of the national court to undertake a review of proportionality for lack of knowledge of the scope of the necessary measures. The possibility of avoiding incurring coercive penalties is no substitute for a proper review of proportionality when an injunction is issued.

2. Austrian law

67. For a better understanding of, in particular, the procedural language in which the question raised by the referring court is couched, some observations on Austrian law appear to me to be appropriate.**[32]**

68. For the protection of absolute rights, that is to say, rights which can be enforced by the holder as against anyone, **[33]** Austrian law provides in principle for the possibility of granting an outcome prohibition. According to the defendant's submissions, such an outcome prohibition is regularly imposed against the person directly interfering with an absolute right. It obliges the addressee to prevent a specific outcome from occurring. What means he uses to prevent the outcome is left to the addressee himself. Whether complete prevention of the outcome is possible at all and whether the measures necessary for that purpose take reasonable account of the parties' fundamental rights is not examined before the outcome prohibition is issued.**[34]**

69. If the outcome to be prevented now occurs (that is to say, in the present case, a user gains access to the website), there is a breach of the outcome prohibition and a coercive penalty can be applied for (in the course of the enforcement process) against the defendant. **[35]** In that regard, according to the submissions of the Republic of Austria, the judgment creditor carries the burden of proof for the breach. Only now, in the course of the enforcement process, can the addressee of the outcome prohibition argue by bringing legal proceedings that he has taken all reasonable steps to comply with the outcome prohibition and thus avoid incurring a coercive penalty.

70. At first glance, it appears advantageous to examine the outcome prohibition and the particular procedural features separately in terms of their conformity with European law. However, the outcome prohibition in question here affords the possibility, subsequently in the enforcement process, of averting a coercive penalty. In that respect it constitutes (despite the particular procedural features which are formulated very disadvantageously for the ISP) a milder measure than a pure outcome prohibition. Disregarding the other particular procedural features, I shall

examine below, as also formulated by the referring court, the outcome prohibition with a subsequent possibility of avoiding a penalty, in terms of its admissibility under European law.

3. Legal assessment

71. In my view, an outcome prohibition which does not specify the measures to be taken, issued against an ISP who is not contractually linked to the infringer, does not satisfy the requirements laid down by the case-law in relation to Article 8(3) of Directive 2001/29. The possibility of claiming in the subsequent enforcement process that the possible measures to comply with the prohibition are unreasonable does not protect such an outcome prohibition from the verdict that it is illegal under EU law.

72. In principle, the conditions and modalities for the injunctions for which the Member States must provide under Article 8(3) of Directive 2001/29, as well as the conditions to meet and procedure to be followed, are a matter for the national law of the Member States. This follows from recital 59 in the preamble to Directive 2001/29 and, in similar form, from recital 23 in the preamble to Directive 2004/48.**[36]**

73. However, the Member States are not completely at liberty to design the injunctions at their own discretion. On the contrary, those national rules, and likewise their application by the national courts, must observe the limitations arising from Directives 2001/29 and 2004/48 and from the sources of law to which those directives refer. **[37]** Regard must always be had to the fundamental rights under Article 51(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’) and Article 6 TEU.

74. I shall examine in detail below three of those restrictions on the Member States’ discretion and consider them in the sequence applied in the case-law cited: the interpretation of the directive with a view to an effective pursuit of its objectives, Article 15(1) of Directive 2000/31, and fundamental rights. The measure to be examined here fails in regard to the latter.

a) Effective protection of copyright

75. The first consideration to be borne in mind is that Directive 2001/29 must be interpreted in such a way that the objective pursued by it, that is, effective legal protection of copyright (Article 1(1)), may be achieved. **[38]** Thus, sanctions as provided for in Article 8(1) must be ‘effective, proportionate and dissuasive’. **[39]** In addition, pursuant to Article 3 of Directive 2004/48, measures, procedures and remedies to enforce the intellectual property rights covered must be fair, equitable, effective, proportionate, dissuasive and not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays and be applied in such a manner as to avoid

the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse. It follows from this inter alia that, as the Court has already held, Member States must take measures which contribute, not only to bringing to an end infringements already committed, but also to preventing further infringements.**[40]**

76. On the other hand, and as already indicated by the requirements of proportionality, fairness and equity, the measures must strike a fair balance between the various rights and interests of the parties, as the Court has repeatedly held, beginning with the *Promusicae* case.**[41]**

b) Article 15(1) of Directive 2000/31

77. Article 15(1) of Directive 2000/31, under which Member States are not to impose a general obligation on ISPs to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity, must also be complied with. Pursuant to recital 16 in the preamble to Directive 2001/29 and Article 2(3)(a) of Directive 2004/48 (Article 15(1)), that provision remains unaffected by those directives.**[42]**

78. It would constitute such an inadmissible measure if the court had ordered the ISP actively to seek copies of the infringing page among other domain names or to filter all the data carried in its network in order to ascertain whether they constitute transfers of specific protected film works and to block such transfers. However, such a measure is not in issue in the present case. Rather, the referring court is required to decide on the blocking of a specific website. The measure therefore does not infringe Article 15(1) of Directive 2000/31.

c) Fundamental rights

79. The measure to be examined does however infringe the requirements relating to fundamental rights which, in accordance with the case-law, **[43]** are to be applied to injunctions pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29. In this respect, the measure is neither ‘fair and equitable’ nor ‘proportionate’ within the meaning of Article 3 of Directive 2004/48.

80. Fundamental rights, which now, pursuant to Article 6(1) TEU, are guaranteed in the Charter with the same legal value as the Treaties, apply to the Member States when implementing EU law. The Member States are therefore obliged, when adopting regulations pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29, to observe the fundamental rights guaranteed in the Charter. In particular, the national courts must also observe those rights. **[44]**

81. In the present case it must, on the one hand, be borne in mind that an injunction pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29 is intended to protect copyright. The protection of intellectual property is guaranteed as a fundamental right by Article 17(2) of the Charter. **[45]** According to

the Court's case-law, however, that right is not inviolable and for that reason is not absolutely protected. Instead, the protection of the fundamental right to property, which also includes intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights, in order thus, in the context of measures adopted to protect copyright holders, to strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures.**[46]**

82. So far as concerns the ISP, against which a measure under Article 8(3) of the directive is being adopted, a restriction of freedom of expression and information (Article 11 of the Charter) must first be examined. Although it is true that, in substance, the expressions of opinion and information in question are those of the ISP's customers, the ISP can nevertheless rely on that fundamental right by virtue of its function of publishing its customers' expressions of opinion and providing them with information. **[47]** It must be ensured in that regard that the blocking measure does actually affect infringing material and that there is no danger of blocking access to lawful material.**[48]**

83. According to the case-law, regard must also be had, in particular, to the ISP's freedom to conduct a business, which is protected by Article 16 of the Charter.**[49]**

84. In this regard, according to the case-law, a fair balance is to be struck between the protection of those rights enforceable by the ISP and the intellectual property right.**[50]**

85. No such balance can be said to exist in the case of an outcome prohibition not specifying the measures to be taken, which is issued against an ISP.

86. As I have already mentioned at the beginning, there are a number of measures which can be considered for the purpose of blocking a website, that is to say, for possible compliance with the outcome prohibition. They include highly complex methods, such as diverting Internet traffic through a proxy server, but also measures which are less difficult to implement. The measures thus differ significantly as regards the degree to which they interfere with the fundamental rights of the ISP. Moreover, it is not inconceivable that full compliance with the outcome prohibition is impossible from a purely practical point of view.

87. As I have already observed, however, the outcome prohibition at issue in the present case is not a pure outcome prohibition but an outcome prohibition in which the addressee of the prohibition can claim, by bringing proceedings in the subsequent enforcement process, that he has taken all reasonable steps to comply with the outcome prohibition. The question arises whether that downstream opportunity for the addressee of the outcome prohibition to defend itself strikes the necessary balance.

88. That is not the case. In logical terms alone, such a 'restoration' of the necessary balance is excluded. According to the case-law, the balance between the fundamental rights must be observed when the injunction is issued. In this case it is expressly not being observed; instead many considerations relevant to fundamental rights will only be examined at a later stage. That is in breach of the rule that a balance is to be struck between the rights of the parties under Article 8(3) of Directive 2001/29.

89. An examination of the ISP's situation also shows that no balance between the fundamental rights is struck by that procedural opportunity. The ISP must suffer the issuing of an injunction against it, from which it is not apparent what measures it is required to take. If, in the interest of its customers' freedom of information, it decides on a mild blocking measure, it must fear a coercive penalty in the enforcement process. If it decides on a more severe blocking measure, it must fear a dispute with its customers. The reference to a possible opportunity to defend itself in the enforcement process does not in any way alter the ISP's dilemma. It is true that the originator can rightly refer to the danger of massive infringement of its rights by the website. However, in cases like the present, the ISP has no connection with the operators of the copyright-infringing website and has itself not infringed the copyright. To that extent, the measure to be examined cannot be said to strike a fair balance between the rights of the parties.

90. In the light of all the foregoing, the answer to the third question referred must be that it is not compatible with the necessary balance to be struck under Article 8(3) of Directive 2001/29 between the fundamental rights of the parties to prohibit an ISP, in quite general terms and without ordering specific measures, from allowing its customers access to a particular copyright-infringing website. This also applies if the ISP can avoid incurring coercive penalties for breach of that prohibition by showing that it has taken all reasonable steps to comply with the prohibition.

E - *Fourth question referred*

91. Once the referring court has dealt in the third question referred with the admissibility of a general outcome prohibition, its fourth question deals with specific blocking measures. The court asks whether ordering an ISP to take specific measures to make it more difficult for customers to access a website with content made available illegally is consistent with a balancing of the parties' fundamental rights, in particular if the measures entail not inconsiderable costs and can also easily be circumvented without any special technical knowledge. In that regard, the referring court seeks only to be given guidelines for assessing the proportionality of specific blocking measures, since the facts of the case have not yet been definitively clarified in that respect.

92. Only the defendant is of the view that the ordering of specific blocking measures in the aforementioned circumstances is not compatible with the parties' fundamental rights. The plaintiffs, the Italian Republic, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Commission consider that such a specific blocking measure is not precluded in principle and give, in part, detailed particulars regarding the guidelines to be followed by national courts.

93. I also am of the view that a specific blocking injunction is not precluded in the circumstances referred to.

94. As already set out, the Court has laid down detailed guidelines for the examination of Article 8(3) of Directive 2001/29. One of the guidelines to be followed by national authorities and courts is that those bodies must strike a fair balance between the protection of the intellectual property right enjoyed by the holders of copyrights and the protection of the legal positions as regards fundamental rights of the ISP. The latter can, as stated above, rely in particular on the freedom of economic operators to conduct a business pursuant to Article 16 of the Charter and on freedom of expression and information (Article 11 of the Charter). According to the latter, in particular, no protected information may be covered by an access block. The referring court's question concerns the costs of the specific blocking measures to be taken by the ISP and the possibility of circumventing blocks. The referring court is thus expressly aiming at the review of proportionality. The aforementioned considerations are of relevance to the examination of both fundamental rights. In addition, Article 3(2) of Directive 2004/48 also requires that legal remedies for the enforcement of the intellectual property rights be proportionate. To avoid repetition, I shall confine my account below to Article 16 of the Charter, particularly since the referring court has not referred any questions concerning freedom of expression and information.

95. In *Scarlet Extended* and *Sabam*, the Court classified the injunction requiring an ISP to install a complicated, costly and permanent filtering system at its own expense in order to monitor data in its network as a serious infringement of the ISP's freedom to conduct its business. (51) A specific blocking measure involving not inconsiderable costs may admittedly constitute a lesser interference, but its aim and effect are nevertheless to restrict the right and it thus constitutes an intrusion into the sphere of protection **[52]** of the right.**[53]**

96. However, according to the Court's case-law, the freedom to conduct a business is not absolute, but must be viewed in relation to its social function and - including in the light of the wording of Article 16 of the Charter - is subject to interventions on the part of public authorities which 'may limit the exercise of economic activity in the public interest'.**[54]**

97. The requirements to be met in that regard are those of Article 52(1) of the Charter, according to which, inter alia, regard must be had to any limitations provided for by law and to observance of the principle of proportionality. I have already set out my views on limitations provided for by law in my Opinion in *Scarlet Extended*. **[55]** In the light of the wording of the question referred, I think it appropriate to confine my observations in the present case to proportionality.

98. According to the Court's settled case-law, for the observance of the principle of proportionality, measures adopted by Member States must 'not exceed the limits of what is appropriate and necessary in order to attain the objectives legitimately pursued by the legislation in question; when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued'. **[56]** In substance, that corresponds to the rule in Article 52(1) of the Charter, under which limitations must be necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.

1. Appropriateness

99. The injunctions in question, by protecting copyright and thus the 'rights of others' within the meaning of Article 52(1) of the Charter, undoubtedly pursue a legitimate aim. However, it is questionable whether they are appropriate for the furtherance of the aim, that is to say, make a contribution to the attainment of the aim. **[57]** Doubts in this regard arise from the findings of the referring court, according to which blocking measures 'can easily be circumvented without any special technical knowledge'. Thus, on the one hand, the Internet users can circumvent the blocking measure without major difficulty and, on the other, the operators of the copyright-infringing website can provide the page in identical form under a different IP address and domain name.

100. In my view, however, those considerations are not sufficient for every specific blocking measure to be described as inappropriate. This applies first to the possibilities of circumvention by users. It is true that potentially many users may be in a position to circumvent a block. However, it by no means follows from this that every one of those users will actually circumvent it. Users who learn, as a result of a website's being blocked, that the page is illegal may well forgo access to the website. To presume an intention of the part of every user to gain access to a website despite a block would, in my view, mean that one assumes inadmissibly that every user intends to further a breach of the law. Finally, it should be observed that, while it is true that quite a few users may be in a position to circumvent a block, far from all users would be in such a position.

101. Similarly, the possibility that the operator may provide the page in identical form under a different IP address and domain name does not, in principle, preclude the appropriateness of blocking measures. Firstly, here too, users, having had their attention drawn by the blocking measure to the illegality of the content, may forgo visiting the page. Secondly, users will have to resort to search engines in order to find the page. With repeated blocking measures, even a search via search engines will be difficult.

102. In the light of all the foregoing, a blocking injunction mentioning the specific blocking measure to be taken is not, in general, inappropriate for the purpose of furthering the aim of protecting the originator's rights.

2. Necessity and proportionality

103. The measure ordered must also not go beyond what is necessary to achieve the objective, **[58]** and, of several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous. **[59]** Finally, the disadvantages caused by the measure must not be disproportionate to the aim pursued.**[60]**

104. It is the task of the national court to examine those requirements in relation to the measure envisaged in the specific case. Having regard both to the division of functions of the courts in the relationship of cooperation between the Court of Justice and the courts of the Member States and to the incomplete clarification of the facts and lack of particulars regarding the specific measure in the present case, it is neither appropriate nor possible to undertake a full examination of the necessity and proportionality here. Rather, the national court can only be provided with a few considerations. Moreover, these by no means constitute an exhaustive list of the factors to be weighed. Rather, the national court must fully weigh up all the relevant facts and circumstances of the specific case.

105. The first point to note in this regard is that the possibility of circumventing a blocking injunction which has been issued does not, in principle, preclude every blocking injunction. I have already stated the reasons for this under the section on appropriateness. The quantitative assessment of the foreseeable success of the blocking measure is one factor to be weighed.

106. According to the Court's case-law, the complexity, costs and duration of the measure must also be weighed together with the other factors. **[61]** In that regard, it must be borne in mind that the blocking measure in question will very probably not be a one-off blocking measure against the defendant. Rather, the court weighing these factors must assume that it may be a test case and in future numerous similar cases against every ISP may be dealt with before the national courts, so that numerous similar blocking injunctions may arise in future. Should a specific measure prove to be disproportionate in that regard in view of its complexity, costs and duration, it must be

considered whether proportionality can be established by a partial or full assumption of the cost burden by the rightholder.

107. On the part of the plaintiffs, it must be borne in mind that the rightholder must not be rendered unprotected from a website massively infringing its rights. On the other hand, however, in cases such as the present, it should be noted that the ISP is not in a contractual relationship with the operator of the copyright-infringing website. As a consequence of that particular factual situation, a claim against the ISP is, admittedly, not completely out of the question, but the originator must, as a matter of priority, so far as is possible, claim directly against the operators of the illegal website or their ISP.

108. Finally, it must be borne in mind that Article 16 of the Charter protects commercial activity. A blocking injunction is, in that respect, not proportionate in any case if it jeopardises an ISP's business activity as such, that is, the commercial activity of making Internet access available. To that extent, an ISP can also rely on the social importance of its activity. As I have already stated in my introductory reflections, the access to information afforded by the Internet is today considered essential in a democratic society. The European Court of Human Rights ('the ECHR') has stated in that regard that a comparative law survey of twenty Council of Europe member states reveals that the right to Internet access is protected in theory by the constitutional guarantees applicable to freedom of expression and freedom to receive ideas and information. **[62]** In the view of the ECHR, the Internet plays an important role in enhancing access to news and facilitating the dissemination of information.**[63]**

109. In the light of all the foregoing, the answer to the fourth question referred must be that a specific blocking measure relating to a specific website, which is imposed on an ISP pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29, is not, in principle, disproportionate solely because it entails not inconsiderable costs but can easily be circumvented without any special technical knowledge. It is for the national courts, in a specific case, taking into account all relevant circumstances, to weigh the fundamental rights of the parties against one another and thus strike a fair balance between those fundamental rights.

V - Conclusion

110. On the basis of the reasons presented above, I propose that the Court should answer the questions referred by the Oberster Gerichtshof as follows:

(1) Article 8(3) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society must be interpreted to the effect that a person who makes protected subject-

matter available on the Internet without the consent of the rightholder and thus infringes rights under Article 3(2) of Directive 2001/29 uses the services of the ISPs of those persons who access that protected subject-matter.

(2) It is not compatible with the weighing of the fundamental rights of the parties that is necessary under Article 8(3) of Directive 2001/29 to prohibit an ISP, in quite general terms and without ordering specific measures, from allowing its customers access to a particular copyright-infringing website. This applies even if the ISP can avoid incurring coercive penalties for breach of that prohibition by showing that it has taken all reasonable steps to comply with the prohibition.

(3) A specific blocking measure relating to a specific website, which is imposed on an ISP pursuant to Article 8(3) of Directive 2001/29, is not, in principle, disproportionate solely because it entails not inconsiderable costs but can easily be circumvented without any special technical knowledge. It is for the national courts, in a specific case, taking into account all relevant circumstances, to weigh the fundamental rights of the parties against each other and thus strike a fair balance between those fundamental rights.

[1] Original language: German.

[2] Case C 360/10 Sabam [2012] ECR and Case C 70/10 Scarlet Extended [2011] ECR I 11959.

[3] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

[4] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (‘Directive on electronic commerce’) (OJ 2000 L 178, p. 1).

[5] Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45).

[6] BGBl. No 111/1936.

[7] BGBl. I No 152/2001.

[8] RGBl. No 79/1896.

[9] On the history of the Internet, Naughton, J., A Brief History of the Future, Phoenix, London, 2nd Edition 2000.

[10] Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, UN Doc. A/66/290 of 10 August 2011, paragraph 87.

[11] See the judgment of the Landgericht Leipzig (Regional Court, Leipzig) of 11 April 2012, 11 KLs 390 Js.

[12] Heidinger, R., Die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Access-Providern auf Sperre urheberrechtsverletzender Webseiten, ÖBl 2011, p. 153; Maaßen, S. and Schoene V., Sperrungsverfügung gegen Access-Provider wegen Urheberrechtsverletzung?, GRUR-Prax 2011, p. 394; Stadler, T., Sperrungsverfügung gegen Access-Provider, MMR 2002, p. 343; Kulk, S., Filtering for copyright enforcement in Europe after the Sabam cases, EIPR 2012, p. 791; Barrio Andrés, M., Luces y sombras del procedimiento para el cierre de páginas web, La Ley 48/2012; Castets-Renard, C., Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet, Recueil Dalloz 2012, p. 827.

[13] The technical analysis of the blocking injunction remains a matter for the referring court. See my Opinion in Case C 70/10 Scarlet Extended [2011] ECR I 11959, point 50. The technical realities of the Internet do however have a direct influence on its legal structures. Lessig, L., Code, version 2.0, Basic Books, New York, 2006.

[14] In detail, Opinion of Advocate General Kokott in Case C 275/06 Promusicae [2008] ECR I 271, points 30 and 31.

[15] The individual filtering methods are described in detail in the order of the Handelsgericht Wien, the court hearing the case at first instance. See also Ofcom, 'Site Blocking' to reduce online copyright infringement, 27 May 2010.

[16] COM(2011) 942 of 11.1.2012, pp. 14 and 15.

[17] Case 83/78 Redmond [1978] ECR 2347, paragraph 25, and Case C 134/94 Esso Española [1995] ECR I 4223, paragraph 9.

[18] Case 126/80 Salonia [1981] ECR 1563, paragraph 6.

[19] Case C 83/91 Meilicke [1992] ECR I 4871, paragraphs 31 to 34.

[20] Case 104/79 Foglia [1980] ECR 745, paragraphs 10 and 11.

[21] Order in Case C 557/07 LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten [2009] ECR I 1227, paragraph 46).

[22] Order in LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, cited above in footnote 21, paragraphs 43 to 45.

[23] Scarlet Extended, cited in footnote 2 above, paragraphs 30 and 31. See also Case C 324/09 L'Oréal and Others [2011] ECR I 6011, paragraph 131.

[24] Sabam, cited in footnote 2 above, paragraph 28. See, with regard to the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, L'Oréal and Others, cited above in footnote 23, paragraph 144.

[25] It should be mentioned that, in its Report on the application of Directive 2004/48, the Commission notes that intermediaries with no direct contractual relationship or connection with the infringer are included within its scope (COM(2010) 779 final of 22 December 2010, p. 6).

[26] See also my Opinion in Case C 173/11 Football Dataco and Others [2012] ECR, point 58, on the concept of 'making available to the public' in the context of the concept of 're-utilisation' under Directive 96/6/EC.

[27] Also according to the judgment of the High Court of Justice, Chancery Division, of 28 July 2011, Twentieth Century Fox v. British Telecommunications [2011] EWHC 1981 (Ch), paragraph 113, confirmed in the judgment of the High Court of Justice, Chancery Division, of 28 February 2013, EMI Records v. British Sky Broadcasting [2013] EWHC 379 (Ch), paragraph 82.

[28] Recitals 4 and 9 in the preamble to Directive 2001/29.

[29] Recital 11 in the preamble to Directive 2001/29.

[30] Article 1(1) of Directive 2001/29.

[31] See Klicka, T. in Angst, P. (editor), Kommentar zur Exekutionsordnung, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Vienna, 2nd Edition 2008, § 355, paragraph 4.

[32] The description of the national law is based, unless indicated otherwise, on the referring court's account and on the parties' explanations which do not contradict it.

[33] In Austria, these include rights in rem, personality rights and incorporeal rights, Holzammer, R. and Roth, M., Einführung in das Bürgerliche Recht mit IPR, Springer, Vienna, 5th Edition 2000, p. 29.

[34] The plaintiffs point out that, in issuing the outcome prohibition, the court at least examined whether access to lawful information might be noticeably affected by the block. A review of proportionality already takes place in that respect at the time of deciding on the access block or in several stages or twice also in the enforcement process. However, according to the information provided by the referring court and which is relevant for the Court of Justice, the appropriateness and reasonableness, at least, of the measures available to the defendant for the purpose of complying with the outcome prohibition are not examined.

[35] The enforcement of the outcome prohibition takes place pursuant to § 355 of the Exekutionsordnung.

[36] Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 32, and Sabam, cited above in footnote 2, paragraph 30. The same applies to the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48 (L'Oréal and Others, cited above in footnote 23, paragraph 135). See also recital 45 in the preamble to Directive 2000/31, according to which 'the possibility of injunctions of different kinds' against intermediary service providers remains unaffected, including, in particular, the possibility of court orders requiring the removal of or disabling of access to illegal information.

[37] Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 33, L'Oréal and Others, cited above in footnote 23, paragraph 138.

[38] Order in LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, cited above in footnote 21, paragraph 45, and L'Oréal and Others, cited above in footnote 23, paragraph 136.

[39] See recital 58 in the preamble to the directive.

[40] Sabam, cited above in footnote 2, paragraph 29; Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 31; and L'Oréal and Others, cited above in footnote 23, paragraph 144 (concerning the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48).

[41] Case C 275/06 Promusicae [2008] ECR I 271, paragraphs 65 to 70, and L'Oréal and Others, cited above in footnote 23, paragraph 143.

[42] Sabam, cited above in footnote 2, paragraphs 32 and 36 to 38, and Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 36.

[43] Sabam, cited above in footnote 2, paragraph 39, and Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 41.

[44] See Promusicae, cited above in footnote 41, paragraph 68.

[45] See also Case C 479/04 Laserdisken [2006] ECR I 8089, paragraph 65.

[46] Sabam, cited above in footnote 2, paragraphs 41 to 43, and Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraphs 43 to 45.

[47] See Öztürk v. Turkey, no. 22479/93, § 49, ECHR 1999-VI.

[48] See, with regard to the collateral effect of a blocking measure, Yildirim v. Turkey, no. 3111/10, ECHR 2012.

[49] Sabam, cited above in footnote 2, paragraph 44, and Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 46. With regard to further fundamental rights which may be relevant in the context of blocking injunctions, I refer to my Opinion in Scarlet Extended, points 69 to 86.

[50] Sabam, cited above in footnote 2, paragraphs 43 and 44, and Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraphs 45 and 46.

[51] Sabam, cited above in footnote 2, paragraph 46, and Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 48.

[52] I have set out detailed observations on the scope of the right under Article 16 of the Charter in my Opinion in Case C 426/11 Alemo-Herron and Others [2013] ECR, points 48 to 58. See also Oliver, P., What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve, in: Bernitz, U. and others (editors), General Principles of EU Law and European Private Law, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 281; Jarass, H., Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta, EuGRZ 2011, p. 360.

[53] See Article 52(1) of the Charter; Case C 219/91 Ter Voort [1992] ECR I 5485, paragraph 37; and Case C 200/96 Metronome Musik [1998] ECR I 1953, paragraph 28.

[54] Case C 283/11 Sky Österreich [2013] ECR, paragraphs 45 and 46; see also Joined Cases C 184/02 and C 223/02 Spain and Finland v Parliament and Council [2004] ECR I 7789, paragraphs 51 and 52; and Case C 544/10 Deutsches Weintor [2012] ECR, paragraph 54.

[55] Opinion in Scarlet Extended, cited above in footnote 13.

[56] Case C 2/10 Azienda Agro-Zootecnica Franchini and Eolica di Altamura [2011] ECR I 6561, paragraph 73; Case C 28/05 Dokter and Others [2006] ECR I 5431, paragraph 72; and Case C 434/02 Arnold André [2004] ECR I 11825, paragraph 45.

[57] Jarass, H., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, C.H. Beck, Munich, 2nd Edition 2013, Article 52, paragraph 37.

[58] Case C 265/08 Federutility and Others [2010] ECR I 3377, paragraph 36.

[59] Case C 375/96 Zaninotto [1998] ECR I 6629, paragraph 63.

[60] Zaninotto, cited above in footnote 59, paragraph 63.

[61] Sabam, cited above in footnote 2, paragraph 46, and Scarlet Extended, cited above in footnote 2, paragraph 48.

[62] Yildirim v. Turkey, no. 3111/10, § 31, ECHR 2012.

[63] Yildirim v. Turkey, no. 3111/10, § 48, ECHR 2012; Times Newspapers Ltd. v. United Kingdom, nos. 3002/03 and 23676/03, § 27, ECHR 2009.

AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Unutulma Hakkı Kararı - 13 Mayıs 2014

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 tarihli Google Unutulma Hakkı Kararı

Çeviren: Dr. Mehmet Bedii KAYA*

Divan Kararı (Büyük Daire)**

13 Mayıs 2014

(Kişisel veri - Bireyleri bu tür verilerin işlenmesine karşı koruma - 95/46/EC sayılı Direktif - 2, 4, 12 ve 14. Maddeler - Maddi ve ülkesel kapsam - İnternet arama motorları - İnternet sitelerinde yer alan verinin işlenmesi - Bu tür veriyi arama, indeksleme ve saklama - Arama motoru işletmecisinin sorumluluğu - Bir Üye Devletin ülkesindeki işletme - İşletmecinin yükümlülüklerinin ve veri öznesinin haklarının kapsamı - Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı - 7 ve 8. Maddeler)

C-131/12 sayılı Davada,

27 Şubat 2012 tarihli karar ile The Audiencia Nacional (İspanya) [Ulusal Mahkeme] tarafından Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (TFEU) 267. maddesi uyarınca ön karar için yapılan ve 9 Mart 2012 tarihindeki adli kovuşturmada Divan tarafından kabul edilen BAŞVURU,

Google İspanya,

Google Inc,

karşı

İspanyol Veri Koruma Kurumu ('İVKK'),

** Karar Dili: İngilizce; Karar URL: http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0131

Mario Costeja González,

DİVAN (Büyük Daire)

V. Skouris, Başkan, K. Lenaerts, Başkan Yardımcısı, M. Ilešič (Rapörtör), L. Bay Larsen, T. von Danwitz, M. Safjan, Daire Başkanları, J. Malenovský, E. Levits, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev, M. Berger, A. Prechal and E. Jarašiūnas hakimlerden oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü: N. Jääskinen,

Katip: M. Ferreira, Yönetici,

Yazılı usul dikkate alınarak ve 26 Şubat 2013 tarihli celseye istinaden,

- Google Spain SL ve Google Inc şirketlerini temsilen, avukat F. González Díaz, J. Baño Fos ve B. Holles,

- Mr Costeja González'i temsilen, avukat J. Muñoz Rodríguez,

- İspanyol Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla A. Rubio González,

- Yunan Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla E.-M. Mamouna ve K. Boskovits,

- İtalyan Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla G. Palmieri ve Eyalet Savcısı P. Gentili,

- Avusturya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla G. Kunnert ve C. Pesendorfer,

- Polonya Hükümeti'ni temsilen, vekil sıfatıyla B. Majczyna ve M. Szpunar,

- Avrupa Komisyonu'nu temsilen, vekil sıfatıyla I. Martínez del Peral ve B. Martenczuk,

adına sunulmuş görüşlerin değerlendirilmesinin ardından,

25 Ocak 2013 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsü'nün Görüşünü dinledikten sonra,

aşağıdaki kararı vermektedir:

Karar

1. Bu ön karar başvurusu, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nin (OJ 1995 L 281, p. 31) Madde 2(b) ve (d), Madde 4(1)(a)

ve (c), Madde 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ("Temel Haklar Şartı") 8. Maddesinin yorumlanması ile ilgilidir.

2. Bu talep, bir tarafta Google Spain SL ("Google İspanya") ile Google Inc ve diğer tarafta the Agencia Española de Protección de Datos (İspanyol Veri Koruma Kurumu, "İVKK") ile Bay Costeja Gonzalez arasında, İVKK'nin bu iki şirkete karşı yapılan şikayeti yerinde görmesi ve Google Inc. şirketinin Bay Costeja Gonzalez'e ilişkin kişisel verileri indekslerinden çıkmarması için gerekli tedbirleri almasını ve bu veriye gelecekte erişimi önlemeyi emretmesi üzerine açılan dava esnasında yapılmıştır.

Hukuki Çerçeve

Avrupa Birliği Hukuku

3. 1. Maddesine göre, gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi durumlarında başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri korumak ve bu tür verilerin serbestçe dolaşımı önündeki engelleri kaldırmak amacı olan 95/46 sayılı Direktif'in önsözündeki 2, 10, 18, 20 ve 25. beyanlar şu şekildedir:

'(2) (…) veri işleme sistemleri insana hizmet etmek üzere tasarlanır; (…) onlar, gerçek kişilerin milliyetine veya ikametlerine bakmaksızın başta kişisel mahremiyet olmak üzere temel haklarını ve özgürlüklerini korumalıdır ve (…) refahına katkıda bulunmalıdır;

(…)

(10) Kişisel verilerin işlenmesi hakkındaki ulusal düzenlemelerin amacı, başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, hem Topluluk hukukunun genel esaslarında, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin [Roma'da, 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmıştır] 8. Maddesinde tanınan temel hakları ve özgürlükleri korumaktır; (…) bu nedenle, bu kanunların yakınlaştırılması, sağladıkları korumanın azalmasına yol açmamalı aksine, Topluluk içerisinde yüksek seviyeli bir korumanın sağlanmasını amaçlamalıdır;

(…)

(18) Bireylerin, bu Direktif kapsamında sağlanan korumadan yoksun kalmamalarını sağlamak için, Topluluktaki herhangi bir kişisel veri işlenmesi, Üye Devletler'den birinin kanununa uygun olarak yerine getirilmelidir; (…) bu bağlamda, bir Üye Devlette yerleşik bir denetleyicinin sorumluluğu altında yapılan işlem, o Devletin hukukuna göre yönetilmelidir;

(19) (…) Bir Üye Devletin sınırları içindeki işletme, istikrarlı düzenlemeler aracılığıyla faaliyetin etkin ve reel olarak gerçekleştirilmesini sağlar; (…) ister bir tüzel kişiliğin şubesi veya bağlı

kuruluşu olsun bu tür işletmenin yasal biçimi bu bakımdan belirleyici bir faktör değildir; özellikle bağlı kuruluşlar aracılığıyla çeşitli Üye Devletlerin topraklarında tek bir denetleyici kuruluş kurulursa, ulusal kuralların boşluklarından yaralanmayı önlemek için, denetleyici kuruluşların her birinin, faaliyetlerine uygulanan ulusal kanunun emrettiği yükümlülükleri yerine getirmesi sağlanmalıdır;

(20) (…)Verilerin işlenmesinin üçüncü bir ülkede kurulan birisi tarafından yapılması, bu Direktifte sağlanan bireylerin korunması hususuna engel olmamalıdır; (…) bu durumlarda, işleme, kullanılan yöntemlerin bulunduğu Üye Devlet hukukuna göre yönetilmelidir ve bu Direktifte sağlanan hakların, uygulamada gözetilmesini sağlayacak garantiler olmalıdır;

(…)

(25) Korumanın esasları; bir taraftan, başta işlemenin yürütülebileceği koşullar ve denetleme makamına bildirim, teknik güvenlik ve veri kalitesi olmak üzere işlemeden sorumlu (…) kişiler üzerine yüklenen yükümlülüklere ve diğer taraftan, bireylere verilen haklara, işlemenin konusu olan verilere, işlemenin yapıldığını bildirime, verilere başvurmaya, düzeltme talep etmeye ve hatta bazı koşullarda işlemeye itiraza yansıtılmalıdır;

4. 95/46 sayılı Direktif'in 2. Maddesine göre 'bu Direktifin amacı için:

(a) "kişisel veri" fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atıf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen bir tespit edilebilir kişi; tespit edilmiş veya tespit edilebilir gerçek kişiye ("*veri öznesi*) ilişkin herhangi bir bilgiyi kastedecektir;

(b) "kişisel verilerin işlenmesi" ("*işleme*"), silme veya tahrip etme, engelleme, birleştirme veya sıralama, sağlama ya da dağıtma, iletmeyle açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, başvurma gibi otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla kişisel veriler üzerinde yapılan herhangi bir faaliyet veya faaliyet dizisini kastedecektir;

(…)'

(d) "denetleyici", kişisel verilerin işlenme araçlarını ve amaçlarını tek başına ya da diğerleriyle müştereken belirleyen gerçek veya tüzel kişiyi, kamu makamını, devlet dairesini veya başka bir kuruluşu kastedecektir; işleme amaçları ve araçları ulusal veya Topluluk hukuku veya yönetmelikleriyle belirlendiğinde, denetleyici veya atanması için özel kriterler, ulusal veya Topluluk hukukuyla belirlenebilir;

(…)'

5. 95/46 sayılı Direktif'in 'Kapsam' başlıklı 3. Maddesinin 1. Fıkrasına göre:

'Bu Direktif, bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturması istenen veya bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan kişisel verilerin otomatik araçlar dışında işlenmesine ve kısmen veya tamamen otomatik araçlarla kişisel verilerin işlenmesine uygulanacaktır.'

6. 95/46 sayılı Direktif'in 'Uygulanacak ulusal kanun' başlıklı 4. Maddesine göre:

'1. Her bir Üye Devlet, aşağıdaki durumlarda, kişisel verilerin işlenmesi için bu Direktif uyarınca kabul ettikleri ulusal hükümleri uygulayacaklardır:

(a) İşleme, Üye Devletin topraklarındaki denetleyici kuruluşunun bir işletmesinin faaliyetleri bağlamında yapıldığında; aynı denetleyici, çeşitli Üye Devletlerin toprağında yerleşikse, bu işletmelerin her birinin, uygulanan ulusal mevzuatlarda öngörülen yükümlülüklere uymasını temin edecek gerekli tedbirleri almalıdır;

(b) denetleyici Üye Devletin topraklarında yerleşik olmayıp, uluslararası hukukuna göre ulusal hukukun uygulandığı bir yerde bulunuyorsa;

(c) denetleyici Topluluk topraklarında yerleşik değilse ve işleme amaçları için, kişisel veriler, bahse konu Üye devlet topraklarında konumlanan otomatik cihazları kullanırsa, bu tür cihazlar yalnızca Topluluk toprağı boyunca iletilme amacı için kullanılmadıkça;

2. 1(c) Fıkrasında atıfta bulunulan koşullarda, denetleyici, denetleyicinin kendisine karşı açılabilecek davalara halel getirmeksizin o Üye Devlet toprağında yerleşik bir temsilci atamalıdır.'

7. 95/46 sayılı Direktif'in II. Bölümünün I. Kısmında ('Veri kalitesine ilişkin prensipler' başlıklı) yer alan 6. Maddesi şu şekilde ifade edilmiştir:

'1. Üye Devletler, kişisel verilerin aşağıdaki şekilde olmasını sağlayacaklardır:

(a) adil ve hukuka uygun olarak işlenmeli;

(b) belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmalı ve bu amaçlarla uyumsuz biçimde başkaca şekilde işlenmemeli. Üye Devletlerin uygun korunma önlemleri sağlaması koşuluyla; tarihsel, istatistiksel veya bilimsel amaçlar için verilerin detaylı işlenmesi; uyumsuz olarak kabul edilmeyecektir;

(c) toplandığı ve/veya ayrıca işleneceği amaçlara ilişkin olarak yeterli, ilgili ve bu amacı aşmayacak nitelikte olmalı;

(d) doğru ve gerektiği yerde güncel tutulmalı. Toplanma ve sonrasındaki işlenme, silinme veya düzeltilme amaçlarını göz önünde tutarak verilerin yanlış veya eksik olmamasını sağlayacak tüm makul önlemler alınmalıdır;

(e) verilerin toplandığı esnada veya sonrasında işlendiği amaçlar için gerekenden daha uzun olmayan süre boyunca veri öznelerinin tespitine izin veren biçimde tutulur. Üye Devletler, tarihsel, istatistiksel veya bilimsel kullanım amacıyla daha uzun süreli depolanan kişisel veriler için uygun koruma önlemleri alacaktır.

2. 1. Fıkraya uyulmasını sağlamak, denetleyicinin sorumluluğundadır.'

8. 95/46 sayılı Direktif'in II. Bölümünün II. Kısmında ('Veri işlemeyi yasallaştırma kriterleri' başlıklı) yer alan 7. Maddesine göre:

'Üye Devletler, kişisel verilerin işlenebilmesini yalnızca aşağıdaki koşullar altında sağlayacaklardır:

(…)

(f) İşleme, bu tür menfaatlerin, veri öznesinin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili menfaatlerin Madde 1 (1) kapsamında koruma gerektiren hallerin ağır bastığı durumlar haricinde, verilerin açıklandığı üçüncü şahıs veya şahıslar tarafından ya da denetleyici tarafından takip edilen meşru menfaatlerin amaçları için gerekliyse;'

9. 95/46 sayılı Direktif'in 'İfade özgürlüğü ve kişisel verilerin işlenmesi' başlıklı 9. Maddesine göre:

'Üye Devletler, kişisel verilerin ifade özgürlüğünü yöneten kurallarla kişisel gizlilik hakkını uzlaştırmak için gerekirse, yalnızca, edebi veya sanatsal açıklama amacı veya gazetecilik amaçları için kişisel verilerin işlenmesinde Kısım IV ve Kısım VI, bu Bölümün hükümlerinden muafiyetler veya istisnalar sağlayacaktır.'

10. 95/46 sayılı Direktif'in 'Erişim haklı' başlıklı 12. Maddesine göre:

'Üye Devletler, her veri öznesinin denetleyiciden (aşağıdakileri) temin etme hakkını garanti edecektir:

(…)

(b) Özellikle verinin eksik veya yanlış yapısı yüzünden, bu Direktifin hükümlerine uymayan işlemede, verilerin engellenmesi veya silinmesi, uygun olarak düzeltilmesi;

(…)'

11. 95/46 sayılı Direktif'in 'Veri öznesinin itiraz hakkı' başlıklı 14. Maddesine göre:

'Üye Devletler aşağıdaki hakları veri öznesine tanıyacaktır:

(a) En azından Madde 7 (e) ve (f)'de atıfta bulunulan durumlarda, ulusal mevzuat tarafından aksinin belirtilmesi haricinde, kendisine dair verilerin işlenmesinde, özel durumuna ilişkin zorlayıcı kanuni gerekçelere her zaman itiraz etmek. Gerekçeli bir itiraz olduğunda, denetleyici tarafından başlatılan işleme, artık bu verileri kapsamayacaktır;

(…)'

12. 95/46 sayılı Direktif'in 'Denetleme makamı' başlıklı 28. Maddesi şu şekilde ifade edilmiştir:

'1. Her Üye Devlet, , bu Direktif uyarınca Üye Devletler tarafından kabul edilen hükümlerin kendi ülkesindeki uygulanmasını takip etmekten, bir veya daha fazla kamu makamının sorumlu olmasını sağlayacaktır.

(…)

3. Her bir makama özellikle şu yetkiler sağlanacaktır:

- denetim görevlerinin yerine getirilmesi için gerekli tüm bilgileri toplama yetkileri ve işleme faaliyetlerinin konusunu oluşturan verilere erişim yetkileri gibi soruşturma yetkileri;

- (…) verinin engellenmesini, silinmesini veya yok edilmesini veya bu tür bir işlemeye geçici veya kesin yasaklama koyulmasına yönelik talimat verebilmesi gibi (…) etkin müdahale yetkileri;

- (…)

Denetleme makamının şikayetlere yol açan kararlarına karşı mahkemelerde itiraz edilebilir.

4. Her bir denetim makamı, herhangi bir kişi veya o kişiyi temsil eden birlik tarafından kişisel verilerin işlenmesine dair hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin ileri sürülen talepleri dinlemelidir. İlgili kişi talebin neticesiyle ilgili bilgilendirilmelidir.

(…)

6. Her denetleme makamı, söz konusu işlemeye uygulanan ulusal kanun her ne olursa olsun, 3. Fıkraya uygun olarak verilen yetkileri kendi Üye Devletinin toprağında uygulamaya yetkilidir. Her bir makamdan, kendi yetkilerini uygulaması diğer bir Üye Devletin makamınca istenebilir.

Denetleme makamları, özellikle tüm yararlı bilgileri paylaşarak, kendi görevlerini yerine getirmek için gerekli ölçüde birbirleriyle işbirliği yapacaklardır.

(…)'

İspanyol Hukuku

13. 95/46 sayılı Direktif, Kişisel verilerin korunması ile ilgili 13 Aralık 1999 tarihli ve 15/1999 sayılı Temel Yasa ile İspanyol Hukuku'na aktarılmıştır (14 Aralık 1999 tarih ve 298 sayılı Resmi Gazete, sayfa 43088).

Esas davadaki ihtilaflar ve ön karar ile ilgili sorular

14. 5 Mart 2010 tarihinde, İspanya'da ikamet eden İspanyol vatandaşı Bay Costeja Gonzalez, İVKK nezdinde günlük tirajı yüksek (özellikle de Katalonya'da (İspanya)) bir gazete yayınlayan La Vanguardia Ediciones SL ("La Vanguardia") ile Google İspanya ve Google Inc aleyhlerine şikayet başvurusunda bulunmuştur. Şikayetin esasını herhangi bir İnternet kullanıcısının Bay Costeja Gonzalez'in adını Google grubunun arama motoruna ("Google Arama") yazması durumunda, sırasıyla 19 Ocak ve 9 Mart 1998 tarihli La Vanguardia gazetesinin iki sayfasına ait ve sosyal güvenlik borçları için yapılan haciz işlemiyle bağlantılı olarak yapılan gayrimenkul açık artırması sebebiyle yapılmış ve Bay Costeja Gonzalez'in adının yer aldığı ilana ilişkin bağlantıların çıkması oluşturmuştur.

15. Bu şikayet kapsamında Bay Costeja Gonzalez, öncelikle La Vanguardia'nın bu sayfaları kaldırmasına ya da kendisiyle ilgili kişisel verilerin artık görünmeyeceği şekilde bir değişikliğin yapılmasına veya arama motorları tarafından tanınan imkanları kullanmak suretiyle kişisel velilerin korunması için belli araçları kullanmasını zorunlu tutulmasını talep etmiştir. İkinci olarak Bay Gonzalez, Google İspanya ve Google Inc. şirketlerinin kendisiyle ilgili kişisel verileri kaldırmasına ya da gizlemesine; böylece arama motorlarında yer almasına son verilmesini ve bundan böyle La Vanguardia'ya yapılan bağlantıların içerisinde görünmemesini sağlamaya zorunlu tutulmasını talep etmiştir. Bay Costeja Gonzalez, bu bağlamda, kendisiyle ilgili haciz işlemlerinin yıllar önce tamamen çözülmüş olduğunu ve bunlara yapılan atıfların artık tamamen ilgisiz olduğunu belirtmiştir.

16. İVKK, 30 Temmuz 2010 tarihli kararıyla, La Vanguardia'ya ilişkin talebi, söz konusu bilginin Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı'nın emriyle ve açık artırmaya mümkün olduğunca aleniyet sağlayarak mümkün olan en fazla teklifin gelmesini sağlamak amacına yönelik olması sebebiyle reddetmiştir.

17. Diğer taraftan, şikayet Google İspanya ve Google Inc. şirketleri aleyhine yöneltildiği kısmı için kabul edilmiştir. İVKK, bu doğrultuda, arama motoru işletmecilerinin, veri işleme faaliyeti yaptıkları için veri koruma mevzuatına tabi olduklarını; bu doğrultuda bu faaliyetleri için sorumlu olduklarını ve bilgi toplumunda aracı olarak hareket ettiklerini değerlendirmiştir. İVKK, arama motoru işletmecilerini, verinin tespit edilmesinin ve dağıtımının verilerin korunmasına ilişkin

temel hakkı ve en geniş ifadeyle yalnızca ilgili kişinin bu tür verinin üçüncü kişilerce bilinmemesini yönündeki isteğini de kapsayacak şekilde kişilerin itibarlarını riske atmasını göz önüne alarak, verinin geri çekilmesi ve belirli veriye erişimin yasaklanması hususunda yükümlülük oluşturma hususunda yetkili olduğu görüşünü benimsemiştir. İKVK, bu yükümlülüğün veriyi veya bilgiyi bu tür veri veya bilginin İnternet sitesinde bulunmasının yasal bir zorunluluk gereği olduğu durumlar dahil, görüntülendiği İnternet sitesinden silinmesi gerekmeksizin, doğrudan arama motorları tarafından üstlenilmesi gerektiğini değerlendirmiştir.

18. Google İspayna ve Google Inc, bu karara karşı the Audiencia Nacional (İspanya) [Ulusal Yüksek Mahkeme] nezdinde ayrı ayrı dava açmıştır. Ulusal Yüksek Mahkeme bu davaları birleştirmiştir.

19. Mahkeme söz konusu davaların arama motorlarının, üçüncü taraflara ait İnternet sitelerinde yayınlanan ve kendileriyle ilgili kişisel veriler içeren ve belirli bilgilerine bağlantı yapılmasını, tespit edilmesini, listelenmesini ve süresiz olarak İnternet kullanıcılara sunulmasını istemeyen kişilerin kişisel verilerini korumak açısından ne tür sorumlulukları olduğu sorusunu beraberinde getirdiğini belirtmiştir. Bu sorunun yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in yayınından sonrasında ortaya çıkan bu tür teknolojiler bağlamında 95/46 sayılı Direktif'in nasıl yorumlanacağına bağlıdır.

20. Bu koşullar altında, Ulusal Yüksek Mahkeme yargılamayı bekletmeyi ve ön karar için müteakipteki soruları Divan'a sormaya karar vermiştir:

1. 95/46 sayılı Direktif'in ülkesel uygulanmasına ilişkin olarak ve netice olarak, İspanyol kişisel verileri koruma yasasının gereği olarak:

(a) 95/46 sayılı Direktif'in Madde 4(1)(a) anlamı dahilinde "işletme"nin devamdaki herhangi bir veya daha fazla koşulun varlığında mevcut olduğu kabul edilmeli midir:

- arama motoru sağlayan teşebbüs bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Devlette yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir ofis veya bağlı şirket kurduğu zaman,

veya

- ana şirket bu Üye Devlette yer alan bir bağlı şirketi işbu bağlı şirketle reklam yapma hususunda sözleşme yapmış müşterilerinin verileriyle bağlantılı olarak iki belirli dosyalama sistemi için kendi temsilcisi ve denetleyici olarak belirlediği zaman,

veya

- bir Üye Devlette kurulan ofis veya bağlı şirket, kendisine veri özneleri ve kişisel verilerin korunmasına riayet edilmesinin sağlanmasıyla ilgili sorumluluğu olan makamlardan yöneltilen talepleri ve gereklilikleri Avrupa Birliği dışında yer alan ana şirkete, bu tür işbirliği gönüllü olarak yerine getirilse bile, ilettiği zaman?

(b) 95/46 sayılı Direktif'in Madde (1)(c)'de yer alan "bahse konu Üye Devlet topraklarında konumlanan (…) cihazlar kullanırsa" ifadesinin şu anlama geldiği şeklinde mi yorumlanmalıdır:

- arama motoru, Üye Devlette bulunan sunucularda yer alan İnternet sayfalarında yer alan bilgiyi konumlandırma ve indeksleme için sürüngenler [*crawler: teknik kavram] veya robotlar kullandığı zaman,

veya

- Üye Devlete ait bir alan adı kullanırsa ve aramaların ve çıkan sonuçların Üye Devletin dilini temel almasını sağlarsa?

(c) 95/46 sayılı Direktif'in Madde 4(1)(c) bağlamında, İnternet arama motorları tarafından indekslenen bilginin geçici depolanmasını cihaz kullanımı olarak kabul edilmesi mümkün müdür? Eğer bu soruya yanıt olumluysa, bir teşebbüs rekabet gerekçelerine sığınarak bu indeksleri nerede sakladığını ifşa etmeyi reddettiği takdirde bağlantılı faktör mevcuttur denilebilir mi?

(d) Yukarıda belirtilen sorunlara verilecek olan yanıtlardan bağımsız olarak ve özellikle Divan (…) 95/46 sayılı Direktifin 4. Maddesi tahtında atıf yapılan bağlantılı faktörlerin mevut olmadığını değerlendirdiği durumda:

95/46 sayılı Direktif, 8. Maddesi [Temel Hakları Şartı] ışığında, ihtilafın yoğunluk merkezinin bulunduğu ve Birlik vatandaşlarının haklarının daha etkili korumasının mümkün olduğu Üye Devlette uygulanmalı mıdır?

2. 95/46 sayılı Direktif bağlamında içerik sağlayıcı olarak arama motorlarının faaliyetleriyle ilgili olarak:

(a) [Google Arama]'nın, İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulan bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan içerik sağlayıcı olarak faaliyetleriyle bağlantılı olarak, bu tür bilgi üçüncü taraflara ait kişisel veri içerdiği durumlarda: bu şekilde tanımlanan bir faaliyet 95/46 sayılı Direktif'in Madde 2(b) altında belirtilen "verinin (…) işlenmesi" kavramı kapsamına girdiği şeklinde yorumlanmalı mıdır?

(b) Eğer yukarıda belirtilen sorunun yanıtı olumluysa ve bir kez daha tanımlanmış olan faaliyete benzer bir faaliyetle bağlantılı olarak:

95/46 sayılı Direktif'in 2(d) Maddesi, [Google Arama]'yı yöneten teşebbüsün indekslediği İnternet sayfalarında yer alan kişisel verinin "denetleyicisi" olduğu manasına geldiği şeklinde yorumlanmalı mıdır?

(c) Eğer yukarıda belirtilen sorunun yanıtı olumluysa:

[İKVK], 95/46 sayılı Direktif'in [Madde] 12(b) ile [14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendi] içinde mündemiç hakların korunması için, [Google Arama] üzerine üçüncü taraflarca yayınlanmış bilgi kaydını, önceden veya eş zamanlı olarak bilginin yer aldığı İnternet sayfası sahibine başvurmaksızın, indekslerinden çıkarmasını öngören yükümlülüğü doğrudan yükleyebilir mi?

(d) Eğer yukarıda belirtilen sorunun yanıtı olumluysa:

kişisel veriyi içeren bilginin üçüncü taraflarca hukuka uygun olarak yayınlanması ve kaynaklandığı İnternet sayfasında bulundurulması durumunda arama motorlarının bu hakları korumakla ilgili yükümlülüğü hariç tutulacak mıdır?

3. Silme hakkının ve/veya itiraz etme hakkının kapsamıyla ilgili, unutulma hakkı ile bağlantılı olarak ["*derecho al olvido*" (*the "right to be forgotten*")], müteakipteki soru sorulmaktadır:

95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(2) ile öngörülen veriyi silme ve engelleme hakkı ile [14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendi] ile öngörülen itiraz haklarının, veri öznelerine kendileriyle ilgili üçüncü taraflara ait İnternet sayfalarında yayınlanan ve değerlendirildiği zaman veri öznesine zarar verebilecek nitelikte olduğu veya veri öznesinin unutulmasını arzu ettiği için İnternet kullanıcıları tarafından bilinmemesi istenilen bilgiler için, söz konusu bilgiler üçüncü taraflarca hukuka uygun şekilde yayınlanmış olsa bile, indekslenmesini önlemek amacıyla arama motorlarına başvuru yapma olanağı tanıdığı şeklinde değerlendirilmeli midir?

Sevk edilen soruların değerlendirilmesi

95/46 sayılı Direktif'in maddi kapsamını ilgilendiren Soru 2(a) ve (b)

21. Öncelikle incelenmesi uygun olan Soru 2(a) ve (b) ile başvurucu Mahkeme temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesinin bir arama motorunun İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulan bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan içerik sağlayıcı olarak faaliyetinin bu tür bilginin kişisel veri içerdiği durumlarda aynı madde kapsamında "kişisel verinin işlenmesi" şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormaktadır.

Eğer bu soruya yanıt olumluysa, başvurucu Mahkeme, 95/46 sayılı Direktif'in 2(d) Maddesinin kişisel verilerin işlenmesi bakımından aynı madde kapsamında arama motorlarının "denetleyici" olarak kabul edileceği manasına geldiği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağından emin olmaya çalışmaktadır.

22. Google İspanya ve Google Inc'e göre, arama motorlarının üççünü taraflara ait İnternet sayfalarında yer alan verileri arama sonuçlarında gösterilmesi faaliyeti, arama motorları İnternette yer alan tüm bilgileri kişisel veri ve diğer bilgileri şeklinde bir ayrım yapmaksızın işlediği için kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilemez. Ayrıca, söz konusu faaliyet 'veri işleme' olarak nitelendirilse bile, arama motorlarının işletmecileri bu işlemeye ilişkin olarak söz konusu veri hakkında hiçbir bilgileri olmadığı ve veri üzerinde kontrol gerçekleştirmedikleri için 'denetleyici' olarak kabul edilemezler.

23. Öte yandan, Bay Costeja Gonzalez, İspanyol, İtalyan, Avusturya ve Polonya Hükümetleri ve Avrupa Komisyonu, söz konusu faaliyetin 95/46 sayılı Direktif anlamında, İnternet sitelerinin yayıncılarının veri işlemesinden müstakil ve bu tür işlemeden farklı amaçlar hedefleyen, açıkça 'veri işleme' faaliyeti içerdiğini değerlendirmektedir. Bir arama motorunun işletmecisi, yürütülen veri işleme bakımından 'denetleyici'dir; zira işlemenin amacını ve araçlarını belirleyen o işletmecinin kendisidir.

24. Yunan Hükümeti'nin ibrazında, söz konusu faaliyet 'işleme' oluşturmaktadır, fakat arama motorları sadece aracı niteliğinde faaliyet gösterdikleri için, onları yöneten teşebbüsler, teknik olarak gerekli olan süreyi aşan bir sürede veriyi 'ara hafıza' veya 'önbellek'te veriyi sakladıkları durumlar hariç olmak üzere, 'denetleyici' olarak kabul edilemezler.

25. 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesi 'kişisel verilerin işlenmesi'ni, 'silme veya tahrip etme, engelleme, birleştirme veya sıralama, sağlama ya da dağıtma, iletmeyle açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, başvurma gibi otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla kişisel veriler üzerinde yapılan herhangi bir faaliyet veya faaliyet dizisi' şeklinde tanımlamaktadır.

26. Özellikle İnternetle ilgili olarak Divan, İnternet sayfası üzerinden kişisel verilerin yüklenmesi işleminin zaten 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesi anlamında 'işleme' sayılması gerektiğini belirtmiştir (Bkz. Dava C-101/01 Lindqvist EU:C:2003:596, paragraf 25).

27. Esas davadaki söz konusu faaliyetle ilgili olduğu kadar, arama motorları tarafından bulunan, indekslenen ve muhafaza edilen ve kullanıcıların kullanımına sunulan verilerin tanımlanmış veya tanımlanabilir gerçek kişilere ilişkin bilgileri içerdiği ve bu sebeple bu Direktif'in 2(a) Maddesi anlamında 'kişisel veri' olduğu tartışmalı bir husus değildir.

28. Bu nedenle, bilinmelidir ki, İnterneti otomatik, düzenli ve sistematik olarak orada yayınlanan bilgiyi bulmak için incelemek suretiyle, arama motorunun işletmecisi daha sonradan kendi indeksleme programlarının çerçevesinde 'geri alıp', 'kaydedip' ve 'organize ettiği' bu tür verileri arama sonuçlarının listesi formunda 'toplar', sunucuları üzerinde 'saklar', ve belirli durumlarda, 'ifşa eder' ve kullanıcılarının kullanımına 'sunar'. Bu tür faaliyetler, açıkça ve koşulsuz olarak 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesi altında sayıldığı için, arama motoru işletmecisinin aynı faaliyetleri diğer tür bilgiler için de sürdürmesini ve bu tür bilgiler ile kişisel veriler arasında bir ayrımda bulunmasını dikkate almaksızın, bu madde anlamında 'işleme' olarak nitelendirilmelidirler.

29. Yukarıda yapılan çıkarım, bu tür verilerin zaten İnternette yayınlanmış olmasından ve arama motoru tarafından değiştirilmemiş olması gerçeğinden etkilenmemektedir.

30. Divan, zaten 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesi altında atıf yapılan münhasıran medyada değiştirilmeden yayınlanmış içeriklerle ilgili faaliyetlerin, bu tür işleme olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu tür durumlarda 95/46 sayılı Direktif uygulamasından genel bir istisnanın Direktifin etkisini büyük ölçüde kaybettireceği bu bağlamda esaslı şekilde gözlemlenmiştir (bakınız, bu etkide, Dava Case C-73/07 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia EU:C:2008:727, paragraf 48 ve 49).

31. Ayrıca, 95/46 sayılı Direktif'in 2(b) Maddesinde yer alan tanımdan da, kişisel verilerin değiştirilmesinin Direktif anlamında işleme oluşturmasına karşın, bahsedilen diğer faaliyetlerin ise, öte yandan, kişisel verilerin değiştirilmesini gerektirmediği anlamı çıkmaktadır.

32. Arama motoru işletmecisinin, bu motor tarafından esas davadaki gibi bir faaliyet bağlamında yürütülen veri işleme faaliyeti ile ilgili olarak 'denetleyici' olarak kabul edilip edilmemesi sorusuyla ilgili olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 2(d) Maddesinin 'denetleyici'yi 'kişisel verilerin işleme amaç ve araçlarını tek başına ya da diğerleriyle müştereken belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu makamı, idaresi veya başka bir kuruluş' olarak tanımladığı hatırlanmalıdır.

33. Bu faaliyetin ve bu faaliyetin çerçevesinde kendisinin taşıdığı kişisel verinin işlenmesinin amaç ve araçlarını belirleyen arama motoru işletmecisidir ve neticede Madde 2(d)'ye göre bu işleme bakımından 'denetleyici' olarak kabul edilmek zorundadır.

34. Ayrıca, arama motoru işletmecisini üçüncü taraflara ait İnternet sayfalarında yayınlanan kişisel verilerle ilgili kontrol gerçekleştirmediği gerekçesiyle tanım kapsamı dışında tutmak sadece bu maddenin açık hükmüne değil, geniş bir 'denetleyici' kavramı tanımlamasıyla veri öznelerinin etkili ve tam korunmasını sağlamak - amacına da aykırı olacaktır.

35. Bu bağlamda, arama motorunun faaliyetleri bağlamında kişisel verilerin işlenmesi, İnternet sayfalarının yayıncıları tarafından bu verilerin İnternet sayfasında gösterilmesi şeklinde yürütülen işlemeden ayırt edilebilir ve bundan müstakil ayrı bir işleme niteliğinde olduğuna dikkat edilmelidir.

36. Üstelik, arama motorlarının faaliyetinin, bu verilerin yayınlandığı İnternet sayfasını başka şekilde bulamayacak İnternet kullanıcıları dahil, veri öznesinin adını esas alarak arama yapan herhangi bir İnternet kullanıcına erişilebilir kılmakla bu verilerin etraflıca yayılmasında belirleyici rol oynadığı ihtilafsızdır.

37. Ayrıca, kullanıcılarının bu bilgilere erişimini kolaylaştırma amacıyla arama motorları tarafından anlamlandırılan İnternet ortamında yayınlanan bilgilerin organizasyonu ve birleştirilmesi, kullanıcıların bir bireyin adını esas alarak arama yaptıkları durumlarda, arama sonuçları listesi aracılığıyla bu bireyle ilgili olarak İnternette bulunabilen, veri öznesinin daha fazla veya daha az ayrıntılı bir profilini oluşturmalarına olanak tanıyan bilgilerin yapısal olarak genel bakışını elde etmeleri ile sonuçlanmaktadır.

38. Madem, arama motorunun faaliyeti bu sebeple esaslı şekilde etkili olabilecek niteliktedir ve İnternet sitelerinin yayıncılarıyla kıyaslandığında ikincil niteliktedir; arama motorunun işletmecisi, bu tür faaliyetin amaç ve araçlarını belirleyen kişi olarak, kendi sorumlulukları, yetkileri ve kapasitesi çerçevesinde faaliyetin 95/46 sayılı Direktif'in gerekliliklerini, Direktif'te öngörülen teminatların tam ve etkili şekilde olmasını ve başta mahremiyet hakları olmak üzere veri öznelerinin tam korumasını sağlarsa, mahremiyet hakkı ile kişisel verilerin korunması temel hakları tam olarak sağlanabilir.

39. Son olarak, İnternet sitelerinin yayıncılarının özellikle 'robots.txt' gibi hariç tutma protokolleri veya 'noindex' veya 'noarchive' gibi kodlar ile arama motoru işletmecilerine sitelerinde yayınlanan belli bilgilerin tamamen veya kısmen arama motorlarının otomatik indekslerinden hariç tutulmasını bildirme seçeneklerinin olmasına rağmen İnternet sitelerinin yayıncılarının bu şekilde bir bildirimde bulunmadıkları durumlarda, bir arama motoru işletmecisinin arama motoru aktiviteleri bağlamında yürüttüğü kişisel verilerin işlenmesi faaliyeti için sorumluluktan kurtulduğu manasına gelmemektedir.

40. Bu durum işlemenin amaçlarının ve araçlarının arama motoru işletmecisi tarafından belirlendiği durumunu değiştirmemektedir. Ayrıca, İnternet siteleri yayıncılarına sağlanan seçeneğin işlemenin araçlarını bu işletmeciyle ortak belirlendiği anlamında olsa bile, bu bulgu işletmecinin herhangi bir sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır; zira, 95/46 sayılı Direktif'in

2(d) Maddesi açıkça belirlemenin 'tek başına veya başkalarıyla beraber müştereken' şekilde yapılabileceğini öngörmektedir.

41. Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda, Soru 2(a) ve (b)'nin yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in Madde 2(b) ve 2(d) hükümlerinin, öncelikle, İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulan bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan arama motoru faaliyeti, bu tür bilgi kişisel veri içerdiği durumda Madde 2(b) anlamında 'kişisel verinin işlenmesi' olarak nitelendirilmeli ve ikinci olarak, arama motoru işletmecisi bu işlemeye ilişkin olarak Madde 2(d) anlamında 'denetleyici' olarak kabul edilmelidir, manasına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır.

95/46 sayılı Direktif'in ülkesel uygulanmasına ilişkin, Soru 1(a) ve (d)

42. Soru 1(a) ve (d) ile, başvurucu mahkeme, 95/46 sayılı Direktif'in iç hukuka aktaran ulusal mevzuatın esas davadaki durumlarda uygulanıp uygulanamayacağını öğrenmeye çalışmaktadır.

43. Bu bağlamda, başvurucu mahkeme müteakipteki tespitleri yapmıştır:

- Google Arama dünya genelinde 'www.google.com' sitesi aracılığıyla sunulmaktadır. Birçok Devlette, ulusal dile uyarlanmış yerel versiyonu mevcuttur. Google Arama'nın İspanya'daki uyarlaması 16 Aralık 2003'ten bu yana tescilli bulunan 'www.google.es' İnternet sitesi aracılığıyla sunulmaktadır. Google Arama, İspanya'da en çok kullanılan arama motorlarından birisidir.

- Google arama, Google Grubu'nun ana şirketi olan ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yerleşik bulunan Google Inc tarafından işletilmektedir.

- Google Arama dünya genelinde, İspanya'da bulunanlar dahil, İnternet sitelerini indekslemektedir. İnternet sürüngenleri [*crawler: teknik kavram] veya robotları tarafından indekslenen bilgileri, diğer bir ifadeyle, İnternet sayfalarının içeriklerini metodolojik ve otomatik olarak konumlandırmak ve toplamak için kullanılan bilgisayar programları, bulundukları Devlet konumu bilinmeyen sunucularda geçici olarak saklanmakta ve rekabet gerekçeleriyle bu konumlar gizli tutulmaktadır.

- Google Arama sadece indekslenen İnternet sitelerinde barındırılan içeriğe erişim sağlamamakta, ayrıca bu faaliyetten faydalanmakta ve bu faaliyet ödeme karşılığı, İnternet kullanıcılarına mal veya hizmetlerini sunmak için bu aracı kullanmak isteyen teşebbüsler için İnternet kullanıcılarının arama terimleriyle bağlantılı reklam yapılmasını içermektedir.

- Google Grubu, iştiraki Google İspanya'yı 'www.google.com' İnternet sitesi üzerinde oluşturulan reklam alanının satışını teşvik etmek için kullanmaktadır. 3 Eylül 2003 tarihinde kurulan ve ayrı hukuki kişiliği olan Google İspanya'nın merkezi Madrid'de (İspanya) bulunmaktadır. Faaliyetleri genel olarak İspanya'da yerleşik teşebbüsleri hedeflemekte, Google Grubu'nun bu Üye Devlet'te ticari acentesi olarak hareket etmektedir. Hedefleri çevrimiçi reklam ürünleri ve servislerini üçüncü taraflara satışını teşvik etmek, kolaylaştırmak ve gerçekleştirmek ve de bu reklam alanının pazarlamasını yapmaktır.

- Google Inc, Google İspanya'yı, İspanya'da Google Inc tarafından İVKK nezdinde tescil edilen iki dosyalama sistemi için denetleyici olarak belirlemiştir; bu dosyalama sistemi, Google Inc ile reklam hizmetler için sözleşme akdeden müşterilerin kişisel verilerini içermesi için tasarlanmıştır.

44. Özellikle, başvuru mahkeme tarafından mevzu bahis edilen ana hususlar 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesi anlamında 'işletme' kavramı ile 4(1)(c) Maddesi anlamında, 'bahse konu Üye Devlet topraklarında konumlanan cihaz kullanımı' kavramlarıdır.

Soru 1(a)

45. Soru 1(a) ile, başvuru mahkeme, temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin, müteakipteki bir veya daha fazla koşul sağlandığı durumda, denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerinde bu madde anlamında yürütülen faaliyetler bağlamında, kişisel verinin işlenmesinin gerçekleştiği anlamına geldiği şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını sormaktadır:

- arama motoru işletmecisi bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Üye Devletin yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir şube veya bağlı şirket kurduğu zaman; veya,

- ana şirket bu Üye Devlette yer alan bir bağlı şirketi işbu bağlı şirketle reklam yapma hususunda sözleşme yapmış müşterilerinin verileriyle bağlantılı olarak iki belirli dosyalama sistemi için kendi temsilcisi ve denetleyici olarak belirlediği zaman; veya,

- bir Üye Devlette kurulan şube veya bağlı şirket, kendisine veri özneleri ve kişisel verilerin korunmasına riayet edilmesinin sağlanmasıyla ilgili sorumluluğu olan makamlardan yöneltilen talepleri ve gereklilikleri Avrupa Birliği dışında yer alan ana şirkete, bu tür işbirliği gönüllü olarak yerine getirilse bile, ilettiği zaman.

46. Bu üç koşulun ilkiyle ilgili olduğu kadar, başvurucu mahkeme belirtmektedir ki, Google Arama, Google Inc tarafından işletilmekte ve yönetilmekte ve Google İspanya'nın İspanya'da üçüncü taraflara ait İnternet sitelerinde bulunan bilgi veya verinin indekslenmesi veya

saklanmasıyla bağlantılı olarak doğrudan bir faaliyet yürüttüğü tespit edilememiştir. Bununla beraber, başvurucu mahkemeye göre, Google İspanya'nın İspanya bağlamında ilgilendiği reklam alanının tanıtımı ve satımı, Google Grubu'nun ticari faaliyetinin esas kısmını oluşturmaktadır ve Google Arama ile yakından bağlantılı olduğu kabul edilebilir.

47. Bay Costeja Gonzalez, İspanyol, İtalyan, Avusturya ve Polonya Hükümetleri ve Avrupa Komisyonu, Google Inc tarafından işletilen arama motorunun faaliyeti ile Google İspanya'nın faaliyeti arasında birbirinden ayrılamayacak şekilde mevcut olan bağlantının ışığında, son belirtilenin ilk belirtilenin teşebbüsü olarak kabul edilmesi gerektiğini ve kişisel veri işlemesinin bu teşebbüsün faaliyetleri bağlamında sürdürüldüğünün kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Diğer taraftan, Google İspanya, Google Inc ve Yunan Hükümeti'ne göre, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesi, başvurucu mahkeme tarafından listelenen üç koşulun ilk durumunda uygulanamaz niteliktedir.

48. Bu bağlamda, 95/46 sayılı Direktif'in önsözündeki Beyan 19 her şeyden önce 'Bir Üye Devletin sınırları içindeki teşebbüs, istikrarlı düzenlemeler aracılığıyla faaliyetin etkin ve reel olarak gerçekleştirilmesini sağlar' ve ayrıca 'ister bir tüzel kişiliğin [bir] şubesi veya bağlı kuruluşu olsun bu tür kuruluşun yasal biçimi bu bakımdan belirleyici bir faktör değildir' şeklinde olduğu not edilmelidir.

49. Google İspanya'nın istikrarlı düzenlemeler aracılığıyla etkin ve reel olarak İspanya'da faaliyette bulunduğu tartışmalı değildir. Ayrı hukuki kişiliğinin olmasının yanı sıra, Google Inc'in İspanya toprakları üzerinde bir iştirakini ve bu sebeple, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesi anlamında 'teşebbüs'ünü oluşturmaktadır.

50. Bu hükümde belirtilen kriteri yerine getirmek için, ayrıca denetleyici tarafından kişisel veri işlemesinin denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerindeki 'faaliyetler bağlamında yürütülmesi' gerekmektedir.

51. Google İspanya ve Google Inc, esas davada konu olan kişisel verinin işlenmesinin münhasıran Google Arama'yı Google İspanya tarafında herhangi bir müdahalede bulunmaksızın işleten Google Inc tarafından yerine getirilmesi sebebiyle bunu reddetmekte; sonra belirtilenin faaliyetinin arama motoru hizmetinden bağımsız Google Grubu'nun reklam faaliyetine destek vermekle sınırlı bir faaliyettir.

52. Bununla beraber, İspanyol Hükümeti ve Komisyon, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin mevcut olaydaki kişisel veri işlenmesinin mevzubahis teşebbüsün bizatihi 'kendisi' tarafından yürütülmesini gerektirmemekte, sadece teşebbüsün 'faaliyetleri bağlamında' yürütülmesini yeterli saydığını özellikle vurgulamaktadır.

53. Ayrıca, 95/46 sayılı Direktif'in gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi durumlarında, başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri korumak amacı ışığında, bu ifadeler kısıtlayıcı şekilde yorumlanamaz (bakınız, kıyasen, Dava C-324/09 L'Oréal and Others EU:C:2011:474, paragraf 62 ve 63).

54. Bu bağlamda, 95/46 sayılı Direktif'in önsözünde yer alan 18 ile 20 arasındaki beyanlardan ve bunlarla ilgili 4. Madde'den açıktır ki, Avrupa Birliği kanun koyucusu özellikle geniş ülkesel bir kapsam belirleyerek bireylerin Direktif kapsamında sağlanan korumadan yoksun kalmalarını ve bu korumanın atlatılmasını önlemeyi amaçladığı not edilmelidir.

55. 95/46 sayılı Direktif'in amacı ve 4(1)(a) Maddesi'nin lafzı ışığında, üçüncü bir Devlette merkezi bulunan fakat bir Üye Devlette teşebbüsü bulunan bir işletme tarafından işletilen Google Arama gibi bir arama motorunun hizmetleri amacıyla kişisel verilerin işlenmesi, sonra belirtilen bu Üye Devlette arama motoru tarafından sunulan ve bu motor tarafından sunulan hizmetleri daha kârlı yapma amacına hizmet eden reklam alanını tanıtmak ve satmak amacındaysa, bu işletmecinin 'faaliyetler bağlamında' yürütülmekte olduğu kabul edilmelidir.

56. Bu tür durumlarda, arama motorunun işletmecisinin faaliyetleri ve ilgili Üye Devlette yer alan işletmesinin faaliyetleri, birbirinden ayrılamayacak şekilde bağlıdır; zira, reklam alanına ilişkin faaliyetler, mevzubahis arama motorunun ekonomik olarak kârlı kılan araçlarını oluşturmakta ve bu motor, aynı zamanda, bu faaliyetlerin yerine getirilebilmesini mümkün kılan araçlardır.

57. Mevcut yargılamanın 26 ile 28. paragrafları arasında belirtildiği üzere, arama sonuçlarında kişisel verilerin salt gösterimi kişisel verilerin işlenmesini oluşturmaktadır. Sonuçların gösterimi, aynı sayfada, arama terimleriyle bağlantılı reklamların gösterimiyle beraber sunulduğu için, mevcut kişisel verinin işlenmesi denetleyicinin işletmesinin ticari ve reklam aktivitesi bağlamında, Üye Devletin ülkesinde, bu durumda İspanya ülkesinde, sürdürülmekte olduğu açıktır.

58. Durum böyleyken, arama motorunun faaliyetleri amaçlarıyla yürütülen kişisel veri işlenmesinin 95/46 sayılı Direktif tarafından koyulan yükümlülükler ve teminatlardan kaçması kabul edilemez, ki bu Direktif'in etkinliğine ve Direktif'in sağlamaya çalıştığı başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin etkili ve tam korunmasına (bakınız, kıyasen, L'Oréal and Others EU:C:2011:474, paragraf 62 ve 63), Madde 1(1)'de ve önsözde yer alan Beyan 2 ile Beyan 10 altında Direktif'in özel önem atfettiği bir hak olan kişisel verilerin işlenmesine halel getirir (bakınız, bu etkide, Birleşik Davalar C-465/00, C-138/01 ve C-139/01 Österreichischer Rundfunk and Others EU:C:2003:294, paragraf 70; Dava C-553/07 Rijkeboer

EU:C:2009:293, paragraf 47; ve Dava C-473/12 IPI EU:C:2013:715, paragraf 28 and atıf yapılan içtihat).

59. Başvurucu mahkeme tarafından listelenen üç koşuldan ilki, tek başına Google İspanya gibi bir işletmenin 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesi'nde belirtilen kriteri karşıladığı sonucuna varılmasına yeterli olduğu için, diğer iki koşulu incelemeye lüzum yoktur.

60. Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda, Soru 1(a)'nın yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin, arama motoru işletmecisi bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Devlette yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir şube veya bağlı şirket kurduğu zaman, denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerinde bu madde anlamında yürütülen faaliyetler bağlamında, kişisel verinin işlenmesinin gerçekleştiği anlamına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Soru 1(b)'den (d)'ye

61. Soru 1(a)'ya verilen yanıt çerçevesinde, Soru 1(b)'den (d)'ye olan kısma yanıt vermeye gerek yoktur.

95/46 sayılı Direktif altında arama motoru işletmecisinin sorumluluğunun kapsamıyla ilgili Soru 2(c) ve (d)

62. Soru 2(c) ve (d) ile, başvuru mahkeme, temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) ile 14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümler altında belirtilen haklara uyum sağlayabilmek için, bir arama motoru işletmecisinin bir kişinin adını esas alarak yapılan bir arama sonrasında gösterilen sonuçlar listesinden, üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişiyle ilgili bilgi içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, ayrıca bu isim veya bilginin önceden veya eş zamanlı olarak bu İnternet sayfalarından silinmediği durumlarda ve hatta, öyle bir durum olabilir ki, bu sayfalarda yayının kendisinin hukuki olduğu durumlarda, kaldırmakla yükümlü olduğu manasına geldiği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağını sormaktadır.

63. Google İspanya ve Google Inc, ölçülülük ilkesinin gereği olarak, bilgi kaldırılmasını amaçlayan herhangi bir talebin, bu bilgiyi kamuya açıklamanın sorumluluğunu o yayıncı üstlendiği, bu yayının hukuka uygunluğunu değerlendirebilecek konumda olduğu ve bilgiyi erişilemez kılmak için en etkili ve en az kısıtlayıcı araçlara sahip olduğu için, ilgili İnternet sitesinin yayıncısına yöneltilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca, arama motoru işletmecisini İnternette yayınlanan bilgileri indekslerinden çıkarılmasına mecbur etmek, İnternet siteleri yayıncılarının, İnternet kullanıcılarının ve bu işletmecinin kendisinin temel haklarına yeterince dikkate alınmamasına sebep olacaktır.

64. Avusturya Hükümeti'ne göre, ulusal denetleme makamları bu tür bir işletmeciye kendi dosyalama sistemlerinden üçüncü taraflarca yayınlanmış bilgilerin silinmesi talebini ancak mevzubahis veri daha önceden hukuka aykırı bulunmuşsa veya hatalıysa veya veri öznesi bu bilginin yayınlandığı İnternet sitesinin yayıncısına başarılı şekilde bir itirazda bulunmuşsa talimat verebilir.

65. Bay Costeja Gonzalez, İspyol, İtalyan, Polonya Hükümetleri ile Komisyon, ulusal makamın doğrudan bir arama motoru işletmecisine indekslerinden ve geçici hafızalarından üçüncü taraflarca yayınlanmış kişisel veri içeren bilgiyi çıkarmasını, bu bilginin görüntülendiği İnternet sayfasının yayıncısına önceden veya eş zamanlı olarak başvurmaya gerek olmaksızın emir verebileceğini ileri sürmektedir. Ayrıca, Bay Costeja Gonzalez, İspanyol, İtalyan Hükümetleri ile Komisyon'a göre, bilginin hukuka uygun şekilde İnternet sayfasında yayınlanmış olması ve orijinal İnternet sayfasında hala görüntüleniyor olması gerçeği, işletmecinin 95/46 sayılı Direktif altındaki yükümlülükleri üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Öte yandan, Polonya Hükümeti'ne göre, bu gerçeklik işletmeciyi yükümlülüklerinden kurtarır niteliktedir.

66. Her şeyden önce, hatırlanmalıdır ki, 1. Maddesinden ve önsözdeki Beyan 1'den açıktır ki, 95/46 sayılı Direktif gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi durumlarında başta kişisel mahremiyet hakkı olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri korumak için yüksek seviyeli bir korumanın sağlanmasını amaçlamaktadır (bakınız, bu etkide, IPI EU:C:2013:715, paragraf 28).

67. 95/46 sayılı Direktif'in önsözündeki Beyan 25'e göre, Direktif tarafından ortaya koyulan korumanın esasları, bir taraftan, veri kalitesi, teknik güvenlik, denetleme makamına bildirim ve işlemenin yürütülebileceği koşullar başta olmak üzere, işlemeden sorumlu kişiler üzerine yüklenen yükümlülüklere ve diğer taraftan, bireylere verilen haklara, işlemenin konusu olan verilere, işlemenin yapıldığını bildirime, verilere başvurmaya, düzeltme talep etmeye ve hatta bazı koşullarda işlemeye itiraza yansıtılmıştır.

68. Divan, zaten 95/46 sayılı Direktif'in hükümlerinin, özellikle mahremiyet hakkı olmak üzere temel özgürlükleri ihlal etmesi olası kişisel verilerin işlenmesini ilgilendirdiği sürece, yerleşik içtihatlara göre hukukun genel ilkelerinin bütünleyici kısmını oluşturan, yerine getirilmelerini Divan'ın sağladığı ve şu an Temel Hakları Şartı içerisinde düzenlenen temel haklar ışığında yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir (bakınız, özellikle, Dava C-274/99 P Connolly v Commission EU:C:2001:127, paragraf 37, ve Österreichischer Rundfunk and Others EU:C:2003:294, paragraf 68).

69. Temel Hakları Şartı'nın 7. Maddesi özel hayata saygıyı teminat altına alırken, Temel Hakları Şartı'nın 8. Maddesi açıkça kişisel verilerin korunması hakkını beyan eder. Madde 8(2) ve (3) ise

bu verilerin, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru temele dayanarak işlenebileceğini, herkesin kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahip olduğunu; bu kurallara uyulmasının bağımsız bir makam tarafından denetleneceğini belirtir. Bu koşullar bunlarla beraber 95/46 sayılı Direktif'in 6, 7, 12, 14 ve 28. Maddeleri ile yerine getirilmektedir.

70. 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) Maddesi, Üye Devletlerin her bir veri öznesinin denetleyiciden, özellikle verinin eksik veya yanlış yapısı yüzünden, 95/46 sayılı Direktif'in hükümlerine uymayan işlemede, verilerin engellenmesi veya silinmesi, uygun olarak düzeltilmesini talep etme hakkını temin etme hakkını garanti etmesi gerektiğini belirtmektedir. 95/46 sayılı Direktif'in 6(1)(d) Maddesi'nde belirtilen belirli gerekliliklerin gözetilmediğine yönelik davayla ilgili olan bu son husus örnek olarak belirtilmiştir ve tahdidi değildir, veri öznesine Direktif'in 12(b) Maddesinde teminat altına alınan hakları verme kapasitesine sahip işlemenin uyumsuz niteliği, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak Direktif tarafından getirilen diğer hukuka uygunluk nedenlerinin gözetilmemesinden de kaynaklanabilir.

71. Bu bağlantıyla, 95/46 sayılı Direktif'in 13. Maddesi altında izin verilen istisnalara bağlı olarak, tüm kişisel verilerin işlenmesi, ilk olarak, Direktif'in 6. Maddesinde belirtilen veri kalitesine ilişkin esaslarla; ikinci olarak, Direktif'in 7. Maddesinde belirtilen ve veri işlemeyi meşru kılan kriterlerden birisiyle uyum göstermesi gerektiği not edilmelidir (bakınız Österreichischer Rundfunk and Others EU:C:2003:294, paragraf 65; Müşterek Davalar C-468/10 and C-469/10 ASNEF and FECEMD EU:C:2011:777, paragraf 26; ve Dava C-342/12 Worten EU:C:2013:355, paragraf 33).

72. 95/46 sayılı Direktif'in 6. Maddesi altında ve Üye Devletler'in tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla işlemeyle ilgili koyabileceği özel hükümlere halel getirmeksizin, denetleyicinin kişisel verilerin 'adil ve hukuka uygun' şekilde işlendiğini, verilerin 'belirli, açık ve meşru amaçlarla toplandığını ve bu amaçlarıyla bağdaşmayan şekillerle ayrıca işlenmediğini', 'toplandığı ve/veya ayrıca işlendiği amaçlara ilişkin olarak yeterli, ilgili ve amacı aşmaz' nitelikte olduğunu, verilerin 'doğru ve gerekli yerde güncel tutulduğunu' ve son olarak, 'verilerin toplandığı esnada veya sonrasında işlendiği amaçlar için gerekenden daha uzun olmayan süre boyunca, veri öznelerinin tespitine izin veren biçimde tutulduğunu' temin etme görevi vardır. Bu bağlamda, denetleyici bu hükmün gerekliliklerini sağlamayan verilerin silinmesini ve düzeltilmesini temin etmek için her makul adımı atmak zorundadır.

73. Arama motoru işletmecisi tarafından yürütülen esas davadaki gibi gündemde olan 95/46 sayılı Direktif'in 7. Maddesi altındaki işlemenin meşruluğuyla ilgili olarak, işlemenin Madde 7(f) altında belirtilen temelle kapsama alınması imkan dahilindedir.

74. Bu hüküm, kişisel verilerin denetleyici veya verinin ifşa edildiği üçüncü taraf veya tarafların menfaatine meşru amaçlarla gerekli olduğu durumlarda işlenmesine izin vermektedir, meğer ki bu tür menfaatler veri öznesinin Direktif'in Madde 1(1) altında korunması gereken temel hakları ve özgürlükleri ile - özellikle kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili mahremiyet hakkı - geçersiz kılınsın. Madde 7(f)'in uygulanması, bu nedenle, birbirinin zıddı hakların ve gözetilen menfaatlerin Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddesinden kaynaklanan veri öznelerinin haklarının hangisinin önemle dikkat alınması bağlamında dengelenmesini gerektirmektedir.

75. İşlemenin Direktif'in Madde 6 ve 7(f) ile uygunluk gösterip göstermediği sorusu Direktif'in 12(b) Maddesinde belirtilen bir talep bağlamında belirlenebileceği halde, veri öznesi, buna ilave olarak, belirli durumlarda Direktif'in 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altında belirtilen itiraz etme hakkına dayanabilir.

76. 95/46 sayılı Direktif'in 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altında Üye Devletler, en azından Direktif'in Madde 7(e) ve (f)'de atıfta bulunulan durumlarda, ulusal mevzuat tarafından aksi belirtilmedikçe, kendisine dair verilerin işlenmesinde, özel durumuna ilişkin mecburi kanuni gerekçelere her zaman itiraz etmeyi sağlamalıdır. 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altında sürdürülmesi gereken denge, bu nedenle, veri öznesinin özel durumunu kuşatan tüm durumların daha özel bir tarzda dikkate alınmasına olanak vermektedir. Gerekçeli bir itiraz olduğunda, denetleyici tarafından başlatılan işleme, artık bu verileri kapsayamaz.

77. 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altındaki talepler veri öznesi tarafından doğrudan denetleyiciye yöneltilebilir ve denetleyici ondan sonra taleplerin esaslarını gereken şekilde incelemeli, durum gerektiriyorsa, söz konusu verinin işlenmesini sonlandırmalıdır. Denetleyici talebi kabul etmezse, gerekli kontrolleri yerine getirmesi ve denetleyicinin belirli önlemleri gereğince almasını emretmesi için veri öznesi konuyu, denetleme makamının veya yargı makamının önüne getirebilir.

78. Bu bağlantıda, 95/46 sayılı Direktif'in 28(3) ve (4) Maddesi altında her bir denetim makamının, kişisel verilerin işlenmesine dair hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin herhangi bir kişi tarafından ileri sürülen iddiaları dinlemesi gerektiğinin ve makamın özellikle verinin engellenmesini, silinmesini veya yok edilmesini veya bu tür bir işlemeye geçici veya kesin yasaklama koyulmasına yönelik talimat verebilmesini olanaklı kılacak soruşturma yetkileri ile etkili müdahale yetkilerinin olması gerektiğinin açık olduğu hatırlanmalıdır.

79. Bu gözetilen hususların ışığında denetleme makamına veya yargı makamına esas davadaki gibi bir taleple başvuru yapıldığında veri öznelerinin haklarını düzenleyen 95/46 sayılı Direktif'in hükümlerini yorumlamak ve uygulamak gereklidir.

80. Başlangıçta belirtilmelidir ki, mevcut yargılamanın 36 ile 38. paragrafları arasında tespit edildiği üzere, bir arama motoru tarafından sürdürülen kişisel verinin esas davadaki gibi bir durumda işlenmesi, bir bireyin adını temel alarak bu arama motorundaki araçlarla arama yapıldığı zaman işleme, herhangi bir İnternet kullanıcısına arama sonuçları listesi aracılığıyla bu bireyle ilgili olarak İnternette bulunabilen bilgilerin yapısal olarak genel bakışını elde etmesini - arama motoru olmaksızın bağlantısı kurulamayan veya kurulması büyük zorluk gerektiren, özel hayatıyla ilgili çok sayıda görünümünü potansiyel olarak ilgilendiren bilgiler - ve böylece kişinin daha fazla veya daha az ayrıntılı bir profilinin oluşturulmasına olanak tanıdığı için, mahremiyete yönelik temel haklar ve kişisel verinin korunması önemli şekilde etkileyebilecek niteliktedir (bakınız, bu etkide, Müşterek Davalar C-509/09 and C-161/10 eDate Advertising and Others EU:C:2011:685, paragraf 45). Ayrıca, veri öznesinin bu haklarına müdahalenin etkisi, her yerden bulunabilen bu tür arama sonuçları içinde bulunan bilgileri sunan İnternet ve arama motorları tarafından modern toplumda oynanan önemli rolden dolayı artmaktadır.

81. Bu müdahalenin olası ciddiyeti ışığında, işlemenin böyle bir arama motoru işletmecisinin salt ekonomik menfaatiyle haklı gösterilemeyeceği açıktır. Lakin, arama sonuçları listesinden bağlantıların kaldırılması, söz konusu bilgiye dayalı olarak, madem ki bu bilgiye erişmekle ilgilenen potansiyel İnternet kullanıcılarının meşru menfaatleri üzerinde etkisi vardır, esas davadaki husus gibi durumlarda bu menfaat ile veri öznesinin Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddesi altındaki hakları arasında adil bir denge gözetilmelidir. Her ne kadar bu maddelerde korunan veri öznelerinin haklarının İnternet kullanıcılarının menfaatlerine ağır basabileceği gerçektir, denge, genel bir kural olarak, belirli durumlarda mevzubahis bilginin niteliğine ve veri öznesinin özel hayatıyla ilgili hassasiyetine ve kamunun bu bilgiye sahip olmasındaki menfaatine, ki bu menfaat özellikle veri öznesinin kamusal hayatta oynadığı role göre değişiklik gösterebilir, bağlıdır.

82. Esas davadaki gibi bir başvuru talebi yapıldığı zaman yapılması gereken 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin uygulanmasının koşullarının değerlendirilmesinden sonra denetleyici makam veya adli makam, arama motoru işletmecisine

bir kişinin adı temel alınarak yapılan bir aramada görüntülenen arama sonuçları listesinden üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişi ile ilgili kişisel bilgi içeren İnternet sitelerine bağlantıları kaldırmasını, yayıncının kendi takdiriyle veya bu makamların bir emrini müteakip bu ad ve

bilginin öncesinde veya aynı anda yayınlandıkları İnternet sitelerinden kaldırılmasını koşul olarak gerektirmeksizin, emredebilir.

83. Mevcut yargılamanın 35 ile 38. paragrafları arasında ortaya koyulduğu üzere, arama motorunun faaliyetleri bağlamında kişisel verilerin işlenmesi, İnternet sayfalarının yayıncıları tarafından yürütülen işlemeden ayırt edilebilir ve bunun dışında ayrı bir işleme niteliğinde olduğu takdirde, arama motoru işletmecisi işlemenin denetleyicisi sıfatıyla, Direktif tarafından belirlenen güvencelerin tam etkili olabilmesi için sorumlulukları, yetkileri ve imkanları çerçevesinde işlemenin 95/46 sayılı Direktif'in gerekliliklerini getirdiğini temin etmelidir.

84. Bir İnternet sitesinde yayınlanan bilginin başka sitelerde çok kolay şeklinde kopyalanmasının kolaylığı ve yayından sorumlu olan kişilerin her zaman Avrupa Birliği yasalarına tabii olmaması gerçeği karşısında, eğer ki sonrakinin öncelikle veya paralel şekilde İnternet sitelerinin yayıncılarından kendisiyle ilgili bilginin silinmesini talep etmesi zorunlu kılınırsa, veri kullanıcılarının etkili ve tam koruması sağlanamaz.

85. Ayrıca, bir bireyle ilgili bilginin yayınından oluşan İnternet sayfası yayıncısı tarafından yapılan işleme, bazı durumlarda, 'sadece gazetecilik amaçlarıyla' gerçekleştirilebilir ve böylece, 95/46 sayılı Direktif'in 9. Maddesinin sonucu olarak, Direktif'te belirtilen yükümlülüklerin istisnasından yararlanırken, böyle bir istisnanın bir arama motoru işletmecisi tarafından sürdürülen işleme için söz konusu olduğu görünmemektedir. Bundan dolayı, belirli durumlarda veri öznesinin 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinde atıf yapılan hakları, bu işletmeciye karşı kullanımına yetkili olduğu fakat İnternet sitesi yayıncısına karşı olmadığı çıkarımı yapılamaz.

86. Son olarak, belirtilmelidir ki, sadece 95/46 sayılı Direktif'in 7. Maddesi altında yer alan ve arama motorunun faaliyetine de çatışmadan uygulanabilen bir İnternet sitesinde kişisel verinin bir parçasının yayınlanmasını meşru kılan bu temel değil, ayrıca ve hatta konu bu olduğu durumlarda, 95/46 sayılı Direktif'in 7(f) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılacak tartışma konusu olan menfaatlerin ölçümünün sonucu, söz konusu arama motoru işletmecisi tarafından veya İnternet sayfasının yayıncısı tarafından sürdürülen işlemenin, örneğin, ilk olarak, işlemeyi haklı kılan meşru menfaatin farklı olup olmamasına ve ikinci olarak, veri öznesi için işlemenin neticeleri, özellikle de özel hayatı için, mutlaka aynı olup olmamasına göre değişiklik gösterecektir.

87. Esasında, bir İnternet sayfasının bir kişinin adını esas alarak yapılan bir arama sonucu gösterilen ve o İnternet sayfasında bu kişiyle ilgili bulunan bilginin sonuçlar listesine dahil edilmesi, bu bilgiyi fark edilebilir şekilde ilgili kişiyle ilgili arama yapan herhangi bir İnternet

kullanıcısı için daha kolay erişilebilir kıldığı ve bu bilginin yayılmasında belirleyici rol oynadığı için, İnternet sitesinde yayınlanmasından daha fazla veri öznesinin temel mahremiyet hakkına önemli bir müdahale oluşturması muhtemeldir.

88. Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, Soru 2(c) ve (d)'nin yanıtı, 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) ile 14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümler altında belirtilen haklara uyum sağlayabilmek için ve bu hükümlerde belirtilen koşullar sağlandığı sürece, bir arama motoru işletmecisinin bir kişinin adını esas alarak yapılan bir arama sonrasında gösterilen sonuçlar listesinden, üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişiyle ilgili bilgi içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, ayrıca bu isim veya bilginin önceden veya eş zamanlı olarak bu İnternet sayfalarından silinmediği durumlarda ve hatta, öyle bir durum olabilir ki, bu sayfalarda yayının kendisinin hukuki olduğu durumlarda, kaldırmakla yükümlü olduğu manasına geldiği şeklinde yorumlanacağıdır.

Veri öznelerinin 95/46 sayılı Direktif'te teminat altına alınan haklarının kapsamını ilgilendiren, Soru 3

89. Soru 3'te, başvurucu mahkeme, temel olarak, 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin veri öznesinin bir arama motoru işletmecisinden adını temel alarak yapılan bir arama sonucu görüntülenen arama sonuçları listesinden üçüncü taraflarca hukuka uygun şekilde yayınlanmış ve kendisiyle ilgili gerçek bilgiler içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, bu bilginin kendisine zarar verebilecek nitelikte olduğu veya veri öznesinin belirli bir zamandan sonra unutulmasını arzu ettiği gerekçeleriyle kaldırmasını talep etmeye olanak verdiği manasına geldiği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağını sorumaktadır.

90. Google İspanya, Google Inc, Yunan, Avusturya ve Polonya Hükümetleri ile Komisyon bu sorunun olumsuz yanıtlanması gerektiğini değerlendirmektedir. Google İspanya, Google Inc, Polonya Hükümeti ile Komisyon bu bağlamda, 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin veri öznelerine sadece söz konusu işleme Direktif ile bağdaşmayan nitelikteyse veya kendi özel durumlarıyla ilgili yasal gerekçeler gerektiriyorsa hak tanıdığını; sadece işlemenin kendileriyle ilgili zarar verebilecek nitelikte olduğu veya işlenen verinin unutulmasını arzu ettiği için bu hakkı tanımadığını iddia etmektedir. Yunan ve Avusturya Hükümetleri, veri öznesinin ilgili İnternet sitesinin yayıncısına başvurması gerektiğini ileri sürmektedir.

91. Bay Costeja Gonzalez ve İspanyol ve İtalya Hükümetlerine göre ise, veri öznesi bir arama motoru tarafından kendisiyle ilgili kişisel verilerin indekslemesine, bu verilerin arama motoru aracılığıyla yayılmasının kendisine zarar vermesi durumunda ve bu verilerin korunması ve

mahremiyetlerine yönelik temel hakları - 'unutulma hakkını' kapsayan - arama motoru işletmecisinin meşru menfaatlerine ve bilgi özgürlüğüyle ilgili genel menfaate karşı ağır basarsa itiraz edilebilir.

92. Uygulanması kişisel verilerin işlenmesinin Direktif'le bağdaşmaması koşuluna bağlı olan 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) Maddesiyle ilgili olarak, hatırlanmalıdır ki, mevcut yargılamanın 72. paragrafında belirtildiği üzere, bu tür bir uyumsuzluk sadece bu verinin hatalı olması durumunda değil, fakat, özellikle, verilerin eksik, ilgisiz veya işlemenin amacıyla aşırı olmasından, güncel tutulmamalarından veya tarihi, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla tutulmaları zorunlu olmadığı sürece gereğinden daha fazla uzun süre ile tutulmalarından da kaynaklanabilir.

93. 95/46 sayılı Direktif'in Madde 6(1)(c) ile (e) arasında belirtilen gerekliliklerden, başlangıçta hukuka uygun olarak işlenen doğru bir veri, zaman içerisinde, toplandıkları veya işlendikleri amaçlar ışığında bu veriler artık gerekli değilse Direktif ile uyumsuz hale gelebilir sonucu çıkmaktadır. Özellikle veriler eksik, ilgisiz veya artık ilgili olmaması veya bu amaçlarıyla bağlantılı olarak aşırı olması ve geçen zamanın ışığında bu böyledir.

94. Bu sebeple, veri öznesince 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) maddesi uyarınca yapılacak bir talebi müteakiben, adını temel alarak yapılan bir arama sonrası gösterilen ve hukuka uygun şekilde üçüncü taraflarca yayınlanan ve kendisiyle ilgili gerçek bilgi içeren İnternet sayfalarına bağlantılarının arama sonuçları listesine dahil edilme, zamanın bu noktasında, Direktif'in 6(1)(c) Maddesiyle bu görüntülenen bilgi, olayın tüm ilgili durumları dikkate alındığında, eksik, ilgisiz veya arama motoru işletmecisi tarafından yürütülen işlemenin amacıyla aşırı olduğu için uyumsuz ise, sonuçlar listesinde bulunan bilgi ve bağlantılar silinmelidir.

95. 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b)'deki gereksinimleri sağlayan talepler Direktif'in 7(f) Maddesinde belirtilen koşullarla uyumsuzluk iddialarına dayandığına yönelik talepler ve Direktif'in 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi altındaki talepler ilgili olduğu sürece, her bir durumda kişisel verinin işlenmesine 7. Madde altında işlemenin sürdürüleceği tüm dönem için izin verileceğinin altı çizilmelidir.

96. Yukarıda belirtilenlerin ışığında, esas davadaki gibi mevzubahis olan işlemeye itiraz etmek için yapılan bu talepler değerlendirildiği zaman, veri öznesinin kendisini ilgilendiren bilginin, zamanın bu noktasında, adını temel alan bir arama yapılması sonrasında gösterilen sonuçlar listesiyle adıyla artık bağlantılanmamasını gerektiğine yönelik bir hakkının olup olmadığı özellikle incelenmelidir. Bu bağlantıda, bu tür bir hakkı tespit edebilmek için mevzubahis bilginin

sonuçlar listesine dahil edilmesinin veri öznesine zarar vermesinin gerekli olmadığı vurgulanmalıdır.

97. Veri öznesi, Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddeleri altındaki temel hakları ışığında, söz konusu bilginin sonuçlar listesinde dahil edilmek suretiyle artık genel kamuya sunulmamasını talep edebileceği için, özellikle mevcut yargılamanın 81. paragrafından da çıkan sonuç gereğince, genel kural olarak, bu hakların sadece arama motoru işletmecisinin ekonomik menfaatine değil, fakat ayrıca genel kamunun bu bilgiyi veri öznesinin adıyla ilgili yapacağı arama sonucu bulmasındaki menfaatten de ağır bastığı kabul edilmelidir. Ancak, veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol gibi özel gerekçelerle, temel haklarına müdahale genel kamunun sonuçlar listesine dahil olmasından dolayı söz konusu bilgiye erişmeye yönelik ağır basan menfaatiyle meşru kılınıyorsa, bu durum söz konusu olmayacaktır.

98. Esas davadaki, İnternet kullanıcılarının Google Arama'yı kullanarak veri öznesinin adını temel alıp bir arama yaparak elde ettiği sonuçlar listesinde veri öznesinin adını ve sosyal güvenlik borçları için yapılan haciz işlemiyle bağlantılı olarak yapılan gayrimenkul açık artırmasıyla ilgili duyuruları barındıran bir günlük gazetenin çevrimiçi arşivlerinin İnternet sayfalarına bağlantıların görüntülenmesini ilgilendiren gibi durumlarla ilgili olarak, bu duyurularda yer alan bilginin veri öznesinin özel hayatıyla ilgili hassasiyet ve ilk yayınının 16 yıl öncesinde yapıldığı gerçeği göz önüne alınarak, veri öznesinin bu bilginin artık bu listeler aracılığıyla adıyla bağlantı kurulmaması için bir hakkının oluştuğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, söz konusu durumda, bu tür bir arama bağlamında kamunun bilgiye erişmesinde ağır basan bir menfaatini kanıtlayan özel nedenlerin varlığı görünmediği için, başvurucu mahkemenin işi, yine de, veri öznesinin 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi uyarınca sonuçlar listesinden bu bağlantıların kaldırılmasını talep edebileceğini tespit etmektir.

99. Yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında, Soru 3'ün yanıtı 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümlerin uygulanma koşulları değerlendirildiği zaman, veri öznesinin kendisini ilgilendiren bilginin, zamanın bu noktasında, adını temel alan bir arama yapılması sonrasında gösterilen sonuçlar listesiyle adıyla artık bağlantılanmamasını gerektiğine yönelik bir hakkının olup olmadığı, bu tür bir hakkı tespit edebilmek için mevzubahis bilginin sonuçlar listesine dahil edilmesinin veri öznesine zarar vermesi gerekli olmaksızın, ayrıca incelenmesi gerektiği manasına geldiği şeklinde yorumlanacağıdır. Veri öznesi, Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddeleri altındaki temel hakları ışığında, söz konusu bilginin sonuçlar listesinde dahil edilmek suretiyle artık genel kamuya sunulmamasını talep edebileceği için, genel kural olarak, bu hakların sadece arama motoru işletmecisinin ekonomik menfaatine değil, fakat ayrıca

genel kamunun bu bilgiyi veri öznesinin adıyla ilgili yapacağı arama sonucu bulmasındaki menfaatten de ağır basmaktadır. Ancak, veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol gibi özel gerekçelerle, temel haklarına müdahale genel kamunun sonuçlar listesine dahil olmaktan dolayı söz konusu bilgiye erişmeye yönelik ağır basan menfaatiyle meşru kılınıyorsa, bu durum söz konusu olmayacaktır.

Masraflar

100. Buradaki adli muameleler, esas davanın tarafları için başvurucu mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan; masraflar hakkındaki karar, başvurucu mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, bu tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (Büyük Daire) şu şekilde karar vermektedir:

1. Kişisel Verilerin İşlenmesi ve bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi Direktifi'nin Madde 2(b) ve 2(d) hükümlerinin, öncelikle, İnternette üçüncü taraflarca yayınlanmış veya bulundurulan bilgiyi konumlandırma, otomatik olarak indeksleme, geçici olarak saklama ve son olarak belirli bir tercih sırasına göre İnternet kullanıcılarına sunulmasından oluşan arama motoru faaliyeti bu tür bilgi kişisel veri içerdiği durumda, Madde 2(b) anlamında 'kişisel verinin işlenmesi' olarak nitelendirilmelidir; ve ikinci olarak, arama motoru işletmecisi bu işlemeye ilişkin olarak Madde 2(d) anlamında 'denetleyici' olarak kabul edilmelidir, manasına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır.

2. 95/46 sayılı Direktif'in 4(1)(a) Maddesinin, arama motoru işletmecisi bir Üye Devlette arama motoru üzerinde reklam alanı sağlama ve satma amacıyla, bu Devlette yerleşik insanlara yönelik faaliyetlerini amaçlar bir şube veya bağlı şirket kurduğu zaman, denetleyicinin bir işletmesi tarafından bir Üye Devletin ülkesi üzerinde bu madde anlamında yürütülen faaliyetler bağlamında, kişisel verinin işlenmesinin gerçekleştiği anlamına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır.

3. 95/46 sayılı Direktif'in Madde 12(b) ile 14. Maddenin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümler altında belirtilen haklara uyum sağlayabilmek için ve bu hükümlerde belirtilen koşullar sağlandığı sürece, bir arama motoru işletmecisinin bir kişinin adını esas alarak yapılan bir arama sonrasında gösterilen sonuçlar listesinden, üçüncü taraflarca yayınlanan ve bu kişiyle ilgili bilgi içeren İnternet sayfalarına yapılan bağlantıları, ayrıca bu ad veya bilginin önceden veya eş zamanlı olarak bu İnternet sayfalarından silinmediği durumlarda ve hatta, öyle bir durum olabilir ki, bu sayfalarda yayının kendisinin hukuki olduğu durumlarda, kaldırmakla yükümlü olduğu manasına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır.

4. 95/46 sayılı Direktif'in 12(b) ile 14. Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin, bu hükümlerin uygulanma koşulları değerlendirildiği zaman, veri öznesinin kendisini ilgilendiren bilginin, zamanın bu noktasında, adını temel alan bir arama yapılması sonrasında gösterilen sonuçlar listesiyle adıyla artık bağlantılanmamasını gerektiğine yönelik bir hakkının olup olmadığı, bu tür bir hakkı tespit edebilmek için mevzubahis bilginin sonuçlar listesine dahil edilmesinin veri öznesine zarar vermesi gerekli olmaksızın, ayrıca incelenmesi gerektiği manasına geldiği şeklinde yorumlanmalıdır. Veri öznesi, Temel Hakları Şartı'nın 7 ve 8. Maddeleri altındaki temel hakları ışığında, söz konusu bilginin sonuçlar listesinde dahil edilmek suretiyle artık genel kamuya sunulmamasını talep edebileceği için, genel kural olarak, bu hakların sadece arama motoru işletmecisinin ekonomik menfaatine değil, fakat ayrıca genel kamunun bu bilgiyi veri öznesinin adıyla ilgili yapacağı arama sonucu bulmasındaki menfaatten de ağır basmaktadır. Ancak, veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol gibi özel gerekçelerle, temel haklarına müdahale genel kamunun sonuçlar listesine dahil olmaktan dolayı söz konusu bilgiye erişmeye yönelik ağır basan menfaatiyle meşru kılınıyorsa, bu durum söz konusu olmayacaktır.

[İmzalar]

AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Case (Right to be Forgotten) - 13 May 2014

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 70/14

Luxembourg, 13 May 2014

Judgment in Case C-131/12

Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González

An internet search engine operator is responsible for the processing that it carries out of personal data which appear on web pages published by third parties

Thus, if, following a search made on the basis of a person's name, the list of results displays a link to a web page which contains information on the person in question, that data subject may approach the operator directly and, where the operator does not grant his request, bring the matter before the competent authorities in order to obtain, under certain conditions, the removal of that link from the list of results

An EU directive[1] has the objective of protecting the fundamental rights and freedoms of natural persons (in particular the right to privacy) when personal data are processed, while removing obstacles to the free flow of such data.

In 2010 Mario Costeja González, a Spanish national, lodged with the Agencia Española de Protección de Datos (Spanish Data Protection Agency, the AEPD) a complaint against La Vanguardia Ediciones SL (the publisher of a daily newspaper with a large circulation in Spain, in particular in Catalonia) and against Google Spain and Google Inc. Mr Costeja González contended that, when an internet user entered his name in the search engine of the Google group ('Google Search'), the list of results would display links to two pages of La Vanguardia's newspaper, of January and March 1998. Those pages in particular contained an announcement for a real-estate

[1] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

auction organised following attachment proceedings for the recovery of social security debts owed by Mr Costeja González.

With that complaint, Mr Costeja González requested, first, that La Vanguardia be required either to remove or alter the pages in question (so that the personal data relating to him no longer appeared) or to use certain tools made available by search engines in order to protect the data. Second, he requested that Google Spain or Google Inc. be required to remove or conceal the personal data relating to him so that the data no longer appeared in the search results and in the links to La Vanguardia. In this context, Mr Costeja González stated that the attachment proceedings concerning him had been fully resolved for a number of years and that reference to them was now entirely irrelevant.

The AEPD rejected the complaint against La Vanguardia, taking the view that the information in question had been lawfully published by it. On the other hand, the complaint was upheld as regards Google Spain and Google Inc. The AEPD requested those two companies to take the necessary measures to withdraw the data from their index and to render access to the data impossible in the future. Google Spain and Google Inc. brought two actions before the Audiencia Nacional (National High Court, Spain), claiming that the AEPD's decision should be annulled. It is in this context that the Spanish court referred a series of questions to the Court of Justice.

In today's judgment, the Court of Justice finds, first of all, that by searching automatically, constantly and systematically for information published on the internet, the operator of a search engine 'collects' data within the meaning of the directive. The Court considers, furthermore, that the operator, within the framework of its indexing programmes, 'retrieves', 'records' and 'organises' the data in question, which it then 'stores' on its servers and, as the case may be, 'discloses' and 'makes available' to its users in the form of lists of results. Those operations, which are referred to expressly and unconditionally in the directive, must be classified as 'processing', regardless of the fact that the operator of the search engine carries them out without distinction in respect of information other than the personal data. The Court also points out that the operations referred to by the directive must be classified as processing even where they exclusively concern material that has already been published as it stands in the media. A general derogation from the application of the directive in such a case would have the consequence of largely depriving the directive of its effect.

The Court further holds that the operator of the search engine is the 'controller' in respect of that processing, within the meaning of the directive, given that it is the operator which determines the purposes and means of the processing. The Court observes in this regard that, inasmuch as the

activity of a search engine is additional to that of publishers of websites and is liable to affect significantly the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, the operator of the search engine must ensure, within the framework of its responsibilities, powers and capabilities, that its activity complies with the directive's requirements. This is the only way that the guarantees laid down by the directive will be able to have full effect and that effective and complete protection of data subjects (in particular of their privacy) may actually be achieved.

As regards the directive's territorial scope, the Court observes that Google Spain is a subsidiary of Google Inc. on Spanish territory and, therefore, an 'establishment' within the meaning of the directive. The Court rejects the argument that the processing of personal data by Google Search is not carried out in the context of the activities of that establishment in Spain. The Court holds, in this regard, that where such data are processed for the purposes of a search engine operated by an undertaking which, although it has its seat in a non-member State, has an establishment in a Member State, the processing is carried out 'in the context of the activities' of that establishment, within the meaning of the directive, if the establishment is intended to promote and sell, in the Member State in question, advertising space offered by the search engine in order to make the service offered by the engine profitable.

So far as concerns, next, the extent of the responsibility of the operator of the search engine, the Court holds that the operator is, in certain circumstances, obliged to remove links to web pages that are published by third parties and contain information relating to a person from the list of results displayed following a search made on the basis of that person's name. The Court makes it clear that such an obligation may also exist in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful.

The Court points out in this context that processing of personal data carried out by such an operator enables any internet user, when he makes a search on the basis of an individual's name, to obtain, through the list of results, a structured overview of the information relating to that individual on the internet. The Court observes, furthermore, that this information potentially concerns a vast number of aspects of his private life and that, without the search engine, the information could not have been interconnected or could have been only with great difficulty. Internet users may thereby establish a more or less detailed profile of the person searched against. Furthermore, the effect of the interference with the person's rights is heightened on account of the important role played by the internet and search engines in modern society, which render the information contained in such lists of results ubiquitous. In the light of its potential seriousness, such interference cannot,

according to the Court, be justified by merely the economic interest which the operator of the engine has in the data processing.

However, inasmuch as the removal of links from the list of results could, depending on the information at issue, have effects upon the legitimate interest of internet users potentially interested in having access to that information, the Court holds that a fair balance should be sought in particular between that interest and the data subject's fundamental rights, in particular the right to privacy and the right to protection of personal data. The Court observes in this regard that, whilst it is true that the data subject's rights also override, as a general rule, that interest of internet users, this balance may however depend, in specific cases, on the nature of the information in question and its sensitivity for the data subject's private life and on the interest of the public in having that information, an interest which may vary, in particular, according to the role played by the data subject in public life.

Finally, in response to the question whether the directive enables the data subject to request that links to web pages be removed from such a list of results on the grounds that he wishes the information appearing on those pages relating to him personally to be 'forgotten' after a certain time, the Court holds that, if it is found, following a request by the data subject, that the inclusion of those links in the list is, at this point in time, incompatible with the directive, the links and information in the list of results must be erased. The Court observes in this regard that even initially lawful processing of accurate data may, in the course of time, become incompatible with the directive where, having regard to all the circumstances of the case, the data appear to be inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to the purposes for which they were processed and in the light of the time that has elapsed. The Court adds that, when appraising such a request made by the data subject in order to oppose the processing carried out by the operator of a search engine, it should in particular be examined whether the data subject has a right that the information in question relating to him personally should, at this point in time, no longer be linked to his name by a list of results that is displayed following a search made on the basis of his name. If that is the case, the links to web pages containing that information must be removed from that list of results, unless there are particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, justifying a preponderant interest of the public in having access to the information when such a search is made.

The Court points out that the data subject may address such a request directly to the operator of the search engine (the controller) which must then duly examine its merits. Where the controller does not grant the request, the data subject may bring the matter before the supervisory authority

or the judicial authority so that it carries out the necessary checks and orders the controller to take specific measures accordingly.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court's decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

13 May 2014

Language of the case: Spanish.

(Personal data - Protection of individuals with regard to the processing of such data - Directive 95/46/EC - Articles 2, 4, 12 and 14 - Material and territorial scope - Internet search engines - Processing of data contained on websites - Searching for, indexing and storage of such data - Responsibility of the operator of the search engine - Establishment on the territory of a Member State - Extent of that operator's obligations and of the data subject's rights - Charter of Fundamental Rights of the European Union - Articles 7 and 8)

In Case C-131/12,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Audiencia Nacional (Spain), made by decision of 27 February 2012, received at the Court on 9 March 2012, in the proceedings

Google Spain SL,

Google Inc.

v

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD),

Mario Costeja González,

THE COURT (Grand Chamber),

composed of V. Skouris, President, K. Lenaerts, Vice-President, M. Ilešič (Rapporteur), L. Bay Larsen, T. von Danwitz, M. Safjan, Presidents of Chambers, J. Malenovský, E. Levits, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev, M. Berger, A. Prechal and E. Jarašiūnas Judges,

Advocate General: N. Jääskinen,

Registrar: M. Ferreira, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 26 February 2013,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Google Spain SL and Google Inc., by F. González Díaz, J. Baño Fos and B. Holles, abogados,

- Mr Costeja González, by J. Muñoz Rodríguez, abogado,

- the Spanish Government, by A. Rubio González, acting as Agent,

- the Greek Government, by E.-M. Mamouna and K. Boskovits, acting as Agents,

- the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, and P. Gentili, avvocato dello Stato,

- the Austrian Government, by G. Kunnert and C. Pesendorfer, acting as Agents,

- the Polish Government, by B. Majczyna and M. Szpunar, acting as Agents,

- the European Commission, by I. Martínez del Peral and B. Martenczuk, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 25 June 2013,

gives the following

Judgment

1. This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Article 2(b) and (d), Article 4(1)(a) and (c), Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31) and of Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’).

2. The request has been made in proceedings between, on the one hand, Google Spain SL (‘Google Spain’) and Google Inc. and, on the other, the Agencia Española de Protección de Datos (Spanish Data Protection Agency; ‘the AEPD’) and Mr Costeja González concerning a decision by the AEPD upholding the complaint lodged by Mr Costeja González against those two companies and ordering Google Inc. to adopt the measures necessary to withdraw personal data relating to Mr Costeja González from its index and to prevent access to the data in the future.

Legal context

European Union law

3. Directive 95/46 which, according to Article 1, has the object of protecting the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, and of removing obstacles to the free flow of such data, states in recitals 2, 10, 18 to 20 and 25 in its preamble:

> '(2) … data-processing systems are designed to serve man; … they must, whatever the nationality or residence of natural persons, respect their fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, and contribute to … the well-being of individuals;
>
> ...
>
> (10) … the object of the national laws on the processing of personal data is to protect fundamental rights and freedoms, notably the right to privacy, which is recognised both in Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [, signed in Rome on 4 November 1950,] and in the general principles of Community law; … for that reason, the approximation of those laws must not result in any lessening of the protection they afford but must, on the contrary, seek to ensure a high level of protection in the Community;
>
> ...
>
> (18) … in order to ensure that individuals are not deprived of the protection to which they are entitled under this Directive, any processing of personal data in the Community must be carried out in accordance with the law of one of the Member States; … in this connection, processing carried out under the responsibility of a controller who is established in a Member State should be governed by the law of that State;
>
> (19) … establishment on the territory of a Member State implies the effective and real exercise of activity through stable arrangements; … the legal form of such an establishment, whether simply [a] branch or a subsidiary with a legal personality, is not the determining factor in this respect; … when a single controller is established on the territory of several Member States, particularly by means of subsidiaries, he must ensure, in order to avoid any circumvention of national rules, that each of the establishments fulfils the obligations imposed by the national law applicable to its activities;
>
> (20) … the fact that the processing of data is carried out by a person established in a third country must not stand in the way of the protection of individuals provided for in this Directive; … in these cases, the processing should be governed by the law of the Member

State in which the means used are located, and there should be guarantees to ensure that the rights and obligations provided for in this Directive are respected in practice;

...

(25) … the principles of protection must be reflected, on the one hand, in the obligations imposed on persons … responsible for processing, in particular regarding data quality, technical security, notification to the supervisory authority, and the circumstances under which processing can be carried out, and, on the other hand, in the right conferred on individuals, the data on whom are the subject of processing, to be informed that processing is taking place, to consult the data, to request corrections and even to object to processing in certain circumstances'.

4. Article 2 of Directive 95/46 states that '[f]or the purposes of this Directive:

'(a) "personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

(b) "processing of personal data" ("processing") shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

...

(d) "controller" shall mean the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of processing are determined by national or Community laws or regulations, the controller or the specific criteria for his nomination may be designated by national or Community law;

...'

5. Article 3 of Directive 95/46, entitled 'Scope', states in paragraph 1:

'This Directive shall apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.'

6. Article 4 of Directive 95/46, entitled 'National law applicable', provides:

> '1. Each Member State shall apply the national provisions it adopts pursuant to this Directive to the processing of personal data where:
>
> (a) the processing is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of the Member State; when the same controller is established on the territory of several Member States, he must take the necessary measures to ensure that each of these establishments complies with the obligations laid down by the national law applicable;
>
> (b) the controller is not established on the Member State's territory, but in a place where its national law applies by virtue of international public law;
>
> (c) the controller is not established on Community territory and, for purposes of processing personal data makes use of equipment, automated or otherwise, situated on the territory of the said Member State, unless such equipment is used only for purposes of transit through the territory of the Community.
>
> 2. In the circumstances referred to in paragraph 1(c), the controller must designate a representative established in the territory of that Member State, without prejudice to legal actions which could be initiated against the controller himself.'

7. In Section I (entitled 'Principles relating to data quality') of Chapter II of Directive 95/46, Article 6 is worded as follows:

> '1. Member States shall provide that personal data must be:
>
> (a) processed fairly and lawfully;
>
> (b) collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Further processing of data for historical, statistical or scientific purposes shall not be considered as incompatible provided that Member States provide appropriate safeguards;
>
> (c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;
>
> (d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that data which are inaccurate or incomplete, having regard to the purposes for which they were collected or for which they are further processed, are erased or rectified;

(e) kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed. Member States shall lay down appropriate safeguards for personal data stored for longer periods for historical, statistical or scientific use.

2. It shall be for the controller to ensure that paragraph 1 is complied with.'

8. In Section II (entitled 'Criteria for making data processing legitimate') of Chapter II of Directive 95/46, Article 7 provides:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

...

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests [or] fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1).'

9. Article 9 of Directive 95/46, entitled 'Processing of personal data and freedom of expression', provides:

'Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.'

10. Article 12 of Directive 95/46, entitled 'Rights of access', provides:

'Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller:

...

(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data;

...'

11. Article 14 of Directive 95/46, entitled 'The data subject's right to object', provides:

'Member States shall grant the data subject the right:

(a) at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f), to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data

relating to him, save where otherwise provided by national legislation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data;

...'

12. Article 28 of Directive 95/46, entitled 'Supervisory authority', is worded as follows:

'1. Each Member State shall provide that one or more public authorities are responsible for monitoring the application within its territory of the provisions adopted by the Member States pursuant to this Directive.

...

3. Each authority shall in particular be endowed with:

- investigative powers, such as powers of access to data forming the subject-matter of processing operations and powers to collect all the information necessary for the performance of its supervisory duties,

- effective powers of intervention, such as, for example, that … of ordering the blocking, erasure or destruction of data, of imposing a temporary or definitive ban on processing …

- ...

Decisions by the supervisory authority which give rise to complaints may be appealed against through the courts.

4. Each supervisory authority shall hear claims lodged by any person, or by an association representing that person, concerning the protection of his rights and freedoms in regard to the processing of personal data. The person concerned shall be informed of the outcome of the claim.

...

6. Each supervisory authority is competent, whatever the national law applicable to the processing in question, to exercise, on the territory of its own Member State, the powers conferred on it in accordance with paragraph 3. Each authority may be requested to exercise its powers by an authority of another Member State.

The supervisory authorities shall cooperate with one another to the extent necessary for the performance of their duties, in particular by exchanging all useful information.

...'

Spanish law

13. Directive 95/46 was transposed into Spanish Law by Organic Law No 15/1999 of 13 December 1999 on the protection of personal data (BOE No 298 of 14 December 1999, p. 43088).

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

14. On 5 March 2010, Mr Costeja González, a Spanish national resident in Spain, lodged with the AEPD a complaint against La Vanguardia Ediciones SL, which publishes a daily newspaper with a large circulation, in particular in Catalonia (Spain) ('La Vanguardia'), and against Google Spain and Google Inc. The complaint was based on the fact that, when an internet user entered Mr Costeja González's name in the search engine of the Google group ('Google Search'), he would obtain links to two pages of La Vanguardia's newspaper, of 19 January and 9 March 1998 respectively, on which an announcement mentioning Mr Costeja González's name appeared for a real-estate auction connected with attachment proceedings for the recovery of social security debts.

15. By that complaint, Mr Costeja González requested, first, that La Vanguardia be required either to remove or alter those pages so that the personal data relating to him no longer appeared or to use certain tools made available by search engines in order to protect the data. Second, he requested that Google Spain or Google Inc. be required to remove or conceal the personal data relating to him so that they ceased to be included in the search results and no longer appeared in the links to La Vanguardia. Mr Costeja González stated in this context that the attachment proceedings concerning him had been fully resolved for a number of years and that reference to them was now entirely irrelevant.

16. By decision of 30 July 2010, the AEPD rejected the complaint in so far as it related to La Vanguardia, taking the view that the publication by it of the information in question was legally justified as it took place upon order of the Ministry of Labour and Social Affairs and was intended to give maximum publicity to the auction in order to secure as many bidders as possible.

17. On the other hand, the complaint was upheld in so far as it was directed against Google Spain and Google Inc. The AEPD considered in this regard that operators of search engines are subject to data protection legislation given that they carry out data processing for which they are responsible and act as intermediaries in the information society. The AEPD took the view that it has the power to require the withdrawal of data and the prohibition of access to certain data by the operators of search engines when it considers that the locating and dissemination of the data are liable to compromise the fundamental right to data protection and the dignity of persons in the broad sense, and this would also encompass the mere wish of the person concerned that such data

not be known to third parties. The AEPD considered that that obligation may be owed directly by operators of search engines, without it being necessary to erase the data or information from the website where they appear, including when retention of the information on that site is justified by a statutory provision.

18. Google Spain and Google Inc. brought separate actions against that decision before the Audiencia Nacional (National High Court). The Audiencia Nacional joined the actions.

19. That court states in the order for reference that the actions raise the question of what obligations are owed by operators of search engines to protect personal data of persons concerned who do not wish that certain information, which is published on third parties' websites and contains personal data relating to them that enable that information to be linked to them, be located, indexed and made available to internet users indefinitely. The answer to that question depends on the way in which Directive 95/46 must be interpreted in the context of these technologies, which appeared after the directive's publication.

20. In those circumstances, the Audiencia Nacional decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '1. With regard to the territorial application of Directive [95/46] and, consequently, of the Spanish data protection legislation:
>
> (a) must it be considered that an "establishment", within the meaning of Article 4(1)(a) of Directive 95/46, exists when any one or more of the following circumstances arise:
>
> - when the undertaking providing the search engine sets up in a Member State an office or subsidiary for the purpose of promoting and selling advertising space on the search engine, which orientates its activity towards the inhabitants of that State,
>
> or
>
> - when the parent company designates a subsidiary located in that Member State as its representative and controller for two specific filing systems which relate to the data of customers who have contracted for advertising with that undertaking,
>
> or
>
> - when the office or subsidiary established in a Member State forwards to the parent company, located outside the European Union, requests and requirements addressed to it both by data subjects and by the authorities with responsibility for ensuring observation of the right to data protection, even where such collaboration is engaged in voluntarily?

(b) Must Article 4(1)(c) of Directive 95/46 be interpreted as meaning that there is "use of equipment … situated on the territory of the said Member State":

- when a search engine uses crawlers or robots to locate and index information contained in web pages located on servers in that Member State,

or

- when it uses a domain name pertaining to a Member State and arranges for searches and the results thereof to be based on the language of that Member State?

(c) Is it possible to regard as a use of equipment, in the terms of Article 4(1)(c) of Directive 95/46, the temporary storage of the information indexed by internet search engines? If the answer to that question is affirmative, can it be considered that that connecting factor is present when the undertaking refuses to disclose the place where it stores those indexes, invoking reasons of competition?

(d) Regardless of the answers to the foregoing questions and particularly in the event that the Court … considers that the connecting factors referred to in Article 4 of [Directive 95/46] are not present:

must Directive 95/46 … be applied, in the light of Article 8 of the [Charter], in the Member State where the centre of gravity of the conflict is located and more effective protection of the rights of … Union citizens is possible?

2. As regards the activity of search engines as providers of content in relation to Directive 95/46 …:

(a) in relation to the activity of [Google Search], as a provider of content, consisting in locating information published or included on the net by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and finally making it available to internet users according to a particular order of preference, when that information contains personal data of third parties: must an activity like the one described be interpreted as falling within the concept of "processing of … data" used in Article 2(b) of Directive 95/46?

(b) If the answer to the foregoing question is affirmative, and once again in relation to an activity like the one described:

must Article 2(d) of Directive 95/46 be interpreted as meaning that the undertaking managing [Google Search] is to be regarded as the "controller" of the personal data contained in the web pages that it indexes?

(c) In the event that the answer to the foregoing question is affirmative:

may the [AEPD], protecting the rights embodied in [Article] 12(b) and [subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14] of Directive 95/46, directly impose on [Google Search] a requirement that it withdraw from its indexes an item of information published by third parties, without addressing itself in advance or simultaneously to the owner of the web page on which that information is located?

(d) In the event that the answer to the foregoing question is affirmative:

would the obligation of search engines to protect those rights be excluded when the information that contains the personal data has been lawfully published by third parties and is kept on the web page from which it originates?

3. Regarding the scope of the right of erasure and/or the right to object, in relation to the "derecho al olvido" (the "right to be forgotten"), the following question is asked:

must it be considered that the rights to erasure and blocking of data, provided for in Article 12(b), and the right to object, provided for by [subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14] of Directive 95/46, extend to enabling the data subject to address himself to search engines in order to prevent indexing of the information relating to him personally, published on third parties' web pages, invoking his wish that such information should not be known to internet users when he considers that it might be prejudicial to him or he wishes it to be consigned to oblivion, even though the information in question has been lawfully published by third parties?'

Consideration of the questions referred

Question 2(a) and (b), concerning the material scope of Directive 95/46

21. By Question 2(a) and (b), which it is appropriate to examine first, the referring court asks, in essence, whether Article 2(b) of Directive 95/46 is to be interpreted as meaning that the activity of a search engine as a provider of content which consists in finding information published or placed on the internet by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and, finally, making it available to internet users according to a particular order of preference must be classified as 'processing of personal data' within the meaning of that provision when that information contains personal data. If the answer is in the affirmative, the referring court seeks to ascertain furthermore whether Article 2(d) of Directive 95/46 is to be interpreted as meaning that the operator of a search engine must be regarded as the 'controller' in respect of that processing of the personal data, within the meaning of that provision.

22. According to Google Spain and Google Inc., the activity of search engines cannot be regarded as processing of the data which appear on third parties' web pages displayed in the list of search results, given that search engines process all the information available on the internet without effecting a selection between personal data and other information. Furthermore, even if that activity must be classified as 'data processing', the operator of a search engine cannot be regarded as a 'controller' in respect of that processing since it has no knowledge of those data and does not exercise control over the data.

23. On the other hand, Mr Costeja González, the Spanish, Italian, Austrian and Polish Governments and the European Commission consider that that activity quite clearly involves 'data processing' within the meaning of Directive 95/46, which is distinct from the data processing by the publishers of websites and pursues different objectives from such processing. The operator of a search engine is the 'controller' in respect of the data processing carried out by it since it is the operator that determines the purposes and means of that processing.

24. In the Greek Government's submission, the activity in question constitutes such 'processing', but inasmuch as search engines serve merely as intermediaries, the undertakings which operate them cannot be regarded as 'controllers', except where they store data in an 'intermediate memory' or 'cache memory' for a period which exceeds that which is technically necessary.

25. Article 2(b) of Directive 95/46 defines 'processing of personal data' as 'any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction'.

26. As regards in particular the internet, the Court has already had occasion to state that the operation of loading personal data on an internet page must be considered to be such 'processing' within the meaning of Article 2(b) of Directive 95/46 (see Case C-101/01 Lindqvist EU:C:2003:596, paragraph 25).

27. So far as concerns the activity at issue in the main proceedings, it is not contested that the data found, indexed and stored by search engines and made available to their users include information relating to identified or identifiable natural persons and thus 'personal data' within the meaning of Article 2(a) of that directive.

28. Therefore, it must be found that, in exploring the internet automatically, constantly and systematically in search of the information which is published there, the operator of a search

engine ‘collects’ such data which it subsequently ‘retrieves’, ‘records’ and ‘organises’ within the framework of its indexing programmes, ‘stores’ on its servers and, as the case may be, ‘discloses’ and ‘makes available’ to its users in the form of lists of search results. As those operations are referred to expressly and unconditionally in Article 2(b) of Directive 95/46, they must be classified as ‘processing’ within the meaning of that provision, regardless of the fact that the operator of the search engine also carries out the same operations in respect of other types of information and does not distinguish between the latter and the personal data.

29. Nor is the foregoing finding affected by the fact that those data have already been published on the internet and are not altered by the search engine.

30. The Court has already held that the operations referred to in Article 2(b) of Directive 95/46 must also be classified as such processing where they exclusively concern material that has already been published in unaltered form in the media. It has indeed observed in that regard that a general derogation from the application of Directive 95/46 in such a case would largely deprive the directive of its effect (see, to this effect, Case C-73/07 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia EU:C:2008:727, paragraphs 48 and 49).

31. Furthermore, it follows from the definition contained in Article 2(b) of Directive 95/46 that, whilst the alteration of personal data indeed constitutes processing within the meaning of the directive, the other operations which are mentioned there do not, on the other hand, in any way require that the personal data be altered.

32. As to the question whether the operator of a search engine must be regarded as the ‘controller’ in respect of the processing of personal data that is carried out by that engine in the context of an activity such as that at issue in the main proceedings, it should be recalled that Article 2(d) of Directive 95/46 defines ‘controller’ as ‘the natural or legal person, public authority, agency or any other body which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data’.

33. It is the search engine operator which determines the purposes and means of that activity and thus of the processing of personal data that it itself carries out within the framework of that activity and which must, consequently, be regarded as the ‘controller’ in respect of that processing pursuant to Article 2(d).

34. Furthermore, it would be contrary not only to the clear wording of that provision but also to its objective - which is to ensure, through a broad definition of the concept of ‘controller’, effective and complete protection of data subjects - to exclude the operator of a search engine from that

definition on the ground that it does not exercise control over the personal data published on the web pages of third parties.

35. In this connection, it should be pointed out that the processing of personal data carried out in the context of the activity of a search engine can be distinguished from and is additional to that carried out by publishers of websites, consisting in loading those data on an internet page.

36. Moreover, it is undisputed that that activity of search engines plays a decisive role in the overall dissemination of those data in that it renders the latter accessible to any internet user making a search on the basis of the data subject's name, including to internet users who otherwise would not have found the web page on which those data are published.

37. Also, the organisation and aggregation of information published on the internet that are effected by search engines with the aim of facilitating their users' access to that information may, when users carry out their search on the basis of an individual's name, result in them obtaining through the list of results a structured overview of the information relating to that individual that can be found on the internet enabling them to establish a more or less detailed profile of the data subject.

38. Inasmuch as the activity of a search engine is therefore liable to affect significantly, and additionally compared with that of the publishers of websites, the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, the operator of the search engine as the person determining the purposes and means of that activity must ensure, within the framework of its responsibilities, powers and capabilities, that the activity meets the requirements of Directive 95/46 in order that the guarantees laid down by the directive may have full effect and that effective and complete protection of data subjects, in particular of their right to privacy, may actually be achieved.

39. Finally, the fact that publishers of websites have the option of indicating to operators of search engines, by means in particular of exclusion protocols such as 'robot.txt' or codes such as 'noindex' or 'noarchive', that they wish specific information published on their site to be wholly or partially excluded from the search engines' automatic indexes does not mean that, if publishers of websites do not so indicate, the operator of a search engine is released from its responsibility for the processing of personal data that it carries out in the context of the engine's activity.

40. That fact does not alter the position that the purposes and means of that processing are determined by the operator of the search engine. Furthermore, even if that option for publishers of websites were to mean that they determine the means of that processing jointly with that operator, this finding would not remove any of the latter's responsibility as Article 2(d) of

Directive 95/46 expressly provides that that determination may be made ‘alone or jointly with others’.

41. It follows from all the foregoing considerations that the answer to Question 2(a) and (b) is that Article 2(b) and (d) of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, first, the activity of a search engine consisting in finding information published or placed on the internet by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and, finally, making it available to internet users according to a particular order of preference must be classified as ‘processing of personal data’ within the meaning of Article 2(b) when that information contains personal data and, second, the operator of the search engine must be regarded as the ‘controller’ in respect of that processing, within the meaning of Article 2(d).

Question 1(a) to (d), concerning the territorial scope of Directive 95/46

42. By Question 1(a) to (d), the referring court seeks to establish whether it is possible to apply the national legislation transposing Directive 95/46 in circumstances such as those at issue in the main proceedings.

43. In this respect, the referring court has established the following facts:

- Google Search is offered worldwide through the website ‘www.google.com’. In numerous States, a local version adapted to the national language exists. The version of Google Search in Spanish is offered through the website ‘www.google.es’, which has been registered since 16 September 2003. Google Search is one of the most used search engines in Spain.

- Google Search is operated by Google Inc., which is the parent company of the Google Group and has its seat in the United States.

- Google Search indexes websites throughout the world, including websites located in Spain. The information indexed by its ‘web crawlers’ or robots, that is to say, computer programmes used to locate and sweep up the content of web pages methodically and automatically, is stored temporarily on servers whose State of location is unknown, that being kept secret for reasons of competition.

- Google Search does not merely give access to content hosted on the indexed websites, but takes advantage of that activity and includes, in return for payment, advertising associated with the internet users’ search terms, for undertakings which wish to use that tool in order to offer their goods or services to the internet users.

- The Google group has recourse to its subsidiary Google Spain for promoting the sale of advertising space generated on the website ‘www.google.com’. Google Spain, which was

established on 3 September 2003 and possesses separate legal personality, has its seat in Madrid (Spain). Its activities are targeted essentially at undertakings based in Spain, acting as a commercial agent for the Google group in that Member State. Its objects are to promote, facilitate and effect the sale of on-line advertising products and services to third parties and the marketing of that advertising.

- Google Inc. designated Google Spain as the controller, in Spain, in respect of two filing systems registered by Google Inc. with the AEPD; those filing systems were intended to contain the personal data of the customers who had concluded contracts for advertising services with Google Inc.

44. Specifically, the main issues raised by the referring court concern the notion of 'establishment', within the meaning of Article 4(1)(a) of Directive 95/46, and of 'use of equipment situated on the territory of the said Member State', within the meaning of Article 4(1)(c).

Question 1(a)

45. By Question 1(a), the referring court asks, in essence, whether Article 4(1)(a) of Directive 95/46 is to be interpreted as meaning that processing of personal data is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of a Member State, within the meaning of that provision, when one or more of the following three conditions are met:

- the operator of a search engine sets up in a Member State a branch or subsidiary which is intended to promote and sell advertising space offered by that engine and which orientates its activity towards the inhabitants of that Member State, or

- the parent company designates a subsidiary located in that Member State as its representative and controller for two specific filing systems which relate to the data of customers who have contracted for advertising with that undertaking, or

- the branch or subsidiary established in a Member State forwards to the parent company, located outside the European Union, requests and requirements addressed to it both by data subjects and by the authorities with responsibility for ensuring observation of the right to protection of personal data, even where such collaboration is engaged in voluntarily.

46. So far as concerns the first of those three conditions, the referring court states that Google Search is operated and managed by Google Inc. and that it has not been established that Google Spain carries out in Spain an activity directly linked to the indexing or storage of information or data contained on third parties' websites. Nevertheless, according to the referring court, the promotion and sale of advertising space, which Google Spain attends to in respect of Spain,

constitutes the bulk of the Google group's commercial activity and may be regarded as closely linked to Google Search.

47. Mr Costeja González, the Spanish, Italian, Austrian and Polish Governments and the Commission submit that, in the light of the inextricable link between the activity of the search engine operated by Google Inc. and the activity of Google Spain, the latter must be regarded as an establishment of the former and the processing of personal data is carried out in context of the activities of that establishment. On the other hand, according to Google Spain, Google Inc. and the Greek Government, Article 4(1)(a) of Directive 95/46 is not applicable in the case of the first of the three conditions listed by the referring court.

48. In this regard, it is to be noted first of all that recital 19 in the preamble to Directive 95/46 states that 'establishment on the territory of a Member State implies the effective and real exercise of activity through stable arrangements' and that 'the legal form of such an establishment, whether simply [a] branch or a subsidiary with a legal personality, is not the determining factor'.

49. It is not disputed that Google Spain engages in the effective and real exercise of activity through stable arrangements in Spain. As it moreover has separate legal personality, it constitutes a subsidiary of Google Inc. on Spanish territory and, therefore, an 'establishment' within the meaning of Article 4(1)(a) of Directive 95/46.

50. In order to satisfy the criterion laid down in that provision, it is also necessary that the processing of personal data by the controller be 'carried out in the context of the activities' of an establishment of the controller on the territory of a Member State.

51. Google Spain and Google Inc. dispute that this is the case since the processing of personal data at issue in the main proceedings is carried out exclusively by Google Inc., which operates Google Search without any intervention on the part of Google Spain; the latter's activity is limited to providing support to the Google group's advertising activity which is separate from its search engine service.

52. Nevertheless, as the Spanish Government and the Commission in particular have pointed out, Article 4(1)(a) of Directive 95/46 does not require the processing of personal data in question to be carried out 'by' the establishment concerned itself, but only that it be carried out 'in the context of the activities' of the establishment.

53. Furthermore, in the light of the objective of Directive 95/46 of ensuring effective and complete protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy, with respect to the processing of personal data, those words cannot be interpreted

restrictively (see, by analogy, Case C-324/09 L'Oréal and Others EU:C:2011:474, paragraphs 62 and 63).

54. It is to be noted in this context that it is clear in particular from recitals 18 to 20 in the preamble to Directive 95/46 and Article 4 thereof that the European Union legislature sought to prevent individuals from being deprived of the protection guaranteed by the directive and that protection from being circumvented, by prescribing a particularly broad territorial scope.

55. In the light of that objective of Directive 95/46 and of the wording of Article 4(1)(a), it must be held that the processing of personal data for the purposes of the service of a search engine such as Google Search, which is operated by an undertaking that has its seat in a third State but has an establishment in a Member State, is carried out 'in the context of the activities' of that establishment if the latter is intended to promote and sell, in that Member State, advertising space offered by the search engine which serves to make the service offered by that engine profitable.

56. In such circumstances, the activities of the operator of the search engine and those of its establishment situated in the Member State concerned are inextricably linked since the activities relating to the advertising space constitute the means of rendering the search engine at issue economically profitable and that engine is, at the same time, the means enabling those activities to be performed.

57. As has been stated in paragraphs 26 to 28 of the present judgment, the very display of personal data on a search results page constitutes processing of such data. Since that display of results is accompanied, on the same page, by the display of advertising linked to the search terms, it is clear that the processing of personal data in question is carried out in the context of the commercial and advertising activity of the controller's establishment on the territory of a Member State, in this instance Spanish territory.

58. That being so, it cannot be accepted that the processing of personal data carried out for the purposes of the operation of the search engine should escape the obligations and guarantees laid down by Directive 95/46, which would compromise the directive's effectiveness and the effective and complete protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons which the directive seeks to ensure (see, by analogy, L'Oréal and Others EU:C:2011:474, paragraphs 62 and 63), in particular their right to privacy, with respect to the processing of personal data, a right to which the directive accords special importance as is confirmed in particular by Article 1(1) thereof and recitals 2 and 10 in its preamble (see, to this effect, Joined Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01 Österreichischer Rundfunk and Others EU:C:2003:294, paragraph 70; Case C-553/07

Rijkeboer EU:C:2009:293, paragraph 47; and Case C-473/12 IPI EU:C:2013:715, paragraph 28 and the case-law cited).

59. Since the first of the three conditions listed by the referring court suffices by itself for it to be concluded that an establishment such as Google Spain satisfies the criterion laid down in Article 4(1)(a) of Directive 95/46, it is unnecessary to examine the other two conditions.

60. It follows from the foregoing that the answer to Question 1(a) is that Article 4(1)(a) of Directive 95/46 is to be interpreted as meaning that processing of personal data is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of a Member State, within the meaning of that provision, when the operator of a search engine sets up in a Member State a branch or subsidiary which is intended to promote and sell advertising space offered by that engine and which orientates its activity towards the inhabitants of that Member State.

Question 1(b) to (d)

61. In view of the answer given to Question 1(a), there is no need to answer Question 1(b) to (d).

Question 2(c) and (d), concerning the extent of the responsibility of the operator of a search engine under Directive 95/46

62. By Question 2(c) and (d), the referring court asks, in essence, whether Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person’s name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful.

63. Google Spain and Google Inc. submit that, by virtue of the principle of proportionality, any request seeking the removal of information must be addressed to the publisher of the website concerned because it is he who takes the responsibility for making the information public, who is in a position to appraise the lawfulness of that publication and who has available to him the most effective and least restrictive means of making the information inaccessible. Furthermore, to require the operator of a search engine to withdraw information published on the internet from its indexes would take insufficient account of the fundamental rights of publishers of websites, of other internet users and of that operator itself.

64. According to the Austrian Government, a national supervisory authority may order such an operator to erase information published by third parties from its filing systems only if the data in question have been found previously to be unlawful or incorrect or if the data subject has made a successful objection to the publisher of the website on which that information was published.

65. Mr Costeja González, the Spanish, Italian and Polish Governments and the Commission submit that the national authority may directly order the operator of a search engine to withdraw from its indexes and intermediate memory information containing personal data that has been published by third parties, without having to approach beforehand or simultaneously the publisher of the web page on which that information appears. Furthermore, according to Mr Costeja González, the Spanish and Italian Governments and the Commission, the fact that the information has been published lawfully and that it still appears on the original web page has no effect on the obligations of that operator under Directive 95/46. On the other hand, according to the Polish Government that fact is such as to release the operator from its obligations.

66. First of all, it should be remembered that, as is apparent from Article 1 and recital 10 in the preamble, Directive 95/46 seeks to ensure a high level of protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons, in particular their right to privacy, with respect to the processing of personal data (see, to this effect, IPI EU:C:2013:715, paragraph 28).

67. According to recital 25 in the preamble to Directive 95/46, the principles of protection laid down by the directive are reflected, on the one hand, in the obligations imposed on persons responsible for processing, in particular regarding data quality, technical security, notification to the supervisory authority and the circumstances under which processing can be carried out, and, on the other hand, in the rights conferred on individuals whose data are the subject of processing to be informed that processing is taking place, to consult the data, to request corrections and even to object to processing in certain circumstances.

68. The Court has already held that the provisions of Directive 95/46, in so far as they govern the processing of personal data liable to infringe fundamental freedoms, in particular the right to privacy, must necessarily be interpreted in the light of fundamental rights, which, according to settled case-law, form an integral part of the general principles of law whose observance the Court ensures and which are now set out in the Charter (see, in particular, Case C-274/99 P Connolly v Commission EU:C:2001:127, paragraph 37, and Österreichischer Rundfunk and Others EU:C:2003:294, paragraph 68).

69. Article 7 of the Charter guarantees the right to respect for private life, whilst Article 8 of the Charter expressly proclaims the right to the protection of personal data. Article 8(2) and (3) specify

that such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law, that everyone has the right of access to data which have been collected concerning him or her and the right to have the data rectified, and that compliance with these rules is to be subject to control by an independent authority. Those requirements are implemented inter alia by Articles 6, 7, 12, 14 and 28 of Directive 95/46.

70. Article 12(b) of Directive 95/46 provides that Member States are to guarantee every data subject the right to obtain from the controller, as appropriate, the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of Directive 95/46, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data. As this final point relating to the case where certain requirements referred to in Article 6(1)(d) of Directive 95/46 are not observed is stated by way of example and is not exhaustive, it follows that non-compliant nature of the processing, which is capable of conferring upon the data subject the right guaranteed in Article 12(b) of the directive, may also arise from non-observance of the other conditions of lawfulness that are imposed by the directive upon the processing of personal data.

71. In this connection, it should be noted that, subject to the exceptions permitted under Article 13 of Directive 95/46, all processing of personal data must comply, first, with the principles relating to data quality set out in Article 6 of the directive and, secondly, with one of the criteria for making data processing legitimate listed in Article 7 of the directive (see Österreichischer Rundfunk and Others EU:C:2003:294, paragraph 65; Joined Cases C-468/10 and C-469/10 ASNEF and FECEMD EU:C:2011:777, paragraph 26; and Case C-342/12 Worten EU:C:2013:355, paragraph 33).

72. Under Article 6 of Directive 95/46 and without prejudice to specific provisions that the Member States may lay down in respect of processing for historical, statistical or scientific purposes, the controller has the task of ensuring that personal data are processed ‘fairly and lawfully’, that they are ‘collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes’, that they are ‘adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed’, that they are ‘accurate and, where necessary, kept up to date’ and, finally, that they are ‘kept in a form which permits identification of data subjects for no longer than is necessary for the purposes for which the data were collected or for which they are further processed’. In this context, the controller must take every reasonable step to ensure that data which do not meet the requirements of that provision are erased or rectified.

73. As regards legitimation, under Article 7 of Directive 95/46, of processing such as that at issue in the main proceedings carried out by the operator of a search engine, that processing is capable of being covered by the ground in Article 7(f).

74. This provision permits the processing of personal data where it is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject - in particular his right to privacy with respect to the processing of personal data - which require protection under Article 1(1) of the directive. Application of Article 7(f) thus necessitates a balancing of the opposing rights and interests concerned, in the context of which account must be taken of the significance of the data subject's rights arising from Articles 7 and 8 of the Charter (see ASNEF and FECEMD, EU:C:2011:777, paragraphs 38 and 40).

75. Whilst the question whether the processing complies with Articles 6 and 7(f) of Directive 95/46 may be determined in the context of a request as provided for in Article 12(b) of the directive, the data subject may, in addition, rely in certain conditions on the right to object laid down in subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of the directive.

76. Under subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, Member States are to grant the data subject the right, at least in the cases referred to in Article 7(e) and (f) of the directive, to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. The balancing to be carried out under subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 thus enables account to be taken in a more specific manner of all the circumstances surrounding the data subject's particular situation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data.

77. Requests under Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 may be addressed by the data subject directly to the controller who must then duly examine their merits and, as the case may be, end processing of the data in question. Where the controller does not grant the request, the data subject may bring the matter before the supervisory authority or the judicial authority so that it carries out the necessary checks and orders the controller to take specific measures accordingly.

78. In this connection, it is to be noted that it is clear from Article 28(3) and (4) of Directive 95/46 that each supervisory authority is to hear claims lodged by any person concerning the protection of his rights and freedoms in regard to the processing of personal data and that it has investigative

powers and effective powers of intervention enabling it to order in particular the blocking, erasure or destruction of data or to impose a temporary or definitive ban on such processing.

79. It is in the light of those considerations that it is necessary to interpret and apply the provisions of Directive 95/46 governing the data subject's rights when he lodges with the supervisory authority or judicial authority a request such as that at issue in the main proceedings.

80. It must be pointed out at the outset that, as has been found in paragraphs 36 to 38 of the present judgment, processing of personal data, such as that at issue in the main proceedings, carried out by the operator of a search engine is liable to affect significantly the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data when the search by means of that engine is carried out on the basis of an individual's name, since that processing enables any internet user to obtain through the list of results a structured overview of the information relating to that individual that can be found on the internet - information which potentially concerns a vast number of aspects of his private life and which, without the search engine, could not have been interconnected or could have been only with great difficulty - and thereby to establish a more or less detailed profile of him. Furthermore, the effect of the interference with those rights of the data subject is heightened on account of the important role played by the internet and search engines in modern society, which render the information contained in such a list of results ubiquitous (see, to this effect, Joined Cases C-509/09 and C-161/10 eDate Advertising and Others EU:C:2011:685, paragraph 45).

81. In the light of the potential seriousness of that interference, it is clear that it cannot be justified by merely the economic interest which the operator of such an engine has in that processing. However, inasmuch as the removal of links from the list of results could, depending on the information at issue, have effects upon the legitimate interest of internet users potentially interested in having access to that information, in situations such as that at issue in the main proceedings a fair balance should be sought in particular between that interest and the data subject's fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter. Whilst it is true that the data subject's rights protected by those articles also override, as a general rule, that interest of internet users, that balance may however depend, in specific cases, on the nature of the information in question and its sensitivity for the data subject's private life and on the interest of the public in having that information, an interest which may vary, in particular, according to the role played by the data subject in public life.

82. Following the appraisal of the conditions for the application of Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 which is to be carried out when a request

such as that at issue in the main proceedings is lodged with it, the supervisory authority or judicial authority may order the operator of the search engine to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages published by third parties containing information relating to that person, without an order to that effect presupposing the previous or simultaneous removal of that name and information - of the publisher's own accord or following an order of one of those authorities - from the web page on which they were published.

83. As has been established in paragraphs 35 to 38 of the present judgment, inasmuch as the data processing carried out in the context of the activity of a search engine can be distinguished from and is additional to that carried out by publishers of websites and affects the data subject's fundamental rights additionally, the operator of the search engine as the controller in respect of that processing must ensure, within the framework of its responsibilities, powers and capabilities, that that processing meets the requirements of Directive 95/46, in order that the guarantees laid down by the directive may have full effect.

84. Given the ease with which information published on a website can be replicated on other sites and the fact that the persons responsible for its publication are not always subject to European Union legislation, effective and complete protection of data users could not be achieved if the latter had to obtain first or in parallel the erasure of the information relating to them from the publishers of websites.

85. Furthermore, the processing by the publisher of a web page consisting in the publication of information relating to an individual may, in some circumstances, be carried out 'solely for journalistic purposes' and thus benefit, by virtue of Article 9 of Directive 95/46, from derogations from the requirements laid down by the directive, whereas that does not appear to be so in the case of the processing carried out by the operator of a search engine. It cannot therefore be ruled out that in certain circumstances the data subject is capable of exercising the rights referred to in Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 against that operator but not against the publisher of the web page.

86. Finally, it must be stated that not only does the ground, under Article 7 of Directive 95/46, justifying the publication of a piece of personal data on a website not necessarily coincide with that which is applicable to the activity of search engines, but also, even where that is the case, the outcome of the weighing of the interests at issue to be carried out under Article 7(f) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of the directive may differ according to whether the processing carried out by the operator of a search engine or that carried out by the

publisher of the web page is at issue, given that, first, the legitimate interests justifying the processing may be different and, second, the consequences of the processing for the data subject, and in particular for his private life, are not necessarily the same.

87. Indeed, since the inclusion in the list of results, displayed following a search made on the basis of a person's name, of a web page and of the information contained on it relating to that person makes access to that information appreciably easier for any internet user making a search in respect of the person concerned and may play a decisive role in the dissemination of that information, it is liable to constitute a more significant interference with the data subject's fundamental right to privacy than the publication on the web page.

88. In the light of all the foregoing considerations, the answer to Question 2(c) and (d) is that Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions and in so far as the conditions laid down by those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful.

Question 3, concerning the scope of the data subject's rights guaranteed by Directive 95/46

89. By Question 3, the referring court asks, in essence, whether Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as enabling the data subject to require the operator of a search engine to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of his name links to web pages published lawfully by third parties and containing true information relating to him, on the ground that that information may be prejudicial to him or that he wishes it to be 'forgotten' after a certain time.

90. Google Spain, Google Inc., the Greek, Austrian and Polish Governments and the Commission consider that this question should be answered in the negative. Google Spain, Google Inc., the Polish Government and the Commission submit in this regard that Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 confer rights upon data subjects only if the processing in question is incompatible with the directive or on compelling legitimate grounds relating to their particular situation, and not merely because they consider that that processing may be prejudicial to them or they wish that the data being processed sink into oblivion. The Greek

and Austrian Governments submit that the data subject must approach the publisher of the website concerned.

91. According to Mr Costeja González and the Spanish and Italian Governments, the data subject may oppose the indexing by a search engine of personal data relating to him where their dissemination through the search engine is prejudicial to him and his fundamental rights to the protection of those data and to privacy - which encompass the 'right to be forgotten' - override the legitimate interests of the operator of the search engine and the general interest in freedom of information.

92. As regards Article 12(b) of Directive 95/46, the application of which is subject to the condition that the processing of personal data be incompatible with the directive, it should be recalled that, as has been noted in paragraph 72 of the present judgment, such incompatibility may result not only from the fact that such data are inaccurate but, in particular, also from the fact that they are inadequate, irrelevant or excessive in relation to the purposes of the processing, that they are not kept up to date, or that they are kept for longer than is necessary unless they are required to be kept for historical, statistical or scientific purposes.

93. It follows from those requirements, laid down in Article 6(1)(c) to (e) of Directive 95/46, that even initially lawful processing of accurate data may, in the course of time, become incompatible with the directive where those data are no longer necessary in the light of the purposes for which they were collected or processed. That is so in particular where they appear to be inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to those purposes and in the light of the time that has elapsed.

94. Therefore, if it is found, following a request by the data subject pursuant to Article 12(b) of Directive 95/46, that the inclusion in the list of results displayed following a search made on the basis of his name of the links to web pages published lawfully by third parties and containing true information relating to him personally is, at this point in time, incompatible with Article 6(1)(c) to (e) of the directive because that information appears, having regard to all the circumstances of the case, to be inadequate, irrelevant or no longer relevant, or excessive in relation to the purposes of the processing at issue carried out by the operator of the search engine, the information and links concerned in the list of results must be erased.

95. So far as concerns requests as provided for by Article 12(b) of Directive 95/46 founded on alleged non-compliance with the conditions laid down in Article 7(f) of the directive and requests under subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of the directive, it must be pointed out

that in each case the processing of personal data must be authorised under Article 7 for the entire period during which it is carried out.

96. In the light of the foregoing, when appraising such requests made in order to oppose processing such as that at issue in the main proceedings, it should in particular be examined whether the data subject has a right that the information relating to him personally should, at this point in time, no longer be linked to his name by a list of results displayed following a search made on the basis of his name. In this connection, it must be pointed out that it is not necessary in order to find such a right that the inclusion of the information in question in the list of results causes prejudice to the data subject.

97. As the data subject may, in the light of his fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, request that the information in question no longer be made available to the general public by its inclusion in such a list of results, it should be held, as follows in particular from paragraph 81 of the present judgment, that those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in finding that information upon a search relating to the data subject's name. However, that would not be the case if it appeared, for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, that the interference with his fundamental rights is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of inclusion in the list of results, access to the information in question.

98. As regards a situation such as that at issue in the main proceedings, which concerns the display, in the list of results that the internet user obtains by making a search by means of Google Search on the basis of the data subject's name, of links to pages of the on-line archives of a daily newspaper that contain announcements mentioning the data subject's name and relating to a real-estate auction connected with attachment proceedings for the recovery of social security debts, it should be held that, having regard to the sensitivity for the data subject's private life of the information contained in those announcements and to the fact that its initial publication had taken place 16 years earlier, the data subject establishes a right that that information should no longer be linked to his name by means of such a list. Accordingly, since in the case in point there do not appear to be particular reasons substantiating a preponderant interest of the public in having, in the context of such a search, access to that information, a matter which is, however, for the referring court to establish, the data subject may, by virtue of Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46, require those links to be removed from the list of results.

99. It follows from the foregoing considerations that the answer to Question 3 is that Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, when appraising the conditions for the application of those provisions, it should inter alia be examined whether the data subject has a right that the information in question relating to him personally should, at this point in time, no longer be linked to his name by a list of results displayed following a search made on the basis of his name, without it being necessary in order to find such a right that the inclusion of the information in question in that list causes prejudice to the data subject. As the data subject may, in the light of his fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, request that the information in question no longer be made available to the general public on account of its inclusion in such a list of results, those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject's name. However, that would not be the case if it appeared, for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, that the interference with his fundamental rights is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of its inclusion in the list of results, access to the information in question.

Costs

100. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the referring court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

1. Article 2(b) and (d) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data are to be interpreted as meaning that, first, the activity of a search engine consisting in finding information published or placed on the internet by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and, finally, making it available to internet users according to a particular order of preference must be classified as 'processing of personal data' within the meaning of Article 2(b) when that information contains personal data and, second, the operator of the search engine must be regarded as the 'controller' in respect of that processing, within the meaning of Article 2(d).

2. Article 4(1)(a) of Directive 95/46 is to be interpreted as meaning that processing of personal data is carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the

territory of a Member State, within the meaning of that provision, when the operator of a search engine sets up in a Member State a branch or subsidiary which is intended to promote and sell advertising space offered by that engine and which orientates its activity towards the inhabitants of that Member State.

3. Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, in order to comply with the rights laid down in those provisions and in so far as the conditions laid down by those provisions are in fact satisfied, the operator of a search engine is obliged to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages, published by third parties and containing information relating to that person, also in a case where that name or information is not erased beforehand or simultaneously from those web pages, and even, as the case may be, when its publication in itself on those pages is lawful.

4. Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 are to be interpreted as meaning that, when appraising the conditions for the application of those provisions, it should inter alia be examined whether the data subject has a right that the information in question relating to him personally should, at this point in time, no longer be linked to his name by a list of results displayed following a search made on the basis of his name, without it being necessary in order to find such a right that the inclusion of the information in question in that list causes prejudice to the data subject. As the data subject may, in the light of his fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, request that the information in question no longer be made available to the general public on account of its inclusion in such a list of results, those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in having access to that information upon a search relating to the data subject's name. However, that would not be the case if it appeared, for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, that the interference with his fundamental rights is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of its inclusion in the list of results, access to the information in question.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-131/12 - Google Case (Right to be Forgotten) - 13 May 2014 - Opinion of Advocate General Jaaskinen

OPINION OF ADVOCATE GENERAL JÄÄSKINEN

delivered on 25 June 2013 **[1]**

Case C-131/12

Google Spain SL

Google Inc.

v

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)

Mario Costeja González

(Reference for a preliminary ruling from the Audiencia Nacional (Spain))

(World Wide Web - Personal data - Internet search engine - Data Protection Directive 95/46 - Interpretation of Articles 2(b) and 2(d), 4(1)(a) and 4(1)(c), 12(b) and 14(a) - Territorial scope of application - Concept of an establishment on the territory of a Member State - Scope of application ratione materiae - Concept of processing of personal data - Concept of a controller of processing of personal data - Right to erasure and blocking of data - 'Right to be forgotten' - Charter of Fundamental Rights of the European Union - Articles 7, 8, 11 and 16)

I - Introduction

1. In 1890, in their seminal Harvard Law Review article 'The Right to Privacy', **[2]** Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis lamented that '[r]ecent inventions and business methods' such as '[i]nstantenous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life'. In the same article they referred 'to the next step which must be taken for the protection of the person.'

2. Nowadays, protecting personal data and privacy of individuals has become increasingly important. Any content including personal data, be it in the form of texts or audiovisual materials, can instantly and permanently be made accessible in digital format world wide. The internet has

revolutionised our lives by removing technical and institutional barriers to dissemination and reception of information, and has created a platform for various information society services. These benefit consumers, undertakings and society at large. This has given rise to unprecedented circumstances in which a balance has to be struck between various fundamental rights, such as freedom of expression, freedom of information and freedom to conduct a business, on one hand, and protection of personal data and the privacy of individuals, on the other.

3. In the context of the internet, three situations should be distinguished that relate to personal data. The first is the publishing of elements of personal data on any web page on the internet **[3]** (the 'source web page'). **[4]** The second is the case where an internet search engine provides search results that direct the internet user to the source web page. The third, more invisible operation occurs when an internet user performs a search using an internet search engine, and some of his personal data, such as the IP address from which the search is made, are automatically transferred to the internet search engine service provider.**[5]**

4. As regards the first situation, the Court has already held in *Lindqvist* that Directive 95/46/EC **[6]** (hereinafter 'the Data Protection Directive' or 'the Directive') applies to this situation. The third situation is not at issue in the present proceedings, and there are ongoing administrative procedures initiated by national data protection authorities to clarify the scope of application of the EU data protection rules to the users of internet search engines.**[7]**

5. The order for reference in this case relates to the second situation. It has been made by the Audiencia Nacional (the National High Court of Spain) in the course of proceedings between Google Spain SL and Google Inc. (individually or jointly 'Google') on the one side and the Agencia Española de Protección de Datos ('the AEPD') and Mr Mario Costeja González ('the data subject') on the other side. The proceedings concern the application of the Data Protection Directive to an internet search engine that Google operates as service provider. In the national proceedings it is undisputed that some personal data regarding the data subject have been published by a Spanish newspaper, in two of its printed issues in 1998, both of which were republished at a later date in its electronic version made available on the internet. The data subject now thinks that this information should no longer be displayed in the search results presented by the internet search engine operated by Google, when a search is made of his name and surnames.

6. The questions referred to the Court fall into three categories. **[8]** The first group of questions relates to *territorial scope of application* of EU data protection rules. The second group addresses the issues relating to the legal position of an internet search engine service provider **[9]** in the light of the Directive, especially in terms of its *scope of application ratione materiae*. Finally, the third

question concerns the so-called *right to be forgotten* and the issue of whether data subjects can request that some or all search results concerning them are no longer accessible through search engine. All of these questions, which also raise important points of fundamental rights protection, are new to the Court.

7. This appears to be the first case in which the Court is called upon to interpret the Directive in the context internet search engines; an issue that is seemingly topical for national data protection authorities and Member State courts. Indeed, the referring court has indiciated that it has several similar cases pending before it.

8. The most important previous case of this Court in which data protection issues and the internet have been addressed was *Lindqvist* **[10]**. However, in that case internet search engines were not involved. The Directive itself has been interpreted in a number of cases. Of these *Österreichischer Rundfunk*, **[11]***Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia* **[12]** and *Volker und Markus Schecke and Eifert* **[13]** are particularily relevant. The role of internet search engines in relation to intellectual property rights and jurisdiction of courts has also been addressed in the case-law of the Court in *Google France and Google*, *Portakabin*, *L'Oréal and Others*, *Interflora and Interflora British Unit* and *Wintersteiger*.**[14]**

9. Since the adoption of the Directive, a provision on protection of personal data has been included in Article 16 TFEU and in Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'). Moreover, in 2012, the Commission made a Proposal for a General Data Protection Regulation, **[15]** with a view to replacing the Directive. However, the dispute to hand has to be decided on the basis of existing law.

10. The present preliminary reference is affected by the fact that when the Commission proposal for the Directive was made in 1990, the internet in the present sense of the World Wide Web, did not exist, and nor were there any search engines. At the time the Directive was adopted in 1995 the internet had barely begun and the first rudimentary search engines started to appear, but nobody could foresee how profoundly it would revolutionise the world. Nowadays almost anyone with a smartphone or a computer could be considered to be engaged in activities on the internet to which the Directive could potentially apply.

II - Legal framework

A - *The Data Protection Directive*

11. Article 1 of the Directive obliges Member States to protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data, in accordance with the provisions of the Directive.

12. Article 2 defines, inter alia, the notions of 'personal data' and 'data subject', 'processing of personal data', 'controller' and 'third party'.

13. According to Article 3, the Directive is to apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and in certain situations to the processing otherwise than by automatic means.

14. Pursuant to Article 4(1), a Member State is to apply the national provisions it adopts pursuant to the Directive to the processing of personal data where there is an establishment of the controller on its territory, or in cases where the controller is not established in the Union, if he makes use of equipment situated on the territory of the Member State for the purposes of processing personal data.

15. Article 12 of the Directive provides data subjects 'a right of access' to personal data processed by the controller and Article 14 a 'right to object' to the processing of personal data in certain situations.

16. Article 29 of the Directive sets up an independent advisory working party consisting, among others, of data protection authorities of the Member States ('the Article 29 Working Party').

B - *National law*

17. Organic Law No 15/1999 on data protection has transposed the Directive in Spanish law. (16)

III - Facts and questions referred for a preliminary ruling

18. In early 1998, a newspaper widely circulated in Spain published in its printed edition two announcements concerning a real-estate auction connected with attachment proceedings prompted by social security debts. The data subject was mentioned as the owner. At a later date an electronic version of the newspaper was made available online by its publisher.

19. In November 2009, the data subject contacted the publisher of the newspaper asserting that, when his name and surnames were entered in the Google search engine, a reference appeared to pages of the newspaper with the announcements concerning the real-estate auction. He argued that the attachment proceedings relating to his social security debts had been concluded and resolved many years earlier and were now of no relevance. The publisher replied to him saying

that erasure of his data was not appropriate, given that the publication was effected by order of the Ministry of Labour and Social Affairs.

20. In February 2010, the data subject contacted Google Spain and requested that the search results should not show any links to the newspaper when his name and surnames were entered in the Google search engine. Google Spain forwarded the request to Google Inc., whose registered office is in California, United States, taking the view that the latter was the undertaking providing the internet search service.

21. Thereafter the data subject lodged a complaint with the AEPD asking that the publisher be required to remove or rectify the publication so that his personal data did not appear or else should use the tools made available by search engines to protect his personal data. He also asserted that Google Spain or Google Inc. should be required to remove or conceal his data so that they ceased to be included in the search results and reveal links to the newspaper.

22. By a decision on 30 July 2010, the Director of the AEPD upheld the complaint made by the data subject against Google Spain and Google Inc., calling on them to take the measures necessary to withdraw the data from their index and to render future access to them impossible but rejected the complaint against the publisher. This was so because publication of the data in the press was legally justified. Google Spain and Google Inc. have brought two appeals before the referring court, seeking annulment of the AEPD decision.

23. The national court has stayed the proceedings and referred the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> ‘1. With regard to the territorial application of [the Directive] and, consequently, of the Spanish data protection legislation:
>
> 1.1. must it be considered that an “establishment”, within the meaning of Article 4(1)(a) of [the Directive], exists when any one or more of the following circumstances arise:
>
> - when the undertaking providing the search engine sets up in a Member State an office or subsidiary for the purpose of promoting and selling advertising space on the search engine, which orientates its activity towards the inhabitants of that State,
>
> or
>
> - when the parent company designates a subsidiary located in that Member State as its representative and controller for two specific filing systems which relate to the data of customers who have contracted for advertising with that undertaking,

or

- when the office or subsidiary established in a Member State forwards to the parent company, located outside the European Union, requests and requirements addressed to it both by data subjects and by the authorities with responsibility for ensuring observation of the right to data protection, even where such collaboration is engaged in voluntarily?

1.2. Must Article 4(1)(c) of [the Directive] be interpreted as meaning that there is "use of equipment … situated on the territory of that Member State"

when a search engine uses crawlers or robots to locate and index information contained in web pages located on servers in that Member State

or

when it uses a domain name pertaining to a Member State and arranges for searches and the results thereof to be based on the language of that Member State?

1.3. Is it possible to regard as a use of equipment, in the terms of Article 4(1)(c) of [the Directive], the temporary storage of the information indexed by internet search engines? If the answer to that question is affirmative, can it be considered that that connecting factor is present when the undertaking refuses to disclose the place where it stores those indexes, invoking reasons of competition?

1.4. Regardless of the answers to the foregoing questions and particularly in the event that the [Court] considers that the connecting factors referred to in Article 4 of the Directive are not present:

must [the Directive] be applied, in the light of Article 8 of the [Charter], in the Member State where the centre of gravity of the conflict is located and more effective protection of the rights of European Union citizens is possible?

2. As regards the activity of search engines as providers of content in relation to [the Directive]:

2.1. in relation to the activity of the search engine of the 'Google' undertaking on the internet, as a provider of content, consisting in locating information published or included on the net by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and finally making it available to internet users according to a particular order of preference, when that information contains personal data of third parties,

must an activity like the one described be interpreted as falling within the concept of "processing of … data" used in Article 2(b) of [the Directive]?

2.2. If the answer to the foregoing question is affirmative, and once again in relation to an activity like the one described: must Article 2(d) of the Directive be interpreted as meaning that the undertaking managing the "Google" search engine is to be regarded as the 'controller' of the personal data contained in the web pages that it indexes?

2.3. In the event that the answer to the foregoing question is affirmative, may the national data-control authority (in this case the [AEPD]), protecting the rights embodied in Articles 12(b) and 14(a) of [the Directive], directly impose on the search engine of the "Google" undertaking a requirement that it withdraw from its indexes an item of information published by third parties, without addressing itself in advance or simultaneously to the owner of the web page on which that information is located?

2.4. In the event that the answer to the foregoing question is affirmative, would the obligation of search engines to protect those rights be excluded when the information that contains the personal data has been lawfully published by third parties and is kept on the web page from which it originates?

3. Regarding the scope of the right of erasure and/or the right to object, in relation to the "derecho al olvido" (the "right to be forgotten"), the following question is asked:

3.1. must it be considered that the rights to erasure and blocking of data, provided for in Article 12(b), and the right to object, provided for by Article 14(a), of [the Directive], extend to enabling the data subject to address himself to search engines in order to prevent indexing of the information relating to him personally, published on third parties' web pages, invoking his wish that such information should not be known to internet users when he considers that it might be prejudicial to him or he wishes it to be consigned to oblivion, even though the information in question has been lawfully published by third parties?'

24. Written observations were submitted by Google, the Governments of Spain, Greece, Italy, Austria and Poland, and European Commission. With the exception of the Polish Government, all of them attended the hearing on 26 February 2013, as did the representative of the data subject, and presented oral argument.

IV - Preliminary observations

A - *Introductory remarks*

25. The key issue in the present case is how the role of internet search engine service providers should be interpreted in the light of the existing EU legal instruments relating to data protection, and in particular the Directive. Therefore it is instructive to start with some observations relating to the development of data protection, the internet and internet search engines.

26. At the time when the Directive was negotiated and adopted in 1995 **[17]**, it was given a wide scope of application *ratione materiae*. This was done in order to catch up with technological developments relating to data processing by controllers that was more decentralised than filing systems based on traditional centralised data banks, and which also covered new types of personal data like images and processing techniques such as free text searches.**[18]**

27. In 1995, generalised access to the internet was a new phenomenon. Today, after almost two decades, the amount of digitalised content available online has exploded. It can be easily accessed, consulted and disseminated through social media, as well as downloaded to various devices, such as tablet computers, smartphones and laptop computers. However, it is clear that the development of the internet into a comprehensive global stock of information which is universally accessible and searchable was not foreseen by the Community legislator.

28. At the heart of the present preliminary reference is the fact that the internet magnifies and facilitates in an unprecended manner the dissemination of information. **[19]** Similarly, as the invention of printing in the 15th century enabled reproduction of an unlimited number of copies that previously needed to be written by hand, uploading of material on to the internet enables mass access to information which earlier could perhaps only be found after painstaking searches, and at limited physical locations. Universal access to information on the internet is possible everywhere, with the exception of those countries where the authorities have limited, by various technical means (such as electronic firewalls), access to the internet or where the access to telecommunications is controlled or scarce.

29. Due to these developments, the potential scope of application of the Directive in the modern world has become be surprisingly wide. Let us think of a European law professor who has downloaded, from the Court's website, the essential case-law of the Court to his laptop computer. In terms of the Directive, the professor could be considered to be a 'controller' of personal data originating from a third party. The professor has files containing personal data that are processed automatically for search and consultation within the context of activities that are not purely personal or household related. In fact, anyone today reading a newspaper on a tablet computer or following social media on a smartphone appears to be engaged in processing of personal data with automatic means, and could potentially fall within the scope of application of the Directive to the

extent this takes place outside his purely private capacity. **[20]** In addition, the wide interpretation given by the Court to the fundamental right to private life in a data protection context seems to expose any human communication by electronic means to the scrutiny by reference to this right.

30. In the current setting, the broad definitions of personal data, processing of personal data and controller are likely to cover an unprecedently wide range of new factual situations due to technological development. This is so because many, if not most, websites and files that are accessible through them include personal data, such as names of living natural persons. This obliges the Court to apply a rule of reason, in other words, the principle of proportionality, in interpreting the scope of the Directive in order to avoid unreasonable and excessive legal consequences. This moderate approach was applied by the Court already in *Lindqvist*, where it rejected an interpretation which could have lead to an unreasonably wide scope of application of Article 25 of the Directive on transfer of personal data to third countries in the context of the internet.**[21]**

31. Hence, in the present case it will be necessary to strike a correct, reasonable and proportionate balance between the protection of personal data, the coherent interpretation of the objectives of the information society and legitimate interests of economic operators and internet users at large. Albeit the Directive has not been amended since its adoption in 1995, its application to novel situations has been unavoidable. It is a complex area where law and new technology meet. The opinions adopted by the Article 29 Working Party provide very helpful analysis in this respect.**[22]**

B - ***Internet search engines and data protection***

32. When analysing the legal position of an internet search engine in relation to the data protection rules, the following elements should be noted.**[23]**

33. First, in its basic form, an internet search engine does not in principle create new autonomous content. In its simplest form, it only indicates where already existing content, made available by third parties on the internet, can be found by giving a hyperlink to the website containing the search terms.

34. Second, the search results displayed by an internet search engine are not based on an instant search of the whole World Wide Web, but they are gathered from content that the internet search engine has previously processed. This means that the internet search engine has retrieved contents from existing websites and copied, analysed and indexed that content on its own devices. This retrieved content contains personal data if any of the source web pages do.

35. Third, to make the results more user-friendly, internet search engines often display additional content alongside the link to the original website. There can be text extracts, audiovisual content or even snapshots of the source web pages. This preview information can be at least in part retrieved from the devices of the internet search engine service provider, and not instantly from the original website. This means that the service provider actually holds the information so displayed.

C - *Regulation of internet search engines*

36. The European Union has attached great importance to the development of the information society. In this context, the role of information society intermediaries has also been addressed. Such intermediaries act as bridge builders between content providers and internet users. The specific role of intermediaries has been recognised, for example, in the Directive (recital 47 in the preamble thereto), in the ecommerce Directive 2000/31 **[24]** (Article 21(2) and recital 18 in the preamble thereto) as well as in Opinion 1/2008 of the Article 29 Working Party. The role of internet service providers has been considered as crucial for the information society, and their liability for the third-party content they transfer and/or store has been limited in order to facilitate their legitimate activities.

37. The role and legal position of internet search engine service providers has not been expressly regulated in EU legislation. As such 'information location tool services' are 'provided at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services', and amount thus to an information society service consisting of provision of tools that allow for search, access and retrieval of data. However, internet search engine service providers like Google who do not provide their service in return for remuneration from the internet users, appear to fall in that capacity outside the scope of application of ecommerce Directive 2000/31.**[25]**

38. Despite this, it is necessary to analyse their position vis-à-vis the legal principles underpinning the limitations on the liability of internet service providers. In other words, to what extent are activities performed by an internet search engine service provider, from the point of view of liability principles, analogous to the services enumerated in the ecommerce Directive 2000/31 (transfer, mere caching, hosting) or transmission service mentioned in recital 47 in the preamble to the Directive, and to what extent does the internet search engine service provider act as content provider in its own right.

D - *The role and liability of source web page publishers*

39. The Court found in *Lindqvist* that 'the operation of loading personal data on an internet page must be considered to be [processing of personal data]'. **[26]** Moreover, 'placing information on

an internet page entails, under current technical and computer procedures, the operation of loading that page onto a server and the operations necessary to make that page accessible to people who are connected to the internet. Such operations are performed, at least in part, automatically.' The Court concluded that 'the act of referring, on an internet page, to various persons and identifying them by name or by other means' 'constitutes "the processing of personal data" wholly or partly by automatic means within the meaning of Article 3(1) of [the Directive]'.

40. It follows from the above findings in *Lindqvist* that the publisher of source web pages containing personal data is a controller of processing of personal data within the meaning of the Directive. As such the publisher is bound by all the obligations the Directive imposes on the controllers.

41. Source web pages are kept on host servers connected to internet. The publisher of source web pages can make use of 'exclusion codes' **[27]** for the operation of the internet search engines. Exclusion codes advise search engines not to index or to store a source web page or to display it within the search results. **[28]** Their use indicates that the publisher does not want certain information on the source web page to be retrieved for dissemination through search engines.

42. Therefore, technically, the publisher has the possibility to include in his web pages exclusion codes restricting indexing and archiving of the page, and thereby enhancing the protection of personal data. In the extreme, the publisher can withdraw the page from the host server, republish it without the objectionable personal data, and require updating of the page in the cache memories of search engines.

43. Hence, the person who publishes the content on the source web page, is in his capacity of controller liable for the personal data published on the page, and that person has various means for fulfilling his obligations in this respect. This channelling of legal liability is in line with the established principles of publisher liability in the context of traditional media.**[29]**

44. This liability of publisher does not, however, guarantee that the data protection problems may be dealt with conclusively only by recourse to the controllers of the source web pages. As the referring court has pointed out, it is possible that the same personal data has been published on innumerable pages, which would make tracing and contacting all relevant publishers difficult or even impossible. Moreover, the publisher might reside in a third country, and the web pages concerned could fall outside the scope of application of EU data protection rules. There might also be legal impediments such as in the present case where the retaining of the original publication on the internet has been considered to be lawful.

45. In fact, universal accessibility of information on the internet relies on internet search engines, because finding relevant information without them would be too complicated and difficult, and would produce limited results. As the referring court rightly observes, acquiring information about announcements on the forced sale of the data subject's property would previously have required a visit to the archives of the newspaper. Now this information can be acquired by typing his name into an internet search engine and this makes the dissemination of such data considerably more efficient, and at the same time, more disturbing for the data subject. Internet search engines may be used for extensive profiling of individuals by searching and collecting their personal data. Yet the fear relating to the profiling of individuals was the inspiration for the development of modern data protection legislation.**[30]**

46. For these reasons, it is important to examine the liability of internet search engine service providers in respect of personal data published on third-party source web pages which are accessible through their search engines. In other words, the Court is here faced with the issue of 'secondary liability' of this category of information society service providers analogous to that it has dealt with in its case-law on trademarks and electronic marketplaces.**[31]**

E - ***Activities of an internet search engine service provider***

47. An internet search engine service provider may have various types of activities. The nature and assessment of those activities from the data protection point of view may be different.

48. An internet search engine service provider may automatically acquire personal data relating to its users, **[32]** that is, persons who enter search terms into the search engine. This automatically transmitted data can include their IP address, user preferences (language, etc.), and of course the search terms themselves which in the case of so-called vanity searches (that is, searches made by a user with his own name) easily reveal the identity of users. Moreover, as regards persons who have user accounts and who have thus registered themselves, their personal data such as names, e-mail addresses and telephone numbers, almost invariably end up in the hands of the internet search engine service provider.

49. The revenue of internet search engine service providers does not come from the users who enter the search terms in the search engine, but from the advertisers who buy search terms as keywords so that their advertisement is displayed simultaneously with the search results of using that keyword. **[33]** It is obvious that personal data relating to advertising customers comes into the possession of the service provider.

50. However, the present preliminary ruling concerns Google acting as a simple internet search engine service provider in relation to data, including personal data, published on the internet in

third-party source web pages and processed and indexed by Google's search engine. Hence, the problems of the users and advertising customers, to whose data the Directive is undoubtedly applicable with respect to their relationship with Google, do not affect the analysis of the second group of preliminary questions. However, concerning the jurisdictional issues under the first group of preliminary questions these customer groups may be relevant.

V - First group of questions relating to territorial scope of application of the Directive

A - *Introduction*

51. The first group of preliminary questions concerns the interpretation of Article 4 of the Directive, as regards the criteria determining the territorial scope of application of the national implementing legislation.

52. The referring court has divided its preliminary questions with regard to the territorial application of the Spanish data protection legislation into four sub-questions. The first sub-question relates to the concept of an 'establishment', within the meaning of Article 4(1)(a) of the Directive and the second to the circumstances where there is 'use of equipment … situated on the territory of that Member State' within the meaning of Article 4(1)(c) thereof. The third sub-question asks if it is possible to regard, as use of equipment, the temporary storage of the information indexed by internet search engines, and if the answer to that question is affirmative, whether the presence of this connecting factor may be presumed where the undertaking refuses to disclose the place where it stores those indexes. The fourth sub-question asks whether the legislation implementing the Directive must be applied, in the light of Article 8 of the Charter, in the Member State where the centre of gravity of the dispute is situated and where more effective protection of the rights of European Union citizens is possible.

53. I shall first address the last sub-question, which the national court has posed 'regardless of the answers to the foregoing questions and particularly in the event that [the Court] considers that the connecting factors referred to in Article 4(1) of the Directive are not present'.

B - *The geographical centre of gravity of the dispute in itself is not sufficient to render the Directive applicable*

54. According to Article 51(2) thereof, the Charter does not extend the field of application of European Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties. **[34]** This principle also applies to Article 8 of the Charter on protection of personal data. Hence, the interpretation of the Directive in accordance with the Charter cannot add any new elements that might give rise to the territorial

applicability of the national legislation implementing the Directive to those laid down in Article 4(1) of the Directive. Article 8 of the Charter must, of course, be taken into account in the interpretation of the concepts used in Article 4(1) of the Directive, but the points of attachment defined by the EU legislator cannot be supplemented with an entirely new criterion by reference to that fundamental right.**[35]**

55. The Article 29 Working Party rightly emphasised that the territorial scope of application of the Directive and the national implementing legislation is triggered either by the location of the establishment of the controller, or the location of the means or equipment being used when the controller is established outside the EEA. Nationality or place of habitual residence of data subjects is not decisive, nor is the physical location of the personal data.**[36]**

56. The Article 29 Working Party has proposed that in future legislation relevant targeting of individuals could be taken into account in relation to controllers not established in the EU. **[37]** In the Commission Proposal for a General Data Protection Regulation (2012) **[38]** the offering of goods or services to data subjects residing in the European Union would be a factor making EU data protection law applicable to third country controllers. Such an approach, attaching the territorial applicability of EU legislation to the targeted public, is consistent with the Court's case-law on the applicability of the ecommerce Directive 2000/31, **[39]** Regulation No 44/2001, **[40]** and Directive 2001/29 **[41]** to cross-border situations.

57. By contrast, the criterion of a targeted public, in the present case Spanish users of Google's internet search engine, in whose eyes the data subject's reputation may have been harmed as a result of the disputed announcements, does not seem to be a factor triggering the territorial applicability of the Directive and its national implementation legislation.

58. Therefore, the centre of gravity of the dispute in Spain cannot be added to the criteria set out in Article 4(1) of the Directive which, in my opinion, fully harmonises the territorial scope of application of Member States' data protection laws. This applies irrespective of whether such a centre of gravity is the nationality or residence of the data subject concerned, the location of the disputed personal data in the newspaper's website, or the fact that Google's Spanish website especially targeted the Spanish public.**[42]**

59. For these reasons I propose that, if the Court finds it necessary to answer that question, it should answer the fourth sub-question in the negative.

C - *The applicability of the criterion of 'establishment in the EU' to a third country internet search engine service provider*

60. According to Article 4(1) of the Directive, the primary factor that gives rise to the territorial applicability of the national data protection legislation is the processing of personal data carried out in the context of the activities of an establishment of the controller on the territory of the Member State. Further, when a controller is not established on EU territory but uses means or equipment **[43]** situated on the territory of the Member State for processing of personal data, the legislation of that Member State applies unless such equipment or means is used only for purposes of transit through the territory of the EU.

61. As noted above, the Directive and Article 4 thereof were adopted before the large-scale provision of on-line services on the internet started. Moreover, in this respect, its wording is not consistent and is incomplete. **[44]** It is no wonder that data protection experts have had considerable difficulties in interpreting it in relation to the internet. The facts of the present case illustrate these problems.

62. Google Inc. is a Californian firm with subsidiaries in various EU Member States. Its European operations are to a certain extent coordinated by its Irish subsidiary. It currently has data centres at least in Belgium and Finland. Information on the exact geographical location of the functions relating to its search engine is not made public. Google claims that no processing of personal data relating to its search engine takes place in Spain. Google Spain acts as commercial representative of Google for its advertising functions. In this capacity is has taken responsibility for the processing of personal data relating to its Spanish advertising customers. Google denies that its search engine performs any operations on the host servers of the source web pages, or that it collects information by means of cookies of non registered users of its search engine.

63. In this factual context the wording of Article 4(1) of the Directive is not very helpful. Google has several establishments on EU territory. This fact would, according to a literal interpretation, exclude the applicability of the equipment condition laid down in Article 4(1)(c) of the Directive. On the other hand, it is not clear to what extent and where processing of personal data of EU resident data subjects takes place in the context of its EU subsidiaries.

64. In my opinion the Court should approach the question of territorial applicability from the perspective of the business model of internet search engine service providers. This, as I have mentioned, normally relies on *keyword advertising* which is the source of income and, as such, the economic *raison d'être* for the provision of a free information location tool in the form of a search engine. The entity in charge of keyword advertising (called 'referencing service provider' in the Court's case-law **[45]**) is linked to the internet search engine. This entity needs presence on national advertising markets. For this reason Google has established subsidiaries in many Member

States which clearly constitute establishments within the meaning of Article 4(1)(a) of the Directive. It also provides national web domains such as google.es or google.fi. The activity of the search engine takes this national diversification into account in various ways relating to the display of the search results because the normal financing model of keyword advertising follows the pay-per-click principle.**[46]**

65. For these reasons I would adhere to the Article 29 Working Party's conclusion to the effect that the business model of an internet search engine service provider must be taken into account in the sense that its establishment plays a relevant role in the processing of personal data if it is linked to a service involved in selling targeted advertisement to inhabitants of that Member State.**[47]**

66. Moreover, even if Article 4 of the Directive is based on a single concept of controller as regards its substantive provisions, I think that for the purposes of deciding on the preliminary issue of territorial applicability, an economic operator must be considered as a single unit, and thus, at this stage of analysis, not be dissected on the basis of its individual activities relating to processing of personal data or different groups of data subjects to which its activities relate.

67. In conclusion, processing of personal data takes place within the context of a controller's establishment if that establishment acts as the bridge for the referencing service to the advertising market of that Member State, even if the technical data processing operations are situated in other Member States or third countries.

68. For this reason, I propose that the Court should answer the first group of preliminary questions in the sense that processing of personal data is carried out in the context of the activities of an 'establishment' of the controller within the meaning of Article 4(1)(a) of the Directive when the undertaking providing the search engine sets up in a Member State for the purpose of promoting and selling advertising space on the search engine, an office or subsidiary which orientates its activity towards the inhabitants of that State.

VI - Second group of questions relating to scope of application *ratione materiae* of the Directive

69. The second group of questions pertains to the legal position of an internet search engine service provider offering access to an internet search engine in the light of the provisions of the Directive. The national court has formulated them as concerning the notions of 'processing' of personal data (question 2.1), and 'controller' (question 2.2.), the competences of the national data protection authority to give orders directly to the internet search engine service provider (question 2.3) and the possible exclusion of protection of personal data by the internet search engine service provider

concerning information lawfully published by third parties on the internet (question 2.4). These last two sub-questions are relevant only if the internet search engine service provider can be considered as processing personal data on third-party source web pages and as being the controller thereof.

A - ***Processing of personal data by an internet search engine***

70. The first sub-question in this group concerns the applicability of the notions of 'personal data' and 'processing' thereof to a internet search engine service provider such as Google, on the assumption that we are not discussing personal data of users or advertisers, but personal data published on third-party source web pages, and processed by internet search engine operated by the service provider. This processing is described by the national court as consisting of locating information published or included on the internet by third parties, indexing it automatically, storing it temporarily and finally, making it available to internet users according to a particular order of preference.

71. In my opinion an affirmative answer to this sub-question does not require much discussion. The concept of personal data is given a wide definition in the Directive, this wide definition has been applied by the Article 29 Working Party and it has been confirmed by the Court.**[48]**

72. As to 'processing', source web pages on the internet may and often do include names, images, addresses, telephone numbers, descriptions and other indications, with the help of which a natural person can be identified. The fact that their character as personal data would remain 'unknown' to internet search engine service provider, whose search engine works without any human interaction with the data gathered, indexed and displayed for search purposes, does not change this finding. **[49]** The same applies to the fact that the presence of personal data in the source web pages is in a certain sense random for the internet search engine service provider because for the service provider, or more precisely for the crawling, analysing and indexing functions of the search engine targeting all web pages accessible on the internet, there may be no technical or operational difference between a source web page containing personal data and another not including such data. **[50]** In my opinion these facts should, however, influence the interpretation of the concept of 'controller'.

73. Google's search engine's crawler function, called 'googlebot', crawls on the internet constantly and systematically and, advancing from one source web page to another on the basis of hyperlinks between the pages, requests the visited sites to send to it a copy of the visited page. **[51]** The copies of such source web pages are analysed by Google's indexing function. Sign strings (keywords, search terms) found on the pages are recorded in the index of the search engine. **[52]**

Google's elaborate search algorithm also assesses the relevance of the search results. The combinations of these keywords with the URL addresses, where they can be found, form the index of the search engine. The searches initiated by the users are executed within the index. For the purposes of indexing and displaying the search results, the copy of the pages is registered in the cache memory of the search engine.**[53]**

74. A copy of the sought source web page, stored in cache, can be displayed after the user has made the search. However, the user can access the original page if, for example, he seeks the display of pictures in the source web page. The cache is updated frequently but there may be situations where the page displayed by the search engine does not correspond to the source web pages in the host server because of the changes made to it or its deletion.**[54]**

75. It goes without saying that the operations described in the previous paragraphs count as 'processing' of the personal data on the source web pages copied, indexed, cached and displayed by the search engine. More particularly they entail collection, recording, organisation and storage of such personal data and they may entail their use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available and combining of personal data in the sense of Article 2(b) of the Directive.

B - ***The concept of 'controller'***

76. A controller **[55]** is according to Article 2(d) of the Directive 'the natural or legal person … which alone or jointly with others determines the purposes and means of the processing of personal data'. In my opinion the core issue in this case is whether, and to what extent, an internet search engine service provider is covered by this definition.

77. All parties except for Google and the Greek Government propose an affirmative answer to this question, which might easily be defended as a logical conclusion of a literal and perhaps even teleological interpretation of the Directive, given that the basic definitions of the Directive were formulated in a comprehensive manner in order to cover new developments. In my opinion such an approach would, however, represent a method that completely ignores the fact that when the Directive was drated it was not possible to take into account the emergence of the internet and the various related new phenomena.

78. When the Directive was adopted the World Wide Web had barely become a reality, and search engines were at their nascent stage. The provisions of the Directive simply do not take into account the fact that enormous masses of decentrally hosted electronic documents and files are accessible from anywhere on the globe and that their contents can be copied and analysed and disseminated

by parties having no relation whatsoever to their authors or those who have uploaded them onto a host server connected to the internet.

79. I recall that in *Lindqvist* the Court did not follow the maximalist approach proposed by the Commission in relation to the interpretation of the notion of transfer of data to third countries. The Court stated that '[given], first, the state of development of the internet at the time [the Directive] was drawn up and, second, the absence, in Chapter IV, of criteria applicable to the use of internet, one cannot presume that the Community legislature intended the expression "transfer [of data] to a third country" to cover the loading, by an individual in Mrs Lindqvist's position, of data onto an internet page, even if those data are thereby made accessible to persons in third countries with the technical means to access them'. **[56]** In my opinion this implies that in the interpretation of the Directive, vis-à-vis new technological phenomena, the principle of proportionality, the objectives of the Directive and means provided therein for their attainment must be taken into account in order to achieve a balanced and reasonable outcome.

80. To my mind, one key question here is whether it matters that within the definition of controller the Directive refers to the controller as the person 'determining the purposes and means of the processing of the *personal* data' (emphasis added). The parties who consider Google to be a controller base this assessment on the undeniable fact that the service provider running an internet search engine determines the purposes and means of the processing of *data* for his purposes.

81. I doubt, however, whether this leads to a truthful construction of the Directive in a situation where the object of processing consists of files containing personal data and other data in a haphazard, indiscriminate and random manner. Does the European law professor mentioned in my example in paragraph 29 above determine the purposes and means of the processing of *personal data* included in the Court's judgments he has downloaded to his laptop? The finding of the Article 29 Working Party according to which 'users of the search engine service could strictly speaking also be considered as controllers' reveals the irrational nature of the blind literal interpretation of the Directive in the context of the internet. **[57]**The Court should not accept an interpretation which makes a controller of processing of personal data published on the internet of virtually everybody owning a smartphone or a tablet or a laptop computer.

82. In my opinion the general scheme of the Directive, most language versions and the individual obligations it imposes on the controller are based on the idea *of responsibility of the controller* over the *personal* data processed in the sense that the *controller* is aware of the existence of a certain defined category of information amounting to personal data and the controller processes this data with some intention which relates to their processing *as*personal data.**[58]**

83. The Article 29 Working Party correctly notes that '[t]he concept of controller is a functional concept, intended to allocate responsibilities where the factual influence is, and thus based on a factual rather than a formal analysis'. **[59]** It continues that 'the controller must determine which data shall be processed for the purpose(s) envisaged'. **[60]** The substantive provisions of the Directive, and more particularly Articles 6, 7 and 8 thereof, are, in my opinion, based on the assumption that the controller knows what he is doing in relation to the personal data concerned, in the sense that he is aware of what kind of personal data he is processing and why. In other words, the data processing must appear to him as processing of personal data, that is 'information relating to an identified or identifiable natural person' in some semantically relevant way and not a mere computer code.**[61]**

C - *An internet search engine service provider is not a 'controller' of personal data on third-party source web pages*

84. The internet search engine service provider merely supplying an information location tool does not exercise control over personal data included on third-party web pages. The service provider is not 'aware' of the existence of personal data in any other sense than as a statistical fact web pages are likely to include personal data. In the course of processing of the source web pages for the purposes of crawling, analysing and indexing, personal data does not manifest itself as such in any particular way.

85. It is for this reason that I find the approach of the Article 29 Working Party adequate as it seeks to draw a line between the entirely passive and intermediary functions of search engines and situations where their activity represents real control over the personal data processed. **[62]** For the sake of completeness, it needs to be added that issue of whether the personal data has become public **[63]** or has been disclosed legally on third-party source web pages is not relevant for application of the Directive. **[64]**

86. The internet search engine service provider has no relationship with the content of third-party source web pages on the internet where personal data may appear. Moreover, as the search engine works on the basis of copies of the source web pages that its crawler function has retrieved and copied, the service provider does not have any means of changing the information in the host servers. Provision of an information location tool does not imply any control over the content. It does not even enable the internet search engine service provider to distinguish between personal data, in the sense of the Directive, that relates to an identifiable living natural person, and other data.

87. Here I would draw from the principle expressed in recital 47 in the preamble to the Directive. It states that the controller of messages containing personal data transmitted by telecommunication or by electronic mail is the *originator* of the message and not the person offering transmission services. This recital, as well as the exceptions to liability provided in the ecommerce Directive 2000/31 (Articles 12, 13 and 14), builds on the legal principle according to which automated, technical and passive relationships to electronically stored or transmitted content do not create control or liability over it.

88. The Article 29 Working Party has emphasised that, first and foremost, the purpose of the concept of controller is to determine who is to be responsible for compliance with data protection rules and to allocate this responsibility to the *locus* of the factual influence. **[65]** According to the Working Party, '[t]he principle of proportionality requires that to the extent that a search engine provider acts purely as an intermediary, it should not be considered as the principal controller with regard to the content related processing of personal data that is taking place. In this case the principal controllers of personal data are the information providers.'**[66]**

89. In my view the internet search engine service provider cannot in law or in fact fulfil the obligations of controller provided in Articles 6, 7 and 8 of the Directive in relation to the personal data on source web pages hosted on third-party servers. Therefore a reasonable interpretation of the Directive requires that the service provider is not generally considered as having that position.**[67]**

90. An opposite opinion would entail internet search engines being incompatible with EU law, a conclusion I would find absurd. Specifically, if internet search engine service providers were considered as controllers of the personal data on third-party source web pages and if on any of these pages there would be 'special categories of data' referred to in Article 8 of the Directive (e.g. personal data revealing political opinions or religious beliefs or data concerning the health or sex life of individuals), the activity of the internet search engine service provider would automatically become illegal, when the stringent conditions laid down in that article for the processing of such data were not met.

D - *Circumstances in which the internet search engine service provider is a 'controller'*

91. Internet search engine service provider clearly controls the index of the search engine which links key words to the relevant URL addresses. The service provider determines how the index is structured, and it may technically block certain search results, for example by not displaying URL addresses from certain countries or domains within the search results. **[68]** Moreover, the internet

search engine service provider controls its index in the sense that he decides whether exclusion codes **[69]** on source web page are to be complied with or not.

92. In contrast, the contents of the cache memory of the internet search engine cannot be considered as falling within the control of the service provider because the cache is the result of completely technical and automated processes producing a mirror image of the text data of the crawled web pages, with the exception of data excluded from indexing and archiving. It is of interest that some Member States seem to provide special horizontal exceptions regarding the liability of search engines analogous to the exception provided in ecommerce Directive 2000/31 for certain information society service providers.**[70]**

93. However, with regard to the contents of cache, a decision not to comply with the exclusion codes **[71]** on a web page entails in my opinion control in the sense of the Directive over such personal data. The same applies in situations where the internet search engine service provider does not update a web page in its cache despite a request received from the website.

E - ***The obligations of an internet search engine service provider as 'controller'***

94. It is obvious that if and when the internet search engine service provider can be considered as 'controller' he must comply with the obligations provided by the Directive.

95. As to the criteria relating making data processing legitimate in the absence of a data subject's consent (Article 7(a) of the Directive), it seems obvious that provision of internet search engine services pursues as such legitimate interests (Article 7(f) of the Directive), namely (i) making information more easily accessible for internet users; (ii) rendering dissemination of the information uploaded on the internet more effective; and (iii) enabling various information society services supplied by the internet search engine service provider that are ancillary to the search engine, such as the provision of keyword advertising. These three purposes relate respectively to three fundamentals rights protected by the Charter, namely freedom of information and freedom of expression (both in Article 11) and freedom to conduct a business (Article 16). Hence, an internet search engine service provider pursues legitimate interests, within the meaning of Article 7(f) of the Directive, when he processes data made available on the internet, including personal data.

96. As controller, an internet search engine service provider must respect the requirements laid down in Article 6 of the Directive. In particular, the personal data must be adequate, relevant, and not excessive in relation to the purposes for which they are collected, and up to date, but not out dated for the purposes for which they were collected. Moreover, the interests of the 'controller',

or third parties in whose interest the processing in exercised, and those of the data subject, must be weighed.

97. In the main proceedings, the data subject's claim seeks to remove from Google's index the indexing of his name and surnames with the URL addresses of the newspaper pages displaying the personal data he is seeking to suppress. Indeed, names of persons are used as search terms, and they are recorded as keywords in search engines' indexes. Yet, usually a name does not as such suffice for *direct* identification of a natural person on the internet because globally there are several, even thousands or millions of persons with the same name or combination of a given name(s) and surname. **[72]** Nevertheless, I assume that in most cases combining a given name and surname as a search term enables the *indirect* identification of a natural person in the sense of Article 2(a) of the Directive as the search result in a search engine's index reveals a limited set of links permitting the internet user to distinguish between persons with the same name.

98. A search engine's index attaches names and other identifiers used as a search term to one or several links to web pages. Inasmuch as the link is adequate in the sense that the data corresponding to the search term really appears or has appeared on the linked web pages, the index in my opinion complies with the criteria of adequacy, relevancy, proportionality, accuracy and completeness, set out in Articles 6(c) and 6(d) of the Directive. As to the temporal aspects referred to in Articles 6(d) and 6(e) (personal data being up to date and personal data not being stored longer than necessary), these issues should also be addressed from the point of view of the processing in question, that is provision of information location service, and not as an issue relating to the content of the source web pages.**[73]**

F - ***Conclusion on the second group of questions***

99. On the basis of this reasoning, I take the view that a national data protection authority cannot require an internet search engine service provider to withdraw information from its index except for the cases where this service provider has not complied with the exclusion codes **[74]** or where a request emanating from the website regarding update of cache memory has not been complied with. This scenario does not seem pertinent for the present preliminary reference. A possible 'notice and take down procedure' **[75]** concerning links to source web pages with illegal or inappropriate contents is a matter of national law civil liability based on grounds other than the protection of personal data.**[76]**

100. For these reasons I propose that the Court answers the second group of questions in the sense that under the circumstances specified in the preliminary reference an internet search engine service provider 'processes' personal data in the sense of Article 2(b) of the Directive. However,

the service provider cannot be considered as 'controller' of the processing of such personal data in the sense of Article 2(d) of the Directive with the exception explained above.

VII - Third question relating to the data subject's possible 'right to be forgotten'

A - *Preliminary observations*

101. The third preliminary question is only relevant if the Court either rejects the conclusion I have reached above to the effect that Google is not generally to be considered as a 'controller' under Article 2(d) of the Directive, or to the extent the Court accepts my assertion that there are instances where an internet search engine service provider such as Google could be considered as having such a position. Otherwise, the section that follows is redundant.

102. In any event, by its third question the national court asks whether the rights to erasure and blocking of data, provided for in Article 12(b) of the Directive, and the right to object, provided for in Article 14(a) of the Directive, extend to enabling the data subject to contact the internet search engine service providers himself in order to prevent indexing of the information relating to him personally that has been published on third parties' web pages. By so doing, a data subject seeks to prevent potentially prejudicial information from being known to internet users, or is expressing a desire for the information to be consigned to oblivion, even though the information in question has been lawfully published by third parties. In other words the national court asks in substance whether a 'right to be forgotten' can be founded on Article 12(b) and 14(a) of the Directive. This is the first issue to be addressed in the analysis that follows, which will be based on the wording and objectives of those provisions.

103. If I conclude that Articles 12(b) and 14(a) of the Directive, in and of themselves, do not afford this protection, I will then consider whether such an interpretation is compatible with the Charter. (77) This will require consideration of the right to protection of personal data in Article 8, right to respect for private and family life in Article 7, freedom of expression and information as protected in Article 11 (and both with respect to the freedom of expression of publishers of web pages and the freedom of internet users to receive information), and the freedom to conduct a business in Article 16. Indeed, the rights of data subjects in Articles 7 and 8 will need to be juxtaposed against the rights protected by Articles 11 and 16 of those who wish to disseminate or access the data.

B - *Do the rights to rectification, erasure, blocking and objection provided in the Directive amount to a data subject's right 'to be forgotten'?*

104. The rights to rectification, erasure and blocking of data provided in Article 12(b) of the Directive concern data, the processing of which does not comply with the provisions of the Directive, *in particular* because of the incomplete or inaccurate nature of the data (my emphasis).

105. The order for reference recognises that the information appearing on the web pages concerned cannot be regarded as incomplete or inaccurate. Even less is it claimed that Google's index or the contents of its cache containing such data may be so described. Therefore, the right to rectification, erasure or blocking, referred to in Article 12(b) of the Directive, will only arise if Google's processing of personal data from third-party source web pages is incompatible with the Directive for other reasons.

106. Article 14(a) of the Directive obliges Member States to grant a data subject the right to object at any time, on compelling legitimate grounds relating to his particular situation, to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. This applies especially in cases referred to in Articles 7(e) and 7(f) of the Directive, that is where processing is necessary in view of a public interest or for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by third parties. Furthermore, according to Article 14(a), 'the processing instigated by the controller' may no longer involve the objected data if the objection is justified.

107. In the situations where internet search engine service providers are considered to be controllers of the processing of personal data, Article 6(2) of the Directive obliges them to weigh the interests of the data controller, or third parties in whose interest the processing is exercised, against those of the data subject. As the Court observed in *ASNEF and FECEMD*, whether or not the data in question already appears in public sources is relevant to this balancing exercise.**[78]**

108. However, as almost all of the parties having presented written observations in this case have asserted, I consider that the Directive does not provide for a general right to be forgotten in the sense that a data subject is entitled to restrict or terminate dissemination of personal data that he considers to be harmful or contrary to his interests. The purpose of processing and the interests served by it, when compared to those of the data subject, are the criteria to be applied when data is processed without the subject's consent, and not the subjective preferences of the latter. A subjective preference alone does not amount to a compelling legitimate ground within the meaning of Article 14(a) of the Directive.

109. Even if the Court were to find that internet search engine service providers were responsible as controllers*, quod non*, for personal data on third-party source web pages, a data subject would still not have an absolute 'right to be forgotten' which could be relied on against these service providers. However, the service provider would need to put itself in the position of the publisher

of the source web page and verify whether dissemination of the personal data on the page can at present be considered as legal and legitimate for the purposes of the Directive. In other words, the service provider would need to abandon its intermediary function between the user and the publisher and assume responsibility for the content of the source web page, and when needed, to censure the content by preventing or limiting access to it.

110. For the sake of completeness it is useful to recall that the Commission Proposal for a General Data Protection Regulation provides in its Article 17 for a right to be forgotten. However, the proposal seems have met with considerable opposition, and it does not purport to represent a codification of existing law, but an important legal innovation. Therefore it does not seem affect the answer to be given to the preliminary question. It is of interest, however, that according to Article 17(2) of the proposal '[w]here the controller … has made the personal data public, it shall take all reasonable steps … in relation to data for the publication of which the controller is responsible, to inform third parties which are processing such data, that a data subject requests them to erase any links to, or copy or replication of that personal data'. This text seems to consider internet search engine service providers more as third parties than as controllers in their own right.

111. I therefore conclude that Articles 12(b) and 14(a) of the Directive do not provide for a right to be forgotten. I will now consider whether this interpretation of these provisions complies with the Charter.

C - *The fundamental rights in issue*

112. Article 8 of the Charter guarantees everyone the right to the protection of his personal data. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned, or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him, and the right to have it rectified. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

113. In my opinion this fundamental right, being a restatement of the European Union and Council of Europe *acquis* in this field, emphasises the importance of protection of personal data, but it does not as such add any significant new elements to the interpretation of the Directive.

114. According to Article 7 of the Charter, everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications. This provision, being in substance identical to Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950 (ECHR), must be duly taken into account in the interpretation of the relevant provisions of the Directive, which requires the Member States to protect *in particular* the right to privacy.

115. I would recall that in the context of the ECHR, Article 8 thereof also covers issues relating to protection of personal data. For this reason, and in conformity with Article 52(3) of the Charter, the case-law of the European Court of Human Rights on Article 8 ECHR is relevant both to the interpretation of Article 7 of the Charter and to the application of the Directive in conformity with Article 8 of the Charter.

116. The European Court of Human Rights concluded in *Niemietz* that professional and business activities of an individual may fall within the scope of private life as protected under Article 8 ECHR. **[79]** This approach has been applied in subsequent case-law of that court.

117. Moreover, this Court found in *Volker und Markus Schecke and Eifert* **[80]** that 'the right to respect for private life with regard to the processing of personal data, recognised by Articles 7 and 8 of the Charter, concerns *any information* [my emphasis] relating to an identified or identifiable individual … and the limitations which may lawfully be imposed on the right to protection of personal data correspond to those tolerated in relation to Article 8 [ECHR]'.

118. I conclude on the basis of *Volker und Markus Schecke and Eifert* that the protection of private life under the Charter, with regard to the processing of personal data, covers all information relating to an individual irrespective of whether he acts in a purely private sphere or as an economic operator or, for example, as a politician. In view of the the wide notions of personal data and its processing in EU law, it seems to follow from abovementioned case-law that any act of communication relying on automatic means such as by means of telecommunications, e-mail or social media concerning a natural person constitutes as such a putative interference of that fundamental right that requires justification.**[81]**

119. I have concluded in paragraph 75 that an internet search engine service provider is engaged in processing of personal data displayed on third-party source web pages. Hence it follows from the Court's judgment in *Volker und Markus Schecke and Eifert* that, independently of how his role is classified under the Directive, there is interference with the Article 7 Charter right to privacy of the concerned data subjects. According to the ECHR and the Charter any interference to protected rights must be based on law and be necessary in a democratic society. In the present case we are not faced with interference by public authorities in need of justification but of the question of the extent that interference by private subjects can be tolerated. The limits to this are set out in the Directive, and they are thus based on law, as required by the ECHR and the Charter. Hence, when the Directive is interpreted, the exercise precisely concerns the interpretation of the limits set to data processing by private subjects in light of the Charter. From this follows the question of whether there is a positive obligation on the EU and the Member States to enforce, as against

internet search engine service providers, which are private subjects, a right to be forgotten. **[82]** This in turn leads to questions of justification for interference in Article 7 and 8 of the Charter, and the relationship with the competing rights of freedom of expression and information, and the right to conduct a business.

D - ***Rights of freedom of expression and information, and the right to conduct a business***

120. The present case concerns, from many angles, freedom of expression and information enshrined in Article 11 of the Charter, which corresponds to Article 10 ECHR. Article 11(1) of the Charter states that '[e]veryone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.'**[83]**

121. The internet users' right to seek and receive information made available on the internet is protected by Article 11 of the Charter. **[84]** This concerns both information on the source web pages and the information provided by internet search engines. As I have already mentioned, the internet has revolutionalised access to and dissemination of all kinds of information and enabled new forms of communication and social interaction between individuals. In my opinion the fundamental right to information merits particular protection in EU law, especially in view of the ever-growing tendency of authoritarian regimes elsewhere to limit access to the internet or to censure content made accessible by it.**[85]**

122. Publishers of web pages equally enjoy protection under Article 11 of the Charter. Making content available on the internet counts as such as use of freedom of expression, **[86]** even more so when the publisher has linked his page to other pages and has not limited its indexing or archiving by search engines, thereby indicating his wish for wide dissemination of content. Web publication is a means for individuals to participate in debate or disseminate their own content or content uploaded by others on internet.**[87]**

123. In particular, the present preliminary reference concerns personal data published in the historical archives of a newspaper. In *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)*, the European Court of Human Rights observed that internet archives make a substantial contribution to preserving and making available news and information: 'Such archives constitute an important source for education and historical research, particularly as they are readily accessible to the public and are generally free. … However, the margin of appreciation afforded to States in striking the balance between the competing rights is likely to be greater where news archives of past events, rather than news reporting of current affairs, are concerned. In particular, the duty of the press to act in accordance with the principles of responsible journalism by ensuring

accuracy [my emphasis] of historical, rather than perishable, information published is likely to be more stringent in the absence of any urgency in publishing the material.'**[88]**

124. Commercial internet search engine service providers offer their information location services in the context of business activity aiming at revenue from keyword advertising. This makes it a business, the freedom of which is recognised under Article 16 of the Charter in accordance with EU law and national law.**[89]**

125. Moreover, it needs to be recalled that none of the fundamental rights at stake in this case are absolute. They may be limited provided that there is a justification acceptable in view of the conditions set out in Article 52(1) of the Charter.**[90]**

E - *Can a data subject's 'right to be forgotten' be derived from Article 7 of the Charter?*

126. Finally, it is necessary to ponder whether interpretation of Articles 12(b) and 14(a) of the Directive in light of the Charter, and more particularly of Article 7 thereof, could lead to the recognition of a 'right to be forgotten' in the sense referred to by the national court. At the outset such a finding would not be against Article 51(2) of the Charter because it would concern precision of the scope of the data subject's right of access and right to object already recognised by the Directive, not the creation of new rights or widening the scope of EU law.

127. The European Court of Human Rights held in the *Aleksey Ovchinnikov* case **[91]** that 'in certain circumstances a restriction on reproducing information that has already entered the public domain may be justified, for example to prevent further airing of the details of an individual's private life which do not come within the scope of any political or public debate on a matter of general importance'. The fundamental right to protection of private life can thus in principle be invoked even if the information concerned is already in the public domain.

128. However, a data subject's right to protection of his private life must be balanced with other fundamental rights, especially with freedom of expression and freedom of information.

129. A newspaper publisher's freedom of information protects its right to digitally republish its printed newspapers on the internet. In my opinion the authorities, including data protection authorities, cannot censure such republishing. The *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2)* judgment of the European Court of Human Rights **[92]** demonstrates that the liability of the publisher regarding *accuracy* of historical publications may be more stringent than those of current news, and may require the use of appropriate *caveats supplementing* the contested content. However, in my opinion there could be no justification for requiring digital republishing

of an issue of a newspaper with content different from the originally published printed version. That would amount to falsification of history.

130. The data protection problem at the heart of the present litigation only appears if an internet user types the data subject's name and surnames into the search engine, thereby being given a link to the newspaper's web pages with the contested announcements. In such a situation the internet user is *actively using his right to receive information concerning the data subject from public sources* for reasons known only to him.**[93]**

131. In contemporary information society, the right to search information published on the internet by means of search engines is one of the most important ways to exercise that fundamental right. This right undoubtedly covers the right to seek information relating to other individuals that is, in principle, protected by the right to private life such as information on the internet relating to an indivdual's activities as a businessman or politician. An internet user's right to information would be compromised if his search for information concerning an individual did not generate search results providing a truthful reflection of the relevant web pages but a 'bowdlerised' **[94]** version thereof.

132. An internet search engine service provider lawfully exercises both his freedom to conduct business and freedom of expression when he makes available internet information location tools relying on a search engine.

133. The particularly complex and difficult constellation of fundamental rights that this case presents prevents justification for reinforcing the data subjects' legal position under the Directive, and imbuing it with a right to be forgotten. This would entail sacrificing pivotal rights such as freedom of expression and information. I would also discourage the Court from concluding that these conflicting interests could satisfactorily be balanced in individual cases on a case-by-case basis, with the judgment to be left to the internet search engine service provider. Such 'notice and take down procedures', if required by the Court, are likely either to lead to the automatic withdrawal of links to any objected contents or to an unmanageable number of requests handled by the most popular and important internet search engine service providers. **[95]** In this context it is necessary to recall that 'notice and take down procedures' that appear in the ecommerce Directive 2000/31 relate to unlawful content, but in the context of the case at hand we are faced with a request for suppressing legitimate and legal information that has entered the public sphere.

134. In particular, internet search engine service providers should not be saddled with such an obligation. This would entail an interference with the freedom of expression of the publisher of the web page, who would not enjoy adequate legal protection in such a situation, any unregulated

'notice and take down procedure' being a private matter between the data subject and the search engine service provider. **[96]** It would amount to the censuring of his published content by a private party. **[97]** It is a completely different thing that the States have positive obligations to provide an effective remedy against the publisher infringing the right to private life, which in the context of internet would concern the publisher of the web page.

135. As the Article 29 Working Party has observed, it is possible that the secondary liability of the search engine service providers under national law may lead to duties amounting to blocking access to third-party websites with illegal contents such as web pages infringing IP rights, or displaying libellous or criminal information.**[98]**

136. In contrast any generalised right to be forgotten cannot be invoked against them on the basis of the Directive even when it is interpreted in harmony with the Charter.

137. For these reasons I propose that the Court should answer the third preliminary question to the effect that the rights to erasure and blocking of data, provided for in Article 12(b), and the right to object, provided for by Article 14(a), of the Directive, do not extend to such a right to be forgotten as described in the preliminary reference.

VIII - Conclusion

138. In the light of the above considerations, I am of the opinion that the Court should reply as follows to the questions referred by the Audiencia Nacional:

(1) Processing of personal data is carried out in the context of the activities of an 'establishment' of the controller within the meaning of Article 4(1)(a) of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data when the undertaking providing the internet search engine sets up in a Member State, for the purposes of promoting and selling advertising space on the search engine, an office or subsidiary which orientates its activity towards the inhabitants of that State.

(2) An internet search engine service provider, whose search engine locates information published or included on the internet by third parties, indexes it automatically, stores it temporarily and finally makes it available to internet users according to a particular order of preference, 'processes' personal data in the sense of Article 2(b) of Directive 95/46 when that information contains personal data.

However, the internet search engine service provider cannot be considered as 'controller' of the processing of such personal data in the sense of Article 2(d) of Directive 95/46, with the exception

of the contents of the index of its search engine, provided that the service provider does not index or archive personal data against the instructions or requests of the publisher of the web page.

(3) The rights to erasure and blocking of data, provided for in Article 12(b), and the right to object, provided for in Article 14(a), of Directive 95/46, do not confer on the data subject a right to address himself to a search engine service provider in order to prevent indexing of the information relating to him personally, published legally on third parties' web pages, invoking his wish that such information should not be known to internet users when he considers that it might be prejudicial to him or he wishes it to be consigned to oblivion.

[1] Original language: English.

[2] Harvard Law Review, Vol. IV, No 5, 15 December 1890.

[3] In actual fact the 'internet' comprises two main services, namely the World Wide Web and email services. While the internet, as a network of interconnected computers, has existed in various forms for some time, commencing with the Arpanet (United States), the freely accessible open network with www addresses and common code structure only started in the early 1990s. It seems that the historically correct term would be World Wide Web. However, given the current usage and terminological choices made in Court's case-law, in the following the word 'internet' is primarily used to refer to the World Wide Web part of the network.

[4] The location of web pages is identified with an individual address, the 'URL' (Uniform Resource Locator), a system created in 1994. A web page can be accessed by typing its URL in the web browser, directly or with the help of a domain name. The web pages must be coded with some markup language. HyperText Markup Language (HTML) is the main markup language for creating web pages and other information that can be displayed in a web browser.

[5] The scope of the three issues is illustrated by the following information (although no exact figures are available). First, it has been estimated that there could be more than 600 million websites on the internet. On these websites there appears to be more than 40 billion web pages. Second, with regard to the search engines, their number is much more limited: it appears that there are less than 100 important search engines, and currently Google seems to have a huge share in many markets. It has been said that success of Google's search engine is based on very powerful web crawlers, efficient indexing systems and technology that allows the search results to be sorted by their relevance to the user (including the patended PageRank algorithm), see López-Tarruella, A., 'Introduction: Google Pushing the Boundaries of Law', Google and the Law. Empirical

Approaches to Legal Aspects of Knowledge Economy Business Models, Ed. López Tarruella, A., T.M.C. Asser Press, The Hague, 2012, pp. 1-8, p. 2. Third, more than three quarters of people in Europe use the internet and in so far that they use the search engines, their personal data, as internet search engine users, may be gathered and processed by the internet search engine used.

[6] Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

[7] See, in general, Article 29 Working Party, Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines (WP 148). Google's privacy policy, as regards the users of its internet search engine, is under scrutiny by the data protection authorities of the Member States. The action is lead by the French Data Protection Authority (the CNIL). For recent developments, see letter dated 16 October 2012 of Article 29 Working Party to Google, available on website mentioned in footnote 22 below.

[8] Point 19 below.

[9] In the following, 'internet search engine' refers to the combination of software and equipment enabling the feature of searching text and audiovisual content on the internet. Specific issues relating to search engines operating within a defined internet domain (or website) such as http://curia.europa.eu are not discussed in this opinion. The economic operator providing for access to a search engine is referred to as the 'internet search engine service provider'. In the present case Google Inc. appears to be the service provider providing access to Google search engine as well as many additional search functions such as maps.google.com and news.google.com.

[10] Case C 101/01 Lindqvist [2003] ECR I 12971.

[11] Joined Cases C 465/00, C 138/01 and C 139/01 Österreichischer Rundfunk and Others [2003] ECR I 4989.

[12] Case C 73/07 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia [2008] ECR I 9831.

[13] Joined Cases C 92/09 and C 93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert [2010] ECR I 11063.

[14] Joined Cases C 236/08 to C 238/08 Google France and Google [2010] ECR I 2417; Case C 558/08 Portakabin [2010] ECR I 6963; Case C 324/09 L'Oréal and Others [2011] ECR I 6011; Case C 323/09 Interflora and Interflora British Unit [2011] ECR I 8625; and Case C 523/10 Wintersteiger [2012] ECR.

[15] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regards to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation). COM(2012)11 final.

[16] BOE No 298, 14 December 1999, p. 43088.

[17] According to its recital 11, the 'principles of the protection of the rights and freedoms of individuals, notably the right to privacy, which are contained in this Directive, give substance to and amplify those contained in the Council of Europe Convention of 28 January 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data'.

[18] Article 29 Working Party, Opinion 1/2010 on the concepts of 'controller' and 'processor' (WP 169), pp. 3-4.

[19] For example, Joined Cases C 509/09 and C 161/10 eDate Advertising and Martinez [2011] ECR I 10269, paragraph 45.

[20] A newspaper normally includes personal data such as names of natural persons. This personal data is processed when it is consulted by automatic means. This processing is within the scope of application of the Directive unless it is exercised by a natural person in the course of a purely personal or household activity. See Article 2(a) and (b) and Article 3(2) of the Directive. Moreover, reading a paper document or displaying images including personal data also amounts to its processing. See Dammann, U. and Simitis, S., EG-Datenschutzrichtlinie, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, p. 110.

[21] Lindqvist, points 67-70, as regards the interpretation of Article 25 of the Directive.

[22] The opinions are available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm.

[23] Internet search engines develop constantly and the purpose here is only to give an overview of the salient features that are currently relevant.

[24] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) (OJ 2000 L 178, p. 1).

[25] See recital 18 in the preamble to and Article 2(a) of ecommerce Directive 2000/31, read together with Article 1(2) of Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on information society services (OJ 1998 L 204, p. 37), as

amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 (OJ 1998 L 217, p. 18).

[26] Lindqvist, paragraphs 25 27.

[27] A typical current exclusion code (or robot exclusion protocol) is called 'robots.txt'; see http://en.wikipedia.org/wiki/Robots.txt or http://www.robotstxt.org/.

[28] Exclusion codes do not, however, technically prevent indexing or displaing, but the service provider running a search engine can decide to ignore them. Major internet search engine service providers, Google included, claim that they comply with such codes included in the source web page. See the Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 14.

[29] See the judgment of the European Court of Human Rights, K.U. v. Finland, no. 2872/02, § 43 and § 48, ECHR 2008, where the Court referred to the existence of positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. In K.U. v. Finland the State had a positive obligation to ensure that an effective remedy was available against the publisher.

[30] However, the internet is not a single enormous data bank established by the 'Big Brother' but a decentralised system of information originating from innumerable independent sources where accessibility and dissemination of information rely on intermediary services having as such nothing to do with the contents.

[31] See, in this respect, my opinion in L'Oréal and Others, points 54 et seq.

[32] This corresponds to the third situation mentioned in paragraph 3 above.

[33] For an example of a keywords advertising system (Google's AdWords) see Google France and Google, paragraphs 22 and 23; Case C 278/08 BergSpechte [2010] ECR I 2517, paragraphs 5 7; Portakabin, paragraphs 8 10; and Interflora and Interflora British Unit, paragraphs 9-13.

[34] Case C 400/10 PPU McB. [2010] ECR I 8965, paragraphs 51 and 59; Case C 256/11 Dereci and Others [2011] ECR I 11315, paragraphs 71 and 72; judgment of 8 November 2012 in Case C 40/11 Iida, paragraph 78; and Case C 617/10 Åkerberg Fransson [2013] ECR, paragraph 23.

[35] For example in McB. the Court resisted an interpretation, which was sought on the basis of Article 7 of the Charter, of 'rights of custody' in Article 2(9) of Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation

(EC) No 1347/2000 (OJ 2003 L 338, p. 1) that would have enlarged its meaning. That said, of course, if it is impossible to interpret an EU legislative provision in conformity with fundamental rights protected by EU law, that provision must be declared invalid. See Case C 236/09 Association belge des Consommateurs Test Achats and Others [2011] ECR I 773, paragraphs 30-34.

[36] Article 29 Working Party, Opinion 8/2010 on applicable law (WP 179), p. 8.

[37] Article 29 Working Party, Opinion 8/2010, pp. 24 and 31.

[38] Article 3(2)(a) of the Commission Proposal.

[39] L'Oréal and Others and the ecommerce Directive 2000/31.

[40] Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2001 L 12, p. 1), Joined Cases C 585/08 and C 144/09 Pammer and Hotel Alpenhof [2010] ECR I 12527, and Wintersteiger. See also my Opinion in Case C 170/12 Pinckney, pending.

[41] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10) and Case C 5/11 Donner [2012] ECR.

[42] The reference does not specify what is meant by 'centre of gravity', but this expression was used by Advocate General Cruz Villalón in his Opinion in eDate Advertising and Martinez, points 32 and 55.

[43] Article 29 Working Party, Opinion 8/2010, pp. 8 and 9. The Working Party also points out that the word 'equipment' used in the English version of the Directive is too narrow because the other language versions speak about 'means' which also covers non-material devices such as cookies (pp. 20 and 21).

[44] See, in particular, Article 29 Working Party, Opinion 8/2010, p. 19 where it is submitted that Article 4(1)(c) of the Directive should apply, despite its wording, where the controller has establishments in the EU but their activities are unrelated to the concerned processing of personal data.

[45] See Google France and Google, paragraph 23.

[46] See Google France and Google, paragraph 25, and Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, pp. 5 6. It is easy to verify that the use of the same keywords on different national Google domains may trigger the display of different search results and advertisements.

[47] Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 10.

[48] See Article 2(a) of the Directive, according to which personal data means 'any information relating to an identified or identifiable natural person'. A wide range of examples is given by Article 29 Working Party, in its Opinion 4/2007 on the concept of personal data (WP 136). The Court confirmed the wide interpretation in Lindqvist, paragraphs 24 27. See also Österreichischer Rundfunk and Other, paragraph 64; Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, paragraphs 35 37; Case C 524/06 Huber [2008] ECR I 9705, paragraph 43; Case C 553/07 Rijkeboer [2009] ECR I 3889, paragraph 62; Case C 461/10 Bonnier Audio and Others [2012] ECR, paragraph 93; and Volker und Markus Schecke and Eifert, paragraphs 23, 55 and 56.

[49] Article 29 Working Party recalls that 'it is not necessary for information to be considered as personal data that it is contained in a structured database or file. Also information contained in free text in an electronic document may qualify as personal data …', see Opinion 4/2007, p. 8.

[50] There are search engines or search engine features specially targeting personal data, which, as such, can be identifiable because of their form (for example, social security numbers) or composition (strings of signs corresponding to names and surnames). See the Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 14. Such search engines may raise particular data protection issues that fall outside of the scope of this Opinion.

[51] However, so-called orphan pages without any links to other web pages remain inaccessible for the search engine.

[52] Web pages found by the crawler are stored in Google's index database which is sorted alphabetically by search term, with each index entry storing a list of documents in which the term appears and the location within the text where it occurs. Certain words like articles, pronouns and common adverbs or certain single digits and single letters are not indexed. See http://www.googleguide.com/google_works.html.

[53] These copies (so-called 'snapshots') of web pages stored in Google's cache only consist of HTML code, and not images which must be loaded from the original location. See Peguera, M., 'Copyright Issues Regarding Google Images and Google Cache', Google and the Law, pp. 169-202, at p. 174.

[54] Internet search engine service providers usually allow the webmasters to ask for the updating of the cache copy of the web page. Instructions on how to do this can be found on Google's Webmaster Tools page.

[55] It seems language versions of the Directive, other than the English, such as the French, German, Spanish, Swedish and Dutch, speak of an entity being 'responsible' for data processing, not of a controller. Some language versions, such as the Finnish and Polish use more neutral terms (in Finnish, 'rekisterinpitäjä'; in Polish 'administrator danych').

[56] Lindqvist, paragraph 68.

[57] Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p.14, footnote 17. According to the Opinion, the role of users would typically be outside the scope of the Data Protection Directive as 'purely personal activity'. In my opinion this assumption is not tenable. Typically internet users also use search engines in activities that are not purely personal, such as use for purposes relating to work, studies, business or third-sector activities.

[58] The Article 29 Working Party gives in its Opinion 4/2007 numerous examples of the concept of and processing of personal data, including the controller, and it seems to me that in all of the examples presented this condition is fulfilled.

[59] Article 29 Working Party, Opinion 1/2010, p. 9.

[60] Ibid., p. 14.

[61] Dammann and Simitis (p. 120) observe that processing by automatic means must not only concern the support where the data is recorded (Datenträger), but also relate to the data in their semantic or substantive dimension. In my opinion it is crucial that personal data is according to the directive 'information', i.e. semantically relevant content.

[62] Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 14.

[63] Lindqvist, paragraph 27.

[64] Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, paragraph 37.

[65] Article 29 Working Party, Opinion 1/2010, pp. 4 and 9.

[66] Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 14.

[67] Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 14, however adds that the extent to which it has an obligation to remove or block personal data may depend on the general tort law and liability regulations of the particular Member State. In some Member States national legislation provides 'notice and take down' procedures that the internet search engine service provider must follow in order to avoid liability.

[68] According to one author such filtering is done by Google in nearly all countries, for example in relation to infringements of intellectual property rights. Moreover, in the United States information critical to scientology has been filtered. In France and Germany Google is filtering search results relating to 'Nazi memorabilia, Holocaust deniers, white supremacist and sites that make propaganda against the democractic constitutional order'. For further examples see Friedmann, D., 'Paradoxes, Google and China: How Censorship can Harm and Intellectual Property can Harness Innovation', Google and the Law, pp. 303 327, at p. 307.

[69] See paragraph 41 above.

[70] First Report on the application of [ecommerce Directive 2000/31], COM(2003)702 final, p. 13, footnote 69 and Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 13, footnote 16.

[71] See paragraph 41 above.

[72] The capacity of a personal name to identify a natural person is context dependent. A common name may not individualise a person on the internet but surely, for example, within a school class. In computerised processing of personal data a person is usually assigned to a unique identifier in order to avoid confusion between two persons. Typical examples of such identifiers are social security numbers. See in this regard Article 29 Working Party, Opinion 4/2007, p. 13 and Opinion 1/2008, p. 9, footnote 11.

[73] It is interesting to note, however, that, in the context of data stored by government agencies, the European Court of Human Rights has held that 'domestic law should notably ensure that such data are relevant and not excessive in relation to the purpose for which they are stored; and preserved in a from which permits identification of the data subjects for no longer than is required for the purpose for which those data are stored' (see S. and Marper v. United Kingdom, nos. 30562/04 and 30566/04, § 103, ECHR 2008; see also Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden, no. 62332/00, § 90, ECHR 2006 VII). However, the European Court of Human Rights has equally recognised, in the context of the Article 10 ECHR, right to freedom of expression, 'the substantial contribution made by internet archives to preserving and making available news and information' (Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom (nos. 1 and 2), nos. 3002/03 and 23676/03, § 45, ECHR 2009).

[74] See paragraph 41 above.

[75] Cf. Article 14 of the ecommerce Directive.

[76] Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, p. 14.

[77] This was the approach developed by the Court in McB, paragraphs 44 and 49.

[78] Joined Cases C 468/10 and C 469/10 ASNEF and FECEMD [2011] ECR I 12181, paragraphs 44-45. The European Court of Human Rights has noted that publication of personal data elsewhere ends the overriding interest relating to protection of confidentiality, see Aleksey Ovchinnikov v. Russia, no. 24061/04, § 49, 16 December 2010.

[79] European Court of Human Rights: Niemietz v. Germany, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B; Amann v. Switzerland [GC], no. 27798/95, § 65, ECHR 2000 II; and Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, § 43, ECHR 2000 V.

[80] Paragraph 52 of the judgment.

[81] In contrast, the European Court of Human Rights has declined from giving a definition of private life in positive terms. According to that Court, the notion of private life is a broad one, which is not susceptible to exhaustive definition (see Costello Roberts v. the United Kingdom, 25 March 1993, § 36, Series A no. 247 C).

[82] On positive obligations on the State to act to protect privacy, when it is being breached by private sector actors, and the need to balance any such obligation on the right to freedom of expression of the latter, see for example Von Hannover v. Germany, no. 59320/00, ECHR 2004-VI, and Ageyevy v. Russia, no. 7075/10, 18 April 2013.

[83] European Court of Human Rights: Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, § 49, Series A no. 24; Müller and Others v. Switzerland, 24 May 1988, § 33, Series A no. 133; Vogt v. Germany, 26 September 1995, § 52, Series A no. 323; and Guja v. Moldova [GC], no. 14277/04, § 69, ECHR 2008. See also Case C 274/99 P Connolly v Commission [2001] ECR I 1611, paragraph 39 and Opinion of Advocate General Kokott in Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, point 38.

[84] Case C 360/10 SABAM v Netlog [2012] ECR, paragraph 48.

[85] United Nations, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue (Document A/HRC/17/27), of 16 May 2011.

[86] Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, paragraph 60.

[87] It should be recalled here that the journalism exception in Article 9 of the Directive applies ‘not only to media undertakings but also to every person engaged in journalism’, see Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia, paragraph 58.

[88] European Court of Human Rights: Times Newspapers Ltd (nos. 1 and 2), § 45.

[89] Case C 70/10 Scarlet Extended [2011] ECR I 11959, paragraph 46, and SABAM v Netlog, paragraph 44.

[90] See also Joined Cases C 317/08 to C 320/08 Alassini and Others [2010] ECR I 221, paragraph 63, where it was held that 'it is settled case-law that fundamental rights do not constitute unfettered prerogatives and may be restricted, provided that the restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the measure in question and that they do not involve, with regard to the objectives pursued, a disproportionate and intolerable interference which infringes upon the very substance of the rights guaranteed (see, to that effect, Case C 28/05 Doktor and Others [2006] ECR I 5431, paragraph 75 and the case-law cited, and the judgment of the European Court of Human Rights in Fogarty v. the United Kingdom, no. 37112/97, § 33, ECHR 2001 XI (extracts))'.

[91] Paragraph 50 of the judgment.

[92] Cited above.

[93] On the right to receive information, see European Court of Human Rights, Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, § 60, Series A no. 216, and Timpul Info Magazin and Anghel v. Moldova, no. 42864/05, § 34, 27 November 2007.

[94] Thomas Bowdler (1754-1825) published a sanitised version of William Shakespeare's works which intended to be more appropriate for 19th century women and children than the original.

[95] SABAM v Netlog, paragraphs 45 47.

[96] My Opinion in L'Oréal and Others, point 155.

[97] SABAM v Netlog, paragraphs 48 and 50.

[98] Article 29 Working Party, Opinion 1/2008, pp. 14 15.

AB Adalet Divanı - C-360/10 - SABAM v Netlog NV - 16 February 2012

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 11/12

Luxembourg, 16 February 2012

Judgment in Case C-360/10

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM) v

Netlog NV

The owner of an online social network cannot be obliged to install a general filtering system, covering all its users, in order to prevent the unlawful use of musical and audio-visual work

Such an obligation would not be respecting the prohibition to impose on that provider a general obligation to monitor nor the requirement that a fair balance be struck between the protection of copyright, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information, on the other

SABAM is a Belgian management company which represents authors, composers and publishers of musical works. On that basis, it is responsible for, inter alia, authorising the use by third parties of copyright-protected works of those authors, composers and publishers. SABAM has an objection to Netlog NV, which runs an online social networking platform where every person who registers acquires a personal space known as a 'profile' which the user can complete himself in the knowledge that that profile becomes available globally. The most important function of that platform, which is used by tens of millions of individuals on a daily basis, is to build virtual communities enabling those individuals to communicate with each other and thereby develop friendships. On their profile, users can, inter alia, keep a diary, indicate their hobbies and interests, show who their friends are, display personal photos or publish video clips.

According to SABAM, Netlog's social network also enables all users to make use, by means of their profile, of the musical and audio-visual works in SABAM's repertoire, making those works available to the public in such a way that other users of that network can have access to them without SABAM's consent and without Netlog paying it any fee.

On 23 June 2009, SABAM had Netlog summoned before the President of the Court of First Instance of Brussels (Belgium), requesting inter alia that Netlog be ordered immediately to cease unlawfully making available musical or audio-visual works from SABAM's repertoire and to pay a penalty of €1000 for each day of delay in complying with that order. In that regard, Netlog submitted that granting SABAM's injunction would be tantamount to imposing on Netlog a general obligation to monitor, which is prohibited by the E-Commerce Directive[1].

In those circumstances, the Court of First Instance of Brussels made a reference for a preliminary ruling to the Court of Justice. It asks, in essence, whether European Union law precludes a national court from issuing an injunction against a hosting service provider, such as an owner of an online social network, which requires it to install a system for filtering information stored on its servers by its service users, which applies indiscriminately to all of those users, as a preventative measure, exclusively at its expense and for an unlimited period.

According to the Court of Justice, it is not in dispute that Netlog stores information provided by the users of that platform, relating to their profile, on its servers, and that it is thus a hosting service provider within the meaning of EU law.

It is also common ground that implementation of that filtering system would require the hosting service provider to identify, within all of the files stored on its servers by all its service users, the files which are likely to contain works in respect of which holders of intellectual-property rights claim to hold rights. Next, the hosting service provider would have to determine which of those files are being stored and made available to the public unlawfully, and, lastly, it would have to prevent files that it considers to be unlawful from being made available.

Such preventive monitoring would therefore require active observation of the files stored by users with the owner of the social network. Accordingly, the filtering system would require that owner to carry out general monitoring of the information stored on its servers, something which is prohibited by the E-Commerce Directive.

The Court next recalls that, in the context of measures adopted to protect copyright holders, national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures.[2]

[1] Article 15 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (OJ 2000 L 178, p. 1)

[2] ase C-70/10 Scarlet Extended see also Press Release No 126/2011.

In the main proceedings, the injunction requiring the installation of a filtering system would involve monitoring all or most of the information stored by the hosting service provider concerned, in the interests of the copyright holders. Moreover, that monitoring would have to have no limitation in time, be directed at all future infringements and be intended to protect not only existing works, but also works that have not yet been created at the time when the system is introduced. Accordingly, such an injunction would result in a serious infringement of Netlog's freedom to conduct its business since it would require Netlog to install a complicated, costly, permanent computer system at its own expense.

Moreover, the effects of that injunction would not be limited to Netlog, as the filtering system may also infringe the fundamental rights of its service users - namely their right to protection of their personal data and their freedom to receive or impart information - which are rights safeguarded by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. First, the injunction would involve the identification, systematic analysis and processing of information connected with the profiles created on the social network, that information being protected personal data because, in principle, it allows those users to be identified. Second, that injunction could potentially undermine freedom of information, since that system might not distinguish adequately between unlawful content and lawful content, with the result that its introduction could lead to the blocking of lawful communications.

Consequently, the Court's answer is that, in adopting an injunction requiring the hosting service provider to install such a filtering system, the national court would not be respecting the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information, on the other.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court's decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)

16 February 2012 (*)

(Information society - Copyright - Internet - Hosting service provider - Processing of information stored on an online social networking platform - Introducing a system for filtering that information in order to prevent files being made available which infringe copyright - No general obligation to monitor stored information)

In Case C-360/10,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Belgium), made by decision of 28 June 2010, received at the Court on 19 July 2010, in the proceedings

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)

v

Netlog NV,

THE COURT (Third Chamber),

composed of K. Lenaerts, President of the Chamber, J. Malenovský (Rapporteur), R. Silva de Lapuerta, G. Arestis and D. Šváby, Judges,

Advocate General: P. Cruz Villalón,

Registrar: M. Ferreira, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 7 July 2011,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM), by B. Michaux, F. de Visscher and F. Brison, advocaten,

- Netlog NV, by P. Van Eecke, advocaat,

- the Belgian Government, by T. Materne and J.-C. Halleux, acting as Agents,

- the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, assisted by S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

- the Netherlands Government, by C. Wissels, acting as Agent,

- the United Kingdom Government, by S. Ossowski, acting as Agent,

- the European Commission, by A. Nijenhuis and J. Samnadda, acting as Agents,

having decided, after hearing the Advocate General, to proceed to judgment without an Opinion,

gives the following

Judgment

1. This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of:

- Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) (OJ 2000 L 178, p. 1);

- Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10);

- Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45, and corrigenda OJ 2004 L 195, p. 16, and OJ 2007 L 204, p. 27);

- Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31); and

- Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ 2002 L 201, p. 37).

2. The reference has been made in proceedings between Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) (‘SABAM’) and Netlog NV (‘Netlog’), the owner of an online social networking platform, concerning Netlog’s obligation to introduce a system for filtering information stored on its platform in order to prevent files being made available which infringe copyright.

Legal context

European Union (EU) law

Directive 2000/31

3. Under recitals 45, 47 and 48 in the preamble to Directive 2000/31:

‘(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.

…

(47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.

(48) This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.’

4. Article 14 of Directive 2000/31, headed ‘Hosting’, states:

‘(1) Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

(2) Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

(3) This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.’

5 Under Article 15 of Directive 2000/31:

‘(1) Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

(2) Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.’

Directive 2001/29

6. Under recitals 16 and 59 in the preamble to Directive 2001/29:

‘(16) … This Directive should be implemented within a timescale similar to that for the implementation of [Directive 2000/31], since that Directive provides a harmonised framework of principles and provisions relevant inter alia to important parts of this Directive. This Directive is without prejudice to provisions relating to liability in that Directive.

…

(59) In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party’s infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.’

7. Under Article 3(1) of Directive 2001/29:

‘Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.’

8. Article 8 of that directive provides:

‘(1) Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.

…

(3) Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.’

Directive 2004/48

9. Recital 23 in the preamble to Directive 2004/48 is worded as follows:

‘Without prejudice to any other measures, procedures and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe the rightholder’s industrial property right. The conditions and procedures relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States. As far as infringements of copyright and related rights are concerned, a comprehensive level of harmonisation is already provided for in Directive [2001/29]. Article 8(3) of Directive [2001/29] should therefore not be affected by this Directive.’

10. Under Article 2(3) of Directive 2004/48:

‘This Directive shall not affect:

(a) the Community provisions governing the substantive law on intellectual property, Directive 95/46/EC … or Directive 2000/31/EC, in general, and Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC in particular;

… ’

11. Article 3 of Directive 2004/48 states:

‘(1) Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this Directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

(2) Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.'

12. The third sentence of Article 11 of Directive 2004/48 states:

'Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive [2001/29].'

National law

13. Article 87(1), first and second subparagraphs, of the Law of 30 June 1994 on copyright and related rights (Belgisch Staatsblad, 27 July 1994, p. 19297), which transposes Article 8(3) of Directive 2001/29 and Article 11 of Directive 2004/48 into national law, states:

'The President of the Tribunal de première instance (Court of First Instance) … shall determine the existence of any infringement of a copyright or related right and shall order that it be brought to an end.

He may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

14. Articles 20 and 21 of the Law of 11 March 2003 on certain legal aspects of information society services (Belgisch Staatsblad, 17 March 2003, p. 12962) transpose Articles 14 and 15 of Directive 2000/31 into national law.

The dispute in the main proceedings and the question referred for a preliminary ruling

15. SABAM is a management company which represents authors, composers and publishers of musical works. On that basis, it is responsible for, inter alia, authorising the use by third parties of copyright-protected works of those authors, composers and publishers.

16. Netlog runs an online social networking platform where every person who registers acquires a personal space known as a 'profile' which the user can complete himself and which becomes available globally.

17. The most important function of that platform, which is used by tens of millions of individuals on a daily basis, is to build virtual communities through which those individuals can communicate with each other and thereby develop friendships. On their profile, users can, inter alia, keep a diary, indicate their hobbies and interests, show who their friends are, display personal photos or publish video clips.

18. However, SABAM claimed that Netlog's social network also offers all users the opportunity to make use, by means of their profile, of the musical and audio-visual works in SABAM's repertoire, making those works available to the public in such a way that other users of that network can have access to them without SABAM's consent and without Netlog paying it any fee.

19. During February 2009, SABAM approached Netlog with a view to concluding an agreement regarding the payment of a fee by Netlog for the use of the SABAM repertoire.

20. By letter of 2 June 2009, SABAM gave notice to Netlog that it should give an undertaking to cease and desist from making available to the public musical and audio-visual works from SABAM's repertoire without the necessary authorisation.

21. On 23 June 2009, SABAM had Netlog summoned before the President of the rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Court of First Instance, Brussels) in injunction proceedings under Article 87(1) of the Law of 30 June 1994 on copyright and related rights, requesting inter alia that Netlog be ordered immediately to cease unlawfully making available musical or audio-visual works from SABAM's repertoire and to pay a penalty of EUR 1000 for each day of delay in complying with that order.

22. In that regard, Netlog submitted that granting SABAM's injunction would be tantamount to imposing on Netlog a general obligation to monitor, which is prohibited by Article 21(1) of the Law of 11 March 2003 on certain legal aspects of information society services, which transposes Article 15(1) of Directive 2000/31 into national law.

23. In addition, Netlog claimed, without being contradicted by SABAM, that the granting of such an injunction could result in the imposition of an order that it introduce, for all its customers, in abstracto and as a preventative measure, at its own cost and for an unlimited period, a system for filtering most of the information which is stored on its servers in order to identify on its servers electronic files containing musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which SABAM claims to hold rights, and subsequently that it block the exchange of such files.

24. It is possible that introducing such a filtering system would mean that personal data would have to be processed which would have to satisfy the provisions of EU law relating to the protection of personal data and the confidentiality of communications.

25. In those circumstances, the rechtbank van eerste aanleg te Brussel decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling:

> ‘Do Directives 2001/29 and 2004/48, in conjunction with Directives 95/46, 2000/31 and 2002/58, construed in particular in the light of Articles 8 and 10 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [signed in Rome on 4 November 1950], permit Member States to authorise a national court, before which substantive proceedings have been brought and on the basis merely of a statutory provision stating that “[the national courts] may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right”, to order a hosting service provider to introduce, for all its customers, in abstracto and as a preventive measure, at its own cost and for an unlimited period, a system for filtering most of the information which is stored on its servers in order to identify on its servers electronic files containing musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which SABAM claims to hold rights, and subsequently to block the exchange of such files?’

Consideration of the question referred

26. By its question, the referring court asks, in essence, whether Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 and 2002/58, read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, are to be interpreted as precluding a national court from issuing an injunction against a hosting service provider which requires it to install a system for filtering:

- information which is stored on its servers by its service users;

- which applies indiscriminately to all of those users;

- as a preventative measure;

- exclusively at its expense; and

- for an unlimited period,

which is capable of identifying electronic files containing musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant for the injunction claims to hold intellectual property rights, with a view to preventing those works from being made available to the public in breach of copyright (‘the contested filtering system’).

27. In that regard, first, it is not in dispute that the owner of an online social networking platform - such as Netlog - stores information provided by the users of that platform, relating to their profile, on its servers, and that it is thus a hosting service provider within the meaning of Article 14 of Directive 2000/31.

28. Next, it should be borne in mind that, according to Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, holders of intellectual property rights may apply for an injunction against operators of online social networking platforms, such as Netlog, who act as intermediaries within the meaning of those provisions, given that their services may be exploited by users of those platforms to infringe intellectual property rights.

29. In addition, it follows from the Court's case-law that the jurisdiction conferred on national courts, in accordance with those provisions, must allow them to order those intermediaries to take measures aimed not only at bringing to an end infringements already committed against intellectual-property rights using their information-society services, but also at preventing further infringements (see Case C-70/10 Scarlet Extended [2011] ECR I-11959, paragraph 31).

30. Lastly, it follows from that same case-law that the rules for the operation of the injunctions for which the Member States must provide under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, such as those relating to the conditions to be met and to the procedure to be followed, are a matter for national law (see Scarlet Extended, paragraph 32).

31. Nevertheless, the rules established by the Member States, and likewise their application by the national courts, must observe the limitations arising from Directives 2001/29 and 2004/48 and from the sources of law to which those directives refer (see Scarlet Extended, paragraph 33).

32. Thus, in accordance with recital 16 in the preamble to Directive 2001/29 and Article 2(3)(a) of Directive 2004/48, those rules may not affect the provisions of Directive 2000/31 and, more specifically, Articles 12 to 15 thereof (see Scarlet Extended, paragraph 34).

33. Consequently, those rules must, in particular, respect Article 15(1) of Directive 2000/31, which prohibits national authorities from adopting measures which would require a hosting service provider to carry out general monitoring of the information that it stores (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 35).

34. In that regard, the Court has already ruled that that prohibition applies in particular to national measures which would require an intermediary provider, such as a hosting service provider, to actively monitor all the data of each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. Furthermore, such a general monitoring obligation would be incompatible with Article 3 of Directive 2004/48, which states that the measures referred to by the directive must be fair and proportionate and must not be excessively costly (see Scarlet Extended, paragraph 36).

35. In those circumstances, it is necessary to examine whether the injunction at issue in the main proceedings, which would require the hosting service provider to introduce the contested filtering system, would oblige it, as part of that system, to actively monitor all the data of each of its service users in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights.

36. In that regard, it is common ground that implementation of that filtering system would require:

- first, that the hosting service provider identify, within all of the files stored on its servers by all its service users, the files which are likely to contain works in respect of which holders of intellectual-property rights claim to hold rights;

- next, that it determine which of those files are being stored and made available to the public unlawfully; and

- lastly, that it prevent files that it considers to be unlawful from being made available.

37. Preventive monitoring of this kind would thus require active observation of files stored by users with the hosting service provider and would involve almost all of the information thus stored and all of the service users of that provider (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 39).

38. In the light of the foregoing, it must be held that the injunction imposed on the hosting service provider requiring it to install the contested filtering system would oblige it to actively monitor almost all the data relating to all of its service users in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. It follows that that injunction would require the hosting service provider to carry out general monitoring, something which is prohibited by Article 15(1) of Directive 2000/31 (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 40).

39. In order to assess whether that injunction is consistent with EU law, account must also be taken of the requirements that stem from the protection of the applicable fundamental rights, such as those mentioned by the referring court.

40. In that regard, it should be borne in mind that the injunction at issue in the main proceedings pursues the aim of ensuring the protection of copyright, which is an intellectual-property right, which may be infringed by the nature and content of certain information stored and made available to the public by means of the service offered by the hosting service provider.

41. The protection of the right to intellectual property is indeed enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’). There is, however, nothing whatsoever in the wording of that provision or in the Court’s case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected (Scarlet Extended, paragraph 43).

42. As paragraphs 62 to 68 of the judgment in Case C-275/06 Promusicae [2008] ECR I-271 make clear, the protection of the fundamental right to property, which includes the rights linked to intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights.

43. More specifically, it follows from paragraph 68 of that judgment that, in the context of measures adopted to protect copyright holders, national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures.

44. Accordingly, in circumstances such as those in the main proceedings, national authorities and courts must, in particular, strike a fair balance between the protection of the intellectual property right enjoyed by copyright holders and that of the freedom to conduct a business enjoyed by operators such as hosting service providers pursuant to Article 16 of the Charter (see Scarlet Extended, paragraph 46).

45. In the main proceedings, the injunction requiring the installation of the contested filtering system involves monitoring all or most of the information stored by the hosting service provider concerned, in the interests of those rightholders. Moreover, that monitoring has no limitation in time, is directed at all future infringements and is intended to protect not only existing works, but also works that have not yet been created at the time when the system is introduced.

46. Accordingly, such an injunction would result in a serious infringement of the freedom of the hosting service provider to conduct its business since it would require that hosting service provider to install a complicated, costly, permanent computer system at its own expense, which would also be contrary to the conditions laid down in Article 3(1) of Directive 2004/48, which requires that measures to ensure the respect of intellectual-property rights should not be unnecessarily complicated or costly (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 48).

47. In those circumstances, it must be held that the injunction to install the contested filtering system is to be regarded as not respecting the requirement that a fair balance be struck between, on the one hand, the protection of the intellectual-property right enjoyed by copyright holders, and, on the other hand, that of the freedom to conduct business enjoyed by operators such as hosting service providers (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 49).

48. Moreover, the effects of that injunction would not be limited to the hosting service provider, as the contested filtering system may also infringe the fundamental rights of that hosting service provider’s service users, namely their right to protection of their personal data and their freedom

to receive or impart information, which are rights safeguarded by Articles 8 and 11 of the Charter respectively.

49. Indeed, the injunction requiring installation of the contested filtering system would involve the identification, systematic analysis and processing of information connected with the profiles created on the social network by its users. The information connected with those profiles is protected personal data because, in principle, it allows those users to be identified (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 51).

50. Moreover, that injunction could potentially undermine freedom of information, since that system might not distinguish adequately between unlawful content and lawful content, with the result that its introduction could lead to the blocking of lawful communications. Indeed, it is not contested that the reply to the question whether a transmission is lawful also depends on the application of statutory exceptions to copyright which vary from one Member State to another. In addition, in some Member States certain works fall within the public domain or may be posted online free of charge by the authors concerned (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 52).

51. Consequently, it must be held that, in adopting the injunction requiring the hosting service provider to install the contested filtering system, the national court concerned would not be respecting the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information, on the other (see, by analogy, Scarlet Extended, paragraph 53).

52. In the light of the foregoing, the answer to the question referred is that Directives 2000/31, 2001/29 and 2004/48, read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction made against a hosting service provider which requires it to install the contested filtering system.

Costs

53. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

Directives:

- 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce);

- 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society; and

- 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights,

read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding a national court from issuing an injunction against a hosting service provider which requires it to install a system for filtering:

- information which is stored on its servers by its service users;

- which applies indiscriminately to all of those users;

- as a preventative measure;

- exclusively at its expense; and

- for an unlimited period,

which is capable of identifying electronic files containing musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant for the injunction claims to hold intellectual property rights, with a view to preventing those works from being made available to the public in breach of copyright.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-70/10 - Scarlet Extended S.A v SABAM - 24 November 2011

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 126/11

Luxembourg, 24 November 2011

Judgment in Case C-70/10

Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)

EU law precludes the imposition of an injunction by a national court which requires an internet service provider to install a filtering system with a view to preventing the illegal downloading of files

Such an injunction does not comply with the prohibition on imposing a general monitoring obligation on such a provider, or with the requirement to strike a fair balance between, on the one hand, the right to intellectual property, and, on the other, the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information

This case has its origin in a dispute between Scarlet Extended SA, an internet service provider, and SABAM, a Belgian management company which is responsible for authorising the use by third parties of the musical works of authors, composers and editors.

In 2004, SABAM established that users of Scarlet's services were downloading works in SABAM’s catalogue from the internet, without authorisation and without paying royalties, by means of peerto-peer networks (a transparent method of file sharing which is independent, decentralised and features advanced search and download functions).

Upon application by SABAM, the President of the Tribunal de première instance de Bruxelles (Brussels Court of First Instance, Belgium) ordered Scarlet, in its capacity as an internet service provider, on pain of a periodic penalty, to bring those copyright infringements to an end by making it impossible for its customers to send or receive in any way electronic files containing a musical work in SABAM's repertoire by means of peer-to-peer software.

Scarlet appealed to the Cour d'appel de Bruxelles (Brussels Court of Appeal), claiming that the injunction failed to comply with EU law because it imposed on Scarlet, de facto, a general obligation to monitor communications on its network, something which was incompatible with the Directive on electronic commerce[1] and with fundamental rights. In that context, the Cour d'appel asks the Court of Justice whether EU law permits Member States to authorise a national court to order an internet service provider to install, on a general basis, as a preventive measure, exclusively at its expense and for an unlimited period, a system for filtering all electronic communications in order to identify illegal file downloads.

In its judgment delivered today, the Court points out, first of all, that holders of intellectual-property rights may apply for an injunction against intermediaries, such as internet service providers, whose services are being used by a third party to infringe their rights. The rules for the operation of injunctions are a matter for national law. However, those national rules must respect the limitations arising from European Union law, such as, in particular, the prohibition laid down in the E-Commerce Directive on electronic commerce under which national authorities must not adopt measures which would require an internet service provider to carry out general monitoring of the information that it transmits on its network.

In this regard, the Court finds that the injunction in question would require Scarlet to actively monitor all the data relating to each of its customers in order to prevent any infringement of intellectual-property rights. It follows that the injunction would impose general monitoring, something which is incompatible with the E-Commerce Directive. Moreover, such an injunction would not respect the applicable fundamental rights.

It is true that the protection of the right to intellectual property is enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the EU. There is, however, nothing whatsoever in the wording of the Charter or in the Court's case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected.

In the present case, the injunction requiring the installation of a filtering system involves monitoring, in the interests of copyright holders, all electronic communications made through the network of the internet service provider concerned. That monitoring, moreover, is not limited in time. Such an injunction would thus result in a serious infringement of Scarlet's freedom to conduct its business as it would require Scarlet to install a complicated, costly, permanent computer system at its own expense.

[1] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (OJ 2000 L 178, p. 1).

What is more, the effects of the injunction would not be limited to Scarlet, as the filtering system would also be liable to infringe the fundamental rights of its customers, namely their right to protection of their personal data and their right to receive or impart information, which are rights safeguarded by the Charter of Fundamental Rights of the EU. It is common ground, first, that the injunction would involve a systematic analysis of all content and the collection and identification of users' IP addresses from which unlawful content on the network is sent. Those addresses are protected personal data. Secondly, the injunction could potentially undermine freedom of information since that system might not distinguish adequately between unlawful content and lawful content, with the result that its introduction could lead to the blocking of lawful communications.

Consequently, the Court finds that, in adopting the injunction requiring Scarlet to install such a filtering system, the national court would not be respecting the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the right to receive or impart information, on the other.

Accordingly, the Court’s reply is that EU law precludes an injunction made against an internet service provider requiring it to install a system for filtering all electronic communications passing via its services which applies indiscriminately to all its customers, as a preventive measure, exclusively at its expense, and for an unlimited period.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court’s decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

Judgment of the Court (Third Chamber) of 24 November 2011.

Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

Reference for a preliminary ruling: Cour d'appel de Bruxelles - Belgium.

Information society - Copyright - Internet - 'Peer-to-peer' software - Internet service providers - Installation of a system for filtering electronic communications in order to prevent file sharing which infringes copyright - No general obligation to monitor information transmitted.

Case C-70/10.

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)

24 November 2011 (*)

(Information society - Copyright - Internet - 'Peer-to-peer' software - Internet service providers - Installation of a system for filtering electronic communications in order to prevent file sharing which infringes copyright - No general obligation to monitor information transmitted)

In Case C-70/10,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the cour d'appel de Bruxelles (Belgium), made by decision of 28 January 2010, received at the Court on 5 February 2010, in the proceedings

Scarlet Extended SA

v

Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM),

intervening parties:

Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video),

Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music),

Internet Service Provider Association ASBL (ISPA),

THE COURT (Third Chamber),

composed of K. Lenaerts, President of the Chamber, J. Malenovský (Rapporteur), R. Silva de Lapuerta, E. Juhász and G. Arestis, Judges,

Advocate General: P. Cruz Villalón,

Registrar: C. Strömholm, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 13 January 2011,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Scarlet Extended SA, by T. De Meese and B. Van Asbroeck, avocats,

- Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video) and Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), by F. de Visscher, B. Michaux and F. Brison, avocats,

- Internet Service Provider Association ASBL (ISPA), by G. Somers, avocat,

- the Belgian Government, by T. Materne, J.-C. Halleux and C. Pochet, acting as Agents,

- the Czech Government, by M. Smolek and K. Havlíčková, acting as Agents,

- the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, assisted by S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

- the Netherlands Government, by C. Wissels and B. Koopman, acting as Agents,

- the Polish Government, by M. Szpunar, M. Drwięcki and J. Goliński, acting as Agents,

- the Finnish Government, by M. Pere, acting as Agent,

- the European Commission, by J. Samnadda and C. Vrignon, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 14 April 2011,

gives the following

Judgment

1. This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Directives:

- 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’) (OJ 2000 L 178, p. 1);

- 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10);

- 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45, and corrigendum OJ 2004 L 195, p. 16);

- 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31); and

- 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ 2002 L 201, p. 37).

2. The reference has been made in proceedings between Scarlet Extended SA ('Scarlet') and the Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) ('SABAM') concerning Scarlet's refusal to install a system for filtering electronic communications which use file-sharing software ('peer-to-peer'), with a view to preventing file sharing which infringes copyright.

Legal context

European Union law

Directive 2000/31

3. Recitals 45 and 47 in the preamble to Directive 2000/31 state:

> '(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.
>
> (47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.'

4. Article 1 of Directive 2000/31 states:

> '1. This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.
>
> 2. This Directive approximates, to the extent necessary for the achievement of the objective set out in paragraph 1, certain national provisions on information society services relating to the internal market, the establishment of service providers, commercial

communications, electronic contracts, the liability of intermediaries, codes of conduct, out-of-court dispute settlements, court actions and cooperation between Member States.

5. Article 12 of that directive, which features in Section 4, entitled 'Liability of intermediary service providers', of Chapter II thereof, provides:

'1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

(a) does not initiate the transmission;

(b) does not select the receiver of the transmission; and

(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'

6. Article 15 of Directive 2000/31, which also features in Section 4 of Chapter II, states:

'1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating unlawful activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged unlawful activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

Directive 2001/29

7. Recitals 16 and 59 in the preamble to Directive 2001/29 state:

'(16) … This Directive should be implemented within a timescale similar to that for the implementation of [Directive 2000/31], since that Directive provides a harmonised framework of principles and provisions relevant, inter alia, to important parts of this Directive. This Directive is without prejudice to provisions relating to liability in that Directive.

(59) In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.'

8. Article 8 of Directive 2001/29 states:

'1. Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.

3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

Directive 2004/48

9. Recital 23 in the preamble to Directive 2004/48 provides:

'Without prejudice to any other measures, procedures and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe the rightholder's industrial property right. The conditions and procedures relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States. As far as infringements of copyright and related rights are concerned, a comprehensive level of harmonisation is already provided for in Directive [2001/29]. Article 8(3) of Directive [2001/29] should therefore not be affected by this Directive.'

10. Article 2(3) of Directive 2004/48 provides as follows:

'This Directive shall not affect:

(a) the Community provisions governing the substantive law on intellectual property … or Directive [2000/31], in general, and Articles 12 to 15 of Directive [2000/31] in particular;

11. Article 3 of Directive 2004/48 provides:

‘1. Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this Directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

2. Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.’

12. Article 11 of Directive 2004/48 states:

‘Member States shall ensure that, where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right, the judicial authorities may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement. Where provided for by national law, non-compliance with an injunction shall, where appropriate, be subject to a recurring penalty payment, with a view to ensuring compliance. Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive [2001/29].’

National law

13. Article 87(1), first and second subparagraphs, of the Law of 30 June 1994 on copyright and related rights (Moniteur belge of 27 July 1994, p. 19297) states:

‘The President of the Tribunal de première instance (Court of First Instance) … shall determine the existence of any infringement of a copyright or related right and shall order that it be brought to an end.

He may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.’

14. Articles 18 and 21 of the Law of 11 March 2003 on certain legal aspects of information society services (Moniteur belge of 17 March 2003, p. 12962) transpose Articles 12 and 15 of Directive 2000/31 into national law.

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

15. SABAM is a management company which represents authors, composers and editors of musical works in authorising the use of their copyright-protected works by third parties.

16. Scarlet is an internet service provider ('ISP') which provides its customers with access to the internet without offering other services such as downloading or file sharing.

17. In the course of 2004, SABAM concluded that internet users using Scarlet's services were downloading works in SABAM's catalogue from the internet, without authorisation and without paying royalties, by means of peer-to-peer networks, which constitute a transparent method of file sharing which is independent, decentralised and features advanced search and download functions.

18. On 24 June 2004, SABAM accordingly brought interlocutory proceedings against Scarlet before the President of the Tribunal de première instance, Brussels, claiming that that company was the best placed, as an ISP, to take measures to bring to an end copyright infringements committed by its customers.

19. SABAM sought, first, a declaration that the copyright in musical works contained in its repertoire had been infringed, in particular the right of reproduction and the right of communication to the public, because of the unauthorised sharing of electronic music files by means of peer-to-peer software, those infringements being committed through the use of Scarlet's services.

20. SABAM also sought an order requiring Scarlet to bring such infringements to an end by blocking, or making it impossible for its customers to send or receive in any way, files containing a musical work using peer-to-peer software without the permission of the rightholders, on pain of a periodic penalty. Lastly, SABAM requested that Scarlet provide it with details of the measures that it would be applying in order to comply with the judgment to be given, on pain of a periodic penalty.

21. By judgment of 26 November 2004, the President of the Tribunal de première instance, Brussels, found that copyright had been infringed, as claimed by SABAM, but, prior to ruling on the application for cessation, appointed an expert to investigate whether the technical solutions proposed by SABAM were technically feasible, whether they would make it possible to filter out only unlawful file sharing, and whether there were other ways of monitoring the use of peer-to-peer software, and to determine the cost of the measures envisaged.

22. In his report, the appointed expert concluded that, despite numerous technical obstacles, the feasibility of filtering and blocking the unlawful sharing of electronic files could not be entirely ruled out.

23. By judgment of 29 June 2007, the President of the Tribunal de première instance, Brussels, accordingly ordered Scarlet to bring to an end the copyright infringements established in the judgment of 26 November 2004 by making it impossible for its customers to send or receive in any way files containing a musical work in SABAM's repertoire by means of peer-to-peer software, on pain of a periodic penalty.

24. Scarlet appealed against that decision to the referring court, claiming, first, that it was impossible for it to comply with that injunction since the effectiveness and permanence of filtering and blocking systems had not been proved and that the installation of the equipment for so doing was faced with numerous practical obstacles, such as problems with the network capacity and the impact on the network. Moreover, any attempt to block the files concerned was, it argued, doomed to fail in the very short term because there were at that time several peer-to-peer software products which made it impossible for third parties to check their content.

25. Scarlet also claimed that that injunction was contrary to Article 21 of the Law of 11 March 2003 on certain legal aspects of information society services, which transposes Article 15 of Directive 2000/31 into national law, because it would impose on Scarlet, de facto, a general obligation to monitor communications on its network, inasmuch as any system for blocking or filtering peer-to-peer traffic would necessarily require general surveillance of all the communications passing through its network.

26. Lastly, Scarlet considered that the installation of a filtering system would be in breach of the provisions of European Union law on the protection of personal data and the secrecy of communications, since such filtering involves the processing of IP addresses, which are personal data.

27. In that context, the referring court took the view that, before ascertaining whether a mechanism for filtering and blocking peer-to-peer files existed and could be effective, it had to be satisfied that the obligations liable to be imposed on Scarlet were in accordance with European Union law.

28. In those circumstances, the cour d'appel de Bruxelles decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '(1) Do Directives 2001/29 and 2004/48, in conjunction with Directives 95/46, 2000/31 and 2002/58, construed in particular in the light of Articles 8 and 10 of the European

Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, permit Member States to authorise a national court, before which substantive proceedings have been brought and on the basis merely of a statutory provision stating that: 'They [the national courts] may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right', to order an [ISP] to install, for all its customers, in abstracto and as a preventive measure, exclusively at the cost of that ISP and for an unlimited period, a system for filtering all electronic communications, both incoming and outgoing, passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software, in order to identify on its network the movement of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold rights, and subsequently to block the transfer of such files, either at the point at which they are requested or at which they are sent?

(2) If the answer to the [first] question … is in the affirmative, do those directives require a national court, called upon to give a ruling on an application for an injunction against an intermediary whose services are used by a third party to infringe a copyright, to apply the principle of proportionality when deciding on the effectiveness and dissuasive effect of the measure sought?'

Consideration of the questions referred

29. By its questions, the referring court asks, in essence, whether Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 and 2002/58, read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction imposed on an ISP to introduce a system for filtering

- all electronic communications passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software;

- which applies indiscriminately to all its customers;

- as a preventive measure;

- exclusively at its expense; and

- for an unlimited period,

which is capable of identifying on that provider's network the movement of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold intellectual property rights, with a view to blocking the transfer of files the sharing of which infringes copyright ('the contested filtering system').

30. In that regard, it should first be recalled that, under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, holders of intellectual property rights may apply for an injunction against intermediaries, such as ISPs, whose services are being used by a third party to infringe their rights.

31. Next, it follows from the Court's case-law that the jurisdiction conferred on national courts, in accordance with those provisions, must allow them to order those intermediaries to take measures aimed not only at bringing to an end infringements already committed against intellectual-property rights using their information-society services, but also at preventing further infringements (see, to that effect, Case C-324/09 L'Oréal and Others [2011] ECR I-0000, paragraph 131).

32. Lastly, it follows from that same case-law that the rules for the operation of the injunctions for which the Member States must provide under Article 8(3) of Directive 2001/29 and the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, such as those relating to the conditions to be met and to the procedure to be followed, are a matter for national law (see, mutatis mutandis, L'Oréal and Others, paragraph 135).

33. That being so, those national rules, and likewise their application by the national courts, must observe the limitations arising from Directives 2001/29 and 2004/48 and from the sources of law to which those directives refer (see, to that effect, L'Oréal and Others, paragraph 138).

34. Thus, in accordance with recital 16 in the preamble to Directive 2001/29 and Article 2(3)(a) of Directive 2004/48, those rules laid down by the Member States may not affect the provisions of Directive 2000/31 and, more specifically, Articles 12 to 15 thereof.

35. Consequently, those rules must, in particular, respect Article 15(1) of Directive 2000/31, which prohibits national authorities from adopting measures which would require an ISP to carry out general monitoring of the information that it transmits on its network.

36. In that regard, the Court has already ruled that that prohibition applies in particular to national measures which would require an intermediary provider, such as an ISP, to actively monitor all the data of each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. Furthermore, such a general monitoring obligation would be incompatible with Article 3 of Directive 2004/48, which states that the measures referred to by the directive must be fair and proportionate and must not be excessively costly (see L'Oréal and Others, paragraph 139).

37. In those circumstances, it is necessary to examine whether the injunction at issue in the main proceedings, which would require the ISP to install the contested filtering system, would oblige

it, as part of that system, to actively monitor all the data of each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights.

38. In that regard, it is common ground that implementation of that filtering system would require

- first, that the ISP identify, within all of the electronic communications of all its customers, the files relating to peer-to-peer traffic;

- secondly, that it identify, within that traffic, the files containing works in respect of which holders of intellectual-property rights claim to hold rights;

- thirdly, that it determine which of those files are being shared unlawfully; and

- fourthly, that it block file sharing that it considers to be unlawful.

39. Preventive monitoring of this kind would thus require active observation of all electronic communications conducted on the network of the ISP concerned and, consequently, would encompass all information to be transmitted and all customers using that network.

40. In the light of the foregoing, it must be held that the injunction imposed on the ISP concerned requiring it to install the contested filtering system would oblige it to actively monitor all the data relating to each of its customers in order to prevent any future infringement of intellectual-property rights. It follows that that injunction would require the ISP to carry out general monitoring, something which is prohibited by Article 15(1) of Directive 2000/31.

41. In order to assess whether that injunction is consistent with European Union law, account must also be taken of the requirements that stem from the protection of the applicable fundamental rights, such as those mentioned by the referring court.

42. In that regard, it should be recalled that the injunction at issue in the main proceedings pursues the aim of ensuring the protection of copyright, which is an intellectual-property right, which may be infringed by the nature and content of certain electronic communications conducted through the network of the ISP concerned.

43. The protection of the right to intellectual property is indeed enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’). There is, however, nothing whatsoever in the wording of that provision or in the Court’s case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected.

44. As paragraphs 62 to 68 of the judgment in Case C-275/06 Promusicae [2008] ECR I-271 make clear, the protection of the fundamental right to property, which includes the rights linked to intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights.

45. More specifically, it follows from paragraph 68 of that judgment that, in the context of measures adopted to protect copyright holders, national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures.

46. Accordingly, in circumstances such as those in the main proceedings, national authorities and courts must, in particular, strike a fair balance between the protection of the intellectual property right enjoyed by copyright holders and that of the freedom to conduct a business enjoyed by operators such as ISPs pursuant to Article 16 of the Charter.

47. In the present case, the injunction requiring the installation of the contested filtering system involves monitoring all the electronic communications made through the network of the ISP concerned in the interests of those rightholders. Moreover, that monitoring has no limitation in time, is directed at all future infringements and is intended to protect not only existing works, but also future works that have not yet been created at the time when the system is introduced.

48. Accordingly, such an injunction would result in a serious infringement of the freedom of the ISP concerned to conduct its business since it would require that ISP to install a complicated, costly, permanent computer system at its own expense, which would also be contrary to the conditions laid down in Article 3(1) of Directive 2004/48, which requires that measures to ensure the respect of intellectual-property rights should not be unnecessarily complicated or costly.

49. In those circumstances, it must be held that the injunction to install the contested filtering system is to be regarded as not respecting the requirement that a fair balance be struck between, on the one hand, the protection of the intellectual-property right enjoyed by copyright holders, and, on the other hand, that of the freedom to conduct business enjoyed by operators such as ISPs.

50. Moreover, the effects of that injunction would not be limited to the ISP concerned, as the contested filtering system may also infringe the fundamental rights of that ISP’s customers, namely their right to protection of their personal data and their freedom to receive or impart information, which are rights safeguarded by Articles 8 and 11 of the Charter respectively.

51. It is common ground, first, that the injunction requiring installation of the contested filtering system would involve a systematic analysis of all content and the collection and identification of users’ IP addresses from which unlawful content on the network is sent. Those addresses are protected personal data because they allow those users to be precisely identified.

52. Secondly, that injunction could potentially undermine freedom of information since that system might not distinguish adequately between unlawful content and lawful content, with the

result that its introduction could lead to the blocking of lawful communications. Indeed, it is not contested that the reply to the question whether a transmission is lawful also depends on the application of statutory exceptions to copyright which vary from one Member State to another. Moreover, in some Member States certain works fall within the public domain or can be posted online free of charge by the authors concerned.

53. Consequently, it must be held that, in adopting the injunction requiring the ISP to install the contested filtering system, the national court concerned would not be respecting the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information, on the other.

54. In the light of the foregoing, the answer to the questions submitted is that Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 and 2002/58, read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction made against an ISP which requires it to install the contested filtering system.

Costs

55. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

Directives:

- 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’);

- 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society;

- 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights ;

- 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; and

- 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications),

read together and construed in the light of the requirements stemming from the protection of the applicable fundamental rights, must be interpreted as precluding an injunction made against an internet service provider which requires it to install a system for filtering

- all electronic communications passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software;

- which applies indiscriminately to all its customers;

- as a preventive measure;

- exclusively at its expense; and

- for an unlimited period,

which is capable of identifying on that provider's network the movement of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold intellectual-property rights, with a view to blocking the transfer of files the sharing of which infringes copyright.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-70/10 - Scarlet Extended S.A v SABAM - 24 November 2011 - Opinion of Advocate General Cruz Villalon

OPINION OF ADVOCATE GENERAL CRUZ VILLALÓN

delivered on 14 April 2011**[1]**

Case C-70/10

Scarlet Extended SA

v

Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (SABAM)

Interveners:

Belgian Entertainement Association Video ASBL (BEA Video),

Belgian Entertainement Association Music ASBL (BEA Music),

Internet Service Provider Association ASBL (ISPA),

(Reference for a preliminary ruling from the cour d'appel de Bruxelles (Belgium))

(Information society - Intellectual property rights - Directive 2004/48/EC - Copyright and related rights - Directive 2001/29/EC - Unlawful downloading on the internet - File sharing via peer-to-peer software - System for filtering electronic communications - Mechanism for blocking files shared in infringement of intellectual property rights - Right to privacy - Protection of personal data - Articles 7 and 8 of the Charter - Article 8 of the ECHR - Directive 95/46/EC - Directive 2002/58/EC - Confidentiality of communications - Right to freedom of expression - Article 11 of the Charter - Article 10 of the ECHR - Liability of intermediary service providers - General obligation to monitor information - Directive 2000/31/EC - State governed by the rule of law - Limitation on rights and freedoms 'provided for by law' - Quality of the law - Supremacy of law)

Table of contents

IntroductionI - 4

I - Legal frameworkI - 6

A - European Union lawI - 6

1. Legislation concerning the protection of intellectual propertyI - 7

a) Directive 2001/29 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information societyI - 7

b) Directive 2004/48 on the enforcement of intellectual property rightsI - 7

2. Legislation concerning the protection of personal dataI - 8

a) Directive 95/46 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such dataI - 8

b) Directive 2002/58 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sectorI - 8

3. Legislation concerning electronic commerce: Directive 2000/31I - 9

B - National lawI - 9

II - The facts in the main proceedings and the questions referred for a preliminary rulingI - 10

A - The facts and the main proceedingsI - 10

B - The questions referred for a preliminary rulingI - 12

C - Procedure before the Court of JusticeI - 13

III - AnalysisI - 13

A - Preliminary observationsI - 13

1. Reformulation of the first question: the ECHR and the CharterI - 13

2. Structure of the replyI - 15

3. A four-stage approachI - 16

B - The measure requested (injunction) and the ‘system’ required (filtering and blocking)I - 17

1. The filtering and blocking systemI - 18

a) The ‘filtering’ systemI - 18

b) The ‘blocking’ mechanismI - 20

2. Characteristics of the injunctionI - 20

a) ‘… for an unlimited period …’: the scope ratione temporis of the measureI - 20

b) ‘… all electronic communications, both incoming and outgoing …’: the scope ratione materiae of the measureI - 21

c) ‘… for all its customers …’: the scope ratione personae of the measureI - 21

d) ‘… in abstracto and as a preventive measure …’: the preventive and dissuasive function of the requested measureI - 22

e) ‘… at [its own] cost …’: the burden of the costs of implementing the requested measureI - 23

3. Intermediate conclusionI - 23

C - Qualification of the measure in the light of the directives and of Articles 7, 8 and 11 of the Charter: a ‘limitation’ within the meaning of Article 52(1) of the CharterI - 25

1. ‘… construed in particular in the light of Articles 7 and 8 of the Charter …’: concerning the respect for a private life and the right to protection of personal dataI - 27

a) Protection of personal data (Article 8 of the Charter)I - 28

b) Confidentiality of electronic communications (Article 7 of the Charter)I - 30

2. ‘… construed in particular in the light of Article 11 of the Charter …’: the guarantee of freedom of expression and the right to informationI - 31

3. Intermediate conclusionI - 32

D - The conditions for limitation of the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter and singularly the condition relating to ‘quality of the law’ in particular (Article 52(1) of the Charter)I - 32

E - ‘… on the basis merely of a statutory provision …’: examination of the national legislation in the light of the condition relating to the ‘quality of the law’ (Article 52(1) of the Charter)I - 38

IV - ConclusionI - 42

Introduction

1. This case offers the Court the opportunity to examine in its turn the question of infringement of copyright and related rights on the internet, the unlawful downloading of protected works, a phenomenon commonly known as 'piracy' of musical, cinematographic, audiovisual or even literary works, and to take an interest in the campaign undertaken by the holders of those rights or persons entitled under them against what is described as a worldwide scourge. **[2]** More specifically, it is called upon to adjudicate on a new question, the viability, from the point of view of European Union (also 'Union') law, of certain techniques for combating piracy which, although their reliability is not wholly established and they are permanently subject to technological progress and to the evolution of practices, are presented as a possible adequate response to the infringements of intellectual property rights committed daily on 'the web'.

2. The questions referred to the Court for a preliminary ruling in this case call for an interpretation both of a complex body of provisions of secondary legislation and provisions of primary legislation, more specifically of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, **[3]** in the light of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. **[4]** However, it must be pointed out at once that this Opinion cannot address all the legal queries and technical problems **[5]** to which the measures at issue give rise. On the basis of the actual formulation of the questions raised by the national court and on the terms in which it sets out the legal and factual circumstances of the case in the main proceedings, I shall attempt to provide it with a useful reply by concentrating on the most fundamental aspects.

3. In that regard, the Court is called upon, principally, to tell the national court explicitly whether, under European Union law, a national court is permitted to adopt a measure such as that requested in the main proceedings, ordering an internet service provider **[6]** to introduce a system for filtering and blocking electronic communications. However, as the measure thus requested has a scope which is quite different for that ISP, on the one hand, and for the users of the services of that ISP and, more widely, the internet users, on the other hand, I shall have to take this dual perspective into account, even though the first question raised refers very particularly to the rights of users.

4. It must also be stated at the outset that the present case differs from the *Promusicae* case, **[7]** although their legal framework and general context show evident similarities. Although the present case requires, as in *Promusicae*, the reconciliation of the requirements linked to the protection of various fundamental rights, the two cases have differences which, as the national

court itself points out, preclude the lessons drawn from the judgment in *Promusicae*, in particular the principle that there should be a fair balance between the rights it defines, being sufficient to enable it to give a ruling. In *Promusicae*, in fact, an ISP was asked to disclose, in legal proceedings, the identities and physical addresses of persons identified by their IP addresses, **[8]** and the date and time of their connection. What was at issue, therefore, was a communication, in a legal context, of data which were known and identified. In the main proceedings, on the other hand, an internet service provider is required to introduce a system for filtering electronic communications and blocking electronic files deemed to infringe an intellectual property right. It is not an interference a posteriori, once an infringement of copyright or related rights has been established, which is required, but an interference a priori, with the aim of avoiding such an infringement and, more specifically, in order to introduce a preventive system to avoid any future infringement of an intellectual property right, **[10]** in accordance with rules which, as we shall see, are marked by numerous uncertainties.

5. That said, it is nevertheless mainly from the angle of fundamental rights that the examination of the situation at issue in the main proceedings will, naturally enough, be conducted.

I - Legal framework

A - *European Union law*

6. The Court is asked, principally, about the interpretation of Directives 2001/29/EC **[10]** and 2004/48/EC, **[11]** relating to the protection of intellectual property, Directives 95/46/EC **[12]** and 2002/58/EC, **[13]** concerning the protection of personal data, and Directive 2000/31/EC **[14]** on electronic commerce, which have a complex relationship. In the light of that complexity, the presentation of the legal framework of the case will contain only the provisions necessary for an understanding of the main proceedings.

1. Legislation concerning the protection of intellectual property

a) Directive 2001/29 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

7. Article 8 of Directive 2001/29, entitled ‘Sanctions and remedies’, is worded as follows:

> ‘1. Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.

2. Each Member State shall take the measures necessary to ensure that rightholders whose interests are affected by an infringing activity carried out on its territory can bring an action for damages and/or apply for an injunction and, where appropriate, for the seizure of infringing material as well as of devices, products or components referred to in Article 6(2).

3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

b) Directive 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights

8. Article 9(1)(a) of Directive 2004/48 provides:

'Member States shall ensure that the judicial authorities may, at the request of the applicant:

(a) issue against the alleged infringer an interlocutory injunction intended to prevent any imminent infringement of an intellectual property right, or to forbid, on a provisional basis and subject, where appropriate, to a recurring penalty payment where provided for by national law, the continuation of the alleged infringements of that right, or to make such continuation subject to the lodging of guarantees intended to ensure the compensation of the rightholder; an interlocutory injunction may also be issued, under the same conditions, against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe an intellectual property right; injunctions against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or a related right are covered by Directive 2001/29/EC'.

9. Article 11 of Directive 2004/48, entitled 'Injunctions', provides:

'Member States shall ensure that, where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right, the judicial authorities may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement. Where provided for by national law, non-compliance with an injunction shall, where appropriate, be subject to a recurring penalty payment, with a view to ensuring compliance. Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC.'

2. Legislation concerning the protection of personal data

a) Directive 95/46 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

10. Article 13(1)(g) of Directive 95/46 provides:

> Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the obligations and rights provided for in Articles 6(1), 10, 11(1), 12 and 21 when such a restriction constitutes a necessary measure to safeguard:
>
> …
>
> (g) the protection of the data subject or of the rights and freedoms of others.'

b) Directive 2002/58 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector

11. Article 5 of Directive 2002/58 is devoted to the confidentiality of communications; Article 5(1) provides:

> 'Member States shall ensure the confidentiality of communications and the related traffic data by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, through national legislation. In particular, they shall prohibit listening, tapping, storage or other kinds of interception or surveillance of communications and the related traffic data by persons other than users, without the consent of the users concerned, except when legally authorised to do so in accordance with Article 15(1). This paragraph shall not prevent technical storage which is necessary for the conveyance of a communication without prejudice to the principle of confidentiality.'

12. Article 15(1) of Directive 2002/58, which provides for the application of certain provisions of Directive 95/46, provides:

> 'Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the rights and obligations provided for in Article 5, Article 6, Article 8(1), (2), (3) and (4), and Article 9 of this Directive when such restriction constitutes a necessary, appropriate and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security - State security - defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communication system, as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46/EC. To this end, Member States may, inter alia, adopt legislative measures providing for the retention of data for a limited period justified on the grounds laid down in this paragraph. All the measures referred to in

this paragraph shall be in accordance with the general principles of Community law, including those referred to in Article 6(1) and (2) of the Treaty on European Union.'

3. Legislation concerning electronic commerce: Directive 2000/31

13. Article 15 of Directive 2000/31, which concludes Section IV, devoted to the liability of intermediary service providers, establishes the principle that there is no general obligation to monitor in the following terms:

'1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

B - *National law*

14. Article 87(1) of the Law of 30 June 1994 on copyright and related rights, (15) as amended by the Law of 10 May 2007 transposing Article 8(3) of Directive 2001/29 and Article 11 of Directive 2004/48, provides:

'The President of the Court of First Instance and the President of the Commercial Court ... shall determine the existence and order that any infringement of a copyright or related right must be brought to an end.

They may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

II - The facts in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

A - *The facts and the main proceedings*

15. On 24 June 2004, the Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (SABAM) brought interlocutory proceedings pursuant to the Belgian Law of 30 June 1994 on copyright and related rights before the President of the tribunal de première instance de Bruxelles (Court of First Instance, Brussels) seeking an injunction against Scarlet Extended SA, an ISP.**[16]**

16. SABAM claimed that Scarlet, as an ISP, was ideally placed to take measures to bring to an end copyright infringements committed by its customers, internet users who unlawfully download works in its catalogue by means of peer-to-peer software without paying royalties, a practice from which Scarlet benefited since they are likely to increase the volume of its traffic and, hence, the demand for its services.

17. SABAM sought, first, a declaration that the copyright in musical works contained in its repertoire had been infringed, in particular the right of reproduction and the right of communication to the public, owing to the unauthorised sharing, through the services provided by Scarlet, of electronic music files by means of peer-to-peer software.

18. SABAM also claimed that Scarlet should be ordered, on pain of a penalty payment, to bring such infringements to an end by blocking, or making it impossible for its customers to send or receive in any way, files containing a musical work without the permission of the rightholders, using peer-to-peer software.

19. Finally, SABAM called for Scarlet to provide it, within eight days of service of the judgment on pain of a periodic penalty payment, with details of the measures adopted, to publish a message on the homepage of its website and to publish the judgment in two daily newspapers and a weekly newspaper of its choice.

20. By judgment of 26 November 2004, the President of the tribunal de première instance de Bruxelles found that copyright had been infringed as claimed. However, before ruling on the application for cessation, he appointed an expert to examine whether the technical solutions proposed by SABAM were technically feasible, whether they would make it possible to filter out only illicit file sharing and whether there were other ways of monitoring the use of peer-to-peer software, and also to determine the cost of the measures envisaged.

21. On 29 January 2007, the expert appointed submitted his report, the conclusions of which, reproduced in the order for reference, read as follows:

> ‘1. A peer-to-peer network is a transparent method of file sharing, which is independent, decentralised and has advanced search and download functions;
>
> 2. With the exception of the solution offered by Audible Magic, all the solutions attempt to prevent the use of peer-to-peer networks irrespective of the content of the file sent;
>
> 3. In addition, the permanence of the peer-to-peer filtering solutions is far from assured in the medium term (two to three years) in view of the growing use of encryption in this type of application;

4. The solution offered by the Audible Magic company is therefore the only one that attempts to deal with the specific problem. That solution, essentially designed for the world of education, is not however intrinsically on a scale that would cope with the volume of traffic of an ISP. As a result, use of that technique in an ISP context would mean high acquisition and operating costs in order to overcome the lack of appropriate scale;

5. Those costs should be set against the length of time for which that solution would be effective since encryption, referred to above, will make that solution ineffective also in the context of transit filtering;

6. The internal investigation methods used within a peer-to-peer network are more complicated to put into operation but provide better results. A priori those methods tackle only the objectionable part of the file sharing and are capable of taking into account the context in which files are shared;

7. Those methods are in addition not, or are significantly less, sensitive to encryption and in our view constitute the best type of investment in the medium and long term in order to guarantee copyright compliance whilst respecting the rights of all.'

22. On the basis of that expert's report, on 29 June 2007 the President of the tribunal de première instance de Bruxelles gave a second judgment, by which he ordered Scarlet to bring the copyright infringements established in the judgment of 26 November 2004 to an end by making it impossible for its customers to send or receive in any way, by means of peer-to-peer software, electronic files containing a musical work in SABAM's repertoire, on pain of a penalty payment of EUR 2 500 per day should Scarlet fail to comply with the judgment, after the expiry of a period of six months.

23. Scarlet brought an appeal against that judgment before the cour d'appel de Bruxelles (Court of Appeal, Brussels) on 6 September 2007.

24. Scarlet also brought proceedings before the President of the tribunal de première instance de Bruxelles on 7 December 2007 for the removal, or at least the suspension, of the periodic penalty payment ordered against it. Scarlet claimed that it was both substantively and temporally impossible for it to comply with the injunction, since the Audible Magic system was not operational and it had not been established that it was technically feasible for an internet service provider to block or filter peer-to-peer traffic.

25. The President of the tribunal de première instance de Bruxelles dismissed that action by decision of 22 October 2008, holding that the effect of the appeal prevented the parties from setting out their cases again before him. He acknowledged that the Audible Magic solution had not been

successfully introduced but he noted that Scarlet had not tried any other filtering or blocking solutions and that it had not, therefore, shown that it was impossible to comply with the injunction. Nevertheless, he suspended the periodic penalty payment until 31 October 2008, in order to enable Scarlet to explore other means.

B - ***The questions referred for a preliminary ruling***

26. In those circumstances, the cour d'appel de Bruxelles decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '(1) Do Directives 2001/29 and 2004/48, in conjunction with Directives 95/46, 2000/31 and 2002/58, construed in particular in the light of Articles 8 and 10 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, permit Member States to authorise a national court, before which substantive proceedings have been brought and on the basis merely of a statutory provision stating that: "[The national courts] may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right", to order an [i]nternet [s]ervice [p]rovider (ISP) to introduce, for all its customers, *in abstracto*and as a preventive measure, exclusively at the cost of that ISP and for an unlimited period, a system for filtering all electronic communications, both incoming and outgoing, passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software, in order to identify on its network the sharing of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold rights, and subsequently to block the transfer of such files, either at the point at which they are requested or at which they are sent?
>
> (2) If the answer to the [first] question is in the affirmative, do those directives require a national court, called upon to give a ruling on an application for an injunction against an intermediary whose services are used by a third party to infringe a copyright, to apply the principle of proportionality when deciding on the effectiveness and dissuasive effect of the measure sought?'

C - ***Procedure before the Court of Justice***

27. Scarlet, SABAM in conjunction with the Belgian Entertainement Association Video (BEA Video) and the Belgian Entertainement Association Music (BEA Music), as well as the Internet Service Provider Association (ISPA) and the Kingdom of Belgium, the Czech Republic, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Poland, the Republic of Finland and the European Commission have submitted written observations.

28. The Court heard the representatives of Scarlet, SABAM, ISPA, the agents of the Kingdom of Belgium, the Czech Republic, the Italian Republic, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Poland, and the agent of the European Commission at the hearing held on 13 January 2011.

III - Analysis

A - *Preliminary observations*

1. Reformulation of the first question: the ECHR and the Charter

29. The national court points out that the first question it has referred for a preliminary ruling relates to the interpretation of several provisions of secondary Union legislation 'in the light of Articles 8 and 10 of the ECHR'. In so doing, it may most certainly rely on Article 6(3) TEU, under which '[f]undamental rights, as guaranteed by the [ECHR] ... shall constitute general principles of the Union's law'. However, in that regard it is necessary to make preliminary observations, which will lead me to a specific reformulation of the question.

30. First of all, Article 6 TEU begins by stating, in the first subparagraph of paragraph 1, that the Charter 'shall have the same legal value as the Treaties', as the Court has not failed to point out in the most recent developments in its case-law. **[17]** Since the rights, freedoms and principles stated in the Charter have, in themselves, a legal value which, furthermore, is of the highest level, recourse to the aforementioned general principles is, in so far as the former may be identified with the latter, no longer necessary. That is a first point in favour of examining the question in the light of the provisions of the Charter rather than in relation to those of the ECHR, *ceteris paribus.* **[18]**

31. Also, Article 52(3) of the Charter provides that, '[i]n so far as [it] contains rights which correspond to rights guaranteed by the [ECHR], the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention', and adds that '[t]his provision shall not prevent Union law providing more extensive protection'. **[19]** However, in the circumstances of the main action, the rights guaranteed in Article 8 of the ECHR 'correspond', within the meaning of Article 52(3) of the Charter, to those guaranteed in Articles 7 ('respect for private and family life') and 8 ('protection of personal data') of the Charter, just as the rights guaranteed in Article 10 of the ECHR 'correspond' to those guaranteed in Article 11 of the Charter ('freedom of expression and information'), notwithstanding the differences concerning the expressions used and the terms employed, respectively.**[20]**

32. Finally, it is important to point out that the provisions of the ECHR authorising, subject to conditions, measures which restrict the rights and freedoms thus guaranteed, in the present case Articles 8(2) and 10(2), also correspond, with a slightly different formulation, to the transverse

provision of the Charter, common to all the rights and freedoms which it guarantees, namely Article 52(1), entitled 'Scope and interpretation of rights and principles'.

33. This last provision subjects '[a]ny limitation on the exercise of the rights and freedoms' to a series of conditions. The term 'limitation' itself corresponds in turn to the term 'interference', used in Article 8 of the ECHR, and 'restriction', used in Article 10 of the ECHR, provisions which list several conditions which also correspond, to a large extent, to the conditions laid down in Article 52(1) of the Charter and the interpretation of which by the European Court of Human Rights must be taken into account by the Court of Justice. **[21]** However, I think it is clear that, to the extent that those conditions are different, it will be necessary to give the provisions of the Charter an independent interpretation.**[22]**

34. Consequently, and with the reservations expressed above, I propose to amend the question from the national court so that the reference to Articles 8 and 10 of the ECHR is replaced by a reference to 'Articles 7, 8 and 11 of the Charter, in conjunction with Article 52(1) thereof, as interpreted, in so far as necessary, in the light of Articles 8 and 10 of the ECHR'.

2. Structure of the reply

35. Scarlet and ISPA, and also the Belgium, Czech, Italian, Netherlands, Polish and Finnish Governments consider, in general, after conducting a substantial analysis of the relevant provisions but taking different approaches to the problem, that Union law precludes the adoption of a measure such as the one requested. The Commission, for its part, considers that, although the directives at issue do not, in themselves, preclude the introduction of a filtering and blocking system such as the one requested, the specific rules for implementing it, however, do not comply with the principle of proportionality. It therefore considers, in essence, that, at the end of the day, the national court of first instance has misinterpreted the requirements of the principle of proportionality, and that the national legal provisions in themselves cannot be criticised.

36. Indeed, it must be pointed out, in that regard, that Article 52(1) of the Charter requires that any limitation on the exercise of rights and freedoms be imposed, amongst other conditions, in compliance with principle of proportionality. Without a doubt, compliance with the principle of proportionality is necessary since the question of a limitation, within the meaning of that provision, is raised, that is to say, not only at the stage of the application *in concreto* of the provision by the court, which is precisely the subject-matter of the second question, but also beforehand, at the stage of its definition *in abstracto*, its formulation by the legislature. In my view, it is in respect of this aspect of the problem that the Commission's line of argument is flawed.

37. In any event, there is little doubt that, although the 'law' must itself be subject to a review of proportionality, that review can take place only after the finding, as appropriate, of the very 'existence' of that law. In that regard, it is not accidental that the first of the conditions for any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter established by Article 52(1) thereof is that it should be 'provided for by law'. However, it happens that, by asking us whether the measure at issue may be adopted 'on the basis merely of a statutory provision', to which it refers, the national court invites us, first and foremost, to examine compliance with that first condition. This aspect of the question is, in my view, unavoidable and takes precedence over any other. **[23]** In the absence of 'law' within the meaning of Article 52(1) of the Charter, it is not in fact necessary to examine, in turn, the conditions to which any limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter is subject and in particular the condition of proportionality. Although the Court has only rarely had the opportunity to consider this condition, **[24]** it is nevertheless common to Articles 8 and 10 of the ECHR and has long given rise to abundant case-law of the European Court of Human Rights, for which reason I shall have to make particular use of that case-law in order to give a full and, above all, useful reply to the national court.

3. A four-stage approach

38. The cour d'appel de Bruxelles makes its reference for a preliminary ruling in the form of two questions, the second of which, relating to compliance by national courts with the principle of proportionality, is submitted only in the alternative, in the event, in the present case, that the Court gives a positive answer to the first question. May I be permitted to say that, since I am going to conclude that a negative reply should be given to the first question, there will be no need to examine the second.**[25]**

39. That said, the very formulation of the first question referred for a preliminary ruling, which is remarkably elaborate and precise, will enable me to develop my arguments by relying directly on the different points it contains. To that end, I propose to present my arguments in four stages.

40. First and foremost, I shall have to deal in detail with the nature and characteristics of the measure which the national court is asked to adopt, or more precisely to confirm or set aside on appeal, in the present case the installation of a filtering and blocking system, by distinguishing between the characteristics of the measure requested, that is to say, the injunction itself, and those of its content. An analysis of this measure ought already to enable me to reply in principle to the question raised, at least from the point of view of Scarlet's rights and interests. However, as I am principally required to reply to the question raised from the point of view of the fundamental rights

of the users of Scarlet's services and more broadly of internet users, my examination must be conducted in a more detailed manner from that point of view.

41. On the basis of this analysis, it will therefore be possible, secondly, to examine the measure requested in the light of the different directives invoked and, most particularly, of the relevant provisions of the Charter as interpreted, if appropriate, in the light of the corresponding provisions of the ECHR referred to by the national court. The in-depth analysis of the measure concerned must, in fact, enable me to consider the measure in the light of the limitations on the rights and freedoms provided for in Article 52(1) of the Charter.

42. Since it is apparent that, as will be established, that measure is a 'limitation' on the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter within the meaning of Article 52(1) thereof, it will be necessary to examine, thirdly, under what conditions it is admissible, drawing attention in particular to the requirement that it is 'provided for by law'. It is not necessary, in the light of the terms of the question referred for a preliminary ruling and in order to give it a useful reply, to consider the measure in the light of the other conditions laid down in that provision.

43. It is in the light of these arguments that, fourthly and lastly, I shall examine the matter of whether, from the point of view of the users of Scarlet's services and more widely of internet users, a measure such as that requested may be adopted on the basis only of the legal provisions of national law invoked by the national court.

B - ***The measure requested (injunction) and the 'system' required (filtering and blocking)***

44. As regards this aspect, the national court is asking, in essence, whether a Member State is permitted 'to order an [ISP] to introduce, for all its customers, *in abstracto* and as a preventive measure, exclusively at [its own] cost and for an unlimited period, a system for filtering all electronic communications, both incoming and outgoing, passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software, in order to identify on its network the sharing of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold rights, and subsequently to block transfer of such files, either at the point at which they are requested or at which they are sent', and all that in the form of an injunction.

45. I shall take the terms and expressions used in that part of the question as a basis for my examination of the characteristics both of the filtering and blocking system itself and of the injunction requested.

1. The filtering and blocking system

46. The system to be implemented is a dual system. First, it must filter any communication of data passing through Scarlet's network, in order to detect or, if preferred, to isolate those indicating an infringement of copyright. **[26]** Secondly, apart from filtering, the system must block communications which actually involve an infringement of copyright, whether 'at the point at which they are requested' or 'at which they are sent'. **[27]** Since the effectiveness of the filtering system is a condition of the effectiveness of the blocking system, those two operations, although closely linked, are very different and therefore have different consequences.

a) The 'filtering' system

47. The national court informs us that the measure requested would require Scarlet, first of all, to introduce, for all its customers, a system for filtering all electronic communications, both incoming and outgoing, passing via its services, in particular peer-to-peer communications. It states that the aim of such filtering is 'to identify ... the sharing of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which [SABAM] claims to hold rights'.

48. The object of the monitoring is specifically defined as having to make it possible to filter the electronic communications passing through Scarlet's services, both incoming and outgoing. That filtering must itself make it possible to identify the 'electronic files' sent and received by the subscribers to Scarlet's services which are deemed to have infringed copyright or related rights. The monitoring to be introduced, which includes a filtering stage and an identification stage, is therefore essentially defined by the results produced, in relation to the objective of blocking the files detected as infringing an intellectual property right. It must also be able to adapt to technological developments. To be effective, it must be at the same time systematic, universal and progressive.**[28]**

49. It must be said that neither the national court nor SABAM makes the slightest reference to the specific rules according to which that monitoring may or must be conducted, or to the filtering techniques or to the processes for identifying the files deemed to have been pirated.**[29]** In particular, the Court has no information regarding either the intensity or the depth of the monitoring to be carried out.

50. Although it must be pointed out, in that regard, that it is not for the Court of Justice, but only for the national court, if necessary, to examine the technical aspects of this matter, **[30]** it is nevertheless important to state that the nature of the filtering to be carried out is clearly not without impact at a legal level.**[31]**

b) The 'blocking' mechanism

51. The national court states that the blocking mechanism must be able to come into operation either 'at the point at which they are sent' or 'at the point at which they are requested', but provides no additional information regarding the modus operandi of such a mechanism. SABAM stresses that the mechanism to be deployed is defined essentially by its aim, its suitability for 'making it impossible for its customers to send or receive in any way, by means of peer-to-peer software, electronic files containing a musical work in SABAM's repertoire'. It states that it is a question of preventing the transmission of certain information by sending 'time out' messages indicating that it is impossible to proceed with transmission.

52. The fact is that it is impossible **[32]** to describe the specific manner of operation, modus operandi, of the filtering system and of the blocking mechanism which the requested measure requires to be introduced. The scope of the filtering required, that is to say, the persons concerned by the monitoring, the communications affected by the monitoring and the intensity of the monitoring to be carried out, is both very general and partly unspecified. Consequently, neither its specific impact on the exchange of data nor its overall economic cost, in particular installation and maintenance costs, may be determined a priori.

2. Characteristics of the injunction

53. The nature and principal characteristics of the filtering and blocking system required, as described, have a direct impact on the very nature of the measure requested by the court. The very general scope of the system to be deployed necessarily renders the scope *ratione personae* and the scope *ratione materiae* of the measure requested in the form of an injunction themselves general, just as its scope *ratione temporis* is general, as the national court states.

54. The requested measure also has other characteristics which it is important to highlight. It imposes upon Scarlet, as a preventive measure, an obligation to achieve a certain result on pain of a periodic penalty payment, and makes it responsible for the costs of introducing the filtering and blocking system. This measure is therefore also defined by its principal aim, which is to delegate to ISPs the legal and economic responsibility for combating the unlawful downloading of pirated work on the internet. Let us look at them more closely.

a) '… for an unlimited period …': the scope *ratione temporis* of the measure

55. The national court tells us that the measure is requested 'for an unlimited period'. SABAM, for its part, confirmed in its written pleadings that the only temporal limit on requested injunction should be that related to the duration of the copyright itself. It also stresses the developmental aspect of the measure, which must be adapted to technological development and must therefore be adaptable.

56. The requested measure imposes on Scarlet and, as we shall see, more widely ISPs in general, a permanent and perpetual obligation to examine, test, introduce and update a filtering and blocking system defined exclusively according to its results in the light of the desired objective of protecting intellectual property rights.

b) '… all electronic communications, both incoming and outgoing …': the scope *ratione materiae* of the measure

57. The communications subject to filtering and, if appropriate, blocking, are, as we have seen, unspecified. It is impossible to determine whether the monitoring should apply to all communications or only to those effected by means of peer-to-peer software, but it seems, however, that the monitoring to be implemented must, in order to produce effective results, be systematic and universal.

58. Consequently, the requested measure, presented as a straightforward injunction addressed to an ISP in civil proceedings seeking the declaration and penalising of an infringement of intellectual property rights and compensation for the consequent damage, is in fact designed to introduce, permanently and perpetually, a systematic and universal system for filtering all electronic communications passing through the services of those ISPs.

c) '… for all its customers …': the scope *ratione personae* of the measure

59. The system to be introduced is designed, as a direct consequence of monitoring all filtering of communications, to curb the behaviour of all the users of the ISP services in question, not only those of its subscribers. As SABAM stated in its written pleadings, it is irrelevant whether the communication is sent by or to a customer of the ISP. The system, to be effective, must operate, according to the terms used in the question referred for a preliminary ruling, without the persons deemed to have infringed copyright being individualised beforehand and irrespective of any contractual relationship between those persons and the ISP.

60. The system to be introduced must be able to block the sending by any internet user subscribing to Scarlet to any other internet user, whether or not subscribing to Scarlet, any file deemed to infringe a right which is managed, collected and protected by SABAM. But it must also be able to block the reception by any internet user who is a Scarlet subscriber of any file infringing copyright from any other internet user, whether or not a Scarlet subscriber. The system must make it possible to block any file with content from SABAM's repertoire without the infringement of copyright having been specifically identified beforehand.

61. Another aspect of the very broad scope of the requested measure must also be emphasised. Although it is clear that the dispute in the main proceedings is between only SABAM and Scarlet, it is apparent from the order for reference and from the submissions of the various interveners that the scope of the dispute necessarily goes beyond the interests of the parties to the main action. The outcome of the main action is undeniably intended to be extended and generalised not only to all ISPs but also and more widely to other important internet participants, **[33]** not only in the Member State from which the questions have been referred for a preliminary ruling, but also to all Member States, and even beyond. **[34]** What the national court is in fact asking the Court to do is, as I have already pointed out, to indicate to it whether Union law precludes recognition of its power to adopt a measure such as the one requested and, more widely, if it precludes rightholders from intensifying their struggle against unlawful downloading by multiplying requests of this nature in all Member States and beyond.**[35]**

62. Consequently, the requested measure, presented as an injunction addressed to an identified legal person requiring it to introduce a filtering and blocking system, is in fact designed to have a long-term effect on an unspecified number of legal or natural persons, ISPs or internet users, providers of services in the information society and users of those services.

d) '… *in abstracto* and as a preventive measure …': the preventive and dissuasive function of the requested measure

63. The national court takes care to point out that it is called upon to impose the requested measure on Scarlet '*in abstracto*' and 'as a preventive measure', without, however, stating exactly what it means by that. However, it may be assumed that the aim of the requested measure is not to impose on an ISP an obligation to act based on the finding, *in concreto*, by the court, in civil proceedings, of an actual infringement, or even of imminent risk of an infringement, of copyright or related rights. It is just conceived as a measure which is both preventive and dissuasive.**[36]**

e) '… at [its own] cost …': the burden of the costs of implementing the requested measure

64. The national court states, finally, that the cost of introducing the filtering and blocking system requested must be borne by the supplier. From that point of view, the measure at issue has the effect of transferring to Scarlet the not insignificant burden of the costs involved in bringing civil proceedings which must normally be brought by the holders of copyright or related rights or persons claiming under them in order to obtain the finding of, the penalty for and, if appropriate, compensation for infringements of those rights.

65. The direct economic impact of the measure at issue, **[37]** which has not been and cannot be, in fact, **[38]** the subject of the evaluation is further aggravated by the periodic penalty payments

which may accompany the requested measure, and in particular the periodic penalty payment designed to penalise delays in introducing the filtering and blocking system.

3. Intermediate conclusion

66. It is apparent from the foregoing arguments that the requested measure, by requiring an ISP to introduce a filtering and blocking system such as the one described above, appears in fact to be a new general 'obligation' designed to be extended, in due course, permanently to all ISPs. It does not have, in itself, the characteristics of precision and individualisation which are usually expected in any response or reaction to behaviour alleged to be specific and particular. The national court is requested, in reaction to more or less individualised infringements of intellectual property rights, to adopt a measure which, I repeat, by its very nature, can only be general in every regard, personal spatial and temporal.

67. I must be permitted to state here that, from this point of view and although the question from the national court only had to be addressed from the point of view of the rights and interests of Scarlet, it could, in accordance with the principle of legality in its most general sense, be answered in the negative. As the Court pointed out in *Hoechst* v *Commission*, **[39]** 'any intervention by the public authorities in the sphere of private activities of any person, whether natural or legal, must have a legal basis and be justified on the grounds laid down by law'. This requirement of protection, recognised as a general principle of Union law, is the corollary of the principles of legality and legal certainty, which themselves arise from the concept of State governed by the rule of law. **[40]** The Court has repeatedly held that the principle of legal certainty requires that rules imposing charges on the taxpayer, **[41]** involving negative consequences for individuals, **[42]** or imposing restrictive measures having considerable impact on the rights and freedoms of designated persons, **[43]** must be clear and precise so that he may know without ambiguity what his rights and obligations are and may take steps accordingly. **[44]** However, as I shall have the opportunity to show in more detail below, **[45]** when I focus on the point of view of the users of Scarlet's services and, more widely, of internet users, the national legal provisions on the basis of which the obligation imposed on Scarlet may be adopted does not meet, inter alia, these requirements.

68. Moreover, and taking an approach in particular rightly defended by the Commission, it seems quite clear that, between the infringement of intellectual property rights complained of and the requested measure, there is a lack of proportionality. However, in my view, this is not the question raised in the main proceedings. The question which is raised is whether this new 'obligation' to introduce a filtering and blocking system with the characteristics described above may, in the light

of its impact on the fundamental rights of the users of the services of the aforementioned ISPs, namely the internet users, be imposed on ISPs in the form of an injunction and on a legal basis which I have yet to examine.

C - *Qualification of the measure in the light of the directives and of Articles 7, 8 and 11 of the Charter: a 'limitation' within the meaning of Article 52(1) of the Charter*

69. The question referred for a preliminary ruling relates to the interpretation by the Court of 'Directives 2001/29 and 2004/48, in conjunction with Directives 95/46, 2000/31 and 2002/58, construed in particular in the light of Articles [7, 8 and 11 and Article 52(1) of the Charter]'. It is a matter, in essence, of determining whether, in the light of current national legislation, this body of provisions, composed of primary and secondary Union law, gives the courts of the Member States the opportunity to grant, by means of an injunction, a measure such as that described above. However, it is in the light of primary law that the main action must principally be examined and secondary law interpreted, since the rights and freedoms guaranteed by Articles 7, 8 and 11 of the Charter are directly concerned, as we shall see, by the measure in question. This statement calls for a few preliminary observations.

70. It is important to point out here that the directives referred to in the question constitute the legal framework for the adoption of the requested measure, **[46]** some considering that they authorise or do not impede that adoption, others considering, on the contrary, that they do not allow or even preclude that adoption. **[47]** These directives refer, more or less explicitly, to the fundamental rights guaranteed by the ECHR and now by the Charter. **[48]** In *Promusicae*, the Court held that it was for the Member States to ensure, when transposing and applying these directives, that they kept a fair balance between the fundamental rights which they help to guarantee.

71. Articles 7, 8 and 11 of the Charter guarantee, respectively, as we know, the right to respect for private and family life, the right to protection of personal data and freedom of expression and information. It is hardly necessary to point out that other fundamental rights are at issue in the present case, and in particular the right to property, guaranteed by Article 17(1) of the Charter, and, more specifically, the right to respect for intellectual property, guaranteed by Article 17(2) of the Charter, the infringement of which owing to unlawful downloading on the internet has reached massive proportions, which are clearly at the heart of the main proceedings. However, in the light of the requested measure and of the filtering and blocking system required and of the terms of the question referred, it is mainly the rights guaranteed by Articles 7, 8 and 11 of the

Charter which are involved, since the right to property is only concerned on a secondary basis, in so far as the system must be introduced exclusively at the cost of the ISP.**[49]**

72. It is in these terms that I must now examine the question of whether the requested measure may be qualified as a 'limitation' on rights and freedoms within the meaning of Article 52(1) of the Charter, as construed in the light of Articles 8(2) and 10(2) of the ECHR. If that measure were, as such, to be qualified as a limitation, **[50]** it would then be necessary to ensure that it satisfies the different conditions imposed by those provisions.

1. '… construed in particular in the light of Articles 7 and 8 of the Charter …': concerning the respect for a private life and the right to protection of personal data

73. It is necessary to examine in turn the requested measure as a possible limitation on the right to protection of personal data, on the one hand, and on the right to respect for confidentiality of communications, on the other hand. In general, as the Commission has sometimes held, **[51]** the opportunity to remain anonymous is essential if it is wished to preserve the fundamental right to a private life in cyberspace. However, although it is clear that Directives 95/46 and 2002/58 must be interpreted having regard to Articles 7 and 8 of the Charter, **[52]** construed if appropriate in the light of Article 8 of the ECHR, **[53]** the link between the right to the protection of personal data (Article 8 of the Charter) and the deployment of the filtering and blocking system requested is much less clear.**[54]**

a) Protection of personal data (Article 8 of the Charter)

74. There is some difficulty in making a specific evaluation of the impact of a filtering and blocking system on the right to protection of personal data. An initial difficulty consists in identifying the personal data at issue, since they are not clearly identified, except as regards 'IP addresses'. **[55]** The technological neutrality proclaimed by SABAM means, in fact, that it is not possible, a priori, to determine whether the system to be introduced involves processing personal data. A fortiori, it is not possible to determine whether it involves the collection and resolution of IP addresses.

75. A second difficulty consists in determining whether IP addresses constitute personal data. Until now, the Court has had to hear only cases in which names linked to IP addresses were at issue. **[56]** However, it has never had occasion to consider whether an IP address would be considered, as such, as personal data.**[57]**

76. For his part, the European Data Protection Supervisor has had occasion to state **[58]** that 'the monitoring of [i]nternet user's behaviour and further collection of their IP addresses amounts to

an interference with their rights to respect for their private life and their correspondence'. **[59]** The Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data, established by Directive 95/46, **[60]**also considers that, without a shadow of a doubt, IP addresses constitute personal data within the meaning of Article 2(a) of that directive.**[61]**

77. These positions correspond to the legal situation arising under Article 5 of Directive 2006/24/EC, **[62]** which requires internet service providers, inter alia, to retain a certain number of data for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime. Those most specifically referred to are the 'data necessary to trace and identify the source of a communication', among them the name and address of the subscriber or registered user to whom an IP address has been allocated, and the data necessary to determine 'the date and time of the log-in and log-off of the [i]nternet access service, based on a certain time zone, together with the IP address, whether dynamic or static, allocated by the [i]nternet access service provider to a communication ...'.

78. From this perspective, an IP address may be classified as personal data inasmuch as it may allow a person to be identified by reference to an identification number or any other information specific to him.**[63]**

79. The question is, therefore, to determine not so much the legal status of IP addresses as the circumstances in which and the purposes for which they may be collected, the circumstances in which the resulting personal data may be resolved and processed, or even the conditions under which their collection and resolution may be requested.**[64]**

80. What is important to bear in mind here is that a filtering and blocking system such as that which is requested is, notwithstanding the technological uncertainties referred to above, without question likely to affect the right to protection of personal data **[65]** to a sufficient degree to enable it to be classified as a limitation within the meaning of Article 52(1) of the Charter.

b) Confidentiality of electronic communications (Article 7 of the Charter)

81. The deployment of a system to filter electronic communications such as the one required is likewise not without consequences for the right to respect for correspondence and, more widely, the right to confidentiality of communications guaranteed by Article 7 of the Charter **[66]** as interpreted in the light of Article 8 of the ECHR and of the relevant case-law of the European Court of Human Rights.

82. The European Court of Human Rights has not yet had the opportunity to rule on the compatibility with the ECHR of specific measures to monitor electronic communications or a

fortiori of a filtering and blocking system such as the one required. It may be considered, however, that, having regard to the case-law on phone-tapping, **[67]** such measures constitute interferences within the meaning of Article 8 of the ECHR. Besides, that court has had occasion to hold that the collection and preservation, without a person's knowledge, of personal data relating to his use of the telephone, electronic mail and internet constituted an 'interference' in the exercise of that person's right to respect for his private life and his correspondence, within the meaning of Article 8 of the ECHR.**[68]**

83. For its part, Article 5 of Directive 2002/58 **[69]** defines and guarantees the confidentiality of communications effected by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, and the confidentiality of the related traffic data. That provision imposes in particular on the Member States the obligation to prohibit any interception or surveillance of those communications except in cases legally provided for in accordance with Article 15(1). This latter provision permits the Member States to adopt legislative measures to restrict the scope of the right to confidentiality of communications, when such restriction constitutes a necessary measure to safeguard, inter alia, the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences. The measures which may be adopted in this regard must, in any event, be taken 'in accordance with the general principles of Community law, including those referred to in Article 6(1) and (2) of the Treaty on European Union'.

2. '… construed in particular in the light of Article 11 of the Charter …': the guarantee of freedom of expression and the right to information

84. Article 11 of the Charter, which guarantees not only the right to communicate information but also to receive it, **[70]** is clearly designed to apply to the internet. **[71]** As the European Court of Human Rights has pointed out, '[i]n light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the [i]nternet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information generally'.**[72]**

85. There can hardly be any doubt, as Scarlet has pointed out, that the introduction of a filtering and blocking system such as that requested, and most particularly the blocking mechanism, which may involve monitoring all electronic communications passing through its services constitutes, by its very nature, a 'restriction', within the meaning of Article 10 of the ECHR, on the freedom of communication enshrined in Article 11(1) of the Charter, **[73]** whatever the technical rules according to which the monitoring of communications is actually carried out, whatever the extent and depth of the monitoring and whatever the effectiveness and reliability or of the monitoring actually carried out, which are points to be discussed, as I have indicated above.

86. As Scarlet has argued, a combined filtering and blocking system will inevitably affect lawful exchanges of content, and will therefore have repercussions on the content of the rights guaranteed by Article 11 of the Charter, if only because the lawfulness or otherwise of a given communication, which depends on the scope of the copyright concerned, varies from country to country and therefore falls outside the sphere of technology. So far as it is possible to judge, no filtering and blocking system appears able to guarantee, in a manner compatible with the requirements of Articles 11 and 52(1) of the Charter, the blockage only of exchanges specifically identifiable as unlawful.

3. Intermediate conclusion

87. It is apparent from the foregoing argument that the requested measure, in that it requires the introduction of a system for filtering and blocking electronic communications such as described above, may adversely affect enjoyment of the rights and freedoms protected by the Charter, as analysed above, and must therefore be classified, in relation to the users of Scarlet's services and more generally users of the internet, as 'limitation' within the meaning of Article 52(1) of the Charter. **[74]** However, limitations on the exercise of the fundamental rights of users which the introduction of such a filtering and blocking system would involve are acceptable only in so far as they comply with a certain number of conditions which I must now examine.

D - *The conditions for limitation of the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter and singularly the condition relating to 'quality of the law' in particular (Article 52(1) of the Charter)*

88. The Charter states, in well-known terms, the conditions to which any limitation on the exercise of the rights and freedoms which it recognises are subject, just as the ECHR defines the circumstances in which, inter alia, any interference in the right to a private life or any restriction on freedom of expression may be considered lawful.

89. Article 52 of the Charter thus refers to 'the need to protect the rights and freedoms of others' and also to the necessity for any measure of that kind to pursue 'objectives of general interest' and to comply with the principle of proportionality. Although the protection of intellectual property rights definitely constitutes an objective of general interest, as Directives 2001/29 and 2004/48 show, the filtering and blocking system requested nevertheless finds its main justification, in the circumstances of the main proceedings, in the need to protect the 'rights and freedoms of others'. The 'need to protect the rights' of the holders of copyright or related rights is at the heart of the present case; it is the fundamental cause of the civil proceedings brought by SABAM against Scarlet.

90. At this point, it must be categorically stated that the right to property is now enshrined in Article 17 of the Charter, paragraph 2 of which, we must not forget, expressly states that 'intellectual property shall be protected'. It will also be noted that the Court of Justice had previously enshrined the right to property as a fundamental right forming part of the general principles of law **[75]** and had recognised that copyright formed part of the right to property. **[76]** The purpose of Directives 2001/29 and 2004/48 **[77]** themselves is to guarantee a high level of protection of intellectual property. Moreover, according to repeated precedents of the Commission and of the European Court of Human Rights, intellectual property unquestionably benefits, as such, from the protection afforded by Article 1 of Protocol No 1 to the ECHR.**[78]**

91. The Court has stated, finally, that the fundamental *raison d'être* of copyright is to confer on the creator of inventive and original works the exclusive right to exploit those works. **[79]** Copyright and related rights are thus economic in nature, in that they include, inter alia, the right to exploit commercially the marketing of the protected work, particularly in the form of licences granted in return for payment of royalties.**[80]**

92. We are therefore definitely faced with a 'need to protect a right' within the meaning of Article 52(1) of the Charter which may legitimise the 'limitation' on other rights and freedoms within the meaning of the same provision.

93. That said, it must be pointed out that we shall not need to examine in detail all the conditions for admissibility of limitations on the rights and freedoms recognised by the Charter in order to provide the national court with a useful reply to its question. That court is asking us very specifically about the limitation on the exercise of the rights and freedoms which, according to what has just been stated, is constituted by the deployment of the filtering and blocking system required and which may be imposed 'on the basis merely of a statutory provision', Article 87(1) of the Law of 30 June 1994 on copyright and related rights, which it cites, furthermore, in full. This aspect of the question referred for a preliminary ruling calls, as a matter of priority, for an examination of the first condition defined in Article 52(1) of the Charter, that of being 'provided for by law' which is identically worded in that provision and in Articles 8(2) and 10(2) of the ECHR, an examination which will be conducted in the light of the relevant decisions of the European Court of Human Rights interpreting these two latter provisions which, as I have already stated, in time will form a particularly rich body of case-law that will enable me to identify the contours of that condition.

94. The European Court of Human Rights has repeatedly held that the provisions of the ECHR making interference in the exercise of a right or the restriction on the exercise of a freedom which

it guarantees subject to the condition that it is 'provided for by law' **[81]** means not only that the measure is founded on a legal basis as such, has 'a basis in domestic law', but also imposes requirements relating, to use the expression which it has enshrined, to 'the quality of the law in question'. **[82]** That 'law' must, in effect, be 'adequately accessible and foreseeable, that is, formulated with sufficient precision to enable the individual - if need be with appropriate advice - to regulate his conduct', to 'foresee its consequences for him', **[83]** 'to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail'.**[84]**

95. The 'law' must therefore be sufficiently clear **[85]** and foreseeable as to the meaning and nature of the applicable measures, **[86]** and must define with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the power of interference in the exercise of the rights guaranteed by the ECHR. **[87]** A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with that requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference. **[88]** A law which confers a discretion must also establish the scope of that discretion.**[89]**

96. A limitation is therefore acceptable only if it is founded on a legal basis in domestic law, a legal basis which must be accessible, clear, foreseeable, **[90]** conditions which all stem from the idea of the supremacy of the law. **[91]** From that requirement of the supremacy of the law stems **[92]** the need for the law to be accessible and foreseeable to the person concerned.**[93]**

97. The condition that any limitation must be 'provided for by law' therefore means, according to the case-law of the European Court of Human Rights, that the action of the public authorities must observe the limits defined in advance by the rules of law, which 'imposes certain requirements which must be satisfied both by the rules of law themselves and by the procedures designed to impose effective observance of those rules'.**[94]**

98. The European Court of Human Rights has also held that the scope of the concept of foreseeability and accessibility depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it covers and the number and status of those to whom it is addressed. **[95]** A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.**[96]** This is particularly true in the case of persons engaged in a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation.

99. Finally, the European Court of Human Rights has had occasion to state that the term 'law' should be understood in its 'substantive' sense, not only its 'formal' one, as meaning that it may include both 'written law' and 'unwritten law' or even 'judge-made law'. **[97]** From this point of view, it may be necessary inter alia to take account, if appropriate, of the case-law. 'Consistent decisions' which are published and therefore accessible and are followed by the lower courts are able, in some circumstances, to supplement a legislative provision and clarify it to the point of rendering it foreseeable.**[98]**

100. In conclusion, both the Charter and the ECHR acknowledge the possibility of a limitation on the exercise of the rights and freedoms, of an interference in the exercise of the rights or of a restriction on the exercise of the freedoms, which they guarantee on condition, inter alia, that they are 'provided for by law'. The European Court of Human Rights, principally on the basis of the supremacy of law enshrined in the preamble to the ECHR, has constructed from that expression, and essentially through the concept of 'quality of the law', **[99]** an actual doctrine, according to which any limitation, interference or restriction must previously have been the subject of a legal framework, at least in the substantive sense of the term, which is sufficiently precise having regard to the objective it pursues, that is, in accordance with minimum requirements. That case-law must be taken into consideration by the Court of Justice when interpreting the scope of the corresponding provisions of the Charter.

E - *'… on the basis merely of a statutory provision …': examination of the national legislation in the light of the condition relating to the 'quality of the law' (Article 52(1) of the Charter)*

101. Having reached this stage of my examination, it remains only to reply to the question whether the legal basis which the national court has identified in the legal order of the Member State is, from the point of view of the users of the services of the ISPs and, more widely, of all internet users, actually such as to constitute the 'law' required by the Charter, within the meaning of the case-law of the European Court of Human Rights examined above, adapted if necessary to the specific features of the legal order of the European Union.

102. Let me begin by recalling the wording of the national legal provision at issue, in this case the second subparagraph of Article 87(1) of the Law of 30 June 1994 on copyright and related rights which the national court has taken great care to reproduce *in extenso* in the question it has referred for a preliminary ruling: '[The President of the Court of First Instance and the President of the Commercial Court] may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

103. That said, there is no doubt that Belgian law contains 'a' legal basis for the adoption, in civil proceedings seeking the declaration, sanction and reparation of an infringement of copyright or related rights, of an injunction against, as in the main proceedings, an ISP such as Scarlet with the aim of ensuring effective cessation of that infringement. However, the problem raised by the question from the national court is not whether the competent Belgian court may, in general, adopt an injunction in that context and with that objective, but whether it may, in the light of the requirements stemming from the 'quality of the law' within the meaning of the ECHR and, now, of the Charter, order a measure such as the one which is requested in the present case on the basis of that power to grant injunctions.

104. From that point of view, I must first set out my initial thoughts on the character and, at the end of the day, the 'nature' of the requested measure.

105. As we have seen above, from the point of view of Scarlet and the ISPs, the obligation to introduce, at their own expense, a filtering and blocking system such as that at issue is so characterised or even singular, on the one hand, and 'new' or even unexpected, on the other hand, that it can only be accepted on condition that it has been expressly provided for beforehand, clearly and precisely, in a 'law' within the meaning of the Charter. However, it is difficult to believe that, by adopting the requested measure on the basis of the national provision at issue, the competent national court would be within the limits expressly, previously, clearly and precisely defined by the 'law', particularly taking into account the provisions of Article 15 of Directive 2000/31. **[100]** From Scarlet's point of view, the adoption by a Belgian court of a measure of that nature is difficult to foresee **[101]** and, in the light of its potential economic consequences, would restrict even the arbitrary power.

106. From the point of view of the users of Scarlet's services and of internet users more generally, the filtering system requested is designed, irrespective of the specific manner in which it is used, to apply systematically and universally, permanently and perpetually, but its introduction is not supported by any specific guarantee as regards in particular the protection of personal data and the confidentiality of communication. Moreover, the blocking mechanism is required, also irrespective of the specific manner in which it is used, to function with no express provision being made for the persons concerned, that is the internet users, to oppose the blocking of a given file or to challenge the justification for it.

107. It could hardly be otherwise since the national law at issue does not have the objective of authorising the competent national courts to adopt a measure to filter all the electronic

communications of the subscribers of the ISPs exercising their activity in the territory of the Member State concerned.

108. The necessary conclusion is therefore that the national law provision at issue cannot, in the light of Articles 7, 8 and 11 of the Charter and in particular of the requirements relating to the 'quality of the law' and, more generally, the requirements of the supremacy of the law, be an adequate legal base on which to adopt an injunction imposing a filtering and blocking system such as that requested in the main proceedings.

109. Besides, from the point of view of the 'substantive' concept of the 'law', it must also be stated that no mention has been made of the existence of a substantial body of case-law of the Belgian courts, which has restated and refined the interpretation and application of the national law provision, in accordance with Union law and the law of the ECHR, in line with the requested measure and thus permitted the conclusion that the requirement for foreseeability of the law is satisfied.**[102]**

110. In the light of the point made above, it is unnecessary to examine the impact of Union law **[103]** on the 'quality' of the national legal basis. Advocate General Kokott pointed out, in that regard, in her Opinion in *Promusicae*, **[104]** that '[t]he balance between the relevant fundamental rights must first be struck by the Community legislature' and that '[h]owever, the Member States are also obliged to observe it when using up any remaining margin for regulation in the implementation of directives'.

111. This raises the particularly delicate question of the respective 'liability' of the European Union and the Member States, in the light of the requirements of supremacy of the law examined above, in a situation in which directives, together with the national implementing measures, are the subject of an application involving 'limitation' of a right guaranteed or of a freedom recognised by the Charter. However, the terms of the question posed by the national court, which expressly refers to the provisions of the national legislation deemed to transpose Directives 2001/29 and 2004/48 on the protection of intellectual property, allow, once it is established that none of the directives at issue imposes the introduction of a filtering and blocking system such as that requested in the main proceedings, that matter to be left to one side provisionally.

112. Finally, the idea that the directives at issue, and in particular Directive 2000/31, should be given an updated interpretation, taking into account developments in technology and internet usage, must, in this context, be rejected. Although, clearly, the requirement for foreseeability does not mean absolute certainty, as the European Court of Human Rights has repeatedly held, **[105]** the approach which supports a 'living' interpretation of provisions cannot compensate for the lack

of any national legal basis expressly mentioning a system to filter and block electronic communications. An interpretation of Union law, and most particularly of Article 15 of Directive 2000/31, as permitting or not precluding the adoption of a measure such as that requested does not comply with the requirements of 'quality of the law' and infringes the principles of legal certainty **[106]** and the protection of legitimate expectations.

113. Allow me to add a few final observations. The Charter, just like the ECHR, by requiring that any 'limitation' (or 'interference' or 'restriction') on rights and freedoms is 'provided for by law', refers, very specifically, to the role of the law, of Law strictly speaking, as a source of *tranquillitas publica* in the extremely sensitive area with which we are concerned. However, the Charter does not only want the law to 'pre-exist' any limitation on rights and freedoms, but also wants that limitation to respect its 'essential content', which almost unavoidably calls for the legislature to define the border between the limitation on the right and the territory, in principle intangible, of that essential content. Similarly, the Charter requires any limitation on the exercise of the rights and freedoms which it recognises to observe the principle of proportionality, satisfy the principle of necessity and effectively pursue objectives of public interest recognised by the European Union or respond to the need to protect the rights and freedoms of others. In the light of all these conditions, it is the very existence of that 'law' which, once again, is lacking, in my view, 'law' understood to be 'deliberated' law, that is, democratically legitimised. Indeed, only a law in the parliamentary sense of the term would have made it possible to examine the other conditions in Article 52(1) of the Charter. In that regard, it could be argued that Article 52(1) of the Charter incorporates an implicit requirement for a 'deliberated' law, in line with the intensity of public debate.. However, it is the express requirement of a law, as 'prior law', which is at issue here. Since it has been established that this is lacking in the present case, it is possible to reply to the first question posed by the national court.

114. In conclusion, I propose that the Court reply in the negative to the first question referred for a preliminary ruling by the cour d'appel de Bruxelles and, consequently, declare that it is not necessary to reply to the second question, posed in the alternative.

IV - Conclusion

115. In conclusion, I propose that the Court answer the question referred by the cour d'appel de Bruxelles for a preliminary ruling as follows:

Directives 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society and 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement

of intellectual property rights, in conjunction with Directives 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), interpreted in the light of Articles 7, 8, 11 and 52(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union having regard to Articles 8 and 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, are to be interpreted as precluding the adoption by a national court, on the sole basis of a statutory provision providing that '[the competent courts] may also issue an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right', to order an '[internet service provider] to introduce, for all its customers, *in abstracto* and as a preventive measure, exclusively at the cost of [the latter] and for an unlimited period, a system for filtering all electronic communications, both incoming and outgoing, passing via its services, in particular those involving the use of peer-to-peer software, in order to identify on its network the sharing of electronic files containing a musical, cinematographic or audio-visual work in respect of which the applicant claims to hold rights, and subsequently to block the transfer of such files, either at the point at which they are requested or at which they are sent'.

[1] Original language: French.

[2] It hardly seems necessary to point out that the problem of internet piracy is global, that it has given rise to varied responses depending on the countries, most often judicial responses (whether against internet users themselves or against service providers, internet access providers, hosting service providers, editors of 'peer-to-peer' or services software (see, inter alia Napster (A&M Records v Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 201) and Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005) in the United States, Kazaa in Australia (Kazaa [2005] F. C. A. 1242) or even PirateBay in Sweden (Court of Appeal (Svea hovrätt), 26 November 2010, Case No B 4041-09)), sometimes legislative (for example, in France, the Hadopi law, named after the High Authority for the broadcasting of works and the protection of rights on the internet, which it establishes (Law No 2009-669 of 12 June 2009 promoting the dissemination and protection of

creation on the internet, JORF No 135 of 13 June 2009, p. 9666); in Spain, Final Provision 43 of Act 2/2011 of 4 March 2011 on the Sustainable Economy (BOE of 5 March 2011, p. 25033)), sometimes sui generis (see, for example, the Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing, signed in 2008 between the main internet access providers in the United Kingdom and representatives of the creative industries), which have been widely commented on and of which it is clearly impossible to give an account here, even a brief one, and that the debate to which it gives rise is itself worldwide and particularly controversial; for an outline of the French approach to the problem, see, inter alia, Derieux, E. and Granchet, A., La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI, Lamy Axe Droit, 2010; for an outline of the Commission's approach, see its First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market of 21 November 2003 (COM(2003) 702 final, point 4.7); its Report on the application of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights of 22 December 2010 (COM(2010) 779 final, point 3.3) and its communication of 16 July 2008, 'An Industrial Property Rights Strategy for Europe' (COM(2008) 465 final, point 5.3). Reference may also be had, among the works carried out in the Council of Europe, to Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to Member States on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to internet filters, and the guidelines designed to help internet service providers, of July 2008; see also the OECD report presented on 13 December 2005 to the Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL.

[3] 'the Charter'.

[4] 'ECHR'.

[5] Accordingly, on a legal level, the legal classification of the acts of infringement at issue and the impact of exceptions for private copying will not be examined; on the technical level, neither the unlawful downloading techniques nor the possible means of preventing them can be examined. More generally, I shall refer in that regard to the abundant academic legal writings generated by the judicial concerns regarding the phenomenon.

[6] 'ISP'.

[7] Case C 275/06 [2008] ECR I 271, Opinion of Advocate General Kokott delivered on 18 July 2007.

[8] An IP address is a unique address which devices communicating according to the 'Internet Protocol' use to identify themselves and to communicate with each other on a computer network; see, in particular, Postel, J. (ed.), Internet Protocol, RFC 791, September 1981, http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html. See also the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae, points 30 and 31.

[9] To tell the truth, if, as we shall see, the ISP in question is required to introduce a 'preventive' mechanism to combat infringements of intellectual property rights, it should nevertheless be pointed out that, in the present case, it is the addressee of an injunction adopted in response to infringements of intellectual property rights established in civil proceedings.

[10] Directive of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

[11] Directive of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45; corrections: OJ 2004 L 195, p. 16, and OJ 2007 L 204, p. 27).

[12] Directive of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31).

[13] Directive of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (OJ 2002 L 201, p. 37).

[14] Directive of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1).

[15] Moniteur belge of 27 July 1994, p. 19297.

[16] 'Scarlet'.

[17] See, inter alia, for the most recent, Case C 243/09 Fuß [2010] ECR I 9849, paragraph 66); Joined Cases C 92/09 and C 93/09 Volker und Markus Schecke and Eifert [2010] ECR I 0000, paragraph 45 et seq.; Joined Cases C 57/09 and C 101/09 B and D [2010] ECR I 0000, paragraph 78; Case C 339/10 Asparuhov Estovand Others [2010] ECR I 0000, paragraph 12; Case C 145/09 Tsakouridis [2010] ECR I 0000, paragraph 52; Case C 279/09 DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft [2010] ECR I 0000, paragraph 30; Case C 208/09 Sayn-Wittgenstein [2010]

ECR I 0000, paragraph 52; Joined Cases C 444/09 and C 456/09 Gavieiro Gavieiro and Iglesias Torres [2010] ECR I 0000, paragraph 75; Case C 491/10 PPU Aguirre Zarraga [2010] ECR I 0000; and Case C 236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats and Others [2011] ECR I 0000, paragraph 16.

[18] See also, to that effect, the Opinion of Advocate General Bot in Case C 108/10 Scattolon [2011] ECR I 0000.

[19] See Case C 400/10 PPU McB. [2010] ECR I 8965, paragraph 53, and DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, paragraph 35.

[20] See also, in that regard, the explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of the Charter referred to in Article 52(7) and, in particular, the explanations of Articles 7, 8, 11 and 52 of the Charter.

[21] As the Court pointed out in paragraph 35 of DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft, 'the meaning and the scope of the guaranteed rights are to be determined not only by reference to the text of the ECHR, but also, inter alia, by reference to the case-law of the European Court of Human Rights', in accordance with the explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of the Charter referred to in Article 52(7) thereof.

[22] See, in that regard, my Opinion in Case C 69/10 Samba Diouf, pending before the Court, point 42.

[23] That was exactly the sense of the question which I was careful to put in detail at the hearing to the various interveners.

[24] For simple 'mentions' of the condition, see, inter alia, Joined Cases 46/87 and 227/88 Hoechst v Commission [1989] ECR 2859, paragraph 19; Case 85/87 Dow Benelux v Commission [1989] ECR 3137, paragraph 30 et seq.; Case C 368/95 Familiapress [1997] ECR I 3689, paragraph 26; Case C 60/00 Carpenter [2002] ECR I 6279, paragraph 42; and Case C 407/08 P Knauf Gips v Commission [2010] ECR I 6375, paragraph 91; for a 'review' of the condition, see Volker und Markus Schecke and Eifert, paragraph 66. See also the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae, point 53.

[25] In the following arguments, therefore, reference will simply be made to the question referred for a preliminary ruling, in the singular.

[26] The filtering system'.

[27] 'The blocking mechanism'.

[28] In its written pleadings, SABAM points out, however, that the measure sought relates only to peer-to-peer communications. The expression 'peer-to-peer' designates a means of communication in which computers, connected in a direct line network, employ software using specific protocols to exchange information, which may be files (the 'file sharing' to which the present case relates), but also, for example, telephone services such as Skype. The following file-sharing protocols and software may be decided by way of illustration: BitTorrent (Azureus, BitComet, Shareaza, MlDonkey …), eDonkey (eDonkey2000, MlDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MlDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MlDonkey …), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MlDonkey …), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MlDonkey); for a more detailed presentation of peer-to-peer, see, inter alia, Stevens, R., 'Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing', July 2010 (on the Oxford University Information and Communications Technology website http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml). SABAM states that the aim of the measure is 'to make it impossible ... to send or receive in any way, by means of peer-to-peer software, electronic files containing a musical work in SABAM's repertoire'. It is for the national court to determine that that is the case, and in particular whether the system must also adapt to the new methods, alternatives to the peer-to-peer method, for exchanging files, such as 'streaming' (data flow) and 'direct download' (direct downloading via, for example, RapidShare, MegaUpload). The Court, which is bound by the terms of the question referred to it for a preliminary ruling and the grounds of the order for reference, must work on the assumption that the filtering and blocking system required relates 'in particular', and therefore not exclusively, to communications via peer-to-peer software.

[29] It is an unavoidable consequence of the principle of 'technological neutrality' defended by SABAM, according to which the measure requested does not require Scarlet to adopt any particular technology.

[30] With all the caution required of a person who is no expert, it seems that the introduction of a filtering and blocking system may be based on several detection mechanisms. It is possible to distinguish between: (1) detection of the communication protocol used: since each peer-to-peer protocol has its own mechanisms for managing the network and coordinating traffic distribution, it is possible to introduce filters which seek out in each IP package the signature of each protocol. It is then possible, once the signature is known, either to block, or to significantly slow down for deterrent purposes, all communications using that protocol, or to exploit opportunities for in-depth monitoring of the content of the files in order to block only those identified as infringing a right; (2) detection of the content of the files exchanged: this type of system may either detect a computer

tattoo previously placed in a file, or compare the computer imprint of a file with the previously introduced imprints of the works. The Audio Magic CopySense system referred to in the order for reference is a system of this kind; (3) detection of the conduct of the parties involved in the communication at issue: detection of communication portals, detection of the opening by a server/customer computer of several connections to several other customers; detection of requests for search/transfer of files or detection of encryption of exchange as an indication of an attempt to circumvent detection measures. For an outline of the different possible techniques, compare, for example, the Kahn-Brugidou report of 9 March 2005 and the Olivennes report on the development and protection of cultural works on the new networks of 23 November 2007, on which the Hadopi law is based.

[31] Notwithstanding the principle of technological neutrality defended by SABAM, the choice of the system to be introduced is not neutral on the technological level. For example, it may reasonably be considered that a system to filter by content all communications will probably have a more significant impact on the communication network than the filtering only of files exchanged via a protocol with an identified signature.

[32] That is the direct consequence of the concept of technological neutrality defended by SABAM.

[33] The Court has considered an identical question referred for a preliminary ruling in another case between SABAM and Netlog, a social network platform; see Case C 360/10 SABAM, pending before the Court (OJ 2010 C 288, p. 18).

[34] The decisions of the Belgian courts in this matter have had considerable impact beyond the borders of Europe, as a quick search on the internet reveals.

[35] It is hardly necessary to stress the considerable advantages, for rightholders or persons entitled under them and in particular the collective rights management companies engaged in combating unlawful downloading, of the generalisation of the introduction of filtering and blocking systems, assuming that they may actually be effective, on the procedural and patrimonial level, to begin, in relation to a strategy consisting in seeking the assistance, by illegal means, of the ISPs in order to detect and draw up a list of persons who have committed infringements with a view to bringing proceedings against them.

[36] SABAM states, in that regard, that it does not intend to proceed against Scarlet as the perpetrator of the infringements of intellectual property or the person responsible for them, but to dissuade it from providing its services to third parties in so far as they use them to infringe copyright or a related right. However, it is important to point out in that regard that, at first

instance, Scarlet is the subject of an injunction coupled with a periodic penalty payment, which are the subject-matter of the appeal in the main proceedings, and that SABAM seeks confirmation of the rulings of the courts of first instance and the translation and publication of the forthcoming decision on its website and in several newspapers.

[37] The expert appointed by the President of the tribunal de première instance de Bruxelles emphasises this aspect of the question. See points 4 and 5 of the conclusions of his report of 29 January 2007, cited in the order for reference and reproduced in point 21 above.

[38] Again, the principle of technological neutrality defended by SABAM means that it is ex ante to assess the overall costs of introducing such a filtering and blocking system, whether they are the costs relating to searching for and testing the system itself, the investment costs (the filter casings, routers, and so forth), the engineering and management costs of the project or recurring maintenance and operational monitoring costs.

[39] Paragraph 19.

[40] It is hardly necessary to point out that the Union is, in the words of Article 2 TEU, founded on the values of, inter alia, the rule of law, and that the Court had long enshrined in its case-law the concept of a 'Community based on the rule of law'; see, inter alia, Case 294/83 Les Verts v Parliament [1986] ECR 1339, paragraph 23, and Joined Cases C 402/05 P and C 415/05 P Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission [2008] ECR I 6351, paragraph 281. On these matters and with all the reservations which must accompany the use of national concepts in Union law, see, inter alia, Calliess, C. and Ruffert, M., EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar, Beck, 2007, p. 62; Schwarze, J., Droit administratif européen, Bruylant, 2009, p. 219 et seq.; Azoulai, L., 'Le principe de légalité', in Auby, J.-B. and Dutheil de la Rochère, J. (eds), Droit administratif européen, Bruylant, 2007, p. 394, especially p. 399; Simon, D., 'La Communauté de droit', in Sudre, F. and Labayle, H., Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Bruylant, 2000, p. 85, especially p. 117 et seq.

[41] See Case 169/80 Gondrand and Garancini [1981] ECR 1931, paragraph 17; Joined Cases 92/87 and 93/87 Commission v France and United Kingdom [1989] ECR 405, paragraph 22; Case C 143/93 Van Es Douane Agenten[1996] ECR I 431, paragraph 27; Case C 354/95 National Farmers' Union and Others [1997] ECR I 4559, paragraph 57; Case C 177/96 Banque Indosuez and Others [1997] ECR I 5659, paragraph 27; Case C 78/01 BGL [2003] ECR I 9543, paragraph 71; and Case C 338/95 Wiener SI [1997] ECR I 6495, paragraph 19.

[42] See, inter alia, Case C 17/03 VEMW and Others [2005] ECR I 4983, paragraph 80; Case C 226/08 Stadt Papenburg [2010] ECR I 131, paragraph 45; Case C 550/07 P Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission and Others [2010] ECR I 8301, paragraph 100; and Case C 225/09 Jakubowska [2010] ECR I 0000, paragraph 42.

[43] Case C 340/08 M and Others [2010] ECR I 3913, paragraph 65.

[44] See also Case 143/83 Commission v Denmark [1985] ECR 427, paragraph 10; Case 257/86 Commission v Italy [1988] ECR 3249, paragraph 12; Case C 325/91 France v Commission [1993] ECR I 3283, paragraph 26; Case C 370/07 Commission v Council [2009] ECR I 8917, paragraph 39; Case C 152/09 Grootes [2010] ECR I 0000, paragraph 43; and Case C 77/09 Gowan Comércio [2010] ECR I 0000, paragraph 47. With regard to the requirement for clarity and precision in the measures transposing directives, see, inter alia, Case C 6/04 Commission v United Kingdom [2005] ECR I 9017, paragraph 21; Case C 508/04 Commission v Austria [2007] ECR I 3787, paragraph 73; and Case C 50/09 Commission v Ireland [2011] ECR I 0000, paragraph 46.

[45] See below, under E, point 101 et seq.

[46] By way of guidance, Article 8(3) of Directive 2001/29 and Article 9(1)(a) of Directive 2004/48 impose on the Member States the dual obligation of introducing legal measures to prevent and penalise infringements of intellectual property rights. Article 15(1) of Directive 2000/31 imposes on the Member States a dual obligation not to act: they must refrain from imposing a general obligation on ‘providers’ to monitor the information which they transmit or store, or a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity. Directives 95/46 and 2002/58 guarantee, by their very objective, the protection of personal data. Article 4 of Directive 2006/24 provides that Member States must adopt measures to ensure that data retained in accordance with this directive are provided only to the competent national authorities in specific cases and in accordance with national law.

[47] See, in that regard, the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae, which examines in detail the connections between the various directives.

[48] See, in particular, recitals 2, 10 and 37 in the preamble to Directive 95/46, recitals 3, 11 and 24 in the preamble to Directive 2002/58, recital 9 in the preamble to Directive 2000/31 and recitals 9 and 25 in the preamble to and Article 4 of Directive 2006/24.

[49] Since the filtering and blocking system must be deployed exclusively at the cost of the ISP, the aforementioned measure may also appear to be a ‘deprivation’ of the right to property within the meaning of Article 17 of the Charter, as interpreted in the light of Article 1 of Protocol No 1

to the ECHR and of the relevant case-law of the European Court of Human Rights. However, this aspect of the question will not be examined in this Opinion.

[50] Or even as 'interference' within the meaning of Article 8 of the ECHR or as 'restriction' within the meaning of Article 10 of the ECHR. Regarding these concepts, see, in particular, Ganshof van der Meersch, W.J., Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, Völkerrecht als Rechtsordnung - Internationale Gerichtsbarkeit - Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler, Springer, 1983, p. 263; Kiss, C.-A., 'Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH', in Turp, D. and Beaudoin, G., Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne, Yvon Blais, 1986, p. 119; Duarte, B., Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme, Thesis, Université de Lille II, 2005; Viljanen, J., The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights, Thesis, University of Tampere, 2003; Loucaides, L.G., 'Restrictions or limitations on the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights', The Finnish Yearbook of International Law, Vol. 3, p. 334.

[51] Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Creating a Safer Information Society by Improving the Security of Information Infrastructures and Combating Computer-related Crime - eEurope 2002 (COM(2000) 890 final, especially p. 23).

[52] See, in that regard, in particular, Joined Cases C 465/00, C 138/01 and C 139/01 ÖsterreichischerRundfunkand Others [2003] ECR I 4989, paragraph 68; Case C 73/07 Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia [2008] ECR I 9831; and Volker und Markus Schecke and Eifert, paragraph 56 et seq. See also the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae, point 51 et seq.

[53] See, in particular, recital 10 in the preamble to Directive 95/46, recitals 1, 2, 7, 10, 11 and 24 in the preamble to and Article 1(1) of Directive 2002/58.

[54] Scarlet and ISPA, and also the Belgian, Czech and Netherlands Governments state, in essence, that the introduction of such a filtering and blocking system would lead ISPs to process personal data in infringement of the provisions of Directives 95/46 and 2002/58. SABAM, the Polish and Finnish Governments and also the Commission consider, by contrast, that the introduction of such a system is not contrary to Directives 95/46 and 2002/58. For an examination

of the prohibitions on processing laid down by those directives, see, in particular, the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae, point 64 et seq.

[55] Scarlet and ISPA consider that the IP address of each internet user constitutes a datum of a personal nature since, indeed, it enables the internet users to be identified. Consequently, the collection and resolution of IP addresses of the internet users, which are essential for identifying those users and therefore for the functioning of that system, constitute processing of personal data which is not permitted by the directives.

[56] Promusicae, paragraph 45; order in Case C 557/07 LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten [2009] ECR I 1227.

[57] It may be observed that the question is asked indirectly in Case C 461/10 Bonnier Audio and Others, pending before the Court (OJ 2010 C 317, p. 24), in the context of which the Court is asked, in essence, whether Directive 2006/24 amending Directive 2002/58 precludes the application of a provision of national law, introduced on the basis of Article 8 of Directive 2004/48, which, for the purpose of identifying a subscriber, makes it possible to order an ISP to communicate to a copyright holder or a person claiming under him an IP address which was used to infringe that right.

[58] Opinion of the European Data Protection Supervisor of 22 February 2010 on the Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) (OJ 2010 C 147, p. 1, paragraph 24); Opinion of the European Data Protection Supervisor of 10 May 2010 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on combating the sexual abuse, sexual exploitation of children and child pornography, repealing Framework Decision 2004/68/JHA (OJ 2010 C 323, p. 6, paragraph 11).

[59] He refers, in that regard, to the case-law of the European Court of Human Rights, the decision in Weber and Saravia v. Germany [2006] no. 54934/00, Reports of Judgments and Decisions 2006-XI, and the judgment in Liberty and Others v.the United Kingdom [2008] no. 58243. However, it should be pointed out that those two cases do not relate specifically to the collection of IP addresses on the internet, but to telecommunications surveillance.

[60] ‘The “Article 29” Working Party’.

[61] See, in particular, Opinion No 4/2007 of 20 June 2007 on the concept of personal data, WP 136, available at website http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/. See also, more widely, Recommendation No 3/97 of 3 December 1997, Anonymity on the Internet, WP 6, and the

working document entitled 'Privacy on the Internet - An integrated EU approach to On-line Data Protection', adopted on 21 November 2000, WP 37, especially p. 22.

[62] Directive of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC (OJ 2006 L 105, p. 54).

[63] Such is the approach taken, for example, by the Commission nationale de l'informatique et des libertés en France (French Data Protection Authority): Resolution No 2007-334 of 8 November 2007. On these questions, see, for example, González Pascual, M., 'La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable', REDE, 2010, No 36, p. 591.

[64] On the prohibition on storage and communication of traffic data within the meaning of Directive 2002/58 and its exceptions, reference may be had to the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae, point 64 et seq.

[65] Article 11 of Directive 2006/24 added inter alia a paragraph 1a to Article 15 of Directive 2002/58, under which Article 15(1) of Directive 2002/58 does not apply to data specifically required by Directive 2006/24 to be retained. Article 4 of Directive 2006/24 provides, in this case, that 'Member States shall adopt measures to ensure that data retained in accordance with this Directive are provided only to the competent national authorities in specific cases and in accordance with national law. The procedures to be followed and the conditions to be fulfilled in order to gain access to retained data in accordance with necessity and proportionality requirements shall be defined by each Member State in its national law, subject to the relevant provisions of European Union law or public international law, and in particular the ECHR as interpreted by the European Court of Human Rights.'

[66] Scarlet, supported by ISPA, claims that the introduction of such a system would infringe the provisions of Directive 2002/58 concerning the confidentiality of electronic communications, referring, in that regard, to recital 26 in the preamble to and Article 5 of that directive.

[67] It was in specific reference to this case-law that it has also examined a measure to install listening devices in an apartment. See European Court of Human Rights, judgment in Vetter v. France [2005] No 59842/00, § 27, referring expressly to its reasoning in the judgments in Huvig v. France [1990] no. 11105/84, Series A no. 176-B, and Kruslin v. France [1990] no. 11801/85, Series A no. 176-A.

[68] Court of Human Rights, judgment in Copland v.the United Kingdom [2007] no. 62617/00, §§ 43 and 44.

[69] It should be noted that recital 15 in the preamble to Directive 2000/31 refers expressly to Article 5 of Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector (OJ 1998 L 24, p. 1) which was repealed by Directive 2002/58.

[70] Following the example of Article 10 of the ECHR. See, inter alia, European Court of Human Rights, judgments in Observer and Guardian v.the United Kingdom [1991] no. 13585/88, Series A no. 216, § 59, and Guerra and Others v. Italy [1998] no. 14967/89, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, § 53.

[71] It may be noted that the European Court of Human Rights has also had occasion to take into account the 'power' of the internet which, since it is per se available to all, has a significant demultiplicating effect, in its assessment of the compatibility of a 'restriction' of freedom of expression in the light of the requirements of Article 10(2) of the ECHR. See, in particular, European Court of Human Rights, judgments in Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland[2011] no. 16354/06, § 54 et seq.; Akdaş v. Turkey [2010] no. 41056/04, § 28; and Willem v. France [2009] no. 10883/05, §§ 36 and 38.

[72] European Court of Human Rights, judgment in Times Newspapers Limited v.the United Kingdom [2009] nos 3002/03 and 23676/03, § 27. The Court holds, in this instance, that '[t]he maintenance of [i]nternet archives is a critical aspect of this role' and therefore falls within the scope ambit of Article 10 of the ECHR.

[73] It has been possible to maintain that the provisions of the intellectual property law of a Member State could, in themselves, constitute a restriction within the meaning of Article 10 of the ECHR; see Danay, R., 'Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom', Yale Journal of Law & Technology, 2005-2006, Vol. 8, No 2, p. 32.

[74] Or alternatively as 'interference' within the meaning of Article 8 of the ECHR and as 'restriction' within the meaning of Article 10 of the ECHR.

[75] See, inter alia, Case C 479/04 Laserdisken [2006] ECR I 8089, paragraph 62.

[76] Laserdisken, paragraph 65.

[77] See, in particular, recitals 3 and 4 in the preamble to Directive 2001/29 and recitals 1 and 10 in the preamble to Directive 2004/48.

[78] See, inter alia, European Commission of Human Rights, decisions Smith Kline and FrenchLaboratories Ltd v.the Netherlands [1990] no. 12633/87, DR 66, p. 81, and A. D. v. Netherlands [1994] no. 21962/93; European Court of Human Rights, judgments in British-American Tobacco Company Ltd v.the Netherlands [1995] no. 19589/92, Series A no. 331, §§ 71 and 72; Chappel v.the United Kingdom [1989] no. 10461/83, Series A no. 152A, § 59; and Anheuser-Bush Inc. v. Portugal [2007] no. 73049/01, §§ 71 and 72; decision in Melnychuk v. Ukraine [2005] no. 28743/03, § 3.

[79] See Case 158/86 Warner Brothers and Metronome Video [1988] ECR 2605, paragraph 13.

[80] See Joined Cases 55/80 and 57/80 Musik-Vertrieb membran and K-tel International [1981] ECR 147, paragraph 12, and Joined Cases C 92/92 and C 326/92 Phil Collins and Others [1993] ECR I 5145, paragraph 20.

[81] Inter alia, van Dijk, P. et al., Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed., Intersentia, 2006, p. 336; Jacobs, F.G., White, R.C.A. and Ovey, C., The European Convention on Human Rights, 5th ed., Oxford University Press, 2010, p. 315; Harris, D.J., O'Boyle, M. and Warbrick, C., Law of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford University Press, 2009; Grabenwarter, C., Europäische Menschenrechtskonvention : ein Studienbuch, 3rd ed., Helbing & Lichtenhahn, 2008, p. 112; Matscher, F., 'Der Gesetzesbegriff der EMRK', in Adamovich, L. and Kobzina, A., Der Rechstaat in der Krise - Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag, Mainz, 1991, p. 105; Gundel, J., 'Beschränkungsmöglichkeiten', Handbuch der Grundrechte, Band. VI/1, Müller, 2010, p. 471; Weiß, R., Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention, Duncker & Humblot, 1996.

[82] See, inter alia, Martín-Retortillo Baquer, L., 'La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos', Derecho Privado y Constitución, 2003, No 17, p. 377; Wachsmann, P., 'De la qualité de la loi à la qualité du système juridique', Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Brussels, Vol. 2, p. 1687.

[83] European Court of Human Rights, judgment in Leander v. Sweden [1987] no. 9248/81, Series A no. 116, § 50.

[84] European Court of Human Rights, judgment in Margareta and Roger Andersson v. Sweden [1992] no. 12963/87, Series A no. 226-A, p. 25, § 75.

[85] European Court of Human Rights, Tan v. Turkey [2007] no. 9460/03, §§ 22 to 26; in that case, the Court examined the compliance with the principle of clarity of the law of legislation

concerning the correspondence of prisoners. It considered that legislation which granted the governors of penal institutions, on the decision of the disciplinary committee, the power to refuse to deliver, to censor or to destroy any mail regarded as 'problematical' did not indicate with sufficient clarity the extent and manner of exercising the discretion of the authorities in the sphere considered.

[86] See, inter alia, European Court of Human Rights, judgment in Kruslin, § 30; decision in Cobanv.Spain [2006] no. 17060/02.

[87] See, inter alia, European Court of Human Rights, judgment in Sanoma Uitgeversv.the Netherlands [2010] no. 38224/03, §§ 81 and 82.

[88] Inter alia, judgment in Margareta and Roger Andersson, § 75.

[89] European Court of Human Rights, judgment in Silver and Othersv.the United Kingdom [1983] nos 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 and 7136/75, Series A no. 61, § 88.

[90] See, in this regard, point 53 of the Opinion of Advocate General Kokott in Promusicae, citing the judgment in Österreichischer Rundfunk and Others, paragraphs 76 and 77

[91] For a concise formulation of these various requirements, see, inter alia, Court of Human Rights, judgment in Kopp v. Switzerland [1998] no. 23224/94, Reports of Judgments and Decisions 1998-II, § 55.

[92] European Court of Human Rights, judgment in Valenzuela Contreras v. Spain [1998] no. 27671/95, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, § 46, referring to the judgment in Malone [1984] no. 8691/79, Series A no. 82, and to the judgments in Kruslin and Kopp.

[93] The principle of the supremacy of the law, which is included in the preamble to the ECHR, means that domestic law offers a certain protection against the arbitrary infringements by the public authorities of the rights which it guarantees. Although that principle 'implies that an interference by the authorities with an individual's rights should be subject to effective control (European Court of Human Rights, judgments in Klass and Others v. Germany [1978] no. 5029/71, Series A no. 28, pp. 25 and 26, § 55; Malone, § 68; Silver and Others, § 90), 'implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual's rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure' (European Court of Human Rights, Klass and Others, § 55), it also requires 'a measure of legal protection' which would be infringed 'if a legal discretion granted to the executive to be

expressed in terms of an unfettered power' (on Article 8 of the ECHR, in addition to Malone, § 68 and Kruslin, § 30; European Court of Human Rights, judgment in Rotaru v. Romania [2000] no. 28341/95, Reports of Judgments and Decisions 2000-V, § 55; Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden [2006] no. 62332/00, Reports of Judgments and Decisions 2006-VII, § 76; Lupsa v. Romania [2006] no. 10337/04, Reports of Judgments and Decisions 2006-VII, § 34; decision in Weber and Saravia, § 94; on Article 10 of the ECHR, judgment in Sanoma Uitgevers, § 82) or if the discretion granted to a judge were expressed in terms of an unfettered power (European Court of Human Rights, judgment in Huvig, p. 55, § 29; decision in Weber andSaravia, § 94; judgment in Liberty and Others, § 62; judgment in Bykov v. Russia [2009] no. 4378/02, § 78).

[94] Wachsmann, P., 'La prééminence du droit', Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, p. 241, especially p. 263; see also Wiarda, G., 'La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit', Rivista di studi politici internazionali, 1984, p. 452; Grabarczyk, K., Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, PUAM, 2008, especially p. 194 et seq.; Morin, J.-Y., 'La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen', Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, Kluwer Law International, 1996, p. 643.

[95] European Court of Human Rights, judgments in Groppera Radio and Others v. Switzerland [1990] no. 10890/84, Series A no. 173, p. 26, § 68; Cantoni v. France [1996] no. 17862/91, Reports of Judgments and Decisions 1996-V, § 35. As the Court has pointed out in respect of a GPS surveillance of a person's movements in public places, the rather strict standards, set up and applied in the specific context of surveillance of telecommunications cannot apply mutatis mutandis to all forms of interference. See European Court of Human Rights, judgment in Uzun v. Germany [2009] no. 35623/05, § 66. In that case, the Court preferred to apply the general principles 'on adequate protection against arbitrary interference with Article 8 [ECHR] rights'. In this instance, as it points out, 'in the context of secret measures of surveillance by public authorities, because of the lack of public scrutiny and the risk of misuse of power, compatibility with the rule of law requires that domestic law provides adequate protection against arbitrary interference with Article 8 rights'. 'The Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse. This assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to permit, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law'.

[96] Inter alia, judgments in Groppera Radio and Others, § 68, and Tolstoy Miloslavsky v.the United Kingdom [1995] no. 18139/91, Series A no. 316-B, § 37.

[97] See, inter alia, European Court of Human Rights, judgments in The Sunday Times v.the United Kingdom (no. 1) [1979] no. 6538/74, Series A no. 30, § 49; Tolstoy Miloslavsky, § 37; Sanoma Uitgevers, § 83.

[98] Inter alia, European Court of Human Rights, judgment in Müller and Others v. Switzerland [1988] no. 10737/84, Series A no. 133, § 29.

[99] It should be pointed out that the case-law of the European Court of Human Rights has gradually given the concept of 'quality of the law' its own meaning, adapted to achieve the objectives pursued by the ECHR, which distinguishes it from similar concepts, with a content which is often broader, found in the law of certain Members States; see, inter alia, Milano, L., 'Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi', Revue du droit public, 2006, No 3, p. 637; 'La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council', Hastings Constitutional Law Quarterly, Winter 2010, No 37, p. 243; Reicherzer, M., 'Legitimität und Qualität von Gesetzen', Zeitschrift für Gesetzgebung, 2004, p. 121; Wachsmann, P., 'La qualité de la loi', Mélanges Paul Amselek, p. 809; de Montalivet, P., 'La "juridicisation" de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi', La confection de la loi, PUF, 2005, p. 99; Moysan, H., 'L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative', AJDA, 2001, p. 428.

[100] Article 15(1) of Directive 2000/31 imposes on the Member States a dual obligation not to act: they must refrain from imposing a general obligation on 'providers' to monitor the information which they transmit or store, or a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity. Article 12(1) of Directive 2000/31 also requires the Member States to ensure that the providers of services of provision of access to a communication network, and therefore in particular ISPs, are not liable for the information transmitted.

[101] Recital 30 in the preamble to Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009, amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (OJ 2009 L 337, p. 11), also states that 'Directive 2002/22/EC does not require providers to monitor information

transmitted over their networks or to bring legal proceedings against their customers on grounds of such information, nor does it make providers liable for that information'.

[102] See, in particular, European Court of Human Rights, judgment in Chappel, § 56. See also, European Court of Human Rights, judgments in Bock and Palade v. Romania [2007] no. 21740/02, §§ 61 to 64; July and Libération v. France [2008] no. 20893/03, § 55; and Brunet-Lecomte and Others v. France [2009] no. 42117/04, § 42.

[103] Regarding the consideration, by the European Court of Human Rights, of Union law when examining the quality of the law, see, inter alia, European Court of Human Rights, judgment in Cantoni, § 30 and decision in Marchiani v. France [2008] no. 30392/03.

[104] Point 56.

[105] As it points out, '[w]hilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances'; inter alia, judgment in TheSunday Times, § 49; European Court of Human Rights, judgment in Plon v. France [2004] no. 58148/00, Reports of Judgments and Decisions 2004-IV, § 26.

[106] Regarding the connection sometimes made by the European Court of Human Rights between the principles of supremacy of the law and 'certainty of legal situations', see, in particular, European Court of Human Rights, judgments in Sovtransavto Holding v. Ukraine [2002] no. 48553/99, Reports of Judgments and Decisions 2000-VII, § 77 and Timotiyevich v. Ukraine [2005] no. 63158/00, § 32. See also Grabarczyk, K., Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, especially p. 209 et seq., No 583 et seq.

AB Adalet Divanı - C-324/09 - L'Oréal and Others - 12 July 2011

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

12 July 2011 (*)

(Trade marks – Internet – Offer for sale, on an online marketplace targeted at consumers in the European Union, of trade-marked goods intended, by the proprietor, for sale in third States – Removal of the packaging of the goods – Directive 89/104/EEC – Regulation (EC) No 40/94 – Liability of the online-marketplace operator – Directive 2000/31/EC ('Directive on electronic commerce') – Injunctions against that operator – Directive 2004/48/EC ('Directive on the enforcement of intellectual property rights'))

In Case C-324/09,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 234 EC, from the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, (United Kingdom), made by decision of 16 July 2009, received at the Court on 12 August 2009, in the proceedings

L'Oréal SA,

Lancôme parfums et beauté & Cie SNC,

Laboratoire Garnier & Cie,

L'Oréal (UK) Ltd

v

eBay International AG,

eBay Europe SARL,

eBay (UK) Ltd,

Stephen Potts,

Tracy Ratchford,

Marie Ormsby,

James Clarke,

Joanna Clarke,

Glen Fox,

Rukhsana Bi,

THE COURT (Grand Chamber),

composed of V. Skouris, President, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, K. Schiemann, J.-J. Kasel and D. Šváby, Presidents of Chambers, A. Rosas, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič (Rapporteur), M. Safjan and M. Berger, Judges,

Advocate General: N. Jääskinen,

Registrar: L. Hewlett, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 22 June 2010,

after considering the observations submitted on behalf of:

– L'Oréal SA and Others, by H. Carr QC, D. Anderson QC and T. Mitcheson, Barrister,

– eBay International AG and Others, by T. van Innis and G. Glas, avocats,

– the United Kingdom Government, by H. Walker and L. Seeboruth, acting as Agents, and by C. May, Barrister,

– the French Government, by G. de Bergues, B. Beaupère-Manokha, J. Gstalster and B. Cabouat, acting as Agents,

– the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, and by S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

– the Polish Government, by M. Dowgielewicz and A. Rutkowska, acting as Agents,

– the Portuguese Government, by L. Inez Fernandes, acting as Agent,

– the European Commission, by H. Krämer, acting as Agent,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 9 December 2010

gives the following

Judgment

1. This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Articles 5 and 7 of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member

States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1), as amended by the Agreement on the European Economic Area of 2 May 1992 (OJ 1994 L 1, p. 3) ('Directive 89/104'), Articles 9 and 13 of Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ 1994 L 11, p. 1), Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1) and Article 11 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45).

2. The reference was made in proceedings between, on the one hand, L'Oréal SA and its subsidiaries Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie and L'Oréal (UK) Ltd (hereinafter referred to collectively as 'L'Oréal') and, on the other, three subsidiaries of eBay Inc., namely eBay International AG, eBay Europe SARL and eBay (UK) Ltd (hereinafter referred to collectively as 'eBay') as well as Mr Potts, Ms Ratchford, Ms Ormsby, Mr Clarke, Ms Clarke, Mr Fox and Ms Bi (hereinafter referred to collectively as 'the individual defendants'), concerning the sale, without L'Oréal's consent, of L'Oréal products on the online marketplace operated by eBay.

I – Legal context

A – Directive 89/104 and Regulation No 40/94

3. Directive 89/104 and Regulation No 40/94 were repealed by Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (codified version) (OJ 2008 L 299, p.25), which entered into force on 28 November 2008, and Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark (codified version) (OJ 2009 L 78, p. 1), which entered into force on 13 April 2009. The dispute in the main proceedings none the less continues to be governed, account being taken of the material dates, by Directive 89/104 and Regulation No 40/94.

4. Article 5 of Directive 89/104, entitled 'Rights conferred by a trade mark', was worded as follows:

'1. The registered trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered;

(b) any sign where, because of its identity with, or similarity to, the trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association between the sign and the trade mark.

2. Any Member State may also provide that the proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade any sign which is identical with, or similar to, the trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Member State and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark.

3. The following, inter alia, may be prohibited under paragraphs l and 2:

(a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;

(b) offering the goods, or putting them on the market or stocking them for these purposes under that sign, or offering or supplying services thereunder;

(c) importing or exporting the goods under the sign;

(d) using the sign on business papers and in advertising.

…'

5. The wording of Article 9(1)(a) and (b) of Regulation No 40/94 corresponded in substance to that of Article 5(1) of Directive 89/104. Paragraph 2 of Article 9 corresponded to paragraph 3 of Article 5. As to Article 9(1)(c) of Regulation No 40/94, it provided:

'A Community trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

…

(c) any sign which is identical with or similar to the Community trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the Community trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Community and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the Community trade mark'.

6. Article 7 of Directive 89/104, entitled 'Exhaustion of the rights conferred by a trade mark', stated:

'1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in [the European Economic Area] under that trade mark by the proprietor or with his consent.

2. Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialisation of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market.'

7. Under Article 13(1) of Regulation No 40/94, '[a] Community trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the [European Union] under that trade mark by the proprietor or with his consent'. The wording of Article 13(2) is identical to that of Article 7(2) of Directive 89/104.

B – Directive 2000/31 ('Directive on electronic commerce')

8. Article 2(a) of Directive 2000/31 defines 'information society services' by reference to Article 1(2) of Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services (OJ 1998 L 204, p. 37), as amended by Directive 98/48/EC of 20 July 1998 (OJ 1998 L 217, p. 18) ('Directive 98/34'), which refers to 'any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services'.

9. Article 1(2) of Directive 98/34 continues as follows:

…

'For the purposes of this definition:

– "at a distance" means that the service is provided without the parties being simultaneously present,

– "by electronic means" means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing … and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,

– "at the individual request of a recipient of services" means that the service is provided through the transmission of data on individual request.

…'

10. Article 6 of Directive 2000/31 states:

'In addition to other information requirements established by [European Union] law, Member States shall ensure that commercial communications which are part of, or constitute, an information society service comply at least with the following conditions:

…

(b) the natural or legal person on whose behalf the commercial communication is made shall be clearly identifiable;

…'

11. Chapter II of Directive 2000/31 includes a section (Section 4) entitled 'Liability of intermediary service providers', which comprises Articles 12 to 15.

12. Article 14 of Directive 2000/31, entitled 'Hosting', provides:

'1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information'.

13. Article 15 of Directive 2000/31, entitled 'No general obligation to monitor', provides:

'1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

…'

14. Chapter III of Directive 2000/31 includes, in particular, Article 18, entitled 'Court actions', which provides:

'Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services' activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.

…'

C – Directive 2004/48 ('Directive on the enforcement of intellectual property rights')

15. Recitals 1 to 3, 23, 24 and 32 in the preamble to Directive 2004/48 state:

'(1) The achievement of the internal market entails eliminating restrictions on freedom of movement and distortions of competition, while creating an environment conducive to innovation and investment. In this context, the protection of intellectual property is an essential element for the success of the internal market ... .

(2) … At the same time, it should not hamper freedom of expression, the free movement of information, or the protection of personal data, including on the internet.

(3) However, without effective means of enforcing intellectual property rights, innovation and creativity are discouraged and investment diminished. It is therefore necessary to ensure that the substantive law on intellectual property, which is nowadays largely part of the acquis communautaire, is applied effectively in the [European Union]. …

…

(23) … [r]ightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe the rightholder's industrial property right. The conditions and procedures relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States. As far as infringements of copyright and related rights are concerned, a comprehensive level of harmonisation is already provided for in Directive 2001/29/EC [of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10)]. Article 8(3) of Directive 2001/29/EC should therefore not be affected by this Directive.

(24) Depending on the particular case, and if justified by the circumstances, the measures, procedures and remedies to be provided for should include prohibitory measures aimed at preventing further infringements of intellectual property rights. ...

…

(32) This Directive respects the fundamental rights … recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In particular, this Directive seeks to ensure full respect for intellectual property, in accordance with Article 17(2) of that Charter.'

16. Article 2 of Directive 2004/48, which defines the scope of the directive, provides:

'1. Without prejudice to the means which are or may be provided for in [European Union] or national legislation, in so far as those means may be more favourable for rightholders, the measures, procedures and remedies provided for by this Directive shall apply … to any infringement of intellectual property rights as provided for by [European Union] law and/or by the national law of the Member State concerned.

...

3. This Directive shall not affect:

(a) ... Directive 2000/31/EC, in general, and Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC in particular;

...'.

17. Chapter II of Directive 2004/48, entitled 'Measures, procedures and remedies', contains six sections, the first of which, entitled 'General provisions', includes Article 3, which provides:

'1. Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this Directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

2. Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade ...'.

18. Section 5 of Chapter II of Directive 2004/48 is entitled 'Measures resulting from a decision on the merits of the case'. It is formed of Articles 10, 11 and 12, entitled, 'Corrective measures', 'Injunctions' and 'Alternative measures', respectively.

19. Under Article 11 of Directive 2004/48:

'Member States shall ensure that, where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right, the judicial authorities may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement. Where provided for by national law,

non-compliance with an injunction shall, where appropriate, be subject to a recurring penalty payment, with a view to ensuring compliance. Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC.'

20. Article 8(3) of Directive 2001/29, provides:

'Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

D – Directive 76/768 ('Directive on cosmetic products')

21. Article 6(1) of Council Directive 76/768/EEC of 27 July 1976 on the approximation of the laws of the Member States relating to cosmetic products (OJ 1976 L 262, p. 169), as amended by Directive 2003/15/EC of the European Parliament and of the Council of 27 February 2003 (OJ 2003 L 66, p. 26), provides:

'1. Member States shall take all measures necessary to ensure that cosmetic products may be marketed only if the container and packaging bear the following information in indelible, easily legible and visible lettering; the information mentioned in point (g) may, however, be indicated on the packaging alone:

(a) the name or style and the address or registered office of the manufacturer or the person responsible for marketing the cosmetic product who is established within the Community …;

(b) the nominal content at the time of packaging …;

(c) the date of minimum durability …;

(d) particular precautions to be observed in use …;

(e) the batch number of manufacture or the reference for identifying the goods. …;

(f) the function of the product, unless it is clear from the presentation of the product;

(g) a list of ingredients … .

…'.

E – National legislation

22. Directive 89/104 was incorporated into national law by the Trade Marks Act 1994. Section 10 of that Act implements Article 5(1) to (3) of Directive 89/104.

23. Directive 2000/31 was incorporated into national law by the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations. Regulation 19 thereof implements Article 14 of Directive 2000/31.

24. As regards the third sentence of Article 11 of Directive 2004/48, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland has not adopted specific rules to implement that provision. The power to grant injunctions is, however, governed by Section 37 of the Supreme Court Act 1981, by virtue of which the High Court may grant an injunction 'in all cases in which it appears to be just and convenient to do so'.

25. Directive 76/768 is incorporated into national law by the Cosmetic Products (Safety) Regulations. Regulation 12 thereof corresponds to Article 6(1) of Directive 76/768 and contravention of that regulation can constitute a criminal offence.

II – The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

26. L'Oréal is a manufacturer and supplier of perfumes, cosmetics and hair-care products. In the United Kingdom it is the proprietor of a number of national trade marks. It is also the proprietor of Community trade marks.

27. L'Oréal operates a closed selective distribution network, in which authorised distributors are restrained from supplying products to other distributors.

28. eBay operates an electronic marketplace on which are displayed listings of goods offered for sale by persons who have registered for that purpose with eBay and have created a seller's account with it. eBay charges a percentage fee on completed transactions.

29. eBay enables prospective buyers to bid for items offered by sellers. It also allows items to be sold without an auction, and thus for a fixed price, by means of a system known as 'Buy It Now'. Sellers can also set up online shops on eBay sites. An online shop lists all the items offered for sale by one seller at a given time.

30. Sellers and buyers must accept eBay's online-market user agreement. One of the terms of that agreement is a prohibition on selling counterfeit items and on infringing trade marks.

31. In some cases eBay assists sellers in order to enhance their offers for sale, to set up online shops, to promote and increase their sales. It also advertises some of the products sold on its marketplace using search engine operators such as Google to trigger the display of advertisements.

32. On 22 May 2007, L'Oréal sent eBay a letter expressing its concerns about the widespread incidence of transactions infringing its intellectual property rights on eBay's European websites.

33. L'Oréal was not satisfied with the response it received and brought actions against eBay in various Member States, including an action before the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division.

34. L'Oréal's action before the High Court of Justice sought a ruling, first, that eBay and the individual defendants are liable for sales of 17 items made by those individuals through the website www.ebay.co.uk, L'Oréal claiming that those sales infringed the rights conferred on it by, inter alia, the figurative Community trade mark including the words 'Amor Amor' and the national word mark 'Lancôme'.

35. It is common ground between L'Oréal and eBay that two of those 17 items are counterfeits of goods bearing L'Oréal trade marks.

36. Although L'Oréal does not claim that the other 15 items are counterfeits, it none the less considers that the sale of the items infringed its trade mark rights, since those items were either goods that were not intended for sale (such as tester or dramming products) or goods bearing L'Oréal trade marks intended for sale in North America and not in the European Economic Area ('EEA'). Furthermore, some of the items were sold without packaging.

37. Whilst refraining from ruling at this stage on the question as to the extent to which L'Oréal's trade mark rights have been infringed, the High Court of Justice has confirmed that the individual defendants made the sales described by L'Oréal on the website www.ebay.co.uk.

38. Second, L'Oréal submits that eBay is liable for the use of L'Oréal trade marks where those marks are displayed on eBay's website and where sponsored links triggered by the use of keywords corresponding to the trade marks are displayed on the websites of search engine operators, such as Google.

39. Concerning the last point, it is not disputed that eBay, by choosing keywords corresponding to L'Oréal trade marks in Google's 'Ad Words' referencing service, caused to be displayed, each time that there was a match between a keyword and the word entered in Google's search engine by an internet user, a sponsored link to the site www.ebay.co.uk. That link would appear in the 'sponsored links' section displayed on either the right-hand side, or on the upper part, of the screen displayed by Google.

40. Thus, on 27 March 2007, when an internet user entered the words 'shu uemura' – which in essence coincide with L'Oréal's national word mark 'Shu Uemura' – as a search string in the Google search engine, the following eBay advertisement was displayed in the 'sponsored links' section:

'Shu Uemura

Great deals on Shu uemura

Shop on eBay and Save!

www.ebay.co.uk'.

41. Clicking on that sponsored link led to a page on the www.ebay.co.uk website which showed '96 items found for shu uemura'. Most of those items were expressly stated to be from Hong Kong.

42. Similarly, taking one of the other examples, when, on 27 March 2007, an internet user entered the words 'matrix hair', which correspond in part to L'Oréal's national word mark 'Matrix', as a search string in the Google search engine, the following eBay listing was displayed as a 'sponsored link':

'Matrix hair

Fantastic low prices here

Feed your passion on eBay.co.uk!

www.ebay.co.uk'.

43. Third, L'Oréal has claimed that, even if eBay was not liable for the infringements of its trade mark rights, it should be granted an injunction against eBay by virtue of Article 11 of Directive 2004/48.

44. L'Oréal reached a settlement with some of the individual defendants (Mr Potts, Ms Ratchford, Ms Ormsby, Mr Clarke and Ms Clarke) and obtained judgment in default against the others (Mr Fox and Ms Bi). Subsequently, in March 2009, a hearing dealing with the action against eBay was held before the High Court of Justice.

45. By judgment of 22 May 2009, the High Court of Justice made a number of findings of fact and concluded that the state of the proceedings did not permit final judgment in the case, as a number of questions of law first required an interpretation from the Court of Justice of the European Union.

46. In its judgment, the High Court of Justice notes that eBay has installed filters in order to detect listings which might contravene the conditions of use of the site. That court also notes that eBay has developed, using a programme called 'VeRO' (Verified Rights Owner), a notice and take-down system that is intended to provide intellectual property owners with assistance in removing

infringing listings from the marketplace. L'Oréal has declined to participate in the VeRO programme, contending that the programme is unsatisfactory.

47. The High Court of Justice has also stated that eBay applies sanctions, such as the temporary – or even permanent – suspension of sellers who have contravened the conditions of use of the online marketplace.

48. Despite the findings set out above, the High Court of Justice took the view that eBay could do more to reduce the number of sales on its online marketplace which infringe intellectual property rights. According to that court, eBay could use additional filters. It could also include in its rules a prohibition on selling, without the consent of the trade mark proprietors, trade-marked goods originating from outside the EEA. It could also impose additional restrictions on the volumes of products that can be listed at any one time and apply sanctions more rigorously.

49. The High Court of Justice states, however, that the fact that it would be possible for eBay to do more does not necessarily mean that it is legally obliged to do so.

50. By decision of 16 July 2009, which follows on from the judgment of 22 May 2009, the High Court of Justice decided to stay the proceedings and refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

'(1) Where perfume and cosmetic testers (i.e. samples for use in demonstrating products to consumers in retail outlets) and dramming bottles (i.e. containers from which small aliquots can be taken for supply to consumers as free samples) which are not intended for sale to consumers (and are often marked "not for sale" or "not for individual sale") are supplied without charge to the trade mark proprietor's authorised distributors, are such goods "put on the market" within the meaning of Article 7(1) of [Directive 89/104] and Article 13(1) of [Regulation No 40/94]?

(2) Where the boxes (or other outer packaging) have been removed from perfumes and cosmetics without the consent of the trade mark proprietor, does this constitute a "legitimate reason" for the trade mark proprietor to oppose further commercialisation of the unboxed products within the meaning of Article 7(2) of [Directive 89/104] and Article 13(2) of [Regulation No 40/94]

(3) Does it make a difference to the answer to question 2 above if:

(a) as a result of the removal of the boxes (or other outer packaging), the unboxed products do not bear the information required by Article 6(1) of [Directive 76/768], and in particular do not bear a list of ingredients or a "best before date"?

(b) as a result of the absence of such information, the offer for sale or sale of the unboxed products constitutes a criminal offence according to the law of the Member State of the Community in which they are offered for sale or sold by third parties?

(4) Does it make a difference to the answer to question 2 above if the further commercialisation damages, or is likely to damage, the image of the goods and hence the reputation of the trade mark? If so, is that effect to be presumed, or is it required to be proved by the trade mark proprietor?

(5) Where a trader which operates an online marketplace purchases the use of a sign which is identical to a registered trade mark as a keyword from a search engine operator so that the sign is displayed to a user by the search engine in a sponsored link to the website of the operator of the online marketplace, does the display of the sign in the sponsored link constitute "use" of the sign within the meaning of Article 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94]?

(6) Where clicking on the sponsored link referred to in question 5 above leads the user directly to advertisements or offers for sale of goods identical to those for which the trade mark is registered under the sign placed on the website by other parties, some of which infringe the trade mark and some [of] which do not infringe the trade mark by virtue of the differing statuses of the respective goods, does that constitute use of the sign by the operator of the online marketplace "in relation to" the infringing goods within the meaning of 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94]?

(7) Where the goods advertised and offered for sale on the website referred to in question 6 above include goods which have not been put on the market within the EEA by or with the consent of the trade mark proprietor, is it sufficient for such use to fall within the scope of Article 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94] and outside Article 7(1) of [Directive 89/104] and Article 13(1) of [Regulation No 40/94] that the advertisement or offer for sale is targeted at consumers in the territory covered by the trade mark or must the trade mark proprietor show that the advertisement or offer for sale necessarily entails putting the goods in question on the market within the territory covered by the trade mark?

(8) Does it make any difference to the answers to questions 5 to 7 above if the use complained of by the trade mark proprietor consists of the display of the sign on the web site of the operator of the online marketplace itself rather than in a sponsored link?

(9) If it is sufficient for such use to fall within the scope of Article 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94] and outside Article 7 … of [Directive 89/104] and

Article 13 … of [Regulation No 40/94] that the advertisement or offer for sale is targeted at consumers in the territory covered by the trade mark:

(a) does such use consist of or include "the storage of information provided by a recipient of the service" within the meaning of Article 14(1) of [Directive 2000/31]?

(b) if the use does not consist exclusively of activities falling within the scope of Article 14(1) of [Directive 2000/31], but includes such activities, is the operator of the online marketplace exempted from liability to the extent that the use consists of such activities and if so may damages or other financial remedies be granted in respect of such use to the extent that it is not exempted from liability?

AB Adalet Divanı - C-324/09 - L'Oréal and Others - 12 July 2011 - Opinion of Advocate General Jääskinen

OPINION OF ADVOCATE GENERAL

JÄÄSKINEN

delivered on 9 December 2010 (1)

Case C-324/09

L'Oréal SA

Lancôme parfums et beauté & Cie

Laboratoire Garnier & Cie

L'Oréal (UK) Limited

v

eBay International AG

eBay Europe SARL

eBay (UK) Limited

(Reference for a preliminary ruling from the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division (United Kingdom))

(Information society – Search engine – Keyword advertising – Operator of electronic marketplace – Keywords corresponding to trade marks – Directive 89/104/EEC ('Trade Mark directive') – Articles 5 and 7 – Regulation (EC) No 40/94 ('Community Trade mark regulation') – Articles 9 and 13 – Liability of an operator of electronic marketplace for the information it hosts – Directive 2000/31/EC ('Directive on electronic commerce') – Article 14 – Member States' duty to ensure that rightholders are in a position to apply for injunctions against intermediary providers of services used by third parties to infringe those rights – Directive 2004/48/EC ('Directive on the enforcement of intellectual property rights') – Article 11 – Freedom of expression – Freedom of Commerce – Directive 76/768 ('Cosmetics directive'))

I – Introduction

1. The dispute in the main proceedings is between L'Oréal SA and its subsidiaries ('L'Oréal'), on the one hand, and three subsidiaries of eBay Inc. ('eBay'), together with certain natural persons,

on the other. It relates to offers for sale of goods by these persons on eBay's electronic marketplace. The offers for sale allegedly infringe L'Oréal's intellectual property rights.

2. eBay, the defendant in the national proceedings, operates a popular and sophisticated electronic marketplace in the internet. It has built up a system which greatly facilitates the selling and buying over the internet by individuals, with a powerful search engine, a secure payment system and extensive geographical coverage. It has also designed compliance mechanisms to fight sales of counterfeit goods. To attract new customers to its web site, eBay has also bought keywords, such as well-known trade marks, from paid internet referencing services (such as Google's AdWords). The use of a selected keyword in the search engine triggers the display of an advertisement and a sponsored link, which leads directly to eBay's electronic marketplace.

3. L'Oréal, the applicant in the national proceedings, is a global company with a very wide product range enjoying trade mark protection, including well-known marks with worldwide reputation. Its primary concern in this case is the trade of various counterfeit L'Oréal products on eBay's electronic marketplace. For L'Oréal, the situation is aggravated by the fact that some of the products are not meant for sale in the European Economic Area ('EEA'), but end up here through eBay sales. Some of the cosmetic products are sold without the original packaging. In L'Oréal's view, by buying the keywords eBay attracts customers to its electronic marketplace to buy L'Oréal branded goods in infringement of its trade mark rights. To stop the individual sellers in an effective way, L'Oréal would like to obtain court orders against eBay so that its trade marks would be better protected.

4. For the Court, this preliminary reference touches on the topical legal question relating to the application of trade mark protection in the new environment of electronic commerce and information society services in the internet. The Court is called upon to draw the right balance between the protection of the legitimate interests of the trade mark proprietor, on the one hand, and those of businesses and private individuals using the new trading opportunities offered by internet and electronic commerce, on the other hand. Some of the questions can be answered on the basis of existing case-law whereas others require further interpretation of several European Union (EU) legislative acts.

5. The main challenge for the Court lies in the double-balancing act the Court is called to undertake. Not only is the Court requested by the national court to give an interpretation of the EU law provisions in this challenging setting, but it should at the same time ensure that the interpretation given of the instruments in question would remain applicable in settings with different parameters. The trade marks in question are well known and the products are luxury

products but the applicable EU law provisions do apply to all trade marks and all kinds of goods. Electronic marketplace is global and it has many specific features. While the replies given should take into account the specificities of the case before the national court, they should, at the same time, be based on a global view on how this system should function in general. In my view, this case is more complicated than Google France and Google (2) in many aspects.

6. In this case, the Court is called to give an interpretation among others concerning (i) the legal position under EU trade mark law pursuant to Directive 89/104 ('Trade Mark Directive') (3) of an electronic marketplace operator who (a) purchases keywords identical to trade marks from a paid internet referencing service so that the search engine results will display a link that leads to marketplace operator's website, and (b) stores on its website on behalf of its clients offers for sale of counterfeit, unpackaged or non-EEA source branded products; (ii) the definition of the scope of the exemption of the information service providers' liability, as contained in Article 14 of Directive 2000/31 ('Directive on electronic commerce'); (4) (iii) the definition of the scope of the right to obtain an injunction against an intermediary whose services are used by a third party referred to in Article 11 of Directive 2004/48 ('Directive on the enforcement of intellectual property rights') (5) and (iv) concerning certain provisions of Directive 76/768 ('the cosmetics directive'). (6)

II – Legal context

A – European Union law (7)

Directive 76/768

7. Article 6(1) of Directive 76/768 on cosmetic products requires the Member States to take all measures necessary to ensure that cosmetic products may be marketed only if the container and packaging bear the information specified in that provision in indelible, easily legible and visible lettering. That information includes, inter alia, (a) the name and the address or registered office of the manufacturer or the person responsible for marketing the cosmetic product who is established within the Community; (b) the nominal content at the time of packaging; (c) the date of minimum durability; (d) particular precautions to be observed in use; (e) the batch number of manufacture or the reference for identifying the goods; (f) the function of the product, unless it is clear from the presentation of the product; and (g) a list of ingredients.

Directive 89/104 (8)

8. Article 5 of Directive 89/104 on trade marks, entitled 'Rights conferred by a trade mark' is worded as follows:

'1. The registered trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered;

…

3. The following, inter alia, may be prohibited under paragraphs l and 2:

…

(b) offering the goods, or putting them on the market or stocking them for these purposes under that sign, or offering or supplying services thereunder;

(c) importing or exporting the goods under the sign;

(d) using the sign on business papers and in advertising.

…'

9. Article 6(1) of Directive 89/104, entitled 'Limitation of the effects of a trade mark', read as follows:

'1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade,

…

(b) indications concerning the kind, quality, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of the service, or other characteristics of goods or services;

(c) the trade mark where it is necessary to indicate the intended purpose of a product or service, in particular as accessories or spare parts;

provided he uses them in accordance with honest practices in individual or commercial matters.'

10. Article 7 of Directive 89/104, entitled 'Exhaustion of the rights conferred by a trade mark' states:

'1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the [European Economic Area (EEA)] under that trade mark by the proprietor or with his consent.

2. Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialisation of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market.'

Directive 2000/31

11. Recital 9 in the preamble to Directive 2000/31 on electronic commerce is worded as follows:

'The free movement of information society services can in many cases be a specific reflection in Community law of a more general principle, namely freedom of expression as enshrined in Article 10(1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which has been ratified by all the Member States; for this reason, directives covering the supply of information society services must ensure that this activity may be engaged in freely in the light of that article, subject only to the restrictions laid down in paragraph 2 of that article and in Article 46(1) of the Treaty; this directive is not intended to affect national fundamental rules and principles relating to freedom of expression.'

12. Recitals 42, 43 and 45 to 48 in the preamble to Directive 2000/31 state:

'(42) The exemptions from liability established in this directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

(43) A service provider can benefit from the exemptions for "mere conduit" and for "caching" when he is in no way involved with the information transmitted; this requires among other things that he does not modify the information that he transmits; this requirement does not cover manipulations of a technical nature which take place in the course of the transmission as they do not alter the integrity of the information contained in the transmission.

…

(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; such injunctions can in particular consist of orders by courts or administrative authorities requiring the termination or prevention of any infringement, including the removal of illegal information or the disabling of access to it.

(46) In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level; this Directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

(47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.

(48) This directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duties of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.'

13. Article 2(a) of Directive 2000/31 defines 'information society services' by reference to Article 1(2) of Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (9) as 'any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services'.

14. Chapter II of Directive 2000/31 includes a section 4, entitled 'Liability of intermediary service providers', which contains Articles 12 to 15. (10)

15. Article 14 of Directive 2000/31, entitled 'Hosting', provides:

'1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.'

16. Article 15 of Directive 2000/31, entitled 'No general obligation to monitor', provides:

'1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

Directive 2004/48

17. Recital 23 in the preamble to Directive 2004/48 on enforcement of intellectual property rights states:

'Without prejudice to any other measures, procedures and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe the rightholder's industrial property right. The conditions and procedures relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States. As far as infringements of copyright and related rights are concerned, a comprehensive level of harmonisation is already provided for in Directive 2001/29/EC [of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10)]. Article 8(3) of Directive 2001/29/EC should therefore not be affected by this Directive.'

18. Article 3 of Directive 2004/48, entitled 'General obligation', reads as follows:

'1. Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this Directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

2. Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.'

19. Chapter II of Directive 2004/48, entitled 'Measures, procedures and remedies', contains a section 4, entitled 'Provisional and precautionary measures', which consists of Article 9, entitled with the same wording. Furthermore, the same Chapter also contains a section 5, entitled 'Measures resulting from a decision on the merits of the case', which comprises Articles 10, 11 and 12, entitled respectively 'Corrective measures', 'Injunctions' and 'Alternative measures'.

20. Article 11 of Directive 2004/48 states:

'Member States shall ensure that, where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right, the judicial authorities may issue against the infringer an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement. Where provided for by national law, non-compliance with an injunction shall, where appropriate, be subject to a recurring penalty payment, with a view to ensuring compliance. Member States shall also ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right, without prejudice to Article 8(3) of Directive 2001/29/EC.' (11)

III – The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

L'Oréal

21. L'Oréal is a manufacturer and supplier of perfumes, cosmetics and hair care products. In the United Kingdom it is the proprietor of a number of national trade marks. It is also the proprietor of Community trade marks. One of those Community trade marks is a device mark that includes the words 'Amor Amor'. The other trade marks in issue in the main proceedings are either word marks or barely stylised word marks. It is common ground that each of the trade marks at issue is very well known in the United Kingdom. (12)

22. L'Oréal operates a closed selective distribution network. Distribution is thus controlled by means of distribution contracts which restrain authorised distributors from supplying products to non-authorised distributors.

eBay

23. eBay operates an electronic marketplace on which are displayed listings of goods offered for sale by persons who have created a seller's account at eBay. Buyers bid on the products listed by

these persons. According to the information summarised in the order for reference, there are on average 16 million listings on the www.ebay.co.uk site.

24. Sellers and purchasers must register themselves as users by creating a User ID (13) and accept eBay's user agreement. It is a breach of the user agreement to sell any counterfeit items or infringe trade marks. The user agreement also requires compliance with eBay's policies. All sellers from the United Kingdom are required to accept payment by PayPal, a secure payment mechanism operated by PayPal (Europe) Sarl&Cie, being currently a subsidiary of eBay Inc., which is a Luxembourg financial institution. eBay charges a percentage on the transactions executed on its electronic marketplace.

25. An item is offered on eBay for a specified period (generally 1, 3, 5, 7 or 10 days) during which time eBay users post bids on the listed item. Bids are accepted in increments and when the selling period expires the item is sold to the highest bidder. In addition, by a technique known as 'proxy bidding', prospective buyers can set the highest price which they are prepared to pay and then instruct the eBay site automatically to bid in increments up to that limit.

26. eBay also permits items to be sold without an auction and thus at a fixed price (the 'buy it now' system). Moreover, sellers can create 'online shops' on the site, which list all of the items the seller has for sale at any one time and thus operate as virtual shops on the eBay site. eBay grants their most successful sellers 'Power Seller' status if they achieve and maintain excellent sales performance records and comply with eBay rules and policies. There are five levels of PowerSeller, from Bronze to Titanium, depending on the seller's sales volumes.

27. eBay provides detailed assistance to sellers in categorising and describing the items they offer for sale, in creating their own on-line shops and in promoting and increasing sales. eBay thus organises the sale, conducts the auction (including the making of proxy bids), provides a watching service to notify members of items in which they are interested and promotes and advertises goods through third party websites.

28. It is common ground between L'Oréal and eBay that the latter does not act as agent for the sellers of the goods and that it is not in any way in possession of the goods.

29. It is also common ground that eBay uses a large number of software filters to search listings for possible breaches of its policies. When a listing is flagged by one of the software filters as potentially contravening a policy, it is reviewed by an eBay customer services representative. Tens of thousands of listings are removed each month as a result of filtering or complaints.

30. eBay also operates a 'VeRO' (Verified Rights Owner) programme, which is a notice and take-down system intended to provide intellectual property owners with assistance in removing infringing listings from the site. In order to participate in the VeRO programme, rights owners must complete and submit a form in respect of listings which they consider infringe their rights. They must identify each listing complained of by item number and in each case identify the reason for objecting to the listing by means of a 'reason code'. There are 16 reason codes identifying different types of infringement. When a listing is taken down, eBay reimburses any fees paid by the seller. According to the information set out in the order for reference, more than 18 000 right owners participate in the VeRO programme. L'Oréal has declined to participate in the programme as it contends that the programme is inadequate.

31. When a VeRO notice is received by eBay Europe it is reviewed by a customer services representative. If he finds that the listing complained of infringes the complainant's rights, he will take down the listing without further investigation. If necessary, the representative will consult a specialist within his team. If the specialist thinks it necessary, an in-house lawyer will be consulted. In 2007 about 90 percent of listings reported through the VeRO programme were taken down within 6 to 12 hours and about 98 percent were taken down within 24 hours.

32. Before the national court eBay emphasised that it was difficult for it to adjudicate on allegations of infringement made by rights owners. It assumes that such allegations are well founded unless they appear obviously unfounded.

33. Furthermore, eBay applies a variety of sanctions to users who breach its policies, such as removal of the listing, temporary suspension of the seller and permanent suspension. Worldwide, eBay suspends about 2 million users annually, including about 50 000 under the VeRO programme. A higher level of scrutiny is applied to users selling more than 500 brands classified by eBay as 'high risk brands'.

The dispute

34. On 22 May 2007 L'Oréal sent a letter notifying eBay of its concerns regarding the widespread sale of infringing goods on eBay's European websites and requesting eBay to take steps to address these concerns. L'Oréal was not satisfied with eBay's response and brought several actions, including the action before the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division (the 'High Court'). The referring court states that the alleged infringements took place from November 2006 to April 2008 and that eBay's activities have changed over the time with which this case in concerned.

35. In concrete terms, the purpose of L'Oréal's action before the High Court is to obtain a ruling that certain individuals have infringed one or more of its trade marks as users of eBay internet marketplace by using signs identical to the trade marks in relation to goods identical to those for which the trade marks are registered.

36. In the action L'Oréal claims that eBay is jointly liable for these infringements. It also claims that eBay is primarily liable for the use, in relation to the infringing goods, of the Link Marks on its site and in sponsored links on third party search engines. (14) That advertising link, accompanied by a short commercial message, constitute an advertisement (an 'ad'). (15) As regards those sponsored links, it is common ground that eBay has purchased keywords consisting of the Link Marks in order to trigger, on search engines such as Google, MSN and Yahoo, links to its own site.

37. Thus, on 27 March 2007, when an internet user entered the words 'shu uemura' as a search string in the Google search engine, the following eBay ad appeared as a sponsored link:

'Shu Uemura

Great deals on Shu uemura

Shop on eBay and Save!

www.ebay.co.uk'

38. Clicking on this ad link led to a page on the eBay site showing a search for 'shu uemura' in 'all categories' with the result '96 items found for shu uemura'.

39. L'Oréal has alleged that most of these items were infringing goods, (16) expressly stated to be 'from Hong Kong' or (in one case) 'from USA'.

40. The essential complaint made against eBay is thus that by using L'Oréal's trade marks, eBay directs its users to infringing goods. Furthermore, as a result of its close involvement in pre-sale activities, which lead to the listing and promotion of goods on its sites, and to sales and after sales processes, eBay is closely involved in the infringements committed by individual sellers.

41. Moreover, L'Oréal has argued that, even if eBay is not itself liable for trade mark infringement, an injunction should be issued against it pursuant to Article 11 of Directive 2004/48.

42. L'Oréal is currently no longer pursuing action against the individual sellers: the national dispute is now only between L'Oreál and eBay. (17)

43. By its judgment of 22 May 2009, the High Court has decided to stay the proceedings and to refer questions for a preliminary ruling to the Court of Justice (the 'judgment of 22 May 2009').

The preliminary reference was adopted by the High Court on 16 July 2009 (the 'order of 16 July 2009').

44. According to the High Court, eBay could do more to minimise the sale of counterfeit products on its site. (18) The High Court nevertheless emphasises that the fact that it would be possible for eBay to do more does not necessarily mean that it is legally obliged to do more.

The questions referred

45. The questions referred by the High Court in the order of 16 July 2009 are as follows:

'(1) Where perfume and cosmetic testers (i.e. samples for use in demonstrating products to consumers in retail outlets) and dramming bottles (i.e. containers from which small aliquots can be taken for supply to consumers as free samples) which are not intended for sale to consumers (and are often marked "not for sale" or "not for individual sale") are supplied without charge to the trade mark proprietor's authorised distributors, are such goods "put on the market" within the meaning of Article 7(1) of [Directive 89/104] and Article 13(1) of [Regulation No 40/94]?

(2) Where the boxes (or other outer packaging) have been removed from perfumes and cosmetics without the consent of the trade mark proprietor, does this constitute a "legitimate reason" for the trade mark proprietor to oppose further commercialisation of the unboxed products within the meaning of Article 7(2) of [Directive 89/104] and Article 13(2) of [Regulation No 40/94]?

(3) Does it make a difference to the answer to question 2 above if:

(a) as a result of the removal of the boxes (or other outer packaging), the unboxed products do not bear the information required by Article 6(1) of [Directive 76/768], and in particular do not bear a list of ingredients or a "best before date"?

(b) as a result of the absence of such information, the offer for sale or sale of the unboxed products constitutes a criminal offence according to the law of the Member State of the Community in which they are offered for sale or sold by third parties?

(4) Does it make a difference to the answer to question 2 above if the further commercialisation damages, or is likely to damage, the image of the goods and hence the reputation of the trade mark? If so, is that effect to be presumed, or is it required to be proved by the trade mark proprietor?

(5) Where a trader which operates an online marketplace purchases the use of a sign which is identical to a registered trade mark as a keyword from a search engine operator so that the sign is displayed to a user by the search engine in a sponsored link to the website of the operator of the

online marketplace, does the display of the sign in the sponsored link constitute "use" of the sign within the meaning of Article 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94]?

(6) Where clicking on the sponsored link referred to in question 5 above leads the user directly to advertisements or offers for sale of goods identical to those for which the trade mark is registered under the sign placed on the website by other parties, some of which infringe the trade mark and some which do not infringe the trade mark by virtue of the differing statuses of the respective goods, does that constitute use of the sign by the operator of the online marketplace "in relation to" the infringing goods within the meaning of 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94]?

(7) Where the goods advertised and offered for sale on the website referred to in question 6 above include goods which have not been put on the market within the EEA by or with the consent of the trade mark proprietor, is it sufficient for such use to fall within the scope of Article 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94] and outside Article 7(1) of [Directive 89/104] and Article 13(1) of [Regulation No 40/94] that the advertisement or offer for sale is targeted at consumers in the territory covered by the trade mark or must the trade mark proprietor show that the advertisement or offer for sale necessarily entails putting the goods in question on the market within the territory covered by the trade mark?

(8) Does it make any difference to the answers to questions 5 to 7 above if the use complained of by the trade mark proprietor consists of the display of the sign on the web site of the operator of the online marketplace itself rather than in a sponsored link?

(9) If it is sufficient for such use to fall within the scope of Article 5(1)(a) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) of [Regulation No 40/94] and outside Article 7(1) of [Directive 89/104] and Article 13(1) of [Regulation No 40/94] that the advertisement or offer for sale is targeted at consumers in the territory covered by the trade mark:

(a) does such use consist of or include "the storage of information provided by a recipient of the service" within the meaning of Article 14(1) of [Directive 2000/31]?

(b) if the use does not consist exclusively of activities falling within the scope of Article 14(1) of [Directive 2000/31], but includes such activities, is the operator of the online marketplace exempted from liability to the extent that the use consists of such activities and if so may damages or other financial remedies be granted in respect of such use to the extent that it is not exempted from liability?

(c) in circumstances where the operator of the online marketplace has knowledge that goods have been advertised, offered for sale and sold on its website in infringement of registered trade marks, and that infringements of such registered trade marks are likely to continue to occur through the advertisement, offer for sale and sale of the same or similar goods by the same or different users of the website, does this constitute "actual knowledge" or "awareness" within the meaning of Article 14(1) of [Directive 2000/31]?

(10) Where the services of an intermediary such as an operator of a website have been used by a third party to infringe a registered trade mark, does Article 11 of [Directive 2004/48] require Member States to ensure that the trade mark proprietor can obtain an injunction against the intermediary to prevent further infringements of the said trade mark, as opposed to continuation of that specific act of infringement, and if so what is the scope of the injunction that shall be made available?'

IV – Preliminary observations

A – Policy issues at stake

46. I recall that the Court's recent case-law (19) has enhanced the protection of trade marks, especially those with a reputation, and taken into account not only the essential function of the trade mark to indicate the commercial origin of goods and services, but also the other functions of trade marks such as quality, investment and advertising functions. (20) These other functions are relevant in the contemporary business life where trade marks often acquire independent economic value as brands that are used to communicate wider messages than the simple origin of goods or services. In my opinion these developments have been taken into account in order to enable the EU trade mark law to serve a useful purpose.

47. However, it should not be forgotten that while a trade mark, unlike a copyright or a patent, (21) offers only relative protection, that protection is offered for an unlimited period of time as long as the trade mark is used and its registration upheld. Trade mark protection applies only to the use of a sign as a trade mark in the course of trade and covers only uses that are relevant for the various functions of trade marks. In addition, the protection is usually limited to identical or similar goods unless the trade mark has a reputation. Moreover, the protection is subject to legal limitations, it is exhausted when the trade mark proprietor has realised the economic value inherent in the trade mark in relation to the goods, and it is territorially limited.

48. The abovementioned limitations and restrictions are necessary to uphold freedom of commerce and competition (22) which requires that distinctive signs and linguistic expressions are available for businesses for labelling goods and services, that the trade mark proprietors cannot

prevent legitimate commercial and non-commercial use of the protected signs and that freedom of expression is not unduly restricted. (23)

49. It should not be forgotten that the listings uploaded by users to eBay's marketplace are communications protected by the fundamental rights of freedom of expression and information provided by Article 11 of Charter of Fundamental Rights of the EU and Article 10 of the European Convention on Human Rights. (24)

50. Electronic marketplaces like eBay have created unprecedented opportunities both for businesses and private persons to trade directly with each other with reduced risks relating to delivery and payment. The main proceedings as well as similar litigation in other Member States and third country jurisdictions show that these opportunities can be abused (25) and result in copyright and trade mark infringements. (26) Therefore it is legitimate to ensure that effective legal protection is available to holders of intellectual propertly rights also in these new environments. Nevertheless, such protection may not infringe the rights of the users and providers of these services.

51. In the context of trade mark protection it should be recalled that trade marks are not protected in the context of non-business transactions. Moreover, the trade mark proprietor may not oppose transactions and practices that do not have an adverse effect on the functions of trade marks such as purely descriptive use of a trade mark or its use in legitimate comparative advertising.

52. The same applies to activities in the context of legitimate use as defined in Article 6 of Directive 89/104 or relating to goods concerning which trade mark protection has been exhausted pursuant to Article 7 of that Directive. Such legitimate use may also concern luxury cosmetic products like L'Oréal's. For example, it is conceivable that a husband wants to sell an unopened box of expensive make-up cream he has bought for his wife for Christmas after she has revealed that she is allergic to some of the ingredients. A trader may have bought a stock of trade mark protected perfumes from the bankrupt estate of a shopkeeper who had been a member of the selective distribution network of the trade mark proprietor, and wants to sell them using the services of an electronic marketplace. (27) Hence, there may be legitimate second hand transactions and offers of cosmetic products even if they will be rarer than in the context of durable household goods, vehicles, boats or design items. In any case, the answers to be given to this preliminary reference have to be such as not to restrain legal uses of a sign relating to any categories of goods that a trade mark proprietor cannot legitimately oppose.

53. It is also important to note that the purpose of Directive 2000/31 is to promote the provision of information society services and electronic commerce, which is made clear in its preamble. The

limitations of liability in Articles 12, 13 and 14 of that directive aim at enabling the provision of information society services without the risk of legal liability which the service provider cannot prevent beforehand without losing the economic and technical viability of the business model. Therefore, when balancing the rights of trade mark proprietors and the obligations of information society service providers such as eBay, it is necessary to define what the service provider can rightfully be expected to do in order to prevent infringements by third parties.

B – Primary and secondary liability as regards trade mark infringements

54. One of the issues in the present case is whether eBay can be held primarily liable for infringements of L'Oreal's trade marks due to the fact that the infringing goods are sold through the electronic market place it hosts. Such primary liability can be eBay's liability over its own infringements or coincide with the liability of the sellers as regards the infringements for which they are responsible. In the latter case the same factual situation may give rise to two interrelated but independent infractions. (28) So the question is whether eBay has itself infringed L'Oréal's trade marks. Such liability depends on the interpretation and application of the harmonised EU law provisions on trade marks, more precisely of Articles 5, 6 and 7 of Directive 89/104 and corresponding provisions of Regulation 40/94.

55. This case also concerns something which I will call 'secondary liability': it refers here to the possible liability of an information society service provider for infringements committed by users of the service. (29) As the High Court rightly notes, this type of liability for trade mark infringements committed by others is not harmonised in EU trade mark legislation but is a matter of national law. There is no provision in EU law requiring businesses to prevent trade mark infringements by third parties or to refrain from acts or practices that might contribute to or facilitate such infringements. (30) However, partial harmonisation of such liability, or more precisely, conditions of its absence, is provided by Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31. In addition, EU law requires that injunctions are available against intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right.

56. It follows that issues such as contributory or vicarious infringements of trade marks discussed in the United States doctrine remain outside of the scope of these preliminary proceedings. The same applies to similar constructions of other legal systems such as joint tortfeasorship under common law or the so-called Störerhaftung in Germany. (31)

57. In the doctrine and case-law of the United States the position of electronic marketplaces is often analysed by using an analogy to the principles governing flea markets or garage sales. (32) Though such analogies may be illustrative, in the context of EU law the most fruitful method is

the purposeful interpretation of the relevant legislative instruments and application of principles established in the case-law of the Court.

58. It is perhaps important to observe that in national court cases concerning the liability of eBay or similar electronic marketplaces there is to my knowledge not a single judgment where the marketplace operator would have been found to be a primary infringer of third party trade marks. According to some commentators, there seems to be case-law on secondary liability from some French and United States courts finding the electronic marketplace liable whereas other French and United States courts as well as Belgian and German courts have denied the existence of such liability. However, in German case-law electronic marketplaces have been made subject to injunctions concerning the prevention of further trade mark infringements by third parties on the basis of the so-called 'Störerhaftung' even if the Courts have declined to attribute civil liability to the marketplaces. (33)

C – The trade mark identity protection and keywords in an internet referencing service

59. The High Court summarises the issues underlying the preliminary questions into four groups: the issues relating to the nature of the goods sold by the defendants as infringing goods; the existence of joint (34) or primary liability of eBay; the availability of a defence for eBay under Article 14 of Directive 2000/31; and the existence of a remedy for L'Oréal under Article 11 of Directive 2004/48. Infringing goods can be divided into four groups: counterfeits, non-EEA goods, tester and dramming products and unboxed products.

60. The preliminary reference is based on the assumption that the EU trade mark law provision applicable is Article 5(1)(a) of Directive 89/104. This provision regulates the so-called protection of identity or use of a sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered. According to the case-law of the Court this requires absolute identity between the sign and the trade mark and is excluded even if there are minor or insignificant differences between them. (35)

61. A keyword of a search engine is a string of signs, in most instances letters. A keyword is often not case sensitive, but can be so specified. It appears from the preliminary reference that some of the trade marks involved in the case are barely stylised word marks and one is a device mark including the words AMOR AMOR in manuscript block capitals. (36)

62. The strict application of LTJ Diffusion would exclude the identity between the trade mark and the keyword and lead to the application of Article 5(1)(b) of Directive 89/104 concerning similar trade marks. This would entail the application of the 'risk of confusion' test provided in that article. As such, a risk of confusion is manifest between barely styled word marks or device marks

where the word element is dominant on the one hand, and keywords on the other. Therefore I do not find it useful or necessary to widen the discussion outside the questions relating to identity protection.

63. There are six conditions which result from the text of Directive 89/104 and the relevant case-law. The proprietor of a registered trade mark can only succeed under Article 5(1)(a) of Directive 89/104 if the following conditions are satisfied: (37) (1) there must be use of a sign by a third party; (2) the use must be in the course of trade; (38) (3) the use must be without the consent of the trade mark proprietor; (4) it must be a sign which is identical to the trade mark; (5) it must be in relation to goods or services which are identical to those for which the trade mark is registered; and (6) it must affect or be liable to affect some of the functions of the trade mark. (39)

V – Testers and dramming bottles

64. I will now address the questions referred for preliminary ruling.

65. By its first question the referring court wishes to know whether perfume and cosmetic testers and dramming bottles, which are not intended for sale to consumers and are supplied without charge to the trade mark proprietor's authorised distributors, are goods 'put on the market' within the meaning of Article 7(1) of Directive 89/104 and Article 13(1) of Regulation No 40/94.

66. The Court has recently analysed a similar question in case Coty Prestige Lancaster Group. (40) The Court held that 'where "perfume testers" are made available, without transfer of ownership and with a prohibition on sale, to intermediaries who are contractually bound to the trade mark proprietor for the purpose of allowing their customers to test the contents, where the trade mark proprietor may at any time recall those goods and where the presentation of the goods is clearly distinguishable from that of the bottles of perfume normally made available to the intermediaries by the trade mark proprietor, the fact that those testers are bottles of perfume which bear not only the word 'Demonstration' but also the statement 'Not for Sale' precludes, in the absence of any evidence to the contrary, which it is for the national court to assess, a finding that the trade mark proprietor impliedly consented to putting them on the market'. (41)

67. The High Court states in its first preliminary question that the testers and dramming bottles are not intended for sale and are often marked 'not for sale' or 'not for individual sale'. They are supplied without charge to the trade mark proprietor's authorised distributors. In my opinion the formulation of the question implies grosso modo the existence of those elements that the Court found decisive in Coty Prestige Lancaster Group as to exclude the trade mark proprietor's implied consent to putting the testers and dramming bottles to the market. Therefore it can be stated that the goods are not put on the market in those circumstances.

VI – Effects of unboxing of trade marked cosmetic products

68. The issue of selling branded goods without their original package in the context of Article 7 of Directive 89/104 has not yet, to my knowledge, been directly addressed by the Court. Nevertheless I think that the answers to the second, third and fourth questions dealing with these issues can be derived from existing case-law.

69. In Boehringer Ingelheim the Court interpreted Article 7(2) of Directive 89/104 as meaning that the trade mark proprietor may legitimately oppose further commercialisation of a pharmaceutical product, when the parallel importer has either re-boxed the product and re-applied the trade mark or applied a label to the packaging containing the product, unless five conditions have been fulfilled, including the condition that the presentation of the repackaged product must not be such as to be liable to damage the reputation of the trade mark and of its proprietor. A repackaged pharmaceutical product could be presented inappropriately and, therefore, damage the trade mark's reputation in particular where the carton or label, while not being defective, of poor quality or untidy, are such as to affect the trade mark's value by detracting from the image of reliability and quality attaching to such a product and the confidence it is capable of inspiring in the public concerned. (42)

70. Where the condition of goods bearing the trade mark has been changed or impaired after having been put on the market, the trade mark proprietor has a legitimate reason to oppose further commercialisation of that good within the meaning of Article 7(2) of Directive 89/104. The assessment of whether the original condition of the product is adversely affected normally focuses on the condition of the product inside the packaging. (43)

71. However, to my mind it cannot be excluded that in the case of products such as luxury cosmetics the outer package of the product may sometimes be considered as a part of the condition of the product due to its specific design which includes the use of the trade mark. In such cases the trade mark proprietor is entitled to oppose further commercialisation of the unpackaged goods. (44)

72. I should add that I do not share the analysis of the Commission according to which the removal – without the consent of the trade mark proprietor – of the boxes or other external packaging from goods such as perfumes and cosmetics would always constitute a legitimate reason for the trade mark proprietor to oppose further commercialization of the goods within the meaning of Article 7(2) of Directive 89/104.

73. First it must be remembered that, pursuant to Article 7 of Directive 89/104, exhaustion is the main rule. Consequently the possibility for the trade mark proprietor to oppose further

commercialisation of his goods after he has already realised the economical value inherent in the trade mark in relation to those goods must be interpreted narrowly.

74. Secondly, it cannot be excluded that the outer package even of cosmetic products is such that its removal neither impairs the functions of the trade mark of indicating the origin and quality of goods nor damages its reputation. This may be so for example with less-expensive cosmetic products.

75. Hence, the existence of legitimate reasons for the trade mark proprietor to oppose further removal has to be analysed case by case. In this respect the High Court has raised two scenarios, namely that of unboxed goods without the information required by Directive 76/768 on cosmetic products and the case where absence of such information would constitute a criminal offence in the Member State where they are offered for sale or sold. (45)

76. In my opinion the requirement of compliance with the cosmetics directive, or in fact any other EU measure relating to product safety or consumer protection is inherent in the protection of the reputation of a trade mark. Damage to the reputation of a cosmetic product could be caused for example by severe allergic reactions of a group of consumers where the list of ingredients is omitted. However, whether selling of unboxed cosmetics is or is not criminalised in national law is irrelevant in this respect. What may damage the reputation of the trade mark is the absence of pertinent consumer information required by the harmonised European rules, not the consequences national legislation of Member States entail in such cases for the traders.

77. Hence, even if trade mark law does not protect in itself the objectives of Directive 76/768 as such, further commercialisation of trade mark protected products not complying with that directive can, as such, as has rightly been pointed by Advocate General Stix-Hackl, (46) seriously damage the reputation of the trade mark and thus form a valid reason for the proprietor to oppose.

78. Finally, in the context of the fourth question, the High Court asks whether the effect of further commercialisation of unboxed cosmetics which actually or potentially damage the image of the goods and hence the reputation of the trade mark can be presumed or whether it is required to be proved by the trade mark proprietor.

79. In order to answer this question I find it necessary to make a side-step. It is trite to say that as trade mark protection concerns only the use of signs in the course of trade, the acts of private persons selling or buying goods protected by a trade mark remain outside of the scope of application of trade mark law. (47)

80. The original package may be of crucial importance for protecting the functions of indicating the origin and quality of the trade mark covering cosmetic products. I recall that in the context of Article 5(1)(a) of Directive 89/104 we are speaking of identity protection or the proprietor's 'absolute' protection against unauthorised use of the same sign for the same goods (without the need to establish the likelihood of confusion between the goods). (48) Even if it normally is up to the trade mark proprietor to establish the existence of the elements purported to be an infringement of the trade mark by a third party, I think that in the case of the use of the same trade mark for the same goods without the consent of the trade mark proprietor it is the user who has to show the legality of his use of the sign, including the harmlessness of the use to the reputation of the trade mark.

81. Therefore I am of the opinion that the effect of further commercialisation can be presumed as actually or potentially damaging the image of the goods and hence the reputation of the trade mark in all cases where the offers for sale or the sales transactions concerning cosmetic products stripped of their original packages take place in the course of trade as defined by the case-law of the Court. It follows from this that the trade mark proprietor does not have to show it, but the burden of showing the opposite lies with the seller. (49)

82. For me it is difficult to conceive that the selling, on an electronic marketplace, of cosmetic products in numbers greater than one or two items would not take place with a view to economic advantage and in the context of commercial activity, albeit of a small scale.

VII – Paid internet referencing service and operator of an electronic marketplace

A – Introduction

83. In contrast to questions 1 to 4 which relate to 'pure' trade mark issues, questions 5 to 10 require the trade mark analysis to be extended to include various aspects of information society services.

84. It seems appropriate to address questions five, six and eight together. They all relate to the buying, by an operator of an electronic marketplace, of third-party trade marks as keywords from a paid internet referencing service provider, and whether this amounts to use of a sign.

85. In substance, the High Court is asking whether certain aspects of eBay's business model include or imply that it could be held liable for a primary trade mark infringement in relation to goods traded in its system if the use of a third party trade mark in the context of these transactions would have required the consent of the trade mark proprietor.

86. In this context it is useful to recall the judgment in Google France and Google. There the Court held that an internet referencing service provider which stores, as a keyword, a sign identical with

a trademark and organises the display of ads on the basis of that keyword does not use that sign within the meaning of Article 5(1) and (2) of Article of Directive 89/104. (50)

87. However, in Google France and Google the Court further held that Article 5(1) of Directive 89/104 must be interpreted as meaning that the proprietor of a trade mark is entitled to prohibit an ad, on the basis of a keyword identical with that trade mark which that advertiser has, without the consent of the proprietor, selected in connection with a paid internet referencing service, goods or services identical with those for which the mark is registered, in the case where that ad does not enable an average internet user, or enables that user only with difficulty, to ascertain whether the goods or services referred to therein originate from the proprietor of the trade mark or an undertaking economically connected to it or, on the contrary, originate from a third party. (51)

88. Like Google, eBay is an information society service provider. Unlike Google, it does not provide a paid internet referencing service but an electronic marketplace. The functioning of that marketplace is based on listings that users of the system have uploaded to the system with a view to selling goods to other users. eBay's system also includes a search engine and the searches are directed to listings stored in its own system only. (52) eBay is itself not a party to the transactions but does economically profit from them.

89. Like the other advertisers using keyword advertising systems provided by internet referencing service operators (such as Google's AdWords) eBay selects keywords, which result in ads and sponsored links to its own system. These keywords may include signs identical with third-party trademarks. The purpose of these ads and sponsored links is obviously to advertise the services provided by eBay, more precisely its electronic marketplace, by creating an association in the minds of consumers that the branded goods in question can be acquired through that marketplace. However, unlike the advertisers referred to in Google France and Google, eBay is not offering itself the goods for sale.

90. In order to answer to the fifth, sixth and eighth questions submitted by the national court it is necessary to analyse the six conditions explained above in point 63.

B – The conditions for invoking rights conferred by a trademark in the case of a paid internet referencing service

The conditions contained in Article 5(1) of Directive 89/104

91. As to the first five of the six conditions mentioned in point 63, above, the situation is the following. As regards condition one, all parties apart from eBay seem to agree that the appearance in the sponsored links of the relevant signs purchased as keywords that are identical to trade marks

amounts to use in the sense of Article 5(1)(a) of Directive 89/104. In view of the decision in Google France and Google I do not find any room for doubts that eBay is using signs identical to trademarks when it selects and purchases them as keywords from a paid internet referencing service provider with a view to them being displayed in the sponsored links if an internet user types the sign in the relevant place on the website of the search engine.

92. Regarding conditions two, three and four, (53) it seems to me that they are uncontroversial in this preliminary reference.

93. Some further observations need to be made in relation to condition five, according to which the use must be in relation to goods or services which are identical to those for which the trade mark is registered.

94. First is has to be stated that eBay uses the keywords leading to its sponsored links in relation to its electronic marketplace. In other words, its objective is to advertise its own service. It is undeniable that that service is not identical with the goods covered by L'Oréal's trade marks. Whether this is the only relevant aspect in relation to trade mark law, in which the signs selected as keywords are used, is subject to dispute.

95. According to L'Oréal, by the very selection of signs as keywords that are identical to trade marks, eBay is itself advertising the goods sold on its site. It follows from the fact that clicking on the sponsored link leads the user directly to advertisements or offers for sale which relate to goods that are identical to those for which the trade mark is registered, that the electronic marketplace operator is using the sign 'in relation to' goods. Broadly similar views are supported by the French, Polish and Portuguese Governments.

96. However, eBay submits that there is no reason for the protection afforded by Article 5 of Directive 89/104 to apply since there is exhaustion of the right within the meaning of Article 7 of Directive 89/104. In this connection, it observes that in both electronic and traditional commerce, intermediaries use trade marks in advertisements to inform the public that they are involved in the distribution of goods bearing that trade mark. There is no reason to prohibit that practice, especially as internet intermediaries have even fewer control mechanisms at their disposal than intermediaries in the world of non-electronic commerce. It would be impossible for them, from both a legal and a practical point of view, to set up control mechanisms to ensure that every item offered for sale is irreproachable.

97. The United Kingdom Government submits that the use of a sign which is identical to a registered trade mark as a keyword of a search engine operator is not necessarily 'in relation to goods or services'. Indeed, if the sign is very remote from offers to provide actual goods, it is

unlikely that the average consumer would make a connection between the marketplace operator's use of the sign in a sponsored link and the subsequent offers to provide goods under that sign. In any event, the use will not fall under Article 5(1)(a) of Directive 89/104 where the average consumer perceives the use of the sign by the marketplace operator merely as a link to offers made by unrelated third parties to provide goods which do not originate from the marketplace operator.

98. The Commission also submits that there is no 'use' in relation to goods offered for sale by third parties on the website of the operator of the electronic marketplace referred to in Article 5(1)(a) of Directive 89/104 even if the marketplace operator 'uses' the sign in the meaning of that provision if he has purchased it as a keyword leading to his sponsored links.

99. To my mind the fifth condition refers to the use of a sign for the purpose of identification of goods or services or distinguishing (54) between goods or services (originating from different commercial origins). As the High Court submits, use of a sign in relation to goods or services means use for the purpose of distinguishing the goods and services in question, that is to say, as a trade mark as such.

100. This means that a trade mark is used in relation to goods both when it is used by the trade mark proprietor for the purposes of distinguishing his goods from a third party's goods and when it is used by a third party to distinguish his goods from the trade mark proprietor's goods. Moreover, a third party can use the trade mark to distinguish between the goods of the trade mark proprietor and other goods that may or may not be his own goods. If this analysis is correct, a party who is in the position of an intermediary or a marketplace operator also uses a sign 'in relation to goods' if he uses a sign which is identical with a trademark for the purpose of distinguishing between goods that are available through the use of his services and those that are not.

101. I recall that the Court concluded in Google France and Google (55) that in most cases an internet user entering the name of a trade mark as a search term is looking for information or offers on the goods or services covered by that trade mark. When advertising links to sites offering goods or services of competitors of the proprietor of that mark are displayed beside or above of the natural results of the search, the internet user may perceive those advertising links as offering an alternative to the goods or services of the trade mark proprietor. Such a situation constitutes a use of that sign in relation to the goods or services of that competitor.

102. In my opinion that analysis is applicable also in situations where the relevant advertising links are not those of direct competitors of the proprietor of the trade mark offering alternative

goods but those of electronic marketplaces offering an alternative source of the same goods covered by the trade mark with respect to the distribution network of the trade mark proprietor.

103. Hence, though I share the view of the United Kingdom Government and the Commission in that respect that the use of a trade mark by a marketplace operator is inherently different than the use by a seller of goods, I cannot agree that the marketplace operator would not be using the trademark in relation to the goods traded on the marketplace if he uses a sign identical with a trademark in his own advertising.

104. This conclusion is not invalidated by the fact that there may be situations where there are no goods covered by the trade mark concretely available on the marketplace despite the marketplace operator having advertised using that trademark.

The conditions stemming from case-law: use liable to have an adverse effect on some of the functions of the trade mark

105. On the basis of the analysis presented above it becomes necessary to examine whether the use of signs identical with trade marks by eBay as keywords in a paid internet referencing service affects or is liable to affect some of the functions of those trade marks. This is the sixth condition mentioned in point 63 above.

106. In Google France and Google the Court reiterated that the essential function of a trade mark is to guarantee the identity of origin of the marked goods or service to the customer or end user by enabling him to distinguish the goods or services from others which have another origin. (56)

107. The Court further noted that the origin function is adversely affected when the third party's ad displayed as a result of clicking a keyword that is identical with a trade mark does not enable 'normally informed and reasonably attentive internet users', or enables them only with difficulty, to ascertain whether the goods or services referred to by the ad originate from the proprietor of the trade mark or an undertaking economically connected to it or, on the contrary, originate from a third party. (57)

108. In my opinion 'normally informed and reasonably attentive internet users' are capable of understanding the difference between an electronic marketplace, a direct seller of goods or services and the commercial source from which the goods or services originate. And this because the existence of various intermediary economic activities such as distributors, brokers, auction houses, flea markets and real estate agents is known to every adult living in a market economy. Hence, a mistake concerning the origin of goods or services cannot be presumed only because a

link leads to the ad of an electronic marketplace operator if the ad itself is not misleading as to the nature of the operator.

109. It is a question of fact to be assessed by the national court whether the nature of activities of some electronic marketplaces like eBay is generally so well known that impairment of the origin function is not likely even if the nature of the operator of the marketplace is not explained in the ad.

110. Furthermore, in the case of unpackaged or non-EEA goods the origin function cannot be affected. These are genuine L'Oréal goods irrespective of whether their offer for sale infringes L'Oréal's trade mark or not. Regarding counterfeit goods the evaluation is the opposite.

111. An adverse effect to the origin function occurs in those cases where the goods traded in the marketplace are counterfeit products. That adverse effect is, however, not a result of the marketplace operator's use of the sign as a keyword in the internet referencing service as such. An adverse effect would also occur in cases where the marketplace is displayed in the search engine's natural listings only and not in the sponsored links as well, or where the marketplace operator would not use the trademark in its advertising. The cause of the adverse effect to the origin function is the listing displayed on the electronic marketplace operator's webpage. As I will explain later, the use of signs identical with trade marks in those listings is not use by the electronic marketplace operator in relation to the goods in question but use by the users of the marketplace.

112. As to the question of an adverse effect on the advertising function I think, on the basis of similar argumentation which in the judgment Google France and Google excluded such an adverse effect in the context of sponsored links of internet referencing systems, (58) that such an effect is excluded in the context of electronic marketplaces using keyword advertising.

113. As I have already mentioned, the trading of counterfeit goods under L'Oréal's trade marks must have an adverse effect on the origin function. As to the quality and investment functions I find it obvious that individual listings of eBay users containing third party trade marks and displayed on eBay's website may adversely affect these functions. Trade of counterfeit products damages, and trade of unpacked products may damage, the reputation of well known trade marks covering luxury cosmetics, and thereby the investments the trade mark proprietor has made in order to create the image of his brand. Consequently, also the implied guarantee of quality inherent in and communicated by the trade mark is impaired.

114. However, Articles 6 and 7 of Directive 89/104 allow a rather extensive use of trade marks without the proprietor's consent, including mentioning it in advertising. This matter has recently been clarified in relation to the sales of second-hand goods in Portakabin. (59)

115. If it is permissible for a party to use a third party's trade mark or to refer to it, it cannot be illicit for an operator who operates a marketplace for these users. (60) In my opinion there is no doubt that for example a shopping centre may in its marketing use trade marks of goods or services offered by enterprises acting in its premises.

116. If such use would be seen as relevant with reference to some of the trade mark functions, it should in any case be seen as permitted as indicating kinds of goods in the sense of Article 6(1)(b) of Directive 89/104 or as necessary in the sense of Article 6(1)(c) for the running of an electronic marketplace service where such goods are traded without requiring the operator to examine for each and every item that the trade mark right has been exhausted on the basis of Article 7. Hence, such use may not be forbidden by the trade mark proprietor.

117. As a matter of principle I do not think that possible problems relating to the conduct of individual market participants could be imputed to the marketplace operator unless there are grounds for secondary liability pursuant to national law. A company operating a shopping centre cannot be responsible if a grocery in its premises sells rotten apples. Neither should that company be automatically held responsible for a trade mark infringement taking place in the shopping centre when, for example, a member of a selective distribution network continues to sell branded goods even after the trade mark proprietor has terminated the distribution agreement with immediate effect. A marketplace operator is entitled to presume that market participants using its services act legally and follow the agreed contractual terms and conditions relating to the use of the marketplace until it is concretely informed of the contrary.

118. Consequently, if the nature of an operator as a marketplace is sufficiently clearly communicated in the ad displayed with the search results of an internet search engine, the fact that some users of that marketplace may infringe a trade mark is as such not liable to have an adverse effect on the functions of quality, communication and investment of that trade mark.

C – The conditions for invoking rights conferred by a trademark on the electronic marketplace operator's own website

119. However, for the sake of clarity I should add that if the use complained of by the trade mark proprietor consists of the display of the sign on the website of an operator of an electronic marketplace itself rather than a sponsored link of a search engine we are not speaking of use of the trademark in relation to goods by the marketplace operator, but by the users of the marketplace. The operator's activity consists of storing and displaying listings that the users upload to its system and of running a system for facilitating the conclusions of deals. It is no more using trade marks than a newspaper publishing classified ads mentioning trademarks where the identity of the seller

is not revealed in the ad but must be requested from the newspaper. Hence, even if the listing of trade mark protected goods by users of an electronic marketplace may have an adverse effect on the origin, quality or investment function of a trademark, those effects cannot be attributed to the marketplace operator unless national legal rules and the principle of secondary liability for trade mark infringements apply.

120. It should be further noted that the activity of eBay consisting of search and display functions applicable to the listing is technically similar to that of internet search engines like Google (without the 'add-on' of the paid referencing service) though the business model it different. In eBay's servers the searches relate to the listings stored by the users of the marketplace, in the case of internet search engines to those internet pages they have stored in their servers. Therefore, as regards these functions, the use and display of third party trade marks is not use of a sign in the sense of Article 5(1) of Directive 89/104 for the reasons set out in the judgment in Google France and Google. The marketplace operator also allows its clients to use signs which are identical with trade marks without using those signs itself. (61)

VIII – The non-EEA goods

121. The seventh question relates to goods advertised and offered for sale on the website referred to in question 6, which have not been put on the market within the EEA by or with the consent of the trade mark proprietor. The referring court wishes to know whether the applicability of the relevant provisions is triggered by an advertisement or offer for sale which is targeted at consumers in the territory covered by the trade mark.

122. L'Oréal, the United Kingdom Government, the Polish and Portuguese Governments and the Commission all submit that where the goods offered for sale on the electronic marketplace have not yet been put on the market within the EEA by or with the consent of the trade mark proprietor, it is none the less sufficient for the exclusive right conferred by the national or Community trade mark to apply by showing that the advertisement is targeted at consumers within the territory covered by the trade mark.

123. According to eBay, there can be no use of a trade mark in the EU unless and until the goods in question are put on the market therein. Consequently, it is not sufficient that the advertisement or offer for sale is targeted at consumers in the territory covered by the trade mark.

124. I find that the reply proposed by the parties other than eBay appears correct.

125. First, in the light of the effects doctrine applied in particular in the field of EU competition law, (62) it can be stated that behaviour outside the territory of the Union but directly producing

legally relevant effects on the subject-matter of EU legislation cannot escape the application of EU rules merely because the acts causing such effects take place outside the Union territory.

126. In the context of internet service provision the effects doctrine has to be qualified. Otherwise, since communications on the internet are in principle accessible everywhere, electronic commerce and service provision would be subject to numerous legislations and intellectual property rights of variable territorial validity which would subject these activities to unmanageable legal risks and give conflicting intellectual property rights unreasonably wide protection.

127. On the other hand, if not only the objective effect but also the subjective intent of the persons concerned is to produce such effects in the EU, the evaluation has to be different. Otherwise activities targeting EU markets could escape the application of EU rules concerning, for example, consumer protection, protection of intellectual property rights, unfair competition and product safety by merely situating the activity or the site of the company responsible for the activity in a third country. Therefore, trade mark protection cannot be limited to cases where the goods in question are put on the market in the EU.

128. How do we know whether an electronic marketplace is 'targeting' buyers in a certain jurisdiction, in this case within the EU? This is a complicated question which the Court is currently assessing in two pending cases. (63)

129. In my opinion this is a question of fact to be decided by national courts. Guidance in this respect can be sought from WIPO Joint Recommendation of 2001 Concerning Provisions on the Protection of Marks, and other Industrial Property Rights in Signs on the Internet. (64) According to Article 2 of the Joint Recommendation, use of a sign on the internet shall constitute use in a Member State for the purposes of these provisions, only if the use has commercial effect in that Member State as described in Article 3. According to the last mentioned article in determining whether the use of a sign on the internet has a commercial effect in a Member State, the competent authority shall take into account all relevant circumstances. These circumstances may include, but are not limited to, five main criteria divided into more specific elements speficied in the provision.

IX – Exemption for a hosting service provider

130. Question nine relates to the issue to what extent if any eBay could benefit from the limitation of liability laid down in Article 14 of Directive 2000/31 on electronic commerce as regards 'hosting'. The question as such is new to this Court, but, as I have mentioned, the issues of secondary liability have been discussed and decided in courts of the Member States and other jurisdictions. (65) It is necessary to recall certain general characteristics of Directive 2000/31 in order to place the interpretation of Article 14 in its proper context. (66)

131. According to its Article 1, Directive 2000/31 seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States by approximating, to the extent necessary for the achievement of the objective mentioned, certain national provisions on information society services relating to the internal market, the establishment of service providers, commercial communications, electronic contracts, the liability of intermediaries, codes of conduct, out-of-court dispute settlements, court actions and cooperation between Member States.

132. Directive 2000/31 has a wide scope of application. The rules laid down in the directive affect a multitude of areas of law, yet it only regulates certain specific questions in those areas: the harmonisation it foresees is at the same time horizontal and specific. (67)

Applicability of the exemption to an operator of an electronic marketplace

133. The first part of the ninth question relates to the applicability of the exemption to an operator of an electronic marketplace.

134. In the light of the definition set out in Article 2(a) of Directive 2000/31, read in conjunction with Article 1(2) of Directive 98/34 and with recital 18 of Directive 2000/31, services of an operator of an electronic marketplace aimed at facilitating contact between sellers and purchasers of any kinds of goods such as those provided by eBay can be regarded as information society services and therefore come under the scope of application of Directive 2000/31.

135. Provisions concerning the liability of intermediary service providers are laid down in Section 4 of Chapter II ('Principles') of the directive. The section consists of four articles: 12 ('Mere conduit'), 13 ('Caching'), 14 ('Hosting') and 15 ('No general obligation to monitor').

136. It could be argued that provisions concerning liability in Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31 should be construed as exceptions to liability and thus be interpreted narrowly. In my opinion this is not necessarily the case, because in many Member States the liability of a service provider in the situations referred to in these articles would be excluded because of the lack of subjective fault. Thus these provisions are better qualified as restatements or clarifications of existing law than exceptions thereto. (68)

137. While the liability of a paid internet referencing service provider was addressed in Google France and Google, the case at hand involves the liability of an operator of an electronic marketplace.

138. In Google France and Google, the Court interpreted Article 14 of Directive 2000/31 in light of the preamble of the directive. According to the Court, it follows from recital 42 of the directive

that the exemptions from liability established in that directive cover only cases in which the activity of the information society service provider is 'of a mere technical, automatic and passive nature', which implies that that service provider 'has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored'. Therefore, in order to establish whether the liability of a paid internet referencing service provider may be limited under Article 14 of Directive 2000/31, it is necessary to examine whether the role played by that service provider is neutral in the sense that its conduct is merely technical, automatic and passive, pointing to a lack of knowledge or control of the data which it stores. (69)

139. I have some difficulties with this interpretation.

140. When anchoring the limitation of liability criteria of the hosting provider to 'neutrality', the Court has referred to recital 42 of Directive 2000/31. I share the doubts expressed by eBay as to whether this recital 42 at all concerns hosting referred to in Article 14.

141. Even if recital 42 of the directive speaks of 'exemptions' in plural, it would seem to refer to the exemptions discussed in the following recital 43. The exemptions mentioned there concern – expressly – 'mere conduit' and 'caching'. When read this way, recital 42 becomes clearer: it speaks of the 'technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient' (my emphasis). To my mind, this refers precisely to 'mere conduit' and 'caching', mentioned in Articles 12 and 13 of Directive 2000/31.

142. Rather, in my view, it is recital 46 which concerns hosting providers mentioned in Article 14 of Directive 2000/31, as that recital refers expressly to the storage of information. Hence, the limitation of liability of a hosting provider should not be conditioned and limited by attaching it to recital 42. It seems that if the conditions set out in Google France and Google for a hosting provider's liability are confirmed in this case to apply also to electronic marketplaces, an essential element in the development of electronic commerce services of the information society, the objectives of the Directive 2000/31 would be seriously endangered and called into question.

143. As the Commission rightly points out regarding the use of a sign identical to a protected trade mark on the website of the operator of an electronic marketplace, that website features certain content, i.e. the text of the offers provided by the sellers who are recipients of the service and stored at their request. Provided that the listings are uploaded by the users without any prior inspection or control by the electronic marketplace operator involving interaction between natural persons representing the operator and the user, (70) we are faced with the storage of information which is furnished by a recipient of the service. Under such circumstances, the electronic

marketplace operator does not have actual knowledge of illegal activity or information. Nor would the operator be aware of facts or circumstances which would make the illegal activity or information apparent. Hence, the conditions of exemption from liability for hosting, as defined in Article 14 of Directive 2000/31, would be fulfilled.

144. However, as regards a paid internet referencing service and the use of a sign identical to a protected mark in sponsored links of an operator of an electronic marketplace, the information is not stored by this operator which acts then as an advertiser but rather by the operator running the search engine. Therefore the conditions of hosting, as defined in Article 14 of Directive 2000/31, are not met in relation to the electronic marketplace operator in this respect.

145. The judgment in Google France and Google seems to suggest that the hosting provider referred to in Article 14 of Directive 2000/31 should remain neutral in relation to the hosted data. It has been argued before this Court that eBay is not neutral because eBay instructs its clients in the drafting of the advertisements and monitors the contents of the listings.

146. As I have explained, 'neutrality' does not appear to be quite the right test under the directive for this question. Indeed, I would find it surreal that if eBay intervenes and guides the contents of listings in its system with various technical means, it would by that fact be deprived of the protection of Article 14 regarding storage of information uploaded by the users. (71)

147. Moreover, as a general remark on the three exceptions laid down in Articles 12, 13 and 14 of Directive 2000/31, I should say something which may seem obvious. The three articles intend to create exceptions to certain types of activity exercised by a service provider. To my understanding, it is inconceivable to think that they would purport to exempt a service provider type as such.

148. Indeed, it is difficult to see that Directive 2000/31 would impose three distinct types of activity which would only be exempted if each of them is exercised in a watertight compartment. If one company is caching and another one hosting, they surely are both exempted. Yet such separation may be extremely rare. In my view, if one company does both – which does not appear at all exceptional in the real world, the exemptions should apply to that one entity too. The same should apply if one or more of the exempted activities are combined with an internet content provider's activities. (72) It would be unworkable to reserve the exemptions to certain business types, especially in an area characterised by constant and almost unpredictable change. Already the Commission proposal for Directive 2000/31 started from this forward-looking perspective in an area which is in constant evolution.

149. I do not think that it is possible to sketch out parameters of a business model that would fit perfectly to the hosting exemption. And even if it were, a definition made today would probably

not last for long. Instead, we should focus on a type of activity and clearly state that while certain activities by a service provider are exempt from liability, as deemed necessary to attain the objectives of the directive, all others are not and remain in the 'normal' liability regimes of the Member States, such as damages liability and criminal law liability.

150. Therefore, when it is accepted that certain activities by a service provider are exempted, that means conversely that activities not covered by an exemption may lead to liability under national law.

151. Thus, for eBay, the hosting of the information provided by a client may well benefit from an exemption if the conditions of Article 14 of Directive 2000/31 are satisfied. Yet the hosting exception does not exempt eBay from any potential liability it may incur in the context of its use of a paid internet referencing service.

Scope of the activities covered by the exception

152. In the second part of the ninth question, the referring court wishes to know whether in a situation where the activities of an operator of an electronic marketplace not only include activities mentioned in Article 14(1) of Directive 2000/31, but also activities which go beyond them, the operator remains exempted as regards the activities covered by that provision (while not exempted as regards the activities not covered) and what is the situation for the 'activities beyond' in particular as regards the grant of damages or other financial remedies for the activities not exempted.

153. It follows from the argumentation presented above that the operator remains exempted as regards the activities covered by Article 14(1) of Directive 2000/31. On the other hand, he is not exempted as regards the activities not covered. That situation must be evaluated on the basis of relevant national law provisions and principles, in particular as regards the grant of damages or other financial remedies for the activities not exempted.

Duties of the marketplace operator in relation to future infringements

154. The third part of the ninth question relates to the situation where some illegal activity has already taken place in the marketplace. The referring court asks what are the duties of the marketplace operator in relation to future infringements in such a situation.

155. It should be recalled that Article 14(1)(b) of Directive 2000/31 reflects the principle of 'notice and take down'. Accordingly the hosting provider has to act expeditiously to remove or to disable access to the illegal information upon obtaining actual knowledge of the illegal activity or illegal

information or awareness of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent.

156. In the application of the principle of 'notice and take down' recital 46 of Directive 2000/31 must be taken into account. According to it, the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level. Moreover, the directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

157. I recall that listings uploaded by users of an electronic marketplace are commercial communications and as such protected by the fundamental right of freedom of expression and information enshrined in Article 11(1) of the Charter of Fundamental Rights of the EU. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.

158. Obviously freedom of expression and information does not permit the infringement of intellectual property rights. These latter rights are equally protected by the Charter, by its Article 17(2). Nevertheless, it entails that the protection of trade mark proprietor's rights in the context of electronic commerce may not take forms that would infringe the rights of innocent users of an electronic marketplace or leave the alleged infringer without due possibilities of opposition and defence. (73) In my opinion, recital 46 and Article 14(3) of Directive 2000/31 expressly refer to procedures at the national level and authorise the Member States to establish specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

159. In Finland, for example, national legislation implementing Directive 2000/31 provides, for constitutional reasons, (74) that a hosting service provider is required to remove information stored in his system only after having received a court order to that effect in the case of a trade mark infringement, or upon notice by the rightsholder in the case of an alleged infringement of copyright or a neighbouring right. In the latter case the user has a possibility to oppose the removal within 14 days. (75)

160. It is submitted that actual knowledge or awareness referred to in Article 14 of Directive 2000/31 is born upon service of a court order or a notice. (76)

161. As to the interpretation of Article 14(1)(a) of Directive 2000/31, for me the requirement of 'actual knowledge' consists of two aspects.

162. First it is evident that the service provider must have actual knowledge of, and not a mere suspicion or assumption regarding, the illegal activity or information. It also seems to me that legally 'knowledge' may refer only to past and/or present but not to the future. Hence, in the case of an alleged trade mark infringement on an electronic marketplace, the object of knowledge must be a concluded or ongoing activity or an existing fact or circumstance.

163. Secondly the requirement of actual knowledge seems to exclude construed knowledge. It is not enough that the service provider ought to have known or has good reasons to suspect illegal activity. This is also in line with Article 15(1) of Directive 2000/31 which forbids the Member States to impose on service providers general obligations to monitor the information they transmit or store or to actively seek facts or circumstances indicating illegal activity.

164. Consequently, actual knowledge means knowledge of past or present information, activity or facts that the service provider has on the basis of an external notification or its own voluntary research.

165. At the outset this seems to exclude the possibility that a service provider could have actual knowledge or awareness in relation to future infringements that are likely to occur. I am afraid that the situation is not so simple.

166. I take it for granted that there is no actual knowledge of B infringing trade mark X because A infringes or has infringed trade mark X. Neither can there be actual knowledge of A infringing trade mark Y because he has been found to infringe trade mark X even if the trade mark belonged to the same proprietor.

167. However, if A has been discovered infringing trade mark X by listing an offer on the electronic marketplace in September, I would not exclude that the marketplace operator could be considered having actual knowledge of information, activity, facts or circumstance if A uploads a new offer of the same or similar goods under trade mark X in October. In such circumstances it would be more natural to speak about the same continuous infringement than two separate infringements. (77) I recall that Article 14(1)(a) mentions 'activity' as one object of actual knowledge. An ongoing activity covers past, present and future.

168. Hence, regarding the same user and the same trade mark an operator of an electronic marketplace has actual knowledge in a case where the same activity continues in the form of subsequent listings and can also be required to disable access to the information the user uploads in the future. In other words, exemption from liability does not apply in cases where the electronic marketplace operator has been notified of infringing use of a trade mark, and the same user continues or repeats the same infringement.

X – Injunctions against intermediaries

169. The tenth question relates to the possibility for the trade mark proprietor to obtain an injunction under Article 11 of Directive 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights, not only against the third party infringing the trade mark, but also against an intermediary whose services have been used to infringe the registered trade mark. The referring court wishes to know in particular whether this article requires that an injunction is made available as a matter of EU law to prevent future infringements and if that is so, what is the scope of the injunction to be made available. (78) This is the first time the Court is called to interpret Article 11 of Directive 2004/48.

170. All the parties agree that injunctions against intermediaries are foreseen by Directive 2004/48. However, while eBay submits that an injunction against a hosting provider may only relate to specific and clearly identifiable individual content, the other parties consider that injunctions may include measures to prevent further infringements.

171. The basic challenge in the interpretation of Directive 2004/48 relates to the balancing between too aggressive and too lax enforcement of intellectual property rights. This task has been compared to Odysseus' journey between the two monsters of Scylla and Charybdis. (79) While it is possible to construe the directive as aiming at executing a strong or a weak enforcement ideology, it would seem necessary to take due account of Article 3 of Directive 2004/48 in all interpretation of the directive. It follows from this article that Directive 2004/48 lays down a general obligation for the Member States to provide for measures, procedures and remedies necessary for the enforcement of intellectual property rights and take appropriate action against those responsible for counterfeiting and piracy. These measures, procedures and remedies should be sufficiently dissuasive, but avoid creating barriers to legitimate trade, and offer safeguards against their abuse.

172. The core provisions of Directive 2004/48 are laid down in its Chapter II (entitled 'Measures, procedures and remedies'). Two sections of that Chapter seem noteworthy. While both section 4 ('Provisional and precautionary measures' – Article 9) and section 5 ('Measures resulting from a decision on the merits of the case') mention measures to be made available against the infringer and the intermediary, it is the latter section 5 which is of special interest here. It consists of Articles 10 (corrective measures), 11 (injunctions) and 12 (alternative measures).

173. The two first sentences of Article 11 relate to the injunctions to be made available against the infringer of an intellectual property right. The third sentence requires that injunctions should also be available against an intermediary, whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right. The scope of injunctions against an intermediary is not defined, but as

this aspect is added as a complementary element to the two first sentences, I think that these two sentences should be used in interpreting the third sentence.

174. It should be recalled that the first sentence of Article 11 of Directive 2004/48 requires that judicial authorities of the Member States, 'where a judicial decision is taken finding an infringement of an intellectual property right', may issue against the infringer 'an injunction aimed at prohibiting the continuation of the infringement'. A literal reading of this text would suggest a concrete finding of an infringement and a stopping of that specific infringement by the infringer from continuing in the future.

175. As to the nature of the injunctions to be made available against the infringer, it appears that EU law requires that, by this injunction, a judicially established infringement can be brought to an end. Prevention of further infringements is also possible, even if the language of the directive becomes more cautious. Given the reference to the 'continuation' aspect of the infringement, the more cautious language relating to 'further' infringements and the proportionality principle, my reading of the two first sentences would be that EU law does not go so far so as to require the possibility of issuing an injunction against an infringer so as to prevent further infringements which might take place in the future. (80)

176. As to the intermediary, on the basis of the text of Directive 2004/48, one possible interpretation would be that the scope of the injunction available, as a matter of EU law, against the intermediary should not be different from the one available against the infringer.

177. I am not convinced, however, that this is a reasonable interpretation.

178. It seems to me that application of the first sentence of Article 11 of Directive 2004/48 requires identification of the infringer who then is prohibited from continuing the infringement. However, 'the infringer' is not mentioned in the third sentence but merely 'a third party' who uses the services of an intermediary to infringe an intellectual property right.

179. This drafting choice exists for a good reason: there may be cases, especially in the internet environment, where the infringement is obvious but the infringer is not identified. It is known that a third party is using the services of an intermediary to infringe an intellectual property right but the true identity of that infringer remains unknown. In such cases the legal protection of the rightsholder may require that an injunction can be obtained against the intermediary whose identity is known and who thus can be brought to a court and who is able to prevent continuation of the infringement.

180. As to the scope or contents of an injunction to be given against an intermediary, I do not see that EU law would impose any specific requirements beyond efficacy, dissuasiveness and proportionality required by Article 3(2) of Directive 2004/48.

181. The requirement of proportionality would in my opinion exclude an injunction against the intermediary to prevent any further infringements of a trade mark. However, I do not see anything in Directive 2004/48 which would prohibit injunctions against the intermediary requiring not only the prevention of the continuation of a specific act of infringement but also the prevention of repetition of the same or a similar infringement in the future, if such injunctions are available under national law. What is crucial, of course, is that the intermediary can know with certainty what is required from him, and that the injunction does not impose impossible, disproportionate or illegal duties like a general obligation of monitoring.

182. An appropriate limit for the scope of injunctions may be that of a double requirement of identity. This means that the infringing third party should be the same (81) and that the trade mark infringed should be the same in the cases concerned. Hence, an injunction could be given against an intermediary to prevent the continuation or repetition of an infringement of a certain trade mark by a certain user. Such an injunction could be followed by an information society service provider by simply closing the client account of the user in question. (82)

XI – Conclusion

183. I suggest that the Court would reply as follows to the questions referred by the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division:

(1) Where perfume and cosmetic testers and dramming bottles which are not intended for sale to consumers are supplied without charge to the trade mark proprietor's authorised distributors, such goods are not put on the market within the meaning of Article 7(1) of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks and Article 13(1) of Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark.

(2), (3) and (4) The trade mark proprietor is entitled to oppose further commercialisation of the unboxed products within the meaning of Article 7(2) of Directive 89/104 and Article 13(2) of Regulation No 40/94 where the outer packaging have been removed from perfumes and cosmetics without the consent of the trade mark proprietor if, as a result of the removal of the outer packaging, the products do not bear the information required by Article 6(1) of Council Directive 76/768/EEC of 27 July 1976 on the approximation of the laws of the Member States relating to cosmetic products, or if the removal of outer packaging can be considered as such as changing or

impairing the condition of the goods or if the further commercialisation damages, or is likely to damage, the image of the goods and therefore the reputation of the trade mark. Under the circumstances of the main proceedings that effect is to be presumed unless the offer concerns a single item or few items offered by a seller clearly not acting in the course of trade.

(5) Where a trader operating an electronic marketplace purchases the use of a sign which is identical to a registered trade mark as a keyword from a search engine operator so that the sign is displayed to a user by the search engine in a sponsored link to the website of the operator of the electronic marketplace, the display of the sign in the sponsored link constitutes 'use' of the sign within the meaning of Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94.

(6) Where clicking on the sponsored link referred to in point 5 above leads the user directly to advertisements or offers for sale of goods identical to those for which the trade mark is registered under the sign placed on the website by other parties, some of which infringe the trade mark and some which do not infringe the trade mark by virtue of the differing statuses of the respective goods, that fact constitutes use of the sign by the operator of the electronic marketplace 'in relation to' the infringing goods within the meaning of Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94, but it does not have an adverse effect on the functions of the trade mark provided that a reasonable average consumer understands on the basis of information included in the sponsored link that the operator of the electronic marketplace stores in his system advertisements or offers for sale of third parties.

(7) Where the goods offered for sale on the electronic marketplace have not yet been put on the market within the EEA by or with the consent of the trade mark proprietor, it is none the less sufficient for the exclusive right conferred by the national or Community trade mark to apply to show that the advertisement is targeted at consumers within the territory covered by the trade mark.

(8) If the use complained of by the trade mark proprietor consists of the display of the sign on the website of the operator of the electronic marketplace itself rather than in a sponsored link on the website of a search engine operator, the sign is not used by the operator of the electronic marketplace 'in relation to' the infringing goods within the meaning of Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94.

(9)(a) The use referred to in point 5 does not consist of or include 'the storage of information provided by a recipient of the service' by the electronic marketplace operator within the meaning of Article 14(1) of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June

2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, whereas the use referred to in point 6 may consist of or include such storage.

(9)(b) Where the use does not consist exclusively of activities falling within the scope of Article 14(1) of Directive 2000/31, but includes such activities, the operator of the electronic marketplace is exempted from liability to the extent that the use consists of such activities, but damages or other financial remedies may be granted pursuant to national law in respect of such use to the extent that it is not exempted from liability.

(9)(c) There is 'actual knowledge' of illegal activity or information or 'awareness' of facts or circumstances within the meaning of Article 14(1) of Directive 2000/31 where the operator of the electronic marketplace has knowledge that goods have been advertised, offered for sale and sold on its website in infringement of a registered trade mark, and that infringements of that registered trade mark are likely to continue regarding the same or similar goods by the same user of the website.

(10) Where the services of an intermediary such as an operator of a website have been used by a third party to infringe a registered trade mark, Article 11 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights requires Member States to ensure that the trade mark proprietor can obtain an effective, dissuasive and proportionate injunction against the intermediary to prevent continuation or repetition of that infringement by that third party. The conditions and procedures relating to such injunctions are defined in national law.

1 – Original language: English.

2 – Joined Cases C-236/08 to C-238/08 [2010] ECR I-0000.

3 – First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ 1989 L 40, p. 1, as amended.

4 – Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ 2000 L 178, p. 1, as amended.

5 – Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45 and corrigendum OJ 2004 L 195, p. 16).

6 – Council Directive 76/768/EEC of 27 July 1976 on the approximation of the laws of the Member States relating to cosmetic products (OJ 1976 L 262, p. 169), as amended.

7 – The preliminary reference does not include any description of individual provisions of United Kingdom legislation. In its judgment of 22 May 2009 ('High Court Judgment') the High Court explained that the case did not involve any specific issues relating to the interpretation of national legislation. Therefore, I do not find it necessary to reproduce the relevant provisions of United Kingdom legislation on trade marks or electronic commerce.

8 – Some of the trade marks of L'Oréal are Community trade marks. As there are no specific issues relating to Regulation No 40/94 it is sufficient to point out that Articles 9, 12 and 13 correspond to Articles 5, 6 and 7 of Directive 89/104. What is said below with regard to the interpretation of Directive 89/104 applies mutatis mutandis to Regulation No 40/94.

Directive 89/104 and the Regulation No 40/94 are applicable ratione temporis, not the codified texts provided by Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (Codified version); OJ 2008 L 299, p. 25 and Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark; OJ 2009 L 78, p. 1.

9 – OJ 1998 L 204, p. 37, as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998; OJ 1998 L 217, p. 18.

10 – Articles 12 and 13 of Directive 2000/31 contain the provisions limiting the liability of the service provider in so far as 'mere conduit' and 'caching' are concerned.

11 – Article 8(3) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10) provides: 'Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

Recital 59 of Directive 2001/29 reads as follows: 'In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.' (my emphasis)

12 – I recall that Article 5(1)(a) of Directive 89/104 is not restricted to trade marks with reputation or unique trade marks but is applicable to all kinds of trade marks. Therefore, in the interpretation of Article 5(1)(a), the Court should avoid adopting solutions that might appear justified in the context of unique trade marks with reputation but would create far too wide sphere of protection in other cases.

13 – The User ID serves as a unique identifier in eBay's computerised system. It can also be used as a form of pseudonym which enables the user to conceal his or her identity unless and until a transaction is completed. Business sellers are required to provide their name and address before this point, but private sellers are not. A single individual can create multiple Seller's Accounts with a number of User IDs, but eBay has the ability to search for different accounts operated by the same person.

14 – According to the referring court, eBay Europe have purchased keywords consisting of certain trade marks ('the Link Marks') which trigger sponsored links on third party search engines including Google, MSN and Yahoo. The effect of this is that a search on for example Google using one of the Link Marks will cause a sponsored link to the eBay site to be displayed. If the user clicks on the sponsored link, he or she is taken to a display of search results on the eBay site for products by reference to the Link Mark. eBay Europe choose the keywords based on the activity on its site in United Kingdom.

15 – In Google France and Google, the Court characterised the paid referencing service called 'AdWords' by Google in the following terms: 'That service enables any economic operator, by means of the reservation of one or more keywords, to obtain the placing, in the event of a correspondence between one or more of those words and that/those entered as a request in the search engine by an internet user, of an advertising link to its site. That advertising link appears under the heading 'sponsored links', which is displayed either on the right-hand side of the screen, to the right of the natural results, or on the upper part of the screen, above the natural results. … That advertising link is accompanied by a short commercial message. Together, that link and that message constitute the advertisement ("ad") displayed under the abovementioned heading.'

16 – For the sake of convenience I will use the expression 'infringing goods' while being fully aware that the goods as such are neither the subject nor the direct object of a trade mark infringement, which is an act consisting of the illicit use of a sign under circumstances where the trade mark proprietor is entitled to forbid its use.

17 – As to the seven individuals who were defendants in the national proceedings, in addition to the three eBay subsidiaries, L'Oréal has settled with the fourth to eighth defendants and obtained judgment in default of defence against the ninth and tenth defendants. Therefore it does not appear necessary to include the names of these individuals as parties to this preliminary proceeding.

18 – eBay could, for example, filter listings before they are posted on the site, use additional filters, require sellers to disclose their names and addresses when listing items, impose additional restrictions on the volumes of high risk products, adopt policies to combat other types of infringement which are not presently addressed, and in particular the sale of non-EEA goods without the consent of the trade mark owners, and apply sanctions more rigorously.

19 – See for example Case C-558/08 Portakabin [2010] ECR I-0000; Case C-278/08 BergSpechte [2010] ECR I-0000; order of 26 March 2010 in Case C-91/09 eis.de; Google France and Google; Case C-487/07 L'Oréal and Others [2009] ECR I-5185; Case C-533/06 O2Holdings and O2 (UK) [2008] ECR I-4231; Case C-17/06 Céline [2007] ECR I-7041; Case C-48/05 Adam Opel [2007] ECR I-1017; and Case C-206/01 Arsenal Football Club [2002] ECR I-10273.

20 – There is no terminological or substantial consensus as to how the 'functions' of the trade mark should be understood. The same goes for the conceptual relationships that exist between the various functions, especially whether some (or all) of the functions can actually be seen as included in the essential function that is to guarantee to consumers the origin of the goods or services. The Court has identified as other functions of the trade mark that of guaranteeing the quality of the goods or services in question and those of communication, investment and

advertising (see L'Oréal and Others, paragraph 58). In the following I will use the terms origin function, quality function, communication function, advertising function and investment function.

21 – See Breitschaft, A. 'Intel, Adidas & Co – is the jurisprudence of the European Court of Justice on dilution law in compliance with the underlying rationales and fit for the future?', European Intellectual Property Law Review 2009, 31(10), p. 497-504, p. 498. The author considers that European Union legislation can be criticised for giving proprietors of trade marks with a reputation some kind of monopoly on the exploitation of their signs, although trade mark law originally was not designed to give an exclusive intellectual property right like patent law or copyright law.

22 – For a more profound analysis of these aspects see the opinion of Advocate General Poiares Maduro in case Google France and Google, points 101-112

23 – In so far as the legal protection of trade marks with a reputation as brands is enhanced it becomes more and more important to ensure that freedom of expression relating to parody, artistic expression and critique of consumerism and mockery of life styles related to it is not unduly hampered. The same applies to debate over the quality of goods and services. See on this issue Senftleben, M., 'The Trademark Tower of Babel – Dilution Concepts in International, US and EC Trademark Law', International review of intellectual property and competition law, Vol. 40 (2009), no. 1, p. 45-77, p. 62-64.

24 – See opinion of Advocate General Alber in Case C-71/02 Karner [2004] ECR I-3025, point 75, and European Court of Human Rights: Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermannv. Germany, 20 November 1989, Series A, No 165, paragraphs 25 and 26, and Casado Coca v. Spain, 24 February 1994, Series A, No 285-A, paragraphs 35 and 36.

25 – The High Court judgment refers to test purchases of L'Oréal's goods implemented on eBay's electronic marketplace. One series of test purchases can be mentioned as an indicative example, the result of which was that 70% of the products were not intended for sale in the EEA (being counterfeit products, non-EEA products or EEA products not intended for sale). Numbers of similar magnitude have been reported in other contexts. For comparison, in the litigation between eBay and Tiffany Inc. it was found that some 75% of 'Tiffany' goods traded on eBay electronic marketplace were counterfeit, see Tiffany (NJ) Inc. v eBay Inc., United States District Court, Southern District of New York, No 04 Civ. 4607 RJS, 576 F.Supp.2d 463 (2008), Judgment of 14 July 2008, p. 20, affirmed on appeal, on 1 April 2010 by the Second Circuit except with respect to the false advertising claim, which it remanded for further consideration, see Tiffany (NJ) Inc. v. eBay, Inc., 600 F.3d 93, 114 (2d Cir.2010) (Tiffany II).

26 – To my knowledge the question of the liability of an internet marketplace over trade mark infringements has so far been addressed among others by Belgian, French, German, United Kingdom and United States courts.

27 – Since selective distribution arrangements are contractual they do not bind third parties. Hence, trademark protection is exhausted also in cases where a distributor belonging to such a network sells protected goods to a third party in contravention of the terms of the distribution agreement between him and the proprietor of the trademark. The Court concluded in Case C-16/03 Peak Holding [2004] ECR I-11313 that exhaustion is not precluded if the resale in the EEA has taken place in breach of a prohibition included in a contract of sale (see paragraph 56).

28 – For example a case where A produces and labels goods with a third party's trade mark without consent and B puts them on the market.

29 – The High Court characterises this as 'accessory liability' under English law. In some legal systems we could also speak about indirect infringements in comparison to direct infringements by the primary infringer.

30 – However, Council Regulation (EC) No 3295/94 of 22 December 1994 laying down measures to prohibit the release for free circulation, export, re-export or entry for a suspensive procedure of counterfeit and pirated goods (OJ 1994 L 341, p. 8, as amended) prohibits, inter alia, release for free circulation, export and re-export of counterfeit or pirated goods.

31 – The German concept of Störerhaftung could be described as the liability of a 'disturber' or 'interferer', or as liability for nuisance. Störerhaftung is linked to an infringement of rights, but with no civil liability. It can result in an injunction against the 'disturber', even if damages are not awarded. See Rühmkorf, A., 'The Liability of online auction portals: Toward a Uniform Approach?', 14 No. 4 Journal of Internet Law, October 2010, p. 3.

32 – As regards contributory liability for trade mark infringements in the United States, see opinion of Advocate General Poiares Maduro in Google France and Google, footnote 19.

33 – For an overview of recent case-law see Rühmkorf, op.cit. and Cheung, A.S.Y. – Pun, K.K.H., 'Comparative study on the liability for trade mark infringement of online auction providers', European Intellectual Property Review 2009, 31(11), p. 559-567 and Bagnall, M., Fyfield, D., Rehag, C.; and Adams, M., 'Liability of Online Auctioneers: Auction Sites and Brand Owners Hammer It Out', INTA Bulletin Vol. 65 No. 1 (1 January 2010), p. 5-7. See also 'Report on Online auction sites and trademark infringement liability', by Trademarks and Unfair Competition Committee of the New York City Bar Association, available at www.abcny.org.

34 – However, I recall that the High Court has, in its judgment of 22 May 2009, excluded eBay's accessory liability under English law with reference to the grounds for liability invoked by L'Oréal, namely joint tortfeasorship based on procurement or participation in a common design.

35 – See Case C-291/00 LTJ Diffusion [2003] ECR I-2799, paragraphs 50 to 54. In my understanding the differences between pure word marks and stylised word marks or device marks where the word element is dominant are always significant. If that would not be the case, there would no be reason for registering separately trade marks belonging to the latter categories.

36 – According to the Guidelines of OHIM (Part C: Opposition; Part 2, Chapter 1 – Identity; Final version November 2007), word marks are marks consisting of letters, numbers and other signs reproduced in the standard typeface used by the respective office. This means that as regards these marks no particular figurative element or appearance is claimed. Moreover, differences in the use of small or capital letters are immaterial in the case of word marks (see point 3.2). As to figurative marks, the Guidelines note that if one of the marks is (i) in a distinctive typeface, such as script typeface, so that the overall appearance of the word mark is changed to that of a figurative mark, (ii) consists of standard typeface before a figurative (coloured) background or (iii) is in standard typeface represented in coloured letters, and the other mark is a word mark, there is no identity (see point 3.3 with examples).

37 – See Arsenal, paragraph 51, Case C-245/02 Anheuser-Busch [2004] ECR I-10898, paragraph 59, Adam Opel, paragraphs 18-22, and Céline, paragraph 16.

38 – The Court has held that the use of a sign is use in the course of trade where it takes place in the context of commercial activity with a view to economic advantage and not as a private matter. See Arsenal, paragraph 40.

39 – The High Court is of the opinion that the sixth condition is superfluous and confusing (see judgment of 22 May 2009, paragraphs 288 and 300 to 306). Also in the doctrine there are allegations reproaching the Court's recent case-law for inconsistency or difficulty of application. Although I understand such concerns to some degree I do not think that it is necessary to enter into that debate under the very specific circumstances of the present preliminary reference concerning an electronic marketplace.

40 – Case C-127/09 Coty Prestige Lancaster Group [2010] ECR I-0000.

41 – Coty Prestige Lancaster Group, paragraph 48.

42 – See Case C-348/04 Boehringer Ingelheim and Others [2007] ECR I-3391, paragraphs 43 and 44.

43 – Joined Cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93 Bristol-Myers Squibb and Others [1996] ECR I-3457.

44 – See, for the special nature of such products in trade mark law. Case C-337/95 Parfums Christian Dior [1997] ECR I-6013, paragraphs 42-44.

45 – According to the order for reference this case is related to the fact that eBay prohibits the selling of unboxed cosmetics to buyers in Germany but not to those in other Member States.

46 – Cf. opinion of Advocate General Stix-Hackl in Joined cases C-414/99, C-415/99 and C-416/99 Zino Davidoff and Levi Strauss [2001] ECR I-8691, points 120 and 121.

47 – However, the distinction that eBay makes between professional sellers and others does not necessarily coincide with the concept 'in the course of trade'.

48 – See for example LTJ Diffusion, paragraphs 48 to 50.

49 – In my opinion the user might succeed in fulfilling his burden of proof by demonstrating for example that the trade mark is relatively unknown and that the outer packages do not include any relevant information for the consumers.

50 – Google France and Google, point 2 of the operative part and paragraph 99 of the judgment.

51 – Google France and Google, point 1 of the operative part and paragraph 99 of the judgment.

52 – It should be observed that internet search engines do not either execute the search operations on the entire internet but in their databases of WWW pages stored on the servers of the operator in question. This partly explains why the same keyword may, and usually does, lead to a different 'natural' listing of links in the different search engines.

53 – That the use must be in the course of trade; that it must be without the consent of the trade mark proprietor; and that there must be a sign which is identical to the trade mark.

54 – The identification function or the function of the trade mark of distinguishing between goods and services is usually not kept apart from the origin function. However, the capacity of a trade mark to distinguish goods and services from other goods or services can also be used for other purposes than to indicate their origin. For example, in the manual of a universal remote control device trade marks can be used to indicate the products that are compatible with the device. See on the Scandinavian doctrine on this issue Pihlajarinne, T., Toisen tavaramerkin sallittu käyttö [Permissible use of another's trade mark], Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2010, p. 47-48.

55 – Google France and Google, paragraphs 68 and 69.

56 – Google France and Google, paragraph 82.

57 – Google France and Google, paragraphs 83 and 84.

58 – Google France and Google, paragraphs 91 to 98. As to the communication function, it seems that in the doctrine the elements of this function are to a large extent covered by the distinguishing and origin function, advertising function and the investment function. Hence it is not necessary to address it separately here.

59 – Portakabin, paragraph 91.

60 – The Court confirmed in Dior (paragraph 38) that after the trade mark right has been exhausted, the reseller is not only free to sell the goods, but is also free to make use of the trade mark in order to bring to the public's attention the further commercialisation of those goods. See also Case C-63/97 BMW [1999] ECR I-905, paragraph 54.

61 – See Google France and Google, paragraphs 55 to 56. However, the conclusion that a paid referencing service provider is not acting in the course of trade (paragraphs 57 and 58) cannot be applied to marketplace operators' activities relating to their own websites.

62 – See Joined Cases 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 and 125/85 to 129/85 Ahlström Osakeyhtiö and Others v Commission [1988] ECR 5193, paragraphs 12 to 14.

63 – See opinion of Advocate General Trstenjak in Case C-585/08 Pammer and Case C-144/09 Hotel Alpenhof.

64 – http://www.wipo.int/about-ip/en/development_iplaw/pub845.htm

65 – See footnote 33 above.

66 – I note that although this directive was adopted some 10 years ago, there are only a few Court judgments interpreting its provisions.

67 – See COM(2003) 702 final: Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

68 – See Sorvari, K., Vastuu tekijänoikeuden loukkauksesta erityisesti tietoverkkoympäristössä, [Liability for copyright infringement on the Internet] WSOY, Helsinki 2005, p. 513-526, where the author analyses the implementation of Directive 2000/31 in Germany, Sweden and Finland.

69 – Google France and Google, paragraphs 113 and 114.

70 – This has been a crucial factor for German courts when they have excluded criminal and civil liability of electronic marketplace operators for infringing listings, and restricted their liability to prevent future infringements within reasonable limits in view of their business model as defined in the injunction given by the court. See Rühmkorf, A., 'eBay on the European Playing Field: A Comparative Case Analysis of L'Oréal v eBay', (2009) 6:3 SCRIPTed 685, p. 694, http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol6-3/ruhmkorf.asp.

71 – Recital 40 to Directive 2000/31 states that the provisions of this directive relating to liability should not preclude the development and effective operation, by the different interested parties, of technical systems of protection and identification and of technical surveillance instruments made possible by digital technology within the limits laid down by Directive 95/46 of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and Directive 97/66 of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector.

72 – An operator may, for instance, sell to its customers packages consisting of access provision to the internet, server capacity for the client's own home page and an email address (service provision) and the provider's own home page with all the various services accessible from the operator's portal as the start page (content provision). See Sorvari, K., op.cit., p. 66. In this example the operator would offer, in addition to 'mere conduit' and 'caching', also hosting and content provision.

73 – For an assessment of the effects of eBay's VeRO program in relation to legal trade, see Pilutik, S., 'eBay's Secondary Trademark Liability Problem and its VeRO Program', published on http://www.cs.cmu.edu/~dst/Secrets/E-Meter/eBay-VERO-pilutik.html.

74 – This requirement was confirmed by the Constitutional Law Committee of the Finnish Parliament, see opinion PeVL 60/2001 vp – HE 194/2001 vp.

75 – I note that in its pleadings eBay claims that specific 'notice and take down' procedures have only been provided in Finland, France and Spain.

76 – See Sorvari, op. cit., p. 521-523 and Act on Provision of Information Society Services (Finland) ('laki tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta') 5.6.2002/458, Articles 15, 16 and 20-25, available in English at www.finlex.fi/en

77 – It is obvious that here is a link to how the notion of an infringement is construed in national law even if the notions used in Article 14(1)(a) of Directive 2000/31 must have an autonomous EU law meaning independent of national criminal law and tort law concepts. For example: does it constitute one or several infringements if A sells without trade mark proprietor's consent (i) identical goods to several customers, (ii) similar but not identical goods covered by the same trade mark or (iii) if the selling activity extends over a certain period of time and consists of separate transactions?

78 – The High Court submits that this provision has not lead to any specific transposition as the existing law was deemed to conform to it. The referring court doubts the correctness of that conclusion.

79 – See Norrgård, M., 'The Role Conferred on the National Judge by Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights', ERA Forum 4/2005, p. 503.

80 – See recitals 22, 23, 24, 25 and Article 11 of Directive 2004/48.

81 – That the infringing third party would be the same would primarily mean the same identity based on the user identification in the service providers system if any. In addition, reasonable measures to reveal the true identity of a user hiding behind several user identifications may be required from the service provider: this would not constitute an obligation of general monitoring forbidden by Article 15(1) of Directive 2000/31 but an acceptable obligation of specific monitoring.

82 – See also three German cases, commonly known as 'Internet Auction I, II and III', BGH I ZR 304/01 of 11 March 2004 (reported in English in [2006] European Commercial Cases, Part I, 9); BGH I ZR 35/04 of 19 April 2007 (reported in English in [2007] European Trade Mark Reports, part 11, p. 1) and BGH I ZR 73/05 of 30 April 2008. The court held that electronic marketplace operators qualified for the exemption of liability established in Article 14 of Directive 2000/31. Yet they formulated extensive criteria for injunctions against the operators which, as to their scope, may give rise to some issues of compatibility with Directive 2000/31.

AB Adalet Divanı - Joined Cases C-236/08 to C-238/08 - Google France - 23 March 2010

Court of Justice of the European Union

PRESS RELEASE No 32/10

Luxembourg, 23 March 2010

Judgment in Joined Cases C-236/08 to C-238/08

Google France and Google Inc. et al. v Louis Vuitton Malletier et al.

Google has not infringed trade mark law by allowing advertisers to purchase keywords corresponding to their competitors' trade marks

Advertisers themselves, however, cannot, by using such keywords, arrange for Google to display ads which do not allow internet users easily to establish from which undertaking the goods or services covered by the ad in question originate

Community law on trade marks[1] entitles proprietors of trade marks, subject to certain conditions, to prohibit third parties from using signs which are identical with, or similar to, their trade marks for goods or services equivalent to those for which those trade marks are registered.

Google operates an internet search engine. When an internet user performs a search on the basis of one or more key words, the search engine will display the sites which appear best to correspond to those key words, in decreasing order of relevance. These are referred to as the 'natural' results of the search.

In addition, Google offers a paid referencing service called 'AdWords'. That service enables any economic operator, by means of the reservation of one or more keywords, to obtain the placing - in the event of a correspondence between one or more of those words and that/those entered as a request in the search engine by an internet user - of an advertising link to its site, accompanied by a commercial message. That advertising link appears under the heading 'sponsored links', which

[1] First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1) and Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade
mark (OJ 1994 L 11, p. 1).

is displayed either on the right-hand side of the screen, to the right of the natural results, or on the upper part of the screen, above those results.

Vuitton, which is the proprietor of the Community trade mark 'Vuitton' and of the French national trade marks 'Louis Vuitton' and 'LV', Viaticum, which is the proprietor of the French trade marks 'Bourse des Vols', 'Bourse des Voyages' and 'BDV', and Mr Thonet, the proprietor of the French trade mark 'Eurochallenges', became aware that the entry, by internet users, of terms constituting those trade marks into Google's search engine triggered the display, under the heading 'sponsored links', of links to sites offering imitation versions of Vuitton's products and to sites of competitors of Viaticum and of the Centre national de recherche en relations humaines respectively. They therefore brought separate sets of proceedings against Google for declarations that it had infringed their trade marks.

The Cour de cassation (French Court of Cassation), ruling as a court of final instance in the sets of proceedings which the trade mark proprietors have brought against Google, has referred questions to the Court of Justice on whether it is lawful to use, as keywords in the context of an internet referencing service, signs which correspond to trade marks, where consent has not been given by the proprietors of those trade marks.

The use, in an internet referencing service, of keywords corresponding to other persons' trade marks The Court notes that, by purchasing the referencing service and selecting, as a keyword, a sign corresponding to another person's trade mark, with the purpose of offering internet users an alternative to the goods or services of that proprietor, an advertiser uses that sign in relation to its goods or services. That is not the case, however, where a referencing service provider permits advertisers to select, as keywords, signs identical with trade marks, stores those signs and displays its clients' ads on the basis of those keywords.

The Court states that the use, by a third party, of a sign which is identical with, or similar to, the proprietor's trade mark implies, at the very least, that that third party uses the sign in its own commercial communication. A referencing service provider, however, allows its clients, namely the advertisers, to use signs which are identical with, or similar to, trade marks, but does not itself use those signs.

If a trade mark has been used as a keyword, the proprietor of that trade mark cannot, therefore, rely, as against Google, on the exclusive right which it derives from its mark. By contrast, it can invoke that right against those advertisers which, by means of a keyword corresponding to its mark, arrange for Google to display ads which make it impossible, or possible only with difficulty,

for average internet users to establish from what undertaking the goods or services covered by the ad originate.

In such a situation - which is characterised by the fact that the ad in question appears immediately after the trade mark has been entered as a search term by the internet user concerned and is displayed at a point when the trade mark, in its capacity as a search term, is also displayed on the screen - the internet user may err as to the origin of the goods or services in question. The function of the trade mark, which is to guarantee to consumers the origin of goods or services (the trade mark's 'function of indicating origin'), is thus adversely affected.

It is for the national court to assess, on a case-by-case basis, whether the facts of the dispute before it point to an adverse effect, or a risk thereof, on the function of indicating origin.

With regard to the use, by internet advertisers, of a sign corresponding to another person's trade mark as a keyword for purposes of the display of advertising messages, the Court also takes the view that that use is liable to have certain repercussions on the advertising use of that mark by its proprietor and on the latter's commercial strategy. Those repercussions of third parties' use of a sign identical with the trade mark do not of themselves, however, constitute an adverse effect on the 'advertising function' of the trade mark.

The liability of the referencing service provider

The Court has also been asked to rule on the liability of an operator such as Google in respect of the data of its clients which it stores on its server.

Questions of liability are governed by national law. European Union law, however, lays down restrictions on liability in favour of information society intermediary service providers[2].

With regard to the question whether an internet referencing service, such as 'AdWords', is an information society service consisting in the storage of information supplied by advertisers and whether, on that ground, the liability of the referencing service provider may be limited, the Court rules that it is for the referring court to examine whether the role played by that service provider is neutral, in the sense that its conduct is merely technical, automatic and passive, pointing to a lack of knowledge of, or control over, the data which it stores.

If it proves to be the case that it has not played an active role, that service provider cannot be held liable for the data which it has stored at the request of an advertiser, unless, having obtained

[2] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1).

knowledge of the unlawful nature of those data or of that advertiser's activities, it failed to act expeditiously to remove or to disable access to the data concerned.

NOTE: A reference for a preliminary ruling allows the courts and tribunals of the Member States, in disputes which have been brought before them, to refer questions to the Court of Justice about the interpretation of European Union law or the validity of a European Union act. The Court of Justice does not decide the dispute itself. It is for the national court or tribunal to dispose of the case in accordance with the Court's decision, which is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised.

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

23 March 2010

Language of the cases: French.

(Trade marks - Internet - Search engine - Keyword advertising - Display, on the basis of keywords corresponding to trade marks, of links to sites of competitors of the proprietors of those marks or to sites offering imitation goods - Directive 89/104/EEC - Article 5 - Regulation (EC) No 40/94 - Article 9 - Liability of the search engine operator - Directive 2000/31/EC ('Directive on electronic commerce'))

In Joined Cases C-236/08 to C-238/08,

REFERENCES for a preliminary ruling under Article 234 EC from the Cour de cassation (France), made by decisions of 20 May 2008, received at the Court on 3 June 2008, in the proceedings

Google France SARL,

Google Inc.

v

Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08),

Google France SARL

v

Viaticum SA,

Luteciel SARL (C-237/08),

and

Google France SARL

v

Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL,

Pierre-Alexis Thonet,

Bruno Raboin,

Tiger SARL (C-238/08),

THE COURT (Grand Chamber),

composed of V. Skouris, President, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts and E. Levits, Presidents of Chambers, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, A. Borg Barthet, M. Ilešič (Rapporteur), J. Malenovský, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh and J.-J. Kasel, Judges,

Advocate General: M. Poiares Maduro,

Registrar: H. von Holstein, Deputy Registrar,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 17 March 2009,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Google France SARL and Google Inc., by A. Néri and S. Proust, avocats, and by G. Hobbs QC,

- Louis Vuitton Malletier SA, by P. de Candé, avocat,

- Viaticum SA and Luteciel SARL, by C. Fabre, avocat,

- Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and M. Thonet, by L. Boré and P. Buisson, avocats,

- Tiger SARL, by O. de Nervo, avocat,

- the French Government, by G. de Bergues and B. Cabouat, acting as Agents,

- the Commission of the European Communities, by H. Krämer, acting as Agent,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 22 September 2009,

gives the following

Judgment

1. These references for a preliminary ruling concern the interpretation of Article 5(1) and (2) of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1), Article 9(1) of Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ 1994 L 11, p. 1) and Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’) (OJ 2000 L 178, p. 1).

2. The references have been made in the course of proceedings between, in Case C-236/08, the companies Google France SARL and Google Inc. (individually or jointly ‘Google’) and the

company Louis Vuitton Malletier SA ('Vuitton') and, in Cases C-237/08 and C-238/08, between Google and the companies Viaticum SA ('Viaticum'), Luteciel SARL ('Luteciel'), Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL ('CNRRH') and Tiger SARL ('Tiger'), and two natural persons, Mr Thonet and Mr Raboin, concerning the display on the internet of advertising links on the basis of keywords corresponding to trade marks.

I - Legal context

A - Directive 89/104

3. Article 5 of Directive 89/104, entitled 'Rights conferred by a trade mark', provides:

> '1. The registered trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:
>
> (a) any sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered;
>
> (b) any sign where, because of its identity with, or similarity to, the trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association between the sign and the trade mark.
>
> 2. Any Member State may also provide that the proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade any sign which is identical with, or similar to, the trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Member State and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark.
>
> 3. The following, inter alia, may be prohibited under paragraphs l and 2:
>
> (a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;
>
> (b) offering the goods, or putting them on the market or stocking them for these purposes under that sign, or offering or supplying services thereunder;
>
> (c) importing or exporting the goods under the sign;
>
> (d) using the sign on business papers and in advertising.
>
> …'

4. Article 6 of Directive 89/104, entitled 'Limitation of the effects of a trade mark', provides:

> '1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade,
>
> (a) his own name or address;
>
> (b) indications concerning the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of goods or of rendering of the service, or other characteristics of goods or services;
>
> (c) the trade mark where it is necessary to indicate the intended purpose of a product or service, in particular as accessories or spare parts;
>
> provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters.
>
> …'

5. Article 7 of Directive 89/104, entitled 'Exhaustion of the rights conferred by a trade mark', stated in its original version:

> '1. The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the Community under that trade mark by the proprietor or with his consent.
>
> 2. Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialisation of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market.'

6. Pursuant to Article 65(2) of the Agreement on the European Economic Area ('the EEA') of 2 May 1992 (OJ 1994 L 1, p. 3), in conjunction with Point 4 of Annex XVII to that agreement, the original version of Article 7(1) of Directive 89/104 was amended for the purposes of the EEA Agreement and the expression 'in the Community' was replaced by the words 'in a Contracting Party'.

7. Directive 89/104 has been repealed by Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (codified version) (OJ 2008 L 299, p. 25), which entered into force on 28 November 2008. However, having regard to the time at which the facts occurred, the disputes in the main proceedings remain governed by Directive 89/104.

B - Regulation No 40/94

8. Article 9 of Regulation No 40/94, entitled 'Rights conferred by a Community trade mark', provides:

> '1. A Community trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:
>
> (a) any sign which is identical with the Community trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the Community trade mark is registered;
>
> (b) any sign where, because of its identity with or similarity to the Community trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the Community trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trade mark;
>
> (c) any sign which is identical with or similar to the Community trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the Community trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Community and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the Community trade mark.
>
> 2. The following, inter alia, may be prohibited under paragraph 1:
>
> (a) affixing the sign to the goods or to the packaging thereof;
>
> (b) offering the goods, putting them on the market or stocking them for these purposes under that sign, or offering or supplying services thereunder;
>
> (c) importing or exporting the goods under that sign;
>
> (d) using the sign on business papers and in advertising.
>
> …'

9. Article 12 of Regulation No 40/94, entitled 'Limitation of the effects of a Community trade mark', provides:

> 'A Community trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using in the course of trade:
>
> (a) his own name or address;

(b) indications concerning the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, the time of production of the goods or of rendering of the service, or other characteristics of the goods or service;

(c) the trade mark where it is necessary to indicate the intended purpose of a product or service, in particular as accessories or spare parts,

provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters.'

10. Article 13 of Regulation No 40/94, entitled 'Exhaustion of the rights conferred by a Community trade mark', states:

'1. A Community trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the Community under that trade mark by the proprietor or with his consent.

2. Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialisation of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market.'

11. Regulation No 40/94 was repealed by Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark (codified version) (OJ 2009 L 78, p. 1), which entered into force on 13 April 2009. However, having regard to the time at which the facts occurred, the disputes in the main proceedings remain governed by Regulation No 40/94.

C - Directive 2000/31

12. Recital 29 in the preamble to Directive 2000/31 states:

'Commercial communications are essential for the financing of information society services and for developing a wide variety of new, charge-free services; in the interests of consumer protection and fair trading, commercial communications … must meet a number of transparency requirements; …'

13. Recitals 40 to 46 in the preamble to Directive 2000/31 read as follows:

'(40) Both existing and emerging disparities in Member States' legislation and case-law concerning liability of service providers acting as intermediaries prevent the smooth functioning of the internal market, in particular by impairing the development of cross-border services …; service providers have a duty to act, under certain circumstances, with a view to preventing or stopping illegal activities; this Directive should constitute the

appropriate basis for the development of rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information; …

(41) This Directive strikes a balance between the different interests at stake and establishes principles upon which industry agreements and standards can be based.

(42) The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored, for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored.

(43) A service provider can benefit from the exemptions for "mere conduit" and for "caching" when he is in no way involved with the information transmitted; …

(44) A service provider who deliberately collaborates with one of the recipients of his service in order to undertake illegal acts goes beyond the activities of "mere conduit" or "caching" and as a result cannot benefit from the liability exemptions established for these activities.

(45) The limitations of the liability of intermediary service providers established in this Directive do not affect the possibility of injunctions of different kinds; …

(46) In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; …'

14. Article 2(a) of Directive 2000/31 defines 'information society services' by reference to Article 1(2) of Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (OJ 1998 L 204, p. 37), as amended by Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 (OJ 1998 L 217, p. 18), as:

'any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services'.

15 Article 1(2) of Directive 98/34, in the version amended by Directive 98/48, continues as follows:

‘…

For the purposes of this definition:

- “at a distance” means that the service is provided without the parties being simultaneously present,

- “by electronic means” means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing … and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,

- “at the individual request of a recipient of services” means that the service is provided through the transmission of data on individual request.

…’

16. Article 6 of Directive 2000/31 states:

‘In addition to other information requirements established by Community law, Member States shall ensure that commercial communications which are part of … an information society service comply at least with the following conditions:

…

(b) the natural or legal person on whose behalf the commercial communication is made shall be clearly identifiable;

…’

17. Chapter II of Directive 2000/31 includes a Section 4, entitled ‘Liability of intermediary service providers’, which comprises Articles 12 to 15.

18. Article 12 of Directive 2000/31, entitled ‘Mere conduit’, provides:

‘1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

(a) does not initiate the transmission;

(b) does not select the receiver of the transmission; and

(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'

19. Article 13 of Directive 2000/31, entitled 'Caching', states:

'1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

(a) the provider does not modify the information;

(b) the provider complies with conditions on access to the information;

(c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;

(d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and

(e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.'

20. Article 14 of Directive 2000/31, entitled 'Hosting', provides:

'1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the

service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.'

21. Article 15 of Directive 2000/31, entitled 'No general obligation to monitor', provides:

'1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

II - The disputes in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

A - The 'AdWords' referencing service

22. Google operates an internet search engine. When an internet user performs a search on the basis of one or more words, the search engine will display the sites which appear best to correspond to those words, in decreasing order of relevance. These are referred to as the 'natural' results of the search.

23. In addition, Google offers a paid referencing service called 'AdWords'. That service enables any economic operator, by means of the reservation of one or more keywords, to obtain the

placing, in the event of a correspondence between one or more of those words and that/those entered as a request in the search engine by an internet user, of an advertising link to its site. That advertising link appears under the heading ‘sponsored links’, which is displayed either on the right-hand side of the screen, to the right of the natural results, or on the upper part of the screen, above the natural results.

24. That advertising link is accompanied by a short commercial message. Together, that link and that message constitute the advertisement (‘ad’) displayed under the abovementioned heading.

25. A fee for the referencing service is payable by the advertiser for each click on the advertising link. That fee is calculated on the basis, in particular, of the ‘maximum price per click’ which the advertiser agreed to pay when concluding with Google the contract for the referencing service, and on the basis of the number of times that link is clicked on by internet users.

26. A number of advertisers can reserve the same keyword. The order in which their advertising links are then displayed is determined according to, in particular, the maximum price per click, the number of previous clicks on those links and the quality of the ad as assessed by Google. The advertiser can at any time improve its ranking in the display by fixing a higher maximum price per click or by trying to improve the quality of its ad.

27. Google has set up an automated process for the selection of keywords and the creation of ads. Advertisers select the keywords, draft the commercial message, and input the link to their site.

B - Case C-236/08

28. Vuitton, which markets, in particular, luxury bags and other leather goods, is the proprietor of the Community trade mark ‘Vuitton’ and of the French national trade marks ‘Louis Vuitton’ and ‘LV’. It is common ground that those marks enjoy a certain reputation.

29. At the beginning of 2003, Vuitton became aware that the entry, by internet users, of terms constituting its trade marks into Google’s search engine triggered the display, under the heading ‘sponsored links’, of links to sites offering imitation versions of Vuitton’s products. It was also established that Google offered advertisers the possibility of selecting not only keywords which correspond to Vuitton’s trade marks, but also those keywords in combination with expressions indicating imitation, such as ‘imitation’ and ‘copy’.

30. Vuitton brought proceeding against Google with a view, inter alia, to obtaining a declaration that Google had infringed its trade marks.

31. Google was found guilty of infringing Vuitton’s trade marks by a judgment of 4 February 2005 of the Tribunal de grande instance de Paris (Regional Court, Paris), and subsequently, on

appeal, by judgment of 28 June 2006 of the Cour d'appel de Paris (Court of Appeal, Paris). Google has brought an appeal on a point of law (cassation) against that latter judgment.

32. In those circumstances, the Cour de cassation (French Court of Cassation) decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '1. Must Article 5(1)(a) and (b) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) and (b) of [Regulation No 40/94] be interpreted as meaning that a provider of a paid referencing service who makes available to advertisers keywords reproducing or imitating registered trade marks and arranges by the referencing agreement to create and favourably display, on the basis of those keywords, advertising links to sites offering infringing goods is using those trade marks in a manner which their proprietor is entitled to prevent?
>
> 2. In the event that the trade marks have a reputation, may the proprietor oppose such use under Article 5(2) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(c) of [Regulation No 40/94]?
>
> 3. In the event that such use does not constitute a use which may be prevented by the trade mark proprietor under [Directive 89/104] or [Regulation No 40/94], may the provider of the paid referencing service be regarded as providing an information society service consisting of the storage of information provided by the recipient of the service, within the meaning of Article 14 of [Directive 2000/31], so that that provider cannot incur liability until it has been notified by the trade mark proprietor of the unlawful use of the sign by the advertiser?'

C - Case C-237/08

33. Viaticum is the proprietor of the French trade marks 'Bourse des Vols', 'Bourse des Voyages' and 'BDV', registered for travel-arrangement services.

34. Luteciel is a provider of information-technology services to travel agencies. It publishes and maintains Viaticum's internet site.

35. Viaticum and Luteciel became aware that the entry, by internet users, of terms constituting the abovementioned trade marks into Google's search engine triggered the display, under the heading 'sponsored links', of links to sites of competitors of Viaticum. It was also established that Google offered advertisers the possibility of selecting, to that end, keywords which correspond to those trade marks.

36. Viaticum and Luteciel brought proceedings against Google. By judgment of 13 October 2003, the Tribunal de grande instance de Nanterre (Regional Court, Nanterre) found Google guilty of infringement of trade marks and ordered it to compensate Viaticum and Luteciel for the losses

which they had suffered. Google appealed to the Cour d'appel de Versailles (Court of Appeal, Versailles). That court ruled, by judgment of 10 March 2005, that Google had acted as an accessory to infringement, and it upheld the judgment of 13 October 2003. Google has brought an appeal in cassation against the judgment of the Cour d'appel de Versailles.

37. In those circumstances, the Cour de cassation decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '1. Must Article 5(1)(a) and (b) of [Directive 89/104] be interpreted as meaning that a provider of a paid referencing service who makes available to advertisers keywords reproducing or imitating registered trade marks and arranges by the referencing agreement to create and favourably display, on the basis of those keywords, advertising links to sites offering goods identical or similar to those covered by the trade mark registration is using those trade marks in a manner which their proprietor is entitled to prevent?
>
> 2. In the event that such use does not constitute a use which may be prevented by the trade mark proprietor under [Directive 89/104] or [Regulation No 40/94], may the provider of the paid referencing service be regarded as providing an information society service consisting of the storage of information provided by the recipient of the service, within the meaning of Article 14 of [Directive 2000/31], so that that provider cannot incur liability before it has been informed by the trade mark proprietor of the unlawful use of the sign by the advertiser?'

D - Case C-238/08

38. Mr Thonet is the proprietor of the French trade mark 'Eurochallenges', registered for, inter alia, matrimonial agency services. CNRRH is a matrimonial agency and holds a licence, granted by Mr Thonet, under the abovementioned mark.

39. During 2003, Mr Thonet and CNRRH became aware that the entry, by internet users, of terms constituting the abovementioned trade mark into Google's search engine triggered the display, under the heading 'sponsored links', of links to sites of competitors of CNRRH, operated by Mr Raboin and Tiger respectively. It was also established that Google offered advertisers the possibility of selecting that term as a keyword for that purpose.

40. On the application of Mr Thonet and CNRRH, Mr Raboin, Tiger and Google were found guilty of infringement of the trade mark by judgment of 14 December 2004 of the Tribunal de grande instance de Nanterre, and subsequently, on appeal, by judgment of 23 March 2006 of the Cour d'appel de Versailles. Google has lodged an appeal in cassation against that latter judgment.

41. In those circumstances, the Cour de cassation decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court for a preliminary ruling:

> '1. Does the reservation by an economic operator, by means of an agreement on paid internet referencing, of a keyword triggering, in the case of a request using that word, the display of a link proposing connection to a site operated by that operator in order to offer for sale goods or services, and which reproduces or imitates a trade mark registered by a third party in order to designate identical or similar goods, without the authorisation of the proprietor of that trade mark, constitute in itself an infringement of the exclusive right guaranteed to the latter by Article 5 of [Directive 89/104]?
>
> 2. Must Article 5(1)(a) and (b) of [Directive 89/104] be interpreted as meaning that a provider of a paid referencing service who makes available to advertisers keywords reproducing or imitating registered trade marks and arranges by the referencing agreement to create and favourably display, on the basis of those keywords, advertising links to sites offering goods identical or similar to those covered by the trade mark registration is using those trade marks in a manner which their proprietor is entitled to prevent?
>
> 3. In the event that such use does not constitute a use which may be prevented by the trade mark proprietor under [Directive 89/104] or [Regulation No 40/94], may the provider of the paid referencing service be regarded as providing an information society service consisting of the storage of information provided by the recipient of the service, within the meaning of Article 14 of [Directive 2000/31], so that that provider cannot incur liability before it has been informed by the trade mark proprietor of the unlawful use of the sign by the advertiser?'

III - Consideration of the questions referred

A - Use, in an internet referencing service, of keywords corresponding to trade marks of other persons

1. Preliminary considerations

42. It is common ground that the disputes in the main proceedings arise from the use, as keywords in an internet referencing service, of signs which correspond to trade marks, without consent having been given by the proprietors of those trade marks. Those keywords have been chosen by clients of the referencing service provider and accepted and stored by that provider. The clients in question either market imitations of the products of the trade mark proprietor (Case C-236/08) or are, quite simply, competitors of the trade mark proprietor (Cases C-237/08 and C-238/08).

43. By its first question in Case C-236/08, first question in Case C-237/08 and first and second questions in Case C-238/08, which it is appropriate to consider together, the Cour de cassation asks, in essence, whether Article 5(1)(a) and (b) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) and (b) of Regulation No 40/94 are to be interpreted as meaning that the proprietor of a trade mark is entitled to prohibit a third party from displaying, or arranging for the display of, on the basis of a keyword identical with, or similar to, that trade mark which that third party has, without the consent of that proprietor, selected or stored in connection with an internet referencing service, an ad for goods or services identical with, or similar to, those for which that mark is registered.

44. The first question in Case C-236/08, first question in Case C-237/08 and second question in Case C-238/08 focus, in that regard, on the storage of such a keyword by the provider of the referencing service and its organisation of the display of its client's ad on the basis of that word, while the first question in Case C-238/08 relates to the selection of the sign as a keyword by the advertiser and the display, by means of the referencing mechanism, of the ad which results from that selection.

45. Article 5(1)(a) and (b) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) and (b) of Regulation No 40/94 entitle proprietors of trade marks, subject to certain conditions, to prohibit third parties from using signs identical with, or similar to, their trade marks for goods or services identical with, or similar to, those for which those trade marks are registered.

46. In the disputes in the main proceedings, the use of signs corresponding to trade marks as keywords has the object and effect of triggering the display of advertising links to sites on which goods or services are offered which are identical with those for which those trade marks are registered, namely, leather goods, travel-arrangement services and matrimonial agency services respectively.

47. Accordingly, the Court will examine the question referred to in paragraph 43 of the present judgment principally from the angle of Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94 and only incidentally from the angle of the respective paragraphs (1)(b) thereof, since the latter provisions cover, in the case of signs identical with the trade mark, the situation in which the third party's goods or services are merely similar to those for which the trade mark is registered.

48. Following that examination, it will be appropriate to answer the second question in Case C-236/08, by which the Court is asked to examine the same problem from the angle of Article 5(2) of Directive 89/104 and Article 9(1)(c) of Regulation No 40/94, which concern the rights conferred by reputable trade marks. Subject to verification by the Cour de cassation, it appears

from the reference for a preliminary ruling that the legislation applicable in France includes the rule referred to in Article 5(2) of Directive 89/104. Furthermore, the Court has stated that that provision of the directive must be interpreted not solely on the basis of its wording, but also in the light of the overall scheme and objectives of the system of which it is a part. Accordingly, the rule referred to in Article 5(2) of Directive 89/104 concerns not only situations in which a third party uses a sign identical with, or similar to, a sign which has a reputation for goods or services which are not similar to those for which that trade mark is registered, but also situations in which such use is made for goods or services which are identical with, or similar to, those for which that trade mark is registered (Case C-292/00 *Davidoff* [2003] ECR I-389, paragraphs 24 to 30, and Case C-102/07 *adidas and adidas Benelux* [2008] ECR I-2439, paragraph 37).

2. The interpretation of Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94

49. By application of Article 5(1)(a) of Directive 89/104 or, in the case of Community trade marks, of Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94, the proprietor of a trade mark is entitled to prohibit a third party from using, without the proprietor's consent, a sign identical with that trade mark when that use is in the course of trade, is in relation to goods or services which are identical with, or similar to, those for which that trade mark is registered, and affects, or is liable to affect, the functions of the trade mark (see, inter alia, Case C-17/06 *Céline* [2007] ECR I-7041, paragraph 16; order in Case C-62/08 *UDV North America* [2009] ECR I-0000, paragraph 42; and Case C-487/07 *L'Oréal and Others* [2009] ECR I-0000, paragraph 58).

a) Use in the course of trade

50. The use of a sign identical with a trade mark constitutes use in the course of trade where it occurs in the context of commercial activity with a view to economic advantage and not as a private matter (Case C-206/01 *Arsenal Football Club* [2002] ECR I-10273, paragraph 40; *Céline*, paragraph 17; and *UDV North America*, paragraph 44).

51. With regard, firstly, to the advertiser purchasing the referencing service and choosing as a keyword a sign identical with another's trade mark, it must be held that that advertiser is using that sign within the meaning of that case-law.

52. From the advertiser's point of view, the selection of a keyword identical with a trade mark has the object and effect of displaying an advertising link to the site on which he offers his goods or services for sale. Since the sign selected as a keyword is the means used to trigger that ad display, it cannot be disputed that the advertiser indeed uses it in the context of commercial activity and not as a private matter.

53. With regard, next, to the referencing service provider, it is common ground that it is carrying out a commercial activity with a view to economic advantage when it stores as keywords, for certain of its clients, signs which are identical with trade marks and arranges for the display of ads on the basis of those keywords.

54. It is also common ground that that service is not supplied only to the proprietors of those trade marks or to operators entitled to market their goods or services, but, at least in the proceedings in question, is provided without the consent of the proprietors and is supplied to their competitors or to imitators.

55. Although it is clear from those factors that the referencing service provider operates 'in the course of trade' when it permits advertisers to select, as keywords, signs identical with trade marks, stores those signs and displays its clients' ads on the basis thereof, it does not follow, however, from those factors that that service provider itself 'uses' those signs within the terms of Article 5 of Directive 89/104 and Article 9 of Regulation No 40/94.

56. In that regard, suffice it to note that the use, by a third party, of a sign identical with, or similar to, the proprietor's trade mark implies, at the very least, that that third party uses the sign in its own commercial communication. A referencing service provider allows its clients to use signs which are identical with, or similar to, trade marks, without itself using those signs.

57. That conclusion is not called into question by the fact that that service provider is paid by its clients for the use of those signs. The fact of creating the technical conditions necessary for the use of a sign and being paid for that service does not mean that the party offering the service itself uses the sign. To the extent to which it has permitted its client to make such a use of the sign, its role must, as necessary, be examined from the angle of rules of law other than Article 5 of Directive 89/104 and Article 9 of Regulation No 40/94, such as those referred to in paragraph 107 of the present judgment.

58. It follows from the foregoing that a referencing service provider is not involved in use in the course of trade within the meaning of the abovementioned provisions of Directive 89/104 and of Regulation No 40/94.

59. Consequently, the conditions relating to use 'in relation to goods or services' and to the effect on the functions of the trade mark need to be examined only in relation to the use, by the advertiser, of the sign identical with the mark.

b) Use 'in relation to goods or services'

60. The expression 'in relation to goods or services' identical with those for which the trade mark is registered, which features in Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94, relates, in principle, to goods or services of third parties who use a sign identical with the mark (see Case C-48/05 *Adam Opel* [2007] ECR I-1017, paragraphs 28 and 29, and Case C-533/06 *O2 Holdings and O2 (UK)* [2008] ECR I-4231, paragraph 34). As appropriate, it can also refer to goods or services of another person on whose behalf the third party is acting (order in *UDV North America*, paragraphs 43 to 51).

61. As the Court has already held, the types of conduct listed in Article 5(3) of Directive 89/104 and Article 9(2) of Regulation No 40/94, namely, the affixing of a sign identical to the trade mark onto goods and the offering of the goods, the importing or exporting of the goods under the sign and the use of the sign on business papers and in advertising, constitute use in relation to the goods or services (see *Arsenal Football Club*, paragraph 41, and *Adam Opel*, paragraph 20).

62. The facts giving rise to the dispute in the main proceedings in Case C-236/08 are similar to certain of the situations described in those provisions of Directive 89/104 and of Regulation No 40/94, namely the offering of goods by a third party under a sign identical with the trade mark and the use of that sign in advertising. It is apparent from the file that signs identical with Vuitton's trade marks have appeared in ads displayed under the heading 'sponsored links'.

63. In Cases C-237/08 and C-238/08, by contrast, there is no use in the third party's ad of a sign identical with the trade mark.

64. Google submits that, in the absence of any mention of a sign in the actual ad, it cannot be argued that use of that sign as a keyword equates to use in relation to goods or services. The trade mark proprietors challenging Google and the French Government take the opposite view.

65. In this connection, it should be borne in mind that Article 5(3) of Directive 89/104 and Article 9(2) of Regulation No 40/94 provide only a non-exhaustive list of the kinds of use which the proprietor may prohibit (*Arsenal Football Club*, paragraph 38; Case C-228/03 *Gillette Company and Gillette Group Finland* [2005] ECR I-2337, paragraph 28; and *Adam Opel*, paragraph 16). Accordingly, the fact that the sign used by the third party for advertising purposes does not appear in the ad itself cannot of itself mean that that use falls outside the concept of '[use] … in relation to goods or services' within the terms of Article 5 of Directive 89/104.

66. Furthermore, an interpretation according to which only the uses mentioned in that list are relevant would fail to have regard for the fact that that list was drawn up before the full emergence of electronic commerce and the advertising produced in that context. It is those electronic forms of commerce and advertising which can, by means of computer technology, typically give rise to

uses which differ from those listed in Article 5(3) of Directive 89/104 and Article 9(2) of Regulation No 40/94.

67. In the case of the referencing service, it is common ground that the advertiser, having chosen as a keyword a sign identical with another person's trade mark, intends that internet users who enter that word as a search term should click not only on the links displayed which come from the proprietor of the trade mark, but also on the advertising link of that advertiser.

68. It is also clear that in most cases an internet user entering the name of a trade mark as a search term is looking for information or offers on the goods or services covered by that trade mark. Accordingly, when advertising links to sites offering goods or services of competitors of the proprietor of that mark are displayed beside or above the natural results of the search, the internet user may, if he does not immediately disregard those links as being irrelevant and does not confuse them with those of the proprietor of the mark, perceive those advertising links as offering an alternative to the goods or services of the trade mark proprietor.

69. In that situation, characterised by the fact that a sign identical with a trade mark is selected as a keyword by a competitor of the proprietor of the mark with the aim of offering internet users an alternative to the goods or services of that proprietor, there is a use of that sign in relation to the goods or services of that competitor.

70. It must be borne in mind, in that regard, that the Court has already held that the use by an advertiser, in a comparative advertisement, of a sign identical with, or similar to, the mark of a competitor for the purposes of identifying the goods and services offered by the latter and to compare its own goods or services therewith, is use 'in relation to goods or services' for the purposes of Article 5(1) of Directive 89/104 (see *O2 Holdings and O2 (UK)*, paragraphs 35, 36 and 42, and *L'Oréal and Others*, paragraphs 52 and 53).

71. Without its being necessary to examine whether or not advertising on the internet on the basis of keywords which are identical with competitors' trade marks constitutes a form of comparative advertising, it is clear in any event that, as has been held in the case-law cited in the preceding paragraph, the use made by the advertiser of a sign identical with the trade mark of a competitor in order that internet users become aware not only of the goods or services offered by that competitor but also of those of the advertiser constitutes a use in relation to the goods or services of that advertiser.

72. In addition, even in cases in which the advertiser does not seek, by its use, as a keyword, of a sign identical with the trade mark, to present its goods or services to internet users as an alternative to the goods or services of the proprietor of the trade mark but, on the contrary, seeks to mislead

internet users as to the origin of its goods or services by making them believe that they originate from the proprietor of the trade mark or from an undertaking economically connected to it, there is use 'in relation to goods or services'. As the Court has previously held, such use exists in any event where the third party uses the sign identical with the trade mark in such a way that a link is established between that sign and the goods marketed or the services provided by the third party (*Céline*, paragraph 23, and order in *UDV North America*, paragraph 47).

73. It follows from all of the foregoing that use by an advertiser of a sign identical with a trade mark as a keyword in the context of an internet referencing service falls within the concept of use 'in relation to goods or services' within the meaning of Article 5(1)(a) of Directive 89/104.

74. Likewise, there is use 'in relation to goods or services' within the meaning of Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94 where the sign so used is identical with a Community trade mark.

c) Use liable to have an adverse effect on the functions of the trade mark

75. The exclusive right under Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94 was conferred in order to enable the trade mark proprietor to protect his specific interests as proprietor, that is, to ensure that the trade mark can fulfil its function. The exercise of that right must therefore be reserved to cases in which a third party's use of the sign affects or is liable to affect the functions of the trade mark (see, inter alia, *Arsenal Football Club*, paragraph 51; *Adam Opel*, paragraphs 21 and 22; and *L'Oréal and Others*, paragraph 58).

76. It follows from that case-law that the proprietor of the mark cannot oppose the use of a sign identical with the mark if that use is not liable to cause detriment to any of the functions of that mark (*Arsenal Football Club*, paragraph 54, and *L'Oréal and Others*, paragraph 60).

77. Those functions include not only the essential function of the trade mark, which is to guarantee to consumers the origin of the goods or services ('the function of indicating origin'), but also its other functions, in particular that of guaranteeing the quality of the goods or services in question and those of communication, investment or advertising (*L'Oréal and Others*, paragraph 58).

78. The protection conferred by Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94 is, in this regard, more extensive than that provided for in the respective paragraphs (1)(b) of those articles, the application of which requires that there be a likelihood of confusion (see, to that effect, *Davidoff*, paragraph 28, and *L'Oréal and Others*, paragraph 59).

79. It is apparent from the case-law cited above that in the situation envisaged in Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94, in which a third party uses a sign identical with a trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which

that mark is registered, the proprietor of the mark is entitled to prohibit that use if it is liable to have an adverse effect on one of the functions of the mark, whether that be the function of indicating origin or one of the other functions.

80. It is true that the proprietor of the trade mark is not entitled to prohibit such use in the situations listed as exceptions in Articles 6 and 7 of Directive 89/104 and in Articles 12 and 13 of Regulation No 40/94. However, it has not been claimed that any of those exceptions is applicable in the context of the present cases.

81. In the present context, the relevant functions to be examined are the function of indicating origin and the function of advertising.

i) Adverse effect on the function of indicating origin

82. The essential function of a trade mark is to guarantee the identity of the origin of the marked goods or service to the consumer or end user by enabling him to distinguish the goods or service from others which have another origin (see, to that effect, Case C-39/97 *Canon* [1998] ECR I-5507, paragraph 28, and Case C-120/04 *Medion* [2005] ECR I-8551, paragraph 23).

83. The question whether that function of the trade mark is adversely affected when internet users are shown, on the basis of a keyword identical with a mark, a third party's ad, such as that of a competitor of the proprietor of that mark, depends in particular on the manner in which that ad is presented.

84. The function of indicating the origin of the mark is adversely affected if the ad does not enable normally informed and reasonably attentive internet users, or enables them only with difficulty, to ascertain whether the goods or services referred to by the ad originate from the proprietor of the trade mark or an undertaking economically connected to it or, on the contrary, originate from a third party (see, to that effect, *Céline*, paragraph 27 and the case-law cited).

85. In such a situation, which is, moreover, characterised by the fact that the ad in question appears immediately after entry of the trade mark as a search term by the internet user concerned and is displayed at a point when the trade mark is, in its capacity as a search term, also displayed on the screen, the internet user may err as to the origin of the goods or services in question. In those circumstances, the use by the third party of the sign identical with the mark as a keyword triggering the display of that ad is liable to create the impression that there is a material link in the course of trade between the goods or services in question and the proprietor of the trade mark (see, by way of analogy, *Arsenal Football Club*, paragraph 56, and Case C-245/02 *Anheuser-Busch* [2004] ECR I-10989, paragraph 60).

86. Still with regard to adverse effect on the function of indicating origin, it is worthwhile noting that the need for transparency in the display of advertisements on the internet is emphasised in the European Union legislation on electronic commerce. Having regard to the interests of fair trading and consumer protection, referred to in recital 29 in the preamble to Directive 2000/31, Article 6 of that directive lays down the rule that the natural or legal person on whose behalf a commercial communication which is part of an information society service is made must be clearly identifiable.

87. Although it thus proves to be the case that advertisers on the internet can, as appropriate, be made liable under rules governing other areas of law, such as the rules on unfair competition, the fact nonetheless remains that the allegedly unlawful use on the internet of signs identical with, or similar to, trade marks lends itself to examination from the perspective of trade-mark law. Having regard to the essential function of a trade mark, which, in the area of electronic commerce, consists in particular in enabling internet users browsing the ads displayed in response to a search relating to a specific trade mark to distinguish the goods or services of the proprietor of that mark from those which have a different origin, that proprietor must be entitled to prohibit the display of third-party ads which internet users may erroneously perceive as emanating from that proprietor.

88. It is for the national court to assess, on a case-by-case basis, whether the facts of the dispute before it indicate adverse effects, or a risk thereof, on the function of indicating origin as described in paragraph 84 of the present judgment.

89. In the case where a third party's ad suggests that there is an economic link between that third party and the proprietor of the trade mark, the conclusion must be that there is an adverse effect on the function of indicating origin.

90. In the case where the ad, while not suggesting the existence of an economic link, is vague to such an extent on the origin of the goods or services at issue that normally informed and reasonably attentive internet users are unable to determine, on the basis of the advertising link and the commercial message attached thereto, whether the advertiser is a third party vis-à-vis the proprietor of the trade mark or, on the contrary, economically linked to that proprietor, the conclusion must also be that there is an adverse effect on that function of the trade mark.

ii) Adverse effect on the advertising function

91. Since the course of trade provides a varied offer of goods and services, the proprietor of a trade mark may have not only the objective of indicating, by means of that mark, the origin of its goods or services, but also that of using its mark for advertising purposes designed to inform and persuade consumers.

92. Accordingly, the proprietor of a trade mark is entitled to prohibit a third party from using, without the proprietor's consent, a sign identical with its trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which that trade mark is registered, in the case where that use adversely affects the proprietor's use of its mark as a factor in sales promotion or as an instrument of commercial strategy.

93. With regard to the use by internet advertisers of a sign identical with another person's trade mark as a keyword for the purposes of displaying advertising messages, it is clear that that use is liable to have certain repercussions on the advertising use of that mark by its proprietor and on the latter's commercial strategy.

94. Having regard to the important position which internet advertising occupies in trade and commerce, it is plausible that the proprietor of a trade mark may register its own trade mark as a keyword with a referencing service provider in order to have an ad appear under the heading 'sponsored links'. Where that is the case, the proprietor of the mark must, as necessary, agree to pay a higher price per click than certain other economic operators if it wishes to ensure that its ad appears before those of those operators which have also selected its mark as a keyword. Furthermore, even if the proprietor of the mark is prepared to pay a higher price per click than that offered by third parties which have also selected that trade mark, the proprietor cannot be certain that its ad will appear before those of those third parties, given that other factors are also taken into account in determining the order in which the ads are displayed.

95. Nevertheless, those repercussions of use by third parties of a sign identical with the trade mark do not of themselves constitute an adverse effect on the advertising function of the trade mark.

96. In accordance with the Cour de cassation's own findings, the situation covered in the questions referred is that of the display of advertising links following the entry by internet users of a search term corresponding to the trade mark selected as a keyword. It is also common ground, in these cases, that those advertising links are displayed beside or above the list of the natural results of the search. Finally, it is not in dispute that the order in which the natural results are set out results from the relevance of the respective sites to the search term entered by the internet user and that the search engine operator does not claim any remuneration for displaying those results.

97. It follows from those factors that, when internet users enter the name of a trade mark as a search term, the home and advertising page of the proprietor of that mark will appear in the list of the natural results, usually in one of the highest positions on that list. That display, which is, moreover, free of charge, means that the visibility to internet users of the goods or services of the proprietor of the trade mark is guaranteed, irrespective of whether or not that proprietor is

successful in also securing the display, in one of the highest positions, of an ad under the heading ‘sponsored links’.

98. Having regard to those facts, it must be concluded that use of a sign identical with another person’s trade mark in a referencing service such as that at issue in the cases in the main proceedings is not liable to have an adverse effect on the advertising function of the trade mark.

d) Conclusion

99. In the light of the foregoing, the answer to the first question in Case C-236/08, the first question in Case C-237/08 and the first and second questions in Case C-238/08 is that:

- Article 5(1)(a) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) of Regulation No 40/94 must be interpreted as meaning that the proprietor of a trade mark is entitled to prohibit an advertiser from advertising, on the basis of a keyword identical with that trade mark which that advertiser has, without the consent of the proprietor, selected in connection with an internet referencing service, goods or services identical with those for which that mark is registered, in the case where that ad does not enable an average internet user, or enables that user only with difficulty, to ascertain whether the goods or services referred to therein originate from the proprietor of the trade mark or an undertaking economically connected to it or, on the contrary, originate from a third party;

- an internet referencing service provider which stores, as a keyword, a sign identical with a trade mark and organises the display of ads on the basis of that keyword does not use that sign within the meaning of Article 5(1) of Directive 89/104 or of Article 9(1)(a) and (b) of Regulation No 40/94.

3. The interpretation of Article 5(2) of Directive 89/104 and Article 9(1)(c) of Regulation No 40/94

100. By its second question in Case C-236/08, the Cour de cassation asks, in essence, whether an internet referencing service provider which stores, as a keyword, a sign corresponding to a reputable trade mark and organises the display of ads on the basis of that keyword uses that sign in a way which the proprietor of that mark is entitled to prohibit under Article 5(2) of Directive 89/104 or, in the case where that sign is identical with a reputable Community trade mark, under Article 9(1)(c) of Regulation No 40/94.

101. According to the findings of the Cour de cassation, it is established in this case that Google permitted advertisers offering to internet users imitations of Vuitton’s goods to select keywords corresponding to Vuitton’s trade marks, in combination with keywords such as ‘imitation’ and ‘copy’.

102. The Court has already held, in the case of offers of imitations for sale, that, where a third party attempts, through the use of a sign which is identical with, or similar to, a reputable mark, to ride on the coat-tails of that mark in order to benefit from its power of attraction, its reputation and its prestige, and to exploit, without paying any financial compensation and without being required to make efforts of its own in that regard, the marketing effort expended by the proprietor of that mark in order to create and maintain the image of that mark, the advantage resulting from such use must be considered to be an advantage that has been unfairly taken of the distinctive character or the repute of that mark (*L'Oréal and Others*, paragraph 49).

103. That case-law is relevant in cases where advertisers on the internet offer for sale, through the use of signs identical with reputable trade marks such as 'Louis Vuitton' or 'Vuitton', goods which are imitations of the goods of the proprietor of those marks.

104. However, with regard to the question whether a referencing service provider, when it stores those signs, in combination with terms such as 'imitation' and 'copy', as keywords and permits the display of ads on the basis thereof, itself uses those signs in a way which the proprietor of those marks is entitled to prohibit, it must be borne in mind, as has been pointed out in paragraphs 55 to 57 of the present judgment, that those acts of the service provider do not constitute use for the purposes of Article 5 of Directive 89/104 and Article 9 of Regulation No 40/94.

105. Accordingly, the answer to the second question referred in Case C-236/08 is that an internet referencing service provider which stores, as a keyword, a sign identical with a reputable trade mark and arranges the display of ads on the basis of that keyword does not use that sign within the meaning of Article 5(2) of Directive 89/104 or of Article 9(1)(c) of Regulation No 40/94.

B - The liability of the referencing service provider

106. By its third question in Case C-236/08, its second question in Case C-237/08 and its third question in Case C-238/08, the Cour de cassation asks, in essence, whether Article 14 of Directive 2000/31 is to be interpreted as meaning that an internet referencing service constitutes an information society service consisting in the storage of information supplied by the advertiser, with the result that that information is the subject of 'hosting' within the meaning of that article and that the referencing service provider therefore cannot be held liable prior to its being informed of the unlawful conduct of that advertiser.

107. Section 4 of Directive 2000/31, comprising Articles 12 to 15 and entitled 'Liability of intermediary service providers', seeks to restrict the situations in which intermediary service providers may be held liable pursuant to the applicable national law. It is therefore in the context of that national law that the conditions under which such liability arises must be sought, it being

understood, however, that, by virtue of Section 4 of that directive, certain situations cannot give rise to liability on the part of intermediary service providers. Since the expiry of the period within which that directive had to be transposed, the rules of national law on the liability of such service providers must include the restrictions set out in those articles.

108. Vuitton, Viaticum and CNRRH submit, however, that a referencing service such as AdWords is not an information society service within the terms of those provisions of Directive 2000/31, with the result that the provider of such a service cannot under any circumstances avail itself of those restrictions on liability. Google and the Commission of the European Communities take the opposite view.

109. The restriction on liability set out in Article 14(1) of Directive 2000/31 applies to cases '[w]here an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service' and means that the provider of such a service cannot be held liable for the data which it has stored at the request of a recipient of that service unless that service provider, after having become aware, because of information supplied by an injured party or otherwise, of the unlawful nature of those data or of activities of that recipient, fails to act expeditiously to remove or to disable access to those data.

110. As has been stated in paragraphs 14 and 15 of the present judgment, the legislature defined the concept of 'information society service' as covering services which are provided at a distance, by means of electronic equipment for the processing and storage of data, at the individual request of a recipient of services, and normally in return for remuneration. Regard being had to the characteristics, summarised in paragraph 23 of this judgment, of the referencing service at issue in the cases in the main proceedings, the conclusion must be that that service features all of the elements of that definition.

111. In addition, it cannot be disputed that a referencing service provider transmits information from the recipient of that service, namely the advertiser, over a communications network accessible to internet users and stores, that is to say, holds in memory on its server, certain data, such as the keywords selected by the advertiser, the advertising link and the accompanying commercial message, as well as the address of the advertiser's site.

112. In order for the storage by a referencing service provider to come within the scope of Article 14 of Directive 2000/31, it is further necessary that the conduct of that service provider should be limited to that of an 'intermediary service provider' within the meaning intended by the legislature in the context of Section 4 of that directive.

113. In that regard, it follows from recital 42 in the preamble to Directive 2000/31 that the exemptions from liability established in that directive cover only cases in which the activity of the information society service provider is ‘of a mere technical, automatic and passive nature’, which implies that that service provider ‘has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored’.

114. Accordingly, in order to establish whether the liability of a referencing service provider may be limited under Article 14 of Directive 2000/31, it is necessary to examine whether the role played by that service provider is neutral, in the sense that its conduct is merely technical, automatic and passive, pointing to a lack of knowledge or control of the data which it stores.

115. With regard to the referencing service at issue in the cases in the main proceedings, it is apparent from the files and from the description in paragraph 23 et seq. of the present judgment that, with the help of software which it has developed, Google processes the data entered by advertisers and the resulting display of the ads is made under conditions which Google controls. Thus, Google determines the order of display according to, inter alia, the remuneration paid by the advertisers.

116. It must be pointed out that the mere facts that the referencing service is subject to payment, that Google sets the payment terms or that it provides general information to its clients cannot have the effect of depriving Google of the exemptions from liability provided for in Directive 2000/31.

117. Likewise, concordance between the keyword selected and the search term entered by an internet user is not sufficient of itself to justify the view that Google has knowledge of, or control over, the data entered into its system by advertisers and stored in memory on its server.

118. By contrast, in the context of the examination referred to in paragraph 114 of the present judgment, the role played by Google in the drafting of the commercial message which accompanies the advertising link or in the establishment or selection of keywords is relevant.

119. It is in the light of the foregoing considerations that the national court, which is best placed to be aware of the actual terms on which the service in the cases in the main proceedings is supplied, must assess whether the role thus played by Google corresponds to that described in paragraph 114 of the present judgment.

120. It follows that the answer to the third question in Case C-236/08, the second question in Case C-237/08 and the third question in Case C-238/08 is that Article 14 of Directive 2000/31 must be interpreted as meaning that the rule laid down therein applies to an internet referencing service

provider in the case where that service provider has not played an active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, the data stored. If it has not played such a role, that service provider cannot be held liable for the data which it has stored at the request of an advertiser, unless, having obtained knowledge of the unlawful nature of those data or of that advertiser's activities, it failed to act expeditiously to remove or to disable access to the data concerned.

IV - Costs

121. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the actions pending before the national court, the decisions on costs are a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

1. Article 5(1)(a) of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks and Article 9(1)(a) of Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark must be interpreted as meaning that the proprietor of a trade mark is entitled to prohibit an advertiser from advertising, on the basis of a keyword identical with that trade mark which that advertiser has, without the consent of the proprietor, selected in connection with an internet referencing service, goods or services identical with those for which that mark is registered, in the case where that advertisement does not enable an average internet user, or enables that user only with difficulty, to ascertain whether the goods or services referred to therein originate from the proprietor of the trade mark or an undertaking economically connected to it or, on the contrary, originate from a third party.

2. An internet referencing service provider which stores, as a keyword, a sign identical with a trade mark and organises the display of advertisements on the basis of that keyword does not use that sign within the meaning of Article 5(1) and (2) of Directive 89/104 or of Article 9(1) of Regulation No 40/94.

3. Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') must be interpreted as meaning that the rule laid down therein applies to an internet referencing service provider in the case where that service provider has not played an active role of such a kind as to give it knowledge of, or control over, the data stored. If it has not played such a role, that service provider cannot be held liable for the data which it has stored at the request of an advertiser, unless, having obtained knowledge of the unlawful nature of those data or of that

advertiser's activities, it failed to act expeditiously to remove or to disable access to the data concerned.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - Joined Cases C-236/08 to C-238/08 - Google France - 23 March 2010 - Opinion of Advocate General Poiares Maduro

OPINION OF ADVOCATE GENERAL POIARES MADURO

delivered on 22 September 2009 **[1]**

Joined Cases C-236/08, C-237/08 and C-238/08

Google France

Google Inc.

v

Louis Vuitton Malletier

Google France

v

Viaticum

Luteciel

Google France

v

CNRRH

Pierre-Alexis Thonet

Bruno Raboin

Tiger, a franchisee of Unicis

(References for a preliminary ruling from the Cour de cassation (France))

1. The act of typing a keyword into an internet search engine has become part of our culture, its results immediately familiar. The actual inner workings of how those results are provided are, it is fair to say, mostly unknown to the general public. It is simply assumed that if you ask, it shall be given to you; seek, and you shall find.**[2]**

2. In reality, for any given keyword typed into a search engine, that is to say, for any set of words entered, two types of results are usually provided: a range of sites relevant to the keyword ('natural results') and, alongside, advertisements for certain sites ('ads').**[3]**

3. While natural results are provided on the basis of objective criteria, determined by the search engine, that is not the case with ads. Ads are provided because advertisers pay for their sites to feature in response to certain keywords; this is possible because the search engine provider makes those keywords available for selection by advertisers.

4. The present cases concern keywords which correspond to registered trade marks. More specifically, the proprietors of the trade marks **[4]**are trying to prevent the selection of such keywords by advertisers. They are also trying to prevent the display by search engine providers of ads in response to those keywords, as this may result in sites for rival or even counterfeit products being displayed alongside natural results for their own sites. The question, as put to the Court, is whether the use of a keyword which corresponds to a trade mark can, in itself, be regarded as a use of that trade mark which is subject to the consent of its proprietor.

5. The answer will determine the extent to which keywords corresponding to trade marks can be used outside the control of the proprietors of the trade marks. To put it differently: when you enter a keyword which corresponds to a trade mark, what can be given and what can you find in cyberspace?

I - Factual and legal background

6. The present cases group together three references from the French Cour de cassation (Court of Cassation), all dealing with Google's advertisement system, 'AdWords'.

7. Both Community and French trade marks are involved, and so the references call for the interpretation of Directive 89/104, approximating the laws of the Member States relating to trade marks, **[5]** and Regulation No 40/94, on the Community trade mark. **[6]** An interpretation of Directive 2000/31, on information society services, **[7]** is also requested.

8. I shall start by describing how AdWords operates, in particular its interaction with Google's search engine, and the litigation that such advertising systems have generated in a number of

Member States. I shall then sketch the background to each of the references and set out the questions referred. Finally, I shall mention the legal provisions at issue in the present cases.

A - *Google's search engine, its advertising system 'AdWords', and related litigation in Member States*

9. Google Inc. and Google France SARL (either collectively or individually, as 'Google') allow internet users free access to the Google search engine. On entering keywords into that search engine, internet users are presented with a list of natural results. These natural results are selected and ranked according to their relevance to the keywords. This is done through the automatic algorithms underlying the search engine program, which apply purely objective criteria.

10. Google also operates an advertisement system called 'AdWords', which enables ads to be displayed, alongside natural results, in response to keywords. Ads typically consist of a short commercial message and a link to the advertiser's site; they are differentiated from natural results by being presented, under the heading 'lien(s) commercial(aux)', either at the top of the page, against a yellow background, or on the right-hand side. **[8]** Google's main competitors (Microsoft and Yahoo!) operate similar advertising systems.**[9]**

11. Through AdWords, Google allows advertisers to select keywords so that their ads are displayed to internet users in response to the entry of those keywords in Google's search engine. **[10]** Every time an internet user subsequently clicks on the ad's link, Google is remunerated in accordance with a price agreed beforehand ('price per click'). There is no limit to the number of advertisers that can select a keyword, and if all the ads relating to that keyword cannot be displayed at the same time they will be ranked according to the price per click and by the number of times that internet users have previously clicked on the ad's link.

12. Google has set up an automated process for the selection of keywords and the creation of ads: advertisers type in the keywords, draft the commercial message, and input the link to their site. As part of this automated process, Google provides optional information on the number of searches on its search engine featuring the selected keywords, as well as related keywords, and the corresponding number of advertisers. Advertisers can then narrow down their selection of keywords in order to maximise the exposure of their ads.

13. Google supports its search engine, as well as a range of free applications, with its income from AdWords.

14. Advertising systems such as AdWords have been the subject of trade-mark-related litigation in several Member States. At issue has been the legality of the use of keywords which correspond

to trade marks. Google has drawn attention to a number of rulings to the effect that this is legal (albeit on different grounds) in Austria, Belgium, Germany, Italy, the Netherlands and the United Kingdom.

15. In their observations, the parties mention only one Member State - France - where the legality of such advertisement systems is disputed, with the lower courts divided on the issue. It is from the French Cour de cassation, called upon to settle the issue, that the three references in the present cases originate.

B - ***The background to the references and the questions referred***

16. Google has stated that, as a result of the uncertainty that the proceedings in the three references cases have cast over the legality of its actions in France, it has blocked the possibility of advertisers selecting keywords which correspond to some of the trade marks involved until the Court gives its answer to the questions referred.

i) ***Case C-236/08 ('the first reference')***

17. The first reference arose in proceedings between Google and Louis Vuitton Malletier SA ('LV'). LV is the proprietor of the Community trade mark 'Vuitton' and the French national trade marks 'Louis Vuitton' and 'LV'; all those marks are considered to enjoy a certain reputation.

18. It has been established in those proceedings that entering LV's trade marks into Google's search engine triggered the display of ads for sites offering counterfeit versions of LV's products. It has also been established that Google offered advertisers the possibility of selecting, to that end, not only keywords which correspond to LV's trade marks, but also those keywords in combination with expressions denoting counterfeit such as 'imitation', 'replica' and 'copy'.**[11]**

19. Those facts led to Google being found guilty of trade mark infringement, a decision which was upheld on appeal. Google thereupon appealed on points of law to the Cour de cassation, which has referred three questions to the Court for a preliminary ruling.

20. The first question from the Cour de cassation concerns the possibility of an infringement of both Community and national trade marks consisting in allowing the selection of keywords corresponding to those trade marks, and in advertising sites offering counterfeit products; the second question approaches that issue in the light of the special protection granted to trade marks which have a reputation; and the third question is concerned with the possible application of the liability exemption for hosting:

> '(1) Must Article 5(1)(a) and (b) of [Directive 89/104] and Article 9(1)(a) and (b) of [Regulation No 40/94] be interpreted as meaning that a provider of a paid referencing

service who makes available to advertisers keywords reproducing or imitating registered trade marks and arranges by the referencing agreement to create and favourably display, on the basis of those keywords, advertising links to sites offering infringing goods is using those trade marks in a manner which their proprietor is entitled to prevent?

(2) In the event that the trade marks have a reputation, may the proprietor oppose such use under Article 5(2) of the directive and Article 9(1)(c) of the regulation?

(3) In the event that such use does not constitute a use which may be prevented by the trade mark proprietor under the directive or the regulation, may the provider of the paid referencing service be regarded as providing an information society service consisting in the storage of information provided by the recipient of the service, within the meaning of Article 14 of [Directive 2000/31], so that that provider cannot incur liability until it has been notified by the trade mark proprietor of the unlawful use of the sign by the advertiser?'

ii) Case C-237/08 ('the second reference')

21. The second reference arose in the context of proceedings between Google, on the one hand, and Viaticum SA ('Viaticum') and Luteciel SARL ('Luteciel'), on the other. Viaticum and Luteciel are proprietors of the French trade marks 'bourse des vols', 'bourse des voyages' and 'BDV'.

22. It has been established in those proceedings that entering Viaticum and Luteciel's trade marks into Google's search engine triggered the display of ads for sites offering identical or similar products. It has also been established that Google offered advertisers the possibility of selecting for that purpose keywords which corresponded to those trade marks. However - and the facts differ on this point from those of the first reference - the products sold on the advertised sites did not infringe the trade marks in question: throughout the proceedings, they have been attributed to competitors of Viaticum and Luteciel.

23. Nevertheless, this factual difference did not prevent Google also being found guilty of trade mark infringement and, on appeal, of being an accessory to trade mark infringement. Google thereupon appealed on points of law to the Cour de cassation, which has referred two questions to the Court for a preliminary ruling.

24. The first question from the Cour de cassation concerns the possibility of a trade mark infringement consisting in allowing the selection of keywords which corresponded to those trade marks, and in advertising sites offering identical or similar products; the second question concerns

the possible application of the liability exemption for hosting (as did the third question in the first reference):

> '(1) Must Article 5(1)(a) and (b) of [Directive 89/104] be interpreted as meaning that a provider of a paid referencing service who makes available to advertisers keywords reproducing or imitating registered trade marks and arranges by the referencing agreement to create and favourably display, on the basis of those keywords, advertising links to sites offering goods identical or similar to those covered by the trade mark registration is using those trade marks in a manner which their proprietor is entitled to prevent?
>
> (2) In the event that such use does not constitute a use which may be prevented by the trade mark proprietor under the directive or [Regulation No 40/94], may the provider of the paid referencing service be regarded as providing an information society service consisting in the storage of information provided by the recipient of the service, within the meaning of Article 14 of [Directive 2000/31], so that that provider cannot incur liability before it has been informed by the trade mark proprietor of the unlawful use of the sign by the advertiser?'

iii) ***Case C-238/08 ('the third reference')***

25. The third reference arose in the context of proceedings between, on the one hand, Google, Mr Raboin and Tiger SARL ('Tiger'), and, on the other, Mr Thonet and Centre national de recherche en relations humaines SARL ('CNRRH'). CNRRH is the holder of a licence for the French trade mark 'Eurochallenges', granted by Mr Thonet, the proprietor of that trade mark.

26. It has been established in those proceedings that entering 'Eurochallenges' into Google's search engine triggered the display of ads for sites offering identical or similar products. It has also been established that Google offered advertisers the possibility of selecting such a term as a keyword for that purpose. As in the second reference, the products offered on those sites did not infringe that trade mark and have been attributed to competitors.

27. Google, Mr Raboin and Tiger were found guilty of trade mark infringement, a decision which was upheld on appeal. Google and Tiger thereupon filed separate appeals before the Cour de cassation, which has referred three questions to the Court for a preliminary ruling.

28. The first question from the Cour de cassation concerns the possibility of a trade mark infringement consisting in the act of selecting for advertising purposes a keyword which corresponds to the trade mark; the second question also concerns a possible trade mark infringement, but this time consisting in allowing that selection and in advertising sites offering

identical or similar products (like the first question in the second reference); the third question concerns the possible application of the liability exemption for hosting (as did the last question in both the first and second references):

> '(1) Does the reservation by an economic operator, by means of an agreement on paid internet referencing, of a keyword triggering, in the case of a request using that word, the display of a link proposing connection to a site operated by that operator in order to offer for sale goods or services, and reproducing or imitating a trade mark registered by a third party in order to designate identical or similar goods, without the authorisation of the proprietor of that trade mark, constitute in itself an infringement of the exclusive right guaranteed to the latter by Article 5 of [Directive 89/104]?
>
> (2) Must Article 5(1)(a) and (b) of [Directive 89/104] be interpreted as meaning that a provider of a paid referencing service who makes available to advertisers keywords reproducing or imitating registered trade marks and arranges by the referencing agreement to create and favourably display, on the basis of those keywords, advertising links to sites offering goods identical or similar to those covered by the trade mark registration is using those trade marks in a manner which their proprietor is entitled to prevent?
>
> (3) In the event that such use does not constitute a use which may be prevented by the trade mark proprietor under the directive or [Regulation No 40/94], may the provider of the paid referencing service be regarded as providing an information society service consisting in the storage of information provided by the recipient of the service, within the meaning of Article 14 of [Directive 2000/31], so that that provider cannot incur liability before it has been informed by the trade mark proprietor of the unlawful use of the sign by the advertiser?'

C - *Legal provisions at issue*

29. The sixth recital in the preamble to Directive 89/104 states that:

> '… this Directive does not exclude the application to trade marks of provisions of law of the Member States other than trade mark law, such as the provisions relating to unfair competition, civil liability or consumer protection'.

30. Article 5(1) of Directive 89/104 is mentioned in all the references, and it defines what constitutes a trade mark infringement:

'The registered trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the trade mark is registered;

(b) any sign where, because of its identity with, or similarity to, the trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association between the sign and the trade mark.'

31. Article 5(2) of Directive 89/104 deals with the special protection that may be granted to trade marks which have a reputation:

'Any Member State may also provide that the proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade any sign which is identical with, or similar to, the trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Member State and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark.'

32. Article 5(3) of Directive 89/104 specifies, by way of example, some of the uses which can constitute a trade mark infringement:

'The following, inter alia, may be prohibited under paragraphs l and 2:

…

(d) using the sign on business papers and in advertising.'

33. Paragraphs 1 and 2 of Article 9 of Regulation No 40/94 are the equivalent, as regards Community trade marks, of Article 5 of Directive 89/104:

'1. A Community trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade:

(a) any sign which is identical with the Community trade mark in relation to goods or services which are identical with those for which the Community trade mark is registered;

(b) any sign where, because of its identity with or similarity to the Community trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the Community trade

mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trade mark;

(c) any sign which is identical with or similar to the Community trade mark in relation to goods or services which are not similar to those for which the Community trade mark is registered, where the latter has a reputation in the Community and where use of that sign without due cause takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the Community trade mark.

2. The following, inter alia, may be prohibited under paragraph 1:

…

(d) using the sign on business papers and in advertising.'

34. Article 14 of Directive 2000/31, another provision which is mentioned in all the references, establishes a liability exemption for hosting activities:

'1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

…

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.'

35. Point (a) of Article 2 of Directive 2000/31 defines 'information society services' by reference to Article 1(2) of Directive 98/34, **[12]** as amended by Directive 98/48, **[13]** and accordingly as:

'any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services'.

Article 1(2) of Directive 98/34 (as amended by Directive 98/48) goes on to state:

'For the purposes of this definition:

- "at a distance" means that the service is provided without the parties being simultaneously present,

- "by electronic means" means that the service is sent initially and received at its destination by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and entirely transmitted, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means,

- "at the individual request of a recipient of services" means that the service is provided through the transmission of data on individual request.'

36. Article 15 of Directive 2000/31 establishes that information society service providers need not monitor the information that they transmit or store:

'1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

37. Article 21 of Directive 2000/31 makes provision regarding the reports to be submitted by the Commission on the application of the directive:

'1. Before 17 July 2003, and thereafter every two years, the Commission shall submit to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a report on the application of this Directive, accompanied, where necessary, by proposals for adapting it to legal, technical and economic developments in the field of information society services, in particular with respect to crime prevention, the protection of minors, consumer protection and to the proper functioning of the internal market.

2. In examining the need for an adaptation of this Directive, the report shall in particular analyse the need for proposals concerning the liability of providers of hyperlinks and

location tool services, “notice and take-down” procedures and the attribution of liability following the taking-down of content. The report shall also analyse the need for additional conditions for the exemption from liability, provided for in Articles 12 and 13, in the light of technical developments, and the possibility of applying the internal market principles to unsolicited commercial communications by electronic mail.’

II - Assessment

38. The three references from the Cour de cassation all pose the same basic question: does the use by Google, in its AdWords advertising system, of keywords corresponding to trade marks constitute an infringement of those trade marks? Although the references are formulated somewhat differently, they all ask for an interpretation of Article 5(1) of Directive 89/104 and therefore concern that basic question of whether Google has committed a trade mark infringement.

39. Google has argued that there is no use of the trade marks involved, since keywords do not constitute a sign representing them. If that argument were to be accepted, the question of an infringement would not even arise. However, the present cases are far from being that simple. It is true that keywords do not correspond to the classic notion of signs: they are not affixed to goods, nor do undertakings conduct their business activity under them. However, none of those factors is decisive for the purposes of determining whether certain activities are to be construed as use of a trade mark.

40. There is use of a trade mark where the trade mark is represented, most notably where a sign is used which is identical or similar to that trade mark. **[14]** Keywords which correspond to trade marks can also be said to represent those marks. In the present cases, therefore, and contrary to Google’s assertion, there is a use of the trade marks concerned. The question whether that use relates to goods or services - another point which Google disputes - further involves assessing one of the conditions for finding that this use constitutes a trade mark infringement.**[15]**

41. Before those conditions are examined, the differences between the three references from the Cour de cassation must be dealt with in order to understand the scope of the possible infringements at issue.

42. All three references concern the use by Google of keywords corresponding to trade marks; however, the third reference extends the question of a trade mark infringement to the use by advertisers, questioning whether their selection of those keywords constitutes in itself such an infringement (the first question). I shall leave that question until last, when the answer regarding the use by Google will already be clear.

43. The first reference has a number of special features. First, it involves both national trade marks and Community trade marks; accordingly, an interpretation is sought, not only of Directive 89/104, but also of Regulation No 40/94 (the first question). However, the conditions for a trade mark infringement are the same under both Directive 89/104 and Regulation No 40/94, and so my answer to the question whether there is such an infringement will be the same in both cases.**[16]**

44. The first reference also asks for an interpretation of the provisions in both those legislative acts concerning trade marks which have a reputation (the second question). In my treatment of the question whether there is an infringement, I shall therefore also consider the special protection granted to those trade marks.

45. Finally, the first reference has attracted particular attention, since its facts involve 'counterfeit sites', that is to say, sites offering counterfeit products (the first question). The other references, by contrast, concern 'competitor sites', which offer products that do not infringe any trade marks. The trade mark proprietors, supported by France, have singled out the possibility of counterfeit sites making use of AdWords - as happened according to the facts of the first reference - as a telling example of why keywords should be subject to their control. This leads me to make some important distinctions.

46. All the references concern the use in AdWords of keywords which correspond to trade marks; this use, as described, consists in the selection of those words so that ads are presented as results and in the display of ads alongside the natural results provided for those words. The references do not concern the use of trade marks on the advertisers' sites, or the products sold on those sites; nor do they concern the use of trade marks in the text of the ads displayed. **[17]** Those are all independent uses, and the legality of each must be assessed on its own terms. **[18]** In the present cases, the Court is called upon only to assess the legality of the use of keywords.

47. The trade mark proprietors claim that, although distinct, all those uses are somehow connected: if, for example, there is an infringing use on a site selling counterfeit goods, any use in AdWords relating to that site would be affected and could be prevented by the trade mark proprietor. Otherwise AdWords would, in fact, be facilitating the infringement committed on that site. Although, as will be seen, the trade mark proprietors' claim is not limited to that example, it figures prominently in their line of reasoning because of its suggestive power.

48. The goal of trade mark proprietors is to extend the scope of trade mark protection to cover actions by a party that may contribute to a trade mark infringement by a third party. This is usually known in the United States as 'contributory infringement', **[19]** but to my knowledge such an

approach is foreign to trade mark protection in Europe, where the matter is normally addressed through the laws on liability.**[20]**

49. The trade mark proprietors are urging the Court to go even further: to rule, in effect, that the mere possibility that a system - in the present cases, AdWords - may be used by a third party to infringe a trade mark means that such a system is, itself, in infringement. Indeed, the trade mark proprietors do not wish to limit their claims to cases where AdWords is actually used by sites offering counterfeit goods; they want to nip that possibility in the bud by preventing Google from being able to make keywords corresponding to their trade marks available for selection. From the existence of a risk that AdWords may be used to promote those counterfeit sites, they deduce a general right to prevent the use of their trade marks as keywords. If the infringement lies in the use of those keywords in AdWords, as the trade mark proprietors claim, that is so whether or not the sites displayed in response actually infringe the trade mark.

50. The Court is thus being asked to expand significantly the scope of trade mark protection. I shall make clear why I believe that it ought not to do so. My examination of the question whether there is trade mark infringement will reveal, first, that the use in AdWords of keywords which correspond to trade marks does not, in itself, constitute a trade mark infringement, and, secondly, that the connection with other (potentially infringing) uses is better addressed, as it has been hitherto, through the rules on liability.

51. I shall therefore have to address the subsidiary question posed by all the references in the event that no trade mark infringement be found: is Google's activity, in AdWords, covered by the liability exemption for hosting provided for in Directive 2000/31?

52. The parties are divided as to the meaning of that subsidiary question, some understanding it as concerning a possible exemption for Google from trade mark infringements. The Cour de cassation, however, has expressly formulated that question in such a way that it applies only if such infringement is not found. In my view, the Cour de cassation has done so because, if it is possible for trade mark proprietors to prevent AdWords from using keywords which correspond to their trade marks, the case before it will effectively be resolved. If, however, the Court rules that there is no infringement and AdWords is allowed to continue with its current *modus operandi*, it will still be necessary to address the question of Google's possible liability for the content featured in AdWords. That is why the liability exemption for hosting may be relevant to the present cases.

53. Accordingly, I shall proceed in the present cases by dealing first with (A) the basic question of whether the use by Google, in AdWords, of keywords which correspond to trade marks

constitutes a trade mark infringement; then with (B) the subsidiary question of whether the liability exemption for hosting applies to the content featured by Google in AdWords; and, lastly, with (C) the remaining question of whether the use by advertisers, in AdWords, of keywords which correspond to trade marks constitutes a trade mark infringement.

A - ***The first question in the first and second references, and the second question in the first and third references: whether trade mark proprietors can prevent the use by Google, in AdWords, of keywords which correspond to their trade marks***

54. According to established case-law, there are four cumulative conditions which must be satisfied if trade mark proprietors are to be able to prevent the use of their trade marks under Article 5(1) of Directive 89/104 (or, in other words, for there to be a trade mark infringement). One of those conditions is clearly satisfied: the use by Google, in AdWords, of keywords which correspond to trade marks is manifestly not consented to by the trade mark proprietors. It therefore remains to be ascertained whether the remaining three conditions are satisfied, that is to say, whether: (i) that use takes place in the course of trade; (ii) it relates to goods or services which are identical or similar to those covered by the trade marks; and (iii) it affects or is liable to affect the essential function of the trade mark - which is to guarantee to consumers the origin of the goods or services - by reason of a likelihood of confusion on the part of the public.**[21]**

55. Before going on to examine these conditions, I must be more precise as to the number of uses by Google. I have so far been referring to 'the use', in AdWords, of keywords which correspond to trade marks. In reality, not one but two uses are involved: (a) when Google allows advertisers to select the keywords (this use being somewhat internal to the operation of AdWords), (22) so that ads for their sites are presented as results for searches involving those keywords; and (b) when Google displays such ads, alongside the natural results displayed in response to those keywords. I shall therefore examine in separate sections whether each use fulfils the above conditions.

56. Those two uses are closely, if not inextricably, linked: it is the fact that the selection of certain keywords is allowed which makes it possible for the ads to be displayed in immediate response to those keywords. Despite this connection, they constitute different uses. They happen at different times: use (a) when advertisers engage in the procedure of selecting keywords and use (b) when internet users are presented with a display of the results of their searches. They have different targets: in the case of use (a), the targets are advertisers that wish to make use of AdWords; in the case of use (b), they are internet users who use Google's search engine. And, lastly, they concern different goods or services: use (a) concerns Google's own service, AdWords, and use (b) concerns the goods and services offered on the advertised sites.

57. The existence of two different uses, even if not clearly distinguished, is apparent from the questions referred. The questions from the Cour de cassation directed at Google mention 'a provider of a paid referencing service who makes available to advertisers keywords reproducing or imitating registered trade marks *and* arranges by the referencing agreement to create and favourably display, on the basis of those keywords, advertising links to sites' (emphasis added).

58. If those two uses appear to be collapsed into a single use, it is, in my view, because the real intention of the trade mark proprietors is to establish some form of 'contributory infringement'. As stated above, the present cases will require the Court to decide whether trade mark protection should be so extended. This aspect will be addressed in greater detail below in Section (d), in which I shall analyse whether Google's possible contribution, through AdWords, to trade mark infringements by third parties constitutes in itself a trade mark infringement. For the time being, however, I shall not depart from the well-established case-law of the Court and shall analyse each of those two uses separately.

59. I shall also address below in Section (c) whether Google's use of keywords which correspond to trade marks affects other functions of the trade mark besides its essential function of guaranteeing the origin of the goods and services. As has been mentioned, the affecting of that essential function is one of the conditions for a trade mark infringement. However, the Court has added to that established case-law by stating that, even if that condition is not satisfied, there may be an infringement under Article 5(1)(a) of Directive 89/104 if other functions of the trade mark are affected. **[23]** As I shall explain, those other functions play a role in the protection afforded both under Article 5(1) and under Article 5(2) of that directive. Accordingly, the second question in the first reference, which concerns the special protection granted to trade marks which have a reputation, will also be addressed in this section.

a) ***The use by Google consisting in allowing advertisers to select in AdWords keywords which correspond to trade marks, so that ads for their sites are presented as results for searches involving those keywords***

i) ***Whether the use takes place within the course of trade***

60. The aim underlying this condition for a trade mark infringement is to distinguish between a private use and a 'commercial activity with a view to a gain'; (24) the trade mark proprietor is only entitled to prevent the latter.

61. When Google offers advertisers, through AdWords, the possibility of selecting keywords which correspond to trade marks, it does so as a commercial activity: even though its remuneration

does not come about until later (when internet users click on the ad's link), Google's service is provided 'with a view to a gain'. This condition should therefore be regarded as satisfied.

ii) ***Whether the use is made in relation to goods or services which are identical or similar to those covered by the trade marks***

62. This condition for a trade mark infringement, by employing the broad formulation of 'use made in relation to goods or services', means that the trade mark proprietor is entitled to prevent many uses beyond the simple affixing of the trade mark to the good. Nevertheless, in order to satisfy this condition, the use must entail a link to goods or services which are identical or similar to those covered by the trade mark.

63. Article 5(3) of Directive 89/104 provides a non-exhaustive list of the types of use which may be prevented. The trade mark proprietors have construed the inclusion in Article 5(3) of the use 'in advertising' as confirmation that they are entitled to prevent all the activities carried out by Google through AdWords. Google argues that its activities do not correspond to a use 'in advertising', as the keywords form no part of the ads themselves.

64. To my mind, the reference in Article 5(3) of Directive 89/104 to a use 'in advertising' is intended to cover the more traditional occurrence of the trade mark being used in the ad itself. Such a use may indeed occur in the ads displayed through AdWords, but, as was mentioned above, the Court is not being asked about the text of such ads; it is being asked only about the keywords. The artificial categorisation of all Google's activities in AdWords as uses 'in advertising' would obscure what this condition seeks to determine: to which goods or services each use relates. This, of course, may vary according to the use.

65. What is relevant, therefore, is the concept of 'use made in relation to goods or services' - it should be remembered that use 'in advertising' is only an illustration of this. The Court has rightly focused on this concept, by clarifying that the present condition is satisfied when a sign corresponding to a trade mark is used 'in such a way that a link is established between the sign … and the goods marketed or the services provided'.**[25]**

66. The essential factor is therefore the link that is established between the trade mark and the good or service being sold. In the traditional example of a use in advertising, the link is established between the trade mark and the good or service sold to the general public. This happens, for example, when the advertiser sells a good under the trade mark. That is not the case with the use by Google consisting in allowing advertisers to select keywords so that their ads are presented as results. There is no good or service sold to the general public. The use is limited to a selection procedure which is internal to AdWords and concerns only Google and the advertisers. **[26]** The

service being sold, and to which the use of the keywords corresponding to the trade marks is linked, is therefore Google's own service, AdWords.

67. It seems evident that AdWords is not identical or similar to any of the goods or services covered by the trade marks. Accordingly, this condition is not satisfied and, in consequence, the use consisting in allowing advertisers to select in AdWords keywords which correspond to trade marks, so that ads for their sites are presented as results for searches involving those keywords, does not constitute a trade mark infringement.

iii) ***Whether the use affects or is liable to affect the essential function of the trade mark, by reason of a likelihood of confusion on the part of the public***

68. The fact that Google's use of the trade marks for the purposes necessary to the functioning of AdWords is not made in relation to goods or services identical or similar to those covered by those trade marks, and therefore does not satisfy the preceding condition, makes it unnecessary to analyse in detail this condition. First and foremost, it should be borne in mind that the four conditions for finding a trade mark infringement are cumulative.**[27]**

69. Moreover, in cases where the preceding condition is not met, it is unlikely that the essential function of the trade mark - to guarantee to consumers the origin of the goods or services - will have been affected or will stand in danger of being affected. **[28]** Since the use by Google does not involve identical or similar goods or services, in principle there can be no risk of confusion on the part of consumers. Thus, in any event, this condition is not satisfied either.

b) ***The use consisting in Google displaying ads, through AdWords, alongside the natural results displayed in response to the keywords which correspond to trade marks***

70. Before analysing whether this use constitutes a trade mark infringement, it is important to address the possible implications of the present cases for Google's search engine.

71. At issue is the display of ads triggered by the use of keywords corresponding to trade marks. However, in the event that such use is held to constitute a trade mark infringement, it may be difficult to prevent that ruling from also applying to the use of keywords in Google's search engine. Despite the fact that the questions referred are confined to AdWords, the parties' pleadings show that they are aware of this risk. They are right that Google's current activity through AdWords is distinguishable from its activity as a provider of a search engine. That said, there is no substantial difference between the use that Google, itself, makes of the keywords in its search engine and the use that it makes of them in AdWords: it displays certain content in response to those keywords.

72. It is true that, by associating ads with certain keywords through AdWords, Google provides the advertisers' sites with added exposure. However, it should be remembered that such sites, even the counterfeit ones, could feature among the natural results of the same keywords (depending on their relevance as detected by the search engine's automatic algorithms). It should also be remembered that ads and natural results have very similar characteristics: a short message and a link. Accordingly, the difference between ads and natural results lies not so much in whether or not ads provide exposure, but more in the degree of such exposure. I have doubts as to whether, for the purposes of trade mark protection, that difference in degree will be sufficient to distinguish between the display of ads, on the one hand, and of natural results, on the other, both being provided in response to the same keywords.

73. In particular, I find it difficult to argue for such a distinction on the basis of the Court's conditions for finding a trade mark infringement, which do not depend on the type of activity so long as the use takes place in the course of trade. Nevertheless, I would like to make clear that this difficulty is not enough, per se, to exclude the possibility of a trade mark infringement in the present cases. My reason for calling the attention of the Court to this issue is to highlight all the possible consequences of the present cases. If the Court holds that the display by Google of sites in response to certain keywords constitutes a trade mark infringement, it may be difficult to distinguish between the situation involving AdWords and the situation involving Google's search engine.

74. In order to demonstrate the risk of 'overlap' between the two, I shall compare the application of the conditions for a trade mark infringement to the display, in response to keywords corresponding to trade marks, of ads and natural results, respectively. This comparison, moreover, will prove useful in assessing the risk of confusion involved.

i) ***Whether the use takes place in the course of trade***

75. As was mentioned above, this condition is satisfied whenever the use is made as a 'commercial activity with a view to a gain'.**[29]**

76. That is the case with the display of ads by Google: when internet users click on those ads' links, it is paid by the advertisers. This condition should therefore be regarded as satisfied.

77. In comparison, the display of natural results in response to the same keywords is also made with 'a view to a gain'. Natural results are not provided out of charity: they are provided because, as was mentioned above, AdWords operates within the same context by offering some sites added exposure. The value of this exposure depends on the use of the search engine by internet users. Even though Google gets nothing directly from this use, it obviously lies at the root of the income

that Google obtains from AdWords, which in turn allows it to support its search engine. As such, the display of natural results in Google's search engine also satisfies this condition.

ii) ***Whether the use is made in relation to goods or services which are identical or similar to those covered by the trade marks***

78. As has been pointed out, this condition depends on establishing a link between the use of the trade mark and the goods marketed or services provided.**[30]**

79. That is what Google does under AdWords: by displaying ads in response to the keywords which correspond to trade marks, it establishes a link between those keywords and the sites advertised, including the goods or services sold via those sites. Even though the keywords do not feature in the ads themselves, this use falls under the notion of use 'in advertising' as referred to in Article 5(3)(d) of Directive 89/104: the link established is between the trade mark and the goods or services advertised. The sites concerned sell goods which are identical or similar to those covered by the trade mark (including counterfeit products). This condition should therefore be regarded as satisfied.

80. The very same link is established between keywords which correspond to trade marks, and the sites displayed as natural results. It could be argued that the link is different because ads and natural results are presented differently. However, that is not the case: both are composed of a short message and a link to a site. AdWords purposely emulates Google's search engine, because the function of the search engine is precisely to establish a link between keywords and sites.

81. It could also be contended that, since Google gets nothing for displaying natural results, or since site owners do not influence the content of the accompanying short message, this does not constitute a use 'in advertising' within the meaning of Article 5(3)(d) of Directive 89/104. There is no need to address this issue: **[31]** a link is established between the keywords and the goods or services sold via the sites displayed as natural results, and that is enough for the display of natural results to satisfy this condition.

iii) ***Whether the use affects or is liable to affect the essential function of the trade mark, by reason of a likelihood of confusion on the part of the public***

82. As was mentioned above, this condition involves assessing whether there is a risk of confusion by consumers as to the origin of the goods or services.**[32]**

83. It is useful to recall that the Court is being asked only about the use of keywords which correspond to trade marks; it is not being asked about the use of the trade marks in ads, or in the products sold via the sites advertised. Either of those last-mentioned uses by third parties may lead

to confusion and constitute, in itself, an infringement. However, that would only affect the use of keywords by Google if a 'contributory infringement' doctrine were accepted: Google's use would constitute an infringement solely on the basis of its contribution to an infringement by a third party. As indicated above, this possibility will be analysed separately. For the time being, I shall concentrate on the possible risk of confusion stemming from the use of the keywords for the display of ads, regardless of the character of those ads and the sites involved.

84. As has been pointed out, the display of ads establishes a link between the keywords corresponding to the trade mark and the sites advertised. The question is whether that link may lead consumers to confuse the origin of the goods or services offered on those sites - even before the content of those sites is taken into account. In order for such a risk to exist, consumers would have to assume, from the mere fact that certain sites are associated with such keywords, that those sites originate 'from the same undertaking [as the trade mark proprietors] or, as the case may be, from economically linked undertakings'.**[33]**

85. Such a risk of confusion cannot be presumed; it must be positively established. **[34]** The question whether there is a risk of confusion is usually left to the referring court, as it may involve complex factual assessments. **[35]** None the less, the parties have urged the Court to determine that risk, namely whether internet users 'confuse' ads with natural results. **[36]** Even if the Court were in a position to make this particular factual assessment, I believe it would serve no purpose - indeed, the question itself is misleading.

86. By comparing ads with natural results, the parties assume that natural results are a proxy for 'true' results - that is to say, that they originate from the trade mark proprietors themselves. But they do not. Like the ads displayed, natural results are just information that Google, on the basis of certain criteria, displays in response to the keywords. Many of the sites displayed do not in fact correspond to the sites of the trade mark proprietors.

87. The parties are influenced by the belief to which I referred at the outset - that if an internet user seeks something in Google's search engine, the internet user will find it. However, that is not a blind belief; internet users are aware that they will have to sift through the natural results of their searches, which often reach large numbers. They may expect that some of those natural results will correspond to the site of the trade mark proprietor (or an economically linked undertaking), but they will certainly not believe this of all natural results. Moreover, sometimes they may not even be looking for the site of the trade mark proprietor, but for other sites related to the goods or services sold under the trade mark: for example, they might not be interested in purchasing the trade mark proprietor's goods but only in having access to sites reviewing those goods.

88. Google's search engine provides help in sifting through natural results by ranking them according to their relevance to the keywords used. There may be an expectation on the part of internet users, based on their assessment of the quality of Google's search engine, that the more relevant results will include the site of the trade mark proprietor or whatever site they are looking for. However, this is nothing more than an expectation. Confirmation only comes when the site's link appears, its description is read, and the link is clicked on. Often the expectation will be disappointed, and internet users will go back and try out the next relevant result.

89. Google's search engine is no more than a tool: the link that it establishes between keywords corresponding to trade marks and natural results, even the more relevant sites, is not enough to lead to confusion. Internet users only decide on the origin of the goods or services offered on the sites by reading their description and, ultimately, by leaving Google and entering those sites.

90. Internet users process ads in the same way as they process natural results. By using AdWords, advertisers are in fact attempting to make their ads benefit from the same expectation of being relevant to the search - that is why they are displayed alongside the more relevant natural results. However, even assuming that the internet users are searching for the site of the trade mark proprietor, there is no risk of confusion if they are also presented with ads.

91. As with natural results, internet users will only make an assessment as to the origin of the goods or services advertised on the basis of the content of the ad and by visiting the advertised sites; no assessment will be based solely on the fact that the ads are displayed in response to keywords corresponding to trade marks. The risk of confusion lies in the ad and in the advertised sites, but, as has already been pointed out, the Court is not being asked about such uses by third parties: it is being asked only about the use by Google of keywords which correspond to trade marks.

92. It must be concluded, therefore, that neither the display of ads nor the display of natural results in response to keywords which correspond to trade marks leads to a risk of confusion as to the origin of goods and services. Accordingly, neither AdWords nor Google's search engine affects or is in danger of affecting the essential function of the trade mark.

c) ***Whether Google's uses of keywords which correspond to trade marks affect other functions of the trade mark besides its essential function, in particular whether they take unfair advantage of, or are detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade marks***

93. Trade marks which have a reputation enjoy special protection as compared with ordinary trade marks: their use can be prevented not only in relation to identical or similar goods or services, but

also in relation to any good or service that takes unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or the repute of the trade mark.**[37]**

94. The Court has confirmed that this special protection for trade marks which have a reputation does not depend on there being a risk of confusion on the part of consumers. **[38]** Accordingly, such special protection is independent of the essential function of the trade mark of guaranteeing the origin of the goods or services, and relates to other functions of the trade mark.

95. The Court has stated that such other functions of the trade mark include guaranteeing the quality of goods or services and those of communication, investment or advertising; it has also stated that such functions are not limited to trade marks which have a reputation but apply in the case of all trade marks.**[39]**

96. In that context, the Court made two important clarifications. First, it confirmed that, alongside the aim of preventing consumers from being misled, trade marks also serve to promote innovation and commercial investment. A trade mark protects the investment that the trade mark proprietor has made in the good or service associated with it and, in so doing, creates economic incentives for further innovation and investment. The other functions of the trade mark, as named by the Court, relate to that promotion of innovation and investment.

97. As a second clarification, the Court defined a sliding scale for the protection of this innovation and investment. No such scale exists as regards preventing consumers from being misled: whenever there is a risk of confusion, there will always be a trade mark infringement. **[40]** Beyond the risk of confusion, the conditions for finding an infringement vary.

98. At the top of the scale is the special protection granted under Article 5(2) of Directive 89/104 to trade marks which have a reputation. The ‘marketing effort expended by the proprietor of [the] trade mark in order to create and maintain the image of that mark’ enables it to prevent a wide range of associations, from the negative associations that may harm the trade mark’s repute or distinctive character, to the positive associations that take advantage of the proprietor’s investment.**[41]**

99. At the middle of the scale is the protection granted under Article 5(1)(a) of Directive 89/104 as regards goods or services which are identical to those of the trade mark. It was in regard to identical goods or services that the Court stated that the trade mark proprietor can prevent uses that affect the functions of ‘guaranteeing the quality of the goods or services in question and those of communication, investment or advertising’.**[42]**

100. At the bottom of the scale is the protection granted under Article 5(1)(b) of Directive 89/104 as regards goods or services which are similar to those of the trade mark. This protection, the Court has stated, is not the same as the protection under Article 5(1)(a): since mere similarity between goods or services is at issue, 'the likelihood of confusion constitutes the specific condition for such protection'. **[43]** Accordingly, the other functions of the trade mark can be affected only in very specific cases, yet to be defined by the Court.

101. All these types of protection - whatever their positions on the sliding scale - are linked to the promotion of innovation and investment. The range of associations which may be prevented varies according to what is deemed legitimate in the light of that innovation and investment: more protection for trade marks which have a reputation than for ordinary trade marks, and more protection as regards identical goods or services than as regards similar goods or services.**[44]**

102. Nevertheless, whatever the protection afforded to innovation and investment, it is never absolute. It must always be balanced against other interests, in the same way as trade mark protection itself is balanced against them. I believe that the present cases call for such a balance as regards freedom of expression and freedom of commerce.**[45]**

103. Those freedoms are particularly important in this context because the promotion of innovation and investment also requires competition and open access to ideas, words and signs. That promotion is always the product of a balance that has been struck between incentives, in the form of private goods given to those who innovate and invest, and the public character of the goods necessary to support and sustain the innovation and investment. That balance is at the heart of trade mark protection. Accordingly, despite being linked to the interests of the trade mark proprietor, trade mark rights cannot be construed as classic property rights enabling the trade mark proprietor to exclude any other use. **[46]** The transformation of certain expressions and signs - inherently public goods - into private goods is a product of the law and is limited to the legitimate interests that the law deems worthy of protection. It is for this reason that only certain uses may be prevented by the trade mark proprietor, while many others must be accepted.**[47]**

104. One of the uses which must be accepted is use for purely descriptive purposes. The Court has stated that the use of a trade mark to describe the characteristics of goods or services cannot, if it clearly states the origin of the goods or services involved, be prevented by the trade mark proprietor. **[48]** In so stating, the Court made it clear that uses for purely descriptive purposes 'do not affect any of the interests which [Article 5(1) of Directive 89/104] aims to protect'; **[49]** this includes, by definition, those functions of the trade mark which are related to innovation and

investment. **[50]** Accordingly, uses for purely descriptive purposes are permissible even when they involve trade marks which have a reputation.**[51]**

105. Another such situation is comparative advertising, as defined in Directive 84/450, **[52]** which allows undertakings to use signs identical to competitors' trade marks for the purposes of comparing their goods and services. **[53]** By their very nature, comparative advertisements take advantage of previous innovation and investment on the part of trade mark proprietors in order to promote competing products. The fact that this is permissible demonstrates the importance of freedom of expression and freedom of commerce, which stimulate competition and benefit consumers. **[54]** Thus, even the investment represented by trade marks which have a reputation is not immune to such advertising.**[55]**

106. The question raised by the present cases is whether freedom of expression and freedom of commerce should also take precedence over the interests of the trade mark proprietors in the context of Google's uses of keywords which correspond to trade marks. Those uses are not purely descriptive; (56) nor do they constitute comparative advertising. However, in a manner comparable to such situations, AdWords creates a link to the trade mark for consumers to obtain information that does not involve a risk of confusion. It does so both indirectly, when it allows the selection of keywords, and directly, when it displays ads.

107. Google's uses of keywords which correspond to trade marks are independent of the use of the trade mark in the ads displayed and on the sites advertised in AdWords; they are limited to conveying that information to the consumer. Google does so in a manner which can be said to intrude even less on the interests of the trade mark proprietors than purely descriptive uses or comparative advertising. As I shall develop shortly, that point emerges more clearly if one reflects how absurd it would be to allow sites to use a trade mark for purely descriptive uses or comparative advertising, but not to allow Google to display a link to those sites. I believe, therefore, that the same principle should apply: given the lack of any risk of confusion, trade mark proprietors have no general right to prevent those uses.

108. I am concerned that, if trade mark proprietors were to be allowed to prevent those uses on the basis of trade mark protection, they would establish an absolute right of control over the use of their trade marks as keywords. Such an absolute right of control would cover, de facto, whatever could be shown and said in cyberspace with respect to the good or service associated with the trade mark.

109. It is true that, in the present cases, the trade mark proprietors limit their claims to Google's uses in AdWords. Nevertheless, once the notion of 'confusion' between ads and natural results is

dispelled, this becomes a matter of perspective. Trade mark proprietors may also try to prevent the display of natural results alongside ads. The right of control that they claim covers all the results of keywords corresponding to their trade marks.

110. That absolute right of control would not take into account the particular nature of the internet and the role of keywords in it. The internet operates without any central control, and that is perhaps the key to its growth and success: it depends on what is freely inputted into it by its different users. (57) Keywords are one of the instruments - if not the main instrument - by means of which this information is organised and made accessible to internet users. Keywords are therefore, in themselves, content-neutral: they enable internet users to reach sites associated with such words. Many of these sites will be perfectly legitimate and lawful even if they are not the sites of the trade mark proprietor.

111. Accordingly, the access of internet users to information concerning the trade mark should not be limited to or by the trade mark proprietor. This statement does not apply only to search engines such as Google's; by claiming the right to exert control over keywords which correspond to trade marks in advertising systems such as AdWords, trade mark proprietors could de facto prevent internet users from viewing other parties' ads for perfectly legitimate activities related to the trade marks. That would, for instance, affect sites dedicated to product reviews, price comparisons or sales of second-hand goods.

112. It should be remembered that those activities are legitimate precisely because trade mark proprietors do not have an absolute right of control over the use of their trade marks. The Court played a determining role in establishing this, by holding that the interests of trade mark proprietors were not sufficient to prevent consumers from benefiting from a competitive internal market. **[58]** It would be paradoxical if the Court were now to curtail the possibility for consumers to have access to those benefits, as internet users, via the use of keywords.

113. It should therefore be concluded that the uses by Google, in AdWords, of keywords which correspond to trade marks do not affect the other functions of the trade mark, namely guaranteeing the quality of the goods or services or those of communication, investment or advertising. Trade marks which have a reputation are entitled to special protection because of those functions but, even so, such functions should not be considered to be affected. Thus, the uses by Google may not be prevented even if they involve trade marks which have a reputation.

d) ***Whether Google's possible contribution, through AdWords, to trade mark infringements by third parties constitutes, in itself, a trade mark infringement***

114. It has already been observed that the arguments of the trade mark proprietors do not appear to make a distinction between the use of their trade marks by Google and their use by third parties. When Google allows the selection of keywords which correspond to trade marks, or displays ads in response to those keywords, it is the possibility of the trade mark falling into the 'wrong hands' of counterfeit sites that is highlighted by the proprietors in order to argue that Google is guilty of a trade mark infringement.

115. Trade mark proprietors have no legal problem in tackling counterfeit sites, as such sites are clearly involved in trade mark infringements; however, the practical difficulties of doing so should not be ignored. It is often difficult to determine the ownership of the sites, the applicable legislation and jurisdictional forum, and to pursue the respective procedures. Moreover, it is apparent that trade mark proprietors believe that other sites can swiftly replace those that are found to be in infringement. Accordingly, they have concentrated their attention on AdWords. To adapt a well-known metaphor, they believe that the most effective way to stop the message is to stop the messenger.

116. I concluded above that none of the uses by Google in AdWords of keywords which correspond to trade marks constitutes a trade mark infringement. Such uses can clearly be distinguished from uses by third parties on their sites, in the products sold on those sites, and in the text of the ads displayed in AdWords. The Court is called upon to assess only the use of keywords which correspond to trade marks; what the trade mark proprietors intend is for possible uses by third parties to become a decisive factor in that assessment.

117. The principle proposed by the trade mark proprietors is the following: since the uses by Google may potentially contribute to infringements by third parties, those uses should also be treated as constituting infringements - despite the fact that those uses do not in themselves satisfy the conditions for finding an infringement. As has been mentioned, this would involve a significant expansion of the scope of trade mark protection towards what is called in the United States 'contributory infringement'. **[59]** This expansion would be novel to most Member States, which traditionally treat these situations under liability rules; it would also be alien to the case-law of the Court, which has so far focused on separate, individual uses.**[60]**

118. It is obvious why the trade mark proprietors have focused on potential infringements by third parties: if actual infringements by counterfeit sites were required, the practical difficulties relating to their pursuit would, to a large extent, remain. **[61]** However, even if the trade mark proprietors had not already done so, the notion of a trade mark infringement based on actual infringements by third parties would still need to be discarded. One use should not necessarily depend on a

subsequent use. When Google allows the selection of keywords, or when it displays ads in response to those keywords, its use is the same whether or not counterfeit sites are involved. As was pointed out above, the Court has rightly moulded its case-law to deal with separate, individual uses, and I see no reason to make a radical change to that approach, with largely unpredictable consequences.

119. Most importantly, I reject the notion that the act of contributing to a trade mark infringement by a third party, whether actual or potential, should constitute an infringement in itself. The risks entailed by such contribution are inherent in most systems that facilitate access to and delivery of information; those systems can be used for both good and bad purposes.

120. That is also the situation with Google's search engine, but one does not have to look only at digital examples. The invention of printing, for example, has multiplied the possibilities for intellectual property infringements, and yet it would be absurd to argue that, because of such possibilities, newspapers, for example, ought to be prohibited or, at the very least, that their advertising or classified sections ought to be prohibited. **[62]** The logic and consequences of 'contributory infringement' become evident when it is recalled that one of the most famous cases brought in the United States under this doctrine, as applied to copyright, attempted to prohibit the manufacture and sale of videotape recorders.**[63]**

121. The claims of the trade mark proprietors would create serious obstacles to any system for the delivery of information. Anyone creating or managing such a system would have to cripple it from the start in order to eliminate the mere possibility of infringements by third parties; as a result, they would tend towards overprotection in order to reduce the risk of liability or even of costly litigation.

122. How many words would Google have to block from AdWords in order to be sure that no trade mark was infringed? And, if the use of keywords can contribute to trade mark infringements, how far would Google be from having to block those words from its search engine? It is no exaggeration to say that, if Google were to be placed under such an unrestricted obligation, the nature of the internet and search engines as we know it would change.

123. That does not mean that the concerns of the trade mark proprietors cannot be addressed, only that they should be addressed outside the scope of trade mark protection. Liability rules are more appropriate, since they do not fundamentally change the decentralised nature of the internet by giving trade mark proprietors general - and virtually absolute - control over the use in cyberspace of keywords which correspond to their trade marks. Instead of being able to prevent, through trade mark protection, any possible use - including, as has been observed, many lawful and even

desirable uses - trade mark proprietors would have to point to specific instances giving rise to Google's liability in the context of illegal damage to their trade marks. They would need to meet the conditions for liability which, in this area, fall to be determined under national law.

124. It is in the context of possible liability that particular aspects of Google's role - such as the procedure under which it allows advertisers to select keywords under AdWords - could be taken into account. For example, Google provides advertisers with optional information which can help them to maximise the exposure of their ads. As some of the parties have pointed out, it may be that information on keywords which correspond to trade marks will also yield (as related keywords) information on expressions denoting counterfeit. **[64]** On the basis of that information, advertisers may decide to select those expressions as keywords in order to attract internet users. It is possible that, in so acting, Google may be contributing to internet users being directed to counterfeit sites.

125. In such a situation, Google may incur liability for contributing to a trade mark infringement. Even though an automated process is involved, there is nothing to prevent Google from making limited exclusions from the information which it provides to advertisers regarding associations with expressions clearly denoting counterfeit. The conditions under which Google might be liable are, however, a matter to be decided under national law. They are not covered by Directive 89/104 or Regulation No 40/94 and, accordingly, fall outside the scope of the present cases.

B - ***The third question in the first and third references, and the second question in the second reference: whether the liability exemption for hosting applies to the content featured by Google in AdWords***

126. Google features two types of content in AdWords: the texts of the ads and their links. Both are the result of an automated process whereby, in accordance with certain guidelines, advertisers draft the text and input the link that they wish.

127. As has been observed, Google's liability may be engaged, under national law, for featuring content that involves trade mark infringements. Moreover, Google's liability is not limited to trade mark infringements; it can be engaged for any civil or criminal matter.

128. The question is whether, under Article 14 of Directive 2000/31, Google would be exempt from such liability. **[65]** This exemption applies where: (i) there is an information society service; (ii) that service consists in the storage of information, provided by the recipient of the service, at the request of that recipient; and (iii) the provider of the service has no actual knowledge of the illegal nature of the information, or of facts which would make such illegality apparent, and duly acts to remove it upon becoming aware of its illegality.

129. The trade mark proprietors, supported by France, have argued as regards the first two conditions that: (i) the provision of hyperlinks and search engines - and, therefore, the provision of Google's search engine and its associated service AdWords - is not covered by Directive 2000/31 and (ii) the advertising activity involved in AdWords cannot constitute hosting for the purposes of Article 14 of that directive. As regards the third condition, they have not argued that Google has actual knowledge of trade mark infringements or that these infringements are apparent - matters which, in any case, it would be for the referring court to assess. **[66]** I shall deal with the two arguments of the trade mark proprietors separately.

i) ***Whether Directive 2000/31 covers the provision of hyperlinks and search engines and, in consequence, the provision of AdWords***

130. Directive 2000/31 applies to information society services. These are defined in Article 1(2) of Directive 98/34 as 'any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services'. **[67]**

131. There is nothing in the wording of the definition of information society services to exclude its application to the provision of hyperlinks and search engines, that is to say, to Google's search engine and AdWords. The element 'normally provided for remuneration' may raise some doubts as regards Google's search engine, but, as has been pointed out, the search engine is provided free of charge in the expectation of remuneration under AdWords. **[68]** Since both services are also provided 'at a distance, by electronic means and at the individual request of the recipient of services', they fulfil all the requirements necessary to be regarded as information society services.

132. The legislative history, however, presents a more complex picture, **[69]** as the Commission's first report on the application of Directive 2000/31 shows by stating that:

> 'the Commission will, in accordance with Article 21 [of Directive 2000/31], continue to monitor and rigorously analyse any new developments, including national legislation, case-law and administrative practices related to intermediary liability and will examine any future need to adapt the present framework in the light of these developments, for instance the need of additional limitations on liability for other activities such as the provision of hyperlinks and search engines'.

133. That report was drafted by the Commission pursuant to Article 21 of Directive 2000/31, which places it under an obligation to analyse 'the need for proposals concerning the liability of providers of hyperlinks and location tool services'. Article 21 is open to two possible interpretations: that the provision of hyperlinks and search engines is not covered by that directive, and that the Commission should assess whether there is a need to bring such provision within the

scope of the directive; or that those services are already covered by the directive, and that the Commission's proposals are to concern the adaptation of the rules to their specific needs.

134. In my view, the latter interpretation is the correct one. Neither Directive 2000/31 nor Directive 98/34 is reticent when it comes to expressly excluding many activities from the field of information society services; **[70]** the provision of hyperlinks and search engines, despite the explicit reference in Article 21 of Directive 2000/31, does not figure among those express exclusions. In any case, the provision of hyperlink services and search engines falls squarely within the notion of information society services and, most importantly - as I will argue next - their inclusion is consistent with the aims pursued by Directive 2000/31.

135. The Commission itself has changed its opinion on the scope of Directive 2000/31, having argued in the present cases that the exemption provided for in Article 14 applies to AdWords. In any event, the Commission's view, as expressed in its report, could never condition the Court's interpretation of the directive, and the trade mark proprietors have hardly provided any other arguments, apart from that report.

136. Accordingly, the trade mark proprietors' argument should be rejected and both Google's search engine and AdWords deemed to constitute information society services falling within the scope of Directive 2000/31.

ii) ***Whether the advertising activity involved in AdWords constitutes hosting for the purposes of Article 14 of Directive 2000/31***

137. The crucial issue is, therefore, whether Google's activities can be classified as hosting under Article 14 of Directive 2000/31, that is to say, whether AdWords is a service consisting in the storage, at the request of the recipient of the service, of information provided by that recipient.

138. As has been noted, AdWords features certain content - namely the text of ads and their links - which is both provided by the recipients of the service (the advertisers) and stored at their request. It follows that the conditions for falling under the notion of hosting, as defined in Article 14 of Directive 2000/31, are nominally fulfilled.

139. None the less, the trade mark proprietors argue that hosting implies an operation which is purely technical. By incorporating hosting into an advertising activity, AdWords falls outside the purview of Article 14 of Directive 2000/31.

140. It is reasonable to ask why the activity of advertising would have this effect. The fact remains that certain content is hosted by information society services, be it for advertising or for any other activity covered by those services. Information society services will rarely consist in activities

which are exclusively technical, and will normally be associated with other activities which provide their financial support.

141. However, the present cases involve a particular advertising context which sets the hosting activity apart. That is the reason why I find myself in agreement with the trade mark proprietors - even if not automatically endorsing their arguments - that the liability exemption under Article 14 of Directive 2000/31 should not apply to AdWords. That position is based on the underlying aim of Article 14 and of Directive 2000/31 as a whole.

142. To my mind, the aim of Directive 2000/31 is to create a free and open public domain on the internet. It seeks to do so by limiting the liability of those which transmit or store information, under its Articles 12 to 14, to instances where they were aware of an illegality.**[71]**

143. Key to that aim is Article 15 of Directive 2000/31, which prevents Member States from imposing on information society service providers an obligation to monitor the information carried or hosted, or actively to verify its legality. I construe Article 15 of that directive not merely as imposing a negative obligation on Member States, but as the very expression of the principle that service providers which seek to benefit from a liability exemption should remain neutral as regards the information they carry or host.

144. This point is best illustrated by comparison with Google's search engine, which is neutral as regards the information it carries. **[72]** Its natural results are a product of automatic algorithms that apply objective criteria in order to generate sites likely to be of interest to the internet user. The presentation of those sites and the order in which they are ranked depends on their relevance to the keywords entered, and not on Google's interest in or relationship with any particular site. Admittedly, Google has an interest - even a pecuniary interest - in displaying the more relevant sites to the internet user; however, it does not have an interest in bringing any specific site to the internet user's attention.

145. That is not the position as regards the content featured in AdWords. Google's display of ads stems from its relationship with the advertisers. As a consequence, AdWords is no longer a neutral information vehicle: Google has a direct interest in internet users clicking on the ads' links (as opposed to the natural results presented by the search engine).

146. Accordingly, the liability exemption for hosts provided for in Article 14 of Directive 2000/31 should not apply to the content featured in AdWords. The question whether such liability exists in the first place is, as was pointed out above, a matter for national law to determine.

C - *The first question in the third reference: whether trade mark proprietors can prevent the use, in AdWords, of keywords corresponding to their trade marks*

147. I concluded above that neither of the uses made by Google of keywords corresponding to trade marks is in infringement of those trade marks, and that such an infringement should not depend on subsequent uses by third parties. The only issue left to assess is whether the use of those keywords by advertisers, when they select them in AdWords, constitutes an infringement.

148. This question boils down to whether there is a use in the course of trade. As was pointed out above, this condition implies that the use is not private, but part of a 'commercial activity with a view to a gain'.**[73]**

149. As was also mentioned above, when Google allows advertisers to select keywords which correspond to trade marks, it does so in relation to its AdWords service. It is selling this service to advertisers; accordingly, the advertisers are doing nothing more than acting as consumers.

150. It can be said that advertisers purchase the AdWords service with a view to using it in the context of their commercial activities, and that those activities cover the ads subsequently displayed. However, that display (and the use of the trade mark that it may or may not involve) is different from the selection of keywords, not only because it happens afterwards, but also because it alone is directed at a consumer audience, the internet users. **[74]** There is no such audience when the advertisers select the keywords. Accordingly, the selection of the keywords is not a commercial activity, but a private use on their part.

151. This private use by advertisers is the other side of the use by Google - considered above to be legal - which consists in allowing advertisers to select keywords which correspond to trade marks. It would be contradictory to exclude an infringement in the one case and to assert it in the other. That would be tantamount to saying that Google should be permitted to allow the selection of keywords that no one is permitted to select.

152. Again, it must be remembered that the advertisers' selection in AdWords of keywords which correspond to trade marks can take place for many legitimate purposes (purely descriptive uses, comparative advertising, product reviews, and so on). The consequence of considering that such selection constitutes, in itself, a trade mark infringement would be to preclude all those legitimate uses.**[75]**

153. Nor are trade mark proprietors left totally defenceless with respect to the selection of keywords which correspond to their trade marks. They can intervene whenever the effects are truly harmful, that is to say, when the ads are displayed to internet users. Although the Court has

not been asked about the use of the trade mark in the ads, it should be stated that trade mark proprietors can prevent such use if it involves a risk of confusion. Even if no such risk arises, that use can be prevented if it affects other functions of the trade mark, such as those related to the protection of innovation and investment. However, it is not the use in ads, or on the sites advertised, that is the subject of the present cases.

154. As I have perhaps emphasised almost to exhaustion in this Opinion, it is important not to allow the legitimate purpose of preventing certain trade mark infringements to lead all trade mark uses to be prohibited in the context of cyberspace.

III - Conclusion

155. In view of the above, I propose that the Court state in answer to the questions referred by the Cour de cassation:

(1) The selection by an economic operator, by means of an agreement on paid internet referencing, of a keyword which will trigger, in the event of a request using that word, the display of a link proposing connection to a site operated by that economic operator for the purposes of offering for sale goods or services, and which reproduces or imitates a trade mark registered by a third party and covering identical or similar goods, without the authorisation of the proprietor of that trade mark, does not constitute in itself an infringement of the exclusive right guaranteed to the latter under Article 5 of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

(2) Article 5(1)(a) and (b) of Directive 89/104 and Article 9(1)(a) and (b) of Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark must be interpreted as meaning that a trade mark proprietor may not prevent the provider of a paid referencing service from making available to advertisers keywords which reproduce or imitate registered trade marks or from arranging under the referencing agreement for advertising links to sites to be created and favourably displayed, on the basis of those keywords.

(3) In the event that the trade marks have a reputation, the trade mark proprietor may not oppose such use under Article 5(2) of Directive 89/104 and Article 9(1)(c) of Regulation No 40/94.

(4) The provider of the paid referencing service cannot be regarded as providing an information society service consisting in the storage of information provided by the recipient of the service within the meaning of Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (‘Directive on electronic commerce’).

[1]Original language: English.

[2] Paraphrasing Matthew 7:7.

[3] In view of the particular context of this Opinion, namely internet advertising, I shall refer to such advertisements as 'ads' in order to differentiate them from normal advertisements.

[4] I shall use the term 'proprietors' to also cover the holders of licences granted by proprietors of the trade mark, under the terms of which they are entitled to use the trade mark in question.

[5] First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1).

[6] Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ 1994 L 11, p. 1).

[7] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1).

[8] The parties have provided documents in support of their opposing views as to whether internet users truly distinguish between natural results and ads.

[9] In Microsoft and Yahoo!'s advertisement systems ads are differentiated from natural results in the same manner, except that they are highlighted in a different colour and the heading 'liens sponsorisés' is used.

[10] Although the first question of the third reference mentions advertisers 'reserving' keywords, it seems more appropriate - since there is no exclusivity - to use the expression 'selecting'.

[11] In the process for selecting keywords, as described, the advertiser could have been provided with information on searches made in Google's search engine using LV's trade marks and related keywords, the latter possibly including the use of those trade marks in association with expressions denoting counterfeit. The trade mark proprietors argue that providing such information would be tantamount to suggesting that advertisers select those associated expressions as keywords.

[12] Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (OJ 1998 L 204, p. 37).

[13] Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations (OJ 1998 L 217, p. 18).

[14] This applies both under Article 5(1) and (2) of Directive 89/104; see Case C 533/06 O2Holdings andO2(UK) [2008] ECR I 4231, paragraph 34. However, it is more commonly at issue under Article 5(2), as third parties often attempt to take advantage of trade marks of reputation by using signs which are not identical to the trade mark but bear strong similarities to it, leading to an analysis as to whether such representations create a 'link in the mind of the public' with the trade mark (see Case C 487/07 L'Oréaland Others [2009] ECR I 0000, paragraph 36).

[15] That is to say, whether there is a use in relation to goods or services which are identical or similar to those covered by the trade mark, a question analysed further below in this Opinion. The representation of the trade mark is a precondition for the existence of a use; however, it does not necessarily follow from this representation that any of the conditions for finding such use to be in infringement is fulfilled, in particular that it involves a risk of confusion by consumers as to the origin of the good or service (see L'Oréal and Others, paragraph 37, and, as regards the 'likelihood of confusion' for the purposes of Article 4 of Directive 89/104, Case C 251/95 SABEL [1997] ECR I 6191, paragraph 26).

[16] The parallel between Article 5 of Directive 89/104 and Article 9 of Regulation No 40/94 is clear (see SABEL, paragraph 13). Accordingly, the same interpretation is followed in respect of both provisions as regards the conditions for finding an infringement (see Case C 62/08 UDV [2009] ECR I 0000, paragraph 42).

[17] It is not clear from the order for reference whether, as LV argues but Google disputes, the ads themselves make use of the trade mark.

[18] It is assumed, since the Cour de cassation mentions 'contrefaçons' ('counterfeits'), that the sites referred to in the first reference do sell infringing products.

[19] Contributory liability for trade mark infringement has developed as a judicial gloss on the Lanham Act of 1946, which governs trade mark disputes in the United States, although not expressly provided in the act. See 15 U.S.C. § 1051 et seq.; Inwood Laboratories, Inc. v. Ives Laboratories, Inc., 456 US 844, 853 55 (1982). Since Ives, contributory infringement suits in the United States have been brought under the Lanham Act, rather than under tort law. See, for example, Optimum Technologies, Inc. v. Henkel Consumer Adhesives, Inc., 496 F.3d 1231, 1245 (11th Cir. 2007); Rolex Watch USA v. Meece, 158 F.3d 816 (5th Cir. 1998); Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concessions Services, Inc., 955 F.2d 1143 (7th Cir. 1992). Even in the United

States, however, contributory liability for trade mark infringement is seen as closely related to general liability law. When applying the United States Supreme Court's language in Ives, courts 'have treated trade mark infringement as a species of tort and have turned to the common law to guide [their] inquiry into the appropriate boundaries of liability' (Hard Rock Cafe, 955 F.2d at 1148). As a result, courts differentiate between contributory infringement and direct infringement and generally require proof of additional factors imported from tort law in the contributory liability context. See, for example, Optimum Technologies, 496 F.3d at 1245.

[20] See, as regards France and the Benelux countries, Pirlot de Corbion, S., 'Référencement et droit des marques: quand les mots clés suscitent toutes les convoitises', Google et les nouveaux services en ligne, dir. A. Strowel and J. P. Triaille, Larcier, 2009, p. 143.

[21] See O2 Holdings andO2(UK), paragraph 57; Case C 206/01 ArsenalFootball Club [2002] ECR I 10273; Case C 245/02 Anheuser Busch [2004] ECR I 10989; Case C 120/04 Medion [2005] ECR I 8551; Case C 48/05 Adam Opel [2007] ECR I 1017; and Case C 17/06 Céline [2007] ECR I 7041. Those cases concerned both or either Article 5(1)(a) (use involving identical products) and (b) (use involving similar products) of Directive 89/104, which indicates that these conditions apply under both provisions.

[22] Google's selection procedure allows advertisers to type in the keywords they wish to select. It optionally provides information on searches made in Google's search engine using those keywords or related keywords. In the view of the trade mark proprietors, this amounts to suggesting that advertisers select related keywords which are searched often (see footnote 11 above). Since the questions referred focus on the fact that keywords corresponding to trade marks are available for selection, I shall refer to the use - regardless of whether the keywords were chosen independently by advertisers or 'suggested' by AdWords - as allowing advertisers to select the keywords.

[23] See L'Oréal and Others, paragraph 63, where the Court states that these other functions include guaranteeing the quality of goods or services and those of communication, investment or advertising. The existence of these other functions was already mentioned in some of the cases cited in footnote 21 dealing with Article 5(1)(a) of Directive 89/104 (use involving identical products), but without being named (see the Opinion of Advocate General Mengozzi in L'Oréal and Others, point 50). However, such other functions do not feature in the cases dealing with Article 5(1)(b) (use involving similar products). Hence, when establishing a test common to both provisions, the Court has limited the conditions for finding a trade mark infringement to the essential function of guaranteeing the origin of goods and services.

[24] See Céline, paragraph 17, and Arsenal Football Club, paragraph 40.

[25] See Céline, paragraph 23 (beyond the more simple case of just affixing the sign to products). In Céline, the Court found that the use of a sign corresponding to a trade mark in order to designate an undertaking was a use in relation to goods or services only when it was linked to their marketing, and not when it was used solely to designate the undertaking.

[26] It is in this sense that the order for reference, by stating that 'the provider of the paid referencing service does not use the keyword reproducing or imitating the trade mark to designate its own goods and services', should be understood: no association is made to the general public.

[27] See footnote 21 above.

[28] See O2 Holdings andO2(UK), paragraphs 57 to 59.

[29] See footnote 24 above.

[30] See footnote 25 above.

[31] Namely whether Article 5(3)(d) includes the free and automated commercial messages of Google's search engine, or requires a paid service such as AdWords.

[32] See footnote 28 above.

[33] O2 Holdings andO2(UK), paragraph 59; Case C 342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer [1999] ECR I 3819, paragraph 17; and Medion, paragraph 26.

[34] See Case C 425/98 Marca Mode [2000] ECR I 4861, paragraphs 33 and 39.

[35] The Court may however make this assessment itself in situations where the facts are sufficiently clear to establish certain distinctions (see Céline, paragraphs 21 and 25 to 28) or rule on the issue directly (see Arsenal Football Club, paragraphs 56 to 60). The present cases, as will be seen, present such a situation.

[36] See footnote 8 above.

[37] See L'Oréal and Others, paragraph 34; Marca Mode, paragraph 36; Case C 408/01 Adidas-Salomon and Adidas Benelux [2003] ECR I 12537, paragraph 27; and Case C 102/07 adidas and adidas Benelux [2008] ECR I 2439, paragraph 40. See also, as regards Article 4(4)(a) of Directive 89/104, Case C 252/07 IntelCorporation [2008] ECR I 0000, paragraph 26.

[38] L'Oréal and Others, paragraph 50. Although the Court made a finding to that effect only in relation to unfair advantage, that conclusion should also apply in the case of detriment caused to the distinctive character or to the repute of the trade mark.

[39] See L'Oréal and Others, paragraphs 63 and 64.

[40] See footnote 23 above.

[41] See L'Oréal and Others, paragraph 50.

[42] See footnote 39 above.

[43] See L'Oréal and Others, paragraph 59.

[44] See Arsenal Football Club, paragraph 54: 'the proprietor [of the trade mark] may not prohibit the use of a sign identical to those for which the trade mark is registered if that use cannot affect his own interest as proprietor of the mark, having regard to its functions'.

[45] The Court has considered these public interest goals, outside the context of trade marks, in Case C 71/02 Karner [2004] ECR I 3025, paragraph 50, and Joined Cases C 20/00 and C 64/00 Booker Aquacultureand Hydro Seafood[2003] ECR I 7411, paragraph 68.

[46] See Arsenal Football Club, paragraphs 51 to 54.

[47] Notably the uses that do not fulfil the conditions for trade mark infringement as set out in the Court's case law, see footnote 21 above.

[48] Case C 2/00 Hölterhoff [2002] ECR I 4187, paragraphs 16 and 17.

[49] Arsenal Football Club, paragraph 54.

[50] The Court could have applied Article 6(1)(b) of Directive 89/104 to the uses with purely descriptive purposes at issue in Hölterhoff. Under that provision, the trade mark proprietor cannot prohibit a third party from using, in the course of trade, inter alia, 'indications concerning the kind, quality, quantity, [and] intended purpose', provided that the third party uses them in accordance with 'honest practices in industrial or commercial matters' (see the Opinion of Advocate General Jacobs in Hölterhoff, points 47 to 61). Instead, the Court chose to make an unqualified exclusion from trade mark protection.

[51] L'Oréal and Others, paragraph 62. Despite the fact that the case involved trade marks which had a reputation, the Court differentiated it on the facts from the purely descriptive uses in Hölterhoff.

[52] Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising (OJ 1984 L 250, p. 17), as amended by Directive 97/55/EC of European Parliament

and of the Council of 6 October 1997 (OJ 1997 L 290, p. 18) and Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 (OJ 2005 L 149, p. 22).

[53] See O2 Holdings andO2(UK), paragraphs 41 to 45.

[54] See O2 Holdings andO2(UK), paragraphs 38 to 40, and L'Oréal and Others, paragraph 68.

[55] Comparative advertising is not considered per se as taking unfair advantage under Article 3(f) of Directive 84/450; in L'Oréal and Others, it took the existence of imitations, falling under Article 3(g) of the directive, for the Court to find that there was such an unfair advantage.

[56] The use by Google of allowing advertisers to select keywords corresponding to trade marks bears some similarity to purely descriptive uses: when offering such a possibility, Google is describing how its AdWords service will operate whenever those keywords are entered in its search engine. However, while in Hölterhoff the type of good used for the description was identical (one trade marked gem cut used to describe another), that is not the case here (trade marks associated with a variety of goods and services are used to describe how Google's advertising system will operate). This demonstrates that the use is more than purely descriptive: it offers the possibility of advertising exposure within the context of the search engine.

[57] It has been remarked that the internet could have been designed differently with more centralised control, filtering of content and closed protocols (see, but in a critical light, Boyle, J., The Public Domain, Yale University Press, 2008, p. 80).

[58] Namely by removing competitive and trade mark limitations in order to allow parallel imports by distributors (see the seminal Cases 56/64 and 58/64 Consten and Grunding [1966] ECR 299, 345), and by laying down the principle of exhaustion which allows the sale of second hand goods (see, among many, Case C 10/89 HAG II [1990] ECR I 3711, paragraph 12).

[59] See footnote 19 above.

[60] The conditions for finding an infringement presuppose an individual use, see footnote 21 above. For example, in Céline, the Court distinguished the different uses by the same undertaking; see footnote 25 above.

[61] The trade mark proprietor claims are reflected in the questions referred, which focus on making keywords which correspond to trade marks available for selection - a possibility which is prior to, and independent of, any infringement by third parties.

[62] In fact, the situation in the present cases is similar in some respects to the situation of classified advertisements in newspapers: these are usually not subject to trade mark protection (with regard to the newspaper), but can give rise to liability under certain conditions.

[63] Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 US 417 (1984). Other litigation in the United States makes clear the potential consequences of a broad understanding of 'contributory infringement'. See, for example, Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996), in which the plaintiff attempted, by suing the landlord, to close down a swap meet where copyright violating material was sold, and Perfect 10, Inc. v. Visa International Service Association, 494 F.3d 788 (9th Cir. 2007), in which the plaintiff attempted to hold credit card companies liable for their customers' purchase of infringing material online.

[64] See footnote 11 above.

[65] Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee - First Report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market (Directive on electronic commerce) - COM(2003) 0702 final, paragraph 4.6: 'The limitations on liability provided for by the Directive are established in a horizontal manner, meaning that they cover liability, both civil and criminal, for all types of illegal activities initiated by third parties.'

[66] The exemption under Article 14 of Directive 2000/31 applies only to liability for third-party content; it does not apply to the service activity of the host which is independent of this content. Accordingly, Directive 2000/31 does not provide for a blanket exemption from any obligations which bind the service activity under which the hosting is provided.

[67] Article 1(2) of Directive 98/34, transcribed above, goes on to define those conditions in more detail.

[68] In any event this would not affect AdWords, which is a service provided against remuneration.

[69] It has been commented, with regard to the liability exemption for 'caching' provided for in Article 13 of Directive 2000/31, that 'those [who] participated in the discussions know' that this exemption was not intended to apply to Google (Triaille, J. P., 'La question des copies "cache" et la responsabilité des intermédiaires Copiepresse c. Google, Field v. Google', Google et les nouveaux services en ligne (op. cit.), p. 261). None the less, it has also been stated with regard to the liability exemption for hosting of Article 14 of the directive that, although search engine

providers are not nominally covered by the laws transposing it into French law, an application of these rules by analogy is both desirable and fair, in the light of those providers' essential role for the internet and their lack of control over the information provided, further adding that such analogy is 'largely accepted' in French academic writings and jurisprudence (Pirlot de Corbion, S. (op. cit.), p. 127). In comparison with the laws transposing the directive into French law, the United States' Digital Millennium Copyright Act has a specific exemption for search engines (although limited to copyright, and not specifically directed to caching or hosting).

[70] See the reference in Article 1(2) of Directive 98/34 to a list of excluded activities set out in Annex 5 thereto, and the list set out in Article 1(5) of Directive 2000/31 of matters excluded from the scope of that directive.

[71] Recital 46 in the preamble to Directive 2000/31 states: 'In order to benefit from a limitation of liability, the provider of an information society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or to disable access to the information concerned; the removal or disabling of access has to be undertaken in the observance of the principle of freedom of expression and of procedures established for this purpose at national level.' See, as regards the legality of these national procedures, Decision No 2009 580 of 10 June 2009 of the French Constitutional Council.

[72] In my view, it would be consistent with the aim of Directive 2000/31 for Google's search engine to be covered by a liability exemption. Arguably Google's search engine does not fall under Article 14 of that directive, as it does not store information (the natural results) at the request of the sites that provide it. Nevertheless, I believe that those sites can be regarded as the recipients of a (free) service provided by Google, namely of making the information about them accessible to internet users, which means that Google's search engine may fall under the liability exemption provided in respect of 'caching' in Article 13 of that directive. If necessary, the underlying aim of Directive 2000/31 would also allow an application by analogy of the liability exemption provided in Articles 12 to 14 thereof.

[73] See footnote 24 above.

[74] All the uses described in Article 5(3) of Directive 89/104 involve this consumer audience, with one exception, namely that referred to in Article 5(3)(a): the affixing of the sign to a good. This should be regarded as a precautionary exception, the interpretation of which should not be broadened to cover situations where there is no affixing of the trade mark to a good.

[75] It may be interesting to recall, in the context of the third reference, that the advertisers at issue operate sites referred to as in competition with the trade mark proprietors and that those sites do

not, in themselves, infringe the trade marks. Accordingly, trade mark holders wish to prevent other undertakings' sites from using the association with their trade marks as a means of competition (in the same way that undertakings may compete by paying to advertise next to their competitors). Such a result hardly seems compatible with the place of trade marks in ‘the system of undistorted competition which the Treaty is intended to establish and maintain’ (Arsenal Football Club, paragraph 47).

AB Adalet Divanı - C-557/07 - LSG - 19 February 2009

ORDER OF THE COURT (Eighth Chamber)

19 February 2009

Language of the case: German.

(Article 104(3) of the Rules of Procedure - Information society - Copyright and related rights - Saving and disclosure of certain traffic data - Protecting the confidentiality of electronic communications - 'Intermediaries' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29/EC)

In Case C-557/07,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 234 EC, from the Oberster Gerichtshof (Austria), made by decision of 13 November 2007, received at the Court on 14 December 2007, in the proceedings

LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH

v

Tele2 Telecommunication GmbH,

THE COURT (Eighth Chamber),

composed of T. von Danwitz, President of the Chamber, G. Arestis and J. Malenovský (Rapporteur), Judges,

Advocate General: Y. Bot,

Registrar: R. Grass,

proposing to give its decision on the second question by reasoned order in accordance with the first subparagraph of Article 104(3) of the Rules of Procedure,

having informed the referring court that the Court proposes to give its decision on the first question by reasoned order in accordance with the second subparagraph of Article 104(3) of the Rules of Procedure,

after calling on the interested persons referred to in Article 23 of the Statute of the Court of Justice to submit their observations in that regard,

after hearing the Advocate General,

makes the following

Order

1. This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10), Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ 2002 L 201, p. 37) and Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45).

2. The reference has been made in the context of proceedings brought by LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH ('LSG') against Tele2 Telecommunication GmbH ('Tele2') concerning Tele2's refusal to send LSG the names and addresses of the persons for whom it provides Internet access.

Legal context

Community legislation

The provisions concerning the information society and the protection of intellectual property, particularly copyright

- Directive 2000/31/EC

3. Under Article 1(1) thereof, Directive 2000/31 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1) seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.

- Directive 2001/29

4. Recital 59 in the preamble to Directive 2001/29 states:

> ‘In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party’s infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States.’

5. Under Article 1(1) thereof, Directive 2001/29 concerns the legal protection of copyright and related rights in the framework of the internal market, with particular emphasis on the information society.

6. Paragraph 1 of Article 5 of Directive 2001/29, which is entitled ‘Exceptions and limitations’, provides:

> ‘Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable:
>
> (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or
>
> (b) a lawful use
>
> of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.’

7. Article 8 of Directive 2001/29, which is entitled ‘Sanctions and remedies’, provides:

> ‘1. Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.
>
> 2. Each Member State shall take the measures necessary to ensure that rightholders whose interests are affected by an infringing activity carried out on its territory can bring an action for damages and/or apply for an injunction and, where appropriate, for the seizure of infringing material as well as of devices, products or components referred to in Article 6(2).

3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

- Directive 2004/48

8. Article 8 of Directive 2004/48 is worded as follows:

'1. Member States shall ensure that, in the context of proceedings concerning an infringement of an intellectual property right and in response to a justified and proportionate request of the claimant, the competent judicial authorities may order that information on the origin and distribution networks of the goods or services which infringe an intellectual property right be provided by the infringer and/or any other person who:

(a) was found in possession of the infringing goods on a commercial scale;

(b) was found to be using the infringing services on a commercial scale;

(c) was found to be providing on a commercial scale services used in infringing activities; or

(d) was indicated by the person referred to in point (a), (b) or (c) as being involved in the production, manufacture or distribution of the goods or the provision of the services.

2. The information referred to in paragraph 1 shall, as appropriate, comprise:

(a) the names and addresses of the producers, manufacturers, distributors, suppliers and other previous holders of the goods or services, as well as the intended wholesalers and retailers;

(b) information on the quantities produced, manufactured, delivered, received or ordered, as well as the price obtained for the goods or services in question.

3. Paragraphs 1 and 2 shall apply without prejudice to other statutory provisions which:

(a) grant the rightholder rights to receive fuller information;

(b) govern the use in civil or criminal proceedings of the information communicated pursuant to this Article;

(c) govern responsibility for misuse of the right of information; or

(d) afford an opportunity for refusing to provide information which would force the person referred to in paragraph 1 to admit to his own participation or that of his close relatives in an infringement of an intellectual property right; or

(e) govern the protection of confidentiality of information sources or the processing of personal data.'

The provisions concerning the protection of personal data

- Directive 95/46/EC

9. Paragraph 1 of Article 13 of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31), which is entitled 'Exceptions and restrictions', provides:

'1. Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the obligations and rights provided for in Articles 6(1), 10, 11(1), 12 and 21 when such a restriction constitutes a necessary measure to safeguard:

(a) national security;

(b) defence;

(c) public security;

(d) the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, or of breaches of ethics for regulated professions;

(e) an important economic or financial interest of a Member State or of the European Union, including monetary, budgetary and taxation matters;

(f) a monitoring, inspection or regulatory function connected, even occasionally, with the exercise of official authority in cases referred to in (c), (d) and (e);

(g) the protection of the data subject or of the rights and freedoms of others.'

- Directive 2002/58

10. Article 5(1) of Directive 2002/58 provides:

'Member States shall ensure the confidentiality of communications and the related traffic data by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, through national legislation. In particular, they shall prohibit listening, tapping, storage or other kinds of interception or surveillance of communications and the related traffic data by persons other than users, without the consent of the users concerned, except when legally authorised to do so in accordance with Article 15(1). This

paragraph shall not prevent technical storage which is necessary for the conveyance of a communication without prejudice to the principle of confidentiality.'

11. Article 6 of Directive 2002/58 provides:

'1. Traffic data relating to subscribers and users processed and stored by the provider of a public communications network or publicly available electronic communications service must be erased or made anonymous when it is no longer needed for the purpose of the transmission of a communication without prejudice to paragraphs 2, 3 and 5 of this Article and Article 15(1).

2. Traffic data necessary for the purposes of subscriber billing and interconnection payments may be processed. Such processing is permissible only up to the end of the period during which the bill may lawfully be challenged or payment pursued.

3. For the purpose of marketing electronic communications services or for the provision of value added services, the provider of a publicly available electronic communications service may process the data referred to in paragraph 1 to the extent and for the duration necessary for such services or marketing, if the subscriber or user to whom the data relate has given his/her consent. Users or subscribers shall be given the possibility to withdraw their consent for the processing of traffic data at any time.

…

5. Processing of traffic data, in accordance with paragraphs 1, 2, 3 and 4, must be restricted to persons acting under the authority of providers of the public communications networks and publicly available electronic communications services handling billing or traffic management, customer enquiries, fraud detection, marketing electronic communications services or providing a value added service, and must be restricted to what is necessary for the purposes of such activities.

6. Paragraphs 1, 2, 3 and 5 shall apply without prejudice to the possibility for competent bodies to be informed of traffic data in conformity with applicable legislation with a view to settling disputes, in particular interconnection or billing disputes.'

12. Under Article 15(1) of Directive 2002/58:

'Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the rights and obligations provided for in Article 5, Article 6, Article 8(1), (2), (3) and (4), and Article 9 of this Directive when such restriction constitutes a necessary, appropriate and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security (i.e. State

security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communication system, as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46/EC. To this end, Member States may, inter alia, adopt legislative measures providing for the retention of data for a limited period justified on the grounds laid down in this paragraph. All the measures referred to in this paragraph shall be in accordance with the general principles of Community law, including those referred to in Article 6(1) and (2) of the Treaty on European Union.'

National legislation

13. Paragraph 81 of the Austrian Federal Law on copyright in literary and artistic works and related rights (Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte), in the version published in BGBl. I, 81/2006 ('the Austrian Federal Law on Copyright'), provides:

'(1) A person who has suffered an infringement of any exclusive rights conferred by this Law, or who fears such an infringement, shall be entitled to bring proceedings for a restraining injunction. Legal proceedings may also be brought against the proprietor of a business if the infringement is committed in the course of the activities of his business by one of his employees or by a person acting under his control, or if there is a danger that such an infringement will be committed.

1(a) If the person who has committed such an infringement, or by whom there is a danger of such an infringement being committed, uses the services of an intermediary for that purpose, the intermediary shall also be liable to an injunction under subparagraph (1).

…'

14. Paragraph 87b(2) to (3) of the Austrian Federal Law on Copyright is worded as follows:

'(2) A person who has suffered an infringement of any exclusive rights conferred by this Law shall be entitled to require information as regards the origin and distribution channels of infringing goods and services, to the extent that this would not be disproportionate to the gravity of the infringement and would not infringe statutory obligations of confidentiality; the obligation to disclose information is on the infringer and on any persons who in the course of business:

1. have been in possession of infringing goods;

2. have received infringing services; or

3. have supplied services used for the infringement.

(2a) So far as is necessary, the obligation under subparagraph (2) to disclose information includes:

1. the names and addresses of the producers, distributors, suppliers and other previous holders of the goods or services, as well as the intended wholesalers and retailers;

2. the quantities produced, delivered, received or ordered, as well as the price paid for the goods or services in question.

(3) Intermediaries within the meaning of Paragraph 81(1a) shall give the person whose rights have been infringed information as to the identity of the infringer (name and address) or the information necessary to identify the infringer, following an application in writing by the person whose rights have been infringed, such application to include sufficient reasons. The reasons given must include in particular sufficiently precise details as to the facts which give rise to a suspicion that there has been an infringement of rights. The person whose rights have been infringed shall pay the intermediary reasonable compensation for the costs incurred in the provision of that information.'

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

15. LSG is a collecting society. It enforces as trustee the rights of recorded music producers in their worldwide recordings and the rights of the recording artists in respect of the exploitation of those recordings in Austria. The rights concerned are, in particular, the right to reproduce and distribute the recordings and the right to make them available to the public.

16. Tele2 is an Internet access provider which assigns to its clients Internet Protocol Addresses ('IP addresses'), which are most often dynamic rather than static. Tele2 is able to identify individual clients on the basis of the IP address and the period or date when it was assigned.

17. The holders of the rights defended by LSG suffer financial loss as a result of the creation of file-sharing systems which make it possible for participants to exchange copies of saved data. In order to be able to bring civil proceedings against the perpetrators, LSG applied for an order requiring Tele2 to send it the names and addresses of the persons to whom it had provided an Internet access service and whose IP addresses, together with the day and time of the connection, were known. Tele2 took the view that it was obliged to refuse that request for information. It stated that it is not an intermediary and is not authorised to save access data.

18. By judgment of 21 June 2006, the Handelsgericht Wien (Commercial Court, Vienna) granted LSG's application, on the view that, as an Internet access provider, Tele2 is an intermediary within

the meaning of Paragraph 81(1a) of the Austrian Federal Law on Copyright and that, as such, it is required to provide the information referred to in Paragraph 87b(3) thereof.

19. According to the order for reference, the decision at first instance was confirmed on appeal by the Oberlandesgericht Wien (Higher Regional Court, Vienna) by judgment of 12 April 2007, in respect of which an appeal on a point of law has been brought before the Oberster Gerichtshof (Austrian Supreme Court).

20. Before the Oberster Gerichtshof, Tele2 claims, first, that it is not an intermediary within the meaning of Paragraph 81(1a) of the Austrian Federal Law on Copyright or Article 8(3) of Directive 2001/29, since, as Internet access provider, it indeed enables the user to access the Internet, but it exercises no control, whether *de iure* or *de facto*, over the services which the user makes use of. Secondly, the tensions in the relationship between the right to information entailed by the legal protection of copyright and the limits placed by data protection laws on the saving and disclosure of personal data have been resolved, in favour of data protection, by the Community directives.

21. The Oberster Gerichtshof is of the view that the Opinion of the Advocate General in Case C-275/06 *Promusicae* [2008] ECR I-271, delivered after the present order for reference, raises doubts as to whether the right to information conferred by Paragraph 87b(3) of the Austrian Federal Law on Copyright, read in conjunction with Paragraph 81(1a) thereof, is in conformity with the directives adopted in the data protection field and, in particular, with Articles 5, 6 and 15 of Directive 2002/58. The aforementioned provisions of Austrian law require private third parties to be provided with information on personal data relating to Internet traffic, thereby imposing a duty to disclose, which presupposes that the Internet traffic data have first been processed and saved.

22. In those circumstances, the Oberster Gerichtshof decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

> ‘(1) Is the term “intermediary” in Article 5(1)(a) and Article 8(3) of Directive [2001/29] to be interpreted as including an access provider who merely provides a user with access to the network by allocating him a dynamic IP address but does not himself provide him with any services such as email, FTP or file-sharing services and does not exercise any control, whether *de iure* or *de facto*, over the services which the user makes use of?
>
> (2) If the first question is answered in the affirmative:

> Is Article 8(3) of Directive [2004/48], regard being had to Article 6 and Article 15 of Directive [2002/58], to be interpreted (restrictively) as not permitting the disclosure of personal traffic data to private third parties for the purposes of civil proceedings for alleged infringements of exclusive rights protected by copyright (rights of exploitation and use)?'

The questions referred for a preliminary ruling

23. Under Article 104(3) of the Rules of Procedure - that is to say, inter alia, where the answer to a question referred to the Court for a preliminary ruling may be clearly deduced from existing case-law or where the answer to the question admits of no reasonable doubt - the Court may give its decision by reasoned order.

The second question

24. By its second question, which it is appropriate to consider first, the national court essentially asks whether Community law, in particular Article 8(3) of Directive 2004/48, read in conjunction with Articles 6 and 15 of Directive 2002/58, precludes Member States from imposing an obligation to disclose to private third parties personal data relating to Internet traffic in order to enable them to bring civil proceedings for copyright infringements.

25. The reply to that question can be clearly inferred from the case-law of the Court.

26. In paragraph 53 of *Promusicae*, the Court stated that the exceptions provided for in Article 15(1) of Directive 2002/58, which refers expressly to Article 13(1) of Directive 95/46, include measures which are necessary for the protection of the rights and freedoms of others. As it does not specify the rights and freedoms covered by that exception, Directive 2002/58 must be interpreted as reflecting the intention of the Community legislature not to exclude from its scope the protection of the right to property or situations in which authors seek to obtain that protection through civil proceedings.

27. The Court inferred from this, in paragraphs 54 and 55 of *Promusicae*, that Directive 2002/58 - in particular, Article 15(1) thereof - does not preclude the Member States from imposing an obligation to disclose personal data in the context of civil proceedings, nor does it oblige them to impose such an obligation.

28. Moreover, the Court pointed out that the freedom which Member States retain to give priority to the right to privacy or to the right to property is qualified by a number of requirements. Accordingly, when transposing Directives 2000/31, 2001/29, 2002/58 and 2004/48 into national law, it is for the Member States to ensure that they rely on an interpretation of those directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the

Community legal order. Furthermore, when applying the measures transposing those directives, the authorities and courts of Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives, but must also make sure that they do not rely on an interpretation of those directives which would conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality (*Promusicae*, paragraph 70).

29. Accordingly, the answer to the second question is that Community law - in particular, Article 8(3) of Directive 2004/48, read in conjunction with Article 15(1) of Directive 2002/58 - does not preclude Member States from imposing an obligation to disclose to private third parties personal data relating to Internet traffic in order to enable them to bring civil proceedings for copyright infringements. Community law nevertheless requires Member States to ensure that, when transposing Directives 2000/31, 2001/29, 2002/58 and 2004/48 into national law, they rely on an interpretation of those directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights involved. Moreover, when applying the measures transposing those directives, the authorities and courts of Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives, but must also make sure that they do not rely on an interpretation of those directives which would conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality.

The first question

30. By its first question, the national court asks, essentially, whether access providers which merely provide users with Internet access, without offering other services or exercising any control, whether *de iure* or *de facto*, over the services which users make use of, are 'intermediaries' within the meaning of Articles 5(1)(a) and 8(3) of Directive 2001/29.

31. On the view that the answer to that question admits of no reasonable doubt, the Court informed the national court, in accordance with the second paragraph of Article 104(3) of the Rules of Procedure, that it proposed to give its decision by reasoned order, and called on the interested parties referred to in Article 23 of the Statute of the Court of Justice to submit any observations they might have in that regard.

32. LSG, the Spanish and United Kingdom Governments and the Commission of the European Communities indicated to the Court that they had no objection to the Court's proposal to give its decision by reasoned order.

33. Tele2 confines its observations in that regard, essentially, to those matters already raised in its written pleadings. According to Tele2, Community law accords Internet access providers

privileged treatment, in terms of liability, which is incompatible with an unlimited obligation to disclose information. However, those arguments are not such as to lead the Court to rule out the procedural route envisaged.

34. It follows clearly both from the order for reference and from the wording of the questions referred that, by its first question, the national court wishes to know whether Internet access providers who merely enable the user to access the Internet may be required to provide the information referred to in the second question.

35. First, it should be pointed out that Article 5(1)(a) of Directive 2001/29 requires Member States to provide for exemptions from reproduction rights.

36. The point at issue in the dispute before the referring court is whether LSG can rely on a right to information as against Tele2, not whether Tele2 has infringed reproduction rights.

37. It follows that an interpretation of Article 5(1)(a) of Directive 2001/29 serves no purpose in relation to the outcome of the dispute before the referring court.

38. Tele2 maintains, inter alia, that intermediaries must be in a position to bring copyright infringements to an end. Internet access providers, on the other hand, in as much as they exercise no control, whether *de iure* or *de facto*, over the services accessed by the user, are not capable of bringing such infringements to an end and, accordingly, are not 'intermediaries' within the meaning of Directive 2001/29.

39. It should be noted at the outset that *Promusicae* concerned the communication by Telefónica de España SAU - a commercial undertaking engaged, inter alia, in the provision of Internet access services - of the identities and physical addresses of certain persons to whom it provided such services and whose IP addresses and dates and times of connection were known (*Promusicae*, paragraphs 29 and 30).

40. It is common ground, as is apparent from the question referred and from the facts in *Promusicae*, that Telefónica de España SAU was an Internet access provider (*Promusicae*, paragraphs 30 and 34).

41. Accordingly, in holding - in paragraph 70 of *Promusicae* - that Directives 2000/31, 2001/29, 2002/58 and 2004/48 do not require the Member States to impose, in a situation such as that in *Promusicae*, an obligation to communicate personal data in order to ensure effective protection of copyright in the context of civil proceedings, the Court did not immediately rule out the possibility that Member States may, pursuant to Article 8(1) of Directive 2004/48, place Internet access providers under a duty of disclosure.

42. It should also be pointed out that, under Article 8(3) of Directive 2001/29, Member States are to ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.

43. Access providers who merely enable clients to access the Internet, even without offering other services or exercising any control, whether *de iure* or *de facto*, over the services which users make use of, provide a service capable of being used by a third party to infringe a copyright or related right, inasmuch as those access providers supply the user with the connection enabling him to infringe such rights.

44. Moreover, according to Recital 59 in the preamble to Directive 2001/29, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who 'carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network'. It is common ground that access providers, in granting access to the Internet, make it possible for such unauthorised material to be transmitted between a subscriber to that service and a third party.

45. That interpretation is borne out by the aim of Directive 2001/29 which, as is apparent in particular from Article 1(1) thereof, seeks to ensure the legal protection of copyright and related rights in the framework of the internal market. The protection sought by Directive 2001/29 would be substantially diminished if 'intermediaries', within the meaning of Article 8(3) of that directive, were to be construed as not covering access providers, which alone are in possession of the data making it possible to identify the users who have infringed those rights.

46. In view of the foregoing, the answer to the first question is that access providers which merely provide users with Internet access, without offering other services such as email, FTP or file-sharing services or exercising any control, whether *de iure* or *de facto*, over the services which users make use of, must be regarded as 'intermediaries' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

Costs

47. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Eighth Chamber) hereby rules:

1. Community law - in particular, Article 8(3) of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, read in conjunction with Article 15(1) of Directive 2002/58/EC of the European

Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) - does not preclude Member States from imposing an obligation to disclose to private third parties personal data relating to Internet traffic in order to enable them to bring civil proceedings for copyright infringements. Community law nevertheless requires Member States to ensure that, when transposing into national law Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, and Directives 2002/58 and 2004/48, they rely on an interpretation of those directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights involved. Moreover, when applying the measures transposing those directives, the authorities and courts of Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but must also make sure that they do not rely on an interpretation of those directives which would conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality.

2. Access providers which merely provide users with Internet access, without offering other services such as email, FTP or file-sharing services or exercising any control, whether *de iure* or *de facto*, over the services which users make use of, must be regarded as 'intermediaries' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-275/06 - Promusicae - 29 January 2008

Case C-275/06 Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU, judgment of 29 January 2008

Protection of intellectual property rights - data protection

The Court considers the relationship between the protection of intellectual property rights and data protection.

Promusicae, a non-profit-making organisation of producers and publishers of musical and audiovisual recordings, brought an action against Telefónica, which operates inter alia in the field of the provision of internet access services. The purpose of the action was to obtain the disclosure of personal data relating to use of the internet by means of connections provided by Telefónica with a view to bringing civil judicial proceedings against users who, via the KaZaA file exchange programme, were allegedly improperly accessing phonograms in which members of Promusicae hold the exploitation rights.

The Juzgado de lo Mercantil No 5 de Madrid (Commercial Court No 5, Madrid) referred to the Court of Justice a question on the compatibility between the various Community provisions applicable and the Spanish law on, inter alia, information society services which provided that the personal data of internet users must be retained for twelve months and should be used, if necessary, solely in the context of criminal judicial proceedings.

First of all, the Court considered Directive 2002/58/EC on the processing of personal data in the electronic communications sector, which provides that Member States must ensure the confidentiality of communications by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, and of the related traffic data, and must inter alia prohibit, in principle, the storage of that data by persons other than users, without the consent of the users concerned, save in the case of exceptions laid down in the Directive. Those exceptions to the principle of confidentiality expressly include the safeguarding of national security, defence and public security, as well as the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communications system.

Whilst pointing out that these exceptions do not relate to the bringing of civil proceedings, the Court observed, however, that the directive in question also allows the confidentially obligation

to be limited where this is necessary to protect the rights and freedoms of others, including property rights in situations where authors are seeking to obtain protection of such rights before the competent courts. It therefore concluded from this that Directive 2002/58/EC does not preclude the possibility for the Member States of laying down an obligation to disclose personal data in the context of civil proceedings.

The Court went on to hold that it is therefore necessary to reconcile the requirements of the protection of different fundamental rights in the case, namely the right to respect for private life on the one hand and the right to the protection of personal data and an effective remedy on the other hand. The Court gave the referring court the task of weighing up the rights in this specific case and reconciling those conflicting rights, on the basis of the provisions contained in Directive 2002/58/EC, as well as in

Directives 2000/31/EC, 2001/29/EC and 2004/48/EC, which concern information society services, the harmonisation of copyright and the enforcement of intellectual property rights respectively.

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

29 January 2008

Language of the case: Spanish.

(Information society - Obligations of providers of services - Retention and disclosure of certain traffic data - Obligation of disclosure - Limits - Protection of the confidentiality of electronic communications - Compatibility with the protection of copyright and related rights - Right to effective protection of intellectual property)

In Case C-275/06,

REFERENCE for a preliminary ruling under Article 234 EC by the Juzgado de lo Mercantil Nº 5 de Madrid (Spain), made by decision of 13 June 2006, received at the Court on 26 June 2006, in the proceedings

Productores de Música de España (Promusicae)

v

Telefónica de España SAU,

THE COURT (Grand Chamber),

composed of V. Skouris, President, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, G. Arestis and U. Lõhmus, Presidents of Chambers, A. Borg Barthet, M. Ilešič, J. Malenovský (Rapporteur), J. Klučka, E. Levits, A. Arabadjiev and C. Toader, Judges,

Advocate General: J. Kokott,

Registrar: M. Ferreira, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 5 June 2007,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Productores de Música de España (Promusicae), by R. Bercovitz Rodríguez Cano, A. González Gozalo and J. de Torres Fueyo, abogados,

- Telefónica de España SAU, by M. Cornejo Barranco, procuradora, R. García Boto and P. Cerdán López, abogados,

- the Italian Government, by I.M. Braguglia, acting as Agent, assisted by S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

- the Slovenian Government, by M. Remic and U. Steblovnik, acting as Agents,

- the Finnish Government, by J. Heliskoski and A. Guimaraes-Purokoski, acting as Agents,

- the United Kingdom Government, by Z. Bryanston-Cross, acting as Agent, and S. Malynicz, Barrister,

- the Commission of the European Communities, by R. Vidal Puig and C. Docksey, acting as Agents,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 18 July 2007,

gives the following

Judgment

1. This reference for a preliminary ruling concerns the interpretation of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1), Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10), Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, p. 45, and corrigendum, OJ 2004 L 195, p. 16), and Articles 17(2) and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union proclaimed in Nice on 7 December 2000 (OJ 2000 C 364, p. 1, 'the Charter').

2. The reference was made in the course of proceedings between Productores de Música de España (Promusicae) ('Promusicae'), a non-profit-making organisation, and Telefónica de España SAU ('Telefónica') concerning Telefónica's refusal to disclose to Promusicae, acting on behalf of its members who are holders of intellectual property rights, personal data relating to use of the internet by means of connections provided by Telefónica.

Legal context

International law

3. Part III of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ('the TRIPs Agreement'), which constitutes Annex 1C to the Agreement establishing the World Trade Organisation ('the WTO'), signed at Marrakesh on 15 April 1994 and approved by Council

Decision 94/800/EC of 22 December 1994 concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986-1994) (OJ 1994 L 336, p. 1), is headed 'Enforcement of intellectual property rights'. That part includes Article 41(1) and (2), according to which:

> '1. Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements. These procedures shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.
>
> 2. Procedures concerning the enforcement of intellectual property rights shall be fair and equitable. They shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.'

4. In Section 2 of Part III, 'Civil and administrative procedures and remedies', Article 42, headed 'Fair and Equitable Procedures', provides:

> 'Members shall make available to right holders civil judicial procedures concerning the enforcement of any intellectual property right covered by this Agreement …'

5. Article 47 of the TRIPs Agreement, headed 'Right of Information', provides:

> 'Members may provide that the judicial authorities shall have the authority, unless this would be out of proportion to the seriousness of the infringement, to order the infringer to inform the right holder of the identity of third persons involved in the production and distribution of the infringing goods or services and of their channels of distribution.'

Community law

Provisions relating to the information society and the protection of intellectual property, especially copyright

- Directive 2000/31

6. Article 1 of Directive 2000/31 states:

> '1. This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.
>
> 2. This Directive approximates, to the extent necessary for the achievement of the objective set out in paragraph 1, certain national provisions on information society services relating

to the internal market, the establishment of service providers, commercial communications, electronic contracts, the liability of intermediaries, codes of conduct, out-of-court dispute settlements, court actions and cooperation between Member States.

3. This Directive complements Community law applicable to information society services without prejudice to the level of protection for, in particular, public health and consumer interests, as established by Community acts and national legislation implementing them in so far as this does not restrict the freedom to provide information society services.

…

5. This Directive shall not apply to:

…

(b) questions relating to information society services covered by Directives 95/46/EC and 97/66/EC;

…'

7. According to Article 15 of Directive 2000/31:

'1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

8 Article 18 of Directive 2000/31 provides:

'1. Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services' activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.

…'

- Directive 2001/29

9. According to Article 1(1) of Directive 2001/29, the directive concerns the legal protection of copyright and related rights in the framework of the internal market, with particular emphasis on the information society.

10. Under Article 8 of Directive 2001/29:

> '1. Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.
>
> 2. Each Member State shall take the measures necessary to ensure that rightholders whose interests are affected by an infringing activity carried out on its territory can bring an action for damages and/or apply for an injunction and, where appropriate, for the seizure of infringing material as well as of devices, products or components referred to in Article 6(2).
>
> 3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.'

11. Article 9 of Directive 2001/29 reads:

> 'This Directive shall be without prejudice to provisions concerning in particular patent rights, trade marks, design rights, utility models, topographies of semi-conductor products, type faces, conditional access, access to cable of broadcasting services, protection of national treasures, legal deposit requirements, laws on restrictive practices and unfair competition, trade secrets, security, confidentiality, data protection and privacy, access to public documents, the law of contract.'

- Directive 2004/48

12. Article 1 of Directive 2004/48 states:

> 'This Directive concerns the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of intellectual property rights …'

13. According to Article 2(3) of Directive 2004/48:

> '3. This Directive shall not affect:

(a) the Community provisions governing the substantive law on intellectual property, Directive 95/46/EC, Directive 1999/93/EC or Directive 2000/31/EC, in general, and Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC in particular;

(b) Member States' international obligations and notably the TRIPS Agreement, including those relating to criminal procedures and penalties;

(c) any national provisions in Member States relating to criminal procedures or penalties in respect of infringement of intellectual property rights.'

14. Article 3 of Directive 2004/48 provides:

'1. Member States shall provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by this Directive. Those measures, procedures and remedies shall be fair and equitable and shall not be unnecessarily complicated or costly, or entail unreasonable time-limits or unwarranted delays.

2. Those measures, procedures and remedies shall also be effective, proportionate and dissuasive and shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade and to provide for safeguards against their abuse.'

15. Article 8 of Directive 2004/48 provides:

'1. Member States shall ensure that, in the context of proceedings concerning an infringement of an intellectual property right and in response to a justified and proportionate request of the claimant, the competent judicial authorities may order that information on the origin and distribution networks of the goods or services which infringe an intellectual property right be provided by the infringer and/or any other person who:

(a) was found in possession of the infringing goods on a commercial scale;

(b) was found to be using the infringing services on a commercial scale;

(c) was found to be providing on a commercial scale services used in infringing activities;

or

(d) was indicated by the person referred to in point (a), (b) or (c) as being involved in the production, manufacture or distribution of the goods or the provision of the services.

2. The information referred to in paragraph 1 shall, as appropriate, comprise:

(a) the names and addresses of the producers, manufacturers, distributors, suppliers and other previous holders of the goods or services, as well as the intended wholesalers and retailers;

(b) information on the quantities produced, manufactured, delivered, received or ordered, as well as the price obtained for the goods or services in question.

3. Paragraphs 1 and 2 shall apply without prejudice to other statutory provisions which:

(a) grant the rightholder rights to receive fuller information;

(b) govern the use in civil or criminal proceedings of the information communicated pursuant to this Article;

(c) govern responsibility for misuse of the right of information;

or

(d) afford an opportunity for refusing to provide information which would force the person referred to in paragraph 1 to admit to his/her own participation or that of his/her close relatives in an infringement of an intellectual property right;

or

(e) govern the protection of confidentiality of information sources or the processing of personal data.'

Provisions on the protection of personal data

- Directive 95/46/EC

16. Article 2 of Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31) states:

'For the purposes of this Directive:

(a) "personal data" shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person ("data subject"); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity;

(b) "processing of personal data" ("processing") shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval,

consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction;

…'

17. According to Article 3 of Directive 95/46:

'1. This Directive shall apply to the processing of personal data wholly or partly by automatic means, and to the processing otherwise than by automatic means of personal data which form part of a filing system or are intended to form part of a filing system.

…'

18. Article 7 of Directive 95/46 reads as follows:

'Member States shall provide that personal data may be processed only if:

…

(f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by the third party or parties to whom the data are disclosed, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection under Article 1(1).'

19. Article 8 of Directive 95/46 provides:

'1. Member States shall prohibit the processing of personal data revealing racial or ethnic origin, political opinions, religious or philosophical beliefs, trade-union membership, and the processing of data concerning health or sex life.

2. Paragraph 1 shall not apply where:

…

(c) processing is necessary to protect the vital interests of the data subject or of another person where the data subject is physically or legally incapable of giving his consent …

…'

20. According to Article 13 of Directive 95/46:

'1. Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the obligations and rights provided for in Articles 6(1), 10, 11(1), 12 and 21 when such a restriction constitutes a necessary measure to safeguard:

(a) national security;

(b) defence;

(c) public security;

(d) the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, or of breaches of ethics for regulated professions;

(e) an important economic or financial interest of a Member State or of the European Union, including monetary, budgetary and taxation matters;

(f) a monitoring, inspection or regulatory function connected, even occasionally, with the exercise of official authority in cases referred to in (c), (d) and (e);

(g) the protection of the data subject or of the rights and freedoms of others.

…'

- Directive 2002/58/EC

21. Article 1 of Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ 2002 L 201, p. 37) states:

'1. This Directive harmonises the provisions of the Member States required to ensure an equivalent level of protection of fundamental rights and freedoms, and in particular the right to privacy, with respect to the processing of personal data in the electronic communication sector and to ensure the free movement of such data and of electronic communication equipment and services in the Community.

2. The provisions of this Directive particularise and complement Directive 95/46/EC for the purposes mentioned in paragraph 1 …

3. This Directive shall not apply to activities which fall outside the scope of the Treaty establishing the European Community, such as those covered by Titles V and VI of the Treaty on European Union, and in any case to activities concerning public security, defence, State security (including the economic well-being of the State when the activities relate to State security matters) and the activities of the State in areas of criminal law.'

22. Under Article 2 of Directive 2002/58:

'Save as otherwise provided, the definitions in Directive 95/46/EC and in Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common

regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) … shall apply.

The following definitions shall also apply:

…

(b) "traffic data" means any data processed for the purpose of the conveyance of a communication on an electronic communications network or for the billing thereof;

…

(d) "communication" means any information exchanged or conveyed between a finite number of parties by means of a publicly available electronic communications service. This does not include any information conveyed as part of a broadcasting service to the public over an electronic communications network except to the extent that the information can be related to the identifiable subscriber or user receiving the information;

…'

23 Article 3 of Directive 2002/58 provides:

'1. This Directive shall apply to the processing of personal data in connection with the provision of publicly available electronic communications services in public communications networks in the Community.

…'

24. Article 5 of Directive 2002/58 provides:

'1. Member States shall ensure the confidentiality of communications and the related traffic data by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, through national legislation. In particular, they shall prohibit listening, tapping, storage or other kinds of interception or surveillance of communications and the related traffic data by persons other than users, without the consent of the users concerned, except when legally authorised to do so in accordance with Article 15(1). This paragraph shall not prevent technical storage which is necessary for the conveyance of a communication without prejudice to the principle of confidentiality.

…'

25. Article 6 of Directive 2002/58 provides:

‘1. Traffic data relating to subscribers and users processed and stored by the provider of a public communications network or publicly available electronic communications service must be erased or made anonymous when it is no longer needed for the purpose of the transmission of a communication without prejudice to paragraphs 2, 3 and 5 of this Article and Article 15(1).

2. Traffic data necessary for the purposes of subscriber billing and interconnection payments may be processed. Such processing is permissible only up to the end of the period during which the bill may lawfully be challenged or payment pursued.

3. For the purpose of marketing electronic communications services or for the provision of value added services, the provider of a publicly available electronic communications service may process the data referred to in paragraph 1 to the extent and for the duration necessary for such services or marketing, if the subscriber or user to whom the data relate has given his/her consent. Users or subscribers shall be given the possibility to withdraw their consent for the processing of traffic data at any time.

…

5. Processing of traffic data, in accordance with paragraphs 1, 2, 3 and 4, must be restricted to persons acting under the authority of providers of the public communications networks and publicly available electronic communications services handling billing or traffic management, customer enquiries, fraud detection, marketing electronic communications services or providing a value added service, and must be restricted to what is necessary for the purposes of such activities.

6. Paragraphs 1, 2, 3 and 5 shall apply without prejudice to the possibility for competent bodies to be informed of traffic data in conformity with applicable legislation with a view to settling disputes, in particular interconnection or billing disputes.’

26. Under Article 15 of Directive 2002/58:

‘1. Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the rights and obligations provided for in Article 5, Article 6, Article 8(1), (2), (3) and (4), and Article 9 of this Directive when such restriction constitutes a necessary, appropriate and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security (i.e. State security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communication system, as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46/EC. To this end, Member States

may, inter alia, adopt legislative measures providing for the retention of data for a limited period justified on the grounds laid down in this paragraph. All the measures referred to in this paragraph shall be in accordance with the general principles of Community law, including those referred to in Article 6(1) and (2) of the Treaty on European Union.

…'

27. Article 19 of Directive 2002/58 provides:

'Directive 97/66/EC is hereby repealed with effect from the date referred to in Article 17(1).

References made to the repealed Directive shall be construed as being made to this Directive.'

National law

28. Under Article 12 of Law 34/2002 on information society services and electronic commerce (Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) of 11 July 2002 (BOE No 166 of 12 July 2002, p. 25388, 'the LSSI'), headed 'Duty to retain traffic data relating to electronic communications':

'1. Operators of electronic communications networks and services, providers of access to telecommunications networks and providers of data storage services must retain for a maximum of 12 months the connection and traffic data generated by the communications established during the supply of an information society service, under the conditions established in this article and the regulations implementing it.

2. … The operators of electronic communications networks and services and the service providers to which this article refers may not use the data retained for purposes other than those indicated in the paragraph below or other purposes permitted by the Law and must adopt appropriate security measures to avoid the loss or alteration of the data and unauthorised access to the data.

3. The data shall be retained for use in the context of a criminal investigation or to safeguard public security and national defence, and shall be made available to the courts or the public prosecutor at their request. Communication of the data to the forces of order shall be effected in accordance with the provisions of the rules on personal data protection.

…'

The main proceedings and the order for reference

29. Promusicae is a non-profit-making organisation of producers and publishers of musical and audiovisual recordings. By letter of 28 November 2005 it made an application to the Juzgado de lo Mercantil Nº 5 de Madrid (Commercial Court No 5, Madrid) for preliminary measures against Telefónica, a commercial company whose activities include the provision of internet access services.

30. Promusicae asked for Telefónica to be ordered to disclose the identities and physical addresses of certain persons whom it provided with internet access services, whose IP address and date and time of connection were known. According to Promusicae, those persons used the KaZaA file exchange program (peer-to-peer or P2P) and provided access in shared files of personal computers to phonograms in which the members of Promusicae held the exploitation rights.

31. Promusicae claimed before the national court that the users of KaZaA were engaging in unfair competition and infringing intellectual property rights. It therefore sought disclosure of the above information in order to be able to bring civil proceedings against the persons concerned.

32. By order of 21 December 2005 the Juzgado de lo Mercantil Nº 5 de Madrid ordered the preliminary measures requested by Promusicae.

33. Telefónica appealed against that order, contending that under the LSSI the communication of the data sought by Promusicae is authorised only in a criminal investigation or for the purpose of safeguarding public security and national defence, not in civil proceedings or as a preliminary measure relating to civil proceedings. Promusicae submitted for its part that Article 12 of the LSSI must be interpreted in accordance with various provisions of Directives 2000/31, 2001/29 and 2004/48 and with Articles 17(2) and 47 of the Charter, provisions which do not allow Member States to limit solely to the purposes expressly mentioned in that law the obligation to communicate the data in question.

34. In those circumstances the Juzgado de lo Mercantil Nº 5 de Madrid decided to stay the proceedings and refer the following question to the Court for a preliminary ruling:

> 'Does Community law, specifically Articles 15(2) and 18 of Directive [2000/31], Article 8(1) and (2) of Directive [2001/29], Article 8 of Directive [2004/48] and Articles 17(2) and 47 of the Charter … permit Member States to limit to the context of a criminal investigation or to safeguard public security and national defence, thus excluding civil proceedings, the duty of operators of electronic communications networks and services, providers of access to telecommunications networks and providers of data storage services to retain and make available connection and traffic data generated by the communications established during the supply of an information society service?'

Admissibility of the question referred

35. In its written observations the Italian Government submits that the statements in point 11 of the order for reference indicate that the question referred would be justified only in the event that the national legislation at issue in the main proceedings were interpreted as limiting the duty to disclose personal data to the field of criminal investigations or the protection of public safety and national defence. Since the national court does not exclude the possibility of that legislation being interpreted as not containing such a limitation, the question thus appears, according to the Italian Government, to be hypothetical, so that it is inadmissible.

36. In this respect, it should be recalled that, in the context of the cooperation between the Court of Justice and the national courts provided for by Article 234 EC, it is solely for the national court before which the dispute has been brought, and which must assume responsibility for the subsequent judicial decision, to determine in the light of the particular circumstances of the case both the need for a preliminary ruling in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court (Case C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* [2006] ECR I-11987, paragraph 16 and the case-law cited).

37. Where questions submitted by national courts concern the interpretation of a provision of Community law, the Court of Justice is thus bound, in principle, to give a ruling unless it is obvious that the request for a preliminary ruling is in reality designed to induce the Court to give a ruling by means of a fictitious dispute, or to deliver advisory opinions on general or hypothetical questions, or that the interpretation of Community law requested bears no relation to the actual facts of the main action or its purpose, or that the Court does not have before it the factual or legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted to it (see *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, paragraph 17).

38. Moreover, as regards the division of responsibilities under the cooperative arrangements established by Article 234 EC, the interpretation of provisions of national law is admittedly a matter for the national courts, not for the Court of Justice, and the Court has no jurisdiction, in proceedings brought on the basis of that article, to rule on the compatibility of national rules of law with Community law. On the other hand, the Court does have jurisdiction to provide the national court with all the guidance as to the interpretation of Community law necessary to enable that court to rule on the compatibility of national rules with Community law (see, to that effect, Case C-506/04 *Wilson* [2006] ECR I-8613, paragraphs 34 and 35, and Joined Cases C-338/04, C-359/04 and C-360/04 *Placanica and Others* [2007] ECR I-1891, paragraph 36).

39. However, in the case of the present reference for a preliminary ruling, it is perfectly clear from the grounds of the order for reference as a whole that the national court considers that the interpretation of Article 12 of the LSSI depends on the compatibility of that provision with the relevant provisions of Community law, and hence on the interpretation of those provisions which it asks the Court to provide. Since the outcome of the main proceedings is thus linked to that interpretation, the question referred clearly does not appear hypothetical, so that the ground of inadmissibility put forward by the Italian Government cannot be accepted.

40. The reference for a preliminary ruling is therefore admissible.

The question referred for a preliminary ruling

41. By its question the national court asks essentially whether Community law, in particular Directives 2000/31, 2001/29 and 2004/48, read also in the light of Articles 17 and 47 of the Charter, must be interpreted as requiring Member States to lay down, in order to ensure effective protection of copyright, an obligation to communicate personal data in the context of civil proceedings.

Preliminary observations

42. Even if, formally, the national court has limited its question to the interpretation of Directives 2000/31, 2001/29 and 2004/48 and the Charter, that circumstance does not prevent the Court from providing the national court with all the elements of interpretation of Community law which may be of use for deciding the case before it, whether or not that court has referred to them in the wording of its question (see Case C-392/05 *Alevizos* [2007] ECR I-3505, paragraph 64 and the case-law cited).

43. It should be observed to begin with that the intention of the provisions of Community law thus referred to in the question is that the Member States should ensure, especially in the information society, effective protection of industrial property, in particular copyright, which Promusicae claims in the main proceedings. The national court proceeds, however, from the premiss that the Community law obligations required by that protection may be blocked, in national law, by the provisions of Article 12 of the LSSI.

44. While that law, in 2002, transposed the provisions of Directive 2000/31 into domestic law, it is common ground that Article 12 of the law is intended to implement the rules for the protection of private life, which is also required by Community law under Directives 95/46 and 2002/58, the latter of which concerns the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, which is the sector at issue in the main proceedings.

45. It is not disputed that the communication sought by Promusicae of the names and addresses of certain users of KaZaA involves the making available of personal data, that is, information relating to identified or identifiable natural persons, in accordance with the definition in Article 2(a) of Directive 95/46 (see, to that effect, Case C-101/01 *Lindqvist* [2003] ECR I-12971, paragraph 24). That communication of information which, as Promusicae submits and Telefónica does not contest, is stored by Telefónica constitutes the processing of personal data within the meaning of the first paragraph of Article 2 of Directive 2002/58, read in conjunction with Article 2(b) of Directive 95/46. It must therefore be accepted that that communication falls within the scope of Directive 2002/58, although the compliance of the data storage itself with the requirements of that directive is not at issue in the main proceedings.

46. In those circumstances, it should first be ascertained whether Directive 2002/58 precludes the Member States from laying down, with a view to ensuring effective protection of copyright, an obligation to communicate personal data which will enable the copyright holder to bring civil proceedings based on the existence of that right. If that is not the case, it will then have to be ascertained whether it follows directly from the three directives expressly mentioned by the national court that the Member States are required to lay down such an obligation. Finally, if that is not the case either, in order to provide the national court with an answer of use to it, it will have to be examined, starting from the national court's reference to the Charter, whether in a situation such as that at issue in the main proceedings other rules of Community law might require a different reading of those three directives.

Directive 2002/58

47. Article 5(1) of Directive 2002/58 provides that Member States must ensure the confidentiality of communications by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, and of the related traffic data, and must inter alia prohibit, in principle, the storage of that data by persons other than users, without the consent of the users concerned. The only exceptions relate to persons lawfully authorised in accordance with Article 15(1) of that directive and the technical storage necessary for conveyance of a communication. In addition, as regards traffic data, Article 6(1) of Directive 2002/58 provides that stored traffic data must be erased or made anonymous when it is no longer needed for the purpose of the transmission of a communication without prejudice to paragraphs 2, 3 and 5 of that article and Article 15(1) of the directive.

48. With respect, first, to paragraphs 2, 3 and 5 of Article 6, which relate to the processing of traffic data in accordance with the requirements of billing and marketing services and the

provision of value added services, those provisions do not concern the communication of that data to persons other than those acting under the authority of the providers of public communications networks and publicly available electronic communications services. As to the provisions of Article 6(6) of Directive 2002/58, they do not relate to disputes other than those between suppliers and users concerning the grounds for storing data in connection with the activities referred to in the other provisions of that article. Since Article 6(6) thus clearly does not concern a situation such as that of Promusicae in the main proceedings, it cannot be taken into account in assessing that situation.

49. With respect, second, to Article 15(1) of Directive 2002/58, it should be recalled that under that provision the Member States may adopt legislative measures to restrict the scope inter alia of the obligation to ensure the confidentiality of traffic data, where such a restriction constitutes a necessary, appropriate and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security (i.e. State security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communications system, as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46.

50. Article 15(1) of Directive 2002/58 thus gives Member States the possibility of providing for exceptions to the obligation of principle, imposed on them by Article 5 of that directive, to ensure the confidentiality of personal data.

51. However, none of these exceptions appears to relate to situations that call for the bringing of civil proceedings. They concern, first, national security, defence and public security, which constitute activities of the State or of State authorities unrelated to the fields of activity of individuals (see, to that effect, *Lindqvist*, paragraph 43), and, second, the prosecution of criminal offences.

52. As regards the exception relating to unauthorised use of the electronic communications system, this appears to concern use which calls into question the actual integrity or security of the system, such as the cases referred to in Article 5(1) of Directive 2002/58 of the interception or surveillance of communications without the consent of the users concerned. Such use, which, under that article, makes it necessary for the Member States to intervene, also does not relate to situations that may give rise to civil proceedings.

53. It is clear, however, that Article 15(1) of Directive 2002/58 ends the list of the above exceptions with an express reference to Article 13(1) of Directive 95/46. That provision also authorises the Member States to adopt legislative measures to restrict the obligation of confidentiality of personal data where that restriction is necessary inter alia for the protection of

the rights and freedoms of others. As they do not specify the rights and freedoms concerned, those provisions of Article 15(1) of Directive 2002/58 must be interpreted as expressing the Community legislature's intention not to exclude from their scope the protection of the right to property or situations in which authors seek to obtain that protection in civil proceedings.

54. The conclusion must therefore be that Directive 2002/58 does not preclude the possibility for the Member States of laying down an obligation to disclose personal data in the context of civil proceedings.

55. However, the wording of Article 15(1) of that directive cannot be interpreted as compelling the Member States, in the situations it sets out, to lay down such an obligation.

56. It must therefore be ascertained whether the three directives mentioned by the national court require those States to lay down that obligation in order to ensure the effective protection of copyright.

The three directives mentioned by the national court

57. It should first be noted that, as pointed out in paragraph 43 above, the purpose of the directives mentioned by the national court is that the Member States should ensure, especially in the information society, effective protection of industrial property, in particular copyright. However, it follows from Article 1(5)(b) of Directive 2000/31, Article 9 of Directive 2001/29 and Article 8(3)(e) of Directive 2004/48 that such protection cannot affect the requirements of the protection of personal data.

58. Article 8(1) of Directive 2004/48 admittedly requires Member States to ensure that, in the context of proceedings concerning an infringement of an intellectual property right and in response to a justified and proportionate request of the claimant, the competent judicial authorities may order that information on the origin and distribution networks of the goods or services which infringe an intellectual property right be provided. However, it does not follow from those provisions, which must be read in conjunction with those of paragraph 3(e) of that article, that they require the Member States to lay down, in order to ensure effective protection of copyright, an obligation to communicate personal data in the context of civil proceedings.

59. Nor does the wording of Articles 15(2) and 18 of Directive 2000/31 or that of Article 8(1) and (2) of Directive 2001/29 require the Member States to lay down such an obligation.

60. As to Articles 41, 42 and 47 of the TRIPs Agreement, relied on by Promusicae, in the light of which Community law must as far as possible be interpreted where - as in the case of the provisions relied on in the context of the present reference for a preliminary ruling - it regulates a

field to which that agreement applies (see, to that effect, Joined Cases C-300/98 and C-392/98 *Dior and Others* [2000] ECR I-11307, paragraph 47, and Case C-431/05 *Merck Genéricos - Produtos Farmacêuticos* [2007] ECR I-0000, paragraph 35), while they require the effective protection of intellectual property rights and the institution of judicial remedies for their enforcement, they do not contain provisions which require those directives to be interpreted as compelling the Member States to lay down an obligation to communicate personal data in the context of civil proceedings.

Fundamental rights

61. The national court refers in its order for reference to Articles 17 and 47 of the Charter, the first of which concerns the protection of the right to property, including intellectual property, and the second of which concerns the right to an effective remedy. By so doing, that court must be regarded as seeking to know whether an interpretation of those directives to the effect that the Member States are not obliged to lay down, in order to ensure the effective protection of copyright, an obligation to communicate personal data in the context of civil proceedings leads to an infringement of the fundamental right to property and the fundamental right to effective judicial protection.

62. It should be recalled that the fundamental right to property, which includes intellectual property rights such as copyright (see, to that effect, Case C-479/04 *Laserdisken* [2006] ECR I-8089, paragraph 65), and the fundamental right to effective judicial protection constitute general principles of Community law (see respectively, to that effect, Joined Cases C-154/04 and C-155/04 *Alliance for Natural Health and Others* [2005] ECR I-6451, paragraph 126 and the case-law cited, and Case C-432/05 *Unibet* [2007] ECR I-2271, paragraph 37 and the case-law cited).

63. However, the situation in respect of which the national court puts that question involves, in addition to those two rights, a further fundamental right, namely the right that guarantees protection of personal data and hence of private life.

64. According to recital 2 in the preamble to Directive 2002/58, the directive seeks to respect the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter. In particular, the directive seeks to ensure full respect for the rights set out in Articles 7 and 8 of that Charter. Article 7 substantially reproduces Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on 4 November 1950, which guarantees the right to respect for private life, and Article 8 of the Charter expressly proclaims the right to protection of personal data.

65. The present reference for a preliminary ruling thus raises the question of the need to reconcile the requirements of the protection of different fundamental rights, namely the right to respect for private life on the one hand and the rights to protection of property and to an effective remedy on the other.

66. The mechanisms allowing those different rights and interests to be balanced are contained, first, in Directive 2002/58 itself, in that it provides for rules which determine in what circumstances and to what extent the processing of personal data is lawful and what safeguards must be provided for, and in the three directives mentioned by the national court, which reserve the cases in which the measures adopted to protect the rights they regulate affect the protection of personal data. Second, they result from the adoption by the Member States of national provisions transposing those directives and their application by the national authorities (see, to that effect, with reference to Directive 95/46, *Lindqvist*, paragraph 82).

67. As to those directives, their provisions are relatively general, since they have to be applied to a large number of different situations which may arise in any of the Member States. They therefore logically include rules which leave the Member States with the necessary discretion to define transposition measures which may be adapted to the various situations possible (see, to that effect, *Lindqvist*, paragraph 84).

68. That being so, the Member States must, when transposing the directives mentioned above, take care to rely on an interpretation of the directives which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality (see, to that effect, *Lindqvist*, paragraph 87, and Case C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others* [2007] ECR I-0000, paragraph 28).

69. Moreover, it should be recalled here that the Community legislature expressly required, in accordance with Article 15(1) of Directive 2002/58, that the measures referred to in that paragraph be adopted by the Member States in compliance with the general principles of Community law, including those mentioned in Article 6(1) and (2) EU.

70. In the light of all the foregoing, the answer to the national court's question must be that Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48 and 2002/58 do not require the Member States to lay down, in a situation such as that in the main proceedings, an obligation to communicate personal data in

order to ensure effective protection of copyright in the context of civil proceedings. However, Community law requires that, when transposing those directives, the Member States take care to rely on an interpretation of them which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality.

Costs

71. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby rules:

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'), Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, and Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) do not require the Member States to lay down, in a situation such as that in the main proceedings, an obligation to communicate personal data in order to ensure effective protection of copyright in the context of civil proceedings. However, Community law requires that, when transposing those directives, the Member States take care to rely on an interpretation of them which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict

with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality.

[Signatures]

AB Adalet Divanı - C-275/06 - Promusicae - 29 January 2008 - Opinion of Advocate General Kokoti

OPINION OF ADVOCATE GENERAL KOKOTT

delivered on 18 July 2007 **[1]**

Case C-275/06

Productores de Música de España (Promusicae)

v

Telefónica de España SAU

(Reference for a preliminary ruling from the Juzgado de lo Mercantil Nº 5 de Madrid (Spain))

(Information society - Copyright and related rights - Data protection - Communication of traffic data)

I - Introduction

1. This case illustrates that the storage of data for specified purposes creates the desire to use those data more extensively. In Spain, providers of access to the Internet are required to store certain data of individual users so that those data can be used, where appropriate, in criminal investigations or for the protection of public security and for national defence. Now an association of holders of copyrights is seeking to identify, with the aid of those data, users who have infringed copyrights by the exchange of files.

2. The referring court would therefore like to know whether Community law allows or even requires the communication of personal traffic data on the use of the Internet to the holders of intellectual property. It assumes that various directives on the protection of intellectual property and the information society grant the holders of corresponding legal positions a claim against the providers of electronic services to the communication of such data if those data can prove an infringement of property rights.

3. However, I shall show below that the provisions of Community law on data protection in the electronic communications sector allow the communication of personal traffic data only to the

competent State authorities, but not direct communication to holders of copyrights wishing to bring civil-law actions against the infringement of their rights.

II - Legal framework

A - *Community law*

4. In the present case, provisions on the protection of intellectual property and on electronic commerce as well as, in particular, the provisions on data protection are of interest.

1. The protection of intellectual property in the information society

5. With regard to the protection of intellectual property in the information society, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market **[2]** must be mentioned first.

6. Article 1(5) of Directive 2000/31 delimits its scope. Under Article 1(5)(b), the Directive does not apply to 'questions relating to information society services covered by Directives 95/46/EC and 97/66/EC'.**[3]**

7. Article 15(2) of Directive 2000/31 states:

> 'Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.'

8. Article 18(1) of Directive 2000/31 is worded as follows:

> 'Member States shall ensure that court actions available under national law concerning information society services' activities allow for the rapid adoption of measures, including interim measures, designed to terminate any alleged infringement and to prevent any further impairment of the interests involved.'

9. Special provisions on the protection of intellectual property in electronic commerce are contained in Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. **[4]** Article 8 in particular, headed 'Sanctions and remedies', is of interest:

> '1. Member States shall provide appropriate sanctions and remedies in respect of infringements of the rights and obligations set out in this Directive and shall take all the

measures necessary to ensure that those sanctions and remedies are applied. The sanctions thus provided for shall be effective, proportionate and dissuasive.

2. Each Member State shall take the measures necessary to ensure that rightholders whose interests are affected by an infringing activity carried out on its territory can bring an action for damages and/or apply for an injunction and, where appropriate, for the seizure of infringing material as well as of devices, products or components referred to in Article 6(2).

3. …'

10. Article 9 of Directive 2001/29 restricts its application as follows:

'This Directive shall be without prejudice to provisions concerning in particular patent rights, trade marks, design rights, utility models, topographies of semi-conductor products, type faces, conditional access, access to cable of broadcasting services, protection of national treasures, legal deposit requirements, laws on restrictive practices and unfair competition, trade secrets, security, confidentiality, data protection and privacy, access to public documents, the law of contract.'

11. Article 8 of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights **[5]** provides for a special right of information for holders of intellectual property:

'1. Member States shall ensure that, in the context of proceedings concerning an infringement of an intellectual property right and in response to a justified and proportionate request of the claimant, the competent judicial authorities may order that information on the origin and distribution networks of the goods or services which infringe an intellectual property right be provided by the infringer and/or any other person who:

…

(c) was found to be providing on a commercial scale services used in infringing activities;

…

2. The information referred to in paragraph 1 shall, as appropriate, comprise:

(a) the names and addresses of the producers, manufacturers, distributors, suppliers and other previous holders of the goods or services, as well as the intended wholesalers and retailers;

(b) …

3. Paragraphs 1 and 2 shall apply without prejudice to other statutory provisions which:

(a) - (d) …

or

(e) govern the protection of confidentiality of information sources or the processing of personal data.'

12. At the same time, according to Article 2(3), Directive 2004/48 does not affect:

'(a) the Community provisions governing the substantive law on intellectual property, Directive 95/46/EC, Directive 1999/93/EC or Directive 2000/31/EC, in general, and Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC in particular;

(b) ...'

2. The provisions on data protection

13. With regard to data protection, Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector **[6]** is relevant.

14. It 'harmonises [according to Article 1(1)] the provisions of the Member States required to ensure an equivalent level of protection of fundamental rights and freedoms, and in particular the right to privacy, with respect to the processing of personal data in the electronic communication sector and to ensure the free movement of such data and of electronic communication equipment and services in the Community.'

15. Under Article 1(2), the provisions of that directive particularise and complement Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (7) for the purposes mentioned in paragraph 1.

16. Article 2(b) of Directive 2002/58 defines the term 'traffic data' as 'any data processed for the purpose of the conveyance of a communication on an electronic communications network or for the billing thereof.'

17. The processing of traffic data is regulated by Article 6:

'1. Traffic data relating to subscribers and users processed and stored by the provider of a public communications network or publicly available electronic communications service must be erased or made anonymous when it is no longer needed for the purpose of the

transmission of a communication without prejudice to paragraphs 2, 3 and 5 of this Article and Article 15(1).

2. Traffic data necessary for the purposes of subscriber billing and interconnection payments may be processed. Such processing is permissible only up to the end of the period during which the bill may lawfully be challenged or payment pursued.

3. - 5. …

6. Paragraphs 1, 2, 3 and 5 shall apply without prejudice to the possibility for competent bodies to be informed of traffic data in conformity with applicable legislation with a view to settling disputes, in particular interconnection or billing disputes.'

18. The reservation in Article 15(1), mentioned in Article 6(1) of Directive 2002/58, reads as follows:

'Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the rights and obligations provided for in Article 5, Article 6, Article 8(1), (2), (3) and (4), and Article 9 of this Directive when such restriction constitutes a necessary, appropriate and proportionate measure within a democratic society to safeguard national security (i.e. State security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communication system, as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46/EC. To this end, Member States may, inter alia, adopt legislative measures providing for the retention of data for a limited period justified on the grounds laid down in this paragraph. All the measures referred to in this paragraph shall be in accordance with the general principles of Community law, including those referred to in Article 6(1) and (2) of the Treaty on European Union.'

19. It is explained in recital 11 in the preamble:

'(11) Like Directive 95/46/EC, this Directive does not address issues of protection of fundamental rights and freedoms related to activities which are not governed by Community law. Therefore it does not alter the existing balance between the individual's right to privacy and the possibility for Member States to take the measures referred to in Article 15(1) of this Directive, necessary for the protection of public security, defence, State security (including the economic well-being of the State when the activities relate to State security matters) and the enforcement of criminal law. Consequently, this Directive does not affect the ability of Member States to carry out lawful interception of electronic communications, or take other measures, if necessary for any of these purposes and in

accordance with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as interpreted by the rulings of the European Court of Human Rights. Such measures must be appropriate, strictly proportionate to the intended purpose and necessary within a democratic society and should be subject to adequate safeguards in accordance with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.'

20. Article 19 of Directive 2002/58 regulates that directive's relationship to its predecessor, Directive 97/66:

'Directive 97/66/EC is hereby repealed with effect from the date referred to in Article 17(1).

References made to the repealed Directive shall be construed as being made to this Directive.'

21. Article 13(1) of Directive 95/46, referred to in Article 15(1) of Directive 2002/58, is worded as follows:

'1. Member States may adopt legislative measures to restrict the scope of the obligations and rights provided for in Articles 6(1), 10, 11(1), 12 and 21 when such a restriction constitutes a necessary measure to safeguard:

(a) national security;

(b) defence;

(c) public security;

(d) the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, or of breaches of ethics for regulated professions;

(e) an important economic or financial interest of a Member State or of the European Union, including monetary, budgetary and taxation matters;

(f) a monitoring, inspection or regulatory function connected, even occasionally, with the exercise of official authority in cases referred to in (c), (d) and (e);

(g) the protection of the data subject or of the rights and freedoms of others.'

22. In addition, it should be pointed out that an independent working party composed of representatives of the data protection supervisory authorities of the Member States ('the Data Protection Working Party) **[8]** was set up under Article 29 of Directive 95/46. Its task is to give

opinions on questions covering data protection legislation. A similar function is assigned to the Data Protection Supervisor established under Article 286 EC and Regulation No 45/2001.**[9]**

23. Finally, Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC **[10]** is also of interest for the purposes of this case.

24. Directive 2006/24 requires Member States to retain inter alia traffic data relating to Internet traffic. Under Article 15, it must be transposed by 15 September 2007 but allows retention in relation to Internet traffic to be postponed by a further 18 months. Spain has not made use of that possibility.

25. Article 11 of Directive 2006/24 inserts a new paragraph 1a in Article 15 of Directive 2002/58:

'Paragraph 1 shall not apply to data specifically required by Directive 2006/24/EC … to be retained for the purposes referred to in Article 1(1) of that Directive.'

26. The communication of data retained under Directive 2006/24 is regulated in Article 4:

> 'Member States shall adopt measures to ensure that data retained in accordance with this Directive are provided only to the competent national authorities in specific cases and in accordance with national law. The procedures to be followed and the conditions to be fulfilled in order to gain access to retained data in accordance with necessity and proportionality requirements shall be defined by each Member State in its national law, subject to the relevant provisions of European Union law or public international law, and in particular the ECHR as interpreted by the European Court of Human Rights.'

B - ***Spanish law***

27. The referring court confines itself essentially, in setting out the legal framework under national law, to Article 12(1) to (3) of Ley 34/2002, de 11 de Julio 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Law 34/2002 of 11 July 2002 on information society services and electronic commerce):

> 'Article 12. Duty to retain traffic data relating to electronic communications
>
> 1. Operators of electronic communications networks and services, providers of access to telecommunications networks and providers of data storage services must retain for a maximum of 12 months the connection and traffic data generated by the communications

established during the supply of an information society service, under the conditions established in this article and the regulations implementing it.

2. ... The operators of electronic communications networks and services and the service providers to which this article refers may not use the data retained for purposes other than those indicated in the paragraph below or other purposes permitted by the Law and must adopt appropriate security measures to avoid the loss or alteration of the data and unauthorised access to the data.

3. The data shall be retained for use in the context of a criminal investigation or to safeguard public security and national defence, and shall be made available to the courts or the public prosecutor at their request. Communication of the data to the forces of order shall be effected in accordance with the provisions of the rules on personal data protection.'

28. The referring court also states that the infringement of copyright is a criminal offence in Spain only if the act is committed with the intention to make a profit.**[11]**

III - Technical background, facts and main proceedings

29. The applicant in the main proceedings (Productores de Música de España, 'Promusicae') is a non-profit-making association of producers and publishers of musical recordings and audiovisual presentations which are essentially musical. It lodged an application against a Spanish provider of Internet access, Telefónica de España SAU, requesting that the company be ordered to disclose the names and addresses of certain Internet users. Promusicae identified those persons by IP addresses and by the date and time of their use.

30. The IP address is a numerical address format, comparable to a telephone number, which enables networked devices such as webservers, e-mail servers or private computers to communicate with one another on the Internet. Thus, the server via which Court of Justice pages are retrieved has the IP address 147.67.243.28. **[12]**When a page is retrieved, the address of the retrieving computer is communicated to the computer on which the page is stored, so that the data can be routed from one computer to the other via the Internet.

31. Static IP addresses may be assigned in order to connect private users to the Internet, in similar fashion to connection to the telephone network. However, that is rather rare, since the Internet is at present still organised in such a way that each access provider has only a limited number of addresses available to it. **[13]** Consequently, in most cases, including this one, dynamic IP addresses are used, which means that the access provider assigns its customers an address, on an

ad hoc basis, from its quota of addresses every time they access the Internet. That address may naturally change each time a customer dials up.

32. Promusicae claims that it identified a number of IP addresses which were used at certain times for the purpose of 'file sharing' in respect of music files to which the its members hold the exploitation rights.

33. File sharing is a form of exchange of files containing, for example, pieces of music or films. Users first copy the files onto their computers and then offer them to anyone who is in contact with them via the Internet and a particular program, in this case Kazaa. Normally, in such cases, **[14]** the IP address of the person offering the file to others for retrieval is used, and can thus be detected.

34. In order to take action against such users, Promusicae claims that the access provider concerned, Telefónica, should inform it which users were assigned the IP addresses identified by it at the times specified by it. Telefónica is able to find out which connection was used in each case, since it retains, after the connection has ended, the details concerning to whom and when it assigned a particular IP address.

35. The referring court first gave a ruling requiring Telefónica to provide the desired information. However, Telefónica objected that, pursuant to Article 12 of the Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, it could in no circumstances provide the court with the information. The electronic communications operator or service provider is allowed to supply the information which he is required by law to retain only in connection with a criminal investigation, or if it is necessary in order to protect public safety, or if national security is involved.

36. The referring court considers it possible that that view is correct under Spanish law, but takes the view that the provision in question is then incompatible with Community law. It therefore refers the following question to the Court of Justice for a preliminary ruling:

> Does Community law, specifically Articles 15(2) and 18 of Directive 2000/31, Article 8(1) and (2) of Directive 2001/29, Article 8 of Directive 2004/48, and Articles 17(2) and 47 of the Charter, permit Member States to limit to the context of a criminal investigation or to safeguard public security and national defence, thus excluding civil proceedings, the duty of operators of electronic communications networks and services, providers of access to telecommunications networks and providers of data storage services to retain and make available connection and traffic data generated by the communications established during the supply of an information society service?

37. Promusicae, Telefónica, Finland, Italy, Slovenia, the United Kingdom und the Commission took part in the proceedings. The Data Protection Working Party **[15]** and the European Data Protection Supervisor were not involved, in particular because Article 23 of the Statute of the Court of Justice does not provide for their participation. However, since they are able to make an important contribution to the discussion of legal issues concerning data protection, I have devoted particular attention at least to their published opinions on the questions raised here.

IV - Legal assessment

38. The Court is required to clarify whether it is compatible with the directives mentioned by the referring court to restrict the obligation to communicate connection data to criminal prosecutions and similar proceedings, but to exclude from it civil proceedings.

39. The referring court thus takes the view that there is a contradiction between Spanish law and Community law. However, in so doing, it fails to take into account the fact that the provision of Spanish law referred to is based on Article 15 of Directive 2002/58 and largely incorporates its wording. That directive contains provisions on data protection in the electronic communications sector and in that respect supplements Directive 95/46 containing general provisions on data protection.

40. It must therefore be examined whether it is compatible with the provisions mentioned by the referring court, having regard to the provisions on data protection, to prohibit providers of Internet access from identifying the holders of subscriber lines in order to enable civil proceedings for copyright infringements.

A - *Admissibility of the request*

41. There could be doubts as to the admissibility of the request for a preliminary ruling in terms of its relevance to a decision. **[16]** A directive cannot of itself impose obligations on an individual. **[17]** If Spanish law unquestionably precluded communication of the data at issue, even the interpretation of directives requested by the referring court could not lead to Telefónica's being obliged to communicate them. On the basis of the available information, however, it is conceivable that Spanish law could be interpreted in conformity with the directives. As long as that possibility exists, a request for a preliminary ruling such as this one cannot be regarded as irrelevant.**[18]**

B - *The relationship of the various directives to each other*

42. Certain parties concentrate - almost exclusively - on the interpretation of the directives mentioned by the referring court. In so doing, they invariably emphasise the necessity of effective

legal protection against infringements of copyright. The Commission, on the other hand, rightly points out that none of the three directives affects the law on data protection.

43. Under Article 1(5)(b) of Directive 2000/31 on electronic commerce, the Directive does not apply to questions relating to information society services covered by Directive 95/46 on data protection and Directive 97/66 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector. The last-mentioned directive has since been replaced by Directive 2002/58 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector.

44. In the same way, Article 9 of Directive 2001/29 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society expressly states that the directive is without prejudice to, inter alia, provisions concerning data protection and privacy.

45. The relationship of Directive 2004/48 on the enforcement of intellectual property rights to data protection is somewhat less clear. Article 2(3)(a) provides that that directive does not affect Directive 95/46. Promusicae infers from this that Directive 2002/58, which is not mentioned in that provision, is not applicable within the field of application of Directive 2004/48.

46. That argument could be intended to mean that, under the principle *lex posterior derogat legi priori*, Directive 2004/48 takes precedence over Directive 2002/58, but not over Directive 95/46 which is expressly made an exception. However, that argument must be answered by pointing out that, according to Article 1(2), Directive 2002/58 is intended to particularise and complement Directive 95/46. Directive 2004/48 does not lay claim to that function. Rather, according to the second recital in the preamble, the protection of intellectual property which it brings about should not hamper the protection of personal data, including on the Internet. However, it would be inconsistent to allow particularising and complementing provisions which relate, in particular, to the protection of data on the Internet, which expressly must not be impaired, to be overridden without being replaced, but to continue to accord respect to the general provisions. Instead, it is more logical to extend the reservation in favour of Directive 95/46 to Directive 2002/58.

47. A further point in favour of that conclusion, as regards the right of information under Article 8(1) and (2) to be considered here, is that, according to Article 8(3)(e), those paragraphs apply without prejudice to other statutory provisions which govern the processing of personal data. That additional express emphasis on data protection was not yet reflected in the Commission's Proposal, but was incorporated in the Directive during the discussions in the Council and in the Parliament. **[19]** Directive 2002/58 contains precisely such provisions and is therefore not

infringed, at least not by the right of information under Article 8 of Directive 2004/48 at issue here.

48. It should additionally be pointed out that even the TRIPS Agreement **[20]** does not require data protection to be overridden by Directive 2004/48. Promusicae rightly submits that Articles 41 and 42 of TRIPS require effective protection for intellectual property and in particular that access to the courts for legal protection must be possible. However, a right of information is only provided for directly vis-à-vis infringers in Article 47 of TRIPS. **[21]** The Contracting States may introduce such a right, but according to the wording of Article 47 of TRIPS, are not required to do so. **[22]** The extension by Article 8 of Directive 2004/48 of the duty to provide information to include third parties goes even beyond that option. It can therefore be restricted by data protection without any conflict with the TRIPS Agreement.

49. All three directives mentioned by the referring court thus cede precedence to the Data Protection Directives, 95/46 and 2002/58. Contrary to what has been submitted by some parties, that does not mean that data protection enjoys priority over the aims of those directives. Rather, a reasonable balance between data protection and those aims must be struck in the context of the Data Protection Directives.

C - *Data protection*

50. The secondary legislation relevant to the present case is Directive 2002/58 containing provisions on data protection in the electronic communications sector, together with Directive 95/46 which regulates data protection in general. The Court, however, derives important criteria for the interpretation of those provisions of secondary legislation from the foundations of data protection, which lie in fundamental rights.

1. The link between data protection and fundamental rights

51. Data protection is based on the fundamental right to private life, as it results in particular from Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on 4 November 1950 (‘the ECHR’). **[23]** The Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed at Nice on 7 December 2000 **[24]** (‘the Charter’), confirmed that fundamental right in Article 7, and in Article 8 specifically emphasised the fundamental right to the protection of personal data, including important fundamental principles of data protection.

52. The communication of personal data to a third party, whatever the subsequent use of the information thus communicated, therefore constitutes an infringement of the right of the person

concerned to respect for private life and consequently an interference within the meaning of Article 8 of the ECHR.**[25]**

53. Such an interference violates Article 8 of the ECHR unless it is 'in accordance with the law'. **[26]** It must therefore, in accordance with the requirement of foreseeability, be formulated with sufficient precision to enable the citizen to adjust his conduct accordingly. **[27]** The requirement of foreseeability has found particular expression in data protection law in the criterion - expressly mentioned in Article 8(2) of the Charter - of purpose limitation. Pursuant to the specific embodiment of the purpose limitation criterion in Article 6(1)(b) of Directive 95/46, personal data may be collected only for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes.

54. In addition, any interference with private life - the processing of personal data - must be proportionate to the aims pursued. **[28]** There must therefore be a pressing social need and the measure must be in reasonable proportion to the legitimate aim pursued.**[29]**

55. In the context of legitimate aims, the relevant fundamental rights of the holders of copyrights, in particular the protection of property and the right to effective judicial protection, will have to be taken into account in the present case. According to settled case-law, both those rights form part of the general principles of Community law, **[30]** as confirmed by Article 17 and Article 47 of the Charter. Article 17(2) of the Charter emphasises in this connection that intellectual property also falls within the protective scope of the fundamental right to property.**[31]**

56. The balance between the relevant fundamental rights must first be struck by the Community legislature and, in the interpretation of Community law, by the Court. However, the Member States are also obliged to observe it when using up any remaining margin for regulation in the implementation of directives. Moreover, the authorities and courts of the Member States are not only required to interpret their national law in conformity with the Data Protection Directives, but also to ensure that they do not act on the basis of an interpretation of those directives which conflicts with the fundamental rights protected by the Community legal order or the other general principles of Community law.**[32]**

2. Applicability of the Data Protection Directives

57. The secondary legislation gives concrete expression to the requirements as regards fundamental rights for data protection and extends them in a respect which is one of the decisive factors in this case. The directives not only provide for a binding obligation for governmental authorities to protect data, but also extend it to individuals except in so far as, pursuant to the second indent of Article 3(2) of Directive 95/46, the activity concerned is carried out by a natural

person in the course of a purely personal or household activity. **[33]** The Community thereby fulfils and gives concrete expression to an objective of protection resulting from the fundamental right to data protection.**[34]**

58. The bringing of civil proceedings against copyright infringements by Promusicae and the processing of connection data by Telefónica are not to be categorised as personal or household activities. That is also apparent, with regard to the processing of connection data, from the existence of Directive 2002/58, which does not include the exemption for personal and household activities, but assumes that the processing of personal data by providers of electronic communications services is in principle subject to data protection. Transmission of such data between private undertakings is therefore not excluded from the scope of data protection. Consequently, it must be examined whether the other conditions for the application of data protection law are fulfilled in this case.

59. Directive 2002/58, as provided in Article 3(1), applies to the processing of personal data in connection with the provision of publicly available electronic communications services in public communications networks in the Community. Under Article 2 of Directive 2002/58, those concepts are defined in Directive 95/46 and Directive 2002/21.**[35]**

60. The provision of access to the Internet is a publicly available electronic communications service within the meaning of Article 2(c) of Directive 2002/21, that is, a service normally provided for remuneration which consists wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communications networks.

61. The indication of which users were assigned particular IP addresses at particular times consists of personal data under Article 2(a) of Directive 95/46, namely information relating to identified or identifiable **[36]** natural persons. With the aid of those data, the actions performed using the IP address concerned are linked to the subscriber.

62. In Article 2(b) of Directive 95/46, the disclosure of such data is expressly listed as an example of processing, that is, an operation performed by or without automatic means.

63. At the same time, at least the temporarily assigned IP addresses of users are traffic data according to the definition in Article 2(b) of Directive 2002/58, namely data which are processed for the purpose of the conveyance of a communication on an electronic communications network.

3. The applicable prohibitions on processing

64. Under Article 5(1) of Directive 2002/58, the confidentiality of communications also applies to the traffic data arising during the communications. In particular, the Member States must

prohibit the storage and other kinds of interception or surveillance of traffic data by persons other than the users, without the consent of the users concerned, except when legally authorised to do so in accordance with Article 15(1).

65. Article 6(1) of Directive 2002/58 makes it clear, with regard to any storage of traffic data during the operation of communications networks, that such data relating to subscribers and users processed and stored by the provider of a public communications network or publicly available electronic communications service must be erased or made anonymous when it is no longer needed for the purpose of the transmission of a communication without prejudice to paragraphs 2, 3 and 5 of that article and Article 15(1).

66. Both the storage and the communication of personal traffic data on Internet use must therefore be prohibited in principle.

4. The exceptions to the prohibitions on processing

67. However, there are also exceptions to those prohibitions on processing. They are set out in Article 6 and Article 15 of Directive 2002/58.

a) The exceptions under Article 2002/58

68. Article 6(2), (3) and (5) of Directive 2002/58, expressly mentioned as exceptions in Article 6(1), are not an appropriate basis for overriding the prohibition on processing under Article 6(1) by communication to Promusicae.

69. Article 6(2) of Directive 2002/58 allows as an exception the processing of such traffic data where and in so far as they are necessary for the purposes of subscriber billing and interconnection payments. It is already doubtful whether that exception allows any storage at all of particulars concerning the persons to whom and times when a dynamic IP address was assigned. That information is not normally needed for the purpose of billing the access provider’s charges. The standard billing methods are based on the duration of the dial-up connection to the access provider or on the volume of the data traffic generated by the user, if, that is, unrestricted use of access in return for a flat-rate amount has not been agreed. However, if processing of the IP address is not necessary for billing, it must not be stored for that purpose either.**[37]**

70. Irrespective of that, Article 6(2) is in any event not an appropriate basis for the communication of traffic data to third parties wishing to take action against the user for acts committed using that IP address. Such proceedings have no connection with subscriber billing or interconnection payments.

71. The exemption under Article 6(3) of Directive of 2002/58 is equally irrelevant. It allows processing by the access provider for the purpose of marketing electronic communications services or for the provision of value added services only after users have given their consent.

72. Finally, Promusicae may not rely on Article 6(5) of Directive 2002/58 either. Under that provision, third parties may process traffic data under the authority of the access provider for specific purposes, in particular that of combating fraud. The 29th recital in the preamble makes it clear in this respect that fraud means unpaid use of the electronic communications service. Promusicae does not act under the authority of Telefónica and the infringement of copyrights cannot be regarded as fraud in that sense.

b) Article 6(6) of Directive 2002/58

73. In the view of Promusicae, the communication and use of traffic data for the enforcement of copyright claims in the civil courts is however permissible under Article 6(6) of Directive 2002/58. Under that provision, it is possible for competent bodies to be informed of traffic data in conformity with applicable legislation with a view to settling disputes, in particular interconnection or billing disputes.

74. However, that provision cannot justify the communication of traffic data to Promusicae, simply because Promusicae is not a competent body for the settlement of disputes. Nor is there, in the main proceedings between Promusicae and Telefónica, any apparent necessity for communication of the connection data at issue to the court. Determination of the dispute as to whether Telefónica is entitled and obliged to disclose those data to Promusicae does not require the court to be acquainted with them.

75. The fact that Promusicae demands the traffic data in order to be able to start contentious proceedings against the individual users concerned likewise does not result in communication under Article 6(6) of Directive 2002/58.

76. To interpret Article 6(6) of Directive 2002/58 to the effect that the mere purpose of using traffic data in contentious proceedings allows their communication to the potential opponent would, in the absence of adequate indications in the wording, be incompatible with the foreseeability which must be observed in the statutory justification of interferences with private life and data protection. In addition to the exceptions under Article 6(2), (3) and (5) and under Article 15(1), which are expressly mentioned in Article 6(1) and relatively clearly defined, a new, almost limitless exception would be introduced. (38) According to the wording of Article 6, the user of electronic communications services does not have to reckon with that exception.

77. At the same time, such an exception would be very extensive and could therefore not be accepted as proportionate to the aims pursued. The user would in principle have to reckon continually - not only in the case of copyright infringements - with the fact that his traffic data were being disclosed to third parties who, for some reason, wanted to start contentious proceedings against him. It is inconceivable that such disputes could in any event be based on a pressing social need as referred to in the case-law on Article 8 of the ECHR.**[39]**

78. A look at the purposes of storage of traffic data under Article 6 of Directive 2002/58 points even more in favour of the restriction of communication. Only the purposes of the storage can justify the communication of the data, as provided for in Article 6(1)(b) of Directive 95/46. Those purposes are, in the case of traffic data under Article 6 of Directive 2002/58, the operation of the communications network, subscriber billing, marketing and value added services with the consent of the user and - over and above those - processing under authority for customer enquiries and fraud detection in the abovementioned **[40]** sense. Dispute settlement is not an intrinsic purpose of storing traffic data, but only allows the competent authorities to be informed. It can therefore refer only to disputes which are connected with the purposes of the storage. **[41]** However, the provision of evidence for contentious proceedings with third parties is not an identifiable purpose of storage.

79. Communication of the desired traffic data to Promusicae can therefore not be based on Article 6(6) of Directive 2002/58.

c) Article 15(1) of Directive 2002/58

80. Furthermore, Article 15(1) of Directive 2002/58 allows the restriction of the rights under Article 6(1). Such a restriction must be necessary, appropriate and proportionate within a democratic society to safeguard national security (that is, State security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences or of unauthorised use of the electronic communication system, as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46/EC.

81. Spain has made use of that derogation and in Article 12(1) of Ley 34/2002 has imposed on access providers the duty to retain traffic and connection data. Communication is however expressly restricted to criminal investigations, safeguarding public security and defence. The stored data must expressly not be communicated for other purposes.

82. It may be doubted whether the storage of traffic data of all users without any concrete suspicions **[42]** - laying in a stock, as it were - is compatible with fundamental rights, **[43]** but the Spanish rules are in any case compatible with the wording of Article 15(1) of Directive 2002/58.

Such an interference with fundamental rights would be beyond the scope of these proceedings, since they do not concern the validity of Article 15(1). **[44]** This question may have to be examined one day in connection with Directive 2006/24, which introduces a duty of retention under Community law. **[45]** However, if the Court wished to examine the permissibility of retention in the present case as a preliminary question, it would certainly be necessary to re-open the oral procedure in order to give the parties entitled under Article 23 of the Statute to make submissions the opportunity to do so.

83. In essence, the question which arises here, however, is whether Article 15(1) of Directive 2002/58 permits the communication of the desired - retained - data to Promusicae. If communication were permissible under data protection law, it would need to be examined whether the directives mentioned by the referring court - and the property of the holders of copyrights protected under them - require that that possibility also be used. In that case, the Spanish courts would be obliged to use any available margin of interpretation in order to facilitate such communication.**[46]**

84. Under Article 15(1) of Directive 2002/58, two types of bases for exceptions are expressly mentioned, namely, on the one hand, in the first four alternatives, national security (that is, State security), defence, public security, and the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences and, on the other, in the fifth alternative, unauthorised use of the electronic communication system. In addition, Article 15(1) of Directive 2002/58 refers to Article 13(1) of Directive 95/46, which contains further grounds of exception.

Article 15(1) of Directive 2002/58 in conjunction with Article 13(1)(g) of Directive 95/46

85. A first basis for communication could result from Article 15(1) of Directive 2002/58 in conjunction with Article 13(1)(g) of Directive 95/46. Article 13(1)(g) of Directive 95/46 allows the communication of personal data for the protection of the rights and freedoms of others. Unlike the grounds of exception in Article 13(1) of Directive 95/46, this ground is admittedly not expressly listed in Article 15(1) of Directive 2002/58, although Article 15(1) of Directive 2002/58, in the German version, does allow restrictions ‘in accordance with Article 13(1) of Directive 95/46’.

86. Viewed in isolation, that could be understood as a reference to *all* the grounds of exception under Article 13(1) of Directive 95/46.**[47]** However, that is contradicted simply by the fact that Article 15(1) of Directive 2002/58 itself mentions grounds of exception which are intended to allow a restriction ‘in accordance with Article 13(1) of Directive 95/46’. Those grounds correspond only in part to the grounds in Article 13(1) of Directive 95/46 and do not include the

exception for the rights of others, mentioned under (g). Consequently, the grounds mentioned in Article 13(1) of Directive 95/46 are applicable in the electronic communications sector only in so far as they are expressly included in Article 15(1) of Directive 2002/58.

87. That rule is more clearly apparent from other language versions than from the German version. Instead of the ambiguous 'gemäß' ('in accordance with'), the reference is made in the form 'as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46'. **[48]** That is based on a deliberate decision during the legislative procedure. As the Commission points out, when it first adopted that rule in Directive 97/66, the Council refrained from incorporating the grounds of exception in Article 13(1) of Directive 95/46 in their entirety and instead chose the present, differentiated rule.**[49]**

88. That conclusion is also supported by the speciality of Article 15(1) of Directive 2002/58 as compared with Article 13(1) of Directive 95/46. **[50]** The latter applies to all personal data irrespective of the context in which they arise. It is thus relatively general since it has to be applied to a large number of very different situations. **[51]** The former, on the other hand, relates specifically to the personal data which arise in the context of electronic communications and is therefore based on a comparatively precise assessment of the extent to which communication of personal traffic data interferes with the fundamental right to data protection.

89. Consequently, the protection of the rights and freedoms of others under Article 13(1)(g) of Directive 95/46 cannot justify the communication of personal traffic data.

Unauthorised use of the electronic communication system

90. A further possible basis for communication could be unauthorised use of the electronic communication system, which is the fifth alternative in Article 15(1) of Directive 2002/58.

91. The concept of unauthorised use of the electronic communication system essentially allows two interpretations with regard to the conduct in question, namely use for unauthorised purposes and use contrary to the system. Infringement of copyright would certainly be an unauthorised purpose. When such an infringement is committed, the communication system may nevertheless be used as intended, namely for loading data from other computers which are connected to the Internet. The communication system does not need to be manipulated - in ways contrary to the system - by, for example, obtaining passwords for other persons' computers or simulating a false identity to the external computer.**[52]**

92. In the Commission's view, the meaning intended in Article 15(1) of Directive 2002/58 is use contrary to the system, jeopardising the integrity or security of the communication system. That,

it says, also follows from the drafting history, since the concept was introduced in Directive 97/66 for ensuring correct frequency use.

93. That narrow interpretation of the concept of unauthorised use accords with the secrecy of communications, protected under Article 5 of Directive 2002/58. Use for unauthorised purposes can normally be established only by monitoring the content of the communication.

94. While Article 15(1) does also justify exceptions to the confidentiality of communications, the other grounds of exception expressly mentioned would, on a wide interpretation of the concept of unauthorised use, be superfluous and largely deprived of their practical effectiveness, since acts endangering national security, public security or defence and criminal offences committed by the use of electronic communications systems are normally accompanied by an unauthorised purpose.

95. At the same time, a broadly worded exception for communications for unauthorised purposes would hardly be foreseeable in its application and would largely render meaningless the right to protection of personal traffic data.

96. The range of unauthorised communication operations under criminal law is already relatively wide. Moreover, communication may also come into conflict with duties not subject to criminal sanctions, arising from specific legal relationships, such as, for example, with employment relationships or duties towards the family. There would even be the possibility that the provider of the electronic communication service could object to access to certain content or its dissemination. It would therefore be virtually impossible to define which of those legal relationships could allow storage and communication of traffic data or perhaps even of communication content. As a result, this ground of restriction would not, on a wide interpretation, be reconcilable with the requirement of foreseeability.

97. In addition, a wide interpretation would render largely meaningless not only the protection of personal traffic data, but also the protection of confidentiality of communications. In order to be able effectively to verify whether electronic communication systems were being used for unauthorised purposes, it would be necessary to store the entire communication and process it intensively with regard to the content. The citizen ‘under the eye of Big Brother’ would thus be a reality.

98. The Commission’s interpretation must therefore be favoured. Consequently, unauthorised use of the electronic communication system covers only use contrary to the system, but not use for unauthorised purposes.

The grounds of exception in the first four alternatives in Article 15(1) of Directive 2002/58

99. Consequently, only the first four alternatives in Article 15(1) of Directive 2002/58, in particular the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, and public security now remain as a basis for communication of the connection data.

100. Recital 11 in the preamble to Directive 2002/58 explains the first four alternatives in Article 15(1). According to that recital, the Directive does not apply to activities which are not governed by Community law. Therefore it does not alter the existing balance between the individual's right to privacy and the possibility for Member States to take the measures referred to in Article 15(1), necessary for the protection of public security, defence, State security (including the economic well-being of the State when the activities relate to State security matters) and the enforcement of criminal law.

101. As the Court has already held, those are activities of the State or of State authorities. **[53]** It is true that State authorities may oblige private individuals to assist them, **[54]** but autonomous action by private individuals against infringements of rights no longer falls under those exceptions. For that reason alone, the first four alternatives of Article 15(1) of Directive 2002/58 can permit only communication to State authorities, but not the direct communication of traffic data to Promusicae.**[55]**

102. Whether communication to State authorities would be possible in the present case under the fourth alternative in Article 15(1) of Directive 2002/58, that is to say, for the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal offences, is also doubtful. As the Commission rightly submits, that presupposes that the copyright infringements alleged by Promusicae must also be regarded as criminal offences.

103. Under Community law, criminal liability is not excluded since - as is also apparent in Article 8(1) of Directive 2001/29 and Article 16 of Directive 2004/48 - the national legislature must decide whether and in what form infringements of copyright are penalised. The legislature can therefore make infringement of copyright by file sharing a criminal offence. According to the referring court, however, criminal liability for such acts in Spain presupposes the intention to make a profit. **[56]** No indications of that have been put forward up to now.

104. In addition, among the exceptions in Article 15(1) of Directive 2002/58, the third alternative, namely public security, is a further possible legal basis. According to the case-law in the sphere of the fundamental freedoms, public policy and security may only be invoked if a genuine and sufficiently serious threat exists, affecting one of the fundamental interests of society.**[57]**

105. The protection of copyright is an interest of society, the importance of which has been repeatedly emphasised by the Community. Consequently, even though the interest of rightholders

is primarily not of a public, but of a private nature, this aim can be recognised as a fundamental interest of society. Illegal file sharing also genuinely threatens the protection of copyright.

106. It is however not certain that private file sharing, in particular when it takes place without any intention to make a profit, threatens the protection of copyright sufficiently seriously to justify recourse to this exception. To what extent private file sharing causes genuine damage is in fact disputed.**[58]**

107. That assessment should - subject to review by the Court - be left to the legislature. In particular when Member States make the infringement of copyright by file sharing a criminal offence, they undertake a corresponding assessment, but in that case the fourth alternative in Article 15(1) of Directive 2002/58 already applies, so that there is no need for recourse to public security.

108. Criminal liability would admittedly be weighty evidence of a sufficiently serious threat to the protection of copyright, but criminal law is not necessarily the only form in which the legislature can give expression to an appropriate condemnation. Rather, the legislature can also enforce that assessment by first providing only for communication of personal traffic data in order to enable civil proceedings to be brought. However, the condition for such legislation remains that data protection should not be restricted on account of the possible infringement of copyrights in trivial cases.

109. Such provisions must, under the principle of foreseeability and purpose limitation in data protection law, state sufficiently clearly that the storage and communication of personal data by the providers of Internet access will also take place for the protection of copyright. Since such provisions are based on the third alternative in Article 15(1) of Directive 2002/58, account would also have be taken of the fact that the protection of public security is a task of State authorities and therefore traffic data may not be surrendered to private rightholders without the involvement of such authorities (for example, the courts or the data protection supervisory authorities).

110. The *Community legislature* has in any case not as yet taken any such decision on breaching data protection for the purpose of acting against copyright infringements. In particular, the directives mentioned by the referring court are not relevant since they, as already stated, **[59]** do not affect data protection. That applies in particular to the right of information under Article 8 of Directive 2004/48, the wording of which could also be construed as covering disclosure of the identity of Internet users. According to paragraph 3(e), that provision is to apply without prejudice to other statutory provisions which govern the processing of personal data.

111. It would therefore not be foreseeable to infer from those directives a purpose of traffic data storage which is not expressly laid down in them, as is necessary under the requirement of foreseeability and Article 6(1)(b) of Directive 95/46. **[60]** Nor is there any reference in them to involvement of State authorities in the communication of personal traffic data to private rightholders.

112. However, as Community law stands at present, under the third and fourth alternatives in Article 15(1) of Directive 2002/58, *Member States* may provide for personal traffic data to be communicated to State authorities in order to facilitate both criminal and civil proceedings against copyright infringements by file sharing. However, they are not obliged to do so.

113. Compared with the direct communication of personal traffic data to the holders of infringed rights, that is a more lenient method in the present situation, and at the same time ensures that communication remains appropriate in relation to the protected legal positions.

114. Involving State authorities is more lenient because, unlike private individuals, they are directly bound by fundamental rights. In particular, they must respect procedural safeguards. Moreover, they invariably also take into consideration circumstances which exonerate the user accused of an infringement of copyright.

115. Accordingly, it does not follow conclusively from the fact that copyrights were infringed under an IP address at a particular time that those acts were also carried out by the subscriber to whom that address was assigned at that time. Rather, it is also possible that other people used his connection or computer. This may even have occurred without his knowledge if, for example, he operates an inadequately protected local wireless network in order to avoid cable connections, **[61]** or if his computer was ‘taken over’ by third parties via the Internet.

116. The holders of copyrights will - unlike State authorities - have no interest in allowing for or clarifying such circumstances.

117. The appropriateness of communication of personal traffic data will also be more effectively ensured if State authorities are involved.

118. The legislature will provide for their intervention only where there is adequate suspicion of an infringement of rights. A wide discretion exists in that regard. It is true that the sanctions under Article 8(1) of Directive 2001/29 and Article 16 of Directive 2004/48 must be appropriate, effective, proportionate and dissuasive, but the seriousness of the particular infringement of copyrights must also be taken into account in that regard.

119. Consequently, the possibility of communication of personal traffic data may be restricted to particularly serious cases such as, for example, offences committed with a view to making a profit, that is, an illegal use of protected works which substantially impairs their economic exploitation by the holder of the right. The intention that the enforcement of copyrights in the face of infringements on the Internet should be geared specifically to serious impairments is also apparent from the ninth recital in the preamble to Directive 2004/48. The United Kingdom rightly points out that the recital refers to the distribution of pirated copies on the Internet, but such distribution is mentioned in connection with organised crime.

120. The fundamental rights to property and to effective judicial protection do not call that assessment of appropriateness into question. It is certainly necessary, in terms of fundamental rights, to establish the possibility for the holders of copyrights to defend themselves against infringements of those rights. The present case, however, unlike the case of *Moldovan and Others* v *Romania* **[62]** cited by Promusicae, is not concerned with whether access to the courts is actually available, but with the means made available to rightholders in order to establish the infringement.

121. In that respect, the State's duties of protection are not so far-reaching that unlimited means should be made available to the rightholder for the purpose of detecting infringements of rights. Rather, it is not objectionable for certain rights of detection to remain reserved for State authorities or not to be available at all.

5. Directive 2006/24

122. Directive 2006/24 does not lead to a different conclusion so far as the present case is concerned. Although, under that directive, Article 15(1) of Directive 2002/58 does not apply to data retained in accordance with Directive 2006/24, the data at issue here were not stored pursuant to the new directive. As Promusicae also submits, the Directive is therefore, *ratione temporis*, not applicable.

123. Even if Directive 2006/24 were applicable, it would not allow direct communication of personal traffic data to Promusicae. Under Article 1, retention is solely for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime. Accordingly, pursuant to Article 4, those data may be provided only to the competent authorities.

124. If anything at all can be inferred from Directive 2006/24 with respect to the present case, it is the value judgment of the Community legislature that up to now only serious crime has necessitated Community-wide retention of traffic data and their use.

6. Conclusion with regard to data protection

125. Consequently, in the light of Directive 2002/58, it is compatible with Community law, in particular Directive 2000/31, Directive 2001/29 and Directive 2004/48, for Member States to exclude the communication of personal traffic data for the purpose of bringing civil proceedings against copyright infringements.

126. Should the Community consider that more far-reaching protection of the holders of copyrights is necessary, that would require an amendment of the provisions on data protection. Up to now, however, the legislature has not yet taken that step. On the contrary, in adopting Directives 2000/31, 2001/29 and 2004/48, it provided for the unaltered continued applicability of data protection and saw no reason, when adopting the sector-specific Directives 2002/58 and 2006/24, to introduce restrictions of data protection in favour of the protection of intellectual property.

127. Directive 2006/24 could, on the contrary, lead to a strengthening of data protection under Community law with regard to disputes concerning infringements of copyright. The question then arises, even in criminal investigations, as to the extent to which it is compatible with the fundamental right to data protection under Community law to grant aggrieved rightholders access to the results of the investigation if the latter are based on the evaluation of retained traffic data within the meaning of Directive 2006/24. Up to now that question is not affected by Community law since the Data Protection Directives do not apply to the prosecution of criminal offences. (63)

V - Conclusion

128. I therefore propose that the Court should reply to the request for a preliminary ruling as follows:

It is compatible with Community law for Member States to exclude the communication of personal traffic data for the purpose of bringing civil proceedings against copyright infringements.

[1] Original language: German.

[2] OJ 2000 L 178, p. 1.

[3] The directives referred to are Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281, p. 31) and Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector (OJ 1998 L 24, p. 1).

[4] OJ 2001 L 167, p. 10.

[5] OJ 2004 L 157, p. 45; the corrected version published in OJ 2004 L 195, p. 16, has been used.

[6] OJ 2002 L 201, p. 37.

[7] OJ 1995 L 281, p. 31.

[8] The documents of the Data Protection Working Party are available at http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_en.htm.

[9] Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data (OJ 2001 L 8, p. 1).

[10] OJ 2006 L 105, p. 54.

[11] It refers in this connection to Circular 1/2006, 5 de mayo de 2006, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, http://www.fiscal.es/csblob/CIRCULAR%201-2006.doc?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fmsword&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1109248064092&ssbinary=true, p. 37 et seq., issued by the Fiscalía General del Estado.

[12] According to www.dnsstuff.com.

[13] See, in that regard, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Next Generation Internet - priorities for action in migrating to the new Internet protocol IPv6, COM (2002) 96.

[14] Technically it also appears to be possible to conceal one's own IP address. However, such services involve a cost and/or are slow. See the Wikipedia entry Anonymous P2P, http://en.wikipedia.org/wiki/Anonymous_p2p, and Working Document WP 37 of the Data Protection Working Party of 21 November 2000, Privacy on the Internet, p. 86 et seq., which does not yet take file sharing into account.

[15] See point 22 above.

[16] See Case C 3/04 Poseidon Chartering [2006] ECR I 2505, paragraph 14, and Case C 217/05 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio [2006] ECR I 11987, paragraph 17, both with further references.

[17] Joined Cases C 397/01 to C 403/01 Pfeiffer and Others [2004] ECR I 8835, paragraph 108, and Joined Cases C 387/02, C 391/02 and C 403/02 Berlusconi and Others [2005] ECR I 3565, paragraph 75.

[18] See Case C 105/03 Pupino [2005] ECR I 5285, paragraph 31 et seq., in particular paragraph 48.

[19] Compare Article 9(3)(e) of the Commission's Proposal (COM/2003/46) with the same provision of the Council's consolidated draft of 19 December 2003 (Council document 16289/03) and with Article 8(3)(e) of the draft revised by the Parliament (OJ 2004 C 102 E, p. 242 et seq.), which was adopted unchanged by the Council.

[20] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, which is to be found in Annex 1 C to the Agreement establishing the World Trade Organisation, which was approved on behalf of the Community, as regards matters within its competence, by Council Decision 94/800/EC of 22 December 1994 (OJ 1994 L 336, p. 1).

[21] The fourth sentence of Article 42 of TRIPS could, admittedly, in its German version, be (mis)construed as meaning that effective legal protection must provide for the discovery of confidential information, yet, on the contrary, that provision is intended to protect confidential information in judicial proceedings, if that is permissible. This is more clearly apparent in the authentic language versions (English, French and Spanish). As here, also Daniel Gervais, The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis, London 2003, p. 291.

[22] That is also the view of the Council and the Commission in the context of the procedure for the adoption of Directive 2004/48 (Council document 6052/04 of 9 February 2004, p. 6 et seq.).

[23] Joined Cases C 465/00, C 138/01 and C 139/01 Österreichischer Rundfunk and Others [2003] ECR I 4989, paragraph 73 et seq.

[24] OJ 2000 C 364, p. 1.

[25] Österreichischer Rundfunk and Others, cited in footnote 23, paragraph 74.

[26] Österreichischer Rundfunk and Others, cited in footnote 23, paragraph 76.

[27] Österreichischer Rundfunk and Others, cited in footnote 23, paragraph 77, invoking the case law of the European Court of Human Rights.

[28] Österreichischer Rundfunk and Others, cited in footnote 23, paragraph 80.

[29] Österreichischer Rundfunk and Others, cited in footnote 23, paragraph 83, invoking the case-law of the European Court of Human Rights.

[30] See, with regard to property, for instance, Case 265/87 Schräder [1989] ECR 2237, paragraph 15; Case C 200/96 Metronome Musik [1998] ECR I 1953, paragraph 21; and Joined Cases C 453/03, C 11/04, C 12/04 and C 194/04 ABNA and Others [2005] ECR I 10423, paragraph 87, and, with regard to effective judicial protection, Case 222/84 Johnston [1986] ECR 1651, paragraphs 18 and 19; Case 222/86 Heylens and Others [1987] ECR 4097, paragraph 14; Case C 50/00 P Unión de Pequeños Agricultores v Council [2002] ECR I 6677, paragraph 39; and Case C 432/05 Unibet [2007] ECR I 2271, paragraph 37.

[31] See Metronome Musik, cited in footnote 30, paragraphs 21 and 26, and, most recently, Eur. Court HR, Anheuser-Busch Inc. v. Portugal judgment of 11 January 2007 (Application No 73049/01, § 72).

[32] See Case C 101/01 Lindqvist [2003] ECR I 12971, paragraph 87.

[33] See Lindqvist, cited in footnote 32, paragraph 46, et seq.

[34] With regard to the secrecy of telecommunications, the German Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court), in its orders of 9 October 2002 (1 BvR 1611/96 and 1 BvR 805/98, BVerfGE 106, 28 [37], paragraph 21 of the version on www.bundesverfassungsgericht.de) and 27 October 2006 (1 BvR 1811/99, Multimedia und Recht 2007, 308, paragraph 13 of the version on www.bundesverfassungsgericht.de), even assumes a corresponding State duty of protection. However, the question whether private individuals' duties as regards data protection under Community law are also based on a mandatory Community duty of protection does not need to be determined in this case.

[35] Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (OJ 2002 L 108, p. 33).

[36] In so far as the respective holders of the IP addresses are identifiable due to the storage of the assignments by the provider of Internet access, this involves, as soon as the IP addresses are intercepted by Promusicae, the processing of personal data, which must comply with the requirements of data protection; see the judgment of the Rechtbank Utrecht of 12 July 2005, Brein (194741/KGZA 05-462, Annex 5 to the written observations submitted by Promusicae, point 4.24 et seq.), Working Document WP 104 of the Data Protection Working Party of 18 January 2005 on data protection issues related to intellectual property rights, p. 4, and, under French law, the decisions (Délibérations) of the Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) 2005-235 of 18 October 2005 and 2006-294 of 21 December 2006 (available at http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheExperteCnil.jsp). The register of processing

operations of the Agencia Española de Protección de Datos, https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=100, contains a corresponding registration for Promusicae.

[37] See, to that effect, point 2.8. of Opinion 1/2003 of the Data Protection Working Party on the storage of traffic data for billing purposes (WP 69 of 29 January 2003).

[38] See my Opinion in Case C 350/02 Commission v Netherlands [2004] ECR I 6213, point 71, on the interpretation of Article 6(4) of Directive 97/66.

[39] See point 54 above.

[40] See point 72 above.

[41] In that respect, my view on 'the diversity of disputes', stated in a different context in the Opinion in Commission v Netherlands, cited in footnote 38, point 81, should not be over-interpreted.

[42] The German Bundesverfassungsgericht attributes a high intensity of interference to such interferences since the individual gives no cause for the interference but may be intimidated in his lawful conduct because of the risks of abuse and the feeling of being under surveillance; see the order of 4 April 2006 on the pinpointing of criminal suspects by the computerised analysis of data on many people (1 BvR 518/02, Neue Juristische Wochenschrift2006, 1939 [1944], paragraph 117 of the version on www.bundesverfassungsgericht.de).

[43] See the Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC (COM(2005) 438 final), OJ 2005 C 298, p. 1, and the Opinions of the Data Protection Working Party of 21 October 2005, 4/2005 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services and amending Directive 2002/58/EC (COM(2005) 438 final of 21 September 2005) and of 25 March 2006, 3/2006 on Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC.

[44] See Case C 408/95 Eurotunnel and Others [1997] ECR I 6315, paragraph 33 et seq.

[45] The action in Case C 301/06 Ireland v Council and Parliament (Notice in OJ 2006 C 237, p. 5) is currently pending. Ireland claims that Directive 2006/24 should be annulled on the ground

that the wrong legal basis was chosen. However, the action does not cover the question whether retention is compatible with fundamental rights.

[46] See Lindqvist, cited in footnote 32, paragraph 87.

[47] Thus, for example, Christian Cychowski in 'Auskunftsansprüche gegenüber Internetzugangsprovidern "vor" dem 2. Korb und "nach" der Enforcement Richtlinie der EU', Multimedia und Recht 2004, p. 514 (p. 517 et seq.), takes the view that the German transposition of this exception allows the communication of the traffic data of copyright infringers to the rightholders.

[48] Thus the French version has 'comme le prévoit l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE', the English version 'as referred to in Article 13(1) of Directive 95/46/EC' and the Spanish version 'a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE', in each case following a list of the various permissible grounds of justification.

[49] See footnote 6 to the Commission's written observations.

[50] Ulrich Sieber/Frank Michael Höfiger, 'Drittauskunftsansprüche nach § 101a UrhG gegen Internetprovider zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen', Multimedia und Recht 2004, 575 (582), and Gerald Spindler/Joachim Dorschel, 'Auskunftsansprüche gegen Internet-Service-Provider', Computer und Recht 2005, 38 (45 et seq.).

[51] See to that effect Lindqvist, cited in footnote 32, paragraph 83.

[52] Use contrary to the system would normally also cover acts punishable under Council Framework Decision 2005/222/JHA of 24 February 2005 on attacks against information systems (OJ 2005 L 69, p. 67).

[53] Lindqvist, cited in footnote 32, paragraph 43.

[54] Joined Cases C 317/04 and C 318/04 Parliament v Council and Parliament v Commission [2006] ECR I 4721, paragraph 58.

[55] According to Promusicae, the conclusion thus reached on the third and fourth alternatives in Article 15(1) of Directive 2002/58 corresponds to the legal position in France, Italy and Belgium, where, it claims, the legislation provides that the competent State authorities may require the surrender of personal traffic data. The Data Protection Working Party, in Working Document WP 104 (cited in footnote 36, p. 8), even goes a step further and restricts communication to the prosecuting authorities: 'On the basis of the compatibility principle as well as in compliance with the confidentiality principle included in Directives 2002/58 and 95/46, data detained by ISPs

processed for specific purposes including mainly the performance of a telecommunication service cannot be transferred to third parties such as right holders, except, in defined circumstances provided by law, to public law enforcement authorities.'

[56] See point 28 above.

[57] See, for example, Joined Cases C 482/01 and C 493/01 Orfanopoulos and Oliveri [2004] ECR I 5257, paragraph 66, on freedom of movement and Case C 54/99 Église de scientologie [2000] ECR I 1335, paragraph 15, on the free movement of capital.

[58] See the report DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL of 13 December 2005 (http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/34995041.pdf, S. 76 ff.) to the Working Party on the Information Economy of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD).

[59] See point 42 et seq. above.

[60] See point 53 above.

[61] See the Working Paper of the International Working Group on Data Protection in Telecommunications of 15 April 2004 on potential privacy risks associated with wireless networks, available in English and German at http://www.datenschutz berlin.de/doc/int/iwgdpt/index.htm. According to Stefan Dörhöfer, Empirische Untersuchungen zur WLAN-Sicherheit mittels Wardriving, https://pi1old.informatik.uni-mannheim.de:8443/pub/research/theses/diplomarbeit-2006-doerhoefer.pdf, p. 98, on the survey date in Germany, approximately 23% of all wireless networks were not protected at all and approximately 60% were inadequately protected. With regard to the methods of attack, see Erik Tews, Ralf Philipp Weinmann and Andrei Pyshkin, Breaking 104 bit WEP in less than 60 seconds, http://eprint.iacr.org/2007/120.pdf.

[62] Eur Court HR judgment of 12 July 2005 (Applications nos. 41138/98 and 64320/01, § 118 et seq.).

[63] See Parliament v Council and Parliament v Commission, cited in footnote 54, paragraph 58.

Uluslararası Sözleşmeler

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (Çeviri v1)
- Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (Çeviri v2)
- Council of Europe - Convention on Cybercrime
- Council of Europe - Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems
- Council of Europe - Convention on Cybercrime - Explanatory Report
- Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol
- Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
- Convention on the Rights of the Child
- Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography
- Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse
- Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

11. ve 14. Protokoller ile değiştirilen metin Ek Protokol ile Protokol 4, 6, 7, 12 ve 13 eklenmiştir

Sözleşme metni, 1 Haziran 2010 tarihinde yürürlüğe giren 14 No.lu Protokol'ün (Avrupa Konseyi Antlaşmaları Serisi (AKAS) No. 194) düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmiş haliyle sunulmaktadır. Sözleşme metni, daha önceden, 21 Eylül 1970'te yürürlüğe giren 3 No.lu Protokol'ün (AKAS No. 45), 20 Aralık 1971'de yürürlüğe giren 5 No.lu Protokol'ün (AKAS No. 55) ve 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren 8 No.lu Protokol'ün (AKAS No. 118) düzenlemelerine uygun olarak değiştirilmiş olup, 2 No.lu Protokolün (AKAS No. 44) metnini de kapsamaktaydı. 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu Protokol, yürürlüğe girdiği 21 Eylül 1970'ten bu yana Sözleşmenin ayrılmaz parçası sayılmaktaydı. Anılan Protokollerle değiştirilen veya eklenen tüm hükümlerin yerini, yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinden itibaren 11 No.lu Protokol (AKAS No. 155) almıştır. Bu tarih itibariyle, 1 Ekim 1994'te yürürlüğe giren 9 No.lu Protokol (AKAS No. 140) yürürlükten kalkmış, 10 No.lu Protokol (AKAS No. 146) de konusuz kalmıştır.

Sözleşme ile protokollerinin imza ve onaylanmalarına ilişkin son durum ile yapılan beyanlar ve konulan çekincelerin tam listesine www.conventions.coe.int adresinden erişilebilir.

Bu metnin aslına uygun, resmi dili İngilizce ve Fransızca olup, Türkçe'ye tercümesi bilgilendirme amacı ile hazırlanmıştır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUNCIL OF EUROPE

67075 STRASBOURG CEDEX FRANCE

www.echr.coe.int

İçindekiler

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

Ek Protokol

Protokol No. 4

Protokol No. 6

Protokol No. 7

Protokol No. 12

Protokol No. 13

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

Roma 4 Kasım 1950

Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler,

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948'de ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni;

bu bildirinin, açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı hedef aldığını;

Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik oluşturmak olduğunu ve insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından biri olduğunu göz önüne alarak;

dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını bir kez daha tekrarlayarak;

aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla, Evrensel Bildiri'de yer alan bazı hakların ortak güvenceye bağlanmasını sağlama yolunda ilk adımları atmaya kararlı olarak, aşağıdaki konularda anlaşmışlardır:

Madde 1- İnsan haklarına saygı yükümlülüğü

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu Sözleşme Bölüm I'de tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır.

BÖLÜM I

HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER

Madde 2- Yaşam hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı, yasa tarafından korunacaktır. Hiç kimse, yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan ötürü hakkında bir mahkeme tarafından verilen mahkumiyet hükmünün ardından bu yaptırımın infaz edilmesi dışında, yaşamından kasıtlı olarak yoksun bırakılmayacaktır.

2. Yaşamdan yoksun bırakma, kesin biçimde gerekli olanın ötesine geçmeyen kuvvet kullanımı sonucunda ortaya çıktığında, bu Maddeye aykırı biçimde uygulanmış sayılmayacaktır:

(a) herhangi bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı savunulması;

(b) hukuka uygun bir yakalama/gözaltına alma ya da hukuka uygun olarak gözaltında tutulan bir kimsenin kaçmasını önleme;

(c) bir ayaklanma ya da isyanı bastırma amacıyla hukuka uygun olarak yapılan tasarruf.

Madde 3- İşkence yasağı

Hiç kimse, işkenceye ya da insanlıkdışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır.

Madde 4- Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

1. Hiç kimse, köle ya da kul olarak tutulmayacaktır.

2. Hiç kimseden, zorla ya da zorunlu olarak çalışması istenmeyecektir.

3. Bu Maddenin amaçları bakımından, "zorla ya da zorunlu olarak çalışma" terimleri aşağıdaki halleri kapsamayacaktır:

(a) Sözleşme Madde 5 hükümlerine uygun olarak uygulanan gözaltında tutulma sırasında ya da böyle bir özgürlükten yoksun bırakılma halinden koşullu olarak salıverilmiş olduğu sürede kendisinden yerine getirilmesi istenecek olağan nitelikteki çalışma;

(b) askeri nitelikteki herhangi bir hizmet ya da, askeri hizmetleri vicdani ret temelinde yerine getirmemenin tanınmış bulunduğu ülkelerde zorunlu askerlik hizmeti yerine öngörülen bir başka hizmet;

(c) topluluğun yaşamını ya da refahını tehdit eden olağanüstü bir durum ya da doğal afet hallerinde istenecek olan herhangi bir hizmet;

(d) olağan medeni/yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturan nitelikteki herhangi bir çalışma ya da hizmet.

Madde 5- Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse, aşağıdaki haller dışında ve yasayla öngörülen bir usule uygun olması durumu hariç özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır.

(a) bir kimsenin, yetkili bir mahkeme tarafından verilen bir mahkumiyet kararından sonra, hukuka uygun olarak alıkonması/tutulması;

(b) bir kimsenin, bir mahkemenin hukuka uyun olarak verdiği bir karara uyulmamasından ötürü ya da yasa tarafından öngörülen herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak üzere, hukuka uygun olarak yakalanması/(gözaltına alınması) ya da gözaltında/(tutuklu olarak) tutulması;

(c) bir kimsenin, bir suç işlediği hususunda makul bir kuşku bulunması üzerine ya da bir suç işlenmesini yahut suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için makul olarak gerekli bulunduğu düşünülen hallerde, o kişiyi yetkili yasal makam önüne çıkartmak amacıyla, hukuka uygun olarak gözaltına alınması/(yakalanması) ya da gözaltında/(tutuklu olarak) tutulması;

(d) bir küçüğün eğitiminin izlenmesi/gözetimi amacıyla verilen hukuka uygun bir emirle/kararla gözetim altında tutulması ya da yetkili yasal mercii önüne çıkarılması amacıyla hukuka uygun olarak alıkonması; (e) bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi amacıyla bu tür hastalık taşıyan kişilerin, akıl hastası olanların, alkoliklerin ya da uyuşturucu bağımlısı olanların yahut serserilerin hukuka uygun olarak alıkonması;

(f) bir kişi hakkında bir ülkeye izinsiz şekilde girmesini önlemek üzere ya da sınırdışı etmek yahut geri vermek amacıyla bir işlem yapılması halinde, bu kişinin hukuka uygun olarak gözaltına alınması/(yakalanması) ya da alıkonması;

2. Gözaltına alınan bir kişi, derhal, gözaltına alınmasının nedenleri ve kendisine isnat edilen suçlar hakkında, anladığı dilde olacak şekilde bilgilendirilecektir.

3. Bu Madde paragraf 1/c hükümleri uyarınca gözaltına alınan ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alıkonan herkes, derhal, bir yargıcın ya da yasa tarafından kendisine yargısal yetkiler kullanma erki verilen bir başka görevlinin önüne çıkartılacaktır ve bu kişi makul süre içinde yargılanma ya da yargılaması sürerken salıverilme hakkına sahip olacaktır. Salıverme, bu kişinin duruşmada hazır bulunmasını güvence altına alan koşullara bağlanabilir.

4. Gözaltına alınma ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alıkonma yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, alıkonmasının hukuka uygunluğu hakkında ve bu alıkoyma hukuka aykırı ise salıverilmesi hususunda hızla karar verebilecek bir mahkemede dava açmak hakkına sahip olacaktır.

5. Bu Maddenin hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmanın ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alıkonmanın mağduru olan her kişi, icra edilebilir bir tazminat alma hakkına sahip olacaktır.

Madde 6- Adil yargılanma hakkı

1. Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanır; ancak basın ve kamu duruşmanın tamamından ya da bir kısmından, bir demokratik toplumda, ahlak, kamu düzeni yahut milli güvenlik yararına, gençlerin çıkarlarının ya da tarafların özel yaşamının korunmasının bunu gerektirmesi hallerinde, ya da aleniyetin, adaletin gereklerine zarar verebileceği özel koşullar bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, çıkartılabilir.

2. Bir suç isnat edilen herkes, hukuka uygun olarak suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır.

3.Bir suç isnat edilen herkes, en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak;

(b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve olanaklara sahip olmak;

(c) bizzat ya da kendi seçtiği bir yasal yardımcı/(savunmanı) yoluyla savunmasını yapmak ya da, yasal yardım almak için yeterli ödeme gücüne sahip değil ise, bu yardımın, adaletin yararının gerektirmesi halinde, kendisine ücretsiz olarak sağlanması;

(d) aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve kendi lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde, hazır bulunmalarını ve sorgulanmalarını sağlamak;

(e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşamıyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

Madde 7- Yasaya dayanmayan ceza verilmezlik

1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlu bulunmayacaktır. Hiç kimseye, suç işlediği zaman verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilmeyecektir.

2. Bu Madde, işlendiği zaman, uygar uluslar tarafından tanınmış hukukun genel ilkeleri uyarınca suç sayılan herhangi bir eylemden ya da ihmalden ötürü herhangi bir kişinin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmayacaktır.

Madde 8- Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı

1.Herkes, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin ya da ülkenin ekonomik refahının yararı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukuka uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar hariç, hiçbir müdahale olmayacaktır.

Madde 9 – Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1. Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve ister tek başına isterse de başkalarıyla birlikte topluluk içinde, aleni ya da gizli olarak, ibadet etmek, öğretmek, uygulamak ve bunlara uymak şeklinde dinini ya da inancını açıklama özgürlüğünü içerir.

2. Bir kimsenin dinini ya da inancını açıklama özgürlüğü ancak, kamu emniyeti yararı, kamu düzeninin, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukukun öngördüğü ve bir demokratik toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulacaktır.

Madde 10 – İfade özgürlüğü

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir. Bu Madde, Devletlerin, radyo televizyon ya da sinema işletmeciliğinin izne/ruhsata bağlanması isteminde bulunmalarını engellemeyecektir.

2. Bu özgürlüklerin kullanımı, ödevler ve sorumluluklar ile yürütüleceğinden, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi için, yahut yargılama organlarının yetke ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir.

Madde 11- Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü

1. Herkes, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya girme hakkı dahil, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanımına, ulusal güvenliğin ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukukun öngördüğü ve bir demokratik toplumda gerekli olanlardan başka hiçbir kayıtlama getirilmeyecektir. Bu Madde, silahlı kuvvetler, polis örgütü ya da Devlet idaresi mensupları tarafından bu hakların kullanılmasına hukuka uygun kayıtlamalar getirilmesini engellemeyecektir.

Madde 12- Evlenme hakkı

Evlenme yaşına gelen erkekler ve kadınlar, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak, evlenmek ve bir aile kurmak hakkına sahiptir.

Madde 13- Etkin hukuksal başvuru yollarına hak

Bu Sözleşmede düzenlenen hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlalin bir resmi sıfatla tasarrufta bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olması dikkate alınmaksızın, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olacaktır.

Madde 14 – Ayrımcılık yasağı

Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır.

Madde 15 – Olağanüstü durumlarda sapma

1. Savaş ya da ulusun yaşamını tehdit eden diğer kamusal tehlike zamanında, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerden sapma teşkil eden önlemleri,

bunların kesin biçimde durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere aykırı olmayacak türde önlemler olması koşuluyla, alabilir.

2. Bu hüküm çerçevesinde, savaşta hukuka uygun tasarruflar sonucu gerçekleşen ölümler hariç, Madde 2'den, ya da Madde 3'den, Madde 42 paragraf 1'den ve Madde 7'den hiçbir sapma yapılmayacaktır.

3. Sapma yapmaya ilişkin bu hakkını kullanan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, almış bulunduğu önlemler ve bunların gerekçeleri konularında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni tam olarak bilgilendirecektir. Yüksek Sözleşmeci Taraf ayrıca, bu tür önlemlerin yürürlüğünün sona erdiği ve Sözleşme hükümlerinin yeniden tamamen uygulamaya konduğu tarih hakkında da Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ni bilgilendirecektir.

Madde 16- Yabancıların siyasal faaliyetleri üzerinde kayıtlamalar

10., 11. ve 14. Maddelerdeki hiçbir hüküm, Yüksek Sözleşmeci Tarafların, yabancıların siyasal faaliyetleri üzerine kayıtlamalar getirmelerine engel teşkil eder sayılmayacaktır.

Madde 17 – Hakların kötüye kullanımı yasağı

Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Sözleşmede düzenlenen herhangi bir hakkı ve özgürlüğü tahrip etmeye yahut bu Sözleşmede öngörülenden daha geniş kapsamlı sınırlamalar getirilmesini amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunmaya ya da eylemi/tasarrufu gerçekleştirmeye yönelik herhangi bir hak sağlar olarak yorumlanamaz.

Madde 18 – Haklar üzerindeki kayıtlamaların kullanımının sınırlanması

Bu Sözleşme çerçevesinde söz konusu haklara ve özgürlüklere getirilmesine izin verilen kayıtlamalar, öngörüldüklerinden başka herhangi bir amaçla uygulanmayacaktır.

BÖLÜM II

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Madde 19- Mahkemenin kuruluşu

Yüksek Sözleşmeci Taraflarca bu Sözleşme ve onun protokolleri ile üstlenilen sözverimlere/(taahhütlere) uyulmasının temini için, bundan böyle "Mahkeme" olarak anılan bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulacaktır. Mahkeme süreklilik esasına göre çalışacaktır.

Madde 20 – Yargıçların sayısı

Mahkeme, Yüksek Sözleşmeci Tarafların sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşacaktır.

Madde 21 – Görev alma ölçütleri

1. Yargıçlar, üstün ahlaki nitelikte ve, ya yüksek yargısal bir göreve atanabilmek için aranan niteliklere sahip ya da yetkinliği tanınan hukukçular olmalıdır.

2. Yargıçlar Mahkemede kişisel sıfatlarıyla yer alacaklardır.

3. Yargıçlar görevleri süresince, bağımsızlıklarıyla, tarafsızlıklarıyla ya da sürekli bir görevin gerekleriyle bağdaşmayan herhangi bir faaliyetle meşgul olamazlar; bu paragrafın uygulanmasından doğan bütün sorunlar Mahkeme tarafından karara bağlanacaktır.

Madde 22 – Yargıçların seçimi

1. Yargıçlar, Yüksek Sözleşmeci Tarafça gösterilen üç adaylı bir listeden, her bir Yüksek Sözleşmeci Taraf için, Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğu ile seçilecektir.

2. Aynı usul, yeni Sözleşmeci Tarafların Sözleşmeye katılması halinde ve herhangi bir nedenle boşalan Mahkeme üyeliklerini tamamlamak üzere izlenecektir.

Madde 23 – Görev süreleri

1. Yargıçlar altı yıllık bir süre için seçileceklerdir. Bunlar yeniden seçilebilirler. Bununla birlikte, ilk seçimde seçilen yargıçlardan yarısının görev süresi, üç yılın bitiminde sona erecektir.

2. İlk üç yıllık dönemin sonunda görev süreleri bitecek olan yargıçlar, seçilmelerinin hemen ardından, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından kura yoluyla saptanacaktır.

3. Yargıçların yarasının görev süresinin her üç yılda bir mümkün olduğu ölçüde yenilenmesini sağlamak için, Parlamenterler Meclisi, herhangi bir müteakip seçime geçmeden önce, seçilecek olan bir ya da daha çok yargıcın görev süresinin yahut sürelerinin, dokuz yıldan çok ve üç yıldan az olamamak koşuluyla, altı yıldan başka bir süre olmasına karar verebilir.

4. Birden çok üyenin görev süresi söz konusu olduğu ve Parlamenterler Meclisi'nin yukarıdaki paragrafı uyguladığı durumlarda, görev sürelerinin dağlımı, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından seçimden hemen sonra yapılacak kura yoluyla gerçekleştirilecektir.

5. Görev süresi sona ermemiş bir yargıcın yerini almak üzere seçilen bir yargıç, yerine seçildiği yargıcın süresinin kalan kısmı için görev alacaktır.

6. Yargıçların görev süreleri, 70 yaşına ulaştıklarında sona erecektir.

7. Yargıçlar, yerine yenileri geçene dek görevde kalacaklardır. Bununla birlikte, yargıçlar, halihazırda incelemeleri altında olan vakaları ele almayı sürdüreceklerdir.

Madde 24- Görevden alma

Hiçbir yargıç, gerekli koşulları taşımadığına diğer yargıçların üçte ikisi tarafından karar verilmedikçe, görevinden alınamaz.

Madde 25 – Kalem ve adli sekreterler

Mahkemenin, faaliyetleri ve örgütlenmesi Mahkeme kuralları ile düzenlenecek bir Kalemi olacaktır. Mahkemeye adli sekreterler tarafından yardımcı olunacaktır.

Madde 26- Mahkeme Genel Kurulu

Mahkeme Genel Kurulu,

(a) üç yıl için, Başkanını ve bir ya da iki Başkan Yardımcısını seçecektir; bunlar yeniden seçilebilirler;

(b) belirli bir süre için oluşturulan Daireler kuracaktır;

(c) Mahkemenin Dairelerinin Başkanlarını seçecektir; bunlar yeniden seçilebilir;

(d) Mahkeme kurallarını kabul edecektir; ve

(e) Katibi ve bir ya da daha çok Katip Yardımcılarını seçecektir.

Madde 27 -Komiteler, Daireler ve Büyük Daire

1. Mahkeme, önüne getirilen vakaları değerlendirirken, üç yargıçtan oluşan komiteler, yedi yargıçtan oluşan Daireler ve on yedi yargıçtan oluşan Büyük Daire halinde toplanacaktır. Mahkemenin Daireleri, belirli süreler için komiteler kuracaktır.

2. İlgili Taraf Devlet namına seçilen yargıç ya da, böyle birisi yoksa yahut bu yargıç yer alamıyor ise, bu Devletin seçtiği bir kişi, Dairenin ve Büyük Dairenin resen/(ex officio) bir üyesi olarak yargıç sıfatıyla yer alacaktır.

3. Büyük Daire, Mahkeme Başkanını, Başkan Yardımcılarını, Dairelerin Başkanlarını ve Mahkeme kuralları uyarınca seçilen diğer yargıçları da kapsayacaktır. Bir vaka Madde 43 çerçevesinde Büyük Daireye götürüldüğü zaman, hükmü veren Daireden hiçbir yargıç, o Dairenin Başkanı ve ilgili Taraf Devlet için yer almış olan yargıç hariç, Büyük Dairede yer alamaz.

Madde 28 – Komiteler tarafından yapılan kabuledilemezlik açıklamaları

Bir komite, daha ileri inceleme yapmaksızın böyle bir karar alınabildiği yerde, Madde 34 çerçevesinde sunulmuş bir bireysel başvuruyu, oybirliğiyle, kabuledilemez olarak açıklayabilir ya da vakalar listesinden çıkartabilir.

Madde 29 -Daireler tarafından verilen kabuledilebilirlik ve davanın esası hakkındaki kararlar

1. Madde 28 çerçevesinde bir karar alınamadıysa, bir Daire, Madde 34 çerçevesinde sunulmuş olan bireysel başvuruların kabuledilebilirliği ve esası üzerinde karar verecektir.

2. Bir Daire, madde 33 çerçevesinde sunulmuş Devletlerarası başvuruların kabuledilebilirliği ve esası üzerinde karar verecektir.

3. Mahkeme, istisnai hallerde aksine karar almadıkça, kabuledilebilirlik hakkındaki karar ayrı olarak verilecektir.

Madde 30 – Yargılama yetkisinin Büyük Daireye bırakılması

Bir Dairenin önünde görülmekte olan bir vaka Sözleşmenin ya da onun Protokollerinin yorumlanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğurduğu ya da önünde bulunan bir sorunun çözümü Mahkeme tarafından daha önce verilen bir hükümle uyuşmayacak bir sonuç yarattığı hallerde, Daire, vakanın taraflarından herhangi biri itiraz etmedikçe, hükmünü vermeden önce herhangi bir anda, yargılama yetkisini Büyük Daire lehine bırakabilir.

Madde 31 – Büyük Dairenin yetkileri

Büyük Daire,

(a) Madde 33 ya da Madde 34 çerçevesinde sunulan başvuruları, bir Daire yargılama yetkisini Madde 30 çerçevesinde bıraktığı zaman ya da bir vaka Madde 43 çerçevesinde önüne getirildiği zaman, karara bağlayacaktır; ve

(b) Madde 47 çerçevesinde sunulan tavsiye görüşü istemlerini değerlendirecektir.

Madde 32 – Mahkemenin yargılama yetkisi

1. Mahkemenin yargılama yetkisi, Sözleşme ve onun Protokollerinin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olup Madde 33, Madde 34 ve Madde 47'de öngörüldüğü biçimde kendisine gönderilen tüm meseleleri kapsayacaktır.

2. Mahkemenin yargı yetkisinin olup olmadığına ilişkin uzlaşmazlık halinde, Mahkeme bu hususta karar verecektir.

Madde 33 – Devletlerarası davalar

Herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, Sözleşme ve onun Protokollerindeki hükümlerin başka bir Yüksek Sözleşmeci Tarafça ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir savı Mahkeme önüne götürebilir.

Madde 34- Bireysel Başvurular

Mahkeme, Sözleşme ya da onun Protokollerinde düzenlenen hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birisince ihlal edilmesinin mağduru olduğunu iddia eden herhangi bir kişiden, hükümet-dışı örgütten ya da birey grubundan gelen başvuruları kabul edebilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu hakkın etkin biçiminde kullanımını herhangi bir biçimde engellememeyi üstlenirler.

Madde 35- Kabuledilebilirlik ölçütleri

1. Mahkeme bir meseleyi sadece, uluslararası hukukun genelde tanınan kuralları uyarınca, tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra, ve nihai kararın alındığı tarihten itibaren altı ay içinde ele alabilir.

2. Mahkeme, Madde 34 çerçevesinde sunulan herhangi bir bireysel başvuruyu aşağıdaki hallerde ele almayacaktır:

(a) İsimsiz olan; ya da

(b) Mahkeme taraflarından evvelce incelenmiş ya da başkaca bir uluslararası soruşturma ya da çözüme kavuşturma usulüne sunulmuş bulunan bir meseleyle esası bakımından aynı olan ve ilintili yeni bilgi içermeyen.

3. Mahkeme, Madde 34 çerçevesinde sunulan herhangi bir bireysel başvuru hakkında, Sözleşme ve onun Protokollerindeki hükümler ile bağdaşmaz, açıkça temelsiz ya da başvuru hakkının bir kötüye kullanımı olduğu değerlendirmesini yaptığında, kabuledilemez olduğunu açıklayacaktır.

4. Mahkeme, bu Madde çerçevesinde kabuledilemez olarak değerlendirdiği bir başvuruyu reddedecektir. Mahkeme bunu, yargılama işlemlerinin/sürecinin herhangi bir aşamasında yapabilir.

Madde 36 – Üçüncü tarafın müdahalesi

1. Bir Dairenin ya da Büyük Dairenin önündeki tüm vakalarda, vatandaşlarından birisi bir başvurucu durumunda bulunan bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, yazılı yorumlarını sunma ve duruşmalarda yer alma hakkına sahip olacaktır.

2. Mahkeme Başkanı, adaletin uygun biçimde yerine getirilmesi yararı için, yargılama sürecinde taraf olmayan bir Yüksek Sözleşmeci Tarafı ya da başvurucu dışında ilgili herhangi bir kimseyi, yazılı yorumlarını sunmaya ve duruşmalarda yer almaya davet edebilir.

Madde 37- Başvuruları listeden çıkartma

1. Mahkeme, bir başvuruyu, yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında, koşulların aşağıdaki sonuçlardan birine yol açması durumunda, vaka listesinden çıkartmaya karar verebilir:

(a) başvurucunun kendi başvurusunu izlemek niyetinde olmaması; ya da

(b) meselenin çözüme bağlanmış olması; ya da

(c) başvuruyu incelemeyi sürdürmenin daha fazla haklı kılınamadığını gösteren, Mahkeme tarafından belirlenen herhangi başka bir nedenin bulunması. Bununla birlikte, Sözleşmede ve onun Protokollerinde tanımlandığı üzere insan haklarına saygı gösterilmesi için gerektiriyorsa, Mahkeme bir başvuruyu incelemeyi sürdürecektir.

2. Mahkeme, koşulların bu tür bir işlemi haklı kıldığını değerlendirirse, bir başvurunun vakalar listesinde yeniden yer almasına karar verebilir.

Madde 38- Vakanın incelenmesi ve dostça çözüm süreci

1. Mahkeme, başvurunun kabuledilebilir olduğunu açıklarsa,

(a) tarafların temsilcileriyle birlikte vakanın incelenmesini sürdürecektir, ve gereksinim varsa, ilgili Devletlerin etkin biçimde yürütülmesi için gerekli tüm olanaklarını sağlayacağı bir soruşturmayı üstlenecektir;

(b) Sözleşme ve onun Protokollerinde tanımlandığı üzere insan haklarına saygı gösterilmesi temelinde, meselenin bir dostça çözüme kavuşturulması amacıyla, ilgili tarafların hizmetine kendisini amade kılacaktır.

2. Paragraf 1.b çerçevesinde yürütülen yargılama işlemleri/süreci gizli tutulacaktır.

Madde 39- Dostça çözüme ulaşılması

Bir dostça çözüm gerçekleştirilirse, Mahkeme, olguların ve ulaşılan sonucun belirtildiği bir özetle sınırlandırılacak olan bir karar ile vakayı listesinden çıkartacaktır.

Madde 40- Duruşmaların aleniliği ve belgelere ulaşma

1. Mahkeme, istisnai hallerde aksine karar vermedikçe, duruşmalar aleni olacaktır.

2. Mahkemenin Başkanı aksine karar vermedikçe, Kaleme depo edilen belgeler kamu bakımından ulaşılabilir/edinilebilir olacaktır.

Madde 41 – Hakkaniyete uygun tatmin

Sözleşme ya da onun Protokollerinin bir ihlali bulunduğunu bulgularsa, ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku ancak kısmi bir giderime elveriyorsa, Mahkeme, gerekli olduğunda, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun biçimde tatmin edilmesini temin edecektir.

Madde 42 – Dairelerin hükümleri

Dairelerin hükümleri, Madde 44, paragraf 2 hükümleri uyarınca nihai/kesin olacaktır.

Madde 43- Büyük Daireye gönderme

1. Dairenin hükmünü vermesi tarihinden itibaren üç ay içerisinde, taraflardan herhangi birisi, istisnai durumlarda, vakanın Büyük Daireye gönderilmesini isteyebilir.

2. Vaka, Sözleşmenin ve onun Protokollerinin yorumlanmasını ya da uygulanmasını etkileyen bir ciddi sorun, ya da genel önemi bulunan bir ciddi mesele doğuruyorsa, Büyük Dairenin beş yargıçtan oluşan bir heyeti, bu istemi kabul edecektir.

3. Bu heyet söz konusu istemi kabil ederse, Büyük Daire bir hüküm vermek yoluyla vakayı karara bağlayacaktır.

Madde 44 – Kesin/Nihai hükümler

1. Büyük Dairenin hükmü kesindir/nihaidir.

2. Bir Dairenin hükmü aşağıdaki hallerde kesin/nihai olacaktır:

(a) taraflar, vakanın Büyük Daireye gönderilmesi isteminde bulunmayacaklarını açıkladıkları zaman; ya da

(b) vakanın Büyük Daireye gönderilmesi isteminde bulunulmamış ise, hüküm tarihinden üç ay sonra;

(c) Büyük Dairenin heyeti Madde 43 çerçevesinde gönderilen istemi reddettiği zaman.

3.Kesin/nihai hüküm yayımlanacaktır.

Madde 45- Hükümlerin ve kararların gerekçeli olması

1. Başvuruların kabuledilebilir ya da kabuledilemez olduğunu açıklayan kararların yanı sıra, verilen hükümler için de gerekçeler gösterilecektir.

2. Bir hüküm tamamen ya da kısmen, yargıçların oybirliğini yansıtmıyorsa, herhangi bir yargıcın bir ayrık görüş verme hakkı olacaktır.

Madde 46 – Hükümlerin bağlayıcılığı ve icrası

1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, tarafı bulundukları herhangi bir vakada Mahkemenin kesin/nihai hükmü ile bağlı olmayı üstlenirler.

2. Mahkemenin kesin/nihai hükmü, bunun icrasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne iletilecektir.

Madde 47- Tavsiye görüşleri

1. Mahkeme, Bakanlar Komitesi'nin istemi üzerine, Sözleşmenin ve onun Protokollerinin yorumlanmasına ilişkin hukuksal sorunlar hakkında tavsiye görüşü verebilir.

2. Bu tür görüşler, Sözleşme Bölüm I'de ve onun Protokollerinde tanımlanan hakların ya da özgürlüklerin içeriği ya da kapsamına ilişkin herhangi bir sorunu, yahut Sözleşme uyarınca açılmış/başlatılmış herhangi bir yargılama işleminin sunucu olarak Mahkemenin ya da Bakanlar Komitesi'nin değerlendirmek durumunda olduğu başka herhangi bir sorunu, ele alamayacaktır.

3. Bakanlar Komitesi'nin, Mahkemeden bir tavsiye görüşü isteminde bulunması kararları, Komitede yer alma hakkına sahip temsilcilerin bir çoğunluk oyunu gerektirecektir.

Madde 48- Mahkemenin tavsiye görüşü verme yetkisi

Mahkeme, Bakanlar Komitesi tarafından sunulan bir tavsiye görüşü isteminin, Madde 47'de tanımlanan yetkisi içerisinde olup olmadığına karar verecektir.

Madde 49- Tavsiye görüşlerinin gerekçeli olması

1. Mahkemenin tavsiye görüşleri için gerekçeler gösterilecektir.

2. Bir tavsiye görüşünün bütünü ya da bir bölümü yargıçların oybirliği ile aldıkları görüşü yansıtmıyorsa, herhangi bir yargıcın bir ayrık görüş verme hakkı olacaktır.

3. Mahkemenin verdiği tavsiye görüşleri Bakanlar Komitesi'ne iletilecektir.

Madde 50- Mahkemenin giderleri

Mahkemenin giderleri, Avrupa Konseyi tarafından karşılanacaktır.

Madde 51- Yargıçların ayrıcalık ve bağışıklıkları

Yargıçlar, görevlerinin ifası sırasında, Avrupa Konseyi Statüsü Madde 40'ta ve bu çerçevede yapılan anlaşmalarda belirtilen ayrıcalıklara ve bağışıklıklara hak sahibi olacaklardır.

BÖLÜM III

ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

Madde 52- Genel Sekreter tarafından yapılan soruşturmalar

Herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nden gelen bir istemi alması üzerine, kendi iç hukukunun bu Sözleşmenin herhangi bir hükmüne nasıl bir etkin işlerlik sağladığına ilişkin olarak açıklama getirecektir.

Madde 53- Mevcut insan haklarının korunması

Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasaları ya da bu Devletin taraf olduğu herhangi bir başka anlaşma çerçevesinde güvence altına alınmış olan insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlar ya da aykırı düşülmesine/(sapmaya) yol açar şekilde yorumlanmayacaktır.

Madde 54- Bakanlar Komitesi'nin yetkileri

Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, Avrupa Konseyi Statüsü ile Bakanlar Komitesi'ne tanınan yetkilere halel getirmeyecektir.

Madde 55- Diğer uyuşmazlık çözüm yollarının dışlanması

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, özel anlaşma yapılması hali istisna, bu Sözleşmenin yorumlanmasından ya da uygulanmasından doğan bir uzlaşmazlığı, bu Sözleşmede öngörülenden başka bir çözüm usulüne dilekçe vermek yoluyla sunmak amacıyla aralarında yürürlükte bulunan andlaşmalar, sözleşmeler ya da bildirilerden yararlanmamak hususunda anlaşmışlardır.

Madde 56- Yer bakımından uygulama

1. Herhangi bir Devlet, Sözleşmeyi onaylama zamanında ya da bundan sonraki herhangi bir zamanda Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne ulaştıracağı bir bildirimle, bu Madde, paragraf 4'e tabi olarak, uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu ülkelerin hepsinin ya da bazılarının, bu Sözleşmenin kapsamına gireceğini açıklayabilir.

2. Sözleşme, bildirimde adı geçen ülke ya da ülkelerde, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin bu bildirimi almasından sonraki otuzuncu günde yürürlüğe girecektir.

3. Bu Sözleşmenin hükümleri bu tür ülkelerde, yerel gerekler, her yönüyle göz önünde tutularak uygulanacaktır.

4. Bu Madde paragraf 1 uyarınca, bir beyanda bulunmuş olan herhangi bir Devlet, bunun ardından herhangi bir zamanda, bu beyanın ilişkin bulunduğu bir ya da daha çok ülke bakımından, Sözleşme Madde 34'te öngörüldüğü biçimde Mahkemenin bireylerden, hükümet-dışı örgütlerden ya da birey gruplarından gelecek başvuruları kabul etme yetkisini kabul ettiğini açıklayabilir.

Madde 57- Çekinceler

1. Herhangi bir Devlet, bu Sözleşmenin imzalanması ya da onaylama belgesinin depo edilmesi zamanında, Sözleşmenin belirli bir hükmüne, o esnada ülkesinde yürürlükte olan herhangi bir yasanın bu hükme uygun bulunmaması ölçüsünde, bir çekince koyabilir. Bu Madde çerçevesinde genel nitelikli çekinceler konmasına izin verilmeyecektir.

2. Bu Madde çerçevesinde konulan herhangi bir çekince, ilgili yasanın bir özet açıklamasını içerecektir.

Madde 58- Fesih

1. Bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Sözleşmeyi sadece, Sözleşmeye taraf olduğu tarihten itibaren beş yıl sona erdikten sonra ve diğer Yüksek Sözleşmeci Tarafları bilgilendirecek olan Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne gönderilen bir bildirimde yar alan altı aylık ihbar süresinden sonra, feshedebilir.

2. Böyle bir feshin, ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın bu Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerinden sıyrılmasına bir etkisi, feshin yürürlüğe girdiği tarihten önce ifa edilmiş olup Sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin bir ihlalini oluşturmaya elverebilecek herhangi bir tasarrufu bağlamında söz konusu olmayacaktır.

3. Avrupa Konseyi üyeliği sona eren herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın, aynı koşullar altında bu Sözleşmenin bir Tarafı olması hali de sona erecektir.

4. Madde 56 hükümleri çerçevesinde Sözleşmenin kapsayacağı bildirilen herhangi bir ülke bakımından, bu Sözleşme yukarıdaki paragrafların hükümleri uyarınca feshedilebilir.

Madde 59- İmza ve onay

1. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üyelerinin imzasına açık olacaktır. Bu Sözleşme onaylanacaktır. Onay belgeleri, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne depo edilecektir.

2. Bu Sözleşme, on onaylama belgesinin depo edilmesinden sonra yürürlüğe girecektir.

3. Bu Sözleşme, sonradan onaylayan bir imzacı Devlet bakımından, onaylama belgesini depo ettiği tarihte yürürlüğe girecektir.

4. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Sözleşmenin yürürlüğe girişini, onaylayan Yüksek Sözleşmeci Tarafların adlarını, ve etkisini daha sonra doğuracak olan tüm onay belgelerinin depo edilmesi işlemlerini, Avrupa Konseyi'nin bütün üyelerine bildirilecektir.

Avrupa Konseyi'nin arşivlerinde depo edilmek, her iki metin de eşit olarak geçerli olmak üzere, İngilizce ve Fransızca bir tek kopya halinde Kasım 1950'nin 4. gününde Roma'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter, onaylı kopyaları her bir imzacı Devlete iletecektir.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek Protokol

Paris, 20.III.1952

Bu Protokol'ü imzalayan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler,

Roma'da 4 Kasım 1950 tarihinde imza edilmiş bulunan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (aşağıda "Sözleşme" diye anılmıştır) birinci bölümünde belirtilenler dışında bazı hak ve özgürlüklerin ortak güvenceye bağlanmasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almayı kararlaştırarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

Mülkiyetin korunması

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.

Madde 2

Eğitim hakkı

Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.

Madde 3

Serbest seçim hakkı

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.

Madde 4

Ülkesel uygulama

Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Protokol'ün imzası veya onaylanması sırasında ya da daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ve sözü geçen bildirimde belirttiği ülkelerde bu Protokol hükümlerinin ne ölçüde uygulanacağını taahhüt ettiğini açıklayabilir.

Yukarıdaki fıkra uyarınca bir bildirimde bulunmuş olan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, zaman zaman yapacağı yeni bildirimlerle daha önceki beyanlarının koşullarını değiştirebilir veya bu Protokol hükümlerinin bu tür herhangi bir ülkede uygulanmasına son verildiğini bildirebilir.

Bu madde uyarınca yapılmış olan bir bildirim, Sözleşme'nin 56. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak yapılmış sayılır.

Madde 5

Sözleşme ile bağlantı

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu Protokol'ün 1, 2, 3 ve 4. maddelerini Sözleşme'ye ek maddeler olarak kabul ederler ve Sözleşme'nin bütün hükümleri buna göre uygulanır.

Madde 6

İmza ve onay

Bu Protokol, Sözleşme'yi imza eden Avrupa Konseyi Üyeleri'nin imzalarına açıktır. Bu Protokol, Sözleşme ile birlikte veya ondan sonra onaylanacaktır. Protokol on onaylama belgesinin verilmesinden sonra yürürlüğe girecektir. Daha sonra onaylayan imzacı devletler bakımından Protokol, onaylama belgesinin verildiği tarihten itibaren yürürlüğe girer.

Onaylama belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilecek, o da onaylayan devletlerin adlarını bütün üyelerine bildirecektir.

Bu Protokol, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 20 Mart 1952'de Paris'te düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun tasdikli örneklerini imza eden bütün devletlere gönderecektir.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile bu Sözleşme'ye ek birinci Protokol'de tanınmış bulunan haklardan ve özgürlüklerden başka haklar ve özgürlükler tanıyan Protokol No. 4

Strazburg, 16.IX.1963

Bu Protokol'ü imzalayan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler,

Roma'da 4 Kasım 1950 tarihinde imza edilmiş bulunan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (aşağıda "Sözleşme" diye anılmıştır) birinci bölümünde ve 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzalanmış olan Sözleşme'ye Ek Birinci Protokol'ün 1, 2 ve 3. maddelerinde tanınmış bulunanlardan başka bazı hak ve özgürlüklerin ortak güvenceye bağlanmasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almayı kararlaştırarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

Borçtan dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılma yasağı

Hiç kimse, yalnızca akdî ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

Madde 2

Serbest dolaşım özgürlüğü

1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçebilme hakkına sahiptir.

2. Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir.

3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. Bu maddenin 1. fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir.

Madde 3

Vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı

1. Hiç kimse, tek başına ya da toplu olarak, uyruğu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemez.

2. Hiç kimse, uyruğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz.

Madde 4

Yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasağı

Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesi yasaktır.

Madde 5

Ülkesel uygulama

1. Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Protokol'ün imzalanması veya onaylanması sırasında ya da daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle, uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu ve sözü geçen bildirimde belirttiği ülkelerde bu Protokol hükümlerinin ne ölçüde uygulanacağını taahhüt ettiğini açıklayabilir.

2. Yukarıdaki fıkra uyarınca bir bildirimde bulunmuş olan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, zaman zaman yapacağı yeni bildirimlerle, daha önceki beyanlarının koşullarını değiştirebilir veya bu Protokol hükümlerinin bu tür herhangi bir ülkede uygulanmasına son verildiğini bildirebilir.

3. Bu madde uyarınca yapılmış olan bir bildirim, Sözleşme'nin 56. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak yapılmış sayılır.

4. Onaylama veya kabul sonucunda bu Protokol'ün uygulandığı herhangi bir devletin ülkesi ve bu madde uyarınca sözü geçen devlet tarafından yapılmış bildirime göre bu Protokol'ün uygulandığı ülkelerin her biri, 2. ve 3. maddelerde sözü edilen devlet ülkesi deyimi bakımından ayrı ayrı ülkeler olarak kabul edilir.

5. Bu maddenin 1. ve 2. fıkraları uyarınca beyanda bulunan her devlet, sonradan her zaman bu beyanın ilgili olduğu ülke veya ülkeler lehine, Mahkeme'nin, işbu Protokol'ün 1, 2, 3 ve

4. maddelerinden herhangi birine ya da hepsine ilişkin olarak her gerçek kişiden, hükümet dışı her kuruluştan veya her kişi grubundan Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca başvuruları alma yetkisini kabul ettiğini beyan edebilir.

Madde 6

Sözleşme ile bağlantı

Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu Protokol'ün 1'den 5'e kadar olan maddelerini Sözleşme'ye ek maddeler olarak kabul ederler ve Sözleşme'nin bütün hükümleri buna göre uygulanır.

Madde 7

İmza ve onay

1. Bu Protokol, Sözleşme'yi imza eden Avrupa Konseyi üyelerinin imzalarına açıktır. Bu Protokol,

Sözleşme ile birlikte veya ondan sonra onaylanacaktır. Protokol beş onaylama belgesinin verilmesinden sonra yürürlüğe girecektir. Daha sonra onaylayan imzacı devletler bakımından Protokol, onaylama belgesinin verildiği tarihten itibaren yürürlüğe girer.

2. Onaylama belgeleri, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilecek, o da onaylayan devletlerin adlarını bütün üyelere bildirecektir.

Bu Protokol, imza yetkisini haiz kişilerce imzalanmış olup, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 16 Eylül 1963'te Strazburg'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun tasdikli örneklerini imza eden bütün devletlere gönderecektir.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Protokol No. 6

Strazburg, 28.IV.1983

Roma'da 6 Kasım 1950'de imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'yi (aşağıda "Sözleşme" diye anılmıştır) imzalayan Avrupa Konseyi üyesi devletler,

Avrupa Konseyi üyesi devletlerin birçoğunda yer alan gelişmelerin ölüm cezasının kaldırılması yolunda genel bir eğilimi ifade ettiğini göz önünde bulundurarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

Ölüm cezasının kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.

Madde 2

Savaş zamanında ölüm cezası

Bir devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

Madde 3

Askıya alma yasağı

Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleri ihlal edilemez.

Madde 4

Çekince koyma yasağı

Sözleşme'nin 57. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleriyle ilgili hiçbir çekince konulamaz.

Madde 5

Ülkesel uygulama

1. Her devlet, imza sırasında veya onaylama, kabul ya da katılma belgesinin verilmesi sırasında, bu Protokol'ün uygulanacağı ülkeyi veya ülkeleri belirleyebilir.

2. Her devlet, daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle belirteceği başka herhangi bir ülkenin bu Protokol'ün uygulanma kapsamına alınmış olduğunu beyan edebilir. Bu ülke bakımından Protokol, bildirimin Genel Sekreter tarafından alınışını izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

3. Yukarıdaki iki fıkra uyarınca yapılan her bildirim, Genel Sekreter'e gönderilecek bir ihbarla, bildirimde belirtilen ülkeyle ilgili olarak geri alınabilir. Geri alma, Genel Sekreter'in ihbarı alışını izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

Madde 6

Sözleşme ile bağlantı

Taraf Devletler bu Protokol'ün 1'den 5'e kadar olan maddelerini Sözleşme'ye ek maddeler olarak kabul ederler ve Sözleşme'nin bütün hükümleri buna göre uygulanır.

Madde 7

İmza ve onay

Bu Protokol, Sözleşme'yi imzalamış olan Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzalarına açıktır. Protokol, onaylama, kabul veya uygun bulmaya sunulacaktır. Avrupa Konseyi üyesi bir devlet, aynı zamanda veya daha önceden Sözleşme'yi onaylamadıkça, bu Protokol'ü onaylayamaz, kabul edemez veya uygun bulamaz. Onaylama, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilir.

Madde 8

Yürürlüğe giriş

1. Bu Protokol, beş Avrupa Konseyi üyesi devletin 7. madde hükümleri uyarınca Protokol'le bağlanma hususundaki rızalarını bildirdikleri tarihi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

2. Protokol'le bağlanma hususundaki rızalarını daha sonra bildiren Sözleşmeci Devletler açısından, bu Protokol onaylama belgesinin verilmesi, kabul edilmesi ya da onaylanması tarihini izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

Madde 9

Saklama işlevleri

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri,

a) her imzalamayı;

b) her onaylama, kabul veya uygun bulma belgesinin verilişini;

c) 5 ve 8. maddeler uyarınca bu Protokol'ün her yürürlüğe giriş tarihini;

d) bu Protokol'e ilişkin başka her türlü işlem, ihbar veya bildirimi;

Konsey üyesi devletlere bildirir.

Bu Protokol, imza yetkisini haiz kişilerce imzalanmış olup, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 28 Nisan 1983'te Strazburg'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun tasdikli örneklerini imza eden bütün devletlere gönderecektir.

İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek Protokol No. 7

Strazburg, 22.XI.1984

4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması'na İlişkin Sözleşme (bundan böyle "Sözleşme" diye anılmıştır) yoluyla belirli hak ve özgürlüklerin ortak güvenceye bağlanmasını sağlamak için daha ileri adımlar atmayı kararlaştıran ve burada imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi ülkeler,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usuli güvenceler

1. Bir devletin ülkesinde kurallara uygun olarak ikamet eden bir yabancı, yasaya uygun şekilde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemez ve bu durumda bir kimse:

a) sınır dışı edilmesine karşı gerekçeler öne sürebilme;

b) durumunu yeniden inceletme;

c) yukarıdaki amaçlarla, yetkili bir merci önünde veya bu merci tarafından tayin edilecek biri ya da birileri önünde kendini temsil ettirme hakkını haiz olacaktır.

2. Sınır dışı edilmenin kamu düzeni yararı ya da ulusal güvenlik nedenleri açısından gerektiği hallerde, bir yabancı yukarıdaki 1. maddenin a, b ve c bentlerinde öngörülen haklarını kullanmadan sınır dışı edilebilir.

Madde 2

Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı

1. Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

2. Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatini müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir.

Madde 3

Adli hata halinde tazminat hakkı

Bir kişinin, kesin bir kararla cezai bir suçtan mahkum edilmesi ve sonradan yeni veya yakın zamanda keşfedilmiş bir delilin kesinlikle yanlış bir adalet uygulaması olduğunu göstermesi veya kişinin affedilmesi nedeniyle cezai kararın iptal edilmesi halinde, bilinmeyen delilin açıklanmamış olmasının tamamen veya kısmen o kişiye atfedildiğinin ispatlandığı haller dışında, böyle bir mahkumiyet sonucunda cezaya maruz kalan kişi, ilgili devletin yasası ve uygulamasına göre tazmin edilecektir.

Madde 4

Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı

1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklere aykırı hiçbir tedbir alınamaz.

Madde 5

Eşler arasında eşitlik

Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.

Madde 6

Ülkesel uygulama

1. Her devlet imzalama veya onay, kabul ya da uygun bulma belgesinin verilmesi sırasında bu Protokol'ün uygulanacağı toprak ya da toprakları belirtir ve bu toprak veya topraklara uygulayacağı işbu Protokol hükümlerini ne ölçüde yükümlendiğini ifade eder.

2. Her devlet daha sonraki herhangi bir tarihte Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben yapacağı bir beyanla, bu Protokol'ün uygulanmasını, beyanda belirtilen herhangi diğer bir toprağa da genişletebilir. Bu durumdaki bir toprak bakımından, Protokol, Genel Sekreter'in böyle bir beyanı teslim aldığı tarihten itibaren iki aylık bir sürenin bitişini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

3. Yukarıdaki iki fıkra uyarınca yapılan herhangi bir beyan, böyle bir beyanda belirtilen toprak açısından, Genel Sekreter'e hitaben yapılan bir bildirim ile geri alınabilir veya değiştirilebilir. Geri alma veya değiştirme, bildirimin Genel Sekreter'e tesliminden sonraki iki aylık sürenin bitimini izleyen ay başında yürürlüğe girer.

4. Bu madde uyarınca yapılan beyan, Sözleşme'nin 56. maddesinin 1. fıkrası uygun olarak yapılmış sayılır.

5. Onaylama, kabul ya da uygun bulma işlemi sonucu bu Protokol'ün uygulanacağı herhangi bir devlet toprağı ve bu madde uyarınca o devlet tarafından yapılan beyana binaen bu Protokol'ün uygulanacağı topraklardan her biri, 1. maddede atıfta bulunulan anlamıyla bir devletin ülkesinden ayrı topraklar olarak mütalaa edilebilir.

6. Bu maddenin 1. ve 2. fıkraları uyarınca beyanda bulunan her devlet, sonradan her zaman bu beyanın ilgili olduğu ülke veya ülkeler lehine, Mahkeme'nin, işbu Protokol'ün 1'den 5'e kadar olan maddelerinden herhangi birine ya da hepsine ilişkin olarak her gerçek kişiden, hükümet dışı her kuruluştan veya her kişi grubundan Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca başvuruları alma yetkisini kabul ettiğini beyan edebilir.

Madde 7

Sözleşme ile bağlantı

Taraf devletler, bu Protokol'ün 1'den 6'ya kadar olan maddelerini Sözleşme'nin ek maddeleri olarak değerlendireceklerdir ve Sözleşme'nin tüm hükümleri buna göre uygulanacaktır.

Madde 8

İmza ve onay

Bu Protokol, Sözleşme'yi imza eden Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin imzasına açıktır. Bu Protokol onaylama, kabul ya da uygun bulma ile yürürlüğe girecektir. Avrupa Konseyi üyesi bir devlet aynı anda ya da daha önceden Sözleşme'yi onaylamadan bu Protokol'ü onaylayamaz, kabul edemez ya da uygun bulamaz. Onay, kabul ya da uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilecektir.

Madde 9

Yürürlüğe giriş

1. Bu Protokol, Avrupa Konseyi üyesi yedi devletin 8. madde hükümlerine uygun bir şekilde bu Protokol'e bağlı kalacaklarını ifade ettikleri tarihten itibaren iki aylık bir sürenin bitişini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

2. Herhangi bir üye devletin sonradan bu Protokol'e katılması durumunda, Protokol, o devlet açısından onaylama, kabul ya da uygun bulma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren iki aylık bir sürenin bitişini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

Madde 10

Saklama işlevleri

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri:

a) her imzalamayı;

b) onay, kabul veya uygun bir şekilde bu Protokol'ün yürürlülük kazanacağı her tarihi;

c) 6. ve 9. maddelere uygun bir şekilde bu Protokol'ün yürürlülüğe gireceği her tarihi;

d) bu Protokol ile ilgili her türlü başka işlemi, bildirimi ya da beyanı

Konsey üyesi devletlere bildirir.

Bu Protokol, imza yetkisini haiz kişilerce imzalanmış olup, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 22 Kasım 1984'te Strazburg'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun tasdikli örneklerini imza eden bütün devletlere gönderecektir.

İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek Protokol No. 12

Roma, 4.XI.2000

Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi Devletler,

Tüm insanların hukuk önünde eşit oldukları ve hukuk tarafından eşit derecede korunma hakkına sahip oldukları temel ilkesinden hareketle;

Roma'da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış olan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (aşağıda "Sözleşme" olarak anılacaktır.) çerçevesinde, ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasının topluca uygulanması yoluyla herkesin eşit olduğunun vurgulanması için gerekli tedbirleri almayı kararlaştırarak;

Ayrımcılık yapılmaması ilkesinin, Taraf Devletleri, tam ve etkin bir eşitlik sağlamak amacıyla objektif ve makul gerekçelere dayanan tedbirler almaktan alıkoymadığını vurgulayarak;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması

1. Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.

Madde 2

Ülkesel uygulama

1. Her Devlet imzalama veya onay, kabul ya da uygun bulma belgesinin verilmesi sırasında bu Protokol'ün uygulanacağı toprak ya da toprakları belirtir.

2. Her Devlet daha sonraki herhangi bir tarihte Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben bulunacağı bir beyanla, bu Protokol'ün uygulanmasını, işbu beyanda belirtilen diğer bir toprağa genişletebilir. Bu durumda, Protokol, Genel Sekreter'in böyle bir beyanı teslim aldığı tarihten sonraki üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın ilk günü belirtilen toprak bakımından yürürlüğe girer.

3. Yukarıdaki iki fıkra uyarınca bulunulan herhangi bir beyan, böyle bir beyanda belirtilen toprak açısından, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben yapılan bir bildirim ile geri alınabilir veya değiştirilebilir. Geri alma ve değiştirme, Genel Sekreter'in bu bildirimi teslim aldığı tarihten sonraki üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

4. Bu madde uyarınca bulunulan bir beyan, Sözleşme'nin 56. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak gerçekleştirilmiş sayılır.

5. Bu Madde'nin 1. veya 2. fıkraları uyarınca beyanda bulunan her Devlet, daha sonraki herhangi bir tarihte, bu beyanda belirtilen ülke veya ülkelerle ilgili olarak, Mahkeme'nin, her gerçek kişiden, sivil toplum kuruluşundan veya her kişi grubundan Sözleşme'nin 34. maddesine göre ve işbu Protokol'ün

1. maddesi uyarınca başvuruları alma yetkisini kabul ettiğini beyan edebilir.

Madde 3

Sözleşme ile bağlantı

Taraf Devletler bu Protokol'ün 1'den 2'ye kadar olan maddelerini Sözleşme'ye ek maddeler olarak kabul ederler ve Sözleşme'nin bütün hükümleri buna göre uygulanır.

Madde 4

İmza ve onay

Bu Protokol, Sözleşme'yi imzalamış olan Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzalarına açıktır. Protokol, onaylama, kabul veya uygun bulmaya sunulacaktır. Avrupa Konseyi üyesi bir devlet, aynı zamanda veya daha önceden Sözleşme'yi onaylamadıkça, bu Protokol'ü onaylayamaz, kabul edemez veya uygun bulamaz. Onaylama, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilir.

Madde 5

Yürürlüğe giriş

1. Bu Protokol, on Avrupa Konseyi üyesi devletin 4. madde hükümleri uyarınca Protokol'ün bağlayıcı olması hususundaki rızalarını bildirdikleri tarihten itibaren üç aylık bir süreyi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

2. Bu Protokol'le bağlanma hususundaki rızalarını daha sonra bildiren üye Devletler için Protokol, onay, kabul ya da uygun bulma belgesini teslim ettikleri tarihten itibaren üç aylık bir süreyi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

Madde 6

Saklama işlevleri

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri:

a) her imzalamayı;

b) her onaylama, kabul veya uygun bulma belgesinin verilişini;

c) bu Protokol'ün 2. ve 5. maddeler uyarınca her yürürlüğe giriş tarihini;

d) bu Protokol'e ilişkin başka her türlü işlem, ihbar veya bildirimi

Konsey üyesi devletlere bildirir.

Bu Protokol, imza yetkisini haiz kişilerce imzalanmış olup, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bu Protokol'ün tasdikli örneklerini imza eden bütün Avrupa Konseyi üyesi Devletlere gönderecektir.

İnsan Hakları Ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek, ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına dair Protokol No. 13

Vilnius, 3.V.2002

Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi Devletler,

Demokratik bir toplumda herkesin yaşama hakkının temel bir değer olduğu ve ölüm cezasının kaldırılmasının bu hakkın korunmasında ve tüm insanların sahip olduğu onurun tanınmasında büyük önem taşıdığı inancıyla;

Roma'da 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (aşağıda "Sözleşme" olarak anılacaktır.) teminat altına aldığı yaşama hakkının korunmasını pekiştirmek dileğiyle;

Strazburg'da 28 Nisan 1983 tarihinde imzalanan Sözleşme'ye Ek, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 6 Numaralı Protokol'ün savaş ya da yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için verilen ölüm cezalarını Sözleşme dışı tuttuğunu göz önünde bulundurarak;

Ölüm cezasını her tür durumda kaldırmak için son adımı atmaya karar vererek, Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

Madde 1

Ölüm cezasının kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez.

Madde 2

Askıya alma yasağı

Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleri askıya alınamaz.

Madde 3

Çekince koyma yasağı

Sözleşme'nin 57. maddesine dayanılarak bu Protokol'ün hükümleriyle ilgili hiçbir çekince konulamaz.

Madde 4

Ülkesel uygulama

1. Her devlet, imza sırasında veya onaylama, kabul ya da uygun bulma belgesinin verilmesi sırasında, bu Protokol'ün uygulanacağı ülkeyi veya ülkeleri belirleyebilir.

2. Her devlet, daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle belirteceği başka herhangi bir ülkenin bu Protokol'ün uygulanma kapsamına alınmış olduğunu beyan edebilir. Bu ülke bakımından Protokol, bildirimin Genel Sekreter tarafından teslim alınışından sonra üç aylık bir süreyi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

3. Yukarıdaki iki fıkra uyarınca yapılan her bildirim, Genel Sekreter'e gönderilecek bir ihbarla, bildirimde belirtilen ülkeyle ilgili olarak geri çekilebilir ya da değiştirilebilir. Geri çekme ya da değiştirme, ihbarın Genel Sekreter tarafından teslim alınışından sonra üç aylık bir süreyi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

Madde 5

Sözleşme ile bağlantı

Taraf Devletler bu Protokol'ün 1'den 4'e kadar olan maddelerini Sözleşme'ye ek maddeler olarak kabul ederler ve Sözleşme'nin bütün hükümleri buna göre uygulanır.

Madde 6

İmza ve onay

Bu Protokol, Sözleşme'yi imzalamış olan Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzalarına açıktır. Protokol, onaylama, kabul veya uygun bulmaya sunulacaktır. Avrupa Konseyi üyesi bir devlet, aynı zamanda veya daha önceden Sözleşme'yi onaylamadıkça, bu Protokol'ü onaylayamaz, kabul edemez veya uygun bulamaz. Onaylama, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilir.

Madde 7

Yürürlüğe giriş

1. Bu Protokol, on Avrupa Konseyi üyesi devletin 6. madde hükümleri uyarınca Protokol'ün bağlayıcı olması hususundaki rızalarını bildirdikleri tarihten itibaren üç aylık bir süreyi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

2. Bu Protokol'le bağlanma hususundaki rızalarını daha sonra bildiren üye Devletler için Protokol, onay, kabul ya da uygun bulma belgesini teslim ettikleri tarihten itibaren üç aylık bir süreyi izleyen ayın birinci günü yürürlüğe girer.

Madde 8

Saklama işlevleri

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri:

a) her imzalamayı;

b) her onaylama, kabul veya uygun bulma belgesinin verilişini;

c) bu Protokol'ün 4. ve 7. maddeler uyarınca her yürürlüğe giriş tarihini;

d) bu Protokol'e ilişkin başka her türlü işlem, ihbar veya bildirimi Konsey üyesi devletlere bildirir.

Bu Protokol, İmza yetkisini haiz kişilerce imzalanmış olup, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 3 Mayıs 2002 tarihinde Vilnius'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bu Protokol'ün tasdikli örneklerini imza eden bütün Avrupa Konseyi üyesi Devletlere gönderecektir.

Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (Çeviri v1)

Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi

Budapeşte, 23.11.2001

Giriş

Avrupa Konseyi'ne üye Devletler ve bu Sözleşme'yi imzalayan diğer Devletler;

Avrupa Konseyi'nin amacının üyeleri arasında daha geniş bir birlik sağlamak olduğunu dikkate alarak;

Bu Sözleşme'ye taraf olan diğer Devletlerle işbirliğinin geliştirilmesinin öneminin farkında olarak;

Toplumun sanal ortamda işlenen suçlara karşı korunması için diğer hususların yanı sıra, uygun mevzuatın kabul edilmesi ve uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi suretiyle ortak bir ceza siyasetinin öncelikli olarak takip edilmesi ihtiyacına kani olarak;

Bilgisayar ağlarının dijitalleşmesinin, yakınsamasının ve sürekli olarak küreselleşmesinin beraberinde getirdiği büyük değişikliklerin farkında olarak;

Bilgisayar ağlarının ve elektronik bilgilerin cezaî suç işlenmesi amacıyla da kullanılabileceği ve bu tür suçlara ilişkin delillerin bu ağlarda depolanabileceği ve bu ağlar aracılığıyla aktarılabileceği riskinden endişe duyarak;

Sanal ortamda işlenen suçlarla mücadelede Devletlerle özel sektör arasında işbirliğinin gerekliliğinin ve bilgi teknolojilerinin kullanımı ve geliştirilmesine ilişkin meşru çıkarların korunması ihtiyacını tanıyarak;

Sanal ortamda işlenen suçlara karşı etkin mücadelenin cezaî konularda artırılmış, hızlı ve iyi işleyen bir uluslararası işbirliğini gerektirdiğine inanarak;

İşbu Sözleşme'nin bilgisayar sistemlerinin, ağlarının ve bilgisayar verilerinin gizliliğini, bütünlüğünü ve erişilebilirliğini hedef alabilecek eylemleri caydırıcı olmanın yanısıra, bu tür sistemlerin, ağların ve verilerin kötüye kullanımının işbu Sözleşme'de tanımlandığı gibi böylesi eylemlerin suç haline getirilerek engellenmesi ve sözkonusu cezaî suçlarla etkili biçimde mücadele edilmesine yetecek yetkilerin temin edilmesini sağlamak amacıyla, bu tür cezaî suçların hem ulusal hem de uluslararası düzeyde tanımlanması, soruşturulması ve yargıya götürülmesinin

kolaylaştırılması ve hızlı ve güvenilir uluslararası işbirliğinin sağlanmasına yönelik düzenlemelerin temin edilmesi için gerekli olduğuna kani olarak;

Herkesin müdahale olmaksızın düşünceye sahip olma hakkını, sınırlardan bağımsız olarak her türlü bilgi ve düşünceyi arama, alma ve iletme hakkı da dâhil olmak üzere, ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı gösterilmesine ilişkin hakları düzenleyen 1950 Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, 1966 Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve diğer ilgili insan hakları anlaşmalarında güvence altına alındığı üzere, kanunların uygulanması ile temel insan haklarına saygı arasında uygun bir dengenin sağlanmasına ihtiyaç duyulduğunu dikkate alarak;

1981 Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesinde Bireylerin Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi tarafından belirtildiği gibi kişisel verilerin korunması hakkını dikkate alarak;

1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve 1999 Uluslararası Çalışma Örgütü Çocuk İşçiliğinin En Kötü Durumları Sözleşmesini göz önünde bulundurarak;

Cezaî konularda işbirliğine ilişkin mevcut Avrupa Konseyi sözleşmelerinin yanısıra Avrupa Konseyi üye Devletleri ve diğer Devletler arasında yapılmış olan benzer antlaşmaları da dikkate alarak ve bilgisayar sistemleri ve verileriyle alakalı cezaî suçlara ilişkin cezaî soruşturmaların ve kovuşturmaların daha etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi ve bir cezaî suçun elektronik ortamdaki kanıtlarının toplanabilmesinin sağlanması için işbu Sözleşme'nin ilgili sözleşmeleri tamamlamasının amaçladığını vurgulayarak;

Birleşmiş Milletler, OECD, Avrupa Birliği ve G8 tarafından yapılan çalışmalar da dâhil olmak üzere, sanal ortamda işlenen suçlarla mücadelede uluslararası anlayış ve işbirliğini daha da geliştiren son gelişmeleri memnuniyetle karşılayarak;

Telekomünikasyon dinlemelerine dair istinabe müzekkereleri hususunda Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nin pratikte uygulanmasına ilişkin R (85) 10 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'm, telif hakları ve komşu haklar alanında korsanlık hakkındaki R (88) 2 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nı, polis sektöründe kişisel verilerin kullanımını düzenleyen R (87) 15 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'm, özellikle telefon hizmetleri sözkonusu olduğunda telekomünikasyon hizmetleri alanında kişisel verilerin korunması hakkındaki R (95) 4 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'm, bunların yanısıra, bazı bilgisayar suçlarının tanımlanmasına ilişkin olarak ulusal yasama organlarına yönergeler sağlayan, bilişim suçları hakkındaki R (89) 9 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nı ve ayrıca, bilgi teknolojisiyle ilişkili ceza muhakemeleri usul hukuku sorunlarına ilişkin R (95) 13 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı'nı hatırlatarak;

Sanal ortamda işlenen suçlara ilişkin iç hukuktaki ceza kanunu hükümlerini birbirlerine yakınlaştırmak ve böylesi suçların soruşturulmasında etkin yöntemlerin kullanılmasını sağlamak amacıyla Bakanlar Komitesi'nin, Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC) tarafından sanal ortamda işlenen suçlara ilişkin yürütülen çalışmaları desteklemesini öneren ve Avrupa Adalet Bakanları'nın 21. Konferansı'nda (Prag, 10 ve 11 Haziran 1997) kabul edilen 1 sayılı Kararı; ayrıca, müzakere eden tarafların Sözleşme'ye olabildiğince çok sayıda Devletin taraf olmasını sağlamak için uygun çözümleri bulmak yönünde çabalarını sürdürmelerini destekleyen, bunun yansıra sanal ortamda işlenen suçlara karşı mücadelenin kendine özgü koşulları olduğunu gereken şekilde dikkate alan hızlı ve etkin bir uluslararası işbirliği sistemine duyulan ihtiyacı teslim eden 23. Avrupa Adalet Bakanları Konferansı'nda (Londra, 8 ve 9 Haziran 2000) kabul edilen 3 sayılı Kararı göz önünde bulundurarak;

Yeni bilgi teknolojilerine ilişkin gelişmelere Avrupa Konseyi'nin standartlarını ve değerlerini temel alan ortak yanıtlar aramak amacıyla, Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları'nın İkinci Zirveleri vesilesiyle (Strazburg, 10 ve 11 Ekim 1997) kabul ettikleri Eylem Planı'nı da göz önünde bulundurarak;

Aşağıda belirtilen hususlarda mutabık kalmışlardır:

Bölüm I - Terimlerin Kullanımı

Madde 1 - Tanımlar

İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından:

a. "bilgisayar sistemi" terimi, bir veya birden fazlası, bir program uyarınca otomatik veri işleyebilen herhangi bir cihaz veya birbiriyle bağlantılı veya ilgili bir grup cihazı ifade eder.

b. "bilgisayar verisi" terimi, bilgisayar sisteminin bir işlevi yerine getirmesini mümkün kılan bir programı da kapsayan, olguların, bilginin veya kavramların bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun haldeki her türlü temsilini ifade eder.

c. "hizmet sağlayıcı" terimi:

i. hizmetlerini kullananlara bir bilgisayar sistemi aracılığıyla iletişim kurma olanağı sağlayan her türlü kamu veya özel sektör tüzel kişisini, ve

ii. böylesi iletişim hizmeti veya bu hizmetlerin kullanıcıları adına bilgisayar verilerini işleyen veya depolayan diğer her türlü tüzel kişiyi ifade eder.

d. “trafik verisi” bir bilgisayar sistemi aracılığıyla gerçekleşen iletişimle ilgili olan, iletişim zincirinin bir halkasını teşkil eden bilgisayar sistemi tarafından üretilmiş, iletişimin başlangıç noktasını, hedefe varış noktasını, izlediği yolu, saatini, tarihini, boyutunu, süresini veya iletişimde kullanılan temel hizmetin türünü gösteren herhangi bir bilgisayar verisini ifade eder.

Bölüm II - Ulusal Düzeyde Alınacak Tedbirler

Kısım 1 - Maddî Ceza Hukuku

Başlık 1 - Bilgisayar verilerinin ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve erişilebilirliğine yönelik suçlar

Madde 2- Yasadışı Erişim

Taraflardan her biri, bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına haksız yere gerçekleştirilen erişimi, kasten yapıldığı zaman, kendi iç hukuku kapsamında cezaî bir suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. Taraflardan biri, sözkonusu suçun, bilgisayar verilerini elde etmek veya başka bir sahtekâr niyetle veya bir bilgisayar sistemine bağlı başka bir bilgisayar sistemiyle ilişkili olarak güvenlik tedbirlerinin ihlal edilmesi suretiyle işlenmiş olmasını şart koşabilir.

Madde 3 - Yasadışı Araya Girme

Taraflardan her biri, bilgisayar verileri taşıyan bir bilgisayar sisteminden elektromanyetik dalgalarla yayılma da dâhil olmak üzere, bilgisayar verilerinin bir bilgisayar sisteminden diğer bir bilgisayar sistemine veya bir bilgisayar sisteminin kendi içinde umuma kapalı olarak iletimi esnasında teknik yöntemler kullanılarak gerçekleştirilen araya girme fiilinin, haksız yere ve kasten yapıldığı zaman, kendi iç hukuku kapsamında cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. Taraflardan biri, sözkonusu suçun sahtekârlığa yönelik veya başka bir bilgisayar sistemine bağlı bir bilgisayar sistemiyle ilişkili olarak işlenmiş olmasını şart koşabilir.

Madde 4 - Verilere müdahale

1. Taraflardan her biri, bilgisayar verilerine haksız yere zarar verilmesi, verilerin silinmesi, tahrip edilmesi, değiştirilmesi veya engellenmesinin, kasten gerçekleştirildiği zaman, kendi iç hukuku kapsamında cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. Taraflardan biri, 1. paragrafta tanımlanan fiillerin ciddi zararla sonuçlanması gerektiğini şart koşma hakkını saklı tutabilir.

Madde 5 - Sisteme müdahale

Taraflardan her biri, bilgisayar sistemlerine veri girişi yaparak, bu verileri ileterek, bilgisayar verilerine zarar vererek, bunları silerek, tahrip ederek, değiştirerek veya engelleyerek bir bilgisayar sisteminin işleyişinin haksız yere engellenmesinin, kasten gerçekleştirildiği zaman, kendi iç hukuku kapsamında cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

Madde 6 - Cihazların kötüye kullanımı

1. Taraflardan her biri, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, aşağıdakilerin kendi iç hukuku kapsamında cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

a. aşağıda belirtilenlerin 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçun işlenmesi için kullanılmaları amacıyla üretimi, satışı, kullanım amaçlı tedarik edilmesi, ithal edilmesi, dağıtımı veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesi:

i. bir bilgisayar programı da dâhil olmak üzere, öncelikli olarak yukarıda belirtilen 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçu işlemek amacıyla tasarlanmış veya uyarlanmış bir cihaz;

ii. bir bilgisayar sisteminin tamamına veya herhangi bir kısmına erişimi mümkün kılan bir bilgisayar şifresi, erişim kodu veya benzer bir veri.

ve

b. yukarıda paragraf a.i veya ii' de atıfta bulunulmuş bir öğeye, 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçun işlenmesi için kullanılması amacıyla bulundurma. Taraflardan biri, yasa gereği cezaî sorumluluğun doğması için bahsi geçen öğelerden belli bir sayıda bulundurulmasını şart koşabilir.

2. İşbu madde, bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan üretme, satma, kullanım amaçlı tedarik, ithalat, dağıtma veya başka şekilde erişilebilir hale getirme veya bulundurmanın, 2 ila 5. maddeler uyarınca suç işlemek maksadıyla gerçekleştirilmemesi durumunda, örneğin bir bilgisayar sisteminin yetkililerce test edilmesi veya korunmasının amaçlandığı hallerde, cezaî yükümlülük doğuracağı şeklinde yorumlanmayacaktır.

3. Taraflardan her biri, çekincenin işbu maddenin l.a.ii paragrafında sözü edilen öğelerin satışı, dağıtımı veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesiyle alakalı olmaması kaydıyla, işbu maddenin 1. paragrafını uygulamama hakkını saklı tutabilir.

Başlık 2 - Bilgisayarla bağlantılı suçlar

Madde - 7 Bilgisayarla bağlantılı sahtecilik

Taraflardan her biri, özgün olmayan verilerle sonuçlanan yeni veri girme, verileri değiştirme, silme veya engelleme eylemlerinin, sözkonusu verilerin yasal açıdan özgün verilermiş gibi kabul edilmesi veya işlem görmesi niyetiyle, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, verilerin doğrudan okunabilir ve anlaşılabilir olup olmadığına bakılmaksızın, bu eylemlerin kendi iç hukukunda cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. Taraflardan biri, cezaî yükümlülüğün doğması için, eylemin hile veya benzer bir sahtekârlık niyetiyle gerçekleştirilmiş olmasını şart koşabilir.

Madde 8 - Bilgisayarla bağlantılı dolandırıcılık

Taraflardan her biri, aşağıda belirtilenler, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, bir başka şahsın mal kaybına sebebiyet verdiğinde, bunların kendi iç hukukunda cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

Şahısların kendilerine veya bir başkasına haksız yere maddi menfaat sağlamak için hile veya sahtekârlık niyetiyle;

a. bilgisayar sistemlerine veri girişi yapma, verileri değiştirme, silme veya engelleme;

b. bir bilgisayar sisteminin işleyişine herhangi bir müdahalede bulunma.

Başlık 3 - İçerikle bağlantılı suçlar

Madde 9 - Çocuk pornografisiyle bağlantılı suçlar

1. Taraflardan her biri, aşağıda belirtilenler, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, bunların kendi iç hukukunda cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

a. bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtımını yapmak amacıyla çocuk pornografisi üretmek;

b. bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisini sunmak veya erişilebilir hale getirmek;

c. bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisinin dağıtım veya iletimini yapmak;

d. kendisi veya başkası için bir bilgisayar sistemi üzerinden çocuk pornografisi temin etmek;

e. bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar verileri depolama aygıtında çocuk pornografisi bulundurmak.

2. Yukarıda 1. paragrafta belirtilen "çocuk pornografisi" terimi aşağıda belirtilenleri görsel anlamda tasvir eden pornografik malzemeleri içerecektir:

a. reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması;

b. reşit olmayan şahıs görüntüsüne haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması;

c. reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler.

3. Yukarıda 2. paragrafta belirtilen "reşit olmayan" terimi, 18 yaşın altındaki tüm şahısları kapsar. Bununla birlikte, Taraflardan biri, 16'dan küçük olmamak kaydıyla, daha düşük bir yaş sının talep edebilir.

4. Taraflardan her biri, 1. paragrafın d ve e bentleri ile 2. paragrafın b ve c bentlerinin tamamını veya bir kısmını uygulamaya koymama hakkım saklı tutabilirler.

Başlık 4 - Telif hakkı ve bununla bağlantılı hakların ihlaline ilişkin suçlar

Madde 10 - Telif hakkı ve bununla bağlantılı hakların ihlaline ilişkin suçlar

1. Taraflardan her biri, Edebiyat ve Sanat Eserlerinin korunmasına ilişkin Bern Sözleşmesi'ni tadil eden 24 Temmuz 1971 tarihli Paris Anlaşması, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Haklan Anlaşması ve WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) Telif Haklan Antlaşması kapsamında üstlendiği yükümlülükler çerçevesinde, bu gibi sözleşmelerce tanınan her tür ahlaki haklar hariç olmak üzere, ilgili Tarafın ulusal mevzuatında tanımlandığı şekliyle, telif haklannın ihlalinin kasıtlı olarak, ticari ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla gerçekleştirilmesinin kendi iç hukukunda cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. Taraflardan her biri, İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcılan ve Yayın Kuruluşlarının Korunması Hakkındaki Uluslararası Sözleşme (Roma Sözleşmesi), Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması ve WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) İcracı Sanatçılar ve Fonogramlar Anlaşması kapsamında üstlendiği yükümlülükler çerçevesinde, bu gibi sözleşmelerce tanınan her tür ahlaki haklar hariç olmak üzere, ilgili Tarafın ulusal mevzuatında tanımlandığı şekliyle, bağlantılı haklann ihlalinin kasıtlı olarak, ticari ölçekte ve bir bilgisayar sistemi aracılığıyla gerçekleştirilmesinin kendi iç hukukunda cezaî suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

3. Taraflardan biri, başka etkili hukuk yollannın mevcut olması ve bu tür bir çekincenin ilgili Tarafın işbu maddenin 1. ve 2. paragraflannda atıfta bulunulan uluslararası belgelerde belirtilen uluslararası yükümlülüklerine halel getirmemesi şartıyla, sınırlı şartlar dâhilinde işbu maddenin 1. ve 2. paragraflarında öngörülen cezaî sorumluluğu tahmil etmeme hakkını saklı tutabilir.

Başlık 5 - Tali yükümlülük ve yaptırımlar

Madde 11 - Teşebbüs ve yardım veya yataklık

1. Taraflardan her biri, işbu Sözleşme'nin 2 ila 10. maddelerinde tanımlanan her türlü suçun işlenmesine, suçun gerçekleşmesi amacıyla kasten yardım veya yataklık edilmesinin kendi iç hukukunda cezaî suç olarak düzenlenmesi için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. Taraflardan her biri, işbu Sözleşme'nin Madde 3 ila 5, 7, 8 ile 9.1.a ve c bentlerinde tanımlı suçlardan herhangi birine kasten teşebbüs eyleminin kendi iç hukukunda cezaî suç olarak düzenlenmesi için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

3. Taraflardan her biri, işbu maddenin 2. paragrafının tamamını veya bir kısmım uygulamama hakkım saklı tutabilir.

Madde 12 - Kurumsal yükümlülük

1. Taraflardan her biri, bir tüzel kişilik bünyesinde aşağıda belirtilen unsurlara dayalı olarak önder konumuna sahip olan herhangi bir gerçek kişinin, bireysel ya da tüzel kişinin bir organının parçası olarak hareket ederek, tüzel kişinin çıkarları için işbu Sözleşme uyarınca cezaî suç olarak kabul edilmiş bir eylemi gerçekleştirmesi durumunda, tüzel kişilerin cezaî suçtan sorumlu tutulabilmesini sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

a. tüzel kişiyi temsil yetkisi; b tüzel kişi adına karar verme salahiyeti; c tüzel kişi bünyesinde murakabe salahiyeti.

2. İşbu maddenin 1. Paragrafında belirtilen durumların yanısıra, taraflardan her biri 1. Paragrafta atıfta bulunulan gerçek kişinin denetim veya kontrol eksikliği sonucunda tüzel kişinin yetkisi altında hareket eden gerçek kişinin bu tüzel kişinin menfaati için işbu Sözleşme'de belirlenmiş cezaî suçlardan birini işlemesi mümkün olursa, tüzel kişinin bundan sorumlu tutulmasını sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

3. İlgili Tarafın yasal ilkelerine tâbi olarak, tüzel kişinin yükümlülüğü cezaî, hukuki veya idari nitelikte olabilir.

4. Böylesi bir yükümlülük, suçu işleyen gerçek kişilerin cezaî yükümlülüğüne halel getirmeyecektir.

Madde 13 - Yaptırımlar ve Tedbirler

1. Taraflardan her biri, 2 ila 11. maddelerde tanımlanan cezaî suçların, hürriyetten yoksun bırakmayı da kapsayan etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılabilmesini sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. Taraflardan her biri, Madde 12 uyarınca sorumlu tutulan tüzel kişilerin maddi yaptırımlar da dâhil olmak üzere, etkili, orantılı ve caydırıcı cezaî veya cezaî olmayan yaptırımlara veya tedbirlere tâbi olacağını teminat altına alacaktır.

Kısım 2 - Usul Hukuku

Başlık 1 - Ortak Hükümler

Madde 14 - Usul Hükümlerinin Kapsamı

1. Taraflardan her biri, belirli cezaî soruşturma veya kovuşturmalar amacıyla, işbu Kısımda ele alman yetki ve usulleri belirlemek için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. Madde 21'de açık bir şekilde belirtilen aksine durumlar hariç olmak üzere, Taraflardan her biri bu maddenin 1. paragrafında sözü geçen yetki ve usulleri aşağıdaki durumlara ilişkin olarak uygulamaya koyacaktır:

a. işbu Sözleşme'nin 2 ila 11. maddelerinde tanımlı cezaî suçlar;

b. bir bilgisayar sistemi aracılığıyla işlenen diğer cezaî suçlar; ve

c. cezaî bir suçun delillerinin elektronik ortamda toplanması.

3. a. Taraflardan her biri, Madde 20'de belirtilen tedbirleri, sözkonusu tedbirlerin uygulandığı suçlar veya suç kategorilerinin Madde 21' de belirtilen tedbirlerin uygulandığı suçlardan daha sınırlı bir çerçevede olmaması kaydıyla, sadece çekince kaydında sözü edilen suçlara veya suç kategorilerine ilişkin olarak uygulama hakkını saklı tutabilir. Taraflardan her biri, Madde 20'de belirtilen tedbirin en geniş şekilde uygulanabilmesi için bu tür bir çekince kaydının sınırlı tutulmasını göz önünde bulunduracaktır.

b. İşbu Sözleşme'nin kabul edildiği tarihte yürürlükte olan mevzuat sınırlamalarından dolayı bir Taraf, Madde 20 ve 21' de belirtilen tedbirleri, herhangi bir hizmet sağlayıcının,

i. kapalı bir grup kullanıcının yararına işletilen, ve

ii. halka açık iletişim ağlarının kullanılmadığı ve halka açık veya özel nitelikli başka bir bilgisayar sistemine bağlı olmayan, bir bilgisayar sistemi ile aktardığı bağlantılara uygulayamıyor ise, sözkonusu Taraf bu tür iletişimlere bu tedbirleri uygulamama hakkını saklı tutabilecektir. Tarafların her biri, Madde 20 ve 21'de belirtilen tedbirlerin en geniş şekilde uygulanabilmesi için bu tür bir çekince kaydının sınırlı tutulmasını göz önünde bulunduracaktır.

Madde 15 - Şartlar ve Tedbirler

1. Taraflardan her biri, işbu Kısımda ele alman yetki ve usullerin tanımlanması, yürürlüğe konulması ve uygulanmasının, 1950 Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, 1966 Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve diğer uygulanabilir uluslararası insan hakları belgeleri kapsamında üstlendiği yükümlülüklerden kaynaklanan haklar da dâhil olmak üzere, iç hukukunda düzenlenmiş, insan hak ve özgürlüklerinin gerekli ölçüde korunmasını sağlayacak ve orantılılık ilkesini yerine getirecek şart ve güvencelere tabi olacağım teminat altına alacaktır.

2. Bu tür şart ve güvenceler, ilgili usul veya yetkinin niteliği göz önünde bulundurularak, uygun görüldüğü şekilde, diğer hususlar meyanında, adli veya başka tür bağımsız denetimi, haklı uygulama gerekçelerini ve sözkonusu yetki veya usul kapsam ve süresinin sınırlandırılmasını içerecektir.

3. Kamu yararına, özellikle adaletin sağlam bir şekilde tatbik edilmesine uygun olduğu ölçüde, Taraflardan her biri işbu Kısımda belirtilen yetki ve usullerin üçüncü şahısların haklan, sorumlulukları ve meşru menfaatleri üzerindeki etkisini dikkate alacaklardır.

Başlık 2 - Depolanan bilgisayar verisinin süratli şekilde korunması

Madde 16 - Depolanan bilgisayar verisinin süratli şekilde korunması

1. Taraflardan her biri, yetkili makamlarının, bilhassa bilgisayar veri kayıplarına veya değişikliklerine karşı özellikle korunmasız olma ihtimalinin bulunduğu bilgisayar sistemi aracılığıyla depolanan trafik verisi de dâhil olmak üzere, belirlenmiş bilgisayar verisinin süratli bir şekilde korunması talimatını vermelerini veya benzer biçimde bu korumayı gerçekleştirmelerini sağlamaları için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. Taraflardan biri, bir kişinin mülkiyeti veya denetimi altında depolanmış bulunan, belli bilgisayar verilerinin korunması konusunda bir kişiye talimat vermek suretiyle yukarıda belirtilen paragraf 1'i uyguladığında, ilgili Taraf, azami doksan gün olmak üzere, gerek duyulan süre boyunca ilgili kişiyi o bilgisayar verilerini korumaya ve bütünlüğünü sürdürmeye mecbur kılmak ve yetkili makamların bunun açıklanmasını talep etmelerine olanak sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. Taraflardan biri böyle bir talimatın daha sonra yenilenmesini sağlayabilir.

3. Taraflardan her biri, verilerin korunmasından sorumlu kişiyi veya bilgisayar verilerini koruyacak olan diğer bir kişiyi, kendi iç hukukunun öngördüğü zaman dilimi boyunca, bu tür

işlemleri üstlendiğini gizli tutacağına dair bir taahhütte bulunmaya mecbur kılmak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

4. İşbu maddede atıfta bulunulan yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

Madde 17 - Trafik verisinin süratli şekilde korunması ve kısmen açıklanması

1. Taraflardan her biri, Madde 16 uyarınca korunması gereken trafik verisi bağlamında, aşağıda belirtilenler için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

a. sözkonusu haberleşmenin iletimine bir veya daha fazla hizmet sağlayıcının dâhil olmasına bakılmaksızın, trafik verilerinin süratli şekilde korunmasının teminat altına alınması; ve

b. ilgili Tarafın yetkili makamına veya bu makamın belirlediği kişiye, haberleşmenin hangi hizmet sağlayıcı ve hangi yol vasıtasıyla gerçekleştirildiğini tespit etmesine imkân verecek yeterli miktardaki trafik verilerinin süratli şekilde açıklamasının sağlanması.

2. İşbu maddede atıfta bulunulan yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

Başlık 3 - Üretim Emri

Madde 18 - Üretim Emri

1. Taraflardan her biri, yetkili makamların:

a. Ülkesindeki bir şahsa, o şahsın mülkiyeti veya kontrolünde bulunan, bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar verilerini depolama aygıtında depolanan, belirlenmiş bilgisayar verisini teslim etmesi için; ve

b. İlgili Tarafın ülkesinde hizmet sunan bir hizmet sağlayıcıya, sözkonusu hizmet sağlayıcının mülkiyeti veya kontrolünde bulunan hizmetlere ilişkin abone bilgilerini teslim etmesi için; talimat verme yetkisine sahip olmaları için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. İşbu maddede atıfta bulunulan yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

3. İşbu maddenin amacı yönünden "abone bilgisi" terimi, bir hizmet sağlayıcı tarafından bilgisayar verileri biçiminde veya başka bir biçimde tutulan, trafik veya içerik verileri hariç olmak üzere, hizmetlerin abonelerine ilişkin:

a. kullanılan iletişim hizmeti türünün, ayrıca belirlenen teknik hükümlerin ve hizmet süresinin;

b. hizmet anlaşması veya düzenlemesi bağlamında erişilebilir abone kimliğinin, posta veya coğrafi adresinin, telefon veya diğer erişim numarasının, fatura ve ödeme bilgilerinin;

c. hizmet anlaşması veya düzenlemesi bağlamında erişilebilir iletişim teçhizatının kurulduğu yere ilişkin diğer bilgilerin; belirlenmesini sağlayabilecek herhangi bir bilgiyi ifade eder.

Başlık 4 - Depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması

Madde 19 - Depolanmış bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması

1. Taraflardan her biri, kendi ülkesindeki yetkili makamların,

a. bir bilgisayar sisteminin tamamını veya bir kısmını ve içerisinde depolanmış bilgisayar verilerini; ve

b. bilgisayar verilerinin depolanmış olabileceği bir bilgisayar verileri depolama aygıtını arama ve benzer şekilde bunlara erişme yetkisine sahip olmaları için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

2. Taraflardan her biri, paragraf l.a uyarınca, makamlarının özel bir bilgisayar sisteminin tamamını veya bir kısmını araması veya benzer şekilde bunlara erişim sağlaması sözkonusu olduğunda ve aranan verilerin kendi ülkesindeki başka bir bilgisayar sisteminin tamamında veya bir kısmında depolanmış olduğuna inanmak için gerekçeleri bulunduğunda ve sözkonusu veriler yasalara uygun biçimde ilk sistemden erişilebilir veya ilk sistem için kullanılabilir olduğunda, makamlarının arama veya benzer şekilde sisteme erişim işlemlerini süratle diğer sisteme teşmil edebilmelerini sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

3. Taraflardan her biri, yetkili makamlarına, paragraf 1 veya 2 uyarınca erişilen bilgisayar verilerine el koymaya veya benzer şekilde güvence altına almaya yetki tanımak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir. Bu tedbirler:

a. bir bilgisayar sisteminin tamamına veya bir kısmına veya bilgisayar verileri depolama aygıtına el koymaya veya bunları benzer şekilde güvence altına almaya;

b. sözkonusu bilgisayar verilerinin bir kopyasını oluşturmaya ve bunu muhafaza etmeye;

c. ilgili depolanan verilerin bütünlüğünü korumaya;

d. erişim sağlanan bilgisayar sistemindeki bilgisayar verilerini erişilemez hale getirmeye veya kaldırmaya yönelik yetkileri içerecektir.

4. Taraflardan her biri, paragraf 1 ve 2'de belirtilen tedbirlerin tatbik edilmesine olanak sağlanması amacıyla, kendi yetkili makamlarına bilgisayar sisteminin işleyişi veya içerisindeki bilgisayar verisinin korunması için uygulanan tedbirler hakkında bilgisi olan herhangi bir kişiden,

makul ölçüde gerekli bilgileri temin etme konusunda yetki tanınması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

5. İşbu maddede atıfta bulunulan yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

Başlık 5 - Bilgisayar verilerinin gerçek zamanlı toplanması

Madde 20 - Trafik verilerinin gerçek zamanlı toplanması

1. Taraflardan her biri, yetkili makamlarına aşağıdaki hususlarda yetki tanınması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

Bir bilgisayar sistemi aracılığıyla iletilmiş, ülkesindeki belirli iletişimler ile ilişkili gerçek zamanlı trafik verilerini;

a. ilgili Tarafın sınırları dahilinde mevcut teknik imkanlar kullanarak toplama veya kaydetme, ve

b. bir hizmet sağlayıcının mevcut teknik imkânları çerçevesinde,

i. ilgili Tarafın sınırlan dahilinde mevcut teknik imkanlar uygulayarak toplamaya veya kaydetmeye; veya

ii. toplama veya kaydetmesi için yetkili makamları ile işbirliği yapmaya ve onlara yardım etmeye; zorunlu kılmak.

2. Taraflardan birinin, kendi iç hukuk sistemindeki yerleşmiş ilkelerden dolayı paragraf 1 a'da belirtilen tedbirleri kabul edememesi halinde, bunun yerine, ülke sınırlan içerisinde iletilmiş belirli iletişimlere ait trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması ve kaydedilmesi işleminin ilgili Tarafın sahip olduğu teknik imkanların uygulanması vasıtasıyla sağlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edebilecektir.

3. Taraflardan her biri, bir hizmet sağlayıcıyı işbu madde ile öngörülen herhangi bir yetkinin ve bununla ilgili herhangi bir bilginin uygulanma şeklini gizli tutmaya zorunlu kılmak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

4. İşbu maddede atıfta bulunulan yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

Madde 21 - İçerik verilerinin takibi

1. Taraflardan her biri, iç hukuku kapsamında belirlenecek bir dizi ciddi suçlar ile ilgili olarak yetkili makamlarına aşağıdaki hususlarda yetki tanınması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

Bir bilgisayar sistemi aracılığıyla ülke sınırları içerisinde iletilmiş, gerçek zamanlı, belirlenmiş iletişimlerin içerik verilerini;

a. ilgili Tarafın ülkesinde teknik yöntemler kullanarak toplama veya kaydetme, ve

b. bir hizmet sağlayıcıyı, mevcut teknik yeterliliği çerçevesinde,

i. ilgili Tarafın sınırlan dahilinde mevcut teknik yöntemlerin uygulanması vasıtasıyla toplamaya veya kaydetmeye; veya

ii. toplama veya kaydetme için yetkili makamlar ile işbirliği yapmaya ve onlara yardım etmeye; zorunlu kılmak.

2. Taraflardan birinin, kendi iç hukuk sistemindeki yerleşmiş ilkelerden dolayı paragraf 1 a'da belirtilen tedbirleri kabul edememesi halinde, bunun yerine ilgili ülke sınırlan içerisinde iletilmiş belirli iletişimlere ilişkin içerik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması ve kaydedilmesi işleminin ilgili Tarafın sahip olduğu teknik imkanlann uygulanması vasıtasıyla sağlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

3. Taraflardan her biri, bir hizmet sağlayıcıyı işbu madde ile öngörülen herhangi bir yetkinin ve bununla ilgili bir bilginin uygulanma şeklini gizli tutmaya zorunlu kılmak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

4. İşbu maddede atıfta bulunulan yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

Kısım 3 - Yargılama Yetkisi

Madde 22 - Yargılama Yetkisi

1. Taraflardan her biri, İşbu Sözleşme'nin 2 ila 11. maddelerinde belirtilen herhangi bir suç üzerinde, bunun aşağıdaki durumlarda işlenmesi halinde, yargılama yetkisinin tesisi için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

Suç;

a. kendi ülkesinde; veya

b. ilgili Tarafın bayrağını taşıyan bir gemide; veya

c. ilgili Tarafın kanunları kapsamında kayıtlı bir uçakta; veya

d. kendi vatandaşlarından biri tarafından, sözkonusu suçun işlendiği yerde ceza kanununa göre cezalandırılabilir ise veya suç herhangi bir Devletin yerel yargı yetkisi dışında işlenmiş ise.

2. Taraflardan her biri, işbu maddenin l.b ila l.d bentleri veya bunların herhangi bir kısmında tanımlanan yargılama yetkisi kurallarını uygulamama veya belirli durum veya şartlarda uygulama hakkını saklı tutabilir.

3. Taraflardan her biri, zanlının kendi ülkesinde bulunduğu ve bir başka Tarafın iade talebi yapıldıktan sonra sadece uyruğundan dolayı iade edilmediği durumlarda, işbu Sözleşme'nin Madde 24 paragraf 1 'de düzenlenen suçlara ilişkin yargılama yetkisini tesis etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.

4. İşbu Sözleşme, Taraflardan birinin kendi iç hukuku uyarınca icra edilen herhangi bir cezaî yargılama yetkisini hariç tutamaz.

5. İşbu Sözleşme uyarınca belirlenmiş, itham edilen bir suç üzerinde birden fazla Taraf yargı yetkisi iddia ettiğinde, müdahil Taraflar kovuşturma için en uygun yargılama yetkisini tespit etmek üzere istişare edeceklerdir.

Bölüm III - Uluslararası işbirliği Kısım 1 - Genel ilkeler

Başlık 1 - Uluslararası işbirliğine ilişkin genel ilkeler

Madde 23 - Uluslararası işbirliğine ilişkin genel ilkeler

Taraflar, bilgisayar sistemleri ve verileri ile ilgili cezaî suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar için, veya cezaî suçlara ilişkin olarak elektronik ortamda delil toplanması amacıyla, işbu bölümün hükümleri uyarınca ve ceza hukukuna dair konulardaki uluslararası işbirliğine ilişkin ilgili uluslararası belgelerin, yeknesak veya karşılıklı mevzuat ile iç hukuku temel alarak üzerinde anlaşmaya vardıkları düzenlemelerin uygulanması suretiyle, birbirleriyle mümkün olan en geniş biçimde işbirliği yapacaklardır.

Başlık 2 - Suçluların iadesine ilişkin ilkeler

Madde 24 - Suçluların iadesi

1. a. Bu madde, Taraflar arasında suçluların iadesi için işbu Sözleşme'nin 2 ila 11.

maddelerinde tanımlanmış cezaî suçlara ilişkin olarak sözkonusu suçluların her iki tarafın yasaları çerçevesinde, en az bir yıl süreyle özgürlükten mahrum bırakma cezası veya daha ağır bir ceza ile cezalandırılabilir olması durumunda geçerli olacaktır.

b. Yeknesak veya karşılıklı mevzuatı, veya Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (ETS No. 24) de dâhil olmak üzere, iki veya daha fazla taraf arasında yürürlükte olan suçluların iadesine ilişkin anlaşmaları temel alarak üzerinde anlaşmaya varılan bir düzenleme çerçevesinde farklı bir asgari cezanın uygulanmasının sözkonusu olduğu durumlarda, sözkonusu düzenleme veya anlaşma çerçevesinde öngörülen asgari ceza geçerli olacaktır.

2. Bu maddenin 1. paragrafında tanımlanan cezaî suçlar, iki veya daha fazla Taraf arasındaki suçluların iadesine ilişkin anlaşmalar çerçevesinde suçluların iadesine konu olan suçlar arasında

kabul edilecektir. Taraflar arasında suçluların iadesine ilişkin olarak imzalanacak herhangi bir anlaşmada bu tür suçlan suçlulann iadesine konu suçlar arasına dâhil edecekleri yönünde taahhütte bulunmaktadırlar.

3. Suçluların iadesini, buna ilişkin bir anlaşmanın mevcudiyeti şartına bağlayan bir Tarafın, kendisi ile suçluların iadesine yönelik bir anlaşma bulunmayan diğer bir Taraftan suçluların iadesi talebi alması durumunda, talebi alan Taraf, işbu Sözleşme'yi, bu maddenin 1. paragrafında belirtilen herhangi bir cezaî suça ilişkin gerekli yasal zemin olarak kabul edebilir.

4. Suçluların iadesini, buna ilişkin bir anlaşmanın mevcudiyeti şartına bağlamayan Taraflar, işbu maddenin 1. paragrafında tanımlanan cezaî suçlan suçluların iade işlemi yapılmasına konu olan suçlar olarak aralannda tanıyacaklardır.

5. Suçluların iadesi işlemi, iade işlemini gerçekleştirmesi talep edilen Tarafın sözkonusu işlemi gerçekleştirmesine zemin teşkil eden gerekçeler de dâhil olmak üzere, bu işlemi gerçekleştirmesi talep edilen Tarafın hukukundaki şartlara veya yürürlükte olan suçluların iadesine ilişkin anlaşmalara bağlı olacaktır.

6. Bu maddenin 1. paragrafında belirtilen bir cezaî suça ilişkin olarak suçlulann iadesinin gerçekleştirilmesi yönündeki bir talebin, sadece iadesi talep edilen kişinin uyruğu dolayısıyla veya suçlunun iadesini gerçekleştirmesi talep edilen Tarafın sözkonusu suça ilişkin olarak yargı yetkisinin haiz olduğunu düşünmesi sebebiyle reddedilmesi durumunda, kendisinden suçlunun iade edilmesi istenen Taraf sözkonusu talebi yapan Tarafın isteği üzerine sorunu dava edilmesi amacıyla kendi yetkili makamlarına iletecek ve nihai sonucu iade talebinde bulunan Tarafa zamanlıca bildirecektir. Bu makamlar, Tarafın kanunlarına göre benzer nitelikte bir suçun sözkonusu olmuş olması durumunda yapacaklan şekilde karar alacak ve soruşturma ile kovuşturmalarını da bu şekilde sürdüreceklerdir.

7. a Taraflardan her biri, herhangi bir anlaşmanın mevcut olmadığı durumlarda suçluların iadesi veya geçici tutuklama talebini iletecek veya bu yönde bir talebi alacak makamlardan her birinin isim ve adresini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma veya taraf olma belgesini tevdi ederken bildirecektir.

b. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Tarafların tespit ettikleri makamların kaydını tutacak ve bunu sürekli güncelleyecektir. Her bir Taraf bu kayıtta yer alan bilgilerin her zaman doğru olmasını temin edecektir.

Başlık 3 - Karşılıklı yardımlaşmaya ilişkin genel ilkeler

Madde 25 - Karşılıklı yardımlaşmaya ilişkin genel ilkeler

1. Taraflar, bilgisayar sistemleri ve verileriyle ilgili cezaî suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalara veya bir cezaî suça ilişkin olarak elektronik ortamda delil toplanması hususunda birbirlerine, mümkün olan en geniş ölçüde yardım sağlayacaklardır.

2. Taraflardan her biri, 27 ila 35. maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir.

3. Taraflardan her biri, acil durumların sözkonusu olması halinde faks veya elektronik posta gibi ilgili hızlı iletişim araçları vasıtasıyla karşılıklı yardım veya iletişim talebinde bulunabilirler. Ancak, sözkonusu araçların gerekli güvenlik ve doğrulama ölçülerini sağlaması (gerekmesi durumunda şifre kullanımı da dâhil olmak üzere) ve kendisinden talepte bulunulan Tarafın istemesi durumunda resmi alındı teyidinde bulunulması gerekecektir. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, iletilen talebi kabul edecek ve buna bu tür hızlı iletişim araçları vasıtasıyla cevap verecektir.

4. Bu bölümdeki maddelerde açık bir şekilde belirtilen aksine durumlar hariç olmak üzere, kendisinden talepte bulunulan Tarafın işbirliğinde bulunmayı reddedebileceği gerekçeler de dâhil olmak üzere, karşılıklı yardımda bulunma, kendisinden talepte bulunulan Tarafın yasalarındaki veya uygulanabilir karşılıklı yardımlaşma anlaşmalarındaki şartlara bağlı olacaktır. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, 2 ila 11. maddelerde belirtilen suçlara ilişkin olarak karşılıklı yardımda bulunmayı, sadece talebin sözkonusu tarafça mali nitelikli olarak telakki edilen bir suç ile ilgili olduğu gerekçesine dayanarak, reddetme hakkım kullanmayacaktır.

5. Kendisinden talepte bulunulan Tarafın, bu bölümün hükümlerine uygun olarak, karşılıklı yardım sağlama hususunu, ilgili suçun her iki ülkede de cezaî nitelik taşıması şartına bağlamasına izin verilen durumlarda, talep edilen yardıma konu olan suça zemin teşkil eden fiilin yardım talebinde bulunan Tarafın yasaları çerçevesinde cezaî nitelik taşıması halinde bu şart, kendisinden talepte bulunulan Tarafın bu suçu talepte bulunan Tarafla aynı suç kategorisine koymasına veya aynı terimlerle nitelendirmesine bakılmaksızın, yerine getirilmiş sayılacaktır.

Madde 26 - Kendiliğinden bilgi verme

1. Taraflardan biri kendi iç hukukunun sınırları çerçevesinde ve önceden bir talep olmaksızın, kendi yürüttüğü soruşturmalar çerçevesinde edindiği bilgileri, sözkonusu bilgilerin açıklanmasının bilgileri alan Tarafa işbu Sözleşme'de tanımlanan cezaî suçlara ilişkin soruşturma ve davaların başlatılması veya yürütülmesi konusunda yardımcı olabileceğini veya ilgili Tarafın bu bölüm çerçevesinde işbirliği talebinde bulunmasına neden olabileceğini düşündüğü takdirde, başka bir Tarafa iletebilir.

2. Sözkonusu bilgileri veren Taraf bunları vermeden önce, gizli tutulmasını veya sadece belirli şartlarda kullanılmasını talep edebilir. Bilgileri alan Taraf, bu talebin gereğini yerine getiremeyecek olması halinde, bilgileri veren Tarafı durumdan haberdar edecek, bilgileri veren Taraf da bilgilerin buna rağmen verilip verilemeyeceğini belirleyecektir. Bilgileri alan Tarafın belirli şartlara bağlı olarak bilgileri almayı kabul etmesi durumunda, sözkonusu Taraf bu şartlara bağlı hareket edecektir.

Başlık 4- Uluslararası anlaşmaların yürürlükte olmadığı hallerde yapılan karşılıklı yardım taleplerine ilişkin usuller

Madde 27 - Uluslararası anlaşmaların yürürlükte olmadığı hallerde yapılan karşılıklı yardımlaşma taleplerine ilişkin usuller

1. Talepte bulunan Taraf ve kendisinden talepte bulunulan Taraf arasında yürürlükte olan yeknesak veya karşılıklı mevzuata dayalı herhangi bir karşılıklı yardım anlaşması veya düzenlemesinin mevcut olmadığı durumlarda, işbu maddenin 2 ila 9. paragraflarında belirtilen hükümler geçerli olacaktır. Bu tür bir anlaşma, düzenleme veya mevzuatın mevcut olduğu durumlarda, ilgili Tarafların bu madde hükümlerinin herhangi birini veya tamamını uygulamayı kabul etmedikleri takdirde, işbu madde hükümleri geçerli olmayacaktır.

2. a. Taraflardan her biri, karşılıklı yardım talebinde bulunmak, bu taleplere cevap vermek, bu taleplerin gereğini yerine getirmek veya bunların gereğini yerine getirecek makamlara bu talepleri iletmekle görevli bir merkezî makam veya makamlar belirleyecektir;

b. Merkezî makamlar birbirleri ile doğrudan iletişim kuracaklardır;

c. Taraflardan her biri, herhangi bir anlaşmanın mevcut olmadığı durumlarda işbu paragraf hükümleri uyarınca belirlenen makamlardan her birinin isim ve adresini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma veya taraf olma belgesini tevdi ederken bildirecektir;

d. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Taraflarca belirlenen merkezî makamların kaydını tutacak ve bunu sürekli güncelleyecektir. Her bir Taraf bu kayıtta yer alan bilgilerin her zaman doğru olmasını temin edecektir.

3. İşbu Madde çerçevesindeki karşılıklı yardım talepleri, kendisinden talepte bulunulan Tarafın hukukuna aykırı durumlar hariç olmak üzere, talepte bulunan Tarafça tespit edilecek usullere göre işleme konulacaktır.

4. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, Madde 25 Paragraf 4'te belirtilen red gerekçelerine ek olarak, aşağıdaki hususların sözkonusu olduğu durumlarda yardımda bulunmayı red edebilir:

a. yardım talebine konu olan suçun kendisinden talepte bulunulan Tarafça siyasi suç olarak veya siyasi bir suçla bağlantılı olan bir suç olarak değerlendirilmesi; veya

b. sözkonusu talebin gereğinin yerine getirilmesinin kendisinden talepte bulunulan Tarafça bahse konu tarafın egemenliğine, emniyetine, kamu düzenine veya diğer temel menfaatlerine zarar vereceğinin düşünülmesi.

5. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, herhangi bir talebe ilişkin olarak işlem yapmasının yetkili makamlarınca sürdürülmekte olan cezaî soruşturma veya kovuşturmalara zarar vermesinin sözkonusu olabileceği durumlarda, bu talebe ilişkin işlemleri tehir edebilir.

6. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, yardımda bulunmayı red veya tehir etmeden önce ve gerekli durumlarda yardım talebinde bulunan Taraf ile görüş alışverişinde bulunarak, yardımın kısmen veya kendisinde talepte bulunulan Tarafın gerekli gördüğü şartlara tabi olarak verilip verilemeyeceği hususunu telakki edecektir.

7. Kendisinden yardım talebinde bulunulan Taraf, yardım talebinin işleme konulmasından çıkan sonucu yardım talebinde bulunan Tarafa bildirecektir. Talebin reddi veya tehirine ilişkin gerekçeler bildirilecektir. Kendisinden yardım talebinde bulunulan Taraf, aynı zamanda, talebin yerine getirilmesini imkânsız kılan veya önemli ölçüde geciktirecek olan gerekçeleri de yardım talebinde bulunan Tarafa bildirecektir.

8. Yardım talebinde bulunan Taraf, kendisinden yardım talebinde bulunulan Tarafın, işbu bölüm çerçevesinde iletilen taleplere ve bunların içeriklerine ilişkin bilgileri, sözkonusu talebin yerine getirilmesi için gerekli olanlar hariç olmak üzere, gizli tutmasını isteyebilir. Kendisinden talepte bulunulan Tarafın bilgilerin gizli tutulması istemini yerine getiremeyecek olması halinde, sözkonusu Taraf bu durumu yardım talebinde bulunan Tarafa en kısa sürede bildirecek ve talepte bulunan Taraf talebin buna rağmen gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğim belirleyecektir.

9. a Acil durumlarda, karşılıklı yardım talepleri veya bu taleplere ilişkin iletişimler, yardım talebinde bulunan Tarafın adli makamları aracılığıyla kendisinden yardım talebinde bulunulan Tarafın adli makamlarına doğrudan iletilebilir. Bu tür durumlarda, sözkonusu talebin veya iletişimin bir nüshası yardım talebinde bulunan Tarafın merkezî makamı tarafından kendisinden yardım talep edilen Tarafın merkezî makamına iletilecektir.

b. İşbu paragraf çerçevesinde iletilecek herhangi bir talep veya iletişim Uluslararası Polis Teşkilatı (Interpol) aracılığıyla gönderilebilir.

c. İşbu maddenin a paragrafına uygun olarak talepte bulunulması ve ilgili makamın buna ilişkin olarak işlem yapamıyor olması halinde, sözkonusu makam, talebi ulusal düzeyde yetkili olan makama iletecek ve bu durumu yardım talebinde bulunan Tarafa doğrudan bildirecektir.

d. İşbu paragraf çerçevesinde iletilen ve zorlayıcı eylem içermeyen talepler veya iletişimler, Talepte bulunan Tarafın yetkili makamlarınca kendisinden talepte bulunulan Tarafın yetkili makamlarına doğrudan iletilebilir.

e. Taraflardan her biri, etkinlik sağlama gerekçesinden dolayı, işbu paragraf çerçevesinde iletilen taleplerin merkezî makamlarına iletilmesi gerektiğini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine imza sırasında veya onay kabul, uygun bulma veya taraf olma belgesini tevdi ederken bildirebilir.

Madde 28 - Gizlilik ve kullanımın sınırlandırılması

1. Talepte bulunan Taraf ile kendisinden talepte bulunulan Taraf arasında yürürlükte olan yeknesak veya karşılıklı mevzuatı temel alan herhangi bir karşılıklı yardım anlaşması veya düzenlemesinin mevcut olmadığı durumlarda, işbu madde hükümleri geçerli olacaktır. Bu tür bir anlaşma, düzenleme veya mevzuatın mevcut olduğu durumlarda, ilgili Tarafların bu madde hükümlerinin herhangi birini veya tamamını uygulamayı kabul etmedikleri takdirde, işbu madde hükümleri geçerli olmayacaktır.

2. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, talebe istinaden bilgi veya malzeme verilmesi için:

a. karşılıklı hukuki yardım talebinin, bu tür bir şartın mevcut olmaması halinde karşılanamadığı durumlarda, sözkonusu bilgi veya malzemenin gizli tutulmasını, veya

b. sözkonusu bilgi veya malzemelerin talepte belirtilenler dışında başka bir soruşturma veya kovuşturma için kullanılmamasını şart koşabilir.

3. Yardım talebinde bulunan Tarafın, paragraf 2'de belirtilen şartlan yerine getiremeyecek olması halinde, sözkonusu Taraf diğer Tarafı ivedilikle durumdan haberdar edecek, diğer Taraf da bilgilerin buna rağmen verilip verilemeyeceğini belirleyecektir. Talepte bulunan Tarafın şartı kabul etmesi halinde, sözkonusu Taraf bu şarta bağlı hareket edecektir.

4. Paragraf 2'de belirtilen bir şartı uygulayarak bilgi veya malzeme veren herhangi bir Taraf, diğer Tarafın sözkonusu şarta ilişkin olarak bilgi veya malzemenin nasıl kullanıldığının izah edilmesini isteyebilir.

Kısım 2 - Özel Hükümler

Başlık 1 - Geçici tedbirlere ilişkin karşılıklı yardımlaşma

Madde 29 - Depolanan bilgisayar verilerinin süratli şekilde korunması

1. Taraflardan biri, diğer Tarafın ülkesindeki bir bilgisayar sistemi aracılığıyla depolanan ve talepte bulunan Tarafın arama yapma veya veriye benzer şekilde erişim sağlama, el koyma veya benzer şekilde güvence altına alma veya açıklanması amacıyla karşılıklı yardım talebine konu etmeyi düşündüğü verilerin süratli şekilde korunmasına hükmedilmesini veya bunun temin edilmesini sözkonusu Taraftan talep edebilir.

2. Paragraf 1 çerçevesinde bilgilerin korunması yönünde gerçekleştirilen bir talep aşağıdakileri içerecektir:

a. korunmayı isteyen makam;

b. cezaî soruşturmaya veya kovuşturmaya konu olan suç ve bununla ilgili esaslann özeti;

c. korunacak olan depolanan bilgisayar verisi ve bunun suç ile ilişkisi;

d. depolanan bilgisayar verisini korumakla yükümlü olan kişiyi veya bilgisayar sisteminin yerini belirleyen herhangi bir bilgi;

e. korumanın gerekliliği; ve

f. tarafın depolanan bilgisayar verisinde arama yapılması veya benzer şekilde buna erişim sağlanması, el konulması veya benzer şekilde güvence altına alınması veya açıklanması amacıyla karşılıklı yardım talebinde bulunma niyetinde olması.

3. Başka bir Taraftan talep alması üzerine, kendisinden yardım talebinde bulunulan Taraf belirlenmiş veriyi süratli şekilde korumak için gerekli olan bütün tedbirleri kendi iç hukukuna uygun olarak alacaktır. Bir talebe cevap verilmesi amacıyla ilgili suçun her iki ülkede de cezaî nitelik taşıması şartı aranmayacaktır.

4. İşbu Sözleşme'nin 2 ila 11. maddelerinde tanımlanan suçlar dışındaki suçlarla ilgili olarak depolanan verilere ilişkin arama yapma veya benzer şekilde erişim sağlama, el koyma veya benzer şekilde güvence altına alma veya açıklanması amacıyla karşılıklı yardım sağlanması amacına yönelik bir talebe cevap vermek için ilgili suçun her iki ülkede de cezaî nitelik taşıması şartını arayan bir Tarafın, sözkonusu şartın verilerin açıklanacağı tarihte yerine getirilemeyeceğini gösteren gerekçelere sahip olması halinde, sözkonusu Taraf işbu madde çerçevesinde verilerin korunması amacıyla iletilen talepleri reddetme hakkını saklı tutabilir.

5. Ayrıca, verilerin korunması amaçlı bir talep sadece aşağıdaki durumlarda reddedilebilir:

a. yardım talebine konu olan suçun kendisinden talepte bulunulan Tarafça siyasi suç veya siyasi bir suçla bağlantılı olan bir suç olarak değerlendirilmesi, veya

b. sözkonusu talebin gereğinin yerine getirilmesinin kendisinden talepte bulunulan Tarafça bahse konu tarafın egemenliğine, emniyetine, kamu düzenine veya diğer temel menfaatlerine zarar vereceğinin düşünülmesi.

6. Kendisinden yardım talep edilen Taraf, verilerin korunması işleminin verilere gelecekte ulaşılmasını güvence altına alamayacağını veya yardım talep eden Tarafın yürüttüğü soruşturmanın gizliliğini zedeleyeceğini veya buna başka şekillerde zarar vereceğini düşünmesi halinde, bunu yardım talebinde bulunan Tarafa en kısa sürede bildirecek, talepte bulunan Taraf talebin buna rağmen gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini belirleyecektir.

7. Paragraf l'de belirtilen talebe cevaben yerine getirilen herhangi bir koruma işlemi, yardım talebinde bulunan Tarafın verilere ilişkin arama yapma veya benzer şekilde erişim sağlama, el koyma veya benzer şekilde güvence altına alma veya açıklanması amacıyla talepte bulunmasına imkân verecek şekilde en az altmış gün süreli olacaktır. Bu yönde bir talebin alınmasının ardından, sözkonusu talep hususunda bir karar verilene kadar verilerin korunmasına devam edilecektir.

Madde 30 - Korunan trafik verilerinin süratli şekilde açıklanması

1. Belirlenmiş bir iletişime ilişkin trafik verilerinin korunmasına yönelik olarak Madde 29 çerçevesinde iletilen talebin yerine getirilmesi sırasında, kendisinden talepte bulunulan Tarafın başka bir Devlet'teki bir hizmet sağlayıcının sözkonusu iletişimin sağlanmasında müdahil olduğunun farkına varması halinde, sözkonusu Taraf, talepte bulunan Tarafa ilgili hizmet sağlayıcının ve verilerin aktarıldığı yolun belirlenmesine imkân vermek için yeterli miktardaki trafik verisini süratli şekilde açıklayacaktır.

2. Paragraf 1 çerçevesinde trafik verilerinin açıklanması işlemi ancak aşağıdaki durumlarda gerçekleşmeyebilir:

a. yardım talebine konu olan suçun kendisinden talepte bulunulan Tarafça siyasi suç veya siyasi bir suçla bağlantılı olan bir suç olarak değerlendirilmesi; veya

b. sözkonusu talebin gereğinin yerine getirilmesinin kendisinden talepte bulunulan Tarafça bahse konu tarafın egemenliğine, emniyetine, kamu düzenine veya diğer temel menfaatlerine zarar vereceğinin düşünülmesi.

Başlık 2- Soruşturma yetkileri konusunda karşılıklı yardımlaşma

Madde 31 - Depolanan bilgisayar verilerine erişim konusunda karşılıklı yardımlaşma

1. Taraflardan biri, bir diğer Taraftan Madde 29 uyarınca korunan veriler de dâhil olmak üzere, sözkonusu Tarafın ülkesindeki bir bilgisayar sistemi aracılığıyla depolanan veride arama yapmayı

veya benzer şekilde buna erişim sağlamayı, el koymayı veya benzer şekilde güvence altına alınmasını veya açıklanmasını talep edebilir.

2. Kendisinden talepte bulunulan Taraf, bu talebe, Madde 23'te bahsi geçen uluslararası belgeler, düzenlemeler ve kanunları uygulayarak ve bu Bölümün diğer ilgili hükümleri uyarınca yanıt verecektir.

3. Sözkonusu talebe cevap verilmesi işlemi aşağıdaki durumlarda hızla gerçekleştirilecektir:

a. ilgili verilerin özellikle kaybolmasının veya değiştirilmesinin sözkonusu olabileceğine dair gerekçelerin bulunması; veya

b. Paragraf 2'de atıfta bulunulan belgeler, düzenlemeler ve kanunlarda süratle işbirliğinde bulunulmasının öngörülmesi.

Madde 32 - Depolanmış bilgisayar verilerine izinli şekilde veya bu verilerin halka açık olduğu durumlarda sınır ötesinden erişim sağlanması

Bir Taraf, diğer Tarafın izni olmaksızın:

a. halkın serbest kullanımına sunulan (açık kaynaktan gelen) depolanmış bilgisayar verilerine, bunların coğrafi konumuna bakmaksızın erişebilir; veya

b. kendi ülkesindeki bir bilgisayar sistemi aracılığıyla, diğer Tarafın ülkesindeki depolanmış bilgisayar verilerine, eğer bu Taraf, sözkonusu bilgisayar sistemi aracılığıyla veriyi ifşa etme yetkisini yasal olarak haiz bulunan kişinin yasal ve gönüllü onayını sağlayabilirse, sözkonusu verilere erişebilir veya bunları temin edebilir.

Madde 33- Trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması konusunda karşılıklı yardımlaşma

1. Taraflar, bilgisayar sistemi üzerinden aktarılan kendi ülkesindeki belirlenmiş haberleşmelerle bağlantılı trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması için karşılıklı yardımda bulunacaklardır. Paragraf 2'nin hükümlerine tabi olmak şartıyla, bu yardımlaşma iç hukukta öngörülen şart ve usullere göre düzenlenecektir.

2. Her bir Taraf, en azından, gerçek zamanlı olarak toplanan trafik verilerinin sağlandığı benzer iç davalardaki cezaî suçlar konusunda bu yardımı sağlayacaktır.

Madde 34 - İçerik verilerine el konulması konusunda karşılıklı yardımlaşma

Taraflar yürürlükteki antlaşmalarının ve iç hukuklarının izin verdiği ölçüde, bilgisayar sistemi üzerinden aktarılan belirlenmiş haberleşmelerin içerik verilerinin gerçek zamanlı olarak derlenmesi veya kaydedilmesi konusunda birbirlerine karşılıklı yardımda bulunacaklardır.

Başlık 3 -24 saat 7 gün iletişim ağı

Madde 35 - 24 saat 7 gün İletişim ağı

1. Her bir Taraf, bilgisayar sistemleri ve verileriyle ilgili cezaî suçlar konusundaki soruşturma veya kovuşturma veya cezaî suçun elektronik ortamda toplanmış delilleri için anında yardım temin edilmesini sağlamak amacıyla günde 24 saat ve haftanın 7 gününde erişilebilecek bir irtibat noktası belirleyecektir. Sözkonusu yardım, aşağıdakilerin kolaylaştırılmasını veya, iç hukuk ve uygulamalarının izin vermesi halinde, doğrudan yapılmasını içerecektir:

a. teknik öneri sağlanması;

b. Madde 29 ve 30 uyarınca verilerin korunması;

c. delil toplanması, yasal bilgi sağlanması, şüphelilerin yerlerinin tespit edilmesi.

2. a. Taraflardan birinin irtibat noktasının, diğer bir Tarafın irtibat noktasıyla hızlı bir şekilde iletişim sağlayabilecek yeteneğe sahip olması gerekmektedir.

b. Taraflardan birinin belirlediği irtibat noktasının, o Tarafın uluslararası yardımından veya suçluların iadesinden sorumlu makam veya makamlarının bir parçası olmaması durumunda, sözkonusu irtibat noktasının bu makam veya makamlarla hızlı bir şekilde eşgüdümde bulunabilecek nitelikte olmasını sağlaması gerekmektedir.

Her bir Tarafın, iletişim ağının işletilmesini kolaylaştırmak için eğitimli ve donanımlı personel bulunmasını sağlaması gerekmektedir.

Bölüm IV - Son hükümler

Madde 36 - İmza ve yürürlüğe giriş

1. İşbu Sözleşme, Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin ve Sözleşme'nin hazırlanmasına katılmış üye olmayan Devletlerin imzasına açık olacaktır.

2. İşbu Sözleşme onay, kabul veya uygun bulmaya tabidir. Onay, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi olunacaktır.

3. İşbu Sözleşme, en az üçü Avrupa Konseyi üyesi olan beş Devlet, paragraf 1 ve 2 hükümleri uyarınca Sözleşme'ye tâbi olma rızalarını beyan ettikleri tarihten sonraki üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

4. İşbu Sözleşme, Sözleşme'ye tâbi olma rızalarını beyan eden, herhangi bir imzacı Devlete ilişkin olarak, paragraf 1 ve 2 hükümleri uyarınca Sözleşme'ye tâbi olma rızasını beyan ettiği tarihten sonraki üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 37 - Sözleşme'ye Taraf Olma

1. İşbu Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinin ardından, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Sözleşme'de Âkit Devletlerle görüşüp bu Devletlerin oybirliğiyle onaylamalarının ardından, Konsey üyesi olmayan ve işbu Sözleşme'nin hazırlanmasına katılmış olmayan herhangi bir Devleti Sözleşme'ye taraf olmaya davet edebilir. Bu karar Avrupa Konseyi Yasası'mn Madde 20.d'de belirtilen çoğunluk tarafından ve Bakanlar Komitesi'nde yer almaya hakkı bulunan Âkit Devletlerin temsilcilerinin oybirliğiyle alınacaktır.

2. Yukarıda paragraf 1 'de belirtilen Sözleşme'ye taraf olan bir Devlete ilişkin olarak, İşbu Sözleşme, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne taraf olma belgesini tevdi etme tarihinden sonraki üç aylık sürenin bitimini izleyen aym ilk gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 38 - Belirli Bölgelerde Uygulama

1. Devletlerden herhangi biri, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma veya taraf olma belgelerini tevdi ederken, Sözleşme'nin uygulanacağı bölge veya bölgeleri belirtebilir.

2. Devletlerden herhangi biri, daha sonraki bir tarihte Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapacağı bir bildirimle, işbu Sözleşme'nin uygulama alanını bildirimde belirlenmiş başka herhangi bir bölgeye teşmil edilmesini belirtebilir. İşbu Sözleşme, böyle bir bildirimin Genel Sekreter tarafından alınmasından sonraki üç aylık sürenin bittiği ayı izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

3. Önceki iki paragraf kapsamında yapılan herhangi bir bildirim, böyle bir bildirimde belirtilen herhangi bir bölge açısından Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yapılacak bir bildirimle geri çekilebilir. Geri çekilme, böyle bir bildirimin Genel Sekreter tarafmdan alınmasından sonraki üç aylık sürenin bittiği ayı izleyen aym ilk gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 39 - Sözleşme'nin Etkileri

1. İşbu Sözleşme, aşağıda isimleri yer alan sözleşmelerin hükümleri de dâhil olmak üzere, Taraflar arasında yürürlükte olan çok taraflı veya ikili anlaşmaları veya düzenlemeleri tamamlamaya yöneliktir:

- 13 Aralık 1957 tarihinde Paris'te imzaya açılan Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (ETS No. 24);

- 20 Nisan 1959 tarihinde Strazburg'da imzaya açılan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adlî Yardım Avrupa Sözleşmesi (ETS No. 30);

- 17 Mart 1978 tarihinde Strazburg'da imzaya açılan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adlî Yardım Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokol (ETS No. 99).

2. Eğer iki veya daha fazla Taraf, işbu Sözleşme'de ele alınan konular hakkında daha önce sözleşme veya anlaşma akdetmiş veya bu tür konulara dair ilişkilerini başka şekilde tesis etmişlerse veya ileride tesis etmeleri durumunda, sözkonusu Taraflar bu anlaşma veya sözleşmeyi uygulama veya sözkonusu ilişkilerini bunlara uygun olarak düzenleme hakkına sahip olacaktır. Ancak, Tarafların işbu Sözleşme'de ele alman konulara dair ilişkilerini işbu Sözleşme'de düzenlendiği şekilde tesis etmemiş olmaları halinde, işbu Sözleşme'nin amaç ve ilkeleriyle tutarsız olmayacak şekilde hareket etmeleri gerekecektir.

3. İşbu Sözleşme'nin hiçbir hükmü, bir Tarafın diğer haklarını, sınırlamalarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını etkilemeyecektir.

Madde 40 - Beyanlar

Devletlerden herhangi biri, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben yazılı bir bildirimde bulunarak, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma veya taraf olma belgesini tevdi ederken, Madde 2,3,6 Paragraf l.b,7,9 Paragraf 3 ve 27 ve Paragraf 9.e kapsamında belirtildiği üzere, ek unsurlar talep etme olanağından yararlanabileceğini beyan edebilir.

Madde 41 - Federal Devletlere İlişkin Madde

1. Federal bir Devlet, işbu Sözleşme'de Bölüm II çerçevesinde belirtilen, merkezi Hükümeti ve ülkeyi oluşturan Eyaletler veya diğer benzer nitelikteki idari bölgeleri arasındaki ilişkilerin dayandığı temel ilkeleriyle tutarlı yükümlülükleri, Bölüm III çerçevesinde işbirliği yapabilmesi kaydıyla kabul etme hakkını saklı tutabilir.

2. Federal bir Devlet, paragraf l'de belirtildiği şekilde çekince beyanında bulunduğunda, bunun koşullarım Bölüm Il'de yer alan tedbirlerin alınmasına ilişkin zorunlulukları dâhil etmemek veya önemli ölçüde azaltmak için uygulayamaz. Genel olarak, Federal Devlet bu tedbirlere ilişkin geniş ve etkili bir yasa uygulama yeteneğini sağlayacaktır.

3. Eyaletlerin yargı yetkisi veya federasyonun anayasal sistemi uyarınca yasama tedbirlerini alma zorunluluğu bulunmayan diğer benzer idari bölgelerin uyguladığı Sözleşme'nin hükümlerine ilişkin olarak, federal Hükümet, sözkonusu Eyaletlerin yetkili makamlarına bahsi geçen hükümleri olumlu görüşüyle birlikte bildirecek, bu makamları bunları yürürlüğe koymak amacıyla gereğini yapmaları konusunda teşvik edecektir.

Madde 42 - Çekinceler

Devletlerden herhangi biri, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben yazılı bir bildirimde bulunarak, imza sırasında veya onay, kabul, uygun bulma veya taraf olma belgesini tevdi ederken, 4. maddenin 2. paragrafı, 6. maddenin 3. paragrafı, 9. maddenin 4. paragrafı, 10. maddenin 3. paragrafı, 11. maddenin 3. paragrafı, 14. maddenin 3. paragrafı, 22. maddenin 2. paragrafı, 29. maddenin 4. paragrafı ve 41. maddenin 1. paragrafında belirtilen çekinceyi(leri) kullandığını beyan edebilir. Başka hiçbir çekince getirilemez.

Madde 43 - Çekincelerin Durumu ve Bunlardan Vazgeçilmesi

1. Madde 42 uyarınca çekince getiren bir Taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben yazılı bir bildirimde bulunarak, çekincesinden tamamen veya kısmen vazgeçebilir. Vazgeçme işlemi, bu yazılı bildirim Genel Sekreter tarafından alındığı tarihte yürürlüğe girecektir. Eğer bildirim çekince hakkının belirtilen bir tarihte geri çekilmesini bildiriyorsa ve bu, bildirimin Genel Sekreter tarafından alındığı tarihten sonraki bir tarih ise, geri çekme işlemi sözkonusu sonraki tarihte yürürlüğe girecektir.

2. Madde 42 uyarınca çekince getiren bir Taraf, bu haktan, şartlar elverdiği andan itibaren tamamen veya kısmen vazgeçecektir.

3. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Madde 42'de belirtildiği üzere bir veya daha fazla çekince getiren Taraflarla, bu çekince(ler)den vazgeçmesine ilişkin olanakları düzenli aralıklarla araştırabilir.

Madde 44 - Değişiklikler

1. Herhangi bir Taraf, işbu Sözleşme'de değişiklikler yapılması önerisinde bulunabilir ve bu değişiklikler Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından Avrupa Konseyi üye Devletleri'ne, işbu Sözleşme'nin hazırlanmasına katılmış üye olmayan Devletlere, ayrıca Madde 37 hükümleri uyarınca işbu Sözleşme'ye taraf olan veya taraf olmaya davet edilen herhangi bir Devlete bildirilecektir.

2. Bir Tarafın önerdiği herhangi bir değişiklik, Avrupa Suç Sorunları Komitesi'ne (CDPC) bildirilecek, bu Komite sözkonusu değişiklik önerisine ilişkin görüşlerini Bakanlar Komitesi'ne sunacaktır.

3. Bakanlar Komitesi önerilen değişikliği ve CDPC'nin sunduğu görüşü inceleyecek ve Sözleşme'ye taraf olan üye olmayan Devletlerle istişarede bulunduktan sonra sözkonusu değişikliği kabul edebilecektir.

4. İşbu Maddenin 3. paragrafı uyarınca Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen herhangi bir değişikliğin metni, kabul için Taraflara gönderilecektir.

5. İşbu Maddenin 3. paragrafı uyarınca kabul edilen herhangi bir değişiklik, tüm Tarafların bununla ilgili kabulü Genel Sekreter'e bildirmelerinden sonraki otuzuncu günde yürürlüğe girecektir.

Madde 45 - Uyuşmazlıkların Çözümü

1. Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC), işbu Sözleşme'nin yorumu veya uygulamasına ilişkin olarak sürekli şekilde bilgilendirilecektir.

2. Taraflar arasında işbu Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulamasına ilişkin bir uyuşmazlık doğması durumunda, ilgili Tarafların üzerinde anlaşacağı şekilde, uyuşmazlığın CDPC'ye, kararları Tarafları bağlayıcı bir hakem heyetine veya Uluslararası Adalet Divam'na götürülmesi de dâhil olmak üzere, Taraflar müzakere yoluyla veya kendilerinin tercih edeceği diğer barışçıl yollarla çözüm arayacaklardır.

Madde 46 - Taraflar Arasındaki İstişareler

1. Taraflar, uygun görüldüğü şekilde, aşağıdaki hususları kolaylaştırmak amacıyla düzenli aralıklarla istişarede bulunacaklardır:

a. işbu Sözleşme'nin etkin şekilde kullanılması ve uygulanması, bu hususlara ilişkin sorunların ve işbu Sözleşme çerçevesinde yapılan herhangi bir beyan veya çekincenin etkilerinin belirlenmesi;

b. sanal ortamda işlenen suçlara ilişkin önemli yasal, siyasal veya teknolojik gelişmeler ve elektronik ortamda delil toplanması konularında bilgi teatisinde bulunulması;

c. Sözleşme'ye olası ilave veya değişikliklerin göz önünde bulundurulması.

2. Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC), paragraf l'de belirtilen istişarelerin sonucu hakkında düzenli aralıklarla sürekli şekilde bilgilendirilecektir.

3. CDPC, uygun görüldüğü şekilde, paragraf l'de belirtilen istişareleri kolaylaştırmak ve Sözleşme'ye ilavede bulunmaya veya değişiklik yapmaya yönelik çalışmalarında Taraflara yardımcı olmak için gerekli tedbirleri alacaktır. İşbu Sözleşme yürürlüğe girdikten en geç üç yıl sonra, Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC), Sözleşme'nin tüm hükümlerini Taraflarla işbirliği içinde gözden geçirecek ve gerektiği takdirde, uygun değişiklik tekliflerini yapacaktır.

4. Avrupa Konseyi tarafından üstlenilen masraflar hariç olmak üzere, paragraf 1 hükümlerini yerine getirmek için yapılan masraflar, Taraflarca, kendilerinin belirleyeceği şekilde karşılanacaktır.

5. Avrupa Konseyi Sekretaryası, Taraflara, işbu Madde çerçevesindeki görevlerini yerine getirmelerinde yardımcı olacaktır.

Madde 47 - Sözleşmeden Ayrılma

1. Herhangi bir Taraf, dilediği zaman, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne hitaben bir bildirimde bulunarak, işbu Sözleşme'den ayrılabilir.

2. Ayrılma işlemi, bildirimin Genel Sekreter tarafından alınmasından sonraki üç aylık sürenin sonunu izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 48 - Bildirimler

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Avrupa Konseyi üye Devletleri'ne, işbu Sözleşme'nin hazırlanmasına katılan üye olmayan Devletlere, ayrıca Sözleşme'ye taraf olan veya taraf olmaya davet edilen herhangi bir Devlete:

a. her imzayı;

b. tevdi edilen her onay, kabul, uygun bulma veya taraf olma belgesini; c Madde 36 ve 37 uyarınca her yürürlüğe giriş tarihini;

d. Madde 40 uyarınca yapılan her beyanı veya Madde 42 uyarınca getirilen her çekinceyi;

e. işbu Sözleşme'ye ilişkin diğer her tür eylem, bildirim veya iletişimi bildirecektir.

Yukarıdaki hususlar muvacehesinde, aşağıda imzası bulunanlar usulüne uygun şekilde yetkilendirilmiş olarak işbu Sözleşme'yi imzalamışlardır.

İşbu Sözleşme, 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte'de, her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere, İngilizce ve Fransızca dillerinde, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanacak şekilde tek nüsha olarak imzalanmıştır. Onaylı nüshaları Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından Avrupa Konseyi üye Devletleri'ne, işbu Sözleşme'nin hazırlanmasına katılan üye olmayan Devletlere, ayrıca Sözleşme'ye taraf olan veya taraf olmaya davet edilen tüm Devletlere gönderilecektir.

SANAL ORTAMDA İŞLENEN SUÇLAR SÖZLEŞMESİNİN ONAYLANMASININ UYGUN BULUNDUĞUNA DAİR KANUN

Numarası **:** 6533

Kabul Tarihi **:** 22.04.2014

Resmi Gazete Sayısı : 28988

Resmi Gazete Tarihi: 02.05.2014

MADDE 1 - (1) Hükümetimiz adına 10 Kasım 2010 tarihinde Strazburg'da imzalanan "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi"nin çekinceler ve beyanlar ile birlikte onaylanması uygun bulunmuştur.

MADDE 2 - (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 - (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

HÜKÜMETİN TEKLİF ETTİĞİ METNE EKLİ ÇEKİNCELER VE BEYANLAR

ETS-185'E İLİŞKİN ÇEKİNCELER VE BEYANLAR

1) 40. Madde ve 2. Madde'ye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, suçun bilgisayar verilerini elde etmek veya başka bir sahtekar niyetle veya bir bilgisayar sistemine bağlı başka bir bilgisayar sistemiyle ilişkili olarak güvenlik tedbirlerinin ihlal edilmesi suretiyle işlenmiş olmasını şart koştuğunu beyan eder.

2) 40. Madde ve 7. Madde'ye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bilgisayarla bağlantılı sahteciliğe ilişkin Madde 7'deki suç tanımının Türk kanunlarına göre dolandırma veya benzeri hileli davranış kastını gerektirdiğini beyan eder.

3) 42. Madde ve 14. Maddenin 3 (b) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, herhangi bir hizmet sağlayıcının bilgisayar sistemi üzerinden iletişime ilişkin olarak, söz konusu sistemin belirli bir kullanıcı grubunun menfaatine işletiliyor olması; halka açık iletişim şebekelerini kullanmıyor olması ve halka açık ya da özel nitelikli başka bir bilgisayar sistemine bağlı olmaması halinde, söz konusu aktarıma ilişkin olarak 20. ve 21. Maddelerde belirtilen önlemleri uygulamama hakkını saklı tutar.

4) 42. Madde ve 22. Madde'ye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türk vatandaşının yurt dışında işlemiş olduğu suçlardan dolayı Türk Ceza Kanunu'nun 11. ve 13. Maddeleri çerçevesinde yargı yetkisini kullanma hakkını saklı tutar.

5) 42. Madde ve 29. Maddenin 4. Paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, çifte suçluluk şartının verilerin açıklandığı tarihte yerine getirilemiyor olduğuna ilişkin gerekçeler bulunması halinde, işbu madde çerçevesinde verilerin korunması talebini reddetme hakkını saklı tutar.

6) 24. Maddenin 7 (a) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, suçluların iadesine ilişkin anlaşma mevcut olmadığı durumlarda, suçluların iadesi veya geçici tutuklama taleplerini iletmek veya almak üzere Adalet Bakanlığını yetkili makam olarak belirler.

7) 27. Maddenin 2 (c) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, karşılıklı yardım taleplerinde bulunmak, talepleri yanıtlamak, bu taleplerin gereğini yerine getirmek veya bunların gereğini yerine getirecek makamlara bu talepleri iletmekle Adalet Bakanlığını merkezi makam olarak belirler.

8) 35. Maddenin 1. Paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 7 gün/24 saat esasına göre temas noktasının

Emniyet Genel Müdürlüğü

Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı/Bilişim Suçlarıyla Mücadele Şube Müdürlüğü

Karanfil Sok. No 57 Ankara-Türkiye

cybercrime@kom.gov.tr

olduğunu beyan eder.

DIŞİŞLERİ KOMİSYONUNUN KABUL ETTİĞİ METNE EKLİ ÇEKİNCELER VE BEYANLAR

SANAL ORTAMDA İŞLENEN SUÇLAR SÖZLEŞMESİ (ETS-NO. 185) İLE İLGİLİ ÇEKİNCELER VE BEYANLAR

1) 40 ıncı madde ve 2 nci maddeye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, suçun bilgisayar verilerini elde etmek veya başka bir sahtekar niyetle veya bir bilgisayar sistemine bağlı başka bir bilgisayar sistemiyle ilişkili olarak güvenlik tedbirlerinin ihlal edilmesi suretiyle işlenmiş olmasını şart koştuğunu beyan eder.

2) 40 ıncı madde ve 7 nci maddeye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bilgisayarla bağlantılı sahteciliğe ilişkin 7 nci maddedeki suç tanımının Türk kanunlarına göre dolandırma veya benzeri hileli davranış kastını gerektirdiğini beyan eder.

3) 42 nci madde ve 14 üncü maddenin 3 (b) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, herhangi bir hizmet sağlayıcının bilgisayar sistemi üzerinden iletişime ilişkin olarak, söz konusu sistemin belli bir kullanıcı grubunun menfaatine işletiliyor olması; halka açık iletişim şebekelerini kullanmıyor olması ve halka açık ya da özel nitelikli başka bir bilgisayar sistemine bağlı olmaması halinde, söz konusu aktarıma ilişkin olarak 20 nci ve 21 inci maddelerde belirtilen önlemleri uygulamama hakkını saklı tutar.

4) 42 nci madde ve 22 nci maddeye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türk vatandaşının yurt dışında işlemiş olduğu suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun 11 inci ve 13 üncü maddeleri çerçevesinde yargı yetkisini kullanma hakkını saklı tutar.

5) 42 nci madde ve 29 uncu maddenin 4 üncü paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, çifte suçluluk şartının verilerin açıklandığı tarihte yerine getirilemiyor olduğuna ilişkin gerekçeler bulunması halinde, işbu madde çerçevesinde verilerin korunması talebini reddetme hakkını saklı tutar.

6) 24 üncü maddenin 7 (a) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, suçluların iadesine ilişkin anlaşma mevcut olmadığı durumlarda, suçluların iadesi veya geçici tutuklama taleplerini iletmek veya almak üzere Adalet Bakanlığını yetkili makam olarak belirler.

7) 27 nci maddenin 2 (c) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, karşılıklı yardım taleplerinde bulunmak, talepleri yanıtlamak, bu taleplerin gereğini yerine getirmek veya bunların gereğini yerine getirecek makamlara bu talepleri iletmekle Adalet Bakanlığını merkezi makam olarak belirler.

8) 35 inci maddenin 1 inci paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 7 gün/24 saat esasına göre temas noktasının Emniyet Genel Müdürlüğü Bilişim Suçlarıyla Mücadele Daire Başkanlığı olduğunu beyan eder.

Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (Çeviri v2)

BİLGİSAYAR SUÇLARI SÖZLEŞMESİ

(CONVENTION ON CYBER CRIME)

Budapeşte, 23.11.2001

ÖNSÖZ

Avrupa Konseyine üye ülkeler ve bu belgeyi imza eden diğer ülkeler; (Avrupa Konseyine üye olmayan; ABD, Japonya, Kanada ve Güney Afrika)

Avrupa Konseyinin amacının üyeler arasında daha geniş bir birlik sağlamak olduğu düşüncesinden hareketle;

Bu sözleşmeye taraf olan diğer ülkelerle işbirliğinin geliştirilmesi amacıyla; toplumun siber suçlara karşı korunması için atılacak diğer adımlarla birlikte gerekli mevzuatın kabul edilmesi ve uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi yollarıyla ortak bir cezaî politikanın öncelikli olarak kabul edilmesi gereğiyle;

Dijitalizasyon sayesinde networkler üzerinde önemli değişiklikler için ortak bir noktada birleşmek ve networkleri üzerinde devam eden globalizasyonun devamını sağlamak;

Bilgisayar ağlarının ve elektronik bilgilerin suç işlenmesi amacıyla kullanılabileceği ve bu tür suçlara ilişkin delillerin bu ağlarda saklanabileceği ve yine bu ağlar üzerinden aktarılabileceği riskini göz önünde bulundurarak;

Siber suçlara karşı mücadelede kamu ve özel sektör arasında işbirliğinin gerekliliği ve bilgi teknolojilerinin kullanımı ve geliştirilmesine ilişkin yasal hakların korunması ihtiyacının bilincinde olarak;

Siber suçlara karşı etkin mücadelenin suça ilişkin konularda, ivedi ve işlevsel gelişen bir uluslararası işbirliğiyle gerçekleşeceğine inanarak;

Bu anlaşmanın, bilgisayar sistemlerinin, ağlarının ve bilgisayar verilerinin gizliliğine, doğruluğuna ve ulaşılabilirliğine zarar verici faaliyetlerin, ayrıca bu sistemlerin, ağların ve verilerin suç işlemek maksadıyla kullanımının engellenmesi için bu fiillerin bu anlaşmada tanımlanan şekilde suç kapsamına sokularak yeterli, etkin mücadele yetkilerinin sağlanması ulusal ve uluslararası düzeyde tespit soruşturması ve yargılamanın yapılan eşgüdüm anlaşmalarıyla sağlanması gerekliliğine inanarak;

Her bireyin herhangi bir etki altında kalmaksızın düşünme, düşündüklerini ifade edebilme hürriyeti bu bağlamda, her türlü bilgiyi ve fikri arama, elde etme ve iletme özgürlüğünü gizlilik haklarına saygılı bir çerçevesinde hiçbir sınıra tabii olmadan kullanmasını ortaya koyan 1950 Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Anlaşması, 1966 Birleşmiş Milletler Uluslararası Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve diğer insan hakları anlaşmalarında belirtildiği şekilde, yasaların yürütülmesi ile temel insan hak ve özgürlüklerine saygı konusunda sağlıklı bir denge belirlenmesine ihtiyaç duyulduğunu bilerek;

1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi ve Bireylerin Korunması Konulu Avrupa Konseyi Sözleşmesinde belirtildiği şekliyle kişisel bilgilerin korunmasına hususuna gerekli hassasiyeti göz önüne alarak;

1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Konvansiyonu ve 1999 Uluslararası Çalışma Örgütü Çocuk İşçilerin Kötü çalışma koşulları hakkındaki Anlaşma göz önünde bulundurarak;

Cezalarda ve cezaların uygulanmasında yeknesaklığın sağlanması hususundaki mevcut Avrupa Konseyi Anlaşmasını ve benzer diğer anlaşmaları dikkate alarak ve bu anlaşmanın suçların elektronik ortamdaki delillerinin toplanmasının sağlanması ve bilgisayar sistemleri ve bilgisayar verileri ile ilgili suç soruşturmasının ve bu suçlarla ilgili usul hukukunun etkinleştirilmesi için bahsi geçen anlaşmaların tamamlayıcısı olduğunu vurgulayarak;

Birleşmiş Milletler, OECD, Avrupa Birliği ve G8 in faaliyetlerini içeren siber suçla mücadelede işbirliği ve uluslararası anlayışı büyük ölçüde geliştiren son gelişmeleri kapsayarak;

İletişime müdahale konulu taslak görüşmelerine bağlı olarak Suç içerikli konularda karşılıklı Yardımlaşmaya ilgili Avrupa konseyinin uygulamaya ilişkin R (85) sayılı Tavsiye Kararını, telif ve telife ilişkin haklar üzerinde korsanlığı düzenleyen R (88) 2 sayılı Tavsiye Kararını, güvenlik kuvvetlerinin şahsi bilgileri kullanmasını düzenleyen R (87) 15 sayılı Tavsiye Kararını, iletişim hizmetleri ve bu çerçevede özellikle telefon hizmetleri alanında kişisel verilerin korunması hakkındaki R (95) sayılı Tavsiye Kararını, bilgisayarla işlenen suçların tanımlanmasına ilişkin olarak ulusal yasama organlarına yol gösteren ve bilgisayarla ilgili suçlar hakkındaki R (89) 9 sayılı Tavsiye Kararını, ilave olarak Bilgi Teknolojisi ile bağlantılı ceza muhakemeleri usul hukukunun açıkları hakkındaki R (95) 13 sayılı Tavsiye Kararını dikkate alarak;

1997 Haziranında Prag da yapılan Bakanlar Kurulu'na, Avrupa Suç Problemleri Komitesi'nin (CDPC), siber suçları soruşturmanın etkin araçlarının kullanabilmesini sağlama ve ulusal kanunlardaki siber suçu düzenleyen maddeleri birbirine yakınlaştırma çalışmalarını desteklemesini tavsiye eden 21. Avrupa Adalet Bakanları Toplantısı 'nda hazırlanan 1 Nolu Düzenlemeyi ve 2000 Haziranında Londra'da yapılan, mümkün olan en çok devleti bu anlaşmaya

taraf kılmak için uygun çözümler arayarak tarafların görüşmelerini destekleyen ve siber suçla mücadelede ihtiyaç duyulan özel konuları gereken sekilde ele alan anında müdahale imkânı tanıyan verimli uluslararası işbirliği sisteminin gerekliğini ortaya koyan 23. Avrupa Adalet Bakanları Toplantısında ortaya konan 3. Nolu Düzenlemeyi dikkate alarak;

Bunlara ilaveten Avrupa Konseyi Devlet Başkanları Konferansının 10-11 Ekim de Strasburg'daki ikinci oturumda ortaya konan Avrupa Konseyinin temel değerleri ve standartları üzerine inşa edilen yeni bilgi teknolojileri gelişimi karsısında oluşturulacak ortak davranış biçimleri ortaya koyma amaçlı, Eylem Planı dikkate alınarak;

Aşağıdaki hususlarda mutabık kalmışlardır:

BÖLÜM 1 - KULLANILAN TERİMLER

MADDE 1 - Tanımlar

İşbu sözleşmede geçen terimlerin anlamı aşağıdadır:

a) "Bilgisayar sistemi" herhangi bir cihaz ve birbiriyle bağlantılı bir grup veya cihazlar yoluyla bir veya birden fazla program tarafından devam ettirilen verinin otomatik olarak işlenmesi, bu işlemin yerine getirilmesi

b) "Bilgisayar verisi" belirli durumların, bilgilerin kaydı ya da bir bilgisayarın bir işlemi gerçekleştirmesini sağlayacak biçimleri de içeren bilgisayar sistemince icra edilebilecek bir işlemler bütünüdür.

c) "Servis sağlayıcı"

i. Sistemi aracılığıyla kullanıcılarına bilgisayar sistemleriyle iletişim imkan sunan kamuya açık veya özel kuruluşlardır.

ii. Veya bu iletişimin datalarını servis sağlayıcı ya da kullanıcıları adına işleyen ve tutan kamuya açık ya da özel kuruluşlardır.

d) Veri trafiği kayıtları; bilgisayar verisinin bilgisayar sistemi aracılığıyla bir iletişim parçası olan bir bilgisayar tarafından oluşturulan ve iletişimin başlangıç noktasını, istikametini, izlediği yolu, tarihini, boyutlarını, devam süresini ve kullandığı hizmeti belirten veridir.

BÖLÜM 2 - ULUSAL DÜZEYDE ÖNLEMLERİN ALINMASI

Kısım 1: Suçlara ait kanun maddesi

Başlık 1: Bilgisayar veri sistemlerinin ulaşılabilirliği bütünlüğü ve gizliliğine karşı işlenen suçlar

MADDE 2 - Kanunsuz Erişim

Her bir taraf devlet bir bilgisayar sisteminin tamamı veya herhangi bir bölümüne haksız ve kasıtlı olarak erişilmesini suç kapsamına almak için gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı gerekli önlemleri almalıdır. Taraf devlet bu suçun oluşması için erişimin güvenlik önlemleri ihlal edilerek ya da bilgisayar sistemine bağlı diğer bir bilgisayar sistemi aracılığıyla bilgisayar verisini almak ya da başka kötü niyetlerle kullanmak şartına bağlayabilir.

MADDE 3 - Kanunsuz Araya Girme

Her bir taraf devlet kamuya açık olmayan elektromanyetik emisyon da dahil olmak üzere bilgisayarlar arasında gerçekleşen bir iletişimin arasına bilerek isteyerek ve haksız olarak arasına girmeyi kanununda suç olarak tanımlamalı ve diğer gerekli tüm önlemleri almalıdır. Taraf devlet bu suçun oluşmasını kötü niyet şartına bağlı kılabilir.

MADDE 4 - Veriye Müdahale

1. Her bir taraf devlet, bir kimsenin bilgisayar verisine hakkı olmadığı halde, bilerek ve isteyerek zarar verme, silme, bozma, değiştirmeye ya da ortadan kaldırma fiilleri işlemesini suç olarak düzenlemek üzere gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı ve gerekli diğer önlemleri almalıdır.

2. Taraf devlet 1. paragrafta belirtilen durumun oluşmasını ciddi zarar oluşma olasılığına bağlı tutma hakkına sahiptir.

MADDE 5 - Sistem Engellemeleri

Her bir taraf devlet veri yükleyerek, aktararak zarar vererek, silerek, bozarak, değiştirerek veya müdahale ederek bilgisayar sisteminin kullanımında hakkı olmadığı halde bilerek ve isteyerek bilgisayarın sisteminin çalışmasını sekteye uğratma fiilini ulusal kanununda suç olarak düzenlemeli ve gerekli diğer düzenlemeleri yapmalıdır.

MADDE 6 - Cihazları Kötüye Kullanma

1. Kasıtlı bir şekilde ve haksız olarak işlenen suçlarda benimsenecek bir yasa ve diğer lokal lüzumlu olan kanunların tesis edilmesi sağlanacak buna göre:

a) i. 2 ila 5. maddelerdeki suçları işlemek amacıyla tasarlanmış ya da uyarlanmış, bir program da olabilecek bir aracı,

ii. 2 ila 5. maddelerdeki suçları işlemek amacıyla, bir bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi sağlayan şifre, giriş kodu, ya da benzer verinin, üretimi, satımı, kullanım izni, ihracı, dağıtımı ya da başka şekilde ulaşılabilir kılma

b) Yukarıda paragrafta 1 ve 2′de değinilen vasıtaların 2 den 5′e maddelerde belirtilen suçlara teşebbüs etme amacıyla kullanma niyetiyle bulundurulmasını gerekli yasal ve benzeri önlemlerle iç hukukunda birer suç eylemi olarak ortaya koymalıdır. Bir Taraf devlet, bu tür vasıtalara suç sorumluluğun yüklenmesinden önce sahip bulunulması gereken bir sınır gerek görebilir.

2. Bu madde, bu maddenin birinci paragrafında değinilen bu vasıtaların üretimi, satımı, ithali, dağıtımı, temin edilebilir hale getirilmesi veya sahip olunmasına yönelik suç sorumluluğunun empoze edilmesinin, bir bilgisayar sisteminin yetkili olarak test edilmesi veya korunmasında olduğu gibi, bu anlaşmanın 2 den 5 e kadar olan maddelerinde ortaya konmuş bir suça teşebbüs etme amacına yönelik olmadığı şeklinde yorumlanamaz.

3. Her bir Taraf devlet, paragraf 1 (a) (2) de değinilen vasıtaların temin edilebilir hale getirilmesine, dağıtımına, satımına tesir etmiyorsa bu maddenin birinci paragrafını uygulamama hakkını muhafaza edebilir.

Başlık 2: Bilgisayar Bağlantılı Suçlar

MADDE 7 - Bilgisayar Bağlantılı Sahtekârlık

Her bir Taraf devlet, bir hak olmaksızın kasıtlı olarak yapılan, açıkça okunabilir ve anlaşılabilir olup olmadığına bakmaksızın, yasal amaçlar için kullanılması ve ele alınması niyetiyle sahte veriler olarak sonuçlanan bilgisayar verilerinin girilmesi, değiştirilmesi, silinmesi veya yerlerinden kaldırılmasına yönelik fiilleri gerekli yasal ve benzeri önlemlerle iç hukukunda birer suç eylemi olarak ortaya koymalıdır. Bir Taraf devlet suç sorumluluğunun yüklenmesinden önce sahtekârlık veya benzeri bir kötü niyeti aramaya gerek duyabilir.

MADDE 8 - Bilgisayar Bağlantılı Dolandırıcılık

Her bir Taraf devlet, bir hak olmaksızın kasıtlı olarak yapılan kendi veya başkasına ekonomik bir menfaat temin etmek kötü niyetiyle veya dolandırıcılık niyetiyle diğer bir kişinin mal kaybına sebep olan,

a. her türlü bilgisayar veri girişi, değiştirilmesi, silinmesi ve yerinden kaldırılması,

b. bir bilgisayar sisteminin çalışmasına yönelik her türlü müdahale fiillerini gerekli yasal ve benzeri önlemlerle iç hukukunda birer suç eylemi olarak ortaya koymalıdır.

Başlık 3: İçerik Bağlantılı Suçlar

MADDE 9 - Çocuk Pornografisi İle Bağlantılı Suçlar

1. Her bir Taraf devlet, bir hak olmaksızın kasıtlı

a. bilgisayar sistemi vasıtasıyla dağıtmak amacıyla çocuk pornografisi üretmek,

b. bilgisayar sistemi vasıtasıyla çocuk pornografisini temin edilebilir hale getirmek veya göstermek,

c. bilgisayar sistemi vasıtasıyla çocuk pornografisini aktarmak veya dağıtımını yapmak,

d. kendisi veya başkası için bilgisayar sistemi vasıtasıyla çocuk pornografisi temin etmek,

e. bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar veri depolama ortamında çocuk pornografisine sahip olmak

Fiillerinden sorumlu tutulması için gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı ve ihtiyaç duyulan önlemleri almalıdır.

2. Yukarıdaki 1. paragrafta geçen "çocuk pornografisi"

a) Bir küçüğün cinsel olarak kullanılmasını

b) Bir küçük gibi görünen kişinin cinsel olarak kullanılmasını

c) Bir küçüğü temsil eden gerçekçi bir imajın cinsel olarak kullanılmasını görsel olarak içeren pornografik materyaldir.

3. Yukarıda 2. paragrafta geçen "küçük" de amacın 18 yaşın altındaki herkestir. Taraf devlet buna karşın, 16 yaşından az olmamak üzere daha düşük bir yaş sınırı belirleyebilir.

Başlık 4: Telif Hakları Ve Bununla Bağlantılı Hakların

İhlaline İlişkin Suçlar

MADDE 10 - Telif Hakları Ve Bununla Bağlantılı Hakların İhlaliyle İlişkili Suçlar

1. Herbir taraf devlet telif hakları ihlallerini 24 Temmuz 1971 Paris Şartıyla yükümlülük altına girilen Yazın ve Sanat Ürünlerinin Korunmasına ilişkin Bern Anlaşması'na Fikri Ürün haklarının ticari yönü üzerine anlaşma ve WIPO Telif hakları anlaşmasına uygun olarak anlaşmalarda belirtilen etik hak istisnaları saklı kalmak üzere bilgisayar sistemleri aracılığıyla ticari boyutta ve isteyerek gerçekleştiğinde ulusal kanununda suç olarak tanımlamak için gerekli hukuki düzenlemeyi yapmalı ve gerekli diğer önlemleri yerine getirmelidir.

2. Her bir taraf devlet belirtilen konularla ilişkili hakların ihlallerini kendi kanununda tanımlandığı üzere Roma'da yapılan Uluslararası Fonogram üreticileri ve kullanıcılarını ve yayıncı kurumları koruma anlaşması (Roma Anlaşması) fikri ürün haklarının ticari yönleri hakkındaki anlaşma, WIPO uygulayıcılar ve Fonogramlar Antlaşması ile yükümlülük altına girilen anlaşmalara uygun

olarak, bu anlaşmalarla belirtilen etik hakların istisnaları saklı kalmak üzere, böylesi fiiller isteyerek, ticari bir boyutta ve bilgisayar sistemleri vasıtasıyla işlendiğinde bu fiillerin suç tanımlamasını kendi kanunlarında düzenlemeli diğer önlemleri almalıdırlar.

3. Taraf devlet, başkaca etkin çıkar yolun olmadığı ve bu maddenin 1. Ve 2. Paragrafında geçen Uluslararası gerekçelerinde ortaya konan taraf devletin Uluslararası sorumlulukları arasında yer almayan bir koruma sınırlı bazı durumlarda bu maddenin 1. Ve 2. Paragraflarında belirtilen suç sorumluluğunu uygulama hakkını saklı tutar.

Başlık 5: İkincil Sorumluluk Ve Yaptırımlar

MADDE 11 - Teşebbüs Ve Yardım Etme Ya Da Kışkırtma

1. Her bir taraf devlet, mevcut anlaşmanın 2-10. Maddelerindeki suçların işlenmesi niyetiyle yardım ya da kışkırtmalar gerçekleştirildiğinde, bu fiillerin ulusal kanunda suç fiilleri olarak yer alması için gerekli kanuni düzenlemeler ve önlemler yapılmalıdır.

2. Her bir taraf devlet, bu anlaşmanın 3. maddeden 5, 7, 8, 9 (1) a ve 9 (1) c maddelerine kadar düzenlenen fiillere isteyerek işleme teşebbüsünü kendi ulusal kanununda suç olarak tanımlanabilmesi için gerekli hukuki yapıyı ve önlemleri düzenlemeleridir.

3. Her bir taraf devlet bu maddenin 2. Paragrafının bir kısmını ya da tamamını uygulamama hakkını saklı tutar.

MADDE 12 - Yardımlaşma Yükümlülüğü

1. Her bir taraf devlet, hukuki bir şahsı yöneten hukuki kişiliğin(hükmi kişilik) bir organına ya da bireysel olarak bir doğal şahsın fiilinden yarar sağlayan hukuki şahsın bu anlaşmada bahsedilen suç tanımlamalarına uygun olarak ulusal kanunda gerekli hukuki düzenlemeyi yapmalı ve önlemleri almalıdır. Bu fiilleri gerçekleştiren gerçek kişi fiilleri,

a) Hukuki şahsı temel yetkisine

b) Hukuki şahıs adına karar alma otoritesine

c) Hukuki şahıs içerisinde kontrol gerçekleştirme otoritesine dayanarak yapmalıdır.

d) Bilgisayar sistemleri aracılığıyla dağıtmak üzere çocuk pornografisi üretmek

2. Hâlihazırda 1. Paragrafta belirtilen durumlar dışında, her bir taraf devlet, Anlaşmada belirtilen suçları 1. Paragrafta bahsedilen yetki ve kontrolü olmayan, bir gerçek şahsın otoritesi altındaki hukuki kişinin işlemesi halinde, hukuki kişinin sorumlu tutulabilmesi için gerekli önlemleri almalıdır.

3. Taraf devletin hukuki prensiplerine bağlı olarak hukuki kişinin sorumluluğu, cezai, hukuki ya da idari olabilir.

MADDE 13 - Yaptırımlar ve Önlemler

1. Her bir taraf devlet 2 ila 11. Maddelerde düzenlenen suç fiillerinin etkili, oranlı ve caydırıcı şekilde, cezalandırılabilir olmasını sağlayacak gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı; diğer ihtiyaç duyulan önlemleri almalıdır. Bu cezalar hak mahrumiyetini içerebilir.

2. Her bir taraf devlet, 12. Maddeye uygun olarak sorumlu tutulan hukuki şahsın, maddi yaptırımları da içerecek biçimde cezai ya da ceza dışı etkili, oranlı caydırıcı yaptırım ve tedbirlere konu olmasını sağlamalıdır.

Kısım 2: Usul Hukuku

Başlık 1: Genel Önlemler

MADDE 14 - Usul Önlemlerinin Etki Alanı

1. Her bir taraf devlet bu bölümde yer alan özel suç tahkikatı ve usullerini gerçekleştirebilmek için gerekli yetki ve prosedürü için ihtiyaç duyulan hukuki düzenlemeyi ve önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

2. a) Bu anlaşmanın 2-11 maddelerine göre suç fiilleri,

b) Bilgisayar vasıtasıyla işlenen diğer suç fiilleri ve

c) Elektronik formdaki suç fiillerinin (delillerinin) toplanması.

3. a) Her bir anlaşma tarafı 21. maddeye dayanan önlemleri gerektiren suçlar dairesinden daha sınırlayıcı olmayan suç ve suç kategorileri olmak üzere yalnız koruma kapsamında belirlenmiş suçlar olarak 20. maddeye dayanan önlemlere başvurma hakkını saklı tutar. Her bir anlaşma tarafı koruma tedbirlerini 20. maddenin belirttiği önlemlerin en yaygın şekilde uygulanmasına başvuracağı düşünülebilir.

b) Taraf mevcut anlaşmanın uyum sürecinde yürürlükteki kanun sınırları nedeniyle

i. Kapalı bir grubun yararları için kullanılan sistem ve

ii. Konu iletişim ağlarını kullanmayan ve umumi ya da özel olsun başka bir bilgisayar sistemiyle bağlantılı olmayan bilgisayar hizmetlerine sahip hizmet sunucuları aracılığıyla aktarılan iletişimine 20. ve 27. maddelerde belirtilen önlemleri uygulamadığında taraf böylesi bir iletişim için hakkını saklı tutar. Her bir taraf 20. ve 21. maddelere dayanan önlemlerin en yaygın uygulamasını sağlayan bir sınırlayıcı korumayı düşünebilir.

MADDE 15 - Şartlar ve Önlemler

Her bir taraf bu bölümde sunulan kurulmuş yükümlülük ve uygulamaların, yetki ve prosedürlerinin insan hakları ve özgürlüklerine yeterince koruma sağlayan 1950 tarihli temel özgürlüklerin ve insan haklarının korunmasına ilişkin Avrupa Konseyi Anlaşmasıyla üstlenilen yükümlülükler gereği başvuru haklarını 1966 tarihli (United Nation İnternational Covenaniont On Civil On Political Rights) 'Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara ilişkin uluslararası sözleşme ve diğer başvurulabilir uluslararası insan hakları organları içeren ve oranlılık ilkesiyle uyumlu ulusal kanunları çerçevesinde şartlar ve önlemleri olduğunu garanti etmelidir.

1. Bu şartlar ve önlemler yetkinin ve doğanın uygun sürece yetki ve prosedürün geçerliliği süresince ve yetki alanında hukuki ya da diğer bağımsız nitelikler uygulamayı ve sınırlamayı haklı gösteren sebepleri içermelidir.

2. Kamu yararı söz konusu olduğunda özellikle bir anlaşma tarafı bu bölümdeki yetki ve prosedürlerin haklar sorumluluklar ve üçüncü kişilerin yasal menfaatlerine olan etkisini hesaba katmalıdır.

Başlık 2: Saklanmış Bilgisayar Verisinin,

Derhal Muhafaza Altına Alınması

MADDE 16 - Kolaylaştırılmış Bilgisayar Data Korunumu

1. Her bir taraf devlet, gerekli makamların bilgisayar verisinin değiştirilmeye açık olduğuna dair inandırıcı sebepleri mevcutsa, veri trafiği kayıtlarını da içermek üzere, belirli bir bilgisayar sistemi verisinin acil olarak muhafaza altına alınmasına yetkilendirmek için gerekli kanuni düzenlemeyi yapmalı, diğer önlemleri almalıdır.

2. Bir taraf devlet yukarıdaki 1. Paragrafı bir kişiyi, sahipliğindeki ya da kontrolündeki bilgisayar verisini muhafazasını talimatla isteyerek yürütüyorsa; kişiyi, yetkili makamların veriyi araştırabilmesi için gerekli görülen bir süre boyunca, bilgisayar verisinin bütünlüğünü korumaya zorunlu kılmak için gerekli hukuki düzenlemeyi yapmalı, diğer önlemleri almalıdır. Bu süre 90 günden fazla olamaz.

3. Her bir anlaşma tarafı bilgisayarın sahibi ya da bilgisayar verisini korumakla yükümlü diğer kişileri bu prosedür gereği ulusal hukukta belirtilen süre zarfında gizli tutmakla yükümlü kılması gerekliliğine binaen hukuki yapısını ve önlemlerini uygun hale getirmelidir.

4. Bu maddede bahsi geçen yetkiler ve uygulamalar 14. ve 15. maddeye konu olabilir.

MADDE 17 - Veri Akışının Kısmi İfşasının Ve Muhafazasının Kolaylaştırılması

1. Her bir anlaşma tarafı 16. maddede belirtilen korunması gerekli veri akışına saygı göstererek, aşağıda belirtilen durumlarda gerekli olabilecek hukuki düzenlemeyi ve uygulamaları uyumlu hale getirmelidir.

a) Veri akışı muhafazasının, bu iletişimi aktarımına bir ya da daha fazla servis sağlayıcıları katılmış olsun olmasın kolaylaştırılması garantilendirmek

b) Yetkilendirilmiş taraf devlet otoritesine ya da otorite tarafından belirlenmiş kişiye iletişimin geçekleştiği hattı ve servis sağlayıcıları tanıtabilecek yeterlilikte ve akışının kolaylaştırılmış ifşasının sağlanması

2. Bu maddede bahsi geçen yetkiler ve uygulamalar 14. ve 15. maddeye konu olabilir.

Başlık 3: Üretim Emri

MADDE 18 - Üretim Emri

1. Her bir anlaşma tarafı yetkili otoriteye aşağıdaki emretme yetkilerini sağlamak için gerekli hukuki düzenlemeyi ve önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

a) Bilgisayar sistemlerinde ya da bilgisayar verileri depolama araçlarında saklanan verileri kontrolünde ya da sahipliğinde olan kişilerin belirli bilgisayar verilerini kendi yetki alanında ise almak ve

b) Taraf devletin yetki alanında hizmet sunan servis sağlayıcılarının hizmetle ilgili servis sağlayıcının sahipliğinde ya da kontrolünde olan abone birliğini almak.

2. Bu maddede bahsi geçen yetkiler ve uygulamalar 15. maddeye konu olabilir.

3. Bu maddenin amacına yönelik olarak ‘abone bilgisi’ ile kastedilen

a) İletişim servisinin kullandığı şekil, bundan başka alınan teknik önlemler ve servis süresi

b) Abone kimliği, posta ve coğrafi adresi, telefon ve diğer giriş numaraları, faturalandırma ve ödeme bilgileri gibi servisin anlaşması ve düzenlemesi çerçevesinde elde edilebilir olduğu

c) Servis anlaşması ya da düzenlemeleri çerçevesinde elde edilebilir iletişim araçlarının konumlandırılma sitelerinde bulunan herhangi diğer bilgiler ya da bilgi akışındaki servis abonesindeki servis sağlayıcıda tutulan bilgisayar verisi ya da herhangi diğer formda olan her türlü veridi

Başlık 4: Saklanmış Bilgisayar Verisinin Aranması Ve Zaptı

MADDE 19 - Stoklanmış Bilgisayar Verisinin Araştırılıp Bulunması

1. Her bir anlaşma tarafı yetkili otoriteye gerekli aşağıdaki araştırmaları ve ulaşımları gerçekleştirme yetkisini sağlamak için hukuki düzeni ve önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

a) Bilgisayar verisinin içinde saklandığı bilgisayar ya da sistemin bir parçasında,

b) Bilgisayar verisinin saklanabileceği bilgisayar verisi saklama araçlarında

2. Her bir anlaşma tarafı kendi yetki alanında aranan bir verinin başka bir bilgisayar sisteminde veya parçasında saklandığına inandırıcı sebepler varsa ve hukuka uygun bir ulaşımı olan ya da mevcut olan bir başlangıç sistemi ise 1. paragraf a bendine uygun olarak, yetkili makamın aradığı benzer şekilde ulaştığı özel bilgisayar sistemleri ya da onların parçalarında, bu makamların kolaylaştırılmış bir sınırda diğer sistemlerde araştırma yapmasının ya da ulaşmasının garantilenmesi gerektiğinden gerekli hukuksal düzen ve önlemlerin uyumunu sağlanmalıdır.

3. Her bir anlaşma tarafı yetkilendirilmiş makamların paragraf 1′e ve aşağıda belirtilecek maddeler çerçevesinde benzer şekilde korunan bilgisayar verilerine ulaşımına ya da alıkoymaya yetkilendirilmesi için gerekli hukuki düzen ve önlemlerin uyumunu sağlanmalıdır. Bu düzenlemeler şunlar için yetkilendirir;

a) El koyma ya da benzer şekilde bilgisayar sistemi ya da sistemin bir parçası yada bilgisayar verisi saklama araçlarının korunması,

b) Bu bilgisayar verilerinin kopyasının alınması ve elde tutulması,

c) İlişkili saklanmış bilgisayar verisinin bütünlüğünün korunması

d) Girilen bilgisayar sistemindeki bilgisayar verilerini taşımak ya da ulaşılmaz kılmak

4. Her bir taraf devlet yetkili makamları, 1. ve 2. paragraflarında bahsedilen önlemleri etkin kılabilmek için bilgisayar sisteminin işleyişi ve içinde bulunan bilgisayar verilerinin korunması için başvurulan yöntemler hakkında bilgiye sahip kişileri makul sınırlarda gerekli hukuki düzen ve önlemlerin uyumunu sağlamalıdır.

5. Bu maddede bahsedilen yetkiler ve prosedürler 14. ve 15. maddenin konusu olabilir.

Başlık 5: Bilgisayar Verisinin Gerçek Zamanlı Olarak Toplanması

MADDE 20 - Trafik Bilgilerinin Gerçek Zamanlı Olarak Toplanması

1. Her bir taraf devlet yetkili makamları aşağıda belirtilenleri yapabilmesi için gerekli kanuni düzen ve önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

a) Taraf devletin yetki alanında teknik araçlar kullanılmak suretiyle toplanması, kaydedilmesi

b) Servis sağlayıcı, onun mevcut teknik imkânları çerçevesinde;

i. Taraf devletin yetki alanında teknik araçlar kullanmak suretiyle toplanması ve kaydedilmesi,

ii) Yetkili makamla toplama ve kaydetmede işbirliğine gidilmesi ve yetkili makama yardım edilmesi,

Devletin yetki alanında bilgisayar sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimiyle bağlantılı, gerçek zamanlı olarak veri trafiğini:

1. Bir taraf devlet kurulu bulunan hukuk düzeninin prensiplerinden ötürü 1 (a) paragrafında bahsedilen önlemleri uygulayamıyorlarsa bunun yerine kendi yetki alanındaki teknik araçlarla aktarılan belirli bir iletişimle ilişkili veri trafiğinin eş zamanlı olarak toplanması ve kaydedilmesi gerekebileceğinden kanuni yapısını ve diğer önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

2. Her bir taraf devlet bu madde kapsamındaki herhangi bir yetkinin kullanılması ya da kullanılmasıyla elde edilen bilginin gizli tutulması için servis sağlayıcı zorunlu kılması gerekebileceğinden gerekli kanuni düzen ve önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

3. Bu maddede bahsedilen yetkiler ve prosedürler 14. ve 15. maddenin konusu olabilir.

MADDE 21 - Veri Kapsamının Alınması

1. Her bir taraf devlet, kendi ulusal kanunca belirlenmesi gereken pek çok ciddi suçla ilişkili olarak, bilgisayar sistemleri aracılığıyla yetki alanında aktarılan belirlenmiş bir iletişimin data içeriğinin eş zamanlı olarak

a) Taraf devletin yetki alanındaki teknik araçlara başvurarak toplanması ve kaydedilmesi

b) Servis sağlayıcı sahip olduğu teknik imkânlarına başvurarak

I. Taraf devletin yetki alanındaki teknik araçların kullanılmasıyla toplanması ve kaydedilmesi

II. Yetkili makamla belirtilen veri içeriğinin toplanması ve kaydedilmesinde yardım edilmesinde yardım edilmesi ve işbirliğinde bulunmasına zorunlu kılınması.

2. Taraf devlet kurulu yasal sistemin prensiplerinden ötürü 1 (a) paragrafındaki kriterleri sağlayamadığında bunun yerine kanun ve diğer önlemleri kendi yetki alanı dâhilindeki teknik araçların kullanılmasıyla kendi alanındaki belirli iletişimin veri içeriğini eş zamanlı eldesi ve kaydedilmesi gerekebileceğinden uyumlu hale getirebilir.

3. Her bir taraf devlet bu maddedeki yetkilerin kullanılmasıyla ele geçen her hangi bir bilginin gizli tutulması için servis sağlayıcıları zorunlu kılması gerekeceğinden gerekli kanunları ve önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

4. Bu maddede bahsi geçen yetki ve prosedürler 14.ve 15. maddeye tabidir.

Kısım 3: Yargılama Hakkı

MADDE 22 - Yargılama Hakkı

1. Her bir taraf devlet

a) Kendi topraklarında

b) Taraf devletin bayrağını bulunduğu seyahat eden gemilerde

c) Taraf devletin yasalarına göre kayıt altında bulunan yolculuktaki uçaklarda

d) Kendi vatandaşlarından biri tarafından işlendiği yerin ceza kanununa göre ceza gerektiren bir suç ise ya da her hangi bir devletin yargılama hakkı bulunan topraklarının dışında işlenen bir suçsa,

2. Her bir taraf devlet, 1(b) - 1(d) paragraflarında ya da buraya kadar olan kısımlarda sunulan yargılama hakkı kuralların sadece belirli durum ve şartlar için uygulama hakkını saklı tutar.

3. Her bir taraf devlet zanlı devletin topraklarında olduğunda ve kişinin milliyetinden ötürü iadesi istemine rağmen diğer bir taraf devlete iade edilemediğinde anlaşmanın 24. Maddenin 1.paragrafında bahsedilen suçlardan, ötürü yargılama hakkını oluşturması gerekeceğinden gerekli ölçüleri uyumlu hale getirmelidir.

4. Bu anlaşma ulusal kanundan kaynaklanan suçlu yargılama hakkını dışarıda bırakmaz.

5. Anlaşma bağlamında işlediği iddia edilen bir suç üzerine birden fazla taraf devlet yargılama hakkı iddiasında bulunduğunda taraflar yargılama için en uygun yargılama hakkını belirlemelidirler.

BÖLÜM 3 - ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ

Kısım 1: Genel Prensipler

Başlık 1: Uluslararası İşbirliği İle İlgili Genel Prensipler

MADDE 23 - Uluslararası İşbirliği İle İlgili Genel Prensipler

Taraf devletler birbirleriyle, bu babda belirtilen koşullar çerçevesinde, tek tip olarak ya da karşılık şekilde kabul edilen anlaşmaları ve suça karşı uluslararası işbirliği kurumlarını kullanarak, bilgisayar sistem ve verileriyle ilişkili suçların soruşturulması ve hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi ya da bir suçla ilgili elektronik formdaki delillerin elde edilmesi amacıyla en üst seviyede işbirliğine gitmelidir.

Başlık 2: İade İle İlgili Prensipler

MADDE 24 - İade İle İlgili Prensipler

1. a) Bu madde üst sınırı en az bir yıl ya da daha ağır olan mahkûmiyet cezalarında her iki tarafın kanunlarına göre cezalandırılabilir. Anlaşmanın 2 ila 11. Maddeleri arasında belirtilen suçlarda iade için uygulanır.

b) Suçluların iadeli Avrupa sözleşmesini içermek kaydıyla karşılıklı ya da tek tip yasama üzerine kabul edilen antlaşmalara bağlı olarak, iki ya da daha fazla devlette değişik alt cezalar uygulanabiliyorsa, bu antlaşmalar çerçevesinde en alt ceza uygulanmalıdır.

2. Bu maddenin 1.paragrafında açıklanan suç fiilleri, tarafların ikili ve çoklu iade anlaşmalarına göre iade edilebilir suçlar arasında sayılmalıdır. Taraf devletler ikili ve çoklu iade antlaşmalarında bu suçları iade edilebilir suçlara dâhil etmeyi üstlenirler.

3. İade için bir iade antlaşmasının varlığını şart koşan bir devlet eğer arasında iade antlaşması olmayan diğer bir devletten iade talebi alırsa, anlaşmanın bu maddesinin 1.paragrafını göz önüne alarak, bu anlaşmayı iadenin hukuki gerekçesi olarak kabul edilebilir.

4. İade için bir anlaşmanın varlığını şart koşmayan devletler, bu maddenin 1.paragrafında bahsedilen suçları kendi aralarında iade edilebilir suçlar olarak tanımladılar.

5. İade, talepte bulunulan devletin iade talebini reddetme sebeplerini içerecek biçimde, uygulanan iade anlaşmalarına ya da talepte bulunulan taraf devletin kanunlarındaki şartlara bağlı olmalıdır.

6. Eğer bu maddenin 1. paragrafında bahsedilen suçlardan ötürü bir iade talebi, sadece aranan kişinin milliyeti ya da talepte bulunulan devletin o suç üzerinde yargılama hakkı olduğunu addetmesi üzerine geri çevrilirse; talepte bulunulan devlet, talepte bulunulan devletin talebini kendi yetkili makamlarına yargılama için sunmalı ve takip eden süreçle sonuçları talepte bulunan devlete bildirmelidir. Bu makamlar taraf devletin Kanunlarının doğasıyla orantılı olan herhangi bir diğer suç olayında gibi kararlarını alırlar, araştırmalarını ve işlemlerini sürdürürler.

7. a) Her bir anlaşma tarafı, anlaşmanın imzası sırasında ya da onaylama, kabul organına sunarken, Avrupa konseyi Genel Sekreteriyle iade talebinde bulunacak ve talepte bulunulacak ya da anlaşmanın olmadığı durumlarda şartlı tutuklama makamlarının adını ve adresini bildirmelidir.

b) Avrupa konseyi Genel Sekreteri taraf devletlerce belirlenen makamların kaydını oluşturmak ve bunları güncel tutmalıdır, her bir taraf devlet tutulan kayıtların ayrıntıların her zaman doğru olmasını sağlamalıdır.

Başlık 3: Karşılıklı Yardımla İlgili Genel Prensipler

MADDE 25 - Karşılıklı Yardımla İlgili Genel Prensipler

Karşılıklı Yardımla İlgili Genel Prensipler;

1. Bütün taraf devletler, bilgisayar sitemleri ve verileriyle ilişkili suçlarla ya da bir suç fiilinin elektronik formdaki delillerin toplanmasıyla ilişkili işlemler ve araştırmalar konusunda mümkün olan en geniş ölçüde karşılıklı yardım sağlanmalıdır.

2. Her bir taraf devlet 27. ve 35. maddeler boyunca ortaya konan yükümlülükleri gerçekleştirmek gerekeceğinden gerekli kanuni düzenlemeyi ve diğer önlemleri uyumlu hale getirmelidir.

3. Her bir taraf devlet gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda fax ya da elektronik postayı içeren hızlı iletişim araçlarının bu gibi araların uygun güvenlik ve doğrulanan seviyeler ölçüsünde (gerektiğinde şifrelemeyi içerecek şekilde) izlenecek resmikabullerle talepte bulunan taraf devletçe istendiğinde iletişimi ya da karşılıklı yardımlaşma talebinde bulunabilir. Talepte bulunulan devlet bunu kabul etmeli ve talebe hızlı iletişim araçlarıyla karşılık vermelidir.

4. Talebin geri çevrilmesi bu bab taki maddelerde özel olarak tanımlanmıştır. Karşılıklı yardımın; talepte bulunulan devletçe işbirliği talebinin reddedilmesinin sebepleri içerecek biçimde, başvurulan karşılıklı yardım anlaşmaları ya da talepte bulunulan devletin kanunu hesaba katılarak oluşturulan koşullara bağlıdır. Talepte bulunulan devlet, 2 ila 11 maddeleri arasında geçen suçlarda ilgili sadece talep konusu suçun mali bir suç olduğunu düşünüyorsa karşılıklı yardımı reddetme hakkını kullanmayabilir.

5. Bu bab daki önlere uygun olarak, eğer yardımlaşmanın oluşturulmaya çalışıldığı suç hakkındaki kanı bunun talepte bulunan taraf devletin kanunlarına göre bir suç fiili olduğu ise, talepte bulunulan devletin kanunlarınca talep eden taraf devletin kanunlarınca aynı kategoride bir suç olup olmadığına ya da aynı terminolojide ifade edilip edilmediğine bakılmaksızın talepte bulunulan devletin karşılıklı yardım talebini kabulü iki kanunca suçun varlığına bağlı ise bu şart yerine getirilmiş kabul edilir.

MADDE 26 - Kendiliğinden Elde Edilen Bilgi

1. Bir taraf devlet, kendi ulusal kanuni çerçevesinde daha önce bir talep olmaksızın, kendi araştırmalarının içinde elde ettiği bilginin, diğer taraf devletin olması halinde, Anlaşma bağlamında bir suçla ilişkili bir işlemin ya da soruşmanın başlamasına yardımcı olacağına ya da taraf devletin işbirliği talebine bu bab kapsamında sebep olacağına inandığında bu bilgiyi o devlete sunabilir.

2. Bu bilgi sağlanmadan önce, taraf devlet bu bilginin gizli tutulmasını ya da koşullara bağlı olarak kullanılmasını isteyebilir.

Başlık 4: Uygulanabilir Uluslararası Antlaşmaların Yokluğunda Karşılıklı Yardım Taleplerine Dair Prosedürler

MADDE 27 - Uygulanabilir Uluslararası Antlaşmaların Yokluğunda Karşılıklı Yardım Taleplerine Dair Prosedürler

1. Talep eden ve talep edilen taraflar arasında, tek bir temel de birleşen (Tarafların yasama otoriteleri arasında) bir antlaşma veya düzenleme bulunmadığında bu durumlara önlem olarak hazırlanan 2. maddede 9. maddeye kadar ki kısımlar uygulanır. Taraflar bu maddenin tamamını uygulamakta mutabık olmadıkça, bu antlaşmalarda ve düzenlemelerde belirtilen önlemler uygulanmayacaktır.

2. a) Karşılıklı yardım taleplerinin yetkili otoritelere iletilmesi veya bu taleplerin yerine getirilmesinde sorumlu otorite veya otoriteler tayin edilecektir. (Her bir taraf tarafında)

b) Merkezi otoriteler birbirleriyle doğrudan iletişim kurarlar.

c) Her bir taraf kabul, tasdik, onay, uygun görme yazılarını veya imzalarını adres ve isimleri bu paragrafa uygun olarak düzenlenmiş Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine iletirler.

d) Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği taraflar tarafından tespit edilecek merkezi otoritelerin birer kayıt defterini kurup güncelleştirecek.

3. Bu maddede düzenlenen karşılıklı yardımda takip edilecek prosedür talepte bulunulan devletin kendi kanunları ile çatışmadığı sürece talepte bulunan taraf devletin öngördüğü prosedür çerçevesinde gerçekleştirilir.

4. Talepte bulunulan taraf 25. maddenin 4. paragrafında belirtilen reddetme zeminine ek olarak şu şartlarda da talepleri geri çevirebilir;

a) Talep; talep edilen tarafın politik bir suç veya politikayla bağlantılı olduğunu düşündüğü bir suç türüyse

b) Talebin ifası onun hükümranlığına, güvenliğine, kamusal otoritesine veya diğer bir özel ilgi alanına karşı bir ön yargı oluşturuyorsa.

5. Bir taraf otoriteleri tarafından yapılan araştırmalar hakkında önyargı oluşturacaksa kendisinden talepte bulunulduğunda bu talebe ilişkin uygulamasında erteleme yapabilir.

6. Talebin reddinden ya da ertelenmesinden önce, talepte bulunulan devlet, uygun durumlarda talepte bulunan devletle görüşerek anlaşmanın kısmen kabul edilebileceğini ya da gerekli gördüğü hallerde yardımın uygulanmasının bazı şartlara bağlı tutabilir.

7. Talepte bulunulan taraf kendisinden talepte bulunan tarafa talebin sonucu hakkında ivedi cevap vermeli, bilgilendirmelidir. Eğer talep reddedilmiş veya ertelenmişse bunun nedenleri de belirtilecektir. Talep edilen taraf talepte bulunan tarafa talebinin yerine getirilmesini imkânsız kılan nedeni veya gecikme sebebini belirtecektir.

8. Talepte bulunan taraf talebinin yerine getirilmesinde hayati gerekli bölümler haricinde, bu bölümde ele alınan kısımlar da kendi talebinin veya talebindeki esasların gizli kalmasını isteyebilir.

9. a) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karşılıklı destek veya o ana değin görüşmeleri talep eden taraf devletin mahkeme makamlarına talepte bulunulan karşı taraf makamları tarafından gönderilmelidir. Böylesi her durumda aynı anda talep eden taraf merkezi otoritesi aracılığıyla talepte bulunulan taraf devlet merkezi otoritesine bir kopya gönderilir.

b) Bu paragraf altında belirtilen her bir talep ya da görüşme İnterpol aracılığıyla gerçekleştirilebilir.

c) (a) alt paragrafına uygun olarak yapılan talep gerçekleşir ve talebi alan makamlar bu talebi yerine getirmeye yetkili makam değilse bu makam talebi ulusal yetkili makama gönderir ve durumdan talepte bulunan taraf hemen haberdar eder.

d) Zorunlu işlemler gerektirmeyen bu paragraf bağlamında gerçekleştirilen iletişim ve talepler talepte bulunan devlet yetkili makamları ile talepte bulunulan devlet yetkili makamlarınca direk olarak yapılabilir.

e) Her taraf devlet anlaşmanın imzası ya da onayına organca sunumu esnasında Avrupa Konseyi Genel Sekreterini verimlilik sağlanması amacıyla bu paragraf bağlamdaki merkezi makamlarla gönderilmesi gereken taleplerden haberdar etmelidir.

MADDE 28 - Gizlilik Ve Uygulamanın Sınırları

1. Talep eden ve talepte bulunan taraf devletlerarasında tek tip ya da orantılı kanunlara bağlı düzenlemeler ya da karşılıklı yardım anlaşmaları yoksa bu maddedeki önlemler uygulanır. Bu maddedeki önlemler ilgili taraflar bu maddenin geri kalan bölümlerinin bir kısmını ya da tamamını uygulama konusunda anlaşmadıkça, bir karşılıklı yardım kanunu, anlaşması ya da düzenlemesi varsa uygulamaz.

2. Talepte bulunan taraf devlet, sunulan bilgi ya da materyallerin aşağıdaki şartlara uyulması talebine bağlı kalabilir.

a) Bu şartların olmaması halinde karşılıklı hukuki yardıma uyumlu olmaması halinde sunulan bilgi ve materyallerin gizli tutulması.

b) Talepte belirtilenler dışında başka işlemler ve araştırmalar için kullanılmaması.

3. Eğer tarafta bulunan devletin 2. Paragraf da ki şartlardan birine uyamayacağı bilginin sunulmasından sonra anlaşılırsa dahi diğer taraf devleti bilgilendirir. Taraf devlet şartı kabul ettiği andan itibaren şartları sınırlandırılmıştır.

4. 2. paragrafta belirtilen koşullardan birine bağlı olarak bilgi ya da materyal sunan herhangi bir taraf devlet, diğer taraf devletten koşulla ilişkili olarak böylesi bir bilgi ya da materyallerin kullanımının açıklanmasını isteyebilir.

Kısım 2: Özel Önlemler

Başlık 1: Şartlı Düzenlemelere Bağlı Karşılıklı Yardım

MADDE 29 - Saklanmış Bilgisayar Verisinin Kolaylaştırılmış Muhafazası

1. Bir taraf devlet bir verinin ifşasını, korunması, el konulması, o veriye ulaşılması ya da araştırılması için karşılıklı yardım talebi sunmak niyetinde olduğu ve diğer taraf devletin topraklarında bulunan bilgisayar sistemi aracılığıyla saklanan bu verinin istenmesi, bu olmuyorsa, (kolaylaştırılmış) koruma tedbirinin (hemen) alınması talebinde bulunabilir.

1. 1. Paragraf kapsamında koruma tedbiri (kapsamı) talebi

a) Koruma tedbiri isteyen makam

b) Suç soruşturma ve işlemlere konu suçu ve ilgili durumların açıklayıcı bir özetini

c) Korunması gereken saklanmış bilgisayar verisini ve suçla ilişkisini

d) Bilgisayar verisi sahibi olanın kimliği veya bilgisayar sisteminin yeriyle ilgili mevcut tüm bilgileri

e) Korumanın gerekliliği

f) Bilgisayar verisinin ifşası, saklanması, elde edilmesi, ulaşılması ya da araştırılması talebinin hangi taraf devletlerce isteneceğini belirlemelidir.

2. Başka bir taraf devletten talep alınması üzerine, talepte bulunan devlet, ulusal yasaya uygun olarak belirlemiş verinin muhafazası için gerekli tüm önlemleri almalıdır. Talebe cevap vermek için iki kanunca suçluluk muhafazanın bir şartı olarak gerekli değildir.

3. Verinin aranması ya da benzer veri ulaşımı, veri zaptı ya da benzer muhafazaya alınması ya da ifşası için karşılıklı yardım talebine cevap verme koşulu olarak iki kanunca suçluluğu kabul eden

taraf devlet, anlaşmanın 2 ile 11. Maddeleri arasında belirlenen suçların dışındaki suçları dikkate alarak verinin ifşası anında, iki kanunca suçluluk prensibinin oluşamayacağına inandığı durumlarda bu madde kapsamındaki muhafaza talebini geri çevirme hakkını saklı tutabilir.

4. Bunlara ilave olarak talep sadece

a) Talepte bulunulan devlet talebe konulu suçun siyasi suçla bağlantılı bir suç olduğu kanaatindeyse

b) Talepte bulunan devlet talebin yerine getirilmesinin kendi egemenliği, güvenliği, kamu düzeni veya diğer birincil menfaatlerine zarar verebileceği kanaatindeyse geri çevirebilir.

5. Talepte bulunulan taraf devlet muhafaza altına almanın veriye ileriki bir tarihteki erişimi garanti edemeyeceğine ya da gizliliğini tehdit edeceğine ya da aksi halde talepte bulunulan tarafın soruşturmasına zarar vereceğine inandığında, talepte bulunulan tarafı önceden haberdar etmeli ve bunun sonrasında talebin buna rağmen yerine getirilip getirilemeyeceğini belirlemelidir

6. 1.Paragrafa dayana bir talebin gereği gerçekleşen her hangi bir muhafaza altına alma talepte bulunan tarafın de veriyi almak, ulaşma, güvence altına alma ya da araştırma için talep sunabilmesi için 60 günden az olmayacak bir zaman süresine devam etmelidir.

MADDE 30 - Tutulan Veri Trafiği Kayıtlarının Derhal İfası

1. Belirli bir iletişimin veri trafiği kayıtlarının 29. madde gereğince sunulması için yapılan talebin yerine getirilmesi esnasında, talepte bulunulan devlet iletişimin aktarımına başka bir devletteki servis sağlayıcının katıldığını tespit ederse iletişimin gerçekleştiği yolun ve servis sağlayıcının tanımlanabilmesi için yeterli boyutta veri trafiği kaydını talepte bulunulan devlete ivedi şekilde sunmalıdır.

2. 1.paragraf gereğince veri trafiği kayıtlarının ifasının askıya alınması sadece aşağıdaki durumlarda olabilir;

a) Talepli ilgili suçun talepte bulunulan devletçe siyasi bir suçlu ya da siyasi suçla bağlantılı olduğu değerlendirildiğinde

b) Talepte bulunulan devlet talebin yerine getirilmesinin devletin bütünlüğüne, güvenliğine, kamu düzenine ya da diğer hayati menfaatlerine zarar vereceği muhtemel olduğu kanaatindeyse.

Başlık 2: Soruşturma Yetkileriyle İlgili Karşılıklı Yardım

MADDE 31 - Saklanmış Bilgisayar Verisine Erişimiyle İlgili Karşılıklı Yardım

1. Bir taraf devlet başka bir taraf devletten, 29. maddeye uygun şekilde muhafaza altına alınan veriyi de içeren, talepte bulunulan devletin yetki alanında konuşlanmış bilgisayar sistemleri aracılığıyla saklanan verinin ifasını, güvenlik altına alınmasını, erişmeyi zaptını ve araştırmayı isteyebilir.

2. Talepte bulunulan taraf, talebe 23. maddede bahsedilen uluslararası kanunlar, anlaşmalarla ve organlara başvurarak ve bu baptaki ilgili önlemlere uygun olarak cevap vermelidir.

3. Talep aşağıdaki durumlarda acilen cevaplandırılmalıdır.

a) İlgili verinin özellikle kaybedilme ya da değiştirilme tehlikesine açık olması ya da

b) 2. Paragrafta bahsedilen oran, anlaşma ve kanunların acil yardımlaşmayı gerektirmesi.

MADDE 32 - Saklanmış Bilgisayar Verisine Kamu Açık Olduğunda Ya Da Muvafakatli Olarak Sınır Ötesi Erişim

Bir taraf devlet, başka bir taraf devletin onayı olmadan;

a) Saklanmış bilgisayar verisinin coğrafi olarak nerede konuşlandırılacağına bakılmaksızın kamuya açık (açık kaynak) veriye ulaşabilir.

b) Kendi yetki alanındaki bilgisayar sistemleri aracılığıyla, başka bir taraf devlette bulunulan bilgisayar verisinin eğer bilgisayar verisini açıklamaya yetkili kimseden gönüllü muvaffakatını resmen almışsa, bu bilgisayar verisine ulaşabilir ya da gönderildiğinde alabilir.

MADDE 33 - Veri Trafiği Kayıtlarının Gerçek Zamanlı Olarak Toplanması İle İlgili Karşılıklı Yardım

1. Taraflar, bilgisayar sistemi üzerinden aktarılan kendi ülkesindeki belirlenmiş haberleşmelerle bağlantılı trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması için karşılıklı yardımda bulunacaklardır. Paragraf 2'nin hükümlerine tabi olmak şartıyla, bu yardımlaşma iç hukukta öngörülen şart ve usullere göre düzenlenecektir.

2. Her bir taraf devlet bu yardımı en azından ülke içinde benzer bir durumda gerçekleşen suçla ilgili gerçek zamanlı veri trafiği kaydının toplanmasındaki nitelikte sağlanmalıdır.

MADDE 34 - İçerik Verilerine El Konulması Konusunda Karşılıklı Yardımlaşma

Taraflar yürürlükteki antlaşmalarının ve iç hukuklarının izin verdiği ölçüde, bilgisayar sistemi üzerinden aktarılan belirlenmiş haberleşmelerin içerik verilerinin gerçek zamanlı olarak derlenmesi veya kaydedilmesi konusunda birbirlerine karşılıklı yardımda bulunacaklardır.

Başlık 3: 7/24 İletişim Ağı

MADDE 35 - 7/24 İletişim Ağı

1. Her bir taraf, bilgisayar sistemleri ve verileriyle ilgili cezai suçlar konusundaki soruşturma veya kovuşturma veya cezai suçun elektronik ortamda toplanmış delilleri için anında yardım temin edilmesini sağlamak amacıyla günde 24 saat ve haftanın 7 gününde erişilebilecek bir irtibat noktası belirleyecektir. Söz konusu yardım, aşağıdakilerin kolaylaştırılmasını veya iç hukuk ve uygulamalarının izin vermesi halinde, doğrudan yapılmasını içerecektir;

a) Teknik öneri sağlanması,

b) Madde 29 ve 30 uyarınca verilerin korunması

c) Delil toplanması, yasal bilgi sağlanması, şüphelilerin yerlerinin tespit edilmesi.

2. a) Taraflardan birinin irtibat noktasının, diğer bir tarafın irtibat noktasıyla hızlı bir şekilde iletişim sağlayabilecek yeteneğe sahip olması gerekmektedir.

b) Taraflardan birinin belirlediği irtibat noktasının, o tarafın uluslararası yardımından veya suçluların iadesinden sorumlu makam veya makamlarının bir parçası olmaması durumunda, söz konusu irtibat noktasının bu makam veya makamlarla hızlı bir şekilde eşgüdümde bulunabilecek nitelikte olmasını sağlaması gerekmektedir.

Her bir tarafın, iletişim ağının işletilmesini kolaylaştırmak için eğitimli ve donanımlı personel bulunmasını sağlaması gerekmektedir.

BÖLÜM 4: DİĞER HÜKÜMLER

MADDE 36 - İmza Ve Kayda Geçiş

1. Bu anlaşma Avrupa Konseyi Üyesi devletler ve anlaşmanın hazırlanmasına katılan diğer üye olmayan devletlerce imzaya açılmıştır.

2. Bu anlaşma onay, onama ve oylama ile kabule tabidir. Onaylama organı, onayı Avrupa Konseyi Genel sekreterine teslim etmelidir.

MADDE 37 - Anlaşmaya Dâhil Olmak

1. Bu anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Anlaşmaya bağlı ülkelerin tümüne danışıp onaylarını aldıktan sonra, Konsey üyesi olmayan ve anlaşmayı onaylamak için yapılan hazırlık toplantılarına katılmayan herhangi bir ülkeyi davet edebilir. Bu karar, Avrupa Konseyi Kararnamesi Madde 20 (d) gereğince çoğunluk tarafından ve taraf ülkelerin Bakanlar Komitesi temsilcilerinin çoğunluk oyları neticesi alınacaktır.

2. Yukarıda belirtilen 1. Paragraf altında Anlaşmaya dâhil olmakla ilgili olarak, bu Anlaşma, katılım belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tesliminden sonraki üç aylık surenin bitimini takip eden ayin ilk günü yürürlüğe girecektir.

MADDE 38 - Bölgesel Müracaat

1. Ülkelerden herhangi birisi, Anlaşmayı imzaladığı veya onay ve kabul belgesini sunduğu esnada bu anlaşmanın uygulanacağı bölge veya bölgeleri belirtebilir.

2. Ülkelerden herhangi birisi, her an, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine hitaben yolladığı deklarasyonla bu anlaşmanın deklarasyonda belirteceği herhangi diğer bir bölgeye uygulamayı genişletebilir. Böyle bir bölgeyle ilgili olarak, Anlaşma deklarasyonun Genel Sekreterlik tarafından kabulünü takip eden üç aylık surenin bitiminden sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

3. Bu iki paragrafta belirtilen böyle bir deklarasyonda herhangi bir bölgeyle ilgili olarak, böyle bir deklarasyonda belirtilen bölge talebi, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine hitaben yazılan bir belgeyle geri çekilebilir. Bu işlem, Böyle bir müracaatın Genel Sekreterliğe ulaşmasından sonraki üç aylık bir surenin bitiminindin sonraki ayın ilk günü itibariyle yürürlüğe girer.

MADDE 39 - Anlaşmanın Etkileri

1. Bu mevcut anlaşmanın amacı taraflar arasındaki ikili veya çok taraflı sözleşmelere veya teşkilatlara aşağıdaki şartlar da dâhil olmak üzere uygun ilaveler yapabilmektir.

13 Aralık 1957 yılında (ETS No 30) Paris'te imzalaya açılan Suçluların İadesi Avrupa Sözleşmesi,

20 Nisan 1959 yılında (ETS No. 30) Strasburg'da imzalanan Müşterek Cezai Konular Anlaşması,

17 Mart 1978 (ETS No. 99) Strasburg'da imzalanan Müşterek Cezai Konular Anlaşmasının ek Protokolü.

2. Şayet iki veya daha fazla taraflar, hâlihazırda bu anlaşmanın konularıyla ilgili hususlarda bir mutabakata varmışlar veya bu konularda ilişkilerini tespit etmişlerse veya bunu ileride yapacaklarsa, bu anlaşmayı tespit edilecek ilişkilere göre de ayarlama yetkisine sahip olacaklardır. Mamafih, eğer taraflar ilişkilerini, yeni düzenlenen şartlar yerine, mevcut anlaşmanın içerdiği şartlar çerçevesinde tesis edeceklerse, bunu anlaşmanın hedef ve prensiplerine uygun olacak bir şekilde yapmalıdırlar.

3. Bu anlaşmanın içindeki hiçbir şey tarafların diğer haklarını, kısıtlamaları, yükümlülük ve mesuliyetlerini etkilemez.

MADDE 40 - Deklarasyonlar

Herhangi bir Ülke anlaşmanın imza aşamasına veya onay ve kabulünü bildiren işlem sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine hitaben sunduğu bildiride, Madde 2, Madde 3, Madde 6 paragraf 1 (b), Madde 7, Madde 9, paragraf 3 ve Madde 27, paragraf 9 (e) de sağlanan ilave unsurları talep etme imkânını sağlayabilir.

MADDE 41 - Federal Hüküm

1. Federal bir Ülke, anlaşmanın esas prensiplerine uygun olarak, Bolum II altındaki yükümlülüklerini, Merkezi Hükümet ve onu oluşturan Eyaletler arasındaki ilişkiyi veya Bölüm III altında temin edilen diğer benzer bölgesel yerleşimleri temin eden haklarının saklı olduğunu addedebilir.

2. Paragraf 1 altında bir çekince koyulduğunda, Federal Ülke Böyle bir çekincenin anlamlarını hariç tutan veya Bolum II de belirtilen boyutlardaki yükümlülüklerini kapsamlı bir şekilde azaltmayı uygulayabilir.

3. Bu anlaşmanın hükümleriyle ilgili olarak, Federasyonun anayasal sistemiyle hukuki tedbirler almaya zorlanmayan Bileşik Eyaletler veya benzer bölgesel yerleşimler cezai hükümleri altında kalan uygulamalarda, federal hükümet, bu ülkenin ehil otoritelerini onları yürürlüğe koymak için uygun işlemin hayata geçirilmesi için, bahsi gecen hükümlerden haberdar edeceklerdir.

MADDE 42 - Çekinceler

Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben yazılan bir başvuruda, herhangi bir ülke, imza aşamasında veya onay veya kabulünü bildiren işlem sırasında Madde 4 Paragraf 2, Madde 6 Paragraf 3, Madde 9 Paragraf 4, Madde 10 Paragraf 3, Madde 11 Paragraf 3, Madde 14 Paragraf 3, Madde 22 Paragraf 2, Madde 29 Paragraf 4 ve Madde 41 Paragraf 1 de gösterilen çekince haklarını kullanabilir.

MADDE 43 - Çekincelerin Statüsü Ve Geri Çekilmesi

1. Madde 42 uyarınca çekince koyan bir taraf Genel Sekreterliğe verdiği bir yazı ile bunu tümüyle veya kısmen geri çekebilir. Böyle bir geri çekme talebi Genel Sekreterlik tarafından yazının kendilerine ulaştığı tarih itibariyle yürürlüğe girer. Şayet bildiri çekincenin geri çekilmesi için özel bir tarih belirtiliyorsa ve bu tarih bildirinin Genel Sekreterliğe ulaştığı tarihten daha sonra bir tarihse, bu dürümde bildirideki tarih dikkate alınır.

2. Şayet bir taraf Madde 42 atfen bir çekince yapmışsa böyle bir çekinceyi şartlar müsaade eder etmez tümüyle veya kısmen geri çekebilir.

3. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği periyodik olarak taraflara, Madde 42 ye atfen yaptıkları çekinceleri geri çekip çekmeme ihtimallerini sorabilir.

MADDE 44 - İlave veya Düzeltmeler

1. Bu Anlaşmaya ilaveler herhangi bir taraf tarafından teklif edilebilir, ancak bu değişiklik Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından Avrupa Konseyi üye ülkeleri, bu anlaşmanın ayrıntılarına dâhil olan ama üye olmayın Ülkelerle olduğu gibi ayrıca Madde 37 hükümlerince davetli olan ve onay veren herhangi bir ülke ile görüştükten sonra yapılabilir.

2. Taraflarca teklif edilen herhangi bir ilave, Avrupa Suçlar Meseleleri Komitesi (CDOC) ile koordine edilecek ve bu değişiklik konusundan görüşlerini Bakanlar Komitesine sunacaklardır.

3. Bakanlar Komitesi, bu ilave teklifini ve Avrupa Suçlar Meseleleri Komitesinin (CDPC) görüşlerini anlaşmanın üye olmayan ülkelerine danıştıktan sonra kabul edebilir.

4. Bu maddenin 3. Paragrafı gereğince Bakanlar Komitesince kabul edilme herhangi bir ilave metni taraflara onay için gönderilecektir.

5. Bu maddenin 3. paragrafı gereğince kabul edilen herhangi bir ilave bütün taraflar Genel Sekreterliğe onaylarını verdikten 30 gün sonra yürürlüğe girecektir.

MADDE 45 - İhtilafların Giderilmesi

1. Avrupa Suçlar Meseleleri Komitesi (CDPC) bu Anlaşmanın yorumu ve uygulaması konusunda bilgilendirilecektir.

2. Taraflar arasındaki bu anlaşmanın yorumu ve uygulaması konusunda ihtilaf durumunda ya karşılıklı görüşerek veya durumu vereceği karar tarafları bağlayıcı olan Avrupa Suçlar Meseleleri Komitesine ve Uluslararası Adalet Mahkemesine hakemlik yapmaları için taşımak da dâhil, tercih edilecek herhangi bir barışsal yolla halledilir.

MADDE 46 - Tarafların Danışmaları

1. Taraflar uygun durumlarda periyodik olarak aşağıdakileri kolaylaştırmak konusunda görüşmelerde bulunacaklardır:

a) Problemlerin tespiti ve aynı zamanda bu Anlaşma altında yapılan herhangi bir deklarasyon veya çekincenin etkileri de dahil olmak üzere anlaşmanın uygulanmasını yeterli olup olmadığı,

b) Önemli hukuki politik veya teknolojik gelişmelerle ilgili siber suc ve elektronik form delilleri üzerinde bilgi alışverişinde bulunmak,

c) Anlaşma üzerinde muhtemel ilave veya değişiklik düşünceleri

2. Birinci paragrafta belirtilen konsültasyonların neticeleriyle ilgili Avrupa Suçlar Meseleleri Komitesi periyodik olarak bilgilendirilecektir.

3. Avrupa Suçlar Meseleleri Komitesi uygun olduğunda, birinci paragrafta atıfta bulunan konsültasyonları kolaylaştıracak ve taraflara Anlaşmaya ilave veya değişiklik yapmak için yardımcı olarak gereken işlemi yapacaktır. Şimdiki anlaşmanın yürürlüğe girmesinden en son üç yıl sonra, Avrupa Suçlar Meseleleri Komitesi Tarafların yardımıyla anlaşmanın bütün hükümlerini gözden geçirecek ve gerekirse uygun ilaveleri tavsiye edecektir.

4. Avrupa Konseyince deruhte edilmediği durumlarda, birinci paragrafın hükümlerini icra ederken ortaya çıkacak masraflar, kendilerince tespit edilecek bir şekilde karşılanacaktır.

5. Bu maddeyle uygun olarak faaliyetlerini icra ederken taraflara Avrupa Konsey Sekreterliği yardımcı olacaktır.

MADDE 47 - Kınama

1. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği aracılığıyla yollanan bir bildiriyle taraflardan herhangi biri herhangi bir zamanda kınanabilir.

2. Böyle bir Kınama, Kınama bildirisinin Genel Sekreterliğin yolladığı tarihten üç ay sonraki gün yürürlüğe girer.

MADDE 48 - İhbar

Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği Avrupa Konseyi üye ülkelerini, bu anlaşmanın detaylarına dâhil üye olmayan ülkeleri olduğu gibi bu Anlaşmaya onay veren davetli herhangi bir ülkeyi aşağıdakiler hakkında haberdar eder.

a) Herhangi bir imza

b) Herhangi bir onay, kabul veya katilim için verilen belge

c) Madde 36 ve 37 ile ilgili olsak bu Anlaşmaya yapılan herhangi bir katilimin yürürlüğe giriş tarihi

d) Madde 42 ile ilgili olarak Madde 40altinda yapılan herhangi bir deklarasyon

e) Bu Anlaşmayla ilgili herhangi diğer bir işlem, bildiri ve görüşme

Tam yetki ile donanmış olup aşağıdaki imzası bulunan tanıklığında işbu Konvansiyon imzalanmıştır.

Budapeşte de 2001 Kasımının 23 üncü günü, her iki versiyonuda orijinal olmak üzere İngilizce ve Fransızca olarak yapılmış ve orijinal nüshası Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanacaktır. Avrupa

Konseyi Genel Sekreterliği onaylanan kopyaları Avrupa Konseyi üye Ülkelerinin, üye olmayıp bu anlaşmanın detaylarına dâhil olan Ülkelerin ve davetli olup katılan Ülkelerin her birine yollayacaktır.

Council of Europe - Convention on Cybercrime

Council Europe

Convention on Cybercrime

Budapest, 23.XI.2001

Preamble

The member States of the Council of Europe and the other States signatory hereto,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

Recognising the value of fostering co-operation with the other States parties to this Convention;

Convinced of the need to pursue, as a matter of priority, a common criminal policy aimed at the protection of society against cybercrime, inter alia, by adopting appropriate legislation and fostering international co-operation;

Conscious of the profound changes brought about by the digitalisation, convergence and continuing globalisation of computer networks;

Concerned by the risk that computer networks and electronic information may also be used for committing criminal offences and that evidence relating to such offences may be stored and transferred by these networks;

Recognising the need for co-operation between States and private industry in combating cybercrime and the need to protect legitimate interests in the use and development of information technologies;

Believing that an effective fight against cybercrime requires increased, rapid and well-functioning international co-operation in criminal matters;

Convinced that the present Convention is necessary to deter action directed against the confidentiality, integrity and availability of computer systems, networks and computer data as well as the misuse of such systems, networks and data by providing for the criminalisation of such conduct, as described in this Convention, and the adoption of powers sufficient for effectively combating such criminal offences, by facilitating their detection, investigation and prosecution at

both the domestic and international levels and by providing arrangements for fast and reliable international co-operation;

Mindful of the need to ensure a proper balance between the interests of law enforcement and respect for fundamental human rights as enshrined in the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the 1966 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights and other applicable international human rights treaties, which reaffirm the right of everyone to hold opinions without interference, as well as the right to freedom of expression, including the freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, and the rights concerning the respect for privacy;

Mindful also of the right to the protection of personal data, as conferred, for example, by the 1981 Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data;

Considering the 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child and the 1999 International Labour Organization Worst Forms of Child Labour Convention;

Taking into account the existing Council of Europe conventions on co-operation in the penal field, as well as similar treaties which exist between Council of Europe member States and other States, and stressing that the present Convention is intended to supplement those conventions in order to make criminal investigations and proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data more effective and to enable the collection of evidence in electronic form of a criminal offence;

Welcoming recent developments which further advance international understanding and co-operation in combating cybercrime, including action taken by the United Nations, the OECD, the European Union and the G8;

Recalling Committee of Ministers Recommendations No. R (85) 10 concerning the practical application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters in respect of letters rogatory for the interception of telecommunications, No. R (88) 2 on piracy in the field of copyright and neighbouring rights, No. R (87) 15 regulating the use of personal data in the police sector, No. R (95) 4 on the protection of personal data in the area of telecommunication services, with particular reference to telephone services, as well as No. R (89) 9 on computer-related crime providing guidelines for national legislatures concerning the definition of certain computer crimes and No. R (95) 13 concerning problems of criminal procedural law connected with information technology;

Having regard to Resolution No. 1 adopted by the European Ministers of Justice at their 21st Conference (Prague, 10 and 11 June 1997), which recommended that the Committee of Ministers support the work on cybercrime carried out by the European Committee on Crime Problems (CDPC) in order to bring domestic criminal law provisions closer to each other and enable the use of effective means of investigation into such offences, as well as to Resolution No. 3 adopted at the 23rd Conference of the European Ministers of Justice (London, 8 and 9 June 2000), which encouraged the negotiating parties to pursue their efforts with a view to finding appropriate solutions to enable the largest possible number of States to become parties to the Convention and acknowledged the need for a swift and efficient system of international co-operation, which duly takes into account the specific requirements of the fight against cybercrime;

Having also regard to the Action Plan adopted by the Heads of State and Government of the Council of Europe on the occasion of their Second Summit (Strasbourg, 10 and 11 October 1997), to seek common responses to the development of the new information technologies based on the standards and values of the Council of Europe;

Have agreed as follows:

Chapter I - Use of terms

Article 1 - Definitions

For the purposes of this Convention:

a) "computer system" means any device or a group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, performs automatic processing of data;

b) "computer data" means any representation of facts, information or concepts in a form suitable for processing in a computer system, including a program suitable to cause a computer system to perform a function;

c) "service provider" means:

i) any public or private entity that provides to users of its service the ability to communicate by means of a computer system, and

ii) any other entity that processes or stores computer data on behalf of such communication service or users of such service.

d) "traffic data" means any computer data relating to a communication by means of a computer system, generated by a computer system that formed a part in the chain of communication,

indicating the communication's origin, destination, route, time, date, size, duration, or type of underlying service.

Chapter II - Measures to be taken at the national level

Section 1 - Substantive criminal law

Title 1 - Offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems

Article 2 - Illegal access

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the access to the whole or any part of a computer system without right. A Party may require that the offence be committed by infringing security measures, with the intent of obtaining computer data or other dishonest intent, or in relation to a computer system that is connected to another computer system.

Article 3 - Illegal interception

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the interception without right, made by technical means, of non-public transmissions of computer data to, from or within a computer system, including electromagnetic emissions from a computer system carrying such computer data. A Party may require that the offence be committed with dishonest intent, or in relation to a computer system that is connected to another computer system.

Article 4 - Data interference

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the damaging, deletion, deterioration, alteration or suppression of computer data without right.

2) A Party may reserve the right to require that the conduct described in paragraph 1 result in serious harm.

Article 5 - System interference

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the serious hindering without right of the functioning of a computer system by inputting, transmitting, damaging, deleting, deteriorating, altering or suppressing computer data.

Article 6 - Misuse of devices

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right:

a) the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of:

i) a device, including a computer program, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Articles 2 through 5;

ii) a computer password, access code, or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5; and

b) the possession of an item referred to in paragraphs a.i or ii above, with intent that it be used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2 through 5. A Party may require by law that a number of such items be possessed before criminal liability attaches.

2) This article shall not be interpreted as imposing criminal liability where the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available or possession referred to in paragraph 1 of this article is not for the purpose of committing an offence established in accordance with Articles 2 through 5 of this Convention, such as for the authorised testing or protection of a computer system.

3) Each Party may reserve the right not to apply paragraph 1 of this article, provided that the reservation does not concern the sale, distribution or otherwise making available of the items referred to in paragraph 1 a.ii of this article.

Title 2 - Computer-related offences

Article 7 - Computer-related forgery

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the input, alteration, deletion, or suppression of computer data, resulting in inauthentic data with the intent that it be considered or acted upon for legal purposes as if it were authentic, regardless whether or not the data is directly readable and intelligible. A Party may require an intent to defraud, or similar dishonest intent, before criminal liability attaches.

Article 8 - Computer-related fraud

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the causing of a loss of property to another person by:

a) any input, alteration, deletion or suppression of computer data,

b) any interference with the functioning of a computer system, with fraudulent or dishonest intent of procuring, without right, an economic benefit for oneself or for another person.

Title 3 - Content-related offences

Article 9 - Offences related to child pornography

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct:

a) producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;

b) offering or making available child pornography through a computer system;

c) distributing or transmitting child pornography through a computer system;

d) procuring child pornography through a computer system for oneself or for another person;

e) possessing child pornography in a computer system or on a computer-data storage medium.

2) For the purpose of paragraph 1 above, the term "child pornography" shall include pornographic material that visually depicts:

a) a minor engaged in sexually explicit conduct;

b) a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;

c) realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

3) For the purpose of paragraph 2 above, the term "minor" shall include all persons under 18 years of age. A Party may, however, require a lower age-limit, which shall be not less than 16 years.

4) Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraphs 1, sub-paragraphs d. and e, and 2, sub-paragraphs b. and c.

Title 4 - Offences related to infringements of copyright and related rights

Article 10 - Offences related to infringements of copyright and related rights

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the infringement of copyright, as defined under the law

of that Party, pursuant to the obligations it has undertaken under the Paris Act of 24 July 1971 revising the Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the WIPO Copyright Treaty, with the exception of any moral rights conferred by such conventions, where such acts are committed wilfully, on a commercial scale and by means of a computer system.

2) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law the infringement of related rights, as defined under the law of that Party, pursuant to the obligations it has undertaken under the International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations (Rome Convention), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the WIPO Performances and Phonograms Treaty, with the exception of any moral rights conferred by such conventions, where such acts are committed wilfully, on a commercial scale and by means of a computer system.

3) A Party may reserve the right not to impose criminal liability under paragraphs 1 and 2 of this article in limited circumstances, provided that other effective remedies are available and that such reservation does not derogate from the Party's international obligations set forth in the international instruments referred to in paragraphs 1 and 2 of this article.

Title 5 - Ancillary liability and sanctions

Article 11 - Attempt and aiding or abetting

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, aiding or abetting the commission of any of the offences established in accordance with Articles 2 through 10 of the present Convention with intent that such offence be committed.

2) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, an attempt to commit any of the offences established in accordance with Articles 3 through 5, 7, 8, and 9.1.a and c. of this Convention.

3) Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 2 of this article.

Article 12 - Corporate liability

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that legal persons can be held liable for a criminal offence established in accordance with this

Convention, committed for their benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within it, based on:

a) a power of representation of the legal person;

b) an authority to take decisions on behalf of the legal person;

c) an authority to exercise control within the legal person.

2) In addition to the cases already provided for in paragraph 1 of this article, each Party shall take the measures necessary to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of a criminal offence established in accordance with this Convention for the benefit of that legal person by a natural person acting under its authority.

3) Subject to the legal principles of the Party, the liability of a legal person may be criminal, civil or administrative.

4) Such liability shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offence.

Article 13 - Sanctions and measures

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that the criminal offences established in accordance with Articles 2 through 11 are punishable by effective, proportionate and dissuasive sanctions, which include deprivation of liberty.

2) Each Party shall ensure that legal persons held liable in accordance with Article 12 shall be subject to effective, proportionate and dissuasive criminal or non-criminal sanctions or measures, including monetary sanctions.

Section 2 - Procedural law

Title 1 - Common provisions

Article 14 - Scope of procedural provisions

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish the powers and procedures provided for in this section for the purpose of specific criminal investigations or proceedings.

2) Except as specifically provided otherwise in Article 21, each Party shall apply the powers and procedures referred to in paragraph 1 of this article to:

a) the criminal offences established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention;

b) other criminal offences committed by means of a computer system; and

c) the collection of evidence in electronic form of a criminal offence.

3) a. Each Party may reserve the right to apply the measures referred to in Article 20 only to offences or categories of offences specified in the reservation, provided that the range of such offences or categories of offences is not more restricted than the range of offences to which it applies the measures referred to in Article 21. Each Party shall consider restricting such a reservation to enable the broadest application of the measure referred to in Article 20.

b) Where a Party, due to limitations in its legislation in force at the time of the adoption of the present Convention, is not able to apply the measures referred to in Articles 20 and 21 to communications being transmitted within a computer system of a service provider, which system:

i) is being operated for the benefit of a closed group of users, and

ii) does not employ public communications networks and is not connected with another computer system, whether public or private, that Party may reserve the right not to apply these measures to such communications. Each Party shall consider restricting such a reservation to enable the broadest application of the measures referred to in Articles 20 and 21.

Article 15 - Conditions and safeguards

1) Each Party shall ensure that the establishment, implementation and application of the powers and procedures provided for in this Section are subject to conditions and safeguards provided for under its domestic law, which shall provide for the adequate protection of human rights and liberties, including rights arising pursuant to obligations it has undertaken under the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the 1966 United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, and other applicable international human rights instruments, and which shall incorporate the principle of proportionality.

2) Such conditions and safeguards shall, as appropriate in view of the nature of the procedure or power concerned, inter alia, include judicial or other independent supervision, grounds justifying application, and limitation of the scope and the duration of such power or procedure.

3) To the extent that it is consistent with the public interest, in particular the sound administration of justice, each Party shall consider the impact of the powers and procedures in this section upon the rights, responsibilities and legitimate interests of third parties.

Title 2 - Expedited preservation of stored computer data

Article 16 - Expedited preservation of stored computer data

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to enable its competent authorities to order or similarly obtain the expeditious preservation of specified computer data, including traffic data, that has been stored by means of a computer system, in particular where there are grounds to believe that the computer data is particularly vulnerable to loss or modification.

2) Where a Party gives effect to paragraph 1 above by means of an order to a person to preserve specified stored computer data in the person's possession or control, the Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige that person to preserve and maintain the integrity of that computer data for a period of time as long as necessary, up to a maximum of ninety days, to enable the competent authorities to seek its disclosure. A Party may provide for such an order to be subsequently renewed.

3) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige the custodian or other person who is to preserve the computer data to keep confidential the undertaking of such procedures for the period of time provided for by its domestic law.

4) The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Article 17 - Expedited preservation and partial disclosure of traffic data

1) Each Party shall adopt, in respect of traffic data that is to be preserved under Article 16, such legislative and other measures as may be necessary to:

a) ensure that such expeditious preservation of traffic data is available regardless of whether one or more service providers were involved in the transmission of that communication; and

b) ensure the expeditious disclosure to the Party's competent authority, or a person designated by that authority, of a sufficient amount of traffic data to enable the Party to identify the service providers and the path through which the communication was transmitted.

2) The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Title 3 - Production order

Article 18 - Production order

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order:

a) a person in its territory to submit specified computer data in that person's possession or control, which is stored in a computer system or a computer-data storage medium; and

b) a service provider offering its services in the territory of the Party to submit subscriber information relating to such services in that service provider's possession or control.

2) The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

3) For the purpose of this article, the term "subscriber information" means any information contained in the form of computer data or any other form that is held by a service provider, relating to subscribers of its services other than traffic or content data and by which can be established:

a) the type of communication service used, the technical provisions taken thereto and the period of service;

b) the subscriber's identity, postal or geographic address, telephone and other access number, billing and payment information, available on the basis of the service agreement or arrangement;

c) any other information on the site of the installation of communication equipment, available on the basis of the service agreement or arrangement.

Title 4 - Search and seizure of stored computer data

Article 19 - Search and seizure of stored computer data

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to search or similarly access:

a) a computer system or part of it and computer data stored therein; and

b) a computer-data storage medium in which computer data may be stored in its territory.

2) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to ensure that where its authorities search or similarly access a specific computer system or part of it, pursuant to paragraph 1.a, and have grounds to believe that the data sought is stored in another computer system or part of it in its territory, and such data is lawfully accessible from or available to the initial system, the authorities shall be able to expeditiously extend the search or similar accessing to the other system.

3) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to seize or similarly secure computer data accessed according to paragraphs 1 or 2. These measures shall include the power to:

a) seize or similarly secure a computer system or part of it or a computer-data storage medium;

b) make and retain a copy of those computer data;

c) maintain the integrity of the relevant stored computer data;

d) render inaccessible or remove those computer data in the accessed computer system.

4) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to order any person who has knowledge about the functioning of the computer system or measures applied to protect the computer data therein to provide, as is reasonable, the necessary information, to enable the undertaking of the measures referred to in paragraphs 1 and 2.

5) The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Title 5 - Real-time collection of computer data

Article 20 - Real-time collection of traffic data

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to:

a) collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, and

b) compel a service provider, within its existing technical capability:

i) to collect or record through the application of technical means on the territory of that Party; or

ii) to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of, traffic data, in real-time, associated with specified communications in its territory transmitted by means of a computer system.

2) Where a Party, due to the established principles of its domestic legal system, cannot adopt the measures referred to in paragraph 1.a, it may instead adopt legislative and other measures as may be necessary to ensure the real-time collection or recording of traffic data associated with specified communications transmitted in its territory, through the application of technical means on that territory.

3) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige a service provider to keep confidential the fact of the execution of any power provided for in this article and any information relating to it.

4) The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Article 21 - Interception of content data

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary, in relation to a range of serious offences to be determined by domestic law, to empower its competent authorities to:

a) collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, and

b) compel a service provider, within its existing technical capability:

i) to collect or record through the application of technical means on the territory of that Party, or

ii) to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of, content data, in real-time, of specified communications in its territory transmitted by means of a computer system.

2) Where a Party, due to the established principles of its domestic legal system, cannot adopt the measures referred to in paragraph 1.a, it may instead adopt legislative and other measures as may be necessary to ensure the real-time collection or recording of content data on specified communications in its territory through the application of technical means on that territory.

3) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to oblige a service provider to keep confidential the fact of the execution of any power provided for in this article and any information relating to it.

4) The powers and procedures referred to in this article shall be subject to Articles 14 and 15.

Section 3 - Jurisdiction

Article 22 - Jurisdiction

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish jurisdiction over any offence established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, when the offence is committed:

a) in its territory; or

b) on board a ship flying the flag of that Party; or

c) on board an aircraft registered under the laws of that Party; or

d) by one of its nationals, if the offence is punishable under criminal law where it was committed or if the offence is committed outside the territorial jurisdiction of any State.

2) Each Party may reserve the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules laid down in paragraphs 1.b through 1.d of this article or any part thereof.

3) Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish jurisdiction over the offences referred to in Article 24, paragraph 1, of this Convention, in cases where an alleged offender is present in its territory and it does not extradite him or her to another Party, solely on the basis of his or her nationality, after a request for extradition.

4) This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with its domestic law.

5) When more than one Party claims jurisdiction over an alleged offence established in accordance with this Convention, the Parties involved shall, where appropriate, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution.

Chapter III - International co-operation

Section 1 - General principles

Title 1 - General principles relating to international co-operation

Article 23 - General principles relating to international co-operation

The Parties shall co-operate with each other, in accordance with the provisions of this chapter, and through the application of relevant international instruments on international co-operation in criminal matters, arrangements agreed on the basis of uniform or reciprocal legislation, and domestic laws, to the widest extent possible for the purposes of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence.

Title 2 - Principles relating to extradition

Article 24 - Extradition

1) a. This article applies to extradition between Parties for the criminal offences established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, provided that they are punishable under the laws of both Parties concerned by deprivation of liberty for a maximum period of at least one year, or by a more severe penalty.

b. Where a different minimum penalty is to be applied under an arrangement agreed on the basis of uniform or reciprocal legislation or an extradition treaty, including the European Convention on Extradition (ETS No. 24), applicable between two or more parties, the minimum penalty provided for under such arrangement or treaty shall apply.

2) The criminal offences described in paragraph 1 of this article shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between or among the Parties. The Parties

undertake to include such offences as extraditable offences in any extradition treaty to be concluded between or among them.

3) If a Party that makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another Party with which it does not have an extradition treaty, it may consider this Convention as the legal basis for extradition with respect to any criminal offence referred to in paragraph 1 of this article.

4) Parties that do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognise the criminal offences referred to in paragraph 1 of this article as extraditable offences between themselves.

5) Extradition shall be subject to the conditions provided for by the law of the requested Party or by applicable extradition treaties, including the grounds on which the requested Party may refuse extradition.

6) If extradition for a criminal offence referred to in paragraph 1 of this article is refused solely on the basis of the nationality of the person sought, or because the requested Party deems that it has jurisdiction over the offence, the requested Party shall submit the case at the request of the requesting Party to its competent authorities for the purpose of prosecution and shall report the final outcome to the requesting Party in due course. Those authorities shall take their decision and conduct their investigations and proceedings in the same manner as for any other offence of a comparable nature under the law of that Party.

7) a) Each Party shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, communicate to the Secretary General of the Council of Europe the name and address of each authority responsible for making or receiving requests for extradition or provisional arrest in the absence of a treaty.

b) The Secretary General of the Council of Europe shall set up and keep updated a register of authorities so designated by the Parties. Each Party shall ensure that the details held on the register are correct at all times.

Title 3 - General principles relating to mutual assistance

Article 25 - General principles relating to mutual assistance

1) The Parties shall afford one another mutual assistance to the widest extent possible for the purpose of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence.

2) Each Party shall also adopt such legislative and other measures as may be necessary to carry out the obligations set forth in Articles 27 through 35.

3) Each Party may, in urgent circumstances, make requests for mutual assistance or communications related thereto by expedited means of communication, including fax or e-mail, to the extent that such means provide appropriate levels of security and authentication (including the use of encryption, where necessary), with formal confirmation to follow, where required by the requested Party. The requested Party shall accept and respond to the request by any such expedited means of communication.

4) Except as otherwise specifically provided in articles in this chapter, mutual assistance shall be subject to the conditions provided for by the law of the requested Party or by applicable mutual assistance treaties, including the grounds on which the requested Party may refuse co-operation. The requested Party shall not exercise the right to refuse mutual assistance in relation to the offences referred to in Articles 2 through 11 solely on the ground that the request concerns an offence which it considers a fiscal offence.

5) Where, in accordance with the provisions of this chapter, the requested Party is permitted to make mutual assistance conditional upon the existence of dual criminality, that condition shall be deemed fulfilled, irrespective of whether its laws place the offence within the same category of offence or denominate the offence by the same terminology as the requesting Party, if the conduct underlying the offence for which assistance is sought is a criminal offence under its laws.

Article 26 - Spontaneous information

1) A Party may, within the limits of its domestic law and without prior request, forward to another Party information obtained within the framework of its own investigations when it considers that the disclosure of such information might assist the receiving Party in initiating or carrying out investigations or proceedings concerning criminal offences established in accordance with this Convention or might lead to a request for co-operation by that Party under this chapter.

2) Prior to providing such information, the providing Party may request that it be kept confidential or only used subject to conditions. If the receiving Party cannot comply with such request, it shall notify the providing Party, which shall then determine whether the information should nevertheless be provided. If the receiving Party accepts the information subject to the conditions, it shall be bound by them.

Title 4 - Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements

Article 27 - Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements

1) Where there is no mutual assistance treaty or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation in force between the requesting and requested Parties, the provisions of paragraphs 2 through 9 of this article shall apply. The provisions of this article shall not apply where such treaty, arrangement or legislation exists, unless the Parties concerned agree to apply any or all of the remainder of this article in lieu thereof.

2) a) Each Party shall designate a central authority or authorities responsible for sending and answering requests for mutual assistance, the execution of such requests or their transmission to the authorities competent for their execution.

b) The central authorities shall communicate directly with each other;

c) Each Party shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, communicate to the Secretary General of the Council of Europe the names and addresses of the authorities designated in pursuance of this paragraph;

d) The Secretary General of the Council of Europe shall set up and keep updated a register of central authorities designated by the Parties. Each Party shall ensure that the details held on the register are correct at all times.

3) Mutual assistance requests under this article shall be executed in accordance with the procedures specified by the requesting Party, except where incompatible with the law of the requested Party.

4) The requested Party may, in addition to the grounds for refusal established in Article 25, paragraph 4, refuse assistance if:

a) the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence, or

b) it considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests.

5) The requested Party may postpone action on a request if such action would prejudice criminal investigations or proceedings conducted by its authorities.

6) Before refusing or postponing assistance, the requested Party shall, where appropriate after having consulted with the requesting Party, consider whether the request may be granted partially or subject to such conditions as it deems necessary.

7) The requested Party shall promptly inform the requesting Party of the outcome of the execution of a request for assistance. Reasons shall be given for any refusal or postponement of the request. The requested Party shall also inform the requesting Party of any reasons that render impossible the execution of the request or are likely to delay it significantly.

8) The requesting Party may request that the requested Party keep confidential the fact of any request made under this chapter as well as its subject, except to the extent necessary for its execution. If the requested Party cannot comply with the request for confidentiality, it shall promptly inform the requesting Party, which shall then determine whether the request should nevertheless be executed.

9) a) In the event of urgency, requests for mutual assistance or communications related thereto may be sent directly by judicial authorities of the requesting Party to such authorities of the requested Party. In any such cases, a copy shall be sent at the same time to the central authority of the requested Party through the central authority of the requesting Party.

b) Any request or communication under this paragraph may be made through the International Criminal Police Organisation (Interpol).

c) Where a request is made pursuant to sub-paragraph a. of this article and the authority is not competent to deal with the request, it shall refer the request to the competent national authority and inform directly the requesting Party that it has done so.

d) Requests or communications made under this paragraph that do not involve coercive action may be directly transmitted by the competent authorities of the requesting Party to the competent authorities of the requested Party.

e) Each Party may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, inform the Secretary General of the Council of Europe that, for reasons of efficiency, requests made under this paragraph are to be addressed to its central authority.

Article 28 - Confidentiality and limitation on use

1) When there is no mutual assistance treaty or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation in force between the requesting and the requested Parties, the provisions of this article shall apply. The provisions of this article shall not apply where such treaty, arrangement or legislation exists, unless the Parties concerned agree to apply any or all of the remainder of this article in lieu thereof.

2) The requested Party may make the supply of information or material in response to a request dependent on the condition that it is:

a) kept confidential where the request for mutual legal assistance could not be complied with in the absence of such condition, or

b) not used for investigations or proceedings other than those stated in the request.

3) If the requesting Party cannot comply with a condition referred to in paragraph 2, it shall promptly inform the other Party, which shall then determine whether the information should nevertheless be provided. When the requesting Party accepts the condition, it shall be bound by it.

4) Any Party that supplies information or material subject to a condition referred to in paragraph 2 may require the other Party to explain, in relation to that condition, the use made of such information or material.

Section 2 - Specific provisions

Title 1 - Mutual assistance regarding provisional measures

Article 29 - Expedited preservation of stored computer data

1) A Party may request another Party to order or otherwise obtain the expeditious preservation of data stored by means of a computer system, located within the territory of that other Party and in respect of which the requesting Party intends to submit a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the data.

2) A request for preservation made under paragraph 1 shall specify:

a) the authority seeking the preservation;

b) the offence that is the subject of a criminal investigation or proceedings and a brief summary of the related facts;

c) the stored computer data to be preserved and its relationship to the offence;

d) any available information identifying the custodian of the stored computer data or the location of the computer system;

e) the necessity of the preservation; and

f) that the Party intends to submit a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the stored computer data.

3) Upon receiving the request from another Party, the requested Party shall take all appropriate measures to preserve expeditiously the specified data in accordance with its domestic law. For the purposes of responding to a request, dual criminality shall not be required as a condition to providing such preservation.

4) A Party that requires dual criminality as a condition for responding to a request for mutual assistance for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of stored data may, in respect of offences other than those established in accordance with Articles 2 through 11 of this Convention, reserve the right to refuse the request for preservation under this article in cases where it has reasons to believe that at the time of disclosure the condition of dual criminality cannot be fulfilled.

5) In addition, a request for preservation may only be refused if:

a) the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence, or

b) the requested Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests.

6) Where the requested Party believes that preservation will not ensure the future availability of the data or will threaten the confidentiality of or otherwise prejudice the requesting Party's investigation, it shall promptly so inform the requesting Party, which shall then determine whether the request should nevertheless be executed.

7) Any preservation effected in response to the request referred to in paragraph 1 shall be for a period not less than sixty days, in order to enable the requesting Party to submit a request for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the data. Following the receipt of such a request, the data shall continue to be preserved pending a decision on that request.

Article 30 - Expedited disclosure of preserved traffic data

1) Where, in the course of the execution of a request made pursuant to Article 29 to preserve traffic data concerning a specific communication, the requested Party discovers that a service provider in another State was involved in the transmission of the communication, the requested Party shall expeditiously disclose to the requesting Party a sufficient amount of traffic data to identify that service provider and the path through which the communication was transmitted.

2) Disclosure of traffic data under paragraph 1 may only be withheld if:

a) the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence or an offence connected with a political offence; or

b) the requested Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests.

Title 2 - Mutual assistance regarding investigative powers

Article 31 - Mutual assistance regarding accessing of stored computer data

1) A Party may request another Party to search or similarly access, seize or similarly secure, and disclose data stored by means of a computer system located within the territory of the requested Party, including data that has been preserved pursuant to Article 29.

2) The requested Party shall respond to the request through the application of international instruments, arrangements and laws referred to in Article 23, and in accordance with other relevant provisions of this chapter.

3) The request shall be responded to on an expedited basis where:

a) there are grounds to believe that relevant data is particularly vulnerable to loss or modification; or

b) the instruments, arrangements and laws referred to in paragraph 2 otherwise provide for expedited co-operation.

Article 32 - Trans-border access to stored computer data with consent or where publicly available

A Party may, without the authorisation of another Party:

a) access publicly available (open source) stored computer data, regardless of where the data is located geographically; or

b) access or receive, through a computer system in its territory, stored computer data located in another Party, if the Party obtains the lawful and voluntary consent of the person who has the lawful authority to disclose the data to the Party through that computer system.

Article 33 - Mutual assistance regarding the real-time collection of traffic data

1) The Parties shall provide mutual assistance to each other in the real-time collection of traffic data associated with specified communications in their territory transmitted by means of a computer system. Subject to the provisions of paragraph 2, this assistance shall be governed by the conditions and procedures provided for under domestic law.

2) Each Party shall provide such assistance at least with respect to criminal offences for which real-time collection of traffic data would be available in a similar domestic case.

Article 34 - Mutual assistance regarding the interception of content data

The Parties shall provide mutual assistance to each other in the real-time collection or recording of content data of specified communications transmitted by means of a computer system to the extent permitted under their applicable treaties and domestic laws.

Title 3 - 24/7 Network

Article 35 - 24/7 Network

1) Each Party shall designate a point of contact available on a twenty-four hour, seven-day-a-week basis, in order to ensure the provision of immediate assistance for the purpose of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. Such assistance shall include facilitating, or, if permitted by its domestic law and practice, directly carrying out the following measures:

a) the provision of technical advice;

b) the preservation of data pursuant to Articles 29 and 30;

c) the collection of evidence, the provision of legal information, and locating of suspects.

2) a) A Party's point of contact shall have the capacity to carry out communications with the point of contact of another Party on an expedited basis.

b) If the point of contact designated by a Party is not part of that Party's authority or authorities responsible for international mutual assistance or extradition, the point of contact shall ensure that it is able to co-ordinate with such authority or authorities on an expedited basis.

3) Each Party shall ensure that trained and equipped personnel are available, in order to facilitate the operation of the network.

Chapter IV - Final provisions

Article 36 - Signature and entry into force

1) This Convention shall be open for signature by the member States of the Council of Europe and by non-member States which have participated in its elaboration.

2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

3) This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which five States, including at least three member States of the Council of Europe, have expressed their consent to be bound by the Convention in accordance with the provisions of paragraphs 1 and 2.

4) In respect of any signatory State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the expression of its consent to be bound by the Convention in accordance with the provisions of paragraphs 1 and 2.

Article 37 - Accession to the Convention

1) After the entry into force of this Convention, the Committee of Ministers of the Council of Europe, after consulting with and obtaining the unanimous consent of the Contracting States to the Convention, may invite any State which is not a member of the Council and which has not participated in its elaboration to accede to this Convention. The decision shall be taken by the majority provided for in Article 20.d. of the Statute of the Council of Europe and by the unanimous vote of the representatives of the Contracting States entitled to sit on the Committee of Ministers.

2) In respect of any State acceding to the Convention under paragraph 1 above, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of deposit of the instrument of accession with the Secretary General of the Council of Europe.

Article 38 - Territorial application

1) Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, specify the territory or territories to which this Convention shall apply.

2) Any State may, at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend the application of this Convention to any other territory specified in the declaration. In respect of such territory the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the declaration by the Secretary General.

3) Any declaration made under the two preceding paragraphs may, in respect of any territory specified in such declaration, be withdrawn by a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall become effective on the first day of the month

following the expiration of a period of three months after the date of receipt of such notification by the Secretary General.

Article 39 - Effects of the Convention

1) The purpose of the present Convention is to supplement applicable multilateral or bilateral treaties or arrangements as between the Parties, including the provisions of:

- the European Convention on Extradition, opened for signature in Paris, on 13 December 1957 (ETS No. 24);

- the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, opened for signature in Strasbourg, on 20 April 1959 (ETS No. 30);

- the Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, opened for signature in Strasbourg, on 17 March 1978 (ETS No. 99).

2) If two or more Parties have already concluded an agreement or treaty on the matters dealt with in this Convention or have otherwise established their relations on such matters, or should they in future do so, they shall also be entitled to apply that agreement or treaty or to regulate those relations accordingly. However, where Parties establish their relations in respect of the matters dealt with in the present Convention other than as regulated therein, they shall do so in a manner that is not inconsistent with the Convention's objectives and principles.

3) Nothing in this Convention shall affect other rights, restrictions, obligations and responsibilities of a Party.

Article 40 - Declarations

By a written notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of the possibility of requiring additional elements as provided for under Articles 2, 3, 6 paragraph 1.b, 7, 9 paragraph 3, and 27, paragraph 9.e.

Article 41 - Federal clause

1) A federal State may reserve the right to assume obligations under Chapter II of this Convention consistent with its fundamental principles governing the relationship between its central government and constituent States or other similar territorial entities provided that it is still able to co-operate under Chapter III.

2) When making a reservation under paragraph 1, a federal State may not apply the terms of such reservation to exclude or substantially diminish its obligations to provide for measures set forth in

Chapter II. Overall, it shall provide for a broad and effective law enforcement capability with respect to those measures.

3) With regard to the provisions of this Convention, the application of which comes under the jurisdiction of constituent States or other similar territorial entities, that are not obliged by the constitutional system of the federation to take legislative measures, the federal government shall inform the competent authorities of such States of the said provisions with its favourable opinion, encouraging them to take appropriate action to give them effect.

Article 42 - Reservations

By a written notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of the reservation(s) provided for in Article 4, paragraph 2, Article 6, paragraph 3, Article 9, paragraph 4, Article 10, paragraph 3, Article 11, paragraph 3, Article 14, paragraph 3, Article 22, paragraph 2, Article 29, paragraph 4, and Article 41, paragraph 1. No other reservation may be made.

Article 43 - Status and withdrawal of reservations

1) A Party that has made a reservation in accordance with Article 42 may wholly or partially withdraw it by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. Such withdrawal shall take effect on the date of receipt of such notification by the Secretary General. If the notification states that the withdrawal of a reservation is to take effect on a date specified therein, and such date is later than the date on which the notification is received by the Secretary General, the withdrawal shall take effect on such a later date.

2) A Party that has made a reservation as referred to in Article 42 shall withdraw such reservation, in whole or in part, as soon as circumstances so permit.

3) The Secretary General of the Council of Europe may periodically enquire with Parties that have made one or more reservations as referred to in Article 42 as to the prospects for withdrawing such reservation(s).

Article 44 - Amendments

1) Amendments to this Convention may be proposed by any Party, and shall be communicated by the Secretary General of the Council of Europe to the member States of the Council of Europe, to the non-member States which have participated in the elaboration of this Convention as well as to any State which has acceded to, or has been invited to accede to, this Convention in accordance with the provisions of Article 37.

2) Any amendment proposed by a Party shall be communicated to the European Committee on Crime Problems (CDPC), which shall submit to the Committee of Ministers its opinion on that proposed amendment.

3) The Committee of Ministers shall consider the proposed amendment and the opinion submitted by the CDPC and, following consultation with the non-member States Parties to this Convention, may adopt the amendment.

4) The text of any amendment adopted by the Committee of Ministers in accordance with paragraph 3 of this article shall be forwarded to the Parties for acceptance.

5) Any amendment adopted in accordance with paragraph 3 of this article shall come into force on the thirtieth day after all Parties have informed the Secretary General of their acceptance thereof.

Article 45 - Settlement of disputes

1) The European Committee on Crime Problems (CDPC) shall be kept informed regarding the interpretation and application of this Convention.

2) In case of a dispute between Parties as to the interpretation or application of this Convention, they shall seek a settlement of the dispute through negotiation or any other peaceful means of their choice, including submission of the dispute to the CDPC, to an arbitral tribunal whose decisions shall be binding upon the Parties, or to the International Court of Justice, as agreed upon by the Parties concerned.

Article 46 - Consultations of the Parties

1) The Parties shall, as appropriate, consult periodically with a view to facilitating:

a) the effective use and implementation of this Convention, including the identification of any problems thereof, as well as the effects of any declaration or reservation made under this Convention;

b) the exchange of information on significant legal, policy or technological developments pertaining to cybercrime and the collection of evidence in electronic form;

c) consideration of possible supplementation or amendment of the Convention.

2) The European Committee on Crime Problems (CDPC) shall be kept periodically informed regarding the result of consultations referred to in paragraph 1.

3) The CDPC shall, as appropriate, facilitate the consultations referred to in paragraph 1 and take the measures necessary to assist the Parties in their efforts to supplement or amend the Convention. At the latest three years after the present Convention enters into force, the European Committee on Crime Problems (CDPC) shall, in co-operation with the Parties, conduct a review of all of the Convention's provisions and, if necessary, recommend any appropriate amendments.

4) Except where assumed by the Council of Europe, expenses incurred in carrying out the provisions of paragraph 1 shall be borne by the Parties in the manner to be determined by them.

5) The Parties shall be assisted by the Secretariat of the Council of Europe in carrying out their functions pursuant to this article.

Article 47 - Denunciation

1) Any Party may, at any time, denounce this Convention by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.

2) Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Article 48 - Notification

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe, the non-member States which have participated in the elaboration of this Convention as well as any State which has acceded to, or has been invited to accede to, this Convention of:

a) any signature;

b) the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

c) any date of entry into force of this Convention in accordance with Articles 36 and 37;

d) any declaration made under Article 40 or reservation made in accordance with Article 42;

e) any other act, notification or communication relating to this Convention.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at Budapest, this 23rd day of November 2001, in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe, to the non-member States which have participated in the elaboration of this Convention, and to any State invited to accede to it.

Council of Europe - Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems

Council Europe

Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems

Strasbourg, 28.I.2003

Convention Committee on Cybercrime (T-CY) website

The member States of the Council of Europe and the other States Parties to the Convention on Cybercrime, opened for signature in Budapest on 23 November 2001, signatory hereto;

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

Recalling that all human beings are born free and equal in dignity and rights;

Stressing the need to secure a full and effective implementation of all human rights without any discrimination or distinction, as enshrined in European and other international instruments;

Convinced that acts of a racist and xenophobic nature constitute a violation of human rights and a threat to the rule of law and democratic stability;

Considering that national and international law need to provide adequate legal responses to propaganda of a racist and xenophobic nature committed through computer systems;

Aware of the fact that propaganda to such acts is often subject to criminalisation in national legislation;

Having regard to the Convention on Cybercrime, which provides for modern and flexible means of international co-operation and convinced of the need to harmonise substantive law provisions concerning the fight against racist and xenophobic propaganda;

Aware that computer systems offer an unprecedented means of facilitating freedom of expression and communication around the globe;

Recognising that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, and is one of the basic conditions for its progress and for the development of every human being;

Concerned, however, by the risk of misuse or abuse of such computer systems to disseminate racist and xenophobic propaganda;

Mindful of the need to ensure a proper balance between freedom of expression and an effective fight against acts of a racist and xenophobic nature;

Recognising that this Protocol is not intended to affect established principles relating to freedom of expression in national legal systems;

Taking into account the relevant international legal instruments in this field, and in particular the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocol No. 12 concerning the general prohibition of discrimination, the existing Council of Europe conventions on co-operation in the penal field, in particular the Convention on Cybercrime, the United Nations International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 21 December 1965, the European Union Joint Action of 15 July 1996 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, concerning action to combat racism and xenophobia;

Welcoming the recent developments which further advance international understanding and co-operation in combating cybercrime and racism and xenophobia;

Having regard to the Action Plan adopted by the Heads of State and Government of the Council of Europe on the occasion of their Second Summit (Strasbourg, 10-11 October 1997) to seek common responses to the developments of the new technologies based on the standards and values of the Council of Europe;

Have agreed as follows:

Chapter I - Common provisions

Article 1 - Purpose

The purpose of this Protocol is to supplement, as between the Parties to the Protocol, the provisions of the Convention on Cybercrime, opened for signature in Budapest on 23 November 2001 (hereinafter referred to as “the Convention”), as regards the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems.

Article 2 - Definition

1) For the purposes of this Protocol:

"racist and xenophobic material" means any written material, any image or any other representation of ideas or theories, which advocates, promotes or incites hatred, discrimination or violence, against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors.

2) The terms and expressions used in this Protocol shall be interpreted in the same manner as they are interpreted under the Convention.

Chapter II - Measures to be taken at national level

Article 3 - Dissemination of racist and xenophobic material through computer systems

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: distributing, or otherwise making available, racist and xenophobic material to the public through a computer system.

2) A Party may reserve the right not to attach criminal liability to conduct as defined by paragraph 1 of this article, where the material, as defined in Article 2, paragraph 1, advocates, promotes or incites discrimination that is not associated with hatred or violence, provided that other effective remedies are available.

3) Notwithstanding paragraph 2 of this article, a Party may reserve the right not to apply paragraph 1 to those cases of discrimination for which, due to established principles in its national legal system concerning freedom of expression, it cannot provide for effective remedies as referred to in the said paragraph 2.

Article 4 - Racist and xenophobic motivated threat

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: threatening, through a computer system, with the commission of a serious criminal offence as defined under its domestic law, (i) persons for the reason that they belong to a group, distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors, or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics.

Article 5 - Racist and xenophobic motivated insult

1) Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: insulting publicly, through a computer system, (i) persons for the reason that they belong to a group distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion, if used as a pretext for any of these factors; or (ii) a group of persons which is distinguished by any of these characteristics.

2) A Party may either:

a) require that the offence referred to in paragraph 1 of this article has the effect that the person or group of persons referred to in paragraph 1 is exposed to hatred, contempt or ridicule; or

b) reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1 of this article.

Article 6 - Denial, gross minimisation, approval or justification of genocide or crimes against humanity

1) Each Party shall adopt such legislative measures as may be necessary to establish the following conduct as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right: distributing or otherwise making available, through a computer system to the public, material which denies, grossly minimises, approves or justifies acts constituting genocide or crimes against humanity, as defined by international law and recognised as such by final and binding decisions of the International Military Tribunal, established by the London Agreement of 8 August 1945, or of any other international court established by relevant international instruments and whose jurisdiction is recognised by that Party.

2) A Party may either

a) require that the denial or the gross minimisation referred to in paragraph 1 of this article is committed with the intent to incite hatred, discrimination or violence against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors, or otherwise

b) reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1 of this article.

Article 7 - Aiding and abetting

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, aiding or abetting the commission of any of the offences established in accordance with this Protocol, with intent that such offence be committed.

Chapter III - Relations between the Convention and this Protocol

Article 8 - Relations between the Convention and this Protocol

1) Articles 1, 12, 13, 22, 41, 44, 45 and 46 of the Convention shall apply, mutatis mutandis, to this Protocol.

2) The Parties shall extend the scope of application of the measures defined in Articles 14 to 21 and Articles 23 to 35 of the Convention, to Articles 2 to 7 of this Protocol.

Chapter IV - Final provisions

Article 9 - Expression of consent to be bound

1) This Protocol shall be open for signature by the States which have signed the Convention, which may express their consent to be bound by either:

a) signature without reservation as to ratification, acceptance or approval; or

b) subject to ratification, acceptance or approval, followed by ratification, acceptance or approval.

2) A State may not sign this Protocol without reservation as to ratification, acceptance or approval, or deposit an instrument of ratification, acceptance or approval, unless it has already deposited or simultaneously deposits an instrument of ratification, acceptance or approval of the Convention.

3) The instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

Article 10 - Entry into force

1) This Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which five States have expressed their consent to be bound by the Protocol, in accordance with the provisions of Article 9.

2) In respect of any State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of its signature without reservation as to ratification, acceptance or approval or deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval.

Article 11 - Accession

1) After the entry into force of this Protocol, any State which has acceded to the Convention may also accede to the Protocol.

2) Accession shall be effected by the deposit with the Secretary General of the Council of Europe of an instrument of accession which shall take effect on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of its deposit.

Article 12 - Reservations and declarations

1) Reservations and declarations made by a Party to a provision of the Convention shall be applicable also to this Protocol, unless that Party declares otherwise at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

2) By a written notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, any Party may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of the reservation(s) provided for in Articles 3, 5 and 6 of this Protocol. At the same time, a Party may avail itself, with respect to the provisions of this Protocol, of the reservation(s) provided for in Article 22, paragraph 2, and Article 41, paragraph 1, of the Convention, irrespective of the implementation made by that Party under the Convention. No other reservations may be made.

3) By a written notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, declare that it avails itself of the possibility of requiring additional elements as provided for in Article 5, paragraph 2.a, and Article 6, paragraph 2.a, of this Protocol.

Article 13 - Status and withdrawal of reservations

1) A Party that has made a reservation in accordance with Article 12 above shall withdraw such reservation, in whole or in part, as soon as circumstances so permit. Such withdrawal shall take effect on the date of receipt of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. If the notification states that the withdrawal of a reservation is to take effect on a date specified therein, and such date is later than the date on which the notification is received by the Secretary General, the withdrawal shall take effect on such a later date.

2) The Secretary General of the Council of Europe may periodically enquire with Parties that have made one or more reservations in accordance with Article 12 as to the prospects for withdrawing such reservation(s).

Article 14 - Territorial application

1) Any Party may at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, specify the territory or territories to which this Protocol shall apply.

2) Any Party may, at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend the application of this Protocol to any other territory specified in the declaration. In respect of such territory, the Protocol shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the declaration by the Secretary General.

3) Any declaration made under the two preceding paragraphs may, in respect of any territory specified in such declaration, be withdrawn by a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of such notification by the Secretary General.

Article 15 - Denunciation

1) Any Party may, at any time, denounce this Protocol by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.

2) Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Article 16 - Notification

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe, the non-member States which have participated in the elaboration of this Protocol as well as any State which has acceded to, or has been invited to accede to, this Protocol of:

a) any signature;

b) the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

c) any date of entry into force of this Protocol in accordance with its Articles 9, 10 and 11;

d) any other act, notification or communication relating to this Protocol.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Protocol.

Done at Strasbourg, this 28th day of January 2003, in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe, to the non-member States which have participated in the elaboration of this Protocol, and to any State invited to accede to it.

Council of Europe - Convention on Cybercrime - Explanatory Report

Council Europe

Convention on Cybercrime

(ETS No. 185)

Explanatory Report

I. The Convention and its Explanatory Report have been adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe at its 109th Session (8 November 2001) and the Convention has been opened for signature in Budapest, on 23 November 2001, on the issue of the International Conference on Cyber-crime.

II. The text of this explanatory report does not constitute an instrument providing an authoritative interpretation of the Convention, although it might be of such a nature as to facilitate the application of the provisions contained therein.

I. Introduction

1. The revolution in information technologies has changed society fundamentally and will probably continue to do so in the foreseeable future. Many tasks have become easier to handle. Where originally only some specific sectors of society had rationalised their working procedures with the help of information technology, now hardly any sector of society has remained unaffected. Information technology has in one way or the other pervaded almost every aspect of human activities.

2. A conspicuous feature of information technology is the impact it has had and will have on the evolution of telecommunications technology. Classical telephony, involving the transmission of human voice, has been overtaken by the exchange of vast amounts of data, comprising voice, text, music and static and moving pictures. This exchange no longer occurs only between human beings, but also between human beings and computers, and between computers themselves. Circuit-switched connections have been replaced by packet-switched networks. It is no longer relevant whether a direct connection can be established; it suffices that data is entered into a network with a destination address or made available for anyone who wants to access it.

3. The pervasive use of electronic mail and the accessing through the Internet of numerous web sites are examples of these developments. They have changed our society profoundly.

4. The ease of accessibility and searchability of information contained in computer systems, combined with the practically unlimited possibilities for its exchange and dissemination, regardless of geographical distances, has lead to an explosive growth in the amount of information available and the knowledge that can be drawn there from.

5. These developments have given rise to an unprecedented economic and social changes, but they also have a dark side: the emergence of new types of crime as well as the commission of traditional crimes by means of new technologies. Moreover, the consequences of criminal behaviour can be more far-reaching than before because they are not restricted by geographical limitations or national boundaries. The recent spread of detrimental computer viruses all over the world has provided proof of this reality. Technical measures to protect computer systems need to be implemented concomitantly with legal measures to prevent and deter criminal behaviour.

6. The new technologies challenge existing legal concepts. Information and communications flow more easily around the world. Borders are no longer boundaries to this flow. Criminals are increasingly located in places other than where their acts produce their effects. However, domestic laws are generally confined to a specific territory. Thus solutions to the problems posed must be addressed by international law, necessitating the adoption of adequate international legal instruments. The present Convention aims to meet this challenge, with due respect to human rights in the new Information Society.

II. The preparatory work

7. By decision CDPC/103/211196, the European Committee on Crime Problems (CDPC) decided in November 1996 to set up a committee of experts to deal with cyber-crime. The CDPC based its decision on the following rationale:

8. "The fast developments in the field of information technology have a direct bearing on all sections of modern society. The integration of telecommunication and information systems, enabling the storage and transmission, regardless of distance, of all kinds of communication opens a whole range of new possibilities. These developments were boosted by the emergence of information super-highways and networks, including the Internet, through which virtually anybody will be able to have access to any electronic information service irrespective of where in the world he is located. By connecting to communication and information services users create a kind of common space, called "cyber-space", which is used for legitimate purposes but may also be the subject of misuse. These "cyber-space offences" are either committed against the integrity,

availability, and confidentiality of computer systems and telecommunication networks or they consist of the use of such networks of their services to commit traditional offences. The transborder character of such offences, e.g. when committed through the Internet, is in conflict with the territoriality of national law enforcement authorities.

9. The criminal law must therefore keep abreast of these technological developments which offer highly sophisticated opportunities for misusing facilities of the cyber-space and causing damage to legitimate interests. Given the cross-border nature of information networks, a concerted international effort is needed to deal with such misuse. Whilst Recommendation No. (89) 9 resulted in the approximation of national concepts regarding certain forms of computer misuse, only a binding international instrument can ensure the necessary efficiency in the fight against these new phenomena. In the framework of such an instrument, in addition to measures of international co-operation, questions of substantive and procedural law, as well as matters that are closely connected with the use of information technology, should be addressed."

10. In addition, the CDPC took into account the Report, prepared - at its request - by Professor H.W.K. Kaspersen, which concluded that " … it should be looked to another legal instrument with more engagement than a Recommendation, such as a Convention. Such a Convention should not only deal with criminal substantive law matters, but also with criminal procedural questions as well as with international criminal law procedures and agreements." (1)[1] A similar conclusion emerged already from the Report attached to Recommendation N° R (89) 9 (2)[2] concerning substantive law and from Recommendation N° R (95) 13 (3)[3] concerning problems of procedural law connected with information technology.

11. The new committee's specific terms of reference were as follows:

i. "Examine, in the light of Recommendations No R (89) 9 on computer-related crime and No R (95) 13 concerning problems of criminal procedural law connected with information technology, in particular the following subjects:

ii. cyber-space offences, in particular those committed through the use of telecommunication networks, e.g. the Internet, such as illegal money transactions, offering illegal services, violation of copyright, as well as those which violate human dignity and the protection of minors;

[1] Implementation of Recommendation N° R (89) 9 on computer-related crime, Report prepared by Professor Dr. H.W.K. Kaspersen (doc. CDPC (97) 5 and PC-CY (97) 5, page 106).
[2] See Computer-related crime, Report by the European Committee on Crime Problems, page 86.
[3] See Problems of criminal procedural law connected with information technology, Recommendation N° R (95) 13, principle n° 17.

iii. other substantive criminal law issues where a common approach may be necessary for the purposes of international co-operation such as definitions, sanctions and responsibility of the actors in cyber-space, including Internet service providers;

iv. the use, including the possibility of transborder use, and the applicability of coercive powers in a technological environment, e.g. interception of telecommunications and electronic surveillance of information networks, e.g. via the Internet, search and seizure in information-processing systems (including Internet sites), rendering illegal material inaccessible and requiring service providers to comply with special obligations, taking into account the problems caused by particular measures of information security, e.g. encryption;

v. the question of jurisdiction in relation to information technology offences, e.g. to determine the place where the offence was committed (locus delicti) and which law should accordingly apply, including the problem of ne bis idem in the case of multiple jurisdictions and the question how to solve positive jurisdiction conflicts and how to avoid negative jurisdiction conflicts;

vi. questions of international co-operation in the investigation of cyber-space offences, in close co-operation with the Committee of Experts on the Operation of European Conventions in the Penal Field (PC-OC).

The Committee should draft a binding legal instrument, as far as possible, on the items i) - v), with particular emphasis on international questions and, if appropriate, accessory recommendations regarding specific issues. The Committee may make suggestions on other issues in the light of technological developments."

12. Further to the CDPC's decision, the Committee of Ministers set up the new committee, called "the Committee of Experts on Crime in Cyber-space (PC-CY)" by decision n° CM/Del/Dec(97)583, taken at the 583rd meeting of the Ministers' Deputies (held on 4 February 1997). The Committee PC-CY started its work in April 1997 and undertook negotiations on a draft international convention on cyber-crime. Under its original terms of reference, the Committee was due to finish its work by 31 December 1999. Since by that time the Committee was not yet in a position to fully conclude its negotiations on certain issues in the draft Convention, its terms of reference were extended by decision n° CM/Del/Dec(99)679 of the Ministers' Deputies until 31 December 2000. The European Ministers of Justice expressed their support twice concerning the negotiations: by Resolution No. 1, adopted at their 21st Conference (Prague, June 1997), which recommended the Committee of Ministers to support the work carried out by the CDPC on cyber-crime in order to bring domestic criminal law provisions closer to each other and enable the use of effective means of investigation concerning such offences, as well as by Resolution N° 3,

adopted at the 23rd Conference of the European Ministers of Justice (London, June 2000), which encouraged the negotiating parties to pursue their efforts with a view to finding appropriate solutions so as to enable the largest possible number of States to become parties to the Convention and acknowledged the need for a swift and efficient system of international co-operation, which duly takes into account the specific requirements of the fight against cyber-crime. The member States of the European Union expressed their support to the work of the PC-CY through a Joint Position, adopted in May 1999.

13. Between April 1997 and December 2000, the Committee PC-CY held 10 meetings in plenary and 15 meetings of its open-ended Drafting Group. Following the expiry of its extended terms of reference, the experts held, under the aegis of the CDPC, three more meetings to finalise the draft Explanatory Memorandum and review the draft Convention in the light of the opinion of the Parliamentary Assembly. The Assembly was requested by the Committee of Ministers in October 2000 to give an opinion on the draft Convention, which it adopted at the 2nd part of its plenary session in April 2001.

14. Following a decision taken by the Committee PC-CY, an early version of the draft Convention was declassified and released in April 2000, followed by subsequent drafts released after each plenary meeting, in order to enable the negotiating States to consult with all interested parties. This consultation process proved useful.

15. The revised and finalised draft Convention and its Explanatory Memorandum were submitted for approval to the CDPC at its 50th plenary session in June 2001, following which the text of the draft Convention was submitted to the Committee of Ministers for adoption and opening for signature.

III. The Convention

16. The Convention aims principally at (1) harmonising the domestic criminal substantive law elements of offences and connected provisions in the area of cyber-crime (2) providing for domestic criminal procedural law powers necessary for the investigation and prosecution of such offences as well as other offences committed by means of a computer system or evidence in relation to which is in electronic form (3) setting up a fast and effective regime of international co-operation.

17. The Convention, accordingly, contains four chapters: (I) Use of terms; (II) Measures to be taken at domestic level - substantive law and procedural law; (III) International co-operation; (IV) Final clauses.

18. Section 1 of Chapter II (substantive law issues) covers both criminalisation provisions and other connected provisions in the area of computer- or computer-related crime: it first defines 9 offences grouped in 4 different categories, then deals with ancillary liability and sanctions. The following offences are defined by the Convention: illegal access, illegal interception, data interference, system interference, misuse of devices, computer-related forgery, computer-related fraud, offences related to child pornography and offences related to copyright and neighbouring rights.

19. Section 2 of Chapter II (procedural law issues) - the scope of which goes beyond the offences defined in Section 1 in that it applies to any offence committed by means of a computer system or the evidence of which is in electronic form - determines first the common conditions and safeguards, applicable to all procedural powers in this Chapter. It then sets out the following procedural powers: expedited preservation of stored data; expedited preservation and partial disclosure of traffic data; production order; search and seizure of computer data; real-time collection of traffic data; interception of content data. Chapter II ends with the jurisdiction provisions.

20. Chapter III contains the provisions concerning traditional and computer crime-related mutual assistance as well as extradition rules. It covers traditional mutual assistance in two situations: where no legal basis (treaty, reciprocal legislation, etc.) exists between parties - in which case its provisions apply - and where such a basis exists - in which case the existing arrangements also apply to assistance under this Convention. Computer- or computer-related crime specific assistance applies to both situations and covers, subject to extra-conditions, the same range of procedural powers as defined in Chapter II. In addition, Chapter III contains a provision on a specific type of transborder access to stored computer data which does not require mutual assistance (with consent or where publicly available) and provides for the setting up of a 24/7 network for ensuring speedy assistance among the Parties.

21. Finally, Chapter IV contains the final clauses, which - with certain exceptions - repeat the standard provisions in Council of Europe treaties.

Commentary on the articles of the Convention

Chapter I - Use of terms

Introduction to the definitions at Article 1

22. It was understood by the drafters that under this Convention Parties would not be obliged to copy verbatim into their domestic laws the four concepts defined in Article 1, provided that these

laws cover such concepts in a manner consistent with the principles of the Convention and offer an equivalent framework for its implementation.

Article 1 (a) - Computer system

23. A computer system under the Convention is a device consisting of hardware and software developed for automatic processing of digital data. It may include input, output, and storage facilities. It may stand alone or be connected in a network with other similar devices "Automatic" means without direct human intervention, "processing of data" means that data in the computer system is operated by executing a computer program. A "computer program" is a set of instructions that can be executed by the computer to achieve the intended result. A computer can run different programs. A computer system usually consists of different devices, to be distinguished as the processor or central processing unit, and peripherals. A "peripheral" is a device that performs certain specific functions in interaction with the processing unit, such as a printer, video screen, CD reader/writer or other storage device.

24. A network is an interconnection between two or more computer systems. The connections may be earthbound (e.g., wire or cable), wireless (e.g., radio, infrared, or satellite), or both. A network may be geographically limited to a small area (local area networks) or may span a large area (wide area networks), and such networks may themselves be interconnected. The Internet is a global network consisting of many interconnected networks, all using the same protocols. Other types of networks exist, whether or not connected to the Internet, able to communicate computer data among computer systems. Computer systems may be connected to the network as endpoints or as a means to assist in communication on the network. What is essential is that data is exchanged over the network.

Article 1 (b) - Computer data

25. The definition of computer data builds upon the ISO-definition of data. This definition contains the terms "suitable for processing". This means that data is put in such a form that it can be directly processed by the computer system. In order to make clear that data in this Convention has to be understood as data in electronic or other directly processable form, the notion "computer data" is introduced. Computer data that is automatically processed may be the target of one of the criminal offences defined in this Convention as well as the object of the application of one of the investigative measures defined by this Convention.

Article 1 (c) - Service provider

26. The term "service provider" encompasses a broad category of persons that play a particular role with regard to communication or processing of data on computer systems (cf. also comments on Section 2). Under (i) of the definition, it is made clear that both public and private entities which provide users the ability to communicate with one another are covered. Therefore, it is irrelevant whether the users form a closed group or whether the provider offers its services to the public, whether free of charge or for a fee. The closed group can be e.g. the employees of a private enterprise to whom the service is offered by a corporate network.

27. Under (ii) of the definition, it is made clear that the term "service provider" also extends to those entities that store or otherwise process data on behalf of the persons mentioned under (i). Further, the term includes those entities that store or otherwise process data on behalf of the users of the services of those mentioned under (i). For example, under this definition, a service provider includes both services that provide hosting and caching services as well as services that provide a connection to a network. However, a mere provider of content (such as a person who contracts with a web hosting company to host his web site) is not intended to be covered by this definition if such content provider does not also offer communication or related data processing services.

Article 1 (d) - Traffic data

28. For the purposes of this Convention traffic data as defined in article 1, under subparagraph d., is a category of computer data that is subject to a specific legal regime. This data is generated by computers in the chain of communication in order to route a communication from its origin to its destination. It is therefore auxiliary to the communication itself.

29. In case of an investigation of a criminal offence committed in relation to a computer system, traffic data is needed to trace the source of a communication as a starting point for collecting further evidence or as part of the evidence of the offence. Traffic data might last only ephemerally, which makes it necessary to order its expeditious preservation. Consequently, its rapid disclosure may be necessary to discern the communication's route in order to collect further evidence before it is deleted or to identify a suspect. The ordinary procedure for the collection and disclosure of computer data might therefore be insufficient. Moreover, the collection of this data is regarded in principle to be less intrusive since as such it doesn't reveal the content of the communication which is regarded to be more sensitive.

30. The definition lists exhaustively the categories of traffic data that are treated by a specific regime in this Convention: the origin of a communication, its destination, route, time (GMT), date, size, duration and type of underlying service. Not all of these categories will always be technically available, capable of being produced by a service provider, or necessary for a particular criminal

investigation. The "origin" refers to a telephone number, Internet Protocol (IP) address, or similar identification of a communications facility to which a service provider renders services. The "destination" refers to a comparable indication of a communications facility to which communications are transmitted. The term "type of underlying service" refers to the type of service that is being used within the network, e.g., file transfer, electronic mail, or instant messaging.

31. The definition leaves to national legislatures the ability to introduce differentiation in the legal protection of traffic data in accordance with its sensitivity. In this context, Article 15 obliges the Parties to provide for conditions and safeguards that are adequate for protection of human rights and liberties. This implies, inter alia, that the substantive criteria and the procedure to apply an investigative power may vary according to the sensitivity of the data.

Chapter II - Measures to be taken at the national level

32. Chapter II (Articles 2 - 22) contains three sections: substantive criminal law (Articles 2 - 13), procedural law (Articles 14 - 21) and jurisdiction (Article 22).

Section 1 - Substantive criminal law

33. The purpose of Section 1 of the Convention (Articles 2 - 13) is to improve the means to prevent and suppress computer- or computer - related crime by establishing a common minimum standard of relevant offences. This kind of harmonisation alleviates the fight against such crimes on the national and on the international level as well. Correspondence in domestic law may prevent abuses from being shifted to a Party with a previous lower standard. As a consequence, the exchange of useful common experiences in the practical handling of cases may be enhanced, too. International co-operation (esp. extradition and mutual legal assistance) is facilitated e.g. regarding requirements of double criminality.

34. The list of offences included represents a minimum consensus not excluding extensions in domestic law. To a great extent it is based on the guidelines developed in connection with Recommendation No. R (89) 9 of the Council of Europe on computer-related crime and on the work of other public and private international organisations (OECD, UN, AIDP), but taking into account more modern experiences with abuses of expanding telecommunication networks.

35. The section is divided into five titles. Title 1 includes the core of computer-related offences, offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems, representing the basic threats, as identified in the discussions on computer and data security to which electronic data processing and communicating systems are exposed. The heading describes the type of crimes which are covered, that is the unauthorised access to and illicit tampering with

systems, programmes or data. Titles 2 - 4 include other types of 'computer-related offences', which play a greater role in practice and where computer and telecommunication systems are used as a means to attack certain legal interests which mostly are protected already by criminal law against attacks using traditional means. The Title 2 offences (computer-related fraud and forgery) have been added by following suggestions in the guidelines of the Council of Europe Recommendation No. R (89) 9. Title 3 covers the 'content-related offences of unlawful production or distribution of child pornography by use of computer systems as one of the most dangerous modi operandi in recent times. The committee drafting the Convention discussed the possibility of including other content-related offences, such as the distribution of racist propaganda through computer systems. However, the committee was not in a position to reach consensus on the criminalisation of such conduct. While there was significant support in favour of including this as a criminal offence, some delegations expressed strong concern about including such a provision on freedom of expression grounds. Noting the complexity of the issue, it was decided that the committee would refer to the European Committee on Crime Problems (CDPC) the issue of drawing up an additional Protocol to the present Convention.

Title 4 sets out 'offences related to infringements of copyright and related rights'. This was included in the Convention because copyright infringements are one of the most widespread forms of computer- or computer-related crime and its escalation is causing international concern. Finally, Title 5 includes additional provisions on attempt, aiding and abetting and sanctions and measures, and, in compliance with recent international instruments, on corporate liability.

36. Although the substantive law provisions relate to offences using information technology, the Convention uses technology-neutral language so that the substantive criminal law offences may be applied to both current and future technologies involved.

37. The drafters of the Convention understood that Parties may exclude petty or insignificant misconduct from implementation of the offences defined in Articles 2-10.

38. A specificity of the offences included is the express requirement that the conduct involved is done "without right". It reflects the insight that the conduct described is not always punishable per se, but may be legal or justified not only in cases where classical legal defences are applicable, like consent, self defence or necessity, but where other principles or interests lead to the exclusion of criminal liability. The expression 'without right' derives its meaning from the context in which it is used. Thus, without restricting how Parties may implement the concept in their domestic law, it may refer to conduct undertaken without authority (whether legislative, executive, administrative, judicial, contractual or consensual) or conduct that is otherwise not covered by

established legal defences, excuses, justifications or relevant principles under domestic law. The Convention, therefore, leaves unaffected conduct undertaken pursuant to lawful government authority (for example, where the Party's government acts to maintain public order, protect national security or investigate criminal offences). Furthermore, legitimate and common activities inherent in the design of networks, or legitimate and common operating or commercial practices should not be criminalised. Specific examples of such exceptions from criminalisation are provided in relation to specific offences in the corresponding text of the Explanatory Memorandum below. It is left to the Parties to determine how such exemptions are implemented within their domestic legal systems (under criminal law or otherwise).

39. All the offences contained in the Convention must be committed "intentionally" for criminal liability to apply. In certain cases an additional specific intentional element forms part of the offence. For instance, in Article 8 on computer-related fraud, the intent to procure an economic benefit is a constituent element of the offence. The drafters of the Convention agreed that the exact meaning of 'intentionally' should be left to national interpretation.

40. Certain articles in the section allow the addition of qualifying circumstances when implementing the Convention in domestic law. In other instances even the possibility of a reservation is granted (cf. Articles 40 and 42). These different ways of a more restrictive approach in criminalisation reflect different assessments of the dangerousness of the behaviour involved or of the need to use criminal law as a countermeasure. This approach provides flexibility to governments and parliaments in determining their criminal policy in this area.

41. Laws establishing these offences should be drafted with as much clarity and specificity as possible, in order to provide adequate foreseeability of the type of conduct that will result in a criminal sanction.

42. In the course of the drafting process, the drafters considered the advisability of criminalising conduct other than those defined at Articles 2 - 11, including the so-called cyber-squatting, i.e. the fact of registering a domain-name which is identical either to the name of an entity that already exists and is usually well-known or to the trade-name or trademark of a product or company. Cyber-squatters have no intent to make an active use of the domain-name and seek to obtain a financial advantage by forcing the entity concerned, even though indirectly, to pay for the transfer of the ownership over the domain-name. At present this conduct is considered as a trademark-related issue. As trademark violations are not governed by this Convention, the drafters did not consider it appropriate to deal with the issue of criminalisation of such conduct.

Title 1 - Offences against the confidentiality, integrity and availability of computer data and systems

43. The criminal offences defined under (Articles 2-6) are intended to protect the confidentiality, integrity and availability of computer systems or data and not to criminalise legitimate and common activities inherent in the design of networks, or legitimate and common operating or commercial practices.

Illegal access (Article 2)

44. "Illegal access" covers the basic offence of dangerous threats to and attacks against the security (i.e. the confidentiality, integrity and availability) of computer systems and data. The need for protection reflects the interests of organisations and individuals to manage, operate and control their systems in an undisturbed and uninhibited manner. The mere unauthorised intrusion, i.e. "hacking", "cracking" or "computer trespass" should in principle be illegal in itself. It may lead to impediments to legitimate users of systems and data and may cause alteration or destruction with high costs for reconstruction. Such intrusions may give access to confidential data (including passwords, information about the targeted system) and secrets, to the use of the system without payment or even encourage hackers to commit more dangerous forms of computer-related offences, like computer-related fraud or forgery.

45. The most effective means of preventing unauthorised access is, of course, the introduction and development of effective security measures. However, a comprehensive response has to include also the threat and use of criminal law measures. A criminal prohibition of unauthorised access is able to give additional protection to the system and the data as such and at an early stage against the dangers described above.

46. "Access" comprises the entering of the whole or any part of a computer system (hardware, components, stored data of the system installed, directories, traffic and content-related data). However, it does not include the mere sending of an e-mail message or file to that system. "Access" includes the entering of another computer system, where it is connected via public telecommunication networks, or to a computer system on the same network, such as a LAN (local area network) or Intranet within an organisation. The method of communication (e.g. from a distance, including via wireless links or at a close range) does not matter.

47. The act must also be committed ‘without right’. In addition to the explanation given above on this expression, it means that there is no criminalisation of the access authorised by the owner or other right holder of the system or part of it (such as for the purpose of authorised testing or

protection of the computer system concerned). Moreover, there is no criminalisation for accessing a computer system that permits free and open access by the public, as such access is "with right."

48. The application of specific technical tools may result in an access under Article 2, such as the access of a web page, directly or through hypertext links, including deep-links or the application of ‘cookies’ or ‘bots’ to locate and retrieve information on behalf of communication. The application of such tools per se is not ‘without right’. The maintenance of a public web site implies consent by the web site-owner that it can be accessed by any other web-user. The application of standard tools provided for in the commonly applied communication protocols and programs, is not in itself ‘without right’, in particular where the rightholder of the accessed system can be considered to have accepted its application, e.g. in the case of ‘cookies’ by not rejecting the initial instalment or not removing it.

49. Many national legislations already contain provisions on "hacking" offences, but the scope and constituent elements vary considerably. The broad approach of criminalisation in the first sentence of Article 2 is not undisputed. Opposition stems from situations where no dangers were created by the mere intrusion or where even acts of hacking have led to the detection of loopholes and weaknesses of the security of systems. This has led in a range of countries to a narrower approach requiring additional qualifying circumstances which is also the approach adopted by Recommendation N° (89) 9 and the proposal of the OECD Working Party in 1985.

50. Parties can take the wide approach and criminalise mere hacking in accordance with the first sentence of Article 2. Alternatively, Parties can attach any or all of the qualifying elements listed in the second sentence: infringing security measures, special intent to obtain computer data, other dishonest intent that justifies criminal culpability, or the requirement that the offence is committed in relation to a computer system that is connected remotely to another computer system. The last option allows Parties to exclude the situation where a person physically accesses a stand-alone computer without any use of another computer system. They may restrict the offence to illegal access to networked computer systems (including public networks provided by telecommunication services and private networks, such as Intranets or Extranets).

Illegal interception (Article 3)

51. This provision aims to protect the right of privacy of data communication. The offence represents the same violation of the privacy of communications as traditional tapping and recording of oral telephone conversations between persons. The right to privacy of correspondence is enshrined in Article 8 of the European Convention on Human Rights. The

offence established under Article 3 applies this principle to all forms of electronic data transfer, whether by telephone, fax, e-mail or file transfer.

52. The text of the provision has been mainly taken from the offence of 'unauthorised interception' contained in Recommendation (89) 9. In the present Convention it has been made clear that the communications involved concern "transmissions of computer data" as well as electromagnetic radiation, under the circumstances as explained below.

53. Interception by 'technical means' relates to listening to, monitoring or surveillance of the content of communications, to the procuring of the content of data either directly, through access and use of the computer system, or indirectly, through the use of electronic eavesdropping or tapping devices. Interception may also involve recording. Technical means includes technical devices fixed to transmission lines as well as devices to collect and record wireless communications. They may include the use of software, passwords and codes. The requirement of using technical means is a restrictive qualification to avoid over-criminalisation.

54. The offence applies to 'non-public' transmissions of computer data. The term 'non-public' qualifies the nature of the transmission (communication) process and not the nature of the data transmitted. The data communicated may be publicly available information, but the parties wish to communicate confidentially. Or data may be kept secret for commercial purposes until the service is paid, as in Pay-TV. Therefore, the term 'non-public' does not per se exclude communications via public networks. Communications of employees, whether or not for business purposes, which constitute "non-public transmissions of computer data" are also protected against interception without right under Article 3 (see e.g. ECHR Judgement in Halford v. UK case, 25 June 1997, 20605/92).

55. The communication in the form of transmission of computer data can take place inside a single computer system (flowing from CPU to screen or printer, for example), between two computer systems belonging to the same person, two computers communicating with one another, or a computer and a person (e.g. through the keyboard). Nonetheless, Parties may require as an additional element that the communication be transmitted between computer systems remotely connected.

56. It should be noted that the fact that the notion of 'computer system' may also encompass radio connections does not mean that a Party is under an obligation to criminalise the interception of any radio transmission which, even though 'non-public', takes place in a relatively open and easily accessible manner and therefore can be intercepted, for example by radio amateurs.

57. The creation of an offence in relation to ‘electromagnetic emissions’ will ensure a more comprehensive scope. Electromagnetic emissions may be emitted by a computer during its operation. Such emissions are not considered as ‘data’ according to the definition provided in Article 1. However, data can be reconstructed from such emissions. Therefore, the interception of data from electromagnetic emissions from a computer system is included as an offence under this provision.

58. For criminal liability to attach, the illegal interception must be committed "intentionally", and "without right". The act is justified, for example, if the intercepting person has the right to do so, if he acts on the instructions or by authorisation of the participants of the transmission (including authorised testing or protection activities agreed to by the participants), or if surveillance is lawfully authorised in the interests of national security or the detection of offences by investigating authorities. It was also understood that the use of common commercial practices, such as employing ‘cookies’, is not intended to be criminalised as such, as not being an interception "without right". With respect to non-public communications of employees protected under Article 3 (see above paragraph 54), domestic law may provide a ground for legitimate interception of such communications. Under Article 3, interception in such circumstances would be considered as undertaken "with right".

59. In some countries, interception may be closely related to the offence of unauthorised access to a computer system. In order to ensure consistency of the prohibition and application of the law, countries that require dishonest intent, or that the offence be committed in relation to a computer system that is connected to another computer system in accordance with Article 2, may also require similar qualifying elements to attach criminal liability in this article. These elements should be interpreted and applied in conjunction with the other elements of the offence, such as "intentionally" and "without right".

Data interference (Article 4)

60. The aim of this provision is to provide computer data and computer programs with protection similar to that enjoyed by corporeal objects against intentional infliction of damage. The protected legal interest here is the integrity and the proper functioning or use of stored computer data or computer programs.

61. In paragraph 1, ‘damaging’ and ‘deteriorating’ as overlapping acts relate in particular to a negative alteration of the integrity or of information content of data and programmes. ‘Deletion’ of data is the equivalent of the destruction of a corporeal thing. It destroys them and makes them unrecognisable. Suppressing of computer data means any action that prevents or terminates the

availability of the data to the person who has access to the computer or the data carrier on which it was stored. The term ‘alteration’ means the modification of existing data. The input of malicious codes, such as viruses and Trojan horses is, therefore, covered under this paragraph, as is the resulting modification of the data.

62. The above acts are only punishable if committed "without right". Common activities inherent in the design of networks or common operating or commercial practices, such as, for example, for the testing or protection of the security of a computer system authorised by the owner or operator, or the reconfiguration of a computer’s operating system that takes place when the operator of a system acquires new software (e.g., software permitting access to the Internet that disables similar, previously installed programs), are with right and therefore are not criminalised by this article. The modification of traffic data for the purpose of facilitating anonymous communications (e.g., the activities of anonymous remailer systems), or the modification of data for the purpose of secure communications (e.g. encryption), should in principle be considered a legitimate protection of privacy and, therefore, be considered as being undertaken with right. However, Parties may wish to criminalise certain abuses related to anonymous communications, such as where the packet header information is altered in order to conceal the identity of the perpetrator in committing a crime.

63. In addition, the offender must have acted "intentionally".

64. Paragraph 2 allows Parties to enter a reservation concerning the offence in that they may require that the conduct result in serious harm. The interpretation of what constitutes such serious harm is left to domestic legislation, but Parties should notify the Secretary General of the Council of Europe of their interpretation if use is made of this reservation possibility.

System interference (Article 5)

65. This is referred to in Recommendation No. (89) 9 as computer sabotage. The provision aims at criminalising the intentional hindering of the lawful use of computer systems including telecommunications facilities by using or influencing computer data. The protected legal interest is the interest of operators and users of computer or telecommunication systems being able to have them function properly. The text is formulated in a neutral way so that all kinds of functions can be protected by it.

66. The term "hindering" refers to actions that interfere with the proper functioning of the computer system. Such hindering must take place by inputting, transmitting, damaging, deleting, altering or suppressing computer data.

67. The hindering must furthermore be "serious" in order to give rise to criminal sanction. Each Party shall determine for itself what criteria must be fulfilled in order for the hindering to be considered "serious." For example, a Party may require a minimum amount of damage to be caused in order for the hindering to be considered serious. The drafters considered as "serious" the sending of data to a particular system in such a form, size or frequency that it has a significant detrimental effect on the ability of the owner or operator to use the system, or to communicate with other systems (e.g., by means of programs that generate "denial of service" attacks, malicious codes such as viruses that prevent or substantially slow the operation of the system, or programs that send huge quantities of electronic mail to a recipient in order to block the communications functions of the system).

68. The hindering must be "without right". Common activities inherent in the design of networks, or common operational or commercial practices are with right. These include, for example, the testing of the security of a computer system, or its protection, authorised by its owner or operator, or the reconfiguration of a computer's operating system that takes place when the operator of a system installs new software that disables similar, previously installed programs. Therefore, such conduct is not criminalised by this article, even if it causes serious hindering.

69. The sending of unsolicited e-mail, for commercial or other purposes, may cause nuisance to its recipient, in particular when such messages are sent in large quantities or with a high frequency ("spamming"). In the opinion of the drafters, such conduct should only be criminalised where the communication is intentionally and seriously hindered. Nevertheless, Parties may have a different approach to hindrance under their law, e.g. by making particular acts of interference administrative offences or otherwise subject to sanction. The text leaves it to the Parties to determine the extent to which the functioning of the system should be hindered - partially or totally, temporarily or permanently - to reach the threshold of harm that justifies sanction, administrative or criminal, under their law.

70. The offence must be committed intentionally, that is the perpetrator must have the intent to seriously hinder.

Misuse of devices (Article 6)

71. This provision establishes as a separate and independent criminal offence the intentional commission of specific illegal acts regarding certain devices or access data to be misused for the purpose of committing the above-described offences against the confidentiality, the integrity and availability of computer systems or data. As the commission of these offences often requires the possession of means of access ("hacker tools") or other tools, there is a strong incentive to acquire

them for criminal purposes which may then lead to the creation of a kind of black market in their production and distribution. To combat such dangers more effectively, the criminal law should prohibit specific potentially dangerous acts at the source, preceding the commission of offences under Articles 2 - 5. In this respect the provision builds upon recent developments inside the Council of Europe (European Convention on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access - ETS N° 178) and the European Union (Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access) and relevant provisions in some countries. A similar approach has already been taken in the 1929 Geneva Convention on currency counterfeiting.

72. Paragraph 1(a)1 criminalises the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of a device, including a computer programme, designed or adapted primarily for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2-5 of the present Convention. 'Distribution' refers to the active act of forwarding data to others, while 'making available' refers to the placing online devices for the use of others. This term also intends to cover the creation or compilation of hyperlinks in order to facilitate access to such devices. The inclusion of a 'computer program' refers to programs that are for example designed to alter or even destroy data or interfere with the operation of systems, such as virus programs, or programs designed or adapted to gain access to computer systems.

73. The drafters debated at length whether the devices should be restricted to those which are designed exclusively or specifically for committing offences, thereby excluding dual-use devices. This was considered to be too narrow. It could lead to insurmountable difficulties of proof in criminal proceedings, rendering the provision practically inapplicable or only applicable in rare instances. The alternative to include all devices even if they are legally produced and distributed, was also rejected. Only the subjective element of the intent of committing a computer offence would then be decisive for imposing a punishment, an approach which in the area of money counterfeiting also has not been adopted. As a reasonable compromise the Convention restricts its scope to cases where the devices are objectively designed, or adapted, primarily for the purpose of committing an offence. This alone will usually exclude dual-use devices.

74. Paragraph 1(a)2 criminalises the production, sale, procurement for use, import, distribution or otherwise making available of a computer password, access code or similar data by which the whole or any part of a computer system is capable of being accessed.

75. Paragraph 1(b) creates the offence of possessing the items set out in paragraph 1(a)1 or 1(a)2. Parties are permitted, by the last phrase of paragraph 1(b), to require by law that a number of such items be possessed. The number of items possessed goes directly to proving criminal intent. It is up to each Party to decide the number of items required before criminal liability attaches.

76. The offence requires that it be committed intentionally and without right. In order to avoid the danger of overcriminalisation where devices are produced and put on the market for legitimate purposes, e.g. to counter-attacks against computer systems, further elements are added to restrict the offence. Apart from the general intent requirement, there must be the specific (i.e. direct) intent that the device is used for the purpose of committing any of the offences established in Articles 2-5 of the Convention.

77. Paragraph 2 sets out clearly that those tools created for the authorised testing or the protection of a computer system are not covered by the provision. This concept is already contained in the expression ‘without right’. For example, test-devices (‘cracking-devices’) and network analysis devices designed by industry to control the reliability of their information technology products or to test system security are produced for legitimate purposes, and would be considered to be ‘with right’.

78. Due to different assessments of the need to apply the offence of "Misuse of Devices" to all of the different kinds of computer offences in Articles 2 - 5, paragraph 3 allows, on the basis of a reservation (cf. Article 42), to restrict the offence in domestic law. Each Party is, however, obliged to criminalise at least the sale, distribution or making available of a computer password or access data as described in paragraph 1 (a) 2.

Title 2 - Computer-related offences

79. Articles 7 - 10 relate to ordinary crimes that are frequently committed through the use of a computer system. Most States already have criminalised these ordinary crimes, and their existing laws may or may not be sufficiently broad to extend to situations involving computer networks (for example, existing child pornography laws of some States may not extend to electronic images). Therefore, in the course of implementing these articles, States must examine their existing laws to determine whether they apply to situations in which computer systems or networks are involved. If existing offences already cover such conduct, there is no requirement to amend existing offences or enact new ones.

80. "Computer-related forgery" and "Computer-related fraud" deal with certain computer-related offences, i.e. computer-related forgery and computer-related fraud as two specific kinds of manipulation of computer systems or computer data. Their inclusion acknowledges the fact that

in many countries certain traditional legal interests are not sufficiently protected against new forms of interference and attacks.

Computer-related forgery (Article 7)

81. The purpose of this article is to create a parallel offence to the forgery of tangible documents. It aims at filling gaps in criminal law related to traditional forgery, which requires visual readability of statements, or declarations embodied in a document and which does not apply to electronically stored data. Manipulations of such data with evidentiary value may have the same serious consequences as traditional acts of forgery if a third party is thereby misled. Computer-related forgery involves unauthorised creating or altering stored data so that they acquire a different evidentiary value in the course of legal transactions, which relies on the authenticity of information contained in the data, is subject to a deception. The protected legal interest is the security and reliability of electronic data which may have consequences for legal relations.

82. It should be noted that national concepts of forgery vary greatly. One concept is based on the authenticity as to the author of the document, and others are based on the truthfulness of the statement contained in the document. However, it was agreed that the deception as to authenticity refers at minimum to the issuer of the data, regardless of the correctness or veracity of the contents of the data. Parties may go further and include under the term "authentic" the genuineness of the data.

83. This provision covers data which is the equivalent of a public or private document, which has legal effects. The unauthorised "input" of correct or incorrect data brings about a situation that corresponds to the making of a false document. Subsequent alterations (modifications, variations, partial changes), deletions (removal of data from a data medium) and suppression (holding back, concealment of data) correspond in general to the falsification of a genuine document.

84. The term "for legal purposes" refers also to legal transactions and documents which are legally relevant.

85. The final sentence of the provision allows Parties, when implementing the offence in domestic law, to require in addition an intent to defraud, or similar dishonest intent, before criminal liability attaches.

Computer-related fraud (Article 8)

86. With the arrival of the technological revolution the opportunities for committing economic crimes such as fraud, including credit card fraud, have multiplied. Assets represented or administered in computer systems (electronic funds, deposit money) have become the target of

manipulations like traditional forms of property. These crimes consist mainly of input manipulations, where incorrect data is fed into the computer, or by programme manipulations and other interferences with the course of data processing. The aim of this article is to criminalise any undue manipulation in the course of data processing with the intention to effect an illegal transfer of property.

87. To ensure that all possible relevant manipulations are covered, the constituent elements of 'input', 'alteration', 'deletion' or 'suppression' in Article 8(a) are supplemented by the general act of 'interference with the functioning of a computer programme or system' in Article 8(b). The elements of 'input, alteration, deletion or suppression' have the same meaning as in the previous articles. Article 8(b) covers acts such as hardware manipulations, acts suppressing printouts and acts affecting recording or flow of data, or the sequence in which programs are run.

88. The computer fraud manipulations are criminalised if they produce a direct economic or possessory loss of another person's property and the perpetrator acted with the intent of procuring an unlawful economic gain for himself or for another person. The term 'loss of property', being a broad notion, includes loss of money, tangibles and intangibles with an economic value.

89. The offence must be committed "without right", and the economic benefit must be obtained without right. Of course, legitimate common commercial practices, which are intended to procure an economic benefit, are not meant to be included in the offence established by this article because they are conducted with right. For example, activities carried out pursuant to a valid contract between the affected persons are with right (e.g. disabling a web site as entitled pursuant to the terms of the contract).

90. The offence has to be committed "intentionally". The general intent element refers to the computer manipulation or interference causing loss of property to another. The offence also requires a specific fraudulent or other dishonest intent to gain an economic or other benefit for oneself or another. Thus, for example, commercial practices with respect to market competition that may cause an economic detriment to a person and benefit to another, but are not carried out with fraudulent or dishonest intent, are not meant to be included in the offence established by this article. For example, the use of information gathering programs to comparison shop on the Internet ("bots"), even if not authorised by a site visited by the "bot" is not intended to be criminalised.

Title 3 - Content-related offences

Offences related to child pornography (Article 9)

91. Article 9 on child pornography seeks to strengthen protective measures for children, including their protection against sexual exploitation, by modernising criminal law provisions to more effectively circumscribe the use of computer systems in the commission of sexual offences against children.

92. This provision responds to the preoccupation of Heads of State and Government of the Council of Europe, expressed at their 2nd summit (Strasbourg, 10 - 11 October 1997) in their Action Plan (item III.4) and corresponds to an international trend that seeks to ban child pornography, as evidenced by the recent adoption of the Optional Protocol to the UN Convention on the rights of the child, on the sale of children, child prostitution and child pornography and the recent European Commission initiative on combating sexual exploitation of children and child pornography (COM2000/854).

93. This provision criminalises various aspects of the electronic production, possession and distribution of child pornography. Most States already criminalise the traditional production and physical distribution of child pornography, but with the ever-increasing use of the Internet as the primary instrument for trading such material, it was strongly felt that specific provisions in an international legal instrument were essential to combat this new form of sexual exploitation and endangerment of children. It is widely believed that such material and on-line practices, such as the exchange of ideas, fantasies and advice among paedophiles, play a role in supporting, encouraging or facilitating sexual offences against children.

94. Paragraph 1(a) criminalises the production of child pornography for the purpose of distribution through a computer system. This provision was felt necessary to combat the dangers described above at their source.

95. Paragraph 1(b) criminalises the ‘offering’ of child pornography through a computer system. ‘Offering’ is intended to cover soliciting others to obtain child pornography. It implies that the person offering the material can actually provide it. ‘Making available’ is intended to cover the placing of child pornography on line for the use of others e.g. by means of creating child pornography sites. This paragraph also intends to cover the creation or compilation of hyperlinks to child pornography sites in order to facilitate access to child pornography.

96. Paragraph 1(c) criminalises the distribution or transmission of child pornography through a computer system. ‘Distribution’ is the active dissemination of the material. Sending child pornography through a computer system to another person would be addressed by the offence of 'transmitting' child pornography.

97. The term ‘procuring for oneself or for another’ in paragraph 1(d) means actively obtaining child pornography, e.g. by downloading it.

98. The possession of child pornography in a computer system or on a data carrier, such as a diskette or CD-Rom, is criminalised in paragraph 1(e). The possession of child pornography stimulates demand for such material. An effective way to curtail the production of child pornography is to attach criminal consequences to the conduct of each participant in the chain from production to possession.

99. The term ‘pornographic material’ in paragraph 2 is governed by national standards pertaining to the classification of materials as obscene, inconsistent with public morals or similarly corrupt. Therefore, material having an artistic, medical, scientific or similar merit may be considered not to be pornographic. The visual depiction includes data stored on computer diskette or on other electronic means of storage, which are capable of conversion into a visual image.

100. A ‘sexually explicit conduct’ covers at least real or simulated: a) sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital or oral-anal, between minors, or between an adult and a minor, of the same or opposite sex; b) bestiality; c) masturbation; d) sadistic or masochistic abuse in a sexual context; or e) lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a minor. It is not relevant whether the conduct depicted is real or simulated.

101. The three types of material defined in paragraph 2 for the purposes of committing the offences contained in paragraph 1 cover depictions of sexual abuse of a real child (2a), pornographic images which depict a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct (2b), and finally images, which, although ‘realistic’, do not in fact involve a real child engaged in sexually explicit conduct (2c). This latter scenario includes pictures which are altered, such as morphed images of natural persons, or even generated entirely by the computer.

102. In the three cases covered by paragraph 2, the protected legal interests are slightly different. Paragraph 2(a) focuses more directly on the protection against child abuse. Paragraphs 2(b) and 2(c) aim at providing protection against behaviour that, while not necessarily creating harm to the 'child' depicted in the material, as there might not be a real child, might be used to encourage or seduce children into participating in such acts, and hence form part of a subculture favouring child abuse.

103. The term ‘without right’ does not exclude legal defences, excuses or similar relevant principles that relieve a person of responsibility under specific circumstances. Accordingly, the term 'without right' allows a Party to take into account fundamental rights, such as freedom of thought, expression and privacy. In addition, a Party may provide a defence in respect of conduct

related to "pornographic material" having an artistic, medical, scientific or similar merit. In relation to paragraph 2(b), the reference to 'without right' could also allow, for example, that a Party may provide that a person is relieved of criminal responsibility if it is established that the person depicted is not a minor in the sense of this provision.

104. Paragraph 3 defines the term ‘minor’ in relation to child pornography in general as all persons under 18 years, in accordance with the definition of a ‘child’ in the UN Convention on the Rights of the Child (Article 1). It was considered an important policy matter to set a uniform international standard regarding age. It should be noted that the age refers to the use of (real or fictitious) children as sexual objects, and is separate from the age of consent for sexual relations.

Nevertheless, recognising that certain States require a lower age-limit in national legislation regarding child pornography, the last phrase of paragraph 3 allows Parties to require a different age-limit, provided it is not less than 16 years.

105. This article lists different types of illicit acts related to child pornography which, as in articles 2 - 8, Parties are obligated to criminalise if committed "intentionally." Under this standard, a person is not liable unless he has an intent to offer, make available, distribute, transmit, produce or possess child pornography. Parties may adopt a more specific standard (see, for example, applicable European Community law in relation to service provider liability), in which case that standard would govern. For example, liability may be imposed if there is "knowledge and control" over the information which is transmitted or stored. It is not sufficient, for example, that a service provider served as a conduit for, or hosted a website or newsroom containing such material, without the required intent under domestic law in the particular case. Moreover, a service provider is not required to monitor conduct to avoid criminal liability.

106. Paragraph 4 permits Parties to make reservations regarding paragraph 1(d) and (e), and paragraph 2(b) and (c). The right not to apply these sections of the provision may be made in part or in whole. Any such reservation should be declared to the Secretary General of the Council of Europe at the time of signature or when depositing the Party’s instruments of ratification, acceptance, approval or accession, in accordance with Article 42.

Title 4 - Offences related to infringements of copyright and related rights

Offences related to infringements of copyright and related rights (Article 10)

107. Infringements of intellectual property rights, in particular of copyright, are among the most commonly committed offences on the Internet, which cause concern both to copyright holders and those who work professionally with computer networks. The reproduction and dissemination on

the Internet of protected works, without the approval of the copyright holder, are extremely frequent. Such protected works include literary, photographic, musical, audio-visual and other works. The ease with which unauthorised copies may be made due to digital technology and the scale of reproduction and dissemination in the context of electronic networks made it necessary to include provisions on criminal law sanctions and enhance international co-operation in this field.

108. Each Party is obliged to criminalise wilful infringements of copyright and related rights, sometimes referred to as neighbouring rights, arising from the agreements listed in the article, when such infringements have been committed by means of a computer system and on a commercial scale". Paragraph 1 provides for criminal sanctions against infringements of copyright by means of a computer system. Infringement of copyright is already an offence in almost all States. Paragraph 2 deals with the infringement of related rights by means of a computer system.

109. Infringement of both copyright and related rights is as defined under the law of each Party and pursuant to the obligations the Party has undertaken in respect of certain international instruments. While each Party is required to establish as criminal offences those infringements, the precise manner in which such infringements are defined under domestic law may vary from State to State. However, criminalisation obligations under the Convention do not cover intellectual property infringements other that those explictly addressed in Article 10 and thus exclude patent or trademark-related violations.

110. With regard to paragraph 1, the agreements referred to are the Paris Act of 24 July 1971 of the Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), and the World Intellectual Property Organisation (WIPO) Copyright Treaty. With regard to paragraph 2, the international instruments cited are the International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations (Rome Convention), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and the World Intellectual Property Organisation (WIPO) Performances and Phonograms Treaty. The use of the term "pursuant to the obligations it has undertaken" in both paragraphs makes it clear that a Contracting Party to the current Convention is not bound to apply agreements cited to which it is not a Party; moreover, if a Party has made a reservation or declaration permitted under one of the agreements, that reservation may limit the extent of its obligation under the present Convention.

111. The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty had not entered into force at the time of concluding the present Convention. These treaties are nevertheless

important as they significantly update the international protection for intellectual property (especially with regard to the new right of 'making available' of protected material 'on demand' over the Internet) and improve the means to fight violations of intellectual property rights worldwide. However it is understood that the infringements of rights established by these treaties need not be criminalised under the present Convention until these treaties have entered into force with respect to a Party.

112. The obligation to criminalise infringements of copyright and related rights pursuant to obligations undertaken in international instruments does not extend to any moral rights conferred by the named instruments (such as in Article 6bis of the Bern Convention and in Article 5 of the WIPO Copyright Treaty).

113. Copyright and related rights offences must be committed "wilfully" for criminal liability to apply. In contrast to all the other substantive law provisions of this Convention, the term "wilfully" is used instead of "intentionally" in both paragraphs 1 and 2, as this is the term employed in the TRIPS Agreement (Article 61), governing the obligation to criminalise copyright violations.

114. The provisions are intended to provide for criminal sanctions against infringements 'on a commercial scale' and by means of a computer system. This is in line with Article 61 of the TRIPS Agreement which requires criminal sanctions in copyright matters only in the case of "piracy on a commercial scale". However, Parties may wish to go beyond the threshold of "commercial scale" and criminalise other types of copyright infringement as well.

115. The term "without right" has been omitted from the text of this article as redundant, since the term "infringement" already denotes use of the copyrighted material without authorisation. The absence of the term "without right" does not a contrario exclude application of criminal law defences, justifications and principles governing the exclusion of criminal liability associated with the term "without right" elsewhere in the Convention.

116. Paragraph 3 allows Parties not to impose criminal liability under paragraphs 1 and 2 in "limited circumstances" (e.g. parallel imports, rental rights), as long as other effective remedies, including civil and/or administrative measures, are available. This provision essentially allows Parties a limited exemption from the obligation to impose criminal liability, provided that they do not derogate from obligations under Article 61 of the TRIPS Agreement, which is the minimum pre-existing criminalisation requirement.

117. This article shall in no way be interpreted to extend the protection granted to authors, film producers, performers, producers of phonograms, broadcasting organisations or other right

holders to persons that do not meet the criteria for eligibility under domestic law or international agreement.

Title 5 - Ancillary liability and sanctions

Attempt and aiding or abetting (Article 11)

118. The purpose of this article is to establish additional offences related to attempt and aiding or abetting the commission of the offences defined in the Convention. As discussed further below, it is not required that a Party criminalise the attempt to commit each offence established in the Convention.

119. Paragraph 1 requires Parties to establish as criminal offences aiding or abetting the commission of any of the offences under Articles 2-10. Liability arises for aiding or abetting where the person who commits a crime established in the Convention is aided by another person who also intends that the crime be committed. For example, although the transmission of harmful content data or malicious code through the Internet requires the assistance of service providers as a conduit, a service provider that does not have the criminal intent cannot incur liability under this section. Thus, there is no duty on a service provider to actively monitor content to avoid criminal liability under this provision.

120. With respect to paragraph 2 on attempt, some offences defined in the Convention, or elements of these offences, were considered to be conceptually difficult to attempt (for example, the elements of offering or making available of child pornography). Moreover, some legal systems limit the offences for which the attempt is punished. Accordingly, it is only required that the attempt be criminalised with respect to offences established in accordance with Articles 3, 4, 5, 7, 8, 9(1)(a) and 9(1)(c).

121. As with all the offences established in accordance with the Convention, attempt and aiding or abetting must be committed intentionally.

122. Paragraph 3 was added to address the difficulties Parties may have with paragraph 2, given the widely varying concepts in different legislations and despite the effort in paragraph 2 to exempt certain aspects from the provision on attempt. A Party may declare that it reserves the right not to apply paragraph 2 in part or in whole. This means that any Party making a reservation as to that provision will have no obligation to criminalise attempt at all, or may select the offences or parts of offences to which it will attach criminal sanctions in relation to attempt. The reservation aims at enabling the widest possible ratification of the Convention while permitting Parties to preserve some of their fundamental legal concepts.

Corporate liability (Article 12)

123. Article 12 deals with the liability of legal persons. It is consistent with the current legal trend to recognise corporate liability. It is intended to impose liability on corporations, associations and similar legal persons for the criminal actions undertaken by a person in a leading position within such legal person, where undertaken for the benefit of that legal person. Article 12 also contemplates liability where such a leading person fails to supervise or control an employee or an agent of the legal person, where such failure facilitates the commission by that employee or agent of one of the offences established in the Convention.

124. Under paragraph 1, four conditions need to be met for liability to attach. First, one of the offences described in the Convention must have been committed. Second, the offence must have been committed for the benefit of the legal person. Third, a person who has a leading position must have committed the offence (including aiding and abetting). The term "person who has a leading position" refers to a natural person who has a high position in the organisation, such as a director. Fourth, the person who has a leading position must have acted on the basis of one of these powers - a power of representation or an authority to take decisions or to exercise control - which demonstrate that such a physical person acted within the scope of his or her authority to engage the liability of the legal person. In sum, paragraph 1 obligates Parties to have the ability to impose liability on the legal person only for offences committed by such leading persons.

125. In addition, Paragraph 2 obligates Parties to have the ability to impose liability upon a legal person where the crime is committed not by the leading person described in paragraph 1, but by another person acting under the legal person’s authority, i.e., one of its employees or agents acting within the scope of their authority. The conditions that must be fulfilled before liability can attach are that (1) an offence has been committed by such an employee or agent of the legal person, (2) the offence has been committed for the benefit of the legal person; and (3) the commission of the offence has been made possible by the leading person having failed to supervise the employee or agent. In this context, failure to supervise should be interpreted to include failure to take appropriate and reasonable measures to prevent employees or agents from committing criminal activities on behalf of the legal person. Such appropriate and reasonable measures could be determined by various factors, such as the type of the business, its size, the standards or the established business best practices, etc. This should not be interpreted as requiring a general surveillance regime over employee communications (see also paragraph 54). A service provider does not incur liability by virtue of the fact that a crime was committed on its system by a

customer, user or other third person, because the term "acting under its authority" applies exclusively to employees and agents acting within the scope of their authority.

126. Liability under this Article may be criminal, civil or administrative. Each Party has the flexibility to choose to provide for any or all of these forms of liability, in accordance with the legal principles of each Party, as long as it meets the criteria of Article 13, paragraph 2, that the sanction or measure be "effective, proportionate and dissuasive" and includes monetary sanctions.

127. Paragraph 4 clarifies that corporate liability does not exclude individual liability.

Sanctions and measures (Article 13)

128. This article is closely related to Articles 2-11, which define various computer- or computer-related crimes that should be made punishable under criminal law. In accordance with the obligations imposed by those articles, this provision obliges the Contracting Parties to draw consequences from the serious nature of these offences by providing for criminal sanctions that are 'effective, proportionate and dissuasive' and, in the case of natural persons, include the possibility of imposing prison sentences.

129. Legal persons whose liability is to be established in accordance with Article 12 shall also be subject to sanctions that are 'effective, proportionate and dissuasive', which can be criminal, administrative or civil in nature. Contracting Parties are compelled, under paragraph 2, to provide for the possibility of imposing monetary sanctions on legal persons.

130. The article leaves open the possibility of other sanctions or measures reflecting the seriousness of the offences, for example, measures could include injunction or forfeiture. It leaves to the Parties the discretionary power to create a system of criminal offences and sanctions that is compatible with their existing national legal systems.

Section 2 - Procedural law

131. The articles in this Section describe certain procedural measures to be taken at the national level for the purpose of criminal investigation of the offences established in Section 1, other criminal offences committed by means of a computer system and the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. In accordance with Article 39, paragraph 3, nothing in the Convention requires or invites a Party to establish powers or procedures other than those contained in this Convention, nor precludes a Party from doing so.

132. The technological revolution, which encompasses the "electronic highway" where numerous forms of communication and services are interrelated and interconnected through the sharing of common transmission media and carriers, has altered the sphere of criminal law and criminal

procedure. The ever-expanding network of communications opens new doors for criminal activity in respect of both traditional offences and new technological crimes. Not only must substantive criminal law keep abreast of these new abuses, but so must criminal procedural law and investigative techniques. Equally, safeguards should also be adapted or developed to keep abreast of the new technological environment and new procedural powers.

133. One of the major challenges in combating crime in the networked environment is the difficulty in identifying the perpetrator and assessing the extent and impact of the criminal act. A further problem is caused by the volatility of electronic data, which may be altered, moved or deleted in seconds. For example, a user who is in control of the data may use the computer system to erase the data that is the subject of a criminal investigation, thereby destroying the evidence. Speed and, sometimes, secrecy are often vital for the success of an investigation.

134. The Convention adapts traditional procedural measures, such as search and seizure, to the new technological environment. Additionally, new measures have been created, such as expedited preservation of data, in order to ensure that traditional measures of collection, such as search and seizure, remain effective in the volatile technological environment. As data in the new technological environment is not always static, but may be flowing in the process of communication, other traditional collection procedures relevant to telecommunications, such as real-time collection of traffic data and interception of content data, have also been adapted in order to permit the collection of electronic data that is in the process of communication. Some of these measures are set out in Council of Europe Recommendation No. R (95) 13 on problems of criminal procedural law connected with information technology.

135. All the provisions referred to in this Section aim at permitting the obtaining or collection of data for the purpose of specific criminal investigations or proceedings. The drafters of the present Convention discussed whether the Convention should impose an obligation for service providers to routinely collect and retain traffic data for a certain fixed period of time, but did not include any such obligation due to lack of consensus.

136. The procedures in general refer to all types of data, including three specific types of computer data (traffic data, content data and subscriber data), which may exist in two forms (stored or in the process of communication). Definitions of some of these terms are provided in Articles 1 and 18. The applicability of a procedure to a particular type or form of electronic data depends on the nature and form of the data and the nature of the procedure, as specifically described in each article.

137. In adapting traditional procedural laws to the new technological environment, the question of appropriate terminology arises in the provisions of this section. The options included maintaining traditional language ('search' and 'seize'), using new and more technologically oriented computer terms ('access' and 'copy'), as adopted in texts of other international fora on the subject (such as the G8 High Tech Crime Subgroup), or employing a compromise of mixed language ('search or similarly access', and 'seize or similarly secure'). As there is a need to reflect the evolution of concepts in the electronic environment, as well as identify and maintain their traditional roots, the flexible approach of allowing States to use either the old notions of "search and seizure" or the new notions of "access and copying" is employed.

138. All the articles in the Section refer to "competent authorities" and the powers they shall be granted for the purposes of specific criminal investigations or proceedings. In certain countries, only judges have the power to order or authorise the collection or production of evidence, while in other countries prosecutors or other law enforcement officers are entrusted with the same or similar powers. Therefore, 'competent authority' refers to a judicial, administrative or other law enforcement authority that is empowered by domestic law to order, authorise or undertake the execution of procedural measures for the purpose of collection or production of evidence with respect to specific criminal investigations or proceedings.

Title 1 - Common provisions

139. The Section begins with two provisions of a general nature that apply to all the articles relating to procedural law.

Scope of procedural provisions (Article 14)

140. Each State Party is obligated to adopt such legislative and other measures as may be necessary, in accordance with its domestic law and legal framework, to establish the powers and procedures described in this Section for the purpose of "specific criminal investigations or proceedings."

141. Subject to two exceptions, each Party shall apply the powers and procedures established in accordance with this Section to: (i) criminal offences established in accordance with Section 1 of the Convention; (ii) other criminal offences committed by means of a computer system; and (iii) the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. Thus, for the purpose of specific criminal investigations or proceedings, the powers and procedures referred to in this Section shall be applied to offences established in accordance with the Convention, to other criminal offences committed by means of a computer system, and to the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. This ensures that evidence in electronic form of any criminal

offence can be obtained or collected by means of the powers and procedures set out in this Section. It ensures an equivalent or parallel capability for the obtaining or collection of computer data as exists under traditional powers and procedures for non-electronic data. The Convention makes it explicit that Parties should incorporate into their laws the possibility that information contained in digital or other electronic form can be used as evidence before a court in criminal proceedings, irrespective of the nature of the criminal offence that is prosecuted.

142. There are two exceptions to this scope of application. First, Article 21 provides that the power to intercept content data shall be limited to a range of serious offences to be determined by domestic law. Many States limit the power of interception of oral communications or telecommunications to a range of serious offences, in recognition of the privacy of oral communications and telecommunications and the intrusiveness of this investigative measure. Likewise, this Convention only requires Parties to establish interception powers and procedures in relation to content data of specified computer communications in respect of a range of serious offences to be determined by domestic law.

143. Second, a Party may reserve the right to apply the measures in Article 20 (real-time collection of traffic data) only to offences or categories of offences specified in the reservation, provided that the range of such offences or categories is not more restricted than the range of offences to which it applies the interception measures referred to in Article 21. Some States consider the collection of traffic data as being equivalent to the collection of content data in terms of privacy and intrusiveness. The right of reservation would permit these States to limit the application of the measures to collect traffic data, in real-time, to the same range of offences to which it applies the powers and procedures of real-time interception of content data. Many States, however, do not consider the interception of content data and the collection of traffic data to be equivalent in terms of privacy interests and degree of intrusiveness, as the collection of traffic data alone does not collect or disclose the content of the communication. As the real-time collection of traffic data can be very important in tracing the source or destination of computer communications (thus, assisting in identifying criminals), the Convention invites Parties that exercise the right of reservation to limit their reservation so as to enable the broadest application of the powers and procedures provided to collect, in real-time, traffic data.

144. Paragraph (b) provides a reservation for countries which, due to existing limitations in their domestic law at the time of the Convention’s adoption, cannot intercept communications on computer systems operated for the benefit of a closed group of users and which do not use public communications networks nor are they connected with other computer systems. The term "closed

group of users" refers, for example, to a set of users that is limited by association to the service provider, such as the employees of a company for which the company provides the ability to communicate amongst themselves using a computer network. The term "not connected with other computer systems" means that, at the time an order under Articles 20 or 21 would be issued, the system on which communications are being transmitted does not have a physical or logical connection to another computer network. The term "does not employ public communications networks" excludes systems that use public computer networks (including the Internet), public telephone networks or other public telecommunications facilities in transmitting communications, whether or not such use is apparent to the users.

Conditions and safeguards (Article 15)

145. The establishment, implementation and application of the powers and procedures provided for in this Section of the Convention shall be subject to the conditions and safeguards provided for under the domestic law of each Party. Although Parties are obligated to introduce certain procedural law provisions into their domestic law, the modalities of establishing and implementing these powers and procedures into their legal system, and the application of the powers and procedures in specific cases, are left to the domestic law and procedures of each Party. These domestic laws and procedures, as more specifically described below, shall include conditions or safeguards, which may be provided constitutionally, legislatively, judicially or otherwise. The modalities should include the addition of certain elements as conditions or safeguards that balance the requirements of law enforcement with the protection of human rights and liberties. As the Convention applies to Parties of many different legal systems and cultures, it is not possible to specify in detail the applicable conditions and safeguards for each power or procedure. Parties shall ensure that these conditions and safeguards provide for the adequate protection of human rights and liberties. There are some common standards or minimum safeguards to which Parties to the Convention must adhere. These include standards or minimum safeguards arising pursuant to obligations that a Party has undertaken under applicable international human rights instruments. These instruments include the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its additional Protocols No. 1, 4, 6, 7 and 12 (ETS N°s 005 (4)[4], 009, 046, 114, 117 and 177), in respect of European States

[4] The text of the Convention had been amended according to the provisions of Protocol No. 3 (ETS No. 45), which entered into force on 21 September 1970, of Protocol No. 5 (ETS No. 55), which entered into force on 20 December 1971 and of Protocol No. 8 (ETS No. 118), which entered into force on 1 January 1990, and comprised also the text of Protocol No. 2 (ETS No. 44) which, in accordance with Article 5, paragraph 3 thereof, had been an integral part of the Convention since its entry into force on 21 September 1970. All provisions which had been amended or added by these Protocols are replaced by Protocol No. 11 (ETS No. 155), as from the date of its entry into force on 1 November

that are Parties to them. It also includes other applicable human rights instruments in respect of States in other regions of the world (e.g. the 1969 American Convention on Human Rights and the 1981 African Charter on Human Rights and Peoples' Rights) which are Parties to these instruments, as well as the more universally ratified 1966 International Covenant on Civil and Political Rights. In addition, there are similar protections provided under the laws of most States.

146. Another safeguard in the convention is that the powers and procedures shall "incorporate the principle of proportionality." Proportionality shall be implemented by each Party in accordance with relevant principles of its domestic law. For European countries, this will be derived from the principles of the 1950 Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, its applicable jurisprudence and national legislation and jurisprudence, that the power or procedure shall be proportional to the nature and circumstances of the offence. Other States will apply related principles of their law, such as limitations on overbreadth of production orders and reasonableness requirements for searches and seizures. Also, the explicit limitation in Article 21 that the obligations regarding interception measures are with respect to a range of serious offences, determined by domestic law, is an explicit example of the application of the proportionality principle.

147. Without limiting the types of conditions and safeguards that could be applicable, the Convention requires specifically that such conditions and safeguards include, as appropriate in view of the nature of the power or procedure, judicial or other independent supervision, grounds justifying the application of the power or procedure and the limitation on the scope or the duration thereof. National legislatures will have to determine, in applying binding international obligations and established domestic principles, which of the powers and procedures are sufficiently intrusive in nature to require implementation of particular conditions and safeguards. As stated in Paragraph 215, Parties should clearly apply conditions and safeguards such as these with respect to interception, given its intrusiveness. At the same time, for example, such safeguards need not apply equally to preservation. Other safeguards that should be addressed under domestic law include the right against self-incrimination, and legal privileges and specificity of individuals or places which are the object of the application of the measure.

148. With respect to the matters discussed in paragraph 3, of primary importance is consideration of the "public interest", in particular the interests of "the sound administration of justice". To the extent consistent with the public interest, Parties should consider other factors, such as the impact

1998. As from that date, Protocol No. 9 (ETS No. 140), which entered into force on 1 October 1994, is repealed and Protocol No. 10 (ETS No. 146) has lost its purpose.

of the power or procedure on "the rights, responsibilities and legitimate interests" of third parties, including service providers, incurred as a result of the enforcement measures, and whether appropriate means can be taken to mitigate such impact. In sum, initial consideration is given to the sound administration of justice and other public interests (e.g. public safety and public health and other interests, including the interests of victims and the respect for private life). To the extent consistent with the public interest, consideration would ordinarily also be given to such issues as minimising disruption of consumer services, protection from liability for disclosure or facilitating disclosure under this Chapter, or protection of proprietary interests.

Title 2 - Expedited preservation of stored computer data

149. The measures in Articles 16 and 17 apply to stored data that has already been collected and retained by data-holders, such as service providers. They do not apply to the real-time collection and retention of future traffic data or to real-time access to the content of communications. These issues are addressed in Title 5.

150. The measures described in the articles operate only where computer data already exists and is currently being stored. For many reasons, computer data relevant for criminal investigations may not exist or no longer be stored. For example, accurate data may not have been collected and retained, or if collected was not maintained. Data protection laws may have affirmatively required the destruction of important data before anyone realised its significance for criminal proceedings. Sometimes there may be no business reason for the collection and retention of data, such as where customers pay a flat rate for services or the services are free. Article 16 and 17 do not address these problems.

151. "Data preservation" must be distinguished from "data retention". While sharing similar meanings in common language, they have distinctive meanings in relation to computer usage. To preserve data means to keep data, which already exists in a stored form, protected from anything that would cause its current quality or condition to change or deteriorate. To retain data means to keep data, which is currently being generated, in one’s possession into the future. Data retention connotes the accumulation of data in the present and the keeping or possession of it into a future time period. Data retention is the process of storing data. Data preservation, on the other hand, is the activity that keeps that stored data secure and safe.

152. Articles 16 and 17 refer only to data preservation, and not data retention. They do not mandate the collection and retention of all, or even some, data collected by a service provider or other entity in the course of its activities. The preservation measures apply to computer data that "has been stored by means of a computer system", which presupposes that the data already exists, has already

been collected and is stored. Furthermore, as indicated in Article 14, all of the powers and procedures required to be established in Section 2 of the Convention are 'for the purpose of specific criminal investigations or proceedings', which limits the application of the measures to an investigation in a particular case. Additionally, where a Party gives effect to preservation measures by means of an order, this order is in relation to "specified stored computer data in the person's possession or control" (paragraph 2). The articles, therefore, provide only for the power to require preservation of existing stored data, pending subsequent disclosure of the data pursuant to other legal powers, in relation to specific criminal investigations or proceedings.

153. The obligation to ensure preservation of data is not intended to require Parties to restrict the offering or use of services that do not routinely collect and retain certain types of data, such as traffic or subscriber data, as part of their legitimate business practices. Neither does it require them to implement new technical capabilities in order to do so, e.g. to preserve ephemeral data, which may be present on the system for such a brief period that it could not be reasonably preserved in response to a request or an order.

154. Some States have laws that require that certain types of data, such as personal data, held by particular types of holders must not be retained and must be deleted if there is no longer a business purpose for the retention of the data. In the European Union, the general principle is implemented by Directive 95/46/EC and, in the particular context of the telecommunications sector, Directive 97/66/EC. These directives establish the obligation to delete data as soon as its storage is no longer necessary. However, member States may adopt legislation to provide for exemptions when necessary for the purpose of the prevention, investigation or prosecution of criminal offences. These directives do not prevent member States of the European Union from establishing powers and procedures under their domestic law to preserve specified data for specific investigations.

155. Data preservation is for most countries an entirely new legal power or procedure in domestic law. It is an important new investigative tool in addressing computer and computer-related crime, especially crimes committed through the Internet. First, because of the volatility of computer data, the data is easily subject to manipulation or change. Thus, valuable evidence of a crime can be easily lost through careless handling and storage practices, intentional manipulation or deletion designed to destroy evidence or routine deletion of data that is no longer required to be retained. One method of preserving its integrity is for competent authorities to search or similarly access and seize or similarly secure the data. However, where the custodian of the data is trustworthy, such as a reputable business, the integrity of the data can be secured more quickly by means of an order to preserve the data. For legitimate businesses, a preservation order may also be less

disruptive to its normal activities and reputation than the execution of a search and seizure of its premises. Second, computer and computer-related crimes are committed to a great extent as a result of the transmission of communications through the computer system. These communications may contain illegal content, such as child pornography, computer viruses or other instructions that cause interference with data or the proper functioning of the computer system, or evidence of the commission of other crimes, such as drug trafficking or fraud. Determining the source or destination of these past communications can assist in identifying the identity of the perpetrators. In order to trace these communications so as to determine their source or destination, traffic data regarding these past communications is required (see further explanation on the importance of traffic data below under Article 17). Third, where these communications contain illegal content or evidence of criminal activity and copies of such communications are retained by service providers, such as e-mail, the preservation of these communications is important in order to ensure that critical evidence is not lost. Obtaining copies of these past communications (e.g., stored e-mail that has been sent or received) can reveal evidence of criminality.

156. The power of expedited preservation of computer data is intended to address these problems. Parties are therefore required to introduce a power to order the preservation of specified computer data as a provisional measure, whereby data will be preserved for a period of time as long as necessary, up to a maximum of 90 days. A Party may provide for subsequent renewal of the order. This does not mean that the data is disclosed to law enforcement authorities at the time of preservation. For this to happen, an additional measure of disclosure or a search has to be ordered. With respect to disclosure to law enforcement of preserved data, see paragraphs 152 and 160.

157. It is also important that preservation measures exists at the national level in order to enable Parties to assist one another at the international level with expedited preservation of stored data located in their territory. This will help to ensure that critical data is not lost during often time-consuming traditional mutual legal assistance procedures that enable the requested Party to actually obtain the data and disclose it to the requesting Party.

Expedited preservation of stored computer data (Article 16)

158. Article 16 aims at ensuring that national competent authorities are able to order or similarly obtain the expedited preservation of specified stored computer-data in connection with a specific criminal investigation or proceeding.

159. ‘Preservation’ requires that data, which already exists in a stored form, be protected from anything that would cause its current quality or condition to change or deteriorate. It requires that it be kept safe from modification, deterioration or deletion. Preservation does not necessarily mean

that the data be ‘frozen’ (i.e. rendered inaccessible) and that it, or copies thereof, cannot be used by legitimate users. The person to whom the order is addressed may, depending on the exact specifications of the order, still access the data. The article does not specify how data should be preserved. It is left to each Party to determine the appropriate manner of preservation and whether, in some appropriate cases, preservation of the data should also entail its ‘freezing’.

160. The reference to ‘order or similarly obtain’ is intended to allow the use of other legal methods of achieving preservation than merely by means of a judicial or administrative order or directive (e.g. from police or prosecutor). In some States, preservation orders do not exist in their procedural law, and data can only be preserved and obtained through search and seizure or production order. Flexibility is intended by the use of the phrase ‘or otherwise obtain’ to permit these States to implement this article by the use of these means. However, it is recommended that States consider the establishment of powers and procedures to actually order the recipient of the order to preserve the data, as quick action by this person can result in the more expeditious implementation of the preservation measures in particular cases.

161. The power to order or similarly obtain the expeditious preservation of specified computer data applies to any type of stored computer data. This can include any type of data that is specified in the order to be preserved. It can include, for example, business, health, personal or other records. The measures are to be established by Parties for use "in particular where there are grounds to believe that the computer data is particularly vulnerable to loss or modification." This can include situations where the data is subject to a short period of retention, such as where there is a business policy to delete the data after a certain period of time or the data is ordinarily deleted when the storage medium is used to record other data. It can also refer to the nature of the custodian of the data or the insecure manner in which the data is stored. However, if the custodian were untrustworthy, it would be more secure to effect preservation by means of search and seizure, rather than by means of an order that could be disobeyed. A specific reference to "traffic data" is made in paragraph 1 in order to signal the provisions particular applicability to this type of data, which if collected and retained by a service provider, is usually held for only a short period of time. The reference to "traffic data" also provides a link between the measures in Article 16 and 17.

162. Paragraph 2 specifies that where a Party gives effect to preservation by means of an order, the order to preserve is in relation to "specified stored computer data in the person’s possession or control". Thus, the stored data may actually be in the possession of the person or it may be stored elsewhere but subject to the control of this person. The person who receives the order is obliged

"to preserve and maintain the integrity of that computer data for a period of time as long as necessary, up to a maximum of 90 days, to enable the competent authorities to seek its disclosure." The domestic law of a Party should specify a maximum period of time for which data, subject to an order, must be preserved, and the order should specify the exact period of time that the specified data is to be preserved. The period of time should be as long as necessary, up to a maximum of 90 days, to permit the competent authorities to undertake other legal measures, such as search and seizure, or similar access or securing, or the issuance of a production order, to obtain the disclosure of the data. A Party may provide for subsequent renewal of the production order. In this context, reference should be made to Article 29, which concerns a mutual assistance request to obtain the expeditious preservation of data stored by means of a computer system. That article specifies that preservation effected in response to a mutual assistance request "shall be for a period not less than 60 days in order to enable the requesting Party to submit a request for the search or similar access, seizure or similar securing, or disclosure of the data."

163. Paragraph 3 imposes an obligation of confidentiality regarding the undertaking of preservation procedures on the custodian of the data to be preserved, or on the person ordered to preserve the data, for a period of time as established in domestic law. This requires Parties to introduce confidentiality measures in respect of expedited preservation of stored data, and a time limit in respect of the period of confidentiality. This measure accommodates the needs of law enforcement so that the suspect of the investigation is not made aware of the investigation, as well as the right of individuals to privacy. For law enforcement authorities, the expedited preservation of data forms part of initial investigations and, therefore, covertness may be important at this stage. Preservation is a preliminary measure pending the taking of other legal measures to obtain the data or its disclosure. Confidentiality is required in order that other persons do not attempt to tamper with or delete the data. For the person to whom the order is addressed, the data subject or other persons who may be mentioned or identified in the data, there is a clear time limit to the length of the measure. The dual obligations to keep the data safe and secure and to maintain confidentiality of the fact that the preservation measure has been undertaken helps to protect the privacy of the data subject or other persons who may be mentioned or identified in that data.

164. In addition to the limitations set out above, the powers and procedures referred to in Article 16 are also subject to the conditions and safeguards provided in Articles 14 and 15.

Expedited preservation and partial disclosure of traffic data (Article 17)

165. This article establishes specific obligations in relation to the preservation of traffic data under Article 16 and provides for expeditious disclosure of some traffic data so as to identify that other

service providers were involved in the transmission of specified communications. "Traffic data" is defined in Article 1.

166. Obtaining stored traffic data that is associated with past communications may be critical in determining the source or destination of a past communication, which is crucial to identifying the persons who, for example, have distributed child pornography, distributed fraudulent misrepresentations as part of a fraudulent scheme, distributed computer viruses, attempted or successfully accessed illegally computer systems, or transmitted communications to a computer system that have interfered either with data in the system or with the proper functioning of the system. However, this data is frequently stored for only short periods of time, as laws designed to protect privacy may prohibit or market forces may discourage the long-term storage of such data. Therefore, it is important that preservation measures be undertaken to secure the integrity of this data (see discussion related to preservation, above).

167. Often more than one service provider may be involved in the transmission of a communication. Each service provider may possess some traffic data related to the transmission of the specified communication, which either has been generated and retained by that service provider in relation to the passage of the communication through its system or has been provided from other service providers. Sometimes traffic data, or at least some types of traffic data, are shared among the service providers involved in the transmission of the communication for commercial, security, or technical purposes. In such a case, any one of the service providers may possess the crucial traffic data that is needed to determine the source or destination of the communication. Often, however, no single service provider possesses enough of the crucial traffic data to be able to determine the actual source or destination of the communication. Each possesses one part of the puzzle, and each of these parts needs to be examined in order to identify the source or destination.

168. Article 17 ensures that where one or more service providers were involved in the transmission of a communication, expeditious preservation of traffic data can be effected among all of the service providers. The article does not specify the means by which this may be achieved, leaving it to domestic law to determine a means that is consistent with its legal and economic system. One means to achieve expeditious preservation would be for competent authorities to serve expeditiously a separate preservation order on each service provider. Nevertheless, obtaining a series of separate orders can be unduly time consuming. A preferred alternative could be to obtain a single order, the scope of which however would apply to all service providers that were identified subsequently as being involved in the transmission of the specific communication. This

comprehensive order could be served sequentially on each service provider identified. Other possible alternatives could involve the participation of service providers. For example, requiring a service provider that was served with an order to notify the next service provider in the chain of the existence and terms of the preservation order. This notice could, depending on domestic law, have the effect of either permitting the other service provider to preserve voluntarily the relevant traffic data, despite any obligations to delete it, or mandating the preservation of the relevant traffic data. The second service provider could similarly notify the next service provider in the chain.

169. As traffic data is not disclosed to law enforcement authorities upon service of a preservation order to a service provider (but only obtained or disclosed subsequently upon the taking of other legal measures), these authorities will not know whether the service provider possesses all of the crucial traffic data or whether there were other service providers involved in the chain of transmitting the communication. Therefore, this article requires that the service provider, which receives a preservation order or similar measure, disclose expeditiously to the competent authorities, or other designated person, a sufficient amount of traffic data to enable the competent authorities to identify any other service providers and the path through which the communication was transmitted. The competent authorities should specify clearly the type of traffic data that is required to be disclosed. Receipt of this information would enable the competent authorities to determine whether to take preservation measures with respect to the other service providers. In this way, the investigating authorities can trace the communication back to its origin, or forward to its destination, and identify the perpetrator or perpetrators of the specific crime being investigated. The measures in this article are also subject to the limitations, conditions and safeguards provided in Articles 14 and 15.

Title 3 - Production order

Production order (Article 18)

170. Paragraph 1 of this article calls for Parties to enable their competent authorities to compel a person in its territory to provide specified stored computer data, or a service provider offering its services in the territory of the Party to submit subscriber information. The data in question are stored or existing data, and do not include data that has not yet come into existence such as traffic data or content data related to future communications. Instead of requiring States to apply systematically coercive measures in relation to third parties, such as search and seizure of data, it is essential that States have within their domestic law alternative investigative powers that provide a less intrusive means of obtaining information relevant to criminal investigations.

171. A "production order" provides a flexible measure which law enforcement can apply in many cases, especially instead of measures that are more intrusive or more onerous. The implementation of such a procedural mechanism will also be beneficial to third party custodians of data, such as ISPs, who are often prepared to assist law enforcement authorities on a voluntary basis by providing data under their control, but who prefer an appropriate legal basis for such assistance, relieving them of any contractual or non-contractual liability.

172. The production order refers to computer data or subscriber information that are in the possession or control of a person or a service provider. The measure is applicable only to the extent that the person or service provider maintains such data or information. Some service providers, for example, do not keep records regarding the subscribers to their services.

173. Under paragraph 1(a), a Party shall ensure that its competent law enforcement authorities have the power to order a person in its territory to submit specified computer data stored in a computer system, or data storage medium that is in that person's possession or control. The term "possession or control" refers to physical possession of the data concerned in the ordering Party's territory, and situations in which the data to be produced is outside of the person's physical possession but the person can nonetheless freely control production of the data from within the ordering Party's territory (for example, subject to applicable privileges, a person who is served with a production order for information stored in his or her account by means of a remote online storage service, must produce such information). At the same time, a mere technical ability to access remotely stored data (e.g. the ability of a user to access through a network link remotely stored data not within his or her legitimate control) does not necessarily constitute "control" within the meaning of this provision. In some States, the concept denominated under law as "possession" covers physical and constructive possession with sufficient breadth to meet this "possession or control" requirement.

Under paragraph 1(b), a Party shall also provide for the power to order a service provider offering services in its territory to "submit subscriber information in the service provider's possession or control". As in paragraph 1(a), the term "possession or control" refers to subscriber information in the service provider's physical possession and to remotely stored subscriber information under the service provider's control (for example at a remote data storage facility provided by another company). The term "relating to such service" means that the power is to be available for the purpose of obtaining subscriber information relating to services offered in the ordering Party's territory.

174. The conditions and safeguards referred to in paragraph 2 of the article, depending on the domestic law of each Party, may exclude privileged data or information. A Party may wish to prescribe different terms, different competent authorities and different safeguards concerning the submission of particular types of computer data or subscriber information held by particular categories of persons or service providers. For example, with respect to some types of data, such as publicly available subscriber information, a Party might permit law enforcement agents to issue such an order where in other situations a court order could be required. On the other hand, in some situations a Party might require, or be mandated by human rights safeguards to require that a production order be issued only by judicial authorities in order to be able to obtain certain types of data. Parties may wish to limit the disclosure of this data for law enforcement purposes to situations where a production order to disclose such information has been issued by judicial authorities. The proportionality principle also provides some flexibility in relation to the application of the measure, for instance in many States in order to exclude its application in minor cases.

175. A further consideration for Parties is the possible inclusion of measures concerning confidentiality. The provision does not contain a specific reference to confidentiality, in order to maintain the parallel with the non-electronic world where confidentiality is not imposed in general regarding production orders. However, in the electronic, particularly on-line, world a production order can sometimes be employed as a preliminary measure in the investigation, preceding further measures such as search and seizure or real-time interception of other data. Confidentiality could be essential for the success of the investigation.

176. With respect to the modalities of production, Parties could establish obligations that the specified computer data or subscriber information must be produced in the manner specified in the order. This could include reference to a time period within which disclosure must be made, or to form, such as that the data or information be provided in "plain text", on-line or on a paper print-out or on a diskette.

177. "Subscriber information" is defined in paragraph 3. In principle, it refers to any information held by the administration of a service provider relating to a subscriber to its services. Subscriber information may be contained in the form of computer data or any other form, such as paper records. As subscriber information includes forms of data other than just computer data, a special provision has been included in the article to address this type of information. "Subscriber" is intended to include a broad range of service provider clients, from persons holding paid

subscriptions, to those paying on a per-use basis, to those receiving free services. It also includes information concerning persons entitled to use the subscriber's account.

178. In the course of a criminal investigation, subscriber information may be needed primarily in two specific situations. First, subscriber information is needed to identify which services and related technical measures have been used or are being used by a subscriber, such as the type of telephone service used (e.g., mobile), type of other associated services used (e.g., call forwarding, voice-mail, etc.), telephone number or other technical address (e.g., e-mail address). Second, when a technical address is known, subscriber information is needed in order to assist in establishing the identity of the person concerned. Other subscriber information, such as commercial information about billing and payment records of the subscriber may also be relevant to criminal investigations, especially where the crime under investigation involves computer fraud or other economic crimes.

179. Therefore, subscriber information includes various types of information about the use of a service and the user of that service. With respect to the use of the service, the term means any information, other than traffic or content data, by which can be established the type of communication service used, the technical provisions related thereto, and the period of time during which the person subscribed to the service. The term 'technical provisions' includes all measures taken to enable a subscriber to enjoy the communication service offered. Such provisions include the reservation of a technical number or address (telephone number, web site address or domain name, e-mail address, etc.), as well as the provision and registration of communication equipment used by the subscriber, such as telephone devices, call centers or LANs (local area networks).

180. Subscriber information is not limited to information directly related to the use of the communication service. It also means any information, other than traffic data or content data, by which can be established the user's identity, postal or geographic address, telephone and other access number, and billing and payment information, which is available on the basis of the service agreement or arrangement between the subscriber and the service provider. It also means any other information, other than traffic data or content data, concerning the site or location where the communication equipment is installed, which is available on the basis of the service agreement or arrangement. This latter information may only be relevant in practical terms where the equipment is not portable, but knowledge as to the portability or purported location of the equipment (on the basis of the information provided according to the service agreement or arrangement) can be instrumental to an investigation.

181. However, this article should not be understood as to impose an obligation on service providers to keep records of their subscribers, nor would it require service providers to ensure the correctness of such information. Thus, a service provider is not obliged to register identity information of users of so-called prepaid cards for mobile telephone services. Nor is it obliged to verify the identity of the subscribers or to resist the use of pseudonyms by users of its services.

182. As the powers and procedures in this Section are for the purpose of specific criminal investigations or proceedings (Article 14), production orders are to be used in individual cases concerning, usually, particular subscribers. For example, on the basis of the provision of a particular name mentioned in the production order, a particular associated telephone number or e-mail address may be requested. On the basis of a particular telephone number or e-mail address, the name and address of the subscriber concerned may be ordered. The provision does not authorise Parties to issue a legal order to disclose indiscriminate amounts of the service provider's subscriber information about groups of subscribers e.g. for the purpose of data-mining.

183. The reference to a "service agreement or arrangement" should be interpreted in a broad sense and includes any kind of relationship on the basis of which a client uses the provider's services.

Title 4 - Search and seizure of stored computer data

Search and seizure of stored computer data (Article 19)

184. This article aims at modernising and harmonising domestic laws on search and seizure of stored computer data for the purposes of obtaining evidence with respect to specific criminal investigations or proceedings. Any domestic criminal procedural law includes powers for search and seizure of tangible objects. However, in a number of jurisdictions stored computer data per se will not be considered as a tangible object and therefore cannot be secured on behalf of criminal investigations and proceedings in a parallel manner as tangible objects, other than by securing the data medium upon which it is stored. The aim of Article 19 of this Convention is to establish an equivalent power relating to stored data.

185. In the traditional search environment concerning documents or records, a search involves gathering evidence that has been recorded or registered in the past in tangible form, such as ink on paper. The investigators search or inspect such recorded data, and seize or physically take away the tangible record. The gathering of data takes place during the period of the search and in respect of data that exists at that time. The precondition for obtaining legal authority to undertake a search is the existence of grounds to believe, as prescribed by domestic law and human rights safeguards, that such data exists in a particular location and will afford evidence of a specific criminal offence.

186. With respect to the search for evidence, in particular computer data, in the new technological environment, many of the characteristics of a traditional search remain. For example, the gathering of the data occurs during the period of the search and in respect of data that exists at that time. The preconditions for obtaining legal authority to undertake a search remain the same. The degree of belief required for obtaining legal authorisation to search is not any different whether the data is in tangible form or in electronic form. Likewise, the belief and the search are in respect of data that already exists and that will afford evidence of a specific offence.

187. However, with respect to the search of computer data, additional procedural provisions are necessary in order to ensure that computer data can be obtained in a manner that is equally effective as a search and seizure of a tangible data carrier. There are several reasons for this: first, the data is in intangible form, such as in an electromagnetic form. Second, while the data may be read with the use of computer equipment, it cannot be seized and taken away in the same sense as can a paper record. The physical medium on which the intangible data is stored (e.g., the computer hard-drive or a diskette) must be seized and taken away, or a copy of the data must be made in either tangible form (e.g., computer print-out) or intangible form, on a physical medium (e.g., diskette), before the tangible medium containing the copy can be seized and taken away. In the latter two situations, where such copies of the data are made, a copy of the data remains in the computer system or storage device. Domestic law should provide for a power to make such copies. Third, due to the connectivity of computer systems, data may not be stored in the particular computer that is searched, but such data may be readily accessible to that system. It could be stored in an associated data storage device that is connected directly to the computer, or connected to the computer indirectly through communication systems, such as the Internet. This may or may not require new laws to permit an extension of the search to where the data is actually stored (or the retrieval of the data from that site to the computer being searched), or the use traditional search powers in a more co-ordinated and expeditious manner at both locations.

188. Paragraph 1 requires Parties to empower law enforcement authorities to access and search computer data, which is contained either within a computer system or part of it (such as a connected data storage device), or on an independent data storage medium (such as a CD-ROM or diskette). As the definition of "computer system" in article 1 refers to "any device or a group of inter-connected or related devices", paragraph 1 concerns the search of a computer system and its related components that can be considered together as forming one distinct computer system (e.g., a PC together with a printer and related storage devices, or a local area network). Sometimes data that is physically stored in another system or storage device can be legally accessed through the searched computer system by establishing a connection with other distinct computer systems.

This situation, involving linkages with other computer systems by means of telecommunication networks within the same territory (e.g., wide area network or Internet), is addressed at paragraph 2.

189. Although search and seizure of a "computer-data storage medium in which computer data may be stored" (paragraph 1 (b)) may be undertaken by use of traditional search powers, often the execution of a computer search requires both the search of the computer system and any related computer-data storage medium (e.g., diskettes) in the immediate vicinity of the computer system. Due to this relationship, a comprehensive legal authority is provided in paragraph 1 to encompass both situations.

190. Article 19 applies to stored computer data. In this respect, the question arises whether an unopened e-mail message waiting in the mailbox of an ISP until the addressee will download it to his or her computer system, has to be considered as stored computer data or as data in transfer. Under the law of some Parties, that e-mail message is part of a communication and therefore its content can only be obtained by applying the power of interception, whereas other legal systems consider such message as stored data to which article 19 applies. Therefore, Parties should review their laws with respect to this issue to determine what is appropriate within their domestic legal systems.

191. Reference is made to the term 'search or similarly access'. The use of the traditional word 'search' conveys the idea of the exercise of coercive power by the State, and indicates that the power referred to in this article is analogous to traditional search. 'Search' means to seek, read, inspect or review data. It includes the notions of searching for data and searching of (examining) data. On the other hand, the word 'access' has a neutral meaning, but it reflects more accurately computer terminology. Both terms are used in order to marry the traditional concepts with modern terminology.

192. The reference to 'in its territory' is a reminder that this provision, as all the articles in this Section, concern only measures that are required to be taken at the national level.

193. Paragraph 2 allows the investigating authorities to extend their search or similar access to another computer system or part of it if they have grounds to believe that the data required is stored in that other computer system. The other computer system or part of it must, however, also be 'in its territory'.

194. The Convention does not prescribe how an extension of a search is to be permitted or undertaken. This is left to domestic law. Some examples of possible conditions are: empowering the judicial or other authority which authorised the computer search of a specific computer system,

to authorise the extension of the search or similar access to a connected system if he or she has grounds to believe (to the degree required by national law and human rights safeguards) that the connected computer system may contain the specific data that is being sought; empowering the investigative authorities to extend an authorised search or similar access of a specific computer system to a connected computer system where there are similar grounds to believe that the specific data being sought is stored in the other computer system; or exercising search or similar access powers at both locations in a co-ordinated and expeditious manner. In all cases the data to be searched must be lawfully accessible from or available to the initial computer system.

195. This article does not address 'transborder search and seizure', whereby States could search and seize data in the territory of other States without having to go through the usual channels of mutual legal assistance. This issue is discussed below at the Chapter on international co-operation.

196. Paragraph 3 addresses the issues of empowering competent authorities to seize or similarly secure computer data that has been searched or similarly accessed under paragraphs 1 or 2. This includes the power of seizure of computer hardware and computer-data storage media. In certain cases, for instance when data is stored in unique operating systems such that it cannot be copied, it is unavoidable that the data carrier as a whole has to be seized. This may also be necessary when the data carrier has to be examined in order to retrieve from it older data which was overwritten but which has, nevertheless, left traces on the data carrier.

197. In this Convention, 'seize' means to take away the physical medium upon which data or information is recorded, or to make and retain a copy of such data or information. ‘Seize’ includes the use or seizure of programmes needed to access the data being seized. As well as using the traditional term 'seize', the term 'similarly secure' is included to reflect other means by which intangible data is removed, rendered inaccessible or its control is otherwise taken over in the computer environment. Since the measures relate to stored intangible data, additional measures are required by competent authorities to secure the data; that is, 'maintain the integrity of the data', or maintain the ‘chain of custody’ of the data, meaning that the data which is copied or removed be retained in the State in which they were found at the time of the seizure and remain unchanged during the time of criminal proceedings. The term refers to taking control over or the taking away of data.

198. The rendering inaccessible of data can include encrypting the data or otherwise technologically denying anyone access to that data. This measure could usefully be applied in situations where danger or social harm is involved, such as virus programs or instructions on how to make viruses or bombs, or where the data or their content are illegal, such as child pornography.

The term 'removal' is intended to express the idea that while the data is removed or rendered inaccessible, it is not destroyed, but continues to exist. The suspect is temporarily deprived of the data, but it can be returned following the outcome of the criminal investigation or proceedings.

199. Thus, seize or similarly secure data has two functions: 1) to gather evidence, such as by copying the data, or 2) to confiscate data, such as by copying the data and subsequently rendering the original version of the data inaccessible or by removing it. The seizure does not imply a final deletion of the seized data.

200. Paragraph 4 introduces a coercive measure to facilitate the search and seizure of computer data. It addresses the practical problem that it may be difficult to access and identify the data sought as evidence, given the quantity of data that can be processed and stored, the deployment of security measures, as well as the nature of computer operations. It recognises that system administrators, who have particular knowledge of the computer system, may need to be consulted concerning the technical modalities about how best the search should be conducted. This provision, therefore, allows law enforcement to compel a system administrator to assist, as is reasonable, the undertaking of the search and seizure.

201. This power is not only of benefit to the investigating authorities. Without such co-operation, investigative authorities could remain on the searched premises and prevent access to the computer system for long periods of time while undertaking the search. This could be an economic burden on legitimate businesses or customers and subscribers that are denied access to data during this time. A means to order the co-operation of knowledgeable persons would help in making searches more effective and cost efficient, both for law enforcement and innocent individuals affected. Legally compelling a system administrator to assist may also relieve the administrator of any contractual or other obligations not to disclose the data.

202. The information that can be ordered to be provided is that which is necessary to enable the undertaking of the search and seizure, or the similarly accessing or securing. The provision of this information, however, is restricted to that which is "reasonable". In some circumstances, reasonable provision may include disclosing a password or other security measure to the investigating authorities. However, in other circumstances, this may not be reasonable; for example, where the disclosure of the password or other security measure would unreasonably threaten the privacy of other users or other data that is not authorised to be searched. In such case, the provision of the "necessary information" could be the disclosure, in a form that is intelligible and readable, of the actual data that is being sought by the competent authorities.

203. Under paragraph 5 of this article, the measures are subject to conditions and safeguards provided for under domestic law on the basis of Article 15 of this Convention. Such conditions may include provisions relating to the engagement and financial compensation of witnesses and experts.

204. The drafters discussed further in the frame of paragraph 5 if interested parties should be notified of the undertaking of a search procedure In the on-line world it may be less apparent that data has been searched and seized (copied) than that a seizure in the off-line world took place, where seized objects will be physically missing. The laws of some Parties do not provide for an obligation to notify in the case of a traditional search. For the Convention to require notification in respect of a computer search would create a discrepancy in the laws of these Parties. On the other hand, some Parties may consider notification as an essential feature of the measure, in order to maintain the distinction between computer search of stored data (which is generally not intended to be a surreptitious measure) and interception of flowing data (which is a surreptitious measure, see Articles 20 and 21). The issue of notification, therefore, is left to be determined by domestic law. If Parties consider a system of mandatory notification of persons concerned, it should be borne in mind that such notification may prejudice the investigation. If such a risk exists, postponement of the notification should be considered.

Title 5 - Real-time collection of computer data

205. Articles 20 and 21 provide for the real-time collection of traffic data and the real-time interception of content data associated with specified communications transmitted by a computer system. The provisions address the real-time collection and real-time interception of such data by competent authorities, as well as their collection or interception by service providers. Obligations of confidentiality are also addressed.

206. Interception of telecommunications usually refers to traditional telecommunications networks. These networks can include cable infrastructures, whether wire or optical cable, as well as inter-connections with wireless networks, including mobile telephone systems and microwave transmission systems. Today, mobile communications are facilitated also by a system of special satellite networks. Computer networks may also consist of an independent fixed cable infrastructure, but are more frequently operated as a virtual network by connections made through telecommunication infrastructures, thus permitting the creation of computer networks or linkages of networks that are global in nature. The distinction between telecommunications and computer communications, and the distinctiveness between their infrastructures, is blurring with the convergence of telecommunication and information technologies. Thus, the definition of

'computer system' in article 1 does not restrict the manner by which the devices or group of devices may be inter-connected. Articles 20 and 21, therefore, apply to specified communications transmitted by means of a computer system, which could include transmission of the communication through telecommunication networks before it is received by another computer system.

207. Articles 20 and 21 do not make a distinction between a publicly or a privately owned telecommunication or computer system or to the use of systems and communication services offered to the public or to closed user groups or private parties. The definition of 'service provider' in Article 1 refers to public and private entities that provide to users of their services the ability to communicate by means of a computer system.

208. This Title governs the collection of evidence contained in currently generated communications, which are collected at the time of the communication (i.e., 'real time'). The data are intangible in form (e.g., in the form of transmissions of voice or electronic impulses). The flow of the data is not significantly interfered with by the collection, and the communication reaches its intended recipient. Instead of a physical seizure of the data, a recording (i.e., a copy) is made of the data being communicated. The collection of this evidence takes place during a certain period of time. A legal authority to permit the collection is sought in respect of a future event (i.e., a future transmission of data).

209. The type of data that can be collected is of two types: traffic data and content data. 'Traffic data' is defined in Article 1 d to mean any computer data relating to a communication made by means of a computer system, which is generated by the computer system and which formed a part in the chain of communication, indicating the communication's origin, destination, route, time, date, size and duration or the type of service. 'Content data' is not defined in the Convention but refers to the communication content of the communication; i.e., the meaning or purport of the communication, or the message or information being conveyed by the communication (other than traffic data).

210. In many States, a distinction is made between the real-time interception of content data and real-time collection of traffic data in terms of both the legal prerequisites required to authorise such investigative measure and the offences in respect of which this measure can be employed. While recognising that both types of data may have associated privacy interests, many States consider that the privacy interests in respect of content data are greater due to the nature of the communication content or message. Greater limitations may be imposed with respect to the real-time collection of content data than traffic data. To assist in recognising this distinction for these

States, the Convention, while operationally acknowledging that the data is collected or recorded in both situations, refers normatively in the titles of the articles to the collection of traffic data as 'real-time collection' and the collection of content data as 'real-time interception'.

211. In some States existing legislation makes no distinction between the collection of traffic data and the interception of content data, either because no distinction has been made in the law regarding differences in privacy interests or the technological collection techniques for both measures are very similar. Thus, the legal prerequisites required to authorise the undertaking of the measures, and the offences in respect of which the measures can be employed, are the same. This situation is also recognised in the Convention by the common operational use of the term 'collect or record' in the actual text of both Articles 20 and 21.

212. With respect to the real-time interception of content data, the law often prescribes that the measure is only available in relation to the investigation of serious offences or categories of serious offences. These offences are identified in domestic law as serious for this purpose often by being named in a list of applicable offences or by being included in this category by reference to a certain maximum sentence of incarceration that is applicable to the offence. Therefore, with respect to the interception of content data, Article 21 specifically provides that Parties are only required to establish the measure 'in relation to a range of serious offences to be determined by domestic law'.

213. Article 20, concerning the collection of traffic data, on the other hand, is not so limited and in principle applies to any criminal offence covered by the Convention. However, Article 14, paragraph 3, provides that a Party may reserve the right to apply the measure only to offences or categories of offences specified in the reservation, provided that the range of offences or categories of offences is not more restricted than the range of offences to which it applies the measure of interception of content data. Nevertheless, where such a reservation is taken, the Party shall consider restricting such reservation so as to enable the broadest range of application of the measure of collection of traffic data.

214. For some States, the offences established in the Convention would normally not be considered serious enough to permit interception of content data or, in some cases, even the collection of traffic data. Nevertheless, such techniques are often crucial for the investigation of some of the offences established in the Convention, such as those involving illegal access to computer systems, and distribution of viruses and child pornography. The source of the intrusion or distribution, for example, cannot be determined in some cases without real-time collection of traffic data. In some cases, the nature of the communication cannot be discovered without real-time interception of content data. These offences, by their nature or the means of transmission,

involve the use of computer technologies. The use of technological means should, therefore, be permitted to investigate these offences. However, due to the sensitivities surrounding the issue of interception of content data, the Convention leaves the scope of this measure to be determined by domestic law. As some countries legally assimilate the collection of traffic data with the interception of content data, a reservation possibility is permitted to restrict the applicability of the former measure, but not to an extent greater than a Party restricts the measure of real-time interception of content data. Nevertheless, Parties should consider applying the two measures to the offences established by the Convention in Section 1 of Chapter II, in order to provide an effective means for the investigation of these computer offences and computer-related offences.

215. The conditions and safeguards regarding the powers and procedures related to real-time interception of content data and real-time collection of traffic data are subject to Articles 14 and 15. As interception of content data is a very intrusive measure on private life, stringent safeguards are required to ensure an appropriate balance between the interests of justice and the fundamental rights of the individual. In the area of interception, the present Convention itself does not set out specific safeguards other than limiting authorisation of interception of content data to investigations into serious criminal offences as defined in domestic law. Nevertheless, the following important conditions and safeguards in this area, applied in domestic laws, are: judicial or other independent supervision; specificity as to the communications or persons to be intercepted; necessity, subsidiarity and proportionality (e.g. legal predicates justifying the taking of the measure; other less intrusive measures not effective); limitation on the duration of interception; right of redress. Many of these safeguards reflect the European Convention on Human Rights and its subsequent case-law (see judgements in Klass (5)[5], Kruslin (6)[6], Huvig (7)[7], Malone (8)[8], Halford (9)[9], Lambert (10)[10] cases). Some of these safeguards are applicable also to the collection of traffic data in real-time.

Real-time collection of traffic data (Article 20)

216. Often, historical traffic data may no longer be available or it may not be relevant as the intruder has changed the route of communication. Therefore, the real-time collection of traffic data is an important investigative measure. Article 20 addresses the subject of real-time collection and recording of traffic data for the purpose of specific criminal investigations or proceedings.

[5] ECHR Judgment in the case of Klass and others v. Germany, A28, 06/09/1978.
[6] ECHR Judgment in the case of Kruslin v. France, 176-A, 24/04/1990.
[7] ECHR Judgment in the case of Huvig v. France, 176-B, 24/04/1990.
[8] ECHR Judgment in the case of Malone v. United Kingdom, A82, 02/08/1984.
[9] ECHR Judgment in the case of Halford v. United Kingdom, Reports 1997 - III, 25/06/1997.
[10] ECHR Judgment in the case of Lambert v. France, Reports 1998 - V, 24/08/1998.

217. Traditionally, the collection of traffic data in respect of telecommunications (e.g., telephone conversations) has been a useful investigative tool to determine the source or destination (e.g., telephone numbers) and related data (e.g., time, date and duration) of various types of illegal communications (e.g., criminal threats and harassment, criminal conspiracy, fraudulent misrepresentations) and of communications affording evidence of past or future crimes (e.g., drug trafficking, murder, economic crimes, etc.).

218. Computer communications can constitute or afford evidence of the same types of criminality. However, given that computer technology is capable of transmitting vast quantities of data, including written text, visual images and sound, it also has greater potential for committing crimes involving distribution of illegal content (e.g., child pornography). Likewise, as computers can store vast quantities of data, often of a private nature, the potential for harm, whether economic, social or personal, can be significant if the integrity of this data is interfered with. Furthermore, as the science of computer technology is founded upon the processing of data, both as an end product and as part of its operational function (e.g., execution of computer programs), any interference with this data can have disastrous effects on the proper operation of computer systems. When an illegal distribution of child pornography, illegal access to a computer system or interference with the proper functioning of the computer system or the integrity of data, is committed, particularly from a distance such as through the Internet, it is necessary and crucial to trace the route of the communications back from the victim to the perpetrator. Therefore, the ability to collect traffic data in respect of computer communications is just as, if not more, important as it is in respect of purely traditional telecommunications. This investigative technique can correlate the time, date and source and destination of the suspect's communications with the time of the intrusions into the systems of victims, identify other victims or show links with associates.

219. Under this article, the traffic data concerned must be associated with specified communications in the territory of the Party. The specified 'communications' are in the plural, as traffic data in respect of several communications may need to be collected in order to determine the human source or destination (for example, in a household where several different persons have the use of the same telecommunications facilities, it may be necessary to correlate several communications with the individuals' opportunity to use the computer system). The communications in respect of which the traffic data may be collected or recorded, however, must be specified. Thus, the Convention does not require or authorise the general or indiscriminate surveillance and collection of large amounts of traffic data. It does not authorise the situation of 'fishing expeditions' where criminal activities are hopefully sought to be discovered, as opposed

to specific instances of criminality being investigated. The judicial or other order authorising the collection must specify the communications to which the collection of traffic data relates.

220. Subject to paragraph 2, Parties are obliged, under paragraph 1(a) to ensure that their competent authorities have the capacity to collect or record traffic data by technical means. The article does not specify technologically how the collection is to be undertaken, and no obligations in technical terms are defined.

221. In addition, under paragraph 1(b), Parties are obliged to ensure that their competent authorities have the power to compel a service provider to collect or record traffic data or to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of such data. This obligation regarding service providers is applicable only to the extent that the collection or recording, or co-operation and assistance, is within the existing technical capability of the service provider. The article does not obligate service providers to ensure that they have the technical capability to undertake collections, recordings, co-operation or assistance. It does not require them to acquire or develop new equipment, hire expert support or engage in costly re-configuration of their systems. However, if their systems and personnel have the existing technical capability to provide such collection, recording, co-operation or assistance, the article would require them to take the necessary measures to engage such capability. For example, the system may be configured in such a manner, or computer programs may already be possessed by the service provider, which would permit such measures to be taken, but they are not ordinarily executed or used in the normal course of the service provider's operation. The article would require the service provider to engage or turn-on these features, as required by law.

222. As this is a measure to be carried out at national level, the measures are applied to the collection or recording of specified communications in the territory of the Party. Thus, in practical terms, the obligations are generally applicable where the service provider has some physical infrastructure or equipment on that territory capable of undertaking the measures, although this need not be the location of its main operations or headquarters. For the purposes of this Convention, it is understood that a communication is in a Party's territory if one of the communicating parties (human beings or computers) is located in the territory or if the computer or telecommunication equipment through which the communication passes is located on the territory.

223. In general, the two possibilities for collecting traffic data in paragraph 1(a) and (b) are not alternatives. Except as provided in paragraph 2, a Party must ensure that both measures can be carried out. This is necessary because if a service provider does not have the technical ability to

assume the collection or recording of traffic data (1(b)), then a Party must have the possibility for its law enforcement authorities to undertake themselves the task (1(a)). Likewise, an obligation under paragraph 1(b)(ii) to co-operate and assist the competent authorities in the collection or recording of traffic data is senseless if the competent authorities are not empowered to collect or record themselves the traffic data. Additionally, in the situation of some local area networks (LANs), where no service provider may be involved, the only way for collection or recording to be carried out would be for the investigating authorities to do it themselves. Both measures in paragraphs 1 (a) and (b) do not have to be used each time, but the availability of both methods is required by the article.

224. This dual obligation, however, posed difficulties for certain States in which the law enforcement authorities were only able to intercept data in telecommunication systems through the assistance of a service provider, or not surreptitiously without at least the knowledge of the service provider. For this reason, paragraph 2 accommodates such a situation. Where a Party, due to the 'established principles of its domestic legal system', cannot adopt the measures referred to in paragraph 1 (a), it may instead adopt a different approach, such as only compelling service providers to provide the necessary technical facilities, to ensure the real-time collection of traffic data by law enforcement authorities. In such case, all of the other limitations regarding territory, specificity of communications and use of technical means still apply.

225. Like real-time interception of content data, real-time collection of traffic data is only effective if undertaken without the knowledge of the persons being investigated. Interception is surreptitious and must be carried out in such a manner that the communicating parties will not perceive the operation. Service providers and their employees knowing about the interception must, therefore, be under an obligation of secrecy in order for the procedure to be undertaken effectively.

226. Paragraph 3 obligates Parties to adopt such legislative or other measures as may be necessary to oblige a service provider to keep confidential the fact of and any information about the execution of any of the measures provided in this article concerning the real-time collection of traffic data. This provision not only ensures the confidentiality of the investigation, but it also relieves the service provider of any contractual or other legal obligations to notify subscribers that data about them is being collected. Paragraph 3 may be effected by the creation of explicit obligations in the law. On the other hand, a Party may be able to ensure the confidentiality of the measure on the basis of other domestic legal provisions, such as the power to prosecute for obstruction of justice those persons who aid the criminals by telling them about the measure.

Although a specific confidentiality requirement (with effective sanction in case of a breach) is a preferred procedure, the use of obstruction of justice offences can be an alternative means to prevent inappropriate disclosure and, therefore, also suffices to implement this paragraph. Where explicit obligations of confidentiality are created, these shall be subject to the conditions and safeguards as provided in Articles 14 and 15. These safeguards or conditions should impose reasonable time periods for the duration of the obligation, given the surreptitious nature of the investigative measure.

227. As noted above, the privacy interest is generally considered to be less with respect to the collection of traffic data than interception of content data. Traffic data about time, duration and size of communication reveals little personal information about a person or his or her thoughts. However, a stronger privacy issue may exist in regard to data about the source or destination of a communication (e.g. the visited websites). The collection of this data may, in some situations, permit the compilation of a profile of a person's interests, associates and social context. Accordingly, Parties should bear such considerations in mind when establishing the appropriate safeguards and legal prerequisites for undertaking such measures, pursuant to Articles 14 and 15.

Interception of content data (Article 21)

228. Traditionally, the collection of content data in respect of telecommunications (e.g., telephone conversations) has been a useful investigative tool to determine that the communication is of an illegal nature (e.g., the communication constitutes a criminal threat or harassment, a criminal conspiracy or fraudulent misrepresentations) and to collect evidence of past or future crimes (e.g., drug trafficking, murder, economic crimes, etc.). Computer communications can constitute or afford evidence of the same types of criminality. However, given that computer technology is capable of transmitting vast quantities of data, including written text, visual images and sound, it has greater potential for committing crimes involving distribution of illegal content (e.g., child pornography). Many of the computer crimes involve the transmission or communication of data as part of their commission; for example, communications sent to effect an illegal access of a computer system or the distribution of computer viruses. It is not possible to determine in real-time the harmful and illegal nature of these communications without intercepting the content of the message. Without the ability to determine and prevent the occurrence of criminality in progress, law enforcement would merely be left with investigating past and completed crimes where the damage has already occurred. Therefore, the real-time interception of content data of computer communications is just as, if not more, important as is the real-time interception of telecommunications.

229. ‘Content data’ refers to the communication content of the communication; i.e., the meaning or purport of the communication, or the message or information being conveyed by the communication. It is everything transmitted as part of the communication that is not traffic data.

230. Most of the elements of this article are identical to those of Article 20. Therefore, the comments, above, concerning the collection or recording of traffic data, obligations to co-operate and assist, and obligations of confidentiality apply equally to the interception of content data. Due to the higher privacy interest associated with content data, the investigative measure is restricted to ‘a range of serious offences to be determined by domestic law’.

231. Also, as set forth in the comments above on Article 20, the conditions and safeguards applicable to real-time interception of content data may be more stringent than those applicable to the real-time collection of traffic data, or to the search and seizure or similar accessing or securing of stored data.

Section 3 - Jurisdiction

Jurisdiction (Article 22)

232. This Article establishes a series of criteria under which Contracting Parties are obliged to establish jurisdiction over the criminal offences enumerated in Articles 2-11 of the Convention.

233. Paragraph 1 littera a is based upon the principle of territoriality. Each Party is required to punish the commission of crimes established in this Convention that are committed in its territory. For example, a Party would assert territorial jurisdiction if both the person attacking a computer system and the victim system are located within its territory, and where the computer system attacked is within its territory, even if the attacker is not.

234. Consideration was given to including a provision requiring each Party to establish jurisdiction over offences involving satellites registered in its name. The drafters decided that such a provision was unnecessary since unlawful communications involving satellites will invariably originate from and/or be received on earth. As such, one of the bases for a Party's jurisdiction set forth in paragraph 1(a) - (c) will be available if the transmission originates or terminates in one of the locations specified therein. Further, to the extent the offence involving a satellite communication is committed by a Party's national outside the territorial jurisdiction of any State, there will be a jurisdictional basis under paragraph 1(d). Finally, the drafters questioned whether registration was an appropriate basis for asserting criminal jurisdiction since in many cases there would be no meaningful nexus between the offence committed and the State of registry because a satellite serves as a mere conduit for a transmission.

235. Paragraph 1, litterae b and c are based upon a variant of the principle of territoriality. These litterae require each Party to establish criminal jurisdiction over offences committed upon ships flying its flag or aircraft registered under its laws. This obligation is already implemented as a general matter in the laws of many States, since such ships and aircraft are frequently considered to be an extension of the territory of the State. This type of jurisdiction is most useful where the ship or aircraft is not located in its territory at the time of the commission of the crime, as a result of which Paragraph 1, littera a would not be available as a basis to assert jurisdiction. If the crime is committed on a ship or aircraft that is beyond the territory of the flag Party, there may be no other State that would be able to exercise jurisdiction barring this requirement. In addition, if a crime is committed aboard a ship or aircraft which is merely passing through the waters or airspace of another State, the latter State may face significant practical impediments to the exercise of its jurisdiction, and it is therefore useful for the State of registry to also have jurisdiction.

236. Paragraph 1, littera d is based upon the principle of nationality. The nationality theory is most frequently applied by States applying the civil law tradition. It provides that nationals of a State are obliged to comply with the domestic law even when they are outside its territory. Under littera d, if a national commits an offence abroad, the Party is obliged to have the ability to prosecute it if the conduct is also an offence under the law of the State in which it was committed or the conduct has taken place outside the territorial jurisdiction of any State.

237. Paragraph 2 allows Parties to enter a reservation to the jurisdiction grounds laid down in paragraph 1, litterae b, c, and d. However, no reservation is permitted with respect to the establishment of territorial jurisdiction under littera a, or with respect to the obligation to establish jurisdiction in cases falling under the principle of "aut dedere aut judicare" (extradite or prosecute) under paragraph 3, i.e. where that Party has refused to extradite the alleged offender on the basis of his nationality and the offender is present on its territory. Jurisdiction established on the basis of paragraph 3 is necessary to ensure that those Parties that refuse to extradite a national have the legal ability to undertake investigations and proceedings domestically instead, if sought by the Party that requested extradition pursuant to the requirements of "Extradition", Article 24, paragraph 6 of this Convention.

238. The bases of jurisdiction set forth in paragraph 1 are not the exclusive. Paragraph 4 of this Article permits the Parties to establish, in conformity with their domestic law, other types of criminal jurisdiction as well.

239. In the case of crimes committed by use of computer systems, there will be occasions in which more than one Party has jurisdiction over some or all of the participants in the crime. For example,

many virus attacks, frauds and copyright violations committed through use of the Internet target victims located in many States. In order to avoid duplication of effort, unnecessary inconvenience for witnesses, or competition among law enforcement officials of the States concerned, or to otherwise facilitate the efficiency or fairness of the proceedings, the affected Parties are to consult in order to determine the proper venue for prosecution. In some cases, it will be most effective for the States concerned to choose a single venue for prosecution; in others, it may be best for one State to prosecute some participants, while one or more other States pursue others. Either result is permitted under this paragraph. Finally, the obligation to consult is not absolute, but is to take place "where appropriate." Thus, for example, if one of the Parties knows that consultation is not necessary (e.g., it has received confirmation that the other Party is not planning to take action), or if a Party is of the view that consultation may impair its investigation or proceeding, it may delay or decline consultation.

Chapter III - International co-operation

240. Chapter III contains a number of provisions relating to extradition and mutual legal assistance among the Parties.

Section 1 - General principles

Title 1 - General principles relating to international co-operation

General principles relating to international co-operation (Article 23)

241. Article 23 sets forth three general principles with respect to international co-operation under Chapter III.

242. Initially, the article makes clear that international co-operation is to be provided among Parties "to the widest extent possible." This principle requires Parties to provide extensive co-operation to each other, and to minimise impediments to the smooth and rapid flow of information and evidence internationally.

243. Second, the general scope of the obligation to co-operate is set forth in Article 23: co-operation is to be extended to all criminal offences related to computer systems and data (i.e. the offences covered by Article 14, paragraph 2, litterae a-b), as well as to the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. This means that either where the crime is committed by use of a computer system, or where an ordinary crime not committed by use of a computer system (e.g., a murder) involves electronic evidence, the terms of Chapter III are applicable. However, it should be noted that Articles 24 (Extradition), 33 (Mutual assistance regarding the real time

collection of traffic data) and 34 (Mutual assistance regarding the interception of content data) permit the Parties to provide for a different scope of application of these measures.

244. Finally, co-operation is to be carried out both "in accordance with the provisions of this Chapter" and "through application of relevant international agreements on international co-operation in criminal matters, arrangements agreed to on the basis of uniform or reciprocal legislation, and domestic laws." The latter clause establishes the general principle that the provisions of Chapter III do not supersede the provisions of international agreements on mutual legal assistance and extradition, reciprocal arrangements as between the parties thereto (described in greater detail in the discussion of Article 27 below), or relevant provisions of domestic law pertaining to international co-operation. This basic principle is explicitly reinforced in Articles 24 (Extradition), 25 (General principles relating to mutual assistance), 26 (Spontaneous information), 27 (Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements), 28 (Confidentiality and limitation on use), 31 (Mutual assistance regarding accessing of stored computer data), 33 (Mutual assistance regarding the real-time collection of traffic data) and 34 (Mutual assistance regarding the interception of content data).

Title 2 - Principles relating to extradition

Extradition (Article 24)

245. Paragraph 1 specifies that the obligation to extradite applies only to offences established in accordance with Articles 2-11 of the Convention that are punishable under the laws of both Parties concerned by deprivation of liberty for a maximum period of at least one year or by a more severe penalty. The drafters decided to insert a threshold penalty because, under the Convention, Parties may punish some of the offences with a relatively short maximum period of incarceration (e.g., Article 2 - illegal access - and Article 4 - data interference). Given this, the drafters did not believe it appropriate to require that each of the offences established in Articles 2-11 be considered per se extraditable. Accordingly, agreement was reached on a general requirement that an offence is to be considered extraditable if - as in Article 2 of the European Convention on Extradition (ETS N° 24) - the maximum punishment that could be imposed for the offence for which extradition was sought was at least one year’s imprisonment. The determination of whether an offence is extraditable does not hinge on the actual penalty imposed in the particular case at hand, but instead on the maximum period that may legally be imposed for a violation of the offence for which extradition is sought.

246. At the same time, in accordance with the general principle that international co-operation under Chapter III should be carried out pursuant to instruments in force between the Parties,

Paragraph 1 also provides that where a treaty on extradition or an arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation is in force between two or more Parties (see description of this term in discussion of Article 27 below) which provides for a different threshold for extradition, the threshold provided for in such treaty or arrangement shall apply. For example, many extradition treaties between European countries and non-European countries provide that an offence is extraditable only if the maximum punishment is greater than one year's imprisonment or there is a more severe penalty. In such cases, international extradition practitioners will continue to apply the normal threshold under their treaty practice in order to determine whether an offence is extraditable. Even under the European Convention on Extradition (ETS N° 24), reservations may specify a different minimum penalty for extradition. Among Parties to that Convention, when extradition is sought from a Party that has entered such a reservation, the penalty provided for in the reservation shall be applied in determining whether the offence is extraditable.

247. Paragraph 2 provides that the offences described in paragraph 1 are to be deemed extraditable offences in any extradition treaty between or among the Parties, and are to be included in future treaties they may negotiate among themselves. This does not mean that extradition must be granted on every occasion on which a request is made but rather that the possibility of granting extradition of persons for such offences must be available. Under paragraph 5, Parties are able to provide for other requirements for extradition.

248. Under paragraph 3, a Party that would not grant extradition, either because it has no extradition treaty with the requesting Party or because the existing treaties would not cover a request made in respect of the offences established in accordance with this Convention, may use the Convention itself as a basis for surrendering the person requested, although it is not obligated to do so.

249. Where a Party, instead of relying on extradition treaties, utilises a general statutory scheme to carry out extradition, paragraph 4 requires it to include the offences described in Paragraph 1 among those for which extradition is available.

250. Paragraph 5 provides that the requested Party need not extradite if it is not satisfied that all of the terms and conditions provided for by the applicable treaty or law have been fulfilled. It is thus another example of the principle that co-operation shall be carried out pursuant to the terms of applicable international instruments in force between the Parties, reciprocal arrangements, or domestic law. For example, conditions and restrictions set forth in the European Convention on Extradition (ETS N° 24) and its Additional Protocols (ETS N°s 86 and 98) will apply to Parties to those agreements, and extradition may be refused on such bases (e.g., Article 3 of the European

Convention on Extradition provides that extradition shall be refused if the offence is considered political in nature, or if the request is considered to have been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of, inter alia, race, religion, nationality or political opinion).

251. Paragraph 6 applies the principle "aut dedere aut judicare" (extradite or prosecute). Since many States refuse extradition of their nationals, offenders who are found in the Party of which they are a national may avoid responsibility for a crime committed in another Party unless local authorities are obliged to take action. Under paragraph 6, if another Party has sought extradition of the offender, and extradition has been refused on the grounds that the offender is a national of the requested Party, the requested Party must, upon request of the requesting Party, submit the case to its authorities for the purpose of prosecution. If the Party whose extradition request has been refused does not request submission of the case for local investigation and prosecution, there is no obligation on the requested Party to take action. Moreover, if no extradition request has been made, or if extradition has been denied on grounds other than nationality, this paragraph establishes no obligation on the requested Party to submit the case for domestic prosecution. In addition, paragraph 6 requires the local investigation and prosecution to be carried out with diligence; it must be treated as seriously "as in the case of any other offence of a comparable nature" in the Party submitting the case. That Party shall report the outcome of its investigation and proceedings to the Party that had made the request.

252. In order that each Party know to whom its requests for provisional arrest or extradition should be directed, paragraph 7 requires Parties to communicate to the Secretary General of the Council of Europe the name and address of its authorities responsible for making or receiving requests for extradition or provisional arrest in the absence of a treaty. This provision has been limited to situations in which there is no extradition treaty in force between the Parties concerned because if a bilateral or multilateral extradition treaty is in force between the Parties (such as ETS N° 24), the Parties will know to whom extradition and provisional arrest requests are to be directed without the necessity of a registration requirement. The communication to the Secretary General must be made at the time of signature or when depositing the Party’s instrument of ratification, acceptance, approval or accession. It should be noted that designation of an authority does not exclude the possibility of using the diplomatic channel.

Title 3 - General principles relating to mutual assistance

General principles relating to mutual assistance (Article 25)

253. The general principles governing the obligation to provide mutual assistance are set forth in paragraph 1. Co-operation is to be provided "to the widest extent possible." Thus, as in Article 23

("General principals relating to international co-operation"), mutual assistance is in principle to be extensive, and impediments thereto strictly limited. Second, as in Article 23, the obligation to co-operate applies in principle to both criminal offences related to computer systems and data (i.e. the offences covered by Article 14, paragraph 2, litterae a-b), and to the collection of evidence in electronic form of a criminal offence. It was agreed to impose an obligation to co-operate as to this broad class of crimes because there is the same need for streamlined mechanisms of international co-operation as to both of these categories. However, Articles 34 and 35 permit the Parties to provide for a different scope of application of these measures.

254. Other provisions of this Chapter will clarify that the obligation to provide mutual assistance is generally to be carried out pursuant to the terms of applicable mutual legal assistance treaties, laws and arrangements. Under paragraph 2, each Party is required to have a legal basis to carry out the specific forms of co-operation described in the remainder of the Chapter, if its treaties, laws and arrangements do not already contain such provisions. The availability of such mechanisms, particularly those in Articles 29 through 35 (Specific provisions - Titles 1, 2, 3), is vital for effective co-operation in computer related criminal matters.

255. Some Parties will not require any implementing legislation in order to apply the provisions referred to in paragraph 2, since provisions of international treaties that establish detailed mutual assistance regimes are considered to be self-executing in nature. It is expected that Parties will either be able to treat these provisions as self executing, already have sufficient flexibility under existing mutual assistance legislation to carry out the mutual assistance measures established under this Chapter, or will be able to rapidly enact any legislation required to do so.

256. Computer data is highly volatile. By a few keystrokes or by operation of automatic programs, it may be deleted, rendering it impossible to trace a crime to its perpetrator or destroying critical proof of guilt. Some forms of computer data are stored for only short periods of time before being deleted. In other cases, significant harm to persons or property may take place if evidence is not gathered rapidly. In such urgent cases, not only the request, but the response as well should be made in an expedited manner. The objective of Paragraph 3 is therefore to facilitate acceleration of the process of obtaining mutual assistance so that critical information or evidence is not lost because it has been deleted before a request for assistance could be prepared, transmitted and responded to. Paragraph 3 does so by (1) empowering the Parties to make urgent requests for co-operation through expedited means of communications, rather than through traditional, much slower transmission of written, sealed documents through diplomatic pouches or mail delivery systems; and (2) requiring the requested Party to use expedited means to respond to requests in

such circumstances. Each Party is required to have the ability to apply this measure if its mutual assistance treaties, laws or arrangement do not already so provide. The listing of fax and e-mail is indicative in nature; any other expedited means of communication may be used as would be appropriate in the particular circumstances at hand. As technology advances, further expedited means of communicating will be developed that may be used to request mutual assistance. With respect to the authenticity and security requirement contained in the paragraph, the Parties may decide among themselves how to ensure the authenticity of the communications and whether there is a need for special security protections (including encryption) that may be necessary in a particularly sensitive case. Finally, the paragraph also permits the requested Party to require a formal confirmation sent through traditional channels to follow the expedited transmission, if it so chooses.

257. Paragraph 4 sets forth the principle that mutual assistance is subject to the terms of applicable mutual assistance treaties (MLATs) and domestic laws. These regimes provide safeguards for the rights of persons located in the requested Party that may become the subject of a request for mutual assistance. For example, an intrusive measure, such as search and seizure, is not executed on behalf of a requesting Party, unless the requested Party's fundamental requirements for such measure applicable in a domestic case have been satisfied. Parties also may ensure protection of rights of persons in relation to the items seized and provided through mutual legal assistance.

258. However, paragraph 4 does not apply if "otherwise specifically provided in this Chapter." This clause is designed to signal that the Convention contains several significant exceptions to the general principle. The first such exception has been seen in paragraph 2 of this Article, which obliges each Party to provide for the forms of co-operation set forth in the remaining articles of the Chapter (such as preservation, real time collection of data, search and seizure, and maintenance of a 24/7 network), regardless of whether or not its MLATs, equivalent arrangements or mutual assistance laws currently provide for such measures. Another exception is found in Article 27 which is always to be applied to the execution of requests in lieu of the requested Party's domestic law governing international co-operation in the absence of an MLAT or equivalent arrangement between the requesting and requested Parties. Article 27 provides a system of conditions and grounds for refusal. Another exception, specifically provided for in this paragraph, is that co-operation may not be denied, at least as far as the offences established in Articles 2 - 11 of the Convention are concerned, on the grounds that the requested Party considers the request to involve a "fiscal" offence. Finally, Article 29 is an exception in that it provides that preservation may not be denied on dual criminality grounds, although the possibility of a reservation is provided for in this respect.

259. Paragraph 5 is essentially a definition of dual criminality for purposes of mutual assistance under this Chapter. Where the requested Party is permitted to require dual criminality as a condition to the providing of assistance (for example, where a requested Party has reserved its right to require dual criminality with respect to the preservation of data under Article 29, paragraph 4 "Expedited preservation of stored computer data"), dual criminality shall be deemed present if the conduct underlying the offence for which assistance is sought is also a criminal offence under the requested Party's laws, even if its laws place the offence within a different category of offence or use different terminology in denominating the offence. This provision was believed necessary in order to ensure that requested Parties do not adopt too rigid a test when applying dual criminality. Given differences in national legal systems, variations in terminology and categorisation of criminal conduct are bound to arise. If the conduct constitutes a criminal violation under both systems, such technical differences should not impede assistance. Rather, in matters in which the dual criminality standard is applicable, it should be applied in a flexible manner that will facilitate the granting of assistance.

Spontaneous information (Article 26)

260. This article is derived from provisions in earlier Council of Europe instruments, such as Article 10 of the Convention on the Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (ETS N° 141) and Article 28 of the Criminal Law Convention on Corruption (ETS N° 173). More and more frequently, a Party possesses valuable information that it believes may assist another Party in a criminal investigation or proceeding, and which the Party conducting the investigation or proceeding is not aware exists. In such cases, no request for mutual assistance will be forthcoming. Paragraph 1 empowers the State in possession of the information to forward it to the other State without a prior request. The provision was thought useful because, under the laws of some States, such a positive grant of legal authority is needed in order to provide assistance in the absence of a request. A Party is not obligated to spontaneously forward information to another Party; it may exercise its discretion in light of the circumstances of the case at hand. Moreover, the spontaneous disclosure of information does not preclude the disclosing Party, if it has jurisdiction, from investigating or instituting proceedings in relation to the facts disclosed.

261. Paragraph 2 addresses the fact that in some circumstances, a Party will only forward information spontaneously if sensitive information will be kept confidential or other conditions can be imposed on the use of information. In particular, confidentiality will be an important consideration in cases in which important interests of the providing State may be endangered should the information be made public, e.g., where there is a need to protect the identity of a means

of collecting the information or the fact that a criminal group is being investigated. If advance inquiry reveals that the receiving Party cannot comply with a condition sought by the providing Party (for example, where it cannot comply with a condition of confidentiality because the information is needed as evidence at a public trial), the receiving Party shall advise the providing Party, which then has the option of not providing the information. If the receiving Party agrees to the condition, however, it must honour it. It is foreseen that conditions imposed under this article would be consistent with those that could be imposed by the providing Party pursuant to a request for mutual assistance from the receiving Party.

Title 4 - Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements

Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements (Article 27)

262. Article 27 obliges the Parties to apply certain mutual assistance procedures and conditions where there is no mutual assistance treaty or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation in force between the requesting and requested Parties. The Article thus reinforces the general principle that mutual assistance should be carried out through application of relevant treaties and similar arrangements for mutual assistance. The drafters rejected the creation of a separate general regime of mutual assistance in this Convention that would be applied in lieu of other applicable instruments and arrangements, agreeing instead that it would be more practical to rely on existing MLAT regimes as a general matter, thereby permitting mutual assistance practitioners to use the instruments and arrangements they are the most familiar with and avoiding confusion that may result from the establishment of competing regimes. As previously stated, only with respect to mechanisms particularly necessary for rapid effective co-operation in computer related criminal matters, such as those in Articles 29-35 (Specific provisions - Title 1, 2, 3), is each Party required to establish a legal basis to enable the carrying out of such forms of co-operation if its current mutual assistance treaties, arrangements or laws do not already do so.

263. Accordingly, most forms of mutual assistance under this Chapter will continue to be carried out pursuant to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (ETS N° 30) and its Protocol (ETS N° 99) among the Parties to those instruments. Alternatively, Parties to this Convention that have bilateral MLATs in force between them, or other multilateral agreements governing mutual assistance in criminal cases (such as between member States of the European Union), shall continue to apply their terms, supplemented by the computer- or computer-related crime-specific mechanisms described in the remainder of Chapter III, unless they agree to apply

any or all of the provisions of this Article in lieu thereof. Mutual assistance may also be based on arrangements agreed on the basis of uniform or reciprocal legislation, such as the system of co-operation developed among the Nordic countries, which is also admitted by the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (Article 25, paragraph 4), and among members of the Commonwealth. Finally, the reference to mutual assistance treaties or arrangements on the basis of uniform or reciprocal legislation is not limited to those instruments in force at the time of entry into force of the present Convention, but also covers instruments that may be adopted in the future.

264. Article 27 (Procedures pertaining to mutual assistance requests in the absence of applicable international agreements), paragraphs 2-10, provide a number of rules for providing mutual assistance in the absence of an MLAT or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation, including establishment of central authorities, imposing of conditions, grounds for and procedures in cases of postponement or refusal, confidentiality of requests, and direct communications. With respect to such expressly covered issues, in the absence of a mutual assistance agreement or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation, the provisions of this Article are to be applied in lieu of otherwise applicable domestic laws governing mutual assistance. At the same time, Article 27 does not provide rules for other issues typically dealt with in domestic legislation governing international mutual assistance. For example, there are no provisions dealing with the form and contents of requests, taking of witness testimony in the requested or requesting Parties, the providing of official or business records, transfer of witnesses in custody, or assistance in confiscation matters. With respect to such issues, Article 25, paragraph 4 provides that absent a specific provision in this Chapter, the law of the requested Party shall govern specific modalities of providing that type of assistance.

265. Paragraph 2 requires the establishment of a central authority or authorities responsible for sending and answering requests for assistance. The institution of central authorities is a common feature of modern instruments dealing with mutual assistance in criminal matters, and it is particularly helpful in ensuring the kind of rapid reaction that is so useful in combating computer- or computer-related crime. Initially, direct transmission between such authorities is speedier and more efficient than transmission through diplomatic channels. In addition, the establishment of an active central authority serves an important function in ensuring that both incoming and outgoing requests are diligently pursued, that advice is provided to foreign law enforcement partners on how best to satisfy legal requirements in the requested Party, and that particularly urgent or sensitive requests are dealt with properly.

266. Parties are encouraged as a matter of efficiency to designate a single central authority for the purpose of mutual assistance; it would generally be most efficient for the authority designated for such purpose under a Party's MLATs, or domestic law to also serve as the central authority when this article is applicable. However, a Party has the flexibility to designate more than one central authority where this is appropriate under its system of mutual assistance. Where more than one central authority is established, the Party that has done so should ensure that each authority interprets the provisions of the Convention in the same way, and that both incoming and outgoing requests are treated rapidly and efficiently. Each Party is to advise the Secretary General of the Council of Europe of the names and addresses (including e-mail and fax numbers) of the authority or authorities designated to receive and respond to mutual assistance requests under this Article, and Parties are obliged to ensure that the designation is kept up-to-date.

267. A major objective of a State requesting mutual assistance often is to ensure that its domestic laws governing the admissibility of evidence are fulfilled, and it can use the evidence before its courts as a result. To ensure that such evidentiary requirements can be met, paragraph 3 obliges the requested Party to execute requests in accordance with the procedures specified by the requesting Party, unless to do so would be incompatible with its law. It is emphasised that this paragraph relates only to the obligation to respect technical procedural requirements, not to fundamental procedural protections. Thus, for example, a requesting Party cannot require the requested Party to execute a search and seizure that would not meet the requested Party's fundamental legal requirements for this measure. In light of the limited nature of the obligation, it was agreed that the mere fact that the requested Party's legal system knows no such procedure is not a sufficient ground to refuse to apply the procedure requested by the requesting Party; instead, the procedure must be incompatible with the requested Party's legal principles. For example, under the law of the requesting Party, it may be a procedural requirement that a statement of a witness be given under oath. Even if the requested Party does not domestically have the requirement that statements be given under oath, it should honour the requesting Party's request.

268. Paragraph 4 provides for the possibility of refusing requests for mutual assistance requests brought under this Article. Assistance may be refused on the grounds provided for in Article 25, paragraph 4 (i.e. grounds provided for in the law of the requested Party), including prejudice to the sovereignty of the State, security, ordre public or other essential interests, and where the offence is considered by the requested Party to be a political offence or an offence connected with a political offence. In order to promote the overriding principle of providing the widest measure of co-operation (see Articles 23, 25), grounds for refusal established by a requested Party should be narrow and exercised with restraint. They may not be so expansive as to create the potential

for assistance to be categorically denied, or subjected to onerous conditions, with respect to broad categories of evidence or information.

269. In line with this approach, it was understood that apart from those grounds set out in Article 28, refusal of assistance on data protection grounds may be invoked only in exceptional cases. Such a situation could arise if, upon balancing the important interests involved in the particular case (on the one hand, public interests, including the sound administration of justice and, on the other hand, privacy interests), furnishing the specific data sought by the requesting Party would raise difficulties so fundamental as to be considered by the requested Party to fall within the essential interests ground of refusal. A broad, categorical, or systematic application of data protection principles to refuse cooperation is therefore precluded. Thus, the fact the Parties concerned have different systems of protecting the privacy of data (such as that the requesting Party does not have the equivalent of a specialised data protection authority) or have different means of protecting personal data (such as that the requesting Party uses means other than the process of deletion to protect the privacy or the accuracy of the personal data received by law enforcement authorities), do not as such constitute grounds for refusal. Before invoking "essential interests" as a basis for refusing co-operation, the requested Party should instead attempt to place conditions which would allow the transfer of the data. (see Article 27, paragraph 6 and paragraph 271 of this report).

270. Paragraphs 5 permits the requested Party to postpone, rather than refuse, assistance where immediate action on the request would be prejudicial to investigations or proceedings in the requested Party. For example, where the requesting Party has sought to obtain evidence or witness testimony for purposes of investigation or trial, and the same evidence or witness are needed for use at a trial that is about to commence in the requested Party, the requested Party would be justified in postponing the providing of assistance.

271. Paragraph 6 provides that where the assistance sought would otherwise be refused or postponed, the requested Party may instead provide assistance subject to conditions. If the conditions are not agreeable to the requesting Party, the requested Party may modify them, or it may exercise its right to refuse or postpone assistance. Since the requested Party has an obligation to provide the widest possible measure of assistance, it was agreed that both grounds for refusal and conditions should be exercised with restraint.

272. Paragraph 7 obliges the requested Party to keep the requesting Party informed of the outcome of the request, and requires reasons to be given in the case of refusal or postponement of assistance. The providing of reasons can, inter alia, assist the requesting Party to understand how the

requested Party interprets the requirements of this Article, provide a basis for consultation in order to improve the future efficiency of mutual assistance, and provide to the requesting Party previously unknown factual information about the availability or condition of witnesses or evidence.

273. There are times when a Party makes a request in a particularly sensitive case, or in a case in which there could be disastrous consequences if the facts underlying the request were to be made public prematurely. Paragraph 8 accordingly permits the requesting Party to request that the fact and content of the request be kept confidential. Confidentiality may not be sought, however, to the extent that it would undermine the requested Party's ability to obtain the evidence or information sought, e.g., where the information will need to be disclosed in order to obtain a court order needed to effect assistance, or where private persons possessing evidence will need to be made aware of the request in order for it to be successfully executed. If the requested Party cannot comply with the request for confidentiality, it shall notify the requesting Party, which then has the option of withdrawing or modifying the request.

274. Central authorities designated in accordance with paragraph 2 shall communicate directly with one another. However, in case of urgency, requests for mutual legal assistance may be sent directly by judges and prosecutors of the requesting Party to the judges and prosecutors of the requested Party. The judge or prosecutor following this procedure must also address a copy of the request made to his own central authority with a view to its transmission to the central authority of the requested Party. Under littera b, requests may be channelled through Interpol. Authorities of the requested Party that receive a request falling outside their field of competence, are, pursuant to littera c, under a two-fold obligation. First, they must transfer the request to the competent authority of the requested Party. Second, they must inform the authorities of the requesting Party of the transfer made. Under littera d, requests may also be transmitted directly without the intervention of central authorities even if there is no urgency, as long as the authority of the requested Party is able to comply with the request without making use of coercive action. Finally, littera e enables a Party to inform the others, through the Secretary General of the Council of Europe, that, for reasons of efficiency, direct communications are to be addressed to the central authority.

Confidentiality and limitation on use (Article 28)

275. This provision specifically provides for limitations on use of information or material, in order to enable the requested Party, in cases in which such information or material is particularly sensitive, to ensure that its use is limited to that for which assistance is granted, or to ensure that

it is not disseminated beyond law enforcement officials of the requesting Party. These restrictions provide safeguards that are available for, inter alia, data protection purposes.

276. As in the case of Article 27, Article 28 only applies where there is no mutual assistance treaty, or arrangement on the basis of uniform or reciprocal legislation in force between the requesting and requested Parties. Where such treaty or arrangement is in force, its provisions on confidentiality and use limitations shall apply in lieu of the provisions of this Article, unless the Parties thereto agree otherwise. This avoids overlap with existing bilateral and multilateral mutual legal assistance treaties (MLATs) and similar arrangements, thereby enabling practitioners to continue to operate under the normal well-understood regime rather than seeking to apply two competing, possibly contradictory, instruments.

277. Paragraph 2 allows the requested Party, when responding to a request for mutual assistance, to impose two types of conditions. First, it may request that the information or material furnished be kept confidential where the request could not be complied with in the absence of such condition, such as where the identity of a confidential informant is involved. It is not appropriate to require absolute confidentiality in cases in which the requested Party is obligated to provide the requested assistance, as this would, in many cases, thwart the ability of the requesting Party to successfully investigate or prosecute crime, e.g. by using the evidence in a public trial (including compulsory disclosure).

278. Second, the requested Party may make furnishing of the information or material dependent on the condition that it not be used for investigations or proceedings other than those stated in the request. In order for this condition to apply, it must be expressly invoked by the requested Party, otherwise, there is no such limitation on use by the requesting Party. In cases in which it is invoked, this condition will ensure that the information and material may only be used for the purposes foreseen in the request, thereby ruling out use of the material for other purposes without the consent of the requested Party. Two exceptions to the ability to limit use were recognised by the negotiators and are implicit in the terms of the paragraph. First, under fundamental legal principles of many States, if material furnished is evidence exculpatory to an accused person, it must be disclosed to the defence or a judicial authority. In addition, most material furnished under mutual assistance regimes is intended for use at trial, normally a public proceeding (including compulsory disclosure). Once such disclosure takes place, the material has essentially passed into the public domain. In these situations, it is not possible to ensure confidentiality to the investigation or proceeding for which mutual assistance was sought.

279. Paragraph 3 provides that if the Party to which the information is forwarded cannot comply with the condition imposed, it shall notify the providing Party, which then has the option of not providing the information. If the receiving Party agrees to the condition, however, it must honour it.

280. Paragraph 4 provides that the requesting Party may be required to explain the use made of the information or material it has received under conditions described in paragraph 2, in order that the requested Party may ascertain whether such condition has been complied with. It was agreed that the requested Party may not call for an overly burdensome accounting e.g., of each time the material or information furnished was accessed.

Section 2 - Specific provisions

281. The aim of the present Section is to provide for specific mechanisms in order to take effective and concerted international action in cases involving computer-related offences and evidence in electronic form.

Title 1 - Mutual assistance regarding provisional measures

Expedited preservation of stored computer data (Article 29)

282. This article provides for a mechanism at the international level equivalent to that provided for in Article 16 for use at the domestic level. Paragraph 1 of this article authorises a Party to make a request for, and paragraph 3 requires each Party to have the legal ability to obtain, the expeditious preservation of data stored in the territory of the requested Party by means of a computer system, in order that the data not be altered, removed or deleted during the period of time required to prepare, transmit and execute a request for mutual assistance to obtain the data. Preservation is a limited, provisional measure intended to take place much more rapidly than the execution of a traditional mutual assistance. As has been previously discussed, computer data is highly volatile. With a few keystrokes, or by operation of automatic programs, it may be deleted, altered or moved, rendering it impossible to trace a crime to its perpetrator or destroying critical proof of guilt. Some forms of computer data are stored for only short periods of time before being deleted. Thus, it was agreed that a mechanism was required in order to ensure the availability of such data pending the lengthier and more involved process of executing a formal mutual assistance request, which may take weeks or months.

283. While much more rapid than ordinary mutual assistance practice, this measure is at the same time less intrusive. The mutual assistance officials of the requested Party are not required to obtain possession of the data from its custodian. The preferred procedure is for the requested Party to

ensure that the custodian (frequently a service provider or other third party) preserve (i.e., not delete) the data pending the issuance of process requiring it to be turned over to law enforcement officials at a later stage. This procedure has the advantage of being both rapid and protective of the privacy of the person whom the data concerns, as it will not be disclosed to or examined by any government official until the criteria for full disclosure pursuant to normal mutual assistance regimes have been fulfilled. At the same time, a requested Party is permitted to use other procedures for ensuring the rapid preservation of data, including the expedited issuance and execution of a production order or search warrant for the data. The key requirement is to have an extremely rapid process in place to prevent the data from being irretrievably lost.

284. Paragraph 2 sets forth the contents of a request for preservation pursuant to this Article. Bearing in mind that this is a provisional measure and that a request will need to be prepared and transmitted rapidly, the information provided will be summary and include only the minimum information required to enable preservation of the data. In addition to specifying the authority that is seeking preservation and the offence for which the measure is sought, the request must provide a summary of the facts, information sufficient to identify the data to be preserved and its location, and a showing that the data is relevant to the investigation or prosecution of the offence concerned and that preservation is necessary. Finally, the requesting Party must undertake to subsequently submit a request for mutual assistance so that it may obtain production of the data.

285. Paragraph 3 sets forth the principle that dual criminality shall not be required as a condition to providing preservation. In general, application of the principle of dual criminality is counterproductive in the context of preservation. First, as a matter of modern mutual assistance practice, there is a trend to eliminate the dual criminality requirement for all but the most intrusive procedural measures, such as search and seizure or interception. Preservation as foreseen by the drafters, however, is not particularly intrusive, since the custodian merely maintains possession of data lawfully in its possession, and the data is not disclosed to or examined by officials of the requested Party until after execution of a formal mutual assistance request seeking disclosure of the data. Second, as a practical matter, it often takes so long to provide the clarifications necessary to conclusively establish the existence of dual criminality that the data would be deleted, removed or altered in the meantime. For example, at the early stages of an investigation, the requesting Party may be aware that there has been an intrusion into a computer in its territory, but may not until later have a good understanding of the nature and extent of damage. If the requested Party were to delay preserving traffic data that would trace the source of the intrusion pending conclusive establishment of dual criminality, the critical data would often be routinely deleted by service providers holding it for only hours or days after the transmission has been made. Even if

thereafter the requesting Party were able to establish dual criminality, the crucial traffic data could not be recovered and the perpetrator of the crime would never be identified.

286. Accordingly, the general rule is that Parties must dispense with any dual criminality requirement for the purpose of preservation. However, a limited reservation is available under paragraph 4. If a Party requires dual criminality as a condition for responding to a request for mutual assistance for production of the data, and if it has reason to believe that, at the time of disclosure, dual criminality will not be satisfied, it may reserve the right to require dual criminality as a precondition to preservation. With respect to offences established in accordance with Articles 2 through 11, it is assumed that the condition of dual criminality is automatically met between the Parties, subject to any reservations they may have entered to these offences where permitted by the Convention. Therefore, Parties may impose this requirement only in relation to offences other than those defined in the Convention.

287. Otherwise, under paragraph 5, the requested Party may only refuse a request for preservation where its execution will prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests, or where it considers the offence to be a political offence or an offence connected with a political offence. Due to the centrality of this measure to the effective investigation and prosecution of computer- or computer-related crime, it was agreed that the assertion of any other basis for refusing a request for preservation is precluded.

288. At times, the requested Party will realise that the custodian of the data is likely to take action that will threaten the confidentiality of, or otherwise prejudice, the requesting Party's investigation (for example, where the data to be preserved is held by a service provider controlled by a criminal group, or by the target of the investigation himself). In such situations, under paragraph 6, the requesting Party must be notified promptly, so that it may assess whether to take the risk posed by carrying through with the request for preservation, or to seek a more intrusive but safer form of mutual assistance, such as production or search and seizure.

289. Finally, paragraph 7 obliges each Party to ensure that data preserved pursuant to this Article will be held for at least 60 days pending receipt of a formal mutual assistance request seeking the disclosure of the data, and continue to be held following receipt of the request.

Expedited disclosure of preserved traffic data (Article 30)

290. This article provides the international equivalent of the power established for domestic use in Article 17. Frequently, at the request of a Party in which a crime was committed, a requested Party will preserve traffic data regarding a transmission that has travelled through its computers, in order to trace the transmission to its source and identify the perpetrator of the crime, or locate

critical evidence. In doing so, the requested Party may discover that the traffic data found in its territory reveals that the transmission had been routed from a service provider in a third State, or from a provider in the requesting State itself. In such cases, the requested Party must expeditiously provide to the requesting Party a sufficient amount of the traffic data to enable identification of the service provider in, and path of the communication from, the other State. If the transmission came from a third State, this information will enable the requesting Party to make a request for preservation and expedited mutual assistance to that other State in order to trace the transmission to its ultimate source. If the transmission had looped back to the requesting Party, it will be able to obtain preservation and disclosure of further traffic data through domestic processes.

291. Under Paragraph 2, the requested Party may only refuse to disclose the traffic data, where disclosure is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests, or where it considers the offence to be a political offence or an offence connected with a political offence. As in Article 29 (Expedited preservation of stored computer data), because this type of information is so crucial to identification of those who have committed crimes within the scope of this Convention or locating of critical evidence, grounds for refusal are to be strictly limited, and it was agreed that the assertion of any other basis for refusing assistance is precluded.

Title 2 - Mutual assistance regarding investigative powers

Mutual assistance regarding accessing of stored computer data (Article 31)

292. Each Party must have the ability to, for the benefit of another Party, search or similarly access, seize or similarly secure, and disclose data stored by means of a computer system located within its territory - just as under Article 19 (Search and seizure of stored computer data) it must have the ability to do so for domestic purposes. Paragraph 1 authorises a Party to request this type of mutual assistance, and paragraph 2 requires the requested Party to be able to provide it. Paragraph 2 also follows the principle that the terms and conditions for providing such co-operation should be those set forth in applicable treaties, arrangements and domestic laws governing mutual legal assistance in criminal matters. Under paragraph 3, such a request must be responded to on an expedited basis where (1) there are grounds to believe that relevant data is particularly vulnerable to loss or modification, or (2) otherwise where such treaties, arrangements or laws so provide.

Transborder access to stored computer data with consent or where publicly available (Article 32)

293. The issue of when a Party is permitted to unilaterally access computer data stored in another Party without seeking mutual assistance was a question that the drafters of the Convention discussed at length. There was detailed consideration of instances in which it may be acceptable for States to act unilaterally and those in which it may not. The drafters ultimately determined that

it was not yet possible to prepare a comprehensive, legally binding regime regulating this area. In part, this was due to a lack of concrete experience with such situations to date; and, in part, this was due to an understanding that the proper solution often turned on the precise circumstances of the individual case, thereby making it difficult to formulate general rules. Ultimately, the drafters decided to only set forth in Article 32 of the Convention situations in which all agreed that unilateral action is permissible. They agreed not to regulate other situations until such time as further experience has been gathered and further discussions may be held in light thereof. In this regard, Article 39, paragraph 3 provides that other situations are neither authorised, nor precluded.

294. Article 32 (Trans-border access to stored computer data with consent or where publicly available) addresses two situations: first, where the data being accessed is publicly available, and second, where the Party has accessed or received data located outside of its territory through a computer system in its territory, and it has obtained the lawful and voluntary consent of the person who has lawful authority to disclose the data to the Party through that system. Who is a person that is "lawfully authorised" to disclose data may vary depending on the circumstances, the nature of the person and the applicable law concerned. For example, a person’s e-mail may be stored in another country by a service provider, or a person may intentionally store data in another country. These persons may retrieve the data and, provided that they have the lawful authority, they may voluntarily disclose the data to law enforcement officials or permit such officials to access the data, as provided in the Article.

Mutual assistance regarding the real-time collection of traffic data (Article 33)

295. In many cases, investigators cannot ensure that they are able to trace a communication to its source by following the trail through records of prior transmissions, as key traffic data may have been automatically deleted by a service provider in the chain of transmission before it could be preserved. It is therefore critical for investigators in each Party to have the ability to obtain traffic data in real time regarding communications passing through a computer system in other Parties. Accordingly, under Article 33 (Mutual assistance regarding the real-time collection of traffic data), each Party is under the obligation to collect traffic data in real time for another Party. While this Article requires the Parties to co-operate on these matters, here, as elsewhere, deference is given to existing modalities of mutual assistance. Thus, the terms and conditions by which such co-operation is to be provided are generally those set forth in applicable treaties, arrangements and laws governing mutual legal assistance in criminal matters.

296. In many countries, mutual assistance is provided broadly with respect to the real time collection of traffic data, because such collection is viewed as being less intrusive than either

interception of content data, or search and seizure. However, a number of States take a narrower approach. Accordingly, in the same way as the Parties may enter a reservation under Article 14 (Scope of procedural provisions), paragraph 3, with respect to the scope of the equivalent domestic measure, paragraph 2 permits Parties to limit the scope of application of this measure to a more narrow range of offences than provided for in Article 23 (General principles relating to international co-operation). One caveat is provided: in no event may the range of offences be more narrow than the range of offences for which such measure is available in an equivalent domestic case. Indeed, because real time collection of traffic data is at times the only way of ascertaining the identity of the perpetrator of a crime, and because of the lesser intrusiveness of the measure, the use of the term "at least" in paragraph 2 is designed to encourage Parties to permit as broad assistance as possible, i.e., even in the absence of dual criminality.

Mutual assistance regarding the interception of content data (Article 34)

297. Because of the high degree of intrusiveness of interception, the obligation to provide mutual assistance for interception of content data is restricted. The assistance is to be provided to the extent permitted by the Parties' applicable treaties and laws. As the provision of co-operation for interception of content is an emerging area of mutual assistance practice, it was decided to defer to existing mutual assistance regimes and domestic laws regarding the scope and limitation on the obligation to assist. In this regard, reference is made to the comments on Articles 14, 15 and 21 as well as to N° R (85) 10 concerning the practical application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters in respect of letters rogatory for the interception of telecommunications.

Title 3 - 24/7 Network

24/7 Network (Article 35)

298. As has been previously discussed, effective combating of crimes committed by use of computer systems and effective collection of evidence in electronic form requires very rapid response. Moreover, with a few keystrokes, action may be taken in one part of the world that instantly has consequences many thousands of kilometres and many time zones away. For this reason, existing police co-operation and mutual assistance modalities require supplemental channels to address the challenges of the computer age effectively. The channel established in this Article is based upon the experience gained from an already functioning network created under the auspices of the G8 group of nations. Under this Article, each Party has the obligation to designate a point of contact available 24 hours per day, 7 days per week in order to ensure immediate assistance in investigations and proceedings within the scope of this Chapter, in

particular as defined under Article 35, paragraph 1, litterae a) - c). It was agreed that establishment of this network is among the most important means provided by this Convention of ensuring that Parties can respond effectively to the law enforcement challenges posed by computer- or computer-related crime.

299. Each Party's 24/7 point of contact is to either facilitate or directly carry out, inter alia, the providing of technical advice, preservation of data, collection of evidence, giving of legal information, and locating of suspects. The term "legal information" in Paragraph 1 means advice to another Party that is seeking co-operation of any legal prerequisites required for providing informal or formal co-operation.

300. Each Party is at liberty to determine where to locate the point of contact within its law enforcement structure. Some Parties may wish to house the 24/7 contact within its central authority for mutual assistance, some may believe that the best location is with a police unit specialised in fighting computer- or computer-related crime, yet other choices may be appropriate for a particular Party, given its governmental structure and legal system. Since the 24/7 contact is to provide both technical advice for stopping or tracing an attack, as well as such international co-operation duties as locating of suspects, there is no one correct answer, and it is anticipated that the structure of the network will evolve over time. In designating the national point of contact, due consideration should be given to the need to communicate with points of contacts using other languages.

301. Paragraph 2 provides that among the critical tasks to be carried out by the 24/7 contact is the ability to facilitate the rapid execution of those functions it does not carry out directly itself. For example, if a Party's 24/7 contact is part of a police unit, it must have the ability to co-ordinate expeditiously with other relevant components within its government, such as the central authority for international extradition or mutual assistance, in order that appropriate action may be taken at any hour of the day or night. Moreover, paragraph 2 requires each Party's 24/7 contact to have the capacity to carry out communications with other members of the network on an expedited basis.

302. Paragraph 3 requires each point of contact in the network to have proper equipment. Up-to-date telephone, fax and computer equipment will be essential to the smooth operation of the network, and other forms of communication and analytical equipment will need to be part of the system as technology advances. Paragraph 3 also requires that personnel participating as part of a Party's team for the network be properly trained regarding computer- or computer-related crime and how to respond to it effectively.

Chapter IV - Final provisions

303. With some exceptions, the provisions contained in this Chapter are, for the most part, based on the 'Model final clauses for conventions and agreements concluded within the Council of Europe' which were approved by the Committee of Ministers at the 315th meeting of the Deputies in February 1980. As most of the articles 36 through 48 either use the standard language of the model clauses or are based on long-standing treaty-making practice at the Council of Europe, they do not call for specific comments. However, certain modifications of the standard model clauses or some new provisions require some explanation. It is noted in this context that the model clauses have been adopted as a non-binding set of provisions. As the Introduction to the Model Clauses pointed out "these model final clauses are only intended to facilitate the task of committees of experts and avoid textual divergences which would not have any real justification. The model is in no way binding and different clauses may be adapted to fit particular cases."

Signature and entry into force (Article 36)

304. Article 36, paragraph 1, has been drafted following several precedents established in other conventions elaborated within the framework of the Council of Europe, for instance, the Convention on the Transfer of Sentenced Persons (ETS No. 112) and the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (ETS No. 141), which allow for signature, before their entry into force, not only by the member States of the Council of Europe, but also by non-member States which have participated in their elaboration. The provision is intended to enable the maximum number of interested States, not just members of the Council of Europe, to become Parties as soon as possible. Here, the provision is intended to apply to four non-member States, Canada, Japan, South Africa and the United States of America, which actively participated in the elaboration of the Convention. Once the Convention enters into force, in accordance with paragraph 3, other non-member States not covered by this provision may be invited to accede to the Convention in conformity with Article 37, paragraph 1.

305. Article 36, paragraph 3 sets the number of ratifications, acceptances or approvals required for the Convention's entry into force at 5. This figure is higher than the usual threshold (3) in Council of Europe treaties and reflects the belief that a slightly larger group of States is needed to successfully begin addressing the challenge of international computer- or computer-related crime. The number is not so high, however, so as not to delay unnecessarily the Convention's entry into force. Among the five initial States, at least three must be Council of Europe members, but the two others could come from the four non-member States that participated in the Convention's elaboration. This provision would of course also allow for the Convention to enter into force based on expressions of consent to be bound by five Council of Europe member States.

Accession to the Convention (Article 37)

306. Article 37 has also been drafted on precedents established in other Council of Europe conventions, but with an additional express element. Under long-standing practice, the Committee of Ministers decides, on its own initiative or upon request, to invite a non-member State, which has not participated in the elaboration of a convention, to accede to the convention after having consulted all contracting Parties, whether member States or not. This implies that if any contracting Party objects to the non-member State's accession, the Committee of Ministers would usually not invite it to join the convention. However, under the usual formulation, the Committee of Ministers could - in theory - invite such a non-member State to accede to a convention even if a non-member State Party objected to its accession. This means that - in theory - no right of veto is usually granted to non-member States Parties in the process of extending Council of Europe treaties to other non-member States. However, an express requirement that the Committee of Ministers consult with and obtain the unanimous consent of all Contracting States - not just members of the Council of Europe - before inviting a non-member State to accede to the Convention has been inserted. As indicated above, such a requirement is consistent with practice and recognises that all Contracting States to the Convention should be able to determine with which non-member States they are to enter into treaty relations. Nevertheless, the formal decision to invite a non-member State to accede will be taken, in accordance with usual practice, by the representatives of the contracting Parties entitled to sit on the Committee of Ministers. This decision requires the two-thirds majority provided for in Article 20.d of the Statute of the Council of Europe and the unanimous vote of the representatives of the contracting Parties entitled to sit on the Committee.

307. Federal States seeking to accede to the Convention, which intend to make a declaration under Article 41, are required to submit in advance a draft of the statement referred to in Article 41, paragraph 3, so that the Parties will be in a position to evaluate how the application of the federal clause would affect the prospective Party's implementation of the Convention.(see paragraph 320).

Effects of the Convention (Article 39)

308. Article 39, paragraphs 1 and 2 address the Convention's relationship to other international agreements or arrangements. The subject of how conventions of the Council of Europe should relate to one another or to other treaties, bilateral or multilateral, concluded outside the Council of Europe is not dealt with by the Model Clauses referred to above. The usual approach utilised in Council of Europe conventions in the criminal law area (e.g., Agreement on Illicit Traffic by Sea

(ETS N° 156)) is to provide that: (1) new conventions do not affect the rights and undertakings derived from existing international multilateral conventions concerning special matters; (2) Parties to a new convention may conclude bilateral or multilateral agreements with one another on the matters dealt with by the convention for the purposes of supplementing or strengthening its provisions or facilitating the application of the principles embodied in it; and (3) if two or more Parties to the new convention have already concluded an agreement or treaty in respect of a subject which is dealt with in the convention or otherwise have established their relations in respect of that subject, they shall be entitled to apply that agreement or treaty or to regulate those relations accordingly, in lieu of the new convention, provided this facilitates international co-operation.

309. Inasmuch as the Convention generally is intended to supplement and not supplant multilateral and bilateral agreements and arrangements between Parties, the drafters did not believe that a possibly limiting reference to "special matters" was particularly instructive and were concerned that it could lead to unnecessary confusion. Instead, paragraph 1 of Article 39 simply indicates that the present Convention supplements other applicable treaties or arrangements as between Parties and it mentions in particular three Council of Europe treaties as non-exhaustive examples: the 1957 European Convention on Extradition (ETS N° 24), the 1959 European Convention on Criminal Matters (ETS N° 30) and its 1978 Additional Protocol (ETS N° 99). Therefore, regarding general matters, such agreements or arrangements should in principle be applied by the Parties to the Convention on cybercrime. Regarding specific matters only dealt with by this Convention, the rule of interpretation lex specialis derogat legi generali provides that the Parties should give precedence to the rules contained in the Convention. An example is Article 30, which provides for the expedited disclosure of preserved traffic data when necessary to identify the path of a specified communication. In this specific area, the Convention, as lex specialis, should provide a rule of first resort over provisions in more general mutual assistance agreements.

310. Similarly, the drafters considered language making the application of existing or future agreements contingent on whether they "strengthen" or "facilitate" co-operation as possibly problematic, because, under the approach established in the international co-operation Chapter, the presumption is that Parties will apply relevant international agreements and arrangements.

311. Where there is an existing mutual assistance treaty or arrangement as a basis for co-operation, the present Convention would only supplement, where necessary, the existing rules. For example, this Convention would provide for the transmission of mutual assistance requests by expedited means of communications (see Article 25, paragraph 3) if such a possibility does not exist under the original treaty or arrangement.

312. Consistent with the Convention's supplementary nature and, in particular, its approach to international co-operation, paragraph 2 provides that Parties are also free to apply agreements that already are or that may in the future come into force. Precedent for such an articulation is found in the Transfer of Sentenced Persons Convention (ETS N° 112). Certainly, in the context of international co-operation, it is expected that application of other international agreements (many of which offer proven, longstanding formulas for international assistance) will in fact promote co-operation. Consistent with the terms of the present Convention, Parties may also agree to apply its international co-operation provisions in lieu of such other agreements (see Article 27(1)). In such instances the relevant co-operation provisions set forth in Article 27 would supersede the relevant rules in such other agreements. As the present Convention generally provides for minimum obligations, Article 39, paragraph 2 recognises that Parties are free to assume obligations that are more specific in addition to those already set out in the Convention, when establishing their relations concerning matters dealt with therein. However, this is not an absolute right: Parties must respect the objectives and principles of the Convention when so doing and therefore cannot accept obligations that would defeat its purpose.

313. Further, in determining the Convention's relationship to other international agreements, the drafters also concurred that Parties may look for additional guidance to relevant provisions in the Vienna Convention on the Law of Treaties.

314. While the Convention provides a much-needed level of harmonisation, it does not purport to address all outstanding issues relating to computer- or computer-related crime. Therefore, paragraph 3 was inserted to make plain that the Convention only affects what it addresses. Left unaffected are other rights, restrictions, obligations and responsibilities that may exist but that are not dealt with by the Convention. Precedent for such a "savings clause" may be found in other international agreements (e.g., UN Terrorist Financing Convention).

Declarations (Article 40)

315. Article 40 refers to certain articles, mostly in respect of the offences established by the Convention in the substantive law section, where Parties are permitted to include certain specified additional elements which modify the scope of the provisions. Such additional elements aim at accommodating certain conceptual or legal differences, which in a treaty of global ambition are more justified than they perhaps might be in a purely Council of Europe context. Declarations are considered acceptable interpretations of Convention provisions and should be distinguished from reservations, which permit a Party to exclude or to modify the legal effect of certain obligations set forth in the Convention. Since it is important for Parties to the Convention to know which, if

any, additional elements have been attached by other Parties, there is an obligation to declare them to the Secretary General of the Council of Europe at the time of signature or when depositing an instrument of ratification, acceptance, approval or accession. Such notification is particularly important concerning the definition of offences, as the condition of dual criminality will have to be met by the Parties when applying certain procedural powers. No numerical limit was felt necessary in respect of declarations.

Federal clause (Article 41)

316. Consistent with the goal of enabling the largest possible number of States to become Parties, Article 41 allows for a reservation which is intended to accommodate the difficulties federal States may face as a result of their characteristic distribution of power between central and regional authorities. Precedents exist outside the criminal law area for federal declarations or reservations to other international agreements (11)[11]. Here, Article 41 recognises that minor variations in coverage may occur as a result of well-established domestic law and practice of a Party which is a federal State. Such variations must be based on its Constitution or other fundamental principles concerning the division of powers in criminal justice matters between the central government and the constituent States or territorial entities of a federal State. There was agreement among the drafters of the Convention that the operation of the federal clause would only lead to minor variations in the application of the Convention.

317. For example, in the United States, under its Constitution and fundamental principles of federalism, federal criminal legislation generally regulates conduct based on its effects on interstate or foreign commerce, while matters of minimal or purely local concern are traditionally regulated by the constituent States. This approach to federalism still provides for broad coverage of illegal conduct encompassed by this Convention under US federal criminal law, but recognises that the constituent States would continue to regulate conduct that has only minor impact or is purely local in character. In some instances, within that narrow category of conduct regulated by State but not federal law, a constituent State may not provide for a measure that would otherwise fall within the scope of this Convention. For example, an attack on a stand-alone personal computer, or network of computers linked together in a single building, may only be criminal if provided for under the law of the State in which the attack took place; however the attack would be a federal offence if access to the computer took place through the Internet, since the use of the

[11] E.g. Convention Relating to the Status of Refugees of 28 July 1951, Art. 34; Convention Relating to the Status of Stateless Persons of 28 September 1954, Art. 37; Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958, Art. 11; Convention for the Protection of World Cultural and Natural Heritage of 16 November 1972, Art. 34.

Internet provides the effect on interstate or foreign commerce necessary to invoke federal law. The implementation of this Convention through United States federal law, or through the law of another federal State under similar circumstances, would be in conformity with the requirements of Article 41.

318. The scope of application of the federal clause has been restricted to the provisions of Chapter II (substantive criminal law, procedural law and jurisdiction). Federal States making use of this provision would still be under the obligation to co-operate with the other Parties under Chapter III, even where the constituent State or other similar territorial entity in which a fugitive or evidence is located does not criminalise conduct or does not have procedures required under the Convention.

319. In addition, paragraph 2 of Article 41 provides that a federal State, when making a reservation under paragraph 1 of this Article, may not apply the terms of such reservation to exclude or substantially diminish its obligations to provide for measures set forth in Chapter II. Overall, it shall provide for a broad and effective law enforcement capability with respect to those measures. In respect of provisions the implementation of which come within the legislative jurisdiction of the constituent States or other similar territorial entities, the federal government shall refer the provisions to the authorities of these entities with a favourable endorsement, encouraging them to take appropriate action to give them effect. .

Reservations (Article 42)

320. Article 42 provides for a number of reservation possibilities. This approach stems from the fact that the Convention covers an area of criminal law and criminal procedural law which is relatively new to many States. In addition, the global nature of the Convention, which will be open to member and non-member States of the Council of Europe, makes having such reservation possibilities necessary. These reservation possibilities aim at enabling the largest number of States to become Parties to the Convention, while permitting such States to maintain certain approaches and concepts consistent with their domestic law. At the same time, the drafters endeavoured to restrict the possibilities for making reservations in order to secure to the largest possible extent the uniform application of the Convention by the Parties. Thus, no other reservations may be made than those enumerated. In addition, reservations may only be made by a Party at the time of signature or upon deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

321. Recognising that for some Parties certain reservations were essential to avoid conflict with their constitutional or fundamental legal principles, Article 43 imposes no specific time limit for

the withdrawal of reservations. Instead, they should be withdrawn as soon as circumstances so permit.

322. In order to maintain some pressure on the Parties and to make them at least consider withdrawing their reservations, the Convention authorises the Secretary General of the Council of Europe to periodically enquire about the prospects for withdrawal. This possibility of enquiry is current practice under several Council of Europe instruments. The Parties are thus given an opportunity to indicate whether they still need to maintain their reservations in respect of certain provisions and to withdraw, subsequently, those which no longer prove necessary. It is hoped that over time Parties will be able to remove as many of their reservations as possible so as promote the Convention's uniform implementation.

Amendments (Article 44)

323. Article 44 takes its precedent from the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (ETS N° 141), where it was introduced as an innovation in respect of criminal law conventions elaborated within the framework of the Council of Europe. The amendment procedure is mostly thought to be for relatively minor changes of a procedural and technical character. The drafters considered that major changes to the Convention could be made in the form of additional protocols.

324. The Parties themselves can examine the need for amendments or protocols under the consultation procedure provided for in Article 46. The European Committee on Crime Problems (CDPC) will in this regard be kept periodically informed and required to take the necessary measures to assist the Parties in their efforts to amend or supplement the Convention.

325. In accordance with paragraph 5, any amendment adopted would come into force only when all Parties have informed the Secretary General of their acceptance. This requirement seeks to ensure that the Convention will evolve in a uniform manner.

Settlement of disputes (Article 45)

326. Article 45, paragraph 1, provides that the European Committee on Crime Problems (CDPC) should be kept informed about the interpretation and application of the provisions of the Convention. Paragraph 2 imposes an obligation on the Parties to seek a peaceful settlement of any dispute concerning the interpretation or the application of the Convention. Any procedure for solving disputes should be agreed upon by the Parties concerned. Three possible mechanisms for dispute-resolution are suggested by this provision: the European Committee on Crime Problems (CDPC) itself, an arbitral tribunal or the International Court of Justice.

Consultations of the Parties (Article 46)

327. Article 46 creates a framework for the Parties to consult regarding implementation of the Convention, the effect of significant legal, policy or technological developments pertaining to the subject of computer- or computer-related crime and the collection of evidence in electronic form, and the possibility of supplementing or amending the Convention. The consultations shall in particular examine issues that have arisen in the use and implementation of the Convention, including the effects of declarations and reservations made under Articles 40 and 42.

328. The procedure is flexible and it is left to the Parties to decide how and when to convene if they so wish. Such a procedure was believed necessary by the drafters of the Convention to ensure that all Parties to the Convention, including non-member States of the Council of Europe, could be involved - on an equal footing basis - in any follow-up mechanism, while preserving the competences of the European Committee on Crime Problems (CDPC). The latter shall not only be kept regularly informed of the consultations taking place among the Parties, but also facilitate those and take the necessary measures to assist the Parties in their efforts to supplement or amend the Convention. Given the needs of effective prevention and prosecution of cyber-crime and the associated privacy issues, the potential impact on business activities, and other relevant factors, the views of interested parties, including law enforcement, non-governmental and private sector organisations, may be useful to these consultations (see also paragraph 14).

329. Paragraph 3 provides for a review of the Convention's operation after 3 years of its entry into force, at which time appropriate amendments may be recommended. The CDPC shall conduct such review with the assistance of the Parties.

330. Paragraph 4 indicates that except where assumed by the Council of Europe it will be for the Parties themselves to finance any consultations carried out in accordance with paragraph 1 of Article 46. However, apart from the European Committee on Crime Problems (CDPC), the Council of Europe Secretariat shall assist the Parties in their efforts under the Convention.

Notes:

(1) Implementation of Recommendation N° R (89) 9 on computer-related crime, Report prepared by Professor Dr. H.W.K. Kaspersen (doc. CDPC (97) 5 and PC-CY (97) 5, page 106).

(2) See Computer-related crime, Report by the European Committee on Crime Problems, page 86.

(3) See Problems of criminal procedural law connected with information technology, Recommendation N° R (95) 13, principle n° 17.

(4) The text of the Convention had been amended according to the provisions of Protocol No. 3 (ETS No. 45), which entered into force on 21 September 1970, of Protocol No. 5 (ETS No. 55), which entered into force on 20 December 1971 and of Protocol No. 8 (ETS No. 118), which entered into force on 1 January 1990, and comprised also the text of Protocol No. 2 (ETS No. 44) which, in accordance with Article 5, paragraph 3 thereof, had been an integral part of the Convention since its entry into force on 21 September 1970. All provisions which had been amended or added by these Protocols are replaced by Protocol No. 11 (ETS No. 155), as from the date of its entry into force on 1 November 1998. As from that date, Protocol No. 9 (ETS No. 140), which entered into force on 1 October 1994, is repealed and Protocol No. 10 (ETS No. 146) has lost its purpose.

(5) ECHR Judgment in the case of Klass and others v. Germany, A28, 06/09/1978.

(6) ECHR Judgment in the case of Kruslin v. France, 176-A, 24/04/1990.

(7) ECHR Judgment in the case of Huvig v. France, 176-B, 24/04/1990.

(8) ECHR Judgment in the case of Malone v. United Kingdom, A82, 02/08/1984.

(9) ECHR Judgment in the case of Halford v. United Kingdom, Reports 1997 - III, 25/06/1997.

(10) ECHR Judgment in the case of Lambert v. France, Reports 1998 - V, 24/08/1998.

(11) E.g. Convention Relating to the Status of Refugees of 28 July 1951, Art. 34; Convention Relating to the Status of Stateless Persons of 28 September 1954, Art. 37; Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958, Art. 11; Convention for the Protection of World Cultural and Natural Heritage of 16 November 1972, Art. 34.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

Numarası : 4755

Kabul Tarihi : 09.05.2002

Resmi Gazete Sayısı : 24755

Resmi Gazete Tarihi: 14.05.2002

MADDE 1. - 8 Eylül 2000 tarihinde New York'ta imzalanan "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol"ün ekli beyan yapılmak suretiyle onaylanması uygun bulunmuştur.

MADDE 2. - Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3. - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi :

Bakanlar Kurulu Karar No : 2002/4241

Resmi Gazete Sayısı : 24799

Resmi Gazete Tarihi : 28.06.2002

Bakanlar Kurulu Kararı

KONU: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari : Protokol'ün Beyan Yapılmak Suretiyle Onaylanması Hakkında Karar

KARAR SAYISI:2002/4241

8 Eylül 2000 tarihinde New York'ta imzalanan ve 9/5/2002 tarihli ve 4755 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ilişik "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol"ün ekli beyan yapılmak suretiyle onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 14/5/2002 tarihli ve UKGY/178450 sayılı yazısı üzerine, 3İ/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre; Bakanlar Kurulu'nca 28/5/2002 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol

İşbu Protokol'e Taraf olan Devletler,

Taraf Devletlerin, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin amaçlarını daha fazla gerçekleştirmek ve Sözleşme hükümlerinin, özellikle 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 ve 36. maddelerinin daha iyi uygulanmasını sağlayabilmek amacıyla, çocuk satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisinden çocukların korunmasını güvence altına almak için almaları gereken önlemleri arttırmalarının uygun olacağını düşünerek;

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin, çocukları ekonomik istismardan ve çocuk açısından tehlike arzedebilecek veya çocuğun eğitimini aksatabilecek veya, çocuk sağlığına veya fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ya da sosyal gelişimine zarar verebilecek herhangi bir işte çalışmaktan korunma hakkını tanıdığını da gözönünde bulundurarak,

Çocuk satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi amacıyla yapılan kaydadeğer ve giderek artan uluslararası çocuk ticaretinden ciddi endişe duyarak,

Çocukların özellikle duyarlı oldukları yaygın ve sürekli seks turizmi uygulamasından çocuk satışını, çocuk fahişeliğini ve çocuk pornografisini doğrudan teşvik etmesi nedeniyle derin endişe duyarak,

Kız çocukları dahil olmak üzere, özellikle duyarlılık taşıyan bir takım grupların cinsel istismara maruz kalma hususunda daha büyük bir risk altında olduklarını ve kız çocuklarının cinsel açıdan istismar edilenler arasında orantısız ölçüde temsil edildiklerini kabul ederek,

Çocuk pornografisinin internette ve diğer gelişen teknolojiler, üzerinde artan erişilebilirliğinden endişe duyarak ve internet üzerinde Çocuk Pornografisiyle Mücadele Uluslararası Konferansı'nı

(Viyana, 1999) ve özellikle de, bu konferansın çocuk pornografisinin üretiminin, dağıtımının, ihracatının, naklinin, ithalatının, kasıtlı zilyetliğinin ve reklamının tüm dünyada suç olarak kabul edilmesi için çağrıda bulunan sonuç kararını anımsayarak ve hükümetler ile internet endüstrisi arasında daha yakın işbirliği ve ortaklığın önemini vurgulayarak,

Çocuk satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisinin ortadan kaldırılmasının, az gelişmişlik, yoksulluk, ekonomik eşitsizlikler, adil olmayan sosyo-ekonomik yapı, gereği gibi işlemeyen aile yapısı, eğitim eksikliği, kır- kent arası göç, cinsiyet ayrımcılığı, yetişkinlerin sorumsuz cinsel davranışları, zararlı geleneksel uygulamalar, silahlı çatışmalar ve çocuk ticareti dahil, bu durumu ağırlaştıran etkenleri ele alan bütüncül bir yaklaşım benimsemekle kolaylaşacağına inanarak,

Çocuk satışına, çocuk fahişeliğine ve çocuk pornografisine olan tüketici talebini azaltmak amacıyla kamuoyundaki bilinci arttırmak için çaba göstermek gerektiğine ve tüm taraflar arasındaki küresel ortaklığın güçlendirilmesinin ve ulusal düzeyde hukukun uygulanmasının geliştirilmesinin de önemine inanarak,

Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinmede İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi, Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine ilişkin Lahey Sözleşmesi, Çocukların Korunması için Tedbirler ve Ebeveyn Sorumluluğu ile ilgili İşbirliği, Tanıma, Tenfiz, Uygulanabilir Kanun ve Mahkeme Yetkisine ilişkin Lahey Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 182 sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Acil Eylem Sözleşmesi gibi çocukların korunmasına ilişkin uluslararası yasal düzenlemelerin hükümlerini kaydederek,

Çocuk haklarının ilerletilmesi ve korunmasına yönelik geniş çaplı bağlılığı ortaya koyan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye gösterilen güçlü destekten cesaret alarak,

Çocukların Satışını, Çocuk Fahişeliğini ve Çocuk Pornografisini Önlemek için Eylem Programı'nın hükümlerinin ve Çocukların Ticari Amaçlı Cinsel İstismarına Karşı 1996 Stokholm Kongresi Bildirisi ve Eylem Gündemi'nin ve ilgili uluslararası organların bu konulardaki diğer karar ve tavsiyelerinin uygulanmasının önemini kabul ederek,

Çocuğun korunması ve uyumlu gelişimi için her halkın geleneklerinin ve kültürel değerlerinin önemini gerektiği gibi dikkate alarak,

Aşağıdaki maddeler üzerinde anlaşma sağlamışlardır:

Madde 1

Taraf Devletler çocuk satışını, çocuk fahişeliğini ve çocuk pornografisini bu Protokol uyarınca yasaklayacaklardır.

Madde 2

İşbu Protokol'ün amacı bakımından:

(a) Çocuk satışı, herhangi bir şahıs veya bir grup şahıs tarafından, ücret ya da başka herhangi birşey karşılığında bir çocuğun başka birine devredildiği herhangi bir fiil veya işlem anlamına gelmektedir.

(b) Çocuk fahişeliği, bir çocuğun ücret veya başka herhangi birşey karşılığında cinsel faaliyetlerde kullanılması demektir.

(c) Çocuk pornografisi, çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir.

Madde 3

1. Her Taraf Devlet asgari olarak aşağıdaki fiil ve faaliyetlerin ülke içinde veya ülke dışında veya ferdi veya örgütlü bir biçimde işlenmiş olup olmamalarına bakılmaksızın, kendi suç veya ceza yasalarının tam anlamıyla kapsamı içine girdiğini garanti edecektir.

(a) 2. maddede tanımlandığı üzere, çocuk satışı çerçevesinde:

(i) Hangi yolla olursa olsun, çocuğun,

a. Cinsel istismarı,

b. Organlarının kar sağlama amacıyla nakli,

c. Zorla çalıştırılması amaçlarıyla teklifi, teslimi ya da kabulü;

(ii) Evlat edinme konusunda yürürlükteki uluslararası yasal düzenlemeler ihlal edilmek suretiyle bir çocuğun evlat edinilmesi için uygunsuz bir şekilde rıza istihsal edilmesini teminen aracılık yapılması,

(b) Çocuğun, 2. maddede tanımlandığı üzere, çocuk fahişeliği amacıyla teklifi, elde edilmesi, tedariki veya temini;

(c) 2. maddede tanımlandığı üzere, çocuk pornografisinin, yukarıda belirtilen amaçlar için üretimi, dağıtımı, yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya zilyetliği;

2. Taraf Devletlerin ulusal mevzuatına bağlı kalmak kaydıyla, yukarıdaki hükümler, bu fiillerden herhangi birine teşebbüs halinde ve bu fiillerden herhangi birine suç ortaklığı veya katılım olduğunda da uygulanacaktır.

3. Her Taraf Devlet bu fiilleri, vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir suçlar haline getirecektir.

4. Ulusal mevzuata bağlı kalmak kaydıyla, her Taraf Devlet, uygun olduğu hallerde, tüzel kişilerin bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen suçlara ilişkin yükümlülüklerini tesis etmek için önlemler alacaktır. Taraf devletin yasal ilkelerine bağlı kalmak kaydıyla, tüzel kişilerin sorumluluğu cezai, hukuki veya idari olabilir.

5. Taraf Devletler evlat edinmeye müdahil olan tüm şahısların yürürlükteki uluslararası yasal düzenlemelere uygun bir biçimde hareket etmesini sağlamak için uygun olan her türlü yasal ve idari önlemi alacaklardır.

Madde 4

1. Her Taraf Devlet, suçun kendi topraklarında veya kendi kayıtlarında yeralan bir gemide veya bir uçakta işlenmesi halinde, 3. maddenin 1. fıkrasında atıfta bulunulan suçlar üzerinde yargılama yetkisini tesis etmek için gerekli olabilecek bütün önlemleri alacaktır.

2. Her Taraf Devlet 3. maddenin 1. fıkrasında atıfta bulunulan suçlar üzerinde yargılama yetkisini tesis etmek için aşağıdaki durumlarda gerekli olabilecek bütün önlemleri alacaktır:

(a) Suç isnat edilen kişi o devletin uyruğu ise veya o devletin topraklarında ikamet ediyorsa;

(b) Mağdur o devletin uyruğu ise;

3. Her Taraf Devlet, suç isnat edilen şahsın kendi topraklarında bulunması halinde ve suçun kendi uyruğu olan biri tarafından işlenmiş olmasına dayanarak anılan şahsı başka bir Taraf Devlete iade etmiyorsa, yukarıda belirtilen suçlar üzerinde yargılama yetkisini tesis etmek için de gerekli olabilecek bütün önlemleri alacaktır.

4. Bu Protokol, iç hukuk uyarınca uygulanan herhangi bir cezai yargılama yetkisini ortadan kaldırmaz.

Madde 5

1. 3. maddenin 1. fıkrasında belirtilen suçların Taraf Devletler arasında herhangi bir suçluların iadesi sözleşmesine iadeyi gerektiren suçlar olarak dahil edilecekleri kabul edilecektir; ve bu suçlar Taraf Devletler arasında sonradan akdedilen her iade andlaşmasına da, bu andlaşmalarda öngörülen koşullarla uyum içinde, iade gerektiren suçlar olarak dahil edileceklerdir.

2. Eğer, suçluların iadesini bir sözleşmenin mevcudiyeti, koşuluna dayandıran bir Taraf Devlet aralarında iade sözleşmesi bulunmayan başka bir Taraf Devletten iade talebi alırsa, bu Protokolü, bu tür suçlarda suçluların iadesine ilişkin bir yasal zemin olarak değerlendirebilir. iade, talepte bulunulan Devlet hukukunun öngördüğü koşullara tabidir.

3. iadeyi bir andlaşmanın mevcudiyeti koşuluna dayandırmayan Taraf Devletler bu tür suçları, iadenin talepte bulunulan ülkenin hukukunun öngördüğü koşullara tabi olması kaydıyla, kendi aralarında iade gerektiren suçlar olarak tanıyacaklardır.

4. Bu tür suçlar, Taraf Devletler arasında suçluların iadesi amacıyla yalnızca suçun meydana geldiği yerde işlenmiş gibi değil, aynı zamanda 4. madde uyarınca kendi yargılama hakkını tesis eden Devletlerin topraklarında işlenmiş gibi muamele görecektir.

5. Eğer 3. maddenin 1. fıkrasında tanımlanan bir suça ilişkin bir iade talebinde bulunulursa ve eğer talepte bulunulan Taraf Devlet iadeyi suçlunun uyruğu temelinde gerçekleştirmez veya gerçekleştirmeyecek ise, iade talebinde bulunan Taraf Devlet dava açılması amacıyla durumun kendi yetkili makamlarına intikali için uygun önlemleri alacaktır.

Madde 6

1. Taraf Devletler 3. maddenin 1. fıkrasında ileri sürülen suçlara yönelik soruşturma veya ceza veya suçluları iade davaları bağlamında ellerinde bulunan duruşmalar için gerekli delillerin temin edilmesinde yardım dahil, birbirlerine en büyük ölçüde yardımı yapacaklardır.

2. Taraf Devletler işbu maddenin 1. fıkrası çerçevesindeki yükümlülüklerini karşılıklı yasal yardıma ilişkin olarak aralarında varolan herhangi bir andlaşma veya diğer düzenlemelerle uyum içinde yerine getireceklerdir. Taraf Devletler bu tür bir andlaşma ya da düzenlemenin yokluğu halinde birbirlerine yardımlarını kendi iç hukukları çerçevesinde üstleneceklerdir.

Madde 7

Taraf Devletler kendi ulusal hukuklarının hükümlerine tabi olmak kaydıyla,

(a) Aşağıdaki unsurların zapt ve müsadere edilmesini sağlamak için uygun olan önlemleri alacaklardır.

(i) işbu Protokol'de belirtilen suçları işlemek veya bu suçların işlenmesini kolaylaştırmak için kullanılan malzeme, mal ve diğer araç gibi hertürlü eşyalar;

(ii) Bu tür suçlardan elde edilen kazanç;

(b) (a) bendinde belirtilen mallara ve kazanca yönelik başka bir Taraf Devletten gelen zapt ve müsadere taleplerini yerine getireceklerdir.

(c) Bu suçları işlemek için kullanılan bina ve müştemilat dahil alanın, geçici veya kesin surette kapatılmasını amaçlayan önlemler alacaklardır.

Madde 8

1. Taraf Devletler çocuk mağdurların haklarını ve çıkarlarını işbu Protokol ile yasaklanmış olan uygulamalardan korumak için uygun önlemleri ceza adaleti sürecinin her aşamasında ve özellikle de,

(a) Çocuk mağdurların duyarlılıklarını kabul ederek ve onların tanık sıfatıyla özel ihtiyaçları da dahil olmak üzere özel ihtiyaçlarını karşılayacak usülleri uyarlayarak;

(b) Çocuk mağdurları sahip oldukları hakları, adalet sürecindeki rolleri, duruşmaların kapsamı, zamanlaması, gelişimi ve davalarının vaziyeti konusunda bilgilendirerek;

(c) Çocuk mağdurların görüşlerinin, ihtiyaçlarının ve endişelerinin şahsi çıkarlarının etkilendiği duruşmalarda dile getirilmesine ve gözönünde bulundurulmasına ulusal hukukun usul kurallarıyla tutarlı bir biçimde müsaade edilerek;

(d) Yasal sürecin tümü boyunca çocuk mağdurlara uygun destek hizmetlerini sağlayarak;

(e) Çocuk mağdurların mahremiyetini ve kimliklerini uygun şekilde koruyarak ve kimliklerinin tespit edilmesine yol açabilecek bilgilerin uygunsuz bir biçimde yayılmasını önlemek için ulusal yasalara uygun önlemleri alarak;

(f) Çocuk mağdurların ve onların yanısıra ailelerinin ve lehine tanıklık edenlerin korkutma ve misillemelere karşı güvenliklerini gereken durumlarda sağlayarak;

(g) Davaların düzenlenmesinde, mahkeme kararlarının icra ve infazında veya çocuk mağdurlara tazminat öngören emirlerin veya kararnamelerin icrasında gereksiz ertelemelerden kaçınarak, benimseyeceklerdir.

2. Taraf Devletler, mağdurun gerçek yaşına ilişkin belirsizliğin, mağdurun yaşını tespit etmeye yönelik soruşturma dahil, cezai soruşturmanın başlamasına engel teşkil etmeyeceğini garanti edeceklerdir.

3. Taraf Devletler, işbu Protokol'de tanımlanan suçların mağduru çocuklara yönelik ceza adaleti sistemi muamelelerinde, çocuğun en yüksek çıkarlarının öncelikli olarak gözetilmesini garanti edeceklerdir.

4. Taraf Devletler, işbu Protokol tarafından yasaklanan suçların çocuk kurbanları ile çalışan kişilerin, özellikle hukuki ve psikolojik olmak üzere, uygun eğitime tabi tutulmalarını sağlayabilmek için önlemler alacaklardır.

5. Taraf Devletler gerekli durumlarda bu tür suçların çocuk mağdurlarının önlenmesine ve/veya korunmasına ve rehabilitasyonuna müdahil olmuş kişilerin ve/veya örgütlerin güvenliğini ve bütünlüğünü koruyabilmek amacıyla önlemler alacaklardır.

6. Bu maddede yeralan hiçbir hüküm sanığın adil ve tarafsız bir duruşma hakkına halel getirmeyecek ve bu hakla çelişir biçimde yorumlanmayacaktır.

Madde 9

1. Taraf Devletler işbu Protokol'de belirtilen suçları önlemek için gerekli kanunları, idari önlemleri, sosyal politikaları ve programları kabul edecek veya güçlendirecek, uygulayacak ve yayacaklardır. Bu fiillere karşı özellikle duyarlı olan çocukların korunmasına özel dikkat gösterilecektir.

2. Taraf Devletler önleyici tedbirler ve bu Protokol'de belirtilen suçların zarar verici etkileri hakkında tüm uygun araçlarla edinilecek bilgi, eğitim ve öğretim yoluyla çocuklar dahil kamuoyunun, büyük ölçüde bilincini arttıracaklardır. Taraf Devletler bu maddedeki yükümlülüklerini yerine getirirken toplumun ve özellikle de çocukların ve çocuk mağdurların, bu türden bilgilendirme ve eğitim ve öğretim programlarına, uluslararası düzey de dahil olmak üzere, katılımını teşvik edeceklerdir.

3. Taraf Devletler bu tür suçların mağdurlarına sosyal açıdan topluma geri kazandırılmaları ve fiziksel ve psikolojik yönden tamamen iyileşmeleri dahil olmak üzere uygun olan tüm yardımları temin etmek amacıyla mümkün olan her türlü önlemi alacaklardır.

4. Taraf Devletler işbu Protokol'de tanımlanan suçların tüm çocuk mağdurlarına yasal sorumlulardan zararlarının tazmin edilmesine ilişkin kanuni yollardan ayrım gözetilmeksizin yararlanmalarını sağlayacaklardır.

5. Taraf Devletler bu Protokol'de tanımlanan suçların reklamında kullanılan malzemelerin üretiminin ve yayılmasının etkin şekilde yasaklanması için uygun önlemleri alacaklardır.

Madde 10

1. Taraf Devletler çocuk satışı, çocuk fahişeliği, çocuk pornografisi ve çocuk seks turizmini içeren faaliyetlerden sorumlu olanların önlenmesine, meydana çıkarılmasına, soruşturma, kovuşturma ve cezalandırılmasına yönelik uluslararası işbirliğini çok taraflı, bölgesel ve iki taraflı düzenlemelerle güçlendirmek için gerekli olan bütün adımları atacaklardır. Taraf Devletler kendi makamları, ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları ve uluslararası örgütler arasındaki uluslararası işbirliği ve eşgüdümü de geliştireceklerdir.

2. Taraf Devletler çocuk mağdurlara fiziksel ve psikolojik yönden iyileşmeleri, sosyal açıdan topluma geri kazandırılmaları ve vatanlarına geri dönmeleri konusunda yardımcı olabilmek için uluslararası işbirliğini geliştireceklerdir.

3. Taraf Devletler çocukların, satış, fahişelik, pornografi uygulamaları ve çocuk seks turizmine karşı zaafiyetini arttıran yoksulluk, az gelişmişlik gibi temel nedenleri ele almak amacıyla uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesini teşvik edeceklerdir.

4. Taraf Devletler, yapabildikleri takdirde, mevcut çok taraflı, bölgesel ve ikili veya diğer programlar yoluyla mali, teknik veya diğer yardımları sağlayacaklardır.

Madde 11

Bu Protokol'deki hiçbir hüküm çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha fazla imkan sağlayan ve

(a) Taraf Devletin hukuku veya

(b) Taraf Devlet açısından yürürlükte olan uluslararası hukuk, kapsamında yeralabilecek herhangi bir hükmü etkilemeyecektir.

Madde 12

1. Her Taraf Devlet, Protokol'ün kendisi açısından yürürlüğe giriş tarihinden başlayarak iki yıl içinde, Protokol'ün hükümlerinin uygulanması için almış olduğu önlemlere ilişkin kapsamlı bilgi içeren bir raporu Çocuk Hakları Komitesi'ne sunacaktır.

2. Kapsamlı raporun verilmesinden sonra, her Taraf Devlet Çocuk Hakları Komitesi'ne sunduğu rapora Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca bu Protokol'ün uygulanmasına ilişkin her türlü ilave bilgiyi ekleyecektir. Bunun dışında, Protokol'e Taraf Devletler her beş yılda bir rapor sunacaklardır.

3. Çocuk Hakları Komitesi Taraf Devletlerden bu Protokol'ün uygulanmasına yönelik ilave bilgi talebinde bulunabilecektir.

Madde 13

1. İşbu Protokol Sözleşme'ye taraf olan veya Sözleşme'yi imzalamış bulunan herhangi bir Devletin imzasına açıktır.

2. İşbu Protokol Sözleşme'ye taraf olan veya Sözleşme'yi imzalamış bulunan herhangi bir Devletin onayına tabidir ve katılıma açıktır. Onay veya katılıma ilişkin belgeler Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nce saklanacaktır.

Madde 14

1. İşbu Protokol onaylama veya katılıma ilişkin onuncu belgenin Saklayıcıya verilmesinden üç ay sonra yürürlüğe girecektir.

2. İşbu Protokol onu onaylayan veya yürürlüğe girmesinden sonra katılan her Devlet bakımından, o Devlet'in onay veya katılım belgesini Saklayıcıya verdiği tarihten bir ay sonra yürürlüğe girecektir.

Madde 15

1. Herhangi bir Taraf Devlet işbu Protokol'ü Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne yapacağı yazılı bir bildirimle, herhangi bir zamanda feshedebilir. Bunun üzerine Genel Sekreter, Sözleşmeye taraf diğer Devletleri ve Sözleşmeyi imzalamış bulunan tüm Devletleri bu konuda bilgilendirir. Fesih, bildirimin Genel Sekreterce teslim alınmasından bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

2. Böyle bir fesih bildirimi feshin yürürlüğe girmesinden önce meydana gelebilecek herhangi bir suç açısından Taraf Devlet'in işbu Protokol çerçevesindeki yükümlülüklerinin ortadan kalkması sonucunu doğurmayacaktır. Aynı şekilde böyle bir fesih bildirimi, feshin yürürlüğe girmesinden önce, Komite tarafından görüşülmekte olan herhangi bir hususun ele alınmasına devam edilmesine hiçbir şekilde halel getirmeyecektir.

Madde 16

1. Herhangi bir Taraf Devlet bir değişiklik önerisinde bulunabilir ve bunu Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne ibraz edebilir. Genel Sekreter bunun üzerine, değişiklik önerisini Taraf Devletlere, önerilerin görüşülmesi ve oylanması amacıyla bir Taraf Devletler Konferansı düzenlenmesini isteyip istemediklerini bildirmeleri talebiyle iletecektir. Böyle bir bildirimi müteakip, dört ay içinde Taraf Devletlerin en az üçte birinin Konferans yapılmasını istemesi durumunda, Genel Sekreter, Birleşmiş Milletler himayesinde Konferansı toplayacaktır. Konferansta hazır bulunan ve oy veren Taraf Devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen herhangi bir değişiklik önerisi onay için Genel Kurula sunulacaktır.

2. İşbu maddenin 1. fıkrasına uygun olarak kabul edilen bir değişiklik önerisi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanıp Taraf Devletlerin üçte iki çoğunluğunca kabul edildiğinde yürürlüğe girecektir.

3. Yürürlüğe giren bir değişiklik önerisi, öneriyi kabul eden Taraf Devletler için bağlayıcılık kazanacaktır. Diğer Taraf Devletler ise, işbu Protokol'ün hükümleri ve daha önce kabul etmiş oldukları herhangi bir değişiklik ile bağlı kalmaya devam edeceklerdir.

Madde 17

1. İşbu Protokol'ün, eşit derecede geçerli olan Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca metinleri Birleşmiş Milletler arşivlerinde saklanacaktır.

2. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri işbu Protokol'ün onaylı örneklerini Sözleşme'ye Taraf tüm Devletlere ve Sözleşme'yi imzalamış bulunan Devletlere iletecektir.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanması Sırasında Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Yapılan Beyanın Metni Türkiye Cumhuriyeti işbu İhtiyari Protokol'ün hükümlerini yalnızca tanıdığı ve diplomatik ilişki kurduğu Taraf Devletlere karşı uygulayacağını beyan eder.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Madde 1

Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.

Madde 2

Taraf Devletler, bu Sözleşme'de yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana-babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayrım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.

Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırıma veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemi alırlar.

Madde 3

Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik,sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.

Madde 4

Taraf Devletler, bu Sözleşme'de tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri alırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, Taraf Devletler eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası işbirliği çerçevesinde bu tür önlemler alırlar.

Madde 5

Taraf Devletler, bu Sözleşme'nin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-

babanın, yerel gelenekler öngörüyorsa uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı gösterirler.

Madde 6

Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.

Madde 7

Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması sözkonusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.

Madde 8

Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.

Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarından veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.

Madde 9

Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girişilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, anababanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.

Böyle bir ayrılık, bir Taraf Devlet tarafından girişilen ve çocuğun kendisinin ana veya babasının veya her ikisinin birden tutuklanmasını, hapsini, sürgün, sınırdışı edilmesini veya ölümünü (ki buna devletin gözetimi altında iken nedeni ne olursa olsun meydana gelen ölüm dahildir) tevlit eden herhangi benzer bir işlem sonucu olmuşsa, bu Taraf Devlet, istek üzerine ve çocuğun esenliğine zarar vermemek koşulu ile; ana-babaya, çocuğa veya uygun olursa, ailenin bir başka üyesine, sözkonusu aile bireyinin ya da bireylerinin bulunduğu yer hakkında gereken bilgiyi verecektir. Taraf Devletler, böyle bir istemin başlı başına sunulmasının ilgili kişi veya kişiler bakımından aleyhe hiç bir sonuç yaratmamasını ayrıca taahhüt ederler.

Madde 10

9'uncu Maddenin 1'inci fıkrası uyarınca Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, çocuk veya ana-babası tarafından, ailenin birleşmesi amaçlarıyla yapılan bir Taraf Devlet ülkesine girme ya da onu terketme konusundaki her başvuru, Taraf Devletlerce olumlu, insani ve ivedi bir tutumla ele alınacaktır. Taraf Devletler, bu tür bir başvuru yapılmasının başvuru sahipleri veya aile üyeleri aleyhine sonuçlar yaratmamasını taahhüt ederler.

Ana-babası, ayrı devletlerde oturan bir çocuk olağanüstü durumlar hariç, hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Bu nedenle ve 9 uncu maddenin 1 inci fıkrasına göre Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, Taraf Devletler çocuğun ve ana-babasının Taraf Devletlerin ülkeleri dahil herhangi bir ülkeyi terketmeye ve kendi ülkelerine dönme hakkına saygı gösterirler. Herhangi bir ülkeyi terketme hakkı, yalnızca yasada öngörüldüğü gibi ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığı ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacı ile ve işbu Sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlamalara konu olabilir.

Madde 11

Taraf Devletler, çocukların yasadışı yollarla ülke dışına çıkarılıp geri döndürülmemesi halleriyle mücadele için önlemler alırlar.

Bu amaçla Taraf Devletler iki ya da çok taraflı anlaşmalar yapılmasını ya da mevcut anlaşmalara katılmayı teşvik ederler.

Madde 12

Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.

Madde 13

Çocuk, düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahiptir; bu hak, ülke sınırlarına bağlı olmaksızın; yazılı, sözlü, basılı, sanatsal biçimde veya çocuğun seçeceği başka bir araçla her türlü haber ve düşüncelerin araştırılması, elde edilmesi ve verilmesi özgürlüğünü içerir.

Bu hakkın kullanılması yalnızca:

Başkasının haklarına ve itibarına saygı;

Milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu sağlığı ve ahlakın korunması nedenleriyle ve kanun tarafından öngörülmek ve gerekli olmak kaydıyla yapılan sınırlamalara konu olabilir.

Madde 14

Taraf Devletler, çocuğun düşünce, vicdan ve din özgürlükleri hakkına saygı gösterirler.

Taraf Devletler, ana-babanın ve gerekiyorsa yasal vasilerin; çocuğun yeteneklerinin gelişmesiyle bağdaşır biçimde haklarının kullanılmasında çocuğa yol gösterme konusundaki hak ve ödevlerine, saygı gösterirler.

Bir kimsenin dinini ve inançlarını açıklama özgürlüğü kanunla öngörülmek ve gerekli olmak kaydıyla yalnızca kamu güvenliği, düzeni, sağlık ya da ahlâki ya da başkalarının temel hakları ve özgürlüklerini korumak gibi amaçlarla sınırlandırılabilir.

Madde 15

Taraf Devletler, çocuğun dernek kurma ve barış içinde toplanma özgürlüklerine ilişkin haklarını kabul ederler.

Bu hakların kullanılması, ancak yasayla zorunlu kılınan ve demokratik bir toplumda gerekli olan ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni yararına olarak ya da kamu sağlığı ve ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla yapılan sınırlamalardan başkalarıyla kısıtlandırılamaz.

Madde 16

Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz.

Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

Madde 17

Taraf Devletler, kitle iletişim araçlarının önemini kabul ederek çocuğun; özellikle toplumsal, ruhsal ve ahlâki esenliği ile bedensel ve zihinsel sağlığını geliştirmeye yönelik çeşitli ulusal ve uluslararası kaynaklardan bilgi ve belge edinmesini sağlarlar. Bu amaçla Taraf Devletler:

Kitle iletişim araçlarını çocuk bakımından toplumsal ve kültürel yararı olan ve 29 uncu maddenin ruhuna uygun bilgi ve belgeyi yaymak için teşvik ederler;

Çeşitli kültürel, ulusal ve uluslararası kaynaklardan gelen bu türde bilgi ve belgelerin üretimi, değişimi ve yayımı amacıyla uluslararası işbirliğini teşvik ederler;

Çocuk kitaplarının üretimini ve yayılmasını teşvik ederler;

Kitle iletişim araçlarını azınlık grubu veya bir yerli ahaliye mensup çocukların dil gereksinimlerine özel önem göstermeleri konusunda teşvik ederler;

13 ve 18'inci maddelerde yeralan kurallar gözönünde tutularak çocuğun esenliğine zarar verebilecek bilgi ve belgelere karşı korunması için uygun yönlendirici ilkeler geliştirilmesini teşvik ederler.

Madde 18

Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler herşeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler.

Bu Sözleşme'de belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.

Taraf Devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar.

Madde 19

Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir.

Madde 20

Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.

Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır.

Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında. bakıcı aile yanına verme, İslâm Hukukunda kefalet (kafalah), evlât edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir. Çözümler düşünülürken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğine gereken saygı gösterilecektir.

Madde 21

Evlât edinme sistemini kabul eden ve/veya buna izin veren Taraf Devletler, çocuğun en yüksek yararlarının temel düşünce olduğunu kabul edecek ve aşağıdaki ilkeleri gerçekleştireceklerdir:

Bir çocuğun evlât edinilmesine ancak yetkili makam karar verir. Bu makam uygulanabilir yasa ve usullere göre ve güvenilir tüm bilgilerin ışığında; çocuğun, ana-babası, yakınları ve yasal vasisine göre durumunu gözönüne alarak ve gereken durumlarda tüm ilgililerle yapılacak görüşme sonucu onların da evlât edinme konusundaki onaylarını alma zorunluluğuna uyarak, kararını verir;

Çocuğun kendi ülkesinde elverişli biçimde bakılması mümkün olmadığı veya evlât edinecek veya yanına yerleştirilecek aile bulunmadığı taktirde, ülkelerarası evlât edinmenin çocuk bakımından uygun bir çözüm olduğunu kabul ederler;

Başka bir ülkede evlât edinilmesi düşünülen çocuğun, kendi ülkesinde mevcut evlât edinme durumuyla eşdeğer olan güvence ve ölçülerden yararlanmasını sağlarlar;

Ülkelerarası evlât edinmede, yerleştirmenin ilgililer bakımından yasadışı para kazanma konusu olmaması için gereken bütün önlemleri alırlar;

Bu maddedeki amaçları, uygun olduğu ölçüde, ikili ya da çok taraflı düzenleme veya anlaşmalarla teşvik ederler ve bu çerçevede, çocuğun başka bir ülkede yerleştirilmesinin yetkili makam veya organlar tarafından yürütülmesini güvenceye almak için çaba gösterirler.

Madde 22

Taraf Devletler, ister tek başına olsun isterse ana-babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun, bu Sözleşmede ve insan haklarına veya insani konulara ilişkin ve sözkonusu Devletlerin taraf oldukları diğer Uluslararası Sözleşmelerde tanınan ve bu duruma uygulanabilir nitelikte bulunan hakları kullanması amacıyla koruma ve insani yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alırlar.

Bu nedenle, Taraf Devletler, uygun gördükleri ölçüde, Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve onunla işbirliği yapan hükümetlerarası ve hükümetdışı yetkili başka kuruluşlarla bu durumda olan bir çocuğu korumak, ona yardım etmek, herhangi bir mülteci çocuğun ailesi ile yeniden biraraya gelebilmesi için ana-babası veya ailesinin başka üyeleri hakkında bilgi toplamak amacıyla işbirliğinde bulunurlar. Herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli ya da geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa bu Sözleşmeye göre tanınan koruma, aynı esaslar içinde, ana-babası ya da ailesinin başkaca üyelerinden hiçbirisi bulunmayan çocuğa da tanınacaktır.

Madde 23

Taraf Devletler zihinsel ya da bedensel özürlü çocukların saygınlıklarını güvence altına alan, özgüvenlerini geliştiren ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılmalarını kolaylaştıran şartlar altında eksiksiz bir yaşama sahip olmalarını kabul ederler.

Taraf Devletler, özürlü çocukların özel bakımdan yararlanma hakkını tanırlar ve eldeki kaynakların yeterliliği ölçüsünde ve yapılan başvuru üzerine, yardımdan yararlanabilecek durumda olan çocuğa ve onun bakımından sorumlu olanlara, çocuğun durumu ve ana-babanın veya çocuğa bakanların içinde bulundukları koşullara uygun düşecek yardımın yapılmasını teşvik ve taahhüt ederler.

Özürlü çocuğun, özel bakıma gereksinimi olduğu bilincinden hareketle bu maddenin 2’nci fıkrası uyarınca yapılması öngörülen yardım, çocuğun ana-babasının ya da çocuğa bakanların parasal

(mali) durumları gözönüne alınarak, olanaklar ölçüsünde ücretsiz sağlanır. Bu yardım; özürlü çocuğun eğitimi, meslek eğitimi, tıbbi bakım hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, bir işte çalışabilecek duruma getirme hazırlık programları ve dinlenme/eğlenme olanaklarından etkin olarak yararlanmasını sağlamak üzere düzenlenir ve çocuğun en eksiksiz biçimde toplumla bütünleşmesi yanında, kültürel ve ruhsal yönü dahil bireysel gelişmesini gerçekleştirme amacını güder.

Taraf Devletler, uluslararası işbirliği ruhu içinde, özürlü çocukların koruyucu sıhhi bakımı, tıbbi, psikolojik ve işlevsel tedavileri alanlarına ilişkin gerekli bilgilerin alışverişi yanında, rehabilitasyon, eğitim ve mesleki eğitim hizmetlerine ilişkin yöntemlerin bilgilerini de içerecek şekilde ve Taraf Devletlerin bu alanlardaki güçlerini, anlayışlarını geliştirmek ve deneyimlerini zenginleştirmek amacıyla bilgi dağıtımını ve bu bilgiden yararlanmayı teşvik ederler. Bu bakımdan, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri, özellikle gözönüne alınır.

Madde 24

Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler.

Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle:

Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi;

Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması;

Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanısıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını gözönüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi;

Anneye doğum öncesi ve sonrası uygun bakımın sağlanması;

Bütün toplum kesimlerinin özellikle ana-babalar ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, toplum ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesi konusunda temel bilgileri elde etmeleri ve bu bilgileri kullanmalarına yardımcı olunması;

Koruyucu sağlık bakımlarının, ana-babaya rehberliğini, aile planlanması eğitimi ve hizmetlerinin geliştirilmesi; amaçlarıyla uygun önlemleri alırlar.

Taraf Devletler, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alırlar.

Taraf Devletler, bu maddede tanınan hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini tedricen sağlamak amacıyla uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi ve teşviki konusunda karşılıklı olarak söz verirler. Bu konuda gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle gözönünde tutulur.

Madde 25

Taraf Devletler, yetkili makamlarca korunma ve bakım altına alma, bedensel ya da ruhsal tedavi amaçlarıyla hakkında bir yerleştirme tedbiri uygulanan çocuğun, gördüğü tedaviyi ve yerleştirilmesine bağlı diğer tüm şartları belli aralıklarla gözden geçirme hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

Madde 26

Taraf Devletler, her çocuğun, sosyal sigorta dahil, sosyal güvenlikten yararlanma hakkını tanır ve bu hakkın tam olarak gerçekleşmesini sağlamak için ulusal hukuklarına uygun, gerekli önlemleri alırlar.

Sosyal Güvenlik, çocuğun ve çocuğun bakımından sorumlu olanların kaynakları ve koşulları gözönüne alınarak ve çocuk tarafından ya da onun adına yapılan sosyal güvenlikten yararlanma başvurusuna ilişkin başkaca durumlar da gözönünde tutularak sağlanır.

Madde 27

Taraf Devletler, her çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine hakkı olduğunu kabul ederler.

Çocuğun gelişmesi için gerekli hayat şartlarının sağlanması sorumluluğu; sahip oldukları imkânlar ve mali güçleri çerçevesinde öncelikle çocuğun ana-babasına veya çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere düşer.

Taraf Devletler, ulusal durumlarına göre ve olanakları ölçüsünde, anababaya ve çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilere, çocuğun bu hakkının uygulanmasında yardımcı olmak amacıyla gerekli önlemleri alır ve gereksinim olduğu takdirde özellikle beslenme, giyim ve barınma konularında maddi yardım ve destek programları uygularlar.

Taraf Devletler, Taraf Devlet ülkesinde veya başka ülkede bulunsun; ana-babası veya çocuğa karşı mali sorumluluğu bulunan diğer kişiler tarafından, çocuğun bakım giderlerinin karşılanmasını sağlamak amacıyla her türlü uygun önlemi alırlar. Özellikle çocuğa karşı mali sorumluluğu olan kişinin, çocuğun ülkesinden başka bir ülkede yaşaması halinde, Taraf Devletler bu konuya ilişkin

uluslararası anlaşmalara katılmayı veya bu tür anlaşmalar akdinin yanısıra başkaca uygun düzenlemelerin yapılmasını teşvik ederler.

Madde 28

Taraf Devletler, çocuğun eğitim hakkını kabul ederler ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle özellikle:

İlköğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirirler;

Ortaöğretim sistemlerinin genel olduğu kadar mesleki nitelikte de olmak üzere çeşitli biçimlerde örgütlenmesini teşvik ederler ve bunların tüm çocuklara açık olmasını sağlarlar ve gerekli durumlarda mali yardım yapılması ve öğretimi parasız kılmak gibi uygun önlemleri alırlar;

Uygun bütün araçları kullanarak, yüksek öğretimi yetenekleri doğrultusunda herkese açık hale getirirler;

Eğitim ve meslek seçimine ilişkin bilgi ve rehberliği bütün çocuklar için elde edilir hale getirirler;

Okullarda düzenli biçimde devamın sağlanması ve okulu terketme oranlarının düşürülmesi için önlem alırlar.

Taraf Devletler, okul disiplininin çocuğun insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde ve bu Sözleşme'ye uygun olarak yürütülmesinin sağlanması amacıyla gerekli olan tüm önlemleri alırlar.

Taraf Devletler eğitim alanında, özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirir ve teşvik ederler. Bu konuda, gelişmekte olan ülkelerin gereksinimleri özellikle gözönünde tutulur.

Madde 29

Taraf Devletler çocuk eğitiminin aşağıdaki amaçlara yönelik olmasını kabul ederler:

Çocuğun kişiliğinin, yeteneklerinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin mümkün olduğunca geliştirilmesi;

İnsan haklarına ve temel özgürlüklere, Birleşmiş Milletler Andlaşmasında benimsenen ilkelere saygısının geliştirilmesi;

Çocuğun ana-babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesi;

Çocuğun, anlayışı, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve ister etnik, ister ulusal, ister dini gruplardan, isterse yerli halktan olsun, tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanması;

Doğal çevreye saygısının geliştirilmesi.

Bu maddenin veya 28'inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin Devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır.

Madde 30

Soya, dine ya da dile dayalı azınlıkların ya da yerli halkların varolduğu Devletlerde, böyle bir azınlığa mensup olan ya da yerli halktan olan çocuk, ait olduğu azınlık topluluğunun diğer üyeleri ile birlikte kendi kültüründen yararlanma, kendi dinine inanma ve uygulama ve kendi dilini kullanma hakkından yoksun bırakılamaz.

Madde 31

Taraf Devletler çocuğun dinlenme, boş zaman değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence (etkinliklerinde) bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkını tanırlar.

Taraf Devletler, çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakkını saygı duyarak tanırlar ve özendirirler ve çocuklar için, boş zamanı değerlendirmeye, dinlenmeye, sanata ve kültüre ilişkin (etkinlikler) konusunda uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik ederler.

Madde 32

Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler.

Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri gözönünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri alırlar:

İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tesbit ederler;

Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar.

Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler.

Madde 33

Taraf Devletler, çocukların uluslararası anlaşmalarda tanımladığı biçimde uyuşturucu ve psikotrop maddelerin yasadışı kullanımına karşı korunması ve çocukların bu tür maddelerin yasadışı üretimi ve kaçakçılığı alanında kullanılmasını önlemek amacıyla, yasal, sosyal ve eğitsel niteliktekiler de dahil olmak üzere, her türlü uygun önlemleri alırlar.

Madde 34

Taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle:

Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını;

Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmesini;

Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini,

önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.

Madde 35

Taraf Devletler, her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri alırlar.

Madde 36

Taraf Devletler, esenliğine herhangi bir biçimde zarar verebilecek başka her türlü sömürüye karşı çocuğu korurlar.

Madde 37

Taraf Devletler aşağıdaki hususları sağlarlar:

Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tâbi tutulmayacaktır. Onsekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemiyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir.

Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri gözönünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle

yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır.

Madde 38

Taraf Devletler, silahlı çatışma halinde kendilerine uygulanabilir olan uluslararası hukukun, çocukları da kapsayan insani kurallarına uymak ve uyulmasını sağlamak yükümlülüğünü üstlenirler.

Taraf Devletler, onbeş yaşından küçüklerin çatışmalara doğrudan katılmaması için uygun olan bütün önlemleri alırlar.

Taraf Devletler, özellikle onbeş yaşına gelmemiş çocukları askere almaktan kaçınırlar. Taraf Devletler, onbeş ile onsekiz yaş arasındaki çocukların silah altına alınmaları gereken durumlarda, önceliği yaşça büyük olanlara vermek için çaba gösterirler.

Silahlı çatışmalarda sivil halkın korunmasına ilişkin uluslararası insani hukuk kuralları tarafından öngörülen yükümlülüklerine uygun olarak, Taraf Devletler, silahlı çatışmadan etkilenen çocuklara koruma ve bakım sağlamak amacıyla mümkün olan her türlü önlemi alırlar.

Madde 39

Taraf Devletler, her türlü ihmal, sömürü ya da suistimal, işkence ya da her türlü zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulaması ya da silahlı çatışma mağduru olan bir çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesini temin için uygun olan tüm önlemleri alırlar. Bu tür sağlığa kavuşturma ve toplumla bütünleştirme, çocuğun sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirici bir ortamda gerçekleştirilir.

Madde 40

Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları gözönünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.

Bu amaçla ve uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz-önünde tutularak Taraf Devletler özellikle, şunları sağlarlar:

İşlendiği zaman ulusal ya da uluslararası hukukça yasaklanmamış bir eylem ya da ihmâl nedeniyle hiçbir çocuk hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddiası ya da ithamı öne sürülemeyeceği gibi böyle bir ihlâlde bulunduğu da kabul edilmeyecektir.

Hakkında ceza kanununu ihlâl iddiası veya ithamı bulunan her çocuk aşağıdaki asgari güvencelere sahiptir:

Haklarındaki suçlama yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılmak;

Haklarındaki suçlamalardan kendilerinin hemen ve doğrudan doğruya; ya da uygun düşen durumlarda ana-babaları ya da yasal vasileri kanalı ile haberli kılınmak ve savunmalarının hazırlanıp sunulmasında gerekli yasal ya da uygun olan başka yardımdan yararlanmak;

Yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adli ya da başkaca uygun yardımdan yararlanarak ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu gözönüne alınmak suretiyle kendisinin yüksek yararına aykırı olduğu saptanmadığı sürece, ana-babası veya yasal vasisi de hazır bulundurularak yasaya uygun biçimde adil bir duruşma ile konunun gecikmeksizin karara bağlanmasının sağlanması;

Tanıklık etmek ya da suç ikrarında bulunmak için zorlanmamak; aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek veya sorguya çekmiş olmak ve lehine olan tanıkların hazır bulunmasının ve sorgulanmasının eşit koşullarda sağlanması;

Ceza yasasını ihlâl ettiği sonucuna varılması halinde, bu kararın ve bunun sonucu olarak alınan önlemlerin daha yüksek yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde yasaya uygun olarak incelenmesi;

Kullanılan dili anlamaması veya konuşamaması halinde çocuğun parasız çevirmen yardımından yararlanması;

Kovuşturmanın her aşamasında özel hayatının gizliliğine tam saygı gösterilmesine hakkı olmak;

Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir:

Ceza Yasasını ihlâl konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığının kabulü;

Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması.

Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır.

Madde 41

Bu Sözleşme'de yeralan hiçbir husus, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan ve:

Bir Taraf Devletin yasasında veya

Bu Devlet bakımından yürürlükte olan uluslararası hukukta yeralan hükümleri etkilemeyecektir.

Madde 42

Taraf Devletler, Sözleşme ilke ve hükümlerinin uygun ve etkili araçlarla yetişkinler kadar çocuklar tarafından da yaygın biçimde öğrenilmesini sağlamayı taahhüt ederler.

Madde 43

Taraf Devletlerin bu Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirme konusunda kaydettikleri ilerlemeleri incelemek amacıyla, görevleri aşağıda belirtilen bir Çocuk Hakları Komitesi kurulmuştur.

Komite bu Sözleşme ile hükme bağlanan alanda yetenekleriyle tanınmış ve yüksek ahlâk sahibi on uzmandan oluşur. Komite üyeleri Taraf Devletlerce kendi vatandaşları arasından ve kişisel olarak görev yapmak üzere, adil bir coğrafi dağılımı sağlama gereği ve başlıca hukuk sistemleri göz-önünde tutularak seçilirler.

Komite üyeleri, Taraf devletlerce gösterilen kişiler listesinden gizli oyla seçilirler. Her Taraf Devlet, vatandaşları arasından bir uzmanı aday gösterebilir.

Komite için ilk seçim, bu Sözleşme'nin yürürlüğe girişini izleyen altı ay içinde yapılır. Sonraki seçimler iki yılda bir yapılır. Her seçim tarihinden en az dört ay önce, Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri, Taraf Devletleri iki ay içinde adaylarını göstermeye yazılı olarak davet eder. Daha sonra Genel Sekreter böylece belirlenen kişilerden, kendilerini gösteren Taraf Devletleri de işaret ederek, alfabetik sıraya göre oluşturduğu bir listeyi, Taraf Devletlere bildirir.

Seçimler, Birleşmiş Milletler Teşkilatı Merkezinde, Genel Sekreter tarafından davet edilen Taraf Devletler toplantılarında yapılır. Nisabı, Taraf Devletlerin üçte ikisinin oluşturduğu bu toplantılarda, hazır bulunan ve oy kullanan Devletlerin salt çoğunluğuyla en fazla oy alan kişiler Komiteye seçilir.

Komite üyeleri dört yıl için seçilir. Aday gösterildikleri takdirde yeniden seçilebilirler. lk seçimde seçilmiş olan beş üyenin görevi iki yıl sonra sona erer, bu beş üyenin isimleri ilk seçimden hemen sonra toplantı başkanı tarafından çekilen kura ile belirlenir.

Bir komite üyesinin ölmesi veya çekilmesi ya da başka herhangi bir nedenle bir üyenin Komitedeki görevlerini yapamaz hale gelmesi durumunda adaylığını öneren Taraf Devlet, Komitenin onaylaması koşuluyla, böylece boşalan yerdeki görev süresi doluncaya kadar, kendi vatandaşları arasından başka bir uzmanı atayabilir.

Komite, iç tüzüğünü kendisi belirler.

Komite, memurlarını iki yıllık bir süre için seçer.

Komite toplantıları olağan olarak Birleşmiş Milletler Teşkilatı Merkezinde ya da Komite tarafından belirlenecek başka uygun bir yerde yapılır. Komite olağan olarak her yıl toplanır. Komite toplantılarının süresi, gerektiğinde, Genel Kurulca onaylanmak koşuluyla, bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bir toplantısıyla belirlenir veya değiştirilir.

Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri gerekli maddi araçları ve personeli bu Sözleşme ile kendisine verilen görevleri etkili biçimde görebilmesi amacıyla, Komite emrine verir.

Bu Sözleşme uyarınca oluşturulan Komitenin üyeleri, Genel Kurulun onayı ile, Birleşmiş Milletler Teşkilatının kaynaklarından karşılanmak üzere, Genel Kurulca saptanan şart ve koşullar çerçevesinde kararlaştırılan ücreti alırlar.

Madde 44

Taraf Devletler, bu Sözleşme'de tanınan hakları yürürlüğe koymak için, aldıkları önlemleri ve bu haklardan yararlanma konusunda gerçekleştirilen ilerlemeye ilişkin raporları:

Bu Sözleşme'nin, ilgili Taraf Devlet bakımından yürürlüğe giriş tarihinden başlayarak iki yıl içinde;

Daha sonra beş yılda bir, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığı ile Komiteye sunmayı taahhüt ederler.

Bu madde uyarınca hazırlanan raporlarda, bu Sözleşme'ye göre üstlenilen sorumlulukların, şayet varsa, yerine getirilmesini etkileyen nedenler ve güçlükler belirtilecektir. Raporlarda ayrıca, ilgili

ülkede Sözleşme'nin uygulanması hakkında Komiteyi etraflıca aydınlatacak biçimde yeterli bilgi de bulunacaktır.

Komiteye etraflı bilgi içeren bir ilk rapor sunmuş olan Taraf Devlet, bu maddenin 1 (b) bendi gereğince sunacağı sonraki raporlarında daha önce verilmiş olan temel bilgileri tekrarlamayacaktır.

Komite, Taraf Devletlerden Sözleşme'nin uygulamasına ilişkin her türlü ek bilgi isteminde bulunabilir.

Komite, iki yılda bir Ekonomik ve Sosyal Konsey aracılığı ile Genel Kurula faaliyetleri hakkında bir rapor sunar.

Taraf Devletler kendi raporlarının ülkelerinde geniş biçimde yayımını sağlarlar.

Madde 45

Sözleşme'nin etkili biçimde uygulanmasını geliştirme ve Sözleşme kapsamına giren alanda uluslararası işbirliğini teşvik etmek amacıyla:

Uzmanlaşmış kurumlar, UNICEF ve Birleşmiş Milletler Teşkilatının öteki organları, bu Sözleşme'nin kendi yetki alanlarına ilişkin olan hükümlerinin uygulanmasının incelenmesi sırasında, temsil edilmek hakkına sahiptirler. Komite; uzmanlaşmış kurumları, UNICEF'i ve uygun bulduğu öteki yetkili kuruluşları, kendi yetki alanlarını ilgilendiren konularda uzman olarak görüş vermeye davet edebilir. Komite, uzmanlaşmış kurumları, UNICEF'i ve Birleşmiş Milletler Teşkilatının öteki organlarını kendi faaliyet alanlarına ilişkin kesimlerde Sözleşme'nin uygulanması hakkında rapor sunmaya davet edebilir;

Komite, uygun bulduğu takdirde, Taraf Devletlerce sunulmuş, bir istem içeren ya da teknik danışma veya yardım ihtiyacını belirten her raporu, gerekiyorsa Komitenin bu istek veya ihtiyaca ilişkin tavsiye ve gözlemlerini de ekleyerek, uzmanlaşmış kurumlara, UNICEF'e ve öteki yetkili kuruluşlara gönderir;

Komite, Genel Kurula Genel Sekreterden Komite adına çocuk haklarına ilişkin sorunlarda incelemeler yaptırması isteğinde bulunulmasını, tavsiye edebilir;

Komite, bu Sözleşme'nin 44 ve 45'inci maddeleri uyarınca alınan bilgilere dayanarak, telkin ve genel nitelikte tavsiyelerde bulunabilir. Bu telkin ve genel nitelikteki tavsiyeler, ilgili olan her Taraf Devlete gönderilir ve şayet varsa, Taraf Devletlerin yorumları ile birlikte Genel Kurulun dikkatine sunulur.

Madde 46

Bu Sözleşme bütün Devletlerin imzasına açıktır.

Madde 47

Bu Sözleşme onaylamaya bağlı tutulmuştur. Onay belgeleri Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri nezdine tevdi edilecektir.

Madde 48

Bu Sözleşme bütün Devletlerin katılmasına açık olacaktır. Katılma belgeleri Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri nezdine tevdi edilecektir.

Madde 49

Bu Sözleşme, yirminci onay ya da katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri nezdine tevdi tarihini izleyen otuzuncu gün yürürlüğe girecektir.

Yirminci onay ya da katılma belgesinin tevdiinden sonra bu Sözleşme'yi onaylayacak ya da ona katılacak Devletlerin her biri için, bu Sözleşme, sözkonusu Devletin onay ya da katılma belgesini tevdi tarihinden sonraki otuzuncu gün yürürlüğe girecektir.

Madde 50

Bu Sözleşme'ye Taraf herhangi bir Devlet bir değişiklik önerisinde bulunabilir ve buna ilişkin metni Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri nezdine tevdi edebilir. Genel Sekreter bunun üzerine değişiklik önerisini Taraf Devletlere, önerinin incelenmesi ve oya konulması amacıyla bir Taraf Devletler Konferansı oluşturulmasını isteyip istemediklerini kendisine bildirmeleri kaydıyla, iletir. Böyle bir duyuru tarihini izleyen dört ay içinde Taraf Devletlerin en az üçte biri sözkonusu konferansın toplanmasından yana olduklarını ifade ederlerse Genel Sekreter, Birleşmiş Milletler Teşkilatı çerçevesinde bu konferansi düzenler. Konferansta hazır bulunan ve oy kullanan Taraf Devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen her değişiklik, onay için Birleşmiş Miletler Genel Kuruluna sunulur.

Bu maddenin 1'inci fıkrasında yeralan hükümlere uygun olarak kabul edilen bir değişiklik, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca onaylandığı ve bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin üçte iki çoğunluğu tarafından kabul edildiği zaman yürürlüğe girer.

Bir değişiklik yürürlüğe girdiği zaman, onu kabul eden Taraf Devletler bakımından bağlayıcılık taşır. Öteki Taraf Devletler bu Sözleşme hükümleri ve daha önce kabul ettikleri her değişiklikle bağlı kalırlar.

Madde 51

Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri, onay ya da katılma anında yapılabilecek çekincelerin metnini alacak ve bütün Devletlere bildirecektir.

Bu Sözleşme'nin amacı ve konusu ile bağdaşmayan hiçbir çekinceye izin verilmeyecektir.

Çekinceler, Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreterince, geri alınacağına ilişkin bildirimde bulunma yoluyla her zaman geri alınabilir. Bunun üzerine Genel Sekreter, bütün Devletleri haberdar eder. Böyle bir bildirim, Genel Sekreter tarafından alındığı tarihte işlerlik kazanır.

Madde 52

Bir Taraf Devlet, bu Sözleşme'yi, Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreterine vereceği yazılı bildirim yoluyla feshedebilir. Fesih, bildirimin Genel Sekreter tarafından alınması tarihinden bir yıl sonra geçerli olur.

Madde 53

Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri, bu Sözleşme'nin tevdi makamı olarak belirlenmiştir.

Madde 54

İngilizce, Arapça, Çince, İspanyolca, Fransızca ve Rusça metinleri de aynı derecede geçerli olan bu Sözleşme'nin özgün metni, Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreteri nezdine tevdi edilecektir.

Hükümetleri tarafından tam yetkili kılınan aşağıda imzaları bulunan Temsilciler, yukarıdaki kuralların ışığında, bu Sözleşme'yi imzalamışlardır.

İhtirazi Kayıt: Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'sinin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.

Convention on the Rights of the Child

Convention on the Rights of the Child

Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989

entry into force 2 September 1990, in accordance with article 49

Preamble

The States Parties to the present Convention,

Considering that, in accordance with the principles proclaimed in the Charter of the United Nations, recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world,

Bearing in mind that the peoples of the United Nations have, in the Charter, reaffirmed their faith in fundamental human rights and in the dignity and worth of the human person, and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom,

Recognizing that the United Nations has, in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenants on Human Rights, proclaimed and agreed that everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth therein, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status,

Recalling that, in the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations has proclaimed that childhood is entitled to special care and assistance,

Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding,

Considering that the child should be fully prepared to live an individual life in society, and brought up in the spirit of the ideals proclaimed in the Charter of the United Nations, and in particular in the spirit of peace, dignity, tolerance, freedom, equality and solidarity,

Bearing in mind that the need to extend particular care to the child has been stated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924 and in the Declaration of the Rights of the Child adopted by the General Assembly on 20 November 1959 and recognized in the Universal Declaration of Human Rights, in the International Covenant on Civil and Political Rights (in particular in articles 23 and 24), in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (in particular in article 10) and in the statutes and relevant instruments of specialized agencies and international organizations concerned with the welfare of children,

Bearing in mind that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child, "the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth",

Recalling the provisions of the Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally; the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules); and the Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict, Recognizing that, in all countries in the world, there are children living in exceptionally difficult conditions, and that such children need special consideration,

Taking due account of the importance of the traditions and cultural values of each people for the protection and harmonious development of the child, Recognizing the importance of international co-operation for improving the living conditions of children in every country, in particular in the developing countries,

Have agreed as follows:

PART I

Article 1

For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.

Article 2

1. States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.

Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

3. States Parties shall ensure that the institutions, services and facilities responsible for the care or protection of children shall conform with the standards established by competent authorities, particularly in the areas of safety, health, in the number and suitability of their staff, as well as competent supervision.

Article 4

States Parties shall undertake all appropriate legislative, administrative, and other measures for the implementation of the rights recognized in the present Convention. With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources and, where needed, within the framework of international co-operation.

Article 5

States Parties shall respect the responsibilities, rights and duties of parents or, where applicable, the members of the extended family or community as provided for by local custom, legal guardians or other persons legally responsible for the child, to provide, in a manner consistent with the evolving capacities of the child, appropriate direction and guidance in the exercise by the child of the rights recognized in the present Convention.

Article 6

1. States Parties recognize that every child has the inherent right to life.

2. States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

Article 7

1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and. as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

2. States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless.

Article 8

1. States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference.

2. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity.

Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon

request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned.

Article 10

1. In accordance with the obligation of States Parties under article 9, paragraph 1, applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall entail no adverse consequences for the applicants and for the members of their family.

2. A child whose parents reside in different States shall have the right to maintain on a regular basis, save in exceptional circumstances personal relations and direct contacts with both parents. Towards that end and in accordance with the obligation of States Parties under article 9, paragraph 1, States Parties shall respect the right of the child and his or her parents to leave any country, including their own, and to enter their own country. The right to leave any country shall be subject only to such restrictions as are prescribed by law and which are necessary to protect the national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others and are consistent with the other rights recognized in the present Convention.

Article 11

1. States Parties shall take measures to combat the illicit transfer and non-return of children abroad.

2. To this end, States Parties shall promote the conclusion of bilateral or multilateral agreements or accession to existing agreements.

Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

Article 13

1. The child shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of the child's choice.

2. The exercise of this right may be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(a) For respect of the rights or reputations of others; or

(b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.

Article 14

1. States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion.

2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child.

3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals, or the fundamental rights and freedoms of others.

Article 15

1. States Parties recognize the rights of the child to freedom of association and to freedom of peaceful assembly.

2. No restrictions may be placed on the exercise of these rights other than those imposed in conformity with the law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.

Article 16

1. No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.

2. The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

Article 17

States Parties recognize the important function performed by the mass media and shall ensure that the child has access to information and material from a diversity of national and international sources, especially those aimed at the promotion of his or her social, spiritual and moral well-being and physical and mental health.

To this end, States Parties shall:

(a) Encourage the mass media to disseminate information and material of social and cultural benefit to the child and in accordance with the spirit of article 29;

(b) Encourage international co-operation in the production, exchange and dissemination of such information and material from a diversity of cultural, national and international sources;

(c) Encourage the production and dissemination of children's books;

(d) Encourage the mass media to have particular regard to the linguistic needs of the child who belongs to a minority group or who is indigenous;

(e) Encourage the development of appropriate guidelines for the protection of the child from information and material injurious to his or her well-being, bearing in mind the provisions of articles 13 and 18.

Article 18

1. States Parties shall use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child. Parents or, as the case may be, legal guardians, have the primary responsibility for the upbringing and development of the child. The best interests of the child will be their basic concern.

2. For the purpose of guaranteeing and promoting the rights set forth in the present Convention, States Parties shall render appropriate assistance to parents and legal guardians in the performance of their child-rearing responsibilities and shall ensure the development of institutions, facilities and services for the care of children.

3. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that children of working parents have the right to benefit from child-care services and facilities for which they are eligible.

Article 19

1. States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

2. Such protective measures should, as appropriate, include effective procedures for the establishment of social programmes to provide necessary support for the child and for those who have the care of the child, as well as for other forms of prevention and for identification, reporting, referral, investigation, treatment and follow-up of instances of child maltreatment described heretofore, and, as appropriate, for judicial involvement.

Article 20

1. A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.

2. States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.

3. Such care could include, inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children. When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.

Article 21

States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall:

(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;

(b) Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin;

(c) Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption;

(d) Take all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it;

(e) Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavour, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs.

Article 22

1. States Parties shall take appropriate measures to ensure that a child who is seeking refugee status or who is considered a refugee in accordance with applicable international or domestic law and procedures shall, whether unaccompanied or accompanied by his or her parents or by any other person, receive appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of applicable rights set forth in the present Convention and in other international human rights or humanitarian instruments to which the said States are Parties.

2. For this purpose, States Parties shall provide, as they consider appropriate, co-operation in any efforts by the United Nations and other competent intergovernmental organizations or non-governmental organizations co-operating with the United Nations to protect and assist such a child and to trace the parents or other members of the family of any refugee child in order to obtain information necessary for reunification with his or her family. In cases where no parents or other members of the family can be found, the child shall be accorded the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason, as set forth in the present Convention.

Article 23

1. States Parties recognize that a mentally or physically disabled child should enjoy a full and decent life, in conditions which ensure dignity, promote self-reliance and facilitate the child's active participation in the community.

2. States Parties recognize the right of the disabled child to special care and shall encourage and ensure the extension, subject to available resources, to the eligible child and those responsible for his or her care, of assistance for which application is made and which is appropriate to the child's condition and to the circumstances of the parents or others caring for the child.

3. Recognizing the special needs of a disabled child, assistance extended in accordance with paragraph 2 of the present article shall be provided free of charge, whenever possible, taking into account the financial resources of the parents or others caring for the child, and shall be designed to ensure that the disabled child has effective access to and receives education, training, health care services, rehabilitation services, preparation for employment and recreation opportunities in

a manner conducive to the child's achieving the fullest possible social integration and individual development, including his or her cultural and spiritual development

4. States Parties shall promote, in the spirit of international cooperation, the exchange of appropriate information in the field of preventive health care and of medical, psychological and functional treatment of disabled children, including dissemination of and access to information concerning methods of rehabilitation, education and vocational services, with the aim of enabling States Parties to improve their capabilities and skills and to widen their experience in these areas. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.

Article 24

1. States Parties recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health. States Parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right of access to such health care services.

2. States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures:

(a) To diminish infant and child mortality;

(b) To ensure the provision of necessary medical assistance and health care to all children with emphasis on the development of primary health care;

(c) To combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water, taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution;

(d) To ensure appropriate pre-natal and post-natal health care for mothers;

(e) To ensure that all segments of society, in particular parents and children, are informed, have access to education and are supported in the use of basic knowledge of child health and nutrition, the advantages of breastfeeding, hygiene and environmental sanitation and the prevention of accidents;

(f) To develop preventive health care, guidance for parents and family planning education and services.

3. States Parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children.

4. States Parties undertake to promote and encourage international co-operation with a view to achieving progressively the full realization of the right recognized in the present article. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.

Article 25

States Parties recognize the right of a child who has been placed by the competent authorities for the purposes of care, protection or treatment of his or her physical or mental health, to a periodic review of the treatment provided to the child and all other circumstances relevant to his or her placement.

Article 26

1. States Parties shall recognize for every child the right to benefit from social security, including social insurance, and shall take the necessary measures to achieve the full realization of this right in accordance with their national law.

2. The benefits should, where appropriate, be granted, taking into account the resources and the circumstances of the child and persons having responsibility for the maintenance of the child, as well as any other consideration relevant to an application for benefits made by or on behalf of the child.

Article 27

1. States Parties recognize the right of every child to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development.

2. The parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development.

3. States Parties, in accordance with national conditions and within their means, shall take appropriate measures to assist parents and others responsible for the child to implement this right and shall in case of need provide material assistance and support programmes, particularly with regard to nutrition, clothing and housing.

4. States Parties shall take all appropriate measures to secure the recovery of maintenance for the child from the parents or other persons having financial responsibility for the child, both within the State Party and from abroad. In particular, where the person having financial responsibility for the child lives in a State different from that of the child, States Parties shall promote the accession

to international agreements or the conclusion of such agreements, as well as the making of other appropriate arrangements.

Article 28

1. States Parties recognize the right of the child to education, and with a view to achieving this right progressively and on the basis of equal opportunity, they shall, in particular:

(a) Make primary education compulsory and available free to all;

(b) Encourage the development of different forms of secondary education, including general and vocational education, make them available and accessible to every child, and take appropriate measures such as the introduction of free education and offering financial assistance in case of need;

(c) Make higher education accessible to all on the basis of capacity by every appropriate means;

(d) Make educational and vocational information and guidance available and accessible to all children;

(e) Take measures to encourage regular attendance at schools and the reduction of drop-out rates.

2. States Parties shall take all appropriate measures to ensure that school discipline is administered in a manner consistent with the child's human dignity and in conformity with the present Convention.

3. States Parties shall promote and encourage international cooperation in matters relating to education, in particular with a view to contributing to the elimination of ignorance and illiteracy throughout the world and facilitating access to scientific and technical knowledge and modern teaching methods. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.

Article 29

1. States Parties agree that the education of the child shall be directed to:

(a) The development of the child's personality, talents and mental and physical abilities to their fullest potential;

(b) The development of respect for human rights and fundamental freedoms, and for the principles enshrined in the Charter of the United Nations;

(c) The development of respect for the child's parents, his or her own cultural identity, language and values, for the national values of the country in which the child is living, the country from which he or she may originate, and for civilizations different from his or her own;

(d) The preparation of the child for responsible life in a free society, in the spirit of understanding, peace, tolerance, equality of sexes, and friendship among all peoples, ethnic, national and religious groups and persons of indigenous origin;

(e) The development of respect for the natural environment.

2. No part of the present article or article 28 shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principle set forth in paragraph 1 of the present article and to the requirements that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.

Article 30

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language.

Article 31

1. States Parties recognize the right of the child to rest and leisure, to engage in play and recreational activities appropriate to the age of the child and to participate freely in cultural life and the arts.

2. States Parties shall respect and promote the right of the child to participate fully in cultural and artistic life and shall encourage the provision of appropriate and equal opportunities for cultural, artistic, recreational and leisure activity.

Article 32

1. States Parties recognize the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child's education, or to be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development.

2. States Parties shall take legislative, administrative, social and educational measures to ensure the implementation of the present article. To this end, and having regard to the relevant provisions of other international instruments, States Parties shall in particular:

(a) Provide for a minimum age or minimum ages for admission to employment;

(b) Provide for appropriate regulation of the hours and conditions of employment;

(c) Provide for appropriate penalties or other sanctions to ensure the effective enforcement of the present article.

Article 33

States Parties shall take all appropriate measures, including legislative, administrative, social and educational measures, to protect children from the illicit use of narcotic drugs and psychotropic substances as defined in the relevant international treaties, and to prevent the use of children in the illicit production and trafficking of such substances.

Article 34

States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

(a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;

(b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;

(c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

Article 35

States Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form.

Article 36

States Parties shall protect the child against all other forms of exploitation prejudicial to any aspects of the child's welfare.

Article 37

States Parties shall ensure that:

(a) No child shall be subjected to torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Neither capital punishment nor life imprisonment without possibility of release shall be imposed for offences committed by persons below eighteen years of age;

(b) No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time;

(c) Every child deprived of liberty shall be treated with humanity and respect for the inherent dignity of the human person, and in a manner which takes into account the needs of persons of his or her age. In particular, every child deprived of liberty shall be separated from adults unless it is considered in the child's best interest not to do so and shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances;

(d) Every child deprived of his or her liberty shall have the right to prompt access to legal and other appropriate assistance, as well as the right to challenge the legality of the deprivation of his or her liberty before a court or other competent, independent and impartial authority, and to a prompt decision on any such action.

Article 38

1. States Parties undertake to respect and to ensure respect for rules of international humanitarian law applicable to them in armed conflicts which are relevant to the child.

2. States Parties shall take all feasible measures to ensure that persons who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities.

3. States Parties shall refrain from recruiting any person who has not attained the age of fifteen years into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, States Parties shall endeavour to give priority to those who are oldest.

4. In accordance with their obligations under international humanitarian law to protect the civilian population in armed conflicts, States Parties shall take all feasible measures to ensure protection and care of children who are affected by an armed conflict.

Article 39

States Parties shall take all appropriate measures to promote physical and psychological recovery and social reintegration of a child victim of: any form of neglect, exploitation, or abuse; torture or any other form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; or armed conflicts. Such recovery and reintegration shall take place in an environment which fosters the health, self-respect and dignity of the child.

Article 40

1. States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.

2. To this end, and having regard to the relevant provisions of international instruments, States Parties shall, in particular, ensure that:

(a) No child shall be alleged as, be accused of, or recognized as having infringed the penal law by reason of acts or omissions that were not prohibited by national or international law at the time they were committed;

(b) Every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees:

(i) To be presumed innocent until proven guilty according to law;

(ii) To be informed promptly and directly of the charges against him or her, and, if appropriate, through his or her parents or legal guardians, and to have legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his or her defence;

(iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians;

(iv) Not to be compelled to give testimony or to confess guilt; to examine or have examined adverse witnesses and to obtain the participation and examination of witnesses on his or her behalf under conditions of equality;

(v) If considered to have infringed the penal law, to have this decision and any measures imposed in consequence thereof reviewed by a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law;

(vi) To have the free assistance of an interpreter if the child cannot understand or speak the language used;

(vii) To have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings.

3. States Parties shall seek to promote the establishment of laws, procedures, authorities and institutions specifically applicable to children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law, and, in particular:

(a) The establishment of a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law;

(b) Whenever appropriate and desirable, measures for dealing with such children without resorting to judicial proceedings, providing that human rights and legal safeguards are fully respected. 4. A variety of dispositions, such as care, guidance and supervision orders; counselling; probation; foster care; education and vocational training programmes and other alternatives to institutional care shall be available to ensure that children are dealt with in a manner appropriate to their well-being and proportionate both to their circumstances and the offence.

Article 41

Nothing in the present Convention shall affect any provisions which are more conducive to the realization of the rights of the child and which may be contained in:

(a) The law of a State party; or

(b) International law in force for that State.

PART II

Article 42

States Parties undertake to make the principles and provisions of the Convention widely known, by appropriate and active means, to adults and children alike.

Article 43

1. For the purpose of examining the progress made by States Parties in achieving the realization of the obligations undertaken in the present Convention, there shall be established a Committee on the Rights of the Child, which shall carry out the functions hereinafter provided.

2. The Committee shall consist of eighteen experts of high moral standing and recognized competence in the field covered by this Convention.1/ The members of the Committee shall be elected by States Parties from among their nationals and shall serve in their personal capacity, consideration being given to equitable geographical distribution, as well as to the principal legal systems.

3. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties. Each State Party may nominate one person from among its own nationals.

4. The initial election to the Committee shall be held no later than six months after the date of the entry into force of the present Convention and thereafter every second year. At least four months before the date of each election, the Secretary-General of the United Nations shall address a letter to States Parties inviting them to submit their nominations within two months. The Secretary-General shall subsequently prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating States Parties which have nominated them, and shall submit it to the States Parties to the present Convention.

5. The elections shall be held at meetings of States Parties convened by the Secretary-General at United Nations Headquarters. At those meetings, for which two thirds of States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

6. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. They shall be eligible for re-election if renominated. The term of five of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election, the names of these five members shall be chosen by lot by the Chairman of the meeting.

7. If a member of the Committee dies or resigns or declares that for any other cause he or she can no longer perform the duties of the Committee, the State Party which nominated the member shall appoint another expert from among its nationals to serve for the remainder of the term, subject to the approval of the Committee.

8. The Committee shall establish its own rules of procedure.

9. The Committee shall elect its officers for a period of two years.

10. The meetings of the Committee shall normally be held at United Nations Headquarters or at any other convenient place as determined by the Committee. The Committee shall normally meet annually. The duration of the meetings of the Committee shall be determined, and reviewed, if necessary, by a meeting of the States Parties to the present Convention, subject to the approval of the General Assembly.

11. The Secretary-General of the United Nations shall provide the necessary staff and facilities for the effective performance of the functions of the Committee under the present Convention.

12. With the approval of the General Assembly, the members of the Committee established under the present Convention shall receive emoluments from United Nations resources on such terms and conditions as the Assembly may decide.

Article 44

1. States Parties undertake to submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, reports on the measures they have adopted which give effect to the rights recognized herein and on the progress made on the enjoyment of those rights

(a) Within two years of the entry into force of the Convention for the State Party concerned;

(b) Thereafter every five years.

2. Reports made under the present article shall indicate factors and difficulties, if any, affecting the degree of fulfilment of the obligations under the present Convention. Reports shall also contain sufficient information to provide the Committee with a comprehensive understanding of the implementation of the Convention in the country concerned.

3. A State Party which has submitted a comprehensive initial report to the Committee need not, in its subsequent reports submitted in accordance with paragraph 1 (b) of the present article, repeat basic information previously provided.

4. The Committee may request from States Parties further information relevant to the implementation of the Convention.

5. The Committee shall submit to the General Assembly, through the Economic and Social Council, every two years, reports on its activities.

6. States Parties shall make their reports widely available to the public in their own countries.

Article 45

In order to foster the effective implementation of the Convention and to encourage international co-operation in the field covered by the Convention:

(a) The specialized agencies, the United Nations Children's Fund, and other United Nations organs shall be entitled to be represented at the consideration of the implementation of such provisions of the present Convention as fall within the scope of their mandate. The Committee may invite the specialized agencies, the United Nations Children's Fund and other competent bodies as it may consider appropriate to provide expert advice on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their respective mandates. The Committee may invite the specialized

agencies, the United Nations Children's Fund, and other United Nations organs to submit reports on the implementation of the Convention in areas falling within the scope of their activities;

(b) The Committee shall transmit, as it may consider appropriate, to the specialized agencies, the United Nations Children's Fund and other competent bodies, any reports from States Parties that contain a request, or indicate a need, for technical advice or assistance, along with the Committee's observations and suggestions, if any, on these requests or indications;

(c) The Committee may recommend to the General Assembly to request the Secretary-General to undertake on its behalf studies on specific issues relating to the rights of the child;

(d) The Committee may make suggestions and general recommendations based on information received pursuant to articles 44 and 45 of the present Convention. Such suggestions and general recommendations shall be transmitted to any State Party concerned and reported to the General Assembly, together with comments, if any, from States Parties.

PART III

Article 46

The present Convention shall be open for signature by all States.

Article 47

The present Convention is subject to ratification. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 48

The present Convention shall remain open for accession by any State. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 49

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after the deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article 50

1. Any State Party may propose an amendment and file it with the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall thereupon communicate the proposed amendment to States Parties, with a request that they indicate whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering and voting upon the proposals. In the event that, within four months from the date of such communication, at least one third of the States Parties favour such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations. Any amendment adopted by a majority of States Parties present and voting at the conference shall be submitted to the General Assembly for approval.

2. An amendment adopted in accordance with paragraph 1 of the present article shall enter into force when it has been approved by the General Assembly of the United Nations and accepted by a two-thirds majority of States Parties.

3. When an amendment enters into force, it shall be binding on those States Parties which have accepted it, other States Parties still being bound by the provisions of the present Convention and any earlier amendments which they have accepted.

Article 51

1. The Secretary-General of the United Nations shall receive and circulate to all States the text of reservations made by States at the time of ratification or accession.

2. A reservation incompatible with the object and purpose of the present Convention shall not be permitted.

3. Reservations may be withdrawn at any time by notification to that effect addressed to the Secretary-General of the United Nations, who shall then inform all States. Such notification shall take effect on the date on which it is received by the Secretary-General

Article 52

A State Party may denounce the present Convention by written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation becomes effective one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

Article 53

The Secretary-General of the United Nations is designated as the depositary of the present Convention.

Article 54

The original of the present Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations. In witness thereof the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed the present Convention.

_____

1/ The General Assembly, in its resolution 50/155 of 21 December 1995 , approved the amendment to article 43, paragraph 2, of the Convention on the Rights of the Child, replacing the word “ten” with the word “eighteen”. The amendment entered into force on 18 November 2002 when it had been accepted by a two-thirds majority of the States parties (128 out of 191).

Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography

General Assembly

GENERAL

A/RES/54/263*

16 March 2001

Fifty-fourth session

Agenda item 116 (a)

RESOLUTION ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY

[without reference to a Main Committee (A/54/L.84)]

54/263. Optional protocols to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict and on the sale of children, child prostitution and child pornography

The General Assembly,

Recalling all its previous resolutions on the rights of the child, in particular its resolution 54/149 of 17 December 1999, in which it strongly supported the work of the open-ended inter-sessional working groups and urged them to finalize their work before the tenth anniversary of the entry into force of the Convention on the Rights of the Child,1

Expressing its appreciation to the Commission on Human Rights for having finalized the texts of the two optional protocols to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict and on the sale of children, child prostitution and child pornography,

Conscious of the tenth anniversaries, in the year 2000, of the World Summit for Children and the entry into force of the Convention on the Rights of the Child and of the symbolic and practical importance of the

adoption of the two optional protocols to the Convention on the Rights of the Child before the special session of the General Assembly for the follow-up to the World Summit for Children, to be convened in 2001,

Adhering to the principle that the best interests of the child are to be a primary consideration in all actions concerning children,

Reaffirming its commitment to strive for the promotion and protection of the rights of the child in all avenues of life,

1. Adopts and opens for signature, ratification and accession the two optional protocols to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict and on the sale of children, child prostitution and child pornography, the texts of which are annexed to the present resolution;

2. Invites all States that have signed, ratified or acceded to the Convention on the Rights of the Child to sign and ratify or accede to the annexed optional protocols as soon as possible in order to facilitate their early entry into force;

3. Decides that the two optional protocols to the Convention on the Rights of the Child will be opened for signature at the special session of the General Assembly, entitled AWomen 2000: gender equality, development and peace for the twenty-first century≅, to be convened from 5 to 9 June 2000 in New York, and thereafter at United Nations Headquarters, at the special session of the General Assembly, entitled AWorld

Summit for Social Development and beyond: achieving social development for all in a globalizing world, to be convened from 26 to 30 June 2000 in Geneva, and at the Millennium Summit of the United Nations, to be convened from 6 to 8 September 2000 in New York;

4. Requests the Secretary-General to include information on the status of the two optional protocols in his report to the General Assembly on the status of the Convention on the Rights of the Child.

97th plenary meeting 25 May 2000

ANNEX II

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography

The States Parties to the present Protocol,

Considering that, in order further to achieve the purposes of the Convention on the Rights of the Child1 and the implementation of its provisions, especially articles 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 and 36, it would be appropriate to extend the measures that States Parties should undertake in order to guarantee the protection of the child from the sale of children, child prostitution and child pornography,

Considering also that the Convention on the Rights of the Child recognizes the right of the child to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous or to interfere with the child=s education, or to be harmful to the child=s health or physical, mental, spiritual, moral or social development,

Gravely concerned at the significant and increasing international traffic of children for the purpose of the sale of children, child prostitution and child pornography,

Deeply concerned at the widespread and continuing practice of sex tourism, to which children are especially vulnerable, as it directly promotes the sale of children, child prostitution and child pornography,

Recognizing that a number of particularly vulnerable groups, including girl children, are at greater risk of sexual exploitation, and that girl children are disproportionately represented among the sexually exploited,

Concerned about the growing availability of child pornography on the Internet and other evolving technologies, and recalling the International Conference on Combating Child Pornography on the Internet (Vienna, 1999) and, in particular, its conclusion calling for the worldwide criminalization of the production, distribution, exportation, transmission, importation, intentional possession and advertising of child pornography, and stressing the importance of closer cooperation and partnership between Governments and the Internet industry,

Believing that the elimination of the sale of children, child prostitution and child pornography will be facilitated by adopting a holistic approach, addressing the contributing factors, including underdevelopment, poverty, economic disparities, inequitable socio-economic structure, dysfunctioning families, lack of education, urban-rural migration, gender discrimination,

irresponsible adult sexual behaviour, harmful traditional practices, armed conflicts and trafficking of children,

Believing that efforts to raise public awareness are needed to reduce consumer demand for the sale of children, child prostitution and child pornography, and also believing in the importance of strengthening global partnership among all actors and of improving law enforcement at the national level,

Noting the provisions of international legal instruments relevant to the protection of children, including the Hague Convention on the Protection of Children and Cooperation with Respect to Inter-Country Adoption, the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, the Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, and International Labour Organization Convention No. 182 on the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour,

Encouraged by the overwhelming support for the Convention on the Rights of the Child, demonstrating the widespread commitment that exists for the promotion and protection of the rights of the child,

Recognizing the importance of the implementation of the provisions of the Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography3 and the Declaration and Agenda for Action adopted at the World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, held at Stockholm from 27 to 31 August 1996,4 and the other relevant decisions and recommendations of pertinent international bodies,

Taking due account of the importance of the traditions and cultural values of each people for the protection and harmonious development of the child,

Have agreed as follows:

Article 1

States Parties shall prohibit the sale of children, child prostitution and child pornography as provided for by the present Protocol.

Article 2

For the purpose of the present Protocol:

3 Official Records of the Economic and Social Council, 1992, Supplement No. 2 (E/1992/22), chap. II, sect. A,

resolution 1992/74, annex.

4 A/51/385, annex.

(a) Sale of children means any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration;

(b) Child prostitution means the use of a child in sexual activities for remuneration or any other form of consideration;

(c) Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual

purposes.

Article 3

1. Each State Party shall ensure that, as a minimum, the following acts and activities are fully covered under its criminal or penal law, whether these offences are committed domestically or transnationally or on an individual or organized basis:

(a) In the context of sale of children as defined in article 2:

(i) The offering, delivering or accepting, by whatever means, a child for the purpose of:

a. Sexual exploitation of the child;

b. Transfer of organs of the child for profit;

c. Engagement of the child in forced labour;

(ii) Improperly inducing consent, as an intermediary, for the adoption of a child in violation of applicable international legal instruments on adoption;

(b) Offering, obtaining, procuring or providing a child for child prostitution, as defined in article 2;

(c) Producing, distributing, disseminating, importing, exporting, offering, selling or possessing for the above purposes child pornography as defined in article 2.

2. Subject to the provisions of a State Party=s national law, the same shall apply to an attempt to commit any of these acts and to complicity or participation in any of these acts.

3. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties that take into account their grave nature.

4. Subject to the provisions of its national law, each State Party shall take measures, where appropriate, to establish the liability of legal persons for offences established in paragraph 1 of the present article. Subject to the legal principles of the State Party, this liability of legal persons may be criminal, civil or administrative.

5. States Parties shall take all appropriate legal and administrative measures to ensure that all persons involved in the adoption of a child act in conformity with applicable international legal instruments.

Article 4

1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 3, paragraph 1, when the offences are commited in its territory or on board a ship or aircraft registered in that State.

2. Each State Party may take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 3, paragraph 1, in the following cases:

(a) When the alleged offender is a national of that State or a person who has his habitual residence in its territory;

(b) When the victim is a national of that State.

3. Each State Party shall also take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the above-mentioned offences when the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him or her to another State Party on the ground that the offence has been committed by one of its nationals.

4. This Protocol does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law.

Article 5

1. The offences referred to in article 3, paragraph 1, shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties and shall be included as extraditable offences in every extradition treaty subsequently concluded between them, in accordance with the conditions set forth in those treaties.

2. If a State Party that makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Protocol as a legal basis for extradition in respect of such offences. Extradition shall be subject to the conditions provided by the law of the requested State.

3. States Parties that do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State.

4. Such offences shall be treated, for the purpose of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 4.

5. If an extradition request is made with respect to an offence described in article 3, paragraph 1, and if the requested State Party does not or will not extradite on the basis of the nationality of the offender, that State shall take suitable measures to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

Article 6

1. States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with investigations or criminal or extradition proceedings brought in respect of the offences set forth in article 3, paragraph 1, including assistance in obtaining evidence at their disposal necessary for the proceedings.

2. States Parties shall carry out their obligations under paragraph 1 of the present article in conformity with any treaties or other arrangements on mutual legal assistance that may exist between them. In the absence of such treaties or arrangements, States Parties shall afford one another assistance in accordance with their domestic law.

Article 7

States Parties shall, subject to the provisions of their national law:

(a) Take measures to provide for the seizure and confiscation, as appropriate, of:

(i) Goods such as materials, assets and other instrumentalities used to commit or facilitate offences under the present protocol;

(ii) Proceeds derived from such offences;

(b) Execute requests from another State Party for seizure or confiscation of goods or proceeds referred to in subparagraph (a) (i);

(c) Take measures aimed at closing, on a temporary or definitive basis, premises used to commit such offences.

Article 8

1. States Parties shall adopt appropriate measures to protect the rights and interests of child victims of the practices prohibited under the present Protocol at all stages of the criminal justice process, in particular by:

(a) Recognizing the vulnerability of child victims and adapting procedures to recognize their special needs, including their special needs as witnesses;

(b) Informing child victims of their rights, their role and the scope, timing and progress of the proceedings and of the disposition of their cases;

(c) Allowing the views, needs and concerns of child victims to be presented and considered in proceedings where their personal interests are affected, in a manner consistent with the procedural rules of national law;

(d) Providing appropriate support services to child victims throughout the legal process;

(e) Protecting, as appropriate, the privacy and identity of child victims and taking measures in accordance with national law to avoid the inappropriate dissemination of information that could lead to the identification of child victims;

(f) Providing, in appropriate cases, for the safety of child victims, as well as that of their families and witnesses on their behalf, from intimidation and retaliation;

(g) Avoiding unnecessary delay in the disposition of cases and the execution of orders or decrees granting compensation to child victims.

2. States Parties shall ensure that uncertainty as to the actual age of the victim shall not prevent the initiation of criminal investigations, including investigations aimed at establishing the age of the victim.

3. States Parties shall ensure that, in the treatment by the criminal justice system of children who are victims of the offences described in the present Protocol, the best interest of the child shall be a primary consideration.

4. States Parties shall take measures to ensure appropriate training, in particular legal and psychological training, for the persons who work with victims of the offences prohibited under the present Protocol.

5. States Parties shall, in appropriate cases, adopt measures in order to protect the safety and integrity of those persons and/or organizations involved in the prevention and/or protection and rehabilitation of victims of such offences.

6. Nothing in the present article shall be construed as prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused to a fair and impartial trial.

Article 9

1. States Parties shall adopt or strengthen, implement and disseminate laws, administrative measures, social policies and programmes to prevent the offences referred to in the present Protocol. Particular attention shall be given to protect children who are especially vulnerable to these practices.

2. States Parties shall promote awareness in the public at large, including children, through information by all appropriate means, education and training, about the preventive measures and harmful effects of the offences referred to in the present Protocol. In fulfilling their obligations under this article, States Parties shall encourage the participation of the community and, in particular, children and child victims, in such information and education and training programmes, including at the international level.

3. States Parties shall take all feasible measures with the aim of ensuring all appropriate assistance to victims of such offences, including their full social reintegration and their full physical and psychological recovery.

4. States Parties shall ensure that all child victims of the offences described in the present Protocol have access to adequate procedures to seek, without discrimination, compensation for damages from those legally responsible.

5. States Parties shall take appropriate measures aimed at effectively prohibiting the production and dissemination of material advertising the offences described in the present Protocol.

Article 10

1. States Parties shall take all necessary steps to strengthen international cooperation by multilateral, regional and bilateral arrangements for the prevention, detection, investigation, prosecution and punishment of those responsible for acts involving the sale of children, child prostitution, child pornography and child sex tourism. States Parties shall also promote international cooperation and coordination between their authorities, national and international non-governmental organizations and international organizations.

2. States Parties shall promote international cooperation to assist child victims in their physical and psychological recovery, social reintegration and repatriation.

3. States Parties shall promote the strengthening of international cooperation in order to address the root causes, such as poverty and underdevelopment, contributing to the vulnerability of children to the sale of children, child prostitution, child pornography and child sex tourism.

4. States Parties in a position to do so shall provide financial, technical or other assistance through existing multilateral, regional, bilateral or other programmes.

Article 11

Nothing in the present Protocol shall affect any provisions that are more conducive to the realization of the rights of the child and that may be contained in:

(a) The law of a State Party;

(b) International law in force for that State.

Article 12

1. Each State Party shall submit, within two years following the entry into force of the Protocol for that State Party, a report to the Committee on the Rights of the Child providing comprehensive information on the measures it has taken to implement the provisions of the Protocol.

2. Following the submission of the comprehensive report, each State Party shall include in the reports they submit to the Committee on the Rights of the Child, in accordance with article 44 of the Convention, any further information with respect to the implementation of the Protocol. Other States Parties to the Protocol shall submit a report every five years.

3. The Committee on the Rights of the Child may request from States Parties further information relevant to the implementation of this Protocol.

Article 13

1. The present Protocol is open for signature by any State that is a party to the Convention or has signed it.

2. The present Protocol is subject to ratification and is open to accession by any State that is a party to the Convention or has signed it. Instruments of ratification or accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 14

1. The present Protocol shall enter into force three months after the deposit of the tenth instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying the present Protocol or acceding to it after its entry into force, the present Protocol shall enter into force one month after the date of the deposit of its own instrument of ratification or accession.

Article 15

1. Any State Party may denounce the present Protocol at any time by written notification to the Secretary-General of the United Nations, who shall thereafter inform the other States Parties to the Convention and all States that have signed the Convention. The denunciation shall take effect one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General of the United Nations.

2. Such a denunciation shall not have the effect of releasing the State Party from its obligations under this Protocol in regard to any offence that occurs prior to the date on which the denunciation becomes effective. Nor shall such a denunciation prejudice in any way the continued consideration of any matter that is already under consideration by the Committee prior to the date on which the denunciation becomes effective.

Article 16

1. Any State Party may propose an amendment and file it with the Secretary-General of the United Nations.

The Secretary-General shall thereupon communicate the proposed amendment to States Parties, with a request that they indicate whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering and voting upon the proposals. In the event that, within four months from the date of such communication, at least one third of the States Parties favour such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations. Any amendment adopted by a majority of States Parties present and voting at the conference shall be submitted to the General Assembly for approval.

2. An amendment adopted in accordance with paragraph 1 of the present article shall enter into force when it has been approved by the General Assembly of the United Nations and accepted by a two-thirds majority of States Parties.

3. When an amendment enters into force, it shall be binding on those States Parties that have accepted it, other States Parties still being bound by the provisions of the present Protocol and any earlier amendments that they have accepted.

Article 17

1. The present Protocol, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited in the archives of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit certified copies of the present Protocol to all States Parties to the Convention and all States that have signed the Convention.

Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse

Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse[1]

Lanzarote, 25.X.2007

Council of Europe Treaty Series - No. 201

Preamble

The member States of the Council of Europe and the other signatories hereto;

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members;

Considering that every child has the right to such measures of protection as are required by his or her status as a minor, on the part of his or her family, society and the State;

Observing that the sexual exploitation of children, in particular child pornography and prostitution, and all forms of sexual abuse of children, including acts which are committed abroad, are destructive to children's health and psycho-social development;

Observing that the sexual exploitation and sexual abuse of children have grown to worrying proportions at both national and international level, in particular as regards the increased use by both children and perpetrators of information and communication technologies (ICTs), and that preventing and combating such sexual exploitation and sexual abuse of children require international co-operation;

Considering that the well-being and best interests of children are fundamental values shared by all member States and must be promoted without any discrimination;

[1] The Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community entered into force on 1 December 2009. As a consequence, as from that date, any reference to the European Economic Community shall be read as the European Union.

Recalling the Action Plan adopted at the 3rd Summit of Heads of State and Governments of the Council of Europe (Warsaw, 16-17 May 2005), calling for the elaboration of measures to stop sexual exploitation of children;

Recalling in particular the Committee of Ministers Recommendation No. R (91) 11 concerning sexual exploitation, pornography and prostitution of, and trafficking in, children and young adults, Recommendation Rec(2001)16 on the protection of children against sexual exploitation, and the Convention on Cybercrime (ETS No. 185), especially Article 9 thereof, as well as the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (CETS No. 197);

Bearing in mind the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950, ETS No. 5), the revised European Social Charter (1996, ETS No. 163), and the European Convention on the Exercise of Children's Rights (1996, ETS No. 160);

Also bearing in mind the United Nations Convention on the Rights of the Child, especially Article 34 thereof, the Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography, the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, as well as the International Labour Organization Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour;

Bearing in mind the Council of the European Union Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography (2004/68/JHA), the Council of the European Union Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA), and the Council of the European Union Framework Decision on combating trafficking in human beings (2002/629/JHA);

Taking due account of other relevant international instruments and programmes in this field, in particular the Stockholm Declaration and Agenda for Action, adopted at the 1st World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children (27-31 August 1996), the Yokohama Global Commitment adopted at the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children (17-20 December 2001), the Budapest Commitment and Plan of Action, adopted at the preparatory Conference for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children (20-21 November 2001), the United Nations General Assembly Resolution S-27/2 "A world fit for children" and the three-year programme "Building a Europe for and with children", adopted following the 3rd Summit and launched by the Monaco Conference (4-5 April 2006);

Determined to contribute effectively to the common goal of protecting children against sexual exploitation and sexual abuse, whoever the perpetrator may be, and of providing assistance to victims;

Taking into account the need to prepare a comprehensive international instrument focusing on the preventive, protective and criminal law aspects of the fight against all forms of sexual exploitation and sexual abuse of children and setting up a specific monitoring mechanism,

Have agreed as follows:

Chapter I – Purposes, non-discrimination principle and definitions

Article 1 – Purposes

1. The purposes of this Convention are to:

aprevent and combat sexual exploitation and sexual abuse of children;

bprotect the rights of child victims of sexual exploitation and sexual abuse;

cpromote national and international co-operation against sexual exploitation and sexual abuse of children.

2. In order to ensure effective implementation of its provisions by the Parties, this Convention sets up a specific monitoring mechanism.

Article 2 – Non-discrimination principle

The implementation of the provisions of this Convention by the Parties, in particular the enjoyment of measures to protect the rights of victims, shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth, sexual orientation, state of health, disability or other status.

Article 3 – Definitions

For the purposes of this Convention:

a. "child" shall mean any person under the age of 18 years;

b. "sexual exploitation and sexual abuse of children" shall include the behaviour as referred to in Articles 18 to 23 of this Convention;

c. "victim" shall mean any child subject to sexual exploitation or sexual abuse.

Chapter II – Preventive measures

Article 4 – Principles

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to prevent all forms of sexual exploitation and sexual abuse of children and to protect children.

Article 5 –Recruitment, training and awareness raising of persons working in contact with children

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to encourage awareness of the protection and rights of children among persons who have regular contacts with children in the

education, health, social protection, judicial and law-enforcement sectors and in areas relating to sport, culture and leisure activities.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the persons referred to in paragraph 1 have an adequate knowledge of sexual exploitation and sexual abuse of children, of the means to identify them and of the possibility mentioned in Article 12, paragraph 1.

3. Each Party shall take the necessary legislative or other measures, in conformity with its internal law, to ensure that the conditions to accede to those professions whose exercise implies regular contacts with children ensure that the candidates to these professions have not been convicted of acts of sexual exploitation or sexual abuse of children.

Article 6 – Education for children

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that children, during primary and secondary education, receive information on the risks of sexual exploitation and sexual abuse, as well as on the means to protect themselves, adapted to their evolving capacity. This information, provided in collaboration with parents, where appropriate, shall be given within a more general context of information on sexuality and shall pay special attention to situations of risk, especially those involving the use of new information and communication technologies.

Article 7 – Preventive intervention programmes or measures

Each Party shall ensure that persons who fear that they might commit any of the offences established in accordance with this Convention may have access, where appropriate, to effective intervention programmes or measures designed to evaluate and prevent the risk of offences being committed.

Article 8 – Measures for the general public

1. Each Party shall promote or conduct awareness raising campaigns addressed to the general public providing information on the phenomenon of sexual exploitation and sexual abuse of children and on the preventive measures which can be taken.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to prevent or prohibit the dissemination of materials advertising the offences established in accordance with this Convention.

Article 9 – Participation of children, the private sector, the media and civil society

1. Each Party shall encourage the participation of children, according to their evolving capacity, in the development and the implementation of state policies, programmes or others initiatives concerning the fight against sexual exploitation and sexual abuse of children.

2. Each Party shall encourage the private sector, in particular the information and communication technology sector, the tourism and travel industry and the banking and finance sectors, as well as civil society, to participate in the elaboration and implementation of policies to prevent sexual exploitation and sexual abuse of children and to implement internal norms through self-regulation or co-regulation.

3. Each Party shall encourage the media to provide appropriate information concerning all aspects of sexual exploitation and sexual abuse of children, with due respect for the independence of the media and freedom of the press.

4. Each Party shall encourage the financing, including, where appropriate, by the creation of funds, of the projects and programmes carried out by civil society aiming at preventing and protecting children from sexual exploitation and sexual abuse.

Chapter III – Specialised authorities and co-ordinating bodies

Article 10 – National measures of co-ordination and collaboration

1. Each Party shall take the necessary measures to ensure the co-ordination on a national or local level between the different agencies in charge of the protection from, the prevention of and the fight against sexual exploitation and sexual abuse of children, notably the education sector, the health sector, the social services and the law-enforcement and judicial authorities.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to set up or designate:

aindependent competent national or local institutions for the promotion and protection of the rights of the child, ensuring that they are provided with specific resources and responsibilities;

bmechanisms for data collection or focal points, at the national or local levels and in collaboration with civil society, for the purpose of observing and evaluating the phenomenon of sexual exploitation and sexual abuse of children, with due respect for the requirements of personal data protection.

3. Each Party shall encourage co-operation between the competent state authorities, civil society and the private sector, in order to better prevent and combat sexual exploitation and sexual abuse of children.

Chapter IV – Protective measures and assistance to victims

Article 11 – Principles

1. Each Party shall establish effective social programmes and set up multidisciplinary structures to provide the necessary support for victims, their close relatives and for any person who is responsible for their care.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that when the age of the victim is uncertain and there are reasons to believe that the victim is a child, the protection and assistance measures provided for children shall be accorded to him or her pending verification of his or her age.

Article 12 – Reporting suspicion of sexual exploitation or sexual abuse

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the confidentiality rules imposed by internal law on certain professionals called upon to work in contact with children do not constitute an obstacle to the possibility, for those professionals, of their reporting to the services responsible for child protection any situation where they have reasonable grounds for believing that a child is the victim of sexual exploitation or sexual abuse.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to encourage any person who knows about or suspects, in good faith, sexual exploitation or sexual abuse of children to report these facts to the competent services.

Article 13 – Helplines

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to encourage and support the setting up of information services, such as telephone or Internet helplines, to provide advice to callers, even confidentially or with due regard for their anonymity.

Article 14 – Assistance to victims

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to assist victims, in the short and long term, in their physical and psycho-social recovery. Measures taken pursuant to this paragraph shall take due account of the child's views, needs and concerns.

2. Each Party shall take measures, under the conditions provided for by its internal law, to co-operate with non-governmental organisations, other relevant organisations or other elements of civil society engaged in assistance to victims.

3. When the parents or persons who have care of the child are involved in his or her sexual exploitation or sexual abuse, the intervention procedures taken in application of Article 11, paragraph 1, shall include:

–the possibility of removing the alleged perpetrator;

–the possibility of removing the victim from his or her family environment. The conditions and duration of such removal shall be determined in accordance with the best interests of the child.

4. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the persons who are close to the victim may benefit, where appropriate, from therapeutic assistance, notably emergency psychological care.

Chapter V – Intervention programmes or measures

Article 15 – General principles

1. Each Party shall ensure or promote, in accordance with its internal law, effective intervention programmes or measures for the persons referred to in Article 16, paragraphs 1 and 2, with a view to preventing and minimising the risks of repeated offences of a sexual nature against children. Such programmes or measures shall be accessible at any time during the proceedings, inside and outside prison, according to the conditions laid down in internal law.

2. Each Party shall ensure or promote, in accordance with its internal law, the development of partnerships or other forms of co-operation between the competent authorities, in particular health-care services and the social services, and the judicial authorities and other bodies responsible for following the persons referred to in Article 16, paragraphs 1 and 2.

3. Each Party shall provide, in accordance with its internal law, for an assessment of the dangerousness and possible risks of repetition of the offences established in accordance with this Convention, by the persons referred to in Article 16, paragraphs 1 and 2, with the aim of identifying appropriate programmes or measures.

4. Each Party shall provide, in accordance with its internal law, for an assessment of the effectiveness of the programmes and measures implemented.

Article 16 – Recipients of intervention programmes and measures

1. Each Party shall ensure, in accordance with its internal law, that persons subject to criminal proceedings for any of the offences established in accordance with this Convention may have access to the programmes or measures mentioned in Article 15, paragraph 1, under conditions which are neither detrimental nor contrary to the rights of the defence and to the requirements of a fair and impartial trial, and particularly with due respect for the rules governing the principle of the presumption of innocence.

2. Each Party shall ensure, in accordance with its internal law, that persons convicted of any of the offences established in accordance with this Convention may have access to the programmes or measures mentioned in Article 15, paragraph 1.

3. Each Party shall ensure, in accordance with its internal law, that intervention programmes or measures are developed or adapted to meet the developmental needs of children who sexually offend, including those who are below the age of criminal responsibility, with the aim of addressing their sexual behavioural problems.

Article 17 – Information and consent

1. Each Party shall ensure, in accordance with its internal law, that the persons referred to in Article 16 to whom intervention programmes or measures have been proposed are fully informed of the reasons for the proposal and consent to the programme or measure in full knowledge of the facts.

2. Each Party shall ensure, in accordance with its internal law, that persons to whom intervention programmes or measures have been proposed may refuse them and, in the case of convicted persons, that they are made aware of the possible consequences a refusal might have.

Chapter VI – Substantive criminal law

Article 18 – Sexual abuse

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct is criminalised:

a. engaging in sexual activities with a child who, according to the relevant provisions of national law, has not reached the legal age for sexual activities;

b. engaging in sexual activities with a child where:

–use is made of coercion, force or threats; or

–abuse is made of a recognised position of trust, authority or influence over the child, including within the family; or

–abuse is made of a particularly vulnerable situation of the child, notably because of a mental or physical disability or a situation of dependence.

2. For the purpose of paragraph 1 above, each Party shall decide the age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child.

3. The provisions of paragraph 1.a are not intended to govern consensual sexual activities between minors.

Article 19 – Offences concerning child prostitution

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct is criminalised:

a. recruiting a child into prostitution or causing a child to participate in prostitution;

b. coercing a child into prostitution or profiting from or otherwise exploiting a child for such purposes;

c. having recourse to child prostitution.

2. For the purpose of the present article, the term "child prostitution" shall mean the fact of using a child for sexual activities where money or any other form of remuneration or consideration is given or promised as payment, regardless if this payment, promise or consideration is made to the child or to a third person.

Article 20 – Offences concerning child pornography

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct, when committed without right, is criminalised:

a. producing child pornography;

b. offering or making available child pornography;

c. distributing or transmitting child pornography;

d. procuring child pornography for oneself or for another person;

e. possessing child pornography;

f. knowingly obtaining access, through information and communication technologies, to child pornography.

2. For the purpose of the present article, the term "child pornography" shall mean any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child's sexual organs for primarily sexual purposes.

3. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.a and e to the production and possession of pornographic material:

–consisting exclusively of simulated representations or realistic images of a non-existent child;

–involving children who have reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, where these images are produced and possessed by them with their consent and solely for their own private use.

4. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 1.f.

Article 21 –Offences concerning the participation of a child in pornographic performances

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct is criminalised:

a. recruiting a child into participating in pornographic performances or causing a child to participate in such performances;

b. coercing a child into participating in pornographic performances or profiting from or otherwise exploiting a child for such purposes;

c. knowingly attending pornographic performances involving the participation of children.

2. Each Party may reserve the right to limit the application of paragraph 1.c to cases where children have been recruited or coerced in conformity with paragraph 1.a or b.

Article 22 – Corruption of children

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional causing, for sexual purposes, of a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, to witness sexual abuse or sexual activities, even without having to participate.

Article 23 – Solicitation of children for sexual purposes

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a, or Article 20, paragraph 1.a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting.

Article 24 – Aiding or abetting and attempt

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to establish as criminal offences, when committed intentionally, aiding or abetting the commission of any of the offences established in accordance with this Convention.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to establish as criminal offences, when committed intentionally, attempts to commit the offences established in accordance with this Convention.

3. Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraph 2 to offences established in accordance with Article 20, paragraph 1.b, d, e and f, Article 21, paragraph 1.c, Article 22 and Article 23.

Article 25 – Jurisdiction

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to establish jurisdiction over any offence established in accordance with this Convention, when the offence is committed:

a. in its territory; or

b. on board a ship flying the flag of that Party; or

c. on board an aircraft registered under the laws of that Party; or

d. by one of its nationals; or

e. by a person who has his or her habitual residence in its territory.

2. Each Party shall endeavour to take the necessary legislative or other measures to establish jurisdiction over any offence established in accordance with this Convention where the offence is committed against one of its nationals or a person who has his or her habitual residence in its territory.

3. Each Party may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that it reserves the right not to apply or to apply only in specific cases or conditions the jurisdiction rules laid down in paragraph 1.e of this article.

4. For the prosecution of the offences established in accordance with Articles 18, 19, 20, paragraph 1.a, and 21, paragraph 1.a and b, of this Convention, each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that its jurisdiction as regards paragraph 1.d is not subordinated to the condition that the acts are criminalised at the place where they were performed.

5. Each Party may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that it reserves the right to limit the application of paragraph 4 of this article, with regard to offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.b, second and third indents, to cases where its national has his or her habitual residence in its territory.

6. For the prosecution of the offences established in accordance with Articles 18, 19, 20, paragraph 1.a, and 21 of this Convention, each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that its jurisdiction as regards paragraphs 1.d and e is not subordinated to the condition that the prosecution can only be initiated following a report from the victim or a denunciation from the State of the place where the offence was committed.

7. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to establish jurisdiction over the offences established in accordance with this Convention, in cases where an alleged offender is present on its territory and it does not extradite him or her to another Party, solely on the basis of his or her nationality.

8. When more than one Party claims jurisdiction over an alleged offence established in accordance with this Convention, the Parties involved shall, where appropriate, consult with a view to determining the most appropriate jurisdiction for prosecution.

9. Without prejudice to the general rules of international law, this Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised by a Party in accordance with its internal law.

Article 26 – Corporate liability

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that a legal person can be held liable for an offence established in accordance with this Convention, committed for its benefit by any natural person, acting either individually or as part of an organ of the legal person, who has a leading position within the legal person, based on:

a. power of representation of the legal person;

b. an authority to take decisions on behalf of the legal person;

c. an authority to exercise control within the legal person.

2. Apart from the cases already provided for in paragraph 1, each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that a legal person can be held liable where the lack of supervision or control by a natural person referred to in paragraph 1 has made possible the commission of an offence established in accordance with this Convention for the benefit of that legal person by a natural person acting under its authority.

3. Subject to the legal principles of the Party, the liability of a legal person may be criminal, civil or administrative.

4. Such liability shall be without prejudice to the criminal liability of the natural persons who have committed the offence.

Article 27 – Sanctions and measures

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the offences established in accordance with this Convention are punishable by effective, proportionate and dissuasive sanctions, taking into account their seriousness. These sanctions shall include penalties involving deprivation of liberty which can give rise to extradition.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that legal persons held liable in accordance with Article 26 shall be subject to effective, proportionate and dissuasive sanctions which shall include monetary criminal or non-criminal fines and may include other measures, in particular:

a. exclusion from entitlement to public benefits or aid;

b. temporary or permanent disqualification from the practice of commercial activities;

c. placing under judicial supervision;

d. judicial winding-up order.

3. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to:

a. provide for the seizure and confiscation of:

–goods, documents and other instrumentalities used to commit the offences, established in accordance with this Convention or to facilitate their commission;

–proceeds derived from such offences or property the value of which corresponds to such proceeds;

b. enable the temporary or permanent closure of any establishment used to carry out any of the offences established in accordance with this Convention, without prejudice to the rights of bona fide third parties, or to deny the perpetrator, temporarily or permanently, the exercise of the professional or voluntary activity involving contact with children in the course of which the offence was committed.

4. Each Party may adopt other measures in relation to perpetrators, such as withdrawal of parental rights or monitoring or supervision of convicted persons.

5. Each Party may establish that the proceeds of crime or property confiscated in accordance with this article can be allocated to a special fund in order to finance prevention and assistance programmes for victims of any of the offences established in accordance with this Convention.

Article 28 – Aggravating circumstances

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following circumstances, in so far as they do not already form part of the constituent elements of the offence, may, in conformity with the relevant provisions of internal law, be taken into consideration as aggravating circumstances in the determination of the sanctions in relation to the offences established in accordance with this Convention:

a. the offence seriously damaged the physical or mental health of the victim;

b. the offence was preceded or accompanied by acts of torture or serious violence;

c. the offence was committed against a particularly vulnerable victim;

d. the offence was committed by a member of the family, a person cohabiting with the child or a person having abused his or her authority;

e. the offence was committed by several people acting together;

f. the offence was committed within the framework of a criminal organisation;

g. the perpetrator has previously been convicted of offences of the same nature.

Article 29 – Previous convictions

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to provide for the possibility to take into account final sentences passed by another Party in relation to the offences established in accordance with this Convention when determining the sanctions.

Chapter VII – Investigation, prosecution and procedural law

Article 30 – Principles

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that investigations and criminal proceedings are carried out in the best interests and respecting the rights of the child.

2. Each Party shall adopt a protective approach towards victims, ensuring that the investigations and criminal proceedings do not aggravate the trauma experienced by the child and that the criminal justice response is followed by assistance, where appropriate.

3. Each Party shall ensure that the investigations and criminal proceedings are treated as priority and carried out without any unjustified delay.

4. Each Party shall ensure that the measures applicable under the current chapter are not prejudicial to the rights of the defence and the requirements of a fair and impartial trial, in conformity with Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

5. Each Party shall take the necessary legislative or other measures, in conformity with the fundamental principles of its internal law:

–to ensure an effective investigation and prosecution of offences established in accordance with this Convention, allowing, where appropriate, for the possibility of covert operations;

–to enable units or investigative services to identify the victims of the offences established in accordance with Article 20, in particular by analysing child pornography material, such as photographs and audiovisual recordings transmitted or made available through the use of information and communication technologies.

Article 31 – General measures of protection

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to protect the rights and interests of victims, including their special needs as witnesses, at all stages of investigations and criminal proceedings, in particular by:

a. informing them of their rights and the services at their disposal and, unless they do not wish to receive such information, the follow-up given to their complaint, the charges, the general progress of the investigation or proceedings, and their role therein as well as the outcome of their cases;

b. ensuring, at least in cases where the victims and their families might be in danger, that they may be informed, if necessary, when the person prosecuted or convicted is released temporarily or definitively;

c. enabling them, in a manner consistent with the procedural rules of internal law, to be heard, to supply evidence and to choose the means of having their views, needs and concerns presented, directly or through an intermediary, and considered;

d. providing them with appropriate support services so that their rights and interests are duly presented and taken into account;

e. protecting their privacy, their identity and their image and by taking measures in accordance with internal law to prevent the public dissemination of any information that could lead to their identification;

f. providing for their safety, as well as that of their families and witnesses on their behalf, from intimidation, retaliation and repeat victimisation;

g. ensuring that contact between victims and perpetrators within court and law enforcement agency premises is avoided, unless the competent authorities establish otherwise in the best interests of the child or when the investigations or proceedings require such contact.

2. Each Party shall ensure that victims have access, as from their first contact with the competent authorities, to information on relevant judicial and administrative proceedings.

3. Each Party shall ensure that victims have access, provided free of charge where warranted, to legal aid when it is possible for them to have the status of parties to criminal proceedings.

4. Each Party shall provide for the possibility for the judicial authorities to appoint a special representative for the victim when, by internal law, he or she may have the status of a party to the criminal proceedings and where the holders of parental responsibility are precluded from representing the child in such proceedings as a result of a conflict of interest between them and the victim.

5. Each Party shall provide, by means of legislative or other measures, in accordance with the conditions provided for by its internal law, the possibility for groups, foundations, associations or governmental or non-governmental organisations, to assist and/or support the victims with their consent during criminal proceedings concerning the offences established in accordance with this Convention.

6. Each Party shall ensure that the information given to victims in conformity with the provisions of this article is provided in a manner adapted to their age and maturity and in a language that they can understand.

Article 32 – Initiation of proceedings

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that investigations or prosecution of offences established in accordance with this Convention shall not be dependent upon the report or accusation made by a victim, and that the proceedings may continue even if the victim has withdrawn his or her statements.

Article 33 – Statute of limitation

Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the statute of limitation for initiating proceedings with regard to the offences established in accordance with Articles 18, 19, paragraph 1.a and b, and 21, paragraph 1.a and b, shall continue for a period of time sufficient to allow the efficient starting of proceedings after the victim has reached the age of majority and which is commensurate with the gravity of the crime in question.

Article 34 – Investigations

1. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to ensure that persons, units or services in charge of investigations are specialised in the field of combating sexual exploitation

and sexual abuse of children or that persons are trained for this purpose. Such units or services shall have adequate financial resources.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that uncertainty as to the actual age of the victim shall not prevent the initiation of criminal investigations.

Article 35 – Interviews with the child

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that:

a**.** interviews with the child take place without unjustified delay after the facts have been reported to the competent authorities;

b. interviews with the child take place, where necessary, in premises designed or adapted for this purpose;

c. interviews with the child are carried out by professionals trained for this purpose;

d. the same persons, if possible and where appropriate, conduct all interviews with the child;

e. the number of interviews is as limited as possible and in so far as strictly necessary for the purpose of criminal proceedings;

f. the child may be accompanied by his or her legal representative or, where appropriate, an adult of his or her choice, unless a reasoned decision has been made to the contrary in respect of that person.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that all interviews with the victim or, where appropriate, those with a child witness, may be videotaped and that these videotaped interviews may be accepted as evidence during the court proceedings, according to the rules provided by its internal law.

3. When the age of the victim is uncertain and there are reasons to believe that the victim is a child, the measures established in paragraphs 1 and 2 shall be applied pending verification of his or her age.

Article 36 – Criminal court proceedings

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures, with due respect for the rules governing the autonomy of legal professions, to ensure that training on children's rights and sexual exploitation and sexual abuse of children is available for the benefit of all persons involved in the proceedings, in particular judges, prosecutors and lawyers.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure, according to the rules provided by its internal law, that:

a. the judge may order the hearing to take place without the presence of the public;

b. the victim may be heard in the courtroom without being present, notably through the use of appropriate communication technologies.

Chapter VIII – Recording and storing of data

Article 37 – Recording and storing of national data on convicted sexual offenders

1. For the purposes of prevention and prosecution of the offences established in accordance with this Convention, each Party shall take the necessary legislative or other measures to collect and store, in accordance with the relevant provisions on the protection of personal data and other appropriate rules and guarantees as prescribed by domestic law, data relating to the identity and to the genetic profile (DNA) of persons convicted of the offences established in accordance with this Convention.

2. Each Party shall, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, communicate to the Secretary General of the Council of Europe the name and address of a single national authority in charge for the purposes of paragraph 1.

3. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the information referred to in paragraph 1 can be transmitted to the competent authority of another Party, in conformity with the conditions established in its internal law and the relevant international instruments.

Chapter IX – International co-operation

Article 38 – General principles and measures for international co-operation

1. The Parties shall co-operate with each other, in accordance with the provisions of this Convention, and through the application of relevant applicable international and regional instruments, arrangements agreed on the basis of uniform or reciprocal legislation and internal laws, to the widest extent possible, for the purpose of:

a. preventing and combating sexual exploitation and sexual abuse of children;

b. protecting and providing assistance to victims;

c. investigations or proceedings concerning the offences established in accordance with this Convention.

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that victims of an offence established in accordance with this Convention in the territory of a Party other than the one where they reside may make a complaint before the competent authorities of their State of residence.

3. If a Party that makes mutual legal assistance in criminal matters or extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for legal assistance or extradition from a Party with which it has not concluded such a treaty, it may consider this Convention the legal basis for mutual legal assistance in criminal matters or extradition in respect of the offences established in accordance with this Convention.

4. Each Party shall endeavour to integrate, where appropriate, prevention and the fight against sexual exploitation and sexual abuse of children in assistance programmes for development provided for the benefit of third states.

Chapter X – Monitoring mechanism

Article 39 – Committee of the Parties

1. The Committee of the Parties shall be composed of representatives of the Parties to the Convention.

2. The Committee of the Parties shall be convened by the Secretary General of the Council of Europe. Its first meeting shall be held within a period of one year following the entry into force of this Convention for the tenth signatory having ratified it. It shall subsequently meet whenever at least one third of the Parties or the Secretary General so requests.

3. The Committee of the Parties shall adopt its own rules of procedure.

Article 40 – Other representatives

1. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, the Commissioner for Human Rights, the European Committee on Crime Problems (CDPC), as well as other relevant Council of Europe intergovernmental committees, shall each appoint a representative to the Committee of the Parties.

2. The Committee of Ministers may invite other Council of Europe bodies to appoint a representative to the Committee of the Parties after consulting the latter.

3. Representatives of civil society, and in particular non-governmental organisations, may be admitted as observers to the Committee of the Parties following the procedure established by the relevant rules of the Council of Europe.

4. Representatives appointed under paragraphs 1 to 3 above shall participate in meetings of the Committee of the Parties without the right to vote.

Article 41 – Functions of the Committee of the Parties

1. The Committee of the Parties shall monitor the implementation of this Convention. The rules of procedure of the Committee of the Parties shall determine the procedure for evaluating the implementation of this Convention.

2. The Committee of the Parties shall facilitate the collection, analysis and exchange of information, experience and good practice between States to improve their capacity to prevent and combat sexual exploitation and sexual abuse of children.

3. The Committee of the Parties shall also, where appropriate:

a. facilitate the effective use and implementation of this Convention, including the identification of any problems and the effects of any declaration or reservation made under this Convention;

b. express an opinion on any question concerning the application of this Convention and facilitate the exchange of information on significant legal, policy or technological developments.

4. The Committee of the Parties shall be assisted by the Secretariat of the Council of Europe in carrying out its functions pursuant to this article.

5. The European Committee on Crime Problems (CDPC) shall be kept periodically informed regarding the activities mentioned in paragraphs 1, 2 and 3 of this article.

Chapter XI – Relationship with other international instruments

Article 42 –Relationship with the United Nations Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography

This Convention shall not affect the rights and obligations arising from the provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child and its Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography, and is intended to enhance the protection afforded by them and develop and complement the standards contained therein.

Article 43 – Relationship with other international instruments

1. This Convention shall not affect the rights and obligations arising from the provisions of other international instruments to which Parties to the present Convention are Parties or shall become Parties and which contain provisions on matters governed by this Convention and which ensure greater protection and assistance for child victims of sexual exploitation or sexual abuse.

2. The Parties to the Convention may conclude bilateral or multilateral agreements with one another on the matters dealt with in this Convention, for purposes of supplementing or strengthening its provisions or facilitating the application of the principles embodied in it.

3. Parties which are members of the European Union shall, in their mutual relations, apply Community and European Union rules in so far as there are Community or European Union rules governing the particular subject concerned and applicable to the specific case, without prejudice to the object and purpose of the present Convention and without prejudice to its full application with other Parties.

Chapter XII – Amendments to the Convention

Article 44 – Amendments

1. Any proposal for an amendment to this Convention presented by a Party shall be communicated to the Secretary General of the Council of Europe and forwarded by him or her to the member States of the Council of Europe, any signatory, any State Party, the European Community, any State invited to sign this Convention in accordance with the provisions of Article 45, paragraph 1, and any State invited to accede to this Convention in accordance with the provisions of Article 46, paragraph 1.

2. Any amendment proposed by a Party shall be communicated to the European Committee on Crime Problems (CDPC), which shall submit to the Committee of Ministers its opinion on that proposed amendment.

3. The Committee of Ministers shall consider the proposed amendment and the opinion submitted by the CDPC and, following consultation with the non-member States Parties to this Convention, may adopt the amendment.

4. The text of any amendment adopted by the Committee of Ministers in accordance with paragraph 3 of this article shall be forwarded to the Parties for acceptance.

5. Any amendment adopted in accordance with paragraph 3 of this article shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of one month after the date on which all Parties have informed the Secretary General that they have accepted it.

Chapter XIII – Final clauses

Article 45 – Signature and entry into force

1. This Convention shall be open for signature by the member States of the Council of Europe, the non-member States which have participated in its elaboration as well as the European Community.

2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

3. This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which 5 signatories, including at least 3 member States of the Council of Europe, have expressed their consent to be bound by the Convention in accordance with the provisions of the preceding paragraph.

4. In respect of any State referred to in paragraph 1 or the European Community, which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance or approval.

Article 46 – Accession to the Convention

1. After the entry into force of this Convention, the Committee of Ministers of the Council of Europe may, after consultation of the Parties to this Convention and obtaining their unanimous consent, invite any non-member State of the Council of Europe, which has not participated in the elaboration of the Convention, to accede to this Convention by a decision taken by the majority provided for in Article 20.d of the Statute of the Council of Europe, and by unanimous vote of the representatives of the Contracting States entitled to sit on the Committee of Ministers.

2. In respect of any acceding State, the Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of deposit of the instrument of accession with the Secretary General of the Council of Europe.

Article 47 – Territorial application

1. Any State or the European Community may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, specify the territory or territories to which this Convention shall apply.

2. Any Party may, at any later date, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, extend the application of this Convention to any other territory specified in the declaration and for whose international relations it is responsible or on whose behalf it is authorised to give undertakings. In respect of such territory, the Convention shall enter into force

on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of such declaration by the Secretary General.

3. Any declaration made under the two preceding paragraphs may, in respect of any territory specified in such declaration, be withdrawn by a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of such notification by the Secretary General.

Article 48 – Reservations

No reservation may be made in respect of any provision of this Convention, with the exception of the reservations expressly established. Any reservation may be withdrawn at any time.

Article 49 – Denunciation

1. Any Party may, at any time, denounce this Convention by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.

2. Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

Article 50 – Notification

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council of Europe, any State signatory, any State Party, the European Community, any State invited to sign this Convention in accordance with the provisions of Article 45 and any State invited to accede to this Convention in accordance with the provisions of Article 46 of:

a. any signature;

b. the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

c. any date of entry into force of this Convention in accordance with Articles 45 and 46;

d. any amendment adopted in accordance with Article 44 and the date on which such an amendment enters into force;

e. any reservation made under Article 48;

f. any denunciation made in pursuance of the provisions of Article 49;

g. any other act, notification or communication relating to this Convention.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Convention.

Done at Lanzarote, this 25th day of October 2007, in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe, to the non-member States which have participated in the elaboration of this Convention, to the European Community and to any State invited to accede to this Convention.

Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Lanzarote, 25.X.2007

Avrupa Konseyi Sözleşmeler Dizisi - No. 201

Giriş

Avrupa Konseyi üye devletleri ve sözleşmeye taraf diğer devletler;

Avrupa Konseyinin amacının, üyeleri arasında daha büyük bir birlik sağlanması olduğunu göz önünde bulundurarak;

Her çocuğun, ailesi, toplum ve Devlet nezdinde, reşit olmamış birey konumunun gerektirdiği koruma tedbirlerinden yararlanma hakkı olduğunu göz önünde bulundurarak;

Çocukların özellikle çocuk pornografisi ve fuhuş yoluyla olmak üzere cinsel suistimali ve yurtdışında işlenen eylemler de dahil olmak üzere çocukların her türlü cinsel istismara maruz bırakılmasının, çocukların sağlığını ve psikososyal gelişimini tahrip ettiğini gözlemleyerek;

Çocukların cinsel suistimalinin ve çocuğa yönelik cinsel istismarın, özellikle de gerek çocukların gerekse bu eylemleri gerçekleştirenlerin bilgi ve bilişim teknolojilerini giderek daha çok kullandıkları göz önüne alındığında, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde endişe verici boyutlara ulaştığını ve çocuklara yönelik bu tür cinsel suistimal ve cinsel istismarın önlenmesi ve bununla mücadele için uluslararası işbirliğinin gerekli olduğunu gözlemleyerek;

Çocukların refahının ve yüksek menfaatlerinin tüm üye Devletlerce paylaşılan ve ayrım gözetmeksizin yaygınlaştırılması gereken temel değerler olduğunu göz önünde tutarak;

Çocukların cinsel suistimalini durdurmaya yönelik tedbirlerin kapsamlı olarak düzenlenmesi çağrısında bulunan, Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları 3. Zirvesinde kabul edilen Eylem Planını (Varşova, 16-17 Mayıs 2005) hatırda tutarak;

Özellikle de, çocukların ve genç yetişkinlerin cinsel suistimali, pornografi ve fuhuş faaliyetlerinde kullanılması ve ticaretinin yapılmasına dair R(91)11 sayılı Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararını,

çocukların cinsel suistimale karşı korunmasına dair Rec(2001) 16 sayılı Tavsiye Kararını ve Sibersuçlar Sözleşmesi (ETS No.185) ve bu sözleşmenin özellikle 9. Maddesinin yanı sıra, İnsan Ticareti İle Mücadeleye dair Avrupa Konseyi Sözleşmesini (CETS No.197) hatırda tutarak;

İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Sözleşmesini (1950, ETS No.5), yeniden düzenlenmiş Avrupa Sosyal Bildirgesini (1996, ETS No.163) ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına dair Avrupa Sözleşmesini (1996, ETS N o.160) hatırda tutarak;

Aynı zamanda, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmenin özellikle 34. Maddesini, çocukların alınıp satılması, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine dair İhtiyari Protokolu, Birleşmiş Milletler'in Sınır Ötesi Örgütlü Suçlar Sözleşmesini tamamlayan, Özellikle Kadın ve Çocuklar olmak üzere İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılmasına dair Protokolun yanı sıra, Çocuk İstihdamının en kötü örneklerinin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılması için Acil Eyleme dair Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesini de hatırda tutarak;

Avrupa Birliği Konseyi'nin çocukların cinsel suistimaliyle ve çocuk pornografisiyle mücadeleye dair Çerçeve Kararını (2004/68/JHA), Avrupa Birliği Konseyi'nin ceza davalarında mağdurların durumuna dair Çerçeve Kararını (2001/220/JHA) ve insan ticaretiyle mücadeleye dair Avrupa Birliği Konseyi Çerçeve Kararını (2002/629/JHA) hatırda tutarak;

Bu alandaki diğer uluslararası belgeler ve programları ve özellikle de Çocukların Ticari olarak Cinsel Suistimaline karşı 1. Dünya Kongresinde kabul edilen Stockholm Deklarasyonu ve Eylem Gündemini (27-31 Ağustos 1996), Çocukların Ticari olarak Cinsel Suistimaline karşı 2. Dünya Kongresinde kabul edilen Yokohama Küresel Taahüdünü (17-20 Aralık 2001), Çocukların Ticari olarak Cinsel Suistimaline karşı 2. Dünya Kongresi hazırlık Konferansında kabul edilen Budapeşte Taahhüdü ve Eylem Planını (20-21 Kasım 2001), Birleşmiş Milletler'in "Çocuklara Uygun bir Dünya" adlı, S-27/2 sayılı Genel Kurur Kararını ve 3. Zirvede kabul edilip Monaco Konferansında (4-5 Nisan 2006) yürürlüğe sokulan "Çocuklar için ve Çocuklarla birlikte bir Avrupa Kurma" adlı üç yıllık programı gereken biçimde dikkate alarak;

Faili kim olursa olsun, çocukları cinsel suistimale ve cinsel istismara karşı koruma ve mağdurlara yardım etme ortak gayesine etkin bir biçimde katkı sağlamaya kararlı olarak;

Çocukların her türlü cinsel suistimali ve cinsel istismarıyla mücadelenin önleyici, koruyucu ve ceza hukukuna ilişkin yanları üzerinde odaklanan kapsamlı bir uluslararası belgenin hazırlanması ve özel bir izleme mekanizmasının oluşturulması ihtiyacını göz önüne alarak,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmaya varmışlardır:

Bölüm I – Amaçlar, ayrım gözetmeme ilkesi ve tanımlar

Madde 1 – Amaçlar

1. Bu Sözleşmenin amaçları şunlardır:

a. çocukların cinsel suistimalini ve çocuğa yönelik cinsel istismarı önlemek ve bunlarla mücadele etmek;

b. cinsel suistimal ve cinsel istismar mağduru çocukların haklarını korumak;

c. Çocukların cinsel suistimaline ve cinsel istismarına karşı ulusal ve uluslararası işbirliğini yaygınlaştırmak.

2. İlgili hükümlerinin Taraflarca etkili bir biçimde uygulanmasını temin etmek üzere, işbu Sözleşme özel bir izleme mekanizması oluşturmaktadır.

Madde 2 – Ayrım gözetmeme ilkesi

Bu Sözleşme hükümlerinin Taraflarca uygulanması, özellikle de mağdurların haklarını korumaya yönelik tedbirlerden faydalanmaları, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer tür görüş, milli veya sosyal köken, herhangi bir ulusal azınlıkla bağlantılı olma, mülk ve arazi sahibi olma, doğumla, cinsel yönelimle, sağlık durumuyla, engelli olma veya diğer bir statüyle bağlantılı olmaksızın, ayrım gözetilmeden temin edilecektir.

Madde 3 – Tanımlar

Bu Sözleşme maksatlarıyla:

a. "çocuk" 18 yaşından küçük herhangi bir birey anlamına gelecektir;

b. "çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarı", bu Sözleşmenin Madde 18-23'ünde atıfta bulunulan davranışları içerecektir;

c. "mağdur" cinsel suistimale veya cinsel istismara maruz kalan herhangi bir çocuk anlamına gelecektir.

Bölüm II – Önleyici tedbirler

Madde 4 – İlkeler

Tarafların her biri çocukların her türlü cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önleyecek ve çocukları koruyacak gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır.

Madde 5 – Çocuklarla temas halinde çalışan bireylerin işe alınması, eğitilmesi ve farkındalığının arttırılması

1. Tarafların her biri eğitim, sağlık, sosyal koruma, yargı ve yasaları uygulama ile ilgili sektörlerde ve spor, kültür ve eğlence faaliyetleri alanlarında çocuklarla düzenli temas içindeki bireyler arasında çocukların korunmasına ve haklarına ilişkin farkındalığın geliştirilmesini teşvik etmeye yönelik gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

2. Tarafların her biri 1. maddede sözü edilen bireylerin, çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarı, bu tür davranışları teşhis etme vasıtaları ve Madde 12.1'de sözü edilen olasılık hakkında yeterli bilgi sahibi olmalarını sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

3. Tarafların her biri, kendi iç hukuklarıyla uyumlu olarak, uygulanması esnasında çocuklarla düzenli teması gerektiren mesleklere geçme koşullarının, söz konusu meslek adaylarının çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarıyla ilgili suçlardan hüküm giymemiş olmalarını temin edecek şekilde gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 6 – Çocuklara yönelik eğitim

Tarafların her biri, çocukların ilk ve orta eğitim sırasında, cinsel suistimal ve cinsel istismarın risklerinin yanı sıra, çocukların gelişme kapasitelerine göre uyarlanarak, kendilerini koruma yollarına ilişkin bilgileri de almalarını sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır. Ebeveynle birlikte işbirliği içinde sağlanacak olan bu bilgiler, yerine göre, cinsellikle ilgili bilgilerin daha genel bir kapsamında verilecek ve özellikle de yeni bilgi ve bilişim teknolojilerinin kullanımının getirdiği riskli durumlara dikkat çekilecektir.

Madde 7 – Önleyici müdahale programları veya tedbirleri

Tarafların her biri bu Sözleşmede belirtilen suçlardan herhangi birini işleme korkusu içinde olan bireylerin, yerine göre, söz konusu suçların işlenme riskini değerlendirmeye ve önlemeye yönelik etkili müdahale programlarına veya tedbirlerine erişim sağlamalarını temin edecektir.

Madde 8 – Genel Kamuya yönelik tedbirler

1. Tarafların her biri, çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarı olgusu ve alınabilecek önleyici tedbirler konusunda bilgi sağlayacak, genel kamuya yönelik farkındalık ve bilinç arttırma kampanyalarını yaygınlaştıracak veya icra edecektir.

2. Tarafların her biri bu Sözleşmede belirtilen suçları teşvik eden materyallerin dağıtımını önlemeye veya yasaklamaya yönelik gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 9 – Çocukların, özel sektörün, medyanın ve sivil toplumun katılımı

1. Tarafların her biri; çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarıyla mücadeleye ilişkin devlet politikaları, programları veya diğer girişimlerin geliştirilmesine ve uygulanmasına, gelişme kapasitelerine uygun olarak çocukların katılmalarını teşvik edecektir.

2. Tarafların her biri; özel sektörü, özellikle de bilgi ve bilişim, turizm ve seyahat, bankacılık ve finans sektörünü ve aynı zamanda sivil toplumu, çocukların cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önlemeye yönelik politikaların oluşturulması ve uygulanmasına katılmaya ve bu alanda öz denetim veya eş-düzenlemeler yoluyla dahili normlar uygulamaya teşvik edecektir.

3. Tarafların her biri; medyanın bağımsızlığı ve basın özgürlüğüne gereken saygıyı göstererek, medyayı çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarının tüm yönleriyle ilgili uygun bilgileri sağlamaya teşvik edecektir.

4. Tarafların her biri; çocukların cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önlemeyi ve çocukları bunlardan korumayı hedef alan sivil toplum tarafından yürütülen proje ve programların, yerine göre bu amaçla fonlar oluşturulması da dahil olmak üzere, finanse edilmesini teşvik edecektir.

Bölüm III – Uzmanlık alanlarına ilişkin yetkili kurumlar ve koordinasyon kurumları

Madde 10 – Ulusal koordinasyon ve işbirliği tedbirleri

1. Tarafların her biri, özellikle de eğitim sektörü, sağlık sektörü, sosyal hizmetler, kolluk kuvvetleri ve yargı makamları gibi çocukların cinsel suistimale ve cinsel istismara karşı korunması ve bunlarla mücadeleden sorumlu farklı birimler arasında ulusal veya yerel düzeyde koordinasyon sağlamaya yönelik gerekli tedbirleri alacaktır.

2. Tarafların her biri:

a. çocuk haklarının yaygınlaştırılması ve korunmasına yönelik bağımsız yetkili ulusal veya yerel kurumların kurulması veya belirlenmesi ve bu kurumlara spesifik kaynaklar ve sorumluluklar verilmesinin sağlanması için;

b. kişisel veri korumanın gereklerine gereken saygı gösterilmesi kaydıyla, çocukların cinsel suistimali ve cinsel istismarı olgusunun gözlemlenmesi ve değerlendirilmesi amacıyla, sivil toplumla işbirliği içinde, ulusal veya yerel düzeylerde veri toplama mekanizmaları veya merkezleri kurulması veya belirlenmesi için; gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

3. Tarafların her biri çocukların cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önlemede ve bunlarla mücadelede daha başarılı olabilmek için yetkili devlet makamları, sivil toplum ve özel sektör arasında işbirliğini teşvik edecektir.

Bölüm IV – Koruyucu tedbirler ve mağdurlara yardım

Madde 11 – İlkeler

1. Tarafların her biri mağdurlara, mağdurların yakın akrabalarına ve bunların bakımından sorumlu kişilere gerekli desteği sağlayacak etkili sosyal programları oluşturacak ve çeşitli disiplinleri içeren yapıları kuracaktır.

2. Tarafların her biri; mağdurun yaşının belli olmaması halinde ve mağdurun çocuk olduğuna kanaat getirilmesini gerektirecek nedenler olması halinde, çocuklara sağlanan koruma ve yardım tedbirlerinin, yaşı doğrulanıncaya kadar mağdura sağlanmasına yönelik gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 12 – Cinsel suistimal veya cinsel istismar şüphesinin bildirilmesi

1. Tarafların her biri, iç hukukun, çocuklarla temas halinde çalışmak durumunda olan belirli meslek personeline getirdiği zorunlu gizlilik kurallarının, bu personelin, çocuğun cinsel suistimal veya cinsel istismar mağduru olduğuna dair makul nedenlerin mevcut olduğu durumları, çocukların korunmasından sorumlu birimlere bildirebilmelerine engel teşkil etmesini önleyecek gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

2. Tarafların her biri, çocukların cinsel suistimale veya cinsel istismara uğradığına dair kötü niyet taşımaksızın bir bilgisi veya şüphesi olan herhangi bir şahsın, , bu bilgileri yetkili birimlere bildirmesini teşvik edecek gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 13 – Yardım hatları

Tarafların her biri, gizlilik ve şahısların kimliklerinin açıklanmaması ilkesine sadık kalarak, arayanlara bilgi vermek üzere, telefon veya internet yardım hatları gibi bilgilendirme hizmetlerinin kurulmasını teşvik etmek ve desteklemek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 14 – Mağdurlara yardım

1. Tarafların her biri, mağdurların kısa ve uzun vadede fiziksel ve psiko-sosyal iyileşmelerine yardımcı olmak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır. Bu maddeyle ilgili olarak alınacak tedbirler çocuğun görüş, ihtiyaç ve kaygılarını gereken biçimde göz önüne alacaktır.

2. Tarafların her biri, kendi iç hukukunun sağladığı şartlara göre mağdurlara yardımla uğraşan sivil toplum örgütleri, ilgili diğer kuruluşlar veya diğer sivil toplum unsurlarıyla işbirliği yapmaya yönelik tedbirler alacaktır.

3. Çocuğa bakan ebeveyn veya şahısların çocuğun cinsel suistimali veya cinsel istismarında yer alması halinde, Madde 11.1'in uygulanmasına ilişkin müdahale usulleri aşağıdakileri de içerecektir:

– olaya neden olan şahsın uzaklaştırılma olasılığı;

– mağdurun aile ortamından uzaklaştırılması olasılığı. Söz konusu uzaklaştırmanın şartları ve süresi çocuğun yüksek menfaatlerine uygun olarak belirlenecektir.

4. Tarafların her biri mağdura yakın olan şahısların, yerine göre tedaviye yönelik yardımdan ve özellikle de acil psikolojik bakımdan yararlanmalarını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Bölüm V – Müdahale programları veya tedbirleri

Madde 15 – Genel ilkeler

1. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, çocuklara karşı cinsel mahiyette suçların tekrarlanma riskini en aza indirme maksadıyla, Madde 16.1 ve 2'de atıfta bulunulan şahıslarla ilgili etkili müdahale programları veya tedbirlerini uygulayacak veya yaygınlaştıracaktır. Bu tür programlara veya tedbirlere erişim cezaevi içinde veya dışında yasal işlemler devam ederken, iç hukukun belirlediği koşullara uygun bir biçimde sağlanacaktır.

2. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir şekilde, Madde 16.1 ve 2'de atıfta bulunulan şahısların izlenmesinden sorumlu yetkili kurumlar arasında ve özellikle de sağlık hizmetleri ve sosyal hizmetler, yargı kurumları ve diğer kurumlar arasında ortaklıkların veya diğer işbirliği yollarının geliştirilmesini sağlayacak veya yaygınlaştıracaktır.

3. Tarafların her biri, uygun programların veya tedbirlerin belirlenmesi amacıyla, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, bu Sözleşmede belirlenen suçların tehlike derecesini ve bu suçların Madde 16.1 ve 2'de atıfta bulunulan şahıslarca muhtemel tekrarlanma riskini değerlendirecektir.

4. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, uygulanan programların ve tedbirlerin etkililiğini değerlendirecektir.

Madde 16 – Müdahale programlarına ve tedbirlerine tabi olanlar

1. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlar nedeniyle haklarında yasal süreç devam eden şahısların, savunmanın haklarına ve adil ve tarafsız yargılamanın gereklerine zarar gelmeyecek ve ters düşmeyecek şartlarda ve özellikle de masumiyet karinesine ilişkin kurallara gerekli saygı gösterilmek suretiyle, Madde 15.1'de sözü edilen program veya tedbirlere erişim sağlamalarını temin edecektir.

2. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlar nedeniyle hüküm giymiş şahısların Madde 15.1'de sözü edilen program veya tedbirlere erişimlerini temin edecektir.

3. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, müdahale programlarının veya tedbirlerinin, cezai ehliyet yaşından küçük olanlar da dahil olmak üzere, cinsel suç işleyen çocukların cinsel davranış sorunlarını ele almak üzere, bu çocukların gelişim ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde oluşturulmasını veya uyarlanmasını sağlayacaktır.

Madde 17 – Bilgilendirme ve onay

1. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, Madde 16'da atıfta bulunulan, kendilerine müdahale programları veya tedbirleri önerilen şahısların teklifin nedenleri konusunda tam olarak bilgilendirilmelerini ve programa veya tedbire tüm bilgileri almış olarak onay vermelerini temin edecektir.

2. Tarafların her biri, kendi iç hukukuna uygun bir biçimde, kendilerine müdahale programları veya tedbirleri önerilen şahısların bu teklifleri reddedebilmelerini ve bu şahıslardan hüküm giymiş olanların ise, teklifi reddetmelerinin doğuracağı sonuçlar hakkında bilgilendirilmelerini temin edecektir.

Bölüm VI – Maddi ceza hukuku

Madde 18 – Cinsel istismar

1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasti davranışların suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. ulusal yasanın ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;

b. çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak:

– baskı, zorlama, tehdit kullanılması veya,

– aile içi de dahil olmak üzere, tanınmış bir güven, otorite veya nüfuzun suistimal edilmesi veya,

– çocuğun, zihinsel veya fiziksel bir engeli veya bağımlı durumda olması nedeniyle, özellikle zayıf durumunun suistimal edilmesi.

2. Yukarıdaki Madde 1 maksadıyla, tarafların her biri, çocukla hangi yaşın altında cinsel faaliyetlere girişilemeyeceğine karar verecektir.

3. Madde 1.a hükümlerinin, küçük yaştaki çocuklar arasındaki, karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetleri düzenleme amacı bulunmamaktadır.

Madde 19 – Çocuk fuhuşuna ilişkin suçlar

1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasti davranışların suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. çocuğu fahişe olarak çalıştırmak veya fuhuşa katılmasına neden olmak;

b. çocuğu fuhuşa zorlamak veya çocuktan bu gibi amaçlarla kar elde etmek veya çocuğu başka türlü suistimal etmek;

c. çocuk fuhuşuna katılmak.

2. "Çocuk fuhuşu" terimi bu madde kapsamında, ödeme, taahhüt ya da karşılığın çocuğa ya da üçüncü bir kişiye yapılmasına bakılmaksızın; para veya başka bir biçimde bedel ya da karşılık verilerek ya da ödeme taahhüdü yapılarak çocuğu cinsel faaliyetler için kullanma anlamına gelecektir.

Madde 20 – Çocuk pornografisine ilişkin suçlar

1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasti davranışların, haksız yere gerçekleştirilmesi halinde, suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. çocuk pornografisi üretmek;

b. çocuk pornografisi sunmak veya temin etmek;

c. çocuk pornografisini dağıtmak veya iletmek;

d. kendisi veya başka biri için çocuk pornografisi tedarik etmek;

e. çocuk pornografisi bulundurmak;

f. Bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak çocuk pornografisine bilerek erişim sağlamak.

2. Bu madde kapsamında "çocuk pornografisi", çocuğu gerçek veya temsili açık bir cinsel davranış içinde görsel olarak gösteren herhangi bir materyal veya çocuğun cinsel organlarının esas itibariyle cinsel amaçlarla gösterilmesi anlamına gelecektir.

3. Tarafların her biri madde 1.a ve e'yi, kısmen veya tamamen uygulamama ve:

– gerçekte var olmayan bir çocuğun münhasıran temsili tasvirleri veya gerçeğe yakın görüntülerini içeren ve;

– Madde 18.2'nin uygulanması kapsamındaki yaşa ulaşmış çocuklara ait pornografik malzemeleri, söz konusu görüntüler ilgili çocukların rızasıyla elde edilmiş olmak kaydıyla ve tamamen kendi özel kullanımları amacıyla üretme veya bulundurma hakkını saklı tutabilir.

4. Tarafların her biri madde 1.f'yi kısmen veya tamamen uygulamama hakkını saklı tutabilir.

Madde 21 – Çocukların pornografik performans gösterilerinde yer almalarına ilişkin suçlar

1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasti davranışların suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. çocuğu pornografik performans gösterilerine katılmak üzere çalıştırmak veya bu tür gösterilere katılmasına neden olmak;

b. çocuğu pornografik performans gösterilerine katılmaya zorlamak veya çocuktan bu gibi amaçlarla kar elde etmek veya çocuğu başka türlü suistimal etmek;

c. çocukların katıldığı pornografik performanslara bilerek katılmak.

2. Tarafların her biri 1.c maddesinin uygulamasını, çocukların madde 1.a veya 1.b'ye uygun olarak çalıştırıldıkları veya zorlandıkları durumlarla sınırlama hakkını saklı tutabilirler.

Madde 22 – Çocukların kötü yola sevk edilmesi

Tarafların her biri, Madde 18.2'nin uygulaması kapsamında belirtilen yaşa ulaşmamış bir çocuğun, katılmaya zorlanmasa bile, cinsel maksatlarla cinsel istismara veya cinsel faaliyetlere tanık olmasına kasten neden olmanın suç teşkil etmesini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 23 – Çocuklara cinsel amaçlarla belirli faaliyetlere katılmalarının teklif edilmesi

Tarafların her biri, bir yetişkinin bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak Madde 18.2'nin uygulanması kapsamındaki yaşa ulaşmamış bir çocukla, bu çocuğa karşı Madde 18.1.a veya Madde 20.1.a'da belirtilen suçları işleme amacıyla kasten buluşma teklifinde bulunmasını, ve bu teklifi müteakiben bu buluşmaya yönelik somut eylemlere geçmesinin suç teşkil etmesini sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 24 –Yardım veya yataklık ve teşebbüs etme

1. Tarafların her biri, bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlardan birinin işlenmesine yardım veya yataklık etmenin, söz konusu girişimin kasten gerçekleştirilmesi durumunda, suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

2. Tarafların her biri, bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçları işlemeye yeltenmenin, söz konusu girişimin kasten gerçekleştirilmesi durumunda, suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır

3. Tarafların her biri, 2. fıkrayı, Madde 20.1.b,d,e ve f; Madde 21.1.c; Madde 22 ve Madde 23 kapsamında belirlenen suçlarla ilgili olarak kısmen veya tamamen uygulamama hakkını saklı tutabilir.

Madde 25 – Yargı yetkisi

1. Tarafların her biri, söz konusu suçun aşağıdaki yerlerde veya şahıslarca işlenmesi halinde, bu Sözleşme kapsamında belirlenen suçlar üzerinde yargı yetkisini oluşturmak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. kendi toprakları üzerinde; veya

b. söz konusu Tarafın bandırasını taşıyan bir gemide; veya

c. söz konusu Tarafın yasalarına göre tescilli bir uçakta; veya

d. vatandaşlarından biri tarafından işlendiğinde; veya

e. mutaden kendi toprakları üzerinde ikamet eden biri tarafından işlendiğinde.

2. Tarafların her biri, suçun kendi vatandaşlarından birine veya mutaden kendi toprakları üzerinde ikamet eden birine karşı işlenmesi halinde, bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlar üzerinde yargı yetkisini oluşturmak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

3. Tarafların her biri, Sözleşmeyi imzalarken veya parlamentodan geçirilmesi, kabulü, onayı veya sözleşmeye taraf olduğunu belirten belgeyi sunarken, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben yazılmış bir beyan ile, bu maddenin 1.e fıkrasında belirtilen yargı yetkisi kurallarını uygulamama veya spesifik durumlarda veya şartlarda uygulama hakkını saklı tuttuğunu beyan edebilir.

4. Bu Sözleşmenin Madde 18, 19, 20.1.a ve 21.1.a ve b fıkraları uyarınca belirlenen suçların kovuşturulmasında, 1.d fıkrası kapsamındaki yargı yetkisinin söz konusu eylemlerin suçun işlendiği yerde cezalandırılacağı ile ilgili koşulun uygulanmasını engellememesi için, Tarafların her biri gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

5. Tarafların her biri, Sözleşmeyi imzalarken veya parlamentodan geçirilmesi, kabulü, onayı sırasında veya sözleşmeye taraf olduğunu belirten belgeyi sunarken, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben yazılmış bir beyan ile, kendi vatandaşının kendi toprağında mutaden ikamet ettiği durumlarda, Madde 18.1.b'nin ikinci ve üçüncü bentleri doğrultusunda düzenlenen suçlarla

ilgili olarak, bu maddenin 4. fıkrasının uygulanmasını sınırlama hakkını saklı tutacağını bildirebilir.

6. Bu Sözleşmenin Madde 18, 19, 20.1.a ve 21'i uyarınca belirlenmiş suçların kovuşturulmasında, Tarafların her biri, 1.d ve e fıkralarına ilişkin yargı yetkisinin, kovuşturmanın ancak mağdurun vereceği bir rapora veya suçun işlendiği yerin Devletinin vereceği bir suç duyurusuyla başlatılması koşuluna bağlı olmasını engellemek üzere, gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

7. Tarafların her biri, suç işlediği iddia edilen şahsın topraklarında bulunması ve bu şahsı sadece milliyetine bağlı olarak başka bir Tarafa teslim etmediği hallerde, bu Sözleşmede belirtilen suçlarla ilgili yargı yetkisini oluşturmak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

8. Bu Sözleşmede belirtilen suçlarla ilgili bir suç iddiası üzerinde birden fazla Tarafın yargı yetkisi iddiasında bulunması durumunda, ilgili Taraflar, yerine göre, kovuşturma için en uygun yargı yetkisinin hangisi olduğunu belirlemek üzere birbirleriyle istişarede bulunacaklardır.

9. Uluslararası hukukun genel kuralları saklı kalmak üzere, bu Sözleşme her bir tarafın kendi iç hukuku uyarınca icra ettiği cezai yargı yetkisini geçersiz kılmaz.

Madde 26 – Kurumsal sorumluluk

1. Tarafların her biri:

a. tüzel kişiyi temsil yetkisine;

b. tüzel kişi adına karar alma yetkisine;

c. tüzel kişilik dahilinde kontrol icra etme yetkisine sahip olmasına bağlı olarak,

tüzel kişilerin bu Sözleşmede belirlenen, tüzel kişi yararına, tüzel kişilik içinde önde gelen bir konumu olan gerçek kişilerce, ya münferiden ya da tüzel kişiliğin bir organının parçası olarak işlenen suçlardan sorumlu tutulabilmeleri için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır.

2. Madde 1'de belirtilen hallerin dışında da, Tarafların her biri, Madde 1'de atıfta bulunulan gerçek kişinin yönetim veya denetim eksikliği sonucunda bu Sözleşmede belirtilen bir suçun tüzel kişi yararına, tüzel kişinin yetkileri altında hareket eden bir gerçek kişi tarafından işlenmesinin mümkün olması durumunda, tüzel kişinin sorumlu tutulmasını sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

3. İlgili Tarafın yasal prensiplerine bağlı olarak tüzel kişinin cezai, medeni veya idari sorumluluğu olabilir.

4. Söz konusu yasal sorumluluk, suçu işleyen gerçek kişilerin cezai yükümlülüğü saklı kalmak üzere geçerli olacaktır.

Madde 27 – Yaptırımlar ve tedbirler

1. Tarafların her biri bu Sözleşmede belirlenen suçların, suçun ciddiyeti göz önüne alınarak, etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmasını sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır. Yaptırımlar özgürlüklerin kısıtlanmasını içeren cezaları da kapsayacak ve bu bağlamda, suçluların iadesini gerektirebilecektir.

2. Tarafların her biri Madde 26 uyarınca cezai yükümlülüğü olan tüzel kişilerin, özellikle aşağıdakiler dahil olmak üzere diğer tedbirleri ve cezai veya idari parasal yaptırımları da içerecek şekilde, etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlara maruz kalmalarını sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. kamusal menfaatlerden veya kamu yardımından mahrum bırakılmak;

b. ticari faaliyetlerden geçici veya sürekli olarak men edilmek;

c. yargı denetimine tabi tutulmak;

d. yargı hükmüyle tasfiye kararına muhatap olmak.

3. Tarafların her biri aşağıdakilerin gerçekleştirilmesi maksadıyla gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. aşağıdakilere el konması ve müsadere edilmesinin sağlanması:

– Bu Sözleşmede belirlenen suçların işlenmesinde veya işlenmelerinin kolaylaştırılmasında kullanılan mal, doküman ve diğer vasıtalar;

– Değeri söz konusu toplanan gelire veya mala tekabül eden, bu tür suçlardan elde edilen gelir veya mallar;

b. Bu Sözleşmede belirlenen suçların işlenmesinde kullanılan işyerlerinin, geçici veya sürekli olarak kapatılmasının, iyi niyetli üçüncü tarafların hakları saklı kalmak üzere sağlanması veya suçu işleyenin, geçici veya sürekli olarak, suçun işlenmesi sırasında çocuklarla teması gerektiren mesleki veya gönüllü faaliyetlerden men edilmesi.

4. Tarafların her biri, suçu işleyenlerle ilgili olarak, ebeveynlik haklarının kaldırılması veya hüküm giyen şahısların izlenmesi veya denetlenmesi gibi diğer tedbirleri de alabilir.

5. Tarafların her biri, bu madde uyarınca el konan suç gelirinin veya malların bu Sözleşmede belirlenen suçların mağdurlarına yönelik suç önleme ve yardım programlarının finanse edilmesi için bir fona aktarılmasını sağlayabilirler.

Madde 28 – Ağırlaştırıcı şartlar

Tarafların her biri aşağıdaki şartların, suçun ana unsurlarını zaten oluşturmuyorlarsa, iç hukukun ilgili hükümleriyle uyumlu olarak, bu Sözleşmede belirlenen suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesinde ağırlaştırıcı şartlar olarak göz önüne alınmaları için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. suçun mağdurun fiziksel veya zihinsel sağlığına ciddi bir biçimde hasar vermesi halinde;

b. suçtan önce veya suç esnasında işkence faaliyetlerinin veya ciddi şiddet eylemlerinin gerçekleşmesi halinde;

c. suçun özellikle hassas konumda olan bir mağdura karşı işlenmiş olması halinde;

d. suçun bir aile ferdi tarafından, çocukla aynı yerde yaşayan biri tarafından veya otoritesini suistimal eden bir kişi tarafından işlenmesi halinde;

e. suçun birkaç kişi tarafından birlikte hareket edilerek işlenmesi halinde;

f. suçun bir suç örgütü kapsamında işlenmiş olması halinde;

g. failin aynı nitelikli suçlardan daha önce de hüküm giymiş olması halinde.

Madde 29 – Daha önceki mahkûmiyetler

Tarafların her biri yaptırımları belirlerken, bu Sözleşmede belirlenen suçlarla ilgili olarak bir başka Tarafın verdiği mahkûmiyet kararlarını da göz önüne almayı mümkün kılacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Bölüm VII – Soruşturma, kovuşturma ve usul hukuku

Madde 30 – İlkeler

1. Tarafların her biri soruşturma ve ceza kovuşturmalarının çocukların yüksek menfaatlerine uygun olarak ve çocuğun haklarına saygılı bir biçimde sürdürülmesini sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

2. Tarafların her biri mağdurlara karşı koruyucu bir yaklaşım içinde olacak, soruşturma ve cezai kovuşturmaların çocuğun yaşadığı travmanın ağırlaştırmamasını ve gereğine göre yargının cezai yaptırımından sonra çocuğa gereken yardımın yapılmasını sağlayacaktır.

3. Tarafların her biri soruşturma ve ceza kovuşturmalarına öncelik verilmesini ve gereksiz gecikmeler olmaksızın sürdürülmesini sağlayacaktır.

4. Tarafların her biri bu bölümde yer alan tedbirlerin, savunmanın haklarını ve İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin Madde 6'sına uygun bir biçimde adil ve tarafsız bir yargılamanın gereklerini ihlal etmemesini sağlayacaktır.

5. Tarafların her biri kendi iç hukukunun temel ilkelerine uygun bir biçimde:

– bu Sözleşmede belirlenen suçların etkili bir biçimde soruşturulup kovuşturulmasını sağlamak ve yerine göre gizli operasyonların gerçekleştirilmesini mümkün kılmak üzere;

– birimlerin veya soruşturma kurumlarının, özellikle de bilgi ve bilişim teknolojileri vasıtasıyla iletilen veya sağlanan fotoğraf ve görsel-işitsel kayıtlar gibi çocuk pornografisi malzemelerini inceleyerek Madde 20'de belirlenen suçların mağdurlarını belirlemelerini sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 31 – Genel koruma tedbirleri

1. Tarafların her biri mağdurların tanık olarak özel ihtiyaçları da dahil olmak üzere, soruşturma ve ceza kovuşturmalarının bütün safhalarında, özellikle de aşağıda belirtilenleri gerçekleştirerek, mağdurların hak ve çıkarlarını korumaya yönelik gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. mağdurları, bu bilgileri almak istememeleri durumu hariç, hakları ve kendilerine sunulan hizmetler, şikayetleriyle ilgili gelişmeler, iddianame, soruşturma ve kovuşturma veya yasal işlemlerin genel gidişatı ve mağdurların bu kapsamdaki rolü ve dava sonuçları konusunda bilgilendirmek;

b. en azından mağdurların ve ailelerinin tehlikede olması durumunda, tehlikede olan bu kişilerin, gerektiğinde, kovuşturulan veya mahkum edilen şahsın geçici olarak veya tamamen serbest bırakıldığından haberdar edilmelerini temin etmek;

c. mağdurların, iç hukukunun usul kurallarıyla uygun bir biçimde, doğrudan kendilerince veya bir aracı vasıtasıyla seslerini duyurmasını, delil sunmasını, görüşlerini, ihtiyaçlarını ve kaygılarını iletme vasıtasını seçebilmelerini ve bu görüşlerin, ihtiyaçların ve kaygıların göz önüne alınmasını sağlamak;

d. hak ve çıkarlarının gerektiği gibi temsil edilip dikkate alınması için mağdurlara uygun destek hizmetlerini sağlamak;

e. mağdurların teşhis edilmesine yol açabilecek herhangi bir bilginin kamuya açıklanmasını önleme amacıyla iç hukuk uyarınca gereken tedbirleri alarak mağdurların mahremiyetini, kimliklerini ve imajlarını korumak;

f. gerek mağdurların gerekse ailelerinin ve onlar adına tanıklık edenlerin yıldırma, misilleme ve yeniden mağdur edilme girişimlerine karşı emniyetlerini sağlamak;

g. Yetkili makamlar çocuğun yüksek menfaatlerini gözeterek başka bir düzenleme yapmadıkça veya soruşturma veya kovuşturmanın bu tür bir teması gerekli kılması durumu haricinde, mağdurlarla mağduriyete neden olanlar arasında mahkeme ve kolluk kuvvetleri binalarında karşılıklı teması engellemek.

2. Tarafların her biri mağdurların yetkili makamlarla ilk temaslarından itibaren ilgili yargısal ve idari süreçle ilgili bilgilere erişimlerini sağlayacaktır.

3. Tarafların her biri, mağdurların ceza davasının tarafı olduğu hallerde, gerekiyorsa bedelsiz olarak, adli yardımdan yararlanmalarını sağlayacaktır.

4. Tarafların her biri, mağdur iç hukuka göre ceza davası sürecine müdahil konumunda olduğunda ve ebeveynle mağdur arasında bir çıkar çelişkisi olması nedeniyle ebeveyn sorumluluğuna sahip şahısların çocuğu yasal süreçte temsil etmekten men edilmesi halinde, yargı makamlarının mağdura özel bir avukat tayin edebilmesi için gereken önlemi alacaktır.

5. Tarafların her biri, iç hukukunda yer alan koşullara uygun bir biçimde, grupların, vakıfların, derneklerin veya kamu ya da sivil toplum kuruluşlarının bu Sözleşmede belirlenen suçlarla ilgili ceza davası sürecinde mağdurlara danışmanlık hizmetiyle yardımcı olmaları/destek vermeleri imkânını, yasal veya diğer tedbirlerle sağlayacaktır.

6. Tarafların her biri mağdurlara bu madde kapsamında verilecek bilgilerin yaşlarına ve olgunluk düzeylerine uygun bir şekilde ve anlayabilecekleri bir dil ve üslupla sunulmasını temin edecektir.

Madde 32 – Yasal işlemlerin başlatılması

Tarafların her biri bu Sözleşmede belirlenen suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmanın mağdurun ihbarı veya suçlamasından bağımsız olmasını ve yasal işlemlerin mağdurun beyanlarını geri çekmesi halinde bile devam edebilmesini sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 33 – Zaman aşımı

Tarafların her biri Madde 18,19.1.a ve b ve Madde 21.1.a ve b uyarınca belirlenen suçlarla ilgili zaman aşımı süresinin, mağdurun yetişkin yaşa gelmesinden sonra, yasal sürecin etkili bir biçimde

başlatılmasına yetecek bir süre daha ve söz konusu suçun ağırlığına uygun bir dönem boyunca devam etmesini sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 34 – Soruşturmalar

1. Tarafların her biri soruşturmalardan sorumlu şahıs, birim veya bölümlerin çocukların cinsel suistimali ve istismarıyla mücadele konusunda uzmanlaşmış olmalarını veya bu amaç için eğitilmiş olmalarını sağlayacak gerekli tedbirleri alacaktır. Bu birim veya bölümlerin yeterli finansal kaynakları olacaktır.

2. Tarafların her biri mağdurun gerçek yaşıyla ilgili belirsizliğin ceza soruşturmasının başlatılmasını engellememesini sağlayacak yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Madde 35 – Çocukla yapılacak mülakatlar

1. Taraflar aşağıdakileri sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. bilgilerin yetkili makamlara bildirilmesini müteakiben, çocukla mülakat gereksiz bir gecikme olmaksızın yapılacaktır;

b. çocukla mülakat yapılması gerektiğinde, bunlar bu amaca göre tasarlanmış veya uyarlanmış binalarda yapılacaktır;

c. çocukla yapılacak mülakatlar bu amaçla eğitilmiş profesyonel personel tarafından yapılacaktır;

d. mümkünse ve yerine göre, çocukla bütün mülakatları aynı şahıslar yapacaktır;

e. mülakat sayısı mümkün olduğunca sınırlı tutulacak ve ceza soruşturması için kesinlikle gerekli olduğu durumlarda yapılacaktır;

f. çocuğa hukuki temsilcisi veya, yerine göre, söz konusu şahısla ilgili olarak aksine gerekçeli bir karar bulunmadıkça çocuğun seçtiği bir şahıs eşlik edebilecektir.

2. Tarafların her biri mağdurla veya yerine göre bir çocuk tanıkla yapılan bütün mülakatların, Tarafın iç hukukuna uygun kurallarla, video kaydının yapılmasını ve yapılan kayıtların mahkemede kanıt olarak kabul edilmesini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

3. Mağdurun yaşı belirlenemiyorsa ve mağdurun çocuk olduğuna inanmaya dair nedenler varsa, çocuğun yaşı tespit edilinceye kadar 1. ve 2. fıkralarda belirlenen tedbirler uygulanacaktır.

Madde 36 – Ceza davası süreci

1. Tarafların her biri, hukuk mesleğinin özerkliğine hükmeden kurallara gereken saygı gösterilerek, özellikle hâkimler, savcılar ve avukatlar olmak üzere davaya katılan bütün şahıslara

yararlanacakları, çocuk hakları ve çocukların cinsel suistimali ve çocukların cinsel istismarıyla ilgili eğitimin sağlanmasını mümkün kılacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

2. Tarafların her biri, kendi iç hukukunun kurallarına uygun olarak, aşağıdakilerin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:

a. hakimin duruşmanın halka kapalı yapılmasına karar verebilmesi;

b. mağdurun, uygun iletişim teknolojileri kullanılmak suretiyle bizzat mahkeme salonunda bulunmadan dinlenebilmesi.

Bölüm VIII – Verilen kaydedilmesi ve saklanması

Madde 37 – Ülkedeki hüküm giymiş cinsel suç faili mahkûmlara ilişkin verilerin kaydedilmesi ve saklanması

1. Tarafların her biri bu Sözleşmede belirlenen suçların önlenmesi ve kovuşturulması maksadıyla, iç hukukunun kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilgili hükümleri ve ilgili diğer kural ve teminatlara uygun bir biçimde, bu Sözleşmede belirlenen suçlardan hüküm giymiş şahısların kimliklerine ve genetik profiline (DNA) ilişkin verilerin toplanması ve saklanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

2. Tarafların her biri, Sözleşmeyi imzalarken veya parlamentodan geçirilmesi, kabulü, onayı veya sözleşmeye taraf olduğunu belirten belgeyi sunarken, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine 1. fıkra maksatlarıyla yetkili tek bir ulusal makamın adresini sağlayacaktır.

3. Tarafların her biri, 1. fıkrada sözü edilen bilgilerin bir diğer Tarafın yetkili kurumuna, kendi iç hukukundaki ve konuyla ilgili diğer uluslararası belgelerdeki şartlara uygun bir biçimde iletilmesini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

Bölüm IX – Uluslararası işbirliği

Madde 38 – Uluslararası işbirliği için genel ilkeler ve tedbirler

1. Taraflar aşağıdaki amaçlarla, bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak ve ilgili geçerli uluslararası ve bölgesel belgelerin, ülkenin tekdüze mevzuatı veya mütekabil mevzuat ve iç hukuk temel alınarak kabul edilen düzenlemelerin mümkün olan en geniş bir biçimde uygulanması suretiyle birbirleriyle işbirliği yapacaklardır:

a. çocukların cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önlemek ve bunlarla mücadele etmek;

b. mağdurları korumak ve mağdurlara yardım sağlamak;

c. bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmaları yapmak.

2. Tarafların her biri, kişinin ikamet ettiği Taraf Devletten başka bir Tarafın topraklarında bu Sözleşme doğrultusunda düzenlenen suçtan mağdur olanların, ikamet ettikleri Devletin yetkili kurumlarına şikâyet başvurusunda bulunabilmelerini sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.

3. Ceza davaları konusunda karşılıklı yardımı veya suçluların iadesini bir sözleşmenin mevcudiyeti koşuluna bağlayan bir Taraf, böyle bir sözleşme imzalamadığı bir Taraftan adli yardım veya suçluların iadesi talebi alırsa, bu Sözleşmede belirlenen suçlarla ilgili ceza davaları veya suçluların iadesi konusunda karşılıklı adli yardım için bu Sözleşmeyi hukuksal bir dayanak olarak kabul edebilir.

4. Tarafların her biri üçüncü ülkelerin yararına oluşturulan yardım programlarına, yerine göre, çocukların cinsel suistimali ve çocukların cinsel istismarını önleme ve bunlarla mücadeleyi de dahil etmeye çalışacaktır.

Bölüm X – İzleme mekanizması

Madde 39 – Taraflar Komitesi

1. Taraflar Komitesi, Sözleşmenin Taraflarının temsilcilerinden oluşacaktır.

2. Taraflar Komitesi Avrupa Konseyi Genel Sekreterince toplantıya çağrılacaktır. Komitenin ilk toplantısı, Sözleşme, sözleşmeyi parlamentosunda kabul eden onuncu akit tarafın ülkesinde yürürlüğe girdikten bir yıl sonra yapılacaktır. Komite bilahare, Taraflardan en az üçte biri veya Genel Sekreterin talep etmesi halinde toplanacaktır.

3. Taraflar Komitesi kendi usul kurallarını belirleyecektir.

Madde 40 – Diğer temsilciler

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, İnsan Hakları Komiseri, Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC) ve Avrupa Konseyi'nin diğer hükümetler arası komitelerinin her biri Taraflar Komitesine birer temsilci atayacaklardır.

2. Bakanlar Komitesi, Taraflar Komitesiyle istişarede bulunduktan sonra diğer Avrupa Konseyi kurumlarını da Taraflar Komitesine temsilci göndermeye davet edebilir.

3. Sivil toplum temsilcileri ve özellikle de sivil toplum kuruluşları, Avrupa Konseyi'nin ilgili kurallarınca oluşturulan usul uyarınca Taraflar Komitesine gözlemci olarak kabul edilebilirler.

4. Yukarıda, 1-3. fıkralar uyarınca atanan temsilciler, Taraflar Komitesinin toplantılarına oy hakkı olmaksızın katılırlar.

Madde 41 – Taraflar Komitesinin İşlevleri

1. Taraflar Komitesi bu Sözleşmenin uygulanmasını izleyeceklerdir. Taraflar Komitesinin usule ilişkin kuralları, bu Sözleşmenin uygulanmasının değerlendirilmesine ilişkin usulleri belirleyecektir.

2. Taraflar Komitesi, çocukların cinsel suistimalini ve cinsel istismarını önleme ve bunlarla mücadele etme kapasitelerini geliştirmek amacıyla üye Devletler arasında bilgi toplama ve analiz etmeyi, bilgi, deneyim ve iyi uygulamaların paylaşılmasını kolaylaştıracaktır.

3. Taraflar Komitesi aynı zamanda yerine göre aşağıdakileri de yapacaktır:

a. herhangi bir sorunun ve bu Sözleşme uyarınca yapılan bir beyanın veya konulan bir çekincenin etkilerinin tespit edilmesi de dahil olmak üzere, bu Sözleşmenin etkili bir biçimde kullanılmasını ve uygulanmasını kolaylaştırmak;

b. bu Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin herhangi bir sorunla ilgili görüş bildirmek ve önemli yasal konular, uygulanacak politikalar veya teknolojik gelişmeler konusunda bilgi alışverişini kolaylaştırmak.

4. Bu madde uyarınca, Taraflar Komitesine görevlerini yerine getirmede Avrupa Konseyi Sekreterliği yardımcı olacaktır.

5. Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC) bu maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında sözü edilen faaliyetler konusunda düzenli aralıklarla haberdar edilecektir.

Bölüm XI – Diğer uluslararası belgelerle bağlantılar

Madde 42 – Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve çocukların alınıp satılması, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine ilişkin İhtiyari Protokolle bağlantı Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve çocukların alınıp satılması, çocuk fuhuşu ve çocuk pornografisine ilişkin İhtiyari Protokolden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri etkilemeyecektir ve söz konusu Sözleşme ve İhtiyari Protokolünün sağladığı korumayı arttırmayı ve söz konusu belgelerde yer alan standartları geliştirip tamamlamayı amaçlamaktadır.

Madde 43 – Diğer uluslararası belgelerle bağlantılar

1. Bu Sözleşme, mevcut Sözleşmeye Taraf olan ülkelerin taraf olduğu veya olacağı ve bu Sözleşmenin hükmettiği konularda şartlar içeren ve cinsel suistimal veya cinsel istismar mağduru çocuklara daha büyük koruma ve yardım sağlayan diğer uluslararası belgelerin hükümlerinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri etkilemeyecektir.

2. Sözleşmenin Tarafları, bu Sözleşmenin hükümlerini tamamlama veya güçlendirme veya Sözleşmenin içerdiği ilkelerin uygulanmasını kolaylaştırma maksadıyla birbirleriyle ikili veya çok taraflı anlaşmalar yapabilirler.

3. Sözleşmenin, Avrupa Birliği üyesi olan Tarafları, karşılıklı ilişkilerinde, spesifik bir olaya uygulanabilir ve bu olayla ilişkili özel bir konuyu düzenleyen Avrupa Topluluğu veya Avrupa Birliği kurallarının bulunması halinde, mevcut Sözleşmenin amaç ve gayelerine halel getirmeksizin ve Sözleşmenin diğer Taraflar ile tam anlamıyla uygulanması hususu saklı kalmak kaydıyla, Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliği kurallarını uygulayacaklardır.

Bölüm XII – Sözleşmede yapılacak değişiklikler

Madde 44 – Değişiklikler

1. Taraflardan birince bu Sözleşmede değişiklik yapılması teklifi Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirilecek ve Genel Sekreter tarafından da Avrupa Konseyi üyelerine, sözleşmenin akit taraflarına, Taraf Devletlere, Avrupa Topluluğuna, Madde 45.1 uyarınca bu Sözleşmeyi imzalamaya davet edilmiş herhangi bir devlete ve Madde 46.1 uyarınca bu Sözleşmeye katılmaya davet edilmiş herhangi bir devlete bildirilecektir.

2. Taraflardan birince yapılacak değişiklik teklifi Avrupa Suç Sorunları Komitesine (CDPC) bildirilecek, Komite de söz konusu değişiklikle ilgili görüşünü Bakanlar Komitesine sunacaktır.

3. Bakanlar Komitesi değişiklik teklifini ve CDPC tarafından sunulan görüşü inceleyecek, Avrupa Konseyi üyesi olmayıp Sözleşmeye taraf olan devletlerle istişareden sonra değişikliği kabul edebilecektir.

4. Bu maddenin 3. fıkrası uyarınca Bakanlar Komitesince kabul edilen değişikliğin metni kabul edilmek üzere Taraflara gönderilecektir.

5. Bu maddenin 3. fıkrası uyarınca kabul edilen değişiklikler, tüm Tarafların söz konusu değişikliği kabul ettiklerini Genel Sekretere bildirdikleri tarihten itibaren geçecek bir aylık sürenin dolmasını izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

Bölüm XIII – Nihai maddeler

Madde 45 – Sözleşmenin imzalanması ve yürürlüğe girmesi

1. Bu Sözleşme Avrupa Konseyi üyelerinin, Sözleşmenin hazırlanmasına katılmış olan Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin ve Avrupa Topluluğu ülkelerinin imzasına açılacaktır.

2. Bu Sözleşme üye ülkelerin parlamentolarından geçirilebilir, kabul edilebilir veya onaylanabilir. Parlamentodan geçirilme, kabul veya onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterine sunulacaktır.

3. Bu Sözleşme, en az üçü Avrupa Konseyi üyesi olmak üzere, Sözleşmeye imza koyan beş tarafın bir önceki fıkra hükümleri uyarınca Sözleşmenin kendileri için bağlayıcı olduğuna dair olurlarını ifade ettikleri tarihten itibaren geçecek üç aylık sürenin dolmasını izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

4. Birinci fıkrada sözü edilen ülkelerin veya Avrupa Topluluğunun bilahare Sözleşme hükümlerinin kendileri için bağlayıcı olduğunu ifade etmeleri durumunda Sözleşme, ilgili ülkenin söz konusu Sözleşmeyi parlamentolarından geçirmelerine, kabul etmelerine veya onaylamalarına ilişkin belgenin sunulmasından sonraki üç aylık sürenin dolmasını izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 46 – Sözleşmeye katılma

1. Bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bu Sözleşmenin Taraflarıyla istişarede bulunmasından ve oybirliğiyle onaylarını almasından sonra, Sözleşmenin hazırlanmasına katılmamış olan ve Avrupa Konseyi üyesi olmayan bir Devleti, Avrupa Konseyi Kuruluş Belgesinin 20.d Maddesi uyarınca çoğunluk oyuyla ve Bakanlar Komitesinde yer alma hakkına sahip Akit Ülke temsilcilerinin oybirliği ile bu Sözleşmeye katılmaya davet edebilir.

2. Sözleşmeye katılan ülkeler açısından Sözleşme, ilgili ülkenin söz konusu Sözleşmeye katılma belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterine sunulmasından sonraki üç aylık sürenin dolmasını izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 47 – Ülke topraklarında uygulanma

1. Devletlerden herhangi biri veya Avrupa Topluluğu, Sözleşmeyi imzalarken veya sözleşmenin parlamentodan geçirilmesine, kabulüne, onayına veya Sözleşmeye katılıma ilişkin belgesini sunarken, söz konusu Sözleşmenin hangi ülke toprağında veya topraklarında geçerli olacağını belirleyebilir.

2. Tarafların herhangi biri, daha sonraki bir tarihte, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben yapacağı bir beyanla, bu Sözleşmenin uygulanmasını, beyanda belirtilen başka herhangi bir ülke toprağı için geçerli kılacak ve uluslararası ilişkilerinden ve adına taahhütte bulunma yetkisine sahip olduğu toprakları içerecek şekilde genişletebilir. Sözleşme, söz konusu ülke toprakları

açısından, böyle bir beyanın Genel Sekreter tarafından alındığı tarihten sonraki üç aylık sürenin dolmasını izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

3. Yukarıdaki iki fıkra kapsamında yapılan beyanlar, böyle bir beyanda yer alan herhangi bir ülke toprağı açısından, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine sunulacak bir bildirim vasıtasıyla geri çekilebilir. Söz konusu geri çekme, böyle bir bildirimin Genel Sekreter tarafından alındığı tarihten sonraki üç aylık sürenin dolmasını izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 48 – Çekinceler

Bu Sözleşmeyle ilgili olarak, açık bir biçimde belirlenen çekincelerin dışında herhangi bir çekince konamaz. Çekinceler herhangi bir tarihte geri çekilebilir.

Madde 49 – Sözleşmeden çekilme

1. Tarafların herhangi biri Avrupa Konseyi Genel Sekreterine gönderilecek bir bildirim vasıtasıyla bu Sözleşmeden çekilebilir.

2. Böyle bir çekilme söz konusu bildirimin Genel Sekreter tarafından alındığı tarihten sonraki üç aylık sürenin dolmasını izleyen ayın birinci gününde yürürlüğe girecektir.

Madde 50 – Bildirim

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Avrupa Konseyi üye Devletlerine, Sözleşmeyi imzalayan herhangi bir Devlete, Sözleşmenin Taraf Devletlerine, Avrupa Topluluğuna, Madde 45 uyarınca bu Sözleşmeyi imzalamaya davet edilen herhangi bir Devlete, Madde 46 uyarınca bu Sözleşmeye katılmaya davet edilen herhangi bir Devlete aşağıdaki hallerde bildirimde bulunacaktır:

a. herhangi bir imza;

b. Sözleşmenin parlamentodan geçirilmesine, kabulüne, onaylanmasına veya Sözleşmeye katılıma ilişkin herhangi bir belgenin sunulması;

c. bu Sözleşmenin Madde 45 ve 46 uyarınca yürürlüğe girdiği tarih;

d. Madde 44 uyarınca kabul edilen herhangi bir değişiklik ve söz konusu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarih;

e. Madde 48 uyarınca konulan bir çekince;

f. Madde 49 hükümleri uyarınca Sözleşmeden çekilme;

g. bu Sözleşme ile ilgili diğer eylem, bildirim veya yazışmalar.

İşbu Sözleşme, aşağıda imzası bulunan ve Sözleşmeyi imzalamaya resmen yetkili olanlar tarafından imzalanmıştır.

Tek nüsha olarak Avrupa Konseyi arşivlerine teslim edilmek üzere her iki metin de orijinal kabul edilecek şekilde İngilizce ve Fransızca olarak 25 Ekim 2007'de Lanzarote'de imzalanmıştır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri onaylanmış nüshaları Avrupa Konseyi üye Devletlerinin her birine, bu Sözleşmenin hazırlanmasına katkıda bulunmuş olan Avrupa Konseyi üyesi olmayan Devletlere, Avrupa Topluluğuna ve bu Sözleşmeye katılmaya davet edilmiş olan Devletlere iletecektir.

Muhtelif Ülke Düzenlemeleri ve İçtihatları

- Almanya - Sosyal Medya Kanunu (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)
- Almanya - Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)
- Almanya - Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 5 Aralık 2011 tarihli Kararı (1 BvR 1248/11)
- Kanada - Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC, 2018 SCC 38
- Kanada - Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824
- Kanada - Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269

Almanya - Sosyal Medya Kanunu (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)

Tercüme: Av. Sena KONTOĞLU

Alman Federal Meclisi aşağıdaki kanunu kabul etmiştir:

Madde 1

Sosyal Medyada Kanunun Uygulanmasını İyileştirmeye Dair Kanun

(Ağ Uygulama Kanunu)

Bölüm 1

Kapsam

(1) Bu Kanun hükümleri, kar etmek amacıyla kullanıcıların herhangi bir içeriği diğer kullanıcılarla paylaşmalarını veya bu içeriği halka (sosyal paylaşım ağları) sunabilmelerini sağlamak için hazırlanmış internet platformlarını işleten telemedya hizmet sağlayıcıları hakkında uygulanır. Sorumlulukları servis sağlayıcılarında olup gazetecilik veya yayıncıya ait içerik sunan platformlar, bu Kanun kapsamında sosyal ağ sayılmaz. Bireysel iletişim veya belirli bir içeriğin yayılması için tasarlanan platformlar için de aynı hüküm geçerlidir.

(2) Bir sosyal ağ sağlayıcısı; sosyal ağın Federal Almanya Cumhuriyeti'nde iki milyondan az kayıtlı kullanıcısı mevcutsa, 2. ve 3. bölümlerde öngörülen yükümlülüklerden muaftır.

(3) Yasadışı içerik, fıkra (1) kapsamında olup; 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 ila 129b, 130, 131, 140, 166, 184b bölümlerde tanımlanan suçların gerekliliklerini sağlayan ve Ceza Kanunu'nun 184d, 185 ila 187, 241 veya 269 bölümleriyle ilişkili olup, haklı sebebe dayanmamalıdır.

Bölüm 2

Bildirim Yükümlülüğü

(1) Yılda 100'ü aşkın şikayet alan sosyal ağ sağlayıcıları, platformlarında yasadışı içerikle ilgili şikayetlerin ele alınması için (2) numaralı fıkrada sayılan hususları kapsayan, Almanca dilinde yarım yıllık rapor hazırlamakla yükümlüdürler; söz konusu raporları Federal Gazetede ve kendi

internet sitelerinde ilgili yarım yıllık sürenin bitiminden en geç bir ay içinde yayınlamakla yükümlüdürler. Kendi internet sitelerinde yayınlanan raporlar kolaylıkla anlaşılabilir, doğrudan erişilebilir ve daimi olarak bulunabilir olmalıdır.

(2) Raporlar en azından aşağıda bahsi geçen noktaları kapsamalıdır:

1. platformda cezai olarak müeyyideye çarptırılabilir faaliyeti ortadan kaldırmak için sosyal ağ sağlayıcısı tarafından gerçekleştirilen çabaları özetleyen genel gözlemler

2. yasaya aykırı içerikle ilgili şikayetlerin gönderilmesine ilişkin mekanizmaların ve yasalara aykırı içeriğin silinmesine veya engellenmesine karar vermede uygulanan ölçütlerin açıklaması

3. raporlama döneminde yasalara aykırı içerikle ilgili gelen şikayetlerin, şikayet organları tarafından sunulduğuna veya kullanıcılar tarafından oluşturulduğuna, ve şikayet sebebine göre sayısı

4. şikayetlerin işleme konulmasından sorumlu birimlerdeki organizasyon, personel kaynakları, uzman ve dil uzmanlığının yanı sıra şikayetlerin işleme konulmasından sorumlu kişilerin eğitimi ve desteği

5. endüstri derneklerine üyeliklerin ve bu endüstri derneklerinin bir şikayet hizmeti olup olmadığının belirtilmesi

6. kararı hazırlamak için harici bir yere danışılan şikayetlerin sayısı

7. rapor döneminde söz konusu içeriğin silinmesine veya bloke edilmesine neden olan şikayetlerin, şikayetlerin şikayet organları tarafından veya kullanıcılar tarafından sunulduğuna, şikayet sebebine, olayın bölüm 3/(2)/(3)/(a) kapsamında olup olmadığına ve şayet böyle bir durum söz konusuysa şikayetin kullanıcıya iletip iletilmediğine, ve olayın bölüm (3)/(2)/(3)/(b) kapsamında öz denetim yapan bir kuruluşa havale edilip edilmediğine göre sayısı

8. şikayetlerin, şikayet organları tarafından ya da kullanıcılar tarafından sunulduğuna, şikayet sebebine ve sürelerine göre "24 saat içinde"/"48 saat içinde"/"bir hafta içinde"/"daha sonraki bir zamanda", sosyal ağ tarafından alınan şikayetlerin alınma ve yasadışı içeriğin silinmesi ya da bloke edilmesi arasındaki zaman

9. şikayetin gönderen kişiyi ve söz konusu içeriğin kaydedildiği kullanıcıyı şikayet kararı hakkında bilgilendirmek için alınan tedbirler

Bölüm 3

Yasadışı İçerikle İlgili Şikayetlerin Ele Alınması

(1) Bir sosyal ağ sağlayıcısı, (2) ve (3) numaralı fıkralar uyarınca yasadışı içerikle ilgili şikayetlerin ele alınması için etkili ve şeffaf bir prosedürü sürdürecektir. Sağlayıcı, kullanıcılara yasalara aykırı içerikle ilgili bir şikayet ileri sürmek için kolaylıkla anlaşılabilir, doğrudan erişilebilir ve kalıcı olarak temin edilebilir bir prosedür sunacaktır.

(2) Prosedür, sosyal ağ sağlayıcısının aşağıda bahsi geçen noktaları yerine getireceğini sağlamalıdır. Sosyal ağ sağlayıcısı:

1. şikayet hakkında derhal bilgi alıp ve şikayette bildirilen içeriğin yasalara aykırı olup olmadığını ve içeriğin kaldırılmaya veya içeriğin erişim engellenmesine tabi olup olmadığını kontrol eder

2. şikayeti aldıktan sonraki 24 saat içinde açıkça kanunsuz olan içeriğe erişimi kaldırır veya engeller; sosyal ağ, yetkili kolluk kuvvetleri ile açıkça yasaya aykırı içeriği silmek veya bloke etmek için daha uzun bir süre uzlaşmaya varırsa, bu geçerli olmayacaktır

3. yasal olmayan tüm içeriği derhal kaldırır veya erişimi engeller; bu genellikle şikayetin alınmasından itibaren 7 gün içinde yapılmalıdır. 7 günlük süre sınırı aşılabilir aşağıdaki durumlarda aşılabilir:

a) İçeriğin yasaya aykırılığı ile ilgili karar, olgusal bir iddianın yanlışlığına veya açıkça diğer gerçek koşullara bağlı ise; sosyal ağ, kararın verilmesinden önce kullanıcıya şikayete cevap verme imkanı tanıyabilir

b) Sosyal ağ, (6) ila (8) numaralı fıkralara uygun olarak yasaya aykırılık kararını, şikayet alındıktan sonra 7 gün içinde tanınan kendi kendini denetleyen bir kuruma havale edip bu kurumun kararını tanımayı kabul ederse

4. çıkarma durumunda içeriği delil olarak muhafaza eder ve bu amaçla 2000/31/EC ve 2010/13/EU sayılı Direktifler kapsamında on hafta süreyle saklar.

5. şikayet eden kişiye ve kullanıcıya herhangi bir karar hakkında derhal bilgi verir ve aynı zamanda kararı için gerekçe sunar.

(3) Prosedür; her şikayetin, durumu düzeltmek için alınan tedbir ile birlikte, 2000/31/EC ve 2010/13/EU Yönergeleri kapsamında belgelendirilmesini sağlayacaktır.

(4) Şikayetlerin ele alınması, sosyal ağ yönetimince aylık kontrollerle denetlenecektir. Gelen şikayetlerin çözümündeki örgütsel eksiklikler derhal düzeltilecektir. Sosyal ağ yönetimi; altı ayda bir kereden az olmamak koşuluyla, şikayetlerin işlenmesi ile görevlendirilmiş kişilere, Almanca dilinde şikayet eğitim kursları ve destek programlarını sunacaktır.

(5) (1). fıkraya uygun prosedürler, Bölüm 4'te adı geçen idari makam tarafından görevlendirilecek bir ajans tarafından izlenebilir.

(6) Bir kurum, aşağıdaki durumların gerçekleşmesi halinde bu Kanunun kapsamında kendi kendini denetleyen bir kurum olarak kabul edilir.

1. analiz uzmanlarının bağımsızlığı ve uzmanlığı sağlanıyorsa,

2. uygun tesisler mevcut ve 7 günlük bir süre içinde hızlı analiz garantiliyse,

3. analizin kapsam ve yapısını düzenleyen, bağlı sosyal ağların başvuru koşullarını şart koşan ve kararları inceleme imkânı sağlayan prosedür kurallarına sahipse,

4. bir şikayet hizmeti kurulduysa, ve

5. kurum, çeşitli sosyal ağ sağlayıcıları veya kuruluşları tarafından finanse edilmekte ve uygun tesislerin bulunduğu garanti edilmekteyse; buna ek olarak, kurum daha fazla sağlayıcıya, özellikle de sosyal paylaşım ağlarına kabul edilmeye açık olmalıdır.

(7) Kendi kendini denetim kuruluşlarının tanınmasına yol açan kararlar, 4. bölümde adı geçen idari makam tarafından alınır.

(8) Tanıma koşullarının herhangi biri daha sonra yerine getirilmezse, tanıma tamamıyla veya kısmen geri çekilebilir veya tamamlayıcı gerekliliklerle bağlanabilir.

(9) Bölüm 4'te adı geçen idari makam, aynı zamanda, bir sosyal ağ sağlayıcısının belirli bir süre için (2)/3/(b) uyarınca kararları havale etme imkânının, söz konusu sağlayıcı, kendi kendini düzenleme sistemi ile bağlantı kurarak (2) numaralı fıkra (3) altındaki yükümlülükleri yerine getirmeyecektir.

Bölüm 4

İdari Para Cezasına İlişkin Hükümler

(1) Bir kabahat, aşağıdaki durumların kasıtlı olarak veya ihmalen herhangi bir kişi tarafından işlenmiş sayılacaktır:

1. 2. bölümün 1. fıkrasına aykırı olarak; bir rapor hazırlamaz, doğru üretmez, tamamen üretmez veya zamanında üretmek ya da yayınlamakta başarısız olursa, doğru yayınlanamaz, tamamen yayınlamaz, öngörülen şekilde veya zamanında yayınlamazsa,

2. 3. bölümün 1. fıkrasına aykırı olarak; şikayet organları ya da ikametgahı veya oturduğu yer Almanya Federal Cumhuriyeti'nde bulunan kullanıcılar tarafından yapılan şikayetlerin çözümünde, burada belirtilen prosedürleri sunmaz, doğru bir şekilde sunmaz veya sağlamaz ise,

3. 3. bölümün 1. fıkrasının 2. cümlesine aykırı olarak; burada belirtilen bir prosedür temin etmez veya doğru bir şekilde temin etmezse,

4. 3. bölümün 4. fıkrasının 1. cümlesine aykırı olarak; şikayetlerin ele alınmasını denetlemez veya doğru şekilde denetlemezse,

5. 3. bölümün 4. fıkrasının 2. cümlesine aykırı olarak; örgütsel bir eksikliği gidermez veya zamanında gidermezse

6. 3. bölümün 4. fıkrasının 3. cümlesine aykırı olarak; eğitim ya da destek sunmaz veya zamanında sunamazsa, veya

7. 5. bölüme aykırı olarak; Federal Almanya Cumhuriyeti'nde hizmet almaya yetkili bir kişinin adını vermez ya da Alman Federal Polis Teşkilatı'ndan bilgi talep etme yetkisine sahip Federal Almanya Cumhuriyeti'ndeki bir kişinin adını vermezse, veya

8. 5. bölümün 2. fıkrasının 2. cümlesine aykırı olarak; hizmet almaya yetkili kişi olarak hareket ederken bilgi taleplerine cevap vermezse.

(2) 1. fıkranın 7. ve 8. bentlerinde bahsi geçen durumlarda; kabahat, beş yüz bin Euro'ya kadar olan bir idari para cezası ile, diğer durumlarsa ise 1. fıkraya göre beş milyon avroya kadar cezalandırılabilir. Kabahatlerle Mücadele Kanununun 30(2). bölümünün 3. cümlesi hükmü uygulanır.

(3) Kabahat, Federal Almanya Cumhuriyeti'nde işlenmese dahi cezalandırılabilir.

(4) Kabahatlerle Mücadele Kanunu'nun 36(1) bölümünün 1 numarası kapsamındaki idari makam Federal Adalet Divanı olacaktır. Federal Adalet ve Tüketiciyi Koruma Bakanlığı, Federal İçişleri Bakanlığı ve Federal Ekonomik İşler ve Enerji Bakanlığı ile mutabık olarak, kabahat davalarını başlatmak için düzenleyici makam tarafından takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin genel yönetim ilkelerini yayımlar ve Para cezasını hesaplar.

(5) İdari makam, kaldırılmamış veya bloke edilmemiş içeriğin Bölüm 1(3) dahilinde yasaya aykırı olduğu gerekçesine dayanarak bir karar yayınlamak isterse, ilk önce bunun yasalara aykırı olduğunu gösteren bir yargı kararı alacaktır. Konuyla ilgili yetkili mahkeme, idari para cezasına itiraz üzerine karar veren mahkeme olacaktır. Ön karar talebi, sosyal ağın ifadesi ile birlikte

mahkemeye sunulacaktır. Başvuru, duruşmasız kararlaştırılabilir. Karara itiraz yolu kapalı olacak ve karar, idari makamı bağlayıcı nitelikte olacaktır.

Bölüm 5

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Hizmet Almaya Yetkili Kişiler

(1) Sosyal ağ sağlayıcıları, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde hizmet almaya yetkili bir kişiyi derhal ilan eder ve bu bilgiyi platformlarında kolaylıkla anlaşılabilir ve doğrudan erişilebilir bir tarzda dikkat çeker. Bu kişiye, yasadışı içeriğin dağıtılması nedeniyle 4. bölüm uyarınca veya Alman mahkemeleri önünde adli işlemler uygulanabilir. Aynı durum, bu işlemleri başlatan belgelerin sunulması için de geçerlidir.

(2) Alman kolluk kuvvetleri tarafından verilen bilgi taleplerinin karşılanmasını sağlamak için, Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki bir kişi bu tür talepleri almak için yetkili kılınacaktır. Bu şekilde yetkilendirilen kişi; bu taleplere, alındığı andan itibaren 48 saat içinde ilk cümle uyarınca cevap vermekle yükümlüdür. Talep edilen bilgilerin kapsamlı bir şekilde iletilmemesi durumlarında, bunun nedenleri cevapta belirtilecektir.

Bölüm 6

Geçici Hükümler

(1) Raporun 2. Bölüm uyarınca yayınlanan ilk sayısının, 2018 yılının ilk yarısı itibariyle hazırlanması gerekecektir.

(2) Bölüm 3 uyarınca yapılacak işlemler, işbu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde başlatılır. Sosyal ağ sağlayıcısı, daha sonraki bir tarihe kadar Bölüm 1'in gerekliliklerini yerine getirmezse, bu tarihten itibaren üç ay içerisinde Bölüm 3'e uygun prosedürler başlatılacaktır.

Madde 2

Telemedya Kanunu'na Değişiklik

21 Temmuz 2016 tarihli ve Federal Kanun Gazetesi I sayfa 1766 1. Maddesi ile son değişikliği yapılan 26 Şubat 2007 tarihli Telemedya Kanunu (Federal Kanun Resmi Gazetesi, s. 1766) aşağıdaki şekilde tadil edilir:

1. Aşağıdaki (3) ila (5). fıkralar, bölüm 14'e eklenecektir:

(3) Ayrıca, servis sağlayıcı, özel durumlarda, Ağ Uygulama Kanunu Bölüm 1 fıkra 3 kapsamında tanımlanan yasadışı içeriğin mutlak hakları ihlal etmesinden doğan hukuk davası taleplerinin icrası için gerekli olması kaydıyla, sahip olduğu abone verileri hakkında bilgi verebilir.

(4) Bilgiler, (3) numaralı fıkraya uygun olarak açıklanmadan önce, buna cevaz verildiği hakkında bir mahkeme kararı alınacaktır; bu karar zarar gören tarafça talep edilecektir. Böyle bir karar verme yetkisi, iddianın değerine bakılmaksızın, bölgesel mahkemeye aittir. Yer bakımından yetki, zarar gören tarafın ikametgahı, oturduğu yer veya şubesi olan bölgedeki mahkemeye aittir. Karar, sivil birimlerce verilir. Aile Koşulları ve Bildirimi Olmayan Yargılama Usulleri Bildirileri Hakkında Kanun hükümleri usule uygun olarak geçerlidir. Mahkeme kararı masrafları zarar gören tarafça karşılanacaktır. Bölge mahkemesi kararı hakkında derhal şikayet kanun yolu geçerlidir.

(5) Hizmet sağlayıcı, (4) numaralı fıkra uyarınca davalarda ilgili taraf olarak yer alacaktır. Kullanıcıya, işlemin başlatıldığını bildirebilir.

2. Bölüm 15, (5) numaralı fıkranın 4. cümlesi aşağıdaki gibi yazılacaktır:

“Bölüm 14 (2) ila (5) numaralı fıkralar usule uygun olarak uygulanır.”

Madde 3

Yürürlük

Bu Kanun 1/10/2017 tarihinde yürürlüğe girer.

Almanya - Network Enforcement Act (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)

Bearbeitungsstand: 12.07.2017 15:22 Uhr

Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks

(Network Enforcement Act)

The Bundestag has adopted the following Act:

Article 1

Act to Improve Enforcement of the Law in Social Networks

(Network Enforcement Act)

Section 1

Scope

(1) This Act shall apply to telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public (social networks). Platforms offering journalistic or editorial content, the responsibility for which lies with the service provider itself, shall not constitute social networks within the meaning of this Act. The same shall apply to platforms which are designed to enable individual communication or the dissemination of specific content.

(2) The provider of a social network shall be exempt from the obligations stipulated in sections 2 and 3 if the social network has fewer than two million registered users in the Federal Republic of Germany.

(3) Unlawful content shall be content within the meaning of subsection (1) which fulfils the requirements of the offences described in sections 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 to 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in connection with 184d, 185 to 187, 241 or 269 of the Criminal Code and which is not justified.

Section 2

Reporting obligation

(1) Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognisable, directly accessible and permanently available.

(2) The reports shall cover at least the following points:

1. general observations outlining the efforts undertaken by the provider of the social network to eliminate criminally punishable activity on the platform,

2. description of the mechanisms for submitting complaints about unlawful content and the criteria applied in deciding whether to delete or block unlawful content,

3. number of incoming complaints about unlawful content in the reporting period, broken down according to whether the complaints were submitted by complaints bodies or by users, and according to the reason for the complaint,

4. organisation, personnel resources, specialist and linguistic expertise in the units responsible for processing complaints, as well as training and support of the persons responsible for processing complaints,

5. membership of industry associations with an indication as to whether these industry associations have a complaints service,

6. number of complaints for which an external body was consulted in preparation for making the decision,

7. number of complaints in the reporting period that resulted in the deletion or blocking of the content at issue, broken down according to whether the complaints were submitted by complaints bodies or by users, according to the reason for the complaint, according to whether the case fell under section 3 subsection (2) number (3) letter (a), and if so, whether the complaint was forwarded to the user, and whether the matter was referred to a recognised self-regulation institution pursuant to section 3 subsection

(2) number (3) letter (b),

8. time between complaints being received by the social network and the unlawful content being deleted or blocked, broken down according to whether the complaints were submitted by complaints bodies or by users, according to the reason for the complaint, and into the periods "within 24 hours"/"within 48 hours"/"within a week"/"at some later point",

9. measures to inform the person who submitted the complaint, and the user for whom the content at issue was saved, about the decision on the complaint.

Section 3

Handling of complaints about unlawful content

(1) The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with an easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.

(2) The procedure shall ensure that the provider of the social network:

1. takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked,

2. removes or blocks access to content that is manifestly unlawful within 24 hours of receiving the complaint; this shall not apply if the social network has reached agreement with the competent law enforcement authority on a longer period for deleting or blocking any manifestly unlawful content,

3. removes or blocks access to all unlawful content immediately, this generally being within 7 days of receiving the complaint; the 7-day time limit may be exceeded if

a) the decision regarding the unlawfulness of the content is dependent on the falsity of a factual allegation or is clearly dependent on other factual circumstances; in such cases, the social network can give the user an opportunity to respond to the complaint before the decision is rendered;

b) the social network refers the decision regarding unlawfulness to a recognised selfregulation institution pursuant to subsections (6) to (8) within 7 days of receiving the complaint and agrees to accept the decision of that institution,

4. in the case of removal, retains the content as evidence and stores it for this purpose within the scope of Directives 2000/31/EC and 2010/13/EU for a period of ten weeks,

5. immediately notifies the person submitting the complaint and the user about any decision, while also providing them with reasons for its decision,

(3) The procedure shall ensure that each complaint, along with the measure taken to redress the situation, is documented within the scope of Directives 2000/31/EC and 2010/13/EU.

(4) The handling of complaints shall be monitored via monthly checks by the social network's management. Any organisational deficiencies in dealing with incoming complaints shall be immediately rectified. The social network's management shall offer the persons tasked with the processing of complaints training courses and support programmes delivered in the German language on a regular basis, this being no less than once every six months.

(5) The procedures in accordance with subsection (1) may be monitored by an agency tasked to do so by the administrative authority named in section 4.

(6) An institution shall be recognised as a self-regulation institution within the meaning of this Act if

1. the independence and expertise of its analysts are ensured,

2. appropriate facilities are in place and prompt analysis within a 7-day period is guaranteed,

3. it has rules of procedure which regulate the scope and structure of the analysis, stipulate

the submission requirements of the affiliated social networks, and provide for the possibility to review decisions,

4. a complaints service has been set up, and

5. the institution is funded by several social network providers or establishments, guaranteeing that the appropriate facilities are in place. In addition, the institution must remain open to the admission of further providers, of social networks in particular.

(7) Decisions leading to the recognition of self-regulation institutions shall be rendered by the administrative authority named in section 4.

(8) Recognition can be wholly or partly withdrawn or tied to supplementary requirements if any of the conditions for recognition are subsequently no longer met.

(9) The administrative authority named in section 4 can also stipulate that the possibility for a social network provider to refer decisions in accordance with subsection (2) number (3) letter (b) is barred for a specified period if there is a reasonable expectation that the provider in question

will not fulfil the obligations under subsection (2) number (3) by affiliating itself with the system of self-regulation.

Section 4

Provisions on regulatory fines

(1) A regulatory offence shall be deemed to have been committed by any person who, intentionally or negligently,

1. in contravention of section 2(1) sentence 1, fails to produce a report, to produce it correctly, to produce it completely or to produce it in due time, or fails to publish it, to publish it correctly, to publish it completely, to publish it in the prescribed form or to publish it in due time,

2. in contravention of section 3(1) sentence 1, fails to provide, to provide correctly or to provide completely, a procedure mentioned therein for dealing with complaints submitted by complaints bodies or by users whose place of residence or seat is located in the Federal Republic of Germany,

3. in contravention of section 3(1) sentence 2, fails to supply a procedure mentioned therein or to supply it correctly,

4. in contravention of section 3(4) sentence 1, fails to monitor the handling of complaints or to monitor it correctly,

5. in contravention of section 3(4) sentence 2, fails to rectify an organisational deficiency or to rectify it in due time,

6. in contravention of section 3(4) sentence 3, fails to offer training or support or to offer them in due time, or

7. in contravention of section 5, fails to name a person authorised to receive service in the Federal Republic of Germany or fails to name a person in the Federal Republic of Germany authorised to receive information requests from German law enforcement authorities, or

8. in contravention of section 5 subsection (2), second sentence, fails to respond to requests for information while acting as the person authorised to receive service.

(2) In cases under subsection (1) numbers 7 and 8, the regulatory offence may be sanctioned with a regulatory fine of up to five hundred thousand euros, and in other cases under subsection (1) with a regulatory fine of up to five million euros. Section 30(2) sentence 3 of the Act on Regulatory Offences shall apply.

(3) The regulatory offence may be sanctioned even if it is not committed in the Federal Republic of Germany.

(4) The administrative authority within the meaning of section 36(1) number 1 of the Act on Regulatory Offences shall be the Federal Office of Justice. The Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, in agreement with the Federal Ministry of the Interior and the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, shall issue general administrative principles on the exercise of discretion by the regulatory fine authority in initiating regulatory fine proceedings and in calculating the fine.

(5) If the administrative authority wishes to issue a decision relying on the fact that content which has not been removed or blocked is unlawful within the meaning of section 1(3), it shall first obtain a judicial decision establishing such unlawfulness. The court with jurisdiction over the matter shall be the court that rules on the objection to the regulatory fine order. The application for a preliminary ruling shall be submitted to the court together with the social network's statement. The application can be ruled upon without an oral hearing. The decision shall not be contestable and shall be binding on the administrative

authority.

Section 5

Person authorised to receive service in the Federal Republic of Germany

(1) Providers of social networks shall immediately name a person authorised to receive service in the Federal Republic of Germany and shall draw attention to this fact on their platform in an easily recognisable and directly accessible manner. It shall be possible to effect service on this person in procedures pursuant to section 4 or in judicial proceedings before German courts on account of the dissemination of unlawful content. The same shall also apply to the service of documents initiating such proceedings.

(2) To enable the receipt of requests for information from German law enforcement authorities, a person in the Federal Republic of Germany shall be named who is authorised to receive such requests. The person so authorised shall be obliged to respond to such requests for information pursuant to the first sentence within 48 hours of receipt. In cases where the requested information is not exhaustively provided, reasons for this shall be included in the response.

Section 6

Transitional provisions

(1) The first issue of the report pursuant to section 2 shall be due in respect of the first half-year of 2018.

(2) The procedures pursuant to section 3 shall be introduced within three months of the entry into force of this Act. If the social network provider does not fulfil the requirements of section 1 until some later date, the procedures pursuant to section 3 shall be introduced within three months of this date.

Article 2

Amendment of the Telemedia Act

The Telemedia Act of 26February 2007 (Federal Law Gazette I p. 179), last amended by Article 1 of the Act of 21 July 2016 (Federal Law Gazette I p. 1766) shall be amended as follows:

1. The following subsections (3) to (5) shall be added to section 14:

"(3) Furthermore, the service provider may in individual cases disclose information about subscriber data within its possession, insofar as this is necessary for the enforcement of civil law claims arising from the violation of absolutely protected rights by unlawful content as defined in section 1 subsection (3) of the Network Enforcement Act.

(4) Before information is disclosed in accordance with subsection (3), a court order on the permissibility of such disclosure shall be obtained; this shall be requested by the injured party. Jurisdiction for issuing any such order shall lie with the regional court, regardless of the value of the claim. Territorial jurisdiction shall lie with the court in whose district the injured party has his domicile, his seat or a branch office. The decision shall be rendered by the civil division. The provisions of the Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-Contentious Jurisdiction shall apply mutatis mutandis to the proceedings.

The costs of the court order shall be borne by the injured party. The remedy of immediate complaint is admissible in respect of the regional court decision.

(5) The service provider shall be involved as an interested party in proceedings pursuant to subsection (4). It may inform the user that proceedings have been instigated."

2. In section 15 subsection (5), the fourth sentence shall be worded as follows:

"Section 14 subsections (2) to (5) shall apply mutatis mutandis."

Article 3

Entry into force

This Act shall enter into force on 1 October 2017.

Almanya - Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 5 Aralık 2011 tarihli Kararı (1 BvR 1248/11)

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/12/rk20111215_1bvr124811.html

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 1248/11

In dem Verfahren

über

die Verfassungsbeschwerde

1. der e... GmbH,

2. der E... GmbH & Co. KG,

3. der H... GmbH,

4. der S... GmbH,

5. der U... GmbH,

6. der W... GmbH,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Deubner & Kirchberg,

Mozartstraße 13, 76133 Karlsruhe –

gegen das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Oktober 2010 - I ZR 191/08 -

hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

die Richter Gaier,

Paulus

und die Richterin Britz

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 15. Dezember 2011 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft einen Urheberrechtsstreit, der eine Abwägung von Rechten des geistigen Eigentums gegen die Meinungs- und Pressefreiheit erforderte.

I.

1. Die Beschwerdeführerinnen sind Inhaberinnen von Bild- und Tonträgerrechten an Musik-CDs und -DVDs. Der im Ausgangsverfahren beklagte Verlag (Beklagter) betreibt einen Nachrichtendienst im Internet.

Dort veröffentlichte er im Jahr 2005 einen Artikel über die Software „AnyDVD“, einen Treiber, der im Hintergrund automatisch und unbemerkt eingelegte DVD-Filme entschlüsselt. In dem Artikel wurde auch erwähnt, dass die Umgehung von Kopierschutzsoftware unter anderem in Deutschland und Österreich verboten sei. Mehrere Wörter des Artikels waren als (Hyper-)Link ausgestaltet; ein Link führte zum Internetauftritt des Unternehmens, das „AnyDVD“ anbot und zum Herunterladen bereitstellte.

Die Beschwerdeführerinnen wandten sich an den Beklagten und forderten ihn zur Unterlassung dieses Links auf. In weiteren Internet-Artikeln berichtete der Beklagte daraufhin über dieses Abmahnverfahren und verlinkte darin seinen ursprünglichen Artikel.

2. Mittels einstweiliger Verfügung ließen die Beschwerdeführerinnen dem Beklagten verbieten, den Bezug der Software „AnyDVD“ durch das Setzen eines Hyperlinks auf einen Internetauftritt der Herstellerfirma, auf dem diese Software zum Download angeboten wird, zu ermöglichen.

Gegen das im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes letztinstanzliche Urteil (OLG München, MMR 2005, S. 768) legte der Beklagte Verfassungsbeschwerde ein. Diese wurde von der 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 3. Januar 2007 - 1 BvR 1936/05 - (BVerfGK 10, 153) nicht zur Entscheidung angenommen, weil der Grundsatz der Subsidiarität verletzt sei; die aufgeworfenen Rechtsfragen seien zunächst im Hauptsacheverfahren durch die Fachgerichte zu klären.

Auch in der Hauptsache obsiegten die Beschwerdeführerinnen vor dem Landgericht (LG München I, CR 2008, S. 186 = MMR 2008, S. 192) und dem Oberlandesgericht (OLG München, GRUR-RR 2009, S. 85). Hiergegen richtete sich die Revision des Beklagten.

3. Der Bundesgerichtshof hat mit dem angegriffenen Urteil (BGHZ 187, 240 - AnyDVD) das Berufungsurteil aufgehoben, das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. In seinem Urteil führt der Bundesgerichtshof - zusammengefasst - aus:

a) Rechtlich unbedenklich sei zwar die Beurteilung des Oberlandesgerichts, die Beschwerdeführerinnen seien zur Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche wegen Verletzung des § 95a des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) berechtigt, weil sie bei den von ihnen hergestellten Bild- und Tonträgern wirksame Kopierschutzmaßnahmen im Sinne dieser Bestimmung verwendeten (Rn. 15 des angegriffenen Urteils). Jedoch stehe den Beschwerdeführerinnen ein Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Teilnehmerhaftung nach § 823 Abs. 2, § 830 Abs. 2 BGB i.V.m. § 95a Abs. 3 UrhG jedenfalls deshalb nicht zu, weil die beanstandeten Handlungen des Beklagten vom Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 6 EUV i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GR-Charta) und Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und vom Recht auf freie Berichterstattung nach Art. 6 EUV i.V.m. Art. 11 Abs. 2 GR-Charta und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst würden. Die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei bei der rechtlichen Beurteilung der beanstandeten Beiträge des Beklagten streng zwischen der - sich von „AnyDVD“ distanzierenden und daher grundsätzlich als zulässig anzusehenden - redaktionellen Berichterstattung als solcher und der Linksetzung zu unterscheiden, werde dem Gewährleistungsgehalt dieser Grundrechte nicht gerecht.

Die Vorschrift des § 95a UrhG beruhe auf Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Urheberrechtsrichtlinie; ABl. L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10). Nach Art. 8 Abs. 1 dieser Richtlinie hätten die Mitgliedstaaten bei Verletzungen der in der Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe vorzusehen und alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um deren Anwendung sicherzustellen. Die betreffenden Sanktionen müssten wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Bei der Auslegung der Richtlinie sowie des ihrer Umsetzung dienenden nationalen Rechts (§ 95a UrhG) seien nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GR-Charta die in dieser niedergelegten Grundrechte zu beachten.

Der Grundrechtsschutz umfasse die Meinungs- und Pressefreiheit in sämtlichen Aspekten (Rn. 21). Er erstrecke sich nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Form der Meinungsäußerung oder Berichterstattung. Der beanstandete Link gehöre in diesem Sinne zum geschützten Bereich

der freien Berichterstattung (Rn. 22). Er beschränke sich nicht auf eine bloß technische Erleichterung für den Aufruf der betreffenden Internetseite, sondern erschließe vergleichbar einer Fußnote zusätzliche Informationsquellen, in diesem Fall über das Herstellerunternehmen der Software. Die verschiedenen Links in den genannten Artikeln des Beklagten seien in die Beiträge und in die in ihnen enthaltenen Stellungnahmen als Belege und ergänzende Angaben eingebettet und würden schon aus diesem Grund nicht nur vom Gewährleistungsgehalt der Pressefreiheit, sondern auch von der Meinungsfreiheit erfasst (Rn. 24).

Das Berufungsgericht habe darüber hinaus dem Umstand, dass der Beklagte Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Softwareangebots hatte, ein zu großes Gewicht beigemessen (Rn. 25 ff.). Grundsätzlich dürfe auch über Äußerungen, durch die in rechtswidriger Weise Persönlichkeitsrechte Dritter beeinträchtigt worden seien, trotz der in der Weiterverbreitung liegenden Perpetuierung oder sogar Vertiefung des Ersteingriffs berichtet werden, wenn ein überwiegendes Informationsinteresse bestehe und der Verbreiter sich die berichtete Äußerung nicht zu eigen mache. Ein solches überwiegendes Informationsinteresse könne auch gegeben sein, wenn die Berichterstattung eine unzweifelhaft rechtswidrige Äußerung zum Gegenstand habe. Gerade die Schwere des in Frage stehenden Verstoßes könne ein besonderes Informationsinteresse begründen. Demgegenüber sei nicht ersichtlich, dass der Eingriff in die urheberrechtlichen Befugnisse der Beschwerdeführerinnen durch die Setzung des Links erheblich vertieft worden sei. Denn für den durchschnittlichen Internetnutzer sei es bereits aufgrund der Angabe des Namens des Herstellerunternehmens mit Hilfe von Suchmaschinen ohne Weiteres möglich gewesen, dessen Internetauftritt aufzufinden. Ferner habe das Berufungsgericht außer Acht gelassen, dass in den Beiträgen des Beklagten deutlich auf die Rechtswidrigkeit des Downloadangebots hingewiesen worden sei (Rn. 28).

b) Aus denselben Gründen stünden den Beschwerdeführerinnen die geltend gemachten Unterlassungsansprüche auch nicht nach den Grundsätzen der Störerhaftung zu. Die Frage, ob diese Grundsätze bei Verstößen gegen § 95a UrhG überhaupt zur Anwendung gelangen, könne daher offenbleiben.

c) Einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Auslegung der durch den Streitfall aufgeworfenen Fragen des Unionsrechts bedürfe es nicht. Die anzuwendenden Grundsätze seien durch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte geklärt.

II.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihres durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten geistigen Eigentums.

Das verfassungsrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Verfügungs- und Verbotsrecht des Urhebers sei einfachrechtlich in §§ 15 ff., § 97 UrhG normiert; ergänzende Schutzbestimmungen enthalte unter anderem § 95a UrhG. Die Kopierschutzknacker-Software „AnyDVD“ sei danach verboten. Das Oberlandesgericht habe zu Recht die Verurteilung des Beklagten auf die Grundsätze der Teilnehmerhaftung wegen der Förderung des rechtswidrigen Gebarens des Softwareunternehmens durch die Linksetzung gestützt. Das aufhebende Urteil des Bundesgerichtshofs leide - zu Lasten des geistigen Eigentums - an einem Abwägungsdefizit im Sinne der Kammerrechtsprechung in den Geräteabgabefällen (Hinweis auf BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21. Dezember 2010 - 1 BvR 2742/08 -, ZUM 2011, S. 313, Rn. 17 ff., und - 1 BvR 2760/08 -, GRUR 2011, S. 223, Rn. 17 ff.).

Zum einen verkenne der Bundesgerichtshof, dass sich selbst dann nichts am Ergebnis der Abwägung des Oberlandesgerichts ändern würde, wenn man die Linksetzung nicht nur von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Medienfreiheit), sondern auch von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (Meinungsfreiheit) gedeckt sähe. In jedem Falle diene die Linksetzung nur der Ergänzung und stehe nicht im Zentrum der Berichterstattung. Zum zweiten übergehe der Bundesgerichtshof seine eigene, zutreffende Rechtsprechung (BGHZ 158, 343 <352 ff.> - Schöner Wetten), wonach der Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des verlinkten Angebots entscheidende Bedeutung für die Bejahung einer Haftung des Linksetzers zukomme.

Die positive Kenntnis des Beklagten von der Rechtswidrigkeit des Softwareangebots habe im Streitfall schon aufgrund des eigenen Hinweises in dem Artikel auf die Rechtswidrigkeit festgestanden. Ohne seine „Schöner Wetten“-Entscheidung zu erwähnen, werfe der Bundesgerichtshof dem Berufungsgericht eine Überbewertung der Kenntnis des Beklagten von der Rechtswidrigkeit des verlinkten Angebots vor. Auf den vorangegangenen Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Januar 2007 (a.a.O.) habe sich der Bundesgerichtshof dabei nicht stützen können. Die Frage, ob sich der Linksetzer den verlinkten Inhalt „zu eigen mache“, sei kein maßgebliches Kriterium. Wolle man hingegen mit dem Bundesgerichtshof die Linksetzung der Meinungsfreiheit unterstellen, müsse man auch davon ausgehen, dass sich der Linksetzer den gegebenenfalls rechtswidrigen Inhalt zu eigen mache, und zwar unabhängig von etwaigen distanzierenden Äußerungen. Es gelte dann nichts anderes, als wenn der Beklagte die Software selbst zum Download angeboten hätte.

Auch das Argument des Bundesgerichtshofs, gerade die Schwere des in Frage stehenden Verstoßes könne ein besonderes Informationsinteresse begründen, trage nicht. So dürfe in einem Beitrag über Kinderpornografie auch nicht auf kinderpornografische Seiten verlinkt werden. Das

Argument des Bundesgerichtshofs müsse daher umgedreht werden: Je schwerwiegender der Verstoß sei, desto weniger sei seine Verlinkung zulässig.

III.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Weder kommt ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist sie zur Durchsetzung der Rechte der Beschwerdeführerinnen angezeigt. Ob sie wegen Fehlens einer verfassungsrechtlich tragfähigen und damit ausreichend substantiierten Begründung (§ 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG) bereits unzulässig ist, kann dahinstehen. Jedenfalls besitzt die Verfassungsbeschwerde keine Erfolgsaussicht in der Sache.

1. Zu den konstituierenden Merkmalen des Urheberrechts als Eigentum im Sinne der Verfassung gehören die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung sowie seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können. Im Einzelnen ist es Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung des Urheberrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (vgl. BVerfGE 31, 229 <240 f.>; 79, 1 <25>).

Die Zivilgerichte haben bei der Auslegung und Anwendung des Urheberrechts die durch die Eigentumsgarantie gezogenen Grenzen zu beachten und müssen die im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessenabwägung in einer Weise nachvollziehen, die den Eigentumsschutz der Urheber ebenso wie etwaige damit konkurrierende Grundrechtspositionen beachtet und unverhältnismäßige Grundrechtsbeschränkungen vermeidet (vgl. BVerfGE 89, 1 <9>). Auch in urheberrechtlichen Streitigkeiten ist es allerdings regelmäßig nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, den Zivilgerichten vorzugeben, wie sie im Ergebnis zu entscheiden haben (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. Juli 2011 - 1 BvR 1916/09 Le-Corbusier-Möbel -, ZUM 2011, S. 825, Rn. 87). Die Schwelle eines Verstoßes gegen Verfassungsrecht, den das Bundesverfassungsgericht zu korrigieren hat, ist vielmehr erst erreicht, wenn die Auslegung der Zivilgerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Eigentumsgarantie, insbesondere vom Umfang ihres Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind, insbesondere weil darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet (vgl. BVerfGE 89, 1 <9 f.>; 95, 28 <37>; 97, 391 <401>; 112, 332 <358 f.>).

Als konkurrierende Grundrechtsposition ist hier, wie der Bundesgerichtshof erkannt hat und die Beschwerdeführerinnen nicht in Abrede stellen, die Meinungs- und Pressefreiheit des Beklagten zu berücksichtigen. Der Bundesgerichtshof hat hierzu die grundrechtlichen Maßstäbe zutreffend herausgearbeitet (Rn. 21 ff. des angegriffenen Urteils).

Eine gesetzliche Regelung zur Zulässigkeit und zu den Grenzen von Hyperlinks existiert nicht. Das Urheberrechtsgesetz enthält mit § 95a lediglich eine Vorschrift, die technische Maßnahmen, welche ihrerseits dem Schutz von Urheberrechten dienen, vor Umgehung schützen soll. Hierzu zählen etwa Kopiersperren auf CDs und DVDs, wie sie von der Software „AnyDVD“ entschlüsselt werden können. Mangels einer gesetzlichen Regelung hat die Abwägung der konkurrierenden Grundrechtspositionen anhand der anerkannten presserechtlichen und urheberrechtlichen Maßstäbe zu erfolgen, wie sie von der Rechtsprechung herausgearbeitet worden sind.

2. So verfährt auch der Bundesgerichtshof im angegriffenen Urteil. Seine Grundrechtsabwägung begegnet dabei keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

a) Die Prüfung der Abwägung im Streitfall befindet sich im Rahmen der Jurisdiktionsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts; sie ist anhand des Maßstabes der deutschen Grundrechte vorzunehmen.

Zwar wäre die Regelung des § 95a UrhG selbst an den EU-Grundrechten zu messen, weil ein Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten insofern nicht ersichtlich ist (vgl. auch BVerfGK 10, 153 <157 f.>). Der deutsche Gesetzgeber hat keinen solchen Spielraum gesehen; er hat sich vielmehr wegen des Harmonisierungszwecks der Urheberrechtsrichtlinie (vgl. dazu deren Erwägungsgründe 1, 4, 6 und 7) im Sinne einer „in diesem Bereich besonders wichtige(n) einheitliche(n) Anwendung und Auslegung in allen Mitgliedstaaten“ (BTDrucks 15/38, S. 26) für eine eng am Wortlaut der Richtlinie orientierte Umsetzung entschieden.

Darauf kommt es jedoch im Streitfall nicht an. Denn Gegenstand des angegriffenen Urteils ist nicht eine grundrechtliche Überprüfung von § 95a UrhG, sondern die Frage, ob ein nach den Grundsätzen der Teilnehmerhaftung in Verbindung mit § 95a UrhG möglicherweise bestehender zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch im konkreten Fall wegen der entgegenstehenden Grundrechtsposition des Beklagten zu versagen ist. Die Abwägung der konkurrierenden Grundrechtspositionen der Beteiligten ist vom Bundesverfassungsgericht am Maßstab des Grundgesetzes zu messen. Die einschlägige Richtlinie ist zwar ihrerseits im Lichte der europäischen Grundrechte, also insbesondere Art. 11, Art. 17 Abs. 2 GR-Charta, auszulegen, enthält aber keine vollharmonisierende Regelung für die notwendige Abwägung zwischen dem

Schutz vor Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen gegen Urheberrechtsverletzungen gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie einerseits und der Meinungs- und Pressefreiheit andererseits (zur Nichtanwendbarkeit deutscher Grundrechte bei Umsetzung vollharmonisierenden Unionsrechts vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. Juli 2011, a.a.O., Rn. 91).

Grundsätzliche, gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union zwingende Zweifel bestehen weder am Fehlen einer diesbezüglichen Regelung in der Richtlinie noch an der Erforderlichkeit, bei ihrer Anwendung die Meinungs- und Pressefreiheit in die Abwägung einzubeziehen. Zutreffend verweist der Bundesgerichtshof auf die insoweit einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Rn. 30).

b) Bei Zugrundelegung anerkannter presserechtlicher und urheberrechtlicher Maßstäbe des Verfassungsrechts ist gegen die Abwägung des Bundesgerichtshofs nichts zu erinnern, auch wenn ein anderes Ergebnis ebenfalls verfassungsrechtlich vertretbar gewesen sein mag (vgl. Barnitzke, K&R 2011, S. 329 <330 f.>).

aa) So begegnet es keinen Bedenken, dass der Bundesgerichtshof das Setzen eines Links in einem Online-Artikel wegen seiner Einbettung in eine pressetypische Stellungnahme neben der Pressefreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG unterstellt. Denn es ist Teil des meinungsbildenden Diskussionsprozesses, dessen Schutz Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG im Sinn hat, sich und andere auch über Stellungnahmen Dritter zu informieren (vgl. BVerfGE 85, 1 <22>). Die Pressefreiheit schützt - insoweit darüber hinausgehend - auch die bloß technische Verbreitung von Äußerungen Dritter, selbst soweit damit keine eigene Meinungsäußerung des Verbreiters verbunden ist (vgl. BVerfGE 21, 271 <278 f.>).

Soweit in der Verfassungsbeschwerde das vom Bundesgerichtshof gefundene Abwägungsergebnis als - selbst bei Hinzutreten des Schutzes aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG - nicht zwingend angegriffen wird, übersehen die Beschwerdeführerinnen, dass in einer Konstellation, in der sich konkurrierende Grundrechtspositionen gegenüberstehen, die Verfassungsbeschwerde regelmäßig nur mit dem Argument Erfolg haben könnte, dass abwägungsrelevante Umstände oder Rechtspositionen nicht oder fehlerhaft berücksichtigt oder grundrechtsrelevant fehlgewichtet wurden. Dies zeigt die Verfassungsbeschwerde jedoch nicht auf. Der Bundesgerichtshof gelangt zum Überwiegen der Meinungs- und Pressefreiheit des Beklagten im Übrigen insbesondere deswegen, weil die Linksetzung nicht auf eine technische Dienstleistung zu reduzieren und dadurch isoliert zu betrachten sei, sondern wegen ihres informationsverschaffenden Charakters

am grundrechtlichen Schutz teilhabe. Diese Einschätzung ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

bb) Dem angegriffenen Urteil kann nicht mit verfassungsrechtlicher Relevanz entgegengehalten werden, es weiche in einem entscheidenden Punkt von der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der „Schöner Wetten“-Entscheidung ab. Dabei kann dahinstehen, ob dies überhaupt zutrifft (vgl. Bölke, NJW 2011, S. 2440; Lederer, jurisPR-ITR 9/2011 Anm. 4).

Jedenfalls wäre selbst eine Abweichung von früherer Rechtsprechung, gleich ob sie offengelegt wird oder nicht, für sich genommen nicht geeignet, ein grundrechtlich relevantes Abwägungsdefizit zu begründen. Die Zivilgerichte müssen bei der Entscheidung des ihnen unterbreiteten Einzelfalls die im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessenabwägung in einer Weise nachvollziehen, die den Eigentumsschutz der Urheber ebenso wie etwaige damit konkurrierende Grundrechtspositionen beachtet und unverhältnismäßige Grundrechtsbeschränkungen vermeidet (vgl. BVerfGE 89, 1 <9>). Unrichtige Anschauungen von Grundrechten sind insbesondere dann verfassungsrechtlich bedeutsam, wenn darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen leidet (vgl. BVerfGE 112, 332 <358 f.>). Gegebenenfalls kann ein Gericht sogar gehalten sein, frühere Rechtsprechung zu revidieren, um eine verfassungsgemäße Entscheidung treffen zu können. Eine Rechtsprechungsänderung mag im Einzelfall unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes Bedeutung erlangen (vgl. BVerfGE 122, 248 <277 f.> m.w.N.); ein Gleichheitsproblem (vgl. BVerfGE 19, 38 <47>) oder ein Abwägungsdefizit liegt in ihr aber grundsätzlich nicht.

cc) Weiter geht die Verfassungsbeschwerde fehl, soweit sie die Frage, ob sich der Linksetzer den verlinkten Inhalt zu eigen mache, für nicht maßgeblich hält (vgl. BVerfGK 10, 153 <156 f.>). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen wird der Inhalt der durch einen Link in Bezug genommenen Internetseite nicht schon qua Verlinkung zum Teil der vom Presseorgan geäußerten eigenen Meinung.

dd) Schließlich bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Erwägung des Bundesgerichtshofs, gerade die Schwere des in Frage stehenden Verstoßes könne ein besonderes Informationsinteresse begründen. Entgegen der Darstellung in der Verfassungsbeschwerde behauptet der Bundesgerichtshof nicht, schon das durch die Schwere des Rechtsverstoßes ausgelöste Informationsinteresse der Öffentlichkeit rechtfertige ohne Weiteres die Linksetzung. Der Bundesgerichtshof wendet sich vielmehr umgekehrt gegen die Meinung der Vorinstanz, ein schwerer Urheberrechtsverstoß gebiete schon für sich ein Zurücktreten der Pressefreiheit.

Zutreffend nimmt der Bundesgerichtshof in seiner Abwägung zusätzlich in den Blick, dass die Linksetzung als solche den Eingriff in Urheberrechte nicht erheblich vertiefe, weil die Seite des Softwareherstellers auch über eine Suchmaschine problemlos gefunden werden könne.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Gaier

Paulus

Britz

Kanada - Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC, 2018 SCC 38

SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC, 2018 SCC 38

APPEAL HEARD: April 26, 2018

JUDGMENT RENDERED: September 14, 2018

DOCKET: 37679

BETWEEN:

Rogers Communications Inc.

Appellant

and

Voltage Pictures, LLC, Cobbler Nevada, LLC, PTG Nevada, LLC, Clear Skies Nevada, LLC, Glacier Entertainment S.A.R.L. of Luxemburg, Glacier Films 1, LLC and Fathers & Daughters Nevada, LLC

Respondents

- and -

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Bell Canada Inc., Canadian Network Operators Consortium Inc., Cogeco Inc., Quebecor Media Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. and Xplornet Communications Inc.

Interveners

CORAM: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: Brown J. (Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe and Martin JJ. concurring)

(paras. 1 to 59)

CONCURRİNG REASONS: Côté J.

(paras. 60 to 75)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the Canada Supreme Court Reports.

ROGERS COMMUNICATIONS INC. V. VOLTAGE PICTURES, LLC

Rogers Communications Inc. Appellant

v.

Voltage Pictures, LLC,

Cobbler Nevada, LLC,

PTG Nevada, LLC,

Clear Skies Nevada, LLC,

Glacier Entertainment S.A.R.L. of Luxemburg,

Glacier Films 1, LLC and

Fathers & Daughters Nevada, LLC Respondents

and

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and

Public Interest Clinic, Bell Canada Inc.,

Canadian Network Operators Consortium Inc.,

Cogeco Inc., Quebecor Media Inc.,

Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation,

Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc.,

TELUS Communications Inc. and Xplornet Communications Inc. Interveners

Indexed as: Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC

2018 SCC 38

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property - Copyright - Infringement - Norwich order - Costs of compliance - Copyright owners obtaining Norwich order compelling Internet service provider to disclose identity of person suspected of infringing owners' copyright - Owners seeking not to pay costs of disclosure based on provision in statutory notice and notice copyright regime prohibiting Internet service provider from seeking costs for complying with obligations under regime - Whether steps taken by Internet service provider to comply with Norwich order overlap with its statutory obligations - Whether overlap, if any, impacts Internet service provider's ability to recover reasonable costs of compliance with Norwich order - Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C 42, ss. 41.25, 41.26.

The respondents are film production companies that allege that their copyrights have been infringed online by unidentified Internet subscribers who have shared their films using peer to peer file sharing networks. They sued one such unknown person and brought a motion for a Norwich order to compel his Internet service provider ("ISP"), Rogers, to disclose his contact and personal information. The respondents sought that the disclosure order be made without fees or disbursements payable to Rogers, relying on ss. 41.25 and 41.26 of the Copyright Act. These provisions, referred to as the "notice and notice" regime, require that an ISP, upon receiving notice from a copyright owner that a person at a certain IP address has infringed the owner's copyright, forward that notice of claimed infringement to the person to whom the IP address was assigned. They also prohibit ISPs from charging a fee for complying with their obligations under the regime.

The motion judge granted the Norwich order and allowed Rogers to recover the costs of all steps that were necessary to comply with it. He found that while the statutory notice and notice regime regulates the process by which notice of claimed copyright infringement is provided to an ISP and an Internet subscriber, as well as the retention of records relating to that notice, it does not regulate an ISP's disclosure of a subscriber's identity to a copyright owner. The Federal Court of Appeal agreed with the motion judge that the statutory notice and notice regime does not regulate the disclosure of a person's identity from an ISP's records, but it confined Rogers' recovery to the costs of complying with the Norwich order that did not overlap with the steps that formed part of Rogers' implicit obligations under the statutory regime. Rogers appealed.

Held: The appeal should be allowed and the matter remitted to the motion judge to determine the quantum of Rogers' entitlement to its reasonable costs of compliance with the Norwich order.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: An ISP can recover its costs of compliance with a Norwich order, but it is not entitled to be compensated for every cost that it incurs in complying with such an order. Recoverable costs must be reasonable and must arise from compliance with the Norwich order. Where costs should have been borne by an ISP in performing its statutory obligations under the notice and notice regime, these costs cannot be characterized as either reasonable or as arising from compliance with a Norwich order, and cannot be recovered.

The notice and notice regime was enacted to serve two complementary purposes: to deter online copyright infringement and to balance the rights of interested parties including copyright owners, Internet users and Internet intermediaries such as ISPs. It was not intended to embody a comprehensive framework by which instances of online infringement could be eliminated altogether, and it does not go so far as requiring an ISP to disclose the identity of a person who has received notice to a copyright owner. Therefore, an owner who wishes to sue a person alleged to have infringed copyright online must proceed outside the notice and notice regime and obtain a Norwich order to compel the ISP to disclose that person's identity. The statutory notice and notice regime has not displaced this requirement, but operates in tandem with it.

Similarly, the notice and notice regime has not displaced the copyright owner's burden, at common law, of bearing the ISP's reasonable costs of compliance with the Norwich order. However, the statutory regime prohibits an ISP from charging a fee for performing any of its obligations arising under the regime. Accordingly, an ISP should not be permitted to recover the cost of carrying out any of the obligations, express or implicit, that will have arisen under the

regime, even if it carries out the obligations only after having been served with a Norwich order. Otherwise, the distribution of financial burden which Parliament decided upon would be undermined by imposing upon copyright owners an obligation which was specifically allocated to ISPs in the notice and notice regime.

The three express obligations contained in ss. 41.26(1)(a) and 41.26(1)(b) of the Copyright Act carry with them several implicit obligations that an ISP must satisfy under the notice and notice regime. Since these implicit obligations are steps which are necessary to see that those express statutory obligations are discharged, an ISP will not be permitted to recover costs at the stage of complying with a Norwich order. Specifically, s. 41.26(1)(a) requires an ISP to determine, for the purpose of forwarding notice electronically, the person to whom the IP address belonged. It also requires an ISP to take whatever steps that are necessary to verify that it has done so accurately. Similarly, the records that an ISP must retain under s. 41.26(1)(b) must be accurate. Any steps which are necessary to verify the accuracy of those records therefore form part of an ISP's obligations.

However, there is a distinction between an ISP's obligation under the notice and notice regime to ensure the accuracy of its records that allow the identity of the person to whom an IP address belonged to be determined, and an ISP's obligation under a Norwich order to actually identify a person from its records. While the records an ISP must retain under s. 41.26(1)(b) must be kept in a form and manner that allows an ISP to identify the name and address of the person to whom notice is forwarded under s. 41.26(1)(a), s. 41.26(1)(b) does not require that they be kept in a form and manner which would permit a copyright owner or a court to do so. The copyright owner would, however, be entitled to receive that information from an ISP under the terms of a Norwich order - which process falls outside the ISP's obligations under the notice and notice regime. As such, an ISP is entitled to the reasonable costs of steps that are necessary to discern a person's identity from the accurate records retained under s. 41.26(1)(b).

Given the statutory prohibition on the recovery of costs arising from the notice and notice regime, motion judges should carefully review an ISP's evidence when assessing costs of compliance with a Norwich order, to determine whether an ISP's proposed fee is reasonable, in light of its obligations under the notice and notice regime. In the instant case, Rogers is entitled to its reasonable costs of compliance with the Norwich order. However, the motion judge failed to interpret the full scope of an ISP's obligations under s. 41.26(1) and failed to consider whether any of the eight steps in Rogers' manual process to disclose the identity of one of its subscribers overlap with Rogers' statutory obligations for which it was not entitled to reimbursement. Since

it is impossible on the record to determine Rogers' reasonable costs of compliance, the matter should be returned to the motion judge.

Per **Côté** J.: There is agreement with the majority that the appeal should be allowed. However, there is disagreement with the proposition that any implied obligations in s. 41.26(1) of the Copyright Act categorically preclude an ISP from verifying aspects of its records at the time that a Norwich order is received and then seeking compensation for that work.

Taken together, ss. 41.26(1)(a) and (b) make clear that an ISP need not actually determine the identity of an alleged infringer. Thus, any work required to determine an alleged infringer's identity and to disclose that identity pursuant to a Norwich order is not subsumed within the notice and notice regime and can therefore be subject to compensation in accordance with the common law. The common law Norwich regime permits an ISP to be compensated for reasonable costs of compliance.

None of the eight steps that Rogers undertakes in response to a Norwich order is supplanted by the notice and notice regime, since they do not involve verifying the accuracy of records which it was required by s. 41.26(1) to retain. Rather, Rogers follows this process in order to determine and verify the identity of an alleged copyright infringer (which it does not already know) based on those records. Assuming that this eight step process is otherwise reasonable, Rogers is thus entitled to full compensation for the steps it takes to identify an account holder and to disclose that information to a copyright claimant.

There is also disagreement with the proposition that any implied obligations in s. 41.26(1) of the Copyright Act categorically preclude an ISP from verifying aspects of its records at the time that a Norwich order is received and then seeking compensation for that work, for two reasons. First, customer information can change over time, and a Norwich order may be received well after the notice of infringement is first sent to the account holder. The accuracy of that information must still be verified at the time the account holder's identity is requested by the copyright holder, since it is the account holder's current identifying information that a claimant must obtain in order to initiate a legal proceeding for copyright infringement, not the identifying information as it may have existed when the notice was first sent. Second, it is possible that not all infringement notices are sent to the correct account holder in accordance with s. 41.26(1)(a). Therefore, and even if some steps in Rogers' Norwich process could be characterized as verifying pre existing information or records, there is no irresistible clearness in the Copyright Act to justify displacing a sensible approach as to what is reasonable on the basis of a purported implied obligation in s. 41.26(1). In these circumstances, there may be good justifications for Rogers to conduct more

vigorous verifications. That said, judges are empowered to deny the costs of verifications by an ISP that are unnecessarily extensive or duplicative.

In the case at bar, the motion judge did not make an independent finding as to the reasonableness of Rogers' eight step process. Accordingly, this matter should be remitted for such a determination.

Cases Cited

By Brown J.

Referred to: Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133; Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R., [1998] 4 F.C. 439; Alberta (Treasury Branches) v. Leahy, 2000 ABQB 575, 270 A.R. 1, aff'd 2002 ABCA 101, 303 A.R. 63; BMG Canada Inc. v. John Doe, 2005 FCA 193, [2005] 4 F.C.R. 81; BMG Canada Inc. v. John Doe, 2004 FC 488, [2004] 3 F.C.R. 241; Voltage Pictures LLC v. John Doe, 2015 FC 1364; Voltage Pictures LLC v. John Doe, 2014 FC 161, [2015] 2 F.C.R. 540; Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn., [1993] 3 S.C.R. 724; Voltage Pictures LLC v. John Doe, 2011 FC 1024, 395 F.T.R. 315; Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co., [1956] S.C.R. 610; Canada (Attorney General) v. Thouin, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; Cartier International AG v. British Telecommunications plc, [2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259.

By Côté J.

Referred to: Canada (Attorney General) v. Thouin, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133; Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R., [1998] 4 F.C. 439; Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C 42, ss. 27(2.3), 31.1, 41.25, 41.26.

Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, summary, preamble.

Digital Millennium Copyright Act (1998), 17 U.S.C. § 512.

Order Fixing the Day that is Six Months after the Day on which this Order is published as the Day on which Certain Provisions of the Copyright Act Come into Force, SI/2014 58, and Explanatory Note, Canada Gazette, Part II, vol. 148, No. 14, July 2, 2014, pp. 2121 23.

Authors Cited

Canada. House of Commons. House of Commons Debates, vol. 146, No. 31, 1st Sess., 41st Parl., October 18, 2011, pp. 2107, 2109.

Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C 32. Evidence, No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., March 22, 2011, pp. 1, 10.

Canada. Office of Consumer Affairs. Notice and Notice Regime (online: https://ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/eng/ca02920.html; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_1_eng.pdf).

Electronic Frontier Foundation. Comments of Electronic Frontier Foundation Before the U.S. Copyright Office, Library of Congress, In the Matter of Section 512 Study, submitted by Corynne McSherry and Kit Walsh. (April 1, 2016) (online: https://www.eff.org/document/eff-512-study-comments; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_2_eng.pdf).

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “retain”.

Seltzer, Wendy. “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment” (2010), 24 Harv. J.L. & Tech. 171.

Sullivan, Ruth. Sullivan on the Construction of Statutes, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Urban, Jennifer M., Joe Karaganis and Brianna L. Schofield. Notice and Takedown in Everyday Practice. (March 2017) (online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC38_3_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Stratas, Gleason and Woods JJ.A.), 2017 FCA 97, 146 C.P.R. (4th) 339, 410 D.L.R. (4th) 602, [2017] F.C.J. No. 477 (QL),

2017 CarswellNat 2130 (WL Can.), setting aside the order of Boswell J., 2016 FC 881, 141 C.P.R. (4th) 136, [2016] F.C.J. No. 901 (QL), 2016 CarswellNat 3745 (WL Can.). Appeal allowed.

Andrew Bernstein, James Gotowiec and Nic Wall, for the appellant.

Kenneth Clark, Patrick Copeland and Paul McCallen, for the respondents.

Jeremy de Beer and Bram Abramson, for the intervener the Samuelson Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Gerald Kerr Wilson, Ariel Thomas and Christopher Ferguson, for the interveners Bell Canada Inc., Canadian Network Operators Consortium Inc., Cogeco Inc., Quebecor Media Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. and Xplornet Communications Inc.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

BROWN J. -

I. Introduction

[1] Online infringement of copyright has become commonplace. Using peer to peer file sharing networks, Internet subscribers can download copyrighted content such as films and music, while simultaneously uploading that content for download by others who are thereby able to do the same. Through this concurrent downloading and uploading, peer to peer networks facilitate the rapid sharing of copyrighted content with multiple Internet subscribers simultaneously. And, due to the anonymity of the Internet, the identity of Internet subscribers who participate in this illegal sharing of copyrighted content is concealed from copyright owners.

[2] In 2009, the Government of Canada launched a consultation on copyright modernization to address the issue of online copyright infringement. It heard both from copyright owners who demanded a way to discourage online copyright infringement, and consumers who requested a method to determine if they, or someone using their Internet Protocol ("IP") address, could be infringing copyright.

[3] Parliament responded to both sets of concerns by enacting the "notice and notice" regime contained within ss. 41.25 and 41.26 of the Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42 - which regime was brought into force on January 2, 2015. Now, when a copyright owner gives notice to an Internet service provider ("ISP") claiming that a person at a certain IP address has infringed the

owner's copyright, the ISP must forward that notice of claimed infringement to the person to whom the IP address (being "the electronic location identified by the location data specified in the notice" (s. 41.26(1)(a)) was assigned. While this regime is intended to deter the continued infringement of copyright online, it only goes so far. In particular, it does not require an ISP to disclose the identity of a person who has received notice to a copyright owner. For a copyright owner to obtain that person's identity, the owner must proceed outside the regime - specifically, by obtaining a Norwich order compelling the ISP to disclose it (see Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133 (H.L.)).

[4] This appeal requires this Court to consider who bears the ISP's "reasonable costs of compliance" with such a Norwich order. At common law, that burden rests with the copyright owner. In enacting the notice and notice regime, however, Parliament prohibited ISPs from charging a fee for complying with their obligations under the regime (except, as I shall explain, where the Minister has fixed a maximum fee by regulation, which has not occurred to date). This leaves open the question of whether, if any of the steps taken by an ISP to comply with a Norwich order overlap with an ISP's obligations under the notice and notice regime, the ISP can recover the costs of such duplicative steps as part of its reasonable costs of compliance with the Norwich order.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. Background

[5] The respondents to this appeal (collectively "Voltage") are film production companies that allege that their copyrights have been infringed online. Specifically, Voltage says that thousands of Internet subscribers whom it cannot identify have, in contravention of the Act, shared its films over the Internet using peer to peer file sharing networks. Voltage sued one such unknown person, "John Doe", alleging breach of copyright in relation to the concurrent downloading and uploading of a number of films on various dates. Ultimately, Voltage says, it intends to have its action against John Doe certified as a so-called "reverse" class action against approximately 55,000 persons whose identities are currently unknown but who Voltage says have similarly infringed its copyright. To this end, Voltage brought a motion for a Norwich order compelling John Doe's ISP, Rogers Communications Inc., to disclose "any and all [of John Doe's] contact and personal information" (A.R., at p. 48). Voltage also sought that the disclosure order be made with "no fees or disbursements payable" to Rogers "pursuant to [ss. 41.25 and 41.26 of the Act]" (A.R., at pp. 48-49).

[6] Sections 41.25 and 41.26 of the Act describe the provision of notice of a claimed copyright infringement as occurring in two steps. First, a copyright owner must send a notice of a claimed infringement to an ISP such as Rogers. This step is prescribed by s. 41.25:

> **Notice of claimed infringement**
>
> **41.25 (1)** An owner of the copyright in a work or other subject-matter may send a notice of claimed infringement to a person who provides
>
> **(a)** the means, in the course of providing services related to the operation of the Internet or another digital network, of telecommunication through which the electronic location that is the subject of the claim of infringement is connected to the Internet or another digital network;
>
> **(b)** for the purpose set out in subsection 31.1(4), the digital memory that is used for the electronic location to which the claim of infringement relates; or
>
> **(c)** an information location tool as defined in subsection 41.27(5).
>
> **Form and content of notice**
>
> **(2)** A notice of claimed infringement shall be in writing in the form, if any, prescribed by regulation and shall
>
> **(a)** state the claimant's name and address and any other particulars prescribed by regulation that enable communication with the claimant;
>
> **(b)** identify the work or other subject-matter to which the claimed infringement relates;
>
> **(c)** state the claimant's interest or right with respect to the copyright in the work or other subject-matter;
>
> **(d)** specify the location data for the electronic location to which the claimed infringement relates;
>
> **(e)** specify the infringement that is claimed;
>
> **(f)** specify the date and time of the commission of the claimed infringement; and
>
> **(g)** contain any other information that may be prescribed by regulation.

Secondly, the ISP must, upon receiving the copyright owner's notice of claimed infringement, "forward the notice electronically to the person to whom the electronic location [in this case, an IP address] identified" in the notice belongs. This second step is prescribed by s. 41.26(1), which imposes upon the ISP certain obligations, the scope of which are central to deciding this appeal:

> **Obligations related to notice**
>
> **41.26 (1)** A person described in paragraph 41.25(1)(a) or (b) who receives a notice of claimed infringement that complies with subsection 41.25(2) shall, on being paid any fee that the person has lawfully charged for doing so,
>
> **(a)** as soon as feasible forward the notice electronically to the person to whom the electronic location identified by the location data specified in the notice belongs and inform the claimant of its forwarding or, if applicable, of the reason why it was not possible to forward it; and
>
> **(b)** retain records that will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined, and do so for six months beginning on the day on which the notice of claimed infringement is received or, if the claimant commences proceedings relating to the claimed infringement and so notifies the person before the end of those six months, for one year after the day on which the person receives the notice of claimed infringement.

[7] Section 41.26(2) of the Act addresses whether an ISP may charge a fee for complying with these obligations:

> **Fees related to notices**
>
> (2) The Minister may, by regulation, fix the maximum fee that a person may charge for performing his or her obligations under subsection (1). If no maximum is fixed by regulation, the person may not charge any amount under that subsection.

To date, the Minister has not fixed a maximum fee. By operation of s. 41.26(2), therefore, no fee may be charged by an ISP for complying with its obligations under s. 41.26(1).

[8] Hence the issue to be decided: Could the scope of Rogers' obligations as an ISP under s. 41.26(1)

> (1) overlap entirely with the steps which Rogers may be required to take under Voltage's Norwich order (and, if so, may Rogers still charge a fee for its reasonable costs of compliance with the Norwich order)?
>
> (2) not overlap with those steps (in which case Rogers would be entitled to its reasonable costs of compliance with the order)? Or,
>
> (3) overlap in part with those steps (and, if so, to what extent may Rogers still charge a fee for the reasonable costs of compliance with such overlapping steps)?

As I explain below, on this point the courts below diverged. While the motion judge's reasons are not entirely clear, he appeared to assume that the second view was correct since ss. 41.25 and 41.26 did not in his view oust "established law and principles with respect to [Norwich] orders" (para. 12). He therefore allowed Rogers to recover the costs of all steps it said were necessary to comply with the Norwich order. The Federal Court of Appeal's interpretation would, however, have confined Rogers' recovery to the reasonable costs of the actual act of disclosure when complying with a Norwich order. The court saw the rest of Rogers' claimed costs as unrecoverable, since they overlapped with the steps that formed part of Rogers' implicit obligations under the statutory regime.

B. Judicial History

(1) <u>Federal Court, 2016 FC 881, 141 C.P.R. (4th) 136 - Boswell J.</u>

[9] As already recounted, Voltage sought a Norwich order compelling Rogers to disclose the identity of "any and all contact and personal information" of John Doe with "no fees or disbursements payable" to Rogers pursuant to ss. 41.25 and 41.26 of the Act. At the hearing of the motion, Rogers took no position on whether Voltage was entitled to the Norwich order. It maintained, however, that if the order were granted, Rogers should be entitled to recover from Voltage its reasonable costs of compliance with that order (which Rogers calculated at a rate of $100 per hour plus HST).

[10] The motion judge granted the order but, considering the privacy interests that surround the disclosure of an Internet subscriber's identity, he ordered that Rogers disclose only John Doe's "name and address as recorded in Rogers' records" (para. 17). The motion judge then considered, and accepted, Rogers' argument that it was entitled to compliance costs. He reasoned that, while the statutory notice and notice regime regulates the process by which notice of a claimed copyright infringement is provided to both an ISP and an Internet subscriber, and while it also regulates the retention of records relating to that notice, the regime does not regulate an ISP's disclosure of a subscriber's identity to a copyright owner. Obtaining such disclosure requires an owner to obtain a Norwich order. And, at common law, the ISP is entitled to recover its reasonable costs of compliance.

[11] Turning to what Rogers had actually claimed - the hourly fee of $100 plus HST - the motion judge found that "[t]he fee is what it is", and held that Voltage was required to pay it prior to obtaining disclosure of John Doe's name and address (para. 21). He further found that Rogers' compliance with the order should take no more than an hour, estimating that Voltage would be

required to reimburse Rogers approximately $113 (inclusive of HST). He also ordered that Rogers was entitled to the costs of the motion, which he fixed at $500.

(2) Federal Court of Appeal, 2017 FCA 97, 146 C.P.R. (4th) 339 - Stratas J.A., Gleason and Woods JJ.A. Concurring

[12] The Federal Court of Appeal allowed Voltage's appeal. The outcome of the appeal turned on the interpretation of the statutory notice and notice regime. The court found that the purpose of the regime was "to reduce the complications and answer many of the questions that can arise when a Norwich order is sought" (para. 21), and to "protec[t] and vindicat[e] the rights of copyright owners" (para. 22). The regime must therefore be interpreted so as "to allow copyright owners to protect and vindicate their rights as quickly, easily and efficiently as possible while ensuring fair treatment of all" (para. 27).

[13] The Federal Court of Appeal identified various obligations in s. 41.26(1) - both express and implicit - which an ISP must satisfy under the regime. First, s. 41.26(1)(a) expressly requires an ISP to forward notice of a claimed copyright infringement to the person to whom the electronic location specified in the notice belongs. An implicit corollary to this obligation, and to the overall purposes of the regime, however, is a set of obligations requiring the ISP to "maintai[n] its records in a manner and form that allow it to identify suspected infringers quickly and efficiently"; "searc[h] for and . . . locat[e] the relevant records"; "analyz[e] the records to satisfy itself that it has identified the suspected infringers accurately"; and undertake verification "to the extent the [ISP] must conduct verification activities to ensure accuracy" (C.A. reasons, at paras. 34 and 35).

[14] Secondly, s. 41.26(1)(a) expressly requires an ISP to notify the copyright owner that the notice has been forwarded or explain why it could not do so.

[15] An ISP's third express obligation, described in s. 41.26(1)(b), requires it to "retain records" that "will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined". The Federal Court of Appeal found that the "records" are those which an ISP has used to identify a person under s. 41.26(1)(a) for the purposes of forwarding notice. It further found that such records must be maintained in a manner and form that is useable by "those who will use the records" (para. 37), being copyright owners and courts, to identify the person who received notice. To the extent that the records are not in such a form, an ISP is required to "translat[e] or modif[y]" the records into a useable form as part of its s. 41.26(1)(b) obligations (C.A. reasons, at para. 39).

[16] The Federal Court of Appeal agreed with the motion judge that the absence of a regulation prescribing a maximum fee precludes Rogers from charging a fee for discharging its statutory

obligations. It also agreed that the statutory notice and notice regime does not regulate the disclosure of a person's identity from an ISP's records. From this, it follows that a copyright owner seeking to have an ISP disclose a person's identity must obtain a Norwich order, and an ISP can charge a fee for the "actual, reasonable and necessary costs associated with the act of disclosure" (C.A. reasons, at para. 61). Once, however, an ISP performs its statutory obligations without compensation under the notice and notice regime, the act of disclosure itself is a simple matter: "All that is left is the delivery or electronic transmission of these records by the [ISP] to the copyright owner and the [ISP's] participation in the obtaining of a disclosure order from the Court" (C.A. reasons, at para. 62). The associated costs are, therefore, likely to be negligible.

[17] The Federal Court of Appeal found that Rogers appeared to have satisfied its obligations under the notice and notice regime but, in response to Voltage's request for disclosure, had "re-d[one] some of its work . . . in order to verify its earlier work and ensure accuracy" (para. 67). Rogers' fee of $100 per hour was "based mainly on the cost of this additional work" (para. 67). The motion judge had therefore erred by allowing Rogers to charge for work that it was already required to perform under the notice and notice regime. He also erred by failing to assess the reasonableness of Rogers' fee, instead simply concluding that "[t]he fee is what it is". The court set aside the motion judge's order that Rogers reimburse Voltage at a rate of $100 per hour plus HST and, finding insufficient evidence on the record to determine Rogers' actual, reasonable and necessary costs of compliance, concluded that Rogers was not entitled to any reimbursement. On the basis that costs must follow the event, the Federal Court of Appeal set aside the motion judge's award of legal costs, and instead ordered Rogers itself to pay Voltage's costs on appeal and in the Federal Court.

III. Analysis

A. Introduction

[18] Originally cast as an equitable bill of discovery (Norwich; Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R., [1998] 4 F.C. 439 (C.A.)), a Norwich order is a type of pre-trial discovery which, inter alia, allows a rights holder to identify wrongdoers (Alberta (Treasury Branches) v. Leahy, 2000 ABQB 575, 270 A.R. 1, at para. 59, aff'd 2002 ABCA 101, 303 A.R. 63). The elements of the test for obtaining a Norwich order (although sometimes described as "factors" to be considered (Leahy (Q.B.), at para. 106)), are not in dispute before us. A copyright owner must show:

> (a) [a bona fide claim] against the unknown alleged wrongdoer;
>
> (b) the person from whom discovery is sought must be in some way involved in the matter under dispute, he must be more than an innocent bystander;

> (c) the person from whom discovery is sought must be the only practical source of information available to the applicants;
>
> (d) the person from whom discovery is sought must be reasonably compensated for his expenses arising out of compliance with the discovery order in addition to his legal costs;
>
> (e) the public interests in favour of disclosure must outweigh the legitimate privacy concerns. [Emphasis added.]
>
> (see BMG Canada Inc. v. John Doe, 2005 FCA 193, [2005] 4 F.C.R. 81, at paras. 15 and 32, quoting BMG Canada Inc. v. John Doe, 2004 FC 488, [2004] 3 F.C.R. 241, at para. 13; Voltage Pictures LLC v. John Doe, 2015 FC 1364, at para. 37 (CanLII); see also Voltage Pictures LLC v. John Doe, 2014 FC 161, [2015] 2 F.C.R. 540, at para. 45)

[19] Both Rogers and Voltage agree that the statutory notice and notice regime has not displaced the necessity of a copyright owner obtaining a Norwich order in order to compel an ISP to disclose the identity of a person who is alleged to have committed an infringement of copyright. Again, this appeal concerns the relationship between the steps necessary to comply with that statutory regime and the steps necessary to comply with a Norwich order, and the implications of that relationship for an ISP's ability to recover the costs of complying with a Norwich order.

B. Interpretation of the Notice and Notice Regime

[20] Statutory interpretation entails discerning Parliament's intent by examining, in this case, the words of ss. 41.25 and 41.26 in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the Act's scheme and objects (Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27).

(1) The Scheme of the Act

[21] The Act states the rights of copyright owners, the conduct that infringes those rights, and the civil and criminal remedies that may be sought or enforced where those rights are infringed. Part IV of the Act, entitled "Remedies", also describes the procedures to be followed where a copyright owner alleges an infringement and seeks to enforce its rights under the Act. One such set of procedures is contained in the notice and notice provisions described in ss. 41.25 and 41.26.

(2) The Act's Objects

[22] The notice and notice regime was enacted as part of the Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, to serve two complementary purposes: (1) to deter online copyright infringement; and (2) to balance the rights of interested parties.

[23] That first purpose - deterrence - is evident in the preamble to the Copyright Modernization Act, which states that the "Government of Canada is committed to enhancing the protection of copyright works or other subject-matter". This purpose is echoed in the summary of the Copyright Modernization Act, which states that the Act is amended to "update the rights and protections of copyright owners to better address the challenges and opportunities of the Internet". The consultation letter from the Government of Canada which invited stakeholders to make submissions on the form and content of notice also similarly stated that the notice and notice regime's "primary goal is to deter infringement" (A.R., at p. 74). More particularly, by requiring notice of a claimed infringement to be forwarded to the person who was associated with the IP address that is alleged to have infringed copyright, the regime is aimed at deterring that person, or others who are using the IP address, from continuing to infringe copyright (see Canada, Office of Consumer Affairs, Notice and Notice Regime (online)).

[24] The notice and notice regime was not, however, intended to embody a comprehensive framework by which instances of online copyright infringement could be eliminated altogether. As a representative of Rogers explained before the House of Commons committee considering what would become the Copyright Modernization Act, "notice and notice is not a silver bullet; it's just the first step in a process by which rights holders can go after those they allege are infringing. . . . Then the rights holder can use that when they decide to take that alleged infringer to court" (House of Commons, Legislative Committee on Bill C-32, Evidence, No. 19, 3rd Sess., 40th Parl., March 22, 2011, at p. 10). This is why, as I have explained, a copyright owner who wishes to sue a person alleged to have infringed copyright online must obtain a Norwich order to compel the ISP to disclose that person's identity. The statutory notice and notice regime has not displaced this requirement, but operates in tandem with it. This is affirmed by s. 41.26(1)(b), which contemplates that a copyright owner may sue a person who receives notice under the regime, and fixes the ISP's obligation to retain records which allow that person's identity to be determined for a period of time after such notice is received.

[25] The second purpose of ss. 41.25 and 41.26 is "to balance the interests of all stakeholders in the copyright regime" (House of Commons Debates, vol. 146, No. 31, 1st Sess., 41st Parl., October 18, 2011, at p. 2107 (emphasis added)). This involves not only balancing the rights of copyright owners and Internet users who may infringe those rights, but also the interests of Internet intermediaries such as ISPs (see Explanatory Note relating to the Copyright Modernization Act, Canada Gazette, Part II, vol. 148, No. 14, July 2, 2014, at pp. 2121-23; Legislative Committee on Bill C-32, Evidence, at p. 1). For this reason, this balance manifests itself within the notice and notice regime in several ways.

[26] For example, Parliament sought to strike a balance between the interests of copyright owners and of Internet subscribers, respectively, by preferring a notice and notice regime over a "notice and take down" regime (see House of Commons Debates, at p. 2109, per Hon. James Moore). The notice and take down regime prescribed in the United States by the Digital Millennium Copyright Act (1998), 17 U.S.C. § 512, requires an online "service provider", upon receiving notice of a claimed copyright infringement, to respond expeditiously by removing or blocking access to the material that is the subject of the claimed infringement. While obviously a preferable scheme from the standpoint of copyright owners, its "take down" requirement has been criticized as undermining the presumption of innocence and unnecessarily limiting free expression (see, e.g., Comments of the Electronic Frontier Foundation before the U.S. Copyright Office, Library of Congress, In the Matter of Section 512 Study, submitted by C. McSherry and K. Walsh (April 1, 2016) (online), at pp. 9-13; J. M. Urban, J. Karaganis and B. L. Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice (March 2017)(online), at pp. 116-18; W. Seltzer, "Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment" (2010), 24 Harv. J.L. & Tech. 171). In contrast, the notice and notice regime allows for notices of claimed infringement to be forwarded (thereby advancing the rights of copyright holders), while accounting for the interests of Internet subscribers by maintaining the presumption of innocence and allowing them to monitor their own behaviour (and, more specifically, to avoid continued copyright infringement).

[27] Parliament also sought to balance the interests of copyright owners against those of Internet intermediaries such as ISPs. While most of the provisions within the Copyright Modernization Act came into force on November 7, 2012, the coming into force of ss. 41.25 and 41.26 was delayed to allow for Parliamentary consultation with stakeholders on the implementation of the notice and notice regime and on the possibility of accompanying regulations. Parliament ultimately chose to enact the notice and notice regime without regulations, thereby prohibiting ISPs from charging a fee for complying with their statutory obligations (SI/2014-58 and Explanatory Note, at pp. 2121-23). However, the amendments to the Act were also intended to "clarify Internet service providers' liability" to copyright owners (Copyright Modernization Act, summary; see also Legislative Committee on Bill C-32, Evidence, at p. 1, per Craig McTaggart). To that end, Parliament insulated ISPs from liability for the copyright infringement of their Internet subscribers (Act, s. 31.1). Now, to attract liability under the Act, an ISP must fail to satisfy its statutory obligations under the notice and notice regime, or provide a service "primarily for the purpose of enabling acts of copyright infringement" (ss. 27(2.3), 31.1 and 41.26(3)).

(3)The Ordinary Meaning of Section 41.26 in Light of the Scheme and Objects of the Act

[28] Taking the Act's scheme and objects into account, what is the ordinary and grammatical reading of the text of s. 41.26? Or, as Gonthier J. phrased it in Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn., [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735, what is "the natural meaning which appears when [s. 41.26] is simply read through"? (See also R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes (6th ed. 2014), at p. 30.)

[29] Recall that s. 41.26(1) imposes three express obligations upon an ISP that receives a copyright owner's notice of claimed copyright infringement: (1) to "forward the notice electronically to the person to whom the electronic location identified by the location data specified in the notice belongs" (s. 41.26(1)(a)); (2) to "inform the [copyright owner] of its forwarding or . . . of the reason why it was not possible to forward it" (s. 41.26(1)(a)); and (3) to "retain records that will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined" (s. 41.26(1)(b)). On this, all parties are agreed. The parties also agree that the text of s. 41.26(2) provides that, because the Minister has not "by regulation, fix[ed] the maximum fee that a person may charge for performing his or her obligations under subsection (1)", an ISP "may not charge any amount" for costs incurred in satisfying these three express obligations. Where the parties disagree, and where the courts below disagreed, is on whether those express obligations carry with them certain implicit obligations, the costs of which an ISP cannot recover from a copyright owner.

(a) Section 41.26(1)(a)

[30] The first two express obligations of an ISP (forwarding notice to the person to whom the IP address belonged, and confirming to the copyright owner that such notice has been forwarded) are required by s. 41.26(1)(a) to be performed "as soon as feasible".

[31] When considering the text, context and object of s. 41.26(1)(a), it becomes quickly apparent that there is more to these obligations than merely forwarding notice and confirming that it has been forwarded. As the Federal Court of Appeal observed, the Act's purposes - and, indeed the requirement that an ISP perform these obligations "as soon as feasible" - will be undermined where the ISP has not taken steps enabling it to do its work "quickly and efficiently". But at an even more fundamental level, the obligations to forward and confirm connote accompanying implicit duties - that is, steps which are necessary to see that those express statutory obligations are discharged. First, it is obvious that, in order for an ISP to "forward the notice electronically to the person to whom the electronic location . . . belongs", the ISP must have determined, for the purposes of forwarding notice electronically, to whom, in this case, the IP address belonged. (To

be clear, and as I will explain, this does not require an ISP to identify that person by name. In this case, for example, Rogers says it determines who was assigned an IP address at the time in question by manually or automatically correlating that IP address with the e-mail address which belongs to its assignee.) And secondly, an ISP must also take any action that is necessary for it to verify that it has made that determination accurately.

[32] That these implicit identification and verification obligations form part of an ISP's burden under s. 41.26(1)(a) is evident from the text of the provision itself. Specifically, s. 41.26(1)(a) requires not only that an ISP forward notice, but also that it inform the copyright owner "of its forwarding" (or of the reason forwarding failed). As a matter of logic and good sense, the proper operation of this aspect of the notice and notice regime is premised upon an ISP having accurately determined to whom notice must be forwarded. As the Federal Court of Appeal said, "[f]or the . . . regime to work, accuracy must be assured" (para. 35). Were ISPs permitted to forward a notice to the wrong person, then confirm that it had been forwarded correctly, such confirmations would, from the standpoint of copyright owners, be unreliable and therefore meaningless. Neither the ISP nor the copyright owner would ever know if the notice had reached the right person - being, the person to whom the IP address identified in the notice belonged.

[33] The importance of accuracy is further underscored by the scheme of the notice and notice regime. Specifically, under s. 41.26(3), where an ISP fails to correctly forward notice to the person to whom the impugned IP address actually belonged, an ISP may be liable to the copyright owner for statutory damages in an amount of no less than $5,000 but no more than $10,000. This statutory liability is a clear affirmation of the ISP's obligation, each time it receives notice from a copyright owner, to ensure that it forwards that notice to the correct person. Moreover, if accuracy were not found to be paramount to an ISP's satisfaction of its obligations under s. 41.26(1)(a), the balance struck by Parliament in enacting the notice and notice regime would be defeated, since copyright owners would be stripped of their advantage thereunder. ISPs would be insulated from liability to copyright holders not only where they met their statutory obligations under the notice and notice regime, but also where they effectively fail to do so.

[34] The deterrent purpose of the notice and notice regime also affirms the ISP's duty to correctly determine to whom the impugned IP address belonged at the time of the alleged infringement. Deterring online copyright infringement entails notifying that person, because it is only that person who is capable of stopping continued online copyright infringement.

I acknowledge that there will likely be instances in which the person who receives notice of a claimed copyright infringement will not in fact have illegally shared copyrighted

content online. This might occur, for example, where one IP address, while registered to the person who receives notice of an infringement, is available for the use of a number of individuals at any given time. Even in such instances, however, accuracy is crucial. Where, for example, a parent or an employer receives notice, he or she may know or be able to determine who was using the IP address at the time of the alleged infringement and could take steps to discourage or halt continued copyright infringement. Similarly, while institutions or businesses offering Internet access to the public may not know precisely who used their IP addresses to illegally share copyrighted works online, they may be able, upon receiving notice, to take steps to secure its internet account with its ISP against online copyright infringement in the future.

[36] What, then, does an ISP's implicit obligation to accurately determine who must receive notice under s. 41.26(1)(a) specifically entail? Before this Court, Voltage submitted that an ISP must identify the name and physical address of the person to whom notice is forwarded in order to satisfy its obligations under s. 41.26(1)(a). This, it reasoned, is because the notice and notice regime was intended to operate alongside the Norwich order process. And, given that a Norwich order, if obtained, will require an ISP to disclose the name and physical address of the person who was sent notice under the regime, Voltage says that it only makes sense that these details first be identified at the time that notice is forwarded.

[37] Respectfully, I cannot agree. Section 41.26(1)(a) requires an ISP to determine to whom the IP address belonged only in order to "forward the notice electronically" to them. The requirement of electronic (as opposed to personal) delivery can be discharged in various ways that do not require an ISP to know the relevant person's name and physical address. In this case, for example, Rogers says that it forwards notice electronically via e-mail. What s. 41.26(1)(a) requires of an ISP, therefore, is (1) determining who was assigned the IP address specified in the notice, so as to allow the notice to be forwarded electronically to that person, and (2) verifying the accuracy of that determination, so as to ensure that the person who receives notice is, in fact, the person to whom the IP address specified in the notice belongs. Again, to be clear, s. 41.26(1)(a) does not require an ISP to identify that person by name or physical address, but merely to determine that person as the person to whom the impugned IP address belonged.

[38] I note that the steps which an ISP must take to verify accuracy - that is, to verify that it has forwarded notice to the correct person - may depend upon the method by which an ISP forwards notice electronically under s. 41.26(1)(a). In this case, for example, Rogers says that one of the systems it uses to forward notice via e-mail is automated to correlate the impugned IP address contained in a copyright owner's notice to the e-mail address belonging to the person who was

assigned that IP address at the time of the alleged infringement. This system then forwards the copyright owner's notice to that person via e-mail and confirms to the copyright owner that it has done so. Rogers says that there is no indication that its automated system is inaccurate. Rogers' automated system is not, however, used in all circumstances. In some cases (including, it appears, the case before us), a Rogers employee must, upon receiving a copyright owner's notice, manually look up the e-mail address belonging to the person who was assigned the impugned IP address. Given the differences between these two systems, Rogers may be required to undertake different verification steps where it is required to utilize its manual, as opposed to its automated, process.

[39] Returning to my finding that an ISP is not required to identify the name and address of a person receiving notice under s. 41.26(1)(a), this view of an ISP's obligations is reinforced by the scheme of the notice and notice regime. Reading s. 41.26(1)(a) together with s. 41.26(1)(b), which requires an ISP to "retain records" that "will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined", it becomes clear that s. 41.26(1)(a) contemplates that an ISP will not have already determined a person's specific identity, e.g. name and physical address.

[40] Moreover, to read s. 41.26(1)(a) as requiring an ISP to determine the name and physical address of the person to whom it forwards notice would not be consistent with the notice and notice regime's purpose of balancing the interests of all stakeholders. Each month, Rogers receives approximately 200,000 to 300,000 notices of claimed copyright infringement, each of which it must forward in accordance with s. 41.26(1)(a). Only a small portion of these notices ultimately result in Norwich orders requiring Rogers to disclose the name and physical address of a person who has received notice. Recognizing an implicit requirement in s. 41.26(1)(a) for Rogers to identify the name and physical address of those hundreds of thousands of persons to whom it forwards notices each month would force Rogers to undertake identification work in all cases even though the vast majority of notices sent will never culminate in a Norwich order. In my view, this would undermine the balance struck by Parliament within the notice and notice regime between the respective interests of ISPs and of copyright owners.

[41] It must be borne in mind that being associated with an IP address that is the subject of a notice under s. 41.26(1)(a) is not conclusive of guilt. As I have explained, the person to whom an IP address belonged at the time of an alleged infringement may not be the same person who has shared copyrighted content online. It is also possible that an error on the part of a copyright owner would result in the incorrect identification of an IP address as having been the source of online copyright infringement. Requiring an ISP to identify by name and physical address the person to

whom the pertinent IP address belonged would, therefore, not only alter the balance which Parliament struck in legislating the notice and notice regime, but do so to the detriment of the privacy interests of persons, including innocent persons, receiving notice.

(b) Section 41.26(1)(b)

[42] An ISP's third express obligation under the notice and notice regime - to retain records that will "allow the identity of the person to whom the electronic location belongs to be determined" - is contained in s. 41.26(1)(b). The Federal Court of Appeal found this express obligation to carry with it an implicit obligation to maintain those records in a manner and form that will allow identity to be determined "by those who will use the records" being "the copyright owner [who] needs to know the identity of the suspected infringers so it can determine its options" and "a court [that] will need to know the identity of the suspected infringers so it can determine the issues of copyright infringement and remedy" (para. 37). To the extent that the records are in a "form usable by the [ISP] to identify suspected infringers but are not in a manner and form usable by copyright owners and courts" the Federal Court of Appeal held that the ISP must convert the records and "must perform that work as part of its 41.26(1)(b) obligations" (para. 39).

[43] I find myself in respectful disagreement with that conclusion. Section 41.26(1)(b) does not require an ISP to actually disclose the records to which the provision refers. In other words, s. 41.26(1)(b) does not contemplate that anyone other than the ISP will have access to or use of its records. At the very least, it does not follow from the statutory text that records (to which copyright owners and courts have no access) must be kept in a readable format that would permit copyright owners and courts to determine a person's identity from them. I acknowledge that it might be argued that s. 41.26(1)(b) leaves this question open since, while referring to "records that will allow the identity of the person to whom the electronic location belongs <u>to be determined</u>", it does not specify by whom. Absent a disclosure mechanism, however, the better interpretation in my view is that s. 41.26(1)(b) is referring to a "determination" by the ISP.

[44] This view is supported by s. 41.26(1)(b)'s requirement that an ISP "<u>retain</u>" records which allow identity to be determined. "Retain" suggests something which already exists - that is, "allow[ing] to remain, in place of discarding or removing; to preserve" or "to hold fixed in some place or position" (The Oxford English Dictionary (2nd ed. 1989), at pp. 768-69). Retaining therefore connotes preservation of the records, and not the further act of "translat[ing] the records . . . into a manner and form that allows them . . . to be used by copyright owners and later the courts" (C.A. reasons, at para. 40). While an ISP merely retaining the records without further translation (by converting its records into a new format or compiling records into a new kind of

record) might well make it impossible for copyright owners and the courts to use the records to identify a person's name and physical address, it would not typically prevent the ISP from doing so.

[45] This interpretation is also consistent with the overall scheme within which the deterrent purpose of the notice and notice regime is pursued. As I have recounted, when it enacted the notice and notice regime, Parliament knew that the regime was only a first step in deterring online copyright infringement, and that a copyright owner who wished to sue an alleged infringer would still be required to obtain a Norwich order to identify that person. A Norwich order requiring an ISP to identify and disclose the suspected copyright infringer's name and physical address from its records will not be satisfied where an ISP simply discloses records that are in a form which are unusable to the copyright owner or the court; rather, ISPs subject to Norwich orders must identify and disclose the name and physical address from their records of persons who are alleged to have infringed copyright (Voltage Pictures LLC v. John Doe, 2011 FC 1024, 395 F.T.R. 315; Voltage Pictures (2014)).

[46] Finally, I stress that s. 41.26(1)(b), like s. 41.26(1)(a), implicitly requires an ISP to maintain records which allow it to accurately determine the identity of the person to whom the impugned IP address belonged. I agree with the Federal Court of Appeal that the notice and notice regime should be interpreted so as "to allow copyright owners to protect and vindicate their rights as quickly, easily and efficiently as possible while ensuring fair treatment of all". Inaccurate identification by an ISP, and the delay that would follow, undermines that prompt vindication of their rights. Indeed, given the rapidity with which copyrighted content is shared via simultaneous downloading and uploading on peer to peer networks, inaccurate identification might hollow out those rights altogether. The purpose of s. 41.26(1)(b) is to allow for identification when an ISP is required to do so by court order. It is therefore of utmost importance that an ISP retain its records in an accurate manner and form in order to ensure prompt identification.

(c) Conclusion on Section 41.26(1)

[47] In brief, the three express obligations contained in ss. 41.26(1)(a) and 41.26(1)(b) carry with them several implicit obligations that an ISP must satisfy under the notice and notice regime. Specifically, s. 41.26(1)(a) requires an ISP to determine, for the purpose of forwarding notice electronically, the person to whom the IP address belonged. It also requires an ISP to take whatever steps that are necessary to verify that it has done so accurately lest it risk statutory liability for failing to actually forward notice to that person. It does not, however, require an ISP to determine the name and physical address of that person.

[48] Similarly, the records that an ISP must retain under s. 41.26(1)(b) must be accurate. Any steps which are necessary to verify the accuracy of those records therefore form part of an ISP's s. 41.26(1)(b) obligations. That said, while those records must be kept in a form and manner that allows an ISP to identify the name and address of the person to whom notice is forwarded under s. 41.26(1)(a), s. 41.26(1)(b) does not require that they be kept in a form and manner which would permit a copyright owner or a court to do so. The copyright owner would, however, be entitled to receive that information from an ISP under the terms of a Norwich order - which process, as I have already said, falls outside the ISP's obligations under the notice and notice regime.

(d) Section 41.26(2)

[49] As I have explained, in view of the Minister not having set a maximum fee by regulation, s. 41.26(2) precludes an ISP from charging any fee for satisfying its express statutory notice and notice obligations. What, however, of the ISP's implicit identification and verification obligations under the notice and notice regime? May an ISP recover its costs of compliance with a Norwich order if the steps which it says it must take to comply with the order overlap with, for example, its implicit obligation under s. 41.26 to verify the accuracy of the records?

[50] Voltage argues that, where such implicit statutory obligations overlap with the steps that an ISP says it would have to take in order to comply with a Norwich order, an ISP is not entitled to recover the costs of such steps. Rogers points out, however, that copyright owners have always been required at common law to compensate an ISP for its "reasonable costs for compliance" with a Norwich order (Voltage Pictures (2014)). For Parliament to be taken as having intended to oust that common law rule, Rogers argues, it must have done so expressly, and with "irresistible clearness" (Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39, quoting Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co., [1956] S.C.R. 610, at p. 614; Canada (Attorney General) v. Thouin, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 19).

[51] In my view, Voltage's argument should prevail on this point. Absent a regulation fixing a maximum fee, s. 41.26(2) prohibits an ISP from charging a fee for performing any of its obligations arising under the notice and notice regime. I have found that these obligations implicitly include (1) determining, for the purposes of forwarding notice electronically, who was assigned the impugned IP address at the time of the alleged infringement; (2) taking all steps necessary to verify that the ISP has done so accurately; and (3) taking all steps necessary to verify the accuracy of records which would permit the ISP to identify the name and physical address of the person to whom notice was forwarded. Those obligations will have first arisen under s.

41.26(1) - that is, prior to the ISP's obligations arising under a Norwich order. It follows that an ISP should not be permitted to recover the cost of carrying out any of the obligations, express or implicit, that will already have arisen under s. 41.26(1) when it takes them only after having been served with a Norwich order. To accept Rogers' argument to the contrary would undermine the distribution of financial burden which Parliament decided upon by imposing upon copyright owners an obligation which was specifically allocated, by joint operation of ss. 41.26(1) and 41.26(2), to ISPs.

[52] To be clear, there is a distinction between an ISP's obligation under the notice and notice regime to ensure the accuracy of its records that allow the identity of the person to whom an IP address belonged to be determined, and an ISP's obligation under a Norwich order to actually identify a person from its records. While the costs of the latter are recoverable, the costs of the former are not. Where, however, the steps that an ISP says it must take to verify the identity of a person in response to a Norwich order involve, in effect, verifying the accuracy of the very records which it was required by s. 41.26(1) to retain, the ISP cannot recover the resulting costs.

[53] Finally, it bears mentioning that an ISP is not entitled to be compensated for every cost that it incurs in complying with a Norwich order (Voltage Pictures (2015)). Recoverable costs must (1) be reasonable, and (2) arise from compliance with the Norwich order. Where costs should have been borne by an ISP in performing its statutory obligations under s. 41.26(1), these costs cannot be characterized as either reasonable or as arising from compliance with a Norwich order.

C. Application

[54] I turn now to the motion judge's order that Rogers be entitled to its reasonable costs of $100 per hour plus HST, and the Federal Court of Appeal's decision to set it aside. The motion judge properly found that the notice and notice regime requires ISPs to bear the costs of satisfying their statutory obligations. He also found, however, that the regime "only obligated [an ISP] to do two things": (1) forward notice under s. 41.26(1)(a); and (2) retain records under s. 41.26(1)(b) (para. 11). He continued to find that Rogers' proposed fee of $100 per hour plus HST for steps taken to comply with a Norwich order "is what it is", and that Voltage would have to reimburse Rogers at that rate if it wished to obtain John Doe's identity. At no point in his reasons did the motion judge examine the steps which Rogers said were required to comply with the Norwich order. Specifically, the motion judge did not consider whether any of those steps should have already been undertaken by Rogers to comply with its obligations under the notice and notice regime.

[55] Given the statutory prohibition on the recovery of costs arising from the notice and notice regime, motion judges should carefully review an ISP's evidence to determine whether an ISP's proposed fee is "reasonable", in light of its obligations under the notice and notice regime. The evidence here, for example, is that Rogers undertakes an eight step manual process when it is ordered by a court to disclose the identity of one of its subscribers. These eight steps, as described by a Rogers employee, are:

> **1.** The request is logged by a security analyst. The analyst enters the date, time, information requested, affected services, due date, and information about the requester into a database.
>
> **2.** In the case of an IP address lookup, when the log entry enters the work queue to be processed, the IP is checked against an internet resource by a second security analyst to verify that it is indeed a Rogers Cable IP address.
>
> **3.** The security analyst assigned to process the request searches the IP address against a dedicated Rogers database that records all the users of any given IP address within the past 12 months (approximately). The query is narrowed to specific date and time parameters in order to identify a specific modem.
>
> **4.** The modem identification information is queried against a duplicate modem list, to determine whether the modem has been cloned.
>
> **5.** The modem is searched in the Rogers customer database. Three separate verifications are then performed to ensure that the correct customer has been identified.
>
> **6.** Screenshots are made of the information generated in steps 2 through 5 and saved to a file as backup documentation.
>
> **7.** The security analyst creates a document with the requested results and logs the completion date.
>
> **8.** An Investigator in the [Lawful Access Response] group then reviews the screenshots and results document. If the Investigator is satisfied with the result, it will be forwarded to the requesting parties. Investigators log their participation in the process and then close the file.
>
> (A.R., at p. 120)

[56] In my respectful view, the motion judge erred in law by failing to interpret the full scope of an ISP's obligations under s. 41.26(1), and then by failing to consider whether any of these eight steps overlap with Rogers' statutory obligations for which it was not entitled to

reimbursement. The Federal Court of Appeal therefore correctly set aside the motion judge's order. That said, I find myself in respectful disagreement with the Federal Court of Appeal's decision that the costs for which Rogers may recover in complying with the Norwich order are limited to those incurred in the act of disclosure - although I do agree that Rogers is entitled to recover those costs. As I have explained, the statutory notice and notice regime, as I read it, does not require an ISP to maintain records in a manner or form that would allow copyright owners or a court to discern the identity and physical address of the person to whom notice was sent. In response to a Norwich order requiring it to furnish such information (or other supporting information), an ISP is therefore entitled to the reasonable costs of steps that are necessary to discern a person's identity from the accurate records retained under s. 41.26(1)(b). While these costs, even when combined, may well be small, I would not assume that they will always be "negligible", as the Federal Court of Appeal anticipates.

[57] I do, however, agree with the Federal Court of Appeal that, on this record, it is impossible to determine Rogers' reasonable costs of compliance in this case. As indicated above, to the extent the motion judge assessed the fee charged by Rogers, that assessment was not undertaken with reference to s. 41.26, properly interpreted. In the circumstances, which include the difficult and novel questions of statutory interpretation presented by this appeal, I would return this matter to the motion judge to allow Rogers to prove its reasonable costs of compliance. And, given those same circumstances, Rogers should be entitled to adduce new evidence to prove its reasonable costs of compliance with the Norwich order.

IV. Conclusion

[58] I would therefore allow Rogers' appeal. Rogers is entitled to its reasonable costs of compliance with the Norwich order. The quantum of its entitlement is remitted to the motion judge at the Federal Court to be determined in accordance with this Court's interpretation of ss. 41.25 and 41.26 of the Act.

[59] As to costs, it is a precondition of a Norwich order that an ISP is entitled to its reasonable legal costs incurred in Norwich order proceedings (BMG Canada Inc. (C.A.), at paras. 15 and 35). I would therefore restore the motion judge's order awarding Rogers its legal costs of $500. Given the unusual circumstances of this appeal which I have already described, however, as well as the divided success throughout these proceedings, I would direct that the parties bear their own costs at this Court and at the Federal Court of Appeal (see Cartier International AG v. British Telecommunications plc, [2018] UKSC 28, [2018] 1 W.L.R. 3259, at para. 38).

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. -

I. Overview

[60] I agree that the appeal should be allowed. The Court of Appeal (2017 FCA 97, 146 C.P.R. (4th) 339) erred in imposing a series of implied obligations on Internet service providers ("ISP"s) that cannot and should not be read into the statute, especially in light of the presumption that changes to the common law require a "clear and unequivocal expression of legislative intent" (Canada (Attorney General) v. Thouin, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 19). Brown J. rightly rejects many aspects of that analysis.

[61] I would, however, go further than my colleague, Brown J. In my view, none of the eight steps that Rogers Communications Inc. undertakes in response to a Norwich order is supplanted by the statutory notice and notice regime (Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133 (H.L.)). I also disagree with the proposition that any implied obligations in s. 41.26(1) of the Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, categorically preclude an ISP from verifying aspects of its records at the time that a Norwich order is received and then seeking compensation for that work. Assuming that Rogers' eight-step process is otherwise reasonable, a determination that does not appear to have been made by the motion judge in the first instance (2016 FC 881, 141 C.P.R. (4th) 136), Rogers is entitled to full compensation for the steps it takes to identify an account holder and to disclose that identity to a copyright claimant.

II. Analysis

[62] In the context of this appeal, the notice and notice regime imposes two sets of statutory obligations on ISPs, neither of which is, at present, subject to compensation. First, under s. 41.26(1)(a), an ISP must forward a notice of claimed infringement electronically to the person to whom the electronic location identified by the location data provided by a copyright claimant belongs, and must then inform that claimant whether or not the notice was successfully forwarded. Second, under s. 41.26(1)(b), an ISP must "retain records that will allow the identity of [that] person . . . to be determined". Taken together, these provisions make clear that an ISP need not actually determine the identity of an alleged infringer. And, as Brown J. concludes, there is no obligation to retain these records in any particular manner or form (paras. 43-46). Thus, any work required to determine an alleged infringer's identity and to disclose that identity pursuant to a Norwich order is not subsumed within the notice and notice regime and can therefore be subject

to compensation in accordance with the common law. I agree with the majority to this extent. But how does this interpretation apply to Rogers?

[63] Rogers, as one Canada's largest ISPs, receives upwards of two million infringement notice requests per year. That amounts to more than 5,000 per day. Because of this high volume, it processes these requests using an automated platform. A copyright holder submits a request to the platform through an electronic portal, providing Internet Protocol ("IP") address information of the alleged infringer. The platform then automatically sends the infringement notice to the email address of the Rogers account holder associated with the specified IP information. To borrow an example that my colleague Gascon J. used at the hearing, the platform may automatically send an infringement notice to "gohabsgo@gmail.com", if that is the email address linked to the specified IP information according to Rogers' electronic system. But at no point does Rogers actually determine the name of the person alleged to have engaged in copyright infringement - the owner of the "gohabsgo@gmail.com" email account - in response to a notice and notice request, let alone the person's physical address or other identifying information. Rogers submits that this process complies with its statutory obligations under s. 41.26(1)(a), and Voltage does not appear to contest this point.

[64] In contrast, Rogers receives between 1,500 and 3,000 lookup requests of the type made by Voltage each year (Norwich orders). It responds to these requests manually through a process that involves multiple staff members and lookups across different databases. It does not employ an automated process because the number of requests is comparatively low, and the cost of error - improperly disclosing an account holder's personal information to a third party and erroneously subjecting that account holder to service of legal process - is comparatively high. Rogers also submits that this process simply cannot be automated. Unlike notice and notice requests, which are typically submitted in identically formatted electronic documents by copyright holders that have registered with Rogers, court orders must be examined manually to ensure they are legitimate and to determine the specific nature of information requested.

[65] According to Brown J., the notice and notice regime imposes an implied obligation on Rogers to accurately determine to whom the automated notice must be forwarded under s. 41.26(1)(a) (para. 32). Likewise, he draws a distinction between "ensur[ing] the accuracy of . . . records that allow the identity of the person to whom an IP address belonged to be determined" (for which an ISP cannot be compensated) and "verify[ing] the identity of a person in response to a Norwich order" (for which an ISP can be compensated), on the basis of another implied

obligation (para. 52). He then instructs the motion judge to reassess Rogers' process in light of this understanding.

[66] In my view, the entirety of Rogers' eight-step process falls into this second bucket. Rogers is not "in effect, verifying the accuracy of the very records which it was required by s. 41.26(1) to retain" (Brown J.'s reasons, at para. 52); it is determining and verifying the identity of a person (which it does not already know) based on those records. It does so by logging the request, verifying that the account is a Rogers account, querying other databases (such as the duplicate modem list and the customer database), and screenshotting the results for review by another employee. This amounts to a comprehensive and thorough means of accurately identifying the person associated with the IP information provided by the copyright holder. The process assumes that Rogers has accurately sent an automated infringement notice (if such notice was requested) to the email address linked in its system to the IP information provided by the copyright holder. It simply correlates and cross-references various other records to ensure that an account holder is identified correctly. The fact that Rogers may have already determined the person's email address through its automated platform does not render any of the eight steps duplicative or redundant, especially since a copyright holder is not obliged to proceed through the notice and notice platform before submitting a Norwich request. It remains open to the motion judge to adopt this reading of the statute after Rogers has had the opportunity to adduce new evidence on these points.

[67] But in the alternative, even if some steps in Rogers' Norwich process could be characterized as "verifying" pre-existing information or records, I respectfully reject Brown J.'s conclusion that Rogers should be precluded from seeking compensation on the basis of any purported implied obligation in s. 41.26(1).

[68] For one thing, customer information, including physical addresses, email addresses, and phone numbers, can change over time; and a Norwich order may be received well after the automated notice of infringement is first sent to the account holder. The accuracy of that information must still be verified at the time the account holder's identity is requested by the copyright holder. After all, it is the account holder's current identifying information that a claimant must obtain in order to initiate a legal proceeding for copyright infringement - not the identifying information as it may have existed when the automated infringement notice was sent. (Or, put more accurately, if and when an automated notice was sent.) Indeed, this is precisely the information that Voltage requested in its motion.

[69] But more importantly, it is of course possible that not all of the millions of infringement notices generated by Rogers' automated platform are sent to the correct account holder in

accordance with s. 41.26(1)(a). In some cases, this may be entirely outside of Rogers' control - for example, where an account holder improperly enters an email address in his or her account profile, causing Rogers to send the notice to someone else. In other cases, there may be complicating factors that are identified only through Rogers' manual process and not through the automated platform.

[70] For Brown J., the answer to this problem is that Rogers cannot seek compensation for verifying anything it has done through its automated platform. In effect, it must assume that the automated notice makes its way to the correct person each and every time, for every one of the millions of notice requests it receives. But if we accept the reality that the automated platform may sometimes result in errors, Rogers is left with only two options, according to Brown J.: either it must redesign its automated system around the identification needs that affect only a miniscule subset of those cases; or it must undertake manual verifications in response to a Norwich order for free.

[71] With respect, I see things differently. A party responding to a Norwich order is entitled to reimbursement for reasonable costs of compliance (see, e.g., Glaxo Wellcome PLC v. M.N.R., [1998] 4 F.C. 439 (C.A.)). So what is reasonable in this context? Given that Rogers receives more than two million notice and notice requests each year, the fraction of cases in which a notice is not sent to the correct account holder by the automated platform may not justify adopting the degree of manual verifications that Rogers employs in response to Norwich orders. But, in the Norwich context - where there are substantially fewer requests and a higher cost if an error is made - there may be good justifications for conducting more rigorous verifications. It is therefore reasonable for Rogers to undertake such verifications, recognizing that the sheer number of the notice and notice requests it receives may make perfect compliance an illusory goal in that context. There is no "irresistible clearness" in the statute to justify displacing this otherwise sensible approach on the basis of a purported implied obligation (Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39).

[72] Of course, Rogers does not have free reign to conduct whatever verifications it chooses and to saddle copyright holders with the associated costs. The common law Norwich regime permits an ISP to be compensated only for "reasonable" steps to comply with an order. Thus, to the extent that an ISP performs unnecessarily extensive or duplicative verifications, judges are empowered to deny the costs of those verifications. But that authority comes from the common law, not from an interpretation of this statute. If, for example, an ISP engaged in a manual lookup of an account holder's name, but redundantly assigned that task to ten different staff members,

each performing an identical and superfluous function, a judge could undoubtedly deny compensation on the basis that such steps were not reasonable.

[73] The problem here is that the motion judge does not appear to have made an independent finding as to the reasonableness of Rogers' eight-step process. He did conclude that Rogers' fee of $100 per hour was reasonable - a finding that counsel for Voltage conceded was "thoroughly canvassed" in the underlying decision, and therefore need not be addressed again. But whether Rogers may charge $100 per hour does not answer the question of what Rogers may charge $100 per hour to do.

[74] On my interpretation of the statute, of course, Rogers' eight-step process is not subsumed within the notice and notice regime. And as I have mentioned, it remains open to the motion judge under Brown J.'s reasons to adopt this interpretation and to conclude that Rogers' process is otherwise reasonable. But even on my reading of the statute, I would still remit the matter for a determination of whether the time that Rogers spends completing its eight-step process is reasonable. The motion judge should make a finding on this point in the first instance, separate and apart from his finding on the reasonableness of the hourly rate.

III. Conclusion

[75] For the reasons described above, I concur with Brown J. that the appeal should be allowed and the matter remitted to the motion judge for further proceedings.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Torys, Toronto.

Solicitors for the respondents: Aird & Berlis, Toronto.

Solicitor for the intervener the Samuelson Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Samuelson Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Ottawa.

Solicitors for the interveners Bell Canada Inc., Canadian Network Operators Consortium Inc., Cogeco Inc., Quebecor Media Inc., Saskatchewan Telecommunications Holding

Corporation, Shaw Communications Inc., TekSavvy Solutions Inc., TELUS Communications Inc. and Xplornet Communications Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Kanada - Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824

SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824

APPEAL HEARD: December 6, 2016

JUDGMENT RENDERED: June 28, 2017

DOCKET: 36602

BETWEEN:

Google Inc.

Appellant

and

Equustek Solutions Inc., Robert Angus and Clarma Enterprises Inc.

Respondents

- and -

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Canadian Civil Liberties Association, OpenMedia Engagement Network, Reporters Committee for Freedom of the Press, American Society of News Editors, Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., New England First Amendment Coalition, News Media Alliance (formerly known as Newspaper Association of America), AOL Inc., California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, Online News Association, Society of Professional Journalists, Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software Freedom Law Centre, Center for Technology and Society, Wikimedia Foundation, British Columbia Civil Liberties Association, Electronic Frontier Foundation,

International Federation of the Phonographic Industry, Music Canada, Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers, International Confederation of Societies of Authors and Composers, International Confederation of Music Publishers, Worldwide Independent Network and International Federation of Film Producers Associations

Interveners

CORAM: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: Abella J. (McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. concurring)

(paras. 1 to 54)

JOINT DISSENTING REASONS: Côté and Rowe JJ.

(paras. 55 to 82)

Google Inc. v. Equustek Solutions Inc., 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824

Google Inc. Appellant

v.

Equustek Solutions Inc.,

Robert Angus and Clarma Enterprises Inc. Respondents

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario,

Canadian Civil Liberties Association, OpenMedia

Engagement Network, Reporters Committee for

Freedom of the Press, American Society of News Editors,

Association of Alternative Newsmedia, The Center for

Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc.,

First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc.,

New England First Amendment Coalition, News Media

Alliance (formerly known as Newspaper Association of America),

AOL Inc., California Newspaper Publishers Association,

The Associated Press, The Investigative Reporting

Workshop at American University, Online News Association,

Society of Professional Journalists, Human Rights Watch,

ARTICLE 19, Open Net (Korea), Software Freedom Law Centre,

Center for Technology and Society, Wikimedia Foundation,

British Columbia Civil Liberties Association,

Electronic Frontier Foundation, International Federation

of the Phonographic Industry, Music Canada,

Canadian Publishers' Council, Association of Canadian Publishers,

International Confederation of Societies of Authors and Composers,

International Confederation of Music Publishers,

Worldwide Independent Network and International

Federation of Film Producers Associations Interveners

Indexed as: Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.

2017 SCC 34

File No.: 36602.

2016: December 6; 2017: June 28.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Injunctions - Interlocutory injunction - Non party - Technology company bringing action against distributor for unlawful use and sale of its intellectual property through Internet - Company granted interlocutory injunction against Google, a non party to underlying action, to cease indexing or referencing certain search results on its Internet search engine - Whether Google can be ordered, pending trial of action, to globally de index websites of distributor which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell intellectual property of another company - Whether Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to grant injunction with extraterritorial effect - Whether, if it did, it was just and equitable to do so.

E is a small technology company in British Columbia that launched an action against D. E claimed that D, while acting as a distributor of E's products, began to re label one of the products and pass it off as its own. D also acquired confidential information and trade secrets belonging to E, using them to design and manufacture a competing product. D filed statements of defence disputing E's claims, but eventually abandoned the proceedings and left the province. Some of D's statements of defence were subsequently struck.

Despite court orders prohibiting the sale of inventory and the use of E's intellectual property, D continues to carry on its business from an unknown location, selling its impugned product on its websites to customers all over the world. E approached Google and requested that it de index D's websites. Google refused. E then brought court proceedings, seeking an order requiring Google to do so. Google asked E to obtain a court order prohibiting D from carrying on business on the Internet saying it would comply with such an order by removing specific webpages.

An injunction was issued by the Supreme Court of British Columbia ordering D to cease operating or carrying on business through any website. Between December 2012 and January 2013, Google advised E that it had de indexed 345 specific webpages associated with D. It did not, however, de index all of D's websites. De indexing webpages but not entire websites proved to be ineffective since D simply moved the objectionable content to new pages within its websites, circumventing the court orders. Moreover, Google had limited the de indexing to searches conducted on google.ca. E therefore obtained an interlocutory injunction to enjoin Google from displaying any part of D's websites on any of its search results worldwide. The Court of Appeal for British Columbia dismissed Google's appeal.

Held (Côté and Rowe JJ. dissenting): The appeal is dismissed and the worldwide interlocutory injunction against Google is upheld.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The issue is whether Google can be ordered, pending a trial, to globally de index D's websites which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell the intellectual property of another company.

The decision to grant an interlocutory injunction is a discretionary one and entitled to a high degree of deference. Interlocutory injunctions are equitable remedies that seek to ensure that the subject matter of the litigation will be preserved so that effective relief will be available when the case is ultimately heard on the merits. Their character as "interlocutory" is not dependent on their duration pending trial. Ultimately, the question is whether granting the injunction is just and equitable in the circumstances of the case.

The test for determining whether the court should exercise its discretion to grant an interlocutory injunction against Google has been met in this case: there is a serious issue to be tried; E is suffering irreparable harm as a result of D's ongoing sale of its competing product through the Internet; and the balance of convenience is in favour of granting the order sought.

Google does not dispute that there is a serious claim, or that E is suffering irreparable harm which it is inadvertently facilitating through its search engine. Nor does it suggest that it would be inconvenienced in any material way, or would incur any significant expense, in de indexing D's websites. Its arguments are that the injunction is not necessary to prevent irreparable harm to E and is not effective; that as a non party it should be immune from the injunction; that there is no necessity for the extraterritorial reach of the order; and that there are freedom of expression concerns that should have tipped the balance against granting the order.

Injunctive relief can be ordered against someone who is not a party to the underlying lawsuit. When non parties are so involved in the wrongful acts of others that they facilitate the harm, even if they themselves are not guilty of wrongdoing, they can be subject to interlocutory injunctions. It is common ground that D was unable to carry on business in a commercially viable way without its websites appearing on Google. The injunction in this case flows from the necessity of Google's assistance to prevent the facilitation of D's ability to defy court orders and do irreparable harm to E. Without the injunctive relief, it was clear that Google would continue to facilitate that ongoing harm.

Where it is necessary to ensure the injunction's effectiveness, a court can grant an injunction enjoining conduct anywhere in the world. The problem in this case is occurring online

and globally. The Internet has no borders - its natural habitat is global. The only way to ensure that the interlocutory injunction attained its objective was to have it apply where Google operates - globally. If the injunction were restricted to Canada alone or to google.ca, the remedy would be deprived of its intended ability to prevent irreparable harm, since purchasers outside Canada could easily continue purchasing from D's websites, and Canadian purchasers could find D's websites even if those websites were de indexed on google.ca.

Google's argument that a global injunction violates international comity because it is possible that the order could not have been obtained in a foreign jurisdiction, or that to comply with it would result in Google violating the laws of that jurisdiction, is theoretical. If Google has evidence that complying with such an injunction would require it to violate the laws of another jurisdiction, including interfering with freedom of expression, it is always free to apply to the British Columbia courts to vary the interlocutory order accordingly. To date, Google has made no such application. In the absence of an evidentiary foundation, and given Google's right to seek a rectifying order, it is not equitable to deny E the extraterritorial scope it needs to make the remedy effective, or even to put the onus on it to demonstrate, country by country, where such an order is legally permissible.

D and its representatives have ignored all previous court orders made against them, have left British Columbia, and continue to operate their business from unknown locations outside Canada. E has made efforts to locate D with limited success. D is only able to survive - at the expense of E's survival - on Google's search engine which directs potential customers to D's websites. This makes Google the determinative player in allowing the harm to occur. On balance, since the world wide injunction is the only effective way to mitigate the harm to E pending the trial, the only way, in fact, to preserve E itself pending the resolution of the underlying litigation, and since any countervailing harm to Google is minimal to non existent, the interlocutory injunction should be upheld.

Per Côté and Rowe JJ. (dissenting): While the court had jurisdiction to issue the injunctive order against Google, it should have refrained from doing so. Numerous factors affecting the grant of an injunction strongly favour judicial restraint in this case.

First, the Google Order in effect amounts to a final determination of the action because it removes any potential benefit from proceeding to trial. In its original underlying claim, E sought injunctions modifying the way D carries out its website business. E has been given more injunctive relief than it sought in its originating claim, including requiring D to cease website business altogether. Little incentive remains for E to return to court to seek a lesser injunctive remedy. This

is evidenced by E's choice to not seek default judgment during the roughly five years which have passed since it was given leave to do so. The Google Order provides E with more equitable relief than it sought against D and gives E an additional remedy that is final in nature. The order against Google, while interlocutory in form, is final in effect. The test for interlocutory injunctions does not apply to an order that is effectively final. In these circumstances, an extensive review of the merits of this case was therefore required but was not carried out by the court below, contrary to caselaw. The Google Order does not meet the test for a permanent injunction. Although E's claims were supported by a good prima facie case, it was not established that D designed and sold counterfeit versions of E's product, or that this resulted in trademark infringement and unlawful appropriation of trade secrets.

Second, Google is a non party to the proceedings between E and D. E alleged that Google's search engine was facilitating D's ongoing breach by leading customers to D's websites. However, the prior order that required D to cease carrying on business through any website was breached as soon as D established a website to conduct its business, regardless of how visible that website might be through Google searches. Google did not aid or abet the doing of the prohibited act.

Third, the Google Order is mandatory and requires ongoing modification and supervision because D is launching new websites to replace de listed ones. Courts should avoid granting injunctions that require such cumbersome court supervised updating.

Furthermore, the Google Order has not been shown to be effective in making D cease operating or carrying on business through any website. Moreover, the Google Order does not assist E in modifying D's websites, as E sought in its originating claim for injunctive relief. The most that can be said is the Google Order might reduce the harm to E. But it has not been shown that the Google Order is effective in doing so. D's websites can be found using other search engines, links from other sites, bookmarks, email, social media, printed material, word of mouth, or other indirect means. D's websites are open for business on the Internet whether Google searches list them or not.

Finally, there are alternative remedies available to E. E sought a world wide Mareva injunction to freeze D's assets in France, but the Court of Appeal for British Columbia urged E to pursue a remedy in French courts. There is no reason why E cannot do what the Court of Appeal urged it to do. E could also pursue injunctive relief against the ISP providers. In addition, E could initiate contempt proceedings in France or in any other jurisdiction with a link to the illegal websites. Therefore, the Google Order ought not to have been granted.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: RJR - MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson, [1996] 2 S.C.R. 1048; **considered:** Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133; Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A., [1975] 2 Lloyd's Rep. 509; **referred to:** Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110; Seaward v. Paterson, [1897] 1 Ch. 545; York University v. Bell Canada Enterprises (2009), 311 D.L.R. (4th) 755; Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd., [2016] EWCA Civ 658, [2017] 1 All E.R. 700; Warner Lambert Co. v. Actavis Group PTC EHF, [2015] EWHC 485 (Pat.), 144 B.M.L.R. 194; Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman, [1985] 1 S.C.R. 2; Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc., 2007 SCC 20, [2007] 1 S.C.R. 867; Mooney v. Orr (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318; Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne, [1990] 1 Ch. 13; Republic of Haiti v. Duvalier, [1990] 1 Q.B. 202; Derby & Co. v. Weldon, [1990] 1 Ch. 48; Derby & Co. v. Weldon (Nos. 3 and 4), [1990] 1 Ch. 65.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

RJR - MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; Fourie v. Le Roux, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087; Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co., [1915] 2 K.B. 536; Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd., [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949; Mercedes Benz A.G. v. Leiduck, [1996] 1 A.C. 284; John Deere Ltd. v. Firdale Farms Ltd. (1987), 45 D.L.R. (4th) 641; Parkin v. Thorold (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; Schooff v. British Columbia (Medical Services Commission), 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680; McIsaac v. Healthy Body Services Inc., 2009 BCSC 1716; Plouffe v. Roy, 2007 CanLII 37693; Spiller v. Brown (1973), 43 D.L.R. (3d) 140; 1711811 Ontario Ltd. v. Buckley Insurance Brokers Ltd., 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643; MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson, [1996] 2 S.C.R. 1048; Seaward v. Paterson, [1897] 1 Ch. 545; Acrow (Automation) Ltd. v. Rex Chainbelt Inc., [1971] 1 W.L.R. 1676; Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133; National Commercial Bank of Jamaica Ltd. v. Olint Corp.,

[2009] 1 W.L.R. 1405; Redland Bricks Ltd. v. Morris, [1970] A.C. 652; Co operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd., [1998] A.C. 1; Attorney General v. Observer Ltd., [1990] 1 A.C. 109.

Statutes and Regulations Cited

Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105 304, 112 Stat. 2680 (1998).

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224, s. 36.

Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 39(1).

Authors Cited

Bean, David, Andrew Burns and Isabel Parry. Injunctions, 11th ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.

Berryman, Jeffrey. The Law of Equitable Remedies, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Black, Vaughan, and Edward Babin. “Mareva Injunctions in Canada: Territorial Aspects” (1997), 28 Can. Bus. L.J. 430.

Fraser, Peter G., John W. Horn and Susan A. Griffin. The Conduct of Civil Litigation in British Columbia, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007 (loose leaf updated December 2016, release 24).

Pitel, Stephen G. A., and Andrew Valentine. “The Evolution of the Extra territorial Mareva Injunction in Canada: Three Issues” (2006), 2 J. Priv. Int’l L. 339.

Riordan, Jaani. The Liability of Internet Intermediaries. Oxford: Oxford University Press, 2016.

Sharpe, Robert J. Injunctions and Specific Performance, loose leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 1992 (updated November 2016, release 25).

Spry, I. C. F. The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages, 9th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook, 2014.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Frankel, Groberman and Harris JJ.A.), 2015 BCCA 265, 75 B.C.L.R. (5th) 315, 373 B.C.A.C. 240, 641 W.A.C. 240, 39 B.L.R. (5th) 175, 71 C.P.C. (7th) 215, 135 C.P.R. (4th) 173, 386 D.L.R. (4th) 224, [2015] 11 W.W.R. 45, [2015] B.C.J. No. 1193 (QL), 2015 CarswellBC 1590 (WL Can.), affirming a decision of Fenlon J., 2014 BCSC 1063, 63 B.C.L.R. (5th) 145, 28 B.L.R. (5th) 265, 374 D.L.R. (4th) 537, [2014] 10 W.W.R. 652, [2014] B.C.J. No. 1190 (QL), 2014 CarswellBC 1694 (WL Can.), granting an interlocutory injunction against Google. Appeal dismissed, Côté and Rowe JJ. dissenting.

William C. McDowell, Marguerite F. Ethier and Scott M. J. Rollwagen, for the appellant.

Robbie Fleming and Michael Sobkin, for the respondents.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Sandra Nishikawa, John Corelli and Brent Kettles, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Mathew Good, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Cynthia Khoo, for the intervener the OpenMedia Engagement Network.

Written submissions only by Iris Fischer and Helen Richards, for the interveners the Reporters Committee for Freedom of the Press, the American Society of News Editors, the Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., the First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., the New England First Amendment Coalition, the News Media Alliance (formerly known as the Newspaper Association of America), AOL Inc., the California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, the Online News Association and the Society of Professional Journalists.

Written submissions only by Paul Schabas and Kaley Pulfer, for the interveners Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), the Software Freedom Law Centre and the Center for Technology and Society.

Written submissions only by David T. S. Fraser and Jane O'Neill, for the intervener the Wikimedia Foundation.

Justin Safayeni and Carlo Di Carlo, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

David Wotherspoon and Daniel Byma, for the intervener the Electronic Frontier Foundation.

Barry B. Sookman, Dan Glover and Miranda Lam, for the interveners the International Federation of the Phonographic Industry, Music Canada, the Canadian Publishers' Council, the Association of Canadian Publishers, the International Confederation of Societies of Authors and Composers, the International Confederation of Music Publishers and the Worldwide Independent Network.

Gavin MacKenzie and Brooke MacKenzie, for the intervener the International Federation of Film Producers Associations.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. - The issue in this appeal is whether Google can be ordered, pending a trial, to globally de-index the websites of a company which, in breach of several court orders, is using those websites to unlawfully sell the intellectual property of another company. The answer turns on classic interlocutory injunction jurisprudence: is there a serious issue to be tried; would irreparable harm result if the injunction were not granted; and does the balance of convenience favour granting or refusing the injunction. Ultimately, the question is whether granting the injunction would be just and equitable in all the circumstances of the case.

Background

[2] Equustek Solutions Inc. is a small technology company in British Columbia. It manufactures networking devices that allow complex industrial equipment made by one manufacturer to communicate with complex industrial equipment made by another manufacturer.

[3] The underlying action between Equustek and the Datalink defendants (Morgan Jack, Datalink Technology Gateways Inc., and Datalink Technologies Gateways LLC - "Datalink") was launched by Equustek on April 12, 2011. It claimed that Datalink, while acting as a distributor of Equustek's products, began to re-label one of the products and pass it off as its own. Datalink also acquired confidential information and trade secrets belonging to Equustek, using them to design and manufacture a competing product, the GW1000. Any orders for Equustek's product were filled with the GW1000. When Equustek discovered this in 2011, it terminated the distribution agreement it had with Datalink and demanded that Datalink delete all references to Equustek's products and trademarks on its websites.

[4] The Datalink defendants filed statements of defence disputing Equustek's claims.

[5] On September 23, 2011, Leask J. granted an injunction ordering Datalink to return to Equustek any source codes, board schematics, and any other documentation it may have had in its possession that belonged to Equustek. The court also prohibited Datalink from referring to Equustek or any of Equustek's products on its websites. It ordered Datalink to post a statement on its websites informing customers that Datalink was no longer a distributor of Equustek products and directing customers interested in Equustek's products to Equustek's website. In addition, Datalink was ordered to give Equustek a list of customers who had ordered an Equustek product from Datalink.

[6] On March 21, 2012, Fenlon J. found that Datalink had not properly complied with this order and directed it to produce a new customer list and make certain changes to the notices on their websites.

[7] Datalink abandoned the proceedings and left the jurisdiction without producing any documents or complying with any of the orders. Some of Datalink's statements of defence were subsequently struck.

[8] On July 26, 2012, Punnett J. granted a Mareva injunction freezing Datalink's worldwide assets, including its entire product inventory. He found that Datalink had incorporated "a myriad of shell corporations in different jurisdictions", continued to sell the impugned product, reduced prices to attract more customers, and was offering additional services that Equustek claimed disclosed more of its trade secrets. He concluded that Equustek would suffer irreparable harm if the injunction were not granted, and that, on the balance of convenience and due to a real risk of the dissipation of assets, it was just and equitable to grant the injunction against Datalink.

[9] On August 3, 2012, Fenlon J. granted another interlocutory injunction prohibiting Datalink from dealing with broader classes of intellectual property, including "any use of whole categories of documents and information that lie at the heart of any business of a kind engaged in by both parties". She noted that Equustek's "earnings ha[d] fallen drastically since [Datalink] began [its] impugned activities" and concluded that "the effect of permitting [Datalink] to carry on [its] business [would] also cause irreparable harm to [Equustek]".

[10] On September 26, 2012, Equustek brought an application to have Datalink and its principal, Morgan Jack, found in contempt. No one appeared on behalf of Datalink. Groves J. issued a warrant for Morgan Jack's arrest. It remains outstanding.

[11] Despite the court orders prohibiting the sale of inventory and the use of Equustek's intellectual property, Datalink continues to carry on its business from an unknown location, selling its impugned product on its websites to customers all over the world.

[12] Not knowing where Datalink or its suppliers were, and finding itself unable to have the websites removed by the websites' hosting companies, Equustek approached Google in September 2012 and requested that it de-index the Datalink websites. Google refused. Equustek then brought court proceedings seeking an order requiring Google to do so.

[13] When it was served with the application materials, Google asked Equustek to obtain a court order prohibiting Datalink from carrying on business on the Internet. Google told Equustek it would comply with such an order by removing specific webpages. Pursuant to its internal policy, Google only voluntarily de-indexes individual webpages, not entire websites. Equustek agreed to try this approach.

[14] On December 13, 2012, Equustek appeared in court with Google. An injunction was issued by Tindale J. ordering Datalink to "cease operating or carrying on business through any website". Between December 2012 and January 2013, Google advised Equustek that it had de-indexed 345 specific webpages associated with Datalink. It did not, however, de-index all of the Datalink websites.

[15] Equustek soon discovered that de-indexing webpages but not entire websites was ineffective since Datalink simply moved the objectionable content to new pages within its websites, circumventing the court orders.

[16] Google had limited the de-indexing to those searches that were conducted on google.ca. Google's search engine operates through dedicated websites all over the world. The Internet search services are free, but Google earns money by selling advertising space on the webpages that display search results. Internet users with Canadian Internet Protocol addresses are directed to "google.ca" when performing online searches. But users can also access different Google websites directed at other countries by using the specific Uniform Resource Locator, or URL, for those sites. That means that someone in Vancouver, for example, can access the Google search engine as though he or she were in another country simply by typing in that country's Google URL. Potential Canadian customers could, as a result, find Datalink's websites even if they were blocked on google.ca. Given that the majority of the sales of Datalink's GW1000 were to purchasers outside of Canada, Google's de-indexing did not have the necessary protective effect.

[17] Equustek therefore sought an interlocutory injunction to enjoin Google from displaying any part of the Datalink websites on any of its search results worldwide. Fenlon J. granted the order (374 D.L.R. (4th) 537 (B.C.S.C.)). The operative part states:

> Within 14 days of the date of this order, Google Inc. is to cease indexing or referencing in search results on its internet search engines the [Datalink] websites . . ., including all of

> the subpages and subdirectories of the listed websites, *until the conclusion of the trial of this action or further order of this court*. [Emphasis added.]

[18] Fenlon J. noted that Google controls between 70-75 percent of the global searches on the Internet and that Datalink's ability to sell its counterfeit product is, in large part, contingent on customers being able to locate its websites through the use of Google's search engine. Only by preventing potential customers from accessing the Datalink websites, could Equustek be protected. Otherwise, Datalink would be able to continue selling its product online and the damages Equustek would suffer would not be recoverable at the end of the lawsuit.

[19] Fenlon J. concluded that this irreparable harm was being facilitated through Google's search engine; that Equustek had no alternative but to require Google to de-index the websites; that Google would not be inconvenienced; and that, for the order to be effective, the Datalink websites had to be prevented from being displayed on all of Google's search results, not just google.ca. As she said:

> On the record before me it appears that to be effective, even within Canada, Google must block search results on all of its websites. Furthermore, [Datalink's] sales originate primarily in other countries, so the Court's process cannot be protected unless the injunction ensures that searchers from any jurisdiction do not find [Datalink's] websites.[1]

[20] The Court of Appeal of British Columbia dismissed Google's appeal (386 D.L.R. (4th) 224). Groberman J.A. accepted Fenlon J.'s conclusion that she had in personam jurisdiction over Google and could therefore make an order with extraterritorial effect. He also agreed that courts of inherent jurisdiction could grant equitable relief against non-parties. Since ordering an interlocutory injunction against Google was the only practical way to prevent Datalink from flouting the court's several orders, and since there were no identifiable countervailing comity or freedom of expression concerns that would prevent such an order from being granted, he upheld the interlocutory injunction.

[21] For the following reasons, I agree with Fenlon J. and Groberman J.A. that the test for granting an interlocutory injunction against Google has been met in this case.

Analysis

[1] Paragraph 148.

[22] The decision to grant an interlocutory injunction is a discretionary one and entitled to a high degree of deference (Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 155-56). In this case, I see no reason to interfere.

[23] Injunctions are equitable remedies. "The powers of courts with equitable jurisdiction to grant injunctions are, subject to any relevant statutory restrictions, unlimited" (Ian Spry, The Principles of Equitable Remedies (9th ed. 2014), at p. 333). Robert Sharpe notes that "[t]he injunction is a flexible and drastic remedy. Injunctions are not restricted to any area of substantive law and are readily enforceable through the court's contempt power" (Injunctions and Specific Performance (loose-leaf ed.), at para. 2.10).

[24] An interlocutory injunction is normally enforceable until trial or some other determination of the action. Interlocutory injunctions seek to ensure that the subject matter of the litigation will be "preserved" so that effective relief will be available when the case is ultimately heard on the merits (Jeffrey Berryman, The Law of Equitable Remedies (2nd ed. 2013), at pp. 24-25). Their character as "interlocutory" is not dependent on their duration pending trial.

[25] RJR - MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311, sets out a three-part test for determining whether a court should exercise its discretion to grant an interlocutory injunction: is there a serious issue to be tried; would the person applying for the injunction suffer irreparable harm if the injunction were not granted; and is the balance of convenience in favour of granting the interlocutory injunction or denying it. The fundamental question is whether the granting of an injunction is just and equitable in all of the circumstances of the case. This will necessarily be context-specific.

[26] Google does not dispute that there is a serious claim. Nor does it dispute that Equustek is suffering irreparable harm as a result of Datalink's ongoing sale of the GW1000 through the Internet. And it acknowledges, as Fenlon J. found, that it inadvertently facilitates the harm through its search engine which leads purchasers directly to the Datalink websites.

[27] Google argues, however, that the injunction issued against it is not necessary to prevent that irreparable harm, and that it is not effective in so doing. Moreover, it argues that as a non-party, it should be immune from the injunction. As for the balance of convenience, it challenges the propriety and necessity of the extraterritorial reach of such an order, and raises freedom of expression concerns that it says should have tipped the balance against granting the order. These arguments go both to whether the Supreme Court of British Columbia had jurisdiction to grant the injunction and whether, if it did, it was just and equitable to do so in this case.

[28] Google's first argument is, in essence, that non-parties cannot be the subject of an interlocutory injunction. With respect, this is contrary to the jurisprudence. Not only can injunctive relief be ordered against someone who is not a party to the underlying lawsuit, the contours of the test are not changed. As this Court said in MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson, [1996] 2 S.C.R. 1048, injunctions may be issued "in all cases in which it appears to the court to be just or convenient that the order should be made . . . on terms and conditions the court thinks just" (para. 15, citing s. 36 of the Law and Equity Act, R.S.B.C. 1979, c. 224). MacMillan Bloedel involved a logging company seeking to restrain protesters from blocking roads. The company obtained an interlocutory injunction prohibiting not only specifically named individuals, but also "John Doe, Jane Doe and Persons Unknown" and "all persons having notice of th[e] Order" from engaging in conduct which interfered with its operations at specific locations (para. 5). In upholding the injunction, McLachlin J. noted that

> [i]t may be confidently asserted . . . that both English and Canadian authorities support the view that non-parties are bound by injunctions: if non-parties violate injunctions, they are subject to conviction and punishment for contempt of court. The courts have jurisdiction to grant interim injunctions which all people, on pain of contempt, must obey. [Emphasis added; para. 31.]

See also Berryman, at pp. 57-60; Sharpe, at paras. 6.260 to 6.265.

[29] In other words, where a non-party violates a court order, there is a principled basis for treating the non-party as if it had been bound by the order. The non-party's obligation arises "not because [it] is bound by the injunction by being a party to the cause, but because [it] is conducting [itself] so as to obstruct the course of justice" (MacMillan Bloedel, at para. 27, quoting Seaward v. Paterson, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.), at p. 555).

[30] The pragmatism and necessity of such an approach was concisely explained by Fenlon J. in the case before us when she offered the following example:

> . . . a non-party corporation that warehouses and ships goods for a defendant manufacturing company might be ordered on an interim injunction to freeze the defendants' goods and refrain from shipping them. That injunction could affect orders received from customers around the world. Could it sensibly be argued that the Court could not grant the injunction because it would have effects worldwide? The impact of an injunction on strangers to the suit or the order itself is a valid consideration in deciding whether to exercise the Court's

> jurisdiction to grant an injunction. It does not, however, affect the Court's authority to make such an order.[2]

[31] Norwich orders are analogous and can also be used to compel non-parties to disclose information or documents in their possession required by a claimant (Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133 (H.L.), at p. 175). Norwich orders have increasingly been used in the online context by plaintiffs who allege that they are being anonymously defamed or defrauded and seek orders against Internet service providers to disclose the identity of the perpetrator (York University v. Bell Canada Enterprises (2009), 311 D.L.R. (4th) 755 (Ont. S.C.J.)). Norwich disclosure may be ordered against non-parties who are not themselves guilty of wrongdoing, but who are so involved in the wrongful acts of others that they facilitate the harm. In Norwich, this was characterized as a duty to assist the person wronged (p. 175; Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd., [2017] 1 All E.R. 700 (C.A.), at para. 53). Norwich supplies a principled rationale for granting injunctions against non-parties who facilitate wrongdoing (see Cartier, at paras. 51-55; and Warner-Lambert Co. v. Actavis Group PTC EHF, 144 B.M.L.R. 194 (Ch.)).

[32] This approach was applied in Cartier, where the Court of Appeal of England and Wales held that injunctive relief could be awarded against five non-party Internet service providers who had not engaged in, and were not accused of any wrongful act. The Internet service providers were ordered to block the ability of their customers to access certain websites in order to avoid facilitating infringements of the plaintiff's trademarks. (See also Jaani Riordan, The Liability of Internet Intermediaries (2016), at pp. 412 and 498-99.)

[33] The same logic underlies Mareva injunctions, which can also be issued against non-parties. Mareva injunctions are used to freeze assets in order to prevent their dissipation pending the conclusion of a trial or action (Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A., [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.); Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman, [1985] 1 S.C.R. 2). A Mareva injunction that requires a defendant not to dissipate his or her assets sometimes requires the assistance of a non-party, which in turn can result in an injunction against the non-party if it is just and equitable to do so (Stephen Pitel and Andrew Valentine, "The Evolution of the Extra-territorial Mareva Injunction in Canada: Three Issues" (2006), 2 J. Priv. Int'l L. 339, at p. 370; Vaughan Black and Edward Babin, "Mareva Injunctions in Canada: Territorial Aspects" (1997), 28 Can. Bus. L.J. 430, at pp. 452-53; Berryman, at pp. 128-31). Banks and other financial

[2] Paragraph 147.

institutions have, as a result, been bound by Mareva injunctions even when they are not a party to an underlying action.

[34] To preserve Equustek's rights pending the outcome of the litigation, Tindale J.'s order of December 13, 2012 required Datalink to cease carrying on business through the Internet. Google had requested and participated in Equustek's obtaining this order, and offered to comply with it voluntarily. It is common ground that Datalink was unable to carry on business in a commercially viable way unless its websites were in Google's search results. In the absence of de-indexing these websites, as Fenlon J. specifically found, Google was facilitating Datalink's breach of Tindale J.'s order by enabling it to continue carrying on business through the Internet. By the time Fenlon J. granted the injunction against Google, Google was aware that in not de-indexing Datalink's websites, it was facilitating Datalink's ongoing breach of Tindale J.'s order, the purpose of which was to prevent irreparable harm to Equustek.

[35] Much like a Norwich order or a Mareva injunction against a non-party, the interlocutory injunction in this case flows from the necessity of Google's assistance in order to prevent the facilitation of Datalink's ability to defy court orders and do irreparable harm to Equustek. Without the injunctive relief, it was clear that Google would continue to facilitate that ongoing harm.

[36] Google's next argument is the impropriety of issuing an interlocutory injunction with extraterritorial effect. But this too contradicts the existing jurisprudence.

[37] The British Columbia courts in these proceedings concluded that because Google carried on business in the province through its advertising and search operations, this was sufficient to establish the existence of in personam and territorial jurisdiction. Google does not challenge those findings. It challenges instead the global reach of the resulting order. Google suggests that if any injunction is to be granted, it should be limited to Canada (or google.ca) alone.

[38] When a court has in personam jurisdiction, and where it is necessary to ensure the injunction's effectiveness, it can grant an injunction enjoining that person's conduct anywhere in the world. (See Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc., [2007] 1 S.C.R. 867, at para. 6; Berryman, at p. 20; Pitel and Valentine, at p. 389; Sharpe, at para. 1.1190; Spry, at p. 37.) Mareva injunctions have been granted with worldwide effect when it was found to be necessary to ensure their effectiveness. (See Mooney v. Orr (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 318 (S.C.); Berryman, at pp. 20 and 136; Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne, [1990] 1 Ch. 13 (C.A.); Republic of Haiti v. Duvalier, [1990] 1 Q.B. 202 (C.A.); Derby & Co. v. Weldon, [1990] 1 Ch. 48 (C.A.); and Derby & Co. v. Weldon (Nos. 3 and 4), [1990] 1 Ch. 65 (C.A.); Sharpe, at paras. 1.1190 to 1.1220.)

[39] Groberman J.A. pointed to the international support for this approach:

> I note that the courts of many other jurisdictions have found it necessary, in the context of orders against Internet abuses, to pronounce orders that have international effects. Several such cases are cited in the arguments of [International Federation of Film Producers Associations and International Federation of the Phonographic Industry], including APC v. Auchan Telecom, 11/60013, Judgment (28 November 2013) (Tribunal de Grande Instance de Paris); McKeogh v. Doe (Irish High Court, case no. 20121254P); Mosley v. Google, 11/07970, Judgment (6 November 2013) (Tribunal de Grande Instance de Paris); Max Mosley v. Google (see "Case Law, Hamburg District Court: Max Mosley v. Google Inc. online: Inform's Blog https://inforrm.wordpress.com/2014/02/05/case-law-hamburg-district-court-max-mosley-v-google-inc-google-go-down-again-this-time-in-hamburg-dominic-crossley/) and ECJ Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, C-131/12 [2014], CURIA.[3]

[40] Fenlon J. explained why Equustek's request that the order have worldwide effect was necessary as follows:

> The majority of GW1000 sales occur outside Canada. Thus, quite apart from the practical problem of endless website iterations, the option Google proposes is not equivalent to the order now sought which would compel Google to remove the [Datalink] websites from all search results generated by any of Google's websites worldwide. I therefore conclude that [Equustek does] not have an out-of-court remedy available to [it].[4]
>
> . . .
>
> . . . to be effective, even within Canada, Google must block search results on all of its websites.[5]

As a result, to ensure that Google did not facilitate Datalink's breach of court orders whose purposes were to prevent irreparable harm to Equustek, she concluded that the injunction had to have worldwide effect.

[41] I agree. The problem in this case is occurring online and globally. The Internet has no borders - its natural habitat is global. The only way to ensure that the interlocutory injunction attained its objective was to have it apply where Google operates - globally. As Fenlon J. found, the majority of Datalink's sales take place outside Canada. If the injunction were restricted to

[3] Paragraph 95.
[4] Paragraph 76.
[5] Paragraph 148.

Canada alone or to google.ca, as Google suggests it should have been, the remedy would be deprived of its intended ability to prevent irreparable harm. Purchasers outside Canada could easily continue purchasing from Datalink's websites, and Canadian purchasers could easily find Datalink's websites even if those websites were de-indexed on google.ca. Google would still be facilitating Datalink's breach of the court's order which had prohibited it from carrying on business on the Internet. There is no equity in ordering an interlocutory injunction which has no realistic prospect of preventing irreparable harm.

[42] The interlocutory injunction in this case is necessary to prevent the irreparable harm that flows from Datalink carrying on business on the Internet, a business which would be commercially impossible without Google's facilitation. The order targets Datalink's websites - the list of which has been updated as Datalink has sought to thwart the injunction - and prevents them from being displayed where they do the most harm: on Google's global search results.

[43] Nor does the injunction's worldwide effect tip the balance of convenience in Google's favour. The order does not require that Google take any steps around the world, it requires it to take steps only where its search engine is controlled. This is something Google has acknowledged it can do - and does - with relative ease. There is therefore no harm to Google which can be placed on its "inconvenience" scale arising from the global reach of the order.

[44] Google's argument that a global injunction violates international comity because it is possible that the order could not have been obtained in a foreign jurisdiction, or that to comply with it would result in Google violating the laws of that jurisdiction is, with respect, theoretical. As Fenlon J. noted, "Google acknowledges that most countries will likely recognize intellectual property rights and view the selling of pirated products as a legal wrong".

[45] And while it is always important to pay respectful attention to freedom of expression concerns, particularly when dealing with the core values of another country, I do not see freedom of expression issues being engaged in any way that tips the balance of convenience towards Google in this case. As Groberman J.A. concluded:

> In the case before us, there is no realistic assertion that the judge's order will offend the sensibilities of any other nation. It has not been suggested that the order prohibiting the defendants from advertising wares that violate the intellectual property rights of the plaintiffs offends the core values of any nation. The order made against Google is a very limited ancillary order designed to ensure that the plaintiffs' core rights are respected.

> . . . the order in this case is an interlocutory one, and one that can be varied by the court. In the unlikely event that any jurisdiction finds the order offensive to its core values, an application could be made to the court to modify the order so as to avoid the problem.

[46] If Google has evidence that complying with such an injunction would require it to violate the laws of another jurisdiction, including interfering with freedom of expression, it is always free to apply to the British Columbia courts to vary the interlocutory order accordingly. To date, Google has made no such application.

[47] In the absence of an evidentiary foundation, and given Google's right to seek a rectifying order, it hardly seems equitable to deny Equustek the extraterritorial scope it needs to make the remedy effective, or even to put the onus on it to demonstrate, country by country, where such an order is legally permissible. We are dealing with the Internet after all, and the balance of convenience test has to take full account of its inevitable extraterritorial reach when injunctive relief is being sought against an entity like Google.

[48] This is not an order to remove speech that, on its face, engages freedom of expression values, it is an order to de-index websites that are in violation of several court orders. We have not, to date, accepted that freedom of expression requires the facilitation of the unlawful sale of goods.

[49] And I have trouble seeing how this interferes with what Google refers to as its content neutral character. The injunction does not require Google to monitor content on the Internet, nor is it a finding of any sort of liability against Google for facilitating access to the impugned websites. As for the balance of convenience, the only obligation the interlocutory injunction creates is for Google to de-index the Datalink websites. The order is, as Fenlon J. observed, "only a slight expansion on the removal of individual URLs, which Google agreed to do voluntarily".[6] Even if it could be said that the injunction engages freedom of expression issues, this is far outweighed by the need to prevent the irreparable harm that would result from Google's facilitating Datalink's breach of court orders.

[50] Google did not suggest that it would be inconvenienced in any material way, or would incur any significant expense, in de-indexing the Datalink websites. It acknowledges, fairly, that it can, and often does, exactly what is being asked of it in this case, that is, alter search results. It does so to avoid generating links to child pornography and websites containing "hate speech". It also complies with notices it receives under the US Digital Millennium Copyright Act, Pub. L.

[6] Paragraph 137.

No. 105-304, 112 Stat. 2680 (1998), to de-index content from its search results that allegedly infringes copyright, and removes websites that are subject to court orders.

[51] As for the argument that this will turn into a permanent injunction, the length of an interlocutory injunction does not, by itself, convert its character from a temporary to a permanent one. As previously noted, the order requires that the injunction be in place "until the conclusion of the trial of this action or further order of this court". There is no reason not to take this order at face value. Where an interlocutory injunction has been in place for an inordinate amount of time, it is always open to a party to apply to have it varied or vacated. Google has brought no such application.

[52] Datalink and its representatives have ignored all previous court orders made against them, have left British Columbia, and continue to operate their business from unknown locations outside Canada. Equustek has made efforts to locate Datalink with limited success. Datalink is only able to survive - at the expense of Equustek's survival - on Google's search engine which directs potential customers to its websites. In other words, Google is how Datalink has been able to continue harming Equustek in defiance of several court orders.

[53] This does not make Google liable for this harm. It does, however, make Google the determinative player in allowing the harm to occur. On balance, therefore, since the interlocutory injunction is the only effective way to mitigate the harm to Equustek pending the resolution of the underlying litigation, the only way, in fact, to preserve Equustek itself pending the resolution of the underlying litigation, and since any countervailing harm to Google is minimal to non-existent, the interlocutory injunction should be upheld.

[54] I would dismiss the appeal with costs in this Court and in the Court of Appeal for British Columbia.

The following are the reasons delivered by

[55] CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) - Equustek Solutions Inc., Robert Angus and Clarma Enterprises Inc. ("Equustek") seek a novel form of equitable relief — an effectively permanent injunction, against an innocent third party, that requires court supervision, has not been shown to be effective, and for which alternative remedies are available. Our response calls for judicial restraint. While the court had jurisdiction to issue the June 13, 2014 order against Google Inc. ("Google Order") (2014 BCSC 1063, 374 D.L.R. (4th) 537, per Fenlon J.), in our view, it should

have refrained from doing so. The authority to grant equitable remedies has always been constrained by doctrine and practice. In our view, the Google Order slipped too easily from these constraints.

[56] As we will explain, the Google Order is effectively final redress against a non-party that has neither acted unlawfully, nor aided and abetted illegal action. The test for interlocutory injunctions established in RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311, does not apply to an order that is effectively final, and the test for a permanent injunction has not been satisfied. The Google Order is mandatory and requires court supervision. It has not been shown to be effective, and there are alternative remedies available to Equustek.

I. Judicial Restraint

[57] The power of a court to grant injunctive relief is derived from that of the Chancery courts of England (Fourie v. Le Roux, [2007] UKHL 1, [2007] 1 All E.R. 1087, at para. 30), and has been confirmed in British Columbia by the Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 39(1):

> **39**(1) An injunction or an order in the nature of mandamus may be granted or a receiver or receiver manager appointed by an interlocutory order of the court in all cases in which it appears to the court to be just or convenient that the order should be made.

[58] In Fourie, Lord Scott explained that "provided the court has in personam jurisdiction over the person against whom an injunction, whether interlocutory or final, is sought, the court has jurisdiction, in the strict sense, to grant it" (para. 30). However, simply because a court has the jurisdiction to grant an injunction does not mean that it should. A court "will not according to its settled practice do so except in a certain way and under certain circumstances" (Lord Scott, at para. 25, quoting from Guaranty Trust Co. of New York v. Hannay & Co., [1915] 2 K.B. 536, at p. 563; see also Cartier International AG v. British Sky Broadcasting Ltd., [2014] EWHC 3354 (Ch.), [2015] 1 All E.R. 949, at paras. 98-100). Professor Spry comes to similar conclusions (I. C. F. Spry, The Principles of Equitable Remedies (9th ed. 2014), at p. 333):

> The powers of courts with equitable jurisdiction to grant injunctions are, subject to any relevant statutory restrictions, unlimited. Injunctions are granted only when to do so accords with equitable principles, but this restriction involves, not a defect of powers, but an adoption of doctrines and practices that change in their application from time to time. [Footnote omitted.]

[59] The importance of appropriately modifying judicial restraint to meet the needs of justice was summarized by Lord Nicholls in Mercedes Benz A.G. v. Leiduck, [1996] 1 A.C. 284 (P.C.),

at p. 308: "As circumstances in the world change, so must the situations in which the courts may properly exercise their jurisdiction to grant injunctions. The exercise of the jurisdiction must be principled, but the criterion is injustice."

[60] Changes to "settled practice" must not overshoot the mark of avoiding injustice. In our view, granting the Google Order requires changes to settled practice that are not warranted in this case: neither the test for an interlocutory nor a permanent injunction has been met; court supervision is required; the order has not been shown to be effective; and alternative remedies are available.

II. Factors Suggesting Restraint in This Case

A. The Effects of the Google Order Are Final

[61] In RJR — MacDonald, this Court set out the test for interlocutory injunctions — a serious question to be tried, irreparable harm, and the balance of convenience — but also described an exception (at pp. 338-39):

> Two exceptions apply to the general rule that a judge should not engage in an extensive review of the merits. The first arises when the result of the interlocutory motion will in effect amount to a final determination of the action. This will be the case either when the right which the applicant seeks to protect can only be exercised immediately or not at all, or when the result of the application will impose such hardship on one party as to remove any potential benefit from proceeding to trial. . . .
>
> . . .
>
> The circumstances in which this exception will apply are rare. When it does, a more extensive review of the merits of the case must be undertaken. Then when the second and third stages of the test are considered and applied the anticipated result on the merits should be borne in mind. [Emphasis added.]

[62] In our view, the Google Order "in effect amount[s] to a final determination of the action" because it "remove[s] any potential benefit from proceeding to trial". In order to understand this conclusion, it is useful to review Equustek's underlying claim. Equustek sought, in its Further Amended Notice of Civil Claim against Datalink, damages, declarations, and:

> A temporary and permanent injunction restraining the Defendants from:
>
> **a.** using the Plaintiffs' trademarks and free-riding on the goodwill of any Equustek products on any website;

> **b**. making statements disparaging or in any way referring to the Equustek products;
>
> **c.** distributing the offending manuals and displaying images of the Plaintiff's products on any website; and
>
> **d.** selling the GW1000 line of products which were created by the theft of the Plaintiff's trade secrets;
>
> and obliging them to:
>
> **e.**immediately disclose all hidden websites;
>
> **f.** display a page on all websites correcting [their] misrepresentations about the source and continuing availability of the Equustek products and directing customers to Equustek.

In short, Equustek sought injunctions modifying the way in which Datalink carries out its website business, along with damages and declarations. On June 20, 2012, Datalink's response was struck and Equustek was given leave to apply for default judgment. It has not done so. On December 13, 2012, Justice Tindale ordered that

> [t]he Defendants Morgan Jack, Datalink Technologies Gateways Inc. and Datalink Technologies Gateways LLC (the "Datalink Defendants") cease operating or carrying on business through any website, including those contained in Schedule "A" and all associated pages, subpages and subdirectories, and that these Defendants immediately take down all such websites, until further order of this court. ["December 2012 Order"]

The December 2012 Order gives Equustek more than the injunctive relief it sought in its originating claim. Rather than simply ordering the modification of Datalink websites, the December 2012 Order requires the ceasing of website business altogether. In our view, little incentive remains for Equustek to return to court to seek a lesser injunctive remedy. This is evidenced by Equustek's choice to not seek default judgment during the roughly five years which have passed since it was given leave to do so.

[63] As for the Google Order, it provides Equustek with an additional remedy, beyond the December 2012 Order and beyond what was sought in its original claim. In our view, granting of the Google Order further erodes any remaining incentive for Equustek to proceed with the underlying action. The effects of the Google Order are final in nature. Respectfully, the pending litigation assumed by our colleague Abella J. is a fiction. The Google Order, while interlocutory in form, is final in effect. Thus, it gives Equustek more relief than it sought.

[64] Procedurally, Equustek requested an interlocutory order in the course of its litigation with Datalink. While Equustek's action against Datalink could technically endure indefinitely (P. G. Fraser, J. W. Horn and S. A. Griffin, The Conduct of Civil Litigation in British Columbia (2nd ed. (loose-leaf)), at § 14.1) — and thus the interlocutory status of the injunction could technically endure indefinitely — it does not follow that the Google Order should be considered interlocutory. Courts of equity look to substance over form, because "a dogged devotion to form has often resulted in injustice" (John Deere Ltd. v. Firdale Farms Ltd. (1987), 45 D.L.R. (4th) 641 (Man. C.A.), at p. 645). In Parkin v. Thorold (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, at p. 701, Lord Romilly explained it thus:

> . . . Courts of Equity make a distinction in all cases between that which is matter of substance and that which is matter of form; and if [they do] find that by insisting on the form, the substance will be defeated, [they hold] it to be inequitable to allow a person to insist on such form, and thereby defeat the substance.

In our view, the substance of the Google Order amounts to a final remedy. As such, it provides Equustek with more equitable relief than it sought against Datalink, and amounts to final resolution via Google. It is, in effect, a permanent injunction.

[65] Following RJR — MacDonald (at pp. 338-39), an extensive review of the merits is therefore required at the first stage of the analysis (Schooff v. British Columbia (Medical Services Commission), 2010 BCCA 396, 323 D.L.R. (4th) 680, at paras. 26-27). Yet this was not done. When Justice Fenlon considered Equustek's application for an interim injunction enjoining Google to cease indexing or referencing Datalink's websites, she did not conduct an extensive review of the merits. She did however note that Equustek had raised an arguable case, and that Datalink was presumed to have admitted the allegations when its defenses were struck (para. 151). The rule is not immutable that if a statement of defense is struck, the defendant is deemed to have admitted the allegations contained in the statement of claim. While the facts relating to Datalink's liability are deemed to be admitted, the court can still exercise its discretion in assessing Equustek's claims (McIsaac v. Healthy Body Services Inc., 2009 BCSC 1716, at paras. 42 and 44 (CanLII); Plouffe v. Roy, 2007 CanLII 37693 (Ont. S.C.J.), at para. 53; Spiller v. Brown (1973), 43 D.L.R. (3d) 140 (Alta. S.C. (App. Div.)), at p. 143). Equustek has avoided such an assessment. Thus, an extensive review of the merits was not carried out.

[66] The Google Order also does not meet the test for a permanent injunction. To obtain a permanent injunction, a party is required to establish: (1) its legal rights; (2) that damages are an inadequate remedy; and (3) that there is no impediment to the court's discretion to grant an

injunction (1711811 Ontario Ltd. v. Buckley Insurance Brokers Ltd., 2014 ONCA 125, 371 D.L.R. (4th) 643, at paras. 74-80; Spry, at pp. 395 and 407-8). Equustek has shown the inadequacy of damages (damages are ascertainable but unlikely to be recovered, and the wrong is continuing). However, in our view, it is unclear whether the first element of the test has been met. Equustek's claims were supported by a good prima facie case, but it was not established that Datalink designed and sold counterfeit versions of its product, or that this resulted in trademark infringement and unlawful appropriation of trade secrets.

[67] In any case, the discretionary factors affecting the grant of an injunction strongly favour judicial restraint. As we will outline below, the Google Order enjoins a non-party, yet Google has not aided or abetted Datalink's wrongdoing; it holds no assets of Equustek's, and has no information relevant to the underlying proceedings. The Google Order is mandatory and requires court supervision. It has not been shown to be effective, and Equustek has alternative remedies.

B. Google Is a Non-Party

[68] A court order does not "technically" bind non-parties, but "anyone who disobeys the order or interferes with its purpose may be found to have obstructed the course of justice and hence be found guilty of contempt of court" (MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson, [1996] 2 S.C.R. 1048, at paras. 23 and 27). In MacMillan Bloedel, the injunction prohibiting named individuals from blocking a logging road also caused non-parties to face contempt proceedings for doing the act prohibited by the injunction.

[69] The instant case is not one where a non-party with knowledge of a court order deliberately disobeyed it and thereby deprecated the court's authority. Google did not carry out the act prohibited by the December 2012 Order. The act prohibited by the December 2012 Order is Datalink "carrying on business through any website". That act occurs whenever Datalink launches websites to carry out business — not when other parties, such as Google, make it known that such websites exist.

[70] There is no doubt that non-parties also risk contempt proceedings by aiding and abetting the doing of a prohibited act (Seaward v. Paterson, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.); D. Bean, A. Burns and I. Parry, Injunctions (11th ed. 2012), at para. 9-08). Lord Denning said in Acrow (Automation) Ltd. v. Rex Chainbelt Inc., [1971] 1 W.L.R. 1676 (C.A.), at p. 1682:

> It has long been held that the court has jurisdiction to commit for contempt a person, not a party to the action, who, knowing of an injunction, aids and abets the defendant in breaking it. The reason is that by aiding and abetting the defendant, he is obstructing the course of justice.

[71] In our view, Google did not aid or abet the doing of the prohibited act. Equustek alleged that Google's search engine was facilitating Datalink's ongoing breach by leading customers to Datalink websites (Fenlon J.'s reasons, at para. 10). However, the December 2012 Order was to cease carrying on business through any website. That Order was breached as soon as Datalink established a website to conduct its business, regardless of how visible that website might be through Google searches. If Equustek's argument were accepted, the scope of "aids and abets" would, in our view, become overbroad. It might include the companies supplying Datalink with the material to produce the derivative products, the companies delivering the products, or as Google argued in its factum, it might also include the local power company that delivers power to Datalink's physical address. Critically, Datalink breached the December 2012 Order simply by launching websites to carry out business, regardless of whether Google searches ever reveal the websites.

[72] We agree with our colleague Justice Abella that Mareva injunctions and Norwich orders can operate against non-parties. However, we respectfully disagree that the Google Order is similar in nature to those remedies. Mareva injunctions are granted to freeze assets until the completion of a trial — they do not enforce a plaintiff's substantive rights (Mercedes Benz, at p. 302). In contrast, the Google Order enforces Equustek's asserted intellectual property rights by seeking to minimize harm to those rights. It does not freeze Datalink's assets (and, in fact, may erode those assets).

[73] Norwich orders are made to compel information from third parties. In Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners, [1974] A.C. 133 (H.L.), at p. 175, Lord Reid identified

> a very reasonable principle that if through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrong-doing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers.

Lord Reid found that "without certain action on [Customs'] part the infringements could never have been committed" (p. 174). In spite of this finding, the court did not require Customs to take specific action to prevent importers from infringing the patent of Norwich Pharmacal; rather the court issued a limited order compelling Customs to disclose the names of importers. In Cartier, the court analogized from Norwich to support an injunction requiring Internet service providers ("ISPs") to block access to trademark-infringing websites because "it is via the ISPs' services" that customers view and purchase the infringing material (para. 155). That injunction did not extend to parties merely assisting in finding the websites.

[74] In the case at bar, we are of the view that Google does not play a role in Datalink's breach of the December 2012 Order. Whether or not the December 2012 Order is violated does not hinge on the degree of success of the prohibited website business. Rather, the December 2012 Order is violated merely by Datalink conducting business through a website, regardless of the visibility of that website or the number of customers that visit the website. Thus Google does not play a role analogous to Customs in Norwich nor the ISPs in Cartier. And unlike the order in Norwich, the Google Order compels positive action aimed at the illegal activity rather than simply requiring the provision of information to the court.

C. The Google Order Is Mandatory

[75] While the distinction between mandatory and prohibitive injunctions has been questioned (see National Commercial Bank of Jamaica Ltd. v. Olint Corp., [2009] 1 W.L.R. 1405 (P.C.), at para. 20), courts have rightly, in our view, proceeded cautiously where an injunction requires the defendant to incur additional expenses to take positive steps (Redland Bricks Ltd. v. Morris, [1970] A.C. 652 (H.L.), at pp. 665 66; J. Berryman, The Law of Equitable Remedies (2nd ed. 2013), at pp. 199-200). Also relevant to the decision of whether to grant a mandatory injunction is whether it might require continued supervision by the courts, especially where the terms of the order cannot be precisely drawn and where it may result in wasteful litigation over compliance (Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd., [1998] A.C. 1 (H.L.)).

[76] The Google Order requires ongoing modification and supervision because Datalink is launching new websites to replace de-listed ones. In fact, the Google Order has been amended at least seven times to capture Datalink's new sites (orders dated November 27, 2014; April 22, 2015; June 4, 2015; July 3, 2015; September 15, 2015; January 12, 2016 and March 30, 2016). In our view, courts should avoid granting injunctions that require such cumbersome court-supervised updating.

D. The Google Order Has Not Been Shown to Be Effective

[77] A court may decline to grant an injunction on the basis that it would be futile or ineffective in achieving the purpose for which it is sought (Spry, at pp. 419 20; Berryman, at p. 113). For example, in Attorney General v. Observer Ltd., [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), the Spycatcher memoirs of an M.I.5 agent were already readily available, thus making a perpetual injunction against publication by the defendant newspapers ineffective.

[78] In our view, the Google Order is not effective in enforcing the December 2012 Order. It is recalled that the December 2012 Order requires that Datalink "cease operating or carrying on business through any website" - it says nothing about the visibility or success of the website

business. The December 2012 Order is violated as soon as Datalink launches websites to carry on business, regardless of whether those websites appear in a Google search. Moreover, the Google Order does not assist Equustek in modifying the Datalink websites, as Equustek sought in its originating claim for injunctive relief.

[79] The most that can be said is that the Google Order might reduce the harm to Equustek which Fenlon J. found "Google is inadvertently facilitating" (para. 152). But it has not been shown that the Google Order is effective in doing so. As Google points out, Datalink's websites can be found using other search engines, links from other sites, bookmarks, email, social media, printed material, word-of-mouth, or other indirect means. Datalink's websites are open for business on the Internet whether Google searches list them or not. In our view, this lack of effectiveness suggests restraint in granting the Google Order.

[80] Moreover, the quest for elusive effectiveness led to the Google Order having worldwide effect. This effect should be taken into consideration as a factor in exercising discretion. Spry explains that territorial limitations to equitable jurisdiction are "to some extent determined by reference to questions of effectiveness and of comity" (p. 37). While the worldwide effect of the Google Order does not make it more effective, it could raise concerns regarding comity.

E. Alternatives Are Available

[81] Highlighting the lack of effectiveness are the alternatives available to Equustek. An equitable remedy is not required unless there is no other appropriate remedy at law (Spry, at pp. 402-3). In our view, Equustek has an alternative remedy in law. Datalink has assets in France. Equustek sought a world-wide Mareva injunction to freeze those assets, but the Court of Appeal for British Columbia urged Equustek to pursue a remedy in French courts: "At present, it appears that the proposed defendants reside in France. . . . The information before the Court is that French courts will assume jurisdiction and entertain an application to freeze the assets in that country" (2016 BCCA 190, 88 B.C.L.R. (5th) 168, at para. 24). We see no reason why Equustek cannot do what the Court of Appeal urged it to do. Equustek could also pursue injunctive relief against the ISPs, as was done in Cartier, in order to enforce the December 2012 Order. In addition, Equustek could initiate contempt proceedings in France or in any other jurisdiction with a link to the illegal websites.

III. Conclusion

[82] For these reasons, we are of the view that the Google Order ought not to have been granted. We would allow the appeal and set aside the June 13, 2014 order of the Supreme Court of British Columbia.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the respondents: Robert Fleming Lawyers, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitor for the intervener the OpenMedia Engagement Network: Cynthia Khoo, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Reporters Committee for Freedom of the Press, the American Society of News Editors, the Association of Alternative Newsmedia, The Center for Investigative Reporting, Dow Jones & Company, Inc., the First Amendment Coalition, First Look Media Works, Inc., the New England First Amendment Coalition, the News Media Alliance (formerly known as the Newspaper Association of America), AOL Inc., the California Newspaper Publishers Association, The Associated Press, The Investigative Reporting Workshop at American University, the Online News Association and the Society of Professional Journalists: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners Human Rights Watch, ARTICLE 19, Open Net (Korea), the Software Freedom Law Centre and the Center for Technology and Society: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Wikimedia Foundation: McInnes Cooper, Halifax.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Electronic Frontier Foundation: MacPherson Leslie & Tyerman, Vancouver; Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the interveners the International Federation of the Phonographic Industry, Music Canada, the Canadian Publishers' Council, the Association of Canadian Publishers, the International Confederation of Societies of Authors and Composers, the International Confederation of Music Publishers and the Worldwide Independent Network: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the International Federation of Film Producers Associations: MacKenzie Barristers, Toronto.

Kanada - Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269

SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269

DATE: 20111019

DOCKET: 33412

BETWEEN:

Wayne Crookes and West Coast Title Search Ltd.

Appellants

and

Jon Newton

Respondent

- and -

Canadian Civil Liberties Association, Samuelson-Glushko

Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic,

NetCoalition, British Columbia Civil Liberties Association,

Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media

Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian

Journalists for Free Expression, Writers' Union of Canada,

Professional Writers Association of Canada,

PEN Canada and Canadian Publishers' Council

Interveners

CORAM: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: Abella J. (Binnie, LeBel, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. concurring)

(paras. 1 to 45)

JOINT CONCURRING REASONS: McLachlin C.J. and Fish J.

(paras. 46 to 53)

REASONS CONCURRING IN THE RESULT: Deschamps J.

(paras. 54 to 130)

Crookes v. Newton, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269

Wayne Crookes and West Coast Title Search Ltd. Appellants

v.

Jon Newton Respondent

and

Canadian Civil Liberties Association, Samuelson-Glushko
Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic,
NetCoalition, British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media
Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian
Journalists for Free Expression, Writers' Union of Canada,
Professional Writers Association of Canada,
PEN Canada and Canadian Publishers' Council Interveners

Indexed as: Crookes v. Newton

2011 SCC 47

File No.: 33412.

2010: December 7; 2011: October 19.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts - Libel and slander - Publication - Internet - Defendant creating hyperlinks to allegedly defamatory articles - Whether hyperlinking, in and of itself, constitutes publication.

N owns and operates a website in British Columbia containing commentary about various issues, including free speech and the Internet. One of the articles he posted on it contained shallow and deep hyperlinks to other websites, which in turn contained information about C. C sued N on the basis that two of the hyperlinks he created connected to defamatory material, and that by using those hyperlinks, N was publishing the defamatory information. At trial, the judge concluded that the mere creation of a hyperlink in a website does not lead to a presumption that someone actually used the hyperlink to access the impugned words. The judge agreed that hyperlinks were analogous to footnotes since they only refer to another source without repeating it. Since there was no repetition, there was no publication. Furthermore, in the absence of evidence that anyone other than C used the links and read the words to which they linked, there could not be a finding of publication. A majority of the Court of Appeal upheld the decision, finding that while some words in an article may suggest that a particular hyperlink is an encouragement or invitation to view the impugned site, there was no such encouragement or invitation in this case. In addition, the number of "hits" on the article itself was an insufficient basis for drawing an inference in this case that a third party had read the defamatory words. The dissenting judge held that there was publication. The fact that N's website had been viewed 1,788 times made it unlikely that no one had followed the hyperlinks and read the impugned article. Furthermore, the context of the article suggested that readers were encouraged or invited to click on the links.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: To prove the publication element of defamation, a plaintiff must establish that the defendant has, by any act, conveyed defamatory meaning to a single third party who has received it. Traditionally, the form the defendant's act takes and the manner in which it assists in causing the defamatory content to reach the third party are irrelevant. Applying this traditional rule to hyperlinks, however, would have the effect of creating a presumption of liability for all hyperlinkers. This would seriously restrict the flow of information on the Internet and, as a result, freedom of expression.

Hyperlinks are, in essence, references, which are fundamentally different from other acts of "publication". Hyperlinks and references both communicate that something exists, but do not, by themselves, communicate its content. They both require some act on the part of a third party before he or she gains access to the content. The fact that access to that content is far easier with hyperlinks than with footnotes does not change the reality that a hyperlink, by itself, is content-neutral. Furthermore, inserting a hyperlink into a text gives the author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked.

A hyperlink, by itself, should never be seen as "publication" of the content to which it refers. When a person follows a hyperlink to a secondary source that contains defamatory words, the actual creator or poster of the defamatory words in the secondary material is the person who is publishing the libel. Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be "published" by the hyperlinker.

Here, nothing on N's page is itself alleged to be defamatory. Since the use of a hyperlink cannot, by itself, amount to publication even if the hyperlink is followed and the defamatory content is accessed, N has not published the defamatory content and C's action cannot succeed.

Per McLachlin C.J. and Fish J.: The reasons of the majority are agreed with substantially. However, a hyperlink should constitute publication if, read contextually, the text that includes the hyperlink constitutes adoption or endorsement of the specific content it links to. A mere general reference to a Web site is not enough to find publication.

Per Deschamps J.: Excluding hyperlinks from the scope of the publication rule is an inadequate solution to the novel issues raised by the Internet. This blanket exclusion exaggerates the difference between references and other acts of publication, and treats all references, from footnotes to hyperlinks, alike, thereby disregarding the fact that references vary greatly in how they make defamatory information available to third parties and, consequently, in the harm they can cause to people's reputations.

In the common law of defamation, publication has two components: (1) an act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form, and (2) the receipt of the information by a third party in such a way that it is understood.

In the context of Internet hyperlinks, a simple reference, absent evidence that someone actually viewed and understood the defamatory information to which it directs third parties, is not publication of that content. In order to satisfy the requirements of the first component of publication, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, that the hyperlinker performed a deliberate act that made defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form. An act is deliberate if the defendant played more than a passive instrumental role in making the information available. In determining whether hyperlinked information is readily available, a court should consider a number of factors, including whether the hyperlink is user-activated or automatic, whether it is a shallow or a deep link, and whether the linked information is available to the general public (as opposed to being restricted). Any matter that has a bearing on the ease with which the referenced information could be accessed will be relevant to the inquiry.

For an action in defamation to succeed, the plaintiff must also satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely that a third party received and understood the defamatory information. This requirement can be satisfied either by adducing direct evidence or by asking the court to draw an inference based on, notably, whether the link was user-activated or automatic; whether it was a deep or a shallow link; whether the page contained more than one hyperlink and, if so, where the impugned link was located in relation to others; the context in which the link was presented to users; the number of hits on the page containing the hyperlink; the number of hits on the page containing the linked information (both before and after the page containing the link was posted); whether access to the Web sites in question was general or restricted; whether changes were made to the linked information and, if so, how they correlate with the number of hits on the page containing that information; and evidence concerning the behaviour of Internet users. Once the plaintiff establishes prima facie liability for defamation, the defendant can invoke any available defences.

Here, N acted as more than a mere conduit in making the hyperlinked information available. His action was deliberate. However, having regard to the totality of the circumstances, it cannot be inferred that the first, shallow hyperlink made the defamatory content readily available. The various articles were not placed on the other site's home page and they had separate addresses. The fact that the reader had to take further action in order to find the defamatory

material constituted a meaningful barrier to the receipt, by a third party, of the linked information. The second, deep hyperlink, however, did make the content readily available. All the reader had to do to gain access to the article was to click on the link, which does not constitute a barrier to the availability of the material. Thus, C has satisfied the requirements of the first component of publication on a balance of probabilities where this link is concerned. However, the nature of N's article, the way the various links were presented and the number of hits on the article do not support an inference that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. The defamation action with respect to either of the impugned hyperlinks cannot succeed.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: McNichol v. Grandy, [1931] S.C.R. 696; approved: Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn., 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; referred to: Grant v. Torstar Corp., 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; Gaskin v. Retail Credit Co., [1965] S.C.R. 297; Stanley v. Shaw, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General) (1997), 164 N.S.R. (2d) 161, aff'd in part (1999), 173 N.S.R. (2d) 341; "Truth" (N.Z.) Ltd. v. Holloway, [1960] 1 W.L.R. 997; Lambert v. Thomson, [1937] O.R. 341; Pullman v. Walter Hill & Co., [1891] 1 Q.B. 524; R. v. Clerk (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; Hird v. Wood (1894), 38 S.J. 234; Buchanan v. Jennings, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; Polson v. Davis, 635 F.Supp. 1130 (1986), aff'd 895 F.2d 705 (1990); Crain v. Lightner, 364 S.E.2d 778 (1987); Spike v. Golding (1895), 27 N.S.R. 370; Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; Vizetelly v. Mudie's Select Library, Ltd., [1900] 2 Q.B. 170; Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith and Son Ltd. (1934), 150 L.T. 211; Bunt v. Tilley, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtechnica Corpn., [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; Klein v. Biben, 296 N.Y. 638 (1946); MacFadden v. Anthony, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (1997); Barrett v. Rosenthal, 146 P.3d 510 (2006); Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC, 521 F.3d 1157 (2008); Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130; WIC Radio Ltd. v.

Simpson, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997); Barrick Gold Corp. v. Lopehandia (2004), 71 O.R. (3d) 416; Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd., [1995] 3 S.C.R. 3; Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd., [1944] A.C. 116; Butler v. Southam Inc., 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc., 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214.

By McLachlin C.J. and Fish J.

Referred to: Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130.

By Deschamps J.

Applied: McNichol v. Grandy, [1931] S.C.R. 696; **referred to:** WIC Radio Ltd. v. Simpson, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; Grant v. Torstar Corp., 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; Gaskin v. Retail Credit Co., [1965] S.C.R. 297; Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130; Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; Gambrill v. Schooley, 93 Md. 48 (1901); Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn., 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1; MacFadden v. Anthony, 117 N.Y.S.2d 520 (1952); Klein v. Biben, 296 N.Y. 638 (1946); Lambert v. Thomson, [1937] O.R. 341; Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd., [1995] 3 S.C.R. 3; Day v. Bream (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212; R. v. Clerk (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207; Godfrey v. Demon Internet Ltd., [1999] 4 All E.R. 342; Dow Jones & Co. v. Gutnick, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575; Stanley v. Shaw, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186; Smith v. Matsqui (Dist.) (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342; Wilson v. Meyer, 126 P.3d 276 (2005); Pond v. General Electric Co., 256 F.2d 824 (1958); Scott v. Hull, 259 N.E.2d 160 (1970); Byrne v. Deane, [1937] 1 K.B. 818; Hellar v. Bianco, 244 P.2d 757 (1952); Tacket v. General Motors Corp., 836 F.2d 1042 (1987); Urbanchich v. Drummoyne Municipal Council (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127; Frawley v. State of New South Wales, [2007] NSWSC 1379 (AustLII); Underhill v. Corser, [2010] EWHC 1195 (BAILII); Bunt v. Tilley, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336; Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtechnica Corpn., [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743; Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (1997); Barrett v. Rosenthal,

146 P.3d 510 (2006); Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC, 521 F.3d 1157 (2008); Islam Expo Ltd. v. The Spectator (1828) Ltd., [2010] EWHC 2011 (BAILII); Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359.

Statutes and Regulations Cited

Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. §230 (1996).

Libel and Slander Act, R.S.B.C. 1996, c. 263, s. 2.

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 18A.

Authors Cited

Balkin, Jack M. "The Future of Free Expression in a Digital Age" (2009), 36 Pepp. L. Rev. 427.

Baynham, Bryan G., and Daniel J. Reid. "The Modern-Day Soapbox: Defamation in the Age of the Internet", in Defamation Law: Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2010.

Boivin, Denis W. "Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation" (1996-1997), 22 Queen's L.J. 229.

Brown, Raymond E. Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States, vols. 1 and 2, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2011, release 3).

Collins, Matthew. The Law of Defamation and the Internet, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2010.

Dalal, Anjali. "Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet" (2011), 13 U. Pa. J. Const. L. 1017.

Danay, Robert. "The Medium is not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation" (2010), 56 McGill L.J. 1.

Gatley on Libel and Slander, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.

Iacobucci, Frank. “Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology” (1999), 48 U.N.B.L.J. 189.

Klar, Lewis N. Tort Law, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2008.

Lidsky, Lyrissa Barnett. “Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace” (2000), 49 Duke L.J. 855.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. Canadian Tort Law, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006.

Lindsay, David. Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet, Research Paper No. 10. Melbourne: University of Melbourne, Centre for Media, Communications and Information Technology Law, 2000.

Osborne, Philip H. The Law of Torts, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Ross, June. “The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the Charter” (1996), 35 Alta. L. Rev. 117.

Sableman, Mark. “Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years” (2001), 16 Berkeley Tech. L.J. 1273.

Streeter, Jeremy. “The ‘Deception Exception’: A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law” (2003), 61 U.T. Fac. L. Rev. 79.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Prowse, Saunders and Bauman JJ.A.), 2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315, 311 D.L.R. (4th) 647, 276 B.C.A.C. 105, 468 W.A.C. 105, 69 C.C.L.T. (3d) 66, [2010] 2 W.W.R. 271, [2009] B.C.J. No. 1832 (QL), 2009 CarswellBC 2401, affirming a decision of Kelleher J., 2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395, 61 C.C.L.T. (3d) 148, [2009] 1 W.W.R. 482, [2008] B.C.J. No. 2012 (QL), 2008 CarswellBC 2237. Appeal dismissed.

Donald J. Jordan, Q.C., and Robert A. Kasting, for the appellants.

Daniel W. Burnett and Harvey S. Delaney, for the respondent.

Wendy Matheson, Andrew Bernstein and Molly Reynolds, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Richard G. Dearden and Wendy J. Wagner, for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

William C. McDowell, Marguerite F. Ethier and Naomi D. Loewith, for the intervener NetCoalition.

Roy W. Millen, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Robert S. Anderson, Q.C., and Ludmila B. Herbst, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, PEN Canada and the Canadian Publishers' Council.

The judgment of Binnie, LeBel, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. - To succeed in an action for defamation, the plaintiff must prove on a balance of probabilities that the defamatory words were published, that is, that they were "communicated to at least one person other than the plaintiff" (Grant v. Torstar Corp., 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 28).

[2] A hyperlink is a device routinely used in articles on the Internet whereby a word or phrase is identified, often with underlining, as being a portal to additional, related information. Clicking on the hyperlink connects the reader to that information.

[3] The legal issue in this appeal is whether hyperlinks that connect to allegedly defamatory material can be said to "publish" that material.

I. Background

[4] Wayne Crookes is the President and sole shareholder of West Coast Title Search Ltd. He brought a series of lawsuits against those he claimed were responsible for allegedly defamatory articles published on a number of websites, arguing that the articles represented a "smear campaign" against him and other members of the Green Party of Canada.

[5] Jon Newton owns and operates a website in British Columbia containing commentary about various issues, including free speech and the Internet. One of the articles he posted on it was called "Free Speech in Canada". The article contained hyperlinks to other websites, which in turn contained information about Mr. Crookes.

[6] Mr. Crookes sued Mr. Newton on the basis that two of the hyperlinks he created connected to defamatory material, and that by using those hyperlinks, Mr. Newton was publishing the defamatory information. One was a "shallow" hyperlink, which takes the reader to a webpage

where articles are posted, and the other was a "deep" hyperlink, which takes the reader directly to an article (Matthew Collins, The Law of Defamation and the Internet (3rd ed. 2010), at para. 2.43). Both shallow and deep hyperlinks require the reader to click on the link in order to be taken to the content.

[7] The two hyperlinks, identified by underlining, were in the following excerpt from Mr. Newton's posting:

> Under new developments, . . . I've just met Michael Pilling, who runs OpenPolitics.ca. Based in Toronto, he, too, is being sued for defamation. This time by politician Wayne Crookes.
>
> We've decided to pool some of our resources to focus more attention on the appalling state of Canada's ancient and decrepit defamation laws and tomorrow, p2pnet will run a post from Mike [Pilling] on his troubles. He and I will also be releasing a joint press statement in the very near future. [A.R., at p. 125]

[8] OpenPolitics.ca was hyperlinked to the Open Politics website where several articles were posted and were said by Mr. Crookes to be defamatory. Wayne Crookes was hyperlinked to an allegedly defamatory article called "Wayne Crookes", published anonymously on the website www.USGovernetics.com.

[9] Mr. Crookes wrote to Mr. Newton asking him to remove the two hyperlinks. When he got no response, Mr. Crookes' lawyer wrote to Mr. Newton, repeating the request. Mr. Newton refused to remove the hyperlinks.

[10] Mr. Crookes sued Mr. Newton for defamation in British Columbia. He did not allege that anything on Mr. Newton's webpage was itself defamatory. Rather, he argued that by creating hyperlinks to the allegedly defamatory articles, or by refusing to remove those hyperlinks when told of their defamatory character, Mr. Newton himself became a publisher of the articles. By then, Mr. Newton's article had been "viewed" 1,788 times. There is no information in the record about whether, or how many times, the hyperlinks themselves had been clicked on or followed.

[11] At trial, Kelleher J. concluded that the mere creation of a hyperlink in a website does not lead to a presumption that someone actually used the hyperlink to access the impugned words (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395). He agreed with Mr. Newton's submission that hyperlinks were analogous to footnotes since they only refer to another source without repeating it. Since there was no repetition, there was no publication. And in the absence of evidence that

anyone other than Mr. Crookes used the links and read the words to which they linked, there could not be a finding of publication.

[12] In the Court of Appeal, Saunders J.A., with whom Bauman J.A. concurred, held that the appeal should be dismissed (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). Agreeing with the trial judge, she found that reference to an article containing defamatory comments without repetition of the comments themselves is analogous to a footnote or a card index in a library and should not be found to constitute republication of the defamation. While some words in an article may suggest that a particular hyperlink is an "encouragement or invitation" to view the impugned site, she saw no such encouragement or invitation in this case. She also refused to accept that the number of "hits" on the article itself was a sufficient basis for drawing an inference that a third party had read the defamatory words (paras. 89 and 92).

[13] Prowse J.A. dissented. While she agreed that the mere fact that Mr. Newton had created hyperlinks to the impugned sites did not make him a publisher of the material found at the hyperlinked sites, she did not accept the "footnote analogy" as being dispositive of the publication issue (para. 60). In her view, the fact that Mr. Newton's website had been viewed 1,788 times made it "unlikely" that no one had followed the hyperlinks and read the impugned articles (para. 70). Moreover, the context of Mr. Newton's article suggests that readers were in fact encouraged or invited to click on the links. In her view, therefore, there was publication.

[14] In British Columbia, pursuant to the Libel and Slander Act, R.S.B.C. 1996, c. 263, publication is deemed to have occurred in certain situations. There is, however, no such presumption in relation to material published on the Internet. Nonetheless, Mr. Crookes argued that when a hyperlink has been inserted on a webpage, it should be presumed that the content to which the hyperlink connects has been brought to the knowledge of a third party and has therefore been published. For the reasons that follow, I would not only reject such a presumption, I would conclude that a hyperlink, by itself, should never be seen as "publication" of the content to which it refers.

[15] Mr. Crookes also complains that the Court of Appeal imposed too high a burden of proof, essentially requiring direct evidence that a third party followed the hyperlink to the allegedly defamatory content. This, he claims, deprives him of the ability to rely on an inference that at least one person followed one of the impugned hyperlinks to the allegedly defamatory content, and that the defamatory meaning has therefore been published. (See Gaskin v. Retail Credit Co., [1965] S.C.R. 297.) In view of my conclusion that hyperlinking is not, in and of itself, publication, there is no need to address this argument.

II. Analysis

[16] To prove the publication element of defamation, a plaintiff must establish that the defendant has, by any act, conveyed defamatory meaning to a single third party who has received it (McNichol v. Grandy, [1931] S.C.R. 696, at p. 699). Traditionally, the form the defendant's act takes and the manner in which it assists in causing the defamatory content to reach the third party are irrelevant:

> There are no limitations on the manner in which defamatory matter may be published. Any act which has the effect of transferring the defamatory information to a third person constitutes a publication.
>
> (Stanley v. Shaw, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, at para. 5, citing Raymond E. Brown, The Law of Defamation in Canada (2nd ed.), vol. 1, at No. 7.3.)

See also Hiltz and Seamone Co. v. Nova Scotia (Attorney General) (1997), 164 N.S.R. (2d) 161 (S.C.), at para. 21, aff'd in part (1999), 173 N.S.R. (2d) 341 (C.A.); Grant, at para. 119; "Truth" (N.Z.) Ltd. v. Holloway, [1960] 1 W.L.R. 997 (P.C.); Lambert v. Thomson, [1937] O.R. 341 (C.A.), per Rowell C.J.O.; Pullman v. Walter Hill & Co., [1891] 1 Q.B. 524 (C.A.), at p. 527, per Lord Esher M.R.

[17] Mr. Crookes argues that, under this definition, a person who includes a hyperlink on a webpage has "published" any defamatory remarks to which the hyperlink leads, because that person has done an act which "has the effect of transferring the defamatory information" to any third person who clicks on the link.

[18] Under this sole disseminator/sole reader paradigm, the breadth of activity captured by the traditional publication rule is vast. In R. v. Clerk (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, for example, a printer's servant, whose only role in an act of publication was to "clap down" the printing press, was found responsible for the libels contained in that publication, despite the fact that he was not aware of the contents (p. 207). In Hird v. Wood (1894), 38 S.J. 234 (C.A.), pointing at a sign displaying defamatory words was held to be evidence of publication. Other cases have also held that acts merely facilitating communication can amount to publication: see, e.g., Buchanan v. Jennings, [2004] UKPC 36, [2005] 1 A.C. 115; Polson v. Davis, 635 F.Supp. 1130 (D. Kan. 1986), aff'd 895 F.2d 705 (10th Cir. 1990); Crain v. Lightner, 364 S.E.2d 778 (W. Va. 1987), at p. 785; and Spike v. Golding (1895), 27 N.S.R. 370 (S.C. in banco). And in McNichol v. Grandy, the defendant was found to be liable when he raised his voice and made defamatory statements that were overheard by someone in another room.

[19] The publication rule has also captured the following range of conduct:

> [The defamatory meaning] may be communicated directly by the defendant either orally, or in some written or printed form, or by way of a symbolic ceremony, dramatic pantomime, mime, brochure, gesture, handbill, letter, photograph, placard, poster, sign, or cartoon. It may be inscribed on a blackboard, posted on a mirror or a telephone pole, or placed on the wall of a building or the gable wall of the defendant's property, or on the front of a cheque, or entered in a database, or accessed on or downloaded from a website on the internet. It may appear on an ariel banner flown behind an airplane, or someone's attention may be drawn by the defendant to a poster, or a defamatory writing already in circulation. A third person may be given access to defamatory material, or defamatory matter may be left in a place where others can see it, or the defendant may request others to go to a place where the defamatory information is available to see and read it, or it may be set into motion as a result of the defendant's death. In each case there is a publication. [Footnotes omitted.]
>
> (Raymond E. Brown, Brown on Defamation (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 7.3)

[20] Defendants obtained some relief from the rule's significant breadth with the development of the "innocent dissemination" defence, which protects "those who play a secondary role in the distribution system, such as news agents, booksellers, and libraries": Allen M. Linden and Bruce Feldthusen, Canadian Tort Law (8th ed. 2006), at pp. 783-84; see also Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 ("SOCAN"), at para. 89; Philip H. Osborne, The Law of Torts (4th ed. 2011), at p. 411. Such "subordinate distributors" may escape liability by showing that they "have no actual knowledge of an alleged libel, are aware of no circumstances to put them on notice to suspect a libel, and committed no negligence in failing to find out about the libel" (SOCAN, at para. 89; Vizetelly v. Mudie's Select Library, Ltd., [1900] 2 Q.B. 170 (C.A.), at p. 180; Brown, at para. 7.12(6)(c); and also Sun Life Assurance Co. of Canada v. W. H. Smith and Son Ltd. (1934), 150 L.T. 211 (C.A.), at pp. 212-14).

[21] Recently, jurisprudence has emerged suggesting that some acts are so passive that they should not be held to be publication. In Bunt v. Tilley, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (Q.B.), considering the potential liability of an Internet service provider, the court held that in order to hold someone liable as a publisher, "[i]t is not enough that a person merely plays a passive instrumental role in the process"; there must be "knowing involvement in the process of publication of the relevant words" (para. 23 (emphasis in original); see also Metropolitan

International Schools Ltd. v. Designtechnica Corpn., [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (Q.B.)).

[22] Acknowledging these developments, the question on this appeal is whether a simple reference - like a hyperlink - to defamatory information is the type of act that can constitute publication. Some helpful guidance on this point is available in two American cases. In Klein v. Biben, 296 N.Y. 638 (1946), the New York Court of Appeals decided that a statement saying "For more details about [the plaintiff], see the Washington News Letter in The American Hebrew, May 12, 1944" (p. 639) was not a republication of the May 12 libel.

[23] And in MacFadden v. Anthony, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952), a complaint of defamation was dismissed in a case where a radio host "called attention to [an allegedly defamatory] article in Collier's Magazine" (p. 521). Relying on Klein, the court concluded that referring to the article was neither a republication nor a publication of the libel.

[24] These cases were relied on in Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn., 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, where the plaintiff alleged that, by mentioning the Internet address of an online discussion forum, the publisher of a newsletter was responsible for republishing defamatory comments published on that site. Relying on MacFadden and Klein for the proposition that "reference to an article containing defamatory comment without repetition of the comment itself should not be found to be a republication of such defamatory comment" (para. 12), Hall J.A. held that there was no publication.

[25] I agree with this approach. It avoids a formalistic application of the traditional publication rule and recognizes the importance of the communicative and expressive function in referring to other sources. Applying such a rule to hyperlinks, as the reasons of Justice Deschamps demonstrate, has the effect of creating a presumption of liability for all hyperlinkers, an untenable situation in my view.

[26] A reference to other content is fundamentally different from other acts involved in publication. Referencing on its own does not involve exerting control over the content. Communicating something is very different from merely communicating that something exists or where it exists. The former involves dissemination of the content, and suggests control over both the content and whether the content will reach an audience at all, while the latter does not. Even where the goal of the person referring to a defamatory publication is to expand that publication's audience, his or her participation is merely ancillary to that of the initial publisher: with or without the reference, the allegedly defamatory information has already been made available to the public

by the initial publisher or publishers' acts. These features of references distinguish them from acts in the publication process like creating or posting the defamatory publication, and from repetition.

[27] Hyperlinks are, in essence, references. By clicking on the link, readers are directed to other sources. Hyperlinks may be inserted with or without the knowledge of the operator of the site containing the secondary article. Because the content of the secondary article is often produced by someone other than the person who inserted the hyperlink in the primary article, the content on the other end of the link can be changed at any time by whoever controls the secondary page. Although the primary author controls whether there is a hyperlink and what article that word or phrase is linked to, inserting a hyperlink gives the primary author no control over the content in the secondary article to which he or she has linked. (See David Lindsay, Liability for the Publication of Defamatory Material via the Internet (2000), at pp. 14 and 78-79; Collins, at paras. 2.42 to 2.43 and 5.42.)

[28] These features - that a person who refers to other content generally does not participate in its creation or development - serve to insulate from liability those involved in Internet communications in the United States: see Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. §230 (1996); see also Jack M. Balkin, "The Future of Free Expression in a Digital Age" (2009), 36 Pepp. L. Rev. 427, at pp. 433-34; Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); Barrett v. Rosenthal, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

[29] Although the person selecting the content to which he or she wants to link might facilitate the transfer of information (a traditional hallmark of publication), it is equally clear that when a person follows a link they are leaving one source and moving to another. In my view, then, it is the actual creator or poster of the defamatory words in the secondary material who is publishing the libel when a person follows a hyperlink to that content. The ease with which the referenced content can be accessed does not change the fact that, by hyperlinking, an individual is referring the reader to other content. (See Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 97-102.)

[30] Hyperlinks thus share the same relationship with the content to which they refer as do references. Both communicate that something exists, but do not, by themselves, communicate its content. And they both require some act on the part of a third party before he or she gains access to the content. The fact that access to that content is far easier with hyperlinks than with footnotes does not change the reality that a hyperlink, by itself, is content-neutral - it expresses no opinion, nor does it have any control over, the content to which it refers.

[31] This interpretation of the publication rule better accords with our Court's recent jurisprudence on defamation law. This Court has recognized that what is at stake in an action for defamation is not only an individual's interest in protecting his or her reputation, but also the public's interest in protecting freedom of expression: Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130.

[32] Pre-Charter approaches to defamation law in Canada largely leaned towards protecting reputation. That began to change when the Court modified the "honest belief" element to the fair comment defence in WIC Radio Ltd. v. Simpson, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, and when, in Grant, the Court developed a defence of responsible communication on matters of public interest. These cases recognize the importance of achieving a proper balance between protecting an individual's reputation and the foundational role of freedom of expression in the development of democratic institutions and values (Grant, at para. 1; Hill, at para. 101).

[33] Interpreting the publication rule to exclude mere references not only accords with a more sophisticated appreciation of Charter values, but also with the dramatic transformation in the technology of communications. See June Ross, "The Common Law of Defamation Fails to Enter the Age of the Charter" (1996), 35 Alta. L. Rev. 117; see also Jeremy Streeter, "The 'Deception Exception': A New Approach to Section 2(b) Values and Its Impact on Defamation Law" (2003), 61 U.T. Fac. L. Rev. 79; Denis W. Boivin, "Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation" (1996-1997), 22 Queen's L.J. 229; Lewis N. Klar, Tort Law (4th ed. 2008), at pp. 746-47; Robert Danay, "The Medium is not the Message: Reconciling Reputation and Free Expression in Cases of Internet Defamation" (2010), 56 McGill L.J. 1; the Hon. Frank Iacobucci, "Recent Developments Concerning Freedom of Speech and Privacy in the Context of Global Communications Technology" (1999), 48 U.N.B.L.J. 189; Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997), at p. 870.

[34] The Internet's capacity to disseminate information has been described by this Court as "one of the great innovations of the information age" whose "use should be facilitated rather than discouraged" (SOCAN, at para. 40, per Binnie J.). Hyperlinks, in particular, are an indispensable part of its operation. As Matthew Collins explains, at para. 5.42:

> Hyperlinks are the synapses connecting different parts of the world wide web. Without hyperlinks, the web would be like a library without a catalogue: full of information, but with no sure means of finding it.

(See also Lindsay, at pp. 78-79; Mark Sableman, "Link Law Revisited: Internet Linking Law at Five Years" (2001), 16 Berkeley Tech. L.J. 1273, at p. 1276.)

[35] The centrality of the role of hyperlinks in facilitating access to information on the Internet was also compellingly explained by Anjali Dalal in "Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet" (2011), 13 U. Pa. J. Const. L. 1017:

> Hyperlinks have long been understood to be critical to communication because they facilitate access to information. They provide visitors on one website a way to navigate to internally referenced words, phrases, arguments, and ideas. Under this view, if the Internet is an endless expanse of information where "any person . . . . can become a pamphleteer" then "[h]yperlinks are the paths among websites, creating the bustling street corners for distribution of those pamphlets and inviting passersby to engage more deeply with the issues raised."
>
> . . .
>
> . . . While the concerns motivating cases brought against hyperlinks are often legitimate, limiting the use of links poses a significant danger to communication and future innovation. [Emphasis in original; footnotes omitted; pp. 1019 and 1022.]

[36] The Internet cannot, in short, provide access to information without hyperlinks. Limiting their usefulness by subjecting them to the traditional publication rule would have the effect of seriously restricting the flow of information and, as a result, freedom of expression. The potential "chill" in how the Internet functions could be devastating, since primary article authors would unlikely want to risk liability for linking to another article over whose changeable content they have no control. Given the core significance of the role of hyperlinking to the Internet, we risk impairing its whole functioning. Strict application of the publication rule in these circumstances would be like trying to fit a square archaic peg into the hexagonal hole of modernity.

[37] I do not for a moment wish to minimize the potentially harmful impacts of defamatory speech on the Internet. Nor do I resile from asserting that individuals' reputations are entitled to vigorous protection from defamatory comments. It is clear that "the right to free expression does not confer a licence to ruin reputations" (Grant, at para. 58). Because the Internet is a powerful medium for all kinds of expression, it is also a potentially powerful vehicle for expression that is defamatory. In Barrick Gold Corp. v. Lopehandia (2004), 71 O.R. (3d) 416 (C.A.), at para. 32, Blair J.A. recognized the Internet's "tremendous power" to harm reputation, citing with approval the following excerpt from Lyrissa Barnett Lidsky, "Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace" (2000), 49 Duke L.J. 855, at pp. 863-64:

> Although Internet communications may have the ephemeral qualities of gossip with regard to accuracy, they are communicated through a medium more pervasive than print, and for

> this reason they have tremendous power to harm reputation. Once a message enters cyberspace, millions of people worldwide can gain access to it. Even if the message is posted in a discussion forum frequented by only a handful of people, any one of them can republish the message by printing it or, as is more likely, by forwarding it instantly to a different discussion forum. And if the message is sufficiently provocative, it may be republished again and again. The extraordinary capacity of the Internet to replicate almost endlessly any defamatory message lends credence to the notion that "the truth rarely catches up with a lie". The problem for libel law, then, is how to protect reputation without squelching the potential of the Internet as a medium of public discourse. [Blair J.A.'s emphasis deleted.]

[38] New activities on the Internet and the greater potential for anonymity amplify even further the ease with which a reputation can be harmed online:

> The rapid expansion of the Internet coupled with the surging popularity of social networking services like Facebook and Twitter has created a situation where everyone is a potential publisher, including those unfamiliar with defamation law. A reputation can be destroyed in the click of a mouse, an anonymous email or an ill-timed Tweet.
>
> (Bryan G. Baynham, Q.C., and Daniel J. Reid, "The Modern-Day Soapbox: Defamation in the Age of the Internet", in Defamation Law: Materials prepared for the Continuing Legal Education seminar, Defamation Law 2010 (2010), at p. 3.1.1)

[39] But I am not persuaded that exposing mere hyperlinks to the traditional publication rule ultimately protects reputation. A publication is defamatory if it both refers to the plaintiff and conveys a defamatory meaning: Grant, at para. 28. These inquiries depend, respectively, on whether the words used or "the circumstances attending the publication are such as[] would lead reasonable persons to understand that it was the plaintiff to whom the defendant referred" (Brown, at para. 6.1), and whether the words would "ten[d] to lower a person in the estimation of right-thinking members of society" (Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd., [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 62). Defamatory meaning in the words may be discerned from "all the circumstances of the case, including any reasonable implications the words may bear, the context in which the words are used, the audience to whom they were published and the manner in which they were presented" (Botiuk, at para. 62, citing Brown (2nd ed. 1994), at p. 1-15). (See Brown, at paras. 5.2, 5.4(1)(a) and 6.1; Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd., [1944] A.C. 116 (H.L.); Butler v. Southam Inc., 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc., 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at paras. 63 and 112.)

[40] Where a defendant uses a reference in a manner that in itself conveys defamatory meaning about the plaintiff, the plaintiff's ability to vindicate his or her reputation depends on having access to a remedy against that defendant. In this way, individuals may attract liability for hyperlinking if the manner in which they have referred to content conveys defamatory meaning; not because they have created a reference, but because, understood in context, they have actually expressed something defamatory (Collins, at paras. 7.06 to 7.08 and 8.20 to 8.21). This might be found to occur, for example, where a person places a reference in a text that repeats defamatory content from a secondary source (Carter, at para. 12).

[41] Preventing plaintiffs from suing those who have merely referred their readers to other sources that may contain defamatory content and not expressed defamatory meaning about the plaintiffs will not leave them unable to vindicate their reputations. As previously noted, when a hyperlinker creates a link, he or she gains no control over the content linked to. If a plaintiff wishes to prevent further publications of the defamatory content, his or her most effective remedy lies with the person who actually created and controls the content.

[42] Making reference to the existence and/or location of content by hyperlink or otherwise, without more, is not publication of that content. Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be "published" by the hyperlinker. Such an approach promotes expression and respects the realities of the Internet, while creating little or no limitations to a plaintiff's ability to vindicate his or her reputation. While a mere reference to another source should not fall under the wide breadth of the traditional publication rule, the rule itself and the limits of the one writer/any act/one reader paradigm may deserve further scrutiny in the future.

[43] I am aware that distinctions can be drawn between hyperlinks, such as the deep and shallow hyperlinks at issue in this case, and links that automatically display other content. The reality of the Internet means that we are dealing with the inherent and inexorable fluidity of evolving technologies. As a result, it strikes me as unwise in these reasons to attempt to anticipate, let alone comprehensively address, the legal implications of the varieties of links that are or may become available. Embedded or automatic links, for example, may well prove to be of consequence in future cases, but these differences were not argued in this case or addressed in the courts below, and therefore need not be addressed here.

III. Application

[44] Nothing on Mr. Newton's page is itself alleged to be defamatory. The impugned conduct in this case is Mr. Newton's insertion of hyperlinks on his webpage. Mr. Crookes' argument is

that by linking to webpages and websites containing allegedly defamatory content, Mr. Newton has published that defamatory content. Since in my view the use of a hyperlink cannot, by itself, amount to publication even if the hyperlink is followed and the defamatory content is accessed, Mr. Crookes' action against Mr. Newton cannot succeed. Moreover, even if Mr. Crookes had alleged that Mr. Newton should be understood, in context, to have expressed defamatory meaning, I would agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that the statements containing the impugned hyperlinks on Mr. Newton's page could not be understood, even in context with the hyperlinked documents, to express any opinion - defamatory or otherwise - on Mr. Crookes or the hyperlinked content.

[45] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[46] THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. - We have read the reasons of Deschamps J. and Abella J. While we agree in large part with the reasons of Abella J., we respectfully propose a different formulation of the test for when a hyperlink reference in a text constitutes publication of defamatory matter to which it links.

[47] The question, in legal terms, is when inclusion of a hyperlink in a text constitutes publication of a defamation in the hyperlinked material. Abella J. states that "a hyperlink, by itself, should never be seen as 'publication' of the content to which it refers" (para. 14). As justification, she notes that the hyperlinker has no control over the content referred to; the hyperlinker is not the creator of the content, and the content of the page linked to may change at any time (paras. 26-27). A hyperlink, therefore, is a reference and references are by definition "content-neutral" (para. 30).

[48] Abella J. concludes that "[o]nly when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be 'published' by the hyperlinker" (para. 42). In our view, the combined text and hyperlink may amount to publication of defamatory material in the hyperlink in some circumstances. Publication of a defamatory statement via a hyperlink should be found if the text indicates adoption or endorsement of the content of the hyperlinked text. If the text communicates agreement with the content linked to, then the hyperlinker should be liable for the defamatory content. The defendant

must adopt or endorse the defamatory words or material; a mere general reference to a web site is not enough. Thus, defendants linking approvingly to an innocent Web site that later becomes defamatory would not be liable.

[49] Finding publication in adoption or endorsement of the defamatory material in a Web site is consistent with the general law of defamation. In Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 176, this Court held:

> If one person writes a libel, another repeats it, and a third approves what is written, they all have made the defamatory libel. Both the person who originally utters the defamatory statement, and the individual who expresses agreement with it, are liable for the injury.

[50] In sum, in our view, a hyperlink should constitute publication if, read contextually, the text that includes the hyperlink constitutes adoption or endorsement of the specific content it links to.

[51] It is true that the traditional publication rule does not require the publisher to approve of the material published; he or she must merely communicate that material to a third party. However, the proposed adoption or endorsement standard for references is conceptually different. A mere reference without any adoption or endorsement remains that - a content-neutral reference. Adoption or endorsement of the content accessible by a link in the text can be understood to actually incorporate the defamatory content into the text. Thus, the content of the text comes to include the defamatory content accessed via hyperlink. The hyperlink, combined with the surrounding words and context, ceases to be a mere reference and the content to which it refers becomes part of the published text itself.

[52] We add a final comment, with an eye to future technological changes. Abella J., as noted, states that "a hyperlink, by itself, should never be seen as 'publication' of the content to which it refers" (para. 14). So long as it is necessary to click on a hyperlink to access its content, this may be correct. What, however, of features in which a hyperlink projects content on the page automatically, or in a separate frame, with little or no prompting from the reader? Would inclusion of such a hyperlink, by itself, amount to publication? Like the issue of embedded hyperlinks, this question is not before us and should not be taken to have been decided in this case. Like Abella J. (at para. 43), we would leave issues concerning hyperlinks of this sort to be dealt with if and when they arise.

[53] We agree with Abella J. that this appeal should be dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

[54] DESCHAMPS J. - This appeal offers yet another opportunity for the Court to consider the proper balance in the common law of defamation between the protection of reputation and the promotion of freedom of expression. In WIC Radio Ltd. v. Simpson, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, and Grant v. Torstar Corp., 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, the Court took incremental steps to improve this balance by recognizing and modernizing defences to liability for defamation. In the instant case, the Court must determine whether, notwithstanding these defences, the scope of conduct that may attract prima facie liability for defamation is itself too broad and in need of adjustment to further promote freedom of expression.

[55] Proof of publication is necessary in order to establish liability for defamation. "Publication" has an established meaning in the law of defamation. It refers to the communication of defamatory information in such a way that it is "made known to a third party": Gaskin v. Retail Credit Co., [1965] S.C.R. 297, at p. 299. Professor Brown explains that "[i]t is a bilateral act by which the publisher makes available to a reader, listener or observer in a comprehensible form the defamatory information" (R. E. Brown, Brown on Defamation (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 7.2). Thus, publication has two components: (1) an act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form, and (2) the receipt of the information by a third party in such a way that it is understood.

[56] The question is whether the first component of publication needs to be reconsidered owing to the impact of new forms of communications media. In answering this question, it will of course be necessary to bear in mind the particular technological feature - the Internet hyperlink - at issue in the case at bar. At the same time, however, the answer must be adaptable to other modes of communication and to future technological change.

[57] I have read the reasons of my colleague Abella J. It is her view that the concept of publication as understood at common law needs to be altered so as to exclude references, including hyperlinks, from its scope. No longer must a reference, like any other act, simply make the defamatory information available in a comprehensible form: "Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be 'published' by the hyperlinker" (para. 42). With respect, I disagree with this approach. I have also read the reasons of the Chief Justice and Fish J. They purport to approve Abella J.'s approach but, in effect, find that there are circumstances in which hyperlinked information can lead to a finding of publication. In so doing, they depart from the bright-line rule

proposed by Abella J. In order to give guidance, I would prefer to outline a rule that is consistent with the common law and the civil law of defamation and that will also accommodate future developments in Internet law.

[58] To create a specifically Canadian exception for references, which has the effect of excluding hyperlinks from the scope of the publication rule, is in my view an inadequate solution to the novel issues raised by the Internet. On the one hand, this blanket exclusion exaggerates the difference between references and other acts of publication. On the other hand, it treats all references, from footnotes to hyperlinks, alike. In so doing, it disregards the fact that references vary greatly in how they make defamatory information available to third parties and, consequently, in the harm they can cause to people's reputations.

[59] A more nuanced approach to revising the publication rule, and one that can be applied effectively to new media, would be for the Court to hold that in Canadian law, a reference to defamatory content can satisfy the requirements of the first component of publication if it makes the defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form. In addition, the Court should make it clear that not every act, but only deliberate acts, can lead to liability for defamation.

[60] Freedom of expression must be reconciled with the "equally important" right to reputation: Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 121. Unlike my colleague Abella J.'s approach, the one I propose gives due weight to freedom of expression yet at the same time is grounded in a recognition that even simple references to defamatory information can significantly harm a person's reputation. It would enable individuals whose reputations are so harmed to seek relief from those who, through deliberate acts, make defamatory material readily available to third parties.

[61] If the person who made the reference was unaware that the information referred to was defamatory, the defence of innocent dissemination may be available: Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 ("SOCAN"), at para. 89. In addition, as the Court mentioned in WIC and Grant, defences such as fair comment and reasonable communication on matters of public interest are also available. With respect, a shortcoming in my colleague's approach is that she fails to consider the law of defamation generally, and instead focuses narrowly on one aspect of the rules governing publication. The result is problematically one-sided, as individuals who suffer harm to their reputations are left with no recourse against those who perpetuate defamatory information.

[62] A reference, devoid of context, has never amounted in law to publication of the information to which it directs the third party. To so hold would be to disregard the bilateral nature of publication. Publication is not complete until someone other than the person referred to receives and understands the defamatory information. Thus, "to shout aloud defamatory words on a desert moor where no one hears them, is not a publication" (Gambrill v. Schooley, 93 Md. 48 (1901), at p. 60). In the context of the Internet, a simple reference, absent evidence that someone actually viewed and understood the defamatory information to which it directs third parties, is not publication of that content.

[63] In the instant case, the respondent, Jon Newton, admits that he hyperlinked to information that the appellants, Wayne Crookes and West Coast Title Search Ltd., allege to be defamatory. In the circumstances, Mr. Newton acted as more than a mere conduit in making the hyperlinked information available. His action was deliberate. Inasmuch as one link made the allegedly defamatory material readily available, the requirements of the first component of publication are satisfied for that link. However, publication is not complete unless the plaintiff adduces evidence that satisfies, on a balance of probabilities, the requirements of the second component of publication: that a third party received and understood the information to which reference is made. I agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence adduced with respect to the second component of publication is insufficient in this case. I would therefore dismiss the appeal with costs and add that Mr. Newton might also have been able to raise defences to liability for defamation.

I. Background

[64] Two broad types of hyperlinks can be found on Web pages. The first and most common is an ordinary link. It is always user-activated: the Internet user clicks on a link on a Web page and is transferred to another page. The second type, which is often automatic but can also be user-activated, is created by a process referred to as "framing". Unlike with ordinary links, in the case of framing, the Internet user does not leave the original Web page: information from another Web page appears in a "frame" on the page already accessed by the user. Where the framing is automatic, the content of other pages appears simultaneously in a frame when the user accesses the primary page. Moreover, a hyperlink can be either a "shallow" link to a site's home page or a "deep" link to a page located on that site or another site. Both types of hyperlinks, as well as the distinction between shallow and deep links, have previously been referred to by the Court (SOCAN; Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 4; and see, generally, M. Collins, The Law of Defamation and the Internet (3rd ed. 2010),

at para. 2.43). In addition to Web pages, a variety of other forms of Internet communications can contain hyperlinks, including e-mail messages and on-line fora. In these reasons, the terms "hyperlink" and "link" will, unless otherwise specified, be used to refer to user-activated hyperlinks.

[65] On July 18, 2006, Mr. Newton published an article on his Web site. It was entitled "Free Speech in Canada" and contained the following passage:

> Under new developments, thanks to the lawsuit, I've just met Michael Pilling, who runs OpenPolitics.ca. Based in Toronto, he, too, is being sued for defamation. This time by politician Wayne Crookes.
>
> We've decided to pool some of our resources to focus more attention on the appalling state of Canada's ancient and decrepit defamation laws and tomorrow, p2pnet will run a post from Mike on his troubles. He and I will also be releasing a joint press statement in the very near future. [A.R., at p. 125]

[66] The underlined text in this passage constituted hyperlinks, which Mr. Newton admits he created. The evidence indicates that "OpenPolitics.ca" was a shallow link to the Web site in question, on which, Mr. Crookes alleges, several interlinked articles defaming him could be found. The evidence further indicates that "Wayne Crookes" was a deep link to an article on another Web site, www.USGovernetics.com, that Mr. Crookes also alleges to be defamatory. These impugned hyperlinks were among seven different links contained in Mr. Newton's article and were both preceded and followed by other hyperlinks. All the hyperlinks and the information to which they referred the user could be accessed by the public on line without restrictions.

[67] On August 18, 2006, Mr. Crookes wrote to Mr. Newton and demanded that the hyperlinks "OpenPolitics.ca" and "Wayne Crookes" be removed. He received no response. On October 31, 2006, Mr. Crookes' lawyer wrote to Mr. Newton and demanded that the hyperlinks be removed. On November 9, 2006, Mr. Newton refused to do so. In response to interrogatories that were subsequently addressed to him, Mr. Newton offered the following explanation for his refusal to remove the hyperlinks: "I saw no need. It was merely a hyperlink" (A.R., at p. 186).

[68] As of February 1, 2008, the article "Free Speech in Canada" had been accessed 1,788 times. There is no information in the record on how many people - if any - read the allegedly defamatory material, or on whether any person who may have viewed the material accessed it by clicking on the two hyperlinks or by other means. The evidence is also silent on the behaviour of Internet surfers with respect to hyperlinks, and on the jurisdiction in which any individuals who may have read the hyperlinked material reside.

[69] Mr. Crookes and his company, West Coast Title Search Ltd., sued Mr. Newton for defamation in British Columbia. The parties brought applications for summary trial and judgment under Rule 18A of the British Columbia Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90. Kelleher J. granted Mr. Newton's application and dismissed the action, finding that there had been no publication (2008 BCSC 1424, 88 B.C.L.R. (4th) 395).

[70] Kelleher J. rejected Mr. Crookes' contention that publication by Mr. Newton of the allegedly defamatory material should be presumed from the fact that he had created the hyperlinks. In the trial judge's view, the plaintiffs' failure to adduce any evidence that people had actually clicked on the hyperlinks and read the information was fatal to their position (paras. 20 and 24). Kelleher J. also concluded that the circumstances of the case did not support a finding of publication, drawing an analogy between a hyperlink and a footnote or a reference to a Web site in printed material (para. 29). Although the hyperlinks provided "immediate access to material published on another website" (para. 30), they did not make Mr. Newton a publisher of what readers would find if they chose to click on the link. Kelleher J. endorsed the proposition of the British Columbia Court of Appeal in Carter v. B.C. Federation of Foster Parents Assn., 2005 BCCA 398, 42 B.C.L.R. (4th) 1, that "reference to an article containing defamatory comment without repetition of the comment itself should not be found to be a republication of such defamatory [comment]" (para. 33). He cautioned, however, that this did not mean that a hyperlink can never lead to liability for defamation. If Mr. Newton had written "the truth about Wayne Crookes is found here" and the word "here" was a hyperlink to defamatory information, Kelleher J. might have concluded differently (para. 34).

[71] A majority of the British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal (2009 BCCA 392, 96 B.C.L.R. (4th) 315). The judges were unanimous in rejecting Mr. Crookes' argument that the creation of a hyperlink leads to a presumption of publication of the information to which the link points. Prowse J.A., who spoke for the court on this issue, noted that the legislature had provided for a presumption of publication in the case of broadcasts and newspapers, but not of the Internet (paras. 32-33). She was not prepared to create such a presumption on the basis of the record before her, and she expressed the opinion that this was a matter that might more appropriately be determined by the legislature (para. 41).

[72] Saunders J.A. (Bauman J.A. concurring) wrote the reasons of the majority on the issue of whether publication could be inferred from the circumstances of the case. In her view, it could not. Accepting the bilateral nature of publication, she found that the hyperlinks did not satisfy the requirements of the first component of the definition of that term. She relied on the same

jurisprudence as Kelleher J. in support of the proposition that merely referring to defamatory information without repeating it does not constitute publication (para. 81, citing Carter; MacFadden v. Anthony, 117 N.Y.S.2d 520 (Sup. Ct. 1952); Klein v. Biben, 296 N.Y. 638 (1946)). However, the circumstances of a case can demonstrate that a particular hyperlink invited or encouraged a reader to view the hyperlinked site, or that the information on that site was endorsed (para. 84). The majority held that there were no such circumstances in the instant case and that the way Mr. Newton presented the hyperlinks to potential users was "most comparable to a footnote for a reader, or a card index in a library" (para. 89). On the second component of publication, Saunders J.A. expressed the opinion that the bare number of 1,788 hits on Mr. Newton's article was insufficient to support an inference that at least one person other than Mr. Crookes had clicked on the hyperlinks and read the allegedly defamatory information (para. 92).

[73] Prowse J.A., dissenting, agreed with the majority on the first component of publication, but held that the circumstances of the case supported an inference that readers had been actively encouraged by Mr. Newton to click on the hyperlinks. In other words, the hyperlinks were being presented in such a way that they operated as more than simple footnotes. Furthermore, on the second aspect of publication, Prowse J.A. was prepared to infer that at least one person in British Columbia had clicked on the hyperlinks and read the impugned information. As a result, she found that there had been publication and stated that she would have allowed the appeal.

II. Positions of the Parties

[74] Mr. Crookes argues that there is a presumption of publication whenever there are facts from which it can reasonably be inferred that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. Applying this proposition to hyperlinks, he contends that given the "deliberateness, immediacy and facilitation of access [to information]" that characterizes such links, the hyperlinked information should be understood to have been incorporated into the Web page on which the links were embedded. As a result, "[i]t can be reasonably inferred that embedding a hyperlink in the primary article brings the contents of the hyperlinked material to the knowledge of a third person [who accesses that article]" (A.F., at paras. 61-62).

[75] Building on these arguments, Mr. Crookes also submits that the circumstances of this case would support an inference of publication. He disputes the position of the majority of the Court of Appeal that Mr. Newton's hyperlink was comparable to a footnote, arguing that "[i]n the present case the barrier to accessing the defamatory comment is attenuated. All that is required is a keystroke" (A.F., at para. 75). He endorses Prowse J.A.'s approach, supporting her finding that the context of Mr. Newton's hyperlinks, together with the 1,788 hits on Mr. Newton's article, was

sufficient to support an inference that at least one of those who read the article had clicked on the hyperlinks and read the allegedly defamatory information.

[76] As for Mr. Newton, he rejects the view that publication should be presumed or inferred in the case of hyperlinks. Furthermore, he supports the finding of Kelleher J. and of the majority of the Court of Appeal that the evidence of 1,788 hits on his article was insufficient to support a conclusion that readers of the article had actually clicked on the hyperlink and read the allegedly defamatory information (R.F., at para. 35).

[77] More fundamentally, Mr. Newton's position is that hyperlinking does not constitute publication: a user-activated hyperlink "involves no transmission, copying or presentation of the alleged defamation, no control over its content, and no control over whether a reader makes the choice to follow the hyperlink" (R.F., at para. 58). He disputes the view that the fact that a hyperlink facilitates access to the linked information should justify a finding of publication, since publication "only occurs when a message is both posted and read" (para. 57). He also submits that, since any user-activated hyperlink could to some degree be considered an "invitation" to click on the link, it would be wrong to find that there was publication on the basis of such an invitation. This submission, too, is based on the principle that publication is not complete until the allegedly defamatory information is read. Finally, the fact that the creation of a hyperlink was deliberate cannot in itself be the basis for a finding of publication, since the question is "whether the bilateral posting/reading test for publication is met, and the insertion of a hyperlink alone does not meet either part of the test" (para. 85).

III. Positions of the Interveners

[78] The interveners in this appeal take divergent approaches to when, if ever, a hyperlink could be said to constitute publication of the information to which it refers. The approach of my colleague Abella J. most closely resembles that of the Canadian Civil Liberties Association, which argues that publication "should be reserved for those situations where an individual actually communicates the allegedly defamatory words" (Factum, at para. 52). The result my colleague reaches is also consistent with the position taken by a group of interveners composed of print, broadcast and Internet media organizations. They argue that hyperlinks should never be equated with publication, because that would threaten the ability of its members to compete and fulfil their mandates in the Internet age (Media Coalition Factum, at paras. 42-43).

[79] Certain other interveners - the British Columbia Civil Liberties Association ("BCCLA"), the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic ("CIPPIC"), and NetCoalition - accept that hyperlinking may constitute publication in appropriate circumstances,

but seek to restrict those circumstances to instances involving variants of knowledge or explicit endorsement or adoption of linked information by the hyperlinker (e.g., BCCLA Factum, at paras. 22 and 24; CIPPIC Factum, at para. 2; NetCoalition Factum, at para. 4). CIPPIC takes this argument a step further, submitting that a plaintiff must prove publication on "a convincing evidentiary basis" (Factum, at para. 4). Finally, NetCoalition submits that, where a hyperlinker has not explicitly endorsed defamatory information or where there is no nexus between the hyperlink and such an endorsement, a defence of innocent dissemination should be available (Factum, at para. 34).

IV. Analysis

[80] When a plaintiff seeks to establish prima facie liability for defamation, the court must not only consider whether the impugned information can reasonably be said to be defamatory and whether it in fact refers to the plaintiff, but must also consider the question of publication to a third party, bearing in mind the bilateral nature of publication. To be published, defamatory words must be "communicated" (Grant, at para. 28). "Communication" means that a message is both sent in a comprehensible form, and received and understood. Publication does not occur until "the defamatory matter is brought by the defendant or his agent to the knowledge and understanding of some person other than the plaintiff" (McNichol v. Grandy, [1931] S.C.R. 696, at p. 704, per Duff J. (as he then was); Brown, at paras. 7.2 and 7.8; Gatley on Libel and Slander (11th ed. 2008), at p. 164).

[81] To determine whether an act can form the basis for a finding of publication, it is first necessary to consider the nature of the act itself.

[82] Acts that may form the basis for a finding of publication and which may ultimately attract liability for defamation have never been limited to acts of the author or creator of the defamatory information. Rather, "[a]ll those jointly responsible for the publication are liable. Liability extends to all those who take part in the publication of the defamatory material, including those who merely cause or procure it to be published" (Brown, at para. 7.4 (footnotes omitted); Gatley on Libel and Slander, at p. 169; Lambert v. Thomson, [1937] O.R. 341 (C.A.), at p. 344: ". . . where the libel is published in a newspaper or book, everyone who takes part in publishing it or in procuring its publication is prima facie liable"). As this Court noted in Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd., [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 75, "the design or agreement of persons to participate in acts which are tortious" is sufficient for them to be found liable for defamation as joint concurrent tortfeasors even if "they did not realize they were committing a tort".

[83] Historically, it has been understood that the precise method employed to make information available is immaterial: "There are no limitations on the manner in which defamatory matter may be published" (Brown, at para. 7.3). In Day v. Bream (1837), 2 M. & Rob. 54, 174 E.R. 212, for example, a person who merely delivered parcels was held prima facie liable for putting them into publication; and in R. v. Clerk (1728), 1 Barn. K.B. 304, 94 E.R. 207, a case referred to by my colleague Abella J., a printer's servant whose sole role was to "clap down" the printing press was found to be responsible for publication. However, the law has changed in the centuries that have elapsed since Day v. Bream and R. v. Clerk.

[84] The courts have begun incrementally to impose limitations on the nature and types of actions that can attract liability for defamation at common law. To understand this evolution, it will be helpful to look broadly at cases from both the United States and other common law jurisdictions, such as England and Australia. I note that in considering the U.S. cases, we must be mindful of the impact of the First Amendment on the protection of expression in the United States, and of certain significant statutory limits on liability (see comments to this effect: Godfrey v. Demon Internet Ltd., [1999] 4 All E.R. 342 (Q.B.), at pp. 343-44; Dow Jones & Co. v. Gutnick, [2002] HCA 56, 210 C.L.R. 575, at para. 52).

[85] There appears to be an emerging consensus among the courts and commentators that only deliberate acts can meet the first component of the bilateral conception of publication. According to Prof. Brown, "a person must knowingly be involved in the process of publishing the relevant words" (para. 7.4 (emphasis added)). In Stanley v. Shaw, 2006 BCCA 467, 231 B.C.A.C. 186, pleading that the defendants "said and did nothing" (para. 7) was held to be insufficient to support a finding of publication, because no tortious act had been alleged in relation to their silence (see also Smith v. Matsqui (Dist.) (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 342 (S.C.), at p. 355; Wilson v. Meyer, 126 P.3d 276 (Colo. Ct. App. 2005), at p. 281 ("[a] plaintiff cannot establish [publication] by showing that the defendant silently adopted a defamatory statement"); Pond v. General Electric Co., 256 F.2d 824 (9th Cir. 1958), at p. 827 ("[s]ilence is not libel"); Brown, at para. 7.3). In Scott v. Hull, 259 N.E.2d 160 (Ohio Ct. App. 1970), at p. 162, a U.S. court held that "liability to respond in damages for the publication of a libel must be predicated on a positive act, on something done by the person sought to be charged". I agree with this view.

[86] A deliberate act may occur in a variety of circumstances. In Byrne v. Deane, [1937] 1 K.B. 818 (C.A.), the defendants, proprietors of a golf club, were found to have published the words contained on a piece of paper that was posted on premises over which they held complete control. The defendants admitted to having seen the paper, but denied having written it or put it there.

Although the words were ultimately found not to be defamatory, Greene L.J., concurring on the issue of publication, concluded that there are circumstances in which, by refraining from removing or obliterating defamatory information, a person might in fact be publishing it (at p. 838):

> The test it appears to me is this: having regard to all the facts of the case is the proper inference that by not removing the defamatory matter the defendant really made himself responsible for its continued presence in the place where it had been put?

(See also Hellar v. Bianco, 244 P.2d 757 (Cal. Dist. Ct. App. 1952); Tacket v. General Motors Corp., 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987); Urbanchich v. Drummoyne Municipal Council (1991), Aust. Torts Rep. ¶81-127 (N.S.W.S.C.).)

[87] Byrne and its progeny are consistent with the requirement that any finding of publication be grounded in a deliberate act. If a defendant was made aware (or had reason to be aware) of defamatory information over which he or she had sufficient control but decided to do nothing about it, this nonfeasance might amount to a deliberate act of approval, adoption, promotion, or ratification of the defamatory information (see, e.g., Frawley v. State of New South Wales, [2007] NSWSC 1379 (AustLII)). The inference is not automatic, but will depend on an assessment of the totality of the circumstances. In Underhill v. Corser, [2010] EWHC 1195 (BAILII) (Q.B.), the defendant, who was treasurer and a board member of a charity, had been aware that an editorial levelling accusations against the plaintiff would be published, but took no action and gave no further thought to the matter. Although Tugendhat J. found that the defendant could have prevented the publication of the editorial, which the plaintiff alleged to be defamatory, he distinguished Byrne, concluding that the defendant's role as a board member was different from that of the proprietors in Byrne (para. 110).

[88] This requirement of a deliberate act has already been applied in the context of the Internet. In Godfrey, the defendant Internet service provider ("ISP") had received a "posting", which it stored on its news server. The plaintiff had notified the ISP that the posting was defamatory and requested that it be removed, but the defendant had allowed it to remain on its servers until it automatically expired 10 days later. The court held that the ISP's failure to act, once it had become aware of the defamatory information over which it had control, constituted an act of publication once an Internet subscriber had accessed the posting. In the circumstances of the case, the ISP's failure to act amounted to a deliberate act of approval, adoption, promotion or ratification of the defamatory information.

[89] In Bunt v. Tilley, [2006] EWHC 407, [2006] 3 All E.R. 336 (Q.B.), the defendant ISPs were found not to be publishers because, even though they provided services, their role in the

publication process was a passive one. This aspect of the decision in Bunt is a welcome development and should be incorporated into the Canadian common law. Those whose services are used to facilitate the communication of defamatory information may be shielded from responsibility for publication if they played a "passive instrumental role" in that process (para. 23).

[90] A case that illustrates the nature of activities engaged in by a person who plays the role of a mere conduit is Metropolitan International Schools Ltd. v. Designtechnica Corpn., [2009] EWHC 1765, [2011] 1 W.L.R. 1743 (Q.B.). In that case, the question was whether Google Inc. could be found to be the publisher of the search result "snippets" that were generated automatically by its search engine in response to search terms entered by users. Eady J. found that there was no publication, because Google Inc. played a passive instrumental role in facilitating the appearance of the snippets on the users' screens (paras. 50-51).

[91] It should be plain that not every act that makes the defamatory information available to a third party in a comprehensible form might ultimately constitute publication. The plaintiff must show that the act is deliberate. This requires showing that the defendant played more than a passive instrumental role in making the information available.

[92] The question that remains is whether, even with these emerging limits on the common law principle, further refinements are necessary. While I agree that improvements can be made, I do not share the view of my colleague Abella J. that the solution is to exclude references, including hyperlinks, from the scope of the publication rule. In my view, the proper approach is (1) to explicitly recognize the requirement of a deliberate act as part of the Canadian common law publication rule, and (2) to continue developing the rule incrementally in order to circumscribe the manner in which a deliberate act must make defamatory information available if it is to result in a finding of publication.

[93] More specifically, only where the plaintiff can establish on a balance of probabilities that the defendant performed a deliberate act that made defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form will the requirements of the first component of publication be satisfied. Of course, before the court will make a finding of publication, the plaintiff must also satisfy the requirements of the second component of publication on a balance of probabilities, namely, that the "defamatory matter [was] brought by the defendant or his agent to the knowledge and understanding of some person other than the plaintiff" (McNichol, at p. 704).

[94] Whether defamatory information is readily available is a question of fact. A court asked to infer that information has been made readily available should consider all circumstances related

to the ease with which a third party would be able to gain access to it. Defamatory information is readily available if, in the circumstances, it can be immediately accessed. In other words, there must be no meaningful barrier that would prevent a third party from receiving it. In practice, this will not effect a significant change to the common law, since, for the vast majority of acts that presently make information available, there is nothing to prevent the information in question from being received by third parties; they need only use their eyes to read or view it, or their ears to hear it. Of course, if those third parties cannot understand it, that is a separate concern, one that would on its own bar a finding of publication.

[95] But the requirement that defamatory information be readily available does result in an incremental change to the common law in those cases where the act complained of refers third parties to defamatory information. It narrows the circumstances in which the requirements of the first component of publication will be satisfied. In such instances, the totality of circumstances will reveal whether a third party can have immediate access - without any meaningful barriers - to the information to which the reference directs him or her.

[96] What should be clear from this is that not all forms of references are the same as regards the extent to which they facilitate access to the information in question. While my colleague's statement that "[h]yperlinks are, in essence, references" (para. 27) is superficially correct, it is inaccurate to equate a hyperlink with, for example, a footnote in a book. A footnote that does not actually reproduce the information to which the reader is being referred does not make that information readily available. The reader has to locate and obtain the document the footnote refers to and then find the information within the document. In contrast, an automatic hyperlink requires no action whatsoever, while an embedded deep hyperlink requires only the tap of a finger to gain access to the information. The effort involved is even less than that of turning a page in a book. Although it is of course true that hyperlinks are a form of reference, the extent to which they facilitate access and their ubiquity on the Internet cannot be overlooked.

[97] This Court has previously recognized the ease with which information can be accessed by means of a hyperlink. In Dell, a hyperlink to an arbitration clause was considered in relation to a provision of the Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, designed to deal with contractual stipulations - known as external clauses - that are physically separate from the contract itself. Adopting a contextual approach, the Court held that the hyperlinked arbitration clause should not be considered physically separate from the main contract document (at para. 97):

> . . . it is difficult to accept that the need for a single command by the user [i.e. clicking on a single hyperlink] would be sufficient for a finding that the provision governing external

> clauses is applicable. Such an interpretation would be inconsistent with the reality of the Internet environment, where no real distinction is made between scrolling through a document and using a hyperlink. Analogously to paper documents, some Web documents contain several pages that can be accessed only by means of hyperlinks, whereas others can be viewed by scrolling down them on the computer's screen. There is no reason to favour one configuration over the other.

The arbitration clause in Dell was found to be reasonably accessible, since clicking on one hyperlink took the consumer directly to a page containing the terms and conditions of the sale, including the arbitration clause. Thus, there was no material distinction between having access to the clause by hyperlink and actually having a paper copy of it (at para. 100):

> . . . the clause was no more difficult for the consumer to access than would have been the case had he or she been given a paper copy of the entire contract on which the terms and conditions of sale appeared on the back of the first page.

[98] What can be inferred from the circumstances in Dell is that the hyperlinked arbitration clause was, in fact, readily available: a link to it appeared on every Web page the consumer accessed, and all the consumer had to do to view the clause was to click on the link once (para. 100).

[99] Because the inquiry into availability is essentially factual, it would be neither prudent nor desirable to attempt to adopt a bright-line rule indicating the exact time when something becomes "readily" available. Such an approach could hinder the evolution of the common law. However, given the context of this appeal, a few specific observations about hyperlinks are in order. In determining whether hyperlinked information was readily available, a court should consider a number of factors, including whether the hyperlink was user-activated or automatic, whether it was a shallow or a deep link, and whether the linked information was available to the general public (as opposed to being restricted). This list of factors is by no means exhaustive. Any matter that has a bearing on the ease with which the referenced information could be accessed will be relevant to the inquiry.

[100] The effect of this approach is not to create a "presumption of liability for all hyperlinkers", as Abella J. suggests (para. 25). In order to satisfy the requirements of the first component of publication, the plaintiff must establish, on a balance of probabilities, that the hyperlinker performed a deliberate act that made defamatory information readily available to a third party in a comprehensible form. Moreover, the plaintiff will also have to satisfy the requirements of the

second component of publication on a balance of probabilities, namely that a third party received and understood the defamatory information.

[101] My colleague Abella J. states that "[r]eferencing on its own does not involve exerting control over the content" (para. 26 (emphasis in original)). Yet the concept of publication in the common law of defamation has never involved a rigid requirement of control. Instead, the inquiry has always been contextual: Did the defendant act knowingly and what were the consequences of his actions? (See Brown, at para. 7.3.) Although a formal distinction can of course be drawn between references and other acts of publication, this distinction evades the questions that are at the heart of the law of defamation. Where a person deliberately makes defamatory information readily available through the creation of a hyperlink, the very rationale for the tort of defamation comes into play.

[102] Because of the fluidity that characterizes the Internet and of the variety in types of hyperlinks, the Court should be particularly reluctant to fashion a bright-line rule. The approach it adopts must ensure that the law is properly attuned to how hyperlinks function in practice and how they may evolve in the future. Merely excluding hyperlinks from the scope of the publication rule will hardly make it possible to adapt the law of defamation to technological change.

[103] By exempting ISPs from liability for their passive conduct, U.S. legislators have, in the Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. §230 (1996), relied on the same criterion of deliberateness that exists in the common law of defamation. Nowhere does the American legislation suggest that those who deliberately create hyperlinks to defamatory material should be protected from liability. The cases cited by my colleague (at para. 28 of her reasons) all deal with the immunity enjoyed by ISPs and Web site operators with respect to defamatory content posted on line (Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); Barrett v. Rosenthal, 146 P.3d 510 (Cal. 2006); Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008)).

[104] In the English case of Islam Expo Ltd. v. The Spectator (1828) Ltd., [2010] EWHC 2011 (BAILII) (Q.B.), the issue was whether the words complained of were capable of referring to the claimant. The allegedly defamatory information in that case was an on-line text containing four hyperlinks. In concluding that the words complained of were capable of referring to the claimant, the court regarded the hyperlinked information as if it was incorporated into the message containing the hyperlinks. At a conceptual level, I see no difference between looking at the hyperlinked information to identify the defamed person and looking at it to find the defamatory words. I agree with Tugendhat J.'s statement in Islam Expo that the principles are the same.

[105] Finally, if hyperlinks are excluded from the traditional conception of publication, there is a risk that freedom of expression will be favoured over reputational interests despite this Court's pronouncement that they are "equally important" (Hill, at para. 121). Although I agree with my colleague that the most effective remedy for someone who has been defamed on line is to sue the person who created the defamatory material (para. 41), it may not always be possible to do so in the context of the Internet. A hyperlink can make public what was originally intended for only a select audience. Moreover, anonymity is easy to achieve on line, and who created the defamatory material may not always be known. If no remedy exists against "mere" hyperlinkers, persons defamed on line may in many cases not be able to protect their reputations.

[106] In sum, an approach that focuses on how a hyperlink makes defamatory information available offers a more contextual and more nuanced response to developments in communications media than merely excluding all hyperlinks from the scope of the publication rule.

[107] Of course, proving that the hyperlinker deliberately made the defamatory content readily available will satisfy only the requirements of the first component of publication. To satisfy the requirements of the second component, the plaintiff must demonstrate that a third party received and understood the defamatory information (McNichol, at p. 704; Brown, at paras. 7.2 and 7.8; Gatley on Libel and Slander, at p. 164).

[108] I agree with the Court of Appeal in the instant case that a legal presumption should not be created in this regard. The legislatures of certain provinces, including British Columbia, have created presumptions of publication that apply to particular communications media. Under the Libel and Slander Act, R.S.B.C. 1996, c. 263, there is a presumption of publication in respect of "broadcast[s]" but not in respect of hyperlinks (s. 2). Since the legislature has seen fit to create a specific presumption of publication, the Court should refrain from creating a new one.

[109] Absent a presumption of publication, the requirements of the second component of publication can be satisfied either by adducing direct evidence or, and this is more likely, by asking the court to draw an inference. Inferring that defamatory information has been read and understood is not new. In Gaskin, the Court, quoting Gatley on Libel and Slander, observed (at p. 300):

> It is not necessary for the plaintiff in every case to prove directly that the words complained of were brought to the actual knowledge of some third person. If he proves facts from which it can reasonably be inferred that the words were brought to the knowledge of some third person, he will establish a prima facie case.

[110] In the context of a hyperlink, an inference that a third party clicked on the link and read and understood the linked information will depend on a variety of factors, some of which may overlap with those considered when determining whether the linked content was made "readily available". Some, but not necessarily all, of the factors a court can consider are: whether the link was user-activated or automatic; whether it was a deep or a shallow link; whether the page contained more than one hyperlink and, if so, where the impugned link was located in relation to others; the context in which the link was presented to users; the number of hits on the page containing the hyperlink; the number of hits on the page containing the linked information (both before and after the page containing the link was posted); whether access to the Web sites in question was general or restricted; whether changes were made to the linked information and, if so, how they correlate with the number of hits on the page containing that information; and evidence concerning the behaviour of Internet users.

[111] Abella J. indicates that merely referring to defamatory material does not constitute publication of it (para. 42). Insofar as this means that a simple reference should not attract liability for defamation absent evidence that satisfies the requirements of both components of publication on a balance of probabilities, I agree. But if it means that a simple reference cannot form the basis for a finding of publication without actually expressing something defamatory, I cannot agree.

[112] As the Court held in Grant, at para. 28, a plaintiff in an action for defamation is required to prove three things to succeed: (1) that the impugned words were defamatory, (2) that the words referred to the plaintiff and (3) that they were published. Once the plaintiff establishes prima facie liability for defamation, the onus shifts to the defendant to raise any available defences. There are some defences that are worth discussing briefly in the context of hyperlinking.

[113] The Court has in the past alluded to the existence of an "innocent dissemination" defence: SOCAN. In that case, this defence was described as follows (at para. 89):

> . . . the defence of innocent dissemination [is] sometimes available to bookstores, libraries, news vendors, and the like who, generally speaking, have no actual knowledge of an alleged libel, are aware of no circumstances to put them on notice to suspect a libel, and committed no negligence in failing to find out about the libel . . . .

[114] In my view, the innocent dissemination defence should be made available to hyperlinkers, provided that the criteria mentioned in SOCAN are satisfied. There are good reasons for so holding. Hyperlinkers have not created or developed the information to which they link. Moreover, although the creation of a hyperlink may often be a deliberate act that makes the creator's role more than a passive one, the hyperlinker often has little control, if any, over the

linked information. This last point is significant given the dynamic nature of the Internet. A hyperlink may originally be created to link to information that is not defamatory, but the linked information may subsequently be altered so as to become defamatory without the hyperlinker's knowledge. In such circumstances, provided that the criteria mentioned in SOCAN are satisfied, the innocent dissemination defence should operate until the moment the hyperlinker becomes aware that he or she is now linking to allegedly defamatory information. If this defence were widely available, it should dissuade overeager litigants from having a chilling effect on hyperlinking on the Internet.

[115] Even when the innocent dissemination defence is not available to hyperlinkers, other defences may apply, such as those of fair comment (WIC) and of responsible communication on matters of public interest (Grant). In Grant, the Court, quoting Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, at para. 54, made the latter defence "available to anyone who publishes material of public interest in any medium" (para. 96). Moreover, it defined the concept of "public interest" expansively (at para. 106):

> Public interest is not confined to publications on government and political matters, as it is in Australia and New Zealand. Nor is it necessary that the plaintiff be a "public figure", as in the American jurisprudence since Sullivan [New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)]. Both qualifications cast the public interest too narrowly. The public has a genuine stake in knowing about many matters, ranging from science and the arts to the environment, religion and morality. The democratic interest in such wide-ranging public debate must be reflected in the jurisprudence.

[116] These defences, when available, would enable the hyperlinker to justify his or her conduct and avoid liability.

[117] It should be evident that the law of defamation, viewed as a whole, is the result of a sustained effort to maintain a balance between the protection of reputation and freedom of expression. An approach that limits the discussion to the fact that what is in issue is a reference and disregards the context, including the nature of the reference and the various aspects of the law of defamation, is too narrow. In my view, the question of publication must be approached from a wider perspective, bearing in mind the incremental adjustments made to the law of defamation in recent years (e.g., WIC and Grant). Moreover, any further adjustments to defamation law should also be made incrementally, not by way of a sweeping declaration that treats all forms of reference alike and rules out the possibility of a reference to defamatory material supporting a finding of publication.

V. Application

[118] Mr. Newton admits that he created the two hyperlinks which refer readers to the allegedly defamatory information.

[119] Mr. Newton's involvement in creating the hyperlinks cannot be described as a passive instrumental role equivalent to that of a mere conduit, such as an ISP or a telephone carrier. His acts were deliberate. Moreover, it is common ground that the allegedly defamatory information to which Mr. Newton linked was available to Internet users in a comprehensible form, and without restrictions. The question is whether the information was readily available.

[120] The first link, "OpenPolitics.ca", was a shallow link to the Open Politics Web site. The evidence indicates that to consult the allegedly defamatory articles on that Web site, Internet users who initially clicked on the shallow link would then have had to take further action (i.e. click on other links) to locate them.

[121] The second link, "Wayne Crookes", was a deep link to an article on www.USGovernetics.com that Mr. Crookes also alleges to be defamatory. Clicking on the link would take a user directly to the allegedly defamatory information.

[122] Both of these hyperlinks appeared in an article entitled "Free Speech in Canada", which contained five other hyperlinks. The article dealt with free speech and defamation law, and referred to lawsuits concerning these issues. There were 1,788 hits on it between July 18, 2006, when it was created, and February 1, 2008.

[123] There is nothing in the record that indicates whether anyone other than Mr. Crookes clicked on any of the links. Nor is there any information, from any point in time, on the number of hits on the Web pages containing the allegedly defamatory statements. And no evidence has been presented regarding the behaviour of Internet users.

[124] Having regard to the totality of the circumstances, I am not prepared to infer in this case that the link to the Open Politics Web site made the defamatory content readily available. Because this was a shallow link, the reader would have to take further action in order to find the defamatory material. Exactly what action would have been necessary is unclear, but the evidence indicates that the various articles were not placed on the site's home page and that they had separate addresses. This constituted a meaningful barrier to the receipt, by a third party, of the linked information. Insofar as Mr. Crookes' defamation action against Mr. Newton is premised on this hyperlink, it cannot succeed.

[125] However, I am prepared to infer that the "Wayne Crookes" link to the allegedly defamatory article on www.USGovernetics.com did make the content of that article readily available. It was a deep link. All the reader had to do to gain access to the article was to click on the link. The effort required to do this is not significantly different from the effort that would be required to move up or down the same page to read the article. A single click does not constitute a barrier to the availability of the material. Thus, Mr. Crookes has satisfied the requirements of the first component of publication on a balance of probabilities where this link is concerned.

[126] On the second component of publication, I agree with the Court of Appeal, which was unanimous on this point, that the courts should not create a presumption of publication with respect to hyperlinks. As I mentioned above, and as Prowse J.A. explained (at para. 41), the creation of a new presumption in this field is a matter that would be better left to the legislature.

[127] The determinative question is therefore whether Mr. Crookes has proven facts from which it can reasonably be inferred that the allegedly defamatory information was brought to the knowledge of some third person. On this point, I agree with the majority of the Court of Appeal that the evidence in this case does not support such an inference. I come to this conclusion mindful of the Internet context, the nature of Mr. Newton's article, the way the various links were presented, the facts that the "Wayne Crookes" link was the third of seven links contained in Mr. Newton's article and that at least one shallow link appeared before it, and the number of hits on the article between July 18, 2006, and February 1, 2008. Numbers take on a different meaning in the context of the Internet. The number of hits on Mr. Newton's article - 1,788 - in the 18-month period does not provide a sufficient basis for concluding that out of the seven hyperlinks, someone has both clicked on the only link that made the defamatory information readily available and read that information.

[128] In Internet law, as it presently stands, a bare number of hits will tell the trier of fact very little. As the majority of the Court of Appeal noted (at para. 92):

> In the context of internet life, we have no way to assess the volume of "hits" here compared to the norm, the usual behaviour of internet readers or "surfers", or the jurisdiction in which they reside. The conclusion drawn by my colleague is, with respect, tantamount to a presumption that in the case of a website accessed to any significant extent, there has been communication of the offensive material. . . . There may be cases in which more is known supporting such an inference, but such is not the case here where all that is before us is the bald number of hits. In my view there is an insufficient basis upon which to make such an inference . . . .

[129] Because Mr. Crookes has not established facts supporting the second component of publication, he cannot succeed in his defamation action with respect to either of the impugned hyperlinks.

[130] As a final comment, I would point out that, even if Mr. Newton had been found prima facie to be liable for defamation, he could likely, having regard to the record before the Court, have raised one of the existing defences, given that his article concerned matters that were arguably of public interest. I conclude that the hyperlinks at issue in this case did not result in publication of the information to which they referred the reader, and I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Taylor Jordan Chafetz, Vancouver; Stewart, Aulinger & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener NetCoalition: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, PEN Canada and the Canadian Publishers' Council: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Avrupa Konseyi İnternet Yönetişim Belgeleri

- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to member States on the free, transboundary flow of information on the Internet
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2014)6 and explanatory memorandum
- Avrupa Konseyi - İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberi - CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı ve Açıklayıcı Memorandum
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers - 7 Aralık 2011
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media
- Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles - 21 Eylül 2011
- Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings - 21 Eylül 2011
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the management of the Internet protocol address resources in the public interest - 29 Eylül 2010

- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality - 29 Eylül 2010
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet - 20 Şubat 2008
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet
- Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment
- Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment
- Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society CM(2005)56 - 13 Mayıs 2005
- Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings
- Avrupa Konseyi - Declaration on freedom of communication on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies)
- Avrupa Konseyi - Recommendation Rec (2001) 8 of the Committee of Ministers to member states on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services)
- Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives
- Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states for the protection of privacy on the Internet Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways which may be incorporated in or annexed to codes of conduct

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries

Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries

(Adopted by the Committee of Ministers on 7 March 2018 at the 1309th meeting of the Ministers' Deputies)

Preamble

1. In accordance with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5, "the Convention"), as interpreted by the European Court of Human Rights ("the Court"), Council of Europe member States have the obligation to secure the rights and freedoms enshrined in the Convention to everyone within their jurisdiction, both offline and online. Access to the internet is a precondition for the exercise of Convention rights and freedoms online.

2. By enhancing the public's ability to seek, receive and impart information without interference and regardless of frontiers, the internet plays a particularly important role with respect to the right to freedom of expression. It also enables the exercise of other rights protected by the Convention and its protocols, such as the right to freedom of assembly and association and the right to education, and it enables access to knowledge and culture, as well as participation in public and political debate and in democratic governance. However, speech and action that are incompatible with the values enshrined in the Convention are not protected by Article 10 or any of its other provisions, by virtue of Article 17 of the Convention.

3. The protection of privacy and personal data is fundamental to the enjoyment and exercise of most of the rights and freedoms guaranteed in the Convention. However, the internet has facilitated an increase in privacy-related risks and infringements and has spurred the spread of certain forms of harassment, hatred and incitement to violence, in particular on the basis of gender, race and religion, which remain underreported and are rarely remedied or prosecuted. Moreover, the rise of the internet and related technological developments have created substantial challenges

for the maintenance of public order and national security, for crime prevention and law enforcement, and for the protection of the rights of others, including intellectual property rights. Targeted disinformation campaigns online, designed specifically to sow mistrust and confusion and to sharpen existing divisions in society, may also have destabilising effects on democratic processes.

4. A wide, diverse and rapidly evolving range of players, commonly referred to as "internet intermediaries", facilitate interactions on the internet between natural and legal persons by offering and performing a variety of functions and services. Some connect users to the internet, enable the processing of information and data, or host web-based services, including for user-generated content. Others aggregate information and enable searches; they give access to, host and index content and services designed and/or operated by third parties. Some facilitate the sale of goods and services, including audio-visual services, and enable other commercial transactions, including payments.

5. Intermediaries may carry out several functions in parallel. They may also moderate and rank content, including through automated processing of personal data, and may thereby exert forms of control which influence users' access to information online in ways comparable to media, or they may perform other functions that resemble those of publishers. Intermediary services may also be offered by traditional media,

for instance, when space for user-generated content is offered on their platforms. The regulatory framework governing the intermediary function is without prejudice to the frameworks that are applicable to the other functions offered by the same entity.

6. The rule of law is a prerequisite for the protection and promotion of the exercise of human rights and for pluralistic and participatory democracy. Member States have the obligation to refrain from violating the right to freedom of expression and other human rights in the digital environment. They also have a positive obligation to protect human rights and to create a safe and enabling environment for everyone to participate in public debate and to express opinions and ideas without fear, including those that offend, shock or disturb State officials or any sector of the population. This positive obligation to ensure the exercise and enjoyment of rights and freedoms includes, due to the horizontal effects of human rights, the protection of individuals from actions of private parties by ensuring compliance with relevant legislative and regulatory frameworks. Moreover, due process guarantees are indispensible, and access to effective remedies should be facilitated vis-à-vis both States and intermediaries with respect to the services in question.

7. A variety of network effects and mergers have led to the existence of fewer, larger entities that dominate the market in a manner that may jeopardise the opportunities for smaller intermediaries or start-ups and places them in positions of influence or even control of principal modes of public communication. The power of such intermediaries as protagonists of online expression makes it imperative to clarify their role and impact on human rights, as well as their corresponding duties and responsibilities, including as regards the risk of misuse by criminals of the intermediaries' services and infrastructure.

8. In addition, support for initiatives promoting media and information literacy skills for accessing and managing the digital space is essential. Such efforts should be implemented through various means, including formal and non-formal education, with a view to promoting everyone's effective and equal enjoyment of the rights enshrined in the Convention, without discrimination of any kind. Given the particularly high number of young and child users of the internet, the protection and empowerment of children regarding their safe and informed access to and exercise of rights in the digital environment should be ensured at all times. To this end, sustained engagement is required to enhance cognitive, technical, social and critical skills among girls and boys, parents and educators on how to deal with an information and communications environment that provides access to degrading content of a sexual or violent nature.

9. The regulatory framework governing the services provided by or through intermediaries is diverse, multi-tiered and continuously evolving. States are confronted with the complex challenge of regulating an environment in which private parties fulfil a crucial role in providing services with significant public service value. The task of regulation is further complicated by the global nature of the internet and related services, by the diversity of intermediaries, by the volume of internet communication and by the speed at which it is produced and processed. Owing to the fact that intermediaries operate or are used across many countries, including in a cloud-computing context, their actions may also have effects under several, sometimes conflicting, laws of different jurisdictions.

10. Internet intermediaries also develop their own rules, usually in form of terms of service or community standards that often contain content-restriction policies. Moreover, intermediaries collect, generate, retain and process a wealth of information and data from and about users. These activities may interfere with, among other rights, the users' rights to privacy and freedom of expression. Effective reporting and complaints mechanisms may be lacking, be insufficiently transparent and efficient, or be provided only through automated processes.

11. In line with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and the "Protect, Respect and Remedy" Framework, intermediaries should respect the human rights of their users and affected parties in all their actions. This includes the responsibility to act in compliance with applicable laws and regulatory frameworks. Owing to the multiple roles intermediaries play, their corresponding duties and responsibilities and their protection under law should be determined with respect to the specific services and functions that are performed.

12. Against this background and in order to provide guidance to all relevant actors who are faced with the complex task of protecting and respecting human rights in the digital environment, the Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe (ETS No. 1), recommends that member States:

- implement the guidelines included in this recommendation when devising and implementing legislative frameworks relating to internet intermediaries in line with their relevant obligations under the European Convention on Human Rights, the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108, "Convention 108"), the Convention on Cybercrime (ETS No. 185, "the Budapest Convention"), the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201, "the Lanzarote Convention") and the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (CETS No. 210, "the Istanbul Convention"), and promote them in international and regional forums that deal with the roles and responsibilities of internet intermediaries and with the protection and promotion of human rights in the online environment;

- take all necessary measures to ensure that internet intermediaries fulfil their responsibilities to respect human rights in line with the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights and the Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business;

- in implementing the guidelines, take due account of Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2016)5 on Internet freedom, Recommendation CM/Rec(2016)1 on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality, Recommendation CM/Rec(2015)6 on the free, transboundary flow of information on the Internet, Recommendation CM/Rec(2014)6 on a Guide to human rights for Internet users, Recommendation CM/Rec(2013)1 on gender equality and media, Recommendation CM/Rec(2012)3 on the protection of human rights with regard to search engines, Recommendation CM/Rec(2012)4 on the protection of human rights with regard to social

networking services, Recommendation CM/Rec(2011)7 on a new notion of media, Recommendation CM/Rec(2010)13 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, Recommendation CM/Rec(2007)16 on measures to promote the public service value of the Internet, as well as the 2017 Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data, and the 2008 Guidelines for the cooperation between law enforcement and internet service providers against cybercrime;

- implement the guidelines included in this Recommendation in the understanding that, as far as they concern the responsibilities of internet service providers that have significantly evolved in the past decade, they are intended to build on and reinforce the Human rights guidelines for internet service providers, drawn up in 2008 by the Council of Europe in co-operation with the European Internet Service Providers Association (EuroISPA);

- engage in a regular, inclusive and transparent dialogue with all relevant stakeholders, including from the private sector, public service media, civil society, education establishments and academia, with a view to sharing and discussing information and promoting the responsible use of emerging technological developments related to internet intermediaries that impact the exercise and enjoyment of human rights and related legal and policy issues;

- encourage and promote the implementation of effective age- and gender-sensitive media and information literacy programmes to enable all adults, young people and children to enjoy the benefits and minimise the exposure to risks of the online communications environment, in co-operation with all relevant stakeholders, including from the private sector, public service media, civil society, education establishments, academia and technical institutes;

- review regularly the measures taken to implement this Recommendation with a view to enhancing their effectiveness.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2018)2

Guidelines for States on actions to be taken vis-à-vis internet intermediaries with due regard to their roles and responsibilities

1. Obligations of States with respect to the protection and promotion of human rights and fundamental freedoms in the digital environment

1.1. Legality

1.1.1. Any request, demand or other action by public authorities addressed to internet intermediaries that interferes with human rights and fundamental freedoms shall be prescribed by

law, exercised within the limits conferred by law and constitute a necessary and proportionate measure in a democratic society. States should not exert pressure on internet intermediaries through non-legal means.

1.1.2. Laws, regulations and policies applicable to internet intermediaries, regardless of their objective or scope of application, including commercial and non-commercial activities, should effectively safeguard human rights and fundamental freedoms, as enshrined in the European Convention on Human Rights, and should maintain adequate guarantees against arbitrary application in practice.

1.1.3. States have the ultimate obligation to protect human rights and fundamental freedoms in the digital environment. All regulatory frameworks, including self- or co-regulatory approaches, should include effective oversight mechanisms to comply with that obligation and be accompanied by appropriate redress opportunities.

1.1.4. The process of enacting legislation or regulations applicable to internet intermediaries should be transparent and inclusive. States should regularly consult with all relevant stakeholders with a view to ensuring that an appropriate balance is struck between the public interest, the interests of the users and affected parties, and the interests of the intermediary. Before adopting legislation or regulations, States should conduct human rights impact assessments to understand and prevent or mitigate any potential negative impact on human rights.

1.1.5. States should ensure that legislation, regulation and policies related to internet intermediaries are interpreted, applied and enforced without discrimination, also taking into account multiple and intersecting forms of discrimination. The prohibition of discrimination may in some instances require special measures to address specific needs or correct existing inequalities. Moreover, States should take into account the substantial differences in size, nature, function and organisational structure of intermediaries when devising, interpreting and applying the legislative framework in order to prevent possible discriminatory effects.

1.1.6. States should ensure that legislation, regulation and policies relating to internet intermediaries are effectively implementable and enforceable and that they do not unduly restrict the operation and free flow of transborder communication.

1.2. Legal certainty and transparency

1.2.1. Any legislation applicable to internet intermediaries and to their relations with States and users should be accessible and foreseeable. All laws should be clear and sufficiently precise to enable intermediaries, users and affected parties to regulate their conduct. The laws should create

a safe and enabling online environment for private communications and public debate and should comply with relevant international standards.

1.2.2. Any legislation should clearly define the powers granted to public authorities as they relate to internet intermediaries, particularly when exercised by law-enforcement authorities. Such legislation should indicate the scope of discretion to protect against arbitrary application.

1.2.3. States should make available, publicly and in a regular manner, comprehensive information on the number, nature and legal basis of content restrictions or disclosures of personal data that they have applied in a certain period through requests addressed to intermediaries, including those based on international mutual legal assistance treaties, and on steps taken as a result of those requests. For purposes of transparency, States should require intermediaries to disclose clear (simple and machine-readable), easily

accessible and meaningful information about interferences with the exercise of rights and freedoms in the digital environment, whether based on court or administrative orders, private complainants' requests, or enforcement of their own content-restriction policies.

1.2.4. With a view to avoiding legal uncertainty and conflicting laws, States should commit to co-operating with each other and with all relevant stakeholders in cases where different laws apply, and should support the development of common approaches and jurisdictional principles, including through appropriate non-state forums.

1.3. Safeguards for freedom of expression

1.3.1. Any request, demand or other action by public authorities addressed to internet intermediaries to restrict access (including blocking or removal of content), or any other measure that could lead to a restriction of the right to freedom of expression, shall be prescribed by law, pursue one of the legitimate aims foreseen in Article 10 of the Convention, be necessary in a democratic society and be proportionate to the aim pursued. State authorities should carefully evaluate the possible impact, including unintended, of any restrictions before and after applying them, while seeking to apply the least intrusive measure necessary to meet the policy objective.

1.3.2. State authorities should obtain an order by a judicial authority or other independent administrative authority, whose decisions are subject to judicial review, when demanding intermediaries to restrict access to content. This does not apply in cases concerning content that is illegal irrespective of context, such as content involving child sexual abuse material, or in cases where expedited measures are required in accordance with the conditions prescribed in Article 10 of the Convention.

1.3.3. When internet intermediaries restrict access to third-party content based on a State order, State authorities should ensure that effective redress mechanisms are made available and adhere to applicable procedural safeguards. When intermediaries remove content based on their own terms and conditions of service, this should not be considered a form of control that makes them liable for the third-party content for which they provide access.

1.3.4. State authorities should consider the adoption of appropriate legislation to prevent strategic lawsuits against public participation (SLAPP) or abusive and vexatious litigation against users, content providers and intermediaries which is intended to curtail the right to freedom of expression.

1.3.5. State authorities should not directly or indirectly impose a general obligation on intermediaries to monitor content which they merely give access to, or which they transmit or store, be it by automated means or not. When addressing any request to internet intermediaries or promoting, alone or with other States or international organisations, co-regulatory approaches by internet intermediaries, State authorities should avoid any action that may lead to general content monitoring. All co-regulatory approaches should comply with rule of law and transparency safeguards.

1.3.6. State authorities should ensure that the sanctions they impose on intermediaries for non-compliance with regulatory frameworks are proportionate because disproportionate sanctions are likely to lead to the restriction of lawful content and to have a chilling effect on the right to freedom of expression.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom

Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom

(Adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1253rd meeting of the Ministers' Deputies)

1. The European Convention on Human Rights (ETS No. 5, hereinafter "the Convention") applies both offline and online. The Council of Europe member States have negative and positive obligations to respect, protect and promote human rights and fundamental freedoms on the Internet.

2. Internet freedom is understood as the exercise and enjoyment on the Internet of human rights and fundamental freedoms and their protection in compliance with the Convention and the International Covenant on Civil and Political Rights. The member States of the Council of Europe should take a proactive approach to implementing the Convention and other Council of Europe standards with regard to the Internet. The understanding of Internet freedom should be a comprehensive one and firmly based on these standards.

3. Internet governance arrangements, whether national, regional or global, must build on this understanding of Internet freedom. States have rights and responsibilities with regard to international Internet-related policy. In the exercise of their sovereign rights, States should, subject to international law, refrain from any action that would directly or indirectly harm persons or entities inside or outside of their jurisdiction. Any national decision or action restricting human rights and fundamental rights on the Internet must comply with international obligations and in particular be based on law. It must be necessary in a democratic society, fully respect the principles of proportionality and guarantee access to remedies and the right to be heard and to appeal with due process safeguards.

4. As part of their obligation to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms enshrined in the Convention, States should create an enabling environment for Internet freedom. To this end, it is recommended that States carry out regular evaluations of the Internet freedom environment at the national level, with a view to ensuring that the necessary legal, economic and political conditions are in place for Internet freedom to exist and develop. Such evaluations

contribute to a better understanding of the application of the Convention to the Internet in member States and to its better implementation by national authorities.

5. The Convention and other Council of Europe standards provide benchmarks and references for national evaluations of Internet freedom. They can be considered as indicators which guide and enable member States to identify existing or potential challenges to Internet freedom, as an analytical framework to evaluate the implementation of human rights standards on the Internet and as a reference for developing international policy and approaches relating to the Internet.

6. The Council of Europe should play a key role in promoting Internet freedom in Europe and globally. Building on member States' national evaluations, the Council of Europe can observe the evolution of regulatory frameworks and other developments in its member States and provide regular overviews on the challenges to Internet freedom in Europe. This would be a good basis for further development of Council of Europe Internet-related policies.

7. The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, recommends that member States:

- periodically evaluate the level of respect for and implementation of human rights and fundamental freedom standards with regard to the Internet, using the indicators in the appendix to this recommendation, with a view to elaborating national reports, wherever appropriate;

- ensure the participation of all stakeholders from the private sector, civil society, academia and the technical community, in their respective roles, in the evaluation of the state of Internet freedom and preparation of national reports;

- consider sharing, on a voluntary basis, information or national reports on Internet freedom with the Council of Europe;

- be guided by and promote these indicators when participating in international dialogue and international policy making on Internet freedom;

- take appropriate measures to promote the United Nations "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect, and Remedy' Framework".

Appendix to Recommendation CM/Rec(2016)5

Internet freedom indicators

Internet freedom is understood as the exercise and enjoyment on the Internet of human rights and fundamental freedoms and their protection in compliance with the Convention. These Internet freedom indicators focus on the right to freedom of expression, the right to freedom of assembly and association, the right to private life and the right to an effective remedy. They build on the existing and established human rights standards and enforcement mechanisms. A comprehensive approach to Internet freedom considers all indicators as they are intended to provide guidance in conducting a qualitative and objective evaluation of and reporting on Internet freedom in Council of Europe member States. They are not designed to rate the levels of Internet freedom or as a means of comparing countries.

1. An enabling environment for Internet freedom

1.1. The protection of human rights and fundamental freedoms on the Internet is guaranteed in law, in full compliance with the Convention.

1.2. Any State interference with the exercise of human rights and fundamental freedoms on the Internet complies with the Convention.

1.3. Laws and policies relating to the Internet are assessed, at their drafting stage, with regard to the impact that their implementation may have on the exercise of human rights and fundamental freedoms.

1.4. Laws and policies relating to the Internet are developed by State authorities in an inclusive and transparent process which enables the participation of all stakeholders, including the private sector, civil society, academia and the technical community.

1.5. Any State body which has regulatory or other competence over Internet matters carries out its activities free from political or commercial interference, in a transparent manner and protects and promotes Internet freedom.

1.6. The State protects individuals from cybercrime through effective criminal justice or other measures. Where such measures risk interference with the right to private life, the right to freedom of expression or the right to freedom of peaceful assembly and association, they are subject to conditions and safeguards against abuse. These measures comply with Articles 8, 10 and 11 of the Convention. Notably they are prescribed by a law, which is accessible, precise, clear and foreseeable; pursue a legitimate aim; are necessary and proportionate in a democratic society and allow for effective remedies.

1.7. The State formulates policies and takes measures to implement the United Nations "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect, and Remedy' Framework".

1.8. The State provides media and digital literacy programmes for users to foster their ability to make informed decisions and to respect the rights and freedoms of others. It promotes access to and use of educational, cultural, scientific, scholarly and other content.

2. The right to freedom of expression

2.1. Freedom to access the Internet

2.1.1. The Internet is available, accessible and affordable to all groups of the population without any discrimination.

2.1.2. The public has access to the Internet in facilities supported by public administration (Internet access points), educational institutions or private owners (universal community service).

2.1.3. The State takes reasonable measures to ensure access to the Internet to those with low income, in rural or geographically remote areas and those with special needs such as persons with disabilities.

2.1.4. There are no general, nationwide restrictions on access to the Internet except when this is in compliance with Article 10 of the Convention.

2.1.5. The State recognises in law and in practice that disconnecting individuals from the Internet, as a general rule, represents a disproportionate restriction of the right to freedom of expression.

2.1.6. Any restriction of Internet access, including in penitentiary institutions, complies with the conditions of Article 10 of the Convention regarding the legality, legitimacy and proportionality of restrictions on freedom of expression and the positive obligation of the State to protect the right to freedom of expression.

2.1.7. Before restrictive measures to Internet access are applied, a court or independent administrative authority determines that disconnection from the Internet is the least restrictive measure for achieving the legitimate aim. The continuing necessity of the restrictive measure is evaluated by these authorities on a continuing basis. These conditions do not apply to cases of non-payment by users for their Internet services.

2.1.8. When restrictive measures are applied, the person concerned has the right to due process before a court or an independent administrative authority whose decisions are subject to judicial review, in compliance with Article 6 of the Convention.

2.2. Freedom of opinion and the right to receive and impart information

2.2.1. Any measure taken by State authorities or private-sector actors to block or otherwise restrict access to an entire Internet platform (social media, social networks, blogs or any other website) or information and communication technologies (ICT) tools (instant messaging or other applications), or any request by State authorities to carry out such actions complies with the conditions of Article 10 of the Convention regarding the legality, legitimacy and proportionality of restrictions.

2.2.2. Any measure taken by State authorities or private-sector actors to block, filter or remove Internet content, or any request by State authorities to carry out such actions complies with the conditions of Article 10 of the Convention regarding the legality, legitimacy and proportionality of restrictions.

2.2.3. Internet service providers as a general rule treat Internet traffic equally and without discrimination on the basis of sender, receiver, content, application, service or device. Internet traffic management measures are transparent, necessary and proportionate to achieve overriding public interests in compliance with Article 10 of the ECHR.

2.2.4. Internet users or other interested parties have access to a court in compliance with Article 6 of the Convention with regard to any action taken to restrict their access to the Internet or their ability to receive and impart content or information.

2.2.5. The State provides information in a timely and appropriate manner to the public about restrictions it applies to the freedom to receive and impart information, such as indicating websites that have been blocked or from which information was removed, including details of the legal basis, necessity and justification for such restrictions, the court order authorising them and the right to appeal.

2.3. Freedom of the media

2.3.1. The editorial independence of media operating on the Internet is guaranteed in law, policy and practice. They are not subjected to pressure to include or exclude information from their reporting or to follow a particular editorial direction.

2.3.2. Media are not required to obtain permission or a licence from the government or State authorities, beyond business registration, in order to be allowed to operate on the Internet or blog.

2.3.3. Journalists and other media actors using the Internet are not subject to threats or harassment by the State. They do not practise self-censorship because of fear of punishment, harassment or attack.

2.3.4. The confidentiality of journalists' and other media actors' sources is protected in law and respected in practice.

2.3.5. Media websites and websites of new media actors are not affected by cyber-attacks or other action disrupting their functioning (for example, denial of service attacks).

2.3.6. There are prompt and effective investigations of threats and crimes against journalists and new media actors. There is no climate of impunity.

2.4. Legality, legitimacy and proportionality of restrictions

2.4.1. Any restriction of the right to freedom of expression on the Internet is in compliance with the requirements of Article 10 of the Convention, namely it:

- is prescribed by a law, which is accessible, clear, unambiguous and sufficiently precise to enable individuals to regulate their conduct. The law ensures tight control over the scope of the restriction and effective judicial review to prevent any abuse of power. The law indicates with sufficient clarity the scope of discretion conferred on public authorities with regard to the implementation of restrictions and the manner of exercise of this discretion;

- pursues a legitimate aim as exhaustively enumerated in Article 10 of the Convention;

- is necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued. There is a pressing social need for the restriction, which is implemented on the basis of a decision by a court or an independent administrative body that is subject to judicial review. The decision should be targeted and specific. Also, it should be based on an assessment of the effectiveness of the restriction and risks of over-blocking. This assessment should determine whether the restriction may lead to disproportionate banning of access to Internet content, or to specific types of content, and whether it is the least restrictive means available to achieve the stated legitimate aim.

2.4.2. The State does not impose undue restrictions to freedom of expression on the Internet in its legislation. Defamation laws are specific and narrowly defined as to their scope of application. They do not inhibit public debate or criticism of State bodies and do not impose excessive fines or disproportionate awards of damages or legal costs. Severe sanctions, such as imprisonment, are applied only when the fundamental rights of other people have been seriously impaired such as in cases of incitement to violence or hatred.

2.4.3. Laws addressing hate speech or protecting public order, public morals, minors, national security or official secrecy and data protection laws are not applied in a manner which inhibits public debate. Such laws impose restrictions of freedom of expression only in response to a

pressing matter of public interest, are defined as narrowly as possible to meet the public interest and include proportionate sanctions.

3. The right to freedom of peaceful assembly and association

3.1. Individuals are free to use Internet platforms, such as social media and other ICTs in order to associate with each other and to establish associations, to determine the objectives of such associations, to form trade unions, and to carry out activities within the limits provided for by laws that comply with international standards.

3.2. Associations are free to use the Internet in order to exercise their right to freedom of expression and to participate in matters of political and public debate.

3.3. Individuals are free to use Internet platforms, such as social media and other ICTs in order to organise themselves for purposes of peaceful assembly.

3.4. State measures applied in the context of the exercise of the right to peaceful assembly which amount to a blocking or restriction of Internet platforms, such as social media and other ICTs, comply with Article 11 of the Convention.

3.5. Any restriction on the exercise of the right to freedom of peaceful assembly and right to freedom of association with regard to the Internet is in compliance with Article 11 of the Convention, namely it:

- is prescribed by a law, which is accessible, clear, unambiguous and sufficiently precise to enable individuals to regulate their conduct;

- pursues a legitimate aim as exhaustively enumerated in Article 11 of the Convention;

- is necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued. There is a pressing social need for the restriction. There is a fair balance between the exercise of the right to freedom of assembly and freedom of association and the interests of the society as a whole. If a less intrusive measure achieves the same goal, it is applied. The restriction is narrowly construed and applied, and does not encroach on the essence of the right to freedom of assembly and association.

4. The right to private and family life

4.1. Personal data protection

4.1.1. The right to private and family life is guaranteed in compliance with Article 8 of the Convention. Any restriction to this right pursues one of the legitimate aims exhaustively

enumerated in Article 8 of the Convention, is necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued.

4.1.2. The law guarantees that all personal data is protected in compliance with Article 8 of the Convention and the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) in States which have ratified it.

4.1.3. Personal data are processed lawfully (with the unambiguous consent of the data subject or on the basis of law) for legitimate purposes and not in excess of such purposes, accurately and securely. These conditions apply also to profiling (personal data automatic processing techniques that collect and use information about an individual in order to identify, analyse or predict his or her personal preferences, behaviour and attitudes).

4.1.4. Individuals are not subjected to a decision significantly affecting them based solely on automated processing of data without having their views taken into account. There are effective processes enabling every individual to obtain, on request, information on the processing of his or her personal data and the reason underlying processing; to object to processing; to obtain, on request, rectification or erasure of the personal data; and to consent to, object to or withdraw consent to personal data processing or profiling. An effective remedy exists for individuals when these rights are not respected. Legal frameworks for personal data protection provide adequate safeguards for access to information and freedom of expression.

4.1.5. The law defines the duties of public and private entities with regard to processing of personal data.

4.1.6. A supervisory authority, which acts with complete independence and impartiality, ensures compliance with data protection legal frameworks.

4.1.7. The State does not prohibit, in law or in practice, anonymity, pseudonymity, confidentiality of private communications or the usage of encryption technologies. Interference with anonymity and confidentiality of communications is subject to the requirements of legality, legitimacy and proportionality of Article 8 of the Convention.

4.2. Surveillance

4.2.1. Surveillance measures taken by public authorities (such as security services) comply with the requirements of Article 8 the Convention and are subject to effective, independent and impartial oversight.

4.2.2. Surveillance measures are carried out in accordance with the law, which is accessible, clear, precise and foreseeable. The law contains safeguards for the exercise of discretion by public authorities and thus defines with sufficient clarity and precision:

- the nature of offences which may give rise to surveillance measures;

- the competent authorities that carry out surveillance measures, the scope of any discretion conferred on such authorities and the manner of its exercise having regard to the legitimate aim of the measure in question;

- the categories of individuals liable to be subjected to surveillance measures;

- time limitations for carrying out surveillance measures;

- the procedures for examining, using and storing data obtained from surveillance measures;

- the precautions to be taken when communicating data acquired through surveillance measures to other parties and the measures applicable during the communication to ensure data security;

- the circumstances for the destruction and erasure of data obtained from surveillance measures;

- the bodies responsible for overseeing surveillance measures.

4.2.3. Surveillance measures pursue a legitimate aim as exhaustively enumerated in Article 8 of the Convention, are necessary in a democratic society and proportionate to the legitimate aim pursued.

4.2.4. Surveillance measures carried out by State authorities either directly or through/in collaboration with private-sector entities are authorised by an independent and impartial tribunal established by law or another State body which is independent from both the authorities carrying out such measures and the executive.

4.2.5. Surveillance measures carried out by State authorities either directly or through/in collaboration with private-sector entities do not involve activities which weaken encryption systems and the integrity of communication infrastructure (for example built-in flaws and backdoors in security, information and communication systems).

4.2.6. Surveillance measures are subject to an effective review assured by a judicial authority or oversight by another State body offering the best guarantees of impartiality and independence from the authorities carrying out surveillance or the executive.

4.2.7. The law guarantees the right of an oversight body to have access to all information which is relevant to the fulfilment of its mandate, regardless of the level of information classification.

Access to information by an oversight body extends to all relevant information held by public authorities, including information provided by foreign bodies.

4.2.8. Oversight bodies exercise their powers, including seeking and handling classified information and personal data, professionally and strictly for the purposes for which they are conferred by law while ensuring that the information is protected from being used or disclosed for any purpose that is outside the mandate of such bodies.

4.2.9. Oversight bodies scrutinise, within their competences, the human rights compliance of surveillance measures taken by public authorities, including those taken in co-operation with foreign bodies through the exchange of information or joint operations.

4.2.10. Judicial authorities and oversight bodies have the power to quash and discontinue surveillance measures when such measures are deemed to be unlawful, and the power to require the deletion of any information obtained from the use of such measures.

4.2.11. Public authorities that carry out surveillance measures and their oversight bodies are not exempt from the ambit of freedom of information legislation. Decisions not to provide information are taken on a case-by-case basis, properly justified and subject to the supervision of an independent information or data protection commissioner. Oversight bodies make informative versions of their periodic and investigation reports available to the public.

5. Remedies

5.1. The State ensures that individuals have access to judicial or administrative procedures that can impartially decide on their claims concerning violations of human rights online, in compliance with Article 6 of the Convention.

5.2. The State provides for the right to effective remedy in compliance with Article 13 of the Convention. This includes effective non-judicial mechanisms, administrative or other means for seeking remedy such as through national human rights institutions. There are no legal, procedural, financial or other practical barriers that individuals encounter in seeking an effective remedy.

5.3. The State, as the primary responsible entity, takes appropriate steps to protect against human rights abuses with regard to the Internet by private-sector actors and to ensure that those affected have access to an effective remedy.

5.4. The State implements policies and measures to encourage all private-sector actors to respect human rights with regard to the Internet throughout their operations, in particular by establishing effective complaint mechanisms to address early and remedy directly grievances of individuals whose human rights and fundamental freedoms on the Internet may be adversely impacted. These

mechanisms are legitimate (enabling trust, accountable for the fair conduct of grievance processes), accessible (known by those concerned, without barriers to access), predictable (providing a clear and known procedure with an indicative time frame for each stage, clarity of types of process and outcome available, and means of monitoring implementation), equitable (reasonable access to sources of information, advice and expertise necessary to engage in a complaint process), transparent (keeping parties informed about the progress of a complaint) and compatible with Article 13 of the Convention.

[1] When adopting this recommendation, the Permanent Representative of the Russian Federation indicated that, in accordance with Article 10.2c of the Rules of Procedure for the meetings of the Ministers' Deputies, he reserved the right of his government to comply or not with the recommendation, in so far as it referred to the methodology for its implementation at national level.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality

Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality

(Adopted by the Committee of Ministers on 13 January 2016, at the 1244th meeting of the Ministers' Deputies)

1. In the information society, the exercise and enjoyment of the right to freedom of expression by individuals, including the right to receive and impart information and ideas, as well as their participation in democratic life, are increasingly reliant upon the accessibility and quality of an Internet connection.

2. Providers of Internet access services have the technical ability to manage information and data flows (Internet traffic) transiting through the networks that they operate. They may engage in Internet traffic management for specific legitimate purposes, for example to preserve the integrity and security of the network. They may also take action to prevent access to, or the dissemination of, unlawful or harmful content, for example through self-regulatory systems in co-operation with public authorities. However, other interferences with Internet traffic may affect the quality of the Internet service delivered to users and may result in blocking, discrimination or prioritisation of specific types of content, applications or services. Moreover, some of the techniques used in this context permit inspection or monitoring of communications, which can undermine users' trust in the Internet.

3. These issues raise concerns in respect of the protection and promotion of the right to private life and the right to freedom of expression, which are guaranteed respectively by Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights (ETS No. 5, hereinafter the Convention), as well as in the light of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108). There are also implications for access to diverse and pluralistic information and public service media content on the Internet, which are fundamental for democracy and cultural diversity. The right to freedom of expression, including the right to

receive and impart information, is not an absolute right. However, any restrictions to the exercise of this right must meet the requirements of Article 10, paragraph 2, of the Convention.

4. The principle of network neutrality underpins non-discriminatory treatment of Internet traffic and the users' right to receive and impart information and to use services of their choice. It reinforces the full exercise and enjoyment of the right to freedom of expression because Article 10 of the Convention applies not only to the content of information but also to the means of its dissemination. Also, the principle of network neutrality supports technological innovation and economic growth.

5. The Committee of Ministers recalls Article 1 of the Statute of the Council of Europe (ETS No. 1) and relevant Council of Europe instruments, notably the Declaration of the Committee of Ministers on protecting the role of the media in democracy in the context of media concentration (31 January 2007), Recommendation CM/Rec(2007)3 on the remit of public service media in the information society, Recommendation CM/Rec(2007)16 on measures to promote the public service value of the Internet, Recommendation CM/Rec(2008)6 on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, the Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality (29 September 2010), the Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles (21 September 2011) and Recommendation CM/Rec(2014)6 to member States on a Guide to human rights for Internet users. With a view to protecting and promoting the right to private life and the right to freedom of expression in full compliance with Articles 8 and 10 of the Convention as well as to promoting the full delivery of the public service value of the Internet, the Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, recommends that member States:

- take all the necessary measures, in co-operation with all relevant stakeholders, to safeguard the principle of network neutrality in their policy frameworks having due regard to the guidelines set out in the appendix to this recommendation;

- promote these guidelines in other international and regional fora that deal with the issue of network neutrality.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2016)1

Guidelines on network neutrality

1. General principles

1.1. Internet users have the right to freedom of expression, including the right to receive and impart information, by using services, applications and devices of their choice, in full compliance with Article 10 of the Convention. These rights must be enjoyed without discrimination on any ground such as gender, sexual orientation, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

1.2. Internet users' right to receive and impart information should not be restricted by means of blocking, slowing down, degrading or discriminating Internet traffic associated with particular content, services, applications or devices, or traffic associated with services provided on the basis of exclusive arrangements or tariffs.

1.3. Internet users should be entitled to an Internet connection with the characteristics defined in the contractual agreements that they have concluded with Internet access service providers on the basis of specific and adequate information that is provided to users with regard to all aspects which might affect their access to the Internet and their right to receive and impart information.

2. Equal treatment of Internet traffic

2.1. Internet traffic should be treated equally, without discrimination, restriction or interference irrespective of the sender, receiver, content, application, service or device. This is understood as the network neutrality principle for the purpose of this recommendation. The network neutrality principle applies to all Internet access services irrespective of the infrastructure or the network used for the Internet connection and regardless of the underlying technology used to transmit signals.

2.2. This does not preclude Internet traffic management measures which are necessary and proportionate to:

- give effect to a court order or an order of a regulatory authority;

- preserve the integrity and security of the network, services provided via the network and end-users' terminal equipment;

- prevent network congestion and optimise traffic management when congestion occurs.

2.3. Internet traffic management measures should be non-discriminatory, transparent and maintained no longer than strictly necessary. Traffic management policies should be subject to periodic review by competent authorities within each member State.

3. Pluralism and diversity of information

3.1. Internet service providers should not discriminate against traffic from other providers of content, applications and services which compete with their own products. This requires that traffic management decisions be strictly dissociated from content-related decision-making processes of the operator in the spirit of the 2007 Committee of Ministers' Declaration on protecting the role of the media in democracy in the context of media concentration.

3.2. As an exemption to the network neutrality principle, preferential treatment of traffic on the basis of arrangements between Internet service providers and providers of content, applications and services should be allowed only if sufficient safeguards for users' ability to access, use and impart information are in place. In particular, preferential treatment of traffic should not diminish or affect the affordability, performance or quality of users' access to the Internet. Internet users should have a real opportunity to choose an Internet connection without preferential treatment of traffic. They must also be informed about the impact that such treatment might have on their ability to access, use and impart information, diverse and pluralistic content that is publicly available, applications and services of their choice.

3.3. If the physical Internet connection is shared between Internet traffic and other services, States may consider imposing reasonable, transparent and proportionate obligations on Internet service providers to carry content which meets general interest objectives.

4. Privacy

4.1. Internet traffic management measures should involve processing of personal data only to the extent that is necessary and proportionate to achieve the purposes set out in the second section of these guidelines. Such measures should be in accordance with Article 8, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) and applicable legislation on the right to private life and personal data protection.

4.2. The use of Internet traffic management techniques that are capable of assessing the content of communications is an interference with the right to respect for private and family life. Therefore, such use must be fully in line with Article 8 of the Convention, be tested against applicable legislation on the right to private life and personal data protection and reviewed by a competent authority within each member State in order to assess compliance with legislation.

5. Transparency

5.1. Internet service providers should provide users with clear, complete and publicly available information with regard to any traffic management practices which might affect users' access to

and distribution of content, applications or services. Internet users should be able to obtain information from Internet service providers about Internet traffic management and Internet speeds.

5.2. Competent authorities within each member State should monitor and report on Internet traffic management practices. Reports should be prepared in an open and transparent manner, and made available to the public free of charge.

6. Accountability

6.1. Internet service providers should put in place appropriate, clear, open and efficient procedures to respond within reasonable time limits to complaints from Internet users alleging breaches of the principles included in the foregoing provisions. Internet users should have the possibility to refer the matter directly to competent authorities within each member State and be entitled to timely redress.

6.2. States should ensure in their policy frameworks the accountability of Internet service providers with regard to respect for the principle of network neutrality. Accountability also requires that appropriate mechanisms are in place to respond to network neutrality complaints.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to member States on the free, transboundary flow of information on the Internet

Recommendation CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to member States on the free, transboundary flow of information on the Internet

(Adopted by the Committee of Ministers on 1 April 2015, at the 1224th meeting of the Ministers' Deputies)

1. The right to freedom of expression, including the right to receive and impart information and ideas without interference and regardless of frontiers constitutes a cornerstone of democratic society and is one of the basic conditions for its sustainability and progress and for the development of every human being. The provisions on rights and freedoms set out in the European Convention on Human Rights (ETS No. 5, hereinafter the ECHR) and Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights apply equally online and offline. Article 10 of the ECHR applies not only to the content of information, but also to the means of dissemination or hosting, since any restriction imposed on the means of dissemination necessarily interferes with the right to receive and impart information.

2. Similarly, the right to freedom of assembly and association, as guaranteed by Article 11 of the ECHR, is also fundamental to democracy. In addition, safeguarding the right to respect for private and family life, as enshrined in Article 8 of the ECHR, and ensuring the protection of personal data in accordance with the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108, hereinafter Convention 108) underpin the exercise of the right to freedom of expression and contribute to the free flow of information on the Internet.

3. The unimpeded, transboundary flow of information on the Internet is critical for the full realisation of these rights and freedoms, safeguarding pluralism and diversity of information, the development of culture, education and innovation, and economic growth. National policies or measures, commercial activities or technological practices which interfere, whether deliberately or inadvertently, with Internet traffic or which place restrictions on Internet content or services within one State may have consequences beyond that State's frontiers on the exercise of the right to freedom of expression and the right to freedom of assembly and association. Consequently, the exercise of national sovereignty may be affected.

4. Several States may claim jurisdiction over the same information and services on the Internet, which may leave individuals subject to inconsistent or conflicting rules. The variety and diversity of national laws on illegal content and services, as well as the application of competing and conflicting national laws, create a complex legal environment which can make it difficult for users to claim the protection to which they are entitled under Article 10 of the ECHR. Developments in technology, for example content delivery networks and the growth of services that store and process data in remote locations (cloud services) rather than in locations close to the information owner, custodian or recipient may increase complexities.

5. There is a need to promote a common international understanding, to consolidate norms and adhere to best practices on the free, transboundary flow of information on the Internet, while ensuring full compliance with international agreements on the protection of children online, combating cybercrime, the protection of personal data and other relevant international agreements. State action in this context should rely on Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet, which sets out a commitment for member States in this respect. This includes State responsibility to ensure that actions within its jurisdiction do not interfere illegitimately with access to information in other States or negatively impact the transboundary flow of information on the Internet. States should also have due regard to the other Council of Europe instruments listed in the appendix to this recommendation, as well as to the importance of self-regulation. This contributes to the elaboration of best practices and new models of behaviour that promote the unhampered flow of information, opinions and ideas on the Internet.

6. Therefore, the Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, recommends that member States, when developing and implementing Internet-related policies at national level and within the international community:

- promote and protect the free, transboundary flow of information, having due regard to the principles of this recommendation, in particular by ensuring that these principles are reflected in regulatory frameworks or policies and in practice;

- encourage the private sector, civil society and technical communities to support and promote the implementation of the principles included in this recommendation.

Principles for the free, transboundary flow of information on the Internet

1. General principles

1.1. States have an obligation to guarantee to everyone within their jurisdiction the right to freedom of expression and the right to freedom of assembly and association, in full compliance with Articles 10 and 11 of the ECHR, which apply equally to the Internet. These rights and freedoms must be guaranteed without discrimination on any ground such as gender, sexual orientation, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

1.2. States should protect and promote the global free flow of information on the Internet. They should ensure that interferences with Internet traffic within their territory pursue the legitimate aims set out in Article 10 of the ECHR and other relevant international agreements and do not have an unnecessary or disproportionate impact on the transboundary flow of information on the Internet.

2. Due diligence principles

States should exercise due diligence when assessing, developing and implementing their national policies with a view to identifying and avoiding interferences with Internet traffic which have an adverse impact on the free transboundary flow of information on the Internet. This implies taking the following points into consideration.

- Assessment:regulatory or other measures that are capable of having such an impact should be assessed with regard to State responsibility to respect, protect and promote the human rights and fundamental freedoms enshrined in the ECHR.

- Transparency, foreseeability, accountability:when developing policy and regulatory frameworks that may impact the free flow of information on the Internet, States should ensure transparency, including the results of evaluations mentioned above, foreseeability as to their implementation and accountability. In particular, proposed regulatory frameworks should be published following proper procedures and with sufficient time to allow public comment.

- Proportionality and review of measures:States are obliged to ensure that the blocking of content or services deemed illegal is in compliance with Articles 8, 10 and 11 of the ECHR. In particular, measures adopted by State authorities in order to combat illegal content or activities on the Internet should not result in an unnecessary and disproportionate impact beyond that State’s borders. States should strive to develop measures which are the least intrusive and least disruptive and implement them following a transparent and accountable process. Measures adopted or promoted by States should be regularly reviewed to determine their practical effectiveness and whether they are still necessary or proportionate.

3. Value of self-regulation

States should encourage, facilitate and support the development of appropriate self-regulatory codes of conduct so that all stakeholders respect the right to respect for private and family life, the right to freedom of expression and the right to freedom of assembly and association, in full compliance with Articles 8, 10 and 11 of the ECHR, with particular regard to the free flow of Internet traffic.

4. Promoting technical best practices

4.1. States should promote multi-stakeholder co-operation in the development and implementation of technical best practices that respect the right to freedom of expression, the right to freedom of assembly and association and the right to respect for private and family life, including evaluations of the necessity of actions and proportionality of measures that may have a transboundary impact on Internet traffic.

4.2. States should ensure that national policies respect the global Internet architecture. This includes adherence to best practices regarding the domain name system.

5. International dialogue and policy

5.1. When national policies and commercial activities interfere with Internet traffic beyond a State's boundaries, the parties concerned may not have standing to raise their grievances within that State. States should ensure that structures and procedures exist for hearing and resolving the grievances of these parties. In this regard, States should engage in international dialogue to progressively develop shared understandings, international standards and norms and to adhere to best practices with regard to applicable law and competent jurisdiction in cases where competing (conflicting) laws apply to freedom of expression and access to information.

5.2. In the context of development of international policy or regulation for the Internet, States should protect and promote Internet connectivity, as well as the availability and accessibility of diverse and pluralistic information, as these impact the free, transboundary flow of information on the Internet.

5.3. In relation to services that store or process information in remote locations, States should safeguard the right to personal data protection in accordance with Convention 108 and the right to respect for private and family life in compliance with Article 8 of the ECHR. This is also important for the full exercise of the rights guaranteed in Articles 10 and 11 of the ECHR. Regarding such services, States should also engage in international dialogue to develop shared norms, practices and understandings to address questions about jurisdiction and applicable law.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2015)6

Reference instruments

- Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201)

- Convention on Cybercrime (ETS No. 185) and Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189)

- Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) and Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows (ETS No. 181)

- Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users

- Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member States on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet

- Recommendation CM/Rec(2010)13 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling

- Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality (29 September 2010)

- Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment

- Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet (20 February 2008)

- Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters

- Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the public service value of the Internet

- Recommendation Rec(99)5 of the Committee of Ministers to member States for the protection of privacy on the Internet

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2014)6 and explanatory memorandum

GUIDE TO HUMAN RIGHTS FOR INTERNET USERS

Recommendation CM/Rec(2014)6 and explanatory memorandum

Legal instruments

Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users

(Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2014 at the 1197th meeting of the Ministers' Deputies)

1. Council of Europe member States have the obligation to secure for everyone within their jurisdiction the human rights and fundamental freedoms enshrined in the European Convention on Human Rights (ETS No. 5, the Convention). This obligation is also valid in the context of Internet use. Other Council of Europe conventions and instruments, which deal with the protection of the right to freedom of expression, access to information, the right to freedom of assembly, protection from cybercrime and of the right to private life and to the protection of personal data, are also applicable.

2. The obligations of States to respect, protect and promote human rights include the oversight of private companies. Human rights, which are universal and indivisible, and related standards, prevail over the general terms and conditions imposed on Internet users by any private sector actor.

3. The Internet has a public service value. People, communities, public authorities and private entities rely on the Internet for their activities and have a legitimate expectation that its services are accessible, provided without discrimination, affordable, secure, reliable and ongoing. Furthermore, no one should be subjected to unlawful, unnecessary or disproportionate interference with the exercise of their human rights and fundamental freedoms when using the Internet.

4. Users should receive support to understand and effectively exercise their human rights online when their rights and freedoms have been restricted or interfered with. This support should include

guidance on access to effective remedies. In light of the opportunities that the Internet provides for transparency and accountability in the conduct of public affairs, users should be empowered to use the Internet to participate in democratic life.

5. To ensure that existing human rights and fundamental freedoms apply equally offline and online, the Committee of Ministers recommends under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe that member States:

5.1. actively promote the Guide to human rights for Internet users, as set out in the Appendix, among citizens, public authorities and private sector actors and take specific action regarding its application in order to enable users to fully exercise their human rights and fundamental freedoms online;

5.2. assess, regularly review and, as appropriate, remove restrictions regarding the exercise of rights and freedoms on the Internet, especially when they are not in conformity with the Convention in the light of the relevant case law of the European Court of Human Rights. Any restriction must be prescribed by law, necessary in a democratic society to pursue a legitimate aim and proportionate to the legitimate aim pursued;

5.3. ensure that Internet users have access to effective remedies when their rights and freedoms have been restricted or when they believe that their rights have been violated. This requires enhancing co-ordination and co-operation among relevant institutions, entities and communities. It also necessitates the engagement of and effective co-operation with private sector actors and civil society organisations. Depending on the national context, this may include redress mechanisms such as those provided by data protection authorities, national human rights institutions (such as ombudspersons), court procedures and hotlines;

5.4. promote co-ordination with other State and non-State actors, within and beyond the Council of Europe, with regard to the standards and procedures which have an impact on the protection of human rights and fundamental freedoms on the Internet;

5.5. encourage the private sector to engage in genuine dialogue with relevant State authorities and civil society in the exercise of their corporate social responsibility, in particular their transparency and accountability, in line with the "Guiding Principles on Business and Human Rights: implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework". The private sector should also be encouraged to contribute to the dissemination of the guide;

5.6. encourage civil society to support the dissemination and application of the guide so that it provides an effective tool for Internet users.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2014)6

Introduction

1. This guide is a tool for you, the Internet user, to learn about your human rights online, their possible limitations, and available remedies for such limitations. Human rights and fundamental freedoms apply equally offline and online. This principle includes respect for the rights and freedoms of other Internet users. The guide provides you with information about what rights and freedoms mean in practice in the context of the Internet, how they can be relied and acted upon, as well as how to access remedies. It is an evolving document, open to periodic updating.

2. This guide is based on the European Convention on Human Rights and other Council of Europe conventions and instruments that deal with various aspects of human rights protection. All Council of Europe member States have a duty to respect, protect and fulfil the rights and freedoms contained in the instruments that they have ratified. The guide is also inspired by the continuous interpretation of these rights and freedoms by the European Court of Human Rights and by other relevant legal instruments of the Council of Europe.

3. The guide does not establish new human rights and fundamental freedoms. It builds on existing human rights standards and enforcement mechanisms.[1]

Access and non-discrimination

1. Access to the Internet is an important means for you to exercise your rights and freedoms and to participate in democracy. You should therefore not be disconnected from the Internet against your will, except when it is decided by a court. In certain cases, contractual arrangements may also lead to discontinuation of service but this should be a measure of last resort.

2. Your access should be affordable and non-discriminatory. You should have the greatest possible access to Internet content, applications and services using the devices of your choice.

3. You should expect public authorities to make reasonable efforts and to take specific measures to facilitate your access to the Internet if you live in rural and geographically remote areas, are on a low income and/or have special needs or disabilities.

4. In your interactions with public authorities, Internet service providers and providers of online content and services, or with other users or groups of users, you must not be discriminated against

[1] This guide is part of a recommendation adopted by the Committee of Ministers of the 47 member States of the Council of Europe. More detailed information explaining the guide can be found in the explanatory memorandum to the recommendation.

on any grounds such as gender, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status, including ethnicity, age or sexual orientation.

Freedom of expression and information

You have the right to seek, receive and impart information and ideas of your choice, without interference and regardless of frontiers. This means:

1. you have the freedom to express yourself online and to access information and the opinions and expressions of others. This includes political speech, views on religion, opinions and expressions that are favourably received or regarded as inoffensive, but also those that may offend, shock or disturb others. You should have due regard to the reputation or rights of others, including their right to privacy;

2. restrictions may apply to expressions which incite discrimination, hatred or violence. These restrictions must be lawful, narrowly tailored and executed with court oversight;

3. you are free to create, re-use and distribute content respecting the right to protection of intellectual property, including copyright;

4. public authorities have a duty to respect and protect your freedom of expression and your freedom of information. Any restrictions to this freedom must not be arbitrary, must pursue a legitimate aim in accordance with the European Convention on Human Rights such as, among others, the protection of national security or public order, public health or morals, and must comply with human rights law. Moreover, they must be made known to you, coupled with information on ways to seek guidance and redress, and not be broader or maintained for longer than is strictly necessary to achieve a legitimate aim;

5. your Internet service provider and your provider of online content and services have corporate responsibilities to respect your human rights and provide mechanisms to respond to your claims. You should be aware, however, that online service providers, such as social networks, may restrict certain types of content and behaviour due to their content policies. You should be informed of possible restrictions so that you are able to take an informed decision as to whether to use the service or not. This includes specific information on what the online service provider considers as illegal or inappropriate content and behaviour when using the service and how it is dealt with by the provider;

6. you may choose not to disclose your identity online, for instance by using a pseudonym. However, you should be aware that measures can be taken, by national authorities, which might lead to your identity being revealed.

Assembly, association and participation

You have the right to peacefully assemble and associate with others using the Internet. In practice, this means:

1. you have the freedom to choose any website, application or other service in order to form, join, mobilise and participate in social groups and assemblies whether or not they are formally recognised by public authorities. You should also be able to use the Internet to exercise your right to form and join trade unions;

2. you have the right to protest peacefully online. However, you should be aware that, if your online protest leads to blockages, the disruption of services and/or damage to the property of others, you may face legal consequences;

3. you have the freedom to use available online tools to participate in local, national and global public policy debates, legislative initiatives and public scrutiny of decision-making processes, including the right to sign petitions and to participate in policy making relating to how the Internet is governed.

Privacy and data protection

You have the right to private and family life on the Internet which includes the protection of your personal data and respect for the confidentiality of your correspondence and communications. This means:

1. you should be aware that, in using the Internet your personal data is regularly processed. This happens when you use services such as browsers, e-mail, instant messages, voice-over Internet protocols, social networks and search engines and cloud data storage services;

2. public authorities and private companies have an obligation to respect specific rules and procedures when they process your personal data;

3. your personal data should only be processed when laid down by law or when you have consented to it. You should be informed of what personal data are processed and/or transferred to third parties, when, by whom and for what purpose. Generally, you should be able to exercise control over your personal data (check its accuracy, request a correction, a deletion or that personal data is kept for no longer than necessary);

4. you must not be subjected to general surveillance or interception measures. In exceptional circumstances, which are prescribed by law, your privacy with regard to your personal data may be interfered with, such as for a criminal investigation. Accessible, clear and precise information about the relevant law or policy and your rights in this regard should be made available to you;

5. your privacy must also be respected in the workplace. This includes the confidentiality of your private online correspondence and communications. Your employer must inform you of any surveillance and/or monitoring carried out;

6. you can be assisted by data protection authorities, which exist in a vast majority of European countries, to ensure that data protection laws and principles are upheld.

Education and literacy

You have the right to education, including access to knowledge. This means:

1. you should have online access to education and to cultural, scientific, scholarly and other content in official languages. Conditions might apply to such access in order to remunerate rights' holders for their work. You should also be able to freely access publicly funded research and cultural works in the public domain on the Internet, where available;

2. as part of Internet and media literacy you should have access to digital education and knowledge in order to exercise your rights and freedoms on the Internet. This includes skills to understand, use, and work with a broad range of Internet tools. This should enable you to critically analyse the accuracy and trustworthiness of content, applications and services that you access or wish to access.

Children and young people

As a child or young person, you have all the rights and freedoms outlined in this guide. In particular, because of your age, you are entitled to special protection and guidance when using the Internet. This means:

1. you have the right to freely express your views and participate in society, to be heard and to contribute to decision making on matters affecting you. Your views must be given due weight in accordance with your age and maturity and without discrimination;

2. you can expect to receive information in a language appropriate for your age and training from your teachers, educators and parents or guardians about safe use of the Internet, including about how to preserve your privacy;

3. you should be aware that content you create on the Internet or content concerning you created by other Internet users may be accessible worldwide and could compromise your dignity, security and privacy or be otherwise detrimental to you or your rights now or at a later stage in your life. Upon your request, this should be removed or deleted within a reasonably short period of time;

4. you can expect clear information about online content and behaviour that is illegal (for example online harassment) as well as the possibility to report alleged illegal content. This information should be adapted to your age and circumstances and you should be provided with advice and support with due respect for your confidentiality and anonymity;

5. you should be afforded special protection from interference with your physical, mental and moral welfare, in particular regarding sexual exploitation and abuse on the Internet and other forms of cybercrime. In particular, you have the right to education to protect yourself from such threats.

Effective remedies

1. You have the right to an effective remedy when your human rights and fundamental freedoms are restricted or violated. To obtain a remedy, you should not necessarily have to pursue legal action straight away. The avenues for seeking remedies should be available, known, accessible, affordable and capable of providing appropriate redress. Effective remedies can be obtained directly from Internet service providers, public authorities and/or national human rights institutions. Effective remedies can – depending on the violation in question – include inquiry, explanation, reply, correction, apology, reinstatement, reconnection and compensation. In practice, this means:

1.1. your Internet service provider, providers of access to online content and services, or other company and/or public authority should inform you about your rights, freedoms and possible remedies and how to obtain them. This includes easily accessible information on how to report and complain about interferences with your rights and how to seek redress;

1.2. additional information and guidance should be made available from public authorities, national human rights institutions (such as ombudspersons), data protection authorities, citizens' advice offices, human rights or digital rights associations or consumer organisations;

1.3. national authorities have an obligation to protect you from criminal activity or criminal offences committed on or using the Internet, in particular when this concerns illegal access, interference, forgery or other fraudulent manipulation of your digital identity, computer and data contained therein. The relevant law-enforcement authorities have an obligation to investigate and

take appropriate action, including seeking sanctions, if you complain of damage to, or interference with, your personal identity and your property online.

2. In the determination of your rights and obligations or of any criminal charge against you with regard to the Internet:

2.1. you have the right to a fair trial within a reasonable time by an independent and impartial court;

2.2. you have the right to an individual application to the European Court of Human Rights after exhausting all available domestic remedies.

CM Documents

CM(2014)31 addfinal 16 April 2014[2]

Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a guide to human rights for Internet users – Explanatory Memorandum

Introduction

1. The Internet plays an important role in people's daily life and in all aspects of human society. It is continually evolving and providing citizens with possibilities to access information and services, to connect and to communicate, as well as to share ideas and knowledge globally. The impact of the Internet on social, economic and cultural activities is also growing.

2. There is an increasing number of cases which relate to the Internet before the European Court of Human Rights ("the Court").[3] The Court has affirmed that "[t]he Internet has now become one of the principal means by which individuals exercise their right to freedom of expression and information, providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest."[4]

3. The Council of Europe's Internet Governance Strategy 2012-2015 attaches importance to the rights of Internet users. The chapter 'Maximising Rights and Freedoms for Internet Users', which aims at promoting access to and best use of the Internet includes as a line of action: "drawing up a compendium of existing human rights for Internet users to help them in communicating with and seeking effective recourse to key Internet actors and government agencies when they consider their rights and freedoms have been adversely affected: to report an incident, lodge a complaint or seek a right to reply, redress or other form of recourse".

Background and context

4. The Steering Committee on Media and Information Society (CDMSI), at its 1st meeting on 27-30 April 2012, proposed to the Committee of Ministers to set up a Committee of Experts on Rights of Internet Users (MSI-DUI) and agreed to its draft terms of reference. Further to the CDMSI's proposal, the Committee of Ministers approved the terms of reference at the 1147th meeting of

[2] This document has been classified restricted until examination by the Committee of Ministers.
[3] For an overview of the European Court of Human Rights' case-law relating to the Internet please visit the factsheet on new technologies, October 2013.
[4] See Yildirim v. Turkey, no 3111/10 § 54.

the Ministers' Deputies on 6 July 2012.[5] The expected result of the MSI-DUI, according to its terms of reference, is:

> "A compendium of existing human rights for Internet users is prepared to help them understand and exercise their rights when, considering their rights and freedoms have been adversely affected, they communicate with and seek effective recourse from key Internet actors and government agencies (2013)" (hereinafter the Compendium).

5. The MSI-DUI held its first meeting on 13 and 14 September 2012, in Strasbourg. It was agreed that the objective of the MSI-DUI work should not be to create new human rights but to examine the application of existing rights with regard to the Internet. The MSI-DUI decided to collect information, by means of a questionnaire sent to their networks and communities, on practical problems experienced by users, and thereby on possible violations of their human rights as well as available remedies.

6. Consultations with stakeholders were held at the Internet Governance Forum (6 to 9 November 2012, Baku) in the workshop "Empowerment of Internet Users – which tools?". The participating MSI-DUI members used the outreach opportunities that this event offered to seek stakeholders' feedback on various topics relevant to the Compendium. Workshop discussions highlighted problems encountered by Internet users such as removal of user generated content without due process, issues related to personal data protection and the lack of effective remedies.

7. The MSI-DUI held its second meeting on 13 and 14 December 2012, in Strasbourg. It considered the replies received by different stakeholders on its questionnaire and discussed the information collected through its outreach to stakeholders. The MSI-DUI decided to complete the preliminary analytical phase of its work and, on this basis, to start drafting the Compendium; a first draft was outlined during this meeting.

8. At its third meeting, which took place on 20 and 21 March 2013 in Strasbourg, the MSI-DUI examined in detail issues related to the right to freedom of expression, the right to private life, freedom of assembly and association, online security, the right to education, the rights of the child, nondiscrimination and the right to an effective remedy. This examination was based on relevant Council of Europe binding and non-binding standards and the case law of the Court. The MSI-DUI also discussed the type of instrument which the Council of Europe could adopt to endorse the Compendium, such as a Committee of Ministers' declaration or recommendation. The instrument should meet the twofold objective of providing Internet users with simple and clear

[5] See CM(2012)91.See CM(2012)91.

guidance on their human rights online and ensuring adoption by member States of a text that is in line with their obligations under the European Convention on Human Rights (ECHR) and other Council of Europe standards.

9. The CDMSI at its third meeting, which took place from 23 to 26 April 2013, in Strasbourg, took the view that the Compendium should combine formal and simplified language, while paying due attention to avoiding over-simplification of existing human rights standards and jurisprudence of the Court. Discussions highlighted also the desirability to update the Compendium regularly in order to reflect the rapidly evolving Internet policies. The CDMSI also decided to submit comments on the draft Compendium, as it stood at the time of the consultations, noting that it was a 'work-in-progress' document, in order to provide overarching guidance and orientation. The replies received supported the approach taken by the MSI-DUI to prepare a user-friendly awareness-raising document that gave special attention to the right to freedom of expression, the right to private life, the right to education, the rights of the child and protection from cybercrime.

10. The draft Compendium was presented to and discussed with stakeholders at the European Dialogue on Internet Governance (EuroDIG, 20-21 June 2013 in Lisbon) notably in the workshop "Towards a Human Internet? Rules, Rights and Responsibilities for our Online Future". An informal meeting was held in Lisbon among MSI-DUI members who attended the workshop. It was considered that the draft Compendium should be shortened with a view to being more accessible by Internet users. Following these discussions, as well as inter-sessional work of MSI-DUI members, an ad hoc meeting of available MSI-DUI members was held on 10 September 2013, in Strasbourg. The MSI-DUI examined a draft Committee of Ministers' recommendation on human rights for Internet users, which included in its appendix a draft Compendium of human rights and fundamental freedoms for Internet users. The draft Compendium adopted an approach which addresses the user directly. In view of this approach, it was decided to re-entitle the Compendium as a "Guide on Human Rights for Internet Users".

11. At its last meeting, held on 1 and 2 October 2013, in Strasbourg, the MSI-DUI examined and finalised its proposals to the CDMSI for a draft Committee of Ministers recommendation on a Guide to Human Rights for Internet Users (hereinafter the Guide). It agreed to hold multi-stakeholder consultations, including a Council of Europe Open Forum on the Guide during the Internet Governance Forum (22-25 October 2013, Indonesia). A number of selected stakeholders, representing the private sector, civil society, the technical community and academia were asked to provide their comments and suggestions on the Guide. In addition, informal comments and feedback on the draft recommendation were invited from other relevant Council of Europe

steering committees, including the Steering Committee for Human Rights (CDDH), the European Committee on Legal Cooperation (CDCJ), the European Committee on Crime Problems (CDPC), as well as conventional committees including the Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD), the Cybercrime Convention Committee (T-CY), the Committee of Experts on Terrorism (CODEXTER) and the Committee of Parties to the Convention on the protection of children against sexual exploitation and sexual abuse (T-ES). In response, the CDDH, the CDCJ, and members of the T-PD Bureau all provided comments that were then taken into consideration and integrated into the draft Recommendation and draft Explanatory memorandum by the CDMSI.

12. In addition, around 30 contributions were received from representatives of the private sector (telecommunications companies, online service providers), key civil society organisations, the technical community as well as academicians from different parts of the world. They generally welcomed the Council of Europe's work on the draft Guide and provided numerous comments and proposals for changes thereto.

13. The CDMSI, during its 4th meeting which was held from 3 to 6 December 2013, examined the proposals of the MSI-DUI for a draft Committee of Ministers recommendation on a Guide on human rights for Internet users. It took note of the multi-stakeholder consultations mentioned above and finalised the draft recommendation on the basis of final comments which were sent by e-mail.

Comments on Recommendation CM/Rec(2014)6 of the Committee of Ministers to member States on a guide to human rights for Internet users

14. The aim of this recommendation is to foster the exercise and protection of human rights and fundamental freedoms on the Internet in all Council of Europe member States. Individuals' and communities' access to the Internet and best use of it necessitate efforts to inform and empower them to exercise their rights and freedoms in online environments. This approach had been affirmed by the Committee of Ministers in its Declaration on Internet Governance Principles, of 2011, in which it underlined its vision of a people-centred and human rights based approach to the Internet which empowered Internet users to exercise their rights and freedoms on the Internet as a principle of Internet governance.

15. The Guide, which is annexed to this recommendation, offers some basic information on selected human rights in the ECHR and from other relevant Council of Europe standards. It focuses on particular rights and freedoms and related international law standards, in particular regarding the right to freedom of expression, freedom of assembly and association, the right to

privacy and protection of personal data, children's rights, and the right to an effective remedy. It has been drafted in a language that is easy for users to understand. To keep the text as simple as possible, the MSIDUI decided not to refer to the strict legal wording of member States' obligations in international law, including the case law of the Court.

16. Human rights and fundamental freedoms are guaranteed in various Council of Europe instruments which are applicable both to offline and online environments, thus not exclusively to the Internet. Notably, human rights and fundamental freedoms are enshrined in the ECHR which is interpreted by the Court in its case law. A number of Council of Europe conventions and other nonbinding instruments offer additional explanation and orientation for Internet users. The MSI-DUI considered that in order for Internet users to understand their rights and freedoms there was a need to explain in simple wording relevant international law standards of the Council of Europe and the United Nations.

Preamble

17. The preamble sets out the reasons that led the Committee of Ministers to adopt the recommendation to its member States. The premise for the recommendations is that the responsibility to safeguard human rights and fundamental freedoms lies with the Council of Europe member States. This must be done in compliance with the ECHR as interpreted by the Court. Other legally binding instruments of the Council of Europe are also relevant, notably the Convention on Cybercrime (hereinafter the 'Budapest Convention'), the Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201, hereinafter the 'Lanzarote Convention'), and the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No.108, hereinafter 'Convention 108').

18. Other non-binding standards adopted by the Committee of Ministers provide guidance to member States on Internet related matters, including: Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the public service value of the Internet; Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters; Recommendation CM/Rec(2010)13 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling; Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member States on a new notion of media; Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services; and

Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines.

19. The second paragraph of the preamble specifies that the obligations of States to respect, protect and promote human rights engender the oversight of private companies. This statement is derived from Article 1 of the ECHR according to which States shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms set forth in the Convention. This includes protection against human rights violations by non-State actors and requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress violations through effective legislation and measures. The Court has affirmed in its judgments that States have positive obligations to protect the fundamental rights and freedoms of individuals on the Internet, notably as regards freedom of expression[6], the protection of children and young people[7], the protection of morals and the rights of others[8], combating racist or xenophobic discourse, and in addressing discrimination and racial hatred[9]. In addition, the Court has held States accountable for failing to protect their citizens from adverse effects on their rights and freedoms resulting from actions of private companies.[10] The second paragraph also echoes the principle of universality and indivisibility of human rights, which is based on the Vienna Declaration issued at the Summit conference of Heads of State and Government of the member States of the Council of Europe, which took place on 9 October 1993.

20. The third paragraph of the preamble reaffirms the public service value of the Internet as set out in the relevant Committee of Ministers' Recommendation CM/Rec(2007)16.[11] Considering the important role that the Internet plays in users' everyday activities and the need to ensure the protection of their human rights on the Internet, the recommendation emphasises that people must not be subject to unlawful, unnecessary and disproportionate interferences with the exercise of their rights and freedoms.

21. The fourth paragraph of the preamble defines the objective of the recommendation to foster users' understanding and promote the effective exercise of human rights online, including access to effective remedies. Informing users about the risks to their fundamental rights and freedoms and the possibilities for redress are therefore important. The statement regarding the opportunities

[6] See Özgür Gündem v. Turkey, no. 23144/93, §§ 42-46.
[7] K.U. v. UK, no 2872/02.
[8] Pay v. UK, no. 32792/05.
[9] Féret v. Belgium no.15615/07.
[10] L□pez Ostra v. Spain, no. 16798/90, § 44-58; Taúkin and Others v. Turkey; Fadeyeva v. the Russian Federation. In Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden no 23883/06 the Court found that a domestic court's interpretation of a private act (contract) engaged the responsibility of the respondent State, thus broadening the scope of Article 10 protection to restrictions imposed by private persons.
[11] Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the public service value of the Internet.

provided by the Internet for transparency and accountability in public affairs explains an element of the rationale of the recommendation that is empowering individuals and communities to participate in democratic life.

Operative part of the recommendation

22. Paragraph 5 States a key principle of the Council of Europe's Internet-related standards, that is fundamental rights and freedoms apply equally to online and offline environments[12]. This approach has also been affirmed by the United Nations Human Rights Council in its Resolution of 2012 on "The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet". Promoting the application of the Guide will reinforce the protection of human rights and fundamental freedoms in compliance with existing human rights standards.

23. Sub-paragraph 5.1, recommends to member States that the Guide should be promoted not only by public authorities but also via the private sector. This could include its publication and dissemination in printed formats or adaptations in electronic formats. Relevant public authorities could also make it available on their websites. The private sector could be encouraged to do the same.

24. Sub-paragraph 5.2, reaffirms that the exercise of human rights and fundamental freedoms on the Internet may be subject to restrictions which pursue legitimate aims and are necessary in a democratic society as stipulated in the relevant articles of ECHR. In order to ensure compliance with these conditions the Committee of Ministers recommended to its member States to assess, regularly review and where appropriate remove restrictions with human rights and fundamental freedoms on the Internet.

25. Sub-paragraph 5.3, calls on member States to enhance their efforts to guaranteeing the right to an effective remedy, inter alia, by ensuring enhanced co-ordination and co-operation among existing relevant institutions, entities (including regulators for electronic communications) and communities which offer redress mechanisms, such as in the context of processing complaints lodged by Internet users. The recommendation also acknowledges that there is a diversity of redress mechanisms available in different member States, such as data protection authorities, ombudspersons, court procedures, or hotlines. Member States could also conduct an audit of existing redress mechanisms in their jurisdictions and compile the relevant information in a user-friendly inventory of redress mechanisms. Such information could be disseminated together with

[12] See Committee of Ministers Declaration on Internet Governance Principles, principle 1 "Human Rights, Democracy and Rule of "

the Guide, for example in the form of an appendix. This is one of the follow-up actions which may be taken further to the adoption of the recommendation.

26. By its very nature, the Internet operates by sending and receiving requests for information across borders and therefore regardless of frontiers. This means that human rights and fundamental freedoms on the Internet in member States may be exposed to action by State or non-State actors beyond the Council of Europe's borders; for example freedom of expression and access to information, as well as privacy with regard to personal data can be interfered with. Therefore, subparagraph 5.4, recommends co-ordination between Council of Europe member States and non-Council of Europe member States as well as non-State actors.

27. Sub-paragraph 5.5, recommends to member States to encourage genuine dialogue between the private sector and relevant State authorities as well as civil society as regards the exercise of the latter's social responsibility. A foundational principle of the Guiding Principles on Business and Human Rights[13] is that business enterprises should respect human rights, which means that they should avoid infringing on the human rights of others and address adverse human rights impact with which they are involved. The transparency and accountability of private sector actors is emphasised as an important means of demonstrating their responsibility as is actively promoting and disseminating it. For example, Internet service providers and content access providers could make references to the Guide in the terms and conditions of use of their services.

28. Sub-paragraph 5.6, acknowledges the key contribution that the civil society can give in promoting the Guide and compliance with it. Therefore, it is recommended that member States encourage civil society organisations and activists to help in the dissemination and application of the Guide and rely on it when advocating for the implementation of human rights standards and compliance with them.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2014)6

Guide to Human Rights for Internet Users

Introduction

[13] Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework (A/HRC/17/31) endorsed by the Human Rights Council by Resolution Human rights and transnational corporations and other business enterprises A/HRC/RES/17/4. In particular the Guiding Principles provide that States should enforce laws that are aimed at, or have the effect of, requiring business enterprises to respect human rights, and periodically to assess the adequacy of such laws and address any gaps; ensure that other laws and policies governing the creation and ongoing operation of business enterprises, such as corporate law, do not constrain but enable business respect for human rights; provide effective guidance to business enterprises on how to respect human rights throughout their operations; encourage, and where appropriate require, business enterprises to communicate how they address their human rights impacts.

29. The Guide addresses the user directly. It is a tool for the Internet user who is any individual who does not have specialised knowledge about the Internet which is based on education or training. In particular, it focuses on the user's ability to manage their activities on the Internet (e.g. their identity, their personal data). They should be fully informed about the different choices they make on the Internet which may affect their rights and freedoms and the consequences of giving their consent to such choices. They should understand the limitations of their rights. They should be aware of the redress mechanisms available to them.

30. The Guide is based on the ECHR and the relevant jurisprudence of the Court. It also draws from other legally-binding Council of Europe instruments. Other instruments are also relied upon, in particular certain declarations and recommendations of the Committee of Ministers. The Guide is without prejudice to the enforceability of existing human rights standards on the basis of which it has been elaborated. The rights and freedoms in the Guide are enforceable under the legal instruments on the basis of which they are elaborated. The Guide refers to existing human rights standards and the relevant mechanisms for their enforcement, and does not establish new rights and freedoms. The Guide is neither an exhaustive nor a prescriptive explanation of human rights standards. For example, further clarifications on possible restrictions and interferences with human rights, and guidance on helping users deal with violence and abuse on the Internet, could merit further attention in order to help users understand their rights and to protect themselves and others. However, the Guide remains open to updating in order to keep pace with new standards of the Council of Europe and the case law of the Court as technology develops.

Access and non-discrimination

31. The Guide emphasises principles and considerations which are deemed to be intrinsically linked and generally applicable to all the human rights and fundamental freedoms contained in it, including access to the Internet and the principle of non-discrimination.

32. Although access to the Internet is not yet formally recognised as a human right (noting differences in national contexts including domestic law and policy), it is considered as a condition and an enabler for freedom of expression and other rights and freedoms[14]. Consequently, the

[14] The United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue has emphasised that "the Internet has become an indispensable tool for realising a range of human rights, combating inequality, and accelerating development and human progress, ensuring universal access to the Internet should be a priority for all States. Each State should thus develop a concrete and effective policy, in consultation with individuals from all sections of society, including the private sector and relevant Government ministries, to make the Internet widely available, accessible and affordable to all segments of population." "[B]y acting as a catalyst for individuals to exercise their right to freedom of opinion and expression the Internet also enables the realisation of a range of other human rights" http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf.

disconnection of an Internet user could adversely affect the exercise of her/his rights and freedoms and could even amount to a restriction of the right to freedom of expression, including the right to receive and impart information. The Court has stated that the Internet has become today one of the principal means for the exercise of the right to freedom of expression and information by individuals. Freedom of expression applies not only to the content of information but also to the means of its dissemination, since any restriction imposed on the latter necessarily interferes with the right to receive and impart information. Such interferences can only be accepted if they meet the conditions stated in Article 10, paragraph 2 of the ECHR as interpreted by the Court.[15] A measure that is bound to have an influence on the individuals' accessibility of the Internet engages the responsibility of the State under Article 10.[16]

33. Against this background, the Guide states that Internet users should not be disconnected against their will except when it is decided by a court. This, however, should not be understood as preempting legitimate disconnection measures such as in the context of obligations stemming from contractual obligations. Internet consumers who do not pay for their service may be disconnected from the Internet. However this should be a measure of last resort. Moreover, children can be subjected to discontinuation of access to the Internet in the context of exercise of parental control over Internet usage of the Internet, depending on the child's age and maturity.

34. Internet users should have effective remedies against measures of disconnection from the Internet when this is not decided by a court. This includes Internet service providers informing Internet users about the grounds and legal basis for the disconnection measure and the procedures for objecting to it and requesting reinstatement of full access to the Internet. Such requests should be treated within reasonable time limits. Moreover, every Internet user, in the exercise of his right to fair trial, should be able to request a review of the disconnection measure by a competent administrative and/or judicial authority. These due process aspects are summarised in the last section of the Guide, which is entitled "Effective Remedies".

35. Positive action or measures taken by State authorities to ensure that everyone is connected to the Internet is another dimension of the issue of access to the Internet. The Committee of Ministers of the Council of Europe has recommended to its member States to promote the public service value of the Internet.[17] This is understood as "people's significant reliance on the Internet as an

[15] See note 2 above, § 50. See also Autronic AG v Switzerland (No. 12726/87). In Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden no 23883/06 the Court found that a domestic court's interpretation of a private act (contract) engaged the responsibility of the respondent State, thus broadening the scope of Article 10 protection to restrictions imposed by private persons.
[16] See note 2 above, § 53.
[17] See note 9 above, CM/Rec(2007)16, section II.

essential tool for their everyday activities (communication, information, knowledge, commercial transactions) and the resulting legitimate expectation that Internet services be accessible and affordable, secure, reliable and ongoing." This section informs the user that she/he should have Internet access which is affordable and non-discriminatory.

36. The right to access Internet content is linked to the right to receive and impart information on the Internet as referred to in Article 10 of the ECHR.17[18] The Council of Europe's Committee of Ministers has affirmed that every Internet user should have the greatest possible access to Internet-based content, applications and services of his/her choice, whether or not they are offered free of charge, using suitable devices of his/her choice. This is a general principle commonly referred to as 'network neutrality' which should apply irrespective of the infrastructure or the network used for Internet connectivity.[19]

37. Public authorities should make reasonable efforts to facilitate access to the Internet for specific categories of individuals such as those living in remove areas and people with disabilities. This is based on the principle of universal community service which is laid down in Recommendation No.R(99)14 of the Committee of Ministers concerning new communication and information services.[20] It emphasises that individuals living in rural or geographically remote areas or those with low income or special needs or disabilities can expect specific measures from public authorities in relation to their Internet access.

38. The expectations of people with disabilities to have equivalent and non-discriminatory access to the Internet as enjoyed by other Internet users is derived from instruments of the Council of Europe which recommend to member States to take action to foster the provision of adequate facilities for the access to the Internet and ICTs by disabled users.[21] Member States should promote affordable access bearing in mind the importance of design, the need to raise awareness among these persons and groups, the appropriateness and attractiveness of Internet access and services as well as their adaptability and compatibility.[22]

39. The principle of non-discrimination should apply to user interactions with public authorities, Internet service providers, content access providers and other companies, users, or other groups

[18] See note 2 above, § 50.
[19] Declaration of the Committee of Ministers on Network Neutrality, adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010. See also, Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services , article 8(4) g.
[20] See note 9 above, CM/Rec(2007)16, appendix section II; Recommendation No. R (99)14 of the Committee of Ministers to member States on universal community service concerning new communication and information services, principle 1.
[21] Ibid.
[22] See note 9 above, CM/Rec(2007)16, Appendix, section II.

of users. The fourth paragraph is a paraphrasing of Article 14 of the ECHR and Article 1 of Protocol 12 of the ECHR, both concerning the prohibition on discrimination. Freedom of expression and information

40. This section concerns the right to freedom of expression as enshrined in Article 10 of the ECHR. The Court has affirmed in its jurisprudence that Article 10 is fully applicable to the Internet.[23] The right to freedom of expression includes the right to freely express opinions, views, ideas and to seek, receive and impart information regardless of frontiers. Internet users should be free to express their political convictions as well as their religious and non-religious views. The latter concerns the exercise of the right to freedom of thought, conscience and religion as enshrined in Article 9 of the ECHR. Freedom of expression is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb.[24]

41. The exercise of the right to freedom of expression by Internet users' must be balanced with the right to protection of reputation. The Court has held in a number of cases that this is a right which is protected by Article 8 of the ECHR concerning the respect for private life.[25] The Court has found that, as a matter of principle, the rights guaranteed under Articles 8 and 10 deserve equal respect. It considers that where the right to freedom of expression is being balanced with the right to respect for private life, the relevant criteria in the balancing exercise include the following elements: contribution to a debate of general interest, how well known the person concerned is, the subject of the report, the prior conduct of the person concerned, the method of obtaining the information and its veracity, the content, form and consequences of the publication, and the severity of the sanction imposed.[26] Therefore, the Guide specifies that the Internet user should have due regard to the reputation of others, including their right to privacy.

42. There is expression that does not qualify for protection under Article 10 of the ECHR such as hate speech. The Court has found that certain forms of expression which amount to hate speech or which negate the fundamental values of the ECHR are excluded from the protections afforded by Article 10 of the Court.[27] In this connection the Court applies Article 17 of the ECHR. Although

[23] See note 2 above, §50.
[24] Handyside v. the United Kingdom, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, para.49.
[25] Chauvy and Others, no. 64915/01 § 70; Pfeifer v. Austria, no. 12556/03, § 35; and Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain, no. 34147/06, § 40.
[26] Delfi As v. Estonia, no. 64569/09, § 78-81 (this case has been referred to the Grand Chamber of the Court); Axel Springer AG v. Germany no. 39954/08 § 89-95, and Von Hannover v. Germany (no. 2), nos. 40660/08 and 60641/08 §§ 108-113.
[27] Féret v. Belgium no. 15615/07; Garaudy v. France no. 65831/01, 24.06.2003, admissibility decision; Leroy v. France no. 36109/03; Jersild v. Denmark no. 15890/89; Vejdeland and Others v. Sweden no. 1813/07.

there is no universally acceptable definition of hate speech, the Council of Europe's Committee of Ministers has stated that the term "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin."[28] Paragraph 2 of the section on freedom of expression provides concise information which is formulated in simple language for the user with regard to the point that hate speech is not dealt with under Article 10 of the ECHR. This paragraph does not attempt to explain in legal terms the different ways in which article 10 and article 17 of the ECHR might apply to hate speech. Given the legal nature of this distinction it was considered that information on this point is more appropriate for the explanatory memorandum.

43. Users have the right to receive and impart information on the Internet, in particular to create, re-use and distribute content using the Internet. The Court has examined the relationship between intellectual property protection and freedom of expression in relation to cases of criminal conviction for copyright infringements. The Court has considered such convictions as interferences with the right to freedom of expression which in order to be justified must prescribed by law, pursue the legitimate aim of protecting the rights of others, and be considered necessary in a democratic society.[29] The sharing or allowing others to share files on the Internet, even copyright-protected material and for profitmaking purposes, is covered by the right to receive and impart information as provided in Article 10 of the ECHR.[30] This is a right which is not absolute and so there is a need to weigh, on the one hand, the interest of sharing information with, on the other hand, the interest in protecting the rights of copyright holders. The Court has stressed that intellectual property benefits from the protection afforded by Article 1 of Protocol to the ECHR. Thus, it is a question of balancing two competing interests which are both protected by the ECHR.

44. The Committee of Ministers recommendation to its member States to promote the public service value of the Internet includes specific guidance on measures and strategies regarding freedom of communication and creation on the Internet regardless of frontiers. In particular, measures should be taken to facilitate, where appropriate, "re-uses" of Internet content, which means the use of existing digital content resources to create future content or services done in a manner that is compatible with respect for intellectual property rights.[31]

[28] Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member States on "Hate Speech"..
[29] Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden no.40397/12. See also Ashby Donald and others v. France, no, 36769/08 § 34.
[30] Ibid.
[31] See note 9 above, CM/Rec(2007)16, Appendix, section III, second indent.

45. Paragraph 4 provides a general overview of the requirements that restrictions of the right to freedom of expression should meet. Member States have a primary duty, pursuant to Article 10 ECHR not to interfere with the communication of information between individuals, be they legal or natural persons. The Court has affirmed that the effective exercise of the right to freedom of expression may also require positive measures of protection, even in the sphere of relations between individuals. The responsibility of the State may be engaged as a result of failing to enact appropriate domestic legislation[32]. A violation of the ECHR can also be established where a national court's interpretation of a legal act, be it a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice, appears unreasonable, arbitrary, discriminatory or, more broadly, inconsistent with the underlying principles of the ECHR.[33]

46. Freedom of expression is not an absolute right and can be subjected to restrictions. Interferences with freedom of expression must be seen as any form of restriction coming from any authority exercising public power and duties or acting in the public service, such as courts, prosecutors' offices, police, any law-enforcement body, intelligence services, central or local councils, government departments, army decision-making bodies, and public professional structures.

47. In compliance with Article 10, paragraph 2, of the ECHR, any interference must be prescribed by law. This means that the law must be accessible, clear and sufficiently precise to enable individuals to regulate their behaviour. The law should provide for sufficient safeguards against abusive restrictive measures, including effective control by a court or other independent adjudicatory body.[34] An interference must also pursue a legitimate aim in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary. This list is exhaustive yet its interpretation and scope evolves with the case law of the Court. An interference must also be necessary in a democratic society which means that it should be proven that there is a pressing social need for it, that it pursues a legitimate aim, and that it is the least restrictive means for achieving that aim.[35] These requirements are summarised in a language that is accessible for the user i.e. any restrictions to the freedom of expression must not be arbitrary and must pursue a legitimate aim in accordance with the ECHR

[32] Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, § 45.
[33] See Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden no 23883/06 § 33; Plaand Puncernau v. Andorra, no. 69498/01, § 59, ECHR 2004-VIII.
[34] See note 2 above, § 64.
[35] Ibid. § 66-70.

such as among others, the protection of national security or public order, public health or morals and must comply with human rights law.

48. More detailed information about guarantees that should be afforded to Internet users when there are restrictions to the right to freedom of expression online are contained in the following paragraphs of the explanatory memorandum. Blocking and filtering are examples of such restrictions which may amount to violations of freedom of expression. Some general principles with regard to blocking and filtering are based on the Court case law or other relevant standards adopted by the Committee of Ministers[36].

49. Nationwide general blocking or filtering measures might be taken by State authorities only if the filtering concerns specific and clearly identifiable content, based on a decision on its illegality by a competent national authority which can be reviewed by an independent and impartial tribunal or regulatory body in accordance with the requirements of Article 6 of the ECHR.[37] State authorities should ensure that all filters are assessed both before and during their implementation to ensure that their effects are proportionate to the purpose of the restriction and thus necessary in a democratic society, in order to avoid unjustified blocking of content.[38]

50. Measures taken to block specific Internet content must not be arbitrarily used as a means of general blocking of information on the Internet. They must not have a collateral effect in rendering large quantities of information inaccessible, thereby substantially restricting the rights of Internet users.[39] They should be prescribed by law. There should be strict control of the scope of blocking and effective judicial review to prevent any abuse of power.[40] Judicial review of such a measure should weigh-up the competing interests at stake, strike a balance between them and determine whether there a less far-reaching measure could be taken to block access to specific Internet content.[41] The requirements and principles mentioned above do not prevent the installation of filters for the protection of minors in specific places where minors access the Internet such as schools or libraries.[42]

51. Filtering and de-indexation of Internet content by search engines entails the risk of violating the freedom of expression of Internet users. Search engines have freedom to crawl and index

[36] Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, see Appendix, part III, ii . See also, note 1 above.
[37] Ibid. CM/Rec(2008)6, see Appendix, part III, iv.
[38] Ibid.
[39] See note 2 above, § 52; 66- 68 and Committee of Ministers Declaration on Freedom of Communication on the Internet
[40] Ibid. note 2 above, § 64. Association Ekin v. France, no 39288/98
[41] Ibid. note 2 above § 64-66.
[42] See Declaration on Freedom of Communication on the Internet, principle 3.

information available on the World Wide Web. They should not be obliged to monitor their networks and services proactively in order to detect possibly illegal content and should not conduct any ex-ante filtering or blocking activity unless mandated by a court order or by a competent authority. Deindexation or filtering of specific websites at the requests of public authorities should be transparent, narrowly tailored and reviewed regularly subject to compliance with due process requirements.[43]

52. This section also identifies some of the guarantees that Internet users should be afforded when restrictions apply, focusing notably on information to the user and possibilities to challenge these restrictions. This is referred to in the Council of Europe's Committee of Ministers recommendation on filtering and blocking measures.[44] Internet users should be given information about when filtering has been activated, why a specific type of content has been filtered and to understand how, and according to which criteria, the filtering operates (for example black lists, white lists, keyword blocking, content rating, de-indexation or filtering of specific websites or content by search engines). They should be given concise information and guidance regarding the manual overriding of an active filter, namely who to contact when it appears that content has been unjustifiably blocked and the means which may allow a filter to be overridden for a specific type of content or website. Users should be afforded effective and readily accessible means of recourse and remedy, including the suspension of filters, in cases where users claim that content has been blocked unjustifiably.

53. It is possible that companies, such as social networks, remove content created and made available by Internet users. These companies may also deactivate users' accounts (e.g. a user's profile or presence in social networks) justifying their action on non-compliance with their terms and conditions of use of the service. Such actions could constitute an interference with the right to freedom of expression and the right to receive and impart information unless the conditions of Article 10, paragraph 2 of the ECHR as interpreted by the Court, are met.[45]

54. According to the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights Business (which are not a binding instrument) enterprises have a responsibility to respect human rights, which requires them to avoid causing or contributing to adverse impacts on human rights and to provide for or cooperate in the remediation of such impacts. The duty to protect and to provide

[43] See Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, Appendix, part III.
[44] See note 34 above, CM/Rec(2008)6, see Appendix, part I; Ibid, CM/Rec(2012)3, Appendix, part III.
[45] Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member States on a new notion of media, §. 7, Appendix, § 15; 44-47; 68 -69 ; Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services, § 3.

access to effective remedy is essentially incumbent on States. This is echoed in paragraph 5 of the section freedom of expression. The corporate social responsibility of online service providers includes a commitment to combating hate speech and other content that incites violence or discrimination. Online service providers should be attentive to the use of, and editorial responses to, expressions motivated by racist, xenophobic, anti-Semitic, misogynist, sexist (including as regards Lesbian Gay Bisexual and Transgender people) or other bias.[46] These providers should also be ready to help Internet users report content or expression of views and/or behaviour that may be considered illegal.[47]

55. The Guide alerts Internet users that online service providers that host user-created content are entitled to exercise different levels of editorial judgement over the content on their services.[48] Without prejudice to their editorial freedom, they should ensure that Internet users' right to seek, receive and impart information is not infringed upon in accordance with Article 10 of the ECHR.[49] This means that any restriction on user-generated content should be specific, justified for the purpose it is restricted, and communicated to the Internet user concerned.

56. The Internet user should be able to make an informed decision as to whether to use the online service or not. In practice, the Internet user should be fully informed about any foreseen measures to remove content created by her/him or to deactivate her/his account before these are taken.[50] Internet users should also be provided with accessible (in a language that the user understands), clear and precise information on the facts and grounds for taking measures on content removal and account deactivation. This includes the legal provisions on which they are based and other elements used to assess the proportionality and legitimacy of the aim pursued. They should also be able to request a review of the content removal and/or account de-activation, done within a reasonable time and subject to the possibility to complain against the decision to a competent administrative and/or judicial authority.

57. The sixth sub-paragraph concerns the issue of anonymity. This is based on the case law of the Court, the Budapest Convention and other instruments of the Committee of Ministers. The Court considered the issue of confidentiality of Internet communications in a case involving the failure of a Council of Europe member State to compel an Internet service provider to disclose the identity

[46] Ibid., CM/Rec (2011)7, § 91.
[47] Ibid., CM/Rec(2012)4, II/10.
[48] Ibid., CM/Rec (2011)7, § 18; 30-31.
[49] Ibid., CM/Rec (2011)7, § 7, 2nd indent.
[50] See Account Deactivation and Content Removal: Guiding Principles and Practices for Companies and Users, by Erica Newland, Caroline Nolan, Cynthia Wong, and Jillian York , available at: http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/Final_Report_on_Account_Deactivation_and_Content_Removal.pdf

of a person who placed an indecent advertisement concerning a minor on an Internet dating website. The Court held that although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield, on occasion, to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. The State has a positive obligation to provide a framework which reconciles those competing interests.[51]

58. The Budapest Convention does not criminalise the use of computer technology for purposes of anonymous communication. According to its Explanatory Report, "the modification of traffic data for the purpose of facilitating anonymous communications (e.g. activities of anonymous remailer systems) or the modification of data for the purposes of secure communications (e.g. encryption) should in principle be considered a legitimate protection of privacy, and, therefore, be considered as being undertaken with right. However, Parties [to the Budapest Convention] may wish to criminalise certain abuses related to anonymous communications, such as where the packet header information is altered in order to conceal the identity of the perpetrator in committing a crime."[52]

59. The Council of Europe's Committee of Ministers affirmed the principle of anonymity in its Declaration on Freedom of Communication on the Internet.[53] Accordingly, in order to ensure protection against online surveillance and to enhance freedom of expression, Council of Europe member States should respect the will of Internet users not to disclose their identity. However, respect for anonymity does not prevent member States from taking measures in order to trace those responsible for criminal acts, in accordance with national law, the ECHR and other international agreements in the fields of justice and the police.

Assembly, association and participation

60. The right to freedom of assembly and association is enshrined in Article 11 of the ECHR. It also relates to the principles established by the Court regarding the protection of political speech, in particular that there is little scope under Article 10, paragraph 2 of the ECHR for restrictions of political speech or debates of questions of public interest.[54]

[51] K.U. v. Finland, no. 2872/02 § 49.
[52] Budapest Convention on Cybercrime, Article 2, Explanatory Report, §. 62.
[53] See Declaration on Freedom of Communication on the Internet, Principle 7.
[54] Wingrove v. the United Kingdom, 25 November 1996, § 58, Reports 1996-V.

61. The user has the right to peacefully assemble and associate with others using the Internet. This includes forming, joining, mobilising and participating in societal groups and assemblies as well as in trade unions using Internet-based tools. This also includes for example the signing of a petition to participate in a campaign or other forms of civic action. The user should have the freedom to choose the tools for the exercise of the rights such as websites, applications or other services. The exercise of this right is not conditional upon any formal recognition of social groups and assemblies by public authorities.

62. The right to protest applies equally online and offline. Protests which have consequences for the general public, such as disruption or blocking of access to premises, fall within the limits of the exercise of freedom of assembly in accordance with Article 11 of the ECHR. However, this may not always be the case when such action gives rise to the disruption of online services, such as unauthorised access to a particular website or a restricted online space, or the handling of digital content without authorisation. Ultimately, it is important to apprise the user that the freedom and consequences of online protest, engendering disruption, may not be as freely accepted.

63. The Internet has become a tool for citizens to actively participate in building and strengthening democratic societies. The Committee of Ministers has recommended that its member States should develop and implement strategies for e-democracy, e-participation and e-government using information and communication technologies (ICTs) in democratic processes and debates, both in relationships between public authorities and civil society as well as in the provision of public services.[55]

64. This includes the freedom to participate in local, national and global public policy debates, legislative initiatives as well as in the scrutiny of decision-making processes, including the right to sign petitions by means of using ICTs where they exist. This is based on Committee of Ministers' recommendations to its member States to encourage the use of ICTs by citizens (including online forums, weblogs, political chats, instant messaging and other forms of citizen-to-citizen communication) to engage in democratic deliberations, e-activism and e-campaigning, put forward their concerns, ideas and initiatives, promote dialogue and deliberation with representatives and government, and to scrutinise officials and politicians in matters of public interest.

[55] See note 9 above, CM/Rec(2007)16, Appendix, part I.

65. The right to respect for family and private life is enshrined in Article 8 of the ECHR. This right is further interpreted by the case-law of the Court and complemented and reinforced by the Council of Europe Convention 108.

66. Private life is a notion not susceptible to exhaustive definition. The Court has emphasised that Article 8 encompasses a wide range of interests, namely private and family life, home, and correspondence including mail, telephone communications[56] and e-mails in the workplace. Private life relates to a person's right to their image[57], for example by means of photographs and video-clips. It also concerns a person's identity and personal development, the right to establish and develop relationships with other human beings. Activities of a professional or business nature are also covered.[58]

67. Many activities of users will involve some form of automatic processing of personal data; examples include the use of browsers, e-mail, instant messages, voice-over Internet protocols, social networks and search engines as well as cloud data storage services. Convention 108 covers all operations carried out in the Internet, such as collection, storage, alteration, erasure and retrieval or dissemination or personal data.[59]

68. There are principles and rules that should be respected by public authorities and private companies which are engaged in the processing of personal data. It is necessary that a user is aware of and understands what and how her/his data is processed and whether action can be taken in this regard, for example to request correction or erasure of data. According to Convention 108, personal data must be obtained and processed fairly and lawfully, and stored for specified and legitimate purposes. It must be adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are stored, accurate and, where necessary, kept up to date, preserved in a way which permits identification of the person whose personal data are processed and for no longer than is required for the purpose for which those data are stored.[60]

69. Emphasis is placed on two specific principles of the processing of personal data: the lawfulness of the processing, and the user's consent. The user must be informed that data can be processed only when this is laid down by law and when she/he has consented to it, for example by agreeing to the terms and conditions of use of an Internet service.

[56] Klass and Others v. Germany, no 5029/71, §41.
[57] Von Hannover v. Germany (no. 2), nos. 40660/08 and 60641/08 §§ 108-113.Sciacca v. Italy, no. 50774/99, § 29.
[58] Rotaru v Romania (no. 28341/95); P.G. and J.H. v the UK (no. 44787/98); Peck v. UK (no. 44647/98); Perry v. UK (no. 63737/00); Amann v. Switzerland (no. 27798/95).
[59] See Convention 108, Article 2.
[60] Convention for the Protection of Individuals with Regards to Automatic Processing of Personal Data (ETS No.108).

70. A person's free, specific, informed and explicit (unambiguous) consent to the processing of personal data on the Internet is currently being discussed to be integrated in the Convention 108.[61] Informed consent is referred to in the Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services. In particular, social networks should secure the informed consent of their users before their personal data is disseminated or shared with other categories of people or companies or used in ways other than those necessary for the specified purposes for which they were originally collected. In order to ensure users' consent, they should be able to "opt in" to a wider access to their personal data by third parties (e.g. when third party applications are operated on the social network). Equally, users should also be able to withdraw their consent.

71. It is important to note Recommendation CM/Rec(2010)13 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling. This is understood as automatic data processing techniques that consist of applying a profile to an individual in order to take decisions concerning him or her or for purposes of analysing or predicting his or her personal preferences, behaviours and attitudes. For example, personal data of an Internet user may be collected and processed in the context of his/her interaction with a website or an application or in the context of Internet browsing activity over time and across different websites (e.g. by collecting information on pages and content visited, times of visits, what was searched for, what was clicked). 'Cookies' are one of the means used to track users' browsing activities; this is done by storing information in a user's equipment retrieving it later on. The Recommendation envisages the right of Internet users to consent to the use of personal data for the purposes of profiling and the right to withdraw such consent.[62]

72. Internet users' rights to information with regard to the processing of his/her personal data are referred to in different Council of Europe instruments. Convention 108 provides that the data subject should be enabled to establish the existence of processing of his/her personal data by any natural or legal person, the main purposes of the processing as well as the identity and habitual residence or principal place of business of the processing entity and to obtain at reasonable

[61] The Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regards to Automatic Processing of Personal Data (ETS No.108) has made a number of proposals to modernise this convention (T-PD(2012)4Rev3_en). One of the proposals focuses on the consent of the person whose personal data are processed as a pre-condition for such processing "Each Party shall provide that data processing can be carried out on the basis of the free, specific, informed and [explicit, unambiguous] consent of the data subject or of some legitimate basis laid down by law."

[62] Recommendation CM/Rec(2010)13 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, section 5.

intervals and without excessive delay or expense confirmation of whether personal data relating to him/her is stored as well as communication to him/her of such data in an intelligible form.[63]

73. Information to users is also referred to in Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services. Internet users on social networks should be informed in a clear and understandable manner about every change made to the providers' terms of service and conditions of use. This also includes other actions, such as the installation of third party applications which involve risks to users' privacy; the law that is applicable in the execution of the social networking services and the related processing of their personal data; the consequences of open access (in time and geographically) to their profiles and communications, in particular explaining the differences between private and public communication, and the consequences of making information publicly available, including unrestricted access to, and collection of, data by third parties; and- the need to obtain the prior consent of other people before they publish their personal data, including audio and video content, in cases where they have widened access beyond self-selected contacts. Internet users should also be given specific information regarding the logic underpinning the processing of personal data that is used to attribute a profile to him/her and the purposes of profiling.

74. Internet users should be able to exercise control over their personal data as developed in Convention 108, notably the right to obtain rectification or erasure of data that has been processed contrary to the law and the right to a remedy if a request for confirmation or, as the case may be, communication, rectification or erasure as referred to above is not complied with.[64]

75. The Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines, refers to a number of measures that providers can take to protect their users' privacy. This includes the protection of personal data against unlawful access by third parties and data breach notification schemes. Measures should also include "end-to-end" encryption of the communication between the user and the search engine provider. Cross-correlation of data originating from different services/platforms belonging to a search engine provider can take place only if unambiguous consent has been granted by the user for that specific service. Users should be able to access, correct and delete their data that is collected in the course of the use of such services, including any profile created, for example for direct marketing purposes.[65]

[63] Convention 108, Article 8.
[64] See note 60 above, Article 8.
[65] See CM/Rec(2012)3, in particular Appendix, part II.

76. Social networks should also assist users in the management and protection of their data in particular with:

- default privacy-friendly settings, to limit access to contacts identified and selected by the user. This includes adjustments to their privacy settings and to the selection of the level of public access to their data;

- enhanced protection for sensitive data, such as biometric data or facial recognition access which should not be activated by default;

- data security against unlawful access to user's personal data, by third parties, including end-to-end encryption of communication between the user and social networks. Users should be informed about breaches of their personal data security in order to be able to take preventive measures such as changing their passwords and being attentive to their financial transactions (for example when social networks are in possession of bank or credit card details);

- privacy by design, that is addressing data protection needs at the stage of conception of their services or products, and continuously assessing the privacy impact of changes to existing services;

- protection for non-users of social networks by refraining from collecting and processing their personal data, for example e-mail addresses and biometric data. Users should be made aware of the obligations they have towards other individuals and, in particular, that the publication of personal data related to other people should respect the rights of those individuals.[66]

77. Before a social network user's account is terminated, he/she should be able to easily and freely move his/her data to another service or device, in a usable format. Upon termination, all data from and about the user should be permanently eliminated from the storage media of the social networking service. In addition, Internet users should be able to make informed choices about their online identity, including the use of a pseudonym. In the event that a social networking service requires real identity registration, the publication of that real identity on the Internet should be optional for users. This does not prevent law-enforcement authorities from gaining access to the user's real identity when necessary and subject to appropriate legal safeguards guaranteeing the respect of fundamental rights and freedoms.

78. In the context of profiling, the user should also be able to object to the use of his/her personal data for the purpose of profiling and to object to a decision taken on the sole basis of profiling, which has legal effects concerning him/her or significantly affects him/her, unless this is provided

[66] Ibid.

by law which lays down measures to safeguard the users' legitimate interests, particularly by allowing him/her to put forward his point of view and unless the decision was taken in the course of the performance of a contract and provided that the measures for safeguarding the legitimate interests of the Internet user are in place.[67]

79. The rights of the Internet user are not absolute hence the reference to the word 'generally' in the third sub-paragraph. Derogations are permissible when this is provided for by law and it constitutes a necessary measure in a democratic society in the interests of: (a) protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offences; and (b) protecting the data subject or the rights and freedoms of others. Restrictions on the exercise of the rights foreseen may be provided by law with respect to automated personal data files used for statistics or for scientific research purposes when there is obviously no risk of an infringement of the privacy of the data subjects.[68]

80. Interception relates to the listening to, monitoring or surveillance of content of communications, securing the content of data through the access and use of the computer system, or indirectly through the use of electronic eavesdropping or tapping devices. Interception may also involve recording.[69] The right to respect for the confidentiality of correspondence and communications is enshrined in Article 8 of the ECHR, which has been further interpreted by the Court. The concept of correspondence covers mail and telecommunications[70] as well as e-mails sent in a working context[71]. It is expected that the interpretation of this concept will evolve to keep pace with the developments of technology which may bring other forms of communications on the Internet, such as email messages (in a broader context), instant messaging or others within the sphere of Article 8 protection.

81. Some of the general principles affirmed in the Court case-law with regard to interception and surveillance of communications in non-Internet cases and cases involving interferences by State authorities are given below. These principles provide general guidance and reference, for possible future application to Internet communications.

82. The interception of correspondence and telecommunications are interferences with the right to private life and subject to the conditions of Article 8 paragraph 2 of the ECHR. The very

[67] Recommendation CM/Rec(2010)13 of the Committee of Ministers to member States on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling , section 5.
[68] Convention 108, Article 9.
[69] See Explanatory Report to the Budapest Convention, para.53.
[70] Association for European Integration and Human Rights and Ekmidzhiev v. Bulgaria no. 62540/00 § 58; Klass and Others v. Germany no 5029/71, Malone v. the United Kingdom, no 8691/79 and Weber and Saravia v. Germany, no 54934/00.
[71] See Copland v. UK, no 62617/00.

existence of legislation permitting surveillance of telecommunications may be considered as an interference with the right to private life. A law that institutes a system of surveillance, under which all persons in the country concerned can potentially have their mail and telecommunications monitored, directly affects all users or potential users of the postal and telecommunication services in that country. The Court has, therefore, accepted that an individual may, under certain conditions, claim to be the victim of a violation occasioned by the mere existence of secret measures or of legislation permitting them, without having to allege that such measures were in fact applied to him or her.[72]

83. Interception must have a basis in law and be necessary in a democratic society in the interest of the national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others, as foreseen in Article 8 of the ECHR. The Court has developed the following general principles with particular reference to the requirements that the law, providing for covert measures of surveillance of correspondence and communications by public authorities, should meet.

- Foreseeability – the law must be accessible to the person concerned who must be able to foresee the consequences of its application to him/her. The law must also be formulated with sufficient clarity and precision to give citizens an adequate indication of the conditions and circumstances in which the authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence.[73]

- Minimum safeguards for the exercise of discretion by public authorities – the law should have detailed rules on (i) the nature of the offences which may give rise to an interception order; (ii) the definition of the categories of people liable to have their communications monitored; (iii) the limit on the duration of such monitoring; (iv) the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; and (v) the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which data obtained may or must be erased or the records destroyed.[74]

[72] Klass and Others, no 5029/71 §§ 30-38; Malone v. the United Kingdom no 8691/79§ 64; and Weber and Saravia v. Germany no. 54934/00, §§ 78 and 79, Association for European Integration and Human Rights and Ekmidzhiev v. Bulgaria no. 62540/00 § 58, § 69-70.
[73] Malone v. the United Kingdom, no 8691/79 § 67; Valenzuela Contreras v. Spain, judgment of 30 July 1998, Reports 1998-V, p. 1925, § 46 (iii); and Khan v. the United Kingdom, no.35394/97, § 26, Association for European Integration and Human Rights and Ekmidzhiev v. Bulgaria, no. 62540/00, §71.
[74] See Kruslin v France, no. 11801/85 § 33; Huvig v. France, no 11105/84 § 32; Amann v. Switzerland, no27798/95 § 56; Weber and Saravia v. Germany, no 54934/00§ 93; Association for European Integration and Human Rights and Ekmidzhiev v. Bulgaria, no. 62540/00 § 76.

- Supervision and review by competent authorities – the Court requires that there exist adequate and effective guarantees against abuse.[75]

84. Court's case law on privacy in the workplace has found that telephone calls made by an employee in the premises of the enterprise are covered by the notions of private life and correspondence. Emails sent from work as well as information derived from the monitoring of personal Internet usage should be protected under Article 8 of the ECHR. In the absence of a warning that these would be liable to monitoring, the employee has a reasonable expectation that her/his privacy is respected with regard to phone calls, email and Internet usage in the workplace.[76] The user can be assisted by data protection authorities, or other competent authorities in member States.

85. Data protection authorities, existing in a vast majority of member States, play an important role in investigating, intervening, raising awareness or otherwise remedying interferences in the processing of personal data. This is notwithstanding the primary role of the State to assure the protection of personal data within the wider scope of their obligation to safeguard the right to private and family life.

Education and literacy

86. The right to education is enshrined in Article 2 of Protocol 1 to the ECHR. The Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the public service value of the Internet encourages the creation and processing of and access to educational, cultural and scientific content in digital form, so as to ensure that all cultures can express themselves and have access to the Internet in all languages, including indigenous ones.[77] Internet users should be able to freely access publicly funded research and cultural works on the Internet.[78] Access to digital heritage materials, which are in the public domain, should also be freely accessible within reasonable restrictions. Conditions on access to knowledge are permitted in specific cases in order to remunerate right holders for their work, within the limits of permissible exceptions to intellectual property protection.

87. Internet users should have the ability to acquire basic information, education, knowledge and skills in order to exercise their human rights and fundamental freedoms on the Internet. This is in line with the Council of Europe's Committee of Ministers standards which promote computer

[75] Ibid., no. 62540/00) § 77.
[76] Copland v. UK, no 62617/00, §41, 42.
[77] See also note 8 above, CM/Rec(2007)16 Section IV.
[78] Ibid.

literacy as a fundamental prerequisite for access to information, the exercise of cultural rights and the right to education through ICTs.[79]

88. Internet literacy programmes and initiatives enable Internet users to critically analyse the accuracy and trustworthiness of Internet content. The Committee of Ministers has recommended that Council of Europe Member States should facilitate access to ICT devices and promote education to allow all persons, in particular children, to acquire the skills needed to work with a broad range of ICTs and assess critically the quality of information, in particular that which could be harmful to them.[80]

Children and young people

89. Children and young person have the right to express their views, to participate in society as well as in the decisions affecting them by means of the Internet and other ICTs. This is based on Committee of Ministers standards which state that all children and young people under the age of 18 should have the right, the means, the space, the opportunity and, where necessary, the support to freely express their views, to be heard and to contribute to decision making on matters affecting them, their views being given due weight in accordance with their age, maturity and understanding. The right of the child and young people to participate applies fully to Internet environments without any discrimination on any grounds such as race, ethnicity, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, disability, birth, sexual orientation or other status.[81]

90. Children and young people should be provided with information appropriate to their age and circumstances, including through social networking and other media, on the opportunities available to them to exercise their rights. They should be fully informed about the scope of their participation, including limitations of their involvement, the expected and actual outcomes of their participation and how their views were ultimately considered.[82] Where they consider their right to participate has been violated they should be provided with effective redress and remedies, such as child-friendly means of making complaints and judicial and administrative procedures including assistance and support in using them.[83]

[79] Committee of Ministers Declaration on human rights and the rule of law in the Information Society, CM(2005)56 final 13 May 2005.
[80] Ibid.
[81] Recommendation CM/Rec(2012)2 of the Committee of Ministers to member States on the participation of children and young people under the age of 18.
[82] Ibid.
[83] See Recommendation CM Rec(2011)12 of the Committee of Ministers to member States on children's rights and social services friendly to children and families, Council of Europe Guidelines on Child-Friendly Justice.

91. Children and young users should be able to use the Internet in safety and with due regard for their privacy. They should receive training and information from teachers, educators and parents. Their information literacy is understood as meaning the competent use of tools providing access to information, the development of critical analysis of content and the appropriation of communication skills to foster citizenship and creativity, as well as training initiatives for children and their educators in order for them to use the Internet and information and communication technologies in a positive and responsible manner.[84]

92. Children's right to private life has been the object of examination in cases brought before the Court. The physical and moral welfare of children are essential aspects of their right to private life. Member States have positive obligations to ensure effective respect for this right.[85] The Court considers that effective deterrence against grave acts where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal law provisions and investigations.[86]

93. It is important to understand that the content that children and young people create on or using the Internet or content others create in relation to them (e.g. pictures, videos, text or other content) or the traces of this content (logs, records and processing) may last or be permanently accessible. This may challenge their dignity, security and privacy or otherwise render them vulnerable now or at a later stage in their lives. They themselves, as well as their parents, guardians, teachers and carers, should be empowered to understand and cope with this reality as well as to protect their privacy online. To this end, it is important that practical advice is made available on how to have personal information erased. The Council of Europe's Committee of Ministers has provided guidance to its member States, by stating that other than in the context of law enforcement there should be no lasting or permanently accessible record of the content created by children on the Internet which challenges their dignity, security and privacy or otherwise renders them vulnerable now or at a later stage in their lives.[87] Therefore, member States were invited together, where appropriate, with other relevant stakeholders, to explore the feasibility of removing or deleting such content, including its traces (logs, records and processing), within a reasonably short period of time.[88] Sub-paragraph 3, however, does not apply to content regarding children or young people created by the press or publishers. The first sentence in this provision of the Guide specifies that

[84] Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers on empowering children in the new information and communications environment.
[85] K.U. v. Finland - 2872/02 § 40, 41.
[86] X and Y v. the Netherlands, §§ 23-24 and 27; August v. the United Kingdom no. 36505/02; and M.C. v. Bulgaria, no. 39272/98, § 150. K.U. v. Finland, no 2872/02 § 46.
[87] Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet.
[88] Ibid.

it addresses situations relating to content created by children or young people or other Internet users about them.

94. As regards harmful content and behaviour online, children are entitled to special care and assistance that is appropriate to their age and circumstances, in particular with regard to the risk of harm which may arise from online pornography, the degrading and stereotyped portrayal of women, the portrayal and glorification of violence and self-harm, in particular suicides, demeaning, discriminatory or racist expressions or apologia for such conduct, solicitation for sexual abuse purposes, the recruitment of child victims of trafficking in human beings, bullying, stalking and other forms of harassment, which are capable of adversely affecting the physical, emotional and psychological well-being of children.[89] Children and young Internet users should therefore be informed, in a way that is adapted to their age and any other particular circumstances, about the types of content and behaviour that are illegal.

95. Children and young people should also be able to report content and behaviour which poses a risk of harm, and to receive advice and support, with due regard to their confidentiality and anonymity. This is particularly relevant in the context of social networks. The Committee of Ministers has recommended to its member States to take action in this respect,[90] in particular to protect children and young people from harmful content by:

- providing clear information about the kinds of content or content-sharing or conduct that may be contrary to applicable legal provisions;

- developing editorial policies so that relevant content or behaviour can be defined as "inappropriate" in the terms and conditions of use of the social networking service, while ensuring that this approach does not restrict the right to freedom of expression and information;

- setting up easily accessible mechanisms for reporting inappropriate or apparently illegal content or behaviour posted on social networks;

- providing due-diligence response to complaints of cyber-bullying and cyber-grooming.[91]

96. Children and young users should also be informed about the risks of interference with their physical and moral welfare, including sexual exploitation and abuse in online environments which necessitates special protection. This is referred to in the Council of Europe's Lanzarote

[89] Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member States on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment.
[90] See CM/Rec(2012)4 , Appendix, II, §10.
[91] Ibid.

Convention, and in the relevant case law of the Court which recognises that States have positive obligations to ensure the protection of children online.[92]

97. According to the Lanzarote Convention, children should be protected from being recruited, caused or coerced into participating in pornographic performances made accessible or available on the Internet (for example through webcams, in chat rooms or online games).[93] They must also be protected from solicitation through the use of the Internet or other ICTs for the purpose of engaging in sexual activities with the child (grooming) who, according to the relevant provisions of national law, has not reached the legal age for sexual activities and for the purpose of producing child pornography.[94]

98. Children should be encouraged to participate in the development and implementation of State policies, programmes or others initiatives concerning the fight against sexual exploitation and sexual abuse of children in Internet environments.[95] They should be provided with child-friendly and accessible means of reporting alleged sexual abuse and exploitation on the Internet and making complaints through information services such as telephone and Internet helplines. They should be provided with advice and support in using these services with due regard to their confidentiality and anonymity.[96]

Effective remedies

99. The right to an effective remedy is enshrined in Article 13 of the ECHR. Everyone whose rights and freedoms are restricted or violated on the Internet has the right to an effective remedy.

100. Article 13 of the ECHR guarantees the availability, at the national level, of a remedy to enforce the substance of ECHR rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. It requires the provision of a domestic remedy to deal with the substance of a complaint under the ECHR and to grant appropriate relief.[97] States have a positive obligation to carry out an investigation of allegations of human rights infringement that is diligent, thorough and effective. The procedures followed must enable the competent body to

[92] K.U. v. Finland no. 2872/02.
[93] Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse CETS No.: 201, Article. 2; Article 21, see also Explanatory Report on these articles.
[94] Ibid. Article 23.
[95] Ibid. Article 9/1.
[96] Ibid. Article 13. See also Recommendation CM/Rec(2011)12 of the Committee of Ministers to member States on children's rights and social services friendly to children and families, Council of Europe Guidelines on Child-Friendly Justice.
[97] Kaya v. Turkey, no. 22729/93, §106.

decide on the merits of the complaint of violation of the Convention and to sanction any violation found but also to guarantee the execution of decisions taken.[98]

101. There should be a national authority tasked with deciding on allegations of violations of the rights guaranteed in the ECHR.[99] There must be a specific legal avenue available whereby an individual can complain about the unreasonable length of proceedings in the determination of his/her rights.[100] The authority may not necessarily be a judicial authority if it presents guarantees of independence and impartiality. However, its powers and the procedural guarantees afforded should permit a determination whether a particular remedy is effective.[101]

102. The procedure followed by the competent national authority should permit effective investigation of a violation. It should allow the competent authority to decide on the merits of the complaint of a violation of ECHR rights,[102] to sanction any violation and to guarantee the victim that the decision taken will be executed.[103] The remedy must be effective in practice and in law and not conditional upon the certainty of a favourable outcome for the complainant.[104] Although no single remedy may itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided in law may do so.[105]

103. Effective remedies should be available, known, accessible, affordable and capable of providing appropriate redress. Effective remedies can also be obtained directly from Internet service providers (although they may not enjoy sufficient independence to be compatible with Article 13 ECHR), public authorities and/or other national human rights institutions. Possibilities for redress include an inquiry, an explanation by the service provider or online provider, the possibility to reply to a statement which is considered for example defamatory or offensive, reinstatement of user-created content that has been removed by an online service provider, and reconnection to the Internet when Internet users have been disconnected and related compensation.

104. States, as part of their positive obligations to protect individuals against violations of human rights by private companies, should take appropriate steps to ensure that when such violations

[98] Smith and Grady v. UK, no 33985/96 33986/96.
[99] Silver and Others v. UK, no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 §113; Kaya v. Turkey, no. 22729/93, §106.
[100] Kudla v. Poland, no. 30210/96, §157.
[101] Silver and Others v. UK, no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 §113; Kaya v. Turkey, no. 22729/93, §106.
[102] Smith and Grady v. UK, no 33985/96 33986/96, § 138.
[103] Iatridis v. Greece, no. 31107/96, § 60.
[104] Kudla v. Poland, no. 30210/96, §158.
[105] Silver and others v. UK, no.5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 §113; Kudla v. Poland, no. 30210/96 §157.

occur those affected have access to judicial and non-judicial mechanisms.[106] The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights specify that companies should establish complaint mechanisms which are accessible, predictable (providing clear and known procedure with indication of time frames for each stage of the process, clarity on the types of process and outcomes available and the means for monitoring their implementation) equitable (access to sources of information, advice and expertise), transparent and capable to offer remedies which are in full compliance with international human rights standards directly to individuals.[107]

105. Internet users should be offered clear and transparent information regarding the means of redress available to them. This information could be included in terms of use and/or service or in other guidelines and policies of Internet service/online providers. Internet users should be provided with practical and accessible tools to contact Internet service/online providers to report their concerns. They should be able to request information and seek remediation. Some examples of remedies which may be available to Internet users are helplines or hotlines run by Internet service providers or consumer protection associations to which Internet users can turn in the case of violation of their rights or the human rights of others. Guidance should be provided by public authorities and/or other national human rights institutions (ombudspersons), data protection authorities, regulators for electronic communications, citizens' advice offices, human rights or digital rights associations or consumer organisations.

106. Internet users should be protected from cybercrime. States who are signatory parties to the Budapest Convention have undertaken obligations to protect citizens from criminal activities and offences on the Internet. Internet users have a reasonable expectation to be protected from criminal activity or criminal offences committed on or using the Internet.

107. The focus is on offences against confidentiality and integrity of computer data and systems and computer-related offences. Content-related offences (child pornography, copyright infringement) are not covered here as these are considered to be dealt with in the parts of the Guide relating to the rights of the child. The protection of right-holders is considered to implicate the interests of this particular group rather than those of Internet users. Also, interceptions and surveillance of communications are dealt with in the section on privacy and data protection.

[106] The issue of corporate social responsibility and States positive obligations to protect human rights are explained in paragraphs19 and 28 of the Explanatory Memorandum.
[107] See Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework (A/HRC/17/31) endorsed by the Human Rights Council by Resolution Human rights and transnational corporations and other business enterprises A/HRC/RES/17/4, chapter III, principles 28-31.

108. Internet users have a legitimate interest to manage, operate and control their computer systems in an undisturbed and uninhibited manner. They should be protected from illegal access to the whole or parts of computer systems used by them including hardware, components, stored data of the system installed, directories, traffic and content-related data. This also includes protection from unauthorised intrusion into computer systems and data (hacking, cracking or other forms of computer trespass) which may lead to impediments to Internet users of systems and data such as access to confidential data (passwords, information and secrets etc).[108]

109. Internet users should also be protected against computer data interference, such as malicious code (for example viruses and Trojan horses).[109] They should also be protected against interference with the functioning of computer or telecommunication systems by inputting, transmitting, damaging deleting, altering or suppressing computer data[110] as for example programmes that generate 'denial of service attacks, malicious codes such as viruses that prevent or substantially slow down the operation of the system, or programmes that send large quantities of electronic mail to a recipient in order to block communication functions of the system (spamming). This may be an administrative or criminal offence depending on domestic legislation.

110. Internet users should be protected against computer forgery which involves unauthorised creation or alteration of data so that they acquire a different evidentiary value in the course of legal transactions, which rely on the authenticity of information contained in the data.[111]

111. Internet users have a legitimate interest in the protection of assets represented or administered in computer systems (electronic funds, deposit money). They should be protected against computer fraud manipulations which produce a direct economic or possessory loss of an Internet user's property (money, tangible and intangibles with an economic value) such as credit card fraud.[112]

112. Any security measure aimed at ensuring the protection of Internet users from cyber-crime must be in full compliance with the standards of the ECHR, in particular the right to private and family life and the right to freedom of expression.[113]

113. Internet users have the right to fair trial, which is enshrined in Article 6 of the ECHR. This refers to the determination of civil rights and obligations or criminal charges with regard to

[108] Budapest Convention on Cybercrime, Article 2, Explanatory Report, §.44-50.
[109] Ibid. Article 4, Explanatory Report §, 60-61.
[110] Ibid. Article 5, Explanatory Report § 65-69.
[111] Ibid. Article 7, Explanatory Report § 81.
[112] Ibid. Article 8, Explanatory Report § 86-88.
[113] Ibid. Article 15.

activities of Internet users. In particular, this concerns key principles pronounced by the Court, namely the right to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial court; the right to institute proceedings before courts, to a final determination of the dispute, to a reasoned judgment and to the execution of the judgment; the right to adversarial proceedings and equality of arms and others.

114. The Court, although not in Internet-related cases, has established general principles with regard to the quality of administration of justice (independence, impartiality, competence of the tribunal), the protection of right of the parties (fair hearing, equality of arms and public hearing) as well as with regard to the efficiency of justice administration (reasonable time).

115. The Internet user has the right to file an individual application to the Court after exhausting all domestic remedies that are available and effective, within six months[114] from the date on which a final decision was taken.

[114] This deadline will be four months once Protocol No. 15 to the ECHR has entered into force.

Avrupa Konseyi - İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberi - CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı ve Açıklayıcı Memorandum

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye ülkelere gönderdiği, internet kullanıcıları için insan hakları Kılavuzuyla ilgili CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı ve açıklayıcı memorandum

(16 Nisan 2014 tarihinde Bakanlar Komitesinin, Bakan Vekillerinin 1197. Toplantısında kabul edilmiştir)

1. Avrupa Konseyi üye ülkeleri, yetki alanları içinde bulunan herkesin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan insan haklarını ve temel özgürlüklerini güvence altına almakla yükümlüdürler (Sözleşme, ETS No.5). Bu yükümlülük internet kullanımı bağlamında da geçerlidir. Bu bağlamda, ifade özgürlüğü, bilgiye erişim, toplanma özgürlüğü, siber suçlardan korunma, özel hayatın korunması ve kişisel verilerin korunması haklarının savunulmasıyla ilgili diğer Avrupa Konseyi sözleşmeleri ve belgeleri de geçerlidir.

2. Üye devletlerin, insan haklarına saygı gösterme, insan haklarını koruma ve yaygınlaştırma yükümlülüklerine özel şirketlerin denetlenmesi de dahildir. Evrensel ve bölünemez olan insan hakları ve bununla ilgili standartlar, internet kullanıcıları üzerine herhangi bir özel sektör oyuncusunun yükleyeceği genel şartlar ve kuralların üzerindedir.

3. Internet'in bir kamu hizmeti değeri vardır. İnsanlar, topluluklar, kamu yetkilileri ve özel kuruluşlar faaliyetleri için internete ihtiyaç duyarlar ve inter- net hizmetlerinin erişilebilir, ayrım gözetmeksizin ve makul bir ücret karşılığı sağlanabilir, emniyetli, güvenilir ve sürekli olması konularında geçerli bir beklentileri vardır. Dahası, hiç kimse, interneti kullanırken insan haklarını ve temel özgürlüklerini kullanma konusunda yasalara aykırı, gereksiz ve orantısız bir müdahaleye maruz bırakılmamalıdır.

4. Hak ve özgürlükleri kısıtlandığında veya bu hak ve özgürlüklere müda- hale edildiğinde kullanıcılar insan haklarını 'online' olarak yani çevrim içinde anlayıp etkin bir biçimde kullanma konusunda desteklenmelidirler. Bu destek, etkin hukuk yollarına erişim konusunda rehberliği de içermelidir. İnternetin kamuya ilişkin faaliyetlerin icrasında saydamlık ve hesap verebilirlikle ilgili olarak sunduğu fırsatlar göz önüne alınarak, kullanıcılar demokratik yaşama katılmada internetten yararlanma konusunda güçlendirilmelidirler.

5. Mevcut insan haklarının ve temel özgürlüklerin gerek‘ofine’(çevrim dışı) gerekse ‘online’ (çevrim içi) olarak eşit bir biçimde uygulanmasını sağlamak üzere, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Kuruluş Belgesinin Madde 15.b’si uyarınca:

5.1. Ek’te belirtildiği gibi, Kılavuzun yurttaşlar, kamu yetkilileri ve özel sektör oyuncuları arasında, internet kullanıcılarının insan haklarının savunulması amacıyla aktif bir biçimde yaygınlaştırılmasını ve kullanıcıların insan haklarını ve temel özgürlüklerini internet üzerinden tam olarak kullan- malarını sağlamak üzere, bu Kılavuzun uygulanması için özel önlemler alınmasını tavsiye eder;

5.2. Özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ilgili içtihatları ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu durumlarda, internette hakların ve özgürlüklerin kullanılmasının değerlendirilmesini, düzenli aralıklarla gözden geçirilmesini ve yerine göre, söz konusu hak ve özgür- lüklerin önündeki kısıtlamaların kaldırılmasını tavsiye eder. Uygulanacak herhangi bir kısıtlama, yasa ile öngörülmeli, demokratik bir toplumda geçerli bir amaca ulaşılması için gerekli olmalı ve bu geçerli amaçla orantılı olmalıdır;

5.3. Hak ve özgürlükleri kısıtlandığında veya haklarının ihlal edildiğini düşün- düklerinde, internet kullanıcılarının etkili yasal çözümlere erişimlerinin temin edilmesini tavsiye eder. Bunun gerçekleştirilmesi için ilgili kurum, kuruluş ve topluluklar arasında işbirliğinin ve koordinasyonun iyileştiril- mesi gerekir. Bu ayni zamanda özel sektör oyuncularının ve sivil toplum örgütlerinin olaya dahil edilmesini ve bunlarla etkili işbirliğini de gerektirir. İlgili ulusal bağlama bağlı olmak üzere, söz konusu işbirliği, veri koruma makamlarınca, ulusal insan hakları kurumlarınca (ombudsmanlar gibi), yargı usulleri ve acil telefon hatları kanalıyla sağlanacak hak arama mekanizmalarını da içerebilir.

5.4. internette insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasını etkileyen standartlar ve prosedürlerle ilgili olarak, Avrupa Konseyi sınırlarının ötesindeki diğer Devlet ve Devletler dışındaki aktörlerle koordinasyonun yaygınlaştırılmasını tavsiye eder;

5.5. özel sektörün kurumsal sosyal sorumluluklarını yerine getirirken, özellikle de saydamlıkları ve hesap verebilirlikleri açısından,“Birleşmiş Milletlerin ‘Koru, Saygı Göster ve Çare Bul’Çerçevesinin uygulanmasını sağlayan, İş ve İnsan Haklarıyla ilgili Rehberlik İlkeleri”ne uygun olarak, ilgili Devlet yetki- lileriyle ve sivil toplumla hakiki bir diyaloğa girmesinin teşvik edilmesini tavsiye eder. Özel sektör aynı zamanda kılavuzun yaygınlaştırılmasına katkıda bulunma konusunda da teşvik edilmelidir;

5.6. sivil toplum örgütlerinin, kılavuzun internet kullanıcıları için etkili bir vasıta olmasını sağlamak üzere yaygınlaştırılması ve uygulanmasını desteklemeleri için teşvik edilmesini tavsiye eder.

CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararına Ek

Giriş

1. Bu kılavuz sizin için, yani internet kullanıcısı için, internet kullanırken sahip olduğunuz insan haklarınızı, bunların muhtemel kısıtlamalarını ve bu gibi kısıtlamalarla ilgili olarak başvurulabilecek mevcut yasal çözümleri öğre- nebileceğiniz bir araçtır. İnsan hakları ve temel özgürlükler internet üzerinde online olarak da, ofine (çevrim dışı) olarak da eşit bir biçimde geçerlidir. Bu ilke diğer internet kullanıcılarının hak ve özgürlüklerine saygıyı da içerir. Kılavuzda size internet bağlamında, pratikte hak ve özgürlüklerin neler olduğu, bu hak ve özgürlüklere nasıl bel bağlanabileceği ve bunların nasıl kullanılabileceği ve bunun yanı sıra, hukuksal yollara nasıl başvurulabileceğiyle ilgili bilgiler sunulmaktadır. Bu belge, belirli dönemlerde güncellemeye açık, gelişmekte olan bir dokümandır.

2. Bu kılavuz, insan haklarının korunmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer Avrupa Konseyi sözleşmeleri ve belgelerine dayalıdır. Avrupa Konseyinin tüm üyeleri, imzalayıp kabul ettikleri belgelerde yer alan hak ve özgürlüklere saygı göstermek, onları korumak ve yerine getirmekle görevlidirler. Kılavuz ayni zamanda bu hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince sürekli yorumlanmasından ve Avrupa Konseyinin ilgili diğer belgelerinden esinlenmiştir.

3. Bu kılavuz yeni insan hakları ve temel özgürlükler oluşturmaz. Kılavuz, mevcut insan hakları standartları ve bunları uygulama mekanizmaları üzerine inşa edilmiştir.[1]

İnternete erişim ve bu konuda ayrım gözetilmemesi

1. Internete erişim hak ve özgürlüklerinizi kullanmada ve demokrasiye katılımda önemli bir vasıtadır. O nedenle mahkeme kararı olmaksızın arzunuz hilafına internet bağlantınız kesilemez. Bazı hallerde sözleşmelerden kaynak- lanan düzenlemeler sonucunda hizmet kesintiye uğrayabilir ancak bu, en son başvurulacak bir tedbir olmalıdır.

2. İnternete erişim makul bir ücret karşılığında olmalı ve ayrım gözetilmek- sizin sağlanmalıdır. Kendi seçtiğiniz cihazları kullanarak internet içeriğine, uygulamalarına ve hizmetlerine mümkün olan en geniş bir biçimde erişim sağlayabilmelisiniz.

3. Kırsal ve coğrafi olarak uzak bölgelerde yaşıyorsanız, düşük gelirliyseniz ve/veya özel ihtiyaç veya engelleriniz varsa kamu makamlarının internete erişiminizi kolaylaştırmak için makul bir gayret göstermesini ve bu konuyla ilgili özel tedbirler almasını beklemelisiniz.

[1] Bu kılavuz Avrupa Konseyinin 47 üye ülkesinin Bakanlar Komitesince kabul edilen bir tavsiye kararının bir parçasıdır. Kılavuzla ilgili daha fazla açıklayıcı bilgi tavsiye kararının açıklama notunda bulunabilir.

4. Kamu yetkilileriyle, internet hizmet sağlayıcılarıyla ve online içerik ve hizmet sağlayıcılarıyla veya diğer gruplarla veya kullanıcı gruplarıyla ilişkileri- nizde, toplumsal cinsiyet, ırk, renk, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer görüş, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlıkla bağlantı, mülk, doğum veya etnik köken, yaş veya cinsel yönelim gibi diğer durumlarınız nedeniyle size karşı ayrımcılık yapılmamalıdır.

İfade ve bilgi özgürlüğü

Müdahalede bulunulmadan ve ulusal sınırlar göz önüne alınmaksızın, seç- tiğiniz bilgi ve fikirleri araştırma, alma ve verme hakkına sahipsiniz. Bu, şu anlama gelmektedir:

1. İnternet üzerinden online olarak kendinizi ifade etme ve diğerlerinin bilgi ve görüşlerine erişim özgürlüğüne sahipsiniz. Buna, siyasi konuşmalar, dinle ilgili görüşler, olumlu kabul edilen ve incitici bulunmayan görüş ve ifa- delerin yanı sıra, diğerlerini rencide edebilecek, şoke edebilecek veya rahatsız edebilecek görüş ve ifadeler de dahildir. Mahremiyet hakkı dahil olmak üzere, başkalarının saygınlığına veya haklarına gerekli duyarlılığı göstermelisiniz;

2. Kısıtlamalar ayrımcılığı, nefret duygularını veya şiddeti tetikleyen ifadeler için uygulanabilir. Söz konusu kısıtlamalar yasalara uygun olmalı, dar kapsamlı tutulmalı ve mahkemelerin gözetiminde uygulanmalıdır;

3. Telif hakları dahil olmak üzere, fikri mülkiyet haklarının korunmasına saygı göstermek suretiyle içerik yaratmakta, içeriği yeniden kullanıp dağıtmakta serbestsiniz;

4. İfade özgürlüğünüze ve bilgilenme özgürlüğünüze saygı göstermek ve bu özgürlükleri korumak kamu yetkililerinin bir görevidir. Bu özgürlüklere getirile- cek herhangi bir kısıtlama keyfi olmamalı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olarak, diğer amaçların yanı sıra, ulusal güvenliğin veya kamu düzeninin, kamu sağlığının ve ahlakının korunması gibi geçerli bir amaca yönelik olmalı ve insan hakları yasasıyla uyumlu olmalıdır. Ayrıca, bu kısıtlamalar bu konuda size rehberlik edecek ve hakkınızı aramanıza yardımcı olacak bilgilerle birlikte sizin bilginize sunulmalı ve yalnızca geçerli bir amaca ulaşılması için gerekli olandan daha geniş kapsamlı veya daha uzun süreli kısıtlamalar olmamalıdır;

5. İnternet hizmet sağlayıcınızın ve online içerik ve hizmet sağlayıcılarınızın insan haklarına saygı gösterme ve taleplerinize cevap verecek mekanizmalar sağlama konusunda kurumsal sorumlulukları vardır. Ancak, sosyal ağlar gibi online hizmet sağlayıcılarının içerikle ilgili politikaları nedeniyle belirli tür içerik ve davranışları kısıtlayabileceklerini bilmelisiniz. Söz konusu hizmeti kullanıp kullanmama konusunda bilgilendirilmiş bir şekilde karar verebilmeniz için muhtemel kısıtlamalardan haberdar edilmelisiniz. Bu bilgilendirme, online hizmet

sağlayıcısının söz konusu hizmetten yararlanılırken neyin yasa dışı veya uygunsuz olduğunu düşündüğü ve hizmet sağlayıcısının bu konuyla ne şekilde baş edeceği konusunda spesifik bilgileri de içerir;

6. Örneğin bir takma ad kullanarak internet üzerinden kimliğinizi açıkla- mamayı seçebilirsiniz. Bununla birlikte, milli makamların kimliğinizin açığa çıkmasına yol açabilecek tedbirler alabileceğini de bilmelisiniz.

Toplanma, örgütlenme ve katılım

Interneti kullanarak diğer bireylerle bir araya gelme ve dernek kurma hakkına sahipsiniz. Pratikte bu şu anlama gelmektedir:

1. Kamu yetkililerince resmen tanınsın veya tanınmasınlar, sosyal gruplar ve topluluklar kurma, bunlara katılma, bunları harekete geçirme ve bunlarda yer alma amacıyla herhangi bir web sitesini, uygulamayı veya diğer hizmet oluşumunu seçme özgürlüğüne sahipsiniz. Aynı zamanda işçi sendikası kurma ve bunlara katılma hakkınızı kullanmak için de interneti kullanabilmelisiniz;

2. Internet üzerinden barışçı bir biçimde protesto eylemi gerçekleştirme hakkına sahipsiniz. Ancak, online protesto eyleminiz tıkanıklıklara, hizmetlerin sekteye uğramasına ve/veya başkalarının malına zarar verilmesine neden olursa, bunun yasal sonuçlarıyla karşılaşabileceğinizi bilmelisiniz;

3. Dilekçeler imzalamak ve internetin nasıl yönetileceğine dair politikaların oluşturulmasına katılmak da dahil, yerel, ulusal ve küresel kamu politikaları tartışmalarına, yasamayla ilgili inisiyatifere ve karar verme süreçlerinin kamu tarafından incelenmesine katılmak üzere mevcut online araçları kullanma özgürlüğüne sahipsiniz.

Mahremiyet ve verilerin korunması

İnternette özel ve aile yaşamı hakkına sahipsiniz. Buna kişisel verilerinizin korunması ve yazışma ve iletişiminizin gizliliği de dahildir. Bunun anlamı şudur:

1. İnterneti kullanırken kişisel verilerinizin düzenli aralıklarla işleme tabi tutulduğunu bilmelisiniz. Bu, internet tarayıcıları, elektronik posta, mesajlar, internet üzerinden sesle iletişim protokolleri, sosyal ağlar, arama motorları ve 'cloud' veri saklama hizmetlerini kullanırken gerçekleşmektedir;

2. Kamu makamlarının ve özel şirketlerin, kişisel verilerinizi işleme tabi tutarken belirli kurallara ve prosedürlere saygı gösterme yükümlülüğü vardır;

3. Kişisel verileriniz sadece yasalar tarafından öngörüldüğünde veya sizin rızanızla işleme tabi tutulmalıdır. Hangi kişisel verilerinizin işleme tabi tutulduğu ve/veya üçüncü tarafara aktarıldığı, bu işlemin ne zaman, kimin tarafından ve ne amaçla yapıldığı konusunda bilgilendirilmelisiniz. Genelde kişisel verileriniz üzerinde kontrol yetkinizi kullanabilmelisiniz (verilerin doğruluğunu kontrol edebilirsiniz, düzeltme yapılmasını, silinmesini talep edebilirsiniz, kişisel veri- lerinizin gereğinden uzun bir süre saklandığını tespit edebilirsiniz);

4. Genel gözetleme veya dinleme tedbirlerine maruz bırakılmamalısınız. Yasalar tarafından öngörülen istisnai durumlarda, örneğin bir ceza soruşturması amacıyla kişisel verileriniz bağlamında mahremiyetinize müdahale edilebilir. Bu açıdan ilgili yasa veya politikalar ve haklarınız konusunda erişilebilir, anla- şılabilir ve net bilgiler size sağlanmalıdır;

5. İş yerinizde de mahremiyetinize saygı gösterilmelidir. Buna özel online yazışmalarınız ve iletişim mesajlarınızın mahremiyeti de dahildir. İşvereniniz, sizinle ilgili olarak gerçekleştirilen herhangi bir gözetleme ve/veya izlemeden sizi haberdar etmelidir;

6. Veri koruma yasalarına ve ilkelerine uyulmasını sağlamak üzere, Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda mevcut olan veri koruma makamlarından yardım alabilirsiniz.

Eğitim ve okuryazarlık

Bilgiye erişim hakkı da dahil olmak üzere eğitim hakkına sahipsiniz. Bunun anlamı şudur:

1. Resmi dillerde, eğitime ve kültürel, bilimsel, akademik ve diğer içeriğe online olarak erişime sahip olmalısınız. Fikri mülkiyet hakkı sahiplerine eserleri karşılığında ödeme yapılabilmesi için bu erişim bazı koşullara bağlanabilir. Ayni zamanda, mevcut olduğu hallerde, internetteki kamuya açık alanda kamu fonlarıyla oluşturulmuş araştırma ve kültür eserlerine serbestçe erişim sağlayabilmelisiniz;

2. İnternet ve medya okuryazarlığının bir parçası olarak, internetteki hak ve özgürlüklerinizi kullanmak üzere dijital eğitime ve bilgiye erişim sağlayabilme- lisiniz. Bunlar, çok geniş bir yelpazeyi kapsayan internet araçlarını anlamaya, kullanmaya ve bunları kullanarak çalışmaya yönelik becerileri de içermektedir. Bu sayede erişim sağladığınız veya erişmek istediğiniz içerik, uygulamalar ve hizmetlerin doğruluğunu ve güvenilirliğini eleştirel bir biçimde analiz edebilmelisiniz.

Çocuklar ve gençler

Bir çocuk veya genç bir insan olarak, bu kılavuzda ana hatları verilen tüm hak ve özgürlüklere sahipsiniz. Özellikle de yaşınızın küçük olması nedeniyle, interneti kullanırken özel korumaya ve rehberliğe hak kazanmış durumdasınız. Bunun anlamı şudur:

1. Görüşlerinizi özgürce ifade etme ve toplum yaşamına katılma, sesinizi duyurma ve sizi etkileyen konularda karar verme sürecine katkıda bulunma hakkına sahipsiniz. Görüşlerinize, ayrımcılık yapılmaksızın, yaşınıza ve olgunluk durumunuza göre gereken ağırlık verilmelidir.

2. Mahremiyetinizi nasıl koruyacağınız da dahil olmak üzere, internetin emniyetli bir biçimde kullanılması konusunda öğretmenlerinizden, eğitimci- lerinizden ve ebeveyn veya velilerinizden yaşınıza ve eğitim düzeyinize uygun bir dilde bilgi almayı bekleyebilirsiniz;

3. İnternette oluşturacağınız veya diğer internet kullanıcılarınca sizinle ilgili olarak oluşturulacak içeriğe dünyanın her tarafından erişilebileceğini ve bunun onurunuzu, güvenliğinizi ve özel hayatınızın gizliliğini tehlikeye atabileceğini veya şimdi veya hayatınızın daha sonraki bir evresinde size veya haklarınıza bir şekilde zarar verebileceğini bilmelisiniz;

4. Yasadışı online içerik ve davranışlar (örneğin online taciz) ve ayni zamanda yasa dışı olduğu iddia edilen içeriğin ilgili makamlara bildirilebileceği konusunda size açık ve anlaşılır bilgiler verilmesini bekleyebilirsiniz. Bu bilgiler yaşınıza ve içinde bulunduğunuz şartlara göre uyarlanmalıdır ve bilgilerinizin gizliliğine ve kimliğinizin açıklanmamasına gereken saygı gösterilerek bu konuda size tavsiyelerde bulunulmalı ve destek verilmelidir;

5. Özellikle de internette cinsel istismar ve tacizle ve diğer siber suçlarla ilgili olarak, fiziksel, zihinsel ve ahlaki sağlığınıza yönelik müdahalelere karşı size özel bir korunma sağlanmalıdır. Özellikle de bu tür tehditlere karşı kendinizi korumak üzere eğitilme hakkına sahipsiniz.

Etkili yasal yollar

1. İnsan haklarınız ve temel özgürlükleriniz kısıtlandığında veya ihlal edil- diğinde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahipsiniz. Yasal bir çözüme ulaşmak için yasal işlemlere hemen başlamanıza gerek olmayabilir. Yasal çözüm arama yolları mevcut olmalı, bilinir olmalı, erişilebilir olmalı, makul maliyetli olmalı ve uygun tazmin ve telafiyi sağlayabilmelidir. Etkili hukuksal çözümler doğrudan doğruya internet hizmet sağlayıcılarından, kamu yetkililerinden ve/ veya insan hakları kurumlarından sağlanabilir. Söz konusu ihlale bağlı olmak üzere, etkili yasal çözümler arasında soruşturma, açıklama, yanıt, düzeltme, özür dileme, hakların eski haline getirilmesi, internet bağlantısının yeniden sağlanması ve tazminat yer alabilir. Uygulamada bunun anlamı şudur:

1.1. İnternet hizmet sağlayıcınız, online içerik ve hizmet sağlayıcılarınız veya diğer şirket ve/veya kamu makamları sizi haklarınız, özgürlükleriniz ve bunları nasıl elde edeceğinize ilişkin yasal çözümler konusunda bilgi- lendirmelidir. Bu bilgilendirmeye, haklarınıza müdahaleyle ilgili

bildirim yapma ve şikayette bulunma ve haklarınızın telafisi konusunda bilgiye kolayca erişim de dahildir;

1.2. İlave bilgiler ve rehberlik kamu makamlarınca, ulusal insan hakları kurumlarınca (ombudzmanlar gibi), veri koruma makamlarınca, yurttaş danışma bürolarınca, insan hakları veya dijital haklar derneklerince veya tüketici kuruluşlarınca sağlanabilir;

1.3. Milli makamlar, bu suçlar özellikle de dijital kimliğinize, bilgisayarınıza ve bilgisayarınızdaki bilgilere yasa dışı erişim, bunlara müdahale, bunlarda sahtecilik veya bunlarla ilgili diğer dolandırma amaçlı manipülasyon söz konusu olduğunda, sizi internette işlenen veya internet kullanılırken işle- nen suç faaliyetlerine veya ceza suçlarına karşı, korumakla yükümlüdürler.

2. İnternetle ilgili olarak hak ve özgürlüklerinizin belirlenmesinde veya bir ceza suçuyla suçlanmanızda:

2.1. Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil yargılanma hakkına sahipsiniz;

2.2. Tüm iç hukuk yolları tüketildiğinde Avrupa insan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkına sahipsiniz.

Açıklayıcı Not

Giriş

1. İnternet insanların günlük yaşamında ve insan topluluklarının tüm alanlarında önemli bir rol oynamaktadır. İnternet sürekli olarak gelişmekte ve vatandaşlara bilgi ve hizmetlere erişim, internete bağlanma ve iletişim kurma ve fkir ve bilgileri küresel olarak paylaşma olanakları sunmaktadır. İnternetin sosyal, ekonomik ve kültürel faaliyetler üzerindeki etkisi de artmaktadır.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine internetle ilgili giderek artan sayıda dava gelmektedir (Mahkeme)[2]. Mahkeme internetin bireylerin ifade ve bilgi özgürlüğü haklarını kullandıkları başlıca vasıtalardan biri haline geldiğini ve bunu yaparken siyasi konular ve genel ilgi alanlarındaki faaliyetlere ve tartış- malara katılmada çok önemli bir araç sunduğunu doğrulamıştır.[3]

3. Avrupa Konseyinin 2012-2015 İnternet Yönetişim Stratejisinde internet kullanıcılarının haklarına önem verilmektedir. Söz konusu stratejinin, inter- nete erişimin yaygınlaştırılması ve internetin en iyi bir biçimde kullanılmasını amaçlayan, 'İnternet Kullanıcılarının Hak ve Özgürlüklerinin Azami Düzeye Getirilmesi' bölümünde, bu amaca yönelik bir hareket tarzı olarak, "internet kullanıcılarının hak ve özgürlüklerinin olumsuz etkilendiğini düşündüklerinde: bir olayın haber verilmesi, şikayette bulunulması veya cevap hakkı aranması, hak ihlalinin telafi edilmesi veya diğer bir başvuru şekli arama gibi yöntemleri kullanmak üzere, internette rol oynayan başlıca aktörlerle ve hükümet kurum- larıyla iletişim kurmalarını ve bu kurumlara etkili bir biçimde başvurmalarını sağlayacak, mevcut insan haklarını içeren bir özet bilgi derlemesinin hazırlan- ması" yer almaktadır.

Konunun arka planı ve bağlamı

4. Medya ve Bilgi Toplumu Yönlendirme Komitesi (CDMSI) 27-30 Nisan 2012 yılında yaptığı ilk toplantısında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine İnternet Kullanıcılarının Haklarına ilişkin Uzmanlar Komitesi (MSI-DUI) kur- masını önererek komitenin ilk yetki ve sorumluluklar belgesini hazırlamayı kabul etti. CDMSI'ın önerisi uyarınca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Bakan Vekillerinin 6 Temmuz 2012'de yapılan 1147. Toplantısında söz konusu yetki ve sorumluluklar belgesini kabul etti.[4] MSI-DUI'ın yetki ve sorumluluklar belgesi uyarınca aşağıdaki sonuca ulaşılmıştır:

[2] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin internete ilişkin içtihatlarını görmek için Ekim 2013 tarihli, yeni teknolojiler konulu bilgi belgesini ziyaret edin.
[3] Bakınız: Yildirim/Türkiye davası, no 3111/10 § 54.
[4] Bakınız CM(2012)91 sayılı Tavsiye Kararı.

"İnternet kullanıcılarının, hak ve özgürlüklerinin olumsuz etkilendiğini düşün- dükleri durumlarda internet konusundaki başlıca rolü oynayan birimlerle ve hükümet kurumlarıyla iletişim kurduklarında ve bu kurumlara etkili bir çözüm için başvurduklarında, haklarını anlamalarına ve kullanmalarına yardımcı olmak üzere, mevcut insan haklarını içeren bir kitapçık hazırlanmıştır (2013) (bundan böyle Kitapçık olarak anılacaktır)."

5. MSI-DUI ilk toplantısını 13-14 Eylül 2012 tarihinde Strasburg'da yapmıştır. Toplantıda MSI-DUI'nin amacının yeni insan hakları oluşturmak değil, mevcut hakların internet bağlamında nasıl uygulandığını incelemek olduğu konusunda görüş birliğine varılmıştır. MSI-DUI sosyal iletişim ağlarına ve topluluklarına, internet kullanıcılarının karşılaştıkları sorunlarla ve dolayısıyla da bu grupların insan haklarının ihlallerine ve bununla ilgili mevcut çözüm yollarına ilişkin bir anket göndermiştir.

6. İnternet Yönetişim Forumunda, "İnternet Kullanıcılarının Güçlendirilmesi— hangi araçlarla?" adlı çalıştayda (6 ila 9 Kasım 2012, Bakü) paydaşlarla istişare- lerde bulunulmuştur. Toplantıya katılan MSI-DUI üyeleri söz konusu faaliyetin sağladığı çeşitli gruplara erişim imkânlarını kullanarak, Kitapçık açısından anlamlı olan konularda paydaşların geri bildirimini elde etmişlerdir. Çalıştayda, kullanıcıların ürettiği içeriğin gerekli sürece uyulmaksızın internetten kaldırıl- ması, kişisel veri korumasına ilişkin sorunlar ve etkili hukuk yollarının eksikliği gibi, internet kullanıcılarının karşılaştıkları sorunlar üzerinde durulmuştur.

7. MSI-DUI ikinci toplantısını 13-14 Aralık 2012 tarihinde Strasburg'da yapmıştır. Toplantıda ankete çeşitli paydaşların verdiği yanıtlar ele alınmış ve paydaşlara erişim sonucunda elde edilen bilgiler üzerinde görüşülmüştür. MSI-DUI çalışmalarının ilk analitik aşamasını tamamlamaya karar vermiş ve bu esasa göre, Kitapçığı kaleme almaya başlamıştır. İlk taslak metnin ana hatları söz konusu toplantıda ele alınmıştır.

8. 20-21 Mart 2013 tarihinde Strasburg'da yapılan üçüncü toplantısında ifade özgürlüğü hakkı, özel yaşam hakkı, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı, online güvenlik, eğitim hakkı, çocuğun hakları, ayrımcılık karşıtlığı ve etkili hukuk yollarına erişim hakkına ilişkin hususları ayrıntılı olarak ele almış- tır. Söz konusu inceleme Avrupa Konseyinin bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan standartlarına ve AİHM'nin içtihatlarına dayandırılarak yapılmıştır. MSI-DIU aynı zamanda, bir Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bildirisi veya tavsiye kararı gibi, Kitapçığı onaylamak üzere benimseyeceği bir enstrümanı da ele almıştır. Bu enstrüman hem internet kullanıcılarına online olarak insan hakları hakkında basit ve anlaşılır bir kılavuz sağlama, hem de üye devletlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle ilgili yükümlülüklerine ve diğer Avrupa

Konseyi standartlarına uygun bir metni kabul etmeleri şeklindeki ikili hedefin gerek- lerini karşılamalıdır.

9. CDMSI'nin 23-26 Nisan 2013 tarihinde Strasburg'da yaptığı üçüncü top- lantısında, Kitapçıkta resmi dille sadeleştirilmiş dil birlikte kullanılırken, mevcut insan haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarının gereğinden fazla basitleştirilmesinden kaçınılması gereğine değinilmiştir. Görüşmelerde süratle değişmekte olan internet politikalarının yansıtılabilmesi için düzenli aralıklarla güncelleştirilmesinin arzu edilir olduğu da vurgulanmıştır. CDMSI ayni zamanda, görüşmeler esnasında henüz bir'çalışma dokümanı'olduğundan, dokümanla ilgili geniş kapsamlı kılavuzluk ve oryantasyon sağlamak üzere, taslak Kitapçıkla ilgili görüş bildirmeyi de kararlaştırmıştır. Bunun sonucunda alınan görüşler MSI-DUI'ın ifade özgürlüğü hakkına, özel yaşam hakkına, eğitim hakkına, çocuğun haklarına ve siber suçlara karşı korunma hakkına özel önem veren kullanıcı dostu, farkındalık arttırıcı bir doküman hazırlama yaklaşımını destekler nitelikte olmuştur.

10. Taslak Kitapçık, İnternet Yönetişimine ilişkin Avrupa Diyaloğu top- lantısında (EuroDIG, 20-21 Haziran 2013, Lizbon), özellikle de "İnsanca bir İnternete Doğru? Online Geleceğimiz için Kurallar, Haklar ve Sorumluluklar" adlı çalıştayda sunulmuş ve paydaşlarla birlikte ele alınmıştır. Çalıştaya katılan MSI-DUI üyeleri arasında Lizbon'da bir toplantı yapılmıştır. Toplantıda, internet kullanıcılarının daha kolaylıkla erişim sağlaması amacıyla taslak Kitapçığın kısaltılması konusu ele alınmıştır. Bu görüşmeleri ve MSI-DUI üyelerinin oturum arasında yaptıkları toplantıyı müteakiben, 10 Eylül 2013'te Strasburg'da, mevcut MSI-DUI üyelerince bir ad hoc toplantı yapılmıştır. MSI-DUI, ekinde internet kullanıcıları için bir insan hakları ve temel özgürlükler taslak Kitapçığı olan bir Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Taslak Tavsiye Kararını incelemiştir. Kitapçıkta kullanıcıya doğrudan doğruya hitabeden bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu yaklaşım ışığında, Kitapçığın adı- nın "İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Kılavuzu" olarak değiştirilmesine karar verilmiştir.

11. MSI-DUI 1-2 Ekim 2013 tarihinde Strasbourg'da yaptıkları son toplantıda, İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Kılavuzu'na (bundan böyle Kılavuz olarak geçecektir) ilişkin bir Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi taslak karar tasarısıyla ilgili olarak CDMSA'a yapacakları tekliferi incelemiş ve nihai hale getirmiştir. MSI-DUI, İnternet Yönetişim Forumunda (22-25 Ekim 2013,Endonezya) Kılavuzla ilgili bir Avrupa Konseyi Açık Forumu dahil olmak üzere, birden çok paydaşın katılacağı istişare toplantıları düzenlemeyi kararlaştırmıştır. Özel sektörü, sivil toplum kuruluşlarını, teknik camiayı ve akademisyenleri temsil eden bir dizi seçilmiş paydaştan Kılavuzla ilgili görüş ve önerilerini sağlamaları istenmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları

Yönlendirme Komitesi (CDDH), Hukuksal İşbirliği Avrupa Komitesi (CDCJ), Suç Sorunlarıyla ilgili Avrupa Komitesi (CDPC) gibi Avrupa Konseyi Yönlendirme Komitelerinin yanı sıra, Kişisel Verilerin Otomatik olarak İşlenmesi bağlamında Bireylerin Korunmasına ilişkin Sözleşme İstişare Komitesi (TPD), Siber Suçlar Sözleşmesi Komitesi (T-CY), Terörizm Uzmanları Komitesi (CODEXTER) ve Çocukların Cinsel İstismar ve Cinsel Tacize karşı korunmasına ilişkin Sözleşmeye Taraf olan ülkeler komitesi (T-ES) gibi diğer geleneksel komi- telerden de taslak karar tasarısıyla ilgili gayri resmi yorum ve geri bildirimleri istenmiştir. Buna cevaben CDDH, CDCJ ve T-PD Bürosu üyelerinin sağladığı görüşler dikkate alınmış ve CDMSI tarafından taslak Tavsiye Kararına ve taslak Açıklayıcı Nota dahil edilmişlerdir.

12. Ayrıca, özel sektör (telekomünikasyon şirketleri, online hizmet sağlayıcılar,) kilit sivil toplum örgütleri, teknik camia temsilcilerinden ve dünyanın çeşitli bölgelerinden akademisyenlerden yaklaşık 30 katkı alınmıştır. Bu katkılarda genellikle Avrupa Konseyinin taslak Kılavuz üzerindeki çalışmaları memnunlukla karşılanmış ve Kılavuzda yapılacak değişikliklerle ilgili çeşitli öneri ve görüşler belirtilmiştir.

13. CDMSI 3-6 Aralık 2013 tarihinde yaptığı dördüncü toplantısında MSI- DUI'nin internet kullanıcıları için insan hakları kılavuzuna ilişkin taslak Bakanlar Komitesi tavsiye kararıyla ilgili tekliferini incelemiştir. CDMSI yukarıda değiş- nilen birden çok paydaşla yapılan istişareleri dikkate almış ve e-posta yoluyla gönderilen görüşlere dayalı olarak taslak tavsiye kararını nihai hale getirmiştir.

Bakanlar Komitesi'nin üye ülkelere gönderdiği internet kullanıcıları için insan hakları kılavuzuna ilişkin CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı ile ilgili görüşler

14. Bu tavsiye kararının amacı Avrupa Konseyinin tüm üye ülkelerinde, inter- nette insan haklarının ve temel özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını destekleyip yaygınlaştırmaktır. Bireylerin ve toplulukların internete erişimi ve interneti en iyi şekilde kullanımı için bu hak ve özgürlükleri internet ortamında kullanmaları konusunda bilgilendirilmeleri ve güçlendirilmeleri gereklidir. Bu yaklaşım, Avrupa konseyi Bakanlar Komitesinin, internete insan odaklı ve insan haklarına dayalı vizyonunu vurguladığı, internet kullanıcılarının, bir internet yönetişim ilkesi olarak, internette hak ve özgürlüklerini kullanma konusunda güçlendirildiği, 2011 yılında yayınlanan İnternet Yönetişim İlkeleri Deklarasyonunda da teyit edilmişti.

15. Bu tavsiye kararına ek olarak sunulan Kılavuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan seçilmiş insan haklarıyla ilgili ve diğer Avrupa Konseyi standartlarına dayalı bazı temel bilgileri içermektedir. Kılavuzda, özellikle de ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, özel yaşam ve kişisel verilerin korunması, çocuk hakları ve etkin hukuk yollarına erişim hakkı gibi,

belirli hak ve özgürlükler ve ilgili uluslararası hukuk standartları üzerinde durulmaktadır. Kılavuz kullanıcıların rahatça anlayabilecekleri bir dilde kaleme alınmıştır. MSI-DUI (İnternet Kullanıcılarının Haklarına ilişkin Uzmanlar Komitesi) mümkün olduğunca sade bir metin oluşturulması amacıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları da dahil olmak üzere, üye ülkelerin ulusla- rarası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerini açıklayan, tamamen hukuki dille kaleme alınmış metinlere atıfta bulunmamayı kararlaştırmıştır.

16. İnsan hakları ve temel özgürlükler gerek çevrim dışı gerekse internet ortamında geçerli olan çeşitli Avrupa Konseyi belgelerinde teminat altına alınmış olup, bunlar sadece internete özgü hususlar değildir. Özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında yorumlanan insan hakları ve temel özgürlükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almaktadır. Bir dizi Avrupa Konseyi sözleşmesi ve diğer bağlayıcı olmayan enstrumanlar internet kullanıcıları için ilave açıklamalar ve yönelimler sunmaktadır. MSI-DUI, internet kullanıcılarının hak ve özgürlüklerini anlamaları için Avrupa Konseyinin ve Birleşmiş Milletlerin ilgili uluslararası hukuk standartlarının sade bir dille anlatılması gereğini göz önüne almışlardır.

Giriş

17. Giriş bölümünde Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunun üye ülkelere gön- derdiği söz konusu tavsiye kararını kabul etmesinin nedenleri açıklanmaktadır. Tavsiye kararı insan hakları ve temel özgürlüklerin emniyete alınması sorum- luluğunun Avrupa Konseyi üye ülkelerine ait olduğu önermesine dayanmak- tadır. Bu da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) yorumladığı şekliyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine(AİHS) uygun bir biçimde gerçekleştirilme- lidir. Avrupa Konseyinin, özellikle de Siber Suçlar Sözleşmesi (bundan böyle Budapeşte sözleşmesi olarak geçecektir) Çocukların Cinsel İstismara ve Cinsel Tacize karşı Korunması Sözleşmesi (CETS No.201, bundan böyle 'Lanzarote Sözleşmesi' olarak geçecektir) ve Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşleme Tabi Tutulması Kapsamında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (ETS No.108, bundan böyle '108 Sözleşmesi' olarak geçecektir) gibi yasal bağlayıcılığı olan diğer enstrümanları da konuyla ilgilidir.

18. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince kabul edilen ve üye ülkelere internetle ilgili konularda yol gösteren diğer bağlayıcı olmayan standartlar arasında; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, internetin kamu hizmeti değerini yaygınlaştırmaya yönelik tedbirlerle ilgili CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, internet filtreleri bağlamında ifade özgürlüğüne ve bilgiye saygının yaygınlaştırılmasına yönelik tedbirleri içeren CM/Rec(2008)6 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gön- derdiği, şahısların belirli profillere göre

sınıfandırılmaları bağlamında kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesinde bireylerin korunmasına ilişkin CM/ Rec(2010)13 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, yeni bir medya kavramına ilişkin CM/Rec (2011)7 sayılı Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, sosyal iletişim ağıyla ilgili hizmetler bağlamında insan haklarının korunma- sına ilişkin CM/Rec(2012)4 sayılı Tavsiye Kararı ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, arama motorlarıyla ilgili olarak insan haklarının korunmasına ilişkin CM/Rec(2012)3 sayılı Tavsiye Kararı sayılabilir.

19. Giriş bölümünün ikinci maddesinde üye devletlerin insan haklarına saygı göstermesi, insan haklarını koruması ve yaygınlaştırmasına ilişkin yükümlü- lüklerinin özel şirketlerin denetlenmesini de içerdiği belirtilmektedir. Bu ifade AİHS'nin 1. Maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu maddeye göre üye devletler yargı yetki alanları dahilindeki herkesin AİHS'de belirtilen insan haklarını ve özgürlüklerini güvenceye almakla yükümlüdür. Buna, devletin dışında yer alan aktörlerin yapacağı insan hakları ihlallerine karşı koruma sağlamak da dahil olup, söz konusu yükümlülükler, etkili yasalar ve tedbirler yoluyla, ihlal- lerin önlenmesine, soruşturulmasına, cezalandırılmasına ve telafi edilmesine yönelik uygun önlemlerin alınmasını da gerekli kılmaktadır. AİHM verdiği kararlarda, üye devletlerin özellikle de ifade özgürlüğü[5], çocukların ve gençlerin korunması[6], ahlaki değerlerin ve diğer bireylerin haklarının korunması[7], ırkçı veya yabancı düşmanlığı içeren söylemlerle savaşılması ve ayrılıkçılıkla ve ırk kökenli nefretle baş edilmesi[8] bağlamında, bireylerin internet üzerinde temel hak ve özgürlüklerini koruma yönünde devletlerin pozitif bir yükümlülükleri olduğunu teyit etmiştir. AİHM bunun yanı sıra, özel şirketlerin girişimleri nedeniyle hak ve özgürlüklerinin olumsuz etkilenmesine karşı vatandaşlarını koruyamamaları halinde de üye devletleri sorumlu tutmuştur[9]. İkinci Maddede ayni zamanda 9 Ekim 1993'te Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları Zirve Konferansında yayınlanan Viyana Deklarasyonuna dayalı insan haklarının evrenselliği ve bölünmezliği ilkesi de yansıtılmaktadır.

20. Giriş bölümünün üçüncü maddesinde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2007)16 sayılı ilgili Tavsiye Kararında belirtildiği gibi, internetin kamu hizmeti

[5] Bakınız 23144/93 sayılı Özgür Gündem/Türkiye davası, §§ 42-46.
[6] 2872/02 sayılı K.U./İngiltere davası.
[7] 32792/05 sayılı Pay/İngiltere davası
[8] 15615/07 sayılı Féret/Belçika davası.
[9] 16798/90 sayılı López Ostra/İspanya davası, § 44-58; Taşkın and Others/Türkiye davası; Fadeyeva /Rusya Federasonu davası. 23883/06 sayılı Khurshid Mustafa and Tarzibachi/ İsveç davasında, Mahkeme, iç hukuk mahkemesinin özel kişiler arasında imzalanmış bir sözleşmeye getirdiği yorumun davalı devletin sorumluluğunu doğurduğuna hükmetmiş, böylelikle 10. Maddenin koruma kapsamını genişleterek özel kişilerce dayatılan sınırlamaları bu korumaya dahil etmiştir.

açısından yararı yeniden teyit edilmektedir[10]. İnternetin, kullanıcıların günlük faaliyetlerindeki önemli rolünün ve kullanıcıların internet- teki insan haklarının korunmasını sağlama ihtiyacının göz önüne alındığı Tavsiye Kararında kullanıcıların hak ve özgürlüklerinden yararlanmada yasa dışı, gereksiz ve orantısız müdahalelere maruz bırakılmaması gerektiği vurgulanmaktadır.

21. Giriş bölümünün dördüncü maddesinde, etkili hukuk yollarına erişim de dahil olmak üzere, tavsiye kararının kullanıcıların internet ortamında insan haklarını anlamaları ve bu hakların internette etkili bir biçimde kullanılmasının yaygınlaştırılması hedefi tanımlanmaktadır. Bu nedenle, internet kullanıcıla- rının internette temel hak ve özgürlüklerinin kullanılmasına ilişkin riskler ve bu bağlamda hak ve özgürlüklerinin telafi edilme olasılıklarıyla ilgili olarak bilgilendirilmeleri önemlidir. İnternetin kamuya ilişkin konularda saydamlık ve hesap verebilirlik fırsatları sağladığına ilişkin ifade, söz konusu tavsiye kararının, bireyleri ve toplulukları demokratik yaşama katılma konusunda güçlendirme gerekçesinin bir unsuruna açıklık getirmektedir.

Tavsiye Kararının operatif bölümü

22. 5. Maddede, Avrupa Konseyinin internetle ilgili standartlarının temel bir ilkesi olan, temel hak ve özgürlüklerin gerek internette gerekse internet dışında eşit bir şekilde geçerli olduğu belirtilmektedir[11]. Bu yaklaşım ayni zamanda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyinin"İnsan Haklarının İnternette Yaygınlaştırılması, Korunması ve Kullanılması"na ilişkin 2012 yılı Karar Tasarısında da teyit edilmiştir. Bu Kılavuzun uygulanmasının yaygınlaştırılması, insan hakları ve temel özgürlüklerin mevcut insan hakları standartlarına uygun bir biçimde korunmasını güçlendirecektir.

23. Madde 5.1'de Kılavuzun sadece kamu makamlarınca değil, ama ayni zamanda özel sektör kanalıyla da yaygınlaştırılması tavsiye edilmektedir. Buna kılavuzun basılı formatlarda veya elektronik formatlara uyarlanmış bir biçimde yayımlanması ve dağıtımının yapılması da dahil olabilir. İlgili kamu makamları kılavuzu web sitelerinde de sağlayabilirler. Özel sektör de ayni şekilde hareket etmeye teşvik edilmelidir.

24. Madde 5.2'de, AİHS'nin ilgili maddelerinde yer aldığı gibi, internet üze- rinde insan haklarının ve temel özgürlüklerin kullanılmasının, geçerli amaçlara yönelik ve demokratik bir toplumda gerekli olan kısıtlamalara tabi olabileceği yeniden teyit edilmektedir. Bu koşullara uyum sağlanması amacıyla, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, üye ülkelerine, internette insan hakları

[10] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, internetin kamu hizmeti değerini yaygınlaştırmaya yönelik tedbirlerle ilgili CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı,

[11] Bakınız: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İnternet Yönetişim İlkeleri, İlke 1 "İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü"

ve temel özgürlüklerle ilgili kısıtlamaları düzenli aralıklarla gözden geçirmelerini ve yerine göre kaldırmalarını tavsiye etmiştir.

25. Madde 5.2'te, üye ülkeler, diğer yöntemlerin yanı sıra, örneğin internet kullanıcılarının yapacağı şikayetlerin işleme konması bağlamında olduğu gibi, hak ihlallerinin telafi edilmesine yönelik mekanizmaları sunan mevcut ilgili kurumlar, kuruluşlar ve topluluklar arasında (elektronik iletişim düzenleyici kurumları dahil olmak üzere) daha iyi koordinasyon ve işbirliği sağlayarak, etkili bir hukuk yoluna erişim hakkını teminat altına alacak gayretlerini arttır- maya davet edilmektedir. Tavsiye kararında ayni zamanda, farklı üye ülkelerde, örneğin veri koruma kurumları, ombudzmanlar, mahkeme usulleri veya acil telefon hatları gibi, çok çeşitli hak telafi mekanizmalarının mevcudiyeti teyit edilmektedir. Üye ülkeler ayni zamanda yargı çevreleri dahilindeki mevcut hak arama mekanizmalarının bir taramasını yaparak, ilgili bilgileri kullanımı kolay bir hak telafi mekanizması envanteri çıkarmak suretiyle derleyebilir. Bu bilgilerin dağıtımı, örneğin bir Ek halinde, Kılavuzla birlikte yapılabilir. Bu girişim, tavsiye kararının kabulünden sonra uygulanabilecek müteakip işlemlerden biri olabilir.

26. İnternet, niteliği itibarıyla, sınırları aşan ve sınırları göz önüne almayan bir biçimde bilgi istekleri gönderme ve bilgi istekleri alma suretiyle işlemektedir. Bu da, üye ülkelerdeki internet insan haklarının ve temel özgürlüklerin, Avrupa Konseyi sınırları ötesindeki devlet veya devlet dışı aktörlerin girişimlerine açık bir konuma girebileceği anlamına gelmektedir. Örneğin kişisel verilere ilişkin gizliliğin yanı sıra, ifade özgürlüğü ve bilgiye erişime müdahale edilebilecektir. O nedenle Madde 5.4'te, Avrupa Konseyi üye ülkeleriyle, Konsey üyesi olma- yan ülkeler ve bunun yanı sıra devletler dışındaki aktörlerle işbirliği yapılması tavsiye edilmektedir.

27. Madde 5.5'te üye ülkelere özel sektör, ilgili devlet yetkilileri ve sosyal sorumluluğu dikkate alınarak sivil toplumla gerçek bir diyalogu teşvik etme- leri tavsiye dilmektedir. İşletmeler ve İnsan Haklarına ilişkin Kılavuz İlkelerin[12] temel prensiplerinden biri işletmelerin insan haklarına saygı göstermesi gereğidir ki bu da, işletmelerin başkalarının insan haklarını ihlal etmekten kaçınmalarını ve insan hakları üzerinde yaratabilecekleri olumsuz etkileri gidermeye çalışmalarını gerekli kılmaktadır. Bu maddede saydamlık ve hesap verebilirlik, özel sektör aktörlerinin aktif bir

[12] İnsan Hakları Konseyince A/HRC/RES/17/4 sayılı İnsan Hakları ve Sınır Ötesi Kurumlar ve diğer İşletmeler konulu Karar Tasarısıyla desteklenen, Birleşmiş Milletler "Koru, Saygı Göster, Çare Bul" Çerçevesinin uygulanmasını sağlayan, İşletmeler ve İnsan Haklarına ilişkin Kılavuz İlkeler. Söz konusu Kılavuz İlkelerde özellikle de ülkelerin, işletmelerin insan haklarına saygı göstermesini gerekli kılan ve söz konusu yasaları düzenli aralıklarla değerlendirerek, yasalardaki eksiklik veya boşlukları gidermelerine yönelik, işletmelerin oluşturulmasını ve süregelen operasyonlarını düzenleyen kurumlar yasası gibi diğer yasa ve politikaların işletmelerin insan haklarına saygı göstermesini kısıtlamayan, insan haklarına saygı göstermelerini sağlayan; işletmelere tüm operasyonlarında insan haklarına nasıl saygı gösterileceği yönünde etkili bir biçimde yol gösteren ve yerine göre,işletmelerin insan hakları üzerinde yarattıkları etkiyi nasıl giderdiklerini bildirmelerini talep eden yasaları yürürlüğe sokmalarının gerekli oluğu belirtilmektedir.

biçimde yaygınlaştırması gereken hususlar oldukları kadar, sorumluluklarını kanıtlamanın da önemli bir vasıtası oldukları vurgulanmaktadır. Örneğin internet hizmet sağlayıcıları ve içeriğe erişim sağlayan kuruluşlar hizmetlerinin kullanım koşullarında bu Kılavuza gönderme yapabilirler.

28. Madde 5.6'da sivil toplumun Kılavuzun yaygınlaştırılmasına ve Kılavuza uygun hareket edilmesine önemli katkılar teyit edilmektedir. O nedenle, üye ülkelerin, sivil toplum örgütlerini ve bu alanda çalışan aktivistleri Kılavuzun yaygınlaştırılması ve uygulanmasında yardımcı olmaya ve insan hakları standart- larının savunulması ve uygulanmasında ve bu standartlara uyum sağlanmasında Kılavuza dayalı olarak hareket etmeye teşvik etmeleri tavsiye edilmektedir.

CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye kararına Ek İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Kılavuzu

Giriş

29. Kılavuzda doğrudan doğruya kullanıcıya hitap edilmektedir. Kılavuz inter- netle ilgili özel bir uzmanlık bilgisi olmayan herhangi bir birey olan internet kullanıcısına yönelik öğretim ve eğitime dayalı bir araçtır. Kılavuz özellikle de kullanıcının internetteki faaliyetlerini (örneğin kimlik bilgileri, kişisel verileri gibi) yönetme yeteneği üzerine odaklanır. Kullanıcılar internette seçtikleri, hak ve özgürlüklerini etkileyebilecek farklı seçenekler ve bu seçenekleri kabul etmelerinin yaratacağı sonuçlar konusunda tam olarak bilgilendirilmelidirler. Haklarının sınırlarını da anlamalıdırlar. Kullanabilecekleri hak telafi mekaniz- malarından da haberdar olmalıdırlar.

30. Kılavuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına dayalıdır. Kılavuzda ayni zamanda yasal bağla- yıcılığı olan diğer Avrupa Konseyi enstrümanlarından da yararlanılmaktadır. Özellikle de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin belirli deklarasyonları ve tavsiye kararları gibi diğer enstrümanlardan da yararlanılmaktadır. Kılavuz burada açıklandığı temele dayalı olarak mevcut insan hakları standartlarının uygulatılması konusunda herhangi bir ön yargı taşımaz. Kılavuzda yer alan hak ve özgürlükler hangi yasal enstrümanlara dayalı olarak açıklanmışlarda o yasal enstrümanlara dayalı olarak uygulatılabilir. Kılavuzda mevcut insan hakları standartlarına ve bunların uygulatılmasına ilişkin ilgili mekanizmalara atıfta bulunulur ve yeni hak ve özgürlükler oluşturulmaz. Kılavuz insan hakları standartları konusunda tüm olasılıkları içermediği gibi bunların bir reçete gibi uygulanmasını da tarif etmez. Örneğin insan haklarıyla ilgili muhtemel kısıt- lamalar ve insan haklarına müdahalelerle ilgili bilahare yapılacak açıklamalar ve kullanıcılara internette şiddet ve istismarla baş edebilmelerine yardımcı olacak kılavuz bilgiler üzerinde, kullanıcılara haklarını

anlama ve kendilerini ve diğerlerini korumalarına yardımcı olması amacıyla, ileride daha fazla durulabilir. Ancak Kılavuz Avrupa Konseyinin yeni standartlarına ve teknoloji ilerledikçe Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına ayak uydurabilmek için güncellemeye açık bir doküman olacaktır.

Erişim ve ayrıcalık gözetmeme ilkesi

31. Kılavuzda, internete erişim ve ayrıcalık gözetmeme ilkesi de dahil olmak üzere, kılavuzda yer alan tüm insan hakları ve temel özgürlüklerle doğal olarak bağlantılı olduğu kabul edilen ilke ve mülahazalar vurgulanmaktadır.

32. İnternete erişim her ne kadar henüz bir insan hakkı olarak resmen tanınmamaktaysa da (iç hukuk ve politikalar da dahil olmak üzere ulusal bağlamlar dikkate alınarak), ifade özgürlüğü ve diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasına yönelik bir yetkilendirici ve koşul olarak görülmektedir[13]. Bunun sonucunda da bir kullanıcının internet bağlantısının kesilmesi o kullanıcının hak ve özgürlüklerini kullanmasını olumsuz yönde etkileyebilir ve hatta, bilgi alma ve verme hakkı da dahil olmak üzere, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi internetin günümüzde bireylerin ifade ve bilgilenme hakkını kullanmalarında başlıca araçlardan biri haline geldiğini belirtmiştir. İfade özgürlüğü sadece bilgi içeriği için geçerli olmayıp, bilginin dağıtım vasıtaları için de geçerlidir. Çünkü bilginin dağıtılmasıyla ilgili her- hangi bir kısıtlama ister istemez bilgi alma ve verme hakkına da müdahaleyi içermektedir. Bu tür kısıtlamalar ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Madde 10.2'sinde yer alan koşulların AİHM tarafından yorumlanmış şekliyle mevcut olması halinde kabul edilebilir[14]. Bireylerin internete erişimini etkilemesi kaçınılmaz olan herhangi bir tedbir söz konusu olduğunda, Madde 10 uyarınca Devletlerin sorumluluğu devreye girer[15].

33. Bu bağlamda bakıldığında, Kılavuzda internet kullanıcılarının internet bağlantısının mahkeme kararı olmadıkça kesilmemesi gerektiği belirtilmek- tedir. Ancak bundan, sözleşmeden doğan

[13] Düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının yaygınlaştırılması ve korunmasıyla ilgili Birleşmiş Milletler Özel Raportörü Frank La Rue konuyu şöyle vurgulamıştır, "İnternet çeşitli insan haklarının gerçekleştirilmesi, eşitsizlikle mücadele ve gelişmişilik ve insanlığın ilerlemesinin hızlandırılmasında vazgeçilmez bir araç haline gelmiş olup, internete evrensel bir biçimde herkesin erişimi tüm ülkelerin önceliği olmalıdır. O nedenle her devlet, internetin toplu- mun tüm kesimleri için geniş bir çekilde sağlanması, erişilebilir olması ve makul bir ücret karşılığında sağlanabilmesi için özel sektör ve ilgili devlet bakanlıkları da dahil olmak üzere, toplumun tüm kesimlerinden bireylerle istişarede bulunarak somut ve etkili bir politika oluşturmalıdır". İnternet bireylerin düşünce ve ifade özgürlüğü haklarını kullanmalarında bir katalizör görevi görerek, diğer pek çok insan hakkının da gerçekleştirilmesini sağlamaktadır". http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/a.hrc.17.27_en.pdf.

[14] Bakınız, yukarıdaki 2 no.lu not, § 50. Ayrıca Bakınız: Autronic AG/İsviçre davası (No. 12726/87). 23883/06 sayılı Khurshid Mustafa ve Tarzibachi/İsveç davasında AİHM yerel mahkemenin öel bir sözleşmeyle ilgili yorumunun davada yer alan devletin sorumluluğunu söz konusu ederek, özel şahısların uyguladığı kısıtlamalara karşı Madde 10'da sağlanan korumanın kapsamını genişlettiğine hükmetmiştir.

[15] Bakınız, yukarıdaki 2 no.lu not, § 53.

yükümlülükler bağlamında hattın geçerli nedenlerle kesilmesinin önünün alınması anlaşılmamalıdır. Aldıkları hizmet karşılığında ödeme yapmayan internet tüketicilerinin internet hizmeti kesilebilir. Ancak bu, en son çare olarak başvurulacak bir tedbir olmalıdır. Ayrıca, çocuğun yaşına ve olgunluk durumuna bağlı olmak üzere, çocukların internet erişimi, internet kullanımında ebeveyn kontrolünün uygulanması nedeniyle kesilebilir.

34. İnternet kullanıcıları, internet kesintileri mahkeme kararına bağlı olmaksı- zın gerçekleştiğinde etkili hukuk yollarına başvurabilmelidirler. Buna, internet hizmet sağlayıcılarının internet kullanıcılarını kesinti tedbirinin nedeni ve yasal temeliyle ilgili bilgilendirmesi ve bu tedbire itiraz etme usulleri ve internet eri- şiminin eksiksiz bir biçimde yeniden sağlanmasının talep edilmesi de dahildir. Bu tür istekler makul bir süre dahilinde çözüme kavuşturulmalıdır. Ayrıca her bir internet kullanıcısı, adil yargılanma hakkının kullanılması bağlamında, bağlantı kesintisi tedbirinin yetkili bir idari ve/veya yargı organınca incelenmesini talep edebilmelidir. Bu tür gerekli süreçlere ilişkin konular Kılavuzun "Etkili Hukuk Yolları" başlıklı bölümünde özetlenmektedir.

35. İnternete erişim konusunun bir başka yönü de devlet yetkililerinin herkesin internete bağlanmasını sağlama konusundaki pozitif eylem veya tedbirleridir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi üye ülkelere internetin bir kamu hizmeti olarak değerini yaygınlaştırmalarını tavsiye etmiştir[16]. Bundan, "insanların internete günlük faaliyetlerinde (iletişim, bilgilendirme, bilgi, ticari işlemler) vazgeçilmez bir vasıta olarak önemli ölçüde bel bağlamaları ve bundan kaynaklanan, internet hizmetlerinin erişilebilir, makul ücretler karşılığında sağlanır, emniyetli, güvenilir ve sürekli olması yönündeki geçerli bir beklenti"anlaşılmalıdır. Bu bölümde kullanıcı internete makul ücretler kar- şılığında ve ayrımcılık gözetilmeksizin erişim sağlaması gerektiği hususunda bilgilendirilmektedir.

36. İnternet içeriğine erişim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Madde 10'un da atıfta bulunulduğu şekilde, internet üzerinden bilgi alma ve verme hakkıyla bağlantılıdır[17]. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi her bir internet kullanıcısının tercih ettiği internet tabanlı içerik, uygulama ve hizmete, bunlar ister parasız, ister ödeme karşılığında sağlanmış olsun, kendi tercih edeceği uygun cihazları kullanarak, mümkün olan en geniş bir biçimde erişime sahip olması gerektiğini teyit etmiştir. Bu ilke genelde'iletişim ağı tarafsızlığı' olarak bilinmekte olup, internet bağlantısı için kullanılan altyapı veya iletişim ağından bağımsız olarak geçerli olan bir ilkedir[18].

[16] Bakınız yukarıdaki not 9, CM/Rec(2007)16, bölüm II.
[17] Bakınız, yukarıdaki 2 no.lu not, § 50.
[18] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 29 Eylül 2010'da Kabul ettiği İletişim Ağı Tarafsızlığına ilişkin Bakanlar Komitesi Deklarasyonu. Ayni zamanda bakınız Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinin 7 Mart 2002 tarihli

37. Kamu makamları örneğin uzak bölgelerde yaşayanlar ve engelli insanlar gibi spesifik kategorilerdeki insanların internete erişim sağlamaları için makul oranda gayret göstermelidirler. Bu husus Bakanlar Komitesinin yeni iletişim ve bilgilendirme hizmetleriyle ilgili No.R(99)14 sayılı Tavsiye Kararında yer alan evrensel toplum hizmetleri ilkesine dayalıdır[19]. Bu ilkede, kırsal veya coğrafi olarak uzak bölgelerde yaşayan veya düşük gelirli olan veya özel ihtiyaçları olan veya engelli bireylerin internet erişimleriyle ilgili olarak kamu makamlarından spesifik tedbirler bekleyebileceği vurgulanmaktadır.

38. Engellilerin diğer internet kullanıcılarına eşit ve ayrımcılık gözetmeyen bir biçimde internet erişimine sahip olma beklentileri Avrupa Konseyinin üye ülkelere engelli kullanıcıların internete ve (Bilişim ve İletişim Teknolojileri) ICT'lere erişimi için yeterli kolaylıkların sağlanmasına yardımcı olacak tedbirler almalarını tavsiye eden enstrümanlardan kaynaklanmaktadır[20]. Üye ülkeler internete makul fiyatlarla erişimi desteklemeli, bunu yaparken tasarımın, söz konusu bireyler ve gruplar arasında farkındalığın arttırılmasının, internet erişiminin ve hizmetlerinin uygunluğunun ve çekiciliğinin ve bu erişim ve hiz- metlerin uyarlanabilirliğinin ve uygunluğunun önemini hatırda tutmalıdırlar[21].

39. Ayrım gözetilmemesi ilkesi kullanıcıların kamu makamlarıyla, internet hizmet sağlayıcılarıyla, içerik erişimi sağlayanlarla ve diğer şirketler, kullanıcı- lar veya diğer kullanıcı gruplarıyla etkileşiminde geçerli olmalıdır. Dördüncü madde, her ikisi de ayrımcılık gözetilmesinin yasaklanmasına ilişkin AİHS'nin 14.Maddesinin ve AİHS, 12. Protokolü, 1. Maddesinin yeniden ifade edilmiş bir eklidir.

İfade ve bilgilenme özgürlüğü

40. Bu bölüm AİHS'nin 10. Maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında Madde 10'un internet bağ- lamında tamamen geçerli olduğunu teyit etmiştir[22]. İfade özgürlüğü hakkı düşüncelerini, görüşlerini, fikirlerini özgürce açıklama ve ülke sınırları söz konusu edilmeksizin bilgi alma ve verme hakkını da içermektedir. İnternet kullanıcıları siyasi inançlarını, dini veya dinle ilgili olmayan görüşlerini açıklamakta özgür olmalıdırlar. Dini ve dini olmayan görüşlerin açıklanması AİHS'nin 9. Maddesinde yer alan, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkının kullanılmasıyla ilgilidir. İfade özgürlüğü sadece

elektronik iletişim ağları ve hizmetlerine ilişkin ortak düzenleyici çerçeveye ilişkin 2002/21/EC sayılı Direktifi, Madde 8(4) g.

[19] Bakınız yukarıdaki not 9, CM/Rec(2007)16, Ek, Bölüm II; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği yeni iletişim ve bilgilendirme hizmetleriyle ilgili evrensel toplum hizmetlerine ilişkin R (99)14 sayılı Tavsiye Kararı, ilke 1.

[20] a.g.e.

[21] a.g.e.

[22] Bakınız yukarıdaki 2 no.lu not, §50.

olumlu karşılanan, rahatsız edici olmadığı kabul edilen veya ilgi duyulmayan“bilgiler”veya“fikirler”için geçerli olmayıp, ayni zamanda incitici, şok edici veya rahatsız edici bilgiler ve düşünceler için de geçerlidir[23].

41. İnternet kullanıcılarının ifade özgürlüğünü kullanmaları bireylerin say- gınlıklarının korunmasıyla dengelenmelidir. Mahkeme çeşitli davalarda bu hakkın özel yaşama saygıyla ilgili AİHS'nin 8. Maddesiyle korunduğuna hükmetmiştir[24]. AİHM ilke olarak, Madde 8 ve 10'da teminat altına alınan hakların eşit derecede saygı gösterilmesi gereken haklar olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü hakkının özel yaşamın korunması hakkıyla dengelendği durumlarda söz konusu dengeleme girişiminde aşağıdaki unsur- lar yer almalıdır: genel ilgi alanına ilişkin bir münazaraya katkısı, ilgili şahsın ne derecede tanınmış biri olduğu, haberin konusu, ilgili şahsın daha önceki davranışları, bilgiyi elde etme yöntemi ve bilginin doğruluğu, yapılan yayının içeriği, şekli ve yarattığı sonuçlar ve getirilen yaptırımın ağırlığı[25]. O nedenle Kılavuzda internet kullanıcılarının, diğerlerinin gizlilik hakkının yanı sıra, şöhret ve saygınlığına gereken dikkati göstermesi gerektiği belirtilmektedir.

42. Nefret söylemi gibi ifadeler AİHS'nin 10. Maddesinde sağlanan korumanın dışında kalır. Mahkeme nefret söylemi niteliğinde olan veya AİHS'nin temel değerlerine ters düşen ifade türlerinin AİHS'nin 10. Maddesinde sağlanan korumanın dışında kaldığına hükmetmiştir[26]. Bu bağlamda AİHM AİHS'nin 17. Maddesini uygulamaktadır. Nefret söyleminin evrensel boyutta kabul edilen bir tanımı olmamasına rağmen, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi "nefret söyleminden", agresif milliyetçilikle ve etnik merkezci söylemlerle ifade edilen, azınlıklar, göçmenler ve göçmen kökenlilere karşı ayrımcılık söylemi türünden ifadeleri içeren hoşgörüsüzlük de dahil olmak üzere, hoşgörüsüzlüğe dayalı, ırkçı nefretini, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya diğer nefret türlerini, yayan, tahrik eden, yaygınlaştıran veya haklı kılan her türlü ifade- nin anlaşıldığını ifade etmiştir[27]. İfade özgürlüğü ile ilgili Madde 2'de, nefret söyleminin AİHS'nin 10. Maddesinde yer almaması hususunda kullanıcının anlayacağı sade bir dille özet bilgi verilmektedir. Bu maddede, AİHS Madde 10 ve Madde 17'nin nefret söylemine uygulanabile- ceği farklı yöntemler hukuki terimlerle anlatılmaya çalışılmamıştır. Aradaki bu

[23] Handyside/İngiltere davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar, Seri A No.24, madde 49.
[24] Chauvy ve diğerleri, no. 64915/01 § 70; Pfeifer/Avusturya, no. 12556/03, § 35; ve Polanco Torres ve Movilla Polanco/İspanya davası, no. 34147/06, § 40.
[25] Delfi As/Estonya davası, no. 64569/09, § 78-81 (bu dava AİHM'nin Büyük Dairesine gön- derilmiştir); Axel Springer AG/Almanya davası no. 39954/08 § 89-95, ve Von Hannover/ Almanya davası (no. 2), no. 40660/08 ve 60641/08 §§ 108-113.
[26] Féret/Belçika davası no. 15615/07; Garaudy/Fransa davası no. 65831/01, 24.06.2003, davayı kabul kararı; Leroy/Fransa davası no. 36109/03; Jersild/Danimarka davası no. 15890/89; Vejdeland ve diğerleri/İsveç davası no. 1813/07.
[27] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, "Nefret Söylemi" ile ilgili No. R (97) 20 sayılı Tavsiye Kararı.

farkın hukuki mahiyeti göz önüne alınarak bu hususla ilgili bilginin açıklayıcı notta yer almasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

43. Kullanıcılar internette özellikle de interneti kullanarak içerik yaratma, içeriği yeniden kullanma ve içerik dağıtımı yapmak dahil olmak üzere, bilgi alma ve verme hakkına sahiptirler. AİHM telif hakları ihlalleri nedeniyle mahkûmiyet kararı verilen davalarda fikri mülkiyet haklarının korunmasıyla ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Mahkeme bu nedenle verilen mahkûmiyet cezala- rını ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre bu tür mahkûmiyetlerin haklı gerekçeye dayanması için söz konusu ihlallerin yasalarca konmuş olması, başkalarının haklarını koruma gibi geçerli bir amacı olması ve demokratik bir toplumda gerekli görülmesinin gerektiğini mülahaza etmiştir[28]. Söz konusu malzemeler telif hakkı korumasına sahip olsalar ve kar etme amacını gütseler bile, internette dosyaların paylaşılması veya diğerlerinin bu dosyaların paylaşılmasına izin verilmesinin AİHS'nin Madde 10'undaki bilgi alma ve verme hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiştir[29]. Ancak bu hak mutlak bir hak olmayıp, bir yandan bilgi paylaşma çıkarı ile, diğer yandan telif hakkı sahiplerinin haklarını koruma çıkarı arasında bir denge sağlanmalıdır. Mahkeme bu bağlamda AİHS Protokolünün Madde 1'inde sağlanan korumanın içerdiği fikri mülkiyet yararları üzerinde durmuştur. O nedenle sorun, her ikisi de AİHS'nin korumasında olan, birbiriyle rekabet halindeki iki çıkar arasında bir denge oluşturulmasıdır.

44. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, internetin bir kamu hizmeti olarak yararının yaygınlaştırılmasına ilişkin Tavsiye Kararına, ülke sınırlarını göz önüne almaksızın internette ifade özgürlüğü ve içerik yaratmaya ilişkin spesifik kılavuzluk bilgileri dahildir. Bu bağlamda özellikle de, yerine göre, internet içeriğinin "yeniden kullanımları"nın kolaylaştırılmasına ilişkin tedbirler alınmalıdır. Bu da, fikri mülkiyet haklarına saygı çerçevesine uygun bir biçimde yapılmak suretiyle geleceğe yönelik içerik veya hizmetler yaratmak için mevcut dijital içeriğin kullanılması anlamına gelmektedir[30].

45. Madde 4'te ifade özgürlüğüne uygulanacak kısıtlamalarda uyulması gereken şartların genel bir incelemesi yer almaktadır. AİHS'nin 10. Maddesine göre üye devletlerin ister gerçek ister tüzel kişiler olsunlar, bireyler arasındaki bilgi iletişimine müdahale etmeme gibi temel bir görevi vardır. AİHM bireyler arasındaki ilişkiler bağlamında bile ifade özgürlüğünün etkili bir biçimde kullanılması için bazı pozitif koruma tedbirlerinin gerekli olduğunu teyit etmiştir. Bu konuda uygun

[28] Neij ve Sunde Kolmisoppi/İsveç davası no.40397/12. Ayni zamanda bakınız Ashby Donald ve diğerleri/Fransa davası, no. 36769/08 § 34.
[29] a.g.e.
[30] Yukarıdaki 9 no.lu not'a bakınız, CM/Rec(2007)16, Ek, bölüm III, ikinci içerlek madde.

iç hukuk mevzuatının oluşturulmaması sonucunda Devletin bu konudaki sorumluluğu söz konusu olur[31]. Ulusal bir mahkemenin, ister özel bir sözleşme, bir kamu belgesi, kanun maddesi veya idari bir uygulama söz konusu olsun, hukuki bir eylemi yorumlaması makul değilse, keyfi ise, ayrımcılık gözetiyorsa veya daha geniş bir ifadeyle, AİHS'nin temelinde yatan ilkelerle uyumlu değilse AİHS'nin ihlal edildiğine hükmedilebilir[32].

46. İfade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp kısıtlamalara tabi tutulabilir. İfade özgürlüğüne müdahaleler kamu gücü ve görevleri icra eden veya kamu hizmeti gören herhangi bir makamdan gelen herhangi bir kısıtlama olarak görülmelidir. Bunlar mahkemeler, savcılık makamları, polis, herhangi bir kolluk kuvveti kurumu, istihbarat servisleri, yerel veya merkezi belediyeler, devlet bakanlıkları, silahlı kuvvetler karar makamları ve kamuya ait mesleki yapılar olabilir.

47. AİHS'nin 10.Maddesi uyarınca, yapılacak herhangi bir müdahale kanun- larca belirtilmelidir. Bu da söz konusu yasanın erişilebilir, net ve bireylerin davranışlarını düzenlemeleri için yeterince ayrıntılı olması anlamına gelir. Yasalarda, söz konusu kısıtlamanın bir mahkemenin veya başka bir bağımsız yargı organının kontrolü altında uygulanması dahil olmak üzere, istismar edici nitelikte kısıtlayıcı tedbirlere karşı yeterli güvenceler yer almalıdır[33]. Herhangi bir kısıtlama ayni zamanda, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü veya kamu güvenliği, toplumsal kargaşanın veya suçun önlenmesi, kamu sağlığının ve ahlaki değerlerin korunması, başkalarının şöhretinin veya haklarının korunması, gizlilik esasına dayalı olarak alınan bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yar- gının yetkilerinin ve tarafsızlığının sürdürülmesi gibi geçerli bir amaca hizmet etmelidir. Bu liste kapsamlı ve ayrıntılı bir liste olmasına rağmen, yorumu ve kapsamı AİHM'nin içtihatları doğrultusunda evrimleşecektir. Böyle bir müdahale ayni zamanda demokratik bir toplumda gerekli olan bir müdahale olmalıdır. Yani söz konusu müdahale için zorunlu bir sosyal ihtiyaç olduğu, geçerli bir amaca yönelik olduğu ve bu kısıtlamanın söz konusu amaca ulaşmada en az kısıtlayıcı önlem olduğu kanıtlanmalıdır[34]. Bu şartlar, yani ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların keyfi olmaması lazım geldiği ve diğer nedenlerin yanı sıra örneğin ulusal güvenliğin veya kamu düzeninin veya kamu sağlığının veya ahlaki değerlerinin korunması gibi geçerli bir amaca hizmet etmesi ve insan hakları yasalarıyla uyumlu olması gerektiği, kullanıcının erişebileceği bir dilde özetlenmektedir.

48. İnternet üzerinde ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar olduğunda internet kullanıcılarına sunulan teminatlarla ilgili daha ayrıntılı bilgiler Açıklayıcı Notun aşağıdaki maddelerinde ele

[31] Vgt Verein gegen Tierfabriken/İsviçre, no. 24699/94, § 45.
[32] Bakınız Khurshid Mustafa ve Tarzibachi/İsveç davası no 23883/06 § 33; Plaand Puncernau/ Andorra davası, no. 69498/01, § 59, AİHS 2004-VIII.
[33] Bakınız yukarıdaki 2 no.lu not, § 64.
[34] a.g.e. § 66-70.

alınmaktadır. Bloklama ve filtreleme bu tür kısıtlamalara birer örnek olup, bunlar ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açabilir. Bloklama ve filtrelemeyle ilgili bazı genel ilkeler, AİHM içtihatlarına ve Bakanlar Komitesince kabul edilen ilgili diğer standartlara dayalıdır[35].

49. Ülke çapında genel bir bloklama veya filtreleme tedbiri devlet makamları tarafından ancak söz konusu filtreleme spesifik ve açık bir biçimde belirlenen bir içerikle ilgiliyse, yasa dışı oluşuna ilişkin karar yetkili bir ulusal makamca alındıysa ve söz konusu karar AİHS'nin 6. Maddesi uyarınca bağımsız ve taraf- sız bir mahkeme veya düzenleyici kurul tarafından yargı denetlemesine tabi tutulabilecekse alınabilir[36]. Devlet makamları filtrelemenin etkilerinin uygulanan kısıtlamanın amacıyla orantılı olduğunu ve o nedenle de demokratik bir toplumda gerekli görülebilecek bir kısıtlama olduğunu belirlemek üzere tüm filtrelerin, gerek uygulamadan önce gerekse sonra değerlendirmesini temin etmelidir.[37]

50. Spesifik bir internet içeriğinin bloklanmasına yönelik tedbirler bilginin internette genel olarak kısıtlanması amacıyla keyfi bir biçimde uygulanmama- lıdır. Söz konusu kısıtlama çok büyük miktarlarda bilgiye erişilmesini önleyerek ve o nedenle de internet kullanıcılarının haklarını büyük ölçüde kısıtlayarak bir yan etki yaratmamalıdır[38]. Söz konusu kısıtlamalar kanunlarca öngörülmelidir. Bloklamanın kapsamı çok sıkı bir biçimde kontrol edilmeli ve yetki istismarının önlenmesi için etkili yargı denetimi mevcut olmalıdır[39]. Böyle bir tedbirin yargı denetiminde birbiriyle rekabet halindeki çıkarlar karşılıklı olarak dengelenmeli ve spesifik bir internet içeriğine erişimin bloklanması için daha dar kapsamlı bir tedbir olup olmadığı belirlenmelidir[40]. Yukarıda sözü edilen şartlar ve ilkeler küçük yaştakilerin okul veya kütüphaneler gibi yerlerde internete erişim sağla- dıklarında bu küçüklerin korunması amacıyla filtre uygulanmasını önlemez[41].

51. İnternet içeriğinin filtrelenmesi ve arama motorlarınca endeks dışında bırakılması internet kullanıcılarının ifade özgürlüğünü ihlal riskini taşımaktadır. Arama motorları internette dolaşarak buradaki bilgileri endeksleme özgürlü- güne sahiptir. Bu arama motorları iletişim ağlarını ve sağladıkları hizmetleri muhtemel yasadışı içeriği teşhis etme amacıyla izlemek zorunda olmamalıdırlar ve bir mahkeme emri veya yetkili makamın talimatı olmaksızın önceden filtre- leme veya bloklama girişiminde bulunmamalıdırlar. Kamu makamlarınca talep edilmesi halinde

[35] Avrupa Konseyi Bakanlar Komtesinin üye ülkeler gönderdiği, internet filtreleriyle ilgili olarak ifade ve bilgilenme özgürlüğüne saygının yaygınlaştırılmasına ilişkin tedbirlerle ilgili CM/Rec(2008)6 sayılı Tavsiye Kararı, bakınız Ek, bölüm III, ii. Ayni zamanda bakınız: yukarıdaki, 1 no.lu not.
[36] a.g.e. CM/Rec(2008)6, bakınız: Ek, bölüm III, iv.
[37] a.g.e .
[38] Baknz. yukarıdaki 2 no.lu not, § 52; 66- 68 ve Bakanlar Komitesinin İnternette İletişim Özgürlüğüne ilişkin Deklarasyonu
[39] a.g.e. yukarıdaki 2 no.lu not, § 64. Association Ekin/Fransa davası, no 39288/98
[40] a.g.e. yukarıdaki 2 no.lu not, § 64-66.
[41] Bakınız: İnternette İletişim Özgürlüğüne ilişkin Deklarasyonu, 3. ilke.

yapılacak endeks dışına alma veya filtreleme uygulamaları saydam olmalı, dar kapsamlı olarak gerçekleştirilmeli, uygun inceleme usulleri ihtiyaçlarına uymak suretiyle düzenli aralıklarla gözden geçirilmelidir[42].

52. Bu bölümde ayni zamanda, kısıtlama uygulandığında, özellikle de kul- lanıcının bilgilendirilmesi ve söz konusu kısıtlamalara itiraz edilmesi üzerinde durularak, internet kullanıcılarına sunulacak bazı teminatlara değinilmektedir. Burada Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin filtreleme ve bloklama tedbirlerine ilişkin tavsiye kararında atıfta bulunulmaktadır[43]. İnternet kullanıcılarına filtrelemenin ne zaman başlatıldığı, belirli bir içeriğin neden filtrelendiği ve filtrelemenin nasıl ve hangi kıstaslara göre yapıldığını (örneğin, kara liste- ler, beyaz listeler, anahtar kelime bloklaması, içerik değerlendirmesi, arama motorlarınca belirli web sitelerinin ve içeriğin endeks dışına alınması veya filtrelenmesi) anlamaları için bilgi verilmelidir. Kullanıcılara aktif bir filtrenin manuel olarak devre dışı bırakılması konusunda, yani içeriğin yeterli gerekçe olmaksızın bloklandığı izlenimi edinildiğinde kiminle temasa geçecekleri ve belirli bir tür içeriğin veya web sitesi için filtrenin devre dışında bırakılması vasıtaları konusunda özet bilgi verilmelidir. Kullanıcıların içeriğin yeterli gerekçe olmaksızın bloklandığını iddia etmeleri halinde kullanıcılara, filtrelerin geçici olarak askıya alınması da dahil olmak üzere etkili ve kolayca erişilebilecek telafi ve çözüm vasıtaları sunulmalıdır.

53. Sosyal iletişim ağları gibi şirketlerin internet kullanıcıları tarafından yaratılan ve sağlanan içeriği sitelerinden kaldırmaları mümkündür. Bu şirketler kullanıcıların hesaplarını da kapatabilir (örneğin bir kullanıcının profilini veya sosyal iletişim ağlarındaki mevcudiyetlerini) ve bu hareketlerinin gerekçesi olarak hizmet koşullarına uygun hareket etmediklerini öne sürebilirler. Bu tür girişimler, AİHS'nin 2. Maddesindeki koşulların AİHM'nce yorumladığı şekilde karşılanmaması halinde ifade özgürlüğü hakkı ve bilgi alma ve verme hakkına bir müdahale oluşturabilir[44].

54. Birleşmiş Milletlerin İşletmeler ve İnsan Haklarına ilişkin Kılavuz İlkelerine (bağlayıcı bir belge değildir) göre işletmelerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu vardır. Bu da işletmelerin insan hakları üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktan veya buna katkıda bulunmaktan kaçınmalarını ve bu tür etkile- rin giderilmesini sağlama veya bu yönde işbirliğinde bulunmalarını

[42] Bakınız: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, arama motorlarıyla ilgili olarak insan haklarının korunması konulu, CM/Rec(2012)3sayılı Tavsiye Kararı, Ek, bölüm III.
[43] Bakınız: yukarıdaki 34 no.lu not, CM/Rec(2008)6, bakınız: Ek, bölüm I; a.g.e., CM/Rec(2012)3, Ek, bölüm III.
[44] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, yeni medya kavramına ilişkin CM/Rec (2011)7 sayılı Tavsiye Kararı, §. 7, Ek, § 15; 44-47; 68 -69; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği sosyal iletişim ağları hizmetleri bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin CM/Rec(2012)4 sayılı Tavsiye Kararı, § 3.

gerekli kılmaktadır. Etkili hukuk yollarının korunması ve bu yollara erişim sağlanması esas itibariyle Devletlere düşen bir sorumluluktur. Bu husus ifade özgürlüğü bölümünün 5. Maddesinde dile getirilmektedir. İnternette hizmet sağlayanların kurumsal sosyal sorumluluğuna, nefret söylemiyle ve şiddeti veya ayrımcılığı tahrik eden diğer içeriklerle mücadele etme konusunda bir taahhütte bulunma da dahildir. İnternet servis sağlayıcıları ırkçı, yabancı düşmanı, Yahudi karşıtı, kadın düşmanı, cinsel ayrımcı (Lezbiyen, Homoseksüel, Biseksüel ve Cinsiyet değiştirmiş insanlarla ilgili olarak da) veya başka bir yanlılık içeren duyguların etkisiyle kullanılan ifadeler ve yayın sorumlularının verdikleri cevaplar konu- sunda dikkatli olmalıdırlar[45]. Söz konusu hizmet sağlayıcılar ayni zamanda internet kullanıcılarına yasa dışı sayılabilecek içerik veya görüş ve/veya dav- ranışları bildirmeleri konusunda yardımcı olmalıdırlar[46].

55. Kılavuzda kullanıcılarca oluşturulmuş içerikleri barındıran internet hizmet sağlayıcılarının sağladıkları hizmetlerin içeriğiyle ilgili olarak farklı düzeylerde bir yayıncılık değerlendirmesi yapma hakkına sahip oldukları konusunda inter- net kullanıcıları uyarılmaktadır[47]. Bu hizmet sağlayıcıları, yayın özgürlüklerine ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, internet kullanıcılarının bilgi araştırma, alma ve verme haklarının AİHS'nin 10. Maddesi uyarınca ihlal edilmemesini sağlamalıdırlar[48]. Bu da, kullanıcılarca oluşturulan içeriğe uygulanacak herhangi bir kısıtlamanın spesifik olması, kısıtlanma maksadının haklı gerekçelere dayan- dırılması ve ilgili internet kullanıcısına haber verilmesi anlamına gelmektedir.

56. İnternet kullanıcısı söz konusu internet hizmetini kullanıp kullanmama konusunda bilgilendirilmiş bir karar verebilmelidir. Uygulamada internet kullanıcısı kendisi tarafından oluşturulan içeriğin kaldırılmasına ilişkin öngö- rülebilir tedbirler konusunda veya söz konusu tedbirler alınmadan hesabının kapatılması konusunda tam olarak bilgilendirilmelidir[49]. İnternet kullanıcılarına ayni zamanda içeriğin kaldırılması ve hesabının kapatılması konusundaki ted- birlerin hangi nedenlerle ve neye dayanılarak alındığı hususunda erişilebilir (kullanıcının anlayabileceği bir dilde), açık ve kesin bilgiler verilmelidir. Bu bil- gilere söz konusu tedbirlerin hangi yasa maddelerine dayandırıldığı ve tedbirin amacının orantılılığının ve geçerliliğinin değerlendirilmesinde kullanılan diğer unsurlar da dahildir. İnternet kullanıcıları ayni zamanda içeriğin kaldırılması ve/veya hesabın kapatılmasının makul bir süre içinde yargı denetimine tabi

[45] a.g.e., CM/Rec (2011)7, § 91.
[46] a.g.e.,., CM/Rec(2012)4, II/10.
[47] a.g.e.,., CM/Rec (2011)7, § 18; 30-31.
[48] a.g.e.,., CM/Rec (2011)7, § 7, 2. içerlek madde.
[49] Bakınız: Erica Newland, Caroline Nolan, Cynthia Wong, ve Jillian York tarafından kaleme alınan ve http://cyber.law.harvard.edu/sites/cyber.law.harvard.edu/files/Final_Report_on_ Account_Deactivation_and_Content_Removal.pd.f adresinde buLunabilecek olan Hesap Kapatılması ve İçeriğin Kaldırılması: Şirketler ve Kullanıcılar için Kılavuz İlkeler.

tutulmasını talep edebilmeli ve alınacak karara yetkili bir idari ve/veya yargı makamı nezdinde itiraz etme imkanına sahip olmalıdırlar.

57. 6. Madde kimliğin gizli tutulmasıyla ilgilidir. Bu husus, AİHM'nin içtihatla- rına, Budapeşte Sözleşmesine ve Bakanlar Komitesinin diğer enstrümanlarına dayandırılmaktadır. AİHM internet iletişiminin gizliliği konusunu bir Avrupa Konseyi üye ülkesinin, bir internet hizmet sağlayıcısını, internet tanışma site- sinde yaşı küçük bir bireyle ilgili olarak verdiği uygunsuz bir ilan nedeniyle, ilanı veren şahsın kimliğini açıklamaya zorlayamamasına ilişkin bir dava kap- samında ele almıştır. AİHM, ifade özgürlüğü ve iletişimin gizliliğinin birinci önceliği haiz hususlar olmalarına ve telekomünikasyon vasıtalarını ve internet hizmetlerini kullananların kendi mahremiyetlerine ve ifade özgürlüklerine saygı gösterilmesinin teminat altına alınmasının gerekli olmasına rağmen, böyle bir garantinin mutlak olamayacağına ve zaman zaman, örneğin toplumsal karga- şanın ve suçun önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi geçerli zorunluluklar nedeniyle söz konusu teminattan feragat edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu gibi birbiriyle rekabet halindeki çıkarların bir çözüme kavuşturulacağı bir çerçeve sağlanması konusunda devletin pozitif bir yükümlülüğü vardır[50].

58. Budapeşte Sözleşmesinde kimlik açıklanmaksızın iletişim maksadıyla bil- gisayar teknolojisi kullanılması suç olarak kabul edilmemektedir. Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda,"kimlik açıklanmaksızın iletişim sağlama amacıyla mesaj trafiği verilerinin değişikliğe uğratılması (örneğin mesajların kimlik belirtilmeden aktarılmasını sağlayan sistemler) veya verilerin emniyetli iletişim maksadıyla değişikliğe uğratılması (örneğin kriptolama) ilke olarak mahremiyetin haklı bir biçimde korunması olarak kabul edilmelidir ve o nedenle de haklı olarak gerçekleştirilmiş bir işlem olarak mütalaa edilmelidir. Ancak Tarafar [Budapeşte Sözleşmesine], olayın failinin suç işlerken kimliğini gizleme maksadıyla paket başlığı bilgisinin değiştirilmesi gibi, kimlik açıklanmadan gerçekleştirilen yazışmalarla ilgili bazı suiistimalleri suç olarak kabul etmek isteyebilirler"[51].

59. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnternette İfade Özgürlüğü Deklarasyonunda kimliğin açıklanmaması ilkesini teyit etmişlerdir[52]. Buna göre, internet üzerinden izlenmeye karşı korunma sağlama ve ifade özgürlü- günü güçlendirmek üzere, Avrupa Konseyi üye ülkeleri internet kullanıcılarının kimliklerini açıklamama arzusuna saygı göstermelidirler. Ancak, kimliğin gizli tutulmasına saygı gösterilmesi üye ülkelerin adalet ve emniyetle ilgili ulusal yasalarına, AİHS'ne

[50] K.U./Finlandiya davası, no. 2872/02 § 49.
[51] Budapeşte Sibersuç Sözleşmesi, Madde 2, Açıklayıcı Rapor, §. 62.
[52] Bakınız: İnternette İletişim Özgürlüğü Deklarasyonu, İlke 7.

ve diğer uluslar arası anlaşmalara göre suç eylemlerinden sorumlu şahısları izlemek üzere tedbirler almasını engellemez.

Toplanma, örgütlenme ve katılım

60. Toplanma ve örgütlenme hakkı AİHS'nin 11. Maddesinde yer almaktadır. Bu hak ayni zamanda AiHM'nin siyasi konuşmaların korunmasına ilişkin ola- rak yerleştirdiği ilkelerle ilgilidir. Özellikle de AİHS'nin Madde10.2'sinde siyasi konuşmaların veya kamuyu ilgilendiren konularda tartışmaların kısıtlanmasına yönelik çok dar bir kapsam söz konusudur[53].

61. Kullanıcılar internette diğerleriyle barışçı bir biçimde bir araya gelme ve ilişki içine girme hakkına sahiptirler. Buna internet tabanlı araçlar kullanarak, sosyal gruplar oluşturmak ve toplantılar yapmak, böyle gruplara katılmak, böyle grupları harekete geçirmek ve böyle gruplarda yer almanın yanı sıra, sendikalar oluşturmak, sendikalara katılmak, sendikaları harekete geçirmek ve sendikalarda yer almak da dahildir. Buna örneğin, bir kampanyaya veya başka tür sivil eylemlere katılmak üzere bir dilekçe imzalamak da dahildir. Kullanıcı, haklarını kullanmak için web sitelerini, bilgisayar uygulamalarını veya diğer hizmetleri seçme özgürlüğüne sahip olmalıdır. Bu hakkın kullanılması, kamu yetkililerinin sosyal grupları ve toplulukları resmen tanımasına bağlı değildir.

62. Protesto etme hakkı internette de internet dışındaki ortamlarda da eşit bir biçimde geçerlidir. Genel kamu açısından, örneğin binalara girişin sekteye uğratılması veya önlenmesi gibi sonuçlar yaratan protesto eylemleri AİHS'nin Madde 11'i uyarınca toplanma özgürlüğü hakkının kullanılma kapsamı dahi- lindedir. Ancak, bu eylemler belirli bir web sitesine veya girilmesi kısıtlanmış bir internet alanına izinsiz erişime veya dijital içeriğe yetkisiz bir biçimde müdahale edilmesine neden olduğunda durum her zaman böyle olmayabilir. Kullanıcıların eninde sonunda, internet üzerinden protesto eyleminde bulunma özgürlüğünün ve bunun aksamalara yol açmasının, o kadar rahatlıkla kabul edilmeyeceği hususunda bilgilendirilmeleri önemlidir.

63. İnternet vatandaşların demokratik toplumlar oluşturma ve bunları güç- lendirmeye aktif bir katılım sağlamaları için bir araç haline gelmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi üye ülkelere, gerek kamu makamlarıyla sivil toplum arasında, gerekse kamu hizmetlerinin sağlanmasında demokratik süreçlerde ve tartışmalarda, bilgi ve iletişim teknolojileri kullanarak e-demokrasi, e-katılım ve e-devlet stratejileri oluşturup uygulamalarını tavsiye etmiştir[54].

[53] Wingrove/İngiltere davası, 25 Kasım 1996, § 58, Raporlar 1996V.
[54] Bakınız yukarıdaki 9 No.lu not, CM/Rec(2007)16 no.lu Tavsiye Kararı, Ek, bölüm I.

64. Bunlara yerel, ulusal ve küresel kamu politikalarıyla ilgili tartışmalar, yasa- larla ilgili girişimler, karar verme sürecinin sorgulanması, mevcut olduğunda bilgi ve iletişim sistemlerini kullanarak dilekçe imzalamak da dahildir. Bu husus Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, demokratik tartışmalara, e-aktivizme ve e-kampanyalara katılmak, kaygılarını iletmek, milletvekilleri ve hükümetle diyalog ve tartışmayı teşvik etmek ve kamuyu ilgilendiren konularda yetkilileri ve politikacıları sorgulamak üzere vatandaşları bilgi ve iletişim vasıtalarını (internet üzerinden forumlar, webloglar, siyasi soh- betler, anında mesajlaşma ve diğer vatandaştan vatandaşa iletişim biçimleri) kullanmaya teşvik etmeleri yönündeki tavsiyelere dayanmaktadır.

Gizlilik ve veri koruması

65. Aile ve özel yaşama saygı hakkı AİHS'nin 8. Maddesinde yer almaktadır. Bu hak AİHM'nin içtihatlarıyla da yorumlanmış ve Avrupa Konseyinin 108 No.lu Sözleşmesiyle güçlendirilmiştir.

66. Özel yaşam tam kapsamlı ve eksiksiz bir tanımlamaya elvermemektedir. AİHM, Madde 8'in, özel ve aile yaşamı, ev, mektup, telefon görüşmeleri[55] ve iş yerindeki e-postalar dahil olmak üzere, yazışmalar ve iletişimi içerecek şekilde, çok geniş bir ilgi sahasını kapsadığını vurgulamıştır. Özel yaşam bireyin, örneğin fotoğrafar ve video klipler vasıtasıyla kendi görüntüsüne[56] sahip olma hakkıyla ilgilidir. Özel yaşam, bireyin kimliğini ve kişisel gelişimini ve diğer insanlarla ilişkiler oluşturma ve geliştirme hakkını da ilgilendirir. Profesyonel yaşamla veya iş yaşamıyla ilgili faaliyetler de bu kapsamdadır[57].

67. İnternet kullanıcıların pek çok eylemi kişisel verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulmalarını içerecektir. Örnek olarak tarayıcıların kullanılması, e-posta, anında gönderilen SMS mesajları, internet üzerinden sesli iletişim protokolleri, sosyal iletişim ağları ve arama motorları ve 'cloud' (bulut) veri depolama hizmetleri. 108 No.lu sözleşme internette gerçekleştirilen, kişisel verilerin toplanması, depolanması, değişime uğraması, silinmesi ve yeniden elde edilmesi veya dağıtımı dahil tüm işlemleri kapsamaktadır[58].

68. Kişisel veri işlemeyle meşgul olan kamu makamlarının ve özel şirketlerin saygı göstermeleri gereken bazı ilkeler ve kurallar mevcuttur. İnternet kulla- nıcılarının, kendilerine ait hangi verilerin nasıl işleme tabi tutulduğu ve bu konuda yapılabilecek herhangi birşeyin olup olmadığı

[55] Klass ve Diğerleri/Almanya davası, no 5029/71, §41.
[56] Von Hannover/Almanya davası (no. 2), no. 40660/08 ve 60641/08 §§ 108-113.Sciacca/ İtalya davası, no. 50774/99, § 29.
[57] Rotaru/Romanya davası (no. 28341/95); P.G. ve J.H./İngiltere davası (no. 44787/98); Peck/ İngiltere davası (no. 44647/98); Perry/İngiltere davası (no. 63737/00); Amann/İsviçre davası (no. 27798/95).
[58] Bakınız 108 No.lu Sözleşme, Madde 2.

konusunda – örneğin verilerinin düzeltilmesini veya silinmesini talep etme gibi – farkında olmaları ve bunu anlamaları önemlidir. 108 No.lu sözleşme uyarınca kişisel veriler adil bir biçimde ve yasalara uygun olarak elde edilmeli, işlenmeli ve geçerli mak- satlarla depolanmalıdır. Söz konusu veriler depolanma maksadıyla orantılı olarak yeterli miktarda, anlamlı olmalı, aşırı miktarda olmamalı, doğru olmalı yerine göre güncel bir durumda muhafaza edilmeli, kişisel verileri işlenen bireyin tanımlanmasına imkan verecek şekilde saklanmalı ve verilerin saklanma maksadı için gerekli olan süreden daha uzun bir süre saklanmamalıdır[59].

69. Kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin iki spesifik ilke üzerinde durulmakta- dır: işlemin yasal olması ve kullanıcının onayı. Kullanıcı, ancak yasalarca kabul edilmiş olması durumunda ve örneğin bir internet servis sağlayıcısının sözleşme şartlarını kabul etmesi gibi, kendisinin rızası olması halinde verilerinin işleme tabi tutulabileceğinden haberdar edilmelidir.

70. Bireylerin internette kişisel verilerinin işlenmesine serbestçe, spesifik bir biçimde, bilgilendirilmiş olarak ve açık bir biçimde (yanlış anlamaya neden olma- yacak kadar anlaşılır) onay vermesi hususunun 108 No.lu sözleşmenin metnine dahil edilmesi halen görüşülmektedir[60]. Bilgilendirilmiş onaya, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği sosyal iletişim ağı hizmetleri kapsamında insan haklarının korunmasına ilişkin CM/Rec(2012)4 sayılı Tavsiye Kararında atıfta bulunulmaktadır. Özellikle de, sosyal ağlar, kullanıcılarının kişi- sel verilerini başka kategorideki insanlarla veya şirketlerle paylaşmadan veya bunlara dağıtımını yapmadan veya bu verileri başlangıçta belirtilen spesifik toplama amaçları için gerekli olandan daha farklı yöntemlerle kullanmadan önce kullanıcılarının bilgilendirilmiş onayını almalıdırlar. Kullanıcıların onayını temin etmek için "opt in" seçeneğine yani, kişisel verilerine üçüncü tarafarca daha geniş kapsamlı bir erişime (örneğin söz konusu sosyal ağda üçüncü taraf uygulamalarının işletilmesi gibi) izin verip vermeme seçeneğine sahip olmalıdırlar. Buna eşit bir koşul olarak kullanıcılar onaylarını geri çekebilme hakkına da sahip olmalıdırlar.

71. Burada, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönder- diği, kullanıcıyı belirli bir kullanıcı profiline dahil etme bağlamında, kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesiyle ilgili olarak bireylerin korunmasına ilişkin CM/Rec(2010)13 sayılı Tavsiye Kararına değinmek önem kazanmaktadır. Buradan anlaşılan, bireyle ilgili olarak, bireyin kişisel tercihlerini, davranış ve

[59] Kişisel Verilerin Otomatik olarak İşlenmesine ilişkin olarak Bireylerin Korunması Sözleşmesi (ETS No.108).

[60] Kişisel Verilerin Otomatik olarak işlenmesine ilişkin olarak Bireylerin Korunması Sözleşmesinin (ETS N. 108) Danışma Komitesi bu sözleşmenin modernleştirilmesi için bir dizi öneri yap- mıştır (T-PD(2012)4Rev3_en). Önerilerden biri bu tür bir veri işleme için ön koşul olarak kişisel verileri işlenecek olan bireyin onayı üzerinde durmaktadır. "Tarafardan her biri, veri işlemenin, veriye konu olan bireyin özgür, spesifik, bilgilendirilmiş ve [açık, yanlış anlamaya neden olmayacak kadar anlaşılır] onayına veya yasalarca konmuş geçerli bir temele dayandırılmasını sağlayacaklardır."

tavırlarını analiz etmek veya tahmin etmek üzere söz konusu bireye belirli bir profil uygulanmasıdır. Örneğin bir internet kullanıcısının kişisel verileri o kullanıcının bir web sitesiyle veya bir uygulamayla etkileşimi bağlamında veya zaman içinde ve farklı web sitelerinde internet tarayıcılarında dolaşırken yap- tığı faaliyetler bağlamında bilgiler (örneğin ziyaret edilen sayfalar ve bunların içeriği, ne zaman ziyaret edildiği ve neyin araştırıldığı ile ilgili bilgileri topla- yarak) toplanıp işlenebilir. Kullanıcıların tarayıcılarda dolaşma faaliyetlerinin izlenmesinde kullanılan araçlardan biri de'Cookie'olarak bilinen araçlardır. Bu, kullanıcının cihazında bilgi depolayıp, bu bilginin daha sonra kullanılmasıdır. Tavsiye Kararında internet kullanıcılarının profilleme amacıyla kişisel verilerin kullanılmasına onay verme ve bu onayı geri çekme hakkı öngörülmektedir[61].

72. İnternet kullanıcılarının kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin bilgilerle ilgili haklarına farklı Avrupa Konseyi enstrümanlarında atıfta bulunulmaktadır. 108 No.lu Sözleşmede, veriye konu olan bireyin, kişisel verilerinin bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlendiğini, işlemenin ana amaçlarını, işlmeyi yapan kuruluşun kimliğini ve normal ikametgahını veya ana iş yerini belirleme ve makul aralıklarla ve aşırı bir gecikme ve masraf olmaksızın kendisiyle ilgili kişisel verilerin saklanıp saklanmadığı konusunda bir teyit alma ve bu bilgilerin ken- disine anlaşılabilir bir dilde iletilmesi imkanına sahip olması sağlanmaktadır[62].

73. Kullanıcılara bilgi verilmesi konusuna, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, sosyal ağ hizmetleriyle ilgili olarak insan haklarının korunmasına ilişkin CM/Rec(2012)4 sayılı Tavsiye Kararında da atıfta bulunulmaktadır. Sosyal ağlarda yer alan kullanıcılara, hizmet sağlayıcının hizmet ve kullanım koşullarında yapacağı her değişiklik konusunda açık ve kolayca anlaşılır bir dille bilgi verilmelidir. Bu bilgilere, örneğin kullanıcıların gizililiğini riske atabilecek üçüncü taraf uygulamalarının kurulumu, sosyal ağ hizmetlerinin uygulanmasında geçerli olan yasa ve bununla bağlantılı olarak kişisel verile- rinin işlenmesi; profillerine ve iletişimlerine açık erişim (zaman ve coğrafi yer açısından), özellikle de özel ve kamu iletişimi arasındaki farkların açıklanması ve üçüncü tarafarın kısıtlama olmaksızın verilere erişimi ve bu verileri toplaması dahil olmak üzere, bilgilerin kamuya açık hale getirilmesinin yaratacağı sonuçlar; ve diğer şahısların, kendi seçtikleri temas noktalarının ötesinde, erişimi genişlettiklerinde, ses ve video içeriği dahil olmak üzere, kişisel verile- rini yayınlamadan önce bu şahısların onayının alınması gerekliliği de dahildir. İnternet kullanıcılarına ayni zamanda,

[61] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, kullanıcıyı belirli bir kullanıcı profiline dahil etme bağlamında, kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesiyle ilgili olarak bireylerin korunmasına ilişkin CM/Rec(2010)13 sayılı Tavsiye Kararı, bölüm 5.
[62] 108 No.lu sözleşme, Madde 8.

kendilerine profilleme amacıyla bir profil verilmek üzere kullanılacak kişisel bilgilerin işlenmesinin altında yatan mantıkla ve profillemenin maksadıyla ilgili spesifik bilgi de verilmelidir.

74. İnternet kullanıcıları 108 No.lu Sözleşmede oluşturulduğu üzere, özellikle de yasalara aykırı olarak işleme tabi tutulmuş verilerinin düzeltilmesi veya silinmesini sağlama hakkı ve bu verilerin işlenmesiyle ilgili bir doğrulama veya, duruma göre, iletişim ve yukarıda değinildiği gibi düzeltme veya silme talebine uyulmaması halinde hukuk yoluna başvurma hakkı gibi haklarla, kişisel verileri üzerinde kontrol sahibi olmalıdırlar[63].

75. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği arama motorlarıyla ilgili olarak insan haklarının korunması konusundaki CM/Rec(2012)3 sayılı Tavsiye Kararında, hizmet sağlayıcılarının, kullanıcılarının mahremiyetini koruma amacıyla kullanabilecekleri bir dizi tedbire değinilmektedir. Bunlar arasında üçüncü tarafarın yasa dışı erişimlerine karşı koruma ve veri ihlali bildirimi yöntemleri yer almaktadır. Bu tedbirler arasında kullanıcıyla arama motoru sağlayıcısı arasında iletişim "uçtan uca" şifrelenmelidir. Bir arama motoruna ait olan farklı hizmet/platformlardan kaynaklanan verilerin çapraz ilişkilendirilmesi ancak kullanıcının söz konusu spesifik hizmet için açık ve yanlış anlamaya yer bırakmayacak şekilde net onayı verilmişse gerçekleşebi- lir. Kullanıcılar örneğin doğrudan pazarlama maksatlarıyla oluşturulmuş bir profil de dahil olmak üzere, bu tür hizmetlerin verilmesi esnasında toplanan verilerine erişebilmeli, bunları düzeltebilmeli ve silebilmelidir[64].

76. Sosyal ağlar da kullanıcılarına özellikle aşağıdaki alanlarda verilerinin yönetimi ve korunmasında yardımcı olmalıdırlar:

– Kullanıcı tarafından seçilen temas noktalarına erişimi sınırlamak için varsayılan gizliliği koruyucu ayarlar;

– Biyometrik veriler veya yüz tanımayla erişim gibi, varsayılan ayarlarla faaliyete geçirilmemesi gereken hassas verileri korumaya yönelik ted- birlern arttırılması;

– Kullanıcılarla sosyal ağlar arasındaki iletişimin 'uçtan uca' kriptolanması dahil olmak üzere, üçüncü tarafarın kişisel verilerine yasal olmayan bir biçimde erişimine karşı veri emniyeti. Kullanıcılar, şifrelerinin değiştirilmesi ve finansal işlemlerini (örneğin sosyal ağların banka veya banka kartı bilgilerine sahip olmasın halinde) yaparken dikkatli olmaları gibi önleyici tedbirler alabilmeleri için kişisel veri güvenliklerinin ihlali konusunda bilgilendirilmelidirler;

[63] Bakınız yıkarıdaki 60 no.lu not, Madde 8.
[64] Bak CM/Rec(2012)3 sayılı Tavsiye Kararı, özellikle de Ek, bölüm II.

– Tasarıma dahil edilen gizlilik özellikleri, yani, veri koruma ihtiyaçlarının hizmet ve ürünlerin tasarlanması aşamasında ele alınması ve mevcut hizmetlerde yapılacak değişikliklerin güvenlik üzerinde yaratabileceği etkilerin sürekli olarak değerlendirilmesi;

– Sosyal ağları kullanmayanlara, bu bireylere ait, örneğin e-posta adresleri ve biyometrik veriler gibi, kişisel bilgilerin toplanmasından ve işlenme- sinden kaçınılarak korunma sağlanması. Kullanıcılar diğer kullanıcılara karşı yükümlülükleri konusunda özellikle de başkalarına ait kişisel veri- lerin yayınlanmasında söz konusu bireylerin haklarına saygı gösterilmesi konusunda bilgilendirilmelidirler[65].

77. Bir sosyal ağ kullanıcısının hesabı kapatılmadan önce söz konusu kulla- nıcı, verilerini başka bir servise veya cihaza, kullanılabilir bir formatta kolayca ve serbestçe aktarabilmelidir. Hesabın kapatılmasından sonra, kullanıcıdan gönderilmiş olan ve kullanıcıyla ilgili tüm veriler sosyal ağ servisinin depolama ortamından tamamen ve kalıcı olarak silinmelidir. Bunun yanı sıra internet kullanıcıları, takma ad kullanma da dahil olmak üzere, internet üzerindeki kimlikleriyle ilgili olarak bilgilendirilmiş seçimler yapabilmelidirler. Bir sos- yal ağ servisinin gerçek kimlikle kayıt yapılmasını talep etmesi halinde söz konusu gerçek kimliğin internette yayınlanması kullanıcıların seçimine bağlı olmalıdır. Bu, kolluk kuvvetleri yetkililerinin, temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesine ilişkin uygun yasal teminatlara bağlı olmak üzere, gerektiğinde kullanıcının gerçek kimliğine ulaşmalarını önlemez.

78. Kullanıcının belirli bir kullanıcı profiline dahil edilmesi bağlamında ise, kullanıcı, söz konusu uygulama, özellikle de kullanıcının görüşünü bildirmesine imkan sağlayan, kullanıcının haklı çıkarlarını güvenceye alacak tedbirler içeren yasalar uyarınca yapılmadıysa ve profilleme kararı internet kullanıcısının haklı çıkarlarının güvenceye alınması için gerekli tedbirlerin alınmış olduğu bir söz- leşmenin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirilmediyse, kişisel bilgilerinin profilleme maksadıyla kullanılmasına ve kendisiyle ilgili veya kendisini önemli ölçüde etkileyebilecek yasal sonuçları olan bir kararın yalnızca profillemeye dayalı olarak alınmasına itiraz edebilmelidir[66].

79. İnternet kullanıcısının hakları mutlak haklar olmayıp, bu nedenle üçüncü fıkrada ‘genellikle’ ifadesine yer verilmiştir. İstisnai uygulamalara yasalarda yer alması durumunda izin verilebilir ve bu durumda söz konusu uygulama aşağıdaki nedenlerle gerekli bir tedbir oluşturacaktır: (a) devlet güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin parasal çıkarları, suçun bastırılması; (b) veriye konu olan bireyin veya diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması. Öngörülen haklara ilişkin

[65] A.g.e.

[66] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği kişisel verilerin profilleme bağlamında otomatik işleme tabi tutulmasıyla ilgili olarak bireylerin korunmasına ilişkin CM/Rec(2010)13 sayılı tavsiye kararı.

kısıtlamalar, veriye konu bireylerin gizliliğinin ihlali konusunda açık bir risk olmaması durumunda, istatistiksel kullanım ve bilimsel araştırma maksatlarıyla kullanılan otomatik olarak işlenen kişisel veri dosyaları bağlamında kanunen uygulanabilir[67].

80. Dinleme, iletişim içeriğini dinleme, takip etme veya izleme, veri içeriğinin bilgisayar sistemine erişimle ve bilgisayar sisteminin kullanılmasıyla elde edil- mesi veya dolaylı olarak, elektronik gizli dinleme cihazlarıyla ele geçirilmesiyle ilgilidir. Dinleme verilerin kaydedilmesini de içerebilir[68]. İletişimin gizliliğine saygı hakkı AİHS'nin 8. Maddesinde yer almakta olup, daha sonra da AİHM'since yorumlanmıştır. İletişim kavramı mektuplaşma ve telekomünikasyon[69] iletişimini kapsamakta ayni zamanda iş ortamında gönderilen e-postaları da içermektedir[70]. Bu kavramın yorumlanmasının, e-posta mesajları (daha geniş bir kapsamda), anında SMS mesajları ve diğer iletişim türleri gibi, internetteki diğer türden iletişim yöntemleri de 8. Madde kapsamında ele alınacak şekilde, teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak biçimde gelişmesi beklenmektedir.

81. internet dışındaki iletişimin dinlenmesi ve izlenmesiyle ilgili davalar ve devlet makamlarının müdahalelerine ilişkin davalarla ilgili AİHM'nin içtihat- larında teyit edilen bazı genel ilkeler aşağıda açıklanmıştır. Bu ilkeler ileride muhtemelen internet iletişimine de uygulanmak üzere genel kılavuzluk bilgileri ve referanslar sağlamaktadır.

82. Yazışmalar ve telekomünikasyonun dinlenmesi ve izlenmesi özel yaşam hakkına müdahaleler olup AİHS'nin Madde 8.2'sindeki koşullara tabidir. Telekomünikasyon haberleşmesinin izlenmesine izin veren yasal mevzuatın ta kendisi bile özel yaşam hakkına müdahale olarak görülebilir. Ülkedeki tüm bireylerin potansiyel olarak posta ve telekomünikasyon haberleşmesinin izlen- mesini sağlayan bir izleme sistemini oluşturan bir yasa, o ülkedeki posta ve telekomünikasyon hizmetlerini kullanan tüm potansiyel kullanıcıları doğrudan etkiler. O nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu tedbirlerin fiilen kendisine uygulandığını iddia etmeksizin de, bireylerin belirli koşullar altında, gizli tedbirlerin veya bunlara izin veren yasal mevzuatın sadece varlığı nedeniyle bile, bir hak ihlali mağduru olabileceklerini iddia edebileceklerini kabul etmiştir[71].

---

[67] 108 No.u Sözleşme, Madde 9.

[68] Bakınız: Budapeşte Sözleşmesinin Açıklama Notu, madde.53.

[69] Avrupa Entegrasyonu ve İnsan Hakları Derneği ve Ekmidzhiev/Bulgaristan davası no. 62540/00 § 58; Klass ve Diğerleri/Almanya davası no 5029/71, Malone/İngiltere davası, no 8691/79 ve Weber ve Saravia/Almanya davası, no 54934/00.

[70] Bakınız: Copland/İngiltere davası, no 62617/00.

[71] Klass ve Diğerleri davası, no 5029/71 §§ 3038; Malone/İngiltere davası no 8691/79§ 64; ve Weber ve Saravia/Almanya davası no. 54934/00, §§ 78 ve 79, Avrupa Entegrasyonu ve İnsan Hakları Derneği ve Ekmidzhiev/Bulgaristan davası no. 62540/00 § 58, § 69-70.

83. Dinlemenin yasalarda bir temeli olmalıdır ve ulusal güvenlik, kamu güvenliği veya ülkenin ekonomik refahı, toplumsal kargaşanın veya suçun önlenmesi, sağlık ve ahlaki değerlerin korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma nedenleriyle demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. AİHM yazışma ve telekomünikasyon haberleşmesinin kamu makamlarınca izlenmesi için gizli tedbirlerin uygulanmasını mümkün kılan yasanın hangi koşulları karşılaması gerektiğine özellikle atıfta bulunarak aşağıdaki genel ilkeleri oluşturmuştur.

– Öngörülebilirlik – ilgili şahıs söz konusu yasaya ulaşabilmeli ve yasanın ken- disine uygulanmasının sonuçlarını öngörebilmelidir. Yasa ayni zamanda, yetkili makamların özel yaşama ve yazışmalara saygı hakkına bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye hangi durum ve koşullarda baş- vurmaya yetkili oldukları hakkında vatandaşlara yeterli bir bilgi verecek bir açıklık ve netlikle formüle edilmelidir[72].

– Kamu makamlarının sağduyulu hareket etmeleri için sağlamaları gereken asgari güvenceler – yasada dinleme emrine yol açabilecek suçların mahi- yetiyle (i) ilgili ayrıntılı kurallar; (ii) iletişimlerinin izlenmesi muhtemel insan kategorileri; (iii) bu tür bir izlemenin süresiyle ilgili bir sınır; (iv) elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması ve saklanmasıyla ilgili usuller ve (v) söz konusu verilerin başka tarafara iletilmesi esnasında alınacak tedbirler; ve elde edilen verilerin silinebileceği veya silinmesi gereken, veya kayıtların imha edilmesi gereken koşullar belirtilmelidir[73].

– Yetkili makamlarcagözetimvedenetim – AİHM yasanın suiistimaline karşı yeterli ve etkili teminatların mevcudiyetini gerekli kılmaktadır[74].

84. AİHM'nin iş yerinde özel yaşamla ilgili içtihatlarında, çalışanların iş yeri binalarında yapacağı telefon görüşmelerinin özel yaşam ve yazışmalar kapsamı dahilinde ele alınacağına hükmedilmiştir. İş yerinden gönderilen e-postalar ve kişisel internet kullanımının izlenmesi sonucunda elde edilen bilgiler AİHS'nin 8. Maddesi altında korunmalıdır. Söz konusu iletişimin izlenebileceği konusunda bir uyarı yapılmamış olması halinde, çalışanın iş yerinde yaptığı telefon görüşmeleri, gönderip aldığı e-postaları ve internet kullanımıyla ilgili olarak özel yaşamına saygı

[72] Malone/İngiltere davası, no 8691/79 § 67; Valenzuela Contreras/İspanya davası, 30 Temmuz 1998 tarihli karar, Raporlar 1998V, s. 1925, § 46 (iii); ve Khan/İngiltere davası, no.35394/97,
§ 26, Avrupa Entegrasyonu ve İnsan Hakları Derneği ve Ekmidzhiev/Bulgaristan davası no. 62540/00 § 71.
[73] Bakınız: Kruslin/Fransa davası, no. 11801/85 § 33; Huvig/Fransa davası, no 11105/84 § 32; Amann/İsviçre davası, no27798/95 § 56; Weber ve Saravia/Almanya davası, no 54934/00§ 93; Avrupa Entegrasyonu ve İnsan Hakları Derneği ve Ekmidzhiev/Bulgaristan davası no. 62540/00 § 76.
[74] a.g.e., no. 62540/00) § 77.

gösterilmesini beklemesi makuldür[75]. Kullanıcıya üye ülkelerdeki veri koruma kuruluşları veya diğer yetkili makamlarca yardımcı olunabilir.

85. Üye ülkelerin büyük çoğunluğunda mevcut olan veri koruma makamları kişisel verilerin işlenmesinin soruşturulması, kişisel verilerin işlenmesine müda- hale edilmesi, bu konuda farkındalığın arttırılması veya bu sürece müdahaleye çare bulunması gibi alanlarda önemli bir rol oynarlar. Bu işlev, Devletin daha geniş kapsamlı olan özel ve aile yaşamı hakkını koruma temel görevi içerisinde yer alan kişisel verilerin korunmasını teminat altına alma şeklindeki yükümlülüğünün yanı sıra mevcut olan bir görevdir.

Eğitim ve okuryazarlık

86. Eğitim hakkı AİHS'nin 1 no.lu Protokolünün Madde 2'sinde yer almaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, internetin bir kamu hizmeti olarak değerinin yaygınlaştırılmasına ilişkin tedbirler konulu, CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı, tüm kültürlerin kendilerini ifade edebilmesi ve yerli diller de dahil olmak üzere internete tüm dillerde erişim sağlayabilmeleri için dijital formdaki eğitsel, kültürel ve bilimsel içeriğin yaratılması, işlenmesi ve bu içeriğe erişim sağlanmasını teşvik etmektedir[76]. İnternet kullanıcıları, kamu fonlarıyla gerçekleştirilen araştırmalara ve kültürel eserlere internette serbestçe erişebilmelidirler[77]. Kamu alanında bulunan dijital kültür mirası eserlerine de makul sınırlamalar dahilinde serbestçe erişilebilmelidir. Spesifik vakalarda, bilgiye erişimin belirli koşullara tabi olmasına, eser sahiplerine – fikri mülkiyet hakları korumasında yapılabilecek istisnaların sınırları dahilinde – eserleri karşılığında ödeme yapılabilmesi için izin verilebilir.

87. İnternet kullanıcıları, internette insan haklarını ve temel özgürlüklerini kullanmak üzere temel bilgiler, eğitim, bilgi ve beceri edinme yeteneğine sahip olmalıdırlar. Bu husus, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, bilgisayar okuryazarlığını Bilgi ve İletişim Teknolojileri üzerinden bilgiye erişim, kültürel hakların kullanımı ve eğitim hakkına erişimin temel bir ön koşulu olarak yaygınlaştıran standartlarıyla uyumludur[78].

88. İnternet okuryazarlığı programları ve girişimleri internet kullanıcılarının internet içeriğinin doğruluğunu ve güvenilirliğini eleştirel bir bakışla analiz etmelerini sağlar. Bakanlar Komitesi Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tüm bireylerin ve özellikle de çocukların çok geniş bir yelpazeyi kapsayan Bilgi ve İletişim Teknolojilerini kullanacak becerilere sahip olmalarını

[75] Copland/İngiltere davası, no 62617/00, §41, 42.
[76] Aynı zamanda bakınız: yukarıdaki 8 no.lu not, CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı, Bölüm IV.
[77] a.g.e.
[78] Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulunun bilgi toplumunda insan hakları ve hukukun üstünlüğü konulu, CM(2005)56 nihai sayılı, 13 Mayıs 2005 tarihli Tavsiye Kararı.

kolaylaştırmalarını ve özellikle de kendilerine zararlı olacak bilgilerin niteliğini eleştirel bir biçimde değerlendirmelerini mümkün kılmak için eğitimi yaygınlaştırmalarını tavsiye etmiştir[79].

Çocuklar ve gençler

89. Çocuklar ve gençler görüşlerini açıklama, toplum yaşamına ve kendilerini etkileyen kararlara internet ve diğer bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla katılma hakkına sahiptirler. Bu husus, 18 yaşın altındaki tüm çocukların ve gençlerin görüşlerini serbestçe açıklama ve kendilerini etkileyen konularda seslerini duyurma ve karar verme sürecine katkıda bulunma, yaş, olgunluk düzeyi ve anlama düzeylerine uygun bir biçimde görüşlerine gereken ağırlığın verilmesi hakkına, vasıtalarına, alanına, fırsatına ve gerekiyorsa desteğine sahip olmaları gerektiğini belirten Bakanlar Komitesi standartlarına dayanmaktadır. Çocukların ve gençlerin toplum yaşamına katılmaları ırk, etnik köken, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüş, milli veya sosyal köken, mülk, engellilik, doğum, cinsel yönelim veya diğer bir statü temelinde herhangi bir ayrımcılık gözetilmeksizin tüm internet ortamları için geçerlidir[80].

90. Çocuklara ve gençlere haklarını kullanmalarıyla ilgili mevcut fırsatlar konusunda, sosyal ağlar ve diğer medya da dahil olmak üzere yaşlarına ve durumlarına uygun bilgi verilmelidir. Çocuklar ve gençler katılımlarıyla ilgili kısıtlamalar, katılımlarının beklenen ve fiili sonuçları ve görüşlerinin günün sonunda nasıl dikkate alındığı hususu dahil olmak üzere, katılımlarının kapsamı konusunda tam olarak bilgilendirilmelidirler[81]. Katılım haklarının ihlal edildiğini düşündüklerinde çocuklara ve gençlere, çocukların kolayca uygulayabileceği şikayette bulunma vasıtaları ve adli ve idari usullerle bunları kullanmada yardım ve destek gibi etkili hak arama ve hukuk yolları sağlanmalıdır[82].

91. Çocuklar ve gençler interneti emniyetli bir biçimde ve özel yaşamlarına gereken dikkat sarf edilerek kullanabilmelidirler. Çocuklar ve gençler öğret- menlerinden, eğitimcilerden ve anne babalarından eğitim ve bilgi almalıdırlar. Çocuklar ve gençlerin bilgi okur yazarlığından anlaşılan, bilgiye erişim sağlayan araçların yetkinlikle kullanılması, içeriğin eleştirel analizinin geliştirilmesi, ve vatandaşlık ve yaratıcılığı destekleyecek iletişim becerilerinin devreye sokulma-

[79] a.g.e.
[80] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği 18 yaşından küçük çocukların ve gençlerin sosyal yaşama katılmasına ilişkin CM/Rec(2012)2 sayılı Tavsiye Kararı.
[81] a.g.e.
[82] Bakınız: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği çocuk hakları ve çocuklara ve ailelerine dost sosyal hizmetler konulu, CM/Rec(2011)12 sayılı Tavsiye Kararı, Çocuk Dostu Adaletle ilgili Avrupa Konseyi Kılavuzu.

sının yanı sıra, interneti ve bilgi ve iletişim teknolojilerini olumlu ve sorumlu bir biçimde kullanabilmeleri için çocuklar ve eğiticiler için eğitim inisiyatiferdir[83].

92. Çocukların özel yaşam hakkı AİHM'nin önüne gelen davalarda inceleme konusu olmuştur. Çocukların fiziksel ve ahlaki sağlıkları özel yaşam haklarının çok önemli yönleridir. Üye ülkelerin bu hakka etkili bir biçimde saygı gösteril- mesini sağlamada pozitif bir yükümlülükleri vardır[84]. AİHM temel değerlerin ve özel yaşamın çok önemli yanlarını tehlikeye atan ciddi eylemlere karşı etkili caydırıcılık için etkili ceza hukuku maddeleri ve soruşturmalarının gerekli olduğu görüşüne varmıştır[85].

93. Çocukların ve gençlerin internette veya interneti kullanırken oluşturduğu içerik veya başkalarının çocuklarla ilgili olarak oluşturdukları içeriğin (örneğin resimler, videolar, metinler veya diğer içerikler) veya bu içeriklerin izleri (veri kayıtları, veri girişleri ve işlemler) kalıcı olabilir veya bunlara sürekli olarak erişim sağlanabilir. Bu durum çocukların ve gençlerin onurları, güvenlikleri ve özel yaşamları açısından bir sorun yaratabilir veya yaşamlarının içinde bulunduğumuz döneminde veya daha ilerideki bir safhasında onları bir şekilde hassas bir konuma sokabilir. Çocukların ve gençlerin kendilerinin, anne babalarının, velilerinin, öğretmenlerinin ve bakıcılarının bu gerçeği anlayıp bununla baş edebilecek ve internet üzerinde çocuklar ve gençlerin özel yaşamını koruya- bilecek şekilde yetki ve güçle donatılmaları gerekir. Bu amaçla, özel verilerin nasıl silinebileceği konusunda pratik bilgilerin sağlanması önemlidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi üye ülkelere bu konuda yol göstererek, yasaların uygulatılması bağlamında çocukların internette oluşturdukları içeriğin, çocuk- ların onuru, güvenliği ve özel yaşamı açısından bir sorun yaratabilecek veya yaşamlarının şu andaki veya daha sonraki evrelerinde çocukların hassas bir konuma girmelerine neden olabilecek kalıcı veya sürekli erişilebilir bir kaydının bulunmaması gerektiğini ifade etmiştir[86]. O nedenle üye ülkeler, yerine göre ilgili diğer paydaşlarla birlikte bu içeriğin ve içeriğin izlerinin (örneğin veri kayıtları, veri girişleri ve işlemler) makul bir kısa süre içerisinde silinmesi veya ortadan kaldırılmasının uygulanabilirliğini araştırmaya davet edilmişlerdir[87]. Ancak 3. Fıkra basın veya yayımcılar tarafından çocuklara ve gençlere ilişkin olarak yaratılan içerik için geçerli değildir. Kılavuzun bu maddesinin ilk cümlesinde söz konusu maddede, çocuklar veya gençler tarafından yaratılan veya diğer internet

[83] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yeni bilgi ve iletişim ortamında çocukların güçlen- dirilmesine ilişkin Rec(2006)12 sayılı Tavsiye Kararı.
[84] K.U./Finlandiya davası - 2872/02 § 40, 41.
[85] X ve Y/Hollanda davası, §§ 23-24 ve 27; August/İngltere davası no. 36505/02; ve M.C./ Bulgaristan davası, no. 39272/98, § 150. K.U./Finlandiya davası – 2872/02 § 46.
[86] Çocukların internette onurlarının, güvenliklerinin ve özel yaşamlarının korunmasına ilişkin Bakanlar Komitesi Deklarasyonu.
[87] a.g.e.

kullanıcılarının çocuklar ve gençler hakkında yarattıkları içerikle ilgili durumların ele alındığı belirtilmektedir.

94. İnternet üzerinde zararlı içerik ve davranışlara gelince, çocukların özellikle de internet üzerindeki pornografi, kadınların aşağılayıcı ve olumsuz klişelerle ifade edilerek tasvir edilmesi, özellikle de intihar olmak üzere, şiddetin ve kendine zarar vermenin tasvir edilmesi ve yüceleştirilmesi , bu tür davranış- ları aşağılayıcı ayrımcılık gözeten ifadeler veya bunların mazur gösterilmesi, cinsel istismar maksadıyla çağrıda bulunulması, insan ticareti için çocukların kullanılması, çocukların fiziksel, duygusal ve psikolojik sağlığını olumsuz etkileyebilecek zorbalık, taciz amaçlı takip ve diğer taciz türlerinden kaynak- lanabilecek zarar görme risklerine karşı, yaşlarına ve durumlarına uygun özel bakımdan ve yardımdan yararlanma hakları vardır[88]. O nedenle çocuklar ve genç internet kullanıcıları yaşlarına ve durumlarına uygun bir biçimde yasa dışı içerik ve davranışlar konusunda bilgilendirilmelidir.

95. Çocuklar ve gençler ayni zamanda zarar verme riski taşıyan içerik ve davranışları haber verebilmeli ve gizliliklerine ve kimliklerinin gizli tutulmasına gereken dikkat gösterilerek, bilgi ve destek alabilmelidirler. Bu durum özel- likle de sosyal ağlar bağlamında anlamlıdır. Bakanlar Komitesi üye ülkelere, özellikle de çocukları ve gençleri zararlı içeriğe karşı korumak üzere aşağıdaki girişimlerde bulunmalarını tavsiye etmiştir[89]:

– İlgili yasalara aykırı içerik veya içerik paylaşımı veya davranış türleri konusunda açık ve anlaşılır bilgiler sağlamak;

– İlgili içeriğin veya davranışların sosyal ağ servisinin kullanma şartlarında "uygunsuz"olarak tanımlanabileceği yayım politikaları geliştirmek ancak bunu yaparken söz konusu yaklaşımın ifade ve bilgilendirilme özgürlü- ğünü kısıtlamadığını temin etmek;

– Sosyal ağlarda yer alan uygunsuz veya görünürde yasalara aykırı içeriğin veya davranışların bildirilebilmesi için kolayca erişilebilir mekanizmalar oluşturmak

– Siber zorbalık ve siber'hazırlama'konusundaki şikayetlere gereken ayrıntılı ve özenli inceleme yapıldıktan sonra cevap vermek[90].

96. Çocuklar ve gençler, özel bir koruma gerektiren, internet ortamında cinsel istismar ve taciz dahil olmak üzere, fiziksel ve ahlaki sağlıklarına müdahale edil- mesi riskleri konusunda da

[88] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülkelere gönderdiği, çocukları zararlı içeriğe ve davranışlara karşı korumak ve çocukların yeni bilgi ve iletişim ortamına aktif bir biçimde katılımını yaygınlaştırmaya yönelik CM/Rec(2009)5 sayılı Tavsiye Kararı.
[89] Bakınız: CM/Rec(2012)4 sayılı Tavsiye Kararı , Ek, II, §10.
[90] a.g.e.

bilgilendirilmelidirler. Bu konuya Avrupa Konseyinin Lanzarote Sözleşmesinde de değinilmekte olup, AİHM'nin içtihatlarında üye devletlerin çocukların internet ortamında korunmasını sağlamak üzere pozitif yükümlülükleri olduğu kabul edilmektedir[91].

97. Lanzarote Sözleşmesine göre, çocuklar internette erişilebilen veya mevcut olan pornografik eylemlere (örneğin web kameraları kanalıyla, soh- bet odalarında veya inhernet üzerinden oynan oyunlarda) katılmak üzere çalıştırılmalarına, bu eylemlere katılmalarına neden olunmasına veya zorla katılmalarının sağlanmasına karşı korunmalıdır[92]. Çocuklar ayni zamanda ulusal yasaların ilgili maddelerine göre cinsel ilişki için yasal yaşta olmayan çocuklarla çocuk pornografisi üretmek üzere cinsel ilişkiye girme maksadıyla internet üzerinden veya diğer Bilgi ve İletişim Teknolojileri kullanılarak fuhuşa teşvik edilmeye karşı (hazırlama) korunmalıdır[93].

98. Çocuklar, çocukların internet ortamında cinsel istismarı ve cinsel taciziyle mücadeleye yönelik devlet politikaları, programları ve diğer girişimlerin oluş- turulup uygulanmasına katılmaya teşvik edilmelidirler[94]. Çocuklara internette cinsel taciz ve cinsel istismar iddialarını haber verebilecekleri ve telefonla ve internet yardım hatları üzerinden şikayetlerini bildirebilecekleri, çocukların kolaylıkla kullanabileceği ve erişilebilir araçlar sağlanmalıdır. Çocuklara bu hizmetleri kimliklerini açıklamama ve gizliliklerini koruma konusuna dikkat ederek kullanmaları için bilgi ve destek sağlanmalıdır[95].

Etkili hukuk yolları

99. Etkili hukuk yoluna erişim hakkı AİHS'nin 13. Maddesinde yer almaktadır. İnternette hak ve özgürlükleri kısıtlanan veya ihlal edilen herkes etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahiptir.

100. AİHS'nin 13. Maddesinde, yerel yasal düzenlemelerde hangi şekilde emni- yete alınmış olurlarsa olsunlar, AİHS'nin esasında yer alan hak ve özgürlüklerin yürürlüğe sokulmasını sağlayacak bir hukuk yolunun ulusal düzeyde mevcu- diyeti garanti edilmektedir. Buna göre AİHS bağlamında bir şikayetin esasının ele alınabileceği ve uygun bir telafinin mümkün olabileceği bir yerel hukuk yolu sağlanmalıdır[96]. Üye devletlerin insan hakları ihlalleri iddialarını özenli, ayrıntılı ve etkili bir biçimde soruşturma konusunda pozitif bir yükümlülüğü vardır. İzlenen usuller, yetkili makamın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlaline ilişkin şikayetin

[91] K. U./Finlandiya davası no. 2872/02.
[92] Çocukların Cinsel İstismar ve Cinsel Tacize Karşı Korunmasına ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi CETS No.: 201, Madde 2; Madde 21,ayni zamanda bakınız: bu maddelerle ilgili Açıklayıcı Rapor.
[93] a.g.e. Madde 23.
[94] a.g.e. Madde 9/1.
[95] a.g.e. Madde 13. Ayni zamanda bakınız: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin üye ülke- lere gönderdiği çocuk hakları ve çocuklara ve ailelerine dost sosyal hizmetler konulu, CM/Rec(2011)12 sayılı Tavsiye Kararı, Çocuk Dostu Adaletle ilgili Avrupa Konseyi Kılavuzu.
[96] Kaya/Türkiye davası, no. 22729/93, §106.

esası üzerinde karara varabilmesini ve varsa ihlale karşı yaptırım uygulamasını ve ayni zamanda alınan kararların uygulanmasını teminat altına almasını mümkün kılmalıdır[97].

101. AİHS'de teminat altına alınan hakların ihlaline ilişkin iddialarla ilgili karar vermekle görevli ulusal bir makam olmalıdır[98]. Bireylerin, haklarının belirlen- mesine ilişkin mahkeme sürecinin makul olmayan bir şekilde uzamasıyla ilgili şikâyetlerini iletebilecekleri spesifik bir yargı yolu olmalıdır[99]. Söz konusu yetkili makam, bağımsızlı ve tarafsızlığı teminat altına alınmış ise bu makamın bir yargı makamı olması gerekmez. Ancak söz konusu makamın yetkileri ve bu makama sağlanan usule ilişkin teminatlar, bu makamın spesifik hukuk yolunun etkili olup olmadığını tayin edebilmesini mümkün kılmalıdır[100].

102. Yetkili ulusal makamın izleyeceği usuller hak ihlalinin etkili bir biçimde soruşturulabilmesine izin vermelidir. Bu usuller yetkili makamın AİHS'nde yer alan hakların ihlaline ilişkin bir şikayet baş vurusunun esası üzerinde karar verebilmesini[101], söz konusu ihlalle ilgili bir yaptırım getirmesini ve mağdura bu yaptırımın uygulanacağı konusunda teminat verebilmesini mümkün kıl- malıdır[102]. Söz konusu hukuksal çözüm uygulamada ve hukuken etkili olmalı, şikayet başvurusunda bulunanın lehine kesinlikle olumlu bir sonuç elde edilmesi koşulundan bağımsız olmalıdır[103]. Bir hukuki çözüm tek başına 13. Maddenin gereklerini tamamen karşılayamasa da, yasalarda sağlanan hukuk yolları toplam olarak ele alındığında bu gerekleri karşılayabilir[104].

103. Etkili hukuk yolları mevcut, bilinir, erişilebilir olmalı ve makul ücretler karşılığında mümkün olmalı ve uygun telafiyi sağlamalıdır. Etkili hukuk yolları doğrudan doğruya internet hizmet sağlayıcıları (her ne kadar internet hizmet sağlayıcıları AİHS'nin 13. Maddesine uygun yeterli bağımsızlığa sahip olama- yabilirlerse de), kamu makamları ve/veya diğer ulusal insan hakları kurumları kanalıyla da sağlanabilir. Telafi olasılıkları arasında, hizmet sağlayıcısı veya internet hizmet sağlayıcısının yapacağı bir soruşturma ve açıklama, örneğin bireyin saygınlığını lekeleyici veya hakaret içeren bir açıklamaya karşı cevap verebilme, internet hizmet sağlayıcısı tarafından kaldırılmış olan, kullanıcı tarafından oluşturulmuş bir içeriğin yeniden siteye yerleştirilmesi ve

[97] Smith ve Grady/İngiltere davası, no 33985/96 33986/96.
[98] Silver ve Diğerleri/İngiltere davası, no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 §113; Kaya/Türkiye davası, no. 22729/93, §106.
[99] Kudla/Polonya davası, no. 30210/96, §157.
[100] Silver ve Diğerleri/İngiltere davası, no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 §113; Kaya/ Türkiye davası, no. 22729/93, §106.
[101] Smith ve Grady/İngiltere davası, no 33985/96 33986/96, § 138.
[102] Iatridis/Yunanistan davası, no. 31107/96, § 60.
[103] Kudla/Polonya davası, no. 30210/96, §158.
[104] Silver ve Diğerleri/İngiltere davası, no.5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 §113; Kudla/Polonya davası no. 30210/96 §157.

internet kullanıcılarının internet bağlantısının kesilmesi halinde bağlantının yeniden tesis edilerek ilgili tazminatın ödenmesi sayılabilir.

104. Bireyleri özel şirketlerin insan hakları ihlallerine karşı koruma yönünde pozitif yükümlülükleri olan devletler bu tür ihlallerde, ihlalden etkilenenle- rin yargı dahilindeki ve yargı dışındaki mekanizmalara erişimini sağlayacak uygun tedbirleri almalıdırlar[105]. Birleşmiş Milletlerin İş ve İnsan Haklarıyla ilgili Rehberlik İlkelerinde, işletmelerin erişilebilir, süreçleri önceden tahmin edilebilir (sürecin her bir evresi için zaman süreleri belirtilerek, açık ve bilinir bir sürecin, süreç türlerinin ve alınabilecek mevcut sonuçların ve bunların izlenmesine ilişkin araçların sağlanması) adil (bilgi kaynaklarına, danışmanlık ve uzmanlık bilgilerine erişim) saydam ve bireylere doğrudan doğruya uluslararası insan hakları standartlarına tamamen uygun hukuk çözümleri sunabilecek şikayet mekanizmaları oluşturmalarının gerekli olduğu belirtilmektedir[106].

105. İnternet kullanıcılarına yararlanabilecekleri hak telafisi araçlarıyla ilgili açık ve saydam bilgiler verilmelidir. Bu bilgiler internet servis/çevrim içi hiz- met sağlayıcılarının kullanım ve/veya hizmet koşullarında veya diğer kılavuz bilgileri ve politikalarında yer alabilir. İnternet kullanıcılarına kaygılarını ilete- bilmek üzere internet servis/çevrim içi hizmet sağlayıcılarıyla temas kurmaları için pratik ve erişilebilir araçlar sağlanmalıdır. İnternet kullanıcıları bilgi talep edebilmeli ve sorunlarına çözümler arayabilmelidirler. İnternet kullanıcılarının yararlanabileceği bazı çözümler arasında, kendilerinin veya başkalarının insan hakları ihlal edildiğinde başvurabilecekleri, internet servis sağlayıcılarınca veya tüketicileri koruma derneklerince sunulan yardım telefon hatları veya acil yardım telefon hatları sayılabilir. Ayni zamanda kamu makamları ve/veya diğer ulusal insan hakları kurumları (ombudzmanlar), veri koruma makamları, elektronik iletişim düzenleme kurumları, vatandaş danışma büroları, insan hakları veya dijital haklar dernekleri veya tüketici kuruluşlarınca da rehberlik sağlanmalıdır.

106. İnternet kullanıcıları siber suçlara karşı korunmalıdır. Budapeşte Sözleşmesine taraf ülkeler vatandaşlarını internet üzerindeki suç faaliyetle- rine ve suçlara karşı koruma yönünde yükümlülükler üstlenmişlerdir. İnternet kullanıcılarının internette işlenen veya internet kullanılmak suretiyle gerçek- leştirilen suç faaliyetlerine karşı korunma konusunda makul bir beklentiye sahiptirler.

---

[105] Kurumsal sosyal sorumluluk konusu ve devletlerin insan haklarını koruma yükümlülükleri Açıklayıcı Not'un 19.ve 28. Maddelerinde açıklanmaktadır.

[106] Bakınız: İnsan Hakları Konseyince, İnsan Hakları ve ülke aşırı kurumlar ve diğer işletmeler konulu, A/HRC/RES/17/4 sayılı Karar Tasarısı, Bölüm III, ilke 28-31'de onaylanan,"Birleşmiş Milletlerin'Koru, Saygı Göster ve Çare Bul'Çerçevesinin uygulanmasını sağlayan, İş ve İnsan Haklarıyla ilgili Rehberlik İlkeleri (A/HRC/17/31).

107. Burada gizliliğe, bilgisayar verilerinin ve sistemlerinin bütünlüğüne karşı işlenen ve bilgisayarlarla ilgili suçlar üzerine odaklanılmıştır. Burada içerikle ilgili suçlar (çocuk pornografisi, telif hakkı ihlalleri) kapsanmamıştır çünkü bu suçların Kılavuzun, çocukların haklarıyla ilgili bölümünde ele alındığı düşünülmektedir. Hak sahiplerinin korunmasının internet kullanıcılardan ziyade özellikle bu grubun çıkarlarını ilgilendirdiği düşünülmektedir. Ayrıca, iletişime müdahale ve gözetleme, gizlilik ve veri korumayla ilgili bölümde ele alınmaktadır.

108. İnternet kullanıcılarının bilgisayar sistemlerini rahatsız edilmeksizin ve kendilerini herhangi bir kısıtlamaya sokmadan yönetme, işletme ve kontrol etme konularında haklı bir çıkarları vardır. İnternet kullanıcıları donanım, bil- gisayar parçaları, kurulumu yapılan sistemdeki depolanmış veriler, bölümler, veri trafiği ve içerikle ilgili veriler dahil olmak üzere, bilgisayarlarının tümüne veya bazı parçalarına yasal olmayan bir biçimde erişime karşı korunmalıdırlar. Buna, internet kullanıcılarının gizli verilere (şifreler, bilgiler ve sırlar vb.) erişim gibi, sistem ve verilerinin engellenmesine yol açabilecek, bilgisayar sistemle- rine ve verilerine yetkisiz müdahaleye (hackleme, şifre kırma, veya diğer tür bilgisayar ihlalleri) karşı korunmayı da içerir[107].

109. İnternet kullanıcıları ayni zamanda zararlı bilgisayar kodları gibi (örneğin virüsler ve Truva atları gibi), bilgisayar verilerine müdahaleye karşı da korun- malıdır[108]. Kullanıcılar ayni zamanda bilgisayar veya telekomünikasyon sistemlerine karşı bilgisayar verilerinin[109] sokulması, iletilmesi, bu verilerin silinmesi, değişime uğratılması veya baskılanması gibi, örneğin verilen hizmeti önleme saldırıları gibi programlar kullanılması, sistemlerin çalışmasını önleyen veya büyük ölçüde yavaşlatan zararlı kodların kullanılması, ve sisteme çok büyük miktarlarda elektronik posta göndererek sistemin iletişim işlevlerinin bozulması (spam) gibi yöntemlere karşı da korunmalıdırlar. Bu girişimler yerel yasalara bağlı olmak üzere idari veya ceza suçları kapsamına girebilir.

110. İnternet kullanıcıları verilerin yetkisiz bir biçimde oluşturularak veya değiş- tirilerek, verilerdeki bilgilerin, hakiki bilgiler olmaları esasına göre gerçekleştirilen yasal işlemlerde, farklı bir kanıtsal değer kazanmalarına neden olacak şekilde gerçekleştirilen bilgisayar sahteciliğine karşı korunmalıdır[110].

111. Bilgisayar kullanıcılarının bilgisayar sistemlerine sunulan veya yönetilen varlıkların (elektronik fonlar, yatırılan paralar) korunması konusunda haklı bir çıkarları vardır. Bu varlıklar internet kullanıcılarının varlıklarında (para, eko- nomik değeri olan maddi ve maddi olmayan

[107] Siber suçlarla ilgili Budapeşte Sözleşmesi, Madde 2, Açıklayıcı Rapor, §.44-50.
[108] a.g.e. Madde 4, Açıklayıcı Rapor §, 60-61.
[109] a.g.e. Madde 5, Açıklayıcı Rapor § 65-69.
[110] Ibid. Article 7, Explanatory Report § 81.

varlıklar) doğrudan ekonomik veya sahiplik kaybına yol açan bilgisayar sahteciliği manipülasyonlarına karşı korunmalıdır[111].

112. İnternet kullanıcılarının siber suçlara karşı korunmalarına yönelik herhangi bir güvenlik tedbiri, özellikle de özel ve aile yaşamı ve ifade özgürlüğü hakkı olmak üzere, AİHS standartlarıyla tam bir uyum içinde olmalıdır[112].

113. İnternet kullanıcıları, AİHS'nin 8. Maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına sahiptirler. Bu husus internet kullanıcılarının faaliyetleriyle ilgili olarak, medeni hak ve yükümlülüklerinin veya suç isnatlarının belirlenmesine ilişkindir. Bu husus özellikle de AİHM'nce açıklanan temel ilkelerle ilgili olup, bu ilkeler bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içinde adil ve kamuya açık bir yargılama, mahkemede dava açma, anlaşmazlığın nihai bir şekilde tespiti, gerekçeli bir karar ve kararın icra edilmesi, tarafaın avukatlarının delilleri ve konumlarını tarafsız bir mahkemeye veya jüriye sunarak duruşma yapılması ve silahların eşitliği ilkesine uyulmasıdır.

114. AİHM, internetle ilgili davalarda olmamakla beraber, adaletin sağlanma- sının niteliği (bağımsızlık, tarafsızlık, mahkeme heyetinin yetkinliği), tarafaın haklarının korunması (adil muhakeme, silahların eşitliği ilkesi ve kamuya açık duruşma) ve adaletin etkin bir biçimde sağlanması (makul bir süre) ile ilgili olarak genel ilkeler oluşturmuştur.

115. İnternet kullanıcıları mevcut olan ve etkili tüm iç hukuk yolları tüketil- dikten sonra nihai kararın verildiği tarihten itibaren altı ay içerisinde[113] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel dava açma hakkına sahiptir.

[111] Ibid. Article 8, Explanatory Report § 86-88.
[112] Ibid. Article 15.
[113] İşbu süre AİHS'ne Ek 15 n°lu Protokolün yürürlüğe girmesinden itibaren dört ay olacaktır.

16 Nisan 2014 tarihinde Bakanlar Komitesi, İnternet kullanıcılarının insan hakları kılavuzunu içeren ve CM/Rec(2014) referanslı tavsiye kararını kabul etti. İnternet bireylerin günlük yaşamlarında ve genel olarak her türlü toplumsal konuda önemli bir rol oynuyor. İnternet, vatandaşların bilgiye ve hizmetlere erişimini, bağlantı ve iletişim kurmalarını ve küresel düzeyde fkir ve bilgi paylaşımını sağlayan ve sürekli gelişen bir araç . İşbu kılavuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi'nin, insan haklarının farklı veçhelerinin korunmasını konu alan diğer Sözleşme ve belgelerinden yola çıkıyor. Aynı zamanda bu hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce ve Avrupa Konseyi'nin diğer ilgili hukuksal birimlerince süregelen yorumlanmasından ilham alıyor. Kılavuz, çevrimiçi bağlamda insan haklarının bütünüyle hayata geçirilmesini güvence altına almak isteyen tüm paydaşlarca önemli bir kaynak belge kabul edilmeli. Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler, onaylamış bulundukları Sözleşme ve Tavsiye kararlarının içerdiği tüm hak ve özgürlüklere riayet etmek, bu hak ve özgürlükleri korumak ve hayata geçirmekle yükümlüdür.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services

Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services

(Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers' Deputies)

Social networks as human rights enablers and catalysts for democracy

1. Social networking services are an important part of a growing number of people's daily lives. They are a tool for expression and communication between individuals, and also for direct mass communication or mass communication in aggregate. This complexity gives operators of social networking services or platforms a great potential to promote the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms, in particular the freedom to express, to create and to exchange content and ideas, and the freedom of assembly. Social networking services can assist the wider public to receive and impart information.

2. The increasingly prominent role of social networking services and other social media services also offer great possibilities for enhancing the potential for the participation of individuals in political, social and cultural life. The Committee of Ministers has acknowledged the public service value of the Internet in that, together with other information and communication technologies (ICTs), it serves to promote the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms for all who use it. As part of the public service value of the Internet, these social networking services can facilitate democracy and social cohesion.

Human rights may be threatened on social networks

3. The right to freedom of expression and information, as well as the right to private life and human dignity may also be threatened on social networking services, which can also shelter discriminatory practices. Threats may, in particular, arise from lack of legal, and procedural, safeguards surrounding processes that can lead to the exclusion of users; inadequate protection of children and young people against harmful content or behaviours; lack of respect for others' rights;

lack of privacy-friendly default settings; lack of transparency about the purposes for which personal data are collected and processed.

4. Users of social networking services should respect other people's rights and freedoms. Media literacy is particularly important in the context of social networking services in order to make the users aware of their rights when using these tools, and also help them acquire or reinforce human rights values and develop the behaviour necessary to respect other people's rights and freedoms.

Social networking providers should respect human rights and the rule of law

5. A number of self- and co-regulatory mechanisms have already been set up in some Council of Europe member States in connection with standards for the use of social networking. It is important that procedural safeguards are respected by these mechanisms, in line with the right to be heard and to review or appeal against decisions, including in appropriate cases the right to a fair trial, within a reasonable time, and starting with the presumption of innocence.

6. The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, recommends that member States, in consultation with private sector actors and civil society, develop and promote coherent strategies to protect and promote respect for human rights with regard to social networking services, in line with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5, hereinafter referred to as "the European Convention on Human Rights"), especially Article 8 (Right to respect for private and family life), Article 10 (Freedom of expression) and Article 11 (Freedom of assembly and association) and with the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), in particular by engaging with social networking providers to carry out the following actions:

− provide an environment for users of social networks that allows them further to exercise their rights and freedoms;

− raise users' awareness, by means of clear and understandable language, of the possible challenges to their human rights and the ways to avoid having a negative impact on other people's rights when using these services;

− protect users from harm without limiting freedom of expression and access to information;

− enhance transparency about data processing, and refraining from illegitimate processing of personal data;

− set up self- and co-regulatory mechanisms where appropriate, in order to contribute to the respect of the objectives set out in the appendix to this recommendation;

− ensure accessibility to their services to people with disabilities, thereby enhancing their integration and full participation in society.

7. Member States should:

− take measures in line with the objectives set out in the appendix to this recommendation;

− bring this recommendation and its appendix to the attention of all relevant public authorities and private sector actors, in particular social networking providers and civil society.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2012)4

I. Essential information and measures needed to help users deal with social networks

Context and challenges

1. Social networking services offer the possibility both to receive and to impart information. Users can invite recipients on an individual basis, but in most cases the recipients are a dynamic group of people, sometimes even a "mass" of unknown people (all the members of the social network). In cases where users' profiles are indexed by search engines, there is potentially unlimited access to parts of or all information published on their profiles.

2. It is important for users to be able to feel confident that the information they share will be processed appropriately. They should know whether this information has a public or private character and be aware of the implications that follow from choosing to make information public. In particular, children, especially teenagers, and other categories of vulnerable people, need guidance in order to be able to manage their profiles and understand the impact that the publication of information of a private nature could have, in order to prevent harm to themselves and others.

Action

3. Member States should co-operate with the private sector and civil society with a view to upholding users' right to freedom of expression, in particular by committing themselves, along with social networking providers, to carry out the following actions:

− help users understand the default settings of their profiles. The default setting for users should limit access by third parties to self-selected contacts identified by the user.[1] Users should be able to make an informed decision to grant wider public access to their data, in particular with regard to indexability by external search engines. In this connection, the social networking service should:

− inform users of the consequences of open access (in time and geographically) to their profiles and communications, in particular explaining the differences between private and public communication, and the consequences of making information publicly available, including unrestricted access to, and collection of, data by third parties;

− make it clear to the users – offering accessible tools – that they retain the right to limit access to their data, including the right to remove data from archives and search engine caches;

− offer adequate, refined possibilities of enabling the user to "opt in" in order to consent to wider access by third parties;

− enable users to control their information. This implies that users must be informed about the following: the need to obtain the prior consent of other people before they publish their personal data, including audio and video content, in cases where they have widened access beyond self-selected contacts; how to completely delete their profiles and all data stored about and from them in a social networking service, and how to use a pseudonym. Users should always be able to withdraw consent to the processing of their personal data. Before terminating their account, users should be able to easily and freely move the data they have uploaded to another service or device, in a usable format. Upon termination, all data from and about the users should be permanently eliminated from the storage media of the social networking service. When allowing third party applications to access users' personal data, the services should provide sufficiently multi-layered access to allow users to specifically consent to access to different kinds of data;

− help users make informed choices about their online identity. The practice of using pseudonymous profiles offers both opportunities and challenges for human rights. In its Declaration on Freedom of Communication on the Internet (adopted on 28 May 2003), the Committee of Ministers stressed that "in order to ensure protection against online surveillance and to enhance the free expression of information and ideas, member States should respect the will of users of the Internet not to disclose their identity". The right to use a pseudonym should be guaranteed both from the perspective of free expression and the right to impart and receive information and ideas and from the perspective of the right to private life. In the event that a social networking service requires real identity registration, the publication of that real identity on the Internet should be optional for users. This does not prevent law-enforcement authorities from gaining access to the user's real identity when necessary and subject to appropriate legal safeguards guaranteeing the respect of fundamental rights and freedoms;

− provide users with concise explanations of the terms and conditions of social networking services in a form and language that is geared to, and easily understandable by, the target groups of the social networking services;

− provide users with clear information about the editorial policy of the social networking service provider in respect of how it deals with apparently illegal content and what he considers inappropriate content and behaviour on the network.

4. In addition, member States should:

− foster awareness initiatives for parents, carers and educators to supplement information provided by the social networking service, in particular in respect of much younger children when they participate in social networks.

II. Protection of children and young people against harmful content and behaviour

Context and challenges

5. Freedom of expression includes the freedom to impart and receive information which may be shocking, disturbing and offensive. Content that is unsuitable for particular age groups may well also be protected under Article 10 of the European Convention on Human Rights, albeit subject to conditions as to its distribution.

6. Social networking services play an increasingly important role in the life of children and young people, as part of the development of their own personality and identity, and as part of their participation in debates and social activities.

7. Against this background, children and young people should be protected because of the inherent vulnerability that their age implies. Parents, carers and educators should play a primary role in working with children and young people to ensure that they use these services in an appropriate manner.

8. While not being required to control, supervise and/or rate all content uploaded by its users, social networking service providers may be required to adopt certain precautionary measures (for example, comparable to “adult content” rules applicable in certain member States) or take diligent action in response to complaints (ex-post moderation).

9. Age verification systems are often referred to as a possible solution for protecting children and young people from content that may be harmful to them. However, at present there is no single technical solution for online age verification that does not infringe on other human rights and/or is not exposed to age falsification.

Action

10. In co-operation with the private sector and civil society, member States should take appropriate measures to ensure children and young people's safety and protect their dignity while also guaranteeing procedural safeguards and the right to freedom of expression and access to information, in particular by engaging with social networking providers to carry out the following actions:

− provide clear information about the kinds of content or content-sharing or conduct that may be contrary to applicable legal provisions;

− develop editorial policies so that relevant content or behaviour can be defined as "inappropriate" in the terms and conditions of use of the social networking service, while ensuring that this approach does not restrict the right to freedom of expression and information in the terms guaranteed by the European Convention on Human Rights;

− set up easily accessible mechanisms for reportinginappropriate or apparently illegal content or behaviour posted on social networks;

− share best practices on ways to prevent cyber-bullying and cyber-grooming. In this connection, age-differentiated access should be treated carefully where age is provided by children and young people themselves. Social networking providers should take diligent action in response to complaints of cyber-bullying and cyber-grooming.

11. In addition, member States should:

− encourage the establishment of transparent co-operation mechanisms for law-enforcement authorities and social networking services. This should include respect for the procedural safeguards required under Article 8, Article 10 and Article 11 of the European Convention on Human Rights;

− ensure respect for Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights. This includes refraining from the general blocking and filtering of offensive or harmful content in a way that would hamper its access by users. In this connection, the Committee of Ministers' Recommendation CM/Rec(2008)6 on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters

should be implemented with a view to ensuring that any decision to block or delete content is taken in accordance with such principles. Transparent voluntary individual filtering mechanisms are also to be encouraged.

III. Personal data and trust in social networks

Context and challenges

12. Social networking services process large amounts of personal data, including users' profiling data and data on their Internet use. Publishing personal data in a profile can lead to access by third parties, including, amongst others, employers, insurance companies, law enforcement authorities and security services.

13. Social networking services should not process personal data beyond the legitimate and specified purposes for which they have collected it. They should limit processing only to that data which is strictly necessary for the agreed purpose, and for as short a time as possible.

14. Social networking services should seek the informed consent of users if they wish to process new data about them, share their data with other categories of people or companies and/or use their data in ways other than those necessary for the specified purposes they were originally collected for. As stated in Recommendation CM/Rec(2010)13 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, users should be informed where their personal data is used in the context of profiling. The user's decision (refusal or consent) should not have any effect on the continued availability of the service to him or her. When allowing third party applications to access users' personal data, the services should provide sufficiently multi-layered access to allow users to specifically consent to different kinds of data being accessed.

Action

15. In co-operation with the private sector and civil society, member States, in addition to the measures stated in section I of this appendix, should take appropriate measures to ensure that users' right to private life is protected, in particular by engaging with social networking providers to carry out the following actions:

− promote best practices for users. This includes default privacy-friendly settings that limit access to contacts selected by users themselves, the application of the most appropriate security measures, informed consent of users before personal data is disseminated, the sharing of personal data with other categories of people or companies and/or the use of their data in other new ways;

− ensure that users are able to effectively exercise their rights by offering, amongst other things, a clear user interface, and sufficiently multi-layered access to allow users to specifically consent to different kinds of data being accessed by third parties;

− ensure that sensitive data have enhanced protection. The use of techniques that may have a significant impact on users' privacy − where for instance processing involves sensitive or biometric data (such as facial recognition) − requires enhanced protection and should not be activated by default;

− ensure that the most appropriate security measures are applied to protect personal data against unlawful access by third parties. This should include measures for the end-to-end encryption of communication between the user and the social networking services website. In the absence of applicable legislation relating to the security of personal data and foreseeing the obligation to report data breaches, social networking services should nevertheless inform their users of breaches, to enable them to take preventive measures, such as changing their password and/or keeping a close eye on their financial transactions (where the providers are in possession of bank or credit card details);

− implement "privacy by design". Social networking services should be encouraged to address data protection needs at the stage of conception of their services or products and continuously assess the privacy impact of changes to existing services with a view to strengthening security and users' control of their personal data;

− protect third parties who are associated with the users of social networks. Non-users of the social network may also be affected by the disclosures of users of social networking services or by use of their data by the social networking service itself. They should have effective means of exercising their rights without having to become a member of the service in question and/or otherwise providing excessive personal data. Social networking service providers should refrain from collecting and processing personal data about non-users, for example e-mail addresses and biometric data (such as photographs). Users should be made aware of the obligations they have towards other individuals and, in particular, that the publication of personal data related to other people should respect the rights of those individuals;

− ensure that processing of personal data stemming from social networks for law enforcement purposes respects Article 8of the European Convention on Human Rights. Enforcing applicable data protection standards is essential. This includes ensuring that the processing of personal data stemming from the use of social networking services for law enforcement purposes is carried out only within an appropriate legal framework, or following specific orders or instructions from the competent public authority made in accordance with the law;

− provide clear information about applicable law and jurisdiction. Users should be informed as to what law is applicable in the execution of the social networking services and the related processing

of their personal data. Provisions contained in the terms and conditions of use or service involving a choice of forums or applicable jurisdictions made for opportunistic or convenience reasons should be regarded as void if there is no reasonable link to the forum or jurisdiction in question; the user's forum or jurisdiction would be preferable in cases where a significant number of users are present in a particular territory;

− ensure that users are aware of the threats to their human rights and able to seek redress when their rights have been adversely affected. Users should be informed about possible risks to their right to private life, not only in the social networking services' core conditions (including when changes are made to general terms of service), but every time such a challenge may arise, for example, when the users make information on their profile available to new (groups of) users or when they install a third party application.

Users should be informed about the processing of their personal data, including the existence of, and means of exercising their rights (such as access, rectification, deletion), in a clear and understandable manner and in language geared to the target audience.

In addition to applicable legal provisions, appropriate complaint handling mechanisms should be guaranteed against abusive behaviour of users, in particular with regard to identity theft.

[1] See Article 29 Data Protection Working Party Opinion 5/2009 on online social networking (12 June 2009); 30th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners, Resolution on Privacy Protection in Social Network Services (Strasbourg, 17 October 2008); International Working Group on data Protection in Telecommunications (IWGDPT) "Rome Memorandum" (Rome, 3-4 March 2008).

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines

(Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers' Deputies)

Search engines play a pivotal role in the information society

1. Search engines enable a worldwide public to seek, receive and impart information and ideas and other content in particular to acquire knowledge, engage in debate and participate in democratic processes.

2. Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member States on measures to promote the public service value of the Internet emphasises the importance of access to information on the Internet and stresses that the Internet and other information and communication technologies (ICTs) have high public service value in that they serve to promote the effective exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms for all who use them. The Committee of Ministers is convinced of the importance of search engines for rendering content on the Internet accessible and the World Wide Web useful for the public and therefore considers it essential that search engines be allowed to freelycrawl and index the information that is openly available on the Web and intended for mass outreach.

3. Suitable regulatory frameworks, compliant with human rights requirements, should be able to give adequate responses to legitimate concerns in relation to referencing by search engines of content created by others. Further consideration is necessary as to the extent and the modalities of application of national legislation, including on copyright, to search engines as well as related legal remedies.

Human rights and fundamental freedoms can be threatened by the operation of search engines

4. The action of search engines can affect freedom of expression and, given their role in facilitating access to information, can bear even more on the right to seek, receive and impart information; similarly, their action has an impact on the right to private life and the protection of personal data. Such challenges may stem, inter alia from the design of algorithms, de-indexing and/orpartial

treatment or biased results, market concentration and lack of transparency about both the selection process and ranking of results.

5. The impact on private life may result from the pervasiveness of search engines or their ability to penetrate and index content which, although in the public space, was not intended for mass communication (or mass communication in aggregate), and from data processing generally and data retention periods. Moreover, search engines generate new kinds of personal data, such as individual search histories and behaviour profiles.

6. There is a need to protect and promote access, diversity, impartial treatment, security and transparency in the context of search engines. Media literacy and the development of skills that enable users to have informed access to the greatest possible variety of information, content and services should be promoted having regard to Recommendation CM/Rec(2011)7 on a new notion of media.

7. The Committee of Ministers therefore, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, recommends that member States, in consultation with private sector actors and civil society, develop and promote coherent strategies to protect freedom of expression, access to information and other human rights and fundamental freedoms in relation to search engines in line with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5, hereinafter referred to as the "Convention"), especially Article 8 (Right to respect for private and family life) and Article 10 (Freedom of expression) and with the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108, hereafter referred to as "Convention No. 108"), in particular by engaging with search engine providers to carry out the following actions:

– enhance transparency regarding the way in which access to information is provided, in order to ensure access to, and pluralism and diversity of, information and services, in particular the criteria according to which search results are selected, ranked or removed;

– review search ranking and indexing of content which, although in the public space, is not intended for mass communication (or for mass communication in aggregate). This could include listing content sufficiently low in search results so as to strike a balance between the accessibility of the content in question and the intentions or wishes of its producer (for example having different accessibility levels to content which is published seeking broad dissemination as compared to content which is merely available in a public space). Default settings should be conceived taking account of this objective;

– enhance transparency in the collection of personal data and the legitimate purposes for which they are being processed;

– enable users to access easily, and, where appropriate, to correct or delete their personal data processed by search engine providers;

– develop tools to minimise the collection and processing of personal data, including enforcing limited retention periods, adequate irreversible anonymisation, as well as tools for the deletion of data;

– ensure accessibility to their services to people with disabilities, thereby enhancing their integration and full participation in society.

8. In addition, member States should:

– ensure that suitable legal safeguards are in place when access to users' personal data is granted to any public or private entity, thus securing the full enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the Convention;

– encourage search engine providers to discard search results only in accordance with Article 10, paragraph 2, of the Convention. In this event, the user should be informed as to the origin of the request to discard the results subject to respect for the right to private life and protection of personal data;

– promote media literacy with regard to the functioning of search engines, in particular on the processes of selecting, ranking and prioritising of search results and on the implications of the use of search engines on users' right to private life and the protection of their personal data;

– consider offering users a choice of search engines, in particular with regard to search outputs based on public value criteria;

– promote transparent self- and co-regulatory mechanisms for search engines, in particular with regard to the accessibility of content declared illegal by a court or competent authority, as well as of harmful content, bearing in mind the Council of Europe's standards on freedom of expression and due process rights;

– take measures with regard to search engines in line with the objectives set out in the appendix to this recommendation;

– bring this recommendation and its appendix to the attention of all relevant public authorities and private actors.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2012)3

I. Helping the public make informed choices when using search engines

Context and challenges

1. Search engines play a crucial role as one of the first points of contact on the Internet in exercising the right to seek and access information, opinions, facts and ideas, as well as other content, including entertainment. Such access to information is essential to building one's personal opinion and participating in social, political, cultural and economic life. Search engines are also an important portal for citizens' access to mass media, including electronic newspapers and audiovisual media services.

2. There is some concern that users tend to use a very limited number of dominant search engines. This may raise questions regarding the access to and diversity of the sources of information, especially if one considers that the ranking of information by search engines is not exhaustive or neutral. In this regard, certain types of content or services may be unduly favoured.

3. The process of searching for information is strongly influenced by the way that information is arranged; this includes the selection and ranking of search results and, as applicable, the de-indexing of content. Most search engines provide very little or only general information about these matters, in particular regarding the criteria used to qualify a given result as the "best" answer to a particular query.

Action

4. While recognising that full disclosure of business models and methods or business-related decisions may not be appropriate because algorithms are highly relevant for competition and that related information might also result in increased vulnerability of search engine services (for example in the form of search manipulation), member States, in co-operation with the private sector and civil society, should:

– encourage search engine providers to enhance transparency as regards general criteria and processes applied to the selection and ranking of results. This should include information about search bias, such as in presenting results based on apparent geographic location or on earlier searches;

– encourage search engine providers to clearly differentiate between search results and any form of commercial communication, advertisement or sponsored output, including "own content" offers;

– promote research on the dynamic market for search engines, to address issues including the public value dimension of search engine services, the increasing concentration of the search engine market and the risk of abuse, manipulation and restriction of search results.

II. Right to private life and to the protection of personal data

Context and challenges

5. Search engines process large amounts of personal data on the search behaviour of individuals, varying from cookies and IP addresses to individual search histories, as highlighted by a number of relevant texts already adopted at both European and international levels.[1]

6. An individual's search history contains a footprint which may reveal the person's beliefs, interests, relations or intentions. Individual search histories may also disclose sensitive data (revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, or data concerning health, sexual life or relating to criminal convictions) that warrant special protection under Article 6 of Convention No. 108.

7. The processing of personal data by search engines acquires an additional dimension due to the proliferation of audiovisual data (digital images, audio and video content) and the increasing popularity of mobile Internet access. Specialised search engines that allow users to find information on individuals, location-based services, the inclusion of user-generated images into general-purpose search indexes and increasingly accurate face-recognition technologies are some of the developments that raise concerns about the future impact of search engines on fundamental rights such as the right to private life, and its potential bearing on the exercise of freedom of expression or the right to seek, receive and impart information of one's choice.

8. By combining different kinds of information on an individual, search engines create an image of a person that does not necessarily correspond to reality or to the image that a person would want to give of her- or himself. The combination of search results creates a much higher risk for that person than if all the data related to her on the Internet remained separate. Even long-forgotten personal data can resurface as a result of the operation of search engines. As an element of media literacy, users should be informed about their right to remove incorrect or excessive personal data from original web pages, with due respect for the right to freedom of expression. Search engines should promptly respond to users' requests to delete their personal data from (extracts of) copies

of web pages that search engine providers may still store (in their "cache" or as "snippets") after the original content has been deleted.

9. Overall, it is vital to ensure compliance with applicable privacy and data protection principles, starting with Article 8 of the Convention and Article 9 of Convention No. 108, that foresee strict conditions to ensure that individuals are protected from unlawful interference in their private life and abusive processing of their personal data.

Action

10. Member States (through the designated authorities) should enforce compliance with the applicable data protection principles, in particular by engaging with search engine providers to carry out the following actions:

– ensure that the collection of personal data by search engine providers is minimised. No user's IP address should be stored when it is not necessary for the pursuit of a legitimate purpose and when the same results can be achieved by sampling or surveying, or by anonymising personal data. Innovative approaches promoting anonymous searches should also be encouraged;

– ensure that retention periods are not longer than strictly necessary for the legitimate and specified purposes of the processing. Search engine providers should be in a position to justify with demonstrable reasons the collection and the retention of personal data. Information in this connection should be made publicly available and easily accessible;

– ensure that search engine providers apply the most appropriate security measures to protect personal data against unlawful access by third parties and that appropriate data breach notification schemes are in place. Measures should include "end-to-end" encryption of the communication between the user and the search engine provider;

– ensure that individuals are informed with regard to the processing of their personal data and the exercise of their rights, in an intelligible form, using clear and plain language, adapted to the data subject. Search engines should clearly inform users up front of all intended uses of their data (emphasising that the initial purpose of such processing is to better respond to their search requests) and respect the user's right with regard to their personal data. They should inform individuals if their personal data has been compromised;

– ensure that the cross-correlation of data originating from different services/platforms belonging to the search engine provider is performed only if unambiguous consent has been granted by the user for that specific service. The same applies to user profile enrichment exercises as also stated

in Recommendation CM/Rec(2010)13 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling.

11. In addition, member States should:

– encourage search engine providers further to develop tools that allow users to gain access to, and to correct and delete, data related to themselves that have been collected in the course of the use of services, including any profile created, for example for direct marketing purposes;

– ensure that requests from law-enforcement authorities to search engine providers for users' data are based on appropriate legal and judicial procedures, and that transparent mechanisms of co-operation are in place. This should include strong legal safeguards and the observance of due process requirements before individuals' data and search records are disclosed to public authorities or private parties. The above-mentioned procedures should not represent an undue burden for the providers in question.

III. Filtering and de-indexing

Context and challenges

12. A prerequisite for the existence of effective search engines is the freedom to crawl and index the information available on the Web. The filtering and blocking of Internet content by search engine providers entails the risk of violation of freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention in respect to the rights of providers and users to distribute and access information.

13. Search engine providers should not be obliged to monitor their networks and services proactively in order to detect possibly illegal content, nor should they conduct any ex ante filtering or blocking activity, unless mandated by court order or by a competent authority. However, there may be legitimate requests to remove specific sources from their index, for example in cases where other rights outweigh the right to freedom of expression and information; the right to information cannot be understood as extending the access to content beyond the intention of the person who exercises her or his freedom of expression.

14. In many countries, search engine providers de-index or filter specific websites at the request of public authorities or private parties in order to comply with legal obligations or at their own initiative (for example in cases not related to the content of websites, but to technical dangers such as malware). Any such de-indexing or filtering should be transparent, narrowly tailored and reviewed regularly subject to compliance with due process requirements.

Action

15. Member States should:

– ensure that any law, policy or individual request on de-indexing or filtering is enacted with full respect for relevant legal provisions, the right to freedom of expression and the right to seek, receive and impart information. The principles of due process and access to independent and accountable redress mechanisms should also be respected in this context.

16. In addition, member States should work with search engine providers so that they:

– ensure that any necessary filtering or blocking is transparent to the user. The blocking of all search results for certain keywords should not be included or promoted in self- and co-regulatory frameworks for search engines. Self- and co-regulatory regimes should not hinder individuals' freedom of expression and right to seek, receive and impart information, ideas and content through any media. As regards the content that has been defined in a democratic process as harmful for certain categories of users, member States should avoid general de-indexation which renders such content inaccessible to other categories of users. In many cases, encouraging search engines to offer adequate voluntary individual filter mechanisms may suffice to protect those groups;

– explore the possibility of allowing de-indexation of content which, while in the public domain, was not intended for mass communication (or mass communication in aggregate).

IV. Self- and co-regulation

Context and challenges

17. Self-regulatory initiatives by search engine providers aiming at protecting individuals' fundamental rights should be welcomed. It is important to recall that all self- and co-regulation may amount to interference with the rights of others and should therefore be transparent, independent, accountable and effective, in line with Article 10 of the Convention. A productive interaction between different stakeholders, such as State actors, private actors and civil society, can significantly contribute to the setting up of standards protecting human rights.

18. Member States should:

– take actions to promote the protection of individuals' fundamental rights meeting the Convention's standards, in particular the right to due process, the right to freedom of expression and the right to private life, through the development of co-regulation with search engine providers, when such measures are found appropriate;

– encourage the industry to develop self-regulatory codes of conduct guaranteeing the protection of individuals' fundamental rights, in the due respect of the Convention, in particular the right to due process, the right to freedom of expression and the right to privacy.

V. Media literacy

Context and challenges

19. Users should be informed and educated about the functioning of different search engines (search engine literacy) in order to make informed choices about the sources of information provided, in particular that a high ranking search does not necessarily reflect the importance, relevance or trustworthiness of the source. As search engines play an increasingly important role with regard to the accessibility of media and information online, media and information literacy strategies should be adapted accordingly. Users should be made aware of the implications of the use of search engines, both with regard to personalised search results, as well as to the impact on their image and reputation of combined search results about them, and of the available tools to exercise their rights.

Action

20. Member States should:

– take appropriate steps to include the topic of search engine literacy in their national media literacy strategies;

– take appropriate actions to enable users to be aware of and to manage their online identity, in particular with respect to the impact that search results can have on their image and reputation and to the effective tools to exercise their rights.

[1] Article 29 Working Party Opinion 1/2008 (adopted on 4 April 2008) on data protection issues related to search engines; the 28th International Data Protection and Privacy Commissioners' Conference Resolution on Privacy Protection and Search Engines (London, 2-3 November 2006).

Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers - 7 Aralık 2011

Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers

(Adopted by the Committee of Ministers on 7 December 2011 at the 1129th meeting of the Ministers' Deputies)

1. Freedom of expression and the right to receive and impart information and its corollary, freedom of the media, are indispensable for genuine democracy and democratic processes. Through their scrutiny and in the exercise of their watchdog role, the media provide checks and balances to the exercise of authority. The right to freedom of expression and information as well as freedom of the media must be guaranteed in full respect of Article 10 of the European Convention on Human Rights (ETS No. 5, hereinafter "the Convention"). The right to freedom of assembly and association is equally essential for people's participation in the public debate and their exercise of democratic citizenship, and it must be guaranteed in full respect of Article 11 of the Convention. All Council of Europe member states have undertaken, in Article 1 of the Convention, to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms" protected by the Convention (without any online/offline distinction).

2. People, notably civil society representatives, whistleblowers and human rights defenders, increasingly rely on social networks, blogging websites and other means of mass communication in aggregate to access and exchange information, publish content, interact, communicate and associate with each other. These platforms are becoming an integral part of the new media ecosystem. Although privately operated, they are a significant part of the public sphere through facilitating debate on issues of public interest; in some cases, they can fulfil, similar to traditional media, the role of a social "watchdog" and have demonstrated their usefulness in bringing positive real-life change.

3. In addition to opportunities, there are challenges to the effective exercise of freedom of expression and to the right to impart and receive information in the new media ecosystem. Direct

or indirect political influence or pressure on new media actors may lead to interference with the exercise of freedom of expression, access to information and transparency, not only at a national level but, given their global reach, also in a broader international context. Decisions concerning content can also impinge on the right to freedom of assembly and association.

4. Distributed denial-of-service attacks against websites of independent media, human rights defenders, dissidents, whistleblowers and other new media actors are also a matter of growing concern. These attacks represent an interference with freedom of expression and the right to impart and receive information and, in certain cases, with the right to freedom of association. Companies that provide web hosting services lack the incentive to continue hosting those websites if they fear that the latter will come under attack or if their content may be regarded as sensitive. Furthermore, the companies concerned are not immune to undue interference; their decisions sometimes stem from direct political pressure or from politically motivated economic compulsion, invoking justification on the basis of compliance with their terms of service.

5. These developments illustrate that free speech online is challenged in new ways and may fall victim to action taken by privately owned Internet platforms and online service providers. It is therefore necessary to affirm the role of these actors as facilitators of the exercise of the right to freedom of expression and the right to freedom of assembly and association.

6. Interference with content that is released into the public domain through these means or attempts to make entire websites inaccessible should be judged against international standards designed to secure the protection of freedom of expression and the right to impart and receive information, in particular the provisions of Article 10 of the Convention and the related case law of the European Court of Human Rights. Furthermore, impediments to interactions of specific interest communities should be measured against international standards on the right to freedom of assembly and association, in particular the provisions of Article 11 of the Convention and the related case law of the European Court of Human Rights.

7. The Committee of Ministers, therefore:

– alerts member states to the gravity of violations of Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights which might result from politically motivated pressure exerted on privately operated Internet platforms and online service providers, and of other attacks against websites of independent media, human rights defenders, dissidents, whistleblowers and new media actors;

– underlines, in this context, the necessity to reinforce policies that uphold freedom of expression and the right to impart and receive information, as well as the right to freedom of assembly and association, having regard to the provisions of Articles 10 and 11 of the Convention and the related case law of the European Court of Human Rights;

– confirms its commitment to continue to work to address the challenges that these matters pose for the protection of freedom of expression and access to information.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet

Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet

(Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)

1. The member states of the Council of Europe, States Parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5, hereinafter "the Convention") have undertaken in Article 1 to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in this Convention. They have particular roles and responsibilities in securing the protection and promotion of these rights and freedoms and can be held to account for violations of these rights and freedoms before the European Court of Human Rights.

2. The right to freedom of expression, which includes the freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference, is essential for citizens' participation in democratic processes. This right to freedom of expression applies to both online and offline activities, regardless of frontiers. In a Council of Europe context, its protection should be ensured in accordance with Article 10 of the Convention and the relevant case law of the European Court of Human Rights.

3. The Internet enables people to have access to information and services, to connect and to communicate, as well as to share ideas and knowledge globally. It provides essential tools for participation and deliberation in political and other activities of public interest.

4. The individual's freedom to have access to information and to form and express opinions, and the ability of groups to communicate and share views on the Internet depend on actions related to the Internet's infrastructure and critical resources, and on decisions on information technology design and deployment. Governmental action may also have a bearing on the exercise of these freedoms.

5. In particular, access to and use of the Internet is exposed to risks of disruption of the stable and ongoing functioning of the network due to technical failures and is vulnerable to other acts of interference with its infrastructure. The question of the stability and resilience of the Internet is intrinsically related to the cross-border interconnectedness and interdependence of its infrastructure, as well as its decentralised and distributed nature. Actions that take place in one jurisdiction may affect the ability of users to have access to information on the Internet in another.

6. Moreover, decisions taken in the context of the technical co-ordination and management of resources that are critical for the functioning of the Internet, notably domain names and Internet protocol addresses, may have a direct bearing on users' access to information and on protection of personal data. These resources are distributed in different jurisdictions and are managed by various non-governmental entities with a regional or global remit.

7. Against this background, the protection of freedom of expression and access to information on the Internet and the promotion of the public service value of the Internet are part of a larger set of concerns about how to ensure the universality, integrity and openness of the Internet.

8. People increasingly rely on the Internet for their everyday activities and to ensure their rights as citizens. They have a reasonable expectation that Internet services will be accessible and affordable, secure, reliable and ongoing. The Internet is, similarly, a critical resource for numerous sectors of the economy and public administration.

9. These expectations give rise to state responsibility to preserve carefully the general public interest in Internet-related policy making. Indeed, many countries have recognised the public service value of the Internet, whether in their national policies or legislation or in the form of political declarations, including in international fora.

10. States have a duty to ensure the protection of fundamental rights and freedoms of their citizens and they are called upon to respond to their legitimate expectations regarding the critical role of the Internet. As a result, it is the role of states to ensure the protection of the public interest in international Internet-related public policy.

11. In addition, states have mutual expectations that best efforts will be made to preserve and promote the public service value of the Internet. In this context, it is necessary to acknowledge their shared and mutual responsibilities to take reasonable measures to protect and promote the universality, integrity and openness of the Internet as a means of safeguarding freedom of expression and access to information regardless of frontiers.

12. Therefore, the Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe, recommends member states to:

– be guided by the principles contained in the Committee of Ministers' Declaration on Internet governance principles, both in the context of developing national Internet-related policies and when participating in such endeavours within the international community;

– protect and promote the universality, integrity and openness of the Internet having regard to the principles and in accordance with the commitment set out in this recommendation, and ensure that they are reflected in practice and law;

– ensure the broad dissemination of this commitment to all public authorities and private entities, in particular those dealing with the management of resources that are critical for the functioning of the Internet, and to civil society organisations;

– encourage these actors to support and promote the implementation of the principles included in the present recommendation.

Commitment to protect and promote the universality, integrity and openness of the Internet

1. General principles

1.1. No harm

1.1.1. States have the responsibility to ensure, in compliance with the standards recognised in international human rights law and with the principles of international law, that their actions do not have an adverse transboundary impact on access to and use of the Internet.

1.1.2. This should include, in particular, the responsibility to ensure that their actions within their jurisdictions do not illegitimately interfere with access to content outside their territorial boundaries or negatively impact the transboundary flow of Internet traffic.

1.2. Co-operation

States should co-operate in good faith with each other and with relevant stakeholders at all stages of development and implementation of Internet-related public policies to avoid any adverse transboundary impact on access to and use of the Internet.

1.3. Due diligence

Within the limits of non-involvement in day-to-day technical and operational matters, states should, in co-operation with each other and with all relevant stakeholders, take all necessary measures to prevent, manage and respond to significant transboundary disruptions to, and

interferences with, the infrastructure of the Internet, or, in any event, to minimise the risk and consequences arising from such events.

2. Integrity of the Internet

2.1. Preparedness

2.1.1. States should, jointly, and in consultation with relevant stakeholders, develop and implement emergency plans for managing and responding to disruptions to, and interferences with, the infrastructure of the Internet.

2.1.2. In particular, states should co-operate with a view to supporting the development and implementation of common standards, rules and practices aimed at preserving and strengthening the stability, robustness and resilience of the Internet.

2.1.3. States should create an environment that facilitates information sharing and response co-ordination among stakeholders, notably through the creation of public-private partnerships, in respect of activities involving a risk of causing significant transboundary disruptions to, and interferences with, the infrastructure of the Internet.

2.2. Response

2.2.1. Notification

States should, without delay, provide notification of any risk of significant transboundary disruptions to, and interferences with, the infrastructure of the Internet to potentially affected states.

2.2.2. Information sharing

States should, in a timely manner, provide potentially affected states with all available information relevant to responding to transboundary disruptions to, and interferences with, the infrastructure of the Internet.

2.2.3. Consultation

States should enter into consultation with each other without delay with a view to achieving mutually acceptable solutions regarding measures to be adopted to respond to significant transboundary disruptions to, and interferences with, the infrastructure of the Internet.

2.2.4. Mutual assistance

As appropriate, and with due regard to their capabilities, states should, in good faith, offer their assistance to other affected states with a view to mitigating the adverse effects of transboundary disruptions to, and interferences with, the infrastructure of the Internet.

2.3. Implementation

States should, in consultation with relevant stakeholders, within the limits of non-involvement in day-to-day technical and operational matters, develop reasonable legislative, administrative or other measures as appropriate to implement their due diligence commitments regarding the integrity of the Internet.

2.4. Responsibility

States should engage in dialogue and co-operation for the further development of international standards relating to responsibility and liability and to the settlement of related disputes.

3. Resources that are critical for the functioning of the Internet

States should take all reasonable measures to ensure that the development and application of standards, policies, procedures or practices in connection with the management of resources that are critical for the functioning of the Internet incorporate protection for human rights and fundamental freedoms of Internet users in compliance with the standards recognised in international human rights law.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media

Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media

(Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)

Introduction

The purpose of media

1. Since their emergence as a means of mass communication, media have been the most important tool for freedom of expression in the public sphere, enabling people to exercise their right to seek and receive information. Media animate and provide a space for public debate. Media offer comment and opinion as part of political dialogue, contribute to setting the political agenda and the shaping of public opinion, and they often seek to promote certain values. Media facilitate the scrutiny of public and political affairs and private or business-related matters, thereby increasing transparency and accountability. Moreover, media provide education, entertainment, cultural and artistic expression. Media also play an important part in the economy, create jobs and generate income.

Media and democracy

2. Freedom of expression, in particular the right to seek, impart and receive information, and its corollary freedom of the media, are indispensable for genuine democracy and democratic processes. In a democratic society, people must be able to contribute to and participate in the decision-making processes which concern them. This applies to local, national or international governance models as well as to other specific communities. In this context, democratic governance should be understood in broad terms to include processes concerning private or business-related matters with public policy relevance or collective interest. All content provided by the media has potential impact on society regardless of the value attributed to it. The power of the media can be misused, especially in a context of strong media concentration, to the detriment of pluralism and democracy.

Media standards and regulation

3. All Council of Europe member states have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction the fundamental right to freedom of expression and information, in accordance with Article 10 of the European Convention on Human Rights ("the Convention", ETS No. 5). This right is not absolute; it carries with it duties and responsibilities and can be subject to limitations in accordance with Article 10, paragraph 2, of the Convention.

4. Historically, media regulation has been justified by and graduated having regard to its potential high impact on society and on individual rights; regulation has also been a means of managing scarce resources in the public interest. Given their importance for democracy, media have been the subject of extensive Council of Europe standard-setting activity. The purpose has been to ensure the highest protection of media freedom and to provide guidance on duties and responsibilities. As a form of interference, any regulation should itself comply with the requirements set out in Article 10 of the European Convention on Human Rights and the standards that stem from the relevant case law of the European Court of Human Rights.

Developments in the media ecosystem

5. Developments in information and communication technologies and their application to mass communication have led to significant changes in the media ecosystem, understood in broad terms to encompass all actors and factors whose interaction allows the media to function and to fulfil their role in society. It has allowed for new ways of disseminating content on a large scale and often at considerably lower cost and with fewer technical and professional requirements. New features include unprecedented levels of interaction and engagement by users, offering new opportunities for democratic citizenship. New applications also facilitate users' participation in the creation process and in the dissemination of information and content, blurring the boundaries between public and private communication. The media's intrinsic editorial practices have diversified, adopting new modalities, procedures and outcomes.

6. With these changes in the media ecosystem, the functioning and existence of traditional media actors, as well as their economic models and professional standards, are being complemented or replaced by other actors. New actors have assumed functions in the production and distribution process of media services which, until recently, had been performed only (or mostly) by traditional media organisations; these include content aggregators, application designers and users who are also producers of content. A number of "intermediaries" or "auxiliaries", often stemming from the information and communication (ICT) sector, including those serving at the outset as mere hosts or conduits (for example infrastructure, network or platform operators), are essential for digital media's outreach and people's access to them. Services provided by these new actors have

become essential pathfinders to information, at times turning the intermediaries or auxiliaries into gatekeepers or into players who assume an active role in mass communication editorial processes. Such services have complemented or, on occasion, partly replaced traditional media actors in respect of those functions. The roles of each actor can easily change or evolve fluidly and seamlessly. Furthermore, some have developed services or applications which have put them in a dominant position on a national or even at a global level.

A new notion of media which requires a graduated and differentiated approach

7. Despite the changes in its ecosystem, the role of the media in a democratic society, albeit with additional tools (namely interaction and engagement), has not changed. Media-related policy must therefore take full account of these and future developments, embracing a notion of media which is appropriate for such a fluid and multi-dimensional reality. All actors – whether new or traditional – who operate within the media ecosystem should be offered a policy framework which guarantees an appropriate level of protection and provides a clear indication of their duties and responsibilities in line with Council of Europe standards. The response should be graduated and differentiated according to the part that media services play in content production and dissemination processes. Attention should also be paid to potential forms of interference in the proper functioning of media or its ecosystem, including through indirect action against the media's economic or operational infrastructure.

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15. b of the Statute of the Council of Europe recommends that member states:

– adopt a new, broad notion of media which encompasses all actors involved in the production and dissemination, to potentially large numbers of people, of content (for example information, analysis, comment, opinion, education, culture, art and entertainment in text, audio, visual, audiovisual or other form) and applications which are designed to facilitate interactive mass communication (for example social networks) or other content-based large-scale interactive experiences (for example online games), while retaining (in all these cases) editorial control or oversight of the contents;

– review regulatory needs in respect of all actors delivering services or products in the media ecosystem so as to guarantee people's right to seek, receive and impart information in accordance with Article 10 of the European Convention on Human Rights, and to extend to those actors relevant safeguards against interference that might otherwise have an adverse effect on Article 10 rights, including as regards situations which risk leading to undue self-restraint or self-censorship;

– apply the criteria set out in the appendix hereto when considering a graduated and differentiated response for actors falling within the new notion of media based on relevant Council of Europe media-related standards, having regard to their specific functions in the media process and their potential impact and significance in ensuring or enhancing good governance in a democratic society;

– engage in dialogue with all actors in the media ecosystem in order for them to be properly apprised of the applicable legal framework; invite traditional and new media to exchange good practice and, if appropriate, consult each other in order to develop self-regulatory tools, including codes of conduct, which take account of, or incorporate in a suitable form, generally accepted media and journalistic standards;

– adopt strategies to promote, develop or ensure suitable levels of public service delivery so as to guarantee a satisfactory level of pluralism, diversity of content and consumer choice and ensure close scrutiny or monitoring of developments;

– remain attentive to addressing situations of strong concentration in the media ecosystem which might result in the misuse of an actor's ability to shape or influence public opinion or people's choices with potentially adverse consequences in respect of governance and, more particularly, political pluralism and democratic processes, especially as new types of services, applications or platforms gain relevance in these respects;

– undertake action, individually or collectively, to promote these approaches in appropriate international fora.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2011)7

Criteria for identifying media and guidance for a graduated and differentiated response

Introduction

1. Democracy and freedom of expression require member states to refrain from undue interference with the media. Member states should also take proactive measures to promote media freedom, independence, pluralism and diversity and to protect the activities that ensure the adequate functioning of the media ecosystem, understood in broad terms to encompass all actors and factors whose interaction allow the media to function and to fulfil their role in society.

2. The policy framework in place should be clear and the consequences of its application should be foreseeable. It should be articulated towards protecting and promoting freedom of expression, diversity and pluralism, and should identify the duties and responsibilities of all actors in the media

ecosystem, subject to the strict limits stipulated in Article 10 of the European Convention on Human Rights, as interpreted in the relevant case law of the European Court of Human Rights.

3. Policy-making and, more particularly, regulatory processes should ensure that due attention is paid to the principle that, as a form of interference, any regulation should itself comply with the requirements set out in Article 10 of the European Convention on Human Rights and the standards that stem from the relevant case law of the European Court of Human Rights. Regulatory responses should therefore respond to a pressing social need and, having regard to their tangible impact, they should be proportional to the aim pursued.

4. The Council of Europe has developed over the years a significant body of standards with regard to the media in order to assist media policy makers in their necessary endeavour to offer media the protection they need for their proper functioning and in their related policy-making and regulatory activities. In order to assist member states in the implementation of the Recommendation on a New Notion of Media, guidance is proposed in the present Appendix, on the one hand, to facilitate discerning whether particular activities, services or actors might be categorised as media (Part I) and, on the other hand, to inspire a graduated and differentiated policy approach in respect of the various activities, services or actors that are part of the media ecosystem (Part II).

5. The result of examining activities, services or actors in the light of the criteria (and indicators) should assist in gauging the necessity and the extent of policy-making or regulatory needs and also the degree of application of relevant legal frameworks (both as concerns freedoms and responsibilities). For example, policy responses for media focussing on news services may differ from those offering a platform for political debate or entertainment, in turn different from the mere association of revenue-generating activities to the dissemination of content through means of mass communication.

6. To this end, based on existing Council of Europe standards, Part II provides guidance to policy makers on how to apply media standards to new media activities, services or actors. It also offers the opportunity to address, or reinforce, the gender equality perspective in response to the call made by the Committee of Ministers of the Council of Europe in its Madrid Declaration “Making gender equality a reality” (12 May 2009) and the call made in the report of the Group of Eminent Persons’ entitled “Living together. Combining diversity and freedom in 21st century Europe”, presented to the Committee of Ministers in Istanbul on 10 May 2011.

7. A differentiated and graduated approach requires that each actor whose services are identified as media or as an intermediary or auxiliary activity benefit from both the appropriate form

(differentiated) and the appropriate level (graduated) of protection and that responsibility also be delimited in conformity with Article 10 of the European Convention on Human Rights and other relevant standards developed by the Council of Europe.

8. It should also be recalled that newer or emerging modes of mass dissemination of and access to content, and the associated retention, processing and exploitation of data, may well affect the rights protected under Article 10 of the European Convention on Human Rights.

Part I

Media criteria and indicators

Preliminary remarks

9. Media policy makers are invited to take account of the following criteria when considering if particular activities, services or actors ought to be regarded as media.

10. Six criteria are set out below, each supplemented by a set of indicators, which should allow policy makers to identify media and media activities in the new ecosystem. The extent to which criteria are met will permit to recognise whether a new communication service amounts to media or will provide an indication of the bearing of intermediary or auxiliary activity on media services. Indicators should allow for establishing whether and to what extent a particular criterion is met. Not all indicators need to be met to fulfil a particular criterion. Some indicators, such as those relating to professional standards and media ethics, relate to more than one criterion.

11. Similarly, not all criteria carry equal weight. The absence of certain criteria such as purpose (criterion 2), editorial control (criterion 3) or outreach and dissemination (criterion 5) would tend to disqualify a service from being regarded as media. Certain criteria may not be met, such as intent (criterion 1) or public expectation (criterion 6) or not be immediately apparent, which should not automatically disqualify a service from being considered media, but may carry considerable weight if they are present.

12. When considering criteria, account should be taken of the service provider's own characteristics and idiosyncrasy, as well as the service provider's maturing process as media, which may have a bearing on the manner of displaying editorial control (criterion 3) or on self-perceived professionalism (criterion 4). Consequently, all criteria (and indicators) should be applied in a flexible manner, interpreting them in the context of specific situations or realities. In the new communication environments, continuous attention is called for, as an actor's role and operation can easily change and evolve fluidly and seamlessly, which might affect the extent to which one or more criteria are met and thus its potential classification as media.

13. A commonly accepted feature of media is its role in society and its impact on society or bearing on democratic processes. Impact can be seen as part of several of the criteria below. However, given that assessing impact is highly subjective, it should not be considered as a determining factor. All content provided by media has a potential impact on society, whatever the size of the segment of population concerned, and regardless of the value attributed to it by society as a whole.

14. The result of this analysis should be taken into account when shaping media-related policy and when graduating its application, always subject to the caveats of strict necessity and minimum intervention. It will also have a bearing on the extent to which Council of Europe media-related standards apply and the modalities of its application. This entails a need for a flexible response, tailored to a concrete case (namely differentiated) and graduated for the purpose. The response should also take account of the service provider's own characteristics and idiosyncrasy, as well as that service provider's maturing process as media.

15. Intermediaries and auxiliaries in the media ecosystem can be distinguished from media as they may meet certain of the criteria or indicators below, but they usually do not meet some of the core criteria such as editorial control (criterion 3) or purpose (criterion 2). However, they often play an essential role, which can give them considerable power as regards outreach and control or oversight over content. As a result, intermediaries and auxiliaries can easily assume an active role in mass communication editorial processes. Member states should therefore consider them carefully in media-related policy making and should be particularly attentive to their own positive and negative obligations stemming from Article 10 of the European Convention on Human Rights. This may call for a differentiated policy response in their respect (adapted to particular intermediaries or auxiliaries) having regard to the specificities of the situation (for example when their action can have a bearing on pluralism or on the ability of media served by the intermediaries or auxiliaries in question to fulfil their purpose, to function normally or to continue delivering their services).

Criterion 1 – Intent to act as media

Indicators

Self-labelling as media

Working methods which are typical for media

Commitment to professional media standards

Practical arrangements for mass communication

16. The volition of an actor is an important factor in assessing whether the actor itself or some or all of its services and products should be regarded as media. It also allows for a first instance in policy differentiation on the basis of different actors' own perceptions as regards their activities and services.

17. Intent to act as media can be expressed by subjective means (for example by self-declaration as media, self-labelling, brand, declaring a purpose, mission statement or business plan that avow media or journalistic goals) and may be explicit or even formally recorded (as in the case of business registration, purpose stated in a company's articles of association). These subjective indicators can refer to other criteria, such as purpose (for example resolve to provide regularly updated news), editorial control or professional standards.

18. More particularly, intent can be revealed by the adoption of an editorial policy or commitment to professional and ethical standards which are typical for media. An editorial policy or commitment can also be expressed in the terms and conditions of use which provide explanations to users of a service about the types of content or behaviour that are, or are not, accepted by the operator.

19. Membership in professional media organisations or professional organisations which promote or enforce codes of ethics or good practice or engage in other forms of self-regulation which are typical for media may also be relevant, together with the choice of staff (for example journalists) for certain functions, job descriptions of staff, the training or even the choice of professional insurance (for example against defamation) offered to them.

20. Intent can also be inferred from action taken (for example setting up a business or platform and hiring staff, etc.) to produce or disseminate to a wide audience typical media content (for example information, analysis, comment, opinion, education, culture, art and entertainment in text, audio, visual, audiovisual form).

21. In a new communications environment, this extends to action taken to arrange, aggregate or select (for example by means of algorithms) and to disseminate the above-mentioned content to potentially large numbers of people through means of mass communication. It also extends to operating applications for collective online shared spaces which are designed to facilitate interactive mass communication (or mass communication in aggregate) or other content-based large-scale interactive experiences. It can, in particular, be evidenced by the means, arrangements or structures put in place for mass communication (for example platform or bandwidth enabling mass outreach).

22. While intent is in itself an important criterion, by itself it is not sufficient for considering or treating an actor or any of its services or products as media.

Criterion 2 – Purpose and underlying objectives of media

Indicators

Produce, aggregate or disseminate media content

Operate applications or platforms designed to facilitate interactive mass communication or mass communication in aggregate (for example social networks) and/or to provide content-based large-scale interactive experiences (for example online games)

With underlying media objective(s) (animate and provide a space for public debate and political dialogue, shape and influence public opinion, promote values, facilitate scrutiny and increase transparency and accountability, provide education, entertainment, cultural and artistic expression, create jobs, generate income – or most frequently, a combination of the above)

Periodic renewal and update of content

23. In spite of the changes in the media ecosystem, the purpose and underlying objective(s) of the media remains on the whole unchanged, namely the provision or dissemination of content to a broad public and the provision of a space for different interactive experiences. Media are the most important tool for freedom of expression.

24. Media's purpose and underlying objectives remain a determining factor, especially as regards its role in and impact on society. They have been features of choice for identifying media and are highly relevant for media-related policy-making and regulatory processes. They will therefore be an important tool when considering a differentiated and graduated response.

25. A desire to influence public opinion, which has traditionally been one of the key indicators for identifying media or media-related activities, manifests itself in devoting content to matters of public debate and interest and in efforts to reach a large public. Evidence of such influence and impact on society can be derived from research on media's credibility and trustworthiness and on their ability to achieve those underlying objectives which are relevant for democratic processes (see in this context criteria 5 and 6, relating to outreach and dissemination and to public expectation).

26. However, value judgements in respect of content should not be a determining factor to disqualify services, activities or actors as media. Attention should in particular be paid to the risk of excluding certain activities from consideration as media because of their innovative modalities

rather than their essential features. Arranging, aggregating, selecting or, on occasion, even promoting content for its broad dissemination are relevant. Depending on the degree to which criteria are met, the notion of producer may need to be distinguished from media (for example in respect of content-sharing platforms subject to light touch editorial control or ex post moderation). In this respect, reference to traditional media's interactive or user generated content (for example collaborative, audience participation, call-in, quiz or talk show formats) may be useful. This may bear on the extent and modalities of application of media-related policies to them.

27. New business models have been, and will no doubt continue to be, developed for associating revenue-generating activities to the dissemination of content. This is sometimes at the centre of media activities and can therefore be useful to identify and categorise the underlying media services and activities and to consider the policy and regulatory consequences.

28. The periodic or regular renewal or updating of content should also be given due consideration. This indicator of media has to be applied with precaution given the importance of constant or occasional renewal. Moreover, in a new communications environment where users exercise considerable control over the shaping and the timing of access to content, updating or renewal may well relate more closely to user experience than to timing or to the content itself. This is particularly the case for services involving collective online shared spaces designed to facilitate content-based interactive mass communication in aggregate or other large-scale interactive experiences.

Criterion 3 – Editorial control

Indicators

Editorial policy

Editorial process

Moderation

Editorial staff

29. Editorial freedom or independence is an essential requirement for media and a direct corollary of freedom of expression and the right to hold opinions and to receive and impart information, guaranteed under Article 10 of the European Convention on Human Rights. A number of existing Council of Europe standards provide guidance designed to preserve and promote editorial freedom or independence. The reverse of the medal is media's own editorial control or oversight over content and responsibility for editorial decisions.

30. Editorial control can be evidenced by the actors' own policy decisions on the content to make available or to promote, and on the manner in which to present or arrange it. Legacy media sometimes publicise explicitly written editorial policies, but they can also be found in internal instructions or criteria for selecting or processing (for example verifying or validating) content. In the new communications environments, editorial policies can be embedded in mission statements or in terms and conditions of use (which may contain very detailed provisions on content), or may be expressed informally as a commitment to certain principles (for example netiquette, motto).

31. The absence of an outward assertion of editorial control by the media should not, by itself, be considered as an indication of its absence. Editorial process involves a set of routines and conventions that inform decision making as regards content. In an evolving media environment, there are many examples of the gradual development and consolidation of editorial process as media mature. As has been the case for legacy media, there may be varying degrees or intensity of control over content, which may be perceived only as regards a small part of it.

32. Editorial process can involve users (for example peer review and take down requests) with ultimate decisions taken according to an internally defined process and having regard to specified criteria (reactive moderation). New media often resort to ex post moderation (often referred to as post-moderation) in respect of user generated content, which may at first sight be imperceptible. Editorial processes may also be automated (for example in the case of algorithms ex ante selecting content or comparing content with copyrighted material).

33. In certain cases, editorial control can be more apparent in respect of selected or promoted content or content associated to revenue-generating activities (for example advertising) than as regards other content (for example user generated material). In turn, part of the content (for example advertising) can be under direct control of a third party by virtue of an agency agreement. Legacy media tend to resort to ex ante editorial control (or pre-moderation) in respect of certain services or activities (for example print media or some broadcasts) but not others (for example collaborative, audience participation, call-in or talk show formats).

34. Staff entrusted with producing, commissioning, collecting, examining, processing or validating content will serve as a reliable indicator of editorial control or oversight. The existence of editorial boards, designated controllers or supervisors with editorial powers, or arrangements for responding to or dealing with users requests or complaints as regards content, will be particularly helpful in this respect.

35. Again, it should be noted that different levels of editorial control go along with different levels of editorial responsibility. Different levels of editorial control or editorial modalities (for example

ex ante as compared with ex post moderation) call for differentiated responses and will almost certainly permit best to graduate the response.

36. Consequently, a provider of an intermediary or auxiliary service which contributes to the functioning or accessing of a media but does not – or should not – itself exercise editorial control, and therefore has limited or no editorial responsibility, should not be considered to be media. However, their action may be relevant in a media context. Nonetheless, action taken by providers of intermediary or auxiliary services as a result of legal obligations (for example take down of content in response to a judicial order) should not be considered as editorial control in the sense of the above.

Criterion 4 – Professional standards

Indicators

Commitment

Compliance procedures

Complaints procedures

Asserting prerogatives, rights or privileges

37. Media have built trust over time through competence and professionalism of their staff, in particular journalists. Collectively, they have expressed their commitment to preserve their values in a wide range of declarations, charters and codes which they seek to promote throughout the sector and transmit to their peers, in particular to newcomers to the profession. Specific media have reinforced this through their own internal codes of practice, staff regulations or instructions and norms as to procedure and style. Self-regulation also speaks of the importance of media and journalism for our societies, especially for democracy.

38. However it is expressed, adhesion to the profession's own ethics, deontology and standards is a strong media indicator; standards frequently mentioned in this context are truthfulness, responsibility, freedom of expression and of the media, equality, fairness, and journalistic independence. In new media, evidence of this criterion can be less apparent, but may be found in mission statements, in staff regulations or in terms and conditions of use. The selection of staff, the tasks entrusted to them, guidance for their performance, or their professional background or competence could also be relevant.

39. Media (and journalists') ethics, deontology and standards are the basis of media accountability systems. There is a wide range of media accountability systems; they include media or press

councils, ombudspersons (including in-house users' advocates), informal peer (media) review, and a range of formal or informal processes that permit to hold media to account for their performance or to conduct ethical audits.

40. Media accountability systems extend to complaint procedures and to the existence of bodies tasked with examining complaints and deciding on compliance with professional standards. In this connection, attention should be paid to the availability of remedies typical of media (for example reply, correction, apology) or other means of providing satisfaction in response to complaints about the content disseminated.

41. As regards in particular new media, codes of conduct or ethical standards for bloggers have already been accepted by at least part of the online journalism community. Nonetheless, bloggers should only be considered media if they fulfil the criteria to a sufficient degree. In the absence of self-regulation, national and international decisions or case law (for example of national judges or data protection authorities and international bodies, including the European Court of Human Rights) are also contributing to the shaping of standards (for example as regards privacy or the protection of personal data, or the protection of children from harmful content).

42. Seeking to benefit from protection or privileges offered to media can be very revealing. Prerogatives, rights and privileges which can be asserted by media or by journalists, subject to relevant legal provisions, include: the protection of sources; privileged communications and protection against seizure of journalistic material; freedom of movement and access to information; the right to accreditation; protection against misuse of libel and defamation laws (for example defences as regards the truthfulness and accuracy of information, good faith public interest).

Criterion 5 – Outreach and dissemination

Indicators

Actual dissemination

Mass-communication in aggregate

Resources for outreach

43. In order to achieve the purposes described above, media seek outreach to a large number of people. Media or mass communication has traditionally been defined as mediated public communication addressed to a large audience and open to all. Outreach or actual dissemination (number of copies, viewers or users) is therefore an important indicator in identifying media and in distinguishing it from private communication, including private communication taking place in

a public space (which is not, in itself media, but could be incorporated into media or mass communication in aggregate). However, there is no single or common understanding of what is mass or large audience; it can easily range from a territorial, interest or other community (for example the target of local, professional or community media) to potentially global audiences (in the case of satellite television or certain Internet services).

44. Technologies making possible non-linear or on-demand delivery of content, conditional access, unbundling of electronically delivered content, personalisation of content or unicasting, bring a different dimension to the term and have brought a new dimension to mass communication. So has the capacity of the Internet to support the full range of public (one-to-many, many-to-many) communication, as well as group (few-to-few) and private communication (one-to-one); the fact that such communication takes place on the internet (a public space) does not necessarily imply that it is media.

45. For an assessment of outreach, attention should be paid to the aggregated audience, namely all those sharing the platform or common features of the service and who can be reached by the content produced, arranged, selected, aggregated or distributed by the operator, including when the delivery of or access to content is not simultaneous. It may be useful to consider separately the question of content sought by the user and that directly or indirectly related to the revenue-generating activity of the operator of the service. The number of registered users is therefore relevant.

46. The above is consistent with emerging case law which suggests a fine line between private and public communication; as a result, publishing content in social networks has attracted consequences proper to public communication. However, this does not entail categorising the users as media (which would have given them access to media or journalists' prerogatives or privileges). To meet this criterion, a content provider has to take concrete steps to power or project content to a mass-communication dimension; this outreach could be evidenced by recourse to sufficient bandwidth or developing suitable distribution platforms. Attention should be paid to the possibility of rapid developments in this respect.

47. The new fluid ecosystem allows for media to operate easily within other media or for different operators to overlap, sometimes blurring the boundaries between them. It is therefore important to distinguish their respective roles, so as to discern their respective responsibilities. This process may be facilitated by exploring the degree to which the guest, separately, meets the media criteria. This is also important in order not to overstretch the notion of media to unduly include users who produce or contribute to generating content.

48. Together with other criteria, the dimension of entirely closed collective online shared spaces designed to facilitate interactive communication should permit to determine whether they are media. However, the mere fact of restricted access should not automatically disqualify them (this is comparable to media services only available by subscription).

49. The level of outreach and dissemination is an important criterion which, clearly, has an impact on a differentiated and graduated approach. If outreach and dissemination are low, a service should not be considered media. However, this should be considered having regard to the size of the market or potential audience or user base and also potential impact. The absence of sufficiently large outreach and dissemination does not preclude something from being considered to be media but, in all such cases, those circumstances will have a bearing on differentiation and graduation.

Criterion 6 – Public expectation

Indicators

Availability

Pluralism and diversity

Reliability

Respect of professional and ethical standards

Accountability and transparency

50. People's expectations follow largely the preceding criteria (and the related indicators). They expect that media be available and will be there for them when they wish to turn their attention to it. Without prejudice to discontinuation or temporary suspension, media services are therefore presumed ongoing and broadly accessible (this does not rule out services for consideration, by subscription or subject to membership arrangements).

51. In general, people recognise media and rely to a large extent on media for information and other content. They expect that content will be produced according to relevant professional standards. In a democratic society, they count on the availability of a range of sources of information and expect their content to be diverse, responding to the interests of different segments in society.

52. Depending on the purpose and nature of specific media, public expectation may vary. Expectations in respect of public service media are higher than in respect of certain other media. News media will naturally be expected to be regularly updated and disseminated periodically.

People even have expectations as regards content of a commercial nature, which are higher in respect of media or media content designed for minors.

53. In order to be able to fulfil their role and achieve their purpose, media have to earn the trust of the public. Depending on the expressed or perceived purpose, editorial policy, financing model and impact, the trust accorded by the public to media varies. The development of professional and ethical standards to a large extent reflects people's expectations. However, self-regulation may not always be regarded as sufficient and people look to public authorities to ensure that minima are guaranteed. There are also expectations as to transparency and accountability. Higher levels of expected trustworthiness, standards, transparency and accountability does not necessarily bring about higher outreach, dissemination or impact.

54. Public expectation in a given society may, to some extent, be revealed by law makers' interest on and attention to the subject, and by existing regulation (including co-regulation). In a global society where media know no borders, there is an expectation of some degree of harmonisation also in the understanding of what media is. Comparative solutions may therefore be relevant.

55. The level and nature of public expectation can change rapidly both as regards the media themselves and the part to be played by policy makers, depending on whether and the extent to which other criteria and indicators are met.

Part II

Standards applied to media in the new ecosystem

Preliminary remarks

56. The objective of this part is to offer guidance to policy makers on how to apply media standards to new media activities, services or actors in a graduated and differentiated manner. Further, it provides a substantive basis for implementing the recommendation that member states engage in dialogue with all actors in the media ecosystem in order for them to be properly apprised of the applicable legal framework. It should also assist media actors in any self-regulatory exercise in which they may engage.

57. While the Recommendation on a new notion of media and Part I of this appendix are expected to stand the test of time because of their broad nature, this part, which is of a more pragmatic nature, may need to be further developed, adapted or revised periodically in light of changes in the media ecosystem.

58. Media and journalists are subject to general legal provisions (namely those that are not specific to the media, whether civil, commercial, corporate, tax or penal law). However, given media's

needs and role in society, certain general provisions may need to be interpreted specifically for the media (for example in respect of defamation, surveillance, stop and search, state secrets or corporate confidentiality) or their application be scrutinised to avoid their misuse to covertly impinge on media freedom.

59. Subject to the principle that, as a form of interference, media regulation should comply with the requirements of strict necessity and minimum intervention, specific regulatory frameworks should respond to the need to protect media from interference (recognising prerogatives, rights and privileges beyond general law, or providing a framework for their exercise), to manage scarce resources (to ensure media pluralism and diversity of content – cf. Article 10, paragraph 1 in fine, of the European Convention on Human Rights) or to address media responsibilities (within the strict boundaries set out in Article 10, paragraph 2, of the Convention and the related case law of the European Court of Human Rights). These considerations inspired the structure of this part of the appendix.

60. In each case, an indication is given of existing Council of Europe standards, and their application in a new media environment is briefly explained. There is no attempt to set out standards in an exhaustive manner. Those selected should be seen as examples which can provide some inspiration for the application of other relevant Council of Europe standards. Given the nature and scope of this instrument, guidance is presented in very broad terms; more precise guidance will have to be deduced from related Committee of Ministers standard-setting instruments (a proposed list is set out at the end of the section). The application of standards will be subject to and evolve in line with developments as regards media actors, services and activities.

A. Rights, privileges and prerogatives

Indicators

Media freedom and editorial independence

Freedom from censorship

Protection against misuse of defamation laws and risk of chilling effect

61. There is no genuine democracy without independent media. Media freedom should be understood in broad terms. It comprises freedom of expression and the right to disseminate content. As stipulated in Article 10 of the European Convention on Human Rights, this right has to be guaranteed regardless of frontiers. Actors should be able to initiate media activities or to evolve without undue difficulty from private or semi-private communication in a public space into mass communication. In particular, there should be no prior authorisation processes; if required,

declaration of media activities should pursue the objective of enhancing their protection against interference, without creating unwarranted obstacles to their operation.

62. There are many examples of interference or attempts to interfere with the independence of media in the new ecosystem. There have been reports of direct pressure by politicians on media to withhold or withdraw content and also calls on intermediaries to exclude media actors from their hosting services. Respect of editorial independence requires absence of censorship or ex ante control of content. Media should be free from blocking and filtering measures. Public disclosure of all such incidents should be welcome.

63. The importance of the role of intermediaries should be underlined. They offer alternative and complementary means or channels for the dissemination of media content, thus broadening outreach and enhancing effectiveness in media's achievements of its purposes and objectives. In a competitive intermediaries and auxiliaries market, they may significantly reduce the risk of interference by authorities. However, given the degree to which media have to rely on them in the new ecosystem, there is also a risk of censorship operated through intermediaries and auxiliaries. Certain situations may also pose a risk of private censorship (by intermediaries and auxiliaries in respect of media to which they provide services or content they carry).

64. There is growing concern about denial of service attacks against media in the digital environment. Smaller media operators, which are a key component of a plural and diverse media landscape, are most vulnerable. As a result, they may also be refused hosting services. Claims have also been made of indirect action against media by obstructing their funding arrangements; tax or competition procedures could be misused in a similar way.

65. In the new ecosystem, all media should be preserved from pressure, including that which is politically motivated or stemming from economic interests. Media should be free from censorship and preserved from self-censorship. Editorial independence requires effective and manifest separation between ownership or control over media and decision making as regards content. This is an important factor in the maturing process of media. Persons who exercise political authority or influence should refrain from participating in media's editorial decisions. This is particularly relevant as regards media in the new ecosystem which carry content capable of shaping opinion or informing the electorate's political decisions. These considerations apply equally to content creators and distributors.

66. Libel and defamation laws can be misused to interfere with, or by way of reprisal against, media. They can have a strong chilling effect. According to the case law of the European Court of Human Rights, expressions (or content) which disturb, shock or offend must be tolerated. Subject

to the respect or clearing of pertinent intellectual property rights, media should be able to rely on prior media reports or published material without risk. However, in the new ecosystem, consideration needs to be given to the accumulated or multiplied impact and the possible need to apportion responsibility in case of damage (for example resulting from dissemination by a first outlet as compared to the enhanced or multiplied impact when the same content is disseminated by other, including mainstream, media).

67. All media in the new ecosystem should be entitled to use the defences of truthfulness and accuracy of information, good faith or public interest (in particular in the context of scrutiny of the conduct of public or political figures and public officials, and also in respect of matters a priori covered by state secrets or by corporate confidentiality rules). Media should be confident that, when assessing content, fact will be treated differently from opinion (the latter allowing for greater freedom). Media should also be able to rely on freedom of satire and the right to exaggeration.

68. Any action sought against media in respect of content should respect strictly applicable laws; above all international human rights law, in particular the provisions of the European Convention on Human Rights, and comply with procedural safeguards. There should be a presumption in favour of freedom of expression and information and in favour of media freedom. Due account should be taken of the role of users and of the nature of user generated content.

69. Whether in the form of negative obligations (not to interfere) or positive obligations (to facilitate the exercise of freedom of expression and the right to impart and receive information regardless of frontiers, including by ensuring the availability of effective remedies in case of interference by other actors) the duty bearer of these rights, privileges and prerogatives is the state. This should be graduated depending on the circumstances of each case and the realistic possibilities for the state to take necessary preventive or remedial measures. State responsibility should, in no case, be interpreted as allowing for any control, inspection or interference, or indeed any other action, capable of obstructing the legitimate exercise of the right to freedom of expression and the right to impart and receive information regardless of frontiers.

Indicators

Right to investigate

Protection of journalists and journalistic sources

70. Media's right to investigate is essential for democracy; it should therefore be recognised, preserved and promoted in the new media ecosystem. Journalists' right to investigate may be facilitated by accreditation; where applicable, media professionals in the new ecosystem should

be offered accreditation without discrimination and without undue delay or impediment. The rights to freedom of movement (for example access to crisis zones) and access to information are highly relevant for all media professionals. Where appropriate, they should be offered protection without discrimination.

71. The above may extend, in certain cases, to providing protection or some form of support (for example guidance or training so that they do not put their own lives at risk) to actors who, while meeting certain of the criteria and indicators set out in Part I of this appendix, may not fully qualify as media (for example individual bloggers). A graduated response should take account of the extent to which such actors can be considered part of the media ecosystem and contributors to the functions and role of media in a democratic society.

72. Other essential components of the right to investigate are privacy of communications and the protection against seizure of professional material. Any form of surveillance of media professionals, including the tracking of their movements through electronic means, should be considered with great circumspection and be made the subject of reinforced safeguards.

73. The protection of sources is increasingly the subject of formal legal recognition. There is a need for robust protection of whistleblowers. In the new media ecosystem, the protection of sources should extend to the identity of users who make content of public interest available on collective online shared spaces which are designed to facilitate interactive mass communication (or mass communication in aggregate); this includes content-sharing platforms and social networking services. Arrangements may be needed to authorise the use of pseudonyms (for example in social networks) in cases where disclosure of identity might attract retaliation (for example as a consequence of political or human rights activism).

Indicators

Fair access to distribution channels

Intermediaries and auxiliaries

74. Media should have fair access to electronic communication networks (including hosting services) and should be able to rely on the principle of net neutrality. Interoperability and open standards may be useful tools for eliminating technical barriers to the dissemination of media content. Consideration might be given to reinterpreting “must carry” rules in the new media ecosystem.

75. To the extent that their action or decisions can have an impact on media in the new ecosystem, intermediaries and auxiliaries should be free from pressure or influence intended to bear on media,

its independence or its editorial decisions. Policy measures may be required to give effect to this requirement.

76. In case of legitimate action (for example resulting from understandable business decisions) by an intermediary, auxiliary or other actor bearing on essential conditions for the media's operation, arrangements may be desirable to preserve the media's ongoing functioning (for example to preserve pluralism and diversity in the public interest). This may call for additional safeguards (for example in the context of judicial procedures) or consideration by relevant authorities of possible means to prevent or mitigate the undesirable outcome. This may also be relevant, mutatis mutandis, as regards action by authorities (for example applying tax law) if such action can have a negative impact on media freedoms and pluralism and to the extent necessary in a democratic society.

B. Media pluralism and diversity of content

Indicators

Management of scarce resources

Transparency of ownership

Public service media

77. As has already been indicated, actors in the new ecosystem should be able to initiate media activities or to evolve into media activities without undue difficulty. In particular, there should be no prior authorisation processes. In the new media ecosystem there is a plethora of actors, means and platforms for distribution and content; nonetheless, licensing may still be justified in exceptional cases by the need to manage scarce resources (for example the electromagnetic wavelength spectrum).

78. Limited to such exceptional cases, licensing or authorisation should pursue the public interest, namely to guarantee the existence of a wide range of independent and diverse media. Licensing and authorisation measures should respond to necessity, and persistence of the need for such measures should be reconsidered in light of developments.

79. Pluralism will not be automatically guaranteed by the existence of a large number of means of mass communication accessible to people. Moreover, in a situation of strong media concentration, the ability to shape or influence public opinion or people's choices may lie with one or only a few actors. Misuse of this power can have adverse consequences for political pluralism and for democratic processes. In the new media ecosystem, some actors have already developed services

or applications which have put them in a dominant position on a national or even at a global level. Even if there is no evidence of misuse, such a dominant position can pose a potential risk.

80. Monitoring trends and concentration in the media ecosystem will permit the competent authorities to keep abreast of developments and to assess risks. Regulatory measures may be required with a view to guaranteeing full transparency of media ownership. This will help identify suitable preventive or remedial action, if appropriate and having regard to the characteristics of each media market, with a view to preventing media concentration levels that could pose risks to democracy or the role of the media in democratic processes.

81. Public service media is essential in the European model, involving the coexistence of public service, commercial and community media. They should adhere to high professional standards and should, ideally, involve the public in its governance structures. Their objective should be to ensure universal delivery, quality, trustworthy and diverse content, and political pluralism in the media. Adequately equipped and funded public service media, enjoying genuine editorial independence and institutional autonomy, should contribute to counterbalancing the risk of misuse of the power of the media in a situation of strong media concentration.

82. Public service media should therefore have a distinct place in the new media ecosystem, and should be equipped to provide high-quality and innovative content and services in the digital environment, and should be able to resort to relevant tools (for example to facilitate interaction and engagement).

83. The new ecosystem offers an unprecedented opportunity to incorporate diversity into media governance, in particular as regards gender balanced participation in the production, editorial and distribution processes. The same is true as regards various ethnic and religious groups. This will be a key factor in ensuring balanced representation and coverage by media and in combating stereotypes in respect of all constituent groups of society.

C. Media responsibilities

Indicators

Editorial responsibility

Respect for dignity and privacy

Respect for the presumption of innocence and fair trial

Respect for the right of property

Remedies for third parties

84. The watchdog function, namely scrutiny of public and political affairs and private or business-related matters of public interest, contributes to justify media's broad freedom; however, it is counterpoised by a requirement of greater diligence in respect of factual information. Scrutiny should involve accurate, in-depth and critical reporting. It should be distinguished from journalistic practices which involve unduly probing into and exposing people's private and family lives in a way that would be incompatible with their fundamental rights. Media should exercise special care not to contribute to stereotypes about members of particular ethnic or religious groups and to sexist stereotypes. Representatives of all groups should be offered the opportunity to contribute to content, express their views and explain their understanding of facts; media should consider adopting a proactive approach in this respect.

85. Subject to accuracy of information, the right to the respect of one's honour and reputation finds its limits in the public interest. Professionalism requires verifying information and assessing credibility, but there is no requirement to inform a person of the intention to disseminate information in their respect prior to its dissemination. The exigency of accuracy is less pertinent for opinion, comment and entertainment, which also permit exaggeration. However, media should distinguish these forms of expression from factual information.

86. The above requirements should be graduated having regard to the editorial policies and processes adopted by the media concerned and their potential outreach and impact, and also public expectation in their respect. Media content creators, editors and distributors should adhere to relevant professional standards, including those designed to combat discrimination and stereotypes and to promote gender equality. They should exercise special care to ensure ethical coverage of minority and women's issues also by associating minorities and women to creation, editorial and distribution processes.

87. The role of media, whether new or legacy, in informing the public about criminal proceedings is important in a democratic society. In exercising their editorial responsibility, media should be attentive not to perturb the course of justice or undermine the correct functioning of the judiciary, the privacy and safety of all those involved and, in particular, the presumption of innocence of the suspect or accused. Particular attention should be paid to preserving the dignity of vulnerable persons, victims, witnesses and relatives of persons concerned by criminal proceedings. This should not preclude providing information in the public interest.

88. There is a vast amount of personal information and data in the new media ecosystem, including in online shared spaces designed to facilitate interactive mass communication (or mass communication in aggregate). The management, aggregation and use of such information and data

should respect people's right to private and family life as protected by Article 8 of the European Convention on Human Rights, having regard also to the provisions of Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108). The persistence of content in digital environments and its potential for broad dissemination and re-use calls for special care and, in case of need, quick action with a view to mitigating damage. Media operating in the new ecosystem should also place high on their agenda the respect of human rights related standards in respect of profiling.

89. In the new ecosystem, considerable amounts of content are re-used or re-transmitted. In this connection, media should respect the intellectual property rights of others. Without prejudice to the private and collective private enjoyment of content, including in online shared spaces, and other forms of authorised use, attention should be paid to the modalities of application and respect of those rights in the context of user-generated or posted content.

90. Effective internal media accountability systems underpinned by appropriate professional standards often justify the absence of, or decrease the need for, external accountability. Actors in the new ecosystem should develop adequate complaints mechanisms and strive to offer remedies to third parties who consider that they have suffered prejudice because of media activities or services (for example right to reply, correction, apology).

Indicators

Hate speech

Rights of children

Rights of women

Rights of minorities

91. Media should refrain from conveying hate speech and other content that incites violence or discrimination for whatever reason. Special attention is needed on the part of actors operating collective online shared spaces which are designed to facilitate interactive mass communication (or mass communication in aggregate). They should be attentive to the use of, and editorial response to, expressions motivated by racist, xenophobic, anti-Semitic, misogynist, sexist (including as regards LGBT people) or other bias. Actors in the new media ecosystem may be required (by law) to report to the competent authorities criminal threats of violence based on racial, ethnic, religious, gender or other grounds that come to their attention.

92. On the other hand, media can provide a balanced (or positive) image of the various groups that make up society and contribute to a culture of tolerance and dialogue. Other than in the cases

prescribed by law with due respect to the provisions of the European Convention on Human Rights, no group in society should be discriminated from in the exercise of the right to association which, in the new media ecosystem, includes online association.

93. Particular attention should be paid to preserving the dignity, security and privacy of children. Content concerning them can be a source of present and future prejudice. Consequently, there should be no lasting or permanently accessible record of the content about or created by children, which challenges their dignity, security or privacy, or otherwise renders them vulnerable now or at a later stage in their lives.

94. Risk of harm may arise from a wide range of content and behaviour. Content intended only for adults should be clearly identifiable to facilitate rendering it inaccessible to children. Protection of children should not impinge on their freedom of expression and right to seek and receive information. Media can contribute to the development of safe spaces (walled gardens), as well as other tools facilitating access to websites and content appropriate for children, to the development and voluntary use of labels and trustmarks, to the development of skills among children, parents and educators to understand better and deal with content and behaviour that carries a risk of harm.

95. Harassment, bullying, intimidation and stalking can be facilitated in the new media ecosystem by collective online shared spaces, tracking applications or even search engines and profiling technology. Women are frequent victims of these forms of abuse, which can lead to physical (including sexual) abuse and violence which are unacceptable expressions of inequality. Attention should also be paid to the possible abusive use of technology in respect of members of minorities.

96. In the above-mentioned cases, the response will depend on the circumstances, including the nature and scope of the activity or service in question, as well as the actor's own editorial processes. A graduated approach should consider the possibilities of the actors concerned (for example those operating collective online shared spaces or offering search engine, tracking or profiling applications and technology) to address or mitigate the risks in question. Relevant stakeholders could be encouraged to explore together the feasibility of removing or deleting content in appropriate cases, to the extent that it is not inconsistent with the fundamental right to freedom of expression, including its traces (logs, records and processing), within a reasonably short period of time. Greater technical capabilities bring with them greater responsibility. Self-regulation could usefully be complemented by capacity building (for example enhancing intercultural competencies) and by sharing best or corrective practices developed within sectors of activity in the new media ecosystem.

Indicators

Advertising

97. Freedom of expression also applies to commercial and political advertising, tele-shopping and sponsorship. Limitations in this respect are only admissible within the conditions set out in Article 10 of the European Convention on Human Rights. Such limitations may be needed for the protection of consumers, minors, public health or democratic processes.

98. The potential for abusive, intrusive or surreptitious advertising is greater in the new media ecosystem than ever before. It calls for enhanced responsibility on the part of media actors. It may call for self- or co-regulation and, in certain cases, regulation.

D. Reference instruments

Convention and treaties of the Council of Europe in the media field

-Convention on Information and Legal Co-operation concerning "Information Society Services" (ETS No. 180, 2001)

-European Convention on the Legal Protection of Services based on, or consisting of, Conditional Access (ETS No. 178, 2000)

-European Convention on Transfrontier Television (ETS No. 132, 1989) and the Protocol amending the European Convention on Transfrontier Television (ETS No. 171, 1998)

-European Convention relating to questions on Copyright Law and Neighbouring Rights in the Framework of Transfrontier Broadcasting by Satellite (ETS No. 153, 1994)

-European Agreement concerning Programme Exchanges by means of Television Films (ETS No. 27, 1958)

-European Agreement on the Protection of Television Broadcasts (ETS No. 34, 1960)

-European Agreement for the Prevention of Broadcasts transmitted from Stations outside National Territories (ETS No. 53, 1965)

Other conventions with provisions relevant for the media

-Convention on Cybercrime (ETS No. 185, 2001) and Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189, 2003)

-Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108, 1981) and Additional Protocol to the Convention for the Protection of

Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows (ETS No. 181, 2001)

-Framework Convention for the Protection of National Minorities (ETS No. 157, 1995)

-European Charter for Regional or Minority Languages (ETS No. 148, 1992)

Committee of Ministers

2010

-Recommendation CM/Rec(2010)13 on the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling

-Declaration on the management of the Internet protocol address resources in the public interest (29 September 2010)

-Declaration on network neutrality (29 September 2010)

-Declaration on the Digital Agenda for Europe (29 September 2010)

-Declaration on enhanced participation of member states in Internet governance matters – Governmental Advisory Committee (GAC) of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) (26 May 2010)

-Declaration on measures to promote the respect of Article 10 of the European Convention on Human Rights (13 January 2010)

2009

-Recommendation CM/Rec(2009)5 on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment

-Declaration on the role of community media in promoting social cohesion and intercultural dialogue (11 February 2009)

2008

-Recommendation CM/Rec(2008)6 on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters

-Declaration on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector (26 March 2008)

-Declaration on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet (20 February 2008)

-Declaration on the allocation and management of the digital dividend and the public interest (20 February 2008)

2007

-Recommendation CM/Rec(2007)16 on measures to promote the public service value of the Internet

-Recommendation CM/Rec(2007)15 on measures concerning media coverage of election campaigns

-Recommendation CM/Rec(2007)11 on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment

-Recommendation Rec(2007)3 on the remit of public service media in the information society

-Recommendation Rec(2007)2 on media pluralism and diversity of media content

-Guidelines on protecting freedom of expression and information in times of crisis (26 September 2007)

-Declaration on the protection and promotion of investigative journalism (26 September 2007)

-Declaration on protecting the role of the media in democracy in the context of media concentration (31 January 2007)

2006

-Recommendation Rec(2006)12 on empowering children in the new information and communications environment

-Recommendation Rec(2006)3 on the UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions

-Declaration on the guarantee of the independence of public service broadcasting in the member states (27 September 2006)

2005

-Declaration on human rights and the rule of law in the Information Society (13 May 2005)

-Declaration on freedom of expression and information in the media in the context of the fight against terrorism (2 March 2005)

2004

-Recommendation Rec(2004)16 of the Committee of Ministers to member states on the right of reply in the new media environment

-Declaration on freedom of political debate in the media (12 February 2004)

2003

-Recommendation Rec(2003)13 on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings

-Recommendation Rec(2003)9 on measures to promote the democratic and social contribution of digital broadcasting

-Declaration on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings (10 July 2003)

-Declaration on freedom of communication on the Internet (28 May 2003)

-Political message to the World Summit on the Information Society (WSIS) (19 June 2003)

2002

-Recommendation Rec(2002)7 on measures to enhance the protection of the neighbouring rights of broadcasting organisations

-Recommendation Rec(2002)2 on access to official documents

2001

-Recommendation Rec(2001)8 on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services)

-Recommendation Rec(2001)7 on measures to protect copyright and neighbouring rights and combat piracy, especially in the digital environment

2000

-Recommendation Rec(2000)23 on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector

-Recommendation Rec(2000)7 on the right of journalists not to disclose their sources of information

-Declaration on cultural diversity (7 December 2000)

1999

-Recommendation Rec(99)15 on measures concerning media coverage of election campaigns

-Recommendation Rec(99)14 on universal community service concerning new communication and information services

-Recommendation Rec(99)5 for the protection of privacy on the Internet

-Recommendation Rec(99)1 on measures to promote media pluralism

-Declaration on the exploitation of protected radio and television productions held in the archives of broadcasting organisations (9 September 1999)

-Declaration on a European policy for new information technologies (7 May 1999)

1997

-Recommendation Rec(97)21 on the media and the promotion of a culture of tolerance

-Recommendation Rec(97)20 on “hate speech”

-Recommendation Rec (97)19 on the portrayal of violence in the electronic media

1996

-Recommendation Rec(96)10 on the guarantee of the independence of public service broadcasting

-Recommendation Rec(96)4 on the protection of journalists in situations of conflict and tension

-Declaration on the protection of journalists in situations of conflict and tension (3 May 1996)

1995

-Recommendation Rec(95)13 concerning problems of criminal procedural law connected with information technology

-Recommendation Rec(95)1 on measures against sound and audio-visual piracy

1994

-Recommendation Rec(94)13 on measures to promote media transparency

-Recommendation Rec(94)3 on the promotion of education and awareness in the area of copyright and neighbouring rights concerning creativity

-Declaration on neighbouring rights (17 February 1994)

1993

-Recommendation Rec(93)5 containing principles aimed at promoting the distribution and broadcasting of audiovisual works originated in countries or regions with a low audiovisual output or a limited geographic or linguistic coverage on the European television markets

1992

-Resolution Res(92)70 on establishing a European Audiovisual Observatory

-Recommendation Rec(92)19 on video games with a racist content

-Recommendation Rec(92)15 concerning teaching, research and training in the field of law and information technology

1991

-Recommendation Rec(91)14 on the legal protection of encrypted television services

-Recommendation Rec(91)5 on the right to short reporting on major events where exclusive rights for their television broadcast have been acquired in a transfrontier context

1990

-Recommendation Rec(90)11 on principles relating to copyright law questions in the field of reprography

-Recommendation Rec(90)10 on cinema for children and adolescents

1989

-Recommendation Rec(89)7 concerning principles on the distribution of videograms having a violent, brutal or pornographic content

1988

-Resolution Res(88)15 setting up a European support fund for the co-production and distribution of creative cinematographic and audiovisual works (“Eurimages”)

-Recommendation Rec(88)2 on measures to combat piracy in the field of copyright and neighbouring rights

-Recommendation Rec(88)1 on sound and audiovisual private copying

1987

-Recommendation Rec(87)7 on film distribution in Europe

1986

-Recommendation Rec(86)14 on the drawing up of strategies to combat smoking, alcohol and drug dependence in co-operation with opinion-makers and the media

-Recommendation Rec(86)9 on copyright and cultural policy

-Recommendation Rec(86)3 on the promotion of audiovisual production in Europe

-Recommendation Rec(86)2 on principles relating to copyright law questions in the field of television by satellite and cable

1985

-Recommendation Rec(85)8 on the conservation of the European film heritage

-Recommendation Rec(85)6 on aid for artistic creation

1984

-Recommendation Rec(84)22 on the use of satellite capacity for television and sound radio

-Recommendation Rec(84)17 on equality between women and men in the media

-Recommendation Rec(84)3 on principles on television advertising

1982

-Declaration on the freedom of expression and information (29 April 1982)

1981

-Recommendation Rec(81)19 on the access to information held by public authorities

1980

-Recommendation Rec(80)1 on sport and television

1979

-Recommendation Rec(79)1 concerning consumer education of adults and consumer information

1974

-Resolution Res(74)43 on press concentrations

-Resolution Res(74)26 on the right of reply – Position of the individual in relation to the press

1970

-Resolution Res(70)19 on educational and cultural uses of radio and television in Europe and the relations in this respect between public authorities and broadcasting organisations

1967

-Resolution Res(67)13 on the press and the protection of youth

1961

-Resolution Res(61)23 on the exchange of television programmes

Parliamentary Assembly of the Council of Europe

-Recommendation 1950 (2011) "The protection of journalists' sources"

-Recommendation 1897 (2010) "Respect for media freedom"

-Recommendation 1882 (2009) "The promotion of Internet and online media services appropriate for minors"

-Recommendation 1878 (2009) "The funding of public service broadcasting"

-Recommendation 1855 (2009) "The regulation of audiovisual media services"

-Resolution 1636 and Recommendation 1848 (2008) "Indicators for media in a democracy"

-Recommendation 1836 (2008) "Realising the full potential of e-learning for education and training"

-Resolution 1577 and Recommendation 1814 (2007) "Towards decriminalisation of defamation"

-Recommendation 1805 (2007) "Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion"

-Resolution 1557 and Recommendation 1799 (2007) "The image of women in advertising"

-Recommendation 1789 (2007) "Professional education and training of journalists"

-Resolution 1535 and Recommendation 1783 (2007) "Threats to the lives and freedom of expression of journalists"

-Recommendation 1773 (2006) "The 2003 guidelines on the use of minority languages in the broadcast media and the Council of Europe standards: need to enhance co-operation and synergy with the OSCE"

-Recommendation 1768 (2006) "The image of asylum seekers, migrants and refugees in the media"

-Resolution 1510 (2006) "Freedom of expression and respect for religious beliefs"

-Recommendation 1706 (2005) "Media and terrorism"

-Resolution 1438 and Recommendation 1702 (2005) "Freedom of the press and the working conditions of journalists in conflict zones"

-Resolution 1387 (2004) "Monopolisation of the electronic media and possible abuse of power in Italy"

-Recommendation 1641 (2004) "Public service broadcasting"

-Recommendation 1589 (2003) "Freedom of expression in the media in Europe"

-Resolution 1313 (2003) "Cultural co-operation between Europe and the south Mediterranean countries"

-Recommendation 1586 (2002) "The digital divide and education"

-Recommendation 1555 (2002) "The image of women in the media"

-Recommendation 1543 (2001) "Racism and xenophobia in cyberspace"

-Recommendation 1506 (2001) "Freedom of expression and information in the media in Europe"

-Recommendation 1466 (2000) "Media education"

-Recommendation 1407 (1999) "Media and democratic culture"

-Resolution 1191 (1999) "The information society and a digital world"

-Resolution 1165 (1998) "The right to privacy"

-Resolution 1142 (1997) "Parliaments and the media"

-Recommendation 1332 (1997) "The scientific and technical aspects of the new information and communications technologies"

-Resolution 1120 (1997) "The impact of the new communication and information technologies on democracy"

-Recommendation 1314 (1997) "New technologies and employment"

-Recommendation 1277 (1995) "Migrants, ethnic minorities and media"

-Recommendation 1276 (1995) "The power of the visual image"

-Recommendation 1265 (1995) "Enlargement and European cultural co-operation"

-Recommendation 1228 (1994) "Cable networks and local television stations: their importance for Greater Europe"

-Recommendation 1216 (1993) "European cultural co-operation"

-Resolution 1003 and Recommendation 1215 (1993) "The ethics of journalism"

-Recommendation 1147 (1991) "Parliamentary responsibility for the democratic reform of broadcasting"

-Resolution 957 (1991) "The situation of local radio in Europe"

-Resolution 956 (1991) "Transfer of technology to countries of Central and Eastern Europe"

-Recommendation 1136 (1990) "A European policy on alcohol"

-Recommendation 1122 (1990) "The revival of the countryside by means of information technology"

-Resolution 937 (1990) "Telecommunications: the implications for Europe"

-Recommendation 1110 (1989) "Distance teaching"

-Recommendation 1098 (1989) "East-West audiovisual co-operation"

-Recommendation 1096 (1989) "European Convention on Transfrontier Television"

-Recommendation 1077 (1988) "Access to transfrontier audiovisual media during election campaigns"

-Recommendation 1067 (1987) "The cultural dimension of broadcasting in Europe"

-Recommendation 1059 (1987) "The economics of culture"

-Recommendation 1047 (1986) "The dangers of boxing"

-Recommendation 1043 (1986) "Europe's linguistic and literary heritage"

-Recommendation 1037 (1986) "Data protection and freedom of information"

-Resolution 848 (1985) "Privacy of sound and individual freedom of musical choice"

-Recommendation 1011 (1985) "The situation of professional dance in Europe"

-Recommendation 996 (1984) "Council of Europe work relating to the media"

-Resolution 820 (1984) "Relations of national parliaments with the media"

-Recommendation 963 (1983) "Cultural and educational means of reducing violence"

-Recommendation 952 (1982) "International means to protect freedom of expression by regulating commercial advertising"

-Recommendation 926 (1981) "Questions raised by cable and television and by direct satellite broadcasts"

-Recommendation 862 (1979) “Cinema and the state”

-Recommendation 834 (1978) “Threats to the freedom of the press and television”

-Recommendation 815 (1977) “Freedom of expression and the role of the writer in Europe”

-Recommendation 749 (1975) “European broadcasting”

-Recommendation 748 (1975) “The role and management of national broadcasting”

-Recommendation 747 (1975) “Press concentrations”

-Recommendation 582 (1970) “Mass communication media and human rights”

-Resolution 428 (1970) “Declaration on mass communication media and human rights”

Council of Europe Conferences of Specialised Ministers

1st Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and New Communication Services

(28 and 29 May 2009, Reykjavik, Iceland)

A new notion of media?

7th European Ministerial Conference on Mass Media Policy

(Kyiv, Ukraine, 10 and 11 March 2005)

Integration and diversity: the new frontiers of European media and communication policy

6th European Ministerial Conference on Mass Media Policy

(Cracow, Poland, 15 and 16 June 2000)

A media policy for tomorrow

5th European Ministerial Conference on Mass Media Policy

(Thessaloníki, Greece, 11 and 12 December 1997)

The Information Society: a challenge for Europe

4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy

(Prague, Czech Republic, 7 and 8 December 1994)

The media in a democratic society

3rd European Ministerial Conference on Mass Media Policy

(Nicosia, Cyprus, 9 and 10 October 1991)

Which way forward for Europe’s media in the 1990s?

2nd European Ministerial Conference on Mass Media Policy

(Stockholm, Sweden, 23 and 24 November 1988)

European Mass Media Policy in an international context

1st European Ministerial Conference on Mass Media Policy

(Vienna, Austria, 9 and 10 December 1986)

The future of television in Europe

Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles - 21 Eylül 2011

Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles

(Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)

1. The Internet is an aggregate of a vast range of ideas, technologies, resources and policies developed on the assertion of freedom and through collective endeavours in the common interest. States, the private sector, civil society and individuals have all contributed to build the dynamic, inclusive and successful Internet that we know today. The Internet provides a space of freedom, facilitating the exercise and enjoyment of fundamental rights, participatory and democratic processes, and social and commercial activities.

2. The above has inspired a shared vision of Internet governance which was put on record in the Declaration of Principles enunciated in the Geneva phase of the World Summit on the Information Society in December 2003. The Tunis Agenda, adopted at the second phase of the World Summit on the Information Society in November 2005, defined Internet governance as the development and application by governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures and programmes that shape the evolution and use of the Internet.

3. The Internet governance discussions taking place in different national and international fora are a tangible result of this vision. They have fostered dialogue among state, private sector and civil society actors and contributed to shape common views on Internet policies and, more broadly, Internet governance. Seeking to preserve and consolidate this approach, Internet communities, international organisations and other actors have engaged in efforts to pronounce the core values of the Internet and have developed guidelines on various aspects of Internet governance.

4. The Council of Europe has participated in these processes and its 47 member states have supported, in a number of standard-setting instruments, measures aimed at ensuring a maximum of rights on the Internet subject to a minimum of restrictions, while offering the level of security that people are entitled to expect. This stems from the Council of Europe member states' undertaking to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms protected by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5).

5. In order to ensure a sustainable, people-centred and rights-based approach to the Internet, it is necessary to affirm the principles of Internet governance which acknowledge human rights and fundamental freedoms, democracy and the rule of law, as well as the basic tenets of Internet communities as they have been developed in the processes mentioned above.

6. As a contribution to this ongoing, inclusive, collaborative and open process, the Committee of Ministers of the Council of Europe:

– affirms the principles set out below, which build on Internet governance principles progressively developed by stakeholders and Internet communities;

– declares its firm commitment to these principles and underlines that they should be upheld by all member states in the context of developing national and international Internet-related policies;

– encourages other stakeholders to embrace them in the exercise of their own responsibilities.

INTERNET GOVERNANCE PRINCIPLES

1. Human rights, democracy and the rule of law

Internet governance arrangements must ensure the protection of all fundamental rights and freedoms and affirm their universality, indivisibility, interdependence and interrelation in accordance with international human rights law. They must also ensure full respect for democracy and the rule of law and should promote sustainable development. All public and private actors should recognise and uphold human rights and fundamental freedoms in their operations and activities, as well as in the design of new technologies, services and applications. They should be aware of developments leading to the enhancement of, as well as threats to, fundamental rights and freedoms, and fully participate in efforts aimed at recognising newly emerging rights.

2. Multi-stakeholder governance

The development and implementation of Internet governance arrangements should ensure, in an open, transparent and accountable manner, the full participation of governments, the private sector, civil society, the technical community and users, taking into account their specific roles and responsibilities. The development of international Internet-related public policies and Internet governance arrangements should enable full and equal participation of all stakeholders from all countries.

3. Responsibilities of states

States have rights and responsibilities with regard to international Internet-related public policy issues. In the exercise of their sovereignty rights, states should, subject to international law, refrain from any action that would directly or indirectly harm persons or entities outside of their territorial jurisdiction. Furthermore, any national decision or action amounting to a restriction of fundamental rights should comply with international obligations and in particular be based on law, be necessary in a democratic society and fully respect the principles of proportionality and the right of independent appeal, surrounded by appropriate legal and due process safeguards.

4. Empowerment of Internet users

Users should be fully empowered to exercise their fundamental rights and freedoms, make informed decisions and participate in Internet governance arrangements, in particular in governance mechanisms and in the development of Internet-related public policy, in full confidence and freedom.

5. Universality of the Internet

Internet-related policies should recognise the global nature of the Internet and the objective of universal access. They should not adversely affect the unimpeded flow of transboundary Internet traffic.

6. Integrity of the Internet

The security, stability, robustness and resilience of the Internet as well as its ability to evolve should be the key objectives of Internet governance. In order to preserve the integrity and ongoing functioning of the Internet infrastructure, as well as users' trust and reliance on the Internet, it is necessary to promote national and international multi-stakeholder co-operation.

7. Decentralised management

The decentralised nature of the responsibility for the day-to-day management of the Internet should be preserved. The bodies responsible for the technical and management aspects of the Internet, as well as the private sector should retain their leading role in technical and operational matters while ensuring transparency and being accountable to the global community for those actions which have an impact on public policy.

8. Architectural principles

The open standards and the interoperability of the Internet as well as its end-to-end nature should be preserved. These principles should guide all stakeholders in their decisions related to Internet governance. There should be no unreasonable barriers to entry for new users or legitimate uses of

the Internet, or unnecessary burdens which could affect the potential for innovation in respect of technologies and services.

9. Open network

Users should have the greatest possible access to Internet-based content, applications and services of their choice, whether or not they are offered free of charge, using suitable devices of their choice. Traffic management measures which have an impact on the enjoyment of fundamental rights and freedoms, in particular the right to freedom of expression and to impart and receive information regardless of frontiers, as well as the right to respect for private life, must meet the requirements of international law on the protection of freedom of expression and access to information, and the right to respect for private life.

10. Cultural and linguistic diversity

Preserving cultural and linguistic diversity and fostering the development of local content, regardless of language or script, should be key objectives of Internet-related policy and international co-operation, as well as in the development of new technologies.

Avrupa Konseyi - Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings - 21 Eylül 2011

Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings

(Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)

1. Freedom of expression and the right to receive and impart information, and their corollary, the freedom of the media, are indispensable for genuine democracy and democratic processes, as is freedom of assembly and association. All Council of Europe member states have undertaken to secure these freedoms to everyone within their jurisdiction in accordance with Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights (ETS No. 5).

2. The Internet offers significant opportunities to enhance the exercise and full enjoyment of human rights and freedoms. The Committee of Ministers affirmed the public service value of the Internet in Recommendation CM/Rec(2007)16 on measures to promote the public service value of the Internet and provided guidelines to member states on necessary measures that should be taken to promote this value. The United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression has recently rightly stated that "by acting as a catalyst for individuals to exercise their right to freedom of opinion and expression, the Internet also facilitates the realisation of a range of other human rights".

3. Citizens' communication and interaction in online environments and their participation in activities that involve matters of public interest can bring positive, real-life, social change. When freedom of expression and the right to receive and impart information and freedom of assembly are not upheld online, their protection offline is likely to be undermined and democracy and the rule of law can also be compromised.

4. Action by a state that limits or forbids access to specific Internet content constitutes an interference with freedom of expression and the right to receive and impart information. In

Europe, such an interference can only be justified if it fulfils the conditions of Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights and the relevant case law of the European Court of Human Rights.

5. In particular, as specified in Principle 3 of the Declaration of the Committee of Ministers on freedom of communication on the Internet of 28 May 2003, states should not, through general blocking or filtering measures, exercise prior control of content made available on the Internet unless such measures are taken on the basis of a provisional or final decision on the illegality of such content by the competent national authorities and in full respect for the strict conditions of Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights. These measures should concern clearly identifiable content and should be proportionate. This should not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries.

6. The Committee of Ministers has stated, in its Declaration on human rights and the rule of law in the Information Society of 13 May 2005, that member states should maintain and enhance legal and practical measures to prevent state and private censorship. In addition, Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters includes guidelines for using and controlling Internet filters in general, and more specifically in relation to the protection of children and young people.

7. Expressions contained in the names of Internet websites, such as domain names and name strings, should not, a priori, be excluded from the scope of application of legal standards on freedom of expression and the right to receive and impart information and should, therefore, benefit from a presumption in their favour. The addressing function of domain names and name strings and the forms of expressions that they comprise, as well as the content that they relate to, are inextricably intertwined. More specifically, individuals or operators of websites may choose to use a particular domain name or name string to identify and describe content hosted in their websites, to disseminate a particular point of view or to create spaces for communication, interaction, assembly and association for various societal groups or communities.

8. The need to provide safeguards for freedom of expression in legal frameworks related to the management of domain names which identify a country in the Internet addressing system has been affirmed by constitutional oversight bodies of specific Council of Europe member states.

9. On the other hand, instances of measures proposed in other Council of Europe member states to prohibit the use of certain words or characters in domain names and name strings are a source of concern. They may raise issues under Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights within their own jurisdiction. In a cross-border context they may have an impact on content accessible in other states' territories. They may also set negative precedents which, if replicated and generalised, could thwart the vitality of Internet expression and have devastating effects on Internet freedom.

10. The protection of freedom of expression and the right to receive and impart information and freedom of assembly and association is relevant to policy development processes which are taking place in the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) to expand the domain name space so as to include new top-level domain extensions that contain generic expressions. In this context, state and non-state stakeholders should be attentive to and uphold the guarantees in international law on freedom of expression and the right to receive and impart information and on freedom of assembly and association, to the extent that they apply to certain generic expressions that may be proposed in the future as top-level domain names. These considerations should guide relevant policy development and implementation processes.

11. Against this background, the Committee of Ministers:

– declares its support for the recognition by member states of the need to apply fundamental rights safeguards to the management of domain names;

– alerts to the risk which over-regulation of the domain name space and name strings entails for the exercise of freedom of expression and the right to receive and impart information and of freedom of assembly and association; as a form of interference, any regulation should meet the conditions of Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights and the related case law of the European Court of Human Rights;

– undertakes to pursue further standard-setting work with a view to providing guidance to member states on this subject;

– recalls the Resolution on Internet governance and critical Internet resources adopted by the ministers of states participating in the 1st Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and New Communication Services held in Reykjavik on 28 and 29 May 2009, and invites the competent Council of Europe bodies to work with relevant corporations, agencies and other entities that manage or contribute to the management of the domain name space in order for decisions to take full account of international law, including international human rights law.

Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on the management of the Internet protocol address resources in the public interest - 29 Eylül 2010

Declaration of the Committee of Ministers on the management of the Internet protocol address resources in the public interest

(Adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010 at the 1094th meeting of the Ministers' Deputies)

1. Fundamental rights and Council of Europe standards and values apply to online information and communication environments, and in particular to the Internet, as much as they do to the offline world. This stems, inter alia, from Article 1 of the European Convention on Human Rights ("the Convention" – ETS No. 5) whereby member states undertake to "secure to everyone within their jurisdiction" the rights and freedoms protected by the Convention (without online/offline distinction).[1]

2. The right to respect for private life and the right to freedom of expression and access to information, guaranteed respectively by Articles 8 and 10 of the Convention, are fundamental requirements in a democratic society and are highly relevant to online environments.

3. Access to Internet resources is indeed crucial for the exercise and full enjoyment of the fundamental right to freedom of expression and for access to information. The lack of users' confidence in respect of their privacy may discourage full participation in online activities.

4. The Internet has public service value, understood as people's significant reliance on the Internet as an essential tool for their everyday activities and the resulting legitimate expectation that Internet services be accessible and affordable, secure, reliable and ongoing. In co-operation with relevant stakeholders, Council of Europe member states should take all necessary measures to promote the public service value of the Internet. They should, inter alia, encourage the private sector to contribute to promoting the delivery of the public service value of the Internet to

[1] Resolution "Internet governance and critical Internet resources", adopted at the 1st Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and New Communication Services (Reykjavik, Iceland, 28-29 May 2009).

everyone and develop public policies to supplement the operation of market forces where these are insufficient.[2]

5. Internet protocol addresses are essential for the functioning of the Internet. Their technical architecture and allocation have a bearing on the exercise of fundamental rights and freedoms. The identification features incorporated into the Internet protocol addresses of devices used to connect to the Internet allow for the profiling of users' activities and communications. Traffic data generated as a result of the use of mobile devices and other objects connected by means of Internet protocols may be misused or subjected to unwarranted supervision.

6. To the extent that information on users' activities and communications, as well as traffic data, amount to personal data,[3] they should be treated and used in full compliance with the requirements of the right to respect for private life guaranteed under Article 8 of the Convention and the related case law of the European Court of Human Rights. The principles enshrined in the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) are also relevant in this connection.

7. Internet protocol version 4 (IPv4) addresses are a scarce resource, nearing exhaustion. This poses challenges in respect of the continuing expansion of the Internet and to its ongoing functioning. It would be desirable that unallocated or unused IPv4 addresses are managed in the public interest. The objective should be to offer to everyone stable and ongoing access to Internet resources.

8. This scarcity of addresses will be resolved by the new Internet protocol version 6 (IPv6) which offers a far larger address space. In addition to its potential for triggering growth in Internet services and applications and improved built-in security, IPv6 offers an excellent opportunity to facilitate effective and equitable access for all persons to new communication services. It can also play an important part in improving access to education and knowledge. It is therefore important to support the least developed countries in building information technology infrastructures with a view to achieving an inclusive information society and bridging the digital divide.

9. However, IPv6 is not backwards compatible with IPv4. This issue should be addressed in an appropriate manner. It is important to prepare for the application of the technical parameters of IPv6 and to implement them in a timely and effective fashion in all sectors. All stakeholders,

[2] Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet.

[3] According to Article 2 of the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) "personal data" means any information relating to an identified or identifiable individual.

whether state authorities or non-state actors, should recognise the importance of interoperability requirements of the new protocol at both hardware and software level.

10. States can make a considerable contribution to the transition both in the context of their own responsibility for implementing IPv6 in the public sector and by fostering greater synergy among non-state actors in the adoption of IPv6 in their activities. States should, in particular, create an enabling environment for the private sector to play its growth-driving role and encourage the preparation for migration to and deployment of IPv6. This should build on existing positive institutional arrangements for Internet protocol address allocation.

11. The Committee of Ministers, therefore, declares that:

– Internet protocol address resources should be regarded as shared public resources and allocated and managed in the public interest by the entities entrusted with these tasks, taking into account the present and future needs of Internet users;

– timely and effective deployment of IPv6 in the public sector should be ensured and swift preparations for migration to and deployment of IPv6 in the private sector should be encouraged and promoted;

– as appropriate, identification features incorporated into Internet protocol addresses that are assigned to Internet users or devices connected to the Internet should be regarded and treated as personal data.

Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality - 29 Eylül 2010

Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality 29 September 2010

(Adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010 at the 1094th meeting of the Ministers' Deputies)

1. The member states of the Council of Europe have repeatedly expressed their commitment to the protection and promotion of human rights on the Internet. This applies in particular to the fundamental rights to freedom of expression and information regardless of frontiers, the right to respect for private life and correspondence, the right to freedom of thought and religion, the right to freedom of association, the right to education and the right to the protection of property, as well as to related procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights (ETS No. 5).

2. Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet underlines people's significant reliance on the Internet as an essential tool for their everyday activities (communication, information, knowledge, commercial transactions) and the resulting legitimate expectation that Internet services be accessible and affordable, secure, reliable and ongoing.

3. Electronic communication networks have become basic tools for the free exchange of ideas and information. They help to ensure freedom of expression and access to information, pluralism and diversity and contribute to the enjoyment of a range of fundamental rights. A competitive and dynamic environment may encourage innovation, increasing network availability and performance and lowering costs, and can promote the free circulation of a wide range of content and services on the Internet. However, users' right to access and distribute information online and the development of new tools and services might be adversely affected by non-transparent traffic management, content and services' discrimination or impeding connectivity of devices.

4. Users should have the greatest possible access to Internet-based content, applications and services of their choice, whether or not they are offered free of charge, using suitable devices of their choice. Such a general principle, commonly referred to as network neutrality, should apply irrespective of the infrastructure or the network used for Internet connectivity. Access to infrastructure is a prerequisite for the realisation of this objective.

5. There is an exponential increase in Internet traffic due to the growing number of users and new applications, content and services that take up more bandwidth than ever before. The connectivity of existing types of devices is broadened as regards networks and infrastructure, and new types of devices are connected. In this context, operators of electronic communication networks may have to manage Internet traffic. This management may relate to quality of service, the development of new services, network stability and resilience or combating cybercrime.

6. In so far as it is necessary in the context described above, traffic management should not be seen as a departure from the principle of network neutrality. However, exceptions to this principle should be considered with great circumspection and need to be justified by overriding public interests. In this context, member states should pay due attention to the provisions of Article 10 of the European Convention on Human Rights and the related case law of the European Court of Human Rights. Member states may also find it useful to refer to the guidelines of Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters.

7. Reference might also be made in this context to the European Union regulatory framework on electronic communications whereby national regulatory authorities are tasked with promoting users' ability to access and distribute information and to run applications and services of their choice.

8. Users and service, application or content providers should be able to gauge the impact of network management measures on the enjoyment of fundamental rights and freedoms, in particular the rights to freedom of expression and to impart or receive information regardless of frontiers, as well as the right to respect for private life. Those measures should be proportionate, appropriate and avoid unjustified discrimination; they should be subject to periodic review and not be maintained longer than strictly necessary. Users and service providers should be adequately informed about any network management measures that affect in a significant way access to content, applications or services. As regards procedural safeguards, there should be adequate avenues, respectful of rule of law requirements, to challenge network management decisions and, where appropriate, there should be adequate avenues to seek redress.

9. The Committee of Ministers declares its commitment to the principle of network neutrality and underlines that any exceptions to this principle should comply with the requirements set out above. This subject should be explored further within a Council of Europe framework with a view to providing guidance to member states and/or to facilitating the elaboration of guidelines with and

for private sector actors in order to define more precisely acceptable management measures and minimum quality-of-service requirements.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment

Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment

(Adopted by the Committee of Ministers on 8 July 2009 at the 1063rd meeting of the Ministers' Deputies)

1. Protecting freedom of expression and human dignity in the information and communications environment by ensuring a coherent level of protection for minors against harmful content and developing children's media literacy skills is a priority for the Council of Europe.

2. The risk of harm may arise from content and behaviour, such as online pornography, the degrading and stereotyped portrayal of women, the portrayal and glorification of violence and self-harm, demeaning, discriminatory or racist expressions or apologia for such conduct, solicitation (grooming), the recruitment of child victims of trafficking in human beings, bullying, stalking and other forms of harassment, which are capable of adversely affecting the physical, emotional and psychological well-being of children.

3. Attention should be drawn to the normative texts adopted by the Committee of Ministers designed to assist member states in dealing with these risks and, as a corollary, in securing everyone's human rights and fundamental freedoms. These texts include Recommendation CM/Rec(2008)6 on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters; the 2008 Declaration on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet; Recommendation CM/Rec(2007)11 on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment; Recommendation Rec(2006)12 on empowering children in the new information and communications environment; and Recommendation Rec(2001)8 of the Committee of Ministers on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services).

4. There is a need to provide children with the knowledge, skills, understanding, attitudes, human rights values and behaviour necessary to participate actively in social and public life, and to act responsibly while respecting the rights of others.

5. There is also the need to encourage trust and promote confidence on the Internet, in particular by neutral labelling of content to enable both children and adults to make their own value judgments regarding Internet content.

6. The Committee of Ministers recommends that member states, in co-operation with private sector actors and civil society, develop and promote coherent strategies to protect children against content and behaviour carrying a risk of harm while advocating their active participation in and best possible use of the new information and communications environment, in particular by:

– encouraging the development and use of safe spaces (walled gardens), as well as other tools facilitating access to websites and Internet content appropriate for children;

– promoting the further development and voluntary use of labels and trustmarks allowing parents and children to easily distinguish non-harmful content from content carrying a risk of harm;

– promoting the development of skills among children, parents and educators to understand better and deal with content and behaviour that carries a risk of harm;

– bringing this recommendation and its appended guidelines to the attention of all relevant private and public sector stakeholders.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2009)5

Guidelines

I. Providing safe and secure spaces for children on the Internet

7. The development of new communication technologies and the evolution of the Internet have led to a vacuum in appropriate measures to protect children against content carrying a risk of harm. While the protection against content in the offline world is, in most cases, much easier to guarantee, it has become significantly more difficult to do so in the online world, especially considering that every action to restrict access to content is potentially in conflict with the right to freedom of expression and information as enshrined in Article 10 of the European Convention on Human Rights (ETS No. 5). It should be recalled that this fundamental right and freedom is a

primary objective of the Council of Europe and its member states; at the same time states also have a legitimate right, and even an obligation, to protect children from content which is unsuitable or inappropriate.

8. While parental responsibility and media education are of primary importance in effectively protecting children, there are also tools and methods which can assist parents and educators in their efforts to inform and guide children about the Internet and Information and Communication Technologies (ICTs). The provision of safe and secure spaces (walled gardens) for children on the Internet and the Council of Europe's online game "Through the Wild Web Woods" are notable examples of such tools and methods.

9. On this basis, member states, in co-operation with the private sector, the media and civil society, are encouraged to develop safe and secure spaces on the Internet for children safely to explore and participate actively in the information society, in particular by:

– creating safe and secure websites for children, for example by developing age-appropriate online portals;

– developing professional standards for the maintenance of such Internet websites and portals, particularly with regard to links and references to other sites;

– raising awareness of these safe and secure Internet websites for children, in particular among parents, educators, content developers and their respective associations;

– considering the integration of the benefits of these safe and secure Internet websites in school curricula, and in educational materials such as "The Internet literacy handbook", a Council of Europe publication.

II. Encouraging the development of a pan-European trustmark and labelling systems

10. There is an increasing demand for systems which help to protect children from content carrying a risk of harm. The development of Internet content filters has provided one form of protection which subsequently led to the adoption of Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters.

11. Apart from automated content rating and filtering, there are initiatives which exist to label online content on a voluntary basis and labelling which is performed by the content creator. Among them, the Internet Content Rating Association (part of the Family Online Safety Institute

(FOSI)) and PEGI Online (part of the Pan-European Game Information (PEGI) plus system), both of which have led to the development of systems which promote descriptions of online content.

12. The labelling of online content contributes to the development of safe and secure spaces for children on the Internet. However, the effectiveness and trustworthiness of labelling systems greatly depend on the accountability of those responsible for these systems and their interoperability. The development of a pan-European trustmark for responsible labelling systems – prepared in full compliance with the right to freedom of expression and information in accordance with Article 10 of the European Convention on Human Rights – would enhance these systems and initiatives, facilitate the provision of safe and secure spaces for children on the Internet and avoid and/or mitigate their exposure to content and behaviour carrying a risk of harm.

13. Online content which is not labelled should not however be considered dangerous or less valuable for children, parents and educators. Labelling has limited scope and should be seen as one possibility, among others, to promote the democratic participation and protection of children on the Internet in countering content and behaviour that carry a risk of harm.

14. On this basis, member states, in co-operation with the private sector, the media and civil society, are encouraged to develop and promote the responsible use of labelling systems for online content, in particular in:

– creating a pan-European trustmark for labelling systems of online content. Criteria for this trustmark would include:

- adherence to human rights principles and standards, including the right to provide for effective means of recourse and remedy, for example the possibility to re-assess labelling when users and/or creators/authors of online content claim that content has been incorrectly labelled;

- labelling systems are provided and used on a voluntary basis, both by creators/authors and users;

- the inadmissibility of any form of censorship of content;

- respect for the editorial independence of media and media-like online content services;

- regular review of the labelled content, for example by introducing a maximum length of time of the validity of the label;

– promoting initiatives for the interoperability of labelling systems, including the creation of a unique pan-European logo which signals the suitability of content for different age groups;

– developing principles for the age-appropriate rating of content, taking into account the different traditions of member states;

– promoting research and development, in particular as regards the possibility to label content through metadata;

– raising awareness among parents and educators about the advantages of labelling content in order to facilitate access to safe and secure spaces for children on the Internet;

– assessing and evaluating labelling systems and their effectiveness, in particular with regard to their compliance with Article 10 of the European Convention on Human Rights and the accessibility and affordability of the services emanating from these systems for the general public.

III. Promoting Internet skills and literacy for children, parents and educators

15. Safe and secure spaces on the Internet and the labelling of online content can contribute to making the use of the Internet an enjoyable and confidence-building experience for children. It should, however, be accepted that it is not possible to eliminate entirely the danger of children being exposed to content or behaviour carrying a risk of harm, and that consequently media (information) literacy for children, parents and educators remains a key element in providing coherent protection for children against such risks.

16. On this basis, member states, in co-operation with the private sector, associations of parents, teachers and educators, the media and civil society, are encouraged to promote media (information) literacy for children, young people, parents and educators, in order to prepare them for possible encounters with content and behaviours carrying a risk of harm, in particular by:

– raising awareness and developing critical attitudes about both the benefits and risks for children freely using the Internet and ICTs;

– adapting school curricula to include practical learning about how best to use the Internet and ICTs, and encouraging teachers to analyse and counter sexism in online content which shapes children’s attitudes;

– informing children, parents and educators about safe and secure spaces on the Internet and trustworthy labels for online content;

– fostering knowledge and practical understanding of the human rights dimensions of labelling systems and filtering mechanisms, and their potential risks to freedom of expression and information, inter alia by drawing the attention of all relevant stakeholders to the Council of Europe’s standard-setting instruments and tools in this field.

Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet - 20 Şubat 2008

Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet

(Adopted by the Committee of Ministers on 20 February 2008 at the 1018th meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers of the Council of Europe,

Recalling the fundamental right to freedom of expression and to receive and impart information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers, as guaranteed by Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights – ETS No. 5);

Recalling the 1989 United Nations Convention of the Rights of the Child, in particular the inherent right for children to dignity, to special protection and care as is necessary for their well-being, to protection against all forms of discrimination or arbitrary or unlawful interference with their privacy and to unlawful attacks on their honour and reputation;

Convinced that the well-being and best interests of children are fundamental values shared by all member states, which must be promoted without any discrimination;

Convinced that the Internet is an important tool for children's everyday activities, such as communication, information, knowledge, education and entertainment;

Concerned however by the enduring presence of content created by children which can be damaging to their dignity, security, privacy and honour both now and in the future as adults;

Recalling the Committee of Ministers' Declaration on freedom of communication on the Internet, adopted on 28 May 2003, which stresses that the exercise of such freedom should not prejudice the dignity or fundamental rights and freedoms of others, especially children;

Conscious that the traceability of children's activities via the Internet may expose them to criminal activities, such as the solicitation of children for sexual purposes, or otherwise illegal or harmful activities, such as discrimination, bullying, stalking and other forms of harassment, by others;

Recalling the measures to protect children referred to in the 2001 Convention on Cybercrime (ETS No. 185), in particular concerning child pornography, and the 2007 Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201), in particular concerning the solicitation of children for sexual purposes;

Convinced of the need to inform children about the enduring presence and risks of the content they create on the Internet and, in this connection, of the need to develop and promote their information literacy, defined as the competent use of tools providing access to information, the development of critical analysis of content and the appropriation of communication skills to foster citizenship and creativity, as referred to in Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers on empowering children in the new information and communications environment;

Aware that communication using new technologies and new information and communication services must respect the right to privacy and to secrecy of correspondence, as guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights and as elaborated by the case law of the European Court of Human Rights, as well as the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108);

Concerned by the profiling of information and the retention of personal data regarding children's activities for commercial purposes;

Noting the outcome documents of the United Nations World Summit on the Information Society (Geneva, 2003 – Tunis, 2005), in particular the 2005 Tunis Agenda for the Information Society which reaffirmed the commitment to effective policies and frameworks to protect children and young people from abuse and exploitation through information and communication technologies;

Noting also the mandate of the United Nations Internet Governance Forum, in particular to identify emerging issues regarding the development and security of the Internet and to help find solutions to the issues arising from the use and misuse of the Internet, of concern to everyday users;

Aware of the emerging tendency for certain types of institutions, such as educational establishments, and prospective employers to seek information about children and young people when deciding on important issues concerning their lives,

Declares that, other than in the context of law enforcement, there should be no lasting or permanently accessible record of the content created by children on the Internet which challenges their dignity, security and privacy or otherwise renders them vulnerable now or at a later stage in their lives;

Invites member states together, where appropriate, with other relevant stakeholders, to explore the feasibility of removing or deleting such content, including its traces (logs, records and processing), within a reasonably short period of time.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters

Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters

(Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2008 at the 1022nd meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage;

Recalling that States Parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights – ETS No. 5) have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction the human rights and fundamental freedoms defined in the Convention;

Reaffirming the commitment of member states to the fundamental right to freedom of expression and to receive and impart information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers, as guaranteed by Article 10 of the European Convention on Human Rights;

Aware that any intervention by member states that forbids access to specific Internet content may constitute a restriction on freedom of expression and access to information in the online environment and that such a restriction would have to fulfil the conditions in Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights and the relevant case law of the European Court of Human Rights;

Recalling in this respect the Declaration on human rights and the rule of law in the information society, adopted by the Committee of Ministers on 13 May 2005, according to which member states should maintain and enhance legal and practical measures to prevent state and private censorship;

Recalling Recommendation Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment, according to which member states, the private sector and civil society are encouraged to develop common standards and strategies to promote transparency and the provision of information, guidance and assistance to the individual users of technologies and services concerning, inter alia, the blocking of access to and filtering of content and services with regard to the right to receive and impart information;

Noting that the voluntary and responsible use of Internet filters (products, systems and measures to block or filter Internet content) can promote confidence and security on the Internet for users, in particular children and young people, while also aware that the use of such filters can impact on the right to freedom of expression and information, as protected by Article 10 of the European Convention on Human Rights;

Recalling Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers on empowering children in the new information and communications environment, which underlines the importance of information literacy and training strategies for children to enable them to better understand and deal with content (for example violence and self-harm, pornography, discrimination and racism) and behaviours (such as grooming, bullying, harassment or stalking) carrying a risk of harm, thereby promoting a greater sense of confidence, well-being and respect for others in the new information and communications environment;

Convinced of the necessity to ensure that users are made aware of, understand and are able to effectively use, adjust and control filters according to their individual needs;

Recalling Recommendation Rec(2001)8 of the Committee of Ministers on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services), which encourages the neutral labelling of content to enable users to make their own value judgements over such content and the development of a wide range of search tools and filtering profiles, which provide users with the ability to select content on the basis of content descriptors;

Aware of the public service value of the Internet, understood as people’s significant reliance on the Internet as an essential tool for their everyday activities (communication, information, knowledge, commercial transactions, entertainment) and the resulting legitimate expectation that Internet services be accessible, affordable, secure, reliable and ongoing and recalling in this regard Recommendation Rec(2007)16 of the Committee of Ministers on measures to promote the public service value of the Internet;

Recalling the Declaration of the Committee of Ministers on freedom of communication on the Internet of 28 May 2003, which stresses that public authorities should not, through general blocking or filtering measures, deny access by the public to information and other communication on the Internet, regardless of frontiers, but that this does not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries;

Reaffirming the commitment of member states to everyone's right to private life and secrecy of correspondence, as protected by Article 8 of the European Convention on Human Rights, and recalling the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) and its Additional Protocol regarding supervisory authorities and transborder data flows (ETS No. 181) as well as Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers on the protection of privacy on the Internet,

Recommends that member states adopt common standards and strategies with regard to Internet filters to promote the full exercise and enjoyment of the right to freedom of expression and information and related rights and freedoms in the European Convention on Human Rights, in particular by:

– taking measures with regard to Internet filters in line with the guidelines set out in the appendix to this recommendation;

– bringing these guidelines to the attention of all relevant private and public sector stakeholders, in particular those who design, use (install, activate, deactivate and implement) and monitor Internet filters, and to civil society, so that they may contribute to their implementation.

Appendix to Recommendation CM/Rec(2008)6

Guidelines

I. Using and controlling Internet filters in order to fully exercise and enjoy the right to freedom of expression and information

Users' awareness, understanding of and ability to effectively use Internet filters are key factors which enable them to fully exercise and enjoy their human rights and fundamental freedoms, in particular the right to freedom of expression and information, and to participate actively in democratic processes. When confronted with filters, users must be informed that a filter is active and, where appropriate, be able to identify and to control the level of filtering the content they access is subject to. Moreover, they should have the possibility to challenge the blocking or filtering of content and to seek clarifications and remedies.

In co-operation with the private sector and civil society, member states should ensure that users are made aware of activated filters and, where appropriate, are able to activate and deactivate them and be assisted in varying the level of filtering in operation, in particular by:

i. developing and promoting a minimum level of information for users to enable them to identify when filtering has been activated and to understand how, and according to which criteria, the filtering operates (for example, black lists, white lists, keyword blocking, content rating, etc., or combinations thereof);

ii. developing minimum levels of and standards for the information provided to the user to explain why a specific type of content has been filtered;

iii. regularly reviewing and updating filters in order to improve their effectiveness, proportionality and legitimacy in relation to their intended purpose;

iv. providing clear and concise information and guidance regarding the manual overriding of an activated filter, namely whom to contact when it appears that content has been unreasonably blocked and the reasons which may allow a filter to be overridden for a specific type of content or Uniform Resource Locator (URL);

v. ensuring that content filtered by mistake or error can be accessed without undue difficulty and within a reasonable time;

vi. promoting initiatives to raise awareness of the social and ethical responsibilities of those actors who design, use and monitor filters with particular regard to the right to freedom of expression and information and to the right to private life, as well as to the active participation in public life and democratic processes;

vii. raising awareness of the potential limitations to freedom of expression and information and the right to private life resulting from the use of filters and of the need to ensure proportionality of such limitations;

viii. facilitating an exchange of experiences and best practices with regard to the design, use and monitoring of filters;

ix. encouraging the provision of training courses for network administrators, parents, educators and other people using and monitoring filters;

x. promoting and co-operating with existing initiatives to foster responsible use of filters in compliance with human rights, democracy and the rule of law;

xi. fostering filtering standards and benchmarks to help users choose and best control filters.

In this context, civil society should be encouraged to raise users' awareness of the potential benefits and dangers of filters. This should include promoting the importance and significance of free and unhindered access to the Internet so that every individual user may fully exercise and enjoy their human rights and fundamental freedoms, in particular the right to freedom of expression and information and the right to private life, as well as to effectively participate in public life and democratic processes.

II. Appropriate filtering for children and young people

The Internet has significantly increased the number and diversity of ideas, information and opinions which people may receive and impart in the fulfilment of their right to freedom of expression and information without interference by public authorities and regardless of frontiers. At the same time, it has increased the amount of readily available content carrying a risk of harm, particularly for children and young people. To satisfy the legitimate desire and duty of member states to protect children and young people from content carrying a risk of harm, the proportionate use of filters can constitute an appropriate means of encouraging access to and confident use of the Internet and be a complement to other strategies on how to tackle harmful content, such as the development and provision of information literacy.

In this context, member states should:

i. facilitate the development of strategies to identify content carrying a risk of harm for children and young people, taking into account the diversity of cultures, values and opinions;

ii. co-operate with the private sector and civil society to avoid over-protection of children and young people by, inter alia, supporting research and development for the production of "intelligent" filters that take more account of the context in which the information is provided (for example by differentiating between harmful content itself and unproblematic references to it, such as may be found on scientific websites);

iii. facilitate and promote initiatives that assist parents and educators in the selection and use of developmental-age appropriate filters for children and young people;

iv. inform children and young people about the benefits and dangers of Internet content and its filtering as part of media education strategies in formal and non-formal education.

Furthermore, the private sector should be encouraged to:

i. develop "intelligent" filters offering developmental-age appropriate filtering which can be adapted to follow the child's progress and age while, at the same time, ensuring that filtering does

not occur when the content is deemed neither harmful nor unsuitable for the group which the filter has been activated to protect;

ii. co-operate with self- and co-regulatory bodies in order to develop standards for developmental-age appropriate rating systems for content carrying a risk of harm, taking into account the diversity of cultures, values and opinions;

iii. develop, in co-operation with civil society, common labels for filters to assist parents and educators in making informed choices when acquiring filters and to certify that they meet certain quality requirements;

iv. promote the interoperability of systems for the self-classification of content by providers and help to increase awareness about the potential benefits and dangers of such classification models.

Moreover, civil society should be encouraged to:

i. debate and share their experiences and knowledge when assessing and raising awareness of the development and use of filters as a protective measure for children and young people;

ii. regularly monitor and analyse the use and impact of filters for children and young people, with particular regard to their effectiveness and their contribution to the exercise and enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by Article 10 and other provisions of the European Convention on Human Rights.

III. Use and application of Internet filters by the public and private sector

Notwithstanding the importance of empowering users to use and control filters as mentioned above, and noting the wider public service value of the Internet, public actors on all levels (such as administrations, libraries and educational institutions) which introduce filters or use them when delivering services to the public, should ensure full respect for all users' right to freedom of expression and information and their right to private life and secrecy of correspondence.

In this context, member states should:

i. refrain from filtering Internet content in electronic communications networks operated by public actors for reasons other than those laid down in Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights;

ii. guarantee that nationwide general blocking or filtering measures are only introduced by the state if the conditions of Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights are fulfilled. Such action by the state should only be taken if the filtering concerns specific and clearly identifiable content, a competent national authority has taken a decision on its illegality

and the decision can be reviewed by an independent and impartial tribunal or regulatory body, in accordance with the requirements of Article 6 of the European Convention on Human Rights;

iii. introduce, where appropriate and necessary, provisions under national law for the prevention of intentional abuse of filters to restrict citizens' access to lawful content;

iv. ensure that all filters are assessed both before and during their implementation to ensure that the effects of the filtering are proportionate to the purpose of the restriction and thus necessary in a democratic society, in order to avoid unreasonable blocking of content;

v. provide for effective and readily accessible means of recourse and remedy, including suspension of filters, in cases where users and/or authors of content claim that content has been blocked unreasonably;

vi. avoid the universal and general blocking of offensive or harmful content for users who are not part of the group which a filter has been activated to protect, and of illegal content for users who justifiably demonstrate a legitimate interest or need to access such content under exceptional circumstances, particularly for research purposes;

vii. ensure that the right to private life and secrecy of correspondence is respected when using and applying filters and that personal data logged, recorded and processed via filters are only used for legitimate and non-commercial purposes.

Furthermore, member states and the private sector are encouraged to:

i. regularly assess and review the effectiveness and proportionality regarding the introduction of filters;

ii. strengthen the information and guidance to users who are subject to filters in private networks, including information about the existence of, and reasons for, the use of a filter and the criteria upon which the filter operates;

iii. co-operate with users (customers, employees, etc.) to improve the transparency, effectiveness and proportionality of filters.

In this context, civil society should be encouraged to follow the development and deployment of filters both by key state and private sector actors. It should, where appropriate, call upon member states and the private sector, respectively, to ensure and to facilitate all users' right to freedom of expression and information, in particular as regards their freedom to receive information without interference by public authorities and regardless of frontiers in the new information and communications environment.

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet

Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet

(Adopted by the Committee of Ministers on 7 November 2007 at the 1010th meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage;

Recalling that States Parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights – ETS No. 5) have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction the human rights and fundamental freedoms defined in the Convention;

Mindful of the particular roles and responsibilities of member states in securing the protection and promotion of these rights and freedoms;

Noting that information and communication technologies (ICTs) can, on the one hand, significantly enhance the exercise of human rights and fundamental freedoms, such as the right to freedom of expression, information and communication, the right to education, the right to assembly, and the right to free elections, while, on the other hand, they may adversely affect these and other rights, freedoms and values, such as the respect for private life and secrecy of correspondence, the dignity of human beings and even the right to life;

Concerned by the risk of harm posed by content and communications on the Internet and other ICTs as well as by the threats of cybercrime to the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms, and recalling in this regard the Convention on Cybercrime (ETS No. 185) and its Additional Protocol concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189) and the specific provisions in the Council

of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201);

Aware that communication using new information and communication technologies and services must respect the right to privacy as guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights and by the 1981 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), and as elaborated by Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of privacy on the Internet;

Noting that the outcome documents of the World Summit on the Information Society (WSIS) (Geneva 2003 – Tunis 2005) recognise the right for everyone to benefit from the information society and reaffirmed the desire and commitment of participating states to build a people-centred, inclusive and development-oriented information society, respecting fully and upholding the Universal Declaration of Human Rights, as well as the universality, indivisibility, interdependence and interrelation of all human rights and fundamental freedoms, including the right to development;

Convinced that access to and the capacity and ability to use the Internet should be regarded as indispensable for the full exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms in the information society;

Recalling the 2003 UNESCO Recommendation concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace, which calls on member states and international organisations to promote access to the Internet as a service of public interest;

Recalling the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, which states that freedom of thought, expression and information, as well as diversity of the media, enable cultural expressions to flourish within societies, and which calls on Parties to encourage individuals and social groups to create, produce, disseminate, distribute and have access to their own cultural expressions;

Aware that the media landscape is rapidly changing and that the Internet is playing an increasingly important role in providing and promoting diverse sources of information to the public, including user-generated content;

Noting that our societies are rapidly moving into a new phase of development, towards a ubiquitous information society, and therefore that the Internet constitutes a new pervasive social and public space which should have an ethical dimension, which should foster justice, dignity and

respect for the human being and which should be based on respect for human rights and fundamental freedoms, democracy and the rule of law;

Recalling the currently accepted working definition of Internet governance, as the development and application by governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures and programmes that shape the evolution and use of the Internet;

Convinced therefore that the governance of the Internet should be people-centred and pursue public policy goals which protect human rights, democracy and the rule of law on the Internet and other ICTs;

Aware of the public service value of the Internet, understood as people's significant reliance on the Internet as an essential tool for their everyday activities (communication, information, knowledge, commercial transactions) and the resulting legitimate expectation that Internet services be accessible and affordable, secure, reliable and ongoing;

Firmly convinced that the Internet and other ICT services have high public service value in that they serve to promote the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms for all who use them, and that their protection should be a priority with regard to the governance of the Internet,

Recommends that, having regard to the guidelines in the appendix to this recommendation, the governments of member states, in co-operation, where appropriate, with all relevant stakeholders, take all necessary measures to promote the public service value of the Internet by:

- upholding human rights, democracy and the rule of law on the Internet and promoting social cohesion, respect for cultural diversity and trust between individuals and between peoples in the use of ICTs, and in particular, the Internet;

- elaborating and delineating the boundaries of the roles and responsibilities of all key stakeholders within a clear legal framework, using complementary regulatory frameworks;

- encouraging the private sector to acknowledge and familiarise itself with its evolving ethical roles and responsibilities, and to co-operate in reviewing and, where necessary, adjusting its key actions and decisions which may impact on individual rights and freedoms;

- encouraging in this regard the private sector to develop, where appropriate and in co-operation with other stakeholders, new forms of open and transparent self- and co-regulation on the basis of which key actors can be held accountable;

- encouraging the private sector to contribute to achieving the goals set out in this recommendation and developing public policies to supplement the operation of market forces where these are insufficient;

- bringing this recommendation to the attention of all relevant stakeholders, in particular the private sector and civil society, so that all necessary measures are taken to contribute to the implementation of its objectives.

Appendix to the recommendation

I. Human rights and democracy

Human rights

Member states should adopt or develop policies to preserve and, whenever possible, enhance the protection of human rights and respect for the rule of law in the information society. In this regard, particular attention should be paid to:

- the right to freedom of expression, information and communication on the Internet and via other ICTs promoted, inter alia, by ensuring access to them;

- the need to ensure that there are no restrictions to the abovementioned right (for example in the form of censorship) other than to the extent permitted by Article 10 of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights;

- the right to private life and private correspondence on the Internet and in the use of other ICTs, including the respect for the will of users not to disclose their identity, promoted by encouraging individual users and Internet service and content providers to share the responsibility for this;

- the right to education, including media and information literacy;

- the fundamental values of pluralism, cultural and linguistic diversity, and non-discriminatory access to different means of communication via the Internet and other ICTs;

- the dignity and integrity of the human being with regard to the trafficking of human beings carried out using ICTs and by signing and ratifying the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (CETS No. 197);

- the right to the presumption of innocence, which should be respected in the digital environment, and the right to a fair trial and the principle according to which there should be no punishment without law, which should be upheld by developing and encouraging legal, and also self- and co-

regulatory frameworks for journalists and media service providers as concerns the reporting on court proceedings;

- the freedom for all groups in society to participate in ICT-assisted assemblies and other forms of associative life, subject to no other restrictions than those provided for by Article 11 of the European Convention on Human Rights as interpreted by the European Court of Human Rights;

- the right to property, including intellectual property rights, subject to the right of the state to limit the use of property in accordance with the general interest as provided by Article 1 of The Protocol to the European Convention on Human Rights (ETS No. 9).

Democracy

Member states should develop and implement strategies for e-democracy, e-participation and e-government that make effective use of ICTs in democratic process and debate, in relationships between public authorities and civil society, and in the provision of public services as part of an integrated approach that makes full and appropriate use of a number of communication channels, both online and offline. In particular, e-democracy and e-governance should uphold human rights, democracy and the rule of law by:

- strengthening the participation, initiative and involvement of citizens in national, regional and local public life and in decision-making processes, thereby contributing to more dynamic, inclusive and direct forms of democracy, genuine public debate, better legislation and active scrutiny of the decision-making processes;

- improving public administration and services by making them more accessible (inter alia through access to official documents), responsive, user-oriented, transparent, efficient and cost-effective, thus contributing to the economic and cultural vitality of society.

Member states should, where appropriate, consider introducing only e-voting systems which are secure, reliable, efficient, technically robust, open to independent verification and easily accessible to voters, in line with Recommendation Rec(2004)11 of the Committee of Ministers to member states on legal, operational and technical standards for e-voting.

Member states should encourage the use of ICTs (including online forums, weblogs, political chats, instant messaging and other forms of citizen-to-citizen communication) by citizens, non-governmental organisations and political parties to engage in democratic deliberations, e-activism and e-campaigning, put forward their concerns, ideas and initiatives, promote dialogue and deliberation with representatives and government, and to scrutinise officials and politicians in matters of public interest.

Member states should use the Internet and other ICTs in conjunction with other channels of communication to formulate and implement policies for education for democratic citizenship to enable individuals to be active and responsible citizens throughout their lives, to respect the rights of others and to contribute to the defence and development of democratic societies and cultures.

Member states should promote public discussion on the responsibilities of private actors, such as Internet service providers, content providers and users, and encourage them – in the interests of the democratic process and debate and the protection of the rights of others – to take self-regulatory and other measures to optimise the quality and reliability of information on the Internet and to promote the exercise of professional responsibility, in particular with regard to the establishment, compliance with, and monitoring of the observance of codes of conduct.

II. Access

Member states should develop, in co-operation with the private sector and civil society, strategies which promote sustainable economic growth via competitive market structures in order to stimulate investment, particularly from local capital, into critical Internet resources and ICTs, especially in areas with a low communication and information infrastructure, with particular reference to:

- developing strategies which promote affordable access to ICT infrastructure, including the Internet;

- promoting technical interoperability, open standards and cultural diversity in ICT policy covering telecommunications, broadcasting and the Internet;

- promoting a diversity of software models, including proprietary, free and open source software;

- promoting affordable access to the Internet for individuals, irrespective of their age, gender, ethnic or social origin, including the following persons and groups of persons:

a. those on low incomes;

b. those in rural and geographically remote areas; and

c. those with special needs (for example, disabled persons), bearing in mind the importance of design and application, affordability, the need to raise awareness among these persons and groups, the appropriateness and attractiveness of Internet access and services as well as their adaptability and compatibility;

- promoting a minimum number of Internet access points and ICT services on the premises of public authorities and, where appropriate, in other public places, in line with Recommendation

No. R (99) 14 of the Committee of Ministers to member states on universal community service concerning new communication services;

- encouraging, where practicable, public administrations, educational institutions and private owners of access facilities to new communication and information services to enable the general public to use these facilities;

- promoting the integration of ICTs into education and promoting media and information literacy and training in formal and non-formal education sectors for children and adults in order to:

a. empower them to use media technologies effectively to create, access, store, retrieve and share content to meet their individual and community needs and interests;

b. encourage them to exercise their democratic rights and civic responsibilities effectively;

c. encourage them to make informed choices when using the Internet and other ICTs by using and referring to diverse media forms and content from different cultural and institutional sources; understanding how and why media content is produced; critically analysing the techniques, language and conventions used by the media and the messages they convey; and identifying media content and services that may be unsolicited, offensive or harmful.

III. Openness

Member states should affirm freedom of expression and the free circulation of information on the Internet, balancing them, where necessary, with other legitimate rights and interests, in accordance with Article 10, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights as interpreted by the European Court of Human Rights, by:

- promoting the active participation of the public in using, and contributing content to, the Internet and other ICTs;

- promoting freedom of communication and creation on the Internet, regardless of frontiers, in particular by:

a. not subjecting individuals to any licensing or other requirements having a similar effect, nor any general blocking or filtering measures by public authorities, or restrictions that go further than those applied to other means of content delivery;

b. facilitating, where appropriate, “re-users”, meaning those wishing to exploit existing digital content resources in order to create future content or services in a way that is compatible with respect for intellectual property rights;

c. promoting an open offer of services and accessible, usable and exploitable content via the Internet which caters to the different needs of users and social groups, in particular by:

- allowing service providers to operate in a regulatory framework which guarantees them non-discriminatory access to national and international telecommunication networks;

- increasing the provision and transparency of their online services to citizens and businesses;

- engaging with the public, where appropriate, through user-generated communities rather than official websites;

- encouraging, where appropriate, the re-use of public data by non-commercial users, so as to allow every individual access to public information, facilitating their participation in public life and democratic processes;

- promoting public domain information accessibility via the Internet which includes government documents, allowing all persons to participate in the process of government; information about personal data retained by public entities; scientific and historical data; information on the state of technology, allowing the public to consider how the information society might guard against information warfare and other threats to human rights; creative works that are part of a shared cultural base, allowing persons to participate actively in their community and cultural history;

- adapting and extending the remit of public service media, in line with Recommendation Rec(2007)3 of the Committee of Ministers to member states on the remit of public service media in the information society, so as to cover the Internet and other new communication services and so that both generalist and specialised contents and services can be offered, as well as distinct personalised interactive and on-demand services.

IV. Diversity

Member states are encouraged to ensure that Internet and ICT content is contributed by all regions, countries and communities so as to ensure over time representation of all peoples, nations, cultures and languages, in particular by:

- encouraging and promoting the growth of national or local cultural industries, especially in the field of digital content production, including that undertaken by public service media, where necessary crossing linguistic and cultural barriers (including all potential content creators and other stakeholders), in order to encourage linguistic diversity and artistic expression on the Internet and other new communication services. This should

apply also to educational, cultural, scientific, scholarly and other content which may not be commercially viable in accordance with the 2005 UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions;

- developing strategies and policies and creating appropriate legal and institutional frameworks to preserve the digital heritage of lasting cultural, scientific, or other values, in co-operation with holders of copyright and neighbouring rights, and other legitimate stakeholders in order, where appropriate, to set common standards and ensure compatibility and share resources. In this regard, access to legally deposited digital heritage materials, within reasonable restrictions, should also be assured;

- developing a culture of participation and involvement, inter alia by providing for the creation, modification and remixing of interactive content and the transformation of consumers into active communicators and creators of content;

- promoting mechanisms for the production and distribution of user- and community-generated content (thereby facilitating online communities), inter alia by encouraging public service media to use such content and co-operate with such communities;

- encouraging the creation and processing of and access to educational, cultural and scientific content in digital form, so as to ensure that all cultures can express themselves and have access to the Internet in all languages, including indigenous ones;

- encouraging capacity building for the production of local and indigenous content on the Internet;

- encouraging the multilingualisation of the Internet so that everyone can use it in their own language.

V. Security

Member states should engage in international legal co-operation as a means of developing and strengthening security on the Internet and observance of international law, in particular by:

- signing and ratifying the Convention on Cybercrime (ETS No. 185) and its Additional Protocol concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189), in order to be able to implement a common criminal policy aimed at the protection of society against cybercrime, to co-operate for the purposes of investigations or proceedings concerning criminal offences related to computer systems and data, or for the collection of evidence in electronic form of a criminal offence, and to resolve jurisdictional problems in cases of crimes committed in other states parties to the convention;

- promoting the signature and ratification of the Convention and Additional Protocol by non-member states as well as their use as model cybercrime legislation at the national level, so that a worldwide interoperable system and framework for global co-operation in fighting cybercrime among interested countries emerges;

- enhancing network and information security to enable them to resist actions that compromise their stability as well as the availability, authenticity, integrity and confidentiality of stored or transmitted data and the related services offered by or accessible via these networks and systems;

- empowering stakeholders to protect network and information security;

- adopting legislation and establishing appropriate enforcement authorities, where necessary, to combat spam. Member states should also facilitate the development of appropriate technical solutions related to combating spam, improve education and awareness among all stakeholders and encourage industry-driven initiatives, as well as engage in cross-border spam enforcement co-operation;

- encouraging the development of common rules on the co-operation between providers of information society services and law enforcement authorities ensuring that such co-operation has a clear legal basis and respects privacy regulations;

- protecting personal data and privacy on the Internet and other ICTs (to protect users against the unlawful storage of personal data, the storage of inaccurate personal data, or the abuse or unauthorised disclosure of such data, or against the intrusion of their privacy through, for example, unsolicited communications for direct marketing purposes) and harmonising legal frameworks in this area without unjustifiably disrupting the free flow of information, in particular by:

a. improving their domestic frameworks for privacy law in accordance with Article 8 of the European Convention on Human Rights and by signing and ratifying the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108);

b. providing appropriate safeguards for the transfer of international personal data to states which do not have an adequate level of data protection;

c. facilitating cross-border co-operation in privacy law enforcement;

- combating piracy in the field of copyright and neighbouring rights;

- working together with the business sector and consumer representatives to ensure e-commerce users are afforded transparent and effective consumer protection that is not less than the level of protection afforded in other forms of commerce. This may include the introduction of

requirements concerning contracts which can be concluded by electronic means, in particular requirements concerning secure electronic signatures;

- promoting the safer use of the Internet and of ICTs, particularly for children, fighting against illegal content and tackling harmful and, where necessary, unwanted content through regulation, the encouragement of self-regulation, including the elaboration of codes of conduct, and the development of adequate technical standards and systems;

- promoting the signature and ratification of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201).

Avrupa Konseyi - Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment

Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment

(Adopted by the Committee of Ministers on 26 September 2007 at the 1005th meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Reaffirming the commitment of member states to the fundamental right to freedom of expression and to receive and impart information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers, as guaranteed by Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, ETS No. 5);

Mindful of the potential impact, both positive and negative, that information and communication technologies and services can have on the enjoyment of human rights and fundamental freedoms in the information society and the particular roles and responsibilities of member states in securing the protection and promotion of those rights;

Underlining, in this connection, that the development of information and communication technologies and services should contribute to everyone’s enjoyment of the rights guaranteed by Article 10 of the ECHR, for the benefit of each individual and the democratic culture of every society;

Recalling Recommendation No. R (99) 14 of the Committee of Ministers on universal community service concerning new communication and information services, which underlines the need to continually develop these services in order to further the right of everyone to express, to seek, to receive and to impart information and ideas, for the benefit of every individual and society as a whole;

Stressing the importance of free or affordable access to content and services in view of the convergence of the media and new communication service sectors and the emergence of common platforms and services between telecommunication operators, hardware and software

manufacturers, print, electronic and new communication service outlets, Internet service providers and other next generation network operators;

Recalling the 2005 Declaration by the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the information society which recognises that limited or no access to information and communication technologies (ICTs) can deprive individuals of the ability to exercise fully their human rights and fundamental freedoms;

Recalling also Recommendation Rec(2002)2 of the Committee of Ministers on access to official documents and Recommendation No. R (81) 19 of the Committee of Ministers on the access to information held by public authorities;

Aware that communication using new technologies and new information and communication services must respect the right to privacy and to secrecy of correspondence, as guaranteed by Article 8 of the ECHR and as elaborated by the case law of the European Court of Human Rights, as well as the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108) and Recommendation No.

R (99) 5 of the Committee of Ministers on the protection of privacy on the Internet;

Recalling the 2003 Declaration of the Committee of Ministers on freedom of communication on the Internet, which stresses that such freedom should not prejudice the human dignity or human rights and fundamental freedoms of others, especially children;

Recalling Recommendation Rec(2001)8 of the Committee of Ministers on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services) which encourages the neutral labelling of content to enable users to make their own value judgements over such content;

Recalling also Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers on empowering children in the new information and communications environment, which underlines the importance for children to acquire the necessary skills to create, produce and distribute content and communications in a manner which is both respectful of the fundamental rights and freedoms of others and conducive to the exercise and enjoyment of their own fundamental rights;

Conscious of the risk of harm from content and behaviours in the new information and communications environment, which are capable of adversely affecting the physical, emotional and psychological well-being of children, such as online pornography, the portrayal and glorification of violence and self-harm, demeaning, discriminatory or racist expressions or

apologia for such conduct, solicitation (grooming), bullying, stalking and other forms of harassment;

Recalling the importance of education for democratic citizenship which provides children and their educators with the necessary capabilities (knowledge, skills, understanding, attitudes, human rights values and behaviour) they need to live, actively participate and act responsibly while respecting the rights of others, as referred to in Recommendation Rec(2002)12 of the Committee of Ministers on education for democratic citizenship;

Noting the outcome documents of the World Summit on the Information Society (Geneva, 2003 – Tunis, 2005) which refer to the important roles and importance of stakeholders in building the information society while fully respecting human rights and fundamental freedoms;

Aware that the actions and decisions of both state and non-state actors, in particular the private sector, can have an impact on the exercise and enjoyment of fundamental rights, such as freedom of expression and respect for human dignity in the information society;

Stressing the need for member states to constantly examine and review the legal and regulatory framework within which stakeholders operate, which impacts on the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms,

Recommends that the governments of member states take all necessary measures to promote the full exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms in the new information and communications environment, in particular the right to freedom of expression and information pursuant to Article 10 of the ECHR and the relevant case law of the European Court of Human Rights, by:

– adopting common standards and strategies to implement these guidelines; and

– bring these guidelines to the attention of all relevant stakeholders, in particular the private sector, civil society and the media so that they take all necessary measures to contribute to their implementation.

Guidelines

I. Empowering individual users

The constant evolution and change in the design and use of technologies and services challenges the ability of individual users to fully understand and exercise their rights and freedoms in the new information and communications environment. In this regard, the transparency in the processing and presentation of information as well as the provision of information, guidance and other forms

of assistance are of paramount importance to their empowerment. Media education is of particular importance in this context.

Member states, the private sector and civil society are encouraged to develop common standards and strategies to promote transparency and the provision of information, guidance and assistance to the individual users of technologies and services, in particular in the following situations:

i. the monitoring of e-mail and usage of the Internet and the processing of personal data with regard to the right to private life and to secrecy of correspondence;

ii. determining the level of personal anonymity when using technologies and services with regard to the right to private life and to secrecy of correspondence;

iii. determining the level of personal security when using technologies and services with regard to the right to private life, to secrecy of correspondence and rule of law considerations;

iv. the profiling of user information and the retention of personal data by search engine and content providers with regard to the right to private life and secrecy of correspondence;

v. the listing and prioritisation of information provided by search engines with regard to the right to receive and impart information;

vi. the blocking of access to and filtering of content and services with regard to the right to receive and impart information;

vii. the removal of content deemed to be illegal with regard to the rule of law considerations;

viii. children's exposure to content and behaviours carrying a risk of harm with regard to human dignity, the rights of others and the right to private life;

ix. the production of user generated content and communications with regard to human dignity, the rights of others, and the right to private life.

II. Common standards and strategies for reliable information, flexible content creation and transparency in the processing of information

The speed, diversity and volume of content and communications circulating in the new information and communications environment can challenge the values and sensibilities of individuals. A fair balance should be struck between the right to express freely and to impart information in this new environment and respect for human dignity and the rights of others, bearing in mind that the right to freedom of expression may be subject to formalities, conditions and restrictions in order to ensure proportionality.

In this connection, the private sector and member states are encouraged to develop common standards and strategies regarding the following:

i. the rating and labelling of content and services carrying a risk of harm and carrying no risk of harm especially those in relation to children;

ii. the rating, labelling and transparency of filtering mechanisms which are specifically designed for children;

iii. the creation of interactive content and its distribution between users (for example peer-to-peer networks and blogs) while respecting the legitimate interests of right-holders to protect their intellectual property rights;

iv. the labelling and standards for the logging and processing of personal data.

III. Affordable access to ICT infrastructure

The new information and communications environment has become an essential tool in the lives of many individuals to live and work and to exercise their rights and freedoms fully. Affordable access to ICT infrastructure is therefore a prerequisite for affordable access to the Internet, thereby helping to bridge the digital divide, in order to maximise the enjoyment of these rights and freedoms.

In this connection, member states, in co-operation with the private sector and civil society, are encouraged to promote and enhance access to ICT infrastructure by:

i. creating an enabling environment that is attractive for the private sector to invest in ICT infrastructure and services, including a stable legal and regulatory framework;

ii. facilitating and promoting community based networks;

iii. facilitating policies and partnerships which promote the qualitative and quantitative development of ICT infrastructure with a view to ensuring universal and affordable access to the Internet;

iv. reviewing and creating universal service obligations, taking into account, inter alia, converging next generation networks.

IV. Access to information as a public service

The Internet is increasingly important in facilitating the lives of many individuals who use and depend upon public services. Access to the new information and communications environment

facilitates the exercise of their rights and freedoms, in particular their participation in public life and democratic processes.

In this connection member states should:

i. facilitate policies and partnerships which promote the installation of Internet access points on the premises of public authorities and, where appropriate, in other public places. These Internet access points should be open to all users, including those with special needs;

ii. ensure that public authorities increase the provision and transparency of their online services to citizens and businesses so that they allow every individual access to public information;

iii. ensure that public authorities offer a range of online public services in appropriate language scripts (for example, in non-ASCII characters) which accords with common standards (for example, the guidelines of the Web Accessibility Initiative).

V. Co-operation between stakeholders

For individuals to fully exercise and enjoy their rights and freedoms in the new information and communications environment, in particular the right to freedom of expression and information and the right to private life and secrecy of correspondence, it is of paramount importance that member states, the private sector and civil society develop various forms of multi-stakeholder co-operation and partnerships, taking into account their respective roles and responsibilities.

In this connection, member states are encouraged to:

i. engage in regular dialogue with all relevant stakeholders with a view to elaborating and delineating the boundaries of their respective roles and responsibilities with regard to freedom of expression and information and other human rights;

ii. elaborate, where appropriate, and in co-operation with other stakeholders, a clear legal framework on the roles and responsibilities of stakeholders;

iii. ensure that complementary regulatory systems such as new forms of co-regulation and self-regulation respond adequately to the changes in technological development and are fully compatible with the respect for human rights and the rule of law.

The private sector should be encouraged to:

i. acknowledge and familiarise itself with its evolving ethical roles and responsibilities, and to co-operate in reviewing and, where necessary, adjusting their key actions and decisions which impact on individuals rights and freedoms;

ii. develop, where appropriate, new forms of open, transparent and accountable self-regulation.

Civil society, including institutions of higher education and the media, should be encouraged to monitor the ethical and social consequences of the actions and decisions of stakeholders and their compatibility with human rights and the rule of law, raise public awareness of those stakeholders who do not act responsibly, and assist those individuals and groups of individuals whose rights and freedoms have been adversely affected, in particular by addressing the stakeholders concerned.

Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment

Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment

(Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974th meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Reaffirming the commitment of member states to the fundamental right to freedom of expression and to receive and impart information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers, as guaranteed by Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention on Human Rights, ETS No. 5);

Underlining, in this connection, that the development of information and communication technologies and services should contribute to everyone's enjoyment of the rights guaranteed by Article 10 of the European Convention on Human Rights, for the benefit of each individual and the democratic culture of every society;

Recalling the Declaration of the Committee of Ministers on freedom of communication on the Internet of 2003 which stresses that such freedom should not prejudice the dignity or fundamental rights and freedoms of others, especially children;

Aware that communication using new information and communication technologies and services must respect the right to privacy and to secrecy of correspondence, as guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights and as elaborated by Recommendation No. R (99) 5 on the protection of privacy on the Internet;

Mindful of the potential impact, both positive and negative, that information and communication technologies and services can have on the enjoyment of fundamental rights in the information society and the particular role and responsibility of member states in securing the protection of those rights;

Bearing in mind the various types of illegal content and behaviour referred to in the Convention on Cybercrime (ETS No. 185) and its Additional Protocol concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189);

Conscious of the risk of harm from content and behaviour in the new information and communications environment which may not always be illegal but which are capable of adversely affecting the physical, emotional and psychological well-being of children, such as online pornography, the portrayal and glorification of violence and self-harm, demeaning, discriminatory or racist expressions or apologia for such conduct, solicitation (grooming), bullying, stalking and other forms of harassment;

Recalling, in this respect, Recommendation No. R (97) 19 on the portrayal of violence in the electronic media and Recommendation Rec(2001)8 on self-regulation concerning cyber-content;

Convinced that an essential part of the response to content and behaviour carrying a risk of harm lies in the development and provision of information literacy, defined as the competent use of tools providing access to information, the development of critical analysis of content and the appropriation of communication skills to foster citizenship and creativity, and training initiatives for children and their educators in order for them to use information and communication technologies and services in a positive and responsible manner;

Underlining the need for empowerment with regard to information and communication services and technologies, as referred to in the 1999 Declaration on a European policy for new information technologies, and the importance of developing competence in this field, in particular through training at all levels of the education system, formal and informal, and throughout life;

Encouraging, in this connection, active, critical and discerning use of these services and technologies, the promotion of better and wider use of the new information technologies in teaching and learning, and the use of information networks in the education field;

Recalling the importance of education for democratic citizenship which provides children and their educators with the necessary capabilities (knowledge, skills, understanding, attitudes, human rights values and behaviour) they need to live, actively participate and act responsibly with respect to the rights of others, as referred to in Recommendation Rec(2002)12 on education for democratic citizenship;

Recalling the adopted texts of the 7th European Ministerial Conference on Mass Media Policy held in Kyiv in 2005, in particular Resolution No. 3 and the Action Plan, regarding the need to support steps to promote, at all stages of education and as part of ongoing learning, media literacy

which involves active and critical use of all media as well as the promotion by member states of the adoption of a adequate level of protection for children against harmful content;

Recalling also the pledge in the Action Plan, adopted at the Third Summit of the Heads of State and Government of the Council of Europe held in Warsaw in 2005, to pursue work on children in the information society, in particular as regards media literacy skills and protection against harmful content;

Noting the important role of private sector and civil society actors in promoting the enjoyment of fundamental rights, such as freedom of expression and respect for human dignity in the information society, as highlighted in the 2005 Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society,

Recommends that member states develop, where necessary, a coherent information literacy and training strategy which is conducive to empowering children and their educators in order for them to make the best possible use of information and communication services and technologies, having regard to the following:

i. member states should ensure that children are familiarised with, and skilled in, the new information and communications environment and that, to this end, information literacy and training for children become an integral part of school education from an early stage in their lives;

ii. member states should ensure that children acquire the necessary skills to create, produce and distribute content and communications in the new information and communications environment in a manner which is both respectful of the fundamental rights and freedoms of others and conducive to the exercise and enjoyment of their own fundamental rights, in particular the right to freedom of expression and information balanced with the right to private life;

iii. member states should ensure that such skills enable children to better understand and deal with content (for example violence and self-harm, pornography, discrimination and racism) and behaviours (such as grooming, bullying, harassment or stalking) carrying a risk of harm, thereby promoting a greater sense of confidence, well-being and respect for others in the new information and communications environment;

iv. in this connection, member states should encourage and facilitate:

- the development of pedagogical material and learning tools for the use of educators to enable them to recognise and react responsibly to content and behaviour carrying a risk of harm;

- strategies to raise awareness, inform and train educators so that they may effectively empower children in their care, in particular to prevent and limit their exposure to content and behaviour carrying a risk of harm;

- programmes of research which examine the motivations and conduct of children at different developmental stages, with the assistance of public and private sector actors who handle content and communications regarding children's use of information and communication services and technologies.

Member states should have regard to the desirability of pursuing a multi-stakeholder approach to empowering children in the new information and communications environment, as follows:

i. in partnership with governments, the private sector, as one of the key actors in the information society, should be encouraged to promote and facilitate children's skills, well-being and related information literacy and training initiatives. In this connection, actors in this sector should regularly assess and evaluate their information policies and practices regarding child safety and responsible use, while respecting fundamental rights, in particular the right to freedom of expression and to receive and impart information and opinions without interference and regardless of frontiers;

ii. in partnership with governments and the private sector, civil society actors, as key catalysts in promoting the human rights dimension of the information society, should be encouraged to actively monitor, evaluate and promote children's skills, well-being and related information literacy and training initiatives;

iii. the media should be encouraged to be attentive to their role as a vital source of information and reference for children and their educators in the new information and communications environment, with particular regard to fundamental rights.

Avrupa Konseyi - Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society CM(2005)56 - 13 Mayıs 2005

Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society

CM(2005)56 final 13 May 2005

The member states of the Council of Europe,

Recalling their commitment to building societies based on the values of human rights, democracy, rule of law, social cohesion, respect for cultural diversity and trust between individuals and between peoples, and their determination to continue honouring this commitment as their countries enter the Information Age;

Respecting the obligations and commitments as undertaken within existing Council of Europe standards and other documents;

Recognising that information and communication technologies (ICTs) are a driving force in building the Information Society and have brought about a convergence of different communication mediums;

Considering the positive contribution the deployment of ICTs makes to economic growth and prosperity as well as labour productivity;

Aware of the profound impact, both positive and negative, that ICTs have on many aspects of human rights;

Aware, in particular, that ICTs have the potential to bring about changes to the social, technological and legal environment in which current human rights instruments were originally developed;

Aware that ICTs are increasingly becoming an integral part of the democratic process;

Recognising that ICTs can offer a wider range of possibilities in exercising human rights;

Recognising therefore that limited or no access to ICTs can deprive individuals of the ability to exercise fully their human rights;

Reaffirming that all rights enshrined in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) remain fully valid in the Information Age and should continue to be protected regardless of new technological developments;

Recognising the need to take into account in national legislation new ICT-assisted forms of human rights violations and the fact that ICTs can greatly intensify the impact of such violations;

Conclude that, to better respond to the new challenges of protecting human rights in a rapidly evolving Information Society, member states need to review and, where necessary, adjust the application of human rights instruments;

Undertake to adopt policies for the further development of the Information Society which are compliant with the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights, and which aim to preserve, and whenever possible enhance, democracy, to protect human rights, in particular freedom of expression and information, and to promote respect for the rule of law;

Declare that when circumstances lead to the adoption of measures to curtail the exercise of human rights in the Information Society, in the context of law enforcement or the fight against terrorism, such measures shall comply fully with international human rights standards. These measures must be lawful and defined as precisely as possible, be necessary and proportionate to the aim pursued, and be subject to supervision by an independent authority or judicial review. Further, when such measures fall under the scope of Article 15 of the ECHR, they need to be reassessed on a regular basis with the purpose of lifting them when the circumstances under which they were adopted no longer exist;

Declare that the exercise of the rights and freedoms enshrined in the ECHR shall be secured for all without discrimination, regardless of the technical means employed;

Declare that they seek to abide by the principles and guidelines regarding respect for human rights and the rule of law in the Information Society, found in section I below;

Invite civil society, the private sector and other interested stakeholders to take into account in their work towards an inclusive Information Society for all, the considerations in section II below;

Invite the Chair of the Committee of Ministers to submit this Declaration, as a Council of Europe contribution, to the Tunis Phase of the World Summit on the Information Society (WSIS) for consideration.

I. Human rights in the Information Society

1. The right to freedom of expression, information and communication

ICTs provide unprecedented opportunities for all to enjoy freedom of expression. However, ICTs also pose many serious challenges to that freedom, such as state and private censorship.

Freedom of expression, information and communication should be respected in a digital as well as in a non-digital environment, and should not be subject to restrictions other than those provided for in Article 10 of the ECHR, simply because communication is carried in digital form.

In guaranteeing freedom of expression, member states should ensure that national legislation to combat illegal content, for example racism, racial discrimination and child pornography, applies equally to offences committed via ICTs.

Member states should maintain and enhance legal and practical measures to prevent state and private censorship. At the same time, member states should ensure compliance with the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime and other relevant conventions which criminalise acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems. In that context, member states should promote frameworks for self- and co-regulation by private sector actors (such as the ICT industry, Internet service providers, software manufacturers, content providers and the International Chamber of Commerce). Such frameworks would ensure the protection of freedom of expression and communication.

Member states should promote, through appropriate means, interoperable technical standards in the digital environment, including those for digital broadcasting, that allow citizens the widest possible access to content.

2. The right to respect for private life and correspondence

The large-scale use of personal data, which includes electronic processing, collection, recording, organisation, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, disclosure by transmission or otherwise, has improved the efficiency of governments and the private sector. Moreover, ICTs, such as Privacy Enhancing Technology (PETs), can be used to protect privacy. Nevertheless, such advances in technology pose serious threats to the right to private life and private correspondence.

Any use of ICTs should respect the right to private life and private correspondence. The latter should not be subject to restrictions other than those provided for in Article 8 of the ECHR, simply because it is carried in digital form. Both the content and traffic data of electronic communications fall under the scope of Article 8 of the ECHR and should not be submitted to restrictions other than those provided for in that provision. Any automatic processing of personal data falls under the scope of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data and should respect the provisions of that instrument.

Member states should promote frameworks for self- and co-regulation by private sector actors with a view to protecting the right to respect for private life and private correspondence. A key

element of the promotion of such self- or co-regulation should be that any processing of personal data by governments or the private sector should be compatible with the right to respect for private life, and that no exception should exceed those provided for in Article 8, paragraph 2, of the ECHR, or in Article 9, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data.

3. The right to education and the importance of encouraging access to the new information technologies and their use by all without discrimination

New forms of access to information will stimulate wider dissemination of information regarding social, economic and cultural aspects of life, and can bring about greater inclusion and overcome forms of discrimination. E-learning has a great potential for promoting democratic citizenship through education and enhancing the level of people's knowledge throughout the world. At the same time, there is a serious risk of exclusion for the "computer illiterate" and for those without adequate access to information technologies for social, economic or cultural reasons.

Computer literacy is a fundamental prerequisite for access to information, the exercise of cultural rights and the right to education through ICTs. Any regulatory measure on the media and new communication services should respect and, wherever possible, promote the fundamental values of pluralism, cultural and linguistic diversity, and non-discriminatory access to different means of communication.

Member states should facilitate access to ICT devices and promote education to allow all persons, in particular children, to acquire the skills needed to work with a broad range of ICTs and assess critically the quality of information, in particular that which would be harmful to them.

4. The prohibition of slavery and forced labour, and the prohibition of trafficking in human beings

The use of ICTs has expanded the possibilities for trafficking in human beings and has created a new virtual form of this practice.

In a digital environment, such as the Internet, when trafficking in human beings contravenes Article 4 of the ECHR, it should be treated in the same manner as in a non-digital environment.

Member states should maintain and enhance legal and practical measures to prevent and combat ICT-assisted forms of trafficking in human beings.

5. The right to a fair trial and to no punishment without law

ICTs facilitate access to legal material and knowledge. Moreover, public transmission of court proceedings and transparency of information regarding trials facilitates better public scrutiny of court proceedings. Trials can be conducted more efficiently by using ICT-facilities. However, given the speed of ICT-driven communication and the resulting wide-ranging impact, ICTs can greatly intensify pre-trial publicity and influence witnesses and public opinion before and during a trial. Moreover, ICTs allow crimes not covered by legal frameworks, which may hinder combating infringements of human rights. The global reach of ICTs, in particular the Internet, can create problems of jurisdiction and also raise issues on the ability to apply legal frameworks to instances of human rights violation.

In the determination of their civil rights and obligations or any criminal charge against them, everyone is entitled, in conformity with Article 6 of the ECHR, to identical protection in a digital environment, such as the Internet, to that which they would receive in a non-digital environment. The right of no punishment without law applies equally to a digital and a non-digital environment.

Member states should promote codes of conduct for representatives of the media and information service providers, which stress that media reporting on trials should be in conformity with the prescriptions of Article 6 of the ECHR. They should also consider whether there is a need to develop further international legal frameworks on jurisdiction to ensure that the right to no punishment without law is respected in a digital environment.

6. The protection of property

In the ICT environment, the protection of property refers mainly to intellectual property, such as patents, trademarks and copyrights. ICTs provide unprecedented access to material covered by intellectual property rights and opportunities for its exploitation. However, ICTs can facilitate the abuse of intellectual property rights and hinder the prosecution of offenders, due to the speed of technology changes, the low cost of dissemination of content, the volume of infringement, the difficulty in tracking offences across international borders and the decentralised nature of file sharing. Innovation and creativity would be discouraged and investment diminished without effective means of enforcing intellectual property rights.

Intellectual property rights must be protected in a digital environment, in accordance with the provisions of international treaties in the area of intellectual property. At the same time, access to information in the public domain must be protected, and attempts to curtail access and usage rights prevented.

Member states should provide the legal framework necessary for the above-mentioned goals. They should also seek, where possible, to put the political, social services, economic, and research

information they produce into the public domain, thereby increasing access to information of vital importance to everyone. In so doing, they should take note of the Council of Europe's Convention on Cybercrime, in particular Article 10, on offences related to infringements of copyright and related rights.

7. The right to free elections

ICTs have the potential, if appropriately used, to strengthen representative democracy by making it easier to hold elections and public consultations which are accessible to all, raise the quality of public deliberation, and enable citizens and civil society to take an active part in policy making at national, regional and local levels. ICTs can make all public services more efficient, responsive, transparent and accountable. At the same time, improper use of ICTs may subvert the principles of universal, equal, free and secret suffrage, as well as create security and reliability problems with regard to some e-voting systems.

E-voting should respect the principles of democratic elections and referendums and be at least as reliable and secure as democratic elections and referendums which do not involve the use of electronic means.

Member states should examine the use of ICTs in fostering democratic processes with a view to strengthening the participation, initiative, knowledge and engagement of citizens, improving the transparency of democratic decision making, the accountability and responsiveness of public authorities, and encouraging public debate and scrutiny of the decision-making process. Where member states use e-voting, they shall take steps to ensure transparency, verifiability and accountability, reliability and security of the e-voting systems, and in general ensure their compatibility with Committee of Ministers' Recommendation Rec(2004)11 on legal, operational and technical standards for e-voting.

8. Freedom of assembly

ICTs bring an additional dimension to the exercise of freedom of assembly and association, thus extending and enriching ways of enjoying these rights in a digital environment. This has crucial implications for the strengthening of civil society, for participation in the associative life at work (trade unions and professional bodies) and in the political sphere, and for the democratic process in general. At the same time, ICTs provide extensive means of monitoring and surveillance of assembly and association in a digital environment, as well as the ability to erect electronic barriers, severely restricting the exercise of these rights.

All groups in society should have the freedom to participate in ICT-assisted associative life as this contributes to the development of a vibrant civil society. This freedom should be respected in a digital environment, such as the Internet, as well as in a non-digital one and should not be subject to restrictions other than those provided for in Article 11 of the ECHR, simply because assembly takes place in digital form.

Member states should adapt their legal frameworks to guarantee freedom of ICT-assisted assembly and take the steps necessary to ensure that monitoring and surveillance of assembly and association in a digital environment does not take place, and that any exceptions to this must comply with those provided for in Article 11, paragraph 2, of the ECHR.

II. A multi-stakeholder governance approach for building the Information Society: the roles and responsibilities of stakeholders

Building an inclusive Information Society, based on respect for human rights and the rule of law, requires new forms of solidarity, partnership and cooperation among governments, civil society, the private sector and international organisations. Through open discussions and exchanges of information worldwide, a

multi-stakeholder governance approach will help shape agendas and devise new regulatory and non-regulatory models which will account for challenges and problems arising from the rapid development of the Information Society.

1. Council of Europe member states

Council of Europe member states should promote the opportunities afforded by ICTs for fuller enjoyment of human rights and counteract the threats they pose in this respect, while fully complying with the ECHR. The primary objective of all measures taken should be to extend the benefits of ICTs to everyone, thus encouraging inclusion in the Information Society. This can be done by ensuring effective and equitable access to ICTs, and developing the skills and knowledge necessary to exploit this access, including media education.

The exercise of human rights should be subject to no restrictions other than those provided for in the ECHR or the case law of the European Court of Human Rights, simply because it is conducted in a digital environment. At the same time, determined efforts should be undertaken to protect individuals against new and intensified forms of human rights violations through the use of the ICTs.

Taking full account of the differences between services delivered by different means and people’s expectations of these services, member states, with a view to protecting human rights, should

promote self- and co-regulation by private sector actors to reduce the availability of illegal and of harmful content and to enable users to protect themselves from both.

2. Civil society

Civil society actors have been and always will be instrumental in shaping the society in which they live, and the Information Society is no exception. To successfully build an Information Society which complies with the standards defined by the ECHR requires the full participation of civil society in both determining strategies and implementing them. Civil society can contribute to developing a common vision for maximising the benefits of ICTs for all and provide its own input into future common regulatory measures that will best promote human rights.

At the Council of Europe, one major channel of civil society input is the Conference of International Non-governmental Organisations (INGOs).

In addition, civil society, in partnership with governments and the business sector, is invited to preserve and enhance its role of drawing attention to and combating the abuse and misuse of ICTs, which are detrimental to both individuals and democratic society in general.

At a trans-national level, civil society is urged to cooperate in the sharing of objectives, best practice and experience with respect to expanding the opportunities held by the Information Society.

3. Private sector

Private sector actors are urged to play a role in upholding and promoting human rights, such as freedom of expression and the respect of human dignity. This role can be fulfilled most effectively in partnership with governments and civil society.

In cooperation with governments and civil society, private sectors actors are urged to take measures to prevent and counteract threats, risks and limitations to human rights posed by the misuse of ICTs or their use for illegal purposes, and to promote e-inclusion. In addition, they are invited to establish and further broaden the scope of codes of conduct and other forms of self-regulation for the promotion of human rights through ICTs.

Private sector actors are also invited to initiate and develop self- and co-regulatory measures on the right to private life and private correspondence, as well as on the issue of upholding freedom of expression and communication.

Self- and co-regulatory measures with regard to private life and private correspondence should emphasise in particular that any processing of personal data should comply with the right to private

life. Against this background, private sector actors should pay particular attention to, inter alia, the following current issues:

- the collection, processing and monitoring of traffic data;

- the monitoring of private correspondence via e-mail or other forms of electronic communication;

- the right to privacy in the work place;

- camera observation;

- biometric identification;

- malware, including spam;

- the collection and use of genetic data and genetic testing.

With regard to self- and co-regulatory measures which aim to uphold freedom of expression and communication, private sector actors are encouraged to address in a decisive manner the following issues:

- hate speech, racism and xenophobia and incitation to violence in a digital environment such as the Internet;

- private censorship (hidden censorship) by Internet service providers, for example blocking or removing content, on their own initiative or upon the request of a third party;

- the difference between illegal content and harmful content.

Finally, private sector actors are urged to participate in the combat against virtual trafficking of child pornography images and virtual trafficking of human beings.

4. The Council of Europe

The Council of Europe will raise awareness of and promote accession to the Convention on Cybercrime and its Additional Protocol, and the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, on a worldwide basis. The Convention Committee will monitor the implementation of these conventions and their additional protocols and will, if need be, propose any amendments.

In accordance with the Action Plan adopted by the 7th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Kiev, 10-11 March 2005), the Steering Committee on the Media and New Communications Services (CDMC) will:

- take any necessary initiatives, including the preparation of guidelines, inter alia, on the roles and responsibilities of intermediaries and other Internet actors in ensuring freedom of expression and communication;

- promote the adoption by member states of measures to ensure, at the pan-European level, a coherent level of protection for minors against harmful content in traditional and new electronic media, while securing freedom of expression and the free flow of information;

- establish a regular pan-European forum to exchange information and best practice between member states and other stakeholders on measures to promote inclusion in the Information Society;

- monitor the impact of the development of new communication and information services on the protection of copyright and neighbouring rights, so as to take any initiative which might prove necessary to secure this protection.

The objectives of the project "Good governance in the Information Society" will be further defined, taking into account the Council of Europe's work in the fields of e-voting and e-governance, and in particular its achievements represented by Committee of Ministers' Recommendation Rec(2004)11 on legal, operational and technical standards for e-voting, and Recommendation Rec(2004)15 on electronic governance ("e-governance").

The Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD) will look into the application of data protection principles to worldwide telecommunication networks.

Appendix to the Declaration

Council of Europe Reference Texts

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 005)

Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data

(ETS No. 108)

European Convention on Transfrontier Television (ETS No. 132)

Protocol Amending the European Convention on Transfrontier Television (ETS No. 171)

Convention on Information and Legal Co-operation concerning "Information Society Services" (ETS No. 180)

Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows (ETS No. 181)

European Convention for the protection of the Audiovisual Heritage (ETS No. 183)

Protocol to European Convention for the protection of the Audiovisual Heritage, on the protection of Television Productions (ETS No. 184)

Convention on Cybercrime (ETS No. 185)

Additional Protocol to the Convention on cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems (ETS No. 189)

Recommendation No. R (90) 19 on the protection of personal data used for payment and other related operations

Recommendation No. R (91) 10 on the communication to third parties of personal data held by public bodies

Recommendation No. R (95) 4 on the protection of personal data in the area of telecommunications, with particular reference to telephone service

Resolution ResAP (2001) 3 "Towards full citizenship for persons with disabilities through inclusive new technologies"

Recommendation Rec(2001)7 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect copyright and neighbouring rights and combat piracy, especially in the digital environment

Recommendation Rec(2002)2 of the Committee of Ministers to member states on access to official documents

Recommendation Rec(2004)11 of the Committee of Ministers to member states on legal, operational and technical standards for e-voting

Recommendation Rec(2004)15 of the Committee of Ministers to member states on electronic governance ("e-governance")

Declaration of the Committee of Ministers on a European policy for New Information Technologies, adopted on 7 May 1999

Declaration of the Committee of Ministers on Cultural Diversity, adopted on 7 December 2000

Declaration of the Committee of Ministers on freedom of communication on the Internet, adopted on 28 May 2003

Political Message from the Committee of Ministers to the World Summit on the Information Society (Geneva, 10-12 December 2003) of 19 June 2003

Avrupa Konseyi - Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings

COUNCIL OF EUROPE

COMMITTEE OF MINISTERS

Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings

(*Adopted by the Committee of Ministers on 10 July 2003 at the 848th meeting of the Ministers' Deputies*)

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage;

Recalling the commitment of the member states to the fundamental right to freedom of expression and information as guaranteed by Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter "the Convention"), which constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for the development of every individual;

Recalling that the media have the right to inform the public due to the right of the public to receive information, including information on matters of public concern, under Article 10 of the Convention, and that they have a professional duty to do so;

Recalling that the rights to presumption of innocence, to a fair trial and to respect for private and family life under Articles 6 and 8 of the Convention constitute fundamental requirements which must be respected in any democratic society;

Stressing the importance of media reporting in informing the public on criminal proceedings, making the deterrent function of criminal law visible as well as in ensuring public scrutiny of the functioning of the criminal justice system;

Considering the possibly conflicting interests protected by Articles 6, 8 and 10 of the Convention and the necessity to balance these rights in view of the facts of every individual case, with due regard to the supervisory role of the European Court of Human Rights in ensuring the observance of the commitments under the Convention;

Recalling, furthermore, the right of the media and journalists to create professional associations, as guaranteed by the right to freedom of association under Article 11 of the Convention, which is a basis for self-regulation in the media field;

Aware of the many initiatives taken by the media and journalists in Europe to promote the responsible exercise of journalism, either through self-regulation or in co-operation with the state through co- regulatory frameworks;

Desirous to enhance an informed debate on the protection of the rights and interests at stake in the context of media reporting relating to criminal proceedings, and to foster good practice throughout Europe while ensuring access of the media to criminal proceedings;

Recalling its Resolution (74) 26 on the right of reply – position of the individual in relation to the press, its Recommendation No. R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure, its Recommendation No. R (97) 13 concerning the intimidation of witnesses and the rights of the defence, and its Recommendation No. R (97) 21 on the media and the promotion of a culture of tolerance;

Stressing the importance of protecting journalists' sources of information in the context of criminal proceedings, in accordance with its Recommendation No. R (2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information;

Bearing in mind Resolution No. 2 on journalistic freedoms and human rights adopted at the 4th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Prague, December 1994) as well as the Declaration on a media policy for tomorrow adopted at the 6th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Cracow, June 2000);

Recalling that this recommendation does not intend to limit the standards already in force in member states which aim to protect freedom of expression,

Recommends, while acknowledging the diversity of national legal systems concerning criminal procedure, that the governments of member states:

1. take or reinforce, as the case may be, all measures which they consider necessary with a view to the implementation of the principles appended to this recommendation, within the limits of their respective constitutional provisions,

2. disseminate widely this recommendation and its appended principles, where appropriate accompanied by a translation, and

3. bring them in particular to the attention of judicial authorities and police services as well as to make them available to representative organisations of lawyers and media professionals.

Appendix to Recommendation Rec(2003)13

Principles concerning the provision of information through the media in relation to criminal proceedings

Principle 1 - Information of the public via the media

The public must be able to receive information about the activities of judicial authorities and police services through the media. Therefore, journalists must be able to freely report and comment on the functioning of the criminal justice system, subject only to the limitations provided for under the following principles.

Principle 2 - Presumption of innocence

Respect for the principle of the presumption of innocence is an integral part of the right to a fair trial. Accordingly, opinions and information relating to on-going criminal proceedings should only be communicated or disseminated through the media where this does not prejudice the presumption of innocence of the suspect or accused.

Principle 3 - Accuracy of information

Judicial authorities and police services should provide to the media only verified information or information which is based on reasonable assumptions. In the latter case, this should be clearly indicated to the media.

Principle 4 - Access to information

When journalists have lawfully obtained information in the context of on-going criminal proceedings from judicial authorities or police services, those authorities and services should make available such information, without discrimination, to all journalists who make or have made the same request.

Principle 5 - Ways of providing information to the media

When judicial authorities and police services themselves have decided to provide information to the media in the context of on-going criminal proceedings, such information should be provided on a non- discriminatory basis and, wherever possible, through press releases, press conferences by authorised officers or similar authorised means.

Principle 6 - Regular information during criminal proceedings

In the context of criminal proceedings of public interest or other criminal proceedings which have gained the particular attention of the public, judicial authorities and police services should inform the media about their essential acts, so long as this does not prejudice the secrecy of investigations and police inquiries or delay or impede the outcome of the proceedings. In cases of criminal proceedings which continue for a long period, this information should be provided regularly.

Principle 7 - Prohibition of the exploitation of information

Judicial authorities and police services should not exploit information about on-going criminal proceedings for commercial purposes or purposes other than those relevant to the enforcement of the law.

Principle 8 - Protection of privacy in the context of on-going criminal proceedings

The provision of information about suspects, accused or convicted persons or other parties to criminal proceedings should respect their right to protection of privacy in accordance with Article 8 of the Convention. Particular protection should be given to parties who are minors or other vulnerable persons, as well as to victims, to witnesses and to the families of suspects, accused and convicted. In all cases, particular consideration should be given to the harmful effect which the disclosure of information enabling their identification may have on the persons referred to in this Principle.

Principle 9 - Right of correction or right of reply

Without prejudice to the availability of other remedies, everyone who has been the subject of incorrect or defamatory media reports in the context of criminal proceedings should have a right of correction or reply, as the case may be, against the media concerned. A right of correction should also be available with respect to press releases containing incorrect information which have been issued by judicial authorities or police services.

Principle 10 - Prevention of prejudicial influence

In the context of criminal proceedings, particularly those involving juries or lay judges, judicial authorities and police services should abstain from publicly providing information which bears a risk of substantial prejudice to the fairness of the proceedings.

Principle 11 - Prejudicial pre-trial publicity

Where the accused can show that the provision of information is highly likely to result, or has resulted, in a breach of his or her right to a fair trial, he or she should have an effective legal remedy.

Principle 12 - Admission of journalists

Journalists should be admitted to public court hearings and public pronouncements of judgements without discrimination and without prior accreditation requirements. They should not be excluded from court hearings, unless and as far as the public is excluded in accordance with Article 6 of the Convention.

Principle 13 - Access of journalists to courtrooms

The competent authorities should, unless it is clearly impracticable, provide in courtrooms a number of seats for journalists which is sufficient in accordance with the demand, without excluding the presence of the public as such.

Principle 14 - live reporting and recordings in court rooms

Live reporting or recordings by the media in court rooms should not be possible unless and as far as expressly permitted by law or the competent judicial authorities. Such reporting should be authorised only where it does not bear a serious risk of undue influence on victims, witnesses, parties to criminal proceedings, juries or judges.

Principle 15 - Support for media reporting

Announcements of scheduled hearings, indictments or charges and other information of relevance to legal reporting should be made available to journalists upon simple request by the competent authorities in due time, unless impracticable. Journalists should be allowed, on a non-discriminatory basis, to make or receive copies of publicly pronounced judgments. They should have the possibility to disseminate or communicate these judgments to the public.

Principle 16 - Protection of witnesses

The identity of witnesses should not be disclosed, unless a witness has given his or her prior consent, the identification of a witness is of public concern, or the testimony has already been given in public. The identity of witnesses should never be disclosed where this endangers their

lives or security. Due respect shall be paid to protection programmes for witnesses, especially in criminal proceedings against organised crime or crime within the family.

Principle 17 - Media reporting on the enforcement of court sentences

Journalists should be permitted to have contacts with persons serving court sentences in prisons, as far as this does not prejudice the fair administration of justice, the rights of prisoners and prison officers or the security of a prison.

Principle 18 - Media reporting after the end of court sentences

In order not to prejudice the re-integration into society of persons who have served court sentences, the right to protection of privacy under Article 8 of the Convention should include the right to protect the identity of these persons in connection with their prior offence after the end of their court sentences, unless they have expressly consented to the disclosure of their identity or they and their prior offence are of public concern again or have become of public concern again.

COUNCIL OF EUROPE

COMMITTEE OF MINISTERS

EXPLANATORY MEMORANDUM

to Recommendation Rec(2003)13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings

I. Introduction

1. The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as the European Convention on Human Rights or ECHR) guarantees freedom of expression and information under Article 10, the right to the presumption of innocence and to a fair trial under Article 6 and the right to respect for private and family life under Article 8.

2. The provision of information in relation to court proceedings, and in particular criminal proceedings, corresponds to the right of the public to be informed on matters of public concern, including justice. The right to a fair trial under Article 6 of the ECHR includes hearings in public and the public pronouncement of judgments. Openness to the public can be achieved by the media. However, Article 6 allows also for the exclusion of the public and the media from all or parts of the trial for a limited number of cases referred to in Article 6 itself. The exclusion of the media would also have to comply with the narrowly interpreted possible restrictions of freedom of expression and information under Article 10 of the ECHR. Where private information is disclosed during a trial, Article 8 of the ECHR may require the protection of the privacy of this information.

3. Prominent cases in several member states concerning the media and the courts have caused wide public attention and debate about such issues as secrecy of investigations, the influence by the media on witnesses and judges, the presence of media in courtrooms as well as audiovisual recordings of trials.

4. Against this background, in 1996, the Steering Committee on the Mass Media (CDMM) identified the issue of media reporting in relation to criminal proceedings as being of common interest to all member states, when it proposed the creation of a Group of Specialists on media law and human rights (MM-S-HR) with a view to developing common principles for the protection of freedom of the media as well as other fundamental rights of individuals at stake before, during and after criminal proceedings. After having analysed national laws and practices as well as the relevant case law of the European Court of Human Rights, the MM-S-HR drew up a draft Recommendation on the provision of information through the media in relation to criminal

proceedings, which was finalised by the Steering Committee and its Group of Specialists on freedom of expression and other fundamental rights (MM-S-FR) in 2003.

5. The Committee of Ministers adopted Recommendation Rec(2003)13 at the 848th meeting of the Ministers' Deputies on 10 July 2003.

II. General commentary

6. This recommendation is addressed to governments of member states and hence their public authorities, including courts. Any recommendation of the Committee of Ministers is an instrument of political commitment, and not a legally enforceable instrument. Through its adoption by the Committee of Ministers, it binds all member states.

7. The recommendation does not seek to directly address the private sector, and in particular the media or journalists. It is at the discretion of the member states to use measures which they consider appropriate in order to safeguard and protect the rights and interests of everyone in relation to criminal proceedings as outlined in this recommendation, depending on their respective circumstances and legal traditions.

8. The recommendation provides guidelines for public authorities in the light of Articles 6, 8 and 10 of the European Convention on Human Rights. It does not intend to alter these provisions as well as the obligations of member states under the Convention. Furthermore, it does not intend to limit the standards already in force in member states which aim to protect freedom of expression.

9. In the preamble of the recommendation, certain related recommendations and one resolution are recalled. Resolution (74) 26 on the right of reply recommends member states to recognise the right of reply and correction where media reports have been incorrect or otherwise infringe the rights of individuals. Recommendation No. R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure includes the recommendation, that "information and public relations policies in connection with the investigation and trial of offences should give due consideration to the need to protect the victim from any publicity which will unduly affect his private life or dignity. If the type of offence or the particular status or personal situation and safety of the victim make such special protection necessary, either the trial before the judgment should be held in camera or disclosure or publication of personal information should be restricted to whatever extent is appropriate". In Recommendation No. R (97) 13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence, member states are recommended to take appropriate legislative and practical measures to ensure that witnesses may testify freely and without intimidation. In the context of organised crime, the exclusion of the media and/or the public from all or part of the trial should be considered. Finally, Recommendation No. R (97) 21 on the media

and the promotion of a culture of tolerance contains principles for media reporting without inciting to ethnic intolerance.

10. Following the case law of the European Court of Human Rights concerning journalists' sources, the MM-S-FR had elaborated Recommendation (2000) 7 on the right of journalists not to disclose their sources of information, which was adopted by the Committee of Ministers on 8 March 2000. Although the main focus of the present recommendation is on the right of the media to report about criminal proceedings, the MM-S-FR felt that Recommendation (2000) 7 should be referred to in this context, as journalists reporting about criminal proceedings might also disseminate information received from confidential sources. Recommendation (2000) 7 and Article 10 of the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights, would generally protect those sources in such a case.

11. Member states are held "to disseminate widely this recommendation and its Appendix, where appropriate accompanied by a translation", as the dissemination of the recommendation is a prerequisite for its proper implementation.

III. Commentary to the Recommendation

12. The specific recommendations or principles appear in the Appendix to the recommendation. This Appendix is an integral part of the Recommendation itself. It is only for sake of clarity that the individual "principles concerning the provision of information through the media in relation to criminal proceedings" are grouped in the Appendix.

13. For the purposes of the recommendation, the term "criminal proceedings" shall be understood as any action taken by judicial authorities or police services as well as investigating bodies under the framework of penal law and procedure.

Principle 1 (Information of the public via the media)

14. Article 10 of the European Convention on Human Rights guarantees the right of the public to receive information of public concern. The principle of a public hearing and a public pronouncement of judgments under Article 6 ECHR is part of the fair administration of justice. Since media have a particular role in disseminating information to the public, they should be able to disseminate information about the activities of judicial authorities and police services. The right of the public to receive information on matters of public concern is of particular importance in this context; it includes the right for the media to freely report and comment on the functioning of the criminal justice system. The European Court of Human Rights established, for instance, that the media are one of the means by which politicians and public opinion can control and verify

whether judges are discharging their heavy responsibilities in a manner which is in conformity with the aim which is the basis of the task entrusted to them.[1]

Principle 2 (Presumption of innocence)

15. Article 6, paragraph 2 of the European Convention on Human Rights guarantees the right to the presumption of innocence. This right is primarily a procedural right vis-à-vis judicial authorities, which defines the burden of proof in criminal proceedings. However, the fair administration of justice requires also that the presumption of innocence is not prejudiced indirectly through opinions and information relating to pending criminal proceedings disseminated by the media. The European Court of Human Rights has stated that "journalists reporting on criminal proceedings currently taking place must, admittedly, ensure that they do not overstep the bounds imposed in the interests of the proper administration of justice and that they respect the accused's right to be presumed innocent" (Du Roy and Malaurie v. France (2000) para. 34). This being said, the Court holds that an absolute and general prohibition of media reporting about criminal proceedings would be unnecessary and impede the right of the press to inform the public about matters which, although relating to criminal proceedings, may be in the public interest (ibid., para. 35 and 36).

Principle 3 (Accuracy of information)

16. The accuracy of information is important for both the credibility of judicial authorities and police services as well as the credibility of the media. Therefore, Principle 3 recommends that only accurate information should be provided, i.e. information based on facts or reasonable assumptions. Where the information is based on such assumptions, this should be clearly indicated. Although the truth of information might finally be judged by a court of law only, this Principle shall prevent that inaccurate information is provided knowingly or even on purpose, since it could undermine the authority of the law enforcement authorities and of the judiciary as well as compromise the rights of the parties to criminal proceedings.

Principle 4 (Access to information)

17. Principle 4 recommends that journalists should not be excluded from access to information on an arbitrary basis, for instance due to personal, political or other reasons, where such information has already been obtained lawfully by other journalists.

[1] Eu. Court H.R., Prager and Oberschlick v. Austria (1995), Series A, no. 313, para. 34.

18. National legal systems may also specifically grant access to official documents in this context in accordance with Articles 6 and 8 of the European Convention on Human Rights.

Principle 5 (Ways of providing information to the media)

19. Under Principle 5, judicial authorities and police services should provide their information to the media through organised and authorised channels, rather than by judicial and police officers on an individual basis. The term "authorised officers" is to be understood in a wide sense, indicating that the authority concerned should designate a staff member for that purpose. Other "similar authorised means" in the sense of this Principle could include, for instance, the provision of oral information by official spokespersons on the spot, as well as written information material about a particular criminal proceeding given to journalists in advance of a trial.

20. Some national judicial authorities and police services have developed their internal guidelines for contacts with the media, including rules for the preparation of press releases. Such internal guidelines might be useful for ensuring a high common standard among domestic authorities. This will enhance the reliability of information and should contribute to the quality of media reports. Under national law, police services may have less discretion than judicial authorities to provide information to the media concerning their work.

Principle 6 (Regular information during criminal proceedings)

21. Where journalists and the media are not informed about criminal proceedings which have gained the particular attention of the public through the persons involved, the seriousness of the facts or other circumstances of public concern, it is likely that journalists will pursue their own journalistic investigations. Such journalistic investigations conducted in parallel to judicial investigations may, under certain circumstances, bear the risk of having a negative effect on those judicial investigations, for example by publicly disclosing information, portraying witnesses or contacting criminal offenders. This being said, parallel journalistic investigations might also have positive effects, such as detecting witnesses or suspects.

22. Some member states have prescribed by domestic law the secrecy of criminal investigations and police inquiries as a fundamental procedural principle. As stated by the European Court of Human Rights in its Du Roy and Malaurie judgment of 3 October 2000, however, an absolute secrecy of criminal investigations would not be compatible with Article 10 of the European Convention on Human Rights.

23. Principle 6 therefore recommends that, under such circumstances, judicial authorities and police services should keep the media informed during criminal investigations, so long as this

does not prejudice the secrecy of investigations and police inquiries or delay or impede the outcome of the proceedings. If there is nothing new to report, judicial authorities and police services should also mention this.

Principle 7 (Prohibition of the exploitation of information)

24. The commercial exploitation of information about on-going criminal proceedings by judicial authorities and police services could undermine the impartiality of the judiciary and the police. In addition, it could exclude journalists and media from access to such information due to its cost. In the same vein, information should not be exploited for purposes other than those relevant to the enforcement of the law.

25. This Principle does not, however, exclude the charging of fees for the provision of information by judicial authorities or police services, in order to cover the expenses pertaining to the production and dissemination of that information.

Principle 8 (Protection of privacy in the context of criminal proceedings)

26. Everyone has the right to the protection of private and family life under Article 8 of the European Convention on Human Rights. Principle 8 recalls this protection for suspects, the accused, convicted persons and other parties to criminal proceedings, who must not be denied this right due to their involvement in such proceedings. The mere indication of the name of the accused or convicted may constitute a sanction which is more severe than the penal sanction delivered by the criminal court. It furthermore may prejudice the reintegration into society of the person concerned. The same applies to the image of the accused or convicted. Therefore, particular consideration should be given to the harmful effect which the disclosure of information enabling their identification may have on the persons referred to in this Principle.

27. An even stronger protection is recommended to parties who are minors, to victims of criminal offences, to witnesses and to the families of suspects, the accused and convicted persons. In this respect, member states may also refer to Recommendation No. R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure and Recommendation No. R (97) 13 concerning the intimidation of witnesses and the rights of the defence.

Principle 9 (Right of correction or right of reply)

28. Member states are recommended to recognise in their domestic law and practice a right of correction or reply or the possibility of bringing a complaint to a press council under Resolution (74) 26 on the right of reply. Principle 9 recalls this right in relation to criminal

proceedings, where incorrect information may prejudice the presumption of innocence, for example. In addition, Principle 9 recommends granting such a right also against incorrect press releases of judicial authorities and police services, which would not otherwise qualify under Resolution (74) 26. Judicial authorities and police services should nevertheless bear in mind that there may be greater danger of prejudicial influence if they do not disclose information to the media.

Principle 10 (Prevention of prejudicial influence)

29. Opinions and information about matters which are the subject of criminal proceedings might, when they are disseminated publicly in the media, have a prejudicial influence on the presumption of innocence, as referred to in Principle 2. This risk is especially high where juries or lay judges are involved in criminal proceedings. Therefore, Principle 10 recommends that judicial authorities and police services should abstain from publicly providing information which bears a risk of substantial prejudicial influence to the fairness of the proceedings. In this context, the term "judicial authorities" shall also include prosecutors and investigating judges. The evaluation of the risk of prejudicial influence should be made on a case-by-case basis, in the light of the circumstances of each case.

Principle 11 (Prejudicial pre-trail publicity)

30. Virulent media reporting might, in exceptional and rare cases, have a negative influence on a given criminal proceeding, in particular on jury members, lay judges and witnesses. It is not the intention of this Recommendation to harmonise the legal remedies for accused under such circumstances. However, the MM-S-FR felt that a recommendation containing principles on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings should also contain a principle recommending to member states that there should be an effective legal remedy, where the provision of information is likely to result, or has resulted, in a breach of the right to a fair trial.

Principle 12 (Admission of journalists)

31. Article 6 of the European Convention on Human Rights guarantees the fundamental right to a public hearing and the public pronouncement of a judgment. Such publicity is achieved by allowing the public to attend hearings and pronouncements of judgments, as far as members of the public are interested in attending, and depending on the capacity of the courtroom. Where seats in courtrooms are not sufficient to accommodate all persons interested, judicial authorities might also consider transmitting a hearing audio-visually to another courtroom, if such facilities exist.

32. By admitting the media to public hearings and pronouncements of judgments, much greater publicity can be achieved. Under certain circumstances, however, the fair administration of justice may require the exclusion of the public from all or part of a hearing under Article 6 of the ECHR.

33. Principle 12 recommends that journalists should be admitted to public court hearings and the public pronouncement of judgments without discrimination and without prior formal and pre-determined accreditation requirements. Any discrimination would be contrary to the freedom of the media as guaranteed under Article 10 of the ECHR and could lead to a lack of

publicity required under Article 6 of the ECHR. As a general principle, the media should not be excluded from court hearings, unless and as far as the public is excluded in accordance with Article 6 of the ECHR.

Principle 13 (Access of journalists to courtrooms)

34. Since the media provide wider public access to court hearings through their reporting, courtrooms should accommodate a sufficient number of seats for journalists. Depending on the public interest in a given hearing, larger courtrooms with more seats should allow for greater accommodation. The latter obviously depends on the circumstances and the availability of courtrooms. The presence of the media should, however, not exclude the participation of individual members of the public.

Principle 14 (live reporting and recordings in courts rooms)

35. The live reporting or recording by the media of the voice or image of persons present at court hearings may have an undue influence on those persons. Witnesses may either be intimidated or attracted by cameras or the media, which might have an impact on their true reporting of facts. Victims may also feel intimidated by them. Recommendation No. R (85) 11 on the position of the victim in the framework of criminal law and procedure as well as Recommendation No. R (97) 13 concerning the intimidation of witnesses and the rights of the defence refer to this phenomenon. For instance, pictures could be taken before the proceedings start. This being said, members States are entitled to take any legal provisions which they consider useful to protect certain categories of persons such as minors or handcuffed accused persons.

36. Principle 14 draws the attention of member states to such a possible influence and recommends that live reporting or recordings by the media in courtrooms should only be possible where expressly permitted by law or the competent judicial authorities. Such exceptional express permissions will provide a predictable and non-discriminatory legal framework. For instance, it might be determined that trials of historical importance can be recorded or filmed and possibly

disseminated at a later stage. The same may be applied to criminal proceedings at a superior court instance, especially where such proceedings are a mere review of the law or essentially based on written submissions by the parties.

Principle 15 (Support for media reporting)

37. Judicial authorities may have an interest in supporting reporting about criminal proceedings by making available, upon simple request and where practicable, announcements of scheduled hearings, charges and other relevant information. Where they have such information, the media will be less likely to produce inaccurate reports which might have an undue influence on juries and lay judges or prejudice the presumption of innocence. Therefore, Principle 15 recommends providing such support in due time and where practicable. Such support should not be made subject to accreditation. During the proceedings, a representative of the court should be, as far as possible, available for the media in order to respond to their requests for clarification. Finally, journalists should be able to disseminate or communicate judgments to the public, without undermining the protection of privacy under Article 8 of the Convention of Human Rights.

Principle 16 (Protection of witnesses)

38. As mentioned above, media reporting about witnesses may have an intimidating effect on them, especially where the identity of a witness is disclosed. This might even be contrary to the witness protection under Recommendation No. R (97) 13 concerning the intimidation of witnesses and the rights of the defence. Therefore, Principle 16 recommends that the identity of witnesses should not be disclosed by the authorities to the media or by the media themselves, unless a witness has given his or her prior consent, the identity of a witness is of public concern, or the testimony has already taken place in public.

Principle 17 (Media reporting on the enforcement of court sentences)

39. Public scrutiny over the fair administration of justice is largely carried out through the media. The enforcement of court sentences is part of this administration of justice. Therefore, freedom of the media should include the possibility for journalists of having contacts with persons serving court sentences, as far as this does not prejudice the fair administration of justice, the rights of prisoners and prison officers or the security of a prison.

Principle 18 (Media reporting after the end of court sentences)

40. It is part of the fair administration of justice to allow for the re-integration into society of persons who have served their court sentences. Media reporting about cases and prisoners after the end of court sentences may prejudice such re-integration. Therefore, Principle 18 recommends

that the right to the protection of privacy under Article 8 of the European Convention on Human Rights should include the identity of these persons and their prior offence, unless they and their prior offence are or have become of public concern. A simple anniversary of a crime would thus not be sufficient. However, persons and their offences may, for instance, be of public concern if those persons violate criminal law again or where their prior offence was a crime without a limitation period, such as crimes against humanity or genocide. The latter crimes are, for example, defined by the European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes of 1974.

Avrupa Konseyi - Declaration on freedom of communication on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies)

Declaration on freedom of communication on the Internet

(Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies)

The member States of the Council of Europe,

Recalling the commitment of member States to the fundamental right to freedom of expression and information, as guaranteed by Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Considering that freedom of expression and the free circulation of information on the Internet need to be reaffirmed;

Aware at the same time of the need to balance freedom of expression and information with other legitimate rights and interests, in accordance with Article 10, paragraph 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Recalling in this respect the Convention on Cybercrime and Recommendation No. Rec(2001)8 on self-regulation concerning cyber content;

Recalling, furthermore, Resolution No. 1 of the 5th European Ministerial Conference on Mass Media Policy (Thessaloniki, 11-12 December 1997);

Concerned about attempts to limit public access to communication on the Internet for political reasons or other motives contrary to democratic principles;

Convinced of the necessity to state firmly that prior control of communications on the Internet, regardless of frontiers, should remain an exception;

Considering, furthermore, that there is a need to remove barriers to individual access to the Internet, and thus to complement measures already undertaken to set up public access points in line with Recommendation No. R (99) 14 on universal community service concerning new communication and information services;

Convinced that freedom to establish services provided through the Internet will contribute to guara nteeing the right of users to access pluralistic content from a variety of domestic and foreign sources;

Convinced also that it is necessary to limit the liability of service providers when they act as mere transmitters, or when they, in good faith, provide access to, or host, content from third parties;

Recalling in this respect Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce);

Stressing that freedom of communication on the Internet should not prejudice the human dignity, human rights and fundamental freedoms of others, especially minors;

Considering that a balance has to be found between respecting the will of users of the Internet not to disclose their identity and the need for law enforcement authorities to trace those responsible for criminal acts;

Welcoming efforts by service providers to co-operate with law enforcement agencies when faced with illegal content on the Internet;

Noting the importance of co-operation between these agencies in the fight against such content,

Declare that they seek to abide by the following principles in the field of communication on the Internet:

Principle 1 Content rules for the Internet

Member States should not subject content on the Internet to restrictions which go further than those applied to other means of content delivery.

Principle 2 Self-regulation or co -regulation

Member States should encourage self-regulation or co-regulation regarding content disseminated on the Internet.

Principle 3 Absence of prior state control

Public authorities should not, through general blocking or filtering measures, deny access by the public to information and other communication on the Internet, regardless of frontiers. This does not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries.

Provided that the safeguards of Article 10, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms are respected, measures may be taken to enforce the removal of clearly identifiable Internet content or, alternatively, the blockage of access to it, if the competent national authorities have taken a provisional or final decision on its illegality.

Principle 4 Removal of barriers to the participation of individuals in the information society

Member States should foster and encourage access for all to Internet communication and information services on a non-discriminatory basis at an affordable price.

Furthermore, the active participation of the public, for example by setting up and running individual websites, should not be subject to any licensing or other requirements having a similar effect.

Principle 5 Freedom to provide services via the Internet

The provision of services via the Internet should not be made subject to specific authorisation schemes on the sole grounds of the means of transmission used.

Member States should seek measures to promote a pluralistic offer of services via the Internet which caters to the different needs of users and social groups. Service providers should be allowed to operate in a regulatory framework which guarantees them non-discriminatory access to national and international telecommunication networks.

Principle 6 Limited liability of service providers for Internet content

Member States should not impose on service providers a general obligation to monitor content on the Internet to which they give access, that they transmit or store, nor that of actively seeking facts or circumstances indicating illegal activity.

Member States should ensure that service providers are not held liable for content on the Internet when their function is limited, as defined by national law, to transmitting information or providing access to the Internet.

In cases where the functions of service providers are wider and they store content emanating from other parties, member States may hold them co-responsible if they do not act expeditiously to remove or disable access to information or services as soon as they become aware, as defined by national law, of their illegal nature or, in the event of a claim for damages, of facts or circumstances revealing the illegality of the

activity or information.

When defining under national law the obligations of service providers as set out in the previous paragraph, due care must be taken to respect the freedom of expression of those who made the information available in the first place, as well as the corresponding right of users to the information.

In all cases, the above -mentioned limitations of liability should not affect the possibility of issuing injunctions where service providers are required to terminate or prevent, to the extent possible, an infringement of the law.

Principle 7 Anonymity

In order to ensure protection against online surveillance and to enhance the free expression of information and ideas, member States should respect the will of users of the Internet not to disclose their identity. This does not prevent member States from taking measures and co-operating in order to trace those responsible for criminal acts, in accordance with national law, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and other international agreements in the fields of justice

and the police.

Explanatory note

1. Introduction

New communications and information technologies, commonly referred to as the “Internet”, have opened up new horizons of public access to information, education and cultural resources. At the same time, the Internet provides an amazing tool for individual and group expression with possibilities of reaching a much larger audience than before at a low cost.

In recent years, the Council of Europe has adopted several legal and political instruments, which provide answers to the regulatory challenges posed by the Internet.

The Convention on Cybercrime, opened for signature in 2001, enables mutual assistance between States regarding certain computer-related crimes. Another example is Recommendation Rec(2001) 8 on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services), which deals with the issue of illegal and harmful Internet content in general, advocating a self-regulatory approach, with a view to protecting freedom of expression and information as well as other fundamental values.

Over the past few years, there has been a marked tendency by some governments to restrict and control access to the Internet in a manner which is incompatible with international norms on freedom of expression and information. Against this background, the Steering Committee on the Mass Media (CDMM) of the Council of Europe decided to draw up a Declaration where such practices, especially when politically motivated, would be strongly condemned. It was considered appropriate to deal in the same text with other aspects of the Internet where freedom of expression and information is particularly at stake, namely regarding the removal of barriers to the participation of individuals in the information society, the freedom to provide services via the Internet, the liability of intermediaries, as well as anonymity.

A first draft of this Declaration was made available for public comment on the web site of the Council of Europe in April 2002. Several organisations and individuals sent in their comments and they have been duly taken into account during the finalisation of the draft.

2. Commentary on the principles of the Declaration

Principle 1 Content rules for the Internet

This principle stresses that member States should not apply prohibitions to Internet content which go further than those applied to other means of content delivery; content which is legal off-line should also be legal on-line.

This principle was advocated in a joint statement of the UN Special Rapporteur on freedom of opinion and expression, the OSCE Representative on freedom of the media and the OAS Special Rapporteur on freedom of expression, dated 22 November 2001.

Principle 2 Self-regulation or co -regulation

As already underlined in Recommendation Rec(2001) 8, member States should favour self-regulation or co-regulation regarding content disseminated on the Internet rather than regulation by the State. The need for setting up specific Internet regulatory bodies has not been demonstrated. However, it could happen that some member States decide to set up such bodies, or entrust an existing regulatory body with the legal competence to regulate Internet content. In this event, such bodies would have to meet the requirements of Recommendation Rec(2000) 23 on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector, in particular with regard to their independence from political and economic powers and the possibility to subject their decisions to judicial review. Since such regulatory bodies would deal with issues affecting freedom of expression and information, it is necessary to recall that they should also respect Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Principle 3 Absence of prior state control

This principle underlines the importance of no prior state control over what the public can search for on the Internet. In some countries, there is a tendency to block access by the population to content on certain foreign or domestic web sites for political reasons. This and similar practices of prior State control should be strongly condemned.

Although the State should by no means take broad measures to block undesirable content, exceptions must be allowed for the protection of minors. Where minors have access to the Internet, for example in schools or libraries, public authorities may require filters to be installed on computers to block access to harmful content.

The absence of prior control by the State does not of course rule out measures being undertaken to remove content from the Internet or block access to it following a preliminary or final decision of the competent national authorities on its illegality, not only under penal law, but also under other branches of law such as civil or administrative law. This would typically be the case when injunctions are sought to prevent the publication on the Internet of content which is illegal. Such measures, which could entail some sort of prior control, would have to fulfil the requirements of Article 10, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and they would have to be directed at a clearly identifiable Internet content.

Principle 4 Removal of barriers to the participation of individuals in the information society

This part of the Declaration builds on principles already established in Recommendation No. R (99) 14 on universal community service concerning new communication and information services. It is stressed that member States should foster and encourage access for all to Internet communications and information services on a non-discriminatory basis, at an affordable price. In this Declaration, “access for all” is taken to mean access via public access points. Member States may of course go further, if they so wish, by encouraging individual access. An active participation of the public in the information society, such as setting-up and running individual web sites, should also be encouraged. This means in practice that public authorities should not issue regulations which complicate the setting-up and running of individual web sites, for example licensing or registration systems or any other requirements having a similar effect. A requirement, for instance, to notify the authorities of any changes to a web site might violate this part of the principle.

Principle 5 Freedom to provide services via the Internet

While Principle 4 deals with access by private persons, Principle 5 focuses on the situation of service providers. The aim of this principle is to underline that the provision of services via the Internet should not be subject to prior authorisation by the State on the sole ground that this service is provided through the Internet. This is without prejudice to authorisation schemes which govern the provision of services regardless of the means of delivery used (for example, regarding access to certain regulated professions), since these procedures do not address specifically and exclusively the Internet.

This principle is based on Article 4 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (hereinafter referred to as the "Directive on electronic commerce").

Principle 6 Limited liability of service providers for Internet content

Here it is established that as a general rule intermediaries in the communication chain should not be held liable for content transmitted through their services, except in certain limited circumstances. Along the lines of Articles 12 - 15 of the Directive on electronic commerce, the exemptions to liability take into account the different types of activities of the intermediaries, namely providing access to communication networks, transmitting data and hosting information. The degree of liability depends on the possibilities of service providers to control the content and whether they are aware of its illegal nature. The limitations on liability do not apply if intermediaries intentionally disseminate illegal content.

1st paragraph no general obligation to monitor

This paragraph is based on Article 15 of the Directive on electronic commerce. Member States should not impose any general obligation on service providers to monitor the information on the Internet to which they give access, that they transmit or store. Nor should they be subject to a general obligation to actively seek facts or circumstances indicating illegal activity, since this might have the effect of curbing

freedom of expression.

This paragraph of Principle 6 does not prevent public authorities in member States from obliging service providers in certain cases, for example during a criminal investigation, to monitor the activities of their clients.

2nd paragraph "mere conduit"

In the case of mere transmission of information or providing access to communication networks, intermediaries should not be held liable for illegal content. When the role of intermediaries goes beyond that, in particular when they initiate the transmission, select the receiver of the transmission or select or modify the information transmitted, their liability may be invoked.

The activity of the intermediary which is at stake here, and which should be exempt from liability, is sometimes referred to as "mere conduit" (cf. Article 12 of the Directive on electronic commerce).

3rd paragraph "hosting"

In the case of hosting content emanating from third parties, intermediaries should in general not be held liable (cf. Article 14 of the Directive on electronic commerce).

This does not apply, however, when the third party is acting under the control of the intermediary, for example when a newspaper company has its own server to host content produced by its journalists. However, if the host becomes aware of the illegal nature of the content on its servers or, in the event of a claim for damages, of facts revealing an illegal activity, it may reasonably be held liable. The precise conditions should be laid down in national law.

4th paragraph "notice and take down" procedures and freedom of expression and information

As stipulated in paragraph 3 of Principle 6 of the Declaration, service providers may be held liable if they do not act expeditiously to remove or disable access to information or services when they become aware, as defined by national law, of their illegal nature. It is to be expected that member States will define in more detail what level of knowledge is required of service providers before they become liable. In this respect, so-called "notice and ta ke down" procedures are very important. Member States should, however, exercise caution imposing liability on service providers for not reacting to such a notice. Questions about whether certain material is illegal are often complicated and best dealt with by the courts. If service providers act too quickly to remove content after a complaint is received, this might be dangerous from the point of view of freedom of expression and information. Perfectly legitimate content might thus be suppressed out of fear of legal liability.

5th paragraph the possibility of issuing injunctions remains intact

It is highlighted here, in line with Articles 12-14 of the Directive on electronic commerce, that despite the above-mentioned limitations of liability, the possibility of issuing injunctions where

service providers are required to terminate or prevent, to the extent possible, an infringement of law, remains intact.

Principle 7 Anonymity

The aim of this principle is first and foremost to underline that the will of users to remain anonymous should be respected. There are two aspects to this principle.

Firstly, users may have a valid reason not to reveal their identity when they have statements published on the Internet. Obliging them to do so could restrict excessively their freedom of expression. It would also deprive society of potentially valuable information and ideas.

Secondly, users need protection against unwarranted on-line surveillance by public or private entities. Member States should therefore, for example, allow the use of anonymity tools or software which enable users to protect themselves.

This principle has, however, its limitations. Member States should have the possibility of obtaining information about persons responsible for illegal activities within the limits laid down under national law, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in particular Article 8, and other relevant international treaties such as the Convention on Cybercrime.

Avrupa Konseyi - Recommendation Rec (2001) 8 of the Committee of Ministers to member states on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services)

COUNCIL OF EUROPE

COMMITTEE OF MINISTERS

RECOMMENDATION REC (2001) 8 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON SELF-REGULATION CONCERNING CYBER CONTENT

(SELF-REGULATION AND USER PROTECTION AGAINST ILLEGAL OR HARMFUL CONTENT ON NEW COMMUNICATIONS AND INFORMATION SERVICES)

(Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001 at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles, which are their common heritage;

Having regard to its Declaration on a European policy for new information technologies, adopted on the occasion of the 50th anniversary of the Council of Europe in 1999;

Recalling the commitment of the member States to the fundamental right to freedom of expression and information as guaranteed by Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and to entrust the supervision of its application to the European Court of Human Rights;

Reaffirming that freedom of expression and information is necessary for the social, economic, cultural and political development of every human being, and constitutes a condition for the harmonious progress of social and cultural groups, nations and the international community, as expressed in its Declaration on the Freedom of Expression and Information of 1982;

Stressing that the continued development of new communications and information services should serve to further the right of everyone, regardless of frontiers, to express, seek, receive and impart information and ideas, for the benefit of every individual and the democratic culture of any society;

Stressing that the freedom to use new communications and information services should not prejudice the human dignity, human rights and fundamental freedoms of others, especially of minors;

Recalling its Recommendation No. R (89) 7 concerning principles on the distribution of videograms having a violent, brutal or pornographic content, its Recommendation No. R (92) 19 on video games with a racist content, its Recommendation No. R (97) 19 on the portrayal of violence in the electronic media, its Recommendation No. R (97) 20 on “hate speech” and

Article 4, paragraph a of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of the United Nations;

Bearing in mind the differences in national criminal law concerning illegal content as well as the differences in what content may be perceived as potentially harmful, especially to minors and their physical, mental and moral development, hereinafter referred to as “harmful content”;

Bearing in mind that self-regulatory organisations could, in accordance with national circumstances and traditions, be involved in the monitoring of compliance with certain norms, possibly within a co-regulatory framework, as defined in a particular country;

Aware of self-regulatory initiatives for the removal of illegal content and the protection of users against harmful content taken by the new communications and information industries, sometimes in co-operation with the state, as well as of the existence of technical standards and devices enabling users to select and filter content;

Desirous to promote and strengthen self-regulation and user protection against illegal or harmful content,

Recommends to the governments of member States:

1. to implement in their domestic law and/or practice the principles appended to this Recommendation;

2. to disseminate widely this Recommendation and its appended principles, where appropriate accompanied by a translation; and

3. to bring them in particular to the attention of the media, the new communications and information industries, users and their organisations, as well as regulatory authorities for the media and new communications and information services and relevant public authorities.

Appendix to Recommendation Rec (2001) 8

Principles and mechanisms concerning self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services

Chapter I – Self-regulatory organisations

1. Member States should enc ourage the establishment of organisations which are representative of Internet actors, for example Internet service providers, content providers and users.

2. Member States should encourage such organisations themselves to establish regulatory mechanisms within their remit, in particular with regard to the establishment of codes of conduct and the monitoring of compliance with these codes.

3. Member States should encourage those organisations in the media field with selfregulatory standards to apply these standards, as far as possible, to the new communications and information services.

4. Member States should encourage such organisations to participate in relevant legislative processes, for instance through consultations, hearings and expert opinions, and in the implementation of relevant norms, in particular by monitoring compliance with these norms.

5. Member States should encourage Europe-wide and international co-operation between such organisations.

Chapter II – Content descriptors

6. Member States should encourage the definition of a set of content descriptors, on the widest possible geographical scale and in co-operation with the organisations referred to in Chapter I, which should provide for neutral labelling of content which enables users to make their own value judgments over such content.

7. Such content descriptors should indicate, for example, violent and pornographic content as well as content promoting the use of tobacco or alcohol, gambling services, and content which allows for unsupervised and anonymous contacts between minors and adults.

8. Content providers should be encouraged to apply these content descriptors, in order to enable users to recognise and filter such content regardless of its origin.

Chapter III – Content selection tools

9. Member States should encourage the development of a wide range of search tools and filtering profiles, which provide users with the ability of selecting content on the basis of content descriptors.

10. Filtering should be applied by users on a voluntary basis.

11. Member States should encourage the use of conditional access tools by content and service providers with regard to content harmful to minors, such as age-verification systems, personal identification codes, passwords, encryption and decoding systems or access through cards with an electronic code.

Chapter IV – Content complaints systems

12. Member States should encourage the establishment of content complaints systems, such as hotlines, which are provided by Internet service providers, content providers, user associations or other institutions. Such content complaints systems should, where necessary for ensuring an adequate response against presumed illegal content, be complemented by hotlines provided by public authorities.

13. Member States should encourage the development of common minimum requirements and practices concerning these content complaints systems. Such requirements should comprise for instance:

a. the provision of a specific permanent Web address,

b. the availability of the content complaints system on a 24-hours basis,

c. the public provision of information about the legally responsible persons and entities within the bodies offering content complaints systems,

d. the public provision of information about the rules and practices of processing content complaints, including co-operation with law enforcement authorities with regard to presumed illegal content,

e. the provision of replies to users concerning the processing of their content complaints,

f. the provision of links to other content complaints systems abroad.

14. Member States should set up, at the domestic level, an adequate framework for cooperation between content complaints bodies and public authorities with regard to presumed illegal content. For this purpose, member States should define the legal responsibilities and privileges of bodies offering content complaints systems when accessing, copying, collecting and forwarding presumed illegal content to law enforcement authorities.

15. Member States should foster Europe -wide and international co-operation between content complaints bodies.

16. Member States should undertake all necessary legal and administrative measures for transfrontier co-operation between their relevant law enforcement authorities with regard to complaints and investigations concerning presumed illegal content from abroad.

Chapter V – Mediation and arbitration

17. Member States should encourage the creation, at the domestic level, of voluntary, fair, independent, accessible and effective bodies or procedures for out-of-court mediation as well as mechanisms for arbitration of disputes concerning content-related matters.

18. Member States should encourage Europe-wide and international co-operation between such mediation and arbitration bodies, open access of everyone to such mediation and arbitration procedures irrespective of frontiers, and the mutual recognition and enforcement of out-of-court settlements reached hereby, with due regard to the national ordre public and fundamental procedural safeguards.

Chapter VI – User information and awareness

19. Member States should encourage the development of quality labels for Internet content, for example for governmental content, educational content and content suitable for children, in order to enable users to recognise or search for such content.

20. Member States should encourage public awareness and information about selfregulatory mechanisms, content descriptors, filtering tools, access restriction tools, content complaints systems, and out-of-court mediation and arbitration.

Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives

COUNCIL OF EUROPE

COMMITTEE OF MINISTERS

Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives

(Adopted by the Committee of Ministers on 13 July 2000, at the 717th meeting of the Ministers' Deputies)

The Committee of Ministers, under the terms of article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to establish closer union between its members and that this aim can be pursued by common action in the cultural field;

In view of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in particular Articles 8 and 10, and of the Convention for the Protection of Individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108);

In view of Recommendation (81) 19 of the Committee of Ministers to member states on access to information held by public authorities and Recommendation (91)10 of the Committee of Ministers to member states on the communication to third parties of personal data held by public bodies;

Considering that archives constitute an essential and irreplaceable element of culture;

Considering that they ensure the survival of human memory;

Taking account of the increasing interest of the public for history, the institutional reforms currently under way in the new democracies and the exceptional scale of changes which are taking place in the creation of documents;

Considering that a country does not become fully democratic until each one of its inhabitants has the possibility of knowing in an objective manner the elements of their history;

Taking account of the complexity of problems concerning access to archives at both national and international level due to the variety of constitutional and legal frameworks, of conflicting

requirements of transparency and secrecy, of protection of privacy and access to historical information, all of which are perceived differently by public opinion in each country;

Recognising the wish of historians to study and civil society to better understand the complexity of the historical process in general, and of that of the twentieth century in particular;

Conscious that a better understanding of recent European history could contribute to the prevention of conflicts;

Considering that in view of the complexity of the issues connected with the opening of archives, the adoption of a European policy on access to archives is called for, based upon common principles consistent with democratic values, Recommends that the governments of member states take all necessary measures and steps to:

i. adopt legislation on access to archives inspired by the principles outlined in this recommendation, or to bring existing legislation into line with the same principles;

ii. disseminate the recommendation as widely as possible to all the bodies and persons concerned.

Appendix to Recommendation No. R (2000) 13

I. Definitions

1.For the purposes of the present recommendation:

a. the word “archives” has the following meanings:

i. when it is written with a lower case “a”: the totality of the documents regardless of date, form or medium, produced or received by any individual or corporate body during the course of their business and transmitted to the Archives for permanent preservation; unless otherwise stated, the present recommendation is only concerned with “public archives”, that is, those produced by official authorities;

ii. when it is written with an upper case “A”: the public institutions charged with the preservation of archives;

b. the word “access” has the following meanings:

i. the function attributed to Archives to make available to users the holdings they have in their custody;

ii. the fulfilment of this function;

c. “access to archives” means the possibility of consulting archival documents in conformity with national law. This notion of access does not cover the exploitation of documents leading to derived products which shall be subject to specific agreements;

d. “user” means any person who consults the archives, with the exception of the staff working in the Archives;

e. “protected personal data” means any information relating to an identified or identifiable individual (data subject) which the law, regulatory texts or courts consider cannot be the subject of communication to the public without risking injury to the interests of that person.

II. Legislative and regulatory texts

2. In European countries, the responsibility for setting out the general principles which govern access to archives lies with the legislature and, therefore, shall be governed by an act of parliament. Practical arrangements will be divided between acts and regulations, according to the laws of each country.

3. Acts and regulations concerning access to public archives should be co-ordinated and harmonised with the laws concerning related areas, in particular with that on access to information held by public authorities and that on protection of data.

4. The criteria for access to public archives, defined in law, should apply to all archives throughout the entire national territory, regardless of the Archives responsible for their preservation.

III. Arrangements for access to public archives

5. Access to public archives is a right. In a political system which respects democratic values, this right should apply to all users regardless of their nationality, status or function.

6. Access to archives is part of the function of public archive services, for which, as such, fees should not be charged.

7. The legislation should provide for:

a. either the opening of public archives without particular restriction; or

b. a general closure period.

7.1. Exceptions to this general rule necessary in a democratic society can, if the case arises, be provided to ensure the protection of:

a. significant public interests worthy of protection (such as national defence, foreign policy and public order);

b. private individuals against the release of information concerning their private lives.

7.2. All exceptions to the general closure period, whether relating to the reduction or to the extension of this period, should have a legal basis. Responsibility for any closure or disclosure lies with the agency which created the documents or with itssupervisory administration, unless national legislation assigns this responsibility to a particular Archive. Any closure beyond the usual period should be for a pre-determined period, at the end of which the record in question will be open.

8. Finding aids should cover the totality of the archives and make reference, should the case arise, to those which might have been withheld from the description. Even when finding aids reveal the existence of closed documents, and as long as they do not themselves contain information protected by virtue of legislation, they shall be readily accessible so that users may request special permission for access.

9. The applicable rules should allow for the possibility of seeking special permission from the competent authority for access to documents that are not openly available. Special permission for access should be granted under the same conditions to all users who request it.

10. If the requested archive is not openly accessible for the reasons set out in article 7.1, special permission may be given for access to extracts or with partial blanking. The user shall be informed that only partial access has been granted.

11. Any refusal of access or of special permission for access shall be communicated in writing, and the person making the request shall have the opportunity to appeal against a negative decision, and in the last resort to a court of law.

IV. Access to private archives

12. Wherever possible, mutatis mutandis, attempts should be made to bring arrangements for access to private archives in line with those for public archives.

Avrupa Konseyi - Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states for the protection of privacy on the Internet Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways which may be incorporated in or annexed to codes of conduct

COUNCIL OF EUROPE

COMMITTEE OF MINISTERS

RECOMMENDATION No R (99)5 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES FOR THE PROTECTION OF PRIVACY ON THE INTERNET GUIDELINES FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUALS WITH REGARD TO THE COLLECTION AND PROCESSING OF PERSONAL DATA ON INFORMATION HIGHWAYS

(adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999, at the 660th meeting of the Ministers' Deputies)

Preamble

The Committee of Ministers, under the terms of Article 15.b of the Statute of the Council of Europe,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve greater unity among its members;

Noting the developments in new technologies and new communications and on-line information services;

Aware that these developments will influence the functioning of society in general and relations between individuals, in particular in offering increased possibilities for communication and exchange of information at national and international levels;

Aware of the advantages which users of new technologies can gain from these developments;

Considering, nevertheless, that technological development and the generalisation of collection and processing of personal data on information highways carries risks for the privacy of natural persons;

Considering that technological development also makes it possible to contribute towards the respect of fundamental rights and freedoms, and in particular the right to privacy, when personal data concerning natural persons are processed;

Aware of the need to develop techniques which permit the anonymity of data subjects and the confidentiality of the information exchanged on information highways while respecting the rights and freedoms of others and the values of a democratic society;

Aware that communications carried out with the aid of new information technologies must also respect the human rights and fundamental freedoms and, in particular, the right to privacy and to secrecy of correspondence, as guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights;

Recognising that the collection, processing and especially communication of personal data by means of new information technologies, particularly the information highways, are governed by the provisions of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic

Processing of Personal Data (Strasbourg 1981, European Treaty Series No. 108) and by sectoral recommendations on data protection and notably Recommendation No. R (90) 19 on the protection of personal data used for payment and other related operations,

Recommendation No. R (91) 10 on the communication to third parties of personal data held by public bodies, and Recommendation No. R (95) 4 on the protection of personal data in the area of telecommunications, with particular reference to telephone services;

Considering that it is appropriate to make users and Internet service providers aware of the general provisions of the above-mentioned convention with regard to the collection and processing of personal data on information highways;

Recommends that the governments of member States disseminate widely the Guidelines contained in the appendix to this recommendation, especially to users and service providers on the Internet as well as to any national authority responsible for supervising respect of data protection provisions.

Appendix to Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states for the protection of privacy on the Internet Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways which may be incorporated in or annexed to codes of conduct

I. Introduction

These guidelines set out principles of fair privacy practice for users and Internet service providers (ISP) footnote 1. These principles may be taken up in codes of conduct.

Users should be aware of the responsibilities of ISPs and vice versa. Therefore it is advisable that users and ISPs read the whole text, although for ease of use it is divided into several parts.

You may be concerned by one or more parts of the guidelines.

Use of the Internet places responsibilities on each of your actions and poses risks to privacy. It is important to behave in a way that provides protection to yourself and promotes good relations with others. These guidelines suggest some practical ways to safeguard privacy, but you should also know your legal rights and obligations.

Remember that respect for privacy is a fundamental right of each individual which may also be protected by data protection legislation. So it may be well worth checking your legal position.

II. For Users

1. Remember that the Internet is not secure. However, different means exist and are being developed enabling you to improve the protection of your data footnote 2 . Therefore, use all available means to protect your data and communications, such as legally available encryption for confidential e-mail, as well as access codes to your own personal computer footnote 3.

2. Remember that every transaction you make, every site you visit on the Internet leaves traces. These "electronic tracks" can be used, without your knowledge, to build a profile of what sort of person you are and your interests. If you do not wish to be profiled, you are encouraged to use the latest technical means which include the possibility of being informed every time you leave traces, and to reject such traces. You may also ask for information about the privacy policy of different programmes and sites and give preference to those which record few data or which can be accessed in an anonymous way.

3. Anonymous access to and use of services, and anonymous means of making payments, are the best protection of privacy. Find out about technical means to achieve anonymity, where appropriate footnote 4.

4. Complete anonymity may not be appropriate because of legal constraints. In those cases, if it is permitted by law, you may use a pseudonym so that your personal identity is known only to your ISP.

5. Only give your ISP, or any other person, such data as are necessary in order to fulfil a specific purpose you have been informed about. Be especially careful with credit card and account numbers, which can be used and abused very easily in the context of the Internet.

6. Remember that your e-mail address is personal data, and that others may wish to use it for different purposes, such as inclusion in directories or user lists. Do not hesitate to ask about the purpose of the directory or other use. You can request to be omitted if you do not want to be listed.

7. Be wary of sites which request more data than are necessary for accessing the site or for making a transaction, or which do not tell you why they want all these data from you.

8. Remember that you are legally responsible for the processing of data, for example, if you illicitly upload or download, and that everything may be traced back to you even if you use a pseudonym.

9. Do not send malicious mail. It can bounce back with legal consequences.

10. Your ISP is responsible for proper use of data. Ask your ISP what data he/she collects, processes and stores, in what way and for what purpose. Repeat this request from time to time. Insist that your ISP change them if they are wrong or delete them if they are excessive, out of date or no longer required. Ask the ISP to notify this modification to other parties to whom he or she has communicated your data footnote 5.

11. If you are not satisfied with the way your current ISP collects, uses, stores or communicates data, and he or she refuses to change his or her ways, then consider moving to another ISP. If you believe that your ISP does not comply with data protection rules, you can inform the competent authorities or take legal action.

12. Keep yourself informed of the privacy and security risks on the Internet as well as the methods available to reduce such risks.

13. If you intend to send data to another country, you should be aware that data may be less well protected there. If data about you are involved, you are free, of course, to communicate these data nevertheless. However, before you send data about others to another country, you should seek advice, for example from the authority of your country, on whether the transfer is permissible footnote 6. You might have to ask the recipient to provide safeguards footnote 7 necessary to ensure protection of the data.

III. For Internet service providers

1. Use appropriate procedures and available technologies, preferably those which have been certified, to protect the privacy of the people concerned (even if they are not users of the Internet), especially by ensuring data integrity and confidentiality as well as physical and logical security of the network and of the services provided over the network.

2. Inform users of privacy risks presented by use of the Internet before they subscribe or start using services. Such risks may concern data integrity, confidentiality, the security of the network or other risks to privacy such as the hidden collection or recording of data.

3. Inform users about technical means which they may lawfully use to reduce security risks to data and communications, such as legally available encryption and digital signatures. Offer such technical means at a cost-oriented price, not a deterrent price.

4. Before accepting subscriptions and connecting users to the Internet, inform them about the possibilities of accessing the Internet anonymously, and using its services and paying for them in an anonymous way (for example, pre-paid access cards). Complete anonymity may not be appropriate because of legal constraints. In those cases, if it is permitted by law, offer the possibility of using pseudonyms. Inform users of programmes allowing them to search and browse anonymously on the Internet. Design your system in a way that avoids or minimises the use of personal data.

5. Do not read, modify or delete messages sent to others.

6. Do not allow any interference with the contents of communications, unless this interference is provided for by law and is carried out by a public authority.

7. Collect, process and store data about users only when necessary for explicit, specified and legitimate purposes.

8. Do not communicate data unless the communication is provided for by law footnote 8.

9. Do not store data for longer than is necessary to achieve the purpose of processing footnote 9.

10. Do not use data for your own promotional or marketing purposes unless the person concerned, after having been informed, has not objected or, in the case of processing of traffic data or sensitive data, he or she has given his or her explicit consent.

11. You are responsible for proper use of data. On your introductory page highlight a clear statement about your privacy policy. This statement should be hyperlinked to a detailed explanation of your privacy practice. Before the user starts using services, when he or she visits

your site, and whenever he or she asks, tell him or her who you are, what data you collect, process and store, in what way, for what purpose and for how long you keep them. If necessary, ask for his or her consent. At the request of the person concerned, correct inaccurate data immediately and delete them if they are excessive, out of date or no longer required and stop the processing carried out if the user objects to it. Notify the third parties to whom you have communicated the data of any modification. Avoid the hidden collection of data.

12. Information provided to the user must be accurate and kept up to date.

13. Think twice about publishing data on your site! Such publication may infringe other people's privacy and may also be prohibited by law.

14. Before you send data to another country seek advice, for example from the competent authorities in your country, on whether the transfer is permissible footnote 10. You may have to ask the recipient to provide safeguards necessary to ensure protection of the data footnote 11.

IV. Clarification and remedies

1. Where in this text the term ISP is used, the same applies, where appropriate, to other actors on the Internet, such as access providers, content providers, network providers, navigation software designers, bulletin board operators, and so on.

2. It is important to ensure that your rights are respected. Feedback mechanisms offered by Internet user groups, Internet service provider associations, data protection authorities or other bodies are important ways of ensuring that these guidelines are respected. Contact them if you need clarification or remedies.

3. These guidelines apply to all types of information highways.

(Footnotes)

1 See part IV, paragraph 1.

2 The word "data" refers to "personal data" which concern you or other people.

3 For example, use passwords and change them regularly.

4 For example by using public Internet kiosks or pre-paid access and payment cards.

5 Data protection laws, following Article 5 of the Council of Europe Convention on the Protection of

Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), give responsibility for the

accuracy and up-dating of data to the person who processes them.

6 The laws of numerous European countries forbid transfers to countries which do not ensure an adequate

or equivalent level of protection to that of your country. Exceptions are nevertheless provided for, in

particular if the person concerned has consented to the transfer of his or her data to such countries.

7 These safeguards may be developed and/or presented in particular in a contract on transborder data

flows.

8 In general, data protection laws permit communication to third parties under certain conditions, in

particular:

- sensitive data and traffic data, on condition that the person concerned has

given his or her explicit consent;

- other data, where communication is necessary to fulfil the legitimate

purpose or where the person concerned, after having been informed, does

not oppose it.

9 For example, do not store billing data unless this is provided for by law.

10 See footnote 6.

11 See footnote 7.

Muhtelif İnternet Yönetişim Belgeleri

- EU Code of Practice on Disinformation
- NETmundial Multistakeholder Statement
- Türk Yargı Etiği Bildirgesi
- Hekimler İle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz
- OECD Council Recommendation on Principles for Internet Policy Making
- United Nations - Human Rights Committee - General comment No. 34 - Article 19: Freedoms of opinion and expression - 12 Eylül 2011
- Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, 21 December 2005

EU Code of Practice on Disinformation

PREAMBLE

In light of the European Commission Communication "Tackling online disinformation: a European approach"[1] (hereafter the "Communication"), the Report of the High Level Expert Group[2], the Council Conclusions of 28 June 2018[3], and the various important initiatives taking place across Europe[4] to address the challenges posed by the dissemination of disinformation, the companies and associations listed on Annex 1 ("Signatories") of this code of practice (the "Code") recognise their role in contributing to solutions to the challenges posed by disinformation.

As provided under the Commission's Communication, for the purpose of this Code, the Commission as well as the High Level Expert Group in its report define "Disinformation" as "verifiably false or misleading information" which, cumulatively,

(a) "Is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public"; and

(b) "May cause public harm", intended as "threats to democratic political and policymaking processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security".[5]

The notion of "Disinformation" does not include misleading advertising, reporting errors, satire and parody, or clearly identified partisan news and commentary, and is without prejudice to binding legal obligations, self-regulatory advertising codes, and standards regarding misleading advertising.

The Signatories recognise and agree with the Commission's conclusions that "the exposure of citizens to large scale Disinformation, including misleading or outright false information, is a major challenge for Europe. Our open democratic societies depend on public debates that allow well- informed citizens to express their will through free and fair political processes".[6]

As the Commission repeatedly acknowledges in the Communication,[7] the Signatories are mindful of the fundamental right to freedom of expression and to an open Internet, and the delicate balance which any efforts to limit the spread and impact of otherwise lawful content must strike.

In recognition that the dissemination of Disinformation has many facets and is facilitated by and impacts a very broad segment of actors in the ecosystem, all stakeholders have roles to play in countering the spread of Disinformation.

It is in this spirit that the Signatories have drafted the present Code and its Annexes, which is an integral part of this Code, and hereby commit themselves to adhere to the relevant commitments listed next to their name. Given the breadth of the commitments outlined in the Code and the heterogeneous range of stakeholders involved, Signatories will sign up only to commitments which correspond to the product and/or service they offer, their role in the value chain, their technical

capabilities and their liability regimes as provided under EU Law, which vary depending on the role they play in the creation and dissemination of the content at stake. Hence, the Code refers to the individual Signatory that has accepted certain commitments as indicated on Annex 1 with the expression "Relevant Signatory". This does not commit all Signatories of the Code to sign up to every commitment. Annex 2 sets out existing best practices. Signatories agree that the Annex might periodically be amended in the light of market, technical and other developments.

The Signatories recognize that because the various Signatories operate differently, with different purposes, technologies and audiences, the Code allows for different approaches to accomplishing the spirit of the provisions herein.

The Signatories recognise that trade associations that have signed this Code are not entering into obligations on behalf of their members. However, these associations commit to make their members fully aware of this Code, and encourage them to join it or respect its principles, as appropriate.

The application of this Code is limited for each Signatory to services provided in the States that are Contracting Parties to the European Economic Area.

Signatories, including signatory associations, commit to undertake the actions provided for by this Code in a manner that ensures full compliance with EU and national competition law. By way of example, Signatories must not discuss, communicate or exchange any commercially sensitive information. This includes non-public information on: prices; marketing and advertising strategy; costs and revenues; trading terms and conditions with third parties (including purchasing strategy); terms of supply; trade programmes or distribution strategy.

The Code shall apply within the framework of existing laws of the EU and its Member States and must not be construed in any way as replacing or interpreting the existing legal framework, and, in particular (but not limited to):

- The EU Charter of Fundamental Rights;

- The European Convention on Human Rights;

- Directive 2000/31/EC, with particular reference to Articles 12 to 15, which shall apply to any obligation of this Code targeting or assumed by mere conduits, caching providers, or hosting providers such as providers of network, search engines, browsers, online blogging platforms, online forums, video-sharing platforms, social media, etc.;

- Regulation (EU) 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data;

- Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market;

- Directive 2006/114/EC concerning misleading and comparative advertising;

- The case law of the CJEU and ECHR on the proportionality of measures designed to limit access to and circulation of harmful content.

I. PURPOSES

The purpose of this Code is to identify the actions that Signatories could put in place in order to address the challenges related to "Disinformation"

In line with the Commission's Communication, the Signatories of the Code of Practice recognise the importance of efforts to:

(i) Include safeguards against Disinformation;

(ii) Improve the scrutiny of advertisement placements to reduce revenues of the purveyors of disinformation;

(iii) Ensure transparency about political and issue-based advertising, also with a view to enabling users to understand why they have been targeted by a given advertisement;

(iv) Implement and promote reasonable policies against misrepresentation;

(v) Intensify and demonstrate the effectiveness of efforts to close fake accounts and establish clear marking systems and rules for bots to ensure their activities cannot be confused with human interactions;

(vi) Intensify and communicate on the effectiveness of efforts to ensure the integrity of services with regards to accounts whose purpose and intent is to spread Disinformation, as per specifics assessed and determined by the Relevant Signatory, and consistently with Article 8 of the European Convention on Human Rights, the fundamental right of anonymity and pseudonymity, and the proportionality principle.

(vii) Consistently with Article 10 of the European Convention on Human Rights and the principle of freedom of opinion, invest in technological means to prioritize relevant, authentic, and accurate and authoritative information where appropriate in search, feeds, or other automatically ranked distribution channels. Be that as it may, Signatories should not be compelled by governments, nor should they adopt voluntary policies, to delete or prevent access to otherwise lawful content or messages solely on the basis that they are thought to be "false".

(viii) Ensure transparency with a view to enabling users to understand why they have been targeted by a given political or issue-based advertisement, also through indicators of the trustworthiness of content sources, media ownership and/or verified identity.

(ix) Dilute the visibility of disinformation by improving the findability of trustworthy content.

(x) Consider empowering users with tools enabling a customized and interactive online experience so as to facilitate content discovery and access to different news sources

representing alternative viewpoints, also providing them with easily-accessible tools to report Disinformation.

(xi) Take the reasonable measures to enable privacy-compliant access to data for fact- checking and research activities and to cooperate by providing relevant data on the functioning of their services including data for independent investigation by academic researchers and general information on algorithms.

This Code is without prejudice to other initiatives aiming at tackling Disinformation on platforms.

This Code is agreed in good faith between the Signatories, building on a fair and honest representation of their intentions. For the sake of allowing a more comprehensive understanding of the Code, the commitments listed in the following paragraph are introduced by an explanation of the detailed purposes and context related to each group of commitments in the five relevant fields addressed by the Code.

II. COMMITMENTS

II.A. Scrutiny of ad placements

Whereas:

- The Signatories recognise the objectives outlined in the Communication, and bearing in mind that the commercial aspect is only one of the many facets of Disinformation, the Signatories acknowledge the need to "significantly improve the scrutiny of advertisement placements, notably in order to reduce revenues of the purveyors of Disinformation".[8]

- Relevant Signatories will use commercially reasonable efforts to implement policies and processes; not to accept remuneration from, or otherwise promote accounts and websites which consistently misrepresent information about themselves.

- The Signatories recognise that all parties involved in the buying and selling of online advertising and the provision of advertising-related services need to work together to improve transparency across the online advertising ecosystem and thereby to effectively scrutinise, control and limit the placement of advertising on accounts and websites belonging to purveyors of Disinformation.

- Avoiding the misplacement of advertising on online Disinformation sites requires further refinement of already widely used brand safety tools to successfully continue to meet this challenge, in recognition of the nature of this content.[9]

- The signatories recognise that indicators of trustworthiness and information from fact checking organizations and the new independent network of fact checkers facilitated by the European Commission upon its establishment can provide additional data points on purveyors of disinformation.

Therefore, the Signatories of this Code commit to the following:

1. Relevant Signatories commit to deploy policies and processes to disrupt advertising and monetization incentives for relevant behaviours, such as misrepresenting material information about oneself or the purpose of one's properties. These policies and processes can include, for example, the restriction of advertising services or limiting paid placements, and could potentially take place in partnership with fact-checking organizations. Such policies and processes may, as appropriate:

(a) Promote and/or include the use of brand safety and verification tools;

(b) Enable engagement with third party verification companies;

(c) Assist and/or allow advertisers to assess media buying strategies and online reputational risks;

(d) Provide advertisers with necessary access to client-specific accounts to help enable them to monitor the placement of ads and make choices regarding where ads are placed.

II.B. Political advertising and issue-based advertising

Whereas:

- The Signatories acknowledge the Communication's call to recognise the importance of ensuring transparency about political and issue-based advertising.

- Such transparency should be ensured also with a view to enabling users to understand why they have been targeted by a given advertisement

- Signatories recognize that approaches to issue-based advertising developed should be reflective of the European market for political and issue-based advertising, and take note of the European Commission Recommendation on election cooperation networks, online transparency, protection against cybersecurity incidents and fighting disinformation campaigns in the context of elections to the European Parliament

Therefore, the Signatories of this Code commit to the following:

2. Signatories commit to keep complying with the requirement set by EU and national laws, and outlined in self-regulatory Codes,[10] that all advertisements should be clearly distinguishable from editorial content, including news, whatever their form and whatever the medium used. When an advertisement appears in a medium containing news or editorial matter, it should be presented in such a way as to be readily recognisable as a paid-for communication or labelled as such.

3. Relevant Signatories commit to enable public disclosure of political advertising (defined as advertisements advocating for or against the election of a candidate or passage of referenda in national and European elections), which could include actual sponsor identity and amounts spent.

4. Relevant Signatories commit to use reasonable efforts towards devising approaches to publicly disclose "issue-based advertising". Such efforts will include the development of a working definition of "issue-based advertising" which does not limit reporting on political discussion and the publishing of political opinion and excludes commercial

advertising. Given the implications related to freedom of expression, Signatories encourage engagement with expert stakeholders to explore approaches that both achieve transparency but also uphold fundamental rights. The work to develop this definition shall not interfere with the areas covered by advertising self-regulatory organisations.

II.C. Integrity of services

Whereas:

- In line with the European Commission Communication, the Signatories recognise "the importance of intensifying and demonstrating the effectiveness of efforts to close fake accounts" as well as the importance of establishing "clear marking systems and rules for bots to ensure their activities cannot be confused with human interactions".[11]

- Relevant Signatories recognise the importance of ensuring that online services include and promote safeguards against Disinformation.

- Relevant Signatories underline an ongoing commitment that, before launching new services, they consider implementing and promoting safeguards against misrepresentation.

- Relevant Signatories consider reviewing existing services to ensure that such safeguards are likewise implemented, to the extent possible.

- Relevant Signatories should intensify and demonstrate the effectiveness of efforts to ensure the integrity of services with regards to accounts whose purpose and intent is to spread Disinformation whose specifics should be assessed and determined by the Relevant Signatory.

- Consistently with Article 8 of the European Convention on Human Rights,[12] Signatories should not be prohibited from enabling anonymous or pseudonymous use of accounts and services.

Therefore, the Signatories of this Code commit to the following:

5. Relevant Signatories commit to put in place clear policies regarding identity and the misuse of automated bots on their services and to enforce these policies within the EU. Such measures could include some of the measures in the Annex 2 to this Code.

6. Relevant Signatories commit to put in place policies on what constitutes impermissible use of automated systems and to make this policy publicly available on the platform and accessible to EU users.

II.D. Empowering consumers

Whereas:

- Consistently with Article 10 of the European Convention on Human Rights[13] and the principle of freedom of opinion, Signatories should not be compelled by governments, nor should they adopt voluntary policies, to delete or prevent access to otherwise lawful content or messages solely on the basis that they are thought to be "false".

- The Signatories of this Code recognise the importance of diluting the visibility of Disinformation by improving the findability of trustworthy content and consider that users should be empowered with tools enabling a customized and interactive online experience so as to facilitate content discovery and access to different news sources representing alternative viewpoints, and should be provided with easily-accessible tools to report Disinformation, as referred to in the Communication.

- Relevant Signatories should invest in technological means to prioritize relevant, authentic, and authoritative information where appropriate in search, feeds, or other automatically ranked distribution channels.

- The Signatories of this Code recognise that transparency should be ensured with a view to enabling users to understand why they have been targeted by a given political or issue-based advertisement.

- Such transparency should reflect the importance of facilitating the assessment of content through indicators of the trustworthiness of content sources, media ownership and verified identity. These indicators should be based on objective criteria and endorsed by news media associations, in line with journalistic principles and processes.

- The signatories recognise the ongoing legislative work to develop standards for transparency about the main parameters of ranking included in the draft Platform to Business Regulation as well as the work being carried out by the EU Artificial Intelligence Expert Group as well as the EU consumer acquis.

Therefore, the Signatories of this Code commit to the following:

7. Relevant Signatories commit to invest in products, technologies and programs such as those referred to in Annex 2 to help people make informed decisions when they encounter online news that may be false, including by supporting efforts to develop and implement effective indicators of trustworthiness in collaboration with the news ecosystem.

8. Relevant Signatories commit to invest in technological means to prioritize relevant, authentic and authoritative information where appropriate in search, feeds, or other automatically ranked distribution channels.

9. Relevant Signatories commit to invest in features and tools that make it easier for people to find diverse perspectives about topics of public interest.

10. Signatories commit to partner with civil society, governments, edtional institutions, and other stakeholders to support efforts aimed at improving critical thinking and digital media literacy.

11. Signatories commit to encourage market uptake of tools that help consumers understand why they are seeing particular advertisements.

II.E. Empowering the research community

Whereas:

- In line with the HLEG Report and the Communication, the Signatories of this Code acknowledge the importance to "take the necessary measures to enable privacy- compliant access to data for fact-checking and research activities" and to "cooperate by providing relevant data on the functioning of their services, including data for independent investigation by academic researchers and general information on algorithms."[14]

Therefore, the Signatories of this Code commit to the following:

12. Relevant Signatories commit to support good faith independent efforts to track Disinformation and understand its impact, including the independent network of fact- checkers facilitated by the European Commission upon its establishment. This will include sharing privacy protected datasets, undertaking joint research, or otherwise partnering with academics and civil society organizations if relevant and possible.

13. Relevant Signatories commit not to prohibit or discourage good faith research into Disinformation and political advertising on their platforms.

14. Relevant Signatories commit to encourage research into Disinformation and political advertising.

15. Relevant Signatories commit to convene an annual event to foster discussions within academia, the fact-checking community and members of the value chain.

III. MEASURING AND MONITORING THE CODE'S EFFECTIVENESS

The following set of Key Performance Indicators shall apply to the Relevant Signatories with respect to their respective commitments.

16. Relevant Signatories commit to write an annual account of their work to counter Disinformation in the form of a publicly available report reviewable by a third party. The report may include details of any measures taken and the progress made by the Signatories to improve transparency regarding Disinformation, such as:

a. In line with the Commitment under No. 1 above, policies and enforcement activities in relation to reducing monetisation opportunities for providers of disinformation;

b. In line with Commitments under paragraph II.B. above, measures to improve the visibility to consumers of instances of political advertising;

c. In line with Commitments under paragraphs II.C. above, measures to integrate and roll-out policies in relation to the integrity of their services in the context of Disinformation;

d. In line with Commitments under paragraph II.D. above, measures to empower consumers with products, tools, technologies and programmes;

e. In line with Commitments under paragraph II.D., "measurement of consumer awareness/concerns about disinformation";

f. In line with Commitment Under No. 9 above, provide people with tools to find diverse perspectives about topics of public interest;

g. In accordance with the Commitment under paragraph II.E. above measures to improve the ability of researchers and civil society groups to monitor the scope and scale of political advertising;

h. In line with Commitment under No. 10 above, to encourage training of people in critical thinking and digital media and skills;

i. In line with Commitments under paragraph II.E. above, efforts to support good faith research and/or the network of fact-checkers in a given year by Relevant Signatories.

17. In the specific case of advertisers, the World Federation of Advertisers (WFA) will provide aggregated reporting to track and identify the different brand safety activities and policies employed by brand owners.

18. In the specific case of advertising agencies, the European Association of Communications Agencies (EACA) will provide aggregated reporting to track and identify the different brand safety activities and policies employed by advertising agencies, including the promotion of relevant tools, collaboration with third party verification companies, as well as methods to assess media buying strategies and to make choices about ad placements relative to the associated online disinformation risk.

19. IAB Europe will provide aggregated reporting to track and identify different brand safety activities and policies used by its members and those of European National IABs, which include stakeholders from across the online advertising ecosystem.

20. Signatories commit to select an objective 3rd party organization to review the annual self-assessment reports submitted by the Relevant Signatories, and evaluate the level of progress made against the Commitments, which would include accounting for commitments signed on to.

21. In line with Commitment II. B No. 4, Relevant Signatories shall work with the European Commission and other key stakeholders to endeavour to develop a working definition, which will inform the most effective approaches that both achieve transparency but also uphold fundamental

rights in order to make meaningful progress towards devising approaches to publicly disclose "issue-based advertising".

IV. ASSESSMENT PERIOD

The signature of the Code of Practice will be followed by an assessment period of 12 months, during which the Signatories will meet regularly to analyse its progress, implementation and functioning.

The Signatories will meet at the end of the assessment period to evaluate the effectiveness of the Code of Practice in connection with each of the commitments set forth above. They will discuss the continuation of the Code and, if appropriate, discuss and propose follow-up actions. These follow-up actions may include changes to how the Signatories' efforts under the Code, and Code's impact on Disinformation, are monitored. The results of this evaluation will be summarised in a report, which will include conclusions on the Relevant Signatories' own commitments and KPIs.

After the assessment period, the Signatories will meet annually to review the Code and to take further steps if necessary. They may meet more frequently, should they deem it necessary, to discuss the functioning of the Code. Reports may be drawn up to take stock of the Code's functioning and effectiveness.

The Signatories agree to cooperate with the European Commission in assessing the reporting on the functioning of the Code. This cooperation may include:

- Making available appropriate information upon request;

- Informing the Commission of the signature or withdrawal of any Signatories;

- Responding to the Commission's questions and consultations;

- Discussing the above-mentioned assessment and reports in meetings of the Signatories; and

- Inviting the Commission to all such meetings.

V. SIGNATORIES

This Code only applies to the Signatories. Additional signatories may sign the Code at any time. Candidate signatories must present their activities to the existing Signatories and indicate how they intend to comply with the Code's requirements.

A Signatory may withdraw from the Code or from specific commitments within the Code at any time, by notifying the European Commission and the other Signatories. Such a withdrawal will not have the effect of terminating the Code between the other Signatories.

Each Signatory may at any time inform the other Signatories that it believes a Signatory is not complying with its commitments under the Code, and of the grounds for this belief. The Signatories may decide to consider the matter in a plenary meeting. Having heard the Signatory concerned, and after concluding on objective grounds that this Signatory is not willing to respect its commitments under the Code, after all reasonable avenues have been explored, the Signatories may invite such a Signatory to withdraw from the Code. The Signatories will inform the European Commission of this decision.

The Signatories may indicate on their websites or in commercial or other communications that they have signed the code. They can take all reasonable measures to make their business contacts aware of the existence of the Code.

VI. ENTRY INTO FORCE

This Code will become effective and will enter into force one month from its signature. Any changes to this Code must be agreed by all the Signatories.

The Code has an indefinite duration, subject to the Signatories' agreement to continue following their annual review of the Code.

Signed in Brussels, on xx September 2018

[1] http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=51804.

[2] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation.

[3] http://www.consilium.europa.eu//media/35936/28-euco-final-conclusions-en.pdf.

[4] Measures taken by the European Union, its Member States and other relevant stakeholders should limit the incidence and impact of online disinformation and must be taken within the legal framework provided by the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) and the European Convention on Human Rights (ECHR). In particular, Freedom of expression is enshrined in Article 11 of the CFREU and Article 10 of the ECHR as an indispensable enabler of sound decision- making in free and democratic societies. Freedom of expression extends to print, broadcast and online media and includes the right to hold opinions and to receive and impart information and ideas “without interference by public authorities and regardless of frontiers,” as well as the integral, corollary values of media freedom and media pluralism.

[5] Communication, paragraph 2.1.

[6] Communication, paragraph 1.

[7] See, e.g., the Communication, paragraph 3.1.1, where the Commission states that all actions taken to challenge Disinformation "should strictly respect freedom of expression and include safeguards that prevent their misuse, for example, the censoring of critical, satirical, dissenting, or shocking speech. They should also strictly respect the Commission's commitment to an open, safe and reliable Internet".

[8] Communication, paragraph 3.1.1.

[9] Communication 'Tackling online Disinformation: a European Approach', http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=51804.

[10] Such as the ICC Advertising and Marketing Communications Code (https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/08/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising- and-Marketing-2011-English.pdf) or the advertising Codes of conduct enforced by self-regulatory organisations at national level.

[11] Communication, paragraph 3.1.1.

[12] Article 8 ECHR, "Right to respect for private and family life".

[13] Article 10 ECHR, "Freedom of expression".

[14] HLEG Report.

THE SOUNDING BOARD'S UNANIMOUS FINAL OPINION ON

THE SO-CALLED CODE OF PRACTICE

24 SEPTEMBER 2018

The Multistakeholder Forum on Disinformation Online is set up in two different and autonomous groups. On the one hand, major online platforms and their trade association, ad exchanges and major advertisers associations ("the working group"), and on the other hand representatives of the media, civil society, fact checkers and academia ("the sounding board"). Members of the Sounding Board of the Multistakeholder Forum on Disinformation Online hereby officially transmit their final opinion on the so-called "Code of Practice" to the Commission.

1. The Sounding Board wishes to thank the Commission and Commissioner Mariya Gabriel for launching the process in order to tackle disinformation and for convening this Forum. The Sounding Board was tasked to assess and adopt an opinion on the Code of Practice and on the set of Key Performance Indicators agreed upon by the Working Group.

2. The Sounding Board Members entered the Multistakeholder process based on a number of key principles supported by the High-Level Expert Group back in March of 2018. Their recommendations followed 3 months of intense discussions which formed the framework for the Platforms to produce a self-regulatory Code of Practice. In its Communication titled "Tackling online disinformation: a European Approach" released on 26th April 2018, the Commission turned the 10 principles of the High- Level Expert Group's report into 9 clear objectives.

3. The European Union defines self-regulation in the following way: "Self-regulation constitutes a type of voluntary initiative which enables economic operators, social partners, non-governmental organisations or associations to adopt common guidelines amongst themselves and for themselves. They are responsible for development, monitoring, compliance with and enforcement of those guidelines" (See AVMS D as adopted in CULT Committee, Recital 7a).

As outlined by the Sounding Board's previous written feedback and comments, the "Code of practice" as presented by the working group contains no common approach, no clear and meaningful commitments, no measurable objectives or KPIs, hence no possibility to monitor process, and no compliance or enforcement tool: it is by no means self-regulation, and therefore the Platforms, despite their efforts, have not delivered a Code of Practice.

4. The Sounding Board is strongly concerned about online disinformation. The Sounding Board asks the European Commission and the foreseen third-party review to measure whether the stated intentions laid out in the so-called Code of Practice have been implemented and to assess whether

or not the code delivers against the goals as set out in the April Communication on Tackling online disinformation. While it will be very difficult to assess the overall development of online disinformation, a test case around the European elections could be elaborated. Based on the work of independent fact- checkers and academic researchers, regular evaluation of the situation could be carried out. The Sounding Board encourages the European Commission to closely monitor the situation and provide its assessment in the first quarter of 2019.

NETmundial Multistakeholder Statement

NETmundial Multistakeholder Statement

April, 24th 2014

19:31 BRT

PREAMBLE

This is the non-binding outcome of a bottom-up, open, and participatory process involving thousands of people from governments, private sector, civil society, technical community, and academia from around the world. The NETmundial conference was the first of its kind. It hopefully contributes to the evolution of the Internet governance ecosystem.

INTRODUCTION

The Global Multistakeholder Meeting on the Future of Internet Governance, also known as NETmundial, is convened to discuss two important issues relevant for the future evolution of the Internet, in an open and multistakeholder fashion:

1. Internet Governance Principles, and

2. Roadmap for the future evolution of the Internet Governance Ecosystem

The recommendations in this document have been prepared with the view to guiding NETmundial to consensus. This has been a collaborative effort among representatives of all stakeholder groups.

More than 180 contributions have been received from all stakeholders around the globe. Those contributions have been taken as the basis for the elaboration of the recommendations submitted here to the participants of NETmundial towards the development of broad consensus.

The recommendations of NETmundial are also intended to constitute a potentially valuable contribution for use in other Internet governance related fora and entities.

1. INTERNET GOVERNANCE PRINCIPLES

NETmundial identified a set of common principles and important values that contribute for an inclusive, multistakeholder, effective, legitimate, and evolving Internet governance framework and recognized that the Internet is a global resource which should be managed in the public interest.

HUMAN RIGHTS AND SHARED VALUES

Human rights are universal as reflected in the Universal Declaration of Human Rights and that should underpin Internet governance principles. Rights that people have offline must also be protected online, in accordance with international human rights legal obligations, including the International Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social and Cultural Rights, and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Those rights include, but are not limited to:

• Freedom of expression: Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

• Freedom of association: Everyone has the right to peaceful assembly and association online, including through social networks and platforms.

• Privacy: The right to privacy must be protected. This includes not being subject to arbitrary or unlawful surveillance, collection, treatment and use of personal data. The right to the protection of the law against such interference should be ensured.

• Procedures, practices and legislation regarding the surveillance of communications, their interception and collection of personal data, including mass surveillance, interception and collection, should be reviewed, with a view to upholding the right to privacy by ensuring the full and effective implementation of all obligations under international human rights law.

• Accessibility: persons with disabilities should enjoy full access to online resources Promote the design, development, production and distribution of accessible information, technologies and systems on the internet.

• Freedom of information and access to information: Everyone should have the right to access, share, create and distribute information on the Internet, consistent with the rights of authors and creators as established in law.

• Development: all people have a right to development and the Internet has a vital role to play in helping to achieve the full realization of internationally agreed sustainable development goals. It is a vital tool for giving people living in poverty the means to participate in development processes.

PROTECTION OF INTERMEDIARIES

Intermediary liability limitations should be implemented in a way that respects and promotes economic growth, innovation, creativity and free flow of information. In this regard, cooperation among all stakeholders should be encouraged to address and deter illegal activity, consistent with fair process.

CULTURE AND LINGUISTIC DIVERSITY

Internet governance must respect, protect and promote cultural and linguistic diversity in all its forms.

UNIFIED AND UNFRAGMENTED SPACE

Internet should continue to be a globally coherent, interconnected, stable, unfragmented, scalable and accessible network-of-networks, based on a common set of unique identifiers and that allows data packets/information to flow freely end- to-end regardless of the lawful content.

SECURITY, STABILITY AND RESILIENCE OF THE INTERNET

Security, stability and resilience of the Internet should be a key objective of all stakeholders in Internet governance. As a universal global resource, the Internet should be a secure, stable, resilient, reliable and trustworthy network. Effectiveness in addressing risks and threats to security and stability of the Internet depends on strong cooperation among different stakeholders.

OPEN AND DISTRIBUTED ARCHITECTURE

The Internet should be preserved as a fertile and innovative environment based on an open system architecture, with voluntary collaboration, collective stewardship and participation, and upholds the end-to-end nature of the open Internet, and seeks for technical experts to resolve technical issues in the appropriate venue in a manner consistent with this open, collaborative approach.

ENABLING ENVIRONMENT FOR SUSTAINABLE INNOVATION AND CREATIVITY

The ability to innovate and create has been at the heart of the remarkable growth of the Internet and it has brought great value to the global society. For the preservation of its dynamism, Internet governance must continue to allow permissionless innovation through an enabling Internet environment, consistent with other principles in this document. Enterprise and investment in infrastructure are essential components of an enabling environment.

INTERNET GOVERNANCE PROCESS PRINCIPLES

• **Multistakeholder:** Internet governance should be built on democratic, multistakeholder processes, ensuring the meaningful and accountable participation of all stakeholders, including governments, the private sector, civil society, the technical community, the academic community and users. The respective roles and responsibilities of stakeholders should be interpreted in a flexible manner with reference to the issue under discussion.

• **Open, participative, consensus driven governance:** The development of international Internet-related public policies and Internet governance arrangements should enable the full and balanced participation of all stakeholders from around the globe, and made by consensus, to the extent possible.

• **Transparent:** Decisions made must be easy to understand, processes must be clearly documented and follow agreed procedures, and procedures must be developed and agreed upon through multistakeholder processes.

• **Accountable:** Mechanisms for independent checks and balances as well as for review and redress should exist. Governments have primary, legal and political accountability for the protection of human rights

• **Inclusive and equitable:** Internet governance institutions and processes should be inclusive and open to all interested stakeholders. Processes, including decision making, should be bottom-up, enabling the full involvement of all stakeholders, in a way that does not disadvantage any category of stakeholder.

• **Distributed:** Internet Governance should be carried out through a distributed, decentralized and multistakeholder ecosystem.

• **Collaborative:** Internet governance should be based on and encourage collaborative and cooperative approaches that reflect the inputs and interests of stakeholders.

• **Enabling meaningful participation:** Anyone affected by an Internet governance process should be able to participate in that process. Particularly,

Internet governance institutions and processes should support capacity building for newcomers, especially stakeholders from developing countries and underrepresented groups.

Access and low barriers: Internet governance should promote universal, equal opportunity, affordable and high quality Internet access so it can be an effective tool for enabling human development and social inclusion. There should be no unreasonable or discriminatory barriers to entry for new users. Public access is a powerful tool for providing access to the Internet.

• **Agility:** Policies for access to Internet services should be future oriented and technology neutral, so that they are able to accommodate rapidly developing technologies and different types of use.

OPEN STANDARDS

Internet governance should promote open standards, informed by individual and collective expertise and decisions made by rough consensus, that allow for a global, interoperable, resilient, stable, decentralized, secure, and interconnected network, available to all. Standards must be consistent with human rights and allow development and innovation.

2. ROADMAP FOR THE FUTURE EVOLUTION OF THE INTERNET GOVERNANCE

The objective of this proposed roadmap for the future evolution of Internet governance is to outline possible steps forward in the process of continuously improving the existing Internet governance framework ensuring the full involvement of all stakeholders in their respective roles and responsibilities.

The Internet governance framework is a distributed and coordinated ecosystem involving various organizations and fora. It must be inclusive, transparent and accountable, and its structures and operations must follow an approach that enables the participation of all stakeholders in order to address the interests of all those who use the Internet as well as those who are not yet online.

The implementation of the Tunis Agenda has demonstrated the value of the multistakeholder model in Internet governance. The valuable contribution of all stakeholders to Internet governance should be recognized. Due to the successful experiences this model should be further strengthened, improved and evolved.

Internet governance should promote sustainable and inclusive development and for the promotion of human rights. Participation should reflect geographic diversity and include stakeholders from developing, least developed countries and small island developing states.

I. Issues that deserve attention of all stakeholders in the future evolution of Internet governance.

1. Internet governance decisions are sometimes taken without the meaningful participation of all stakeholders. It is important that multistakeholder decision-making and policy formulation are improved in order to ensure the full participation of all interested parties, recognizing the different roles played by different stakeholders in different issues.

2. Enhanced cooperation as referred to in the Tunis Agenda to address international public policy issues pertaining to the Internet must be implemented on a priority and consensual basis. Taking into consideration the efforts of the CSTD working group on enhanced cooperation, it is important that all stakeholders commit to advancing this discussion in a multistakeholder fashion.

3. Stakeholder representatives appointed to multistakeholder Internet governance processes should be selected through open, democratic, and transparent processes. Different stakeholder groups should self-manage their processes based on inclusive, publicly known, well defined and accountable mechanisms.

4. There is a need to develop multistakeholder mechanisms at the national level owing to the fact that a good portion of Internet governance issues should be tackled at this level. National multistakeholder mechanisms should serve as a link between local discussions and regional and global instances. Therefore a fluent coordination and dialogue across those different dimensions is essential.

5. There should be meaningful participation by all interested parties in Internet governance discussions and decision-making, with attention to geographic, stakeholder and gender balance in order to avoid asymmetries.

6. Enabling capacity building and empowerment through such measures such as remote participation and adequate funding, and access to meaningful and timely information are essential for promoting inclusive and effective Internet governance.

7. All stakeholders should renew their commitment to build a people centered, inclusive and development oriented Information Society as defined by the WSIS outcome documents. Therefore in pursuing the improvements of the Internet governance ecosystem, the focus on development should be retained.

8. Internet governance discussions would benefit from improved communication and coordination between technical and non-technical communities, providing a better understanding about the policy implications in technical decisions and technical implications in policy decision-making.

II. Issues dealing with institutional improvements.

1. All of the organizations with responsibilities in the Internet governance ecosystem should develop and implement principles for transparency, accountability and inclusiveness. All such

organizations should prepare periodic reports on their progress and status on these issues. Those reports should be made publicly available.

2. Consideration should be given to the possible need for mechanisms to consider emerging topics and issues that are not currently being adequately addressed by existing Internet governance arrangements.

3. There is a need for a strengthened Internet Governance Forum (IGF). Important recommendations to that end were made by the UN CSTD working group on IGF improvements. It is suggested that these recommendations will be implemented by the end of 2015.

Improvements should include inter-alia:

a. Improved outcomes: Improvements can be implemented including creative ways of providing outcomes/recommendations and the analysis of policy options;

b. Extending the IGF mandate beyond five-year terms;

c. Ensuring guaranteed stable and predictable funding for the IGF, including through a broadened donor base, is essential;

d. The IGF should adopt mechanisms to promote worldwide discussions between meetings through intersessional dialogues.

A strengthened IGF could better serve as a platform for discussing both long standing and emerging issues with a view to contributing to the identification of possible ways to address them.

4. There should be adequate communication and coordination among existing forums, task forces and organizations of the Internet governance ecosystem. Periodic reports, formal liaisons and timely feedbacks are examples of mechanisms that could be implemented to that end. It would be recommendable to analyze the option of creating Internet governance coordination tools to perform on-going monitoring, analysis, and information-sharing functions.

5. In the follow up to the recent and welcomed announcement of US Government with regard to its intent to transition the stewardship of IANA functions, the discussion about mechanisms for guaranteeing the transparency and accountability of those functions after the US Government role ends, has to take place through an open process with the participation of all stakeholders extending beyond the ICANN community.

The IANA functions are currently performed under policies developed in processes hosted by several organizations and forums. Any adopted mechanism should protect the bottom up, open and participatory nature of those policy development processes and ensure the stability and

resilience of the Internet. It is desirable to discuss the adequate relation between the policy and operational aspects.

This transition should be conducted thoughtfully with a focus on maintaining the security and stability of the Internet, empowering the principle of equal participation among all stakeholder groups and striving towards a completed transition by September 2015.

6. It is expected that the process of globalization of ICANN speeds up leading to a truly international and global organization serving the public interest with clearly implementable and verifiable accountability and transparency mechanisms that satisfy requirements from both internal stakeholders and the global community.

The active representation from all stakeholders in the ICANN structure from all regions is a key issue in the process of a successful globalization.

III. Issues dealing with specific Internet Governance topics

1. Security and Stability

a. It is necessary to strengthen international cooperation on topics such as jurisdiction and law enforcement assistance to promote cybersecurity and prevent cybercrime. Discussions about those frameworks should be held in a multistakeholder manner.

b. Initiatives to improve cybersecurity and address digital security threats should involve appropriate collaboration among governments, private sector, civil society, academia and technical community. There are stakeholders that still need to become more involved with cybersecurity, for example, network operators and software developers.

c. There is room for new forums and initiatives. However, they should not duplicate, but add to current structures. All stakeholders should aim to leverage from and improve these already existing cybersecurity organizations. The experience accumulated by several of them demonstrates that, in order to be effective, any cybersecurity initiative depends on cooperation among different stakeholders, and it cannot be achieved via a single organization or structure.

2. Mass and arbitrary surveillance undermines trust in the Internet and trust in the Internet governance ecosystem. Collection and processing of personal data by state and non-state actors should be conducted in accordance with international human rights law. More dialogue is needed on this topic at the international level using forums like the Human Rights Council and IGF aiming to develop a common understanding on all the related aspects.

3. Capacity building and financing are key requirements to ensure that diverse stakeholders have an opportunity for more than nominal participation, but in fact gain the knowhow and the resources for effective participation. Capacity building is important to support the emergence of true multistakeholder communities, especially in those regions where the participation of some stakeholder groups needs to be further strengthened.

IV. Points to be further discussed beyond NETmundial:

Several contributions to NETmundial identified the following non-exhaustive list of points that need better understanding and further discussion in appropriate fora:

• Different roles and responsibilities of stakeholders in Internet governance, including the meaning and application of equal footing.

• Jurisdiction issues and how they relate to Internet governance.

• Benchmarking systems and related indicators regarding the application of Internet governance principles.

• Net neutrality: there were very productive and important discussions about the issue of net neutrality at NETmundial, with diverging views as to whether or not to include the specific term as a principle in the outcomes. The principles do include concepts of an Open Internet and individual rights to freedom of expression and information. It is important that we continue the discussion of the Open Internet including how to enable freedom of expression, competition, consumer choice, meaningful transparency and appropriate network management and recommend that this be addressed at forums such as the next IGF.

V. Way Forward

All the organizations, forums and processes of the Internet governance ecosystem are encouraged to take into account the outcomes of NETmundial.

It is expected that the NETmundial findings and outcomes will feed into other processes and forums, such as the post 2015 development agenda process, WSIS+10, IGF, and all Internet governance discussions held in different organizations and bodies at all levels.

The follow up and future discussions of topics listed in this document should inform work convened by existing entities or bodies. They are invited to report on their works in major Internet governance meetings.

Note from secretariat, April 25th: the agreed text on net neutrality (Part 2, Section IV) had an editorial correction based on the text negotiated in the EMC and then carefully read out, seen and

approved by the HLMC. Exiguous time during the final edition before the closing ceremony prevented the Secretariat to include the explanatory text that follows the net neutrality bullet.

Türk Yargı Etiği Bildirgesi

Resmi Gazete Tarihi: 14.03.2019

Resmi Gazete Sayısı : 30714

HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULU KARARI

Hâkimler ve savcılar[1], görevlerini yerine getirirken adaletin en hassas ve doğru şekilde dağıtıldığından emin olan, meslekî sorumluluk içinde davranan, bütün işlemleri ile karar ve davranışlarında insan ve toplum hayatına tesir edeceklerinin ve toplum nezdindeki saygınlıklarının korunmasının Türk yargısının itibarını da yükselteceğinin bilincinde olan 'hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn' insanlardır. Anayasa ve kanunlardan aldıkları yetki çerçevesinde, hür vicdanları ile evrensel değerleri şiar edinerek bağımsız ve tarafsız olarak görevlerini yürütürler. Bu bildirgede belirtilen etik ilkeleri içtenlikle benimser, gerek meslekî gerekse sosyal hayatlarında bu ilkeler doğrultusunda davranmaya onurları ve vicdanları üzerine söz verirler.

Hakimler ve savcılar;

1-İnsan onuruna saygılıdır, insan haklarını korur ve herkese eşit davranırlar

1.1. İnsan onurunun dokunulmaz olduğuna dair medeniyetimizin ve evrensel kabulün bir tezahürü olarak, insan onurunu esas alır; bütün davranışlarında insan hak ve özgürlüklerine uygun hareket ederler.

1.2. İnsan haklarına dayalı devlet ilkesinin, ancak insan hak ve özgürlüklerinin etkin bir şekilde korunması ile gerçekleşebileceğinin farkında ve bu konuda üzerlerine düşen sorumluluğun bilincindedirler.

1.3. Bir arada yaşamanın; farklılıklara saygı duymayı, birbirine anlayışla yaklaşmayı ve herkese eşit davranmayı gerektirdiğini kabul ederler.

[1] 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanan hakim ve savcı/art ifade eder.

1.4. Görevlerini yerine getirirken dil, din, mezhep, ırk, etnik köken, uyruk, cinsiyet, siyasi düşünce, sosyal ve ekonomik durum, hemşehrilik, yaşam biçimi, yaş, sağlık durumu, dış görünüş, medeni hal ve benzeri sebeplerle ayrımcılığı kesin bir biçimde reddeder ve ayrımcı bir dil kullanmazlar. Anayasada yer verilen pozitif ayrımcılığın, eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmediğini bilirler.

1.5. Adalet hizmetinden faydalanmak isteyenler başta olmak üzere, meslektaşları, avukatlar, adalet personeli, tanık, bilirkişi gibi yargısal sürece dahil olanlara ve topluma eşitlik ilkesinin uygulandığına dair güven verirler. Görev ve yetki alanı içerisinde, bu güveni zedeleyebilecek her türlü davranışı önlerler.

2- Bağımsızdırlar

2.1. Bağımsızlıklarıyla adil yargılanmanın ve hukuk devletinin güvencesidirler.

2.2. Yargı bağımsızlığının, yargılama fonksiyonunun baskı ve tesirden uzak bir şekilde yerine getirilmesi için tanındığının bilinciyle hareket ederler.

2.3. Bağımsızlıklarına doğrudan ya da dolaylı olarak etki edebilecek baskı ve tesiri kayıtsız şartsız reddederler.

2.4. Kararlarını; kişilerin, kurumların ya da kamuoyunun tepkisini çekeceği endişesi duymaksızın ve onları memnun etme kaygısı taşımaksızın bağımsız olarak verirler.

2.5. Yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için bağımsız olmak kadar, bağımsız görünmenin de önemli olduğu bilincindedirler.

2.6. Bağımsızlığın, sorumsuz ve ayrıcalıklı olmak anlamına gelmediğinin, bilakis hesap verebilirlik ilkesi çerçevesinde adaletin tecelli etmesini sağlama amacı taşıdığının farkındadırlar.

2.7. Kanunlarda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak hesap verebilirliğin; bağımsızlıklarını zedelemeyen, aksine toplumsal meşruiyetlerini arttırmak suretiyle güçlendiren bir ilke olduğunun bilincindedirler.

3- Tarafsızdırlar

3.1. Adil yargılamanın gereği olarak, herhangi bir tarafa iltimas göstermeden ve ayrımcılık yapmadan tarafsız bir şekilde hareket ederler.

3.2. Tarafsız hareket etmekle yetinmez, objektif bir bakış açısıyla tarafsızlıklarına ilişkin her türlü kuşkuyu bertaraf edecek bir duruş sergilerler. Yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için tarafsız olmak kadar, tarafsız görünmenin de önemli olduğu bilincindedirler.

3.3. Mesleki ve sosyal hayatlarında tarafsızlık ilkesine aykırı düşebilecek her türlü ayrımcı söylem ve davranıştan kaçınır; konuşma ve beden dilini tarafsızlıklarını ihlal etmeyecek biçimde kullanmaya özen gösterirler.

3.4. Sosyal medya başta olmak üzere, kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapacakları yorum, değerlendirme ve paylaşımların kolaylıkla amacını aşan sonuçlar doğurabileceğini ve tarafsızlıklarını sorgulanır hale getirebileceğini öngörerek hareket ederler.

3.5. Kişisel kanaat ve düşüncelerinin, tarafsızlıklarına gölge düşürmesine izin vermez ve ön yargılı şekilde hareket etmezler. Görevlerini yürütürken ön yargı ve tercihlerinden etkilenip etkilenmediklerini sorgularlar.

3.6. Toplumda, herhangi bir olay ile ilgili olumlu veya olumsuz bir kanaat oluştuğu durumlarda dahi tarafsızlıklarını korurlar.

3.7. Görevlerini yerine getirirken kendileri, yakınları ve sosyal çevrelerini gözetmek amacıyla taraflı davranışlarda bulunmayı reddeder, tarafsızlıklarından ödün vermezler.

3.8. Görevde olan veya görevinden ayrılarak avukatlık, bilirkişilik, arabuluculuk ve benzeri görevler yürüten meslektaşlarına ayrıcalıklı davranmaz, bu yönde bir izlenim oluşturmazlar.

4-Dürüst ve tutarlıdırlar

4.1. Dürüstlük ve doğruluğun, mesleğin gerektirdiği yüksek karakterin vazgeçilmez unsurları olduğunun bilinciyle, gerek mesleki yaşamlarında gerekse sosyal hayatlarında bu yönde bir duruş sergilerler.

4.2. Özü sözü bir kişilikleriyle oldukları gibi görünür ve göründükleri gibi olurlar.

4.3. Mesleki itibarlarının korunması için sözlerini yerine getirmekte hassasiyet gösterirler. Dürüstlüklerine gölge düşürebilecek durumlar içinde bulunmama konusunda özenli davranırlar.

4.4. Neticesinden olumsuz şekilde etkileneceklerini öngörseler dahi gerek iş ve işlemlerinde gerek söz ve davranışlarında doğruluktan ayrılmazlar.

4.5. Yargısal süreçte aleyhine karar verilen taraf da dahil olmak üzere, dürüstlüklerinden şüphe duyulmamasını sağlayacak şekilde davranırlar.

4.6. Hukuki güvenlik ilkesi gereği uygulamalarında tutarlılığı gözeterek görevlerini yerine getirirler.

4.7. Tutarlılığı sabit fikirlilik olarak yorumlamazlar ve toplumsal değişimleri dikkate alırlar.

5- Yargıya olan güveni temsil ederler

5.1. Kendilerine duyulan güvenin, yargıya olan güvenle doğrudan ve ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğunun bilinciyle bütün işlem, eylem ve kararlarında yargıya güveni temin eder ve güçlendirirler.

5.2. Vakur duruşlarıyla adına karar verdikleri Türk Milleti başta olmak üzere, herkesin kendilerine güven duymasını sağlarlar.

5.3. Görevlerini yaparken kendilerine duyulan güvene halel getirebilecek bir algı, kuşku veya tereddüt oluştuğunu fark ettiklerinde, görevden çekilmelerinin gerekip gerekmediğini azami dikkat ve özenle değerlendirirler.

5.4. Yargıya olan güveni tartışmalı hale getirebilecek veya zedeleyebilecek tutum ve davranışlardan her zaman ve her yerde titizlikle kaçınırlar.

5.5. Özel hayatlarında, mesleki güvenilirliklerine gölge düşürebilecek davranışlarda bulunmamaya hassasiyet gösterirler.

5.6. İfade özgürlüklerini, yargıya duyulan güveni sarsmayacak ve siyasi tarafgirliğe düşmeyecek biçimde kullanırlar.

6- Mahremiyeti gözetirler

6.1. Mahremiyeti, toplumdan bilgi saklamak için değil; aksine yargısal sürece dahil olanların haklarını koruyarak adaletin yerini bulması amacıyla gözetirler.

6.2. Görevleri nedeniyle vakıf oldukları devlet sırları, ticari sırlar ile kişilere ve kurumlara ait gizli kalması gereken bilgilerin mahremiyetini korurlar.

6.3. Gizli kalması gereken bilgi ve sırları, kendi yararına ya da başkalarının yarar veya zararına olabilecek şekilde kullanmazlar. Bu bilgilerin mahremiyetini sosyal medya veya başka bir yolla ihlal etmezler.

6.4. Adliye personeli başta olmak üzere, görevleri gereği gizli kalması gereken bilgilere erişim imkanı olanların, gizliliğe riayet etmesini sağlarlar.

6.5. Gizli kalması gereken bilgileri doğru belirlerler. Mevzuatta öngörülen açıklık ve şeffaflık ilkeleri; lekelenmeme, bilgi edinme ve savunma hakları; basın, haber alma ve ifade özgürlükleri ile mahremiyetin karşı karşıya geldiği hallerde, kişilerin şeref ve itibarı ile kamusal yarar arasındaki hassas dengeyi gözeterek hareket ederler.

6.6. Yargıya teslim edilen bilgi ve sırların korunduğuna ilişkin güveni temin eder, bu bilgilerin ve sırların gizliliğini görevleri sona erse dahi gözetirler.

7-Mesleğe yaraşır şekilde davranırlar

7.1. Mesleklerinin yaşamlarına kattığı değer ve yüklediği sorumluluğun bilinciyle görevlerinin gerektirdiği hassasiyetle davranırlar.

7.2. Mesleki ve sosyal ilişkilerinde muhataplarına karşı saygı ve nezaket ilkeleri çerçevesinde hareket eder, söz ve davranışlarının onlar üzerindeki etkisini gözetirler.

7.3. Toplumun kendilerinden yargı hizmetinin kaliteli sunulmasının yanı sıra erdemli olmalarını da beklediğinin bilincindedirler.

7.4. Olaylar ve durumlar karşısında uzlaştırıcı bir dil kullanır, sağduyulu ve temkinli davranırlar.

7.5. Görevin yerine getirilmesi sırasında, diğer meslektaşlarla uyum, işbirliği ve karşılıklı saygı içinde çalışarak verimli bir iş ortamı oluştururlar.

7.6. Mesleki bilgi ve deneyimlerini meslektaşlarıyla paylaşma hususunda istekli davranırlar.

7.7. İfade özgürlüğü kapsamında yazılı, görsel, işitsel ya da sosyal medyada düşüncelerini açıklarken veya paylaşımlarda bulunurken, mesleğin gerektirdiği etik ilkelere uygun hareket ederler.

7.8. Mesleki işleyişe ilişkin konular ile yargı kararlarına dair yorum ve değerlendirmelerinde yapıcı ve ölçülü olurlar. Meslektaşlarının yetkinliklerini, yargının saygınlığına ve yargıya olan güvene zarar verebilecek şekilde tartışmaya açmazlar.

7.9. Görevin yerine getirilmesiyle ilgili olan veya ilgili görülebilecek herhangi bir hediye, bağış, borç, yardım ya da iltimas kabul etmezler. Konumları ve mesleklerinin sağladığı nüfuzdan fayda sağlamazlar. Yakınlarının ve birlikte çalıştıkları personelin de bu hususa riayet etmelerini sağlarlar.

7.10. Hizmet gereklerini gözeterek kamu mal ve hizmetleri ile insan kaynaklarının en etkili ve doğru biçimde, amacına uygun olarak kullanılmasını temin ederler.

7.11. Mesleki saygınlığın korunabilmesi için özel hayatlarına gereken dikkati gösterirler.

7.12. Özel hayatlarında iletişim içinde oldukları kişilerin, işlem ve kararlarını etkilemesine fırsat vermedikleri gibi etkileme güçleri bulunduğu izlenimine yol açabilecek tavır ve davranışlardan da kaçınırlar. Herhangi birinin de bu izlenimi oluşturmasına imkan tanımazlar.

7.13. Sosyal hayatlarının gereği olarak içinde bulunacakları ortam ve mekanları titiz bir şekilde seçmek suretiyle mesleki saygınlıklarını korurlar.

8- Yetkindir ve mesleklerinde özenli davranırlar

8.1. Görevlerini vicdani kanaatleri doğrultusunda, ahlaki olgunluklarına, ehliyet ve liyakatlerine yaraşır şekilde yaparlar.

8.2. Kararlarının veya işlemlerinin, bu tasarruflardan etkilenenlerin dünyasında ve toplum üzerinde bırakacağı tesirin farkındadırlar. Bu nedenle, bütün mesleki faaliyetlerinde gereken dikkat, önem ve özeni gösterirler. Her soruna çözüm odaklı ve aynı duyarlılıkla yaklaşırlar.

8.3. Kararlarını hakkaniyetle verebilmek için gerekli bütün bilgi kaynaklarına ulaşmaya ve işlemlerini yeterli gerekçelerle desteklemeye özen gösterirler.

8.4. Mesleki bilgilerini güncel tutmak ve geliştirmek amacıyla gerekli eğitimleri alma; alanıyla ilgili akademik çalışmaları, ulusal ve uluslararası alandaki hukuki gelişmeler ile yargı içtihatlarını takip etme konusunda kendilerini sorumlu hissederler.

8.5. Mesleki yetkinliklerini arttırmanın, dış etkilerden bağımsız olarak karar vermelerine katkı sağlayacağını bilirler.

8.6. Görevlerini adaletin tecellisini geciktirmeyecek şekilde ve makul sürede yerine getirirler.

8.7. Görevlerine bağlılıkları, gayretleri ve çalışkanlıklarının yanı sıra davranışlarına gösterdikleri özen ile de meslek etiği yönünden örnek olurlar.

8.8. Çalışma saatlerini verimli kullanır, kamu hizmetini aksatmamak için azami özen gösterirler. Zamanın herkes için değerli olduğunu bilir ve bu konuda duyarlı davranırlar.

8.9. Atama, yer değiştirme ve özlük haklarına ilişkin diğer hususlarda, hak ve adalete uygun düşmeyen bir istekte bulunmazlar. Bu bildirge, Türkiye Cumhuriyeti hakimleri ve savcılarının takip edecekleri etik ilkeleri belirleyen bağlayıcı bir belgedir. Hakimler ve savcılar, bu bildirgede belirtilmeyen bir durumla karşılaştıklarında, takip etmeye onur ve vicdanları üzerine söz verdikleri yukarıdaki ilkelerin ruhuna uygun davranırlar.[2]

Türk Yargı Etiği Bildirgesi; hakimler ve savcıların, adına karar verdikleri Yüce Türk Milletine ve O'nun her bir ferdine verilmiş sözüdür.

[2] Hakimler ve Savcılar Kuruluna, yargı etiği konusunda karşılaşılabilecek tereddütler hususunda başvurulabilir.

Hekimler İle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz

HEKİMLER İLE SAĞLIK KURUM VE KURULUŞLARININ ELEKTRONİK ORTAMLARDAKİ PAYLAŞIMLARINA İLİŞKİN KILAVUZ

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları başta olmak üzere mevzuatın sağlık hizmetlerinde tanıtımın sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeleri gözetilerek aşağıdaki uygulama esasları belirlenmiştir.

Tüm sağlık kurum ve kuruluşları ile bütün hekimler bu ortamın kullanımında sağlık hizmetinin özelliği ve tıp mesleğinin saygınlığını dikkate alarak kendilerini bu ilke ve kurallarla bağlı sayarlar.

1. Hekimler, yürüttükleri mesleki faaliyete, sağlık kurum ve kuruluşları da sundukları sağlık hizmetine ilişkin tıbbi deontoloji ve meslek etiği kurallarına uygun biçimde internet ortamında yer alabilirler. Bu konuda sosyal medya mecralarının kullanımı da aynı ilkelere tabidir.

2. Hekimler internet sitelerinde ad, soyad, adres, iletişim bilgileri, çalışma saatleri, 1219 sayılı Yasada belirlenmiş uzmanlık, yan dal uzmanlığı ve üniversite dışında kullanma hakkına sahip olduğu akademik unvan dışında bir isim ya da ibare kullanamazlar.

3. Sağlık kurum ve kuruluşları, ruhsatında kayıtlı isim dışında herhangi bir isim ya da ibareye yer veremez. Hangi branşlarda hizmet verildiğini, adresini, iletişim bilgilerini, çalışma saatlerini ve sağlık personelinin adını, soyadını, 1219 sayılı Yasada belirlenmiş uzmanlık, yan dal uzmanlığını ve üniversite dışında kullanma hakkına sahip olduğu akademik unvanını belirtebilirler.

4. Hekimler, internet sitelerinde “kişisel bilgiler” başlığı altında, aldığı eğitimlere, 1219 sayılı Yasada belirlenen uzmanlık alanında kazanılmış uluslararası yeterliliklerine/unvanlarına, bilimsel yayınlarına, bilimsel toplantılardaki konuşmalarına, düzenlediği toplantılara, ödüllerine, yerli ve yabancı uzmanlık dernek ve kuruluşlarına üyeliklerine, idari ve danışmanlık görevlerine yer verebilirler.

Hekimler, meslek uygulamaları ile ilişkilendirmeksizin mesleki olmayan etkinliklerine de yer verebilirler.

5. Sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikte, toplumu bilgilendirmeye yönelik içerik paylaşılabilir. Doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere yer verilemez. Verilen bilginin kaynağı ve son güncelleme tarihi belirtilmelidir.

6. Her bilgilendirme sayfasının altında "Sayfa içeriği sadece bilgilendirme amaçlıdır, tanı ve tedavi için mutlaka doktorunuza başvurunuz." ifadesi, en az diğer yazılarla aynı puntoda ve kolaylıkla fark edilebilir biçimde yer almalıdır. Günümüzde bilim çevrelerince kabul edilmiş bilgilere aykırı, hatalı ya da doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere yer verilemez.

7. Tedavi edici sağlık hizmetine yönelik bilgiler içeren (ifade, yazı, fotoğraf, video, röportaj, haber vb.) ögelere hiçbir şekilde yer verilemez.

8. Hastaların sır kapsamındaki bilgileri hiçbir biçimde paylaşılamaz. Hasta mahremiyetinin korunması için her türlü önlem alınır.

9. Hastaların tedavi öncesi ve/veya sonrasına ait görüntülerine ya da ifadelerine hiçbir şekilde yer verilemez. Ayrıca bu nitelikteki yayınlara link verilerek yönlendirme de yapılamaz.

10. Sağlık çalışanlarının, tedavi öncesi, sırası ve sonrasında hasta ve hasta yakınları ile birlikte görüntülerine yer verilemez.

11. Deontoloji kurallarına ve hasta haklarına uymayan, abartılı, insanları yanıltıcı, korku veya paniğe düşürücü, yanlış yönlendirici, gerçeğe aykırı ifadeler kullanılamaz.

12. Meslektaşlar ve/veya sağlık kurum ve kuruluşları arasında rekabete yol açan, hekimliğe ve sağlık kuruluşlarına ticari bir görünüm veren, reklam niteliğinde, kendilerini, sundukları hizmeti ya da sağlık kurum ve kuruluşunu öven, ön plana çıkaran, diğer sağlık kurum ve kuruluşları ile hekimleri kötüleyen ibarelere yer verilemez.

13. Hekim hakkında veya sağlık kurum ve kuruluşu ile burada görev yapan sağlık personeli hakkında, hastalara ait değerlendirmelere, görüş bildirimine, teşekkür ilanlarına yer verilemez.

14. Mesleki birlikler ve dernekler, bilimsel dergiler ile diğer mesleki kuruluşlara ait sitelere yönelik olanlar dışında yönlendirici link verilemez.

15. Muayenehane ve diğer sağlık kurum ve kuruluşlarının fiziki ortamı ile tıbbi cihaz veya donanımlara ilişkin ifade ve görüntüler kullanılamaz.

16. İnternet ortamında hasta bizzat muayene edilmeden, yöneltilen soruların yanıtlanması suretiyle tedavi önerilerinde bulunulamaz. Bu yolla hasta, belirli bir hekim ya da sağlık kuruluşuna yönlendirilemez.

17. İnternet ortamındaki siteler/forumlar kullanılarak hasta yönlendirilemez, aracılık faaliyeti yapmakta olan sitelere üye olunamaz, ticari kuruluşlardan bu nitelikte bir hizmet alınamaz.

18. Arama motorlarında internet sitesinin bulunabilir olması için hekimin veya sağlık kurum ve kuruluşunun ruhsatında yer alan bilgiler dışında anahtar kelimelere yer verilemez.

19. Herhangi bir ücret, kampanya ya da indirim bilgisine veya hizmetin ücretsiz olduğuna ilişkin ifadelere yer verilemez.

20. Tüm kurallar internet sitesinin yabancı dillerdeki görünümleri için de geçerlidir.

21. Bu kılavuzda yer almayan durumlar, 1219 sayılı Kanun, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği hükümlerine göre değerlendirilir.

22. Burada belirtilen kuralların ihlal edilmesi halinde ilgili mevzuat doğrultusunda gerekli işlemler yapılır.

265/2017

15.02.2017

TABİP ODASI BAŞKANLIĞI'NA

Her gün yazılı/görsel basında ve sosyal medyada, sağlık alanına ilişkin haber, ilan, paylaşım gibi adlar altında tanıtım kurallarına aykırı, kimi zaman içeriğinde hasta mahremiyetini de ihlal eden, açık ya da örtülü reklam niteliğinde yayınlarla karşılaşılmaktadır. Kural ihlalleri, diğer alanların yanı sıra yoğun bir şekilde elektronik ortamlarda göze çarpmaktadır. Bu yayınlara ilişkin olarak Birliğimize çokça şikayet başvurusu da yapılmaktadır.

Bilindiği gibi konuya ilişkin kuralların neler olduğunun hatırlatılması, bu kuralların uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilebilmesi ve standartların oluşturulabilmesi amacıyla hekimler ve sağlık kuruluşlarına rehberlik etmek üzere"Hekimler İle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz" hazırlanmıştır. 10-11 Haziran 2016 tarihinde toplanan TTB 67.Büyük Kongresi'nde kabul edilen Kılavuz, 17.06.2016 tarih ve 958/2016 sayılı Genelgemiz ekinde odalarımıza iletilmişti.

Bir kez daha hatırlatmak isteriz ki sağlık hizmetlerinin ticari bir alana dönüştürülmeye çalışıldığı ortamda, bunun bir aracı olarak kullanılan reklamın her ne suretle olursa olsun yapılmasını önlemek, tabip odalarımızın 6023 sayılı Yasa'da özel olarak da belirtilen önemli görevlerindendir.

Bu kapsamda tabip odalarımızdan beklentimiz, şikayet üzerine gerekli işlemleri yapması, ancak faaliyetlerini bununla da sınırlı tutmaksızın tabip odası bölgesi içinde ortaya çıkan bu tür olaylara özel bir dikkat ve hassasiyet göstererek konunun takipçisi olmasıdır.

Sağlık alanındaki ticari reklam faaliyetlerinin cezalandırılmasından öte, bu tür etik ihlallerin önlenmesinin birincil önceliğimiz olması gerektiği düşüncesinden hareketle, Hekimler İle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz'un odanız bölgesindeki hekimlere bir kez daha duyurulması da dahil olmak üzere her tür çalışmanın yürütülmesini rica eder, çalışmalarınızda başarılar dileriz.

Saygılarımızla,

Dr. M. Sezai Berber

TTB Merkez Konseyi

Genel Sekreteri

Ek: Hekimler İle Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Elektronik Ortamlardaki Paylaşımlarına İlişkin Kılavuz

OECD Council Recommendation on Principles for Internet Policy Making

RECOMMENDATION OF THE COUNCIL ON PRINCIPLES FOR INTERNET POLICY MAKING

December 2011

THE COUNCIL,

HAVING REGARD to article 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Cooperation and Development of 14th December 1960;

HAVING REGARD to Rule 18 b) of the Rules of Procedure;

HAVING REGARD to the Declaration for the Future of the Internet Economy (The "Seoul Declaration") of 18 June 2008 [C(2008)99], which recognises that the Internet provides an open, decentralised platform for communication, collaboration, innovation, creativity, productivity improvement and economic growth;

HAVING REGARD to the Recommendation of the Council concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data [C(80)58/FINAL], the Recommendation of the Council concerning Guidelines for the Security of Information Systems and Networks - Towards a Culture of Security [C(2002)131/FINAL], the Recommendation of the Council on Broadband Development [C(2003)259/FINAL], the Recommendation of the Council on the Protection of Critical Information Infrastructures [C(2008)35];

RECOGNISING that, at the OECD's High Level Meeting on The Internet Economy: Generating Innovation and Growth held in June 2011, representatives of OECD Members, Egypt, the Business Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC) and the Internet Technical Advisory Committee (ITAC), agreed to the Communiqué on Principles for Internet Policy-Making (the "Communiqué");

RECOGNISING that this Communiqué, building on the Seoul Declaration, highlighted that the strength and dynamism of the Internet depend on its ease of access through high speed networks, on openness, and on user confidence; that the Internet allows people to give voice to their democratic aspirations and that any policy-making associated with it must promote openness and be grounded in respect for human rights and the rule of law;

On the proposal of the Committee for Information, Computer and Communication Policy:

I. **RECOMMENDS** that, in developing or revising their policies for the Internet Economy, Members, in co-operation with all stakeholders, take account of the following high level principles as explained in the Communiqué:

1. Promote and protect the global free flow of information;

2. Promote the open, distributed and interconnected nature of the Internet;

3. Promote investment and competition in high speed networks and services;

4. Promote and enable the cross-border delivery of services;

5. Encourage multi-stakeholder co-operation in policy development processes;

6. Foster voluntarily developed codes of conduct;

7. Develop capacities to bring publicly available, reliable data into the policy-making process;

8. Ensure transparency, fair process, and accountability;

9. Strengthen consistency and effectiveness in privacy protection at a global level;

10. Maximise individual empowerment;

11. Promote creativity and innovation;

12. Limit Internet intermediary liability;

13. Encourage co-operation to promote Internet security;

14. Give appropriate priority to enforcement efforts.

II. **RECALLS** that the Communiqué on Principles for Internet Policy Making, which is attached for information purposes, provides context and support to Members and stakeholders in their effort to implement effective and compatible approaches for Internet policy making, both at the national and international levels;

III. **INVITES**

Members to:

• Disseminate this Recommendation throughout their government and to all partner stakeholders, including business, civil society, the Internet technical community and other international forums, and;

• Consult, co-ordinate and co-operate at national and international levels, through multi-stakeholder processes, towards the effective implementation of the Recommendation;

Non-Members to take account of and adhere to this Recommendation and collaborate with Members in its implementation;

IV. **INSTRUCTS** the Committee for Information, Computer and Communications Policy to:

• Promote the dissemination of this Recommendation;

• Assist Members and non-Members in its implementation through a multi-stakeholder process.

ANNEX

COMMUNIQUE ON PRINCIPLES FOR INTERNET POLICY-MAKING

[adopted at the High Level Meeting on The Internet Economy: Generating Innovation and Growth 28-29 June 2011]

The Seoul Declaration on the Future of the Internet Economy adopted at the 2008 OECD Ministerial on the Future of the Internet Economy recognised that the Internet provides an open, decentralised platform for communication, collaboration, innovation, creativity, productivity improvement and economic growth. Building on the Seoul Declaration, the OECD's High-Level Meeting on The Internet Economy: Generating Innovation and Growth, held in June 2011, highlighted that the strength and dynamism of the Internet depends on its ease of access to high-speed networks, openness, and on user confidence.

In the context of this High-Level Meeting, we, the representatives of OECD Members, Egypt and of stakeholders including the Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC), and the Internet Technical Community (ITAC), agreed on a number of basic principles for Internet policy making as an important step in ensuring that the Internet remains open and dynamic.

We recognised that the Internet allows people to give voice to their democratic aspirations, and any policy-making associated with it must promote openness and be grounded in respect for human rights and the rule of law.

We recognised the essential contribution of stakeholders, including business, civil society, the Internet technical community and academic institutions, to the ongoing development of the Internet and the enrichment of society using the Internet.

We stressed that more ubiquitous access to and use of broadband Internet networks, which are available in a competitive market and at affordable prices, will help foster innovation and drive the growth of the Internet Economy and of the economy in general.

We emphasised that, in certain cases, public support and investment may be needed to ensure the greatest practical availability of these networks in our countries, in particular in rural and remote areas, and that such public intervention should support market competition and promote private investment initiatives.

We underlined the importance of generating demand and the significant role that governments can play in this regard by stimulating the use of broadband Internet networks in areas such as science, education, health, transportation and smart electricity grids as well as promoting the use of Internet for an ageing society.

We recognised that new and evolving technologies and protocols, with their enabling effect on broader opportunities and innovation such as IPv6, the Semantic Web and cloud computing, are emerging as a general engine for economic and social development. In the context of recent natural disasters we recognised that a resilient network can play a crucial role in ensuring information sharing and facilitating rapid aid distribution.

The Internet has grown and diffused extremely rapidly across the globe, and continues to bring significant benefits to economies and societies. Individual innovators, and a co-operative multi-stakeholder environment, have played significant roles in this process. Enhancing access and participation in the Internet economy through the deployment of high-speed broadband Internet networks can also help in increasing the availability of legitimate content, in addition to supporting the free flow of information and knowledge, the freedom of expression, association and assembly, the protection of individual liberties, as critical components of a democratic society and cultural diversity.

The policy-making principles in this communiqué are designed to help preserve the fundamental openness of the Internet while concomitantly meeting certain public policy

objectives, such as the protection of privacy, security, children online, and intellectual property, as well as the reinforcement of trust in the Internet. Effective protection of intellectual property rights plays a vital role in spurring innovation and furthers the development of the Internet economy. Internet policy making principles need to take into account the unique social, technical and economic aspects of the Internet environment. It is clear that the open and accessible nature of the Internet needs to be supported for the benefit of freedom of expression, and to facilitate the legitimate sharing of information, knowledge and exchange of views by users, including research and development, that has brought about widespread innovation to our economies.

Recognising the reliance of our economies on the Internet, the global nature of the Internet, and the various approaches implemented to stimulate the Internet economy, including innovative governance strategies in convening diverse groups of stakeholders to forge consensus-based policies, we agreed as governments, private sector stakeholders and civil society to the following basic principles for Internet policy making:

• Promote and protect the global free flow of information:

The Internet Economy, as well as individuals' ability to learn, share information and knowledge, express themselves, assemble and form associations, depend on the global free flow of information. To encourage the free flow of information online, it is important to work together to advance better global compatibility across a diverse set of laws and regulations. While promoting the free flow of information, it is also essential for governments to work towards better protection of personal data, children online, consumers, intellectual property rights, and to address cybersecurity. In promoting the free flow of information governments should also respect fundamental rights.

• Promote the open, distributed and interconnected nature of the Internet:

As a decentralised network of networks, the Internet has achieved global interconnection without the development of any international regulatory regime. The development of such a formal regulatory regime could risk undermining its growth. The Internet's openness to new devices, applications and services has played an important role in its success in fostering innovation, creativity and economic growth. This openness stems from the continuously evolving interaction and independence among the Internet's various technical components, enabling collaboration and innovation while continuing to operate independently from one another. This independence permits policy and regulatory changes in some components without requiring changes in others or impacting on innovation and collaboration. The Internet's openness also stems from globally accepted, consensus driven technical standards that support global product

markets and communications. The roles, openness, and competencies of the global multi-stakeholder institutions that govern standards for different layers of Internet components should be recognised and their contribution should be sought on the different technical elements of public policy objectives. Maintaining technology neutrality and appropriate quality for all Internet services is also important to ensure an open and dynamic Internet environment. Provision of open Internet access services is critical for the Internet economy.

• Promote investment and competition in high-speed networks and services:

High-speed networks and services are essential for future economic growth, job creation, greater competitiveness and for people to enjoy a better life. Public policies should promote robust competition in the provision of high-speed broadband Internet that is available to users at affordable prices and promote investment also to attain the greatest geographic coverage of broadband Internet. They should also promote an optimal level of investment by creating demand for high-speed broadband networks and services, in particularly in areas where governments play a key role such as in education, health, energy distribution and transport. Public policies should help foster a diversity of content, platforms, applications, online services, and other user communication tools that will create demand for networks and services, as well as to allow users to fully benefit from those networks and services and to access a diversity of content, on non-discriminatory terms, including the cultural and linguistic content of their choice.

• Promote and enable the cross-border delivery of services:

Suppliers should have the ability to supply services over the Internet on a cross-border and technologically neutral basis in a manner that promotes interoperability of services and technologies, where appropriate. Users should have the ability to access and generate lawful content and run applications of their choice. To ensure cost effectiveness and other efficiencies, other barriers to the location, access and use of cross-border data facilities and functions should be minimised, providing that appropriate data protection and security measures are implemented in a manner consistent with the relevant OECD Guidelines and reflecting the necessary balance among all fundamental rights, freedoms and principles.

• Encourage multi-stakeholder co-operation in policy development processes:

The Internet's complexity, global reach, and constant evolution require timely, scalable, and innovation-enabling policies. Due to the rapidly changing technological, economic and social environment within which new policy challenges emerge, multi-stakeholder processes have been shown to provide the flexibility and global scalability required to address Internet policy challenges. These multi-stakeholder processes should involve the participation of all interested

stakeholders and occur in a transparent manner. In particular, continued support is needed for the multi-stakeholder environment, which has underpinned the process of Internet governance and the management of critical Internet resources (such as naming and numbering resources) and these various stakeholders should continue to fully play a role in this framework. Governments should also work in multi-stakeholder environments to achieve international public policy goals and strengthen international co-operation in Internet governance.

• Foster voluntarily developed codes of conduct:

Governments may be able to achieve certain policy goals through flexible, adaptive means by encouraging, facilitating and supporting the development of codes of conduct that are supported by effective accountability mechanisms. These codes would be developed by voluntary participants in a multi-stakeholder process and, if appropriate, enforceable under appropriate governmental authority. Such codes of conduct should encourage and facilitate voluntary co-operative efforts by the private sector to respect the freedoms of expression, association and assembly online, and to address illegal activity, including fraudulent, malicious, misleading and unfair practices taking place over the Internet. Such co-operative efforts should be balanced and consistent with the applicable legal framework and where those co-operative efforts are not forthcoming, other policy options consistent with these principles should be considered in consultation with relevant stakeholders.

• Develop capacities to bring publicly available, reliable data into the policy-making process:

Publicly available data can increase the quality of all stakeholders' participation in Internet policy making as well as governments' ultimate policy decisions. The collection, validation and public dissemination of objective data to inform Internet policy decisions should be reinforced and used to augment the combined research capacities of governments, other competent authorities and other stakeholders. International comparable metrics will help to quantify the ongoing economic developments and assess the proportionality and effectiveness of any policy solutions created in multi-stakeholder processes. Data gathering should be undertaken so as to avoid administrative burdens and data analysis should be done carefully to enable sound policy making.

• Ensure transparency, fair process, and accountability:

In order to build public trust in the Internet environment, policy-making processes and substantive policies that ensure transparency, fair process, and accountability should be encouraged. Transparency ensures that Internet users have timely, accessible, and actionable

information that is relevant to their rights and interests. Fair process provides predictable decision-making procedures to govern the definition, assertion, and defence of rights. Accountability is achieved through policies that make parties answerable, where appropriate, for their actions on the Internet.

• Strengthen consistency and effectiveness in privacy protection at a global level:

Strong privacy protection is critical to ensuring that the Internet fulfils its social and economic potential. Current privacy challenges are likely to become more acute as the economy and society depends more heavily on broadened and innovative uses of personal information that can be more easily gathered, stored, and analysed. As individuals increasingly engage via the Internet in their public and private lives, they should be empowered to better understand how their personal data may be used, exercise greater control over those uses, and be confident that it will be handled fairly. Privacy rules should be based on globally recognised principles, such as the OECD privacy guidelines, and governments should work to achieve global interoperability by extending mutual recognition of laws that achieve the same objectives. Cross-border enforcement co-operation will further protect privacy and promote innovation. Privacy rules should also consider the fundamental rights of others in society including rights to freedom of speech, freedom of the press, and an open and transparent government.

• Maximise individual empowerment:

The Internet offers potential for individuals to exercise control over the information that they receive as well as the personal data that is disclosed about them. To maximise this potential governments, the private-sector, the Internet technical community and civil society should all work together to provide the capacity for appropriate and effective individual control over the receipt of information and disclosure of personal data, which should include user education and digital literacy initiatives.

• Promote creativity and innovation:

Numerous factors account for the extraordinary creativity and innovation found on the Internet, including intellectual property protection for creative endeavours and low barriers to entry which have enabled creation and deployment of new technologies, products and services. The Seoul Declaration of the OECD on the Future of the Internet Economy highlighted some of these factors including an open environment that supports the free flow of information, research, innovation, entrepreneurship, the wide accessibility to public sector information and content, the encouragement of basic and applied research on the Internet and of collaborative knowledge and innovation networks involving universities, governments, and public research. Low barriers to

entry enabled by the open platform nature of the Internet environment have been crucial to online creativity and innovation. Policies and practices should continue to encourage and promote an Internet environment which is conducive to launching creative and innovative technologies, businesses, and other endeavours that respect recognised legal rights without having to obtain permission or affirmative co-operation from established service providers. Intellectual property protection is a fundamental tool for the advancement of innovation and creativity on the Internet. New and complementary approaches balanced to ensure effective protection of intellectual property should also be encouraged where necessary, and should also ensure protection of legitimate competition and fundamental principles such as freedom of expression, access to lawful content and Internet services and technologies, fair process, and privacy. Sound Internet policy should encompass norms of responsibility that enable private sector voluntary co-operation for the protection of intellectual property. Appropriate measures include lawful steps to address and deter infringement, and accord full respect to user and stakeholder rights and fair process. In keeping with the multi-stakeholder processes set out in this document, all parties have a role to play, including individuals, providers, intermediaries, and judicial authorities.

• Limit Internet intermediary liability:

Appropriate limitations of liability for Internet intermediaries have, and continue to play, a fundamental role, in particular with regard to third party content. Internet intermediaries, like other stakeholders, can and do play an important role by addressing and deterring illegal activity, fraud and misleading and unfair practices conducted over their networks and services as well as advancing economic growth. Limitations play an important role in promoting innovation and creativity, the free flow of information, and in providing the incentives for co-operation between stakeholders. Within this context governments may choose to convene stakeholders in a transparent, multi-stakeholder process to identify the appropriate circumstances under which Internet intermediaries could take steps to educate users, assist rights holders in enforcing their rights or reduce illegal content, while minimising burdens on intermediaries and ensuring legal certainty for them, respecting fair process, and more generally employing the principles identified in this document. In achieving these current objectives the social and economic costs and benefits, including impacts on Internet access, use, security and development of the policy options should be assessed as part of their development process as should also be their compatibility with the protection of all relevant fundamental rights and freedoms and their proportionality in view of the seriousness of the concerns at stake.

• Encourage co-operation to promote Internet security:

Policies to address security threats and reduce vulnerabilities are important to the continued vitality of the Internet. The implementation of internationally recognised, market-driven security standards and best practices to promote online security should be encouraged. In addition, breakthrough R&D on novel security systems capable of dealing with the high complexity of ICT networks, information systems and applications should be encouraged. Policies to enhance online security should not disrupt the framework conditions that enable the Internet to operate as a global open platform for innovation, economic growth, and social progress and should not be used as pretence for protectionism. Policies should also aim to enhance individual and collective efforts for self- protection and promote trust and confidence. Their consistency with, and potential impact on, other economic and social dimensions of the Internet should be carefully assessed through a multi- stakeholder process prior to adoption and implementation.

• Give appropriate priority to enforcement efforts:

Encouraging investment and innovation in the Internet marketplace requires clearly defined legal rights and a robust and fair process to protect those rights, including users' rights, consistent with the need of governments to enforce applicable law. It is important in this regard that governments, industry and civil society work together to foster respect for the law and protect fundamental rights. Sufficient government enforcement resources and industry co-operation should also be available to ensure that Internet-based activities comply with law. Current legislative and regulatory provisions could be reviewed to ensure that they can be effectively enforced and are consistent with fundamental rights. Finally, co-operation on cross-border investigations and enforcement actions should be improved.

İLKELER TERCÜME

1. Bilginin dünya çapında serbest dolaşımını sağlamak ve teşvik etmek
2. İnternetin açık, dağınık ve birbirine bağlı yapısını teşvik etmek
3. Yüksek hızlı şebekelerde ve hizmetlerde rekabeti ve yatırımları desteklemek
4. Ülkelerarası hizmetlerin sunulmasını sağlamak ve teşvik etmek
5. Politika geliştirme sürecinde çoklu paydaşların işbirliğini teşvik etmek
6. Gönüllü olarak geliştirilmiş davranış ilkelerini teşvik etmek
7. Politika oluşturma sürecine kamuya açık, güvenilir veri sağlanması için kapasiteyi geliştirmek
8. Şeffaflığı, adil süreç yönetimini ve hesap verilebilirliği tesis etmek
9. Küresel ölçekte kişisel verilerin gizliliğini ve tutarlılığını geliştirmek
10. Bireyleri en üst düzeyde güçlendirmek
11. Üretkenliği ve yenilikçiliği teşvik etmek
12. İnternet aracılığı sorumluluğunu kısıtlamak
13. İnternette güvenliğin sağlanması için işbirliğini teşvik etmek
14. Uygulama çabalarına uygun bir şekilde öncelik vermek.

United Nations - Human Rights Committee - General comment No. 34 - Article 19: Freedoms of opinion and expression - 12 Eylül 2011

United Nations CCPR/C/GC/34

International Covenant on Civil and Political Rights

Distr.: General

12 September 2011

Original: English

Human Rights Committee

102 nd session

Geneva, 11-29 July 2011

General comment No. 34

Article 19: Freedoms of opinion and expression

General remarks

1. This general comment replaces general comment No. 10 (nineteenth session).

2. Freedom of opinion and freedom of expression are indispensable conditions for the full development of the person. They are essential for any society.[1] They constitute the foundation stone for every free and democratic society. The two freedoms are closely related, with freedom of expression providing the vehicle for the exchange and development of opinions.

3. Freedom of expression is a necessary condition for the realization of the principles of transparency and accountability that are, in turn, essential for the promotion and protection of human rights.

4. Among the other articles that contain guarantees for freedom of opinion and/or expression, are articles 18, 17, 25 and 27. The freedoms of opinion and expression form a basis for the full enjoyment of a wide range of other human rights. For instance, freedom of expression is integral

[1] See communication No. 1173/2003, Benhadj v. Algeria, Views adopted on 20 July 2007; No. 628/1995, Park v. Republic of Korea, Views adopted on 5 July 1996.

to the enjoyment of the rights to freedom of assembly and association, and the exercise of the right to vote.

5. Taking account of the specific terms of article 19, paragraph 1, as well as the relationship of opinion and thought (article 18), a reservation to paragraph 1 would be incompatible with the object and purpose of the Covenant.[2] Furthermore, although freedom of opinion is not listed among those rights that may not be derogated from pursuant to the provisions of article 4 of the Covenant, it is recalled that, "in those provisions of the Covenant that are not listed in article 4, paragraph 2, there are elements that in the Committee's opinion cannot be made subject to lawful derogation under article 4".[3] Freedom of opinion is one such element, since it can never become necessary to derogate from it during a state of emergency.[4]

6. Taking account of the relationship of freedom of expression to the other rights in the Covenant, while reservations to particular elements of article 19, paragraph 2, may be acceptable, a general reservation to the rights set out in paragraph 2 would be incompatible with the object and purpose of the Covenant.[5]

7. The obligation to respect freedoms of opinion and expression is binding on every State party as a whole. All branches of the State (executive, legislative and judicial) and other public or governmental authorities, at whatever level – national, regional or local – are in a position to engage the responsibility of the State party.[6] Such responsibility may also be incurred by a State party under some circumstances in respect of acts of semi-State entities.[7] The obligation also requires States parties to ensure that persons are protected from any acts by private persons or entities that would impair the enjoyment of the freedoms of opinion and expression to the extent that these Covenant rights are amenable to application between private persons or entities.[8]

8. States parties are required to ensure that the rights contained in article 19 of the Covenant are given effect to in the domestic law of the State, in a manner consistent with the guidance provided

[2] See the Committee's general comment No. 24 (1994) on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to the declarations under article 41 of the Covenant, Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 40, vol. I (A/50/40 (Vol. I)), annex V.
[3] See the Committee's general comment No. 29 (2001) on derogation during a state of emergency, para. 13, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 40, vol. I (A/56/40 (Vol. I)), annex VI.
[4] General comment No. 29, para. 11.
[5] General comment No. 24.
[6] See the Committee's general comment No. 31 (2004) on the nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant, para. 4, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 40, vol. I (A/59/40 (Vol. I)), annex III
[7] See communication No. 61/1979, Hertzberg et al. v. Finland, Views adopted on 2 April 1982.
[8] General comment No. 31, para. 8; See communication No. 633/1995, Gauthier v. Canada, Views adopted on 7 April 1999.

by the Committee in its general comment No. 31 on the nature of the general legal obligation imposed on States parties to the Covenant. It is recalled that States parties should provide the Committee, in accordance with reports submitted pursuant to article 40, with the relevant domestic legal rules, administrative practices and judicial decisions, as well as relevant policy level and other sectorial practices relating to the rights protected by article 19, taking into account the issues discussed in the present general comment. They should also include information on remedies available if those rights are violated.

Freedom of opinion

9. Paragraph 1 of article 19 requires protection of the right to hold opinions without interference. This is a right to which the Covenant permits no exception or restriction. Freedom of opinion extends to the right to change an opinion whenever and for whatever reason a person so freely chooses. No person may be subject to the impairment of any rights under the Covenant on the basis of his or her actual, perceived or supposed opinions. All forms of opinion are protected, including opinions of a political, scientific, historic, moral or religious nature. It is incompatible with paragraph 1 to criminalize the holding of an opinion.[9] The harassment, intimidation or stigmatization of a person, including arrest, detention, trial or imprisonment for reasons of the opinions they may hold, constitutes a violation of article 19, paragraph 1.[10]

10. Any form of effort to coerce the holding or not holding of any opinion is prohibited.[11] Freedom to express one's opinion necessarily includes freedom not to express one's opinion.

Freedom of expression

11. Paragraph 2 requires States parties to guarantee the right to freedom of expression, including the right to seek, receive and impart information and ideas of all kinds regardless of frontiers. This right includes the expression and receipt of communications of every form of idea and opinion capable of transmission to others, subject to the provisions in article 19, paragraph 3, and article 20.[12] It includes political discourse,[13] commentary on one's own[14] and on public affairs,[15]

[9] See communication No. 550/93, *Faurisson v. France*, Views adopted on 8 November 1996.
[10] See communication No. 157/1983, *Mpaka-Nsusu v. Zaire*, Views adopted on 26 March 1986; No. 414/1990, *Mika Miha v. Equatorial Guinea*, Views adopted on 8 July 1994.
[11] See communication No. 878/1999, *Kang v. Republic of Korea*, Views adopted on 15 July 2003.
[12] See communications Nos. 359/1989 and 385/1989, *Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada*, Views adopted on 18 October 1990.
[13] See communication No. 414/1990, *Mika Miha v. Equatorial Guinea*.
[14] See communication No. 1189/2003, *Fernando v. Sri Lanka*, Views adopted on 31 March 2005.
[15] See communication No. 1157/2003, *Coleman v. Australia*, Views adopted on 17 July 2006.

canvassing,[16] discussion of human rights,[17] journalism,[18] cultural and artistic expression,[19] teaching,[20] and religious discourse.[21] It may also include commercial advertising. The scope of paragraph 2 embraces even expression that may be regarded as deeply offensive,[22] although such expression may be restricted in accordance with the provisions of article 19, paragraph 3 and article 20.

12. Paragraph 2 protects all forms of expression and the means of their dissemination. Such forms include spoken, written and sign language and such non-verbal expression as images and objects of art.[23] Means of expression include books, newspapers,[24] pamphlets,[25] posters, banners,[26] dress and legal submissions. [27] They include all forms of audio-visual as well as electronic and internet-based modes of expression.

Freedom of expression and the media

13. A free, uncensored and unhindered press or other media is essential in any society to ensure freedom of opinion and expression and the enjoyment of other Covenant rights. It constitutes one of the cornerstones of a democratic society.[28] The Covenant embraces a right whereby the media may receive information on the basis of which it can carry out its function.[29] The free communication of information and ideas about public and political issues between citizens, candidates and elected representatives is essential. This implies a free press and other media able to comment on public issues without censorship or restraint and to inform public opinion.[30] The public also has a corresponding right to receive media output.[31]

14. As a means to protect the rights of media users, including members of ethnic and linguistic minorities, to receive a wide range of information and ideas, States parties should take particular care to encourage an independent and diverse media.

---

[16] Concluding observations on Japan (CCPR/C/JPN/CO/5).
[17] See communication No. 1022/2001, *Velichkin v. Belarus*, Views adopted on 20 October 2005.
[18] See communication No. 1334/2004, *Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan*, Views adopted on 19 March 2009.
[19] See communication No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea*, Views adopted on 16 March 2004.
[20] See communication No. 736/97, *Ross v. Canada*, Views adopted on 18 October 2000.
[21] Ibid.
[22] Ibid.
[23] See communication No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea*.
[24] See communication No. 1341/2005, *Zundel v. Canada*, Views adopted on 20 March 2007.
[25] See communication No. 1009/2001, *Shchetoko et al. v. Belarus*, Views adopted on 11 July 2006.
[26] See communication No. 412/1990, *Kivenmaa v. Finland*, Views adopted on 31 March 1994.
[27] See communication No. 1189/2003, *Fernando v. Sri Lanka*.
[28] See communication No. 1128/2002, *Marques v. Angola*, Views adopted on 29 March 2005.
[29] See communication No. 633/95, *Gauthier v. Canada*.
[30] See the Committee's general comment No. 25 (1996) on article 25 (Participation in public affairs and the right to vote), para. 25, *Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 40*, vol. I (A/51/40 (Vol. I)), annex V.
[31] See communication No. 1334/2004, *Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan*.

15. States parties should take account of the extent to which developments in information and communication technologies, such as internet and mobile based electronic information dissemination systems, have substantially changed communication practices around the world. There is now a global network for exchanging ideas and opinions that does not necessarily rely on the traditional mass media intermediaries. States parties should take all necessary steps to foster the independence of these new media and to ensure access of individuals thereto.

16. States parties should ensure that public broadcasting services operate in an independent manner.[32] In this regard, States parties should guarantee their independence and editorial freedom. They should provide funding in a manner that does not undermine their independence.

17. Issues concerning the media are discussed further in the section of this general comment that addresses restrictions on freedom of expression.

Right of access to information

18. Article 19, paragraph 2 embraces a right of access to information held by public bodies. Such information includes records held by a public body, regardless of the form in which the information is stored, its source and the date of production. Public bodies are as indicated in paragraph 7 of this general comment. The designation of such bodies may also include other entities when such entities are carrying out public functions. As has already been noted, taken together with article 25 of the Covenant, the right of access to information includes a right whereby the media has access to information on public affairs[33] and the right of the general public to receive media output.[34] Elements of the right of access to information are also addressed elsewhere in the Covenant. As the Committee observed in its general comment No. 16, regarding article 17 of the Covenant, every individual should have the right to ascertain in an intelligible form, whether, and if so, what personal data is stored in automatic data files, and for what purposes. Every individual should also be able to ascertain which public authorities or private individuals or bodies control or may control his or her files. If such files contain incorrect personal data or have been collected or processed contrary to the provisions of the law, every individual should have the right to have his or her records rectified. Pursuant to article 10 of the Covenant, a prisoner does not lose the entitlement to access to his medical records.[35] The Committee, in general comment No. 32 on article 14, set out the various entitlements to information that are held by those accused of a

[32] Concluding observations on Republic of Moldova (CCPR/CO/75/MDA).
[33] See communication No. 633/95, *Gauthier v. Canada*.
[34] See communication No. 1334/2004, *Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan*.
[35] See communication No. 726/1996, *Zheludkov v. Ukraine*, Views adopted on 29 October 2002.

criminal offence.[36] Pursuant to the provisions of article 2, persons should be in receipt of information regarding their Covenant rights in general.[37] Under article 27, a State party's decision-making that may substantively compromise the way of life and culture of a minority group should be undertaken in a process of information-sharing and consultation with affected communities.[38]

19. To give effect to the right of access to information, States parties should proactively put in the public domain Government information of public interest. States parties should make every effort to ensure easy, prompt, effective and practical access to such information. States parties should also enact the necessary procedures, whereby one may gain access to information, such as by means of freedom of information legislation.[39] The procedures should provide for the timely processing of requests for information according to clear rules that are compatible with the Covenant. Fees for requests for information should not be such as to constitute an unreasonable impediment to access to information. Authorities should provide reasons for any refusal to provide access to information. Arrangements should be put in place for appeals from refusals to provide access to information as well as in cases of failure to respond to requests.

Freedom of expression and political rights

20. The Committee, in general comment No. 25 on participation in public affairs and the right to vote, elaborated on the importance of freedom of expression for the conduct of public affairs and the effective exercise of the right to vote. The free communication of information and ideas about public and political issues between citizens, candidates and elected representatives is essential. This implies a free press and other media able to comment on public issues and to inform public opinion without censorship or restraint.[40] The attention of States parties is drawn to the guidance that general comment No. 25 provides with regard to the promotion and the protection of freedom of expression in that context.

The application of article 19 (3)

21. Paragraph 3 expressly states that the exercise of the right to freedom of expression carries with it special duties and responsibilities. For this reason two limitative areas of restrictions on the right are permitted, which may relate either to respect of the rights or reputations of others or to the protection of national security or of public order (*ordre public*) or of public health or morals.

[36] See the Committee's general comment No. 32 (2007) on the right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, para. 33, *Official Records of the General Assembly, Sixty-second Session, Supplement No. 40, vol. I (A/62/40 (Vol. I)), annex VI*
[37] General comment No. 31.
[38] See communication No. 1457/2006, *Poma v. Peru*, Views adopted on 27 March 2009.
[39] Concluding observations on Azerbaijan (CCPR/C/79/Add.38 (1994)).
[40] See General comment No. 25 on article 25 of the Covenant, para. 25.

However, when a State party imposes restrictions on the exercise of freedom of expression, these may not put in jeopardy the right itself. The Committee recalls that the relation between right and restriction and between norm and exception must not be reversed.[41] The Committee also recalls the provisions of article 5, paragraph 1, of the Covenant according to which "nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant".

22. Paragraph 3 lays down specific conditions and it is only subject to these conditions that restrictions may be imposed: the restrictions must be "provided by law"; they may only be imposed for one of the grounds set out in subparagraphs (a) and (b) of paragraph 3; and they must conform to the strict tests of necessity and proportionality.[42] Restrictions are not allowed on grounds not specified in paragraph 3, even if such grounds would justify restrictions to other rights protected in the Covenant. Restrictions must be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related to the specific need on which they are predicated.[43]

23. States parties should put in place effective measures to protect against attacks aimed at silencing those exercising their right to freedom of expression. Paragraph 3 may never be invoked as a justification for the muzzling of any advocacy of multi-party democracy, democratic tenets and human rights.[44] Nor, under any circumstance, can an attack on a person, because of the exercise of his or her freedom of opinion or expression, including such forms of attack as arbitrary arrest, torture, threats to life and killing, be compatible with article 19.[45] Journalists are frequently subjected to such threats, intimidation and attacks because of their activities.[46] So too are persons who engage in the gathering and analysis of information on the human rights situation and who publish human rights-related reports, including judges and lawyers.[47] All such attacks should be vigorously investigated in a timely fashion, and the perpetrators prosecuted,[48] and the victims, or, in the case of killings, their representatives, be in receipt of appropriate forms of redress.[49]

---

[41] See the Committee's general comment No. 27 on article 12, *Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 40*, vol. I (A/55/40 (Vol. I)), annex VI, sect. A

[42] See communication No. 1022/2001, *Velichkin v. Belarus*, Views adopted on 20 October 2005.

[43] See the Committee's general comment No. 22, *Official Records of the General Assembly, Forty-eighth Session, Supplement No. 40* (A/48/40), annex VI

[44] See communication No. 458/91, *Mukong v. Cameroon*, Views adopted on 21 July 1994.

[45] See communication No. 1353/2005, *Njaru v. Cameroon*, Views adopted on 19 March 2007.

[46] See, for instance, concluding observations on Algeria (CCPR/C/DZA/CO/3); concluding observations on Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/5); concluding observations on Sudan (CCPR/C/SDN/CO/3).

[47] See communication No. 1353/2005, *Njaru v. Cameroon* ; concluding observations on Nicaragua (CCPR/C/NIC/CO/3); concluding observations on Tunisia (CCPR/C/TUN/CO/5); concluding observations on the Syrian Arab Republic (CCPR/CO/84/SYR); concluding observations on Colombia (CCPR/CO/80/COL).

[48] Ibid. and concluding observations on Georgia (CCPR/C/GEO/CO/3).

[49] Concluding observations on Guyana (CCPR/C/79/Add.121).

24. Restrictions must be provided by law. Law may include laws of parliamentary privilege[50] and laws of contempt of court.[51] Since any restriction on freedom of expression constitutes a serious curtailment of human rights, it is not compatible with the Covenant for a restriction to be enshrined in traditional, religious or other such customary law.[52]

25. For the purposes of paragraph 3, a norm, to be characterized as a "law", must be formulated with sufficient precision to enable an individual to regulate his or her conduct accordingly[53] and it must be made accessible to the public. A law may not confer unfettered discretion for the restriction of freedom of expression on those charged with its execution.[54] Laws must provide sufficient guidance to those charged with their execution to enable them to ascertain what sorts of expression are properly restricted and what sorts are not.

26. Laws restricting the rights enumerated in article 19, paragraph 2, including the laws referred to in paragraph 24, must not only comply with the strict requirements of article 19, paragraph 3 of the Covenant but must also themselves be compatible with the provisions, aims and objectives of the Covenant.[55] Laws must not violate the non-discrimination provisions of the Covenant. Laws must not provide for penalties that are incompatible with the Covenant, such as corporal punishment.[56]

27. It is for the State party to demonstrate the legal basis for any restrictions imposed on freedom of expression.[57] If, with regard to a particular State party, the Committee has to consider whether a particular restriction is imposed by law, the State party should provide details of the law and of actions that fall within the scope of the law.[58]

28. The first of the legitimate grounds for restriction listed in paragraph 3 is that of respect for the rights or reputations of others. The term "rights" includes human rights as recognized in the Covenant and more generally in international human rights law. For example, it may be legitimate to restrict freedom of expression in order to protect the right to vote under article 25, as well as rights article under 17 (see para. 37).[59] Such restrictions must be constructed with care: while it may be permissible to protect voters from forms of expression that constitute intimidation or

[50] See communication No. 633/95, *Gauthier v. Canada*.
[51] See communication No. 1373/2005, *Dissanayake v. Sri Lanka*, Views adopted on 22 July 2008.
[52] See general comment No. 32.
[53] See communication No. 578/1994, *de Groot v. The Netherlands*, Views adopted on 14 July 1995.
[54] See general comment No. 27.
[55] See communication No. 488/1992, *Toonen v. Australia*, Views adopted on 30 March 1994.
[56] General comment No. 20, *Official Records of the General Assembly, Forty-seventh Session, Supplement No. 40 (A/47/40), annex VI, sect. A.*
[57] See communication No. 1553/2007, *Korneenko et al. v. Belarus*, Views adopted on 31 October 2006.
[58] See communication No. 132/1982, *Jaona v. Madagascar*, Views adopted on 1 April 1985.
[59] See communication No. 927/2000, *Svetik v. Belarus*, Views adopted on 8 July 2004.

coercion, such restrictions must not impede political debate, including, for example, calls for the boycotting of a non-compulsory vote.[60] The term "others" relates to other persons individually or as members of a community.[61] Thus, it may, for instance, refer to individual members of a community defined by its religious faith[62] or ethnicity.[63]

29. The second legitimate ground is that of protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals.

30. Extreme care must be taken by States parties to ensure that treason laws[64] and similar provisions relating to national security, whether described as official secrets or sedition laws or otherwise, are crafted and applied in a manner that conforms to the strict requirements of paragraph 3. It is not compatible with paragraph 3, for instance, to invoke such laws to suppress or withhold from the public information of legitimate public interest that does not harm national security or to prosecute journalists, researchers, environmental activists, human rights defenders, or others, for having disseminated such information.[65] Nor is it generally appropriate to include in the remit of such laws such categories of information as those relating to the commercial sector, banking and scientific progress.[66] The Committee has found in one case that a restriction on the issuing of a statement in support of a labour dispute, including for the convening of a national strike, was not permissible on the grounds of national security.[67]

31. On the basis of maintenance of public order (*ordre public*) it may, for instance, be permissible in certain circumstances to regulate speech-making in a particular public place.[68] Contempt of court proceedings relating to forms of expression may be tested against the public order (*ordre public*) ground. In order to comply with paragraph 3, such proceedings and the penalty imposed must be shown to be warranted in the exercise of a court's power to maintain orderly proceedings.[69] Such proceedings should not in any way be used to restrict the legitimate exercise of defence rights.

32. The Committee observed in general comment No. 22, that "the concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions; consequently, limitations... for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition".

---

[60] Ibid.
[61] See communication No. 736/97, *Ross v. Canada*, Views adopted on 18 October 2000.
[62] See communication No. 550/93, *Faurisson v. France*; concluding observations on Austria (CCPR/C/AUT/CO/4).
[63] Concluding observations on Slovakia (CCPR/CO/78/SVK); concluding observations on Israel (CCPR/CO/78/ISR).
[64] Concluding observations on Hong Kong (CCPR/C/HKG/CO/2).
[65] Concluding observations on the Russian Federation (CCPR/CO/79/RUS).
[66] Concluding observations on Uzbekistan (CCPR/CO/71/UZB).
[67] See communication No. 518/1992, *Sohn v. Republic of Korea*, Views adopted on 18 March 1994.
[68] See communication No. 1157/2003, *Coleman v. Australia*.
[69] See communication No. 1373/2005, *Dissanayake v. Sri Lanka*.

Any such limitations must be understood in the light of universality of human rights and the principle of non-discrimination

33. Restrictions must be "necessary" for a legitimate purpose. Thus, for instance, a prohibition on commercial advertising in one language, with a view to protecting the language of a particular community, violates the test of necessity if the protection could be achieved in other ways that do not restrict freedom of expression.[70] On the other hand, the Committee has considered that a State party complied with the test of necessity when it transferred a teacher who had published materials that expressed hostility toward a religious community to a non-teaching position in order to protect the right and freedom of children of that faith in a school district.[71]

34. Restrictions must not be overbroad. The Committee observed in general comment No. 27 that "restrictive measures must conform to the principle of proportionality; they must be appropriate to achieve their protective function; they must be the least intrusive instrument amongst those which might achieve their protective function; they must be proportionate to the interest to be protected…The principle of proportionality has to be respected not only in the law that frames the restrictions but also by the administrative and judicial authorities in applying the law".[72] The principle of proportionality must also take account of the form of expression at issue as well as the means of its dissemination. For instance, the value placed by the Covenant upon uninhibited expression is particularly high in the circumstances of public debate in a democratic society concerning figures in the public and political domain.[73]

35. When a State party invokes a legitimate ground for restriction of freedom of expression, it must demonstrate in specific and individualized fashion the precise nature of the threat, and the necessity and proportionality of the specific action taken, in particular by establishing a direct and immediate connection between the expression and the threat.[74]

36. The Committee reserves to itself an assessment of whether, in a given situation, there may have been circumstances which made a restriction of freedom of expression necessary.[75] In this regard, the Committee recalls that the scope of this freedom is not to be assessed by reference to a "margin of appreciation"[76] and in order for the Committee to carry out this function, a State party, in any given case, must demonstrate in specific fashion the precise nature of the threat to

[70] See communication No. 359, 385/89, *Ballantyne , Davidson and McIntyre v. Canada*.
[71] See communication No. 736/97, *Ross v. Canada*, Views adopted on 17 July 2006.
[72] General comment No. 27, para. 14. See also Communications No. 1128/2002, *Marques v. Angola*; No. 1157/2003, *Coleman v. Australia*.
[73] See communication No. 1180/2003, *Bodrozic v. Serbia and Montenegro*, Views adopted on 31 October 2005.
[74] See communication No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea* .
[75] See communication No. 518/1992, *Sohn v. Republic of Korea* .
[76] See communication No. 511/1992, *Ilmari Länsman, et al. v. Finland*, Views adopted on 14 October 1993.

any of the enumerated grounds listed in paragraph 3 that has caused it to restrict freedom of expression.[77]

Limitative scope of restrictions on freedom of expression in certain specific areas

37. Among restrictions on political discourse that have given the Committee cause for concern are the prohibition of door-to-door canvassing,[78] restrictions on the number and type of written materials that may be distributed during election campaigns,[79] blocking access during election periods to sources, including local and international media, of political commentary,[80] and limiting access of opposition parties and politicians to media outlets.[81] Every restriction should be compatible with paragraph 3. However, it may be legitimate for a State party to restrict political polling imminently preceding an election in order to maintain the integrity of the electoral process.[82]

38. As noted earlier in paragraphs 13 and 20, concerning the content of political discourse, the Committee has observed that in circumstances of public debate concerning public figures in the political domain and public institutions, the value placed by the Covenant upon uninhibited expression is particularly high.[83] Thus, the mere fact that forms of expression are considered to be insulting to a public figure is not sufficient to justify the imposition of penalties, albeit public figures may also benefit from the provisions of the Covenant.[84] Moreover, all public figures, including those exercising the highest political authority such as heads of state and government, are legitimately subject to criticism and political opposition.[85] Accordingly, the Committee expresses concern regarding laws on such matters as, lese majesty,[86] *desacato,*[87] disrespect for authority,[88] disrespect for flags and symbols, defamation of the head of state[89] and the protection of the honour of public officials,[90] and laws should not provide for more severe penalties solely

[77] See communications Nos. 518/92, *Sohn v. Republic of Korea*; No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea*,.
[78] Concluding observations on Japan (CCPR/C/JPN/CO/5).
[79] Ibid.
[80] Concluding observations on Tunisia (CCPR/C/TUN/CO/5).
[81] Concluding observations on Togo (CCPR/CO/76/TGO); concluding observations on Moldova (CCPR/CO/75/MDA).
[82] See communication No. 968/2001, *Kim v. Republic of Korea*, Views adopted on 14 March 1996.
[83] See communication No. 1180/2003, *Bodrozic v. Serbia and Montenegro*, Views adopted on 31 October 2005.
[84] Ibid.
[85] See communication No. 1128/2002, *Marques v. Angola*.
[86] See communications Nos. 422-424/1990, *Aduayom et al. v. Togo*, Views adopted on 30 June 1994.
[87] Concluding observations on the Dominican Republic (CCPR/CO/71/DOM).
[88] Concluding observations on Honduras (CCPR/C/HND/CO/1).
[89] See concluding observations on Zambia (CCPR/ZMB/CO/3), para.25.
[90] See concluding observations on Costa Rica (CCPR/C/CRI/CO/5), para. 11.

on the basis of the identity of the person that may have been impugned. States parties should not prohibit criticism of institutions, such as the army or the administration.[91]

39. States parties should ensure that legislative and administrative frameworks for the regulation of the mass media are consistent with the provisions of paragraph 3.[92] Regulatory systems should take into account the differences between the print and broadcast sectors and the internet, while also noting the manner in which various media converge. It is incompatible with article 19 to refuse to permit the publication of newspapers and other print media other than in the specific circumstances of the application of paragraph 3. Such circumstances may never include a ban on a particular publication unless specific content, that is not severable, can be legitimately prohibited under paragraph 3. States parties must avoid imposing onerous licensing conditions and fees on the broadcast media, including on community and commercial stations.[93] The criteria for the application of such conditions and licence fees should be reasonable and objective,[94] clear,[95] transparent,[96] non-discriminatory and otherwise in compliance with the Covenant.[97] Licensing regimes for broadcasting via media with limited capacity, such as audiovisual terrestrial and satellite services should provide for an equitable allocation of access and frequencies between public, commercial and community broadcasters. It is recommended that States parties that have not already done so should establish an independent and public broadcasting licensing authority, with the power to examine broadcasting applications and to grant licenses.[98]

40. The Committee reiterates its observation in general comment No. 10 that "because of the development of modern mass media, effective measures are necessary to prevent such control of the media as would interfere with the right of everyone to freedom of expression". The State should not have monopoly control over the media and should promote plurality of the media.[99] Consequently, States parties should take appropriate action, consistent with the Covenant, to prevent undue media dominance or concentration by privately controlled media groups in monopolistic situations that may be harmful to a diversity of sources and views.

---

[91] Ibid., and see concluding observations on Tunisia (CCPR/C/TUN/CO/5), para. 91..
[92] See concluding observations on Viet Nam (CCPR/CO/75/VNM), para. 18, and concluding observations on Lesotho (CCPR/CO/79/Add.106), para. 23.
[93] Concluding observations on Gambia (CCPR/CO/75/GMB).
[94] See concluding observations on Lebanon (CCPR/CO/79/Add.78), para. 25.
[95] Concluding observations on Kuwait (CCPR/CO/69/KWT); concluding observations on Ukraine (CCPR/CO/73/UKR).
[96] Concluding observations on Kyrgyzstan (CCPR/CO/69/KGZ).
[97] Concluding observations on Ukraine (CCPR/CO/73/UKR).
[98] Concluding observations on Lebanon (CCPR/CO/79/Add.78).
[99] See concluding observations on Guyana (CCPR/CO/79/Add.121), para. 19; concluding observations on the Russian Federation (CCPR/CO/79/RUS); concluding observations on Viet Nam (CCPR/CO/75/VNM); concluding observations on Italy (CCPR/C/79/Add. 37).

41. Care must be taken to ensure that systems of government subsidy to media outlets and the placing of government advertisements[100] are not employed to the effect of impeding freedom of expression.[101] Furthermore, private media must not be put at a disadvantage compared to public media in such matters as access to means of dissemination/distribution and access to news.[102]

42. The penalization of a media outlet, publishers or journalist solely for being critical of the government or the political social system espoused by the government[103]can never be considered to be a necessary restriction of freedom of expression.

43. Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other internet-based, electronic or other such information dissemination system, including systems to support such communication, such as internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3. Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3. It is also inconsistent with paragraph 3 to prohibit a site or an information dissemination system from publishing material solely on the basis that it may be critical of the government or the political social system espoused by the government.[104]

44. Journalism is a function shared by a wide range of actors, including professional full-time reporters and analysts, as well as bloggers and others who engage in forms of self-publication in print, on the internet or elsewhere, and general State systems of registration or licensing of journalists are incompatible with paragraph 3. Limited accreditation schemes are permissible only where necessary to provide journalists with privileged access to certain places and/or events. Such schemes should be applied in a manner that is non-discriminatory and compatible with article 19 and other provisions of the Covenant, based on objective criteria and taking into account that journalism is a function shared by a wide range of actors.

45. It is normally incompatible with paragraph 3 to restrict the freedom of journalists and others who seek to exercise their freedom of expression (such as persons who wish to travel to human rights-related meetings)[105] to travel outside the State party, to restrict the entry into the State party of foreign journalists to those from specified countries[106] or to restrict freedom of movement of

[100] See concluding observations on Lesotho (CCPR/CO/79/Add.106), para. 22.
[101] Concluding observations on Ukraine (CCPR/CO/73/UKR).
[102] Concluding observations on Sri Lanka (CCPR/CO/79/LKA); and see concluding observations on Togo (CCPR/CO/76/TGO), para. 17.
[103] Concluding observations on Peru (CCPR/CO/70/PER).
[104] Concluding observations on the Syrian Arab Republic (CCPR/CO/84/SYR).
[105] Concluding observations on Uzbekistan (CCPR/CO/83/UZB); concluding observations on Morocco (CCPR/CO/82/MAR).
[106] Concluding observations on Democratic People's Republic of Korea (CCPR/CO/72/PRK).

journalists and human rights investigators within the State party (including to conflict-affected locations, the sites of natural disasters and locations where there are allegations of human rights abuses). States parties should recognize and respect that element of the right of freedom of expression that embraces the limited journalistic privilege not to disclose information sources.[107]

46. States parties should ensure that counter-terrorism measures are compatible with paragraph 3. Such offences as "encouragement of terrorism"[108] and "extremist activity"[109] as well as offences of "praising", "glorifying", or "justifying" terrorism, should be clearly defined to ensure that they do not lead to unnecessary or disproportionate interference with freedom of expression. Excessive restrictions on access to information must also be avoided. The media plays a crucial role in informing the public about acts of terrorism and its capacity to operate should not be unduly restricted. In this regard, journalists should not be penalized for carrying out their legitimate activities.

47. Defamation laws must be crafted with care to ensure that they comply with paragraph 3, and that they do not serve, in practice, to stifle freedom of expression.[110] All such laws, in particular penal defamation laws, should include such defences as the defence of truth and they should not be applied with regard to those forms of expression that are not, of their nature, subject to verification. At least with regard to comments about public figures, consideration should be given to avoiding penalizing or otherwise rendering unlawful untrue statements that have been published in error but without malice.[111] In any event, a public interest in the subject matter of the criticism should be recognized as a defence. Care should be taken by States parties to avoid excessively punitive measures and penalties. Where relevant, States parties should place reasonable limits on the requirement for a defendant to reimburse the expenses of the successful party.[112] States parties should consider the decriminalization of defamation[113] and, in any case, the application of the criminal law should only be countenanced in the most serious of cases and imprisonment is never an appropriate penalty. It is impermissible for a State party to indict a person for criminal defamation but then not to proceed to trial expeditiously – such a practice has a chilling effect that may unduly restrict the exercise of freedom of expression of the person concerned and others.[114]

[107] Concluding observations on Kuwait (CCPR/CO/69/KWT).
[108] Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CCPR/C/GBR/CO/6).
[109] Concluding observations on the Russian Federation (CCPR/CO/79/RUS).
[110] Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (CCPR/C/GBR/CO/6).
[111] Ibid.
[112] Ibid.
[113] Concluding observations on Italy (CCPR/C/ITA/CO/5); concluding observations on the Former Yugoslav Republic of Macedonia (CCPR/C/MKD/CO/2).
[114] See communication No. 909/2000, *Kankanamge v. Sri Lanka*, Views adopted on 27 July 2004.

48. Prohibitions of displays of lack of respect for a religion or other belief system, including blasphemy laws, are incompatible with the Covenant, except in the specific circumstances envisaged in article 20, paragraph 2, of the Covenant. Such prohibitions must also comply with the strict requirements of article 19, paragraph 3, as well as such articles as 2, 5, 17, 18 and 26. Thus, for instance, it would be impermissible for any such laws to discriminate in favour of or against one or certain religions or belief systems, or their adherents over another, or religious believers over non-believers. Nor would it be permissible for such prohibitions to be used to prevent or punish criticism of religious leaders or commentary on religious doctrine and tenets of faith.[115]

49. Laws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the Covenant imposes on States parties in relation to the respect for freedom of opinion and expression.[116] The Covenant does not permit general prohibition of expressions of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events. Restrictions on the right of freedom of opinion should never be imposed and, with regard to freedom of expression, they should not go beyond what is permitted in paragraph 3 or required under article 20.

The relationship between articles 19 and 20

50. Articles 19 and 20 are compatible with and complement each other. The acts that are addressed in article 20 are all subject to restriction pursuant to article 19, paragraph 3. As such, a limitation that is justified on the basis of article 20 must also comply with article 19, paragraph 3.[117]

51. What distinguishes the acts addressed in article 20 from other acts that may be subject to restriction under article 19, paragraph 3, is that for the acts addressed in article 20, the Covenant indicates the specific response required from the State: their prohibition by law. It is only to this extent that article 20 may be considered as *lex specialis* with regard to article 19.

52. It is only with regard to the specific forms of expression indicated in article 20 that States parties are obliged to have legal prohibitions. In every case in which the State restricts freedom of expression it is necessary to justify the prohibitions and their provisions in strict conformity with article 19.

[115] Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland-the Crown Dependencies of Jersey, Guernsey and the Isle of Man (CCPR/C/79/Add.119). See also concluding observations on Kuwait (CCPR/CO/69/KWT).
[116] So called "memory-laws", see communication No. , No. 550/93, *Faurisson v. France*. See also concluding observations on Hungary (CCPR/C/HUN/CO/5) paragraph 19.
[117] See communication No. 736/1997, *Ross v. Canada*, Views adopted on 18 October 2000.

Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, 21 December 2005

International Mechanisms for Promoting Freedom of Expression

JOINT DECLARATION

by

the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression

Having discussed these issues in London and virtually with the assistance of *ARTICLE 19, Global Campaign for Free Expression;*

Recalling and reaffirming their Joint Declarations of 26 November 1999, 30 November 2000, 20 November 2001, 10 December 2002, 18 December 2003 and 6 December 2004;

Recognising the huge and growing importance of the Internet as a vehicle for facilitating in practice the free flow of information and ideas that lies at the heart of the right to freedom of expression;

Stressing the need for strict application of international guarantees of freedom of expression to the Internet;

Aware of the ongoing debate about Internet governance and the concerns that have been raised about government interference in the Internet;

Condemning attempts by some governments to use the need to combat terrorism as a justification for adopting laws that unduly restrict freedom of expression;

Concerned that the standard of restricting expression which amounts to incitement, hitherto well-established in the areas of public order and national security, is being eroded in favour of vague and potentially very overbroad terms;

Noting the need for specialised mechanisms to promote freedom of expression in every region of the world and welcoming the appointment, by the African Commission on Human and Peoples' Rights, of a Special Rapporteur on Freedom of Expression;

Adopt, on 21 December 2005, the following Declaration:

On the Internet

- No one should be required to register with or obtain permission from any public body to operate an Internet service provider, website, blog or other online information dissemination system, including Internet broadcasting. This does not apply to registration with a domain name authority for purely technical reasons or rules of general application which apply without distinction to any kind of commercial operation.
- The Internet, at both the global and national levels, should be overseen only by bodies which are protected against government, political and commercial interference, just as freedom from such interference is already universally acknowledged in the area of the print and broadcast media. National regulation of Internet domain names should never be used as a means to control content.
- The right to freedom of expression imposes an obligation on all States to devote adequate resources to promote universal access to the Internet, including via public access points. The international community should make it a priority within assistance programmes to assist poorer States in fulfilling this obligation.
- Filtering systems which are not end-user controlled – whether imposed by a government or commercial service provider – are a form of prior-censorship and cannot be justified. The distribution of filtering system products designed for end-users should be allowed only where these products provide clear information to end-users about how they work and their potential pitfalls in terms of over-inclusive filtering.
- No one should be liable for content on the Internet of which they are not the author, unless they have either adopted that content as their own or refused to obey a court order to remove that content. Jurisdiction in legal cases relating to Internet content should be restricted to States in which the author is established or to which the content is specifically directed; jurisdiction should not be established simply because the content has been downloaded in a certain State.
- Restrictions on Internet content, whether they apply to the dissemination or to the receipt of information, should only be imposed in strict conformity with the guarantee of freedom of expression, taking into account the special nature of the Internet.
- Corporations which provide Internet searching, chat, publishing or other services should make an effort to ensure that they respect the rights of their clients to use the Internet without interference. While this may pose difficulties in relation to operations in certain countries,

these corporations are encouraged to work together, with the support of other stakeholders, to resist official attempts to control or restrict use of the Internet, contrary to the principles set out herein.

On Anti-Terrorism Measures

- The right to freedom of expression is universally recognised as a cherished human right and to respond to terrorism by restricting this right could facilitate certain terrorist objectives, in particular the dismantling of human rights.
- While it may be legitimate to ban incitement to terrorism or acts of terrorism, States should not employ vague terms such as 'glorifying' or 'promoting' terrorism when restricting expression. Incitement should be understood as a direct call to engage in terrorism, with the intention that this should promote terrorism, and in a context in which the call is directly causally responsible for increasing the actual likelihood of a terrorist act occurring.

Ambeyi Ligabo

UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression

Miklos Haraszti

OSCE Representative on Freedom of the Media

Eduardo Bertoni

OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression

"*İnternet Hukuku: Mevzuat ve İçtihat*" çalışması **Dr. Mehmet Bedii Kaya** tarafından derlenmiştir.

www.mbkaya.com